



עפ"ג (חיפה) 32085-11-14 - מדינת ישראל נ' אחמד שורבאג'י (אסיר),

בית המשפט המחוזי בחיפה

08 ינואר 2015

עפ"ג 32085-11-14 מדינת ישראל נ' שורבאג'י (אסיר)

עפ"ג 22126-12-14 שורבאג'י (עציר) נ' מדינת ישראל

בפני הרכב כב' השופטים:
רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]
אברהם אליקים
בטינה טאובר

המערער	מדינת ישראל
<u>המשיבה שכנגד</u>	ע"י פרקליטות פלילית מחוז חיפה
נגד	
המשיב	אחמד שורבאג'י (אסיר),
<u>המערער שכנגד</u>	ע"י ב"כ עו"ד חוסין אבו חוסין
<u>פסק דין</u>	

השופט ר' שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

בפנינו ערעור המדינה וערעור הנאשם (אשר הדיון בהם אוחד בהסכמת ב"כ הצדדים) על גזר הדין של בימ"ש השלום בחיפה (סגנית הנשיא, כב' השופטת א' קנטור), שניתן ביום 3.11.14 בת.פ. 22760-05-14, לפיו נדון הנאשם לעונש של 22 חודשי מאסר לריצוי בפועל ומאסר על תנאי, לאחר שהורשע על פי הודאתו בעבירות של יציאה שלא כדין, עבירה לפי סעיף 5 ביחד עם סעיף 18 לתקנות שעת חירום (יציאה לחוץ לארץ), התש"ח - 1948, ביחד עם סעיף 2א' לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד - 1954, ואימונים צבאיים אסורים, עבירה לפי סעיף 143(ב) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977.

על פי האמור בכתב האישום המתוקן שבעובדותיו הודה הנאשם, הנאשם ואחרים יצאו לסוריה, בדרך של הסתננות מטורקיה, כדי לחבור לכוחות המורדים בסוריה ולסייע להם בלחימתם אל מול הממסד הסורי.

עמוד 1



הנאשם והאחרים הסתננו לסוריה באופן בלתי חוקי בסיוע מברייחים לאחר ששהו מספר ימים בטורקיה ובסמוך לאחר כניסתם חברו ליחידת מורדים חמושים המכנה עצמה "ג'י"ש מוחמד", כשבמסגרת יחידה זו שהה הנאשם בבסיסה כשבוע והתאמן אימוני כושר גופניים. כשבוע לאחר מכן גויסו הנאשם ואחרים לארגון המכונה דאע"ש. הנאשם שהה במסגרת יחידה זו עד חזרתו לארץ ביום 20/4/14, השתתף במחנה אימונים צבאי, שיעורי דת, למד אודות כלי נשק והתאמן בירי ונשיאת נשק, מסר לגורמי הארגון הנ"ל את דרכו אשר לא הושב לו. הנאשם התאמן בלחימה ואימוני כושר, נע בתחומי סוריה כאשר הוא לבוש מדים וחמוש ברובה, ביצע שמירות כאשר הוא חמוש בנשק, נטל חלק בשני קרבות תוך ביצוע ירי מנשק והוצב במחסומים תוך ביצוע סיורים צבאיים שנועדו לבלום התקדמות אפשרית של כוחות הממסד. הנאשם לחם מטעם דאע"ש במשך כשלושה חודשים. בתאריך 16/4/14 יצר הנאשם קשר עם גורם בטחון ישראלי ואמר לו שביצע טעות וביקש לחזור לישראל. בתאריך 20/4/14 שב הנאשם לארץ, נחת בשדה התעופה בן גוריון, שם נעצר על ידי הרשויות. הנאשם התנהל כמתואר לעיל על אף שהוזהר מבעוד מועד על ידי גורמי הביטחון בעניין זה.

יצוין כי בבימ"ש קמא העלה הנאשם טענות מקדמיות של חוסר סמכות טריטוריאלית והגנה מן הצדק על יסוד אכיפה בררנית ולאחר תגובת המאשימה דחה בימ"ש קמא את הטענות בהחלטתו מיום 7.8.14. לאחר שנדחו טענות הנאשם הגישה המאשימה כתב אישום מתוקן, תוך הבהרה כי התיקון נערך שלא במסגרת הסדר טיעון ואין מדובר בהסדר טיעון. כאמור, הנאשם הודה בעובדות כתב האישום המתוקן והורשע לפיהן.

עוד יצוין כי לאחר מתן הכרעת הדין העלתה ההגנה בקשות בעניין הגשת ראיות לעיון בית המשפט במסגרת הטיעונים לעונש ושליחתו של הנאשם לשירות המבחן לקבלת תסקיר בעניינו. המאשימה התנגדה לבקשות. בימ"ש קמא קיבל את הבקשות בנוגע לראיות לעניין העונש ודחה את הבקשה להפניית הנאשם לקבלת תסקיר.

גזר הדין של בימ"ש קמא:

במסגרת גזר דינו שקל בימ"ש קמא את השיקולים על פי תיקון 113 לחוק העונשין, ובעיקר את עקרון ההלימה. בימ"ש קמא ציין כי הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה ממעשי הנאשם הם הסיכון הממשי הנשקף לביטחון מדינת ישראל ותושביה כתוצאה ממעשי הנאשם. אשר למידת הפגיעה קבע בימ"ש קמא כי לכאורה מדובר בסיכון פוטנציאלי, עתידי אך ניתן להעריך את עוצמת הסיכון בפעילות בה נטל הנאשם חלק כמפורט הן בעובדות כתב האישום המתוקן והן בטיעוני ב"כ המאשימה.

בימ"ש קמא ציין כי הנאשם שהה בסוריה בין מועד סמוך ל- 16/1/14 עד ל- 20/4/14, כשרוב הזמן היה מגויס לשורות ארגון דאע"ש, שם נטל חלק הן במחנות אימונים והן בהשתתפות בשיעורים עיוניים, אך גם נטל חלק בשני קרבות, ביצע סיורים, הוצב במחסומים ונשא נשק אישי מסוג קלצ'ניקוב לאורך כל תקופת השהייה. בימ"ש קמא ציין כי טיב האימונים בהם נטל הנאשם חלק, אף הוא יש בו כדי להמחיש את הסיכון האמור.

בימ"ש קמא הבחין בגזר דינו בין הפסיקה אליה הופנה על ידי ב"כ הצדדים ובין עניינו של הנאשם וכן התייחס לעונשי המאסר ומתחם העונש ההולם שנקבעו במקרים דומים.



בימ"ש קמא ציין בגזר דינו כי בכל הנוגע לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כי לעבירות קדם תכנון, כי הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירות הוא הסיכון הממשי לביטחון מדינת ישראל ותושביה, וכי מדובר בנסיבות נוספות מחמירות הן לעניין משך השהות של הנאשם בקרב הארגון, למשך למעלה מ-3 חודשים, הן לעניין טיב האימונים והן לעניין העובדה כי הנאשם השתתף באופן פעיל בשני קרבות תוך ביצוע ירי מנשק.

בימ"ש קמא קבע כי בהתחשב בעקרון ההלימה, הערכים החברתיים שנפגעו, מידת הפגיעה באותם ערכים, מדיניות הענישה הנהוגה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, מתחם העונש ההולם נע בין מאסר לתקופה של 12 חודשי מאסר לבין מאסר של 30 חודשי מאסר.

עוד קבע בימ"ש קמא כי בהתאם לעקרון החוקיות הנו סבור כי הגם שנחשפנו למהותו של ארגון דאע"ש בקיץ האחרון, למעשי האכזריים, לקיצוניותו ולסיכון הטמון בו לא רק כלפי מדינת ישראל אלא כלפי העולם כולו, יש להטיל על הנאשם את הענישה שהייתה נהוגה כאשר ביצע את העבירות, קרי, בין החודשים ינואר עד אפריל 2014, בטרם נחשף העולם למעללי אותו ארגון, שכן כאשר ביצע הנאשם את העבירות הוא למעשה לקח סיכון מחושב כי זה העונש לו יהיה צפוי וכי זו מדיניות הענישה הנהוגת.

עוד נקבע כי גם אם קיים אינטרס עליון להילחם בתופעה של הצטרפות אזרחים או תושבים מישראל לזירת הג'יהאד בסוריה בכלל ולהצטרפות לארגון דאע"ש בפרט, שינוי המדיניות אמור להיעשות בהדרגה ובימ"ש קמא לא מצא כי בעניינו של נאשם זה מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות את שינוי המדיניות על דרך של הטלת העונש המקסימאלי של 4 שנות מאסר (3 שנים בגין עבירה של אימונים צבאיים אסורים ושנה בגין עבירה של יציאה שלא כדין), לו עתרה המאשימה. חיזוק לעמדה זו מצא בימ"ש קמא בעובדה שרק בחודש ספטמבר 2014 הוכרז ארגון דאע"ש כארגון טרור ורק בימים האחרונים לפני מתן גזר הדין החליטה הממשלה להעלות את רף הענישה ולהעמידו על 5 שנות מאסר ביחס למי שמצטרף לארגון זה.

באשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה הביא בימ"ש קמא בחשבון את הודאתו של הנאשם, הבעת צער וחרטה ונטילת אחריות על מעשיו. כן הובא בחשבון שיתוף הפעולה עם רשויות אכיפת החוק בדיעבד ונקבע כי ניתן לראות ברצונו העז של הנאשם לחזור לארץ תוך סיכון אפשרי לביטחונו הבעת חרטה אשר אינה פוטרת אותו אמנם מאחריות פלילית אך ראויה להתחשבות.

עוד התחשב בימ"ש קמא בכך שהנאשם הינו צעיר, יליד 1991, אשר היה כבן 23 שנים במועד ביצוע העבירות ויש להתחשב בשיקולי השיקום במיוחד כאשר מדובר בבגיר - צעיר. כן התחשב בימ"ש קמא בכך שאין לנאשם עבר פלילי מסוג שהוא.

בימ"ש קמא ציין כי מאחר שהינו סבור כי יש צורך בהרתעה הן של הרבים והן של היחיד מפני ביצוע עבירות מסוג זה ויש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תשיג מטרות אלה, בכוונתו להטיל עונש שלא ימצא ברף התחתון של המתחם. כן לקח בימ"ש קמא בחשבון את העובדה שמקרה זה מצוי ברמת חומרה גבוהה מהמקרים אליהם התייחסה הפסיקה שהוצגה.

על כן, כאמור, נגזרו על הנאשם 22 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים למשך 3 שנים והתנאי הוא כי לא יעבור אחת העבירות בגין הורשע.

טענות המאשימה:

עמוד 3



המאשימה טוענת כי שגה בימ"ש קמא באיזון שעשה בין האינטרס הציבורי לנסיבותיו האישיות של הנאשם והטיל עונש מאסר בפועל בן 22 חודשים בלבד, שאינו משקף את עקרון ההלימה. נטען כי הסיכון הממשי לביטחון מדינת ישראל כתוצאה ממעשיו של הנאשם, כעולה מכתב האישום המתוקן ומגזר הדין, מצדיק מתן בכורה לאינטרס הציבורי באמצעות ענישה חמורה מכפי שנגזר. כן נטען כי העונש שנגזר על הנאשם, כמו גם מתחם העונש ההולם שנקבע בגזר הדין, אינם מבטאים את הערכים החברתיים שנפגעו, את מידת הפגיעה בהם ואת הענישה הראויה. עוד נטען כי העונש אינו מבטא את מכלול נסיבותיו המיוחדות של מקרה זה, המקנות מימד מיוחד של חומרה לעבירות הנדונות, המקבלות ביטוי מוחשי בימים אלו, כשלצדן הצורך האקטואלי בהרתעת היחיד והרבים.

המאשימה טוענת כי שיקולי ביטחון המדינה, הגנת הציבור, הרתעת הרבים והיחיד גוברים על שיקולים הלוקחים בחשבון את מצבו ונסיבותיו של הנאשם ומחייבים רתימת כוחות לשם מיגור התופעה והעברת מסר חד ומרתיע שאינו משתמע לשני פנים של ענישה חמורה ובלתי מתפשרת. נטען כי בימ"ש קמא סטה באופן משמעותי מרמת הענישה הראויה בגין העבירות בהן הורשע הנאשם וכי בימ"ש קמא לא נתן ביטוי עונשי הולם לנסיבות המחמירות הקיימות בתיק זה (העדר מורא הדין וביצוע העבירות חרף אזהרה ספציפית; השארת הדרכון בסוריה; טיב האימונים שביצע הנאשם חסר תקדים ומצוי ברף העליון של עבירת האימונים; נשיאת נשק במשך תקופת שהייתו בסוריה; משך האימונים הממושך; השתתפות בלחימה; מטרת היציאה; התכנון שקדם לביצוע העבירה; ביצוע העבירות ביחד עם אחרים; הישארות השותפים בסוריה; הניסיון להתל ברשויות; מעבר בין הארגונים "ג'י'ש מחמד" ודאע"ש; ההצטרפות לארגון דאע"ש, האימונים והלחימה בשורותיו; הסיכון הממשי הנשקף לביטחון מדינת ישראל ותושביה; הסיכון לפגיעה ביחסי החוץ של המדינה; ונחישותו של הנאשם לבצע את העבירות).

עוד טוענת המאשימה כי אין ליתן משקל לטענות הנאשם החורגות מהמסגרת הנורמטיבית של כתב האישום המתוקן ושלא הוכחו כדבעי, לרבות טענות כאמור בסעיף 16 לגזר הדין או בסעיף 11 לגזר הדין, לפיהן הנאשם חשב שהוא נוסע לסייע לפצועים. כן נטען כי לא היה מקום לגזור גזירה דומה מפסקי דין אחרים של נאשמים אחרים שהורשעו בעבירות דומות, שכן נסיבות מקרה זה חמורות מנסיבות אותם מקרים.

המאשימה טוענת כי שגה בימ"ש קמא עת קבע בסעיף 31 לגזר הדין שיש להטיל על הנאשם את העונש שהיה נהוג בטרם נחשף הציבור למעללי הארגון, עונש שהנאשם סבר שיהיה צפוי לו ושלגביו לקח סיכון מחושב. נטען כי העונש שהנאשם צפוי לו הוא העונש הקבוע לצד העבירות, במיוחד לאחר שהוזהר על ידי הרשויות בטרם ביצע את העבירות. כן נטען כי אין הנאשם רשאי להסתמך על "הענישה הנוהגת" בשלושת המקרים האחרים שצוינו משום שמעשיו של נאשם זה חמורים, עובדתית, בנסיבותיהם מאותם מקרים. עוד נטען כי אין ליתן משקל לשאלה מהו המועד שבו הציבור נחשף למהותו של הארגון אלא למודעותו של הנאשם עצמו בעת ביצוע העבירות. נטען כי בהקשר זה יש חשיבות מכרעת לתקופה הממושכת שבה שהה הנאשם בסוריה ופעל שם בשורות ארגון הדאע"ש ולא יכולה להישמע טענה לפיה מי שפעל בשורות דאע"ש בסוריה במשך כשלושה חודשים לא היה מודע לטיב הארגון. בהקשר זה נטען שבסוריה הנאשם עבר בין יחידות עד שהצטרף לדאע"ש ושם נשאר במשך כשלושה חודשים.

המאשימה סבורה כי יש להעלות את רף הענישה במקרים כגון דא, לאור התרבות המקרים והתרחבות התופעה המסוכנת והמדאיגה, ויש לקבוע כי הענישה הנוהגת אינה הולמת את הנסיבות המיוחדות של



תיק זה ואת התופעה המתגברת נוכח המציאות המשתנה והמחייבת מענה עונשי ההולם את המציאות.

המאשימה מבקשת להחמיר בעונשו של הנאשם ולהטיל עליו עונש מאסר ממושך בפועל, במתחם ענישה של 3-4 שנות מאסר בפועל, שבמסגרתו יוטל על הנאשם עונש ברף העליון, המרבי, של המתחם, ומאסר על תנאי.

טענות הנאשם:

הנאשם טוען במסגרת הערעור שהגיש כי במסגרת תשובתו לאישום בבימ"ש קמא טען שיש לבטל את האישומים נגדו בנימוק של הגנה מן הצדק שמבוססת על אכיפה בררנית שנהגה בה המאשימה. נטען כי המאשימה החליטה שלא להגיש כתב אישום נגד שני צעירים שביצעו אותן עבירות מספר חודשים לפני הנאשם ולאחר שחזרו מסוריה נעצרו, נחקרו והודו כי יצאו לסוריה והצטרפו לכוחות המורדים נגד המשטר שם והשתתפו באימונים צבאיים. המדינה הסכימה לשחרר אותם בערבות ולא הגישה נגדם כתב אישום. בבימ"ש קמא נטען כי המאשימה נהגה עם הנאשם באכיפה בררנית בלתי מוצדקת ועל רקע זה יש להורות על ביטול כתב האישום. בימ"ש קמא דחה את טענותיו של הנאשם. הנאשם טוען כי לאחר שהצדדים הגיעו להסדר טיעון והנאשם הודה בכתב האישום והורשע, הוא ביקש במסגרת טענותיו לעונש להקל בעונשו מכוח הטענה של הגנה מן הצדק והוא ביקש להורות למאשימה להמציא לתיק בימ"ש קמא את תיק הפרקליטות המתייחס לשני החשודים שנעצרו ושוחררו ללא הגשת כתב אישום. בימ"ש קמא נעתר לבקשת הנאשם והורה למאשימה להמציא את תיק הפרקליטות לעיונו. נטען כי במסגרת גזר דינו של בימ"ש קמא לא הייתה התייחסות כלשהי לטענות הנאשם שיש להקל בעונשו לאור האפליה הפסולה שנהגה המאשימה כלפיו.

עוד טוען הנאשם במסגרת הערעור כי העונש שהושת עליו חמור ומופרז בנסיבות העניין ויש להקל בעונשו באופן משמעותי.

יצוין כי במסגרת הדיון שהתקיים בפנינו ציין ב"כ הנאשם בסופו של דבר כי גזר דינו של בימ"ש קמא הינו מידתי, שקול וסביר ואין מקום להתערב בו.

דין ומסקנות:

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את גזר דינו של בימ"ש קמא ואת המסמכים שהוצגו לעיוני הנני סבור כי אין מקום להתערב בגזר דינו של בימ"ש קמא שכן לא נפל בו פגם המצדיק התערבות.

כידוע, ערכאת הערעור אינה נוהגת להתערב בעונשים שנגזרו על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם נפלה טעות מהותית או שניכרת סטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת. ראו:

ע"פ 2058/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פסק דין מיום 5.5.14).

במקרה זה אינני סבור כי נפלה טעות מהותית בגזר דינו של בימ"ש קמא או שניכרת סטייה קיצונית ממדיניות הענישה המקובלת. בימ"ש קמא מסר גזר דין מפורט המתייחס לשיקולים שיש לשקול במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, לעיקרון ההלימה ולערכים הנפגעים מהעבירות בהן הודה הנאשם. עוד התייחס בימ"ש קמא לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ולנסיבותיו האישיות של הנאשם. בימ"ש קמא התייחס גם לחומרת העבירות ולצורך בהרתעת היחיד והרבים ואינני סבור כי נפל בגזר הדין פגם המצדיק



התערבות בנסיבות המקרה.

בכל הנוגע לטענות הסניגור בנושא אכיפה בררנית הנני סבור כי גם אם בימ"ש קמא לא התייחס בצורה מפורטת במסגרת גזר הדין לטענת האכיפה הבררנית וההגנה מן הצדק שטען הסניגור, הרי באופן מהותי בימ"ש קמא כן הבחין בין המקרה של הנאשם לבין מקרים אחרים, קלים יותר. אין מחלוקת שבימ"ש קמא קיבל לידי את החומרים בדבר אותם חשודים שנטען לגביהם שלא הוגשו נגדם כתבי אישום. כמו כן אין מחלוקת בין הצדדים כי שם היה מדובר במקרים קלים יותר, בחשודים שהודו מיד, שהיו במקום כשבועיים ויצאו לשם מטעמים הומניטאריים ויש באלה כדי לאבחן בין המקרים הללו למקרה של הנאשם.

באשר לטענות המאשימה כי לא היה מקום להתחשב בשינוי בתודעה לגבי דאע"ש כשיקול להקלה בעונש וכי מדובר במקרה שנסיבותיו חמורות הנני סבור כי בימ"ש קמא התייחס באופן מפורט לנסיבותיו החמורות של המקרה במסגרת גזר דינו ולא נפל פגם בכך שבימ"ש קמא שקל במסגרת השיקולים שנשקלו גם את העובדה שהתודעה לגבי דאע"ש בעת מתן גזר הדין הייתה שונה מהתודעה שהייתה בזמן שהנאשם ביצע את המעשים וכן התייחס למדיניות הענישה שהייתה קיימת בעת ביצוע המעשים ואשר רק בעת האחרונה הוחלט להחמיר בה.

יוער לעניין זה כי לאחרונה פורסמה הצעת חוק שעניינה החמרה בענישה. ככל שיתוקן החוק ממילא יהיה מכך מסר ברור לעניין הענישה הראויה. נוסף עוד כי ככל שמתבהר יותר אופן פעולתו של ארגון דאע"ש, ומעת שהוכרז הארגון כארגון טרור, כך גם תפחת האפשרות לטעון בעתיד כי בעת הצטרפות לארגון לא היו ברורות למצטרף מטרותיו ודרכי פעולתו. דבר זה יוביל, מן הסתם, להחמרה בענישה במקרים מסוג זה. ואולם לעת הזאת, וגם בנסיבות החמורות של המקרה שבפנינו, לא ניתן לומר כי הענישה כפי שפסק בית משפט קמא לא הביאה בחשבון את מכלול הנתונים הנדרשים לעניין באופן שהתוצאה חורגת חריגה קיצונית מהענישה הראויה ומצדיקה את התערבותה של ערכאת הערעור.

בנסיבות אלו לא נפל בגזר דינו של בימ"ש קמא פגם המצדיק את התערבותנו. אציע לחברי לדחות הן את ערעורה של המאשימה והן את ערעור הנאשם.

השופט א' אליקים:

אני מסכים.

השופט ב' טאובר:

אני מסכימה.

הוחלט לדחות את שני הערעורים, כמפורט בחוות דעתו של האב"ד.

ניתן היום, י"ז טבת תשע"ה, 08 ינואר 2015, במעמד הצדדים ובאי כוחם.