

בפני כב' השופט: סא"ל רונן עצמון

המערער: מוחמד עמאד מוחמד שאמי, ת"ז XXXXXXXXXX

(באמצעות ב"כ עו"ד אחמד ספייה)

נגד

המשיבה: התביעה הצבאית

(באמצעות ב"כ סרן גלעד פרץ)

ערעור על גזר דינו של ביהמ"ש הצבאי יהודה (בפני כב' השופט רס"ן אמיר דהאן)

בתיק מס' 1841/13 מיום 9.10.13

(הערעור נדחה)

תאריך הישיבה: 11 בפברואר 2014, י"א באדר א' התשע"ד.

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977: סע' 40ג, 40ה](#)

כתבי עת:

[יניב ואקי, יורם רבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי", הפרקליט, נב 413](#)

מיני-רציו:

* מתחם עונש המאסר בפועל הראוי בגין עבירה של ידוי אבנים על ידי בגיר לעבר רכב אזרחי הנוסע בכביש מהיר, שלא גרם נזק צריך להיות בין 4 חודשי מאסר בפועל – השמורים למקרים הקלים ביותר – לבין 20 חודשי מאסר בפועל, במקרים שנסיבותיהם מחמירות.

* עונשין – ענישה – הסדר טיעון

* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: ידוי אבנים

המערער הגיש ערעור שמעורר שתי שאלות עיקריות: מהו העונש הראוי למי שהשליך אבנים לעבר מכוניות שנסעו בכביש מהיר, וכבר הורשע בכך פעמיים בעבר; ואם נמצא כי העונש שהוסכם בין הצדדים בהסדר טיעון נמוך מן העונש הראוי, באילו נסיבות מוצדק לסטות מהסדר טיעון כזה.

בית המשפט הצבאי לערעורים פסק כלהלן:

מתחם עונש המאסר בפועל ההולם בגין עבירה של ידוי אבנים על ידי בגיר לעבר רכב אזרחי הנוסע בכביש מהיר, שלא גרם נזק המקובל כיום נע בין מאסר של חודשים בודדים לבין שנת מאסר, כך שאמצעו הוא כ-4 עד 7 חודשי מאסר בפועל. לעומת זאת, מתחם העונש הראוי צריך להיות בין 4 חודשי מאסר בפועל – השמורים למקרים הקלים ביותר – לבין 20 חודשי מאסר בפועל, במקרים שנסיבותיהם מחמירות.

לפי תיקון 113 לחוק העונשין בישראל, מתחם העונש ההולם נקבע ללא התחשבות בשאלה, אם לנאשם יש הרשעות קודמות. קיומו של עבר פלילי משפיע רק בשלב שבו מחליטים היכן למקם את עונשו של הנאשם, בתוך מתחם העונש ההולם או אף מחוצה לו.

גם כשמדובר בקטינים ובתלמידים – שבדרך כלל מאסרם גורם להם להפסיד ימי לימודים ומבחנים – מאסר לתקופה משמעותית מעביר מסר ברור להם ולחבריהם: ידוי אבנים וסיכון חיי אנשים אינם דברים קלי ערך, ואין עוברים עליהם לסדר היום, אלא נענשים בעונש מכביד וכואב. כשמדובר בבגירים – הדבר הוא בבחינת קל וחומר.

בית המשפט הצבאי אמור לתת משקל גם לרמת הענישה שנקבעת בהסדרי טיעון בין התביעה להגנה במקרים דומים. אין הכוונה שרמת הענישה המקובלת בהסדרי טיעון הופכת להלכה מחייבת, ואין היא גוברת על פסיקתה של הערכאה הגבוהה במערכת המשפט, אך היא אחד השיקולים שעל בית המשפט לשקול בעת שהוא בוחן מהו העונש הראוי לנאשם שבפניו.

פסק דין

ערעור זה מעורר שתי שאלות עיקריות: מהו העונש הראוי למי שהשליך אבנים לעבר מכוניות שנסעו בכביש מהיר, וכבר הורשע בכך פעמיים בעבר; ואם נמצא כי העונש שהוסכם בין הצדדים בהסדר טיעון נמוך מן העונש הראוי, באילו נסיבות מוצדק לסטות מהסדר טיעון כזה.

ההליך בערכאה הראשונה

לבית המשפט הצבאי יהודה הוגש כתב אישום, שייחס למערער עבירה של זריקת חפצים לעבר כלי תחבורה נוסע. במסגרת הסדר טיעון שנכרת בין התביעה להגנה תוקן כתב האישום. המערער הודה בבית המשפט בכך, שביום 17/2/13 ליד בית עור א-תחתא, יידה אבנים לעבר כלי תחבורה אזרחי שנסע בכביש המהיר 443, בכוונה לפגוע ברכב או ביושביו.

ביום 11/9/13 טענו הצדדים לעונש שהוסכם ביניהם, ואשר כלל מאסר בפועל למשך 5 חודשים וחצי, הפעלת מאסר מותנה בן 6 חודשים כך ש-3 חודשים מתוכו יצטברו לתקופת המאסר החדשה, מאסר מותנה של 8 חודשים למשך 4 שנים, וקנס בסך 2,000 ש"ח. כבי' השופט רס"ן אמיר דהאן, שבפניו הושמעו הטענות לעונש, הודיע לצדדים כי העונש שהוצג בפניו נראה לו מקל מדי,

ויש סיכוי כי יחמיר אותו. הוא הציע לצדדים להגיש לו מסמכים ופסיקה בנוגע למידת סבירותו של העונש המוסכם.

ביום 2/10/13 נערך דיון להשלמת הטיעונים לעונש, ובו הציג הסנגור הנכבד תקדימים, שלדעתו יש בהם כדי לתמוך בהסדר הטיעון. הצדדים הודיעו כי בחנו היטב את הפסיקה לפני שהגיעו להסדר, ועל כן שבו וביקשו לכבד את הסדר הטיעון.

ביום 9/10/13 נתן כב' השופט דהאן את גזר דינו. השופט הנכבד כתב, כי מצא את העונש המוסכם נמוך מן הראוי, בעיקר משום שלמערער עבר פלילי מכביד. המערער הורשע בעבר בבימ"ש יהודה בתיק 3357/04 במקרים רבים של ייצור בקבוקי תבערה והשלכתם, וכן יידוי אבנים לעבר כלי רכב "אזרחיים" שנסעו בכביש 443, ולעבר רכב צבאי שנסע בכפרו. הוא הורשע גם בניסיון לגרום מוות בכוונה, על כך שנטל סכין ויצא ביחד עם אחר להרוג יהודי, אם ייקרה בדרכו. הפלט מן המרשם הפלילי, שהוגש לבית המשפט קמא ללא הסתייגות ההגנה, כלל 86 מקרים של יידוי אבנים ו-8 מקרים של יידוי בקבוקי תבערה. נגזרו אז על המערער 48 חודשי מאסר לריצוי בפועל, תוך התחשבות בכך שהיה קטין בעת ביצוע העבירות.

ביולי 2010 הורשע המערער בתיק בימ"ש (יהודה) מס' 2223/10, ביידוי אבנים לעבר רכב אזרחי נוסע, באמצעות קלע. בעת הטיעונים לעונש באותו תיק לא הוצג העבר הפלילי של המערער, ועל כן נגזרו עליו – במסגרת הסדר טיעון – 6 וחצי חודשי מאסר בפועל, וכן 6 חודשי מאסר מותנה.

בגזר הדין מושא ערעור זה כתב כב' השופט דהאן על הסיכון הרב הכרוך בעבירה של יידוי אבנים לעבר כלי רכב הנוסעים בכביש מהיר, ומנה את השיקולים המשמשים לקביעת חומרת העבירה. הוא ציין, כי לרוב לא חורגים העונשים בגין עבירה זו מ-6 חודשי מאסר בפועל, גם כאשר מדובר במספר אירועים של יידוי אבנים. עם זאת הזכיר גם פסיקה שקראה להחמרת הענישה בעבירות בעלות מאפייני סיכון מוגברים.

כב' השופט דהאן כתב עוד, כי בשנים האחרונות עבר המערער עבירות רבות של יידוי אבנים וחפצים לעבר כלי רכב שנסעו בכביש המהיר ליד כפרו, ולא חדל גם לאחר שנתפס והורשע שוב ושוב. לכן סבר השופט דהאן שאין לתת אמון רב בדברי המערער בטיעונים לעונש, כאילו למד את לקחו ולא יחזור על מעשיו; אותם דברים אמר גם במשפטיו הקודמים, ובכל זאת בחר לשוב ולעבור עבירות מסוכנות, תוך התעלמות מכך שתלוי ועומד נגדו מאסר מותנה.

השופט הנכבד ראה לנכון ליישם את ההוראות [שבסעיפים 40ג ו-40ה לחוק העונשין](#) בישראל, ולפיהן אפשר לסטות ממתחם העונש ההולם מסיבות של הגנה על שלום הציבור, בתנאי שקיים לנאשם עבר פלילי משמעותי. מסיבה זו ראה לנכון להחמיר בעונשו של המערער יחסית להסדר הטיעון. עם זאת, לדבריו לא מיצה את הדין עם המערער, אלא גזר עליו – בהתאם לפסיקת בית המשפט העליון – את העונש המזערי שהיה מאשר, לו הוצג בפניו הסדר טיעון מאוזן.

אשר להפעלת עונש המאסר המותנה כתב כב' השופט דהאן, כי כיוון שחלף זמן רב יחסית מאז ההרשעה בעבירה שבגינה הוטל עונש זה, יש הצדקה להורות שחלק מן העונש המותנה ירוצה בחופף לעונש המאסר החדש.

לאור כל זאת, גזר כב' השופט דהאן על המערער **15 חודשי מאסר בפועל**, הפעיל את המאסר המותנה מתיק בימ"ש יהודה 2223/10 כך ש- 3 חודשי מאסר יהיו בחופף למאסר החדש, ו- 3 חודשים ירוצו במצטבר לו. מכאן, **שעל המערער לרצות 18 חודשי מאסר**. כמו כן גזר על המערער 8 חודשי מאסר על תנאי למשך 4 שנים, וקנס בסך 2,000 ש"ח.

הערעור

ההגנה לא השלימה עם החריגה מהסדר הטיעון, והגישה ערעור על חומרת העונש.

בפתח הדיון בערעור הודיע **התובע**, כי לאור הדברים שכתב בית המשפט קמא בגזר דינו, הגיעה התביעה הצבאית למסקנה כי שגתה הן במשפטו הקודם של המערער – כשלא התייחסה לעברו הפלילי – והן בעריכת הסדר הטיעון במשפטו הנוכחי. העונש הראוי למערער הוא כפי שקבע בית המשפט קמא בגזר דינו. לכן, התביעה אינה מתכוונת להגן על הסדר הטיעון, ותתנגד לערעור ההגנה, לפי העקרונות שנקבעו בבית המשפט העליון בישראל ב-[דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' אופיר פרץ פ"ד נט\(6\) 281](#).

לשאלתי ציין התובע, כי מגזר הדין בערכאה הראשונה הוא למד שלא היו קשיים ראייתיים או נסיבות מקלות חריגות. לדבריו, גם אם יוכיח הסנגור כי רמת הענישה הממוצעת בהסדרי טיעון בערכאה הראשונה תואמת את הסדר הטיעון, עדיין אין בכך הצדקה לקבלת הערעור; רמת הענישה שלפיה צריך לבחון את גזר הדין היא זו שנקבעה בפסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים, ולא בהסדרי טיעון, שאין לדעת מה הביא לכריתתם.

הסנגור המלומד טען, שאין לתת לתביעה "לשחק בחייו" של המערער. אין לקבל את טענתה, כי היו שתי טעויות בהתנהלות התביעה, כהצדקה לחריגה כה משמעותית מהסדר הטיעון. בתיק הנוכחי, התביעה בערכאה הראשונה ידעה על עברו הפלילי של המערער וגם לאחר שניתנה לה הזדמנות לשקול שנית את הסדר הטיעון, בחרה לעמוד מאחוריו. כשהתביעה מחליטה לפתע שלא לתמוך בהסדר, היא פוגעת באמון בינה לבין הסנגורים, ועלולה לפגוע במוסד הסדרי הטיעון.

עוד טען הסנגור הנכבד, כי המערער הודה באשמתו והביע צער וחרטה. לאור רמת הענישה הנוהגת בעבירות אלה, הסדר הטיעון אינו מקל עם המערער. הוא אף מחמיר יחסית למקרים אחרים, שגם בהם היה לנאשמים עבר פלילי מכביד. לשם תמיכה בטענותיו הציג מספר פסקי דין מן העת האחרונה, שבהם היו הסדרי טיעון דומים, ולא צוין בהם כי היה קושי ראייתי מיוחד.

הצדדים לא הגישו ראיות ולא טענו דבר לעניין נסיבות חייו של המערער. לשאלתי, הזכיר הסנגור כי אמו של המערער העידה בבית המשפט קמא, על כך שהיא אלמנה ומצבה קשה. בטיעונים

לעונש בערכאה הראשונה הוזכרו מספר נסיבות אישיות, ושקלתי אותן בעת בחינת הערעור: העורר יליד פברואר 1989, אביו נפטר כשהיה בכלא, הוא איבד עין אחת בעת כליאה קודמת, ומצבה הכלכלי של המשפחה בכי רע.

דין והכרעה

כאמור בפתח פסק הדין, שתיים הן השאלות המרכזיות, שעליהן יש להשיב בערעור זה: מהי רמת הענישה הראויה למי שהורשע בשלישית ביידוי אבנים לעבר רכב נוסע, והאם מוצדק היה לסטות מהסדר הטיעון במקרה זה. תחילה אדון בשאלה הראשונה, שכן המענה עליה ישפיע על התשובה לשאלה השנייה.

רמת הענישה הראויה בעבירות יידוי חפצים לעבר כלי רכב

הסגור הנכבד הציג בפניי מספר פסקי דין שעניינם יידוי אבנים, אך רק מיעוטם עסק ביידוי אבנים לעבר רכב אזרחי שנסע בכביש מהיר. מרביתם עסקו ביידוי אבנים לעבר עמדות וכלי רכב של כוחות הביטחון. אף לא אחד מהם עסק בנאשם בגיר שהורשע באותה עבירה בפעם השלישית.

מבין פסקי הדין הרלוונטיים שהציג יש להזכיר את תיק (יהודה) 2601/12 **מונתצר אלאחרס** – שם נגזרו 5 חודשי מאסר בפועל על נאשם בעל עבר קודם, שהשליך אבנים לעבר כוחות הביטחון; בתיק (יהודה) 1929/13 **חסן זהראן** – הוטלו 4.5 חודשי מאסר בפועל והפעלת תנאי כשחלקו בחופף למאסר החדש, בגין יידוי אבנים לעבר כוחות הביטחון וכלי רכב ישראלים; בתיק (יהודה) 2315/12 **מוחמד עומר** – הנאשם זרק אבנים לעבר רכב נוסע. לאחר שישב במעצר כ-9 חודשים, הגיעו הצדדים להסדר טיעון לפיו הוארך עונש התנאי שנקבע בתיקו הקודם.

התביעה לא הגישה פסיקה שסותרת את טענת הסגור, כי רמת הענישה המקובלת קרובה לזו שנקבעה בהסדר הטיעון עם המערער.

בפסיקה הרבה שהצטברה בתחום זה ניתן למצוא מנעד רחב של עונשים בגין יידוי אבנים.

יש עונשי מאסר בפועל בני ימים או שבועות ספורים – בעיקר כשמדובר בקטינים, ובידוי אבנים לעבר כוחות הביטחון או רכב צבאי (ראה [עדי 2891+2892/06 התוב"ץ נ' אבו האשם](#) (פורסם בנבו, 13/8/2006) – על בני 13 ו-14 נגזר חודש מאסר בפועל בגין יידוי אבנים לעבר חיילים, לרבות פגיעה בחזהו של אחד החיילים); [ע"פ 5026/12 פלוני נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 10/2/2013) – בו נגזרו 45 ימי מאסר על נאשם בן 17 וחצי בגין יידוי אבנים לעבר מכונית סיוור).

לעומתם, ניתן למצוא פסיקה שהטילה 4-9 חודשי מאסר בפועל, כשלא נגרם נזק ([ע"פ 1777/11 פלוני נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 2/6/2011) – בו הוטלו 6 חודשי מאסר בפועל על בגיר ועל מי שהיה קרוב לבגירות); [ב-ע"פ 6973/06 אסעד הייב נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 12/11/2007) – נגזרו 9 חודשי

מאסר בפועל, לאחר משפט הוכחות, בגין השלכת אבן לעבר רכב אזרחי; ע"פ [5135/01 מרזכי אמזלג נ' מ"י](#) [פורסם בנבו] (פורסם בפדאור, 11/10/2001) – המערער השליך אבן לעבר רכב שבו נהג ערבי, ונדון ל-6 חודשי מאסר בפועל.

כפי שעולה מסיכום פסיקת בתי המשפט באזור, כיום העונש המקובל בגין עבירת יידוי אבנים לעבר רכב אזרחי בלא נזק, הוא כ-4-6 חודשי מאסר בפועל (ראה למשל הנתונים ב**תיק (יהודה) 4693/10 עלאא וראסנה** [פורסם בנבו]; וכן ריכוז נתונים ב**תיק יהודה 5367/08 שאדי חלאיקה** [פורסם בנבו]; וב-**עדי"י 2594/12 נסים עלאמה** [פורסם בנבו]).

ולבסוף, ניתן למצוא גם התייחסות (ישנה במקצת) של בית המשפט הצבאי לערעורים לכך, שהעונש הראוי ליידוי אבנים לעבר כלי רכב נוסעים צריך להיות 10-12 חודשים בפועל (**עדי"י איו"ש 277/03 אלאטרש** [פורסם בנבו]). בפסק הדין ב-**ע"פ 5402/12 אבו חזיר נ' מ"י** (פורסם בנבו, 18/2/2013) נדון נאשם, שהשליך אבן יחד עם אחרים, ופגע ברכבת הקלה בירושלים. כיוון שהמערער היה בגיר שזה מקרוב חצה את גיל הקטינות, ונמצא כי היו לו סיכויי שיקום טובים, בית המשפט העליון הקל בעונשו, ובמקום 18 חודשי מאסר בפועל, גזר עליו 12 חודשים. על מעורבים אחרים במעשה נגזרו 45 ימי מאסר בלבד.

כפי שכתבתי גם בעבר (ראה **תיק יהודה 4693/10 עלאא וראסנה** [פורסם בנבו]), עבירה של יידוי אבנים לעבר כלי רכב אזרחיים הנוסעים בכביש היא עבירה חמורה ומסוכנת מאד (ראה גם עדי"י 277/03 **מוצטפא אל אטרש**; וכן **עדי"י 2084/08 ג'סאן שואמרה**, [פורסם בנבו], שם נכתב כי יידוי אבנים הוא מן העבירות החמורות ביותר שבספר החוקים; וראה דברים שכתב בית המשפט העליון ב-**ע"פ 5026/12 פלוני נ' מ"י** [פורסם בנבו] המוזכר לעיל). כשאבנים מושלכות לעבר מכונית בלתי מוגנת הנוסעת במהירות, הנהג והנוסעים עלולים להיפגע ישירות מן האבן המוטחת בהם בעוצמה; אם הנהג יאבד את השליטה במכוניתו עלולה להיגרם התנגשות או התהפכות הרכב לצד הכביש.

בעבר כבר הבעתי דעתי, כי יש פער ניכר בין החומרה והסיכון המאפיינים את עבירת יידוי האבנים לעבר מכוניות בכביש מהיר, מצד אחד, לבין העונשים המקלים שנגזרים על הנאשמים, מצד שני. הפער גורם לפגיעה בעקרון ההלימה והגמול שצריך לאפיין את הענישה, וגורע מן המסר המרתיע הנדרש. הוא גם יוצר דיסונאנס בין בקשות המעצר עד תום ההליכים של התביעה – הנסמכות על הסיכון הרב שגלום בעבירת יידוי האבנים – לבין הסכמת התביעה לעונשי מאסר קצרים, המבטא היעדר סיכון משמעותי.

פער זה בין הסיכון לבין העונש מביא לתוצאות הנראות חסרות-מידתיות, במקרים שבהם אבנים פוגעות בכלי הרכב, פוצעות את יושביו או גורמות לתאונה. כשנגרמת תוצאה קשה, בתי המשפט מדגישים את הסיכון הצפוי מיידוי האבנים, ואינם מהססים להטיל עונשים כבדים, היכולים להסתכם במספר שנות מאסר בפועל (ראה למשל **ע"פ 3567/09 מחמד אל וחש** [פורסם בנבו]; **ע"פ 2901/09 וסים עויס** [פורסם בנבו]; **ע"פ 2777/10 עלאא צנובר** [פורסם בנבו]). עשויה להיווצר תחושה של אי-נוחות בשל העובדה, שיידוי אבנים ללא-נזק זוכה להתייחסות מקלה, כאילו מדובר בסיכוי ובסיכון נמוכים לפגיעה, ובמעשה שאין בו חומרה רבה; אך כשנגרמת פציעה או מוות –

רואים אותם לא כאירוע חריג ובלתי-צפוי, אלא מחזיקים את העברייני כמי שהיה צריך לצפות את הנזק ברמת הסתברות גבוהה, ומענישים אותו בחומרה רבה.

עם זאת, לאור הפסיקה שסקרתי לעיל, נראה כי פער זה בין הסיכון והחומרה שבידוי האבנים לבין העונשים שנגזרים על עבירה זו – אינם נחלת התביעה הצבאית ובתי המשפט באזור בלבד. הפער קיים גם בפסיקת בתי המשפט בישראל.

לאור כל זאת, המענה על השאלה הראשונה – מהו מתחם עונש המאסר בפועל **ההולם** בגין עבירה של יידוי אבנים על ידי בגיר לעבר רכב אזרחי הנוסע בכביש מהיר, שלא גרם נזק – נפרד כיום מן המענה לשאלה, מהו מתחם העונש **המצוי** בעבירה זו. לפי הערכתי, מתחם העונש המקובל כיום נע בין מאסר של חודשים בודדים לבין שנת מאסר, כך שאמצעו הוא כ-4 עד 7 חודשי מאסר בפועל.

לעומת זאת, לדעתי, מתחם העונש הראוי **צריך להיות** בין 4 חודשי מאסר בפועל – השמורים למקרים הקלים ביותר – לבין 20 חודשי מאסר בפועל, במקרים שנסיבותיהם מחמירות. ראוי להזכיר, כי לפי תיקון 113 [לחוק העונשין](#) בישראל, מתחם העונש ההולם נקבע ללא התחשבות בשאלה, אם לנאשם יש הרשעות קודמות. קיומו של עבר פלילי משפיע רק בשלב שבו מחליטים היכן למקם את עונשו של הנאשם, בתוך מתחם העונש ההולם או אף מחוצה לו. אם ייקבע מתחם כזה, יש לצפות שהעונש הממוצע – לנאשם בגיר שעברו אינו מכביד - יהיה בין 9 ל- 12 חודשי מאסר בפועל.

אכן, מדובר בהחמרה מסוימת יחסית למצב הנוהג. בהחמרה כזו כרוך קושי, בייחוד כשזוכרים כי מרבית עוברי העבירה הזו הם קטינים, ששיקול דעתם ושיפוטם המוסרי אינם בשלים כשל בגירים, והצורך בשיקומם מצדיק גישה מקלה (אם כי לגבי קטינים ניתן לסטות לקולא מרמת הענישה האמורה, אם שיקולי שיקום משמעותיים ותסקיר חיובי מטעם שירותי הרווחה במנהל האזרחי יצדיקו זאת). אך אני סבור, כי בענישה מחמירה יש הלימה טובה יותר לחומרת המעשה, יצירת מדרג נכון יותר בין עבירה זו לבין עבירות חמורות פחות, והגברת ההרתעה. מי שנתפס לאחר שהשליך אבן וסיכן חייהם של יושבי רכב שנסע בכביש מהיר, אינו רשאי לצפות לחזור לשגרת חייו תוך שבועות אחדים. נכון יהיה שמהלך חייו הרגיל ייעצר, והוא יענש בכליאה למשך זמן משמעותי.

גם כשמדובר בקטינים ובתלמידים – שבדרך כלל מאסרם גורם להם להפסיד ימי לימודים ומבחנים – מאסר לתקופה משמעותית מעביר מסר ברור להם ולחבריהם: יידוי אבנים וסיכון חיי אנשים אינם דברים קלי ערך, ואין עוברים עליהם לסדר היום, אלא נענשים בעונש מכביד וכואב. כשמדובר בבגירים – הדבר הוא בבחינת קל וחומר.

אני מודע לכך ש"הזזת" מתחם העונש ההולם לכיוון מחמיר יותר - עשויה להיות לה השפעה על נכונות ההגנה לנהל משפטים או להגיע להסדרי טיעון עם התביעה, לפחות בתקופה הקרובה. אך

אם התביעה ובתי המשפט בערכאה הראשונה ישכילו להיות עקביים בגישתם המחמירה לעבירה ולענישתה, במהרה יתרגלו כל הגורמים לכך שזו מדיניות הענישה הנוהגת, ויתאימו את התנהלותם אליה.

כאשר מדובר במערער – שהוא בגיר שהורשע כבר פעמיים בעבר ביודוי חפצים וסיכון חיי אדם, ובכל זאת חזר לסורו – הרי בהתאם לעקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת העונש ראוי הוא שעונשו ימוקם גבוה בתוך מתחם העונש ההולם.

יתר על כן, כפי שכתב גם כב' השופט דהאן בגזר דינו, אם נקבע כי נשקף מן המערער סיכון גבוה במיוחד לשלום הציבור, יכול עונשו לחרוג מעבר לקצהו העליון של מתחם העונש ההולם – כדי להגן על הציבור מפניו (ראה [סעיף 40 לחוק העונשין](#) בישראל). על רקע זה, ההחמרה בעונשו של המערער בגזר דינו של בית המשפט קמא – אינה צריכה להפתיע.

חריגה מהסדר טיעון וההגנה עליה בשלב הערעור

העקרונות לפיהם צריך לנהוג בית משפט, שהוצג בפניו הסדר טיעון שלדעתו אינו ראוי, נדונו ונמנו בפסק הדין בע"פ 1058/98 פלוני נ' מ"י פ"ד נז (1) 577, עמוד 578. עקרונות אלה ברורים ומקובלים כיום, ואין צורך לעסוק בהם בהרחבה. בפסק הדין בע"פ פלוני הם סוכמו כך:

הסדר הטיעון, כשהוא לעצמו, הוא שיקול מרכזי בגזירת הדין הן מטעמים של אינטרס הציבור הן כדי למלא אחר ציפיות הנאשם המוותר בהודאתו על זכותו לניהול ההליך הפלילי עד תומו...

...

בית-המשפט ידחה הסדר טיעון אם ימצא כי נפל פגם או פסול משמעותי בשיקולי התביעה... גם כאשר התביעה פעלה בתום-לב.

...

גם לאחר עריכת הסדר טיעון מן הראוי שעובדות כתב-האישום ישקפו את אופן התרחשות המעשים המיוחסים לנאשם ללא שינוי מהותי מאופן התרחשותם בפועל על-פי התשתית הראייתית הקיימת. בית-המשפט לא יתערב בפרטי האישומים שהתביעה מייחסת לנאשם אם הנאשם הסכים להודות בהם, אלא אם הוברר לו כי נפל פסול או פגם מהותי מהסוג של הטעיה, לחץ או פיתוי בהסדר לעניין האישום, או שהעובדות חורגות באופן קיצוני ובוטה מן העובדות שהוכחו בהליך שכבר התקיים בפניו.

...

בית-המשפט ישמע במסגרת הטיעונים לעונש המוצע על-פי הסדר הטיעון את נימוקי התביעה לבקשת הקולה. הוא יקבל מפי התביעה את השיקולים לעריכת הסדר הטיעון וכן את מרב הנתונים הקשורים לגזר-הדין המוצע, הן מבחינת אינטרס

הציבור הן מבחינת טובת ההנאה שניתנה לנאשם במסגרת ההסדר וסיבותיה. נוסף על כך, ישמע בית-המשפט מהצדדים טיעונים לעונש שיועלו בהם השיקולים הרלוונטיים לענישה, לרבות טיעונים לחומרה מפי התביעה.

...

ככל האפשר, מועדפים הסדרי טיעון שנקבע בהם בין הצדדים טווח ענישה הנע בין עונש מזערי מוסכם לעונש מרבי מוסכם.

...

אם התביעה הכללית חרגה בהפעלת השקלול ההולם במזיד, בשוגג או בתום-לב, ואם ציפיות הנאשם מנותקות מהצדקה עניינית, יסטה בית-המשפט מההסדר המוצע ויגזור את הדין על-פי שיקול-דעתו.

...

גם כאשר בית-המשפט דוחה את הסדר הטיעון, עליו לגזור את העונש ההולם בשים לב לנסיבות העניין ותוך הבאה בחשבון של העובדה, כי הנאשם הודה במסגרת הסדר טיעון...

אשר-על-כן, ככלל, יש להניח כי בגזרו את הדין על-פי שיקולים ראויים הפער בין העונש שיגזור בית-המשפט לבין העונש שהצדדים הסכימו עליו לא יהיה עצום ורב. האיזון החדש שיקבע בית-המשפט בגזירת הדין לאחר שדחה את הסדר הטיעון, ייעשה תוך שקלול נכון של כל שיקולי הענישה כאילו נערך על-ידיו הסדר טיעון הולם. גישה זו תביא לענישה מקלה לעומת זו הצפויה לנאשם שלא הודה במסגרת הסדר טיעון והורשע בעבירה דומה ובנסיבות דומות."

כאשר בית המשפט קמא בוחן את מידת סבירותו של הסדר טיעון שהוצג בפניו, מה צריכה להיות אמת המידה שלו?

לפי גישה אחת, אותה ביטאה התביעה הצבאית, רמת הענישה הראויה, שצריכה להנחות את בית המשפט הצבאי באזור, נקבעת בפסיקתו של בית המשפט הצבאי לערעורים; הסדרי טיעון בערכאות הראשונות אינם יכולים לשמש אמת מידה נכונה לרמת הענישה הראויה, שכן לא תמיד ניתן לדעת מה היו הנסיבות שהביאו לכריתת הסדר הטיעון, ועד כמה הן מתאימות לעניינו של נאשם אחר (ראה ביטויים לגישה זו בע' [3541/07 התוב"ץ נ' מוסא אבו עוילה](#) (פורסם בנבו, 16/7/2008); ע' [1554/09 התוב"ץ נ' מחמד אבו עטאיה](#) (פורסם בנבו, 5/11/09); עדי [2008/12](#) **מחמוד נצר** [פורסם בנבו]).

לפי הגישה השנייה, אותה ביטאתי לא אחת בשבתי בערכאה הראשונה (ר' למשל תיק (יהודה) 3860/12 **מחמוד נצר**), צריך בית המשפט לתת משקל גם לרמת הענישה שנקבעת בהסדרי טיעון בין התביעה להגנה במקרים דומים. זאת, כדי שלא ייווצרו מצבי הפליה ואי-צדק, לפיהם נאשם שהגיע עם התביעה להסדר טיעון לעניין העונש, יקבל עונש נמוך בהרבה מנאשם, שהורשע על פי הודאתו בעבירה דומה מאד, אך לא הגיע להסכמה עם התביעה על העונש שייגזר עליו (ראה פסק הדין בתיק (יהודה) 3127/06 **מוסא אבו עוילה** האמור). אין הכוונה שרמת הענישה המקובלת בהסדרי טיעון הופכת להלכה מחייבת, ואין היא גוברת על פסיקתה של הערכאה הגבוהה במערכת

המשפט, אך היא אחד השיקולים שעל בית המשפט לשקול בעת שהוא בוחן מהו העונש הראוי לנאשם שבפניו.

לדעתי, אפשר כיום למצוא תימוכין לגישה השנייה גם בלשון תיקון 113 [לחוק העונשין](#) בישראל. לפי [סעיף 40 לחוק העונשין](#), מתחם העונש ההולם ייקבע תוך התחשבות, בין היתר, ב"מדיניות הענישה הנהוגה". בדברי ההסבר להצעת החוק, שהפכה לימים לתיקון 113 נכתב: "ככל שהמדיניות הנוהגת משקפת את עקרון ההלימות היא מהווה אינדיקציה לקביעת העונש ההולם, ואילו כאשר יש פער בינה לבין המדיניות הראויה, תועדף המדיניות הראויה" (ה"ח הממשלה 241, 447).

אפשר לראות בכך הנחייה כללית, לפיה כל עוד רמת הענישה הנוהגת בפועל – לרבות בהסדרי טיעון – משקפת מדיניות נאותה, אפשר להסתמך עליה. אולם בית משפט – ובדרך כלל תהיה זו ערכאת ערעור – שסבור כי המדיניות הנוהגת אינה ראויה, רשאי הוא לקבוע את מתחם העונש לפי המדיניות הראויה בעיניו (ראה י' ואקי ו' [רבין, הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא](#), הפרקליט נב (תשע"ד-2013), 413, בעמוד 437).

ב-[ע"פ 1323/13 רך חסן וניסים אגבריה נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 5/6/2013) כתב בית המשפט העליון בישראל:

"אין לטעות ולזהות בין מתחם העונש ההולם לבין טווח הענישה הנהוג. מתחם העונש ההולם מגלם, כאמור **הכרעה ערכית** המבוססת על שיקולים שונים, כאשר מדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הוא רק אחד מהם. טווח הענישה הנהוג בפסיקה, לעומת זאת, הוא נתון **אמפירי-עובדתי**, המורכב מהעונשים המקובלים בגין עבירה מסוימת בדין הנהוג". (ההדגשות מופיעות במקור – ר"ע)

בפסק הדין אין אמירה ברורה אודות הסדרי טיעון, אך אני מניח כי "העונשים המקובלים בגין עבירה מסוימת בדין הנהוג" יכולים לכלול גם הסדרי טיעון. בימינו, רוב המשפטים הפליליים מסתיימים בהסדרי טיעון, וברבים מהם נקבע העונש מראש בהסכמה בין הצדדים. קשה להשלים עם טענה, לפיה הדרך שבה מסתיימים **מרבית** המשפטים בישראל ובאזור, אין בה ביטוי לרמת הענישה הנוהגת או למדיניותה של התביעה. יש לתת משקל לרמת הענישה העולה מהסדרים אלה. היא מהווה אחד מן השיקולים שעל בית המשפט לשקול כשהוא בוחן את מתחם העונש ההולם, אך אפשר גם לסטות ממנה, אם אינה ראויה.

אזכיר, כי היחס בין הסדרי טיעון לבין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה טרם נדון לעומקו וטרם הוכרע, לא על ידי המחוקק ולא בבית המשפט העליון בישראל (ראה לעניין זה הערות של שופטי בית המשפט העליון ב-[ע"פ 512/13 פלוני נ' מ"י](#) (פורסם בנבו, 4/12/2013)).

ובחזרה לעניינו של המערער שבפניי: בית המשפט קמא אכן הזהיר את המערער מראש, לא רק שאין הוא כבול להסדר הטיעון, אלא גם שבמבט ראשוני הסדר הטיעון נראה לו מקל מדי. בכל זאת בחר המערער להמשיך בהצגת הסדר הטיעון. גם לאחר שנשמעו הסבריהם של הצדדים

והוצגה פסיקה רלוונטית, מצא בית המשפט קמא כי הסדר הטיעון שהוצג בפניו סוטה במידה ניכרת מרמת הענישה הראויה. מסיבה זו גזר על המערער עונש מאסר בפועל הגדול כמעט פי שלושה מן העונש שהוסכם בין התביעה להגנה: 15 חודשי מאסר בפועל במקום 5 וחצי חודשים. לכך צירף את עונש המאסר המותנה, בדרך שהוסכמה בין הצדדים, 3 חודשים במצטבר לעונש הנוכחי ו-3 חודשים בחופף לו. לכן, בסופו של דבר גזר על המערער כליאה למשך 18 חודשים, במקום 8 וחצי חודשים.

האם העונש שנגזר בסופו של דבר יכול לעמוד בערעור?

ב-דנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' אופיר פרץ פי"ד נט (6) 281, עסק הרכב מורחב של בית המשפט העליון בישראל בשאלה, מתי רשאית התביעה להימנע מלהגן על הסדר טיעון בערכאת הערעור, ומהם שיקוליו של בית המשפט שלערעור במקרה כזה. בפסק הדין סוכמה ההלכה כך:

"יכלל, על התביעה להגן על עמדתה כפי שנקבעה בהסדר הטיעון גם בערכאת הערעור. כאשר בית-המשפט שגזר את דינו של הנאשם קבע שהסדר הטיעון אינו מקיים את "גישת האיזון", ומטעם זה אינו מכבדו - ובמילים אחרות, כאשר בית-המשפט מותח ביקורת על הסדר הטיעון וקובע עונש הסוטה ממנו לחומרה - חייבת התביעה לשוב ולבחון את עמדתה לקראת הערעור. בנסיבות מתאימות רשאית התביעה שלא להגן על הסדר הטיעון כפי שנערך ולהסתייג ממנו. היא תעשה כן בכפיפות להסבר שתיתן לערכאת הערעור בדבר הסיבות לעריכת ההסדר מלכתחילה וכן בדבר הטעמים להסתייגותה ממנו בשלב הערעור....

...עוד נציין כי על-פי הנחיותיה של התביעה עצמה, מן הראוי הוא שבעת עריכת הסדר הטיעון יעמיד התובע העורך את ההסדר את הנאשם או את סניגורו על כך שהוא אינו יכול להתחייב מראש מה תהיה עמדת התביעה בערעור אם יחרוג בית-המשפט לחומרה מהעונש שעליו הוסכם. אם משום מה לא פעלה התביעה מראש להזהיר את הנאשם מפני האפשרות של עמדה שונה בערעור, לא יהיה בכך כדי לחייבה לדבוק בהסדר הטיעון המקורי, אף כי היעדר אזהרה הוא נימוק כבד משקל שיהיה על התביעה לשקול בטרם תחזור בה מעמדתה בהסדר הטיעון.

על עמדת התביעה בערעור יחלשו העקרונות המנחים של הגינות כלפי הנאשם ומתן ביטוי הולם לאינטרס הציבור במובנו הרחב, לרבות האינטרס של קיום הסדרי טיעון וכיבודם.

עמדת התביעה היא כאמור אך נתון אחד בשיקולי בית-המשפט, אף כי נתון בעל משקל. בית-המשפט שלערעור יבחן את נסיבות המקרה העומדות בפניו, ישקול על-פי מבחן האיזון את העונש המתאים על-פי מכלול השיקולים הרלוונטיים ויכריע בשאלה אם יש לכבד את הסדר הטיעון, להעדיף את גזר-הדין או שמא להטיל עונש אחר ההולם את נסיבותיו של הערעור בפניו. "

במקרה זה, התביעה הצבאית בחרה שלא לעמוד מאחורי הסדר הטיעון שהוצג בערכאה הראשונה. התובע המלומד טען בפניי, כי לאחר שהתביעה למדה את פסק דינו של כב' השופט דהאן הכירה בכך שנפלה טעות בשיקול דעתה בעריכת ההסדר בערכאה הראשונה; היא מבקשת לתקן טעות זו על ידי השארת גזר הדין על כנו.

החלטתה זו של התביעה יוצרת מצב לא פשוט.

מצד אחד, נראה שהעונש שהוסכם בהסדר הטיעון קרוב לרמת הענישה המקובלת כיום בהסדרי טיעון בערכאה הראשונה, גם כשלנאשם עבר פלילי קודם. התביעה לא חרגה במידה רבה מן המדיניות הנוהגת בהסדרי טיעון דומים. לפי גישתי, הנותנת משקל משמעותי גם לעונשים **המקובלים** בהסדרי טיעון – לכאורה אין הצדקה רבה לסטייתו של השופט קמא מן ההסדר.

זאת ועוד, לא נטען בפניי שהתביעה הזהירה את המערער כי היא רשאית שלא להגן על הסדר הטיעון בערכאת הערעורים, אם ההסדר לא יכובד. כפי שנפסק בהלכת **פרץ** לעיל, היעדר אזהרה כזו לנאשם הוא שיקול משמעותי, שהיה על התביעה לשקול בטרם התנגדה לערעור ההגנה. ולבסוף, גם אם החליטה התביעה הצבאית להחמיר את מדיניותה בעניין יידוי אבנים לעבר כלי רכב בכביש מהיר, שאלה נכבדה היא, אם ראוי הוא לערוך שינוי זה תוך כדי התנהלותו של תיק, שבו כבר הוצג הסדר טיעון לפי המדיניות הקודמת, או שמא מכון יותר להמתין וליישמה במשפטים עתידיים.

מצד שני, ישנן סיבות טובות לדחות את הערעור: לדעתי, העונש שהוסכם בין הצדדים מלכתחילה אינו תואם את מידת החומרה של המקרה – בייחוד לאור **שתי** ההרשעות הקודמות של המערער. העונש המוסכם גם לא תואם את רמת הענישה שדובר בה בפסיקת בית המשפט הצבאי לערעורים, שלפי הגישה הרווחת בפסיקה, היא מדיניות הענישה שלאורה צריך לבחון אם גזר הדין שגוי או ראוי. גזר דינו של כב' השופט דהאן אמנם מחמיר יחסית לרמת הענישה **המקובלת**, אך קרוב לרמת הענישה **הראויה**, לפי דעתי.

בסופו של דבר, החלטתי לדחות את הערעור ולהותיר את גזר הדין על כנו. בית המשפט קמא מנה שיקולים רלוונטיים לעניין העונש, ונתן להם משקל ראוי. הוא אמנם לא קבע מתחם עונש הולם, אלא ציין כי העונש המקובל לעבירה הוא כ- 6 חודשי מאסר בפועל, אך אין לראות בכך פגם המצדיק את התערבותי. בית המשפט יישם את הוראת **סעיף 40ה** [לחוק העונשין](#), וראה לנכון לחרוג ממתחם העונש ההולם משיקולים של הגנה על ביטחון הציבור (ככל הנראה התכוון לחריגה מן העונש המקובל שאותו הזכיר, שהרי הוא לא קבע מתחם עונש הולם). לדעתי, בכך נתפס כב' השופט דהאן לכלל טעות מסוימת: לפי **סעיף 40ה** [לחוק העונשין](#), רשאי בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם כדי להגן על הציבור, "ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם". הכפלה של העונש כמעט פי שלושה היא לכל הדעות "החמרה ניכרת", שלכאורה בית המשפט צריך היה להימנע ממנה.

שלא כמו השופט קמא, ראיתי לנכון לקבוע **מתחם** עונש הולם לעבירה שעבר המערער. המתחם שקבעתי רחב דיו כדי להכיל גם את עונשו של נאשם שחזר לסורו, ועל כן איני נדרש לחריגה ממתחם העונש ההולם, שעליה כתב כב' השופט דהאן בגזר דינו. בתוך מתחם הענישה הראויה בגין עבירה זו – שהיא כאמור בין 4 ל- 20 חודשי מאסר בפועל - צריך עונשו של המערער להיות קרוב לקצהו העליון של המתחם, גם בלא הפעלת המאסר המותנה.

מי שלא למד את לקחו מ- 4 שנות מאסר בפועל שנגזרו עליו בנערותו; מי שחזר לסורו גם לאחר 6 וחצי חודשי מאסר בפועל ו- 6 חודשי מאסר מותנה שנגזרו עליו בשנת 2010 (כשכבר היה כבן 20 שנה); מי ששב להשליך אבנים לעבר מכוניות בכביש 443 גם בגיל 24; מי שבמקום לסייע לפרנסת משפחתו בוחר לפגוע באחרים; מי שגם הפציעה בעינו לא גרמה לו להבין שהוא עלול לגרום סבל לאחרים וגם לעצמו; מי שמילות החרטה שביטא אינן ראויות עוד לאמון; אדם כזה בוודאי אינו ראוי לעונש **קל** יותר מזה שנגזר עליו במשפטו הקודם. ההיפך הוא הנכון. אדם כזה ראוי לתגמול מחמיר, הוא מלמד על עצמו כי הוא מסוכן מאד, ויש למנוע ממנו את האפשרות לשוב ולהשליך אבנים לעבר מכוניות במשך תקופה ארוכה.

במקרה זה, לאור מאפייני החומרה של הנאשם, ציפיינו של המערער לעונש קל יותר מזה שנגזר עליו בעבר - לא הייתה מוצדקת. הפגיעה במערער, כתוצאה מן הסטייה מההסדר, אינה משתווה לפגיעה שצפויה לציבור אם עבריין רצידיביסט כמוהו ישוב במהרה לביתו, חופשי לחזור ולהשליך אבנים לעבר מכוניות נוסעות.

בשולי הדברים ראיתי לנכון להעיר בקצרה על חפיפת עונש המאסר המותנה של המערער עם עונש המאסר שהוטל במקרה זה. בטרם הורה על חפיפת העונשים, קיים בית המשפט קמא את דבר המחוקק בסעיף 170(ג) לצו בדבר הוראות ביטחון, ונימק את החלטתו: הוא קיבל למעשה את טיעוני הצדדים לעונש, כי מעשיו של המערער נעשו סמוך לסיום תקופת התנאי, ולכן פחתה ההצדקה לגזור עליו את מלוא העונש המותנה.

גם אם הייתה הצדקה לגישה כזו במקרה אחר – ולדעתי, תיתכן גם גישה הפוכה – הרי במקרה זה, לאור החומרה הרבה שמצא בית המשפט במעשי המערער, ולאור החמרה הרבה בעונשו, הרי חפיפת חלק מן העונש המותנה עם העונש החדש - נראית תמוהה. לפי הצו בדבר הוראות ביטחון – ולפי תכליתו של המאסר המותנה כגורם מרתיע – הכלל צריך להיות שעונש מאסר מותנה ירוצה **במצטבר** לעונשו הנוסף של הנאשם. חפיפה בין עונשים היא מחווה לפנים משורת הדין, שצריכה להיות שמורה למקרים מיוחדים. במקום זאת, הרושם הוא שעונשי מאסר מותנה שנפסקו על ידי בתי המשפט הופכים ל"מטבע עובר לסוחר", נושא למשא ומתן ולמיקוח בין הצדדים; חפיפת עונשים חדלה להיות חריגה והפכה לכלל. במקרהו של המערער, המיקוח על העונש כנראה השכיח מן הצדדים את העובדה, שהמערער הוא רצידיביסט מסוכן לציבור, שמאסר מותנה לא הרתיע

אותו גם בעבר, ועל כן אינו ראוי למחווה נוספת בדמות חפיפה של מאסרו המותנה עם מאסרו החדש.

יחד עם זאת, כיוון שהתביעה לא ערערה על קולת העונש, לא ראיתי לנכון להתערב ברכיב הפעלת המאסר המותנה.

הערעור נדחה אפוא, וגזר דינו של בית המשפט קמא יישאר ללא שינוי.

ניתן היום, 3 במרץ 2014, א' באדר ב' התשע"ד, בפומבי ובמעמד הצדדים.

שופט

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](#)

רוגן עצמון 54678313-2256/13

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה