

ע"פ 2336/16 - ריאד מזראיב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2336/16

ע"פ 2410/16

לפני:

כבוד השופט י' עמית
כבוד השופט מ' מזוז
כבוד השופט ד' מינץ

ריאד מזראיב

המערער בע"פ 2336/16
והמשיב בע"פ 2410/16:

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה בע"פ 2336/16
והמעררת בע"פ 2410/16:

ערעור על הכרעת הדין מיום 11.1.2016 ועל גזר הדין
מיום 8.2.2016 של בית המשפט המחוזי בנצרת (כב'
סגן הנשיא ב' ארבל והשופטים ש' אטרש ו-י' אברהם)
בתפ"ח 41111-08-14

תאריך הישיבה: ב' בכסלו התשע"ח (20.11.2017)

בשם המערער בע"פ 2336/16

והמשיב בע"פ 2410/16: עו"ד יגאל בלפור

בשם המשיבה בע"פ 2336/16

והמעררת בע"פ 2410/16: עו"ד ארז בן ארויה

עמוד 1

לפנינו ערעור על הכרעת הדין מיום 11.1.2016 של בית המשפט המחוזי בנצרת (כב' סגן הנשיא ב' ארבל והשופטים ש' אטרש ו-י' אברהם) בתפ"ח 41111-08-14 במסגרתה הורשע המערער בעבירות של מגע עם סוכן חוץ, עסקה אחרת בסם מסוכן וקשירת קשר לביצוע פשע בעבירות סמים. וכן ערעור על גזר הדין מיום 8.2.2016 בו הושת על המערער מאסר בפועל של 5.5 שנים בניכוי ימי מעצרו מיום 29.7.2014, בנוסף ל-12 חודשי מאסר בפועל בשל הפעלת שתי תקופות מאסר על תנאי, האחת בת 18 חודשים והשנייה בת 6 חודשים בחופף וחלקן במצטבר, מאסר על תנאי וקנס. המדינה ערערה אף היא על קולת העונש (למען הנוחות המדינה תקרא להלן: המשיבה).

כתב האישום

1. על פי עובדות כתב האישום, המערער קיים מגע והיה בקשר עם אדם בשם ג'ורג' נימר (להלן: נימר) (ואדם נוסף מטעמו), שהינו סוחר סמים תושב לבנון הפועל בשירות ארגון החיזבאללה, ושהיה מוכר למערער עקב מעורבותו בפרשה אחרת משנת 2012 במסגרתה עמד נימר מאחורי הברחת מטעני חבלה לשטח ישראל, תוך שימוש בסוחר סמים ישראליים (להלן: פרשת 2012). הקשר עם נימר נוצר סמוך לחודש מרץ 2014 לאחר שנימר הציע לבן דודו של המערער, אייל מזאריב (להלן: אייל) להיות שותף בייבוא סם מסוכן מסוג חשיש במשקל של 3-4 ק"ג (להלן: ההברחה או הברחת הסמים). לאחר שאייל הסכים להצעה וקשר קשר עם נימר לביצוע ההברחה, אייל פנה למערער והציע כי גם הוא ישתתף בהברחה, והמערער הסכים לכך. בנוסף, לבקשת אייל, המערער האזין למספר שיחות שניהל אייל עם נימר (אשר השתמש בשם בדוי "אבו מחמד"), ואישר לאייל כי אכן מדובר בנימר.

2. המערער ואייל ניהלו שיחות טלפון רבות ביניהם תוך שימוש בקודים עם נימר ועם אדם נוסף מטעמו לצורך תיאום ההברחה מלבנון לישראל. לשם מימוש הקשר, המערער ואייל נסעו לגבול הצפון לצורך איתור מקום מתאים להברחת הסמים, רכשו כרטיסי "סים" ישראליים וזרקו אותם בתיאום עם נימר אל מעבר לגבול. המערער ואייל דיווחו לנימר גם על תנועות כוחות צבא הממוקמים לאורך גדר הגבול וכן על פריסת המצלמות באיזור, בצד הישראלי. במסגרת שיחות הטלפון, ביקש נימר מאייל להעביר למערער אקדח, וכן להעביר סכום כסף למשפחתו של אדם אחר. נימר גם ביקש מאייל להעביר חבילה (לא נאמר בכתב האישום למי היה עליו להעבירה - ד.מ.) שתוכנה לא היה ידוע לאייל (וכונתה "הפיקדון"). המערער ואייל המשיכו לפעול לקידום ההברחה, אשר לא יצאה לבסוף אל הפועל עקב ריכוזי כוחות הביטחון משני צדי הגבול, ועמדו בקשר עם נימר עד סמוך למועד מעצרו.

עיקרי הכרעת הדין

3. בית המשפט המחוזי עמד על גרסתו של אייל, אשר הפליל את המערער במסגרת חקירותיו בפני גורמי שב"כ ובפני המשטרה, אך על דוכן העדים סירב לשתף פעולה והוכרז כעד עוין. בהתאם להוראות סעיף 10א(ג) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971, בית המשפט קבע כי בנסיבות העניין, בהתבסס על שורה של טעמים, יש להעדיף את האמרות המפלילות שנמסרו על ידי אייל במשטרה ובשב"כ על פני עדותו בבית המשפט. זאת כאשר כבר במסגרת הודעתו הראשונה במשטרה חשף אייל את הקשר שנוצר בינו ובין המערער לבין נימר ואת מלוא הפרטים המבססים את עובדות כתב האישום. אייל גם חזר על הדברים במסגרת הודעותיו הנוספות, תוך שהוא משלים פרטים חסרים. עוד דחה בית המשפט את טענתו של אייל שנשמעה על דוכן העדים, לפיה החוקרים הכתיבו לו מה לומר, בין

היתר משום שטענה זו עמדה בסתירה להודעותיו הסדורות ורצופות הפרטים שמסר. עוד קבע בית המשפט כי הודעותיו של אייל במשטרה ובשב"כ ניתנו מרצונו הטוב והחופשי ולא נפל בהן כל פגם.

4. את החיזוק להודעותיו של אייל מצא בית המשפט בהאזנות סתר שבוצעו, ושזוהו בהם על ידי אנשי מקצוע (יחידת האזנות הסתר) קולותיהם של אייל, המערער ונימר. גם אייל זיהה קולות אלו במהלך חקירתו במשטרה. מהאזנות הסתר עלה קיומן של מאות שיחות טלפון בין השלושה המעידות על התקשרות חשאית הכוללת שימוש במילות קוד ותיאומים הנלווים לתכנון הברחת הסמים.

5. בהתייחסו לגרסת המערער, אשר הכחיש את ביצוע המעשים, קבע בית המשפט כי אין לתת בה אמון. גם צוין כי המערער התחמק ממתן תשובות לשאלות שנשאל ולעתים סירב לענות כלל. כן התייחס בית המשפט לטענת המערער לפיה בינו לבין אייל שרר סכסוך בגינו אייל העליל עליו כי ביצע את העבירות המיוחסות לו בכתב האישום, וחבורתו של אייל גם נהגה בו באלימות, טענות אשר נשמעו לראשונה על דוכן העדים. בית המשפט הבהיר כי העובדה שהמערער כבש את גרסתו בנוגע לסכסוך הנטען בינו לבין אייל, מבלי ליתן כל טעם לדבר, מעידה כי מדובר בגרסה רחוקה מן המציאות. כן צוין כי גרסה זו אינה עולה בקנה אחד עם העובדה שהמערער התגורר בביתו של אייל במשך תקופה ארוכה. בנוסף, קבע בית המשפט ביחס למחקרי התקשורת שמהם עלה כי מכשיר הטלפון הסלולרי של המערער אוכן במטולה, בשעה שהמערער הכחיש את שהותו שם (בעוד שבמהלך חקירתו במשטרה הודה כי שהה במטולה), שניתן ללמוד פעם נוספת על כך שאין ליתן בו אמון.

6. במסגרת הכרעת הדין אף נקבע כי אין חולק שהמערער ידע את זהותו האמיתית של נימר, על אף שבמגע עם המערער השתמש נימר בשם בדוי (אבו מחמד), וגם ידע כי נימר פועל בשירות החיזבאללה. בית המשפט עמד עוד על כך שהמערער היה מעורב בעבר בהברחת כ-20 ק"ג חומר נפץ על ידי נימר בפרשת 2012, ולכן ברור שגם הפעם היה במעשי המערער כדי להביא לפגיעה בביטחון המדינה ומדובר היה בקשר בעל פוטנציאל הרסני לשלום הציבור ולבטחונו.

על יסוד כל האמור, בית המשפט מצא את המערער חייב בדינו והרשיעו.

גזר הדין

7. במסגרת גזר הדין שניתן, עמד בית המשפט על הערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות, שהם שלום הציבור וביטחונו, על הנסיבות הקשורות בביצוע העבירות, ובכלל זה התכנון המוקדם והנחישות להוציא את התכנית אל הפועל, ועל חלקו של המערער בביצוע המעשים, שהיה פעיל ומהותי מאותה נקודת זמן שבה הצטרף לאייל. כמו כן נסקרה מדיניות הענישה הנוהגת ביחס לעבירות נגד בטחון המדינה ולעבירות סמים. בהתייחס לכל אלה, קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם לאירוע כולו עומד על בין ארבע לשבע שנות מאסר בצירוף ענישה נלווית.

8. מכאן פנה בית המשפט לקביעת העונש ההולם בגדרי המתחם. בית המשפט עמד על הנסיבות המצדיקות החמרה בעונשו של המערער. בכלל זה עברו הפלילי המכביד ובעיקר הרשעות קודמות בעבירות ביטחון וסמים משנת 2007 ומשנת 2012, בגינן גם ריצה שני עונשי מאסר. כן ניתן משקל משמעותי לכך שהמערער ביצע את העבירות סמוך לאחר שחרורו מתקופת המאסר השניה, ולכך שאף עונשי המאסר על תנאי שריחפו מעל ראשו (האחד בן 18 חודשים

בגין עבירות סמים מסוג פשע, והשני בן 6 חודשים בגין עבירה של קשירת קשר לפשע) לא הרתיעו אותו מלבצע את העבירות האמורות. צוין כי המערער זכה לשחרור מוקדם בכל אחת משתי תקופות המאסר, כאשר בכל פעם התנצל על מעשיו, אך כאמור, בסופו של דבר שב פעם אחר פעם לבצע מעשים דומים. באשר לנסיבות לקולא, קבע בית המשפט כי יש להתחשב בתקופה הארוכה (למעלה מ-22 חודשים) בה שהה המערער בתנאי מעצר שהינם קשים יותר מטבעם מתנאי מאסר.

9. נוכח כל אלה העמיד בית המשפט את עונשו של המערער "במרכז" של המתחם, וגזר עליו כאמור 5 וחצי שנות מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצר מיום 29.7.2014), בצירוף 12 חודשי מאסר נוספים, בשל שתי תקופות מאסר מותנה שהוטלו על המערער (בת"פ 40867-09-12), האחת ל-18 חודשים והשנייה ל-6 חודשים. בית המשפט קבע כי שני עונשי המאסר על תנאי ירוצו באופן חופף זה לזה, כך שלמעשה עונש המאסר על תנאי הועמד על 18 חודשים בלבד, כאשר נקבע כי מתוכם 6 חודשים יושטו באופן חופף לחודשי המאסר בפועל שנקבעו על המערער לרצות, ורק את היתרה (12 חודשים) ירצה המערער באופן מצטבר לעונש המאסר שהושת עליו בגין ביצוע העבירות בתיק זה. כמו כן, נגזר על המערער מאסר על תנאי למשך 18 חודשים, לבל יעבור במשך שנתיים עבירות סמים מסוג פשע או עבירת בטחון מסוג פשע; 7 חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך שנתיים עבירת סמים מסוג עוון או עבירת בטחון מסוג עוון. כן נגזר על המערער קנס בסך של 10,000 ש"ח או 60 ימי מאסר תמורתו.

הערעורים

10. עיקר טענת המערער במסגרת ערעורו על הכרעת הדין, בו הוא ייצג את עצמו, הייתה כי הופעל עליו לחץ קשה ומאסיבי על ידי אייל ובני חבורתו להשתתף בפעולת הברחת הסמים. זאת לדבריו, כנקמה על כך שהזכיר את שמותיהם במהלך חקירת פרשת 2012. לטענתו, בשל סירובו לשתף פעולה עם פעולת ההברחה, אייל וחבורתו איימו עליו שוב ושוב כי יפגעו בו. פעם אחת גם פצעו אותו בפניו, בראשו ובכל חלקי גופו והוא נזקק לטיפול רפואי אך חשש לפנות לקבלת עזרה לאור האיומים על חייו ולבסוף קיבל טיפול רפואי בפיקוחו של נימר. בפעם אחרת, בני החבורה איימו עליו כי יפגעו בו באמצעות נשק וגם ירו עליו מעל ראשו. לדבריו, האיומים נגדו המשיכו עד ליום מעצרו. לבסוף ציין המערער בערעורו כי "העבירות לא בוצעו במחשבה תחילה ולא מתכונן ולא מרצון אלא מתוך סחיטה ואיומים ואלימות קשה לחיי מאייל והחבורה שלו...".

11. עוד טען המערער כי לא זכה בבית המשפט המחוזי ליצוג הולם, וכי בא-כוחו עו"ד עלאא אלדין עתאמנה (להלן: עו"ד עתאמנה) פעל על דעת עצמו מבלי לשתף אותו בקו ההגנה, כשהוא גם משתף פעולה עם באת-כוחו של אייל. בניגוד לעמדתו, עו"ד עתאמנה ויתר על האפשרות להעביר את מכשיר הטלפון הסלולרי שלו (להלן: המכשיר או מכשיר הטלפון) לבדיקת מומחה, ובכך פגע בקו ההגנה שלו. עוד נטען על ידי המערער כי חקירתו התנהלה ברשלנות, כאשר חוקרי המשטרה סירבו לקיים עימות בינו לבין אייל חרף בקשתו כי יעשו כן, וגם סירבו לבקשתו לבדוק את התמונות השמורות בטלפון הסלולרי שלו המתעדות את פציעתו כתוצאה ממעשי אייל וחבורתו.

בהמשך לטענתו של המערער כי עו"ד עתאמנה ויתר על בדיקת מכשיר הטלפון שלו, באופן שפגע כאמור בהגנתו, הגיש המערער לפניו בקשה להוספת ראייה חדשה, במסגרתה התבקש בית משפט זה להורות על שליחת המכשיר למעבדה לצורך שיחזור תמונות שהיו שמורות בו.

12. בערעור על גזר הדין, נטען על ידי בא-כוח המערער מטעם הסנגוריה הציבורית (שייצגה את המערער רק לצורך הערעורים על גזר הדין) כי עונשו של המערער צריך היה להיות נמוך מזה של אייל (שנגזר עליו מאסר זהה לזה של המערער, היינו חמש שנים וחצי), זאת בשים לב לכך שחלקו של אייל בעבירות המשותפות לו ולמערער חמור בהרבה מחלקו של המערער, ובעיקר בהתחשב בעבירות הנוספות בהן הורשע אייל (קשירת קשר לביצוע פשע בעבירות נשק, החזקה, נשיאה והובלת נשק וכן גניבה). כך נטען כי יש לייחס חשיבות יתרה לעיקרון אחדות הענישה במקרים בהם מדובר בנאשמים באותה פרשה או באותו כתב אישום. בנוסף, ביקש המערער לדחות את מועד תשלום הקנס שהוטל עליו עד לאחר שחרורו מן המאסר.

13. מנגד טענה המשיבה לעניין הערעור על הכרעת הדין כי יש לדחות את גרסתו החדשה של המערער, לפיה הוא אכן ביצע את המעשים בגינם הורשע, אלא שעשה זאת תחת אימונים ואלימות מצד אייל ובני חבורתו. טענת ה"כורח" שהעלה המערער נולדה בשלב מאוחר מאוד וללא הסבר סביר לכבישתה, והיא גם נעדרת בסיס עובדתי ומשפטי. גם טענת המערער בדבר ייצוג כושל נטענה בעלמא וללא כל ביסוס. באשר לבקשה להוספת ראייה חדשה שהגיש המערער, טענה המשיבה כי המערער לא הצביע על טעם כלשהו המצדיק את קבלת הבקשה.

14. במסגרת ערעורה שלה טענה המשיבה כי בית המשפט טעה בגזירת עונשו של המערער, עת קבע מתחם ענישה מקל אשר אינו נותן משקל מספק לערכים המוגנים השונים בהם פגע המערער, לנסיבות ביצוע המעשים ולסיכון הרב הטמון בהם. צוין כי על הסיכון הממשי המגולם במעשים ניתן ללמוד מעדותו של מומחה מטעם השב"כ, אליה גם התייחס בית המשפט במסגרת הכרעת הדין, ממנה עולה כי ארגון חיזבאללה עושה שימוש במבריחי סמים ישראליים על מנת להשיג מודיעין ולהבריא אמצעי לחימה לישראל באמצעותם. כן הדגישה המשיבה כי המערער נטל חלק משמעותי בביצוע המעשים ומנקודת הזמן בה הסכים להצטרף לקשר, קשה להבחין בין חלקו שלו לבין חלקו של אייל בביצוע העבירות. נסיבותיו האישיות של המערער, נוכח הרשתות בעבר פעמיים בפרשות קודמות בגין גם ריצה עונשי מאסר ממושכים, מצדיקות אף הן חריגה לחומרה ממתחם העונש ההולם מטעמים של הגנה על שלום הציבור. בית המשפט גזר את עונשו של המערער באמצע המתחם שקבע, מבלי להצביע על נסיבות משמעותיות לקולא המצדיקות זאת. זאת בעוד שקיימים נימוקים כבדי משקל להחמרה בעונשו, וביניהם עברו הפלילי, העובדה שהמערער לא לקח אחריות על מעשיו ושיקולי הרתעת הרבים והיחיד המצדיקים מיקום העונש ברף העליון של המתחם.

15. כן טענה המשיבה כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי המערער ירצה את עונש המאסר על תנאי שהושת עליו במסגרת פרשת 2012 שהופעל בחפיפה חלקית, כך שיתווספו לעונש שהושת עליו עוד 12 חודשי מאסר בלבד. בית המשפט לא נימק מדוע יוטל עונש המאסר על תנאי באופן חופף, וזאת בניגוד להוראת סעיף 58 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). מכל מקום לא הייתה כל הצדקה לקבוע כי תקופות המאסר ירצו באופן חופף זו לזו.

דין והכרעה

אקדים ואומר כי לאחר עיון בנימוקי הערעור, בהכרעת הדין ובגזר הדין של בית המשפט המחוזי, ושמיעת טענות הצדדים בעל-פה, הגעתי לכלל מסקנה כי יש לדחות את ערעור המערער על שני חלקיו, ולקבל את ערעור המשיבה בחלקו.

16. הערעור על הכרעת הדין מתמקד בטענת המערער כי היה נתון לאיומים, ללחץ ולמעשי אלימות מצד אייל ובני חבורתו, איתם היה בסכסוך. טענה זו הועלתה לראשונה על ידו על דוכן העדים לפני בית המשפט המחוזי (לאחר שלא בא זכרה במסגרת הודעותיו של המערער במשטרה), אך באותו זמן לא נטען על ידי המערער כי בשל אותו לחץ הוא אכן ביצע את אותם מעשים. ההיפך הוא הנכון, הן במסגרת ההודעות שמסר המערער במשטרה והן על דוכן העדים, הוא הכחיש באופן גורף ונחרץ את ביצוע המעשים שיוחסו לו. לראשונה אפוא טוען המערער בערעור מעין טענת "כורח", לפיה בשל אותו לחץ ואותם איומים שהופעלו עליו הוא גם נאלץ לבצע את העבירות האמורות.
17. לעניין זה, יצוין כי טענות המערער בדבר קיומו של סכסוך עם אייל ואלימות שהופעלה עליו נדחתה על ידי בית המשפט המחוזי. נקבע כממצא עובדתי, כי אין ליתן אמון בגרסה זו והמדובר בגרסה רחוקה מהמציאות אשר נולדה אך לצורך המשפט, זאת שעה שהמערער (אשר במהלך חקירתו במשטרה עמד על כך שאין כל סכסוך בינו לבין אייל) כבש את גרסתו מבלי ליתן טעם לכך. כידוע, ערכאת הערעור תימנע מלהתערב בדרך כלל בקביעות הערכאה הדיונית שעניינן בעובדות ובהערכת מהימנות של עדים נוכח היתרון השמור לערכאה הדיונית בשל התרשמותה מן העדים באופן ישיר ובלתי אמצעי (ראו למשל: ע"פ 6890/04 מדינת ישראל נ' בלאוסוב, פסקה 2 (13.9.2005); ע"פ 1258/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 625, 632 (2004); ע"פ 604/16 בדארנה נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (22.1.2017)) והמערער לא הציג טעם משכנע מדוע לסטות מן הכלל האמור בנסיבות העניין (גם בהתחשב בכך שהגיש בקשה להוספת ראיה חדשה, אשר לטענתו יש בה חומר המבסס את גרסתו, אך גם דינה להידחות כפי שיובהר בהמשך). קביעתו של בית המשפט התבססה על בחינה מבוררת ועל התרשמות בלתי אמצעית מהעדויות והראיות שנפרשו לפניו. כך, בין היתר, עמד בית המשפט על הפער הקיים בעניין זה בין הודעותיו של המערער במשטרה, במסגרתן טען כי אין כל סכסוך בינו לבין אייל, לבין טענתו על דוכן העדים, וגם על כך שהמערער לא הגיב באופן ענייני, כאשר עומת עם הסתירה בין גרסאותיו על דוכן העדים. כן עמד בית המשפט על מאפיינים נוספים המצביעים על היעדר אמינות בעדות המערער ובגרסה שמסר. מכאן כי לא נמצא כל טעם של ממש להתערב בממצאי העובדה ומהימנות שנקבעו בבית המשפט המחוזי בעניין זה.
18. נוכח דחיית גרסת המערער בדבר איומים שהושמעו נגדו ואלימות שהופעלה כלפיו, לכאורה מתייתרת בחינת הגרסה החלופית שהעלה המערער לראשונה בערעורו, לפיה בשל אותם איומים ומעשי אלימות הוא גם נאלץ לבצע את המעשים בגינם הורשע. ויודגש כי גרסה זו לפיה הופעלו עליו לחצים שגרמו לו לבצע את המעשים בגינם הורשע, סותרת כל גרסה אחרת שנמסרה על ידו במשטרה ועל דוכן העדים, בהן עמד המערער על כך שלא ביצע דבר מהמיוחס לו. מכל מקום, בנסיבות העניין לא ניתן להידרש לגרסה חדשה זו.
19. בפסיקת בית משפט זה הובעו גישות שונות באשר לשאלה האם ובאיזו מידה ניתן להידרש לגרסה עובדתית חלופית שנטענה לראשונה בשלב הערעור (ראו: ע"פ 6952/07 רפאילוב נ' מדינת ישראל (28.6.2010) (להלן: עניין רפאילוב); ע"פ 5041/04 אמונה נ' מדינת ישראל (11.10.2005); ע"פ 8005/04 אברוטין נ' מדינת ישראל (29.3.2007)). אך העיקרון המשותף לגישות השונות הוא, כי קו ההגנה החלופי צריך להיות סביר ומעוגן בראיות (עניין רפאילוב, פסקה 21; ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 170 (10.11.2011); ע"פ 5964/13 פרץ נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (1.6.2015); ע"פ 2550/15 שאפא (עבד) נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (7.4.2017)). על כן, אף אם ננקוט בגישה המקלה לפיה ניתן לבחון גרסה עובדתית חלופית בשלב הערעור, נוכח העובדה שגרסתו החלופית של המערער אינה מעוגנת כלל בחומר הראיות, לכל הדעות די בכך כדי לדחותה. המדובר בגרסה השונה בתכלית מגרסאות המערער כפי שנמסרו עד כה, שעה שבמסגרת ההליך שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי, המערער עמד על כך כאמור

שלא ביצע כלל את המעשים המיוחסים לו, ואף טען כי לא שהה כלל במטולה (חרף איכון מכשיר הטלפון הסלולרי שלו שהצביע על מיקומו שם), ואילו עתה טוען כי אכן ביצע את המעשים המיוחסים לו, אבל עשה כן מפאת כורח ואילוץ.

20. על המערער אשר מודה כיום ולו בחצי פה כי שיקר לכל אורך הדרך בדיונים שנערכו לפני בית המשפט המחוזי, מוטל נטל כבד להראות כי הפעם דבריו דברי אמת, נטל שאינו עומד בו. טענתו של המערער הסתכמה בכך שטען, בלקוניות ובקצרה, כי אכן ביצע את העבירות המיוחסות לו, אולם רק בשל הלחץ והאיומים שהופעלו עליו. המערער גם לא סיפק כל הסבר סביר לכבישת גרסה זו, על אחת כמה וכמה שגם במסגרת הגרסה המתפתחת שמסר בעדותו לפני בית המשפט המחוזי, טען כי היה בסכסוך עם אייל ובני חברתו גם אימו עליו, אך לא טען כאמור כי מדובר במסכת איומים אשר הובילה לביצוע העבירות בהן הואשם. שינוי גרסת המערער בעת הזו מייצרת את הרושם כי מדובר בגרסה מתעתעת נוספת בה מבקש המערער לאחוז, נוסף על גרסתו המתפתחת שהועלתה לפני בית המשפט המחוזי ונדחתה על ידו.

הבקשה להוספת ראיה

21. המערער הגיש כאמור בקשה להוספת ראיה בשלב הערעור, במסגרתה התבקש בית המשפט להורות על בדיקת מכשיר הטלפון במעבדה, על מנת לחשוף תמונות השמורות בו, אשר יש בהן לטענתו כדי לחזק את גרסתו בדבר האלימות שננקטה כלפיו. אלא שהגשת ראיות חדשות בשלב הערעור היא בגדר חריג לכלל, אשר יתאפשר רק כאשר סוברת ערכאת הערעור כי הגשת הראיות נדרשת "לעשיית צדק" (סעיף 211 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982). בחינת בקשת המערער בראי השיקולים שהותוו בפסיקה מעלה כי אין לקבל את הבקשה. בעת בחינת בקשה מסוג זה, על בית המשפט לשקול האם הראיות לא הוצגו בערכאה הדיונית מסיבה מוצדקת שאינה תלויה במבקש; את האינטרס בדבר סופיות הדיון; את טיבן של הראיות הנוספות וההסתברות או הסיכוי שבהגשתן אכן יהיה כדי לשנות את התוצאה אליה הגיעה הערכאה הדיונית (ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 295-296 (1997); ע"פ 5874/00 לזרובסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 249, 257 (2001); ע"פ 307/11 שרון נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (3.8.2011); ע"פ 5862/14 קחסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (11.7.2017); ע"פ 456/16 צ'ורני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (4.7.2017)). מכל מקום, החלטה בבקשה להגשת ראיות חדשות נשענת על שקילת כל השיקולים הרלוונטיים לעניין, תוך איזון ביניהם כאשר על המבקש להצביע מדוע נוטה הכף, באיזון בין השיקולים, לטובת קבלת הבקשה (ע"פ 9447/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 23 (2.2.2014)).

22. באשר לשיקול הראשון, שעניינו בחינת השאלה אם יכול היה המערער להשיג את הראיה במסגרת ההליך שהתקיים בערכאה הדיונית - לטענת המערער, לא ניתן לו להציג את הראיה, וליתר דיוק להעביר את המכשיר לבדיקת מעבדה, נוכח הייצוג הכושל שניתן לו (טענת "הייצוג הכושל" לא נטענה במילים אלה ממש, אך כך משתמע). בהקשר זה יש להרחיב בדבר הנסיבות אשר לטענת המערער הביאו לידי ביטוי את אותו כשל בייצוג כאמור. כך, במהלך דיוני ההוכחות שנוהלו בתיק לפני בית המשפט המחוזי, הובא מכשיר הטלפון של המערער, אשר נתפס כמוצג במהלך החקירה, לאולם בית המשפט. הטלפון הובא לבקשת המערער אשר טען כי במכשיר או על גבי כרטיס הזיכרון שלו מצויות תמונות שיש בהן כדי להוכיח את הגרסה לפיה הוא סבל מפציעות. לאחר שביצע המערער חיפוש ידני במכשיר, אך לא איתר את הראיות הרלוונטיות, ביקש כי המכשיר יועבר לבדיקה מעמיקה במעבדה. בית המשפט המחוזי אישר ביום 14.10.2015 להעביר את המכשיר לבדיקת מומחה מטעם ההגנה בליווי מומחה מטעם המשיבה. אלא שהמכשיר לא הועבר למעבדה, לאחר שביום 29.10.2015 הבהיר עו"ד עתאמנה שייצג את המערער במהלך הדיון כי הסנגוריה הציבורית החליטה "לאחר התייעצויות" כי אין היא מתכוונת למנות מומחה שיבדוק את מכשיר הטלפון של המערער "מכיוון שאין בכך כדי להועיל להגנתו". כן ציין עו"ד עתאמנה כי הוא עדכן את המערער בדבר (עמ' 274 לפרוטוקול).

23. המערער טען בהקשר זה כי עו"ד עתאמנה, שמונה כאמור על ידי הסנגוריה הציבורית, ויתר על העברת המכשיר למומחה, תוך פגיעה בהגנתו. אלא שטענה זו, של מעין "ייצוג כושל" נבחנת בזירות רבה, וזו תתקבל רק במקום שבו ניתן להצביע על עיוות דין של ממש ואין די בהקשר זה בהעלאת טענות בעלמא (ע"פ 8868/11 בגימוב נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (23.8.2012); ע"פ 2921/13 רייטבורג נ' מדינת ישראל, פסקה 50 (1.1.2015)). על הטוען להוכיח כי אלמלא הייצוג הכושל הנטען, אפשר שבית המשפט היה מגיע לתוצאה שונה (ע"פ 1057/96 אמסלו נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(5) 160, 165-166 (1998); ע"פ 677/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (22.3.2007)).

24. במקרה זה לא שוכנעתי כי היה בכוחה של הגשת אותה ראייה כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט. על כן, לו בשל הטעם הזה אין לקבל את הטענה בדבר ייצוג כושל. זאת, שעה שאף אם היו נמצאות במכשיר תמונות המעידות על פגיעתו של המערער, על פני הדברים אין המדובר בראייה שהיה בכוחה להביא לשינוי בהכרעת הדין. המערער לא פירט בעניין זה דבר מלבד הטענה הכללית לפיה קיימות במכשיר תמונות שיש בהן כדי להוכיח את גרסתו. אלא שהמערער אינו טוען לקיומן של תמונות המתעדות מעשי אלימות או איומים כלפיו, אלא אך את הפגיעות שנגרמו לו כתוצאה מאירוע אלים כלשהו. על כן, אף אם אכן היו מוצגות תמונות המצביעות על כך שהמערער נפצע בדרך כלשהי, לא הובהר כיצד מדובר בראייה שיכולה הייתה לבסס באופן ממשי את גרסתו.

25. זאת ועוד, עו"ד עתאמנה הבהיר כאמור במהלך הדיון בבית המשפט המחוזי כי אין בראייה - שעשויה להיווצר כתוצאה מבידוק המכשיר במעבדה - כדי להועיל להגנת המערער. גם בהודעה מעדכנת שהוגשה במסגרת הערעור ביום 14.6.2017 מטעם הסניגוריה הציבורית ומטעם עו"ד עתאמנה, נאמר כי השאלה בדבר הצורך בבדיקת המכשיר במעבדה נדונה מול הצוות הבכיר במחוז צפון של הסנגוריה הציבורית ולאחר התייעצות הוחלט שאין מקום לפנות למומחה לבדיקת המכשיר, מהטעם שאין בכך כדי להועיל להגנת המערער. בנסיבות אלה, לא ניתן לומר כי המערער עמד ברף הנדרש להוכיח שמדובר בראייה שיש בה כדי להביא לשינוי תוצאות המשפט. ממילא, גם טענות המערער בדבר ייצוג כושל נטענו ללא ביסוס וללא שיש בהן כדי ללמד על עיוות דין שנגרם לו.

26. מכל מקום, גם שני השיקולים הנוספים בעניין בחינת בקשה לקבלת ראייה חדשה, אינם מטילים את הכף לטובת המערער, ואף פועלים לרעתו. כך לגבי השיקול שעניינו סופיות הדין, זאת שעה שבעניינינו מדובר בראייה שנועדה לבסס קו הגנה שחלקו חדש והועלה לראשונה בערעור, היינו שהמערער נתון היה לאלימות ועל כן ביצע את המעשים המיוחסים לו. אומנם, הטענה למעשי אלימות נטענה זה מכבר לפני בית המשפט המחוזי, אך במסגרת קו ההגנה החלופי החדש שנקט המערער, היא קיבלה משנה תוקף ועל כן גם ניתן עליה דגש על ידי המערער בערעורו. אלא שהלכה היא שבקשה לראיות נוספות לא נועדה לשנות את קו ההגנה של המערער תוך הרחבת גדר המחלוקת ופתיחת המשפט מחדש תוך פגיעה בעיקרון סופיות הדין (ע"פ 122/08 טומבק נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (11.11.2014); ע"פ 5862/14 קחסאי נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (11.7.2017)).

27. גם בעניין השיקול השלישי באשר לסיכויי הראייה להביא לתוצאות ההליך, הרי שכאמור אף אם אכן היו מתקבלות תמונות המצביעות על כך שהמערער נפצע בדרך כלשהי כתוצאה מבידוק המכשיר במעבדה, לא הובהר כאמור כיצד מדובר בראייה היכולה לבסס באופן ממשי את גרסתו, משאין חולק כי אין בידוי תיעוד של האופן בו הוא נפצע. אשר על כן, וכפי שגם הובהר, הסיכוי כאמור שמדובר בסוג של ראייה אשר יביא לשינוי תוצאות המשפט, הוא קלוש.

אשר על כן, אין לקבל את בקשת המערער להוספת ראייה חדשה.

מכלל האמור הגעתי למסקנה כי לא נמצא בטיעוני המערער טעם המצדיק את קבלת ערעורו על הכרעת הדין, ערעור המתבסס על גרסה עובדתית שנדחתה כאמור על ידי בית המשפט המחוזי בצירוף טענות חדשות שלא נשמעו על ידי המערער עד כה, שלא נמצאה להן אחיזה כלשהי בחומר הראיות.

גזר הדין

28. ובאשר לגזר הדין. הן המערער והן המשיבה טענו כי היה על בית המשפט לקבוע עונש שונה - זה לקולא וזו לחומרה - וזאת בהשוואה לעונש שהושת על אייל, עונש שהועמד אף הוא על חמש שנים וחצי מאסר בפועל. המערער טען כי בהתחשב בעבירות הנוספות בהן הורשע אייל (עבירות בנשק וגניבה) ובהתחשב בחלקו של אייל בביצוע המעשים, עונשו שלו צריך היה להיות נמוך מאייל באופן משמעותי. מנגד טענה המשיבה, כי בהתחשב בנסיבותיו האישיות של המערער ונוכח עברו הפלילי, מוצדק היה להחמיר בעונשו ביחס לעונש שהושת על אייל.

29. כידוע, אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית, למעט במצבים חריגים בהם נפלה בגזר הדין טעות מהותית או שהעונש שנגזר על הנאשם חורג באופן קיצוני מן העונשים המוטלים בדרך כלל בנסיבות דומות (ע"פ 1902/14 מדינת ישראל נ' נתנוב, פסקה 7 (1.7.2014); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (29.1.2009)). במקרה זה, לא נמצא כי מתחם הענישה שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי, חורג ממתחם הענישה המקובל והראוי. בית המשפט המחוזי קבע את מתחם הענישה לאחר שעמד על מכלול נסיבות ביצוע העבירות ובכלל זה מידת הפגיעה בערכים החברתיים, חומרת מעשי המערער, הנזקים שצפויים היו להיגרם והנזקים שנגרמו כתוצאה מאותם מעשים ומדיניות הענישה לרבות סקירה מפורטת הכוללת התייחסות גם לפסקי הדין אליהם הפנו באי-כוח הצדדים. בית המשפט המחוזי שקל כדבעי את מכלול השיקולים הרלוונטיים ועל בסיסם נקבע מתחם העונש הראוי, ולא נמצאה כל עילה להתערב בו.

30. זאת ועוד, אין לקבל את טענת המערער כי בית המשפט צריך היה לקבוע מתחם ענישה מתון יותר מזה שנקבע לאייל, נוכח מעורבותו המשמעותית יותר של אייל בביצוע המעשים ונוכח עבירות נוספות חמורות יותר בהן הורשע אייל. במידה רבה של צדק טענה המשיבה כי נסיבות ביצוע העבירה בעניינו של המערער אינן בהכרח קלות יותר מאשר אלו של אייל. כך, למערער הייתה היכרות מוקדמת עם נימר והוא יכל להניח ברמת מודעות גבוהה יותר מהי משמעות ההתקשרות עמו. בנוסף, כפי שקבע בית המשפט, מאותה נקודת זמן שבה הצטרף המערער לאייל, חלקו של המערער היה פעיל ומהותי.

31. גם באשר לעונש שנקבע בתוך המתחם, לא נמצא כי נפל כל פגם במשקל שניתן על ידי בית המשפט לעברו הפלילי של המערער, ובכלל זה לכך שהמערער חזר לסורו זמן קצר לאחר שהשתחרר מעונש המאסר שהוטל עליו בגין הרשעתו בביצוע עבירות דומות בשנת 2012, וזאת לאחר שהורשע פעם נוספת בעבירות דומות עוד קודם לכן בשנת 2007. יתר על כן, נוכח עברו המכביד של המערער, יתכן כי אף בתוך המתחם שנקבע היה ניתן לגזור עליו בגין המעשים בהם הורשע עונש העולה על זה שנגזר עליו, בעוד שהעונש שנקבע לו הועמד על "מרכז" של המתחם. אולם, לא נראה נכון לעשות כן נוכח הכלל לפיו אין ערכאת הערעור נוהגת למצות את הדין עם נאשם (ראו למשל: ע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה, פסקה 52 (25.10.2012)).

32. עם זאת, בנקודה אחת, וחרף הכלל האמור בדבר אי מיצוי הדין במסגרת ערכאת הערעור, נראה כי יש לקבל את טענת המשיבה בערעורה שכנגד, והיא כי יש להורות על ריצוי המאסרים המותנים שהוטלו על המערער במסגרת הרשעתו בפרשת 2012, באופן מצטבר זה עם זה ובמצטבר עם הטלת עונש המאסר במקרה זה, ולא באופן חופף. זאת, נוכח הוראת סעיף 58 לחוק העונשין, על פיה ככלל, תקופת מאסר על תנאי תרוצה באופן מצטבר על פני התקופה שנקבעה לעונש מאסר בפועל, כאשר בית המשפט רשאי לסטות מכלל זה אך מטעמים שיירשמו. כך גם, ככל שגדלה מידת הזיקה בין העבירה הנוכחית לבין העבירה שבגינה הוטל עונש המאסר המותנה, כך תיטה הכף לטובת החלת ברירת המחדל של צבירת עונשים על פני החלתם בחופף (ראו גם: ע"פ 5974/13 מוחמד עודה נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-14 (16.1.2014); ע"פ 8265/13 מלכיאל נ' מדינת ישראל, פסקה נ"ח (10.3.2016)). בענייננו, לא נמצאו טעמים המצדיקים השתת העונשים באופן חופף, כחריג לכלל של הצטברות עונשים. אדרבה, נוכח עברו הפלילי של המערער והעובדה שלא בחל מלשוב לסורו בחלוף זמן מועט ביותר, חרף המאסרים המותנים אשר הוטלו עליו בגין ביצוע מעשים דומים בעבר אשר כשלו מלהרתיעו, נוטה הכף בבירור לכיוון ברירת המחדל של צבירת עונשים על פני החלתם באופן חופף (ראו למשל: ע"פ 1880/14 עמאש נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (19.11.2014)). זאת גם נוכח העובדה שעונש המאסר על תנאי שנגזר על המערער לא מילא, וזאת בלשון המעטה, את תכליתו ההרתעתית (ע"פ 4716/12 מדינת ישראל נ' דטסה, פסקאות 21-22 (6.6.2013)). אשר על כן ובצירוף נסיבות העבירה הנוכחית, קיימים טעמים כבדי משקל להפעיל את עונשי המאסר על תנאי באופן מצטבר - הן לגבי היחס בין שתי תקופות המאסר על תנאי שהוטלו על המערער, האחת למשך 18 חודשים והשניה למשך 6 חודשים, והן לגבי הצטרפותן לעונש המאסר בפועל שנקבע בתיק זה.

33. ובשולי הדברים, יוער כי המערער ציין במסגרת בקשה לתיקון הודעת הערעור, אשר התקבלה, כי במהלך הערעור יתבקש בית המשפט להורות גם על דחיית מועד תשלום הקנס שהוטל עליו, בסך של 10,000 ש"ח, עד לאחר שחרורו מן המאסר. הבקשה לא לוותה בנימוקים כלשהם והמערער גם לא הלין על גובה הקנס. ברם, המסגרת המתאימה לבחינת בקשה לדחיית מועד תשלום קנס, או לבחינת בקשה בדבר קושי לעמוד בתשלומי הקנס שהוטל, היא המרכז לגביית קנסות, הגוף המוסמך לפרוס או לדחות תשלומי של חוב, בהתאם לסעיף 5ב לחוק המרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות, התשנ"ה-1995 (ע"פ 4200/13 פלוני נ' מדינת ישראל (21.8.2013)).

סיכום

34. אשר על כן, אמליץ לחברי לדחות את ערעור המערער על שני חלקיו. כמו כן, אמליץ לקבל את הערעור שכנגד מטעם המשיבה בחלקו במובן זה שעונשי המאסר בפועל שנגזרו על המערער על תנאי במסגרת ת"פ 40867-09-12 והועמדו על 18 חודשי מאסר בפועל וכן על 6 חודשי מאסר בפועל נוספים, ירוצו במצטבר (ולא באופן חופף) ל-5.5 שנות המאסר בפועל שהושתו על המערער במסגרת תיק זה, כך שבסופו של דבר המערער ירצה 7.5 שנות מאסר (בניכוי ימי מעצרו מיום 29.7.2014, כאמור בגזר הדין). יתר חלקי גזר הדין יעמדו על מכונם.

ש ו פ ט

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

השופט מ' מזוז:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשע"ח (14.12.2017).

שופט

שופט

שופט
