

ע"פ 6048/13 - מוחמד באשיר חוסיין נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 6048/13

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט א' שהם

המערער: מוחמד באשיר חוסיין

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר-הדין של בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בת"פ 34418-01-13
שניתן ביום 05.06.2013 על-ידי כב' השופט צ' גורנפינקל

בשם המערער: עו"ד עלאא מסארווה

בשם המשיבה: עו"ד עדי שגב

פסק-דין

השופט נ' הנדל:

1. מונח לפני ערעור על גזר-דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו (ת"פ 13-01-34418, כב' השופט צ' גורנפינקל), במסגרתו הושת על המערער עונש של 46 חודשי מאסר בפועל, בתוספת 18 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור תוך 3 שנים עבירה שעניינה שוד, אלימות כלפי אחר שתוצאתה חבלה של ממש או עבירת רכוש מסוג פשע.

רקע

2. ביום 14.1.2013, בשעה 02:00, הלך המתלונן ברחוב בעיר תל אביב, כאשר המערער ושני אנשים נוספים התנפלו עליו. המערער תפס את המתלונן, סתם את פיו והכהו באגרופים בראשו. השניים האחרים הפילו את המתלונן ארצה והמשיכו להכותו. בהמשך, קרעו השניים האחרים את כיס מכנסיו של המתלונן, ויחד עם המערער גנבו ממנו מכשיר פלאפון וארנק שהכיל סך 4,300 ש"ח וכרטיסי אשראי. המתלונן הצליח לקום על רגליו ולרדוף אחרי המערער והאחרים, שכל אחד מהם ברח לכיוון אחר, ואף הזעיק נידת משטרה ששהתה במקום באותה העת. המתלונן הצביע על המערער, אותו היה קל לזהות בשל העובדה שהיה חבוש כובע לבן. השוטר התחיל במרדף אחריו, ולבסוף הצליח לתפוס אותו, לאחר שהפעיל אקדח טייזר. המערער כפר באשמה בטענה שהאחרים הם אלו שתקפו את המתלונן, ואילו הוא דווקא ניסה לסייע לו. בית המשפט המחוזי לא קיבל את קו הגנתו, והרשיעו בעבירה של שוד בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 402(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). יצוין כי המערער הינו נתין זר שהגיע ללא היתר מסודאן לישראל.

על סמך ארבעה גזרי-דין שניתנו לאחרונה על-ידי בית משפט זה קבע בית המשפט המחוזי כי "אין עוד צורך לקבוע טווח ענישה, שכן רמת הענישה נקבעה כבר והעונשים שיש לגזור בעניין עבירת שוד לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין נעים בין 42 חודשי מאסר בפועל לבין 46 חודשי מאסר בפועל". בנסיבות החמורות של העניין, החליט בית המשפט להטיל על המערער את הרף העליון של הענישה בפסיקה, דהיינו 46 חודשי מאסר בפועל, בצירוף 18 חודשי מאסר על תנאי. בהתחשב במצבו הכלכלי של המערער נמנע בית המשפט מלהטיל עליו חובת תשלומים.

הערעור

3. הסנגור טוען שבית המשפט המחוזי התעלם מפסיקת בית משפט זה שלעתים פסק עונשים קלים בהרבה בעבירות שבוצעו, לפי דעתו, בנסיבות דומות. בע"פ 7655/12 אדריס נ' מדינת ישראל (4.4.2013) נקבע מתחם הענישה הראוי בנסיבות שוד שבוצע באופן "ספונטאני", כלשון פסק-הדין:

"העיון בפסיקה מעלה שמתחם הענישה הראוי לעבירות שוד שבוצעו בנסיבות דומות, קרי, בוצעו באופן "ספונטאני", ללא תכנון מוקדם וללא שימוש בנשק, תוך שלנפגע העבירה נגרמו נזקים שאינם חמורים, עומד על תקופה של שישה חודשי מאסר לבין שתי שנות מאסר".

מכאן סבור הסנגור שהעונש שהושת על המערער הינו חמור במידה קיצונית.

עוד טוען הסנגור כי בית המשפט המחוזי שגה כאשר נמנע מלקבוע מתחם ענישה הולם לעבירה הרלוונטית. בית המשפט אמנם הצביע על טווח הענישה הנהוג, אך לשיטת הסנגור אין זהות בין טווח הענישה הנהוג, שהינו נתון עובדתי המבוסס על פסיקה קודמת, לבין מתחם העונש הראוי המגלם "הכרעה ערכית המבוססת על שיקולים שונים,

כאשר מדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא רק אחד מהם" (ע"פ 1323/13 אגבריה נ' מדינת ישראל (5.6.2013)). בנוסף, הסנגור סבור שחובה על-פי חוק שבית המשפט יקבע מתחם ענישה למקרה הספציפי, ודברי בית המשפט המחוזי לפיהם "אין עוד צורך שבתי המשפט המחוזיים יקבעו טווח ענישה, שכן רמת הענישה נקבעה כבר" הינם שגויים.

הסנגור אף מדגיש כמה נסיבות לקולא במקרה הספציפי, לרבות גילו הצעיר של המערער, נתינותו הזרה והעדר עבר פלילי. מנגד, התביעה סומכת את ידה על גזר-דינו של בית המשפט המחוזי לנוכח נסיבות המקרה.

דיון והכרעה

4. נציין בפתח הדברים כי יש טעם בדברי הסנגור באשר לדרך יישומו של תיקון 113 על-ידי בית משפט קמא. בהתאם לסעיף 40ג(א) לתיקון 113 לחוק העונשין, שומה על בית המשפט לקבוע, בשלב הראשון, את מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם. העיקרון המנחה בקביעת המתחם הוא עיקרון ההלימה. בשלב זה, על בית המשפט להתחשב בערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בערך זה, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה (ראו סעיף 40ג) לחוק העונשין; ראו גם ע"פ 1353/13 כארם נ' מדינת ישראל (27.6.2013); ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל (24.3.2013); ע"פ 5214/13 סירחאן נ' מדינת ישראל (30.12.2013)). ברם, נכון להדגיש כי הגם שיש קשר בין המונחים, מתחם הענישה הוא בגדר קביעה נורמטיבית בעוד שהענישה הנהוגה מהווה נתון אמפירי. לאחר קביעת המתחם, על בית המשפט לגזור את עונשו של הנאשם בתוך מתחם הענישה שנקבע, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, בהתאם לסעיף 40ג(ב) לתיקון 113 לחוק העונשין.

במקרה דנא בית המשפט המחוזי לא קבע מתחם ענישה לעבירה הרלוונטית הקונקרטי, ובמקום זאת ציין את פסיקת בית משפט זה בפסיקות קודמות. לאור הפסיקה הסיק בית המשפט כי "אין עוד צורך שבתי המשפט המחוזיים יקבעו טווח ענישה". מדיניות הענישה הנהוגה הינה רק שיקול אחד מבין השיקולים שיש לשקול לשם קביעת המתחם. היא אינה שיקול בלעדי. צדק הסנגור כאשר טען כי אין זהות בין התייחסות למדיניות הענישה הנהוגה לבין הגדרת המתחם עצמו. אכן, יש להדגיש את החשיבות בקיום התהליך הקבוע בתיקון 113, כמצוות המחוקק.

ואם ישאל השואל: מדוע לא ניתן ללמוד על המתחם מתוך איסוף מספר פסקי-דין של בית משפט העליון - אשיבנו כך. כמובן שיש לכך משקל. העונש הנהוג, קל וחומר קביעת מתחם על-ידי הערכאה הגבוהה, ודאי מהווה כלי מסייע. ועדיין, לנוכח תיקון 113 נדרשת התאמה לא רק לסעיף העבירה אלא אף למעשה העבירה. לכן, סקירה של מספר פסקי-דין לא בהכרח מלמדת על המתחם הראוי במקרה המסוים. לשם כך נכון יהיה לדייק בהגדרת תפקידו של בית המשפט העליון כערכאת ערעור לפלילים, על השיקולים והמסגרת המנחים אותו במילוי עבודתו זו. כך למשל, לעתים העונש נוטה לקולא, אך הערעור הוגש דווקא על-ידי הסנגור. לעתים, בית משפט זה מקבל את ערעורה של המדינה ומתערב בעונש, אך מדריך את עצמו על-פי הכלל שאין זו דרכה של ערכאת הערעור למצות את חומרת הדין עד תום עם המורשע. לא תמיד ניתן אפוא להסיק מהתוצאה העונשית הכמותית במקרה זה או אחר מהו מתחם הענישה הראוי למעשה העבירה הנדונה.

נקודה נוספת היא שהניסיון השיפוטי, ובמיוחד של בית משפט זה, עשוי לפתח כללים בדבר מתחם העונש שעשויים לתרום לכימות המתחם בעבירות שונות בנסיבות מסוימות. ברם, קביעה שמתחם העונש הוא בין 42 חודשים

לבין 46 חודשי מאסר בפועל, על פניה, מעוררת קושי. הטעם בדבר הוא כי מתחם כה צר הופך אותו למעין מתחם חובה המצמצם יתר על המידה את שיקול דעתה של הערכאה המבררת. כשם שאין לקבוע מתחם פתוח מדי כך אין לקבוע מתחם סגור מדי.

5. פגם ביישומו של תיקון 113 כאמור אינו מצדיק בהכרח התערבות בתוצאה שאליה הגיעה הערכאה הדיונית. כאן המקום לחזור על הכלל המושרש בפסיקה לפיו אין ערכאת הערעור מחליפה את שיקול דעתה של הערכאה הדיונית בכל הנוגע לקביעת העונש. רק בנסיבות חריגות יראה בית המשפט לנכון להתערב בגזירת העונש, דהיינו במקום שנפלה טעות מהותית בגזר-הדין או כאשר חרג בית משפט קמא חריגה ממשית מרמת הענישה הנוהגת בנסיבות דומות (ע"פ 6298/96 מדינת ישראל נ' יחיא (05.11.97); ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (03.02.98); ע"פ 3074/07 מדינת ישראל נ' אבו תקפה (27.03.08)). גם במקום שנפל פגם בקביעת מתחם העונש, אין להתערב בעונש שהושת אלא אם נמצאה סטייה ברורה מרמת הענישה הראויה (ראו ע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' אלעוקבי (1.1.2014)). במקרה דנא נחה דעתי שלא מדובר בסטייה כזו. בפועל, העונש מצוי במסגרת המתחם הראוי לעבירת השוד לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין על-פי נסיבותיו הקונקרטיות של תיק זה.

בעבירות של שוד בנסיבות מחמירות נמצאת בפסיקה קשת רחבה של רמת ענישה. הסנגור מפנה לע"פ 7655/12 הנ"ל, שם הורשע מבצע השוד ונגזרו עליו 30 חודשי מאסר בפועל, כשבערעור העונש הופחת והועמד על 20 חודשי מאסר בפועל. מנגד, אנו מוצאים גם עונשי מאסר ממושכים הנעים בין 40 ועד 60 חודשי מאסר בפועל (ראו ע"פ 5535/12 כאברי נ' מדינת ישראל (1.5.2013); ע"פ 3160/12 כריסטיאן נ' מדינת ישראל (21.4.2013); ע"פ 3205/12 מדינת ישראל נ' ניקוליב (14.2.2013); ע"פ 8173/11 אבו שהלה נ' מדינת ישראל (25.1.2012); ע"פ 2525/10 פריחאת נ' מדינת ישראל (27.6.2011)). המשתנה העיקרי הוא נסיבותיהם השונות של האירועים - מעשי העבירה. בע"פ 7655/12 האמור, למשל, מדובר בנסיבות של "אירוע ספונטאני", וליתר דיוק "עבירה ספונטאנית" שלא קדם לה תכנון כלשהו. ברקע לשוד עמדה תגרה שבסיומה נלקח רכוש מהתוקף. זהו מקרה שונה בתכלית מהנסיבות בענייננו. מהצד האחר, המקרה אינו כה חמור במידה שמצדיקה הטלת עונשים חמורים בדומה לאלו שהוטלו בתיקים שצוינו - ואין כאן רשימה ממצה.

בתיק זה שלשה אנשים חברו יחדיו לבצע שוד תוך כדי שימוש באלימות כלפי המתלונן. מטרת השוד הייתה לבצע גניבה כלפי עובר אורח שיתקשה להתגונן בפני שלשה אנשים, כאשר המערער סותם את פיו ומכה אותו באגרופים ושותפיו הפילו אותו ארצה והחזיקו את ידיו. כך הדגיש בית המשפט המחוזי שהמערער לא לקח אחריות על מעשיו. אמנם מדובר באדם צעיר יחסית, נתין מדינה זרה ובעל עבר פלילי נקי - אך דומה שאין בנתונים אלו כדי לגרוע מהאינטרס הציבורי להטיל עונש מרתיע במקרים מעין אלו. יצוין כי שווי הגניבה מתקרב ל-10,000 ש"ח. מתפקידו של בית המשפט להגן על הערך לפיו אדם רשאי ללכת חופשי, מבלי לחשוש שמא יפול קורבן לאלימות בריונית, כאשר כל חטאו הוא להסתובב בחוץ לתומו תוך כדי החזקת רכוש על גופו. בל נשכח כי המחוקק קבע שהעונש המרבי בגין עבירת שוד עולה מארבע-עשרה שנה לעשרים שנה כאשר השודד היה בחבורה - סעיף 402(ב) לחוק העונשין.

בראייה זו עונש המאסר בתוצאה תואם את עקרונות התיקון.

6. לנוכח זאת, הייתי מציע לחברי לדחות את הערעור.

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט הנדל. חברי הטעים את הצורך כי בית המשפט הדין בפלילים יקבע מתחם ענישה בכל תיק על פי נסיבותיו. ער אני וערים חבריי בבית משפט זה לכך שההליך שקבע המחוקק בתיקון 113 מורכב ומוסיף עומס לבית המשפט הדיוני, ועמה גם תוספת עומס לבתי המשפט של ערעור שתפקידם ביקורת שיפוטית, בין היתר על קביעת המתחם. עם זאת, עסקינן במצוות המחוקק שמטרתה - בין השאר - מאמץ להאחדה לענישה, אף שמשימה זו קשה ביותר. ניהול ההליך לפי תיקון 113 יש בו גם יתרונות של סדר מחשבתי צלול, ועל כן וכל עוד לא אמר המחוקק אחרת, על בתי המשפט למלא מצוותו. לא כל מלאכה הנקראת סיזיפית בראשיתה, מוכחת ככזאת בסופה, וכדברי חכמים, עסקינן בדרך "ארוכה וקצרה" (בבלי עירובין נ"ג, ב') - שזו הקטגוריה המתאימה, ולא הפכה, הדרך הקצרה העלולה להיות ארוכה.

ב. כפי שציין חברי, בעניין זה צדק הסניגור המלומד. ואולם אשר לעונש עצמו אין עסקינן במקרה המצדיק התערבות; בכפוף להנחיות שבתיקון 113 ולנסיבות האישיות, עבירת השוד מצריכה ענישה של מאסר מאחורי סורג ובריוח וככלל לא לתקופה קצרה. "תג הענישה" של המחוקק כפי שציין חברי, הוא של 14 שנים ובנסיבות מחמירות - עשרים שנה. בנסיבות דנא, התנפלות על אדם המהלך לתומו באישון לילה על ידי חבורת שלושה בריונים, הכאתו ושוד כספו, היא מקרה מובהק שיש בו להחמיר, ועל כן לא חרג בית המשפט המחוזי מכל מתחם שניתן לקבוע בניגוד לו, וצדק בתוצאה אליה הגיע; וראו ע"פ 5535/12 כאברי נ' מדינת ישראל (2013), שם ציין השופט דנציגר כי במקרי שוד "אין מדובר רק בנזק רכושי כי אם גם בנזק נפשי שיש לו השלכות על שגרת חייהם של נפגעי העבירה". אוסיף, ולטעמי גם ברוח תיקון 113, כי ההלימה הרלבנטית במקרה זה היא "הלימת בית שמאי", ועד שמתחשבים אנו בנאשמים, ומבלי להתעלם מחובות השיקום, נזכור את הקרבן (ראו גם ע"פ 2163/05 אלייב נ' מדינת ישראל (2005)).

השופט א' שהם:

אני מצטרף לפסק דינו של חברי, השופט נ' הנדל, ולהערותיו של חברי, השופט א' רובינשטיין.

במסגרת ע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' אלעוקבי (1.1.2014), הזדמן לי להעיר כי:

"מדיניות הענישה הנהוגה הינה בגדר שיקול אחד מבין מספר שיקולים שיש לשקול לשם קביעת המתחם, והתייחסות למדיניות הענישה אין בה משום תחליף הולם להגדרת המתחם עצמו".

לפיכך, יש לקיים את מצוותו של המחוקק, גם אם כרוך הדבר במאמץ נוסף, ולקבוע בשלב ראשון את מתחם העונש ההולם.

כאמור, אף אני סבור כי יש לדחות את הערעור על מידת העונש, לאור חומרת התנהגותו של המערער ורמת האלימות שהופעלה כלפי המתלונן, על-ידי המערער וחבריו.

שופט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, י"ח באב התשע"ד (14.8.2014).

שופט

שופט

שופט
