

## ע"פ 5579/19 - מדינת ישראל נגד מוחמד מלחם

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 5579/19

לפני:

כבוד השופט י' עמית  
כבוד השופט נ' סולברג  
כבוד השופט א' שטיין

המערערת:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב:

מוחמד מלחם

ערעור על גזר הדין שניתן ביום 25.6.2019 על ידי בית המשפט המחוזי חיפה (השופט א' אליקים, ס"נ) בת"פ 39155-11-16

תאריך הישיבה:

ח' בשבט התש"ף (03.02.2020)

בשם המערערת:

עו"ד רחלי זוארץ-לוי

בשם המשיב:

עו"ד עאדל בויראת  
עו"ס הגר אביב

בשם שרות מבחן למבוגרים:

פסק-דין

1. שנת 2016 נפתחה בפיגוע חבלני רצחני. ביומה הראשון של אותה שנה, בסביבות השעה 14:40, הגיע נשדא מלחם (להלן: המחבל) לרחוב דיזנגוף בתל אביב, בסמוך לפאב "סימטא", כשברשותו קוראן וכלי ירי מסוג פלקון (להלן: הנשק). המחבל ירה מנשק זה למעלה מ-20 כדורים לעבר יושבי הפאב, גרם למותם של אלון בקל, ז"ל, ושמעון רוימי, ז"ל, וכן לפציעתם של אנשים נוספים, ונמלט מהמקום. במהלך בריחתו, עלה המחבל למונית וביקש מנהגה, מטאוע אל קרינאווי, ז"ל, להסיעו לצפון העיר. סמוך למלון "מנדרין", חשד המחבל כי נהג המונית עשוי להסגירו למשטרה ועל כן הוא ירה בו באמצעות הנשק והרגו. לאחר מכן, מצא המחבל את דרכו אל גג בניין ברמת אביב, שם הוא תלה שתי יריעות בד, שעל אחת מהן נרשם השם "דעאש" ועל השנייה נכתב, בשפה הערבית, "אין אלוהים מלבד אללה ומוחמד שליח האל". משם נסע המחבל למקום מסתור בכפר ערערה. בחלוף שבוע, כוחות הביטחון איתרו את המחבל בבית נטוש וביקשו לעצרו, והלה פתח בירי לעברם. הכוחות השיבו בירי והרגוהו.

2. המשיב נכנס לתמונה עגומה זו ביום 3.1.2016 כאשר פגש את המחבל במקום המסתור. המחבל אחז בנשקו וסיפר למשיב כי ביצע את הפיגוע הרצחני. לבקשת המחבל, רכש המשיב עבורו מכשיר טלפון סלולרי חדש ומסר לידיו את המכשיר. בשל כך, הורשע המשיב, על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בסיוע לאחר-מעשה-פשע - עבירה לפי סעיפים 260 ו-261(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), שעונשה המרבי הוא שלוש שנות מאסר, בגדרו של ת"פ 39155-11-16 אשר נדון בבית המשפט המחוזי חיפה (השופט א' אליקים, ס"נ). לאחר שהרשיע את המשיב כאמור ולאחר ששקל את הראיות לעונש, אשר כללו, בין היתר, שבעה תסקירי שירות המבחן וחוות דעת של הממונה על עבודות שירות, גזר עליו בית משפט קמא, ביום 19.5.2019, ששה חודשי מאסר על תנאי לבל יעבור תוך שנתיים עבירה לפי סעיף 260 לחוק העונשין; צו מבחן למשך שישה חודשים וכן עבודות שירות בהיקף של 300 שעות (להלן: גזר הדין או גזר הדין קמא).

#### הערעור

3. המדינה מערערת כעת על גזר הדין קמא, שלשיטתה מקל עם המשיב באופן קיצוני ולא נותן ביטוי לכך שהסיוע שהמשיב הושיט למחבל חמוש אחרי הפיגוע הרצחני סיכן את ביטחונם של המדינה ושל אזרחיה. המדינה מוסיפה וטוענת כי מדובר בסיוע שלא רק אפשר למחבל ליצור קשר עם תומכיו ולהגדיל את סיכויי ההימלטות שלו מזרועות הביטחון - דבר החמור כשלעצמו - אלא גם הפך את המחבל למסוכן עוד יותר, כמי שעלול היה לבצע פיגוע נוסף. המדינה ביקשה מאתנו אפוא כי נשנה את גזר הדין קמא ונחמיר בעונשו של המשיב "באופן ניכר, אשר ישקף את החומרה היתירה הגלומה במעשיו, ואשר יהיה בו כדי להרתיע ולהעביר מסר ברור וחד משמעי, כי המבצעים עבירות מסוג זה צפויים לעונש ממשי".

#### טענות הצדדים

4. במהלך הדיון שהתקיים לפנינו, חזרה המדינה על טענות אלו ופירטה אותן אחת לאחת. מנגד, המשיב טען כי בית משפט קמא הטיל עליו עונש הולם בהתחשב בנסיבותיו וביקש מאתנו לא להתערב בעונש זה. לטענת המשיב, הוא נטל אחריות למעשיו, הביע חרטה עליהם, וכן הודה בהם בפני בית משפט קמא ועל ידי כך חסך מזמנו ומזמנה של

התביעה. כמו כן הצביע המשיב על גילו הצעיר יחסית בזמן ביצוע העבירה (22); על כך שאין לו הרשעות קודמות; על כך שהוא כבר בילה כחודשיים במעצר מאחורי סורג וברית; על כניסתו והירתמותו לתהליך שיקום משמעותי; על ההמלצה בדבר צו מבחן ושירות לתועלת הציבור, שניתנה לגביו על ידי שירות המבחן; וכן על כך שהוא כבר הספיק לרצות יותר ממחצית השירות לתועלת הציבור אשר הושת עליו בגזר הדין קמא. במסגרת זו, הופנינו לאמור בגזר הדין שניתן בת"פ (חי') 67504-11-17 מדינת ישראל נ' יוסף (12.4.2018), אשר השית שישה חודשי עבודות שירות ועונשים נלווים על שני נאשמים צעירים, נטולי עבר פלילי, שהושיטו סיוע לאחר-מעשה למפגע שירה בשני עוברי אורח רק בשל היותם יהודים וגרם למותו של אחד מהם (להלן: עניין יוסף). בא-כוח המשיב הדגיש בהקשר זה כי לאור האמור בתיקון מס' 113 לחוק העונשין, עלינו להעדיף במקרה דנן את שיקול השיקום על פני שיקולי הענישה אחרים, כפי שעשה בית משפט קמא בהסתמכו על המלצת שירות המבחן, וכפי שנעשה בעניין יוסף.

## דיון והכרעה

5. סבורני כי דין הערעור להתקבל וכי עלינו להחמיר באופן משמעותי את עונשו של המשיב; וכך אציע לחברי לעשות.

6. פשיטא הוא, כי בהשוואה לכלל העבירות של סיוע לאחר-מעשה-פשע, אשר נופלות בגדרי סעיפים 260 ו-261(1) לחוק העונשין, העבירה שביצע המשיב חצתה את הרף העליון של חומרה. המשיב סיפק טלפון סלולרי למחבל חמוש שרצח שלושה אנשים ופצע אנשים נוספים, בהיותו נחוש בדעתו לרצוח יהודים באשר הם יהודים. המשיב פעל ביודעין כדי לסייע למחבל אחרי הפיגוע. סיוע זה נועד להקל על הימלטות המחבל מזרועות הביטחון, והוא אף הגביר את מסוכנות המחבל כמי שעלול היה לבצע פיגוע רצחני נוסף. בנסיבות אלו, הרף העליון של מתחם הענישה אמור היה להיות קרוב לעונש המקסימום של שלוש שנות מאסר, כשהרף התחתון ממוקם לא הרחק מכך (ראו והשוו: ע"פ 2352/19 דנילוב נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (15.10.2019); ע"פ 4344/18 גאבר נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (16.8.2019); ע"פ 5855/15 לוגסי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 לפסק דינו של השופט א' שהם (5.6.2016); ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל, פסקה 66 (29.5.2014); ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, פסקה 31 (2.8.2006); ע"פ 4272/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 175, 189 (2005); ע"פ 4889/02 מדינת ישראל נ' רעד, פסקה 3 (16.2.2003); ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל, נו(1) 609, 613-614 (2001); ע"פ 2620/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מט(3) 1, 2-3 (1995); וכן ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 423 (1979)).

7. בית משפט קמא קבע בגזר הדין מתחם אשר נע בין 15 ל-24 חודשי מאסר בפועל, כפי שביקשה התביעה. לטעמי, מתחם זה הקל עם המשיב. לא זו אף זו: בית משפט קמא ראה לנכון לסטות לקולא מהמתחם שקבע בשל נסיבותיו המיוחדות של המקרה שלפי דבריו מצדיקות חריגה "ממתחם העונש ההולם משיקולי שיקום" אשר חלים בעניינו של המשיב - זאת מאחר ש"יש סיכוי של ממש שישתקם". בקבעו כך, ובהטילו על המשיב צו מבחן, עבודות שירות ומאסר על תנאי, כהמלצתו של שירות המבחן, נסמך בית משפט קמא על האמור בסעיף 40 לחוק העונשין.

8. עם קביעה זו, בכל הכבוד, אין בידי להסכים. סעיף 40ד, עליו ביסס בית משפט קמא את העונש המקל שראה להטיל על המשיב, מורכב משני חלקים. חלקו הראשון, סעיף-משנה (א), קובע כי בית המשפט רשאי לסטות לקולא ממתחם העונש ההולם אם "מצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם". דא עקא, סמכות זו

סוייגה בחלקו השני של הסעיף, סעיף-משנה (ב), אשר קובע לאמור:

"היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין."

9. דומני כי לא ניתן לחלוק על כך שבמעשה העבירה שביצע המשיב ובמידת אשמו יש חומרה יתרה. במצב המשפטי דהיום, נאשם דוגמת המשיב היה נושא באחריות בגין עבירה לפי סעיף 25 לחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: חוק המאבק בטרור), שעונשה המרבי הוא חמש שנות מאסר. המשיב ביצע את העבירה בה הורשע לפני כניסתו של חוק המאבק בטרור לתוקף ועל כן חוק זה איננו חל בעניינו. ואולם, התפיסה הערכית הבסיסית אשר עומדת מאחוריו נטעה שורשים במשפטנו מקדמת דנא; ולפי תפיסה זו, סיוע למחבל רצחני נופל בגדר עבירה בעלת חומרה יתרה גם כשמדובר בסיוע לאחר-מעשה אשר מסווג כעוון. משכך הוא, לא ניתן היה להפעיל את הוראת סעיף 40ד(א) לחוק העונשין לטובת המשיב באין "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן", כפי שמורה סעיף 40ד(ב) לחוק. בעניין זה, חשוב להדגיש כי "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" אשר נדרשות כאן באותלהוסיף על עצם קיומו של שיקום שעלה יפה וכי תוספת זו חייבת להיות מהותית ביותר - בכגון דא לא נוכל להסתפק בפחות ממהפך מוכח באישיותו, בתפיסותיו ובהלכותיו של העבריין (ראו למשל: ע"פ 2125/18 דוד נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (18.12.2018); ע"פ 205/18 מדינת ישראל נ' אבראהים, פסקה 12 (25.4.2018); ע"פ 8622/14 ג'רבי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (16.7.2015); וכן את דבריו של השופט י' אלרון בפסקה 8 לפסק דינו בע"פ 6637/17 קרנדל נ' מדינת ישראל (18.4.2018) בדבר הצורך בהקפדה יתרה על קיומן של "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" בהפעלתו של סעיף 40 לחוק).

10. בית משפט קמא לא ציין בגזר דינו מהן אותן "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן" שהובילו להעדיף את שיקול השיקום על פני המתחם, שלדידי נטה לקולא מעיקרו. תחת זאת, קבע בית המשפט כי "יש לראות בנסיבות המיוחדות של תיק זה, הליך שיקומי מתקדם ומוצלח ועונש בין כתלי בית הסוהר יביא לפגיעה בו". כפי שכבר הסברתי, קביעה כאמור מספיקה רק לעניינו של סעיף 40ד(א) לחוק העונשין, אך לא לצרכיו של סעיף 40ד(ב). סבורני אפוא כי בית משפט קמא טעה. טעות זו זיכתה את המשיב בהקלה לא לו, שכן ברי הוא כי במקרה דנן אין, וממילא לא היו, שום נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן אשר בעטיין ניתן היה להעדיף את שיקומו של המשיב על פני עיקרון ההלימה אשר לפי שיטתו של בית משפט קמא תחם את העונש הראוי בין 15 ל-24 חודשי מאסר בפועל.

11. לזאת אוסיף את האמור בתסקירו המעודכן של שירות המבחן, אשר הוגש לעיונו ביום 30.1.2020. תסקיר זה איננו חוזר על המלצתו המקורית של השירות עליה הסתמך בית משפט קמא בגזר הדין. תחת זאת, כותב השירות בעניינו של המשיב, כי "במצב המתואר, לצד החרטה שהביע ושיתוף הפעולה שקיים עם שירות המבחן והשתתפותו בהליך טיפולי [...] לצד חומרת העבירה והעובדה שגם כיום ולאחר שעבר הליך טיפול, ניכרת עמדה קרבנית ביחס למעשיו ותוצאותיהם, אין בידנו לחזור על המלצה לביצוע צו שירות לתועלת הציבור". ברי הוא, אפוא, כי המשיב אינו יכול להוכיח את המהפך הנדרש לפי סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין, ועל כן איננו זכאי להקלה בעונש.

12. לטעמי, בית משפט קמא נקלע לכלל טעות נוספת בהתעלמו לחלוטין משיקולי הרתעה. בעניינם של שיקולים אלו, קובע סעיף 40 לחוק העונשין כי אם "יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת

הרבים, רשאי [בית המשפט] להתחשב [בכך] בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם". בהטלת עונשים בגין הושטת סיוע לעבריין העיקרי לפני מעשהו, בעת ביצועו ואחריו, יש לשיקולי הרתעה תפקיד מיוחד. עונשו של המסייע צריך שיהא חמור מספיק כדי להניא אנשים במצבו מהושטת סיוע מכל סוג לעבריין העיקרי ועל ידי כך לדלל את מאגר הסייענים. דילולו של מאגר הסייענים יגרום לכך שמבצעי עבירות הזקוקים לסייענים לא יוכלו להוציא את זממם מן הכוח אל הפועל ויימנעו מלבצע את העבירות שתכננו לבצען (ראו, Richard A. Posner, Economic Analysis of Law 272 (9th ed. 2014)). במלים אחרות: החמרה בענישת הסייענים מפחיתה את נכונותם לסייע ועל ידי כך מעלה את העלות של ביצוע העבירה עבור העבריין העיקרי - דבר שעשוי להפוך את תכניתו לבלתי כדאית. ברי הוא, כי ציפייה כלכלית זו לא תמיד תתגשם. עבריינים המונעים על ידי דחפים, אידאולוגיה ורגשי שנאה, שסיפוקם מניב להם תועלת מיוחדת, רגשית או אחרת, לא יירתעו מהמאזן השלילי של עלות-תועלת אשר עומד לנגד עיניו של אדם רציונלי. ואולם, כפי שכבר הזדמן לי להעיר, להרתעה כללית יש תועלת חברתית גם כאשר היא מונעת עבירה אחת בלבד אשר יכלה לפגוע קשות בגופו של אדם ולגרום למותו (ראו ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 35 (29.1.2019)). אשר על כן, הנני מקבל את טענת המדינה כי מן הדין היה להטיל על המשיב עונש מרתיע.

13. אילו הייתי גוזר את עונשו של המשיב מבראשית, הייתי משית עליו לא פחות מעשרים-וארבעה חודשי מאסר בפועל - זאת, אף בהתחשב בגילו הצעיר, בהודאתו, בחרטה שהביע על מעשהו, בעברו הנקי מפלילים, בחלק מהשירות לתועלת הציבור שהלה כבר ביצע, ובתהליך השיקום המוצלח שבו הוא נמצא כעת. מעשהו של המשיב איננו ניתן למחילה, לסליחה ולהתחשבות מיוחדת. עיקרון ההלימה שמנחה אותנו בקביעת עונשים (כאמור בסעיף 40 לחוק העונשין) מחייב את מאסרו לתקופה ממושכת.

14. ברם, איננו גוזרים את עונשו של המשיב מבראשית. ידינו כבולות בהלכה מושרשת אשר קובעת, מסיבות ידועות ומובנות, כי ערכאת הערעור אינה ממצה, בדרך כלל, את הדין עם המשיב כאשר היא מחליטה לקבל את ערעור המדינה בעניינו (ראו למשל: ע"פ 6767/18 מדינת ישראל נ' אייה, פסקה 13 (7.10.2019); ע"פ 6928/17 מדינת ישראל נ' אסרף, פסקה 39 (16.8.2018); ע"פ 135/17 מדינת ישראל נ' בסל, פסקה 13 (8.3.2017); ע"פ 30/15 פלוני נ' מדינת ישראל (20.4.2016)). בהתבסס על הלכה זו, הנני סבור כי עלינו להטיל על המשיב את מחצית העונש הראוי: שנת מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו מאחורי סורג ובריח. ער אני לכך שבעניין יוסף הסתפק בית המשפט המחוזי חיפה בהטלת ששה חודשי עבודות שירות על נאשמים שהורשעו בגין מעשים הדומים לזה של המשיב, אולם אין אני מוכן לדלות מגזר דין זה את אמות המידה הראויות להטלת עונשים במקרים כגון זה שלפנינו. סעיף 40 לחוק העונשין מפקיד בידי בתי המשפט סמכות רחבה לקבוע עונש שיקומי מיוחד שיהא מותאם אינדיווידואלית לכל נאשם ונאשם. ברם, אם נהפוך אמצעי ענישה זה לכלל, נמצא את עצמנו הופכים את תיקון מס' 113 לחוק העונשין, שהעמידו לרשותנו, לקלקול מס' 1.

סוף דבר

15. מכל הטעמים דלעיל, אציע לחבריי כי נקבל את ערעור המדינה, נבטל את גזר הדין קמא ונשית על המשיב מאסר בפועל למשך שנה אחת בניכוי ימי מעצרו.

16. המשיב יתייצב לריצוי עונשו זה ביום 1.3.2020, שעה 10:00, בימ"ר קישון או במקום אחר על-פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון ועותק מפסק דין זה. המשיב יתאם את כניסתו למאסר, כולל

האפשרות למיזון מוקדם, עם ענף אבחון ומיזון של שירות בתי הסוהר בטלפון 08-978-7377 או 08-978-7336.

שופט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' שטיין.

ניתן היום, י"ד בשבט התש"ף (9.2.2020).

שופט

שופט

שופט

---