



## ע"פ 4025/23 - קוסא"י שאהין נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 4025/23

לפני:  
כבוד השופט ד' מינץ  
כבוד השופט י' אלרון  
כבוד השופט י' כשר

המערער: קוסא"י שאהין

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
(השופט א' סלע) בת"פ 49354-07-21 מיום  
13.4.2023

תאריך הישיבה: ב' בכסלו התשפ"ד (15.11.2023)

בשם המערער: עו"ד לאה צמל

בשם המשיבה: עו"ד מורן פולמן

**פסק-דין**

השופט ד' מינץ:

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופט א' סלע) מיום 13.4.2023 בת"פ 49354-07-21 במסגרתו הושתו על המערער 44 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי.

1. המערער הורשע על פי הודאתו בשני אישומים מתוך חמישה שיוחסו לו בכתב האישום - האישום הראשון והאישום הרביעי. באישום הראשון הורשע המערער בעבירות של התפרעות לפי סעיף 152 לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: החוק); מעשי פיזיות ורשלנות לפי סעיף 338(א)(3) לחוק; מעשה טרור של חבלה בכוונה מחמירה בצוותא לפי סעיף 329(א)(2) לחוק, יחד עם סעיף 37 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור); ומעשה טרור של ניסיון הצתה בצוותא לפי סעיף 448(א) סיפא בצירוף סעיפים 25 ו-29 לחוק, יחד עם סעיף 37 לחוק המאבק בטרור. באישום הרביעי הורשע המערער בעבירות של התפרעות לפי סעיף 152 לחוק; מעשי פיזיות ורשלנות לפי סעיף 338(א)(3) לחוק; וניסיון תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 274(1), (2) ו-(3) בצירוף סעיף 25 לחוק.
2. על פי עובדות האישום הראשון, ביום 16.5.2021 בסמוך לשעה 20:00, ביצע כוח רגלי של שוטרי משמר הגבול פעילות משטרתית בשכונת בית חנינא, במטרה להגן על בתי יהודים בשכונה. זאת בשל התפרעויות ותקיפות שהתרחשו באותה תקופה, במהלך מבצע "שומר החומות". באותו יום התרחשה הפרת סדר והתפרעות נגד השוטרים ובתי היהודים על ידי עשרות מתפרעים, אשר חסמו כביש בשכונה עם פח זבל, הציתו צמיגים והשליכו לעבר השוטרים ובתי היהודים אבנים, זיקוקים ובקבוקי תבערה ממרחק של כ-20 מטרים. המערער, שהצטייד מבעוד מועד בחמש כוורות של זיקוקים, אותן רכש בכספו לשם ירי על בתי יהודים ושוטרים, השתתף בהתפרעות תוך שהוא מיידיה מספר אבנים ויורה מספר זיקוקים, יחד עם אחרים אשר יידו בקבוקי תבערה לעבר השוטרים ובתי היהודים. כולם עשו זאת ממניע לאומני-אידיאולוגי ובמטרה לגרום לפחד או בהלה.
3. על פי עובדות האישום הרביעי, ביום 10.5.2021, "יום ירושלים", החליט המערער להשתתף בהתפרעויות שהתחוללו בהר הבית נגד השוטרים המוצבים במקום. לצורך כך הוא הכניס לתיקו כשבע אצבעות זיקוקים אשר קנה מכספו ונכנס איתן להר הבית לשם ירי על שוטרים. לאחר סיום תפילת הבוקר במסגד אל-אקצא, החלו הפרות סדר והתפרעויות של מאות צעירים נגד השוטרים במקום שכללו השלכת אבנים, חפצים כבדים וירי זיקוקים לעברם. המערער לקח חלק בהתפרעות, יידה מספר אבנים וירה זיקוקים מטווח של כ-30 מטרים אל עבר השוטרים.
4. המערער הודה כאמור בעובדות שני האישומים האמורים, למעט הטענה למניע לאומני-אידיאולוגי. לדבריו, המעשים נעשו על רקע ירי של מתיישבים יהודים שהביא לפציעה של ערבי. רק במסגרת הסיכומים הודה המערער גם בנוגע למניע של מעשיו, ובהכרעת דין מיום 25.1.2023 הורשע על פי הודאתו. בשלושת האישומים הנוספים שיוחסו לו פורטו עבירות דומות לעבירות בהן הורשע בהתייחס לשלושה אירועים נוספים, אולם המערער כפר בעבירות אלו ובסופו של יום זוכה מהן במסגרת הכרעת הדין.

גזר דינו של בית המשפט המחוזי

5. בגזר דינו עמד בית המשפט המחוזי על כך שמעשיו של המערער טומנים בחובם פגיעה בערך המוגן של שמירה על ערך החיים, שלמות הגוף, שלום הציבור, שלטון החוק והסדר הציבורי. כמו כן עמד בית המשפט על הסכנה הרבה הטמונה בביצוע מעשים של יידוי אבנים, ירי זיקוקים והשלכת בקבוקי תבערה. בגין סכנה זו יש לראות מעשים אלו בחומרה, אף במקרים בהם, למרבה המזל, לא נגרם נזק בפועל. נקבע כי בנסיבות מקרה זה קיימת חומרה יתרה

הנובעת מכך שמדובר במעשים שנעשו על רקע אידאולוגי ולאומני, תוך ניסיון לפגוע בכוחות הביטחון; כחלק מהתפרעות המונית ומשולהבת אשר נועדה לאיים, לסכן ולפגוע בכוחות הביטחון ובפעילותם החיונית; ובמסגרת גל התפרעויות אלימות והפרות סדר קשות על רקע לאומני וגזעני שנעשו על ידי תושבים מבית, תוך כדי שמדינת ישראל מצויה בלחימה ותחת ירי רקטות מסיבי לעבר אזרחיה, כמעין חזית פנימית נגד המדינה. לגבי האישום הרביעי, בית המשפט ייחס למעשיו חומרה יתרה בשל כך שהם אירעו בהר הבית, מקום רגיש ונפיץ שלהסלמה בו יכולות להיות תוצאות חמורות.

6. אשר לנסיבות ביצוע העבירות, צוין כי דובר במעשים שהמערער תכנן מראש, כשהוא מצטייד מבעוד מועד בכורות של זיקוקים; ושנעשו בצוותא עם אחרים במסגרת התפרעות המונית מתוך מטרה להפר את הסדר, לפגוע בכוחות הביטחון ולהטיל אימה על הציבור מתוך מניע אידיאולוגי. אכן, לא נגרם נזק מהמעשים, אך פוטנציאל הנזק היה רב, בפרט בהתייחס לאירוע בהר הבית, בהתחשב ברגישות הקיימת ביחס למקום. המערער עצמו אמנם "רק" יידה אבנים וירה זיקוקים, ולא יידה בקבוק תבערה, אולם בשים לב לכך שבאירוע כולו הושלכו גם בקבוקי תבערה, המשקל שיש לייחס לעובדה זו הוא מועט.

7. באשר למתחם הענישה, צוין כי אכן מדובר בשני אירועים שונים שבוצעו במקומות שונים, אך כלל המעשים היו חלק מאותם אירועים אלימים שאירעו בתקופת מבצע "שומר חומות". על כן ראה בית המשפט לנכון לקבוע מתחם עונש הולם אחד לשני האישומים הנע בין 40 ל-72 חודשי מאסר בפועל. בסופו של דבר, בשים לב בין היתר לגיל המערער (יליד 2003) והיעדר עבר פלילי מצד אחד, ולכפירתו במניע לביצוע מעשיו כמו גם לסיכון שמצא שירות המבחן להישנות העבירות מצד שני - נקבע כי יש להעמיד את עונשו של המערער בסמוך לתחתית המתחם, ולגזור עליו כאמור 44 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי.

טענות הצדדים בערעור

8. לטענת באת-כוח המערער יש לתת משקל ממשי לכך שהמערער זוכה משלושה מתוך חמשת האישומים שיוחסו לו בכתב האישום. כבר בתחילת ההליך המערער הודה בביצוע העבירות שיוחסו לו בשני האישומים בהם הורשע ונדרשו ישיבות הוכחות מיותרות, שמיעת עדים רבים וסיכומים ארוכים (הכול למעלה מ-700 עמודי פרוטוקול) כדי להביא לזיכוי באישומים בהם כפר מלכתחילה. בכך נגרם למערער עינוי דין שבית המשפט היה מחויב לקחת בחשבון בעת שנגזר דינו, והדבר לא נעשה.

9. כן טעה בית המשפט בכך שייחס למעשי המערער חומרה יתרה. ברקע למעשים מושא האישום הראשון עמד אירוע חריג וחמור שבו שני מאבטחים ירו אש חיה לעבר תושבים מקומיים בשכונת בית חנינא ופצעו שניים מהם. תוך חשש שאירוע זה יגרור אחריו תגובה בקרב תושבי השכונה, נשלח כוח משטרה לאזור "בתי היהודים" בשכונה וכמצופה, כתוצאה מכך האירוע יצא מכלל שליטה. על בית המשפט היה לקחת בחשבון את העובדה שהמעשים שבוצעו על ידי כלל המשתתפים נעשו על רקע האירוע הנקודתי האמור ולא כחלק ממחאה כללית שניתן להשקיף עליה כ"מכת מדינה" כפי שעשה בית המשפט המחוזי. בכל מקרה, חלקו של המערער באירוע היה מזערי יחסית. באשר לאישום הרביעי, היה על בית המשפט להתחשב בכך שהאירועים התרחשו ב"יום ירושלים", יום שהתושבים הערבים של העיר ירושלים חוששים לשלומם בשל "מצעד הדגלים" העובר ברחובותיהם באופן הפגנתי. המערער לא היה מהיוזמים או מהמובילים של מחאת הציבור הערבי בקשר ליום זה, והייתה זו הפעם הראשונה שהחליט להצטרף אליה. על כן, לא היה מקום לחייבו "לשלם מחיר כבד" על האירועים שהתרחשו באותו יום.

10. המערער גם הצביע על פגמים בתסקיר שירות המבחן. ראשית קצינת המבחן לא פגשה אותו, והקשר עמו היה רק באמצעות שיחת טלפון. שנית, צוין בו כי המערער צמצם את חלקו בביצוע העבירות ועניין זה נזקף לחובתו, אולם המערער צדק בכך שכן כאמור, הוא זוכה בשלוש מתוך חמש העבירות שיוחסו לו ולקח אחריות מלאה על מה שכן עשה. שלישית, קצינת המבחן התעלמה מכך שהמערער הודה מיד בביצוע המעשים והתנהל נגדו הליך משפטי ארוך.

11. ולבסוף טען המערער כי השוואת עונשו לאחרים שהורשעו ונגזר דינם בגין השתתפות באותם אירועים לגביהם הוא הורשע, חלקם אף בשל יידוי בקבוקי תבערה, מלמד כי בית המשפט החמיר עמו יתר על המידה וקבע מתחם ענישה לא הולם בעניינו.

12. המשיבה החרתה-החזיקה אחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי והשיבה אחת לאחת לטיעוני המערער. לטענתה הניסיון למצוא הצדקות למעשי המערער כפי שעשתה באת-כוחו, לא זו בלבד שאינו מטיב עם המערער אלא אף מדגיש את חומרת המעשים. לטענת המשיבה, מתחם העונש שנקבע אינו מחמיר יתר על המידה; בית המשפט העניש את המערער רק על העבירות שהורשע בהן ולא מעבר לכך; השוואת עונשו למעורבים אחרים מלמד כי בית המשפט מצא איזון נאות בינם לבין המערער; ולא נפל פגם כלשהו בתסקיר שירות המבחן.

דיון והכרעה

13. אין ספור פעמים עד שבלו שפתותינו מלומר די, בית משפט זה אמר כי כלל ידוע הוא שערכאת הערעור לא תתערב בגזר דין שניתן על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין או כאשר ניכרת חריגה קיצונית ממדיניות הענישה הראויה או הנוהגת בנסיבות דומות. זאת בין לחומרה ובין לקולא (ראו במקרה דומה לעניינו לאחרונה ממש: ע"פ 5124/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 7 (31.10.2023) (להלן: עניין פלוני); וכן ראו מיני רבים: ע"פ 1925/23 מדינת ישראל נ' אבו הדואן, פסקה 7 (7.8.2023); ע"פ 5796/22 ג'ית נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (21.5.2023); ע"פ 3591/17 רז נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (10.4.2018); ע"פ 5932/21 קורובקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (13.7.2022); ע"פ 5806/22 מדינת ישראל נ' גריפאת, פסקה 8 (20.11.2022)). אין מקרה זה בא בגדרם של המקרים המצדיקים התערבות.

14. כפי שנאמר בעניין פלוני:

"[...] לא פעם עמד בית משפט זה על אמת המידה המחמירה שבה יש לנקוט ביחס לעבירות של יידוי אבנים והתפרעות, בייחוד כשאלו נעשות על רקע לאומני ותוך הצטרפות לאירועים המוניים, כבמקרו (ראו, מיני רבים: ע"פ 10423/07 מדינת ישראל נ' סטרין, פס' 11 (11.6.2008); ע"פ 258/17 סלאח נ' מדינת ישראל, פס' 17 (10.8.2017); ע"פ 4585/22 מדינת ישראל נ' ערדאת, פס' 14 (25.7.2022); ע"פ 292/22 מדינת ישראל נ' חליל, פס' 11 (29.5.2022)). לא בכדי, אפוא, נקבע כי בנסיבות הנ"ל יש לנקוט במדיניות ענישה אשר תרתיע ותרסן התפרעויות העלולות לסחוף המון רב ולצאת מגדר שליטה' (ע"פ 901/22 מדינת ישראל נ' אסווד, פס' 8 (24.2.2022)); וכי התנהגויות אלו 'צריכות לזכות בתגובה עונשית קשה וכואבת, ויהיה מוצאם של המתפרעים אשר יהיה. כך נוהגת מדינת חוק. כך זכאים לצפות כל הבאים בשעריו של בית המשפט' (ראו: ע"פ 2285/05 מדינת ישראל נ' חמד, פס' 7 (5.12.2005)). לא זו אף זו - התקופה הטעונה שבה בוצעו המעשים, עת הייתה המדינה נתונה תחת מתקפה של אלפי רקטות אל עבר האוכלוסייה האזרחית, לצד גאייתם של התפרעויות אלימות והפרעות סדר, מהווה נסיבה נוספת אותה

יש לשקול לחומרה (לעניין זה ראו: עניין אסווד, פס' 10).

דברים אלה נכוחים ורלוונטיים לענייננו, וקיים קושי - בלשון המעטה - להטות אוזן לטענות המערער כי הייתה הצדקה ולו חלקית למעשיו וכי יש לנקוט בהבנה למצב שבו היה נתון עת הצטרף להמון המשולהב שהתפרע ללא גבולות בשני האירועים בהם נטל חלק. לא הייתה הצדקה. אין הצדקה. ולא תהיה הצדקה. לא מלאה ולא חלקית.

15. המערער טען כאמור כי בית המשפט המחוזי התעלם מכך שהוא זוכה משלושה אישומים מתוך חמישה שיוחסו לו, וכי עיניו הדין שנגרם לו מכך לא נלקח בחשבון בעת הענשתו. טיעון מעין זה אינו חדש במחוזותינו ועינוי דין אכן יכול להוות עילה להקלה בעונש (ע"פ 8066/15 חנון נ' מדינת ישראל, פסקה 25 (16.10.2016)); ע"פ 8430/20 עמר נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (25.11.2021); ע"פ 394/20 חן נ' מדינת ישראל (2.11.2021); רע"פ 223/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 29 (13.11.2013)). אלא שבמקרה זה, לא נגרם למערער עינוי דין בכך שהוא זוכה מאותם אישומים בהם לא הודה. עינוי דין משמעו שתחושת הצדק נפגעה והייתה סטייה מההליך הפלילי התקין וההוגן בעטיין של רשויות האכיפה (ע"פ 4762/22 כנפו נ' מדינת ישראל, פסקה 21 (15.8.2023)); ע"פ 7696/14 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פסקה יא (11.2.2015)). לא כן במקרה זה שבו גם לא נטען לפנינו שההליך לא נוהל כהלכה. אדרבה, נעשה גם נעשה צדק עם המערער אף לשיטתו, שכן הוא זוכה מהעבירות שלא הודה בביצוען, ואין לראות בניהול התיק ועמידת המשיבה על הוכחת כל האישומים כהתנהלות בלתי תקינה שעם זיכוי המערער יש לזקוף אותה לחובת המשיבה וכנימוק להקלה בעונשו (וראו והשוו: ע"פ 5536/18 אלביאע נ' מדינת ישראל, פסקה 41 (13.6.2019)).

16. גם לא מצאתי ממש בטענה בדבר הפגמים והכשלים שנפלו לדעת המערער בתסקיר שירות המבחן. קצינת המבחן ציינה בראש הערכתה כי פגשה את המערער באמצעות תיעוד חזותי בבית מעצרו (ולא בשיחת טלפון), והתסקיר מבוסס לא רק על אותה שיחה אלא גם על מידע קודם על אודותיו הנמצא בשירות המבחן במסגרת תיק מעצר אחר. כמו כן, נאמר באופן מפורש בתסקיר כי העבירות אליהן התייחסה קצינת המבחן היו רק אלו בהן הורשע, ולא יותר מכך. קצינת המבחן גם ציינה במפורש את הודאתו של המערער בחלק מכתב האישום ואת הבעת החרטה מצדו על מעשיו, אך ציינה כי הוא מצמצם את אחריותו, חומרת מעשיו, המניעים להתנהגותו והסכנות הכרוכות בהתנהגותו והשלכותיהן. ממצאים אלו עולים בקנה אחד עם טיעוני המערער לפנינו. לא זו בלבד אפוא שלא נפלו פגמים בתסקיר, אלא שהאמור בו לא חוטא כלל לאמת ומשקף את עמדתו של המערער כפי שהובעה באמצעות באת-כוחו.

17. ובאשר לטענה בדבר אחידות הענישה הנדרשת בין העונש שהושת על המערער לבין העונש שהוטל על שותפיו לחלק מהמעשים. אכן עריכת השוואה מדוקדקת בין המקרים השונים מלמדת כי העונשים שהוטלו על כל המעורבים אינם זהים בחומרתם (למשל על הנאשם בת"פ 49353-07-21 (מחוזי-ים) מדינת ישראל נ' גית (17.11.2022) הושת עונש מאסר של 32 חודשים בשל הרשעתו ב-4 אישומים שונים של השתתפות בהתפרעות וידיי אבנים, מתוכם האירוע המתואר באישום הראשון של המערער שלפנינו). אלא שעיון בנימוקי גזר הדין ובחינת מכלול הנסיבות האופפות את ביצוע העבירות במקרים השונים מלמדים על שונות המחייבת סטייה מהאחידות. ככלות הכול הענישה היא עניין אינדיווידואלי וכל מקרה נדון לגופו, לפי חומרתו ומכלול הנסיבות האופפות אותו (וראו והשוו: ע"פ 9723/16 נאצר נ' מדינת ישראל (26.10.2017); ע"פ 2579/14 פרחאן נ' מדינת ישראל (25.5.2015); ע"פ 6894/22 אסכאפי נ' מדינת ישראל (15.8.2023)). לא למותר לציין גם כי בית המשפט המחוזי קבע בעניינו של המערער מתחם ענישה אחד בגין ביצוע עבירות בשתי פרשיות המנותקות זו מזו, וגזר את עונשו של המערער כמעט בתחתית המתחם "המשוקלל". מכל מקום, גם אם ניתן היה לסבור כי בית המשפט המחוזי החמיר קמעא עם המערער, לא מדובר בהחמרה קיצונית המצדיקה את התערבותו.

סוף דבר, הערעור נדחה.

ניתן היום, ח' בכסלו התשפ"ד (21.11.2023).

שופט

שופט

שופט

---