



ע"פ 5634/16 - דוד אור שחר נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5634/16

לפני: כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופטת ע' ברון

המערער: דוד אור שחר

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בת"פ 46577-04-15 שניתן ביום 1.6.2016 על ידי
כבוד השופט ב' גרינברגר

תאריך הישיבה: ג' בתשרי התשע"ז (5.10.2016)

בשם המערער: עו"ד עמית בר

בשם המשיבה: עו"ד ארז בן-ארויה

פסק-דין

השופטת ע' ברון:

1. לפנינו ערעור על רכיב המאסר בפועל שנגזר על המערער ב-ת"פ 46577-04-15. בהכרעת דין מיום 7.12.2015 בית המשפט המחוזי בירושלים (כבוד השופט ב' גרינברגר) הרשיע את המערער, על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, בעבירות של תקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני; תקיפת עובד ציבור; היזק בזדון ממניע גזעני; וניסיון להיזק בזדון ממניע גזעני (לפי סעיפים 29, 382א) ו-144 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק); סעיפים 29 ו-382א (א) לחוק; סעיפים 29, 452 ו-144 לחוק; וסעיפים 29, 25, 452 ו-144 לחוק, בהתאמה). בגזר דין מיום 1.6.2016 הושתו על המערער עשרה חודשי מאסר בפועל, וכן סנקציות נוספות.

כתב האישום והכרעת הדין

2. בכתב האישום המתוקן שהוגש בעניינו של המערער כלולים שלושה אישומים. לפי המתואר באישום הראשון, ביום 31.10.2013 הגיע המערער ביחד עם שניים נוספים (להלן: א' ו-ש'; שלושתם ביחד – השלושה) לשער הכניסה ליישוב מגוריהם, בת עין שבשטחי יהודה ושומרון, שם שהה מר אחמד דאר מסלם (להלן: אחמד). השלושה החליטו לתקוף את אחמד רק בשל היותו ערבי, ולשם כך הצטיידו מראש בגז מדמיע ובקרש, ותצפתו על אחמד כשהם רעולי פנים. לאחר מכן השלושה רצו לעברו, כאשר א' מתיז גז מדמיע לעיניו של אחמד, המערער מכה אותו עם הקרש מספר פעמים, בידו ובגופו, ו-ש' מתצפת מאחור. במהלך האירוע הותז גז מדמיע גם לעיניו של חייל שעמד בסמוך ושימש כש"ג של שער היישוב. עיניהם של החייל ושל אחמד צרבו ודמעו בעקבות התקיפה, ולאחמד נגרמה גם שריטה בזרועו. לאחר התקיפה השלושה נמלטו מן המקום, תוך שהמערער אומר ל-ש': "וואלה הבאתי לו וואחד פיצוץ". בגין מעשים אלה הואשם המערער בתקיפה בנסיבות מחמירות ממניע גזעני ובתקיפת עובד ציבור, בצוותא חדא עם אחרים.

בגדרי האישום השני נטען כי כשבוע לפני האירוע המתואר באישום הראשון, יידו השלושה אבנים על משאית שעמדה בכניסה לבת עין, רק בשל כך שהיה עליה כיתוב בערבית והיא היתה בבעלותו של אדם ערבי. השלושה הסתתרו, כשהם רעולי פנים, מחוץ לשער היישוב – וכשהמשאית נסעה לידם המערער ו-א' יידו לעברה אבנים ופגעו בה, בעוד ש-ש' מתצפת מאחור. לאחר מכן השלושה נמלטו מהמקום. בהתאם לאמור הואשם המערער בניסיון להיזק בזדון ממניע גזעני, בצוותא חדא עם אחרים.

על פי העובדות המתוארות באישום השלישי, השלושה רקחו תכנית שלפיה יכרתו עצי זית השייכים לערבים, בסמוך לבת עין, והוציאו אותה לפועל ביום 1.5.2014. הם הצטיידו מבעוד מועד בשני מסורים, ספריי בצבע אדום וציוד נוסף, ובהגיעם למטע שימש ש' כתצפיתן בעוד ש-א' והמערער כרתו 35 עצי זית. כתוצאה ממעשיהם נגרם למטע נזק שנאמד בכ-30,000 ש"ח. בנוסף, א' ריסס על שני סלעים במטע את הכיתובים "ערבים גנבים" ו-"תג מחיר". בגין המעשים הללו הואשם המערער בהיזק בזדון ממניע גזעני, בצוותא חדא עם אחרים.

3. בהכרעת הדין המערער הורשע בעבירות המיוחסות לו בכתב האישום המתוקן, לפי הודאתו בהתאם להסדר טיעון שנחתם בין הצדדים. לא היתה הסכמה באשר לעונש.



4. לנוכח גילו הצעיר של המערער, שמלאו לו 18 רק כמה חודשים קודם לביצוע העבירות, הזמין בית המשפט תסקיר שירות מבחן, וזה הוגש ביום 14.3.2016 (להלן: התסקיר). בתסקיר נכתב כי לאחר האירועים נושא כתב האישום נסע המערער לשליחות מטעם חב"ד בהודו, ושם החל לעצב את אישיותו הבוגרת. המערער הביע חרטה על מעשיו, ושירות המבחן התרשם כי הוא "עבר תהליך של התבגרות, לקח אחריות מלאה על מעשיו והביע את רצונו לחיות אורח חיים נורמטיבי ושומר חוק". לפיכך הומלץ – לאחר התלבטות – כי בית המשפט ימנע מגזירת עונש מאסר ותחת זאת יקבע כי המערער יבצע שירות לתועלת הציבור בהיקף נרחב.

מספר עדי אופי העידו לטובתו של המערער, ובהם שני רבנים וכן אשתו; ואלה הדגישו כי המערער עבר שינוי מהותי בתפיסת עולמו, זנח את דרך אלימות והוא מתנער ממעשיו הקודמים. המערער עצמו טען שביצע את המעשים מתוך תחושת פחד ורצון להגן על תושבי מקום מגוריו.

עוד צוין בגזר הדין, כי מטעם המשיבה הוגשה הצהרת נפגע עבירה של אחדד בצירוף מסמכים רפואיים, מהם עולה כי אחדד נאלץ לעבור שני ניתוחים כתוצאה מתקיפתו וכי נעדר מעבודתו תקופה ארוכה.

5. בית המשפט קבע כי כל אחד מהאישומים עוסק באירוע נפרד ובמעשה שונה, ובשל כך יש לקבוע מתחם ענישה נבדל לכל אישום (לפי סעיף 40ג(א) לחוק). לצורך קביעת המתחמים עמד בית המשפט על הערכים החברתיים שנפגעו כתוצאה מהמעשים – העבירות המתוארות באישום הראשון פגעו בערכי שלומו ובטחונו של אדם וכן בכבודו, רק בשל מוצאו; כתוצאה מביצוע העבירה נושא האישום השני נפגעו שלומו של אדם ורכושו, בשים לב לגודלו של פוטנציאל הנזק, בנוסף ל"פגיעה בתחושת הביטחון של כלל תושבי האזור"; ואילו באישום השלישי מדובר בפגיעה בקניין ובפרנסה, וכן "בכבודו של אדם באופן השורשי ביותר". עוד הודגש כי ביצוע המעשים על רקע אידיאולוגי, תוך התרסה כנגד כוחות הביטחון, מהווה פגיעה עמוקה בסדר הציבורי ומלבה שנאה בין קבוצות אוכלוסייה שונות. מעיון בפסיקה בית המשפט מצא שמדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים מחייבת השתת עונש מאסר בפועל ומתן משקל ממשי לשיקולי הרתעה.

עוד התחשב בית המשפט המחוזי בנסיבות ביצוע העבירות, בהתאם לסעיף 40ט לחוק. כך נקבע בין היתר כי כל שלושת האישומים כללו תכנון מוקדם של העבירות; כי למערער היה חלק מרכזי במעשים; כי פוטנציאל הנזק כתוצאה מהמעשים היה משמעותי ביותר; וכי אף הנזק שנגרם בפועל היה בלתי מבוטל, ביחס לאישומים הראשון והשלישי, ואולם בית המשפט הטעים כי הנזק הרפואי שעליו הצהיר אחדד לא נכלל בעובדות כתב האישום שבהן הודה המערער.

בהינתן כל האמור, קבע בית המשפט המחוזי מתחם של 5-12 חודשי מאסר בפועל בגין האישום הראשון; ומתחם שבין מספר חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות לבין 12 חודשי מאסר בפועל בגין כל אחד מהאישומים השני והשלישי.

6. בית המשפט המחוזי התרשם כי המערער עבר תהליך אישי משמעותי ופתח בדרך חדשה בחייו. עם זאת בית המשפט לא מצא



לסטות מהמתחמים שקבע בשל שיקולי שיקום (לפי סעיף 40 לחוק), וזאת לנוכח המדיניות הברורה בפסיקה בדבר הצורך בהרתעה ובהשתתפות עונשים הולמים בנסיבות כבמקרה דנן. לשינוי שעבר המערער ניתן משקל בקביעת העונש בתוך המתחם, וזאת לצד שיקולים נוספים לקולא, ובהם גילו הצעיר, היעדר עבר פלילי, הודאתו בשלב מוקדם והבעת חרטה. בגדרי השיקולים לחומרא בית המשפט הביא בחשבון את הצורך הממשי בהרתעה.

בית המשפט ציין כי על א' - שהיה כבן 14 וחצי בעת ביצוע המעשים - הושת עונש של עבודות לשירות הציבור, בתוספת פיצוי לנפגעי העבירות; ואילו על ש' - שהיה כבן 16 וחצי בעת ביצוע המעשים - נגזרו 8 חודשי מאסר בפועל וכן פיצוי לנפגעי העבירות, וזאת בגין האישומים שבהם הורשע המערער וכן שני אישומים נוספים. ואולם נקבע שיש להבחין בין המערער לבין שותפיו לעבירות, משום פער הגילים ביניהם ומשום שבניגוד אליהם הוא היה בגיר בעת ביצוע המעשים, ומכך נגזרת רמת אחריות גבוהה יותר.

לפיכך נקבע כי המערער ירצה 6 חודשי מאסר בפועל בגין האישום הראשון, 2 חודשי מאסר בפועל בגין האישום השני ו-2 חודשי מאסר בפועל בגין האישום השלישי, כשהמאסרים ירצו באופן מצטבר ובסך הכל 10 חודשים, בניכוי ימי מעצרו של המערער, מיום 20.4.2015 ועד יום 7.6.2015. כן נקבע כי על המערער לפצות את אחדד בסך של 5,000 ש"ח ולשלם פיצוי בסכום זהה לנפגע העבירה נושא האישום השלישי, וכן 18 חודשי מאסר על-תנאי, לבל יעבור המערער עבירות מסוג אלה שבהן הורשע.

טענות הצדדים

7. המערער טוען כנגד רכיב המאסר בפועל שהושת עליו בגזר הדין. טענתו המרכזית של המערער היא שבית המשפט המחוזי שגה כאשר קבע כי אין לסטות לקולא ממתחם הענישה בשל שיקולי שיקום. בערעור מודגש התהליך האישי המשמעותי שעבר המערער, שהחליט לשנות את דרכיו במהלך שהותו בהודו ועוד בטרם נעצר; החרטה הכנה שהביע, הן לפני בית המשפט והן לפני בני משפחה וחברים ללימודים; לקיחת האחריות על המעשים, שאף באה לידי ביטוי בכך שהמערער בחר להתחיל בריצוי עונשו מבלי לבקש עיכוב ביצוע; והתסקיר, שנטען כי הוא פרי של שורת מפגשים מעמיקים, ובו נכתב כי המערער מביע אמפתיה כלפי נפגעי העבירות ורצון להימנע מהישנות התנהגות עבריינית. נטען כי נתונים אלה מלמדים על הליך שיקומי שבגינו ראוי לחרוג ממתחם הענישה שנקבע, וכי מגזר הדין עולה שבית המשפט לא עשה כן מחמת ה"חומרה היתרה" של העבירות (לפי סעיף 40(ב) לחוק) - אך נטען כי אין מדובר במעשים בעלי חומרה יתרה, ומשכך אין מניעה לסטות מן המתחם.

המערער מוסיף וטוען כי יש להקל בעונשו גם לנוכח היותו בגיר צעיר, וכן מכוח עקרון האחידות בענישה, שכן על א' - שהוגש נגדו כתב אישום זהה - הוטל עונש של שירות לתועלת הציבור בלבד; ואילו על ש' נגזר עונש של שמונה חודשי מאסר בלבד, הגם שביצע עבירות נוספות, של יידוי אבנים ושיבוש מהלכי משפט.

8. המשיבה סומכת ידיה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתה, לב ליבו של כתב האישום הוא המניע הגזעני, שלא רק שהוא פסול כשלעצמו אלא שהוא גם נושא בחובו פוטנציאל נזק גבוה בשל החשש מליבוי המתחים בין ערבים ליהודים, ולנוכח זאת נדרש עונש חמור ומרתיע. נטען כי שיקולי השיקום עמדו לנגד עיני בית המשפט המחוזי בבואו לגזור את דינו של המערער, ואלמלא כן העונש היה ודאי חמור בהרבה. ביחס לשותפיו של המערער נטען כי פער הגילאים מצדיק ענישה שונה.



דין והכרעה

9. לאחר עיון בחומר שהונח לפנינו ולאחר שמיעת הצדדים בדיון שערכנו, באנו לכלל מסקנה שהערעור אינו מגלה עילה להתערבות בגזר הדין, משזה מאזן כראוי בין השיקולים השונים הצריכים לעניין. אין אפוא בידינו להיעתר לערעור; ואפרט.

10. המערער אינו טוען כנגד מתחמי הענישה שקבע בית המשפט המחוזי לאישומים שבהם הורשע. עיקר טענותיו של המערער מופנה נגד האופן שבו יישם בית המשפט המחוזי את סעיף 40ד לחוק, שעניינו בסטייה מהמתחם מחמת שיקולי שיקום; וזו לשון ההוראה:

"40ד. (א) קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו במבחן לפי סעיפים 82 או 86 או לפי פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

(ב) היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין" (ההדגשה הוספה-ע'ב').

לטענת המערער, בית המשפט נמנע מחריגה ממתחם הענישה - הגם שציין לזכות המערער את התהליך השיקומי שהוא עובר - רק מהטעם שסבר כי המעשים הם בעלי "חומרה יתרה", כמשמעות המונח בסעיף קטן (ב); ואולם נטען שאין הצדקה לקביעה כאמור, ומשכך יש מקום לסטייה ממתחם הענישה.

11. אין בידינו לקבל טענה זו, וזאת מבלי לקבוע מסמרות בשאלה אם המעשים הם בעלי "חומרה יתרה" לצורך ההוראה הנ"ל, אם לאו. עיון בגזר דין מעלה שהמערער שוגה בקריאתו, משום שבית המשפט לא קבע שהמעשים הם בעלי חומרה יתרה, ואף לא קבע שאינם כאלה - הימנעותו מחריגה ממתחם הענישה לא נבעה משיקול זה. כך נכתב בגזר הדין:

"נוכח חומרת העבירות ונסיבות האירועים בכתב האישום, הצורך בענישה הולמת ובהרתעה חד משמעית אינם מאפשרים לחרוג מהמתחם. אמירות בית המשפט העליון בעניין זה כפי שנסקרו לעיל הן ברורות, גם כאשר מדובר בקטינים וגם כאשר מדובר במי שעבר שיקום, ובמקרה שלפני לא מצאתי כי ניתן לחרוג ממדיניות זו. בהתחשב בכך מצאתי כי לשינוי שעבר הנאשם ינתן ביטוי בתוך המתחם" (בפסקה 34 לגזר הדין; ההדגשה במקור-ע'ב').



בית המשפט אמנם התחשב ב"חומרת העבירות", אך דומה שלא בהקשר של סעיף 40ד(ב), כי אם בגדרי שיקול הדעת הנתון לו לפי סעיף 40ד(א), לצד שיקולים נוספים המנחים את מלאכת הענישה. יפים לעניין זה דבריו של השופט א' שהם: "סמכות זו היא סמכות שבשיקול דעת ואין בית המשפט מחויב לפעול כאמור בסעיף 40ד(א) הנ"ל, גם אם מדובר בנאשם שהשתקם או כאשר קיים טיכוי של ממש שישתקם" (ע"פ 3102/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 21 (17.11.2014); ראו גם ע"פ 5936/13 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקאות 4-5 (14.1.2015)). משמע כי אין בסיס לטענת המערער שלפיה הימנעות מחריגה ממתחם הענישה, בהינתן קיומו של הליך שיקומי משמעותי, יסודה בהכרח בהנחה שלמעשים נלווית חומרה יתרה. כאמור בסעיף קטן (ב), במקרה של מעשים בעלי חומרה יתרה בית המשפט רשאי לסטות מהמתחם רק "בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן", ואולם אין משמעות הדבר שבכל מקרה שבו המעשים אינם בעלי חומרה יתרה, יש לסטות מהמתחם. הדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט בגדרי סעיף קטן (א), בהתחשב במכלול השיקולים הצריכים לעניין.

12. ככלל, מקרה שבו אין סטייה ניכרת ממדיניות הענישה הראויה ולא נפלה בגזר הדין טעות מהותית, אינו בא בקהלם של אותם מקרים חריגים שבהם יש להתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית (ראו למשל, ע"פ 6040/14 נג'אר נ' מדינת ישראל, בפסקה 7 (31.5.2016)). כך גם בעניינו.

בדין קבע בית המשפט המחוזי כי אין לחרוג מן המתחם. אכן, בית משפט זה פסק לא אחת כי כאשר עסקין בעבירות על רקע לאומני, המסכנות את מרקם החיים בחברה דמוקרטית, נדרשת החמרה בענישה ויש ליתן משקל ממשי לשיקולי הרתעה – אף כאשר מדובר בקטינים או בגירים צעירים. כך למשל, ע"פ 5469/13 פלוני נ' מדינת ישראל (13.4.2014):

"עברות כאלה חותרות תחת עצם מהותנו, הן כמדינת חוק הן כמדינה יהודית ודמוקרטית, על תולדותיה ועל המיעוט הלא-יהודי הגדול בתוכה. אכן, לא את כל משקלן הציבורי הכבד יש להטיל על כתפי המערערים הקטינים, ולכך ניתן ביטוי בבית המשפט קמא וינתן ביטוי גם כאן; אך איני רואה להציע 'פטור בלא כלום' במובן של מאסר. על כן [אין] מנוס ככלל מהשתת עונש מאסר בפועל בתיקי גזענות [...] כמובן תוך התחשבות בפן האינדיבידואלי ובפן השיקומי" (שם, בפסקה י"ז, מפי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין; ראו גם ע"פ 3981/14 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (3.8.2014)).

ואמנם, המעשים שביצע המערער אינם קלים כלל ועיקר. המערער ושותפיו פעלו באלימות, במספר הזדמנויות ולאחר תכנון מוקדם. הם יצרו סכנה לביטחונם ולשלומם של הציבור כולו, ובכל הנוגע לאישומים הראשון והשני רק מזל הוא שלא נסתיימו בתוצאות קשות יותר. באירוע נושא האישום השלישי אף גרמו השלושה לנזק ממשי, בכוונה תחילה, לאדם שכלל לא הכירו, רק מחמת השתייכותו האתנית-לאומית; ויש אף מימד סמלי לכך שבחרו לכרות עצי זית, שאינם רק מקור פרנסה כי אם גם סמל לשלום. ועוד יצוין כי בעניין האישום הראשון המערער לא רק שהיכה את אחמד, אלא אף הוסיף והתרברב על כך לאחר מעשה. החמור מכל הוא שהכוח המניע מאחורי המעשים כולם לא היה אלא שנאה עיוורת, המשמשת כהצדקה לפגיעה בבני אדם רק בשל השתייכותם לקבוצת אוכלוסייה שונה. כמו בית המשפט המחוזי, אף אני סבורה כי בהינתן מכלול נסיבות אלה לא ניתן להימנע מהשתת עונש מאסר בפועל.

13. הגם שלא מצא לחרוג ממתחם הענישה ההולם שנקבע, בית המשפט העניק משקל נכבד לשיקול השיקומי, בגזירת עונשו של



המערער בתוך המתחם. השיקולים לקולא שמעלה המערער על נס בערעור, הובאו כולם בחשבון על ידי בית המשפט המחוזי - ללא יוצא מן הכלל. כך, ניתן משקל לכך שהמערער נעדר עבר פלילי; להודאתו באשמה בשלב מוקדם ולקיחת האחריות על המעשים; ולחרטה הכנה שהביע על מעשיו, כעולה מהתסקיר ומדברי עדי האופי ודבריו של המערער עצמו, "וכן את העובדה כי שינה את דרכו וכיום על פניו נראה כי אינו תומך עוד בפעילות אידאולוגית אלימה" (בפסקה 36 לגזר הדין). ניתן מלוא המשקל אף לגילו הצעיר של המערער (ראו לעניין זה, ע"פ 2420/15 אברהם נ' מדינת ישראל, בפסקאות 18-21 (29.11.2015)). התוצאה היא עונש הניצב על הרף הנמוך, שאינו חורג מהנהוג במקרים דומים, ודומה שאף מקל עם המערער.

כך גם לא מצאנו שהעונשים שנגזרו על א' ו-ש' משנים מן האיזון. כפי שקבע בית המשפט המחוזי, נודעת משמעות לעובדה שהמערער היה הבוגר מבין השלושה ואף היחיד מביניהם שהיה בגיר בעת ביצוע המעשים, ובתור שכזה חזקה עליו שיהווה הגורם האחראי מביניהם; ואכן חלקו במעשים, למצער בכל הנוגע לאישום הראשון שבגדרו הכה המערער את אחמד בקרש, היה המרכזי ביותר. יצוין כי הוגש ערעור על חומרת העונש בעניינו של ש', שנדחה תוך שהוטעם כי נראה שהעונש שקיבל ש' מקל עימו (ע"פ 3450/16 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 9 (7.8.2016)).

14. טרם חתימה נביע תקווה כי המערער ימשיך בדרך החדשה שבה בחר, ועיקרה בהתנגדות לאלימות ובכיבוד שלטון החוק. השינוי התפיסתי שחל במערער מעודד ומעורר תקווה; לפי עדותו של דודו, המערער אף מפציר בצעירים אחרים בסביבתו שלא לנקוט פעולות אלימות, ויש לברך על כך ואף לקוות שהמערער יישא פרי בעמלו.

סוף דבר, הערעור נדחה.

ניתן היום, כ"ה בתשרי התשע"ז (27.10.2016).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט