

## ע"פ 723/16 - מדינת ישראל נגד מוראד אלעמור

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 723/16

לפני: כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

המערערת: מדינת ישראל

נ ג ד

המשיב: מוראד אלעמור

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע  
בת"פ 30242-08-14 שניתן ביום 13.12.2015 על ידי  
כב' השופטת טלי חיימוביץ

תאריך הישיבה: כ"ז בחשון התשע"ז (28.11.16)

בשם המערערת: עו"ד מיכל רגב

בשם המשיב: עו"ד מוחמד ג'בארין

**פסק-דין**

השופט צ' זילברטל:

ערעור המדינה על קולת גזר דינו מיום 13.12.2015 של בית המשפט המחוזי בבאר שבע בת"פ 30242-08-14 (כב' השופטת ט' חיימוביץ), בגדרו נגזרו על המשיב ארבע שנות מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו, כמו גם עשרים וארבעה חודשי מאסר על-תנאי, כשהתנאי הוא שלא יעבור עבירה מסוג פשע נגד המדינה תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר.

רקע

1. המשיב הורשע, על-פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעובדות כתב אישום מתוקן שהוגש נגדו, המחזיק שני אישומים. ברקע הכללי לכתב האישום המתוקן צוין כי ארגון חמאס (להלן: חמאס) הוכרז כארגון טרור וכהתאחדות בלתי-מותרת, וכי ארגון גדודי עז א-דין אלקסאם (להלן: הארגון), הוא פלג של החמאס המשמש כזרוע המבצעית של זה האחרון.

על-פי עובדות האישום הראשון, במהלך שנת 2009 הבריח המשיב ממצרים לרצועת עזה, דרך מנהרה, רובה מסוג קלצ'ניקוב, וזאת לבקשת מחמד אל קאדי (להלן: מחמד), כאשר כלי-הנשק היה מיועד לתושב רצועת עזה שזהותו אינה ידועה. בעבור זאת קיבל המשיב תמורה כספית בסך של 100 דולר. בהמשך, במועד שאינו ידוע במהלך השנים 2009-2010, הבריח המשיב, לבקשת מחמד, שלושה מטולי RPG ממצרים לרצועת עזה, דרך מנהרה, אשר נמכרו לאחר מכן על-ידי מחמד לפרטים שזהותם אינה ידועה. בגין המתואר הורשע המשיב בעבירות בנשק (סחר) לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק).

על-פי עובדות האישום השני, המשיב הסכים להצעתם של שני פעילים בארגון, אחד מהם הוא אבו-אנס אבו-ג'זר (להלן: אבו-ג'זר), להוביל עבורם דבר-מה. בהמשך, לבקשת אבו-ג'זר הגיע המשיב עם עגלה רתומה לחמור לבית ספר שבשכונת אלפחארי בעזה (להלן: בית הספר), שם העמיסו אבו-ג'זר ואדם נוסף על עגלתו חמישה עשר שקים שהכילו חומר שאינו ידוע ומטולי RPG. השניים הורו למשיב להעביר את התכולה שהועמסה על העגלה למקום אחר בשכונת אלפחארי (להלן: מקום המפגש). במקום המפגש העביר המשיב את המטען שעל עגלתו לשני פעילים אחרים בארגון (להלן: הפעילים הנוספים), וקיבל מהם עבור השירות האמור 150 ש"ח. מספר ימים לאחר מכן, העביר המשיב על עגלתו, לבקשת אבו-ג'זר, ארבעה מטולי RPG וארבעה מקלעי "250", מבית הספר אל מקום המפגש. בעבור שירות זה, קיבל המשיב מהפעילים הנוספים, להם מסר את כלי-הנשק האמורים, תמורה של 150 ש"ח. בגין המתואר באישום זה הורשע המשיב בעבירה של מתן שירות להתאחדות בלתי מותרת לפי תקנה 85(1)(ג) לתקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945.

2. לשלמות התמונה יצוין, כי הסדר הטיעון שנערך בין המערערת למשיב לא כלל הסכמה לעניין העונש, והצדדים טענו לכך באופן חופשי. עוד יצוין, כי במסגרת הטיעונים לעונש עתרה המערערת להשית על המשיב, בין היתר, עונש מאסר בפועל שינוע בין שמונה לשתיים עשרה שנות מאסר.

3. בגזר דינו מיום 13.12.2015, ציין בית המשפט המחוזי כי הערך החברתי שנפגע בעקבות המעשים בהם הורשע המשיב הוא ביטחון המדינה, ועמד על כך שמידת הפגיעה בערך המוגן היא "בדרגת חומרה בינונית", שכן על אף

שמדובר בהעברת אמצעי לחימה לארגוני טרור הפועלים בעזה, המשיב הוא בלדר בלבד ולא פעיל בארגונים אלו. בצד זאת צוינה פסיקתו של בית משפט זה, לפיה יש להרתיע באופן אפקטיבי את העוסקים בפעילות המאפשרת את קיומם ופעילותם של ארגוני טרור, בשל הצורך להיאבק בכל חלקי "שרשרת הטרור". עוד נקבע, כי בשל פער הזמנים, יש לראות כל אחד מהאישומים כאירוע נפרד, כאשר גם האירועים המתוארים באישום הראשון מהווים שני אירועים נפרדים. לאחר שעמד על השיקולים המנחים לקביעת מתחם העונש ההולם בנסיבות המקרה דנא, כמו גם על מדיניות הענישה הנוהגת בפסיקה במקרים דומים, קבע בית המשפט המחוזי כי מתחם העונש בגין כל אחת מעבירות הנשק המפורטת באישום הראשון נע בין שלוש לחמש שנות מאסר, וכי מתחם העונש בגין האירוע המתואר באישום השני נע בין שנה לשלוש שנות מאסר. בבואו לקבוע את העונש בתוככי המתחמים שנקבעו, ציין בית משפט קמא, כנסיבות לקולה בעניינו של המשיב, את חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות; היעדר עבר פלילי; הבעת חרטה מטעם המשיב; ומחלתה של בתו. בשים לב לשיקולים אלו, קבע בית המשפט כי יש לחפוף בין שני האירועים מושא כתב האישום הראשון, וגזר על המשיב את העונשים המפורטים לעיל.

כלפי גזר הדין הוגש הערעור שבפנינו.

הערעור

4. המדינה מערערת על קולת העונש שנגזר על המשיב, וטוענת כי הוא אינו הולם את מידת הפגיעה בערכים המוגנים ומידת אשמו של המשיב, כמו גם את הצורך המשמעותי להרתיע מפני ביצוע עבירות כגון-דא. בהקשר זה מדגישה המדינה את חומרת המעשים בהם הורשע המשיב, שאינם בגדר מעידה חד-פעמית, במסגרתם חימש המשיב את רצועת עזה בנשק התקפי וביצע הובלות נשק עבור הארגון. לטענת המדינה, הן מתחמי העונש שנקבעו והן העונש שנקבע בתוככי המתחמים הם "מופרזים לקולא", בהתחשב במידת הסכנה הטמונה במעשים ובמדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, וזאת, בהפנותה לפסיקת בית משפט זה. עוד נטען, כי ניתן משקל יתר לנסיבותיו האישיות של המשיב ולחלוף הזמן מאז ביצוע העבירות - שיקולים שאין ליתן להם את הבכורה כשעסקינן במעשים כגון-דא. אשר לחלוף הזמן, נטען כי לשיקול זה ממילא יש לייחס משמעות פחותה, שכן העבירות בוצעו על-ידי אדם המצוי בשטח רצועת עזה, אליו ניתן להגיע רק באמצעות כוח צבאי, באופן שאינו מאפשר לרשויות החוק והאכיפה של המדינה לטפל בעניינו במהירות. נוכח כל האמור, עתרה המבקשת כי עונש המאסר בפועל שהוטל על המשיב יוחמר "במידה ניכרת".

5. בא-כוח המשיב מצדו טען, כי העונש שהושת על המשיב תואם את חומרת המעשים בהם הורשע, ולשם כך היפנה לפסיקה של בתי המשפט המחוזיים במקרים דומים. הודגש, כי המשיב לא הורשע במכירת נשק לארגון טרור, כי אם בהעברתו מנקודה לנקודה, וכי האישום הראשון אינו מתאר פעילות הקשורה בארגון כאמור. המשיב שב וחזר על נסיבותיו האישיות, וביניהן, ביצוע המעשים על רקע מצוקה כלכלית ולא ממניע אידיאולוגי, מחלתה של בתו והודייתו.

דיון והכרעה

6. לאחר העיון בערעור ושמיעת טיעוני הצדדים בדיון, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור להידחות. הלכה ידועה

היא, כי אין תפקידה של ערכאת הערעור לגזור עונשו של נאשם מבראשית, וכי עליה לבחון האם נפלה שגגה בשיקולי הערכאה הדיונית באשר לגזירת העונש, באופן שמחייב התערבות בשיקול הדעת הרחב הנתון לה בענייני ענישה. התערבות ערכאת הערעור בעניינים כגון-דא, תעשה במקרים חריגים בלבד של סטייה ממדיניות הענישה הנוהגת או במקרים בהם נמצא כי נפלה טעות מהותית בגזר הדין מושא הערעור (ע"פ 5998/15 עקול נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (27.6.2016)); ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל, פסקה 21 לחוות דעתו של השופט נ' סולברג (17.3.2016); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (29.1.2009), והאסמכתאות הנזכרות שם). בהתאם לאמות מידה אלה, הקובעות גדרי התערבות מצומצמים, מצאתי כי אין מקום, בנסיבות המקרה דנא, להחמיר בעונשו של המשיב. אמנם, העונש שהוטל על המשיב מצוי לכאורה "על הצד הנמוך" ביחס לחומרת מעשיו, ואולם הוא אינו בלתי סביר בהתחשב במכלול השיקולים. לפיכך, המקרה דנא אינו נמנה עם אותם מקרים המצדיקים התערבותנו, מה גם שממילא ערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם הנאשם (ע"פ 544/14 מדינת ישראל נ' מחמוד, פסקה 11 (29.1.2015)). מכל מקום, משנקבע כי העונש שגזרה הערכאה הדיונית מצוי במתחם הסבירות, אין מקום להתערב בו גם אם נפלה טעות כזו או אחרת בקביעת מתחם העונש ההולם על-ידי הערכאה הדיונית (ע"פ 5316/13 מסאלחה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (9.12.2013)).

7. כאמור, המערערת הפנתה לפסקי דין שונים של בית משפט זה, אשר יש בהם כדי ללמד, לגישה, על מדיניות הענישה הנוהגת במקרים הדומים למקרה שבפנינו, ולבסס את טענתה באשר לצורך בהחמרת עונשו של המשיב. ואולם, סבורני כי ניתן לאבחן את הפרשות שנדונו בפסקי הדין האמורים מהמקרה דנא. יוזכר, מבלי שיהא בכך כדי להפחית מחומרת מעשיו של המשיב, כי הברחות הנשק שביצע האחרון ממצרים לרצועת עזה, המפורטות באישום הראשון בכתב האישום המתוקן, לא בוצעו בעבור ארגון טרור או התאחדות בלתי-מותרת, כי אם בעבור גורמים פרטיים - ואותן יש לראות, לעניין גזירת העונש, כעבירות בנשק שאין בצדן עבירה של מתן שירות לארגון טרור. בהקשר זה אציין, כי אף אם חלק משמעותי מכלי-הנשק המוברחים לרצועת עזה מיועדים הלכה למעשה לפעילותם של ארגוני הטרור הפועלים ברצועה, ניתן גם להניח שאמצעי לחימה לא מעטים משמשים למטרות פליליות (השוו: ע"פ 6328/09 אלנג'אר נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (22.6.2010), והאסמכתאות הנזכרות שם (להלן: עניין אלנג'אר)). גם אם על-פי שורת ההיגיון קיימת סבירות שנשק המוחדר לתחום רצועת עזה יגיע לידי ארגוני טרור, אין הכרח שכך יהיה, ומשהדבר לא צוין בכתב האישום, איני סבור שראוי להניח זאת לחובת המשיב. תרומתו של המשיב לפעילות הארגון הסתכמה בשינוע כלי-נשק בתחומי שכונת אלפחארי, כמפורט באישום השני, כאשר לא נטען שהמשיב השתייך לארגון. המדינה מצדה, מפנה בערעורה לפסקי דין בהם הורשע נאשם בסיוע משמעותי לארגון טרור או לחלופין ביצע עבירות בנשק (ועבירות שהן בזיקה לכך) שהן חמורות בהרבה מאלה בהן הורשע המשיב, ועל כן לא מצאתי שיש להקיש לענייננו מפסקי דין אלה.

כך למשל, המערערת מפנה לעניין אלנג'אר, בגדרו הושתו על המערער שם עשר שנות מאסר בפועל בגין חפירת מנהרה שנועדה להברחת נשק בין מצרים לרצועת עזה במשך חמישה חודשים, כמו גם הברחת אלפי כדורים לרובה מסוג קלצ'ניקוב בנתיב זה; לע"פ 11475/04 מדינת ישראל נ' סוארכה (7.11.2005), בגדרו החמיר בית משפט זה את עונשם של המשיבים שם לעשר שנות מאסר בפועל (חלף שש שנים שקבע בית המשפט המחוזי), וזאת בגין הברחת כלי-נשק רבים ומגוונים ממצרים לישראל; לע"פ 6328/08 ברדוויל נ' מדינת ישראל (16.3.2009), בגדרו נגזרו על המערער שמונה שנות מאסר בפועל בגין הברחת 300 ק"ג חומר נפץ ממצרים לרצועת עזה דרך הים; ולע"פ

4511/11 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל (30.6.2013) (להלן: עניין ג'ראדאת), בגדרו הושתו על המערער שתיים עשרה שנות מאסר בפועל בגין חפירת שלוש מנהרות שונות להברחת נשק בין מצרים לרצועת עזה, והעברת אמצעי לחימה רבים דרכן, כל אחת מהן נחפרה במשך חודשים ארוכים. כאמור, לא מצאתי שיש בפסקי דין אלו כדי ללמד כי היה מקום לגזור עונש דומה במקרה שבפנינו, נוכח השוני הברור בנסיבותיהם. אכן, כל סיוע לטרור, לא כל שכן לקיחת חלק פעיל בארגון טרור, הוא מעשה שיש לתת עליו את הדין באופן שאף ימנע הישנות מעשים דומים בעתיד, בין על-ידי הנאשם עצמו ובין על-ידי אחרים. כפי שכבר ציינתי בעניין ג'ראדאת: "בית משפט זה עמד לא פעם על כך שמאבקה של מדינת ישראל בטרור אינו מכונן רק נגד המפגעים ומשלחיהם אלא גם בכל מי שמאפשר את פעולותיהם ובכל מי 'ש'משמן' בצורה זו או אחרת את גלגלי הטרור" (שם, פסקה 7, והאסמכתאות הנזכרות שם). אך בצד זאת, דומה כי יש להבחין בין דרגות חומרה שונות של סיוע לפעילות טרור. במקרה דנא, מצאתי כי על אף חומרת מעשיו של המשיב, אין מקום להחמיר בעונשו בראי המקרים אליהם הפנתה המדינה. עונשו של המשיב, כאמור, אמנם מצוי ברף התחתון, אך אינו מצדיק התערבותנו, בין היתר, בהתחשב בנסיבותיו האישיות כפי שפורטו בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

8. מעבר לכך, בזהירות המתבקשת מצאתי לציין, כי הגשת כתב האישום במקרה דנא מציפה, לטעמי, מספר סוגיות שראוי, במקרים המתאימים, ליתן עליהן את הדעת. תחילה יצוין, מבלי להקל ראש בחומרת המעשים שיוחסו למשיב שכן מדובר בעבירות הנוגעות לנשק, כי הגשת כתב האישום במקרה דנא כרוכה במידה של אקראיות, אשר יכולה לעלות כדי פגיעה מסוימת בתחושת הצדק, או, למצער, להצדיק אי-מיצוי מלוא חומרת הדין עם המשיב. דומה שהעובדה שמדינת ישראל הכריזה על חמאס כארגון טרור וכהתאחדות בלתי-מותרת, בשילוב העובדה כי ארגון זה שולט במהלך העשור האחרון ברצועת עזה, על כשני מיליון תושביה, עשויות ליצור סיטואציות משפטיות מורכבות. שכן אלפים, אם לא יותר, מתושבי הרצועה, אשר מטבע הדברים קיימו קשרים כאלה ואחרים עם הארגון, שהוא הריבון במקום מגוריהם (לעיתים בעל כורחם), עלולים להיחשב כעבריינים לכל דבר ועניין מבחינת דיני העונשין של מדינת ישראל. לכידתם ברשת המשפט הפלילי הישראלי של פרטים ספורים בלבד מבין אלפי או עשרות אלפי העבריינים הפוטנציאליים מבין תושבי הרצועה, היא, במקרים רבים, כמו גם במקרה הנדון, תוצאה של מהלך אקראי (בדיון נמסר כי המשיב נתפס בשטח הרצועה במהלך מבצע צבאי). להשקפתי, יש מקום להפעלת הדין הפלילי במלוא חומרתו (בין במישור עצם ההעמדה לדין ובין במישור הענישה) בעיקר, גם אם לא באופן בלעדי, באותם מקרים של פעילות בעלת גוון טרוריסטי מובהק וחמור. דומני, כי, למצער במקרים הגבוליים, כאשר אין מדובר בפעילות טרור מהסוג האמור, מתעוררת השאלה האם הדין הפלילי הוא הדרך הראויה והנכונה להתמודד עם הסוגיה, הן בהתחשב באקראיות המאפיינת חלק מהמקרים באשר לעצם תפיסת העברייני והן בהתחשב בסיטואציה הייחודית השוררת ברצועת עזה, בגדרה הריבון הוא ארגון טרור על-פי הדין הישראלי, כמו גם בספק בדבר התקיימותה של הרתעה אפקטיבית כתוצאה מענישת פרטים בודדים מתוך אוכלוסייה עבריינית המונה אלפים רבים. בהקשר זה, ובשינויים המחויבים, יפים הדברים שכתבה בעניין אחר חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, במענה לטענתו של נאשם לפיה קשריו עם החמאס חוסים תחת הגנת הכורח שבסעיף 34יב לחוק, נוכח החשש מפני ארגון זה:

"19. מבלי לקבוע מסמרות בדבר, טענת הכורח שהעלתה באת-כוחו של המערער הוצגה במתכונת שיכולה הייתה לעורר לכאורה דילמה לא פשוטה, אילו הונח לה בסיס עובדתי מספיק. אין צריך לומר כי אדם שחי תחת שלטון המטיל אימה ופחד, שלטון שלא נרתע ממעשי אכזריות ומנטילת חייהם של אנשים, אינו 'חופשי' במעשיו כאדם שחי בנסיבות של מדינה דמוקרטית שבהן 'הרשות נתונה' ... השאלה של כניעה לדרישותיו של שלטון אכזר, שאינו בוחל באמצעים, חזרה והתעוררה בהקשרים מגוונים לאורכה

של ההיסטוריה האנושית, ולא כל שכן במהלך המאה העשרים שידעה זוועות מודרניות ... היבט נוסף שמייחד אותם הוא העובדה שהסכנה המרחפת מעל ראשו של מי שמסרב לשתף פעולה עם המשטר אינה מתבטאת בהכרח באיום מידי לאלימות, אלא באיום 'תלוי ועומד' לנקיטת צעדים אלימים מצד השלטון בטווח הנראה לעין, מבלי שקיימת דרך מילוט מן הכפיפות לו ...

21. באופן כללי יותר, ניתן להוסיף כי עיצובה של התשובה המשפטית למצבים מסוג זה חייב להיות מושפע מהכרה במצוקתו של הפרט שנדרש להתמודד עם מצבים אלה, מחד גיסא, לבין הימנעות ממתן 'כרטיס פתוח' לביצוען של עבירות בנסיבות חיים קשות, מאידך גיסא. על כן, לא אחת, ההתמודדות עם מצבים מסוג זה אינה מבוססת על הענקת פטור מאחריות פלילית, אלא על הכרה בפתרונות 'רכים' יותר, כדוגמת הקלה בענישה. ... אף בנסיבות פחות קיצוניות ניתן לקחת בחשבון מצבים אשר אינם מספיקים לצורך ביסוס הסייג מן הצד האחד, אך קרובים אליו מבחינה רעיונית, לצורך הקלה בענישה. הדבר מעוגן כיום בסעיף 40ט(א)(9) לחוק העונשין, אולם היה מוכר בשיטתנו המשפטית עוד בטרם תיקון 113 לחוק העונשין במסגרתו נוסף הסעיף לחוק. אם כן, הכרה בהקלה בענישה אפשרית על פי החוק הנוהג במצבים 'קרובים' לסייג, בהם האדם עומד 'על סיפה של ההגנה', בנסיבות שונות של כפיפות לאלימות או לאיום (ראו: ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, פסקה 17 (2.8.2006)); הדר אבירם "כמעט כורח"? - סייגים לאחריות פלילית כטיעונים לעונש' ספר דיויד וינר - על משפטפלילי ואתיקה 601 (דרור ארד אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך ב 715 (2014))" (ע"פ 8638/11 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 19-21 (23.2.2015)).

המשיב שבפנינו אמנם לא טען כי נכפה עליו לשנע את כלי-הנשק והתחמושת עבור הארגון, אך חומרת מעשיו אינה מגעת כדי חומרת הפרשות האחרות שהוזכרו, ועל כן המקרה דנא מציף לטעמי את השאלות והמחשבות שפורטו לעיל. גם היבט זה של הפרשה חיזק את מסקנתי לפיה אין מקום להחמרה בעונשו של המשיב.

9. סוף דבר, לו תשמע דעתי, יידחה הערעור.

שׁוֹפֵט

השופט י' דנציגר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו של חברי השופט צ' זילברטל.

## שופט

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט צ' זילברטל. אני עושה כן בשל הצטברות הנסיבות המאפיינות את המקרה דנן. לא ניתן להפריז בחומרתן של עבירות הקשורות בנשק ועשויות לתרום לפעילות טרוריסטית. עם זאת, מעורבותו של המשיב בעבירות אלה הייתה נמוכת דרג במיוחד והשירות שסיפק לחמאס התבטא בפעולת הובלה בתוך שכונה בעזה תמורת תשלום זעום יחסית. דומה אפוא שלא זה המקרה שבו יש להיעתר לערעור המדינה בנסיבות שבהן נגזרו על המשיב מספר שנות מאסר.

2. צודק חברי כי השאלה מהן הנסיבות שבהן אכיפה פלילית היא הדרך המתאימה להתמודדות עם מעשים של תושבי עזה, המבוצעים בשלמותם מחוץ לשטח ישראל, היא שאלה מורכבת. בנסיבות העניין אין לנו צורך להידרש אליה.

## שופטת

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט צ' זילברטל.

ניתן היום, י"ד בטבת התשע"ז (12.1.2017).

שופטת

שופט

שופט