

ע"פ 6961/17 - פהדי אבו אלקיעאן נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 6961/17

לפני: כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט י' אלרון
כבוד השופטת י' וילנר

המערער: פהדי אבו אלקיעאן

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 11.7.2017 בתפ"ח 31333-05-16 שניתן על ידי
כבוד השופטים: ר' כרמל, כ' מוסק וש' רנר

תאריך הישיבה: י"ח באדר התשע"ח (5.3.2018)

בשם המערער: עו"ד דרויש נאשף

בשם המשיבה: עו"ד מריה ציבלין

בשם שירות המבחן: גב' ברכה וייס

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. המערער, אזרח ישראלי, הורשע על-פי הודאתו בקשירת קשר לסיוע לאויב בזמן מלחמה ובמגע עם סוכן זר. אחד עזאם, פעיל חמאס, פנה אל המערער במהלך החודשים אוקטובר-נובמבר 2015 במסגד באוניברסיטת אבו-דיס. עזאם אמר למערער כי הוא פעיל חמאס והציע לו, כמי שתומך ומזוהה עם ארגון דאעש, לסייע לחמאס בהעברת כלי נשק מאיו"ש לישראל ומישראל לאיו"ש. המערער הסכים, אך ביקש לקחת חלק בפעילות משמעותית יותר. השניים קבעו להיפגש למחרת. בפגישתם ביום שלמחרת, במסגד באוניברסיטת אבו-דיס, הציע עזאם למערער ללמוד נהיגה במימון החמאס, כדי שיוכל להעביר אמל"ח עבור החמאס מישראל לאיו"ש, אך המערער השיב כי אינו מעוניין לקחת חלק בהעברת אמל"ח. או אז הציע עזאם למערער לסייע לארגון החמאס בפעילות שתכלול נהיגה במכונית תופת, או שימש כמחבל מתאבד - באמצעות חגורת נפץ או בדרך של ביצוע פיגוע ירי. המערער שאל את עזאם אם הוא רציני בהצעתו, וכשנענה בחיוב, הביע המערער הסכמתו להצעה, אף שמח, ואמר לעזאם כי יהיה מוכן לבצע פיגוע בכל עת, אך דרש כי יקח את האחריות על הפיגוע על עצמו ולא על ארגון החמאס. עזאם הסכים לכך, והוסיף ואמר שכך עדיף לחמאס, כי אז לא יעצרו את אנשי הארגון.
2. בית המשפט המחוזי עמד על חומרת העבירות שביצע המערער "על אף שלא יצאו משלב הדיבורים" (פסקה 6 לגזר הדין). לא רק נכונות והסכמה הביע המערער, אלא אף שמח לבצע פיגוע תופת כמחבל מתאבד, ואף עמד על כך שהמעשה יזקף לזכותו ולא לזכות ארגון החמאס, כאשר מטרת הפיגוע היתה לגרום לנפגעים רבים ככל האפשר מקרב תושבי ישראל. הערך המוגן שהמערער פגע בו הוא בטחון המדינה, בטחון תושביה ואזרחיה, שלומם ובריאותם. מעורבותו של המערער בתיק אחר, מעידה על נחישותו לילך בדרך הפסולה. נאשם אחר - סנדוקה - נדון ל-60 חודשי מאסר, אך הוא, בניגוד למערער, החל בביצוע מעשים של ממש, על-פי חלקו בשרשרת. בדומה, נאשם אחר - עזאם - נדון גם הוא ל-60 חודשי מאסר שעליהם נוספו 8 חודשי מאסר על תנאי שהופעל במצטבר. לפיכך, ובהתחשב במכלול, נגזר עונשו של המערער ל-48 חודשי מאסר, ומאסר על-תנאי.
3. בערעורו מלין המערער על חומרת עונשו, לטעמו, בשים לב לענישה המקובלת בכגון דא, ובעיקר טען המערער על כך שבית המשפט המחוזי לא התחשב בגילו. לדברי בא-כוחו, "גילו של המערער, בעת ביצוע העבירה, השפיע על יכולתו להבין את חומרת מעשיו ואת משמעותם". ב"כ המערער טען כי בית משפט זה הכיר בקיומה של קבוצת נאשמים מיוחדת "בגירים-צעירים" ובצורך בבחינת עניינם בזהירות, לאור מאפייני האישיות המורכבת של הנמנים על קבוצת גיל זו. עוד טען ב"כ המערער על חומרה יתרה שנהג בית המשפט המחוזי במערער, ביחס לאחרים בפרשה זו, שמעשיהם חמורים יותר, ועל כך שלא נוכו מתקופת המאסר ימי מעצרו של המערער.
4. ב"כ המדינה הסכימה לניכוי ימי המעצר, אך התנגדה לקבלת הערעור. המערער הסכים לשמש כמחבל מתאבד, והוא ראוי לעונש חמור. באופן עקבי, גם בתיק אחר, נחוש המערער להתגייס לפעילות טרור. אין לגזור גזירה

שווה מעונישיהם של האחרים, שם כבולות היו ידי ב"כ המדינה בעקבות הסדר שנעשה בבית הדין הצבאי. שומה להרתיע את המערער ואחרים שכמותו בענישה קשה. גילו הצעיר אינו מצדיק הפחתה בעונש, הוא הבין היטב את מעשיו ואת הפסול שבהם.

5. דינו של הערער להידחות. העונש הולם. אין לקבל את טענתו של ב"כ המערער על כך שהמערער משתייך לקטגוריה של "בגיר-צעיר". כבר אמרנו ושברנו ואמרנו (ע"פ 452/14 דבוש נ' מ"י (3.4.2014)), כי החוק מגדיר "קטין" כ"מי שטרם מלאו לו שמונה עשרה שנים..." (סעיף 1 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971). סעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 - כותרתו "קטינות ובגירות" - קובע כך: "אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר". עינינו הרואות, החוק אינו מגדיר "בגיר-צעיר" כקטגוריה נפרדת; החוק גם אינו מותיר מקום לבית המשפט לעשות כן.

6. תוספת של קטגוריה פסיקתית ("בגיר-צעיר"), גורעת מתוקפו של הסיווג הסטטוטורי ("קטין" מזה ו"בגיר" מזה, כשגיל 18 שנה הוא קו פרשת-המים). אך לא אלמן ישראל. קיימת חובת תסקיר בטרם שליחתו למאסר של נאשם עד גיל 21; גילו של נאשם יכול שיהיה שיקול בקביעת מתחם העונש ההולם (סעיף 40ט(6) לחוק העונשין, התשל"ז-1977), כמו גם בגזירת העונש המתאים (סעיף 40יא(1) לחוק).

7. הנה כי כן, שיקול הדעת מסור לבית המשפט לעשות כחוכמתו בענישת נאשם, להתחשב גם בגילו, אך זאת מבלי צורך בקטגוריה פסיקתית נוספת, שעלולה לטשטש את הקלסיפיקציה הסטטוטורית.

8. טשטוש זה בא לידי ביטוי, כאן, בטענת ב"כ המערער - טענה מוזרה - על כך שגילו של המערער השפיע על יכולתו להבין את חומרת מעשיו. המערער היה אז כבן 21, ולטענת בא כוחו "בגיר-צעיר". תמהני, עד לאיזה גיל עלינו להמתין על מנת שהמערער יבין שאין לבצע פיגוע ירי, לא לשמש כמחבל מתאבד, לא לנהוג במכונית תופת?

9. אינני סבור שעונשו של המערער חמור, גם ב"כ המערער לא טען שהעונש חורג מן המתחם, אך טען שעקרון אחדות הענישה מחייב ענישה מקלה יותר, בשים לב לעונשים שנגזרו על סנדוקה ועל עזאם. אינני מקבל את הטענה. עונשי השניים אינם חמורים דיים, מסיבות שעליהן עמדה ב"כ המדינה, אך עקרון אחדות הענישה מחייב מבט כולל, ולא דווקא בהתייחס לפרשה עצמה. מכל מקום, עדיין ניכר פער לקולא בעונשו של המערער לעומת השניים האחרים.

10. המערער זכאי אמנם להפחתה בעונשו, כמוסכם על-ידי ב"כ המדינה, על דרך של ניכוי ימי מעצרו (אלה שלא היה נתון בהם במאסר בתיק אחר). מעונשו של המערער יופחתו אפוא 12 חודשים ו-23 ימים. בכפוף לכך אציע לחברי לדחות את הערער.

ש ו פ ט

השופט י' אלרון:

אני מסכים.

שופט

השופטת י' וילנר:

אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג, ובכלל זה לדבריו בנוגע לקטגוריה של "בגיר-צעיר" כאמור בסעיפים 5 ו-6 לפסק דינו. אני שותפה להשגות שהועלו בפסיקה של בית משפט זה בנוגע להבחנה בין "בגיר" לבין "בגיר-צעיר" (ראו: השופט י' עמית בע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל (25.6.2013); השופט א' רובינשטיין בע"פ 2357/13 רוש נ' מדינת ישראל (6.10.2013); השופטים א' חיות ונ' סולברג בע"פ 452/14 דבוש נ' מדינת ישראל (3.4.2014); השופטת ד' ברק-ארז בע"פ 7661/13 אבו-נאסר נ' מדינת ישראל (21.08.2014)). אני סבורה כי הגם שבית המשפט רשאי להתחשב בגילו של הנאשם כשיקול לקולא בעת גזירת דינו, הרי שהתחשבות זו באה מכוחה של ההוראה הכללית הקבועה בסעיף 40א(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ואיננו נדרשים ליצירת קטגוריה פסיקתית נפרדת שאיננה מוגדרת בחוק.

שופטת

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט נ' סולברג.

ניתן היום, כ' באדר התשע"ח (7.3.2018).

שופטת

שופט

שופט