

ע"פ 5925/13 - המערער בע"פ 5925/13, שאדי זאהדה, המערער
בע"פ 5945/13, טארק עליאן, המערער בע"פ 8428/13, מחמד אטרש
נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 5925/13

ע"פ 5945/13

ע"פ 8428/13

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט צ' זילברטל

המערער בע"פ 5925/13: שאדי זאהדה
המערער בע"פ 5945/13: טארק עליאן
המערער בע"פ 8428/13: מחמד אטרש

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על הכרעת הדין וגזרי הדין של בית המשפט
המחוזי ירושלים מימים 17.6.13 ו-31.10.13 ב-ת"פ
11-11-53033 שניתנו על ידי השופטת ר' פרידמן-
פלדמן

תאריך הישיבה: כ"ד באדר ב התשע"ד (26.3.14)

בשם המערער בע"פ 5925/13: עו"ד וסים דכור

עמוד 1

בשם המערער בע"פ 5945/13:

עו"ד אוסמה סעדי, עו"ד אחמד דחלה

בשם המערער בע"פ 8428/13:

עו"ד לאה צמל

בשם המשיבה : עו"ד לינור בן אוליאל

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. שלושה ערעורים על גזרי דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (השופטת ר' פרידמן-פלדמן) בת"פ 53033-11-11: הראשון, מיום 17.6.2013, שבגדרו הוטלו על המערער בע"פ 5925/13 (להלן המערער 1) ועל המערער בע"פ 5495/13 (להלן המערער 2) מאסר בפועל של שבעה חודשים בניכוי ימי מעצרם ושלושה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים; השני, מיום 30.10.13, בגדרו הוטלו על המערער בע"פ 8428/13 (להלן המערער 3) ששה חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו ומאסר על תנאי למשך שלוש שנים. הפרשה עניינה חברות המערערים - בגירים תושבי ישראל - בתנועת חמאס, המוכרזת כארגון טרוריסטי לפי הפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948 (להלן הפקודה), ובתוך זה פעילותם בתנועה כפי שיפורט.

ב. המערערים 1 ו-2 הורשעו בעקבות הודאתם, יחד עם נאשמים אחרים, במסגרת הסדר טיעון בכתב אישום מיום 12.11.11, בעבירה של חברות בארגון טרוריסטי לפי סעיף 3 לפקודה. המערער 3 הורשע, יחד עם נאשם אחר, בעברה זהה, לפי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בכתב אישום אחר מיום 12.11.11. בהסדרי הטיעון בין המשיבה למערערים, הוסכם כי המשיבה תטען לעונש של ששה חודשי מאסר נוספים לתקופת מעצרם בתיק. שלושת המערערים שהו במעצר כלהלן: המערער 1 למשך שלושה חודשים ועשרים ושניים יום, המערער 2 למשך כשלושה חודשים והמערער 3 למשך כחודשיים.

רקע והליכים

ג. כעולה מכתבי האישום המתוקנים שהוגשו נגד המערערים, נטלו הם ואחרים חלק בפעילות חברתית, חינוכית ודתית במטרה לחזק את מעמדה של תנועת החמאס בקרב תושביה המוסלמים של ירושלים. פעילות זו כללה, בין היתר, תמיכה במוסדות חינוך, מתן שיעורים בנושאי דת האסלאם, ארגון סעודות ציבוריות והפעלת מחנות קיץ לילדים.

ד. כחלק מפעילות זו, ובמהלך חודש אוקטובר 2010, התכנסה קבוצה, ובתוכה המערערים, על מנת לדון בדרכי הבעת תמיכה והזדהות עם אנשי תנועת החמאס ששהו, החל מיולי 2010, בחצר משרדי "הצלב האדום" בירושלים, במחאה על שלילת תושבותם על ידי שר הפנים בעקבות הרשעתם בפעילות ותמיכה בארגון טרוריסטי ושהיה בתחומי ישראל שלא כדיון.

ה. במסגרת הפגישה האמורה, התקבלה החלטה להגביר את תדירות ביקורי ההזדהות אצל אותם פעילי חמאס, וכן לתמרץ תומכי חמאס תושבי ירושלים לבקר אצל הפעילים המוחים. בהתאם לכך, הפיצו המערערים את ההחלטה בקרב אנשי החמאס, הגבירו את ביקורי ההזדהות שלהם בחצר הצלב האדום, והביאו בפועל להגברת כמות המבקרים שפקדו את מאהל החמאס במקום. יודגש, כי בכתב האיטום שהוגש כנגד המערער 3 ונאשם נוסף, צוין כי הם לא היו חלק מן המועצה שהורתה על קיומו של המפגש ועל הביקורים אצל פעילי החמאס.

גזר דינו של בית המשפט קמא

ו. בגזר דינו למערערים 1 ו-2, נתן בית המשפט דעתו לכך שהמעשים שבהם הודו המערערים מהווים אמנם פעילות "אזרחית", אך ציין, כי נעשו במסגרת תנועת החמאס ועל מנת לקדם את מטרותיה, ובפרט את מעמדה בקרב האוכלוסייה הפלסטינית בירושלים, ומשכך יש לראותם בחומרה. מנגד, ציין בית המשפט לזכות המערערים את הודייתם, וכן את היותם בעלי רקע נורמטיבי ונעדרים עבר פלילי. בית המשפט הוסיף, כי המערערים שהו תקופה משמעותית במעצר עד תום ההליכים, ותקופות ממושכות במעצר בית מלא. ועם זאת קבע בית המשפט, כי נוכח חומרת העבירות כאמור, וחרף הנסיבות המקלות, אין להסתפק בהטלת מאסר שירוצה בעבודות שירות, ויש להטיל עונש מאסר בפועל. נגזר עונשם כאמור.

ז. בגזר דינו למערער 3, אשר טען גם לעונש ללא הרשעה, קבע בית המשפט, כי במישור העובדתי והמשפטי זהה עניינו לעניינם של המערערים 1 ו-2, ולפיכך יש מקום להרשיעו כמותם. כן הוסיף, כי הסדר הטיעון בעניינו של המערער 3 כלל הרשעה, וכי מהותה וחומרתה של העבירה אינן מאפשרות אי-הרשעה; ואולם, בשל בעיות רפואיות שפקדו את המערער ואשתו, החליט בית המשפט להקל במעט את עונשו ביחס לאשר הוטל על המערערים 1 ו-2. הושת העונש כאמור.

הערעור

ח. לטענת המערער 1, יש לתת את הדעת לכך ששהה במעצר במשך שלושה חודשים ועשרים ושניים ימים, ובמעצר בית מלא לתקופה של שנה וחודשיים. משכך, גם בגדרי הסדר הטיעון, ניתן ואף ראוי היה להטיל עונש מאסר בפועל של ששה חודשים - ולא של שבעה חודשים כפי שהוטל - באופן שיאפשר למערער לרצות את יתרת תקופת מאסרו, קרי שישה חודשים בחיסור התקופה שישב במעצר - בעבודות שירות. כך, לטענת המערער, ניתן לקיים את מטרות הענישה וגם לבטא את האינטרס הציבורי, וביחוד לנוכח העובדה שהמערער חזר לשגרת חיים תקינה ונורמטיבית לאחר ששילם את המחיר בתקופות מעצרו כמתואר.

ט. לטענת המערער 2, בכך שהורה בית המשפט לממונה על עבודות שירות לבדוק את התאמתו של המערער, יצר הסתמכות בלבו לפיה אם ימצא מתאים לעבודות שירות, לא יוטל עליו עונש מאסר בפועל. קרי, אף שהמערער נמצא מתאים לביצוע עבודות שירות, הטיל בית המשפט על המערער מאסר בפועל של שבעה חודשים. לטענתו, טעה בית המשפט בקביעתו כי חומרת העבירה אינה מאפשרת הטלת עבודות שירות, שכן אחרת מדוע הורה לבדוק התאמתו לכך. המערער הוסיף וטען, כי מדובר במקרה ברף הנמוך של מתחם הענישה, וכי בית המשפט לא נתן דעתו לחלקו השולי במעשים, לשהותו במעצר ממושך ולנסיבותיו האישיות, בפרט מצבו המשפחתי ועברו הנקי.

י. לטענת המערער 3, יש להבחין בין חברות בארגון טרור לבין פעילות בארגון טרור, והדגיש כי המעשה הפעיל היחיד שניתן לייחס לו הוא השתתפות בפגישה המתוארת, ולא מעשה של "גיוס" או "התגייסות" לשורותיה של תנועת החמאס. כן הוסיף, כי צוין מפורשות בכתב האישום בעניינו, שלא נטל חלק בועדה שיזמה את המפגש ואת הביקורים אצל פעילי החמאס במשרדי הצלב האדום. עוד טען, כי בדיון ביום 25.6.13 בעניין הסדר הטיעון, הסכימה המשיבה בעל פה להחיל בעניינו הסדר זה לזה שנקבע באשר לנאשם הנוסף בכתב האישום, לפיו בכפוף להצגת תעודות רפואיות, תבקש המשיבה להוסיף חמישה חודשי מאסר לתקופת מעצרו. המערער הוסיף וטען, כי יש בהרשעתו בכדי לפגוע בפרנסתו ובעתידו המקצועי. עובדה זו, כך טען, יחד עם שהותו הממושכת במעצר ומצבם הבריאותי הקשה שלו ושל אשתו שלקתה במחלה קשה, מביאים לכך שהאינטרס החברתי בעניינו מתקיים באי-הרשעתו ובהטלת עבודות שירות לתועלת הציבור, ולחלופין המרת יתרת תקופת מאסרו בעבודות שירות.

הדיון

יא. בדיון בפנינו טענו במשותף באי כוחם של המערערים 1 ו-2 כי שולחיהם מעדו באופן חד-פעמי, ולאחר מעצר ממושך ומעצר בית ממושך ממנו חזרו לשגרת חיים נורמטיבית; המערער 1 עובד כמנהל חינוכי מטעם הווקף ומשלים תואר שני, והמערער 2 הוא בעל עסקים במזרח ירושלים. לכן, כך טענו, אין טעם להחזירם לבית האסורים, אלא נכון יהיה להטיל ששה חודשי מאסר, ואת יתרת תקופת מאסרם - ששה חודשים בחיסור התקופות שישבו במעצר - ירצו בעבודות שירות. תוך כך, חזר בא כוחו של המערער 2 והטעים את ההסתמכות שנוצרה בעקבות שליחתו לממונה על עבודות שירות וחוות הדעת החיובית של הממונה בעניינו.

יב. בא כוחו של המערער 3 טענה, בין היתר, כי ייגרם לו נזק מקצועי רב, בהיותו רואה חשבון המבקש לעסוק בכך בישראל, אם יורשע ויושת עליו מאסר בפועל.

יג. באת כוח המשיבה סברה כי אין מקום להתערב בעונשים, תוך הטעמת החומרה שייחס בית משפט זה במקרים אחרים להשתייכות לארגון טרור. כן הוסיפה, כי נסיבותיהם האישיות של המערערים נלקחו בחשבון בהרשעה, ובפרט במקרה של המערער 3, לאור הנסיבות הרפואיות שלו ושל אשתו.

הכרעה

יד. לאחר העיון, אציע לחברי להיעתר לערעורים, על-ידי קיצור מאסרם של המערערים 1 ו-2 משבעה חודשים לששה חודשים, והמרת יתרת מאסרם של שלושת המערערים, קרי שישה חודשים בחיסור תקופות שהותם במעצר, למאסר שניתן יהיה לרצותו בעבודות שירות.

טו. אין בהכרעה זו בכדי להוריד מחומרת מעשיהם של המערערים. אכן, יש לראות בכל פעילות שנועדה לחזק את מעמדו של ארגון טרור, לרבות פעילות "אזרחית", לא כל שכן כזאת הנעשית על-ידי תושבי ישראל אשר נהנים מזכויות בה - בחומרה רבה. יפים לעניין זה הדברים שנאמרו בבש"פ 392/12 פלוני ואח' נ' מדינת ישראל (2012):

"אכן, בפעילות אזרחית עסקינן, ואפילו בפעילות במישורים המושכים את הלב, בתחומי צדקה, רווחה, חינוך, דת וכיו"ב. אך זאת משימתה ומטרתה של הזרוע האזרחית של ארגון טרור, להכשיר את הלבבות, לקרב את האנשים לפעילות החמאס ולהרחיב את מעגל התומכים בחמאס. לא בכדי נאסרת פעילותו של החמאס - גם במישור האזרחי המובהק - במדינות מתוקנות, על אחת כמה וכמה בישראל ובירושלים. הפסיקה הכירה זה מכבר, כי גם פעילות בעלת אופי אזרחי בארגון טרור טומנת בחובה סיכון ממשי לביטחון הציבור בישראל (ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל (27.3.07))"

(פסקה 4 להחלטתו של השופט י' עמית).

אכן, באותה פרשה שאוזכרה כאן (ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל) דובר בהעברה חוזרת ונשנית של כספים לחמאס ובעבירת ביצוע שירות עבור התאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 85(ג) ו-(ח) לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, פרסה השופטת ארבל את שיקולי החומרה שבפעולות ארגון טרור. ואכן, החמאס לא זו בלבד שהוא ארגון טרוריסטי מוכרז, הוא קנה הכרזה זו "ביושר", בפעולות טרור קשות ורצחניות. בענייננו עסקינן אמנם בפעילי חמאס אזרחיים, ללא "דם על ידיהם", ולכך משמעות כמובן, אלא שהארגון המנוול לא יכול היה לפעול בלא רשת תומכת בציבור. העונשים שהושתו על עבריינים אחרים בפרשה, שהם חמורים יותר, מייצגים קשת ענישה אפשרית של חודשי מאסר בשתי ספרות, ואף בחומרה יתרה לחוזר בסורו בכגון דא.

טז. מדוע בכל זאת אציע להיעתר לערעורים? ראשית, שלושת המערערים שהו במעצר, לפני למעלה משנתיים, תקופות המהוות נתח משמעותי מאוד מן העונשים שהושתו. לאחר ששחררו ממעצר בית ממושך בעקבות זאת, חזרו שלושת המערערים לשגרת חיים שבה לא נטענה לחובתם פעילות פלילית. לכך יש להוסיף את נסיבותיו המיוחדות של המערער 3, ובפרט מצבם הבריאותי הלקוי שלו ושל אשתו. נאמר כאן, כי לא ראיתי להיענות לבקשה לאי הרשעה של מערער זה, חרף הקושי שהועלה לגבי עתידו המקצועי כרואה חשבון, שכן אין תיק זה מתאים לאי הרשעה.

יז. שנית, מערערים 1 ו-2 נשלחו לממונה על עבודות שירות, אף כי בית המשפט קמא ציין (החלטה מ-9.4.13) כי אין בכך כדי להביע עמדה לגבי העונש הסופי, ולגבי מערער 2 מצויה חוות דעת חיובית של הממונה (לא הגיעה חוות דעת עד יום הטיעון לעונש לגבי מערער 1; ראו פרוטוקול מ-4.6.13). כבר נאמר לא אחת, כי שליחה לממונה צריך שתהא לאחר שגמר בית המשפט בדעתו, כי אכן נכון יהא לטעמו לגזור מאסר בעבודות שירות, ואזי ינהג כמובן לפי האמור בסעיף 51ב(ב) לחוק העונשין, תשל"ז - 1977. הנה מדברי בע"פ 6294/05 חובב נ' מדינת ישראל (2006) פסקה ב' לחוות דעת:

"מטבע הדברים כשמזמין בית משפט חוות דעת לגבי נאשם מאת הממונה על עבודות שירות, יש בכך אינדיקציה לכיוון מסוים, וציפיה אנושית (גם אם לא - מכל וכל - אינטרס הסתמכות במובן המשפטי), ועל כן גם מציבה עצמה השאלה 'מעיקרא מאי סבר ולבסוף מאי סבר', 'מה סבר מתחילה ומה סבר לבסוף' (בבלי כתובות נ"ב, ב'). אגב, ציפיה זו תארע פעמים גם בשעה שבית משפט דיוני, או אף בית משפט לערעורים (כולל בית משפט זה) דוחה סיומו של דיון על מנת לקבל חוות דעת נוספות על פלוני או פלונית, כגון של שירות המבחן, או לבחון התנהגות לאורך תקופה, ונוצרות ציפיות. הלקח מלמד שכדאי ליתן דחיות כאלה או לשלוח לחוות דעת כאלה ואחרות, רק אם אכן יש פתח סיכוי שאכן יתרום הדבר לשינוי התוצאה, ואז כמובן לא רק אפשרות היא אלא אף כמעט חובה, שהרי דיני נפשות הן. אין בכך כדי לומר כי אין בית משפט יכול לשנות דעתו משעיין או נפרשה לפניו תמונה מלאה יותר, כל עוד לא הכריע, ובמקרים כאלה יש לערכאת הערעור כבנידון דידן עניין רב בהנמקה".

וראו גם ע"פ 8704/08 הייב נ' מדינת ישראל (2009), שם נאמר:

"...לשיטתי ייטיבו בתי המשפט לנהוג אם יזמינו חוות דעת מן הממונה על עבודות שירות רק בשעה שיגיעו לכלל סברה מגובשת, כי אם תהא חוות הדעת חיובית אכן יגזרו עונש שירוצה בעבודות שירות. אכן, במובן המשפטי כשלעצמו, ולא כל שכן אם מטעים בית המשפט כי אינו קובע מסמרות בהזמנת חוות הדעת כפי שאירע בנידון דידן, אין פגם בהחלטה. ברי גם, כי אם סבר בית המשפט מתחילה כי יטיל עבודות שירות אך נפרסו לפניו בהמשך מטעם זה או אחר פרטים מלאים יותר - בידו לשנות דעתו, כפי שגם ציינתי בעניין חובב. ואולם, דווקא בגלל אותה 'אינדיקציה לכיוון מסוים, וציפיה אנושית

(גם אם לא - מכל וכל - אינטרס הסתמכות במובן המשפטי) (עניין חובב), דרך המלך צריכה להיות זו: שמיעת הטענות לעונש, עיון בתסקיר שירות המבחן ככל שהוזמן, ורק אז - משנתגבשה ביסודה דעתו של בית המשפט שיש מקום לעבודות שירות, אחד משני אלה: גזירת הדין תוך הפניה לממונה על עבודות שירות או הפניה לממונה עובר לגזירת הדין. בכך נמנעים עגמת הנפש, וגם ערעורים הנאחזים באותה ציפיה. וכמאמר תינוק (ילד) חכם שנשאל על-ידי התנא רבי יהושע בן חנניה (בבלי עירובין נ"ג, ב') על פרשת דרכים 'באיזה דרך נלך לעיר', והשיב 'זו קצרה וארוכה וזו ארוכה וקצרה', קרי, יש דרך הנראית כקצרה והיא במהות ארוכה, ויש להיפך, נראית כארוכה ובמהות קצרה היא. על כן ראוי שיאחז בית המשפט בדרך שהיא 'ארוכה וקצרה', ותהא זו דרך המלך, ואידך זיל גמור".

דברים אלה שנאמרו תחילה בדעת יחיד, שבו ונאמרו על דעת בית המשפט זה לא כבר בע"פ 4841/13 ספי נ' מדינת ישראל (6.2.14), שם נכתב גם: "אוסף מעבר לעניין הציפיה האנושית ההופכת לציפיית שווא, כי עלינו להתחשב גם במשאביו של הממונה על עבודות שירות". כמובן, כל האמור רואה אני לחזור על כך, אף כי אין זה לוז ההכרעה.

יח. נראה כי התועלת שתושג לכאורה בשליחתם של המערערים כעת למאסר בפועל - קרי, המסר הטמון כלפיהם וכלפי אחרים, ובייחוד "טעימת" טעמו של המאסר במעצר - כבר הושג לכאורה ביסודו, ומשכך אין בהחזרתם של המערערים כיום למאסר משום תועלת רבה. המערערים נדונו גם למאסר על תנאי, שאנו מאריכים לגבי המערערים 2-1 משישה לשבעה חודשים, וכמובן מוזהרים הם שלא לשוב לסורם, והדעת נותנת כי אם חלילה יעשו כן, תהא הענישה בחומרה רבה יותר.

יט. על כן אציע להמיר את מאסרם של המערערים למאסר שיכול שירוצה בעבודות שירות, באופן שיהא בו משום תועלת לחברה ואינו פוטר את המערערים מחובם, אך מבלי להחזירם כחלוף זמן - ומעצר ניכר, מעצר בית והיעדר עבירות נוספות, כאמור - לבית האסורים. המאסרים על תנאי למערערים 2-1 יוארכו לשבעה חודשים.

כ. אם תתקבל דעתי, תוגש חוות דעת הממונה (יש מקום לחידושה גם מקום שניתנה) עד 21.5.14, ובעקבותיה נשלים את פסק דינו.

כא. אציע לקבל את הערעורים לפי האמור.

שׁוֹפֵט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שׁוֹפֵט

המשנה לנשיא מ' נאור:

1. עיניתי בחוות דעתו של חברי השופט א' רובינשטיין, ולצדדי לא אוכל לצרף את דעתי לדעתו. כיוון שנותרתי במיעוט אומר דברי בקצרה.

2. המערערים הורשעו, על פי הודאתם, בחברות בתנועת החמאס שהוכרזה כארגון טרוריסטי. המערערים נטלו חלק בפעילות דתית וחינוכית ענפה, על מנת לקדם את מטרות החמאס ולחזק את מעמדו בקרב האוכלוסייה הערבית פלסטינית בעיר ירושלים. כפי שצוין בגזר הדין מושא הערעורים, מטרתה של הפעילות האזרחית האמורה הייתה "לקרב את הציבור הפלסטיני ולהכשיר את הלבבות לאידיאולוגיה של החמאס". כפי שצוין חברי השופט רובינשטיין, הגם שפעולותיהם של המערערים היו במישור האזרחי, אין הדבר מפחית מחומרתן. כבר נפסק כי פעילות בארגון טרור, לרבות פעילות אזרחית באופייה, מסכנת באופן ממשי את ביטחון הציבור בישראל (בש"פ 854/07 אבודקה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 להחלטתה של השופטת א' פרוקצ'יה (8.3.2007)). אכן, ההתמודדות עם הטרור וארגוני הטרור אינה נעצרת ב"שדה הקרב" (ראו: ע"פ 2730/08 פראח נ' מדינת ישראל (7.9.2008) (להלן: עניין פראח)).

3. נוכח החומרה היתרה הטמונה בעבירות כנגד ביטחון המדינה, בתי המשפט גוזרים בדרך כלל עונשי מאסר בפועל על נאשמים שהורשעו בעבירות דומות לעבירות מושא דיוננו. כך, למשל, בת"פ (י-ם) 25441-01-13 מדינת ישראל נ' עביד (30.5.2013) גזר בית המשפט על אחד הנאשמים שישה חודשי מאסר בפועל בגין חברות בארגון טרוריסטי, אשר באה לידי ביטוי בהשתתפות בתהלוכות בלבד (כן ראו: תפ"ח (ב"ש) 1121/07 מדינת ישראל נ' ראד (13.12.2007)). בית המשפט גזר עונשי מאסר בפועל משמעותיים על נאשמים שהיו מעורבים בפעולות הקשורות להעברת כספים לארגוני טרור (עניין פראח; ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל (27.3.2007); ת"פ (חי') 18351-03-12 מדינת ישראל נ' אגבאריה (24.9.2012)). לדעתי אין הצדקה לסטות מקו ענישה זה בענייננו. עצם החברות בארגון טרור, לא כל שכן נטילת חלק בפעולות שנועדו לחזק את מעמדו, יוצרות תשתית לפגיעה בביטחון המדינה ובשלומו הציבורי. עבירות מעין אלה מצדיקות העברת מסר מרתיע בדמות מאסר בפועל. מסקנה זו מתחזקת בהתחשב בכך שהמערערים תושבי ישראל, הנהנים מחופש תנועה ברחבי הארץ שאותו ביקשו לנצל על-מנת ליטול חלק בפעולות לחיזוקו של ארגון טרור (ראו והשוו: ע"פ 11328/03 מדינת ישראל נ' נאצר, פסקה 10 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (8.9.2005)). יתר על כן, עונשי המאסר בפועל מושא דיוננו לא נגזרו על המערערים ב"חלל ריק". על נאשמים נוספים בפרשה נגזרו עונשי מאסר בפועל חמורים יותר, ואילו על נאשם נוסף, שהיקף מעשיו היה דומה לאלה של המערערים, נגזר עונש מאסר בפועל זהה. יצוין גם כי מלכתחילה סוכם במסגרת הסדרי הטיעון עם המערערים כי התביעה תטען לתוספת של 6 חודשי מאסר בפועל לתקופה שהמערערים ישבו במעצר. על פי ההסדר, הייתה ההגנה חופשית בטיעוניה, אולם יש להניח כי גם לדעתם של המערערים עונש מאסר בפועל מצוי במתחם הסבירות. שאם לא כן, לא היו נותנים את הסכמתם להסדר (ראו והשוו: ע"פ 337/08 ג'אברין נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (30.6.2008)).

4. הנסיבות המקלות שאותן הדגיש חברי - מעצרים של המערערים ומעצר הבית הממושך שבו היו נתונים בהמשך לכך - לא נעלמו מעיניו של בית המשפט קמא. נסיבות אלה נשקלו ו"שוקללו" לקולא בגזרי הדין (ראו: פסקה 4 לגזר הדין מושא ע"פ 5925/13 וע"פ 5945/13; פסקה 11 לגזר הדין מושא ע"פ 8428/13). צודק חברי כי יש קושי בהחזרת אדם ששוחרר בשעתו ממעצר, אל מאחורי סורג ובריח. אולם, נסיבה זו לבדה אינה מצדיקה לטעמי התערבות בעונשי המאסר שגזר בית המשפט קמא על המערערים, אשר הינם לדעתי על הצד המתון (ראו והשוו: דעת הרוב בע"פ 3074/07 מדינת ישראל נ' אבו תקפה (27.3.2008), אשר על אף מעצרים של הנאשמים שם ומעצר הבית הארוך בתנאים מגבילים שבו שהו במהלך משפטם, מצאה להורות על ריצוי עונשם בדרך של מאסר בפועל).

5. המערערים 2-1 טענו כי החלטת בית המשפט קמא לשלחם לממונה על עבודות שירות יצרה אצלם אינטרס ציפיה בעניין טיב העונש הצפוי להם. לדעתו של חברי השופט רובינשטיין, יש להתחשב בציפיה זו - שנכזבה עם מתן גזר הדין - במסגרת העונש (פסקה י"ז לחוות דעתו). דעתי אינה כדעתו של חברי. כל עוד לא נגזר עונשו של הנאשם, אין הפניית הנאשם לממונה כשלעצמה מצדיקה את היווצרותה של ציפיה לגיטימית לעניין טיב העונש (ראו: ע"פ 8704/08 הייב נ' מדינת ישראל, פסק דינו של השופט י' דנציגר (23.4.2009); ע"פ 4894/13 סלע נ' מדינת ישראל, פסקה 18 לפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן (23.1.2014); השוו: ע"פ 4841/13 ספי נ' מדינת ישראל (6.2.2014)). בית המשפט קמא הבהיר כי אין בכך שביקש חוות דעת כדי לקבוע מסמרות בדבר העונש, ועל כן השליחה לממונה אינה מצדיקה לדעתי את הפחתת עונשם של המערערים 2-1 (ראו והשוו: ע"פ 1438/14 בראזי נ' מדינת ישראל (26.3.2014)).

לדעתי הייתה נשמעת, היינו דוחים את הערעורים.

ה מ ש נ ה - ל נ ש י א

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין, בשונה מדעתה החולקת של המשנה לנשיא.

ניתן היום, כ"ג בניסן התשע"ד (23.4.2014).

שופט

שופט

המשנה לנשיא
