

## ע"פ 5446/19 - מדינת ישראל נגד חוסיין הוארי

### בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 5446/19

לפני: כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופט ג' קרא  
כבוד השופט ע' גרוסקופף

המערערת: מדינת ישראל

נגד

המשיב: חוסיין הוארי

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי חיפה מיום  
24.6.2019 בת"פ 18941-02-19 שניתן על ידי כב'  
השופט ארז פורת

תאריך הישיבה: כ' בחשון התש"ף (18.11.19)

בשם המערערת: עו"ד שרית משגב

בשם המשיב: עו"ד נסים שמיה

### פסק-דין

השופט ע' גרוסקופף:

לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט ארז פורת) בת"פ 18941-02-19, אשר

ניתן ביום 24.6.2019. במסגרת הסדר טיעון, המשיב הודה בעובדות כתב אישום מתוקן, והורשע בעבירות של מגע עם סוכן חוץ לפי סעיף 114(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "החוק"), ניסיון לייצור נשק לפי סעיפים 144(ב) (2) ו-25 לחוק, והחזקת נשק לפי סעיף 144(א) לחוק. בגין ביצוע עבירות אלה נגזרו על המשיב 18 חודשי מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו) ו-6 חודשי מאסר על-תנאי, לבל יעבור המשיב בתוך 3 שנים מיום שחרורו על אחת מן העבירות בהן הורשע. כן חויב המשיב בתשלום קנס בסך 3,000 ש"ח ולחילופין ריצוי של 2 חודשי מאסר נוספים. בערעור שלפנינו טוענת המערערת נגד קולת העונש.

רקע ועובדות המקרה לפי כתב האישום המתוקן

1. המשיב הוא אזרח ישראלי אשר התגורר עד שנת 2012 לערך עם הוריו בעיר באקה אל-גרבייה. לאחר גירושי הוריו באותה שנה, עבר המשיב להתגורר עם אביו בשטחי הרשות הפלסטינית, בעיר שכם. בחודש יולי 2018 או בסמוך לכך, עזב המשיב את בית אביו, ועבר להתגורר בבית אמו המצוי ביישוב ג'ת שבשטחי מדינת ישראל.

2. במהלך התקופה בה התגורר בשכם, השתתפו המשיב וחברו, כרם עיסא (להלן: "עיסא"), באירוע שערך ארגון "אלכותלאאלאסלאמיה", שהוכרז כארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (להלן: "חוק המאבק בטרור"). במהלך אותו אירוע הצטלם המשיב כשהוא עטוף בצעיף עליו מוטבעים סמלי ארגון החמאס (להלן: "הארגון" או "החמאס"). מאותה עת החל המשיב לגלות עניין הולך וגובר בחמאס, אשר הוכרז גם הוא כארגון טרור לפי חוק המאבק בטרור, ואט אט פיתח הזדהות אידיאולוגית עם פעולות הארגון, ערכיו ומטרותיו. במהלך תקופה זו קיים המשיב שיחות והתכתבויות עם עיסא במסגרתן שוחחו השניים על רכישת נשקים והסתרתם. בנוסף, במהלך תקופה זו התעדכן המשיב בחדשות בדבר פעילות החמאס וכן הוריד מרשת האינטרנט לטלפון הנייד שלו תמונות וסרטוני וידאו הקשורים לארגון, ביניהם תמונות וסרטונים של כלי נשק ושל אנשים חמושים בנשק.

(א) עובדות האישום הראשון

3. לאחר חזרתו לשטחי מדינת ישראל, במהלך החודשים נובמבר-דצמבר 2018, הצטרף המשיב למספר קבוצות ביישומון "WhatsApp" (להלן: "הקבוצות" ו-"וואטסאפ", בהתאמה) המזוהות עם החמאס, בהן פורסמו תכנים ביחס לפעילות הארגון ברצועת עזה, לאירועים שמארגן החמאס בשטחי הרשות הפלסטינית ולפיגועי טרור שבוצעו בשטחי מדינת ישראל.

4. במהלך חודש נובמבר 2018, החל המשיב לשוחח בהודעות וואטסאפ אישיות עם אחד ממנהלי הקבוצות, אשר פרסם רבים מהתכנים שהופיעו בהן (להלן: "מנהל הקבוצה"). בין היתר, שלח המשיב למנהל הקבוצה סרטוני וידאו הקשורים לארגון, אמירות הזדהות עם פעילות הארגון וערכיו, כדוגמת "את נשמתי אקריב להתנגדות" ו-"לא מפחד מהציונים, לא משנה מה", וכיוצא באלה.

5. ביום 21.11.2018, בעקבות פעילות מבצעית של כוח מיוחד של צה"ל (להלן: "הכוח המיוחד") ברצועת עזה, במהלכה נהרגו קצין צה"ל ומספר פעילי חמאס, החלו מנהל הקבוצה ואדם נוסף לפרסם בקשות מטעם הארגון לקבלת מידע אודות הכוח המיוחד. בתוך כך, פרסמו השניים בקבוצות תמונות של אנשים שנחשדו על ידי החמאס כמי

שמשתייכים לכוח המיוחד. על רקע פרסומים אלו, פנה המשיב בהודעות וואטסאפ אישיות למנהל הקבוצה, וכתב לו כי הוא סבור שראה אחד מן האנשים הללו בעבר. לאחר מכן המשיכו המשיב ומנהל הקבוצה להתכתב זה עם זה בנוגע לאותו אדם וכן בעניינים אחרים הקשורים לפעילות הארגון.

6. לאורך כל התקופה בה שוחח המשיב עם מנהל הקבוצה, היה לו יסוד סביר לחשוד בו כי הוא חבר בחמאס, קשור בו או פועל בשליחותו. המשיב לא הציג כל הסבר סביר למגעים שניהל עם הלה. בגין מעשיו אלו הואשם המשיב בעבירות של מגע עם סוכן חוץ לפי סעיף 114(א) לחוק (להלן: "עבירות האישום הראשון").

(ב) עובדות האישום השני

7. במהלך חודש אוקטובר 2018, עת התגורר המשיב בבית אמו המצוי כאמור בתחומי מדינת ישראל, ניסה לייצר מטען חבלה מאולתר בצורת צינור. לשם כך, המשיב נטל צינור מתכת ולתוכו הכניס חומר נפץ אותו פורר מראשי גפרורים (להלן: "חומר הנפץ"). לאחר מכן הכניס לתוך הצינור פתיל שיצר משרוך נעליים טבול בחומר הנפץ, סגר את שני צדי הצינור בחלקי פלסטיק וליפף אותם יחד באמצעות נייר דבק (להלן: "המטען הראשון"). במועד מאוחר יותר, הבעיר המשיב את המטען הראשון במטרה לגרום לפיצוץ, אולם המטען לא התפוצץ אלא אך בער.

8. באותו החודש, ניסה המשיב פעם נוספת לייצר מטען חבלה מאולתר בצורת צינור (להלן: "המטען השני"). בטרם הספיק המשיב לסיים מלאכתו, ביום 15.1.2019 מצאה המשטרה את המטען השני במהלך חיפוש שנערך בבית אמו של המשיב סמוך לפני מעצרו.

9. בגין מעשיו אלו הואשם המשיב בעבירות של ניסיון לייצור נשק לפי סעיפים 144(ב) ו-25 לחוק, ובעבירה של החזקת נשק לפי סעיף 144(א) לחוק (להלן, יכונה יחדיו: "עבירות הנשק").

תסקיר שירות המבחן

10. לאחר שהודה המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן, והורשע במסגרת הסדר הטיעון, הורה בית המשפט קמא על עריכת תסקיר שירות המבחן נוכח גילו הצעיר של המשיב, שהיה כבן 20 בעת ביצוע העבירות. על פי התסקיר מיום 12.6.2019, המשיב הוא רווק צעיר המתגורר עם אמו בכפר ג'ת, והוא נעדר עבר פלילי. המשיב נולד בישראל להורים בעלי אזרחות ישראלית וחווה הילדות קשה.

בהתייחסו לעבירות בהן הורשע, טען המשיב כי אין הוא מחזיק בעמדות לאומניות או חש הזדהות עם האידיאולוגיה של החמאס. באשר לאישום הראשון טען המשיב כי הצטרפותו לקבוצות הוואטסאפ נעשתה שלא במכוון, ובאשר לאישום השני הכחיש את המעשים המיוחסים לו.

באופן כללי קובע התסקיר כי המשיב הרבה להתייחס להיסטוריית חייו וליחסיו המשפחתיים המורכבים כגורמים לביצוע העבירות, ונטה לצמצם ולהכחיש את מעורבותו בעבירות בהן הורשע. נטייה זו, בצירוף המסגרת המשפחתית

חסרת היציבות בה גדל המשיב והקשיים שחווה, הובילו את שירות המבחן להעריך כי לא ניתן לשלול סיכון להישנות המעשים. עוד הוסיף שירות המבחן כי עקב נטיית המשיב לצמצם ולהכחיש את מעורבותו בעבירות ובשל חומרת העבירות שביצע, אין בידו להציע אפשרות של ענישה שיקומית במסגרת הקהילה.

גזר הדין

11. ביום 24.6.2019 גזר בית המשפט קמא את דינו של המשיב. בית המשפט התייחס בגזר הדין לפגיעה הפוטנציאלית של העבירות שביצע המשיב בביטחון המדינה ובציבור בכללותו. כן נתן דעתו לכך שהמשיב הביע חזון ושנה את תמיכתו באידיאולוגיה החבלנית אליה נחשף במסגרת קשריו עם סוכן החוץ ואת נכונותו לסייע לחמאס, בעיקר בפן ההצהרתי, אך גם בניסיונות החמאס לזהות אחד מחיילי צה"ל. עוד סבר בית המשפט קמא, כי על רקע הזדהות אידיאולוגית קיצונית זו, הופכות עבירות הנשק בהן הורשע לחמורות אף יותר. לצד שיקולים אלו, נתן בית המשפט קמא דעתו לכך שטיב הקשר עם סוכן החוץ היה טלפוני בלבד, וכי המשיב לא ביצע פעולה כלשהי בהוראתו, כמו גם לעובדה שהמשיב לא הצטרף כחבר בחמאס ולא הביע נכונות לבצע עבורו שירות כלשהו. לאחר ששקל שיקולים אלו, קבע בית המשפט ביחס לעבירות האישום הראשון מתחם ענישה הנע בין 12 חודשים ועד 3 שנות מאסר בפועל; וביחס לעבירות הנשק - מתחם ענישה הנע בין 9 חודשים ועד 3 שנות מאסר בפועל.

12. בקביעת גובה העונש, לקח בית המשפט בחשבון את האמור בתסקיר שירות המבחן ביחס לניסיונותיו של המשיב להכחיש ולצמצם את מעורבותו בעבירות, את הקושי של המשיב בנטילת האחריות למצבו, ואת הערכת הסיכון להישנות מעשי עבירה דומים. מאידך, התחשב בית המשפט בנסיבות חייו הקשות של המשיב, בגילו הצעיר, בעברו הנקי, בתקופה הקצרה בה ניהל מגעים עם סוכן החוץ, ובכך שהודה במעשיו. עוד התחשב בית המשפט קמא בעובדה שבסופו של יום עבירותיו של המשיב לא הסבו נזק ממשי. לפיכך, החליט בית המשפט לגזור את העונש ברף הנמוך של המתחמים, ותוך חפיפה חלקית של עונשי המאסר, כך שבגין עבירות האישום הראשון גזר על המשיב 12 חודשי מאסר בפועל; ובגין עבירות הנשק גזר על המשיב 9 חודשי מאסר בפועל, אשר 3 מתוכם ירצו בחופף לעונש המאסר בגין עבירות האישום הראשון. לכך הוסיף בית המשפט 6 חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 3,000 ש"ח.

הערעור

13. מדינת ישראל הגישה ערעור על גזר הדין, בטענה כי העונש שהוטל על המשיב אינו הולם את חומרת המעשים, את נסיבות ביצוע העבירות ואת מדיניות הענישה הנהוגה. בפתח הדברים, טוענת המערערת כי מתחמי הענישה שקבע בית המשפט קמא אינם משקפים כראוי את חומרת העבירות שבוצעו, אשר מתעצמת על רקע הזדהותו האידיאולוגית של המשיב עם החמאס ונכונותו לפעול למען הארגון, כמו גם לאור היותו אזרח ישראלי. לשיטתה, השתלבות הנסיבות מקימה חשש ממשי כי מעשיו של המשיב יסלימו ויהוו סכנה ממשיית לביטחון הציבור. כן נטען כי בית המשפט קמא לא נתן משקל ראוי לסוג הנשק שניסה המשיב לייצר - מטען חבלה מאולתר - אשר בכוחו לגרום נזק בקנה מידה משמעותי. עוד הוסיפה המערערת כי מתחם הענישה שקבע בית המשפט בגין עבירות הנשק אינו תואם את מדיניות הענישה הנהוגה בפסיקה. זאת ועוד, המערערת סבורה כי בקביעת העונשים בתוך המתחם לא העניק בית המשפט קמא משקל מספק לתסקיר שירות המבחן שממנו עולה כי המשיב מכחיש את מעשיו, לא מפנים את חומרתם ולא מביע חרטה. לדידה, העונש שנגזר על המשיב אינו נותן ביטוי מספק לשיקולי הרתעת היחיד ולצורך בהרתעת הרבים. לבסוף, טוענת המערערת כי החלטתו של בית המשפט קמא על חפיפת העונשים פוגמת בחומרה שיש לייחס

לכל אחד מהאישומים בהם הורשע המשיב.

14. המשיב סבור כי יש לדחות את הערעור. בדיון שנערך בפנינו, טען המשיב כי בית המשפט קמא נתן משקל ראוי לכלל הנסיבות בקביעת גזר הדין. לשיטתו, לא ניתן להתעלם מנסיבות חייו הקשות ומהקונפליקט הפנימי בו מצוי המשיב כאזרח ישראלי, אשר התגורר במשך רוב שנות נעוריו בתחומי הרשות הפלסטינאית. זאת ועוד, המשיב הודה בעובדות כתב האישום המתוקן ובכך נטל אחריות למעשיו וחסך זמן ומשאבים שיפוטניים. משכך, סבור הוא כי יש להותיר את גזר דינו של בית המשפט קמא על כנו.

דיון והכרעה

15. הלכה היא כי ערכאת הערעור לא תתערב בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות מהותית בגזר הדין, או כאשר העונש שנגזר חורג באופן בולט ממדיניות הענישה המקובלת במקרים דומים (ע"פ 3336/18 מדינת ישראל נ' סמארה, פסקה 9 (29.11.2018) (להלן: "עניין סמארה"); ע"פ 971/19 מדינת ישראל נ' געביס, פסקה 8 (11.7.2019)). לאחר עיון בחומרים ושמיעת טענות הצדדים, הגענו למסקנה כי עניינו של המשיב אכן נמנה עם אותם מקרים חריגים המצדיקים את התערבות ערכאת הערעור.

16. בשנים האחרונות, עמד בית משפט זה פעם אחר פעם על החומרה היתרה שבביצוע עבירות נשק, וזאת בשל הסיכון הממשי לשלום הציבור והפגיעה בערכים המוגנים של שלמות הגוף וחייאדם הטמונים בעבירות אלו. לאור כך, ננקטת מגמת החמרה ברמת הענישה של המורשעים בעבירות נשק, כך שזו תבטא באופן הולם את פוטנציאל ההרס הרב הגלום בהן (ע"פ 4154/16 דהוד נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (19.1.2017); ע"פ 2802/18 ג'ואמיס נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (26.7.2018)).

17. בענייננו, מתחם הענישה שקבע בית המשפט קמא ביחס לעבירות הנשק שביצע המשיב נמוך במידת מה ממדיניות הענישה הנהוגה בעבירות אלו, אשר ככלל מחייבת הטלת עונש מאסר מאחורי סורג ובריאח (ע"פ 5220/09 עוואדה נ' מדינת ישראל, פסקה י' (30.12.2009); ע"פ 6538/16 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 12 (5.2.2017); ע"פ 2564/19 אזברגה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (18.7.2019)). כמו כן, העמדת עונשו של המשיב ברף התחתון של המתחם, בצירוף ההחלטה לחפוף באופן חלקי את עונשי המאסר שנגזרו על המשיב, יוצרות במבט כולל סטייה משמעותית לקולא, אשר אינה עולה בקנה אחד עם מגמת החמרה האמורה.

18. כך למשל, בע"פ 5779/14 אלגזי נ' מדינת ישראל (5.2.2015), קשר המערער קָשָׁר עם שניים ממכריו להרכיב מטען חבלה, מכר להם חומרים שנועדו להרכבת המטען ונטל חלק בהרכבתו. המערער באותו עניין היה צעיר נטול עבר פלילי, הודה במעשיו במסגרת הסדר טיעון והביע חרטה. באותו מקרה נגזר על המערער עונש של 46 חודשי מאסר בפועל ו-18 חודשי מאסר על תנאי. בית משפט זה דחה את הערעור ביחס לחומרת העונש בקבעו כי "הפסיקה בעבירות נשק היא מחמירה, תוך מתן משקל לשיקולי הרתעה וגמול, וזאת בשל פוטנציאל הפגיעה הרב הגלום בעבירות אלה" (שם, בפסקה 3). בדומה, בע"פ 7515/08 מדינת ישראל נ' גורין (5.1.2009), נהג המשיב לגלוש באתרי אינטרנט מבית האסלאם הקיצוני, שם למד כיצד לייצר מטעני חבלה. המשיב רכש חומרים לייצור מטען חבלה וביצע מספר ניסיונות להרכיב מטעני חבלה. בעקבות זאת, הורשע בגין ניסיון לייצור נשק. בנוסף, הורשע המשיב בגין החזקת סכין. כן אציין כי בדומה לענייננו היה המשיב באותו מקרה בחור צעיר ללא עבר פלילי. בית המשפט המחוזי גזר עליו 30 חודשי

עמוד 5

מאסר בפועל ושנת מאסר על תנאי. לאחר שהגישה המדינה ערעור לבית משפט זה על קולת העונש, החמיר בית המשפט את עונשו ל-45 חודשי מאסר בפועל.

19. אמנם נסיבות חייו הקשות של המשיב, עברו הנקי והודאתו במעשיו, עשויים להצדיק הקלה מסוימת בעונש. ואולם, כבר נפסק כי בבואו לגזור את עונשו של מי שהורשע בעבירות נשק, על בית המשפט ליתן משקל משמעותי לאינטרס הציבורי ולצורך להרתיע מפני ביצוע עבירות דומות בעתיד על פני נסיבותיו האישיות של העבריין (ע"פ 8899/06 ארמין נ' מדינת ישראל, פסקה 20 (29.7.2007); ע"פ 4530/19 ג'זאווי נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (11.8.2019)). זאת בפרט לאור העובדה כי העבירות בוצעו על רקע אידיאולוגי-לאומני מתוך מטרה לפגוע בביטחון המדינה ותושביה (ע"פ 3702/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (28.9.2014); ע"פ 1833/16 מוגרבי נ' מדינת ישראל, פסקה 24 (2.8.2016)). וכן נוכח היותו של המשיב אזרח ישראלי (ע"פ 7314/04 אבוקישק'נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (16.5.2006); ע"פ 2552/14 מפארגה'נ' מדינת ישראל, פסקה 2 (29.10.2015); ע"פ 6080/16 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 16 (6.12.2016)).

20. לאור האמור, מצאנו כי העמדת עונשו של המשיב בגין עבירות הנשק על 9 חודשי מאסר בפועל, בצירוף הקביעה כי 3 חודשים מתוכם ירצו בחופף לעונש המאסר שהוטל על המשיב בגין עבירות האישום הראשון, אין בה כדי להלום את מדיניות הענישה הנהוגה במקרים דומים לענייננו. זאת בפרט בשים לב לפוטנציאל הפגיעה הרב הטמון בנשק מסוג מטען חבלה אותו ניסה המשיב לייצר באמצעים שעמדו לרשותו, להישנותם של מעשיו ולהיעדר מוכנותו ליטול אחריות למעשיו ולהכיר בחומרתם - כולן נסיבות שיש בהן כדי להעצים את חומרת מעשיו של המשיב.

21. סוף דבר: דין הערעור להתקבל. מאחר שאין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין (עניין סמארה, בפסקה 13; ע"פ 4406/19 מדינת ישראל נ' סובח, פסקה 15 (5.11.2019)), ראינו להחמיר את העונש בגין עבירות הנשק באופן מתון, כך שעונש המאסר בפועל בגין שני האישומים יעמוד בסך הכול על 24 חודשים. שאר רכיבי העונש יוותרו על כנם.

ניתן היום, כ"ז בחשוון התש"ף (25.11.2019).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט