



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 5535/12

ע"פ 6471/12

לפני :
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט א' שהם

המערער בע"פ 5535/12 : אנגסום כאברי
המערער בע"פ 6471/12 : יוסף (פאדל) בשיר

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ערעור על פסקי דינו של בית המשפט המחוזי תל אביב
מיום 30.05.2012 בת"פ 37941-01-12 ומיום 19.6.2012
בת"פ 26657-03-12 שניתנו על ידי כבוד השופט צ' גורפינקל

תאריך הישיבה : י"ב באייר תשע"ג (22.4.13)

בשם המערער בע"פ 5535/12 : עו"ד עלאא מסארווה
בשם המערער בע"פ 6471/12 : עו"ד טל ענר

בשם המשיבה : עו"ד חיים שוייצר

פסק-דין

השופט י' דנציגר:

לפנינו דיון מאוחד בערעורים שהוגשו על גזרי דין של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו שניתנו על ידי השופט צ' גורפינקל.
מבוא

שוב ניצבת לפתחנו סוגיית מדיניות הענישה ביחס לעבירות שוד המבוצעות על
ידי מבקשי מקלט השוהים בישראל. בשתי הפרשות דנן, בהמשך למדיניות שיפוטית

קודמת בה נקטו הערכאות הדיוניות, קבע בית המשפט המחוזי כי יש להחמיר את רף הענישה בעבירות שוד המבוצעות על ידי מבקשי מקלט בישראל. שתי השאלות המתעוררות בפרשות שלפנינו הן: ראשית, האם ראוי לנקוט ברף ענישה מחמיר ביחס לעבריינים על רקע השתייכותם לאוכלוסיה ספציפית או לקבוצה חברתית מסוימת (בנסיבות המקרה – השתייכות לאוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל)? שנית, מהו רף הענישה המקובל בעבירות כגון דא בנסיבות דומות והאם יש מקום להחמיר את רף הענישה בעבירות שבנדון מעבר למידת ההחמרה שאושרה על ידי בית משפט זה לאחרונה (לאחר שניתנו גזרי הדין שבנדון).

ע"פ 5535/12, ערעורו של אנגסום כאברי (להלן: כאברי) על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט צ' גורפינקל) בת"פ 37941-01-12 מיום 30.5.2012, בו הושתו על המערער, אזרח אריתריאה ומבקש מקלט בישראל – בתום שמיעת ראיות ולאחר שהורשע בקשירת קשר לביצוע פשע, לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) ובשוד בנסיבות מחמירות לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין – ארבע וחצי שנות מאסר בפועל בניכוי תקופת מעצרו; 18 חודשי מאסר מותנה, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירת שוד או אלימות כלפי אדם אחר שתוצאתה חבלה של ממש או עבירת רכוש מסוג פשע תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר.

ע"פ 6471/12, ערעורו של יוסף (פאדל) בשיר (להלן: בשיר) על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (השופט צ' גורפינקל) בת"פ 26657-03-12 מיום 19.6.2012, בו הושתו על המערער, אזרח סודן ומבקש מקלט בישראל – בתום שמיעת פרשת התביעה וכיוון שחזר בו מכפירתו והודה בשוד, לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין ובשיבוש מהלכי משפט, לפי סעיף 275 לחוק העונשין – ארבע שנות מאסר בניכוי תקופת מעצרו; 18 חודשי מאסר מותנה, והתנאי הוא שהמערער לא יעבור עבירת שוד, עבירה של אלימות כלפי אדם אחר שתוצאתה חבלה או עבירת רכוש מסוג פשע תוך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסר.

להלן יפורט הרקע העובדתי וההליכים הקודמים כמו גם גזר הדין בכל תיק בנפרד. הדיון וההכרעה בשאלות המשפטיות המשותפות שהתעוררו לפנינו יעשה במאוחד. לבסוף, ידון ויוכרע עניינם הפרטני של המערערים בנפרד ובאופן שלא יושפעו האחד מעניינו של השני. מתווה זה של הדיון נקבע בסוף הדיון שנערך לפנינו ובאי כוח הצדדים לא הביעו התנגדותם לכך.

עובדות כתב האישום

1. ביום 10.1.2012 בשעה 02:30 הלכה המתלוננת בשדרות רוטשילד בתל-אביב לכיוון צפון בדרכה לביתה לאחר סיום יום עבודתה. באותה עת שהה המערער, אזרח אריתריאה השוהה בישראל, בצוותא עם אדם אחר בצומת הרחובות רוטשילד ומזא"ה. כאשר חלפה המתלוננת על פניהם של המערער והאחר, קשרו השניים קשר לשדוד אותה. לאחר שהמתלוננת החלה ללכת ברחוב מזא"ה לכיוון מזרח, החלו המערער והאחר לרוץ לכיוונה. כאשר הסתובבה המתלוננת לכיוונם, תקפו המערער והאחר את המתלוננת בצוותא. האחר אחז בתיק בו החזיקה המתלוננת ותלש אותו בחוזקה מאחיזתה למרות התנגדותה וצעקותיה. המערער אחז במכשיר הטלפון הסלולארי של המתלוננת, מסוג אייפון, אותו החזיקה בידה וניסה לחטוף אותו ממנה. לאור התנגדותה של המתלוננת וצעקותיה. המערער הפיל את המתלוננת ארצה והכה אותה בפניה אולם בעקבות צעקותיה נמלט מהמקום ללא האייפון. מיד לאחר מכן התחלקו המערער והאחר בתכולת התיק אותו גנבו מהמתלוננת אשר הכיל בין היתר משקפי שמש, אוזניות של אייפון, כ-320 ש"ח וחבילת סיגריות. כתוצאה ממעשי המערער נגרמו למתלוננת חבלות בלחי ימין. משכך, הואשם המערער כאמור בקשירת קשר לביצוע פשע ובשוד בנסיבות מחמירות (בצוותא ותוך פציעה).

תמצית ההליכים לפני בית המשפט המחוזי

2. חרף הכחשתו, בתום שמיעת ראיות הורשע המערער בביצוע העבירות מושא כתב האישום. לבית המשפט המחוזי הוגשה הצהרת נפגעת עבירה ובה פירטה המתלוננת כי עיקר פגיעתה היא נפשית ולא גופנית וכי בעקבות האירוע היא החלה לחוש חוסר ביטחון ומאז היא מסתובבת עם מיכל גז מדמיע, חוששת ללכת לבדה בערב ובלילה. עוד הוסיפה המתלוננת כי בשעות מאוחרות היא נמנעת מללכת ברגל ונוסעת במוניות דבר שגורם לה להוצאות גבוהות יחסית. כן ציינה המתלוננת כי בכל פעם שהיא רואה זוג אזרחים זרים חולפים על פניה היא עוברת לצד השני של הרחוב ואפילו במקום עבודתה היא החלה לחשוש מהעובדים הזרים הנמצאים שם.

עיקרי גזר הדין של בית המשפט המחוזי

3. בית המשפט המחוזי ציין כי המערער הוא אזרח אריתריאה וקיבל אשרת שהייה בישראל מכוח אמנת ההגנה על פליטים. למרות שהאישור שבידו אינו מאפשר לו

לעבוד בישראל הוא מצא מקום עבודה ולכן אין לומר שביצוע השוד נבע ממצוקה כלכלית. בית המשפט המחוזי הדגיש כי בעבר נתקל במעשי שוד או אלימות על ידי עובדים זרים, פליטים או מהגרי עבודה, אולם בשנה האחרונה התגברה התופעה עד מאוד ואין לך שבוע שבו לא מתקיים דיון שבו מעורב אזרח זר במעשה אלימות או במעשה שוד. בית המשפט המחוזי הוסיף, בהמשך להצהרת נפגעת העבירה, כי רחובות הערים הפכו לבלתי בטוחים, אזרחים שלווים חוששים לצאת מבתיים מחשש לאלימות ויש צורך להעביר מסר חד משמעי כי בית המשפט לא יתן ידו למצב שבו אנשים חוששים לצאת מביתם וללכת ברחובות העיר בתום יום עבודה או לצורך בילוי. בית המשפט המחוזי הוסיף כי בית המשפט צריך להזהיר את עצמו שלא להיגרר אחר האירועים החמורים שהתרחשו בתקופה האחרונה ולא לעשות הכללות בעניין מהגרים ופליטים. יחד עם זאת, על עובדים זרים ומהגרים להפנים כי כנגד הזכות שניתנה להם להיכנס למדינת ישראל ולשהות בה, מוטלת עליהם חובה לכבד את חוקי המדינה ולא להיות מעורבים במעשים אלימים. בית המשפט הינו אחד הגורמים של רשויות המדינה שתפקידם להעניק ביטחון לאזרחים והוא חייב להושיט את ידו במסגרת הגנת הציבור וההרתעה.

4. בית המשפט המחוזי הפנה למספר גזרי דין של הערכאה הדיונית בהם הושתו בנסיבות דומות עונשי מאסר של 42 חודשים ואף 50 חודשי מאסר בפועל. בית המשפט המחוזי הטעים כי יש להעלות את טווח הענישה ולהעמידו בין שלוש לשש שנות מאסר, והעונש שייגזר על הנאשם הספציפי בתוך הטווח יושפע בין היתר מחומרת העבירה ועל פי התוצאות שנגרמו. במקרה דנן חלקו של המערער הינו מרכזי, והשוד בוצע תוך כדי נקיטת אלימות כנגד אישה, לרבות הפלתה לארץ ומתן מכת אגרוף בפניה. בית המשפט המחוזי הדגיש כי שיקול ההרתעה אמור להיות מרכזי בתיק זה ולא מן הנמנע כי בעתיד לא יהיה מנוס מהחמרת הענישה תוך העלאת הרף. לפיכך הושתו על המערער העונשים שפורטו ברישא.

ע"פ 6471/12

עובדות כתב האישום

5. ביום 12.3.2012, סמוך לשעה 13:00, הלכה המתלוננת ברחוב עקיבא גיאר בתל-אביב כשהיא אוחזת בידה מכשיר טלפון סלולארי מסוג אייפון. המערער התקרב אל המתלוננת, חטף מידה את הטלפון הסלולארי והחל לרוץ. המתלוננת רדפה אחריו וכשהצליחה לאחוז בחולצתו, תקף אותה המערער בכך שדחף אותה והפילה ארצה.

המתלוננת התרוממה, חלצה נעליה והמשיכה לרדוף אחרי המערער עד שנפל ארצה במנוסתו והפיל את הטלפון הסלולארי מידו. בשלב זה הרימה המתלוננת את הטלפון הסלולארי מהרצפה, ובתגובה ניסה המערער לחטוף אותו פעם נוספת מידה. המתלוננת צעקה לעזרה ורדפה אחרי המערער עד לעיכובו בידי עוברי אורח באזור. לאחר מעצרו התחזה המערער לפני השוטרים שעצרו וחקרו אותו לאדם אחר בשם "סופיאן (בן מחמד) פאדל בשיר" במטרה להכשיל את ההליך השיפוטי. משכך, הואשם המערער בשוד, לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין; התחזות לאדם אחר, לפי סעיף 441 לחוק העונשין; ובשיבוש מהלכי משפט, עבירה לפי סעיף 244 לחוק העונשין.

עיקרי גזר הדין של בית המשפט המחוזי

6. המערער טען לפני בית המשפט המחוזי כי אין לייחד את אוכלוסיית הפליטים ומהגרי העבודה שמגיעים לישראל מיתר העבריינים במדינה וכי יש לגזור את עונשם על פי אותו קנה מידה. בית המשפט המחוזי קבע כי הטענה נכונה, אולם כאשר מתגלית בפני בית המשפט תופעה שהופכת ל"מכת מדינה" ותופעה זו מיוחדת לסוג מסוים של אוכלוסיה, חובתו של בית המשפט להגן על הציבור מפני תופעה זו וכל טענה שמדובר בהפליה או בגזענות דינה להידחות בתוקף. בית המשפט הפנה בהקשר זה לדברים אותם הטעים בגזר הדין שניתן על ידו בעניינו של כאברי אנגסום, המערער בע"פ 5535/12 (להלן: עניין כאברי). בית המשפט המחוזי הדגיש כי מדובר במי שהמדינה איפשרה לו לשהות בתחומה מכוח אמנת האו"ם בדבר הגנה על פליטים ומשכך חובה עליו לכבד את חוקי המדינה. בית המשפט המחוזי עמד על ריבוי מקרי השוד שבוצעו על ידי פליטים ומהגרי עבודה וקבע כי יש להגן על אזרחים תמימים ובעיקר כאשר מדובר בנשים המהלכות ברחוב וחוששות ללכת לבדן שמא יותקפו לצורך נטילת רכושן. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי הינו אחד מהגורמים ברשויות המדינה שאמונים להעניק ביטחון לאזרחיה, ואחד מהאמצעים שעומדים לרשותו הוא הטלת עונשים חמורים ומרתיעים. בית המשפט המחוזי שב והדגיש, כפי שעמד על כך בעניין כאברי, כי לאור ריבוי מקרי השוד המבוצעים על ידי מבקשי מקלט ומהגרי עבודה בלתי חוקיים, יש לקבוע טווח ענישה לעבירות שוד שבין שלוש לשש שנות מאסר. בית המשפט המחוזי קבע כי טווח הענישה שנקבע בעניין כאברי ראוי ליישום גם בתיק זה, וכי רק משום שבסופו של דבר נטל המערער אחריות על מעשיו, ומשום שהאלימות שהפעיל הייתה קלה במעט מזו שהופעלה על ידי הנאשם בעניין כאברי, יש להטיל עליו עונש נמוך מעט מזה שהושת על כאברי אולם כזה שמצוי בטווח הענישה. לפיכך גזר בית המשפט על המערער את העונשים המפורטים ברישא.

כנגד שני גזרי הדין דלעיל מכוונים הערעורים שלפנינו.

הטענות בערעור

כיוון שטיעוני המערערים דומים במהותם אלו יסקרו במאוחד למעט טיעונים הנוגעים לעניינים ספציפיים.

7. המערערים – באמצעות באי כוחם, עו"ד עלאא מסארווה ועו"ד טל ענר מהסנגוריה הציבורית – טוענים כי לא הונח לפני בית המשפט המחוזי בסיס עובדתי שאיפשר לו לקבוע כי קיימת תופעה של פשיעה מוגברת בקרב "אוכלוסיית הזרים". המערערים טוענים כי בית המשפט המחוזי קבע קביעה עובדתית בדבר "מכת מדינה" והתגברות תופעת מעשי שוד בקרב מבקשי מקלט ועובדים זרים מבלי שהוצגו לו נתונים אמפיריים אובייקטיביים, תוך התבססות על "התרשמות אנקדוטלית ועל 'תחושת בטן'". המערערים טוענים, על יסוד נתונים סטטיסטיים שאספה משטרת ישראל, כי שיעור הפשיעה בקרב מבקשי מקלט הינו דווקא נמוך משיעור הפשיעה בקרב האוכלוסייה הכללית. בהקשר זה טוענים המערערים כי מספר התיקים שנפתחו ל"אפריקנים לא יהודים" בשנת 2011 עמד על 1,233, כאשר מספר מבקשי המקלט בישראל בסוף שנה זו עמד על 54,497 איש. מנתונים אלו, כך נטען, עולה כי שיעור הפשיעה בקרב "אוכלוסיית הזרים" עומד על 2.24% כאשר שיעור הפשיעה הכללי בישראל בתקופה המקבילה עמד על 4.99%. עוד נטען כי נתונים דומים עולים מדו"ח של מרכז המחקר והמידע בכנסת ישראל בנושא זה.

8. זאת ועוד, המערערים הפנו את בית המשפט לפסיקה בנוגע למדיניות הענישה הנוהגת בעבירות שוד ממנה ביקשו ללמוד כי רף הענישה המקובל בנסיבות דומות לגבי מי שאינם נמנים על אוכלוסיית מבקשי המקלט והעובדים הזרים, הינו רף נמוך יותר משמעותית וכי גזרי הדין של בית המשפט המחוזי בפרשות דנן חרגו ממדיניות הענישה המקובלת באופן קיצוני. המערערים מדגישים כי אין זה לגיטימי להחמיר במדיניות הענישה דווקא עם מבקשי מקלט או מהגרי עבודה תוך יצירת אמות מידה כפולות המבחינות בין נאשמים בשל שיקולים שלא מן העניין. המערערים טוענים כי אין להעלות את רף הענישה לגבי קבוצה מסוימת בחברה וכי העלאת טווח ענישה לגבי קבוצה מסוימת מעוררת חשש לקיטלוג, הכללה ותיוג של נאשמים לפי גזע, עדה, דת או מין. נטען כי על בית המשפט להדיר רגליו מהדיון הפופוליסטי הניטש בציבור הרחב בנוגע לפליטים ומבקשי המקלט. עוד נטען בהקשר זה כי קביעותיו של בית המשפט המחוזי אינן עולות בקנה אחד עם עקרונות של שוויון ואחידות ענישה.

9. במקרה הספציפי של כאברי טוען עו"ד מסארווה כי מדובר בשוד שלא בוצע אגב שימוש בנשק קר או חם; הרכוש ברובו המוחלט הושב לבעליו; הנזק הגופני שנגרם למתלוננת עומד ברף נמוך ביותר והאלימות שננקטה אינה חמורה. כן טוען המערער כי אין לו עבר פלילי וכי בית המשפט המחוזי לא נתן משקל הולם לנסיבותיו האישיות.

10. במקרה הקונקרטי של בשיר טען עו"ד ענר כי העונש הראוי בנסיבות העניין הוא לא יותר משנתיים מאסר בפועל. עוד טען עו"ד ענר כי בעניינם של מבקשי מקלט שהורשעו בפלילים, בשים לב לנוהל משרד הפנים, בתום ריצוי המאסר הנאשמים מועמדים לגירוש, אך בשל ההגנה הקבוצתית הניתנת למבקשי מקלט מאריתריאה וסודן – לאורה לא ניתן לגרשם – הם ממשיכים להיות מוחזקים במשמורת בתום ריצוי מאסרם, באופן שחירותם נשללת ונפגעת יותר מנאשמים אחרים שהורשעו בדין וגם שיקול זה צריך שינתן לו משקל הולם.

מכל הנימוקים דלעיל מבקשים המערערים כי בית משפט זה יתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי לעניין מדיניות הענישה הראויה בנסיבות הנדונות ויורה על הקלה באורך תקופת המאסר בפועל.

תגובת המשיבה

11. המשיבה – באמצעות בא כוחה, עו"ד חיים שווייצר – עותרת לדחיית הערעורים מנימוקיו של בית המשפט המחוזי. המשיבה מדגישה כי המציאות ברחובות הערים הפכה בעת האחרונה לקשה תוך שנפגעה תחושת הביטחון האישי של אנשים תמימים המתהלכים בחוצות העיר. המשיבה הדגישה כי שוד של טלפונים סלולאריים הפך לתופעה של ממש תוך שנפגעי העבירה סובלים מנזקים נפשיים משמעותיים. תופעה זו מחייבת התמודדות גם במישור ההרתעתי תוך העלאת רף הענישה הנוהג, ומשכך טוענת המשיבה כי צדק בית המשפט המחוזי משהחמיר בענישתם של המערערים. המשיבה טוענת כי בנסיבות הקונקרטיות היתה הצדקה להחמרה בענישתם של המערערים. בעניינו של כאברי מדובר בשוד בחבורה תוך נקיטת אלימות. בעניינו של בשיר נוסף על עבירת השוד מתוספת החומרה של ההתחזות לאדם אחר שאין לזלזל בה. המשיבה הפנתה לפסיקה בה הכיר בית משפט זה בחובתם של מבקשי המקלט, כמי שניתנה להם האפשרות לשהות בישראל, לכבד את חוקי המדינה ולהימנע ממעורבות בפלילים. המשיבה מדגישה כי יש להימנע מלייחס לבית המשפט המחוזי

כוונת קטלוג, אפליה או גזענות כנגד מבקשי מקלט שכן ההחמרה בענישה נועדה לשרת צורך הרתעתי. מכל הנימוקים דלעיל עותרת המשיבה לדחיית הערעורים.

דיון והכרעה

12. לאחר שעיינו בנימוקיהם של המערערים, האזנו בקשב רב להשלמת הטיעון בעל-פה מטעם בעלי הדין בדיון שנערך לפנינו ועיינו באסמכתאות אליהן הפנו, הגעתי לכלל מסקנה כי יש להיעתר לערעורים באופן חלקי ומשכך אמליץ לחבריי להורות על הקלת מה ברכיב המאסר בפועל שהושת על המערערים תוך שיתר רכיבי העונש עליהם הורה בית המשפט המחוזי יוותרו בעינם. מבלי להקל ראש בנימוקיו של בית המשפט המחוזי, סבורני כי בית המשפט המחוזי החמיר יתר על המידה עם המערערים וכי רף הענישה שביקש להתוות בעבירות שבנדון אינו עולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה שהינו אחד מעקרונות היסוד בתורת הענישה.

“מכת מדינה”

13. חלק משמעותי מטיעוני המערערים התמקד בשאלה האם רשאי היה בית המשפט המחוזי להתייחס אל העבירות שבנדון כאל “מכת מדינה” אם לא, כאשר המערערים הדגישו כאמור כי לא הובאו לפני בית המשפט המחוזי נתונים אמפיריים המוכיחים קיומה של תופעה כזו וכי בית המשפט קבע את שקבע על יסוד “תחושת בטן”.

שאלה מורכבת היא כיצד רשאי בית המשפט הדן בתיק קונקרטי לקבוע כי בא לפניו ביטוי של תופעה עבריינית רחבה יותר שהוא רואה בה “מכת מדינה”. האם על השופט היושב לדין להיזקק לצורך כך לנתונים עובדתיים/אמפיריים מהימנים או שמא רשאי הוא לקבוע את היקף התופעה, בין היתר, בהסתמך על התרשמותו ממספר והיקף התיקים הדומים בהם הוא דן. נוטה אני לעמדה אותה הביע חברי השופט א’ שהם במהלך הדיון שנערך לפנינו, לפיה יש לאפשר לערכאה הדיונית, הנחשפת למספר גדול של כתבי אישום ותיקים דומים, מרווח שיקול דעת וגמישות להסיק מסקנות אודות התגברותה של תופעת פשיעה בתחום עבריינות מסוים, אף אם לא הובאו לפני נתונים עובדתיים חד משמעיים. ניתן למצוא תמיכה לעמדה הנ”ל גם בפסק דינו של בית משפט זה בפרשה דומה שניתן לפני ימים אחדים בע”פ 3160/12 כריסטיאן נ’ מדינת ישראל (21.4.2013), להלן: עניין כריסטיאן), שם הדגשתי בהתייחס לקביעתה של השופטת י’ אנטסטרדם שמדובר ב”מכת מדינה” את הדברים שלהלן:

”מעיון בפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה כי העונש הכבד שהושת על המערערים נועד לתת מענה הרתעתי לתופעת ריבוי מעשי השוד המבוצעים על ידי מבקשי מקלט בישראל. בית המשפט המחוזי עמד על תופעה זו והתייחס אליה כאל ’מכת מדינה’. אין זה בלתי סביר כי מקום בו מזהה בית המשפט עליה משמעותית בפעילות עבריינית מסוג מסוים הוא ינקוט במענה עונשי הולם במסגרת הגשמת אחת מתכליותיה המרכזיות של מלאכת גזירת הדין – הרתעת היחיד והרתעת הרבים” (שם, פסקה 9).

14. ודוק, על בית המשפט לנקוט במידת זהירות ראויה טרם יגדיר תופעת עבריינות זו או אחרת כ”מכת מדינה” שכן לעיתים, העובדה שבתחום שיפוט מסוים מתרחשות עבירות רבות מאותו סוג ובנסיבות דומות אין משמעותה כי עבירות דומות מתרחשות בהיקפים דומים באיזורים אחרים במדינה. מטבע הדברים, אם מדובר בעבירות האופייניות לתחום שיפוט מסוים בשל המרקם הדמוגרפי או בשל נתונים אחרים עשוי אותו שופט להיות חשוף להטיה שעלולות להיות לה השלכות בלתי רצויות. לכן, בטרם יתייחס השופט היושב לדין לתופעה עבריינית כאל ”מכת מדינה”, שיקול שעשוי להצדיק החמרה ברף הענישה, ינקוט הוא בזהירות המתחייבת כאשר טוב יעשה אם יעלה בידו להסתמך על נתונים אמפיריים או אחרים שיש בהם כדי לעגן מסקנתו.

15. הגם שקביעתו של בית המשפט המחוזי במקרה דנן אינה מבוססת על נתונים אמפיריים, לא ניתן לומר כי הוא ביסס קביעתו על סמך ”תחושת בטן”. גם בעניין כריסטיאן עמדה השופטת אמסטרדם על התגברות ממדי עבירות השוד המבוצעת כלפי אזרחים תמימים הצועדים ברחובות העיר תל-אביב-יפו, ובמיוחד בסביבות התחנה המרכזית הישנה והחדשה בתל-אביב-יפו. מדובר אם כן לא רק בהתרשמותו של השופט גורפינקל אלא בהתרשמותם של שני שופטים מנוסים שיושבים לדין במספר גדול מאוד של תיקים דומים ומשכך הם היו רשאים להביע דעתם בדבר היקפה של תופעת העבריינות שבנדון. התרשמות זו נתמכת אף בפסיקתו של בית משפט זה בנוגע למימדיה של תופעת חטיפת טלפונים סלולאריים מידיהם של אזרחים תמימים [ראו למשל: 6378/11 בסול נ' מדינת ישראל (31.7.2012)].

החמרת מדיניות הענישה ביחס לקבוצה ספציפית באוכלוסיה

16. אלא שאף אם רשאי בית המשפט להתחשב לצורך קביעת רף הענישה בהתגברות מימדיה של תופעה עבריינית, מתעוררת השאלה האם רשאי הוא להתחשב לצורך קביעת רף הענישה בהשתייכותו של נאשם לקבוצה זו או אחרת באוכלוסיה.

דהיינו, האם ניתן לקבוע סטנדרט ענישתי שונה ביחס לשודדים הנמנים על אוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל להבדיל מנאשמים אזרחי ישראל המועמדים לדין בגין ביצוע עבירות דומות. לטעמי, התשובה לשאלה זו חייבת להיות שלילית. השתייכותו של נאשם לקבוצה מסוימת באוכלוסייה אינה רלבנטית כשלעצמה לצורך קביעת רף הענישה הראוי בגין העבירה אותה ביצע. העונש בגין עבירה צריך להיקבע בהתאם לעקרונות היסוד של תורת הענישה. בין עקרונות אלה ניתן למנות את עקרון ההלימה, המחייב יחס הגיוני ומידתי בין חומרת העבירה בנסיבותיה לבין העונש המושג על הנאשם; עקרון אחידות הענישה, לפיו בגין עבירות דומות ובנסיבות דומות ייגזר עונש זהה; ועקרון הענישה האינדיבידואלית שעניינו מתן משקל לנסיבותיו האישיות והפרטניות של הנאשם (ראו למשל: עניין כריסטיאן, פסקה 10).

17. ברי לכל כי בחברה מתוקנת לא ניתן להשלים עם קיומו של סטנדרט ענישה כפול שכן זה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון השוויון – ממנו נגזרים עקרונות משנה אחרים בתורת הענישה כגון עקרון אחידות הענישה והאיסור בדבר אכיפה ברונית – המהווה נדבך מרכזי במאפייניה החוקתיים של שיטת המשפט הישראלית. יתר על כן, גזירת עונש בהתאם למוצאו של אדם, מינו, עדתו או דתו כמוה כשקילת שיקולים זרים. לא זאת אף זאת, מדיניות ענישה המביאה בחשבון את מוצאו האתני של אדם או השתייכותו החברתית עלולה לגרור השלכות חברתיות קשות כגון תיוג שלילי והכתמה של הקבוצה הרלבנטית. בעניין זה הדגישה השופטת א' חיות בע"פ 3683/12 צגוקי נ' מדינת ישראל (20.12.2012) (להלן: עניין צגוקי) כי יש להימנע בנדון "מהכללות שאין להן מקום".

18. ודוק, איני סבור כי במקרים שלפנינו ביקש בית המשפט המחוזי להחמיר עם המערערים בשל השתייכותם לאוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל. בית המשפט המחוזי עצמו הדגיש בגזרי הדין שניתנו על ידו כי שומה עליו "להזהיר את עצמו שלא להיגרר אחר האירועים החמורים שהתרחשו בתקופה האחרונה ולא לעשות הכללות בעניין מהגרים ופליטים". לאור זאת, ניתן לקבוע כי העונשים שהושתו על המערערים אינם פרי אפליה פסולה. בנוסף לכך, עיון בגזרי הדין של בית המשפט המחוזי מגלה כי גם אם בית המשפט המחוזי התייחס לעבירות שוד המבוצעות על ידי מבקשי מקלט הוא לא ביקש ליצור אמת מידה עונשית כפולה, קרי רף ענישה שונה לנאשמים מבצעי שוד הנמנים על אוכלוסיית מבקשי המקלט ומהגרי העבודה השוהים בישראל. להבנתי יש לקרוא את גזרי הדין של בית המשפט המחוזי ככאלו המכוונים להחמרה עקרונית ושוויונית ברף הענישה הנוהג בעבירות שוד בנסיבות דומות, אף ביחס לנאשמים שהם אזרחי ישראל, עקב התגברות עבירות השוד מן הסוג שבנדון, ובמיוחד בקשר לחטיפת

מכשירי טלפון סלולארי מדיהם של עוברי אורח תמימים. אכן, מוטב היה אם בית המשפט המחוזי היה נוקט ברטוריקה שונה. ואולם, "סגנון" כתיבת גזר הדין או לשונו אין בהם כשלעצמם כדי לגבש עילת התערבות של ערכאת הערעור. בחינה קפדנית של גזרי הדין מושא הערעורים דנן מובילה כאמור למסקנה לפיה לא ניתן להסיק מהם שהחמרת רף הענישה היא תגובה הרתעתית המוגבלת לאוכלוסיית מבקשי המקלט ומהגרי העבודה השוהים בישראל.

19. לא זאת אף זאת, גם אם אין במוצאו של נאשם כדי להוות נתון התוחם את רף הענישה, יש בו כדי להשפיע על קביעת העונש בגדרי המתחם או בגדרי רף הענישה. ממה נפשך? למשל, יתכנו מקרים בהם העובדה שהנאשם הוא מבקש מקלט תשמש שיקול לקולא שכן לאחר סיום ריצוי המאסר אפשר שהנאשם יוותר במשמורת בהיותו מועמד לגירוש החוסה תחת הגנה קבוצתית, שאז ממילא שלילת חירותו מתארכת אל מעבר לתקופת ריצוי מאסרו. יחד עם זאת, מעמדו של נאשם כמבקש מקלט בישראל אינו פועל רק לקולא, אלא עשוי לפעול גם לחומרא בתוך מתחם הענישה, במובן זה שעל מי ששוהה בישראל במעמד של מבקש מקלט להימנע ממעורבות בפלילים:

"כמובן, הכל מחוייבים בכיבוד החוק ובשמירה על קיומו של שלטון החוק. אולם, דווקא מאלה אשר מבקשים לשהות בארץ ברשות ניתן לצפות להקפדה על נורמות בסיסיות. דרישה זו מהווה מעין תנאי למבקש להסתופף בצילה של המדינה וליהנות מפירותיה" [ראו למשל: ע"פ 4149/12 פלוני נ' מדינת ישראל (13.12.2012), פסקה 3].

רף הענישה בעבירות שבנדון

20. מעיון בפסקי הדין שניתנו בעניין צגוקי בהקשר לשוד לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין ובעניין כריסטיאן בהקשר לשוד לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין, עולה כי הרף העליון של מתחם הענישה הראוי בעבירות שבנדון ובנסיבות דומות נע בין 32-42 חודשי מאסר, זאת לאחר העלאת רף הענישה כתגובה עונשית להתגברות היקף עבירות השוד בנסיבות דומות. פסק הדין בעניין צגוקי ניתן אך לפני מספר חודשים ופסק הדין בעניין כריסטיאן ניתן אך בימים האחרונים. בעניין כריסטיאן הקל אמנם בית משפט זה בעונש שהושת על המערער – 50 חודשי מאסר – אך העלה את רף הענישה בעבירה לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין בנסיבות האמורות והעמידו על 42 חודשי מאסר. כמובן, שלערכאה הדיונית מסור שיקול דעת לחרוג במידה מה מרף זה בהתקיים נסיבות ממשיות המאפשרות להבחין את המקרה הספציפי לחומרא, אך גם זאת באופן מדוד

ומתון. מכאן שקביעתו של בית המשפט המחוזי בשני המקרים דנן לפיה רף הענישה בעבירות שבנדון עשוי להגיע עד כדי שש שנות מאסר וכי יש לפעול להעלאת רף ענישה זה אינה עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה שאושרה. אכן, פסק דינו של בית משפט זה בעניין כריסטיאן ניתן לאחר גזירת דינם של המערערים דנן על ידי הערכאה הדיונית ומכאן שפסק הדין בעניין כריסטיאן לא עמד לנגד עיניו של בית המשפט המחוזי. יחד עם זאת, לצורך הדיון בערעורים דנן מן הראוי ליתן את הדעת לדברים שהודגשו בעניין כריסטיאן.

21. כאמור אחד מעקרונות היסוד של תורת הענישה הוא עקרון ההלימה. מבלי להקל ראש בעבירת שוד בנסיבות שבנדון, חומרתה אינה מצדיקה ענישה כה כבדה של שש שנות מאסר בפועל, ענישה אשר מושתת לעיתים בגין עבירות חמורות בהרבה. בכל הכבוד, צריך שיתקיים מדרג סביר בין העונשים המושתים בגין עבירות שונות. אין דינה של עבירת רכוש שבביצועה מעורבת אלימות קלה כדינה של עבירת רכוש שבמהלכה מופעלת אלימות קשה כלפי נפגע העבירה. בהיעדר מדרג ענישתי הולם אפשר שתסוכל תכלית ההרתעה בעבירות חמורות יותר. לא זאת אף זאת, גם החמרה ברף הענישה צריך שתעשה באופן מדוד, מתון והדרגתי (עניין כריסטיאן, פסקה 10). לאור זאת, דומני כי קביעתו של בית המשפט המחוזי באשר למידת החמרת רף הענישה אינה יכולה לעמוד כפי שהיא מהטעמים הנזכרים לעיל ובמיוחד בהתחשב בסמיכות הזמנים ביחס למתן פסק הדין בעניין כריסטיאן.

מן הכלל אל הפרט

22. מעשיהם של המערערים חמורים ופגעו בביטחון האישי של אזרחי המדינה. אין מדובר רק בנזק רכושי כי אם גם בנזק נפשי שיש לו השלכות על שגרת חייהם של נפגעי העבירה. מסכים אני כי יש להשית על המערערים עונשים מוחשיים ומרתיעים. בעניין כריסטיאן הדגשתי כי "החמרת הענישה המושתתת על מבצעי שוד – ובפרט כשקורבנות העבירה משתייכים לקבוצות מוחלשות באוכלוסייה (לרבות: זקנים, נכים וקטינים) – נועדה להבטיח את הביטחון האישי של אזרחי ותושבי המדינה והיא ראויה ומוצדקת" (שם, פסקה 9). יחד עם זאת, כאמור בית המשפט המחוזי חרג במקרים שלפנינו מרף הענישה העליון שנקבע על ידי בית משפט זה ולכן אמליץ לחבריי להקל במידה מה במשכו של המאסר בפועל שהושת על המערערים כדלקמן:

(א) בעניינו של כאברי, שביצע עבירה לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין בחבורה תוך נקיטת אלימות, אציע לחבריי להפחית את עונש המאסר בפועל ולהעמידו על 46

חודשי מאסר בפועל בניכוי תקופת מעצרו. אכן, עונש זה חורג מרף הענישה עליו הצבעתי לעיל, אך חריגה זו אפשרית במקרה דנן שכן להבדיל מבשיר, כאברי עבד בישראל והתפרנס מעבודתו. יודגש כי אין באמור להביע עמדה לפיה יש לנהוג בגישה מקלה ביחס למבקשי מקלט המבצעים שוד כדי להתקיים בהעדר פרנסה. מצוקה כלכלית אינה מהווה הצדקה לביצוע עבירות.

(ב) בעניינו של בשיר, שביצע עבירה לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין, אציע לחבריי להפחית את עונש המאסר בפועל ולהעמידו על 40 חודשי מאסר בפועל בניכוי תקופת מעצרו. אכן, אין מדובר בעונש קל אך לעבירת השוד התווספה בנסיבות העניין התחזות לאדם אחר שאין להקל בה ראש ויש לה השלכות ממשיות שעליהן עמד בא כוח המשיבה בדיון שנערך לפנינו. התחזות זו שימשה בידי בשיר על מנת לשבש את חקירת המשטרה וגם לכך יש ליתן את המשקל ההולם.

יתר רכיבי העונש יוותרו בעינם.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט דנציגר, ואטול חרות לעצמי להוסיף דברים קצרים. ראשית, לעניין "מכת מדינה". עדיף בעיניי, והדבר כמובן הוא מצוות השכל הישר, כי ככל שבידי המדינה מידע מסודר על התגברותה של תופעה עבריינית שהיא מתבקשת להתייחס אליה כאל מכת מדינה, עליה למסור אותו לבית המשפט. יתר על כן, עליה להתאמץ תדיר לאסוף מידע רלבנטי בכגון דא, שכן בסיס אמפירי הוא ככלל אובייקטיבי ומשכנע. ראוי כי התביעה תתן דעתה לכך; בנושא כמו זה העומד במוקד שני הערעורים דהאידנא, אין קושי רב לספק לבתי המשפט נתונים עדכניים, ובמבט צופה פני עתיד יש לקוות כי כך ייעשה, לשם אמינות התביעה ולשם עשיית צדק.

ב. ואולם, חוש המומחיות של בית המשפט עשוי – כפי שציין חברי – להיות רלבנטי גם לעצמו, בשל היחשפות בית המשפט לתיקים רבים ובשל נסיונו. להתרשמותו החוזרת ונשנית יש מקום ליתן משקל, כמובן מתוך הנחה של זהירות ראויה בהטבעת החותם של "מכת מדינה", על משמעותו הענישתית, תוך ההנמקה המתאימה.

ג. ובמיוחד מצטרף אני בכל לשון ולב להערות חברי לעניין האיסור לזקוף לעניין העונש את השתייכותו של נאשם לקבוצה כזאת או אחרת באוכלוסיה. אמרה תורה: "משפט אחד יהיה לכם כגר כאזרח יהיה אני ה' אלהיכם" (ויקרא כ"ד, כ"ב); וכדברי רש"י במקום, "אלהי כולכם, כשם שאני מיוחד שמי עליכם, כך אני מיוחדו על הגרים". והדברים פורשו על-ידי חכמינו "משפט אחד יהיה לכם, משפט השווה לכולכם", בבלי בבא קמא פ"ד, א'; אנציקלופדיה תלמודית י"ב, תרצג-תרצד, בערך "חובל"; ועוד, "הלא אב אחד לכולנו, הלא אל אחד בראנו" אומר הנביא מלאכי (ב', י'). אכן, אין דופי בהנחה ובאמירה, כי הנמצא בישראל כפליט וכאורח, צריך להקפיד שבעתיים שלא לעבור עבירות, וכבר נאמר לא אחת, כי "יבוא" של עבריינות אינו מקובל על המדינה ועל בתי המשפט בה. ואולם, ובמוטעם, רף הענישה אינו קשור, במישור הערכי והמשפטי, בהיותו של אדם ממקור או ממוצא מסוים, צבע, מגדר, דת ולאום כאלה או אחרים, או כל כיוצא בזה; דבר זה הדעת אינה סובלתו, ואינו תואם כל עיקר את ערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. בתוכה, במיוחד כיהודים שסבלו מתיוג ממאיר והרסני לאורך ההיסטוריה, מצווים אנו להיאבק בתיוג הזולת – "דעלך סני לחברך לא תעביד", מה שעליך שנוא, לחברך לא תעשה, אומר התנא הלל הזקן (בבלי שבת ל"א, א'); ראו גם דברי השופט ברנזון בבג"ץ 392/72 ברגר נ' הועדה המחוזית לתכנון ובניה חיפה, פ"ד כז(2) 764,771 (1973); א' ברק, שופט בחברה דמוקרטית (2004), 145. אכן, מסכים אני עם חברי (פסקה 18), כי בית המשפט המחוזי לא נתן ידו כשלעצמו להדבקת תוויות, ואף הזהיר עצמו וגישתו המחמירה באה במסגרת כללית, אף אם יכול היה הסגנון להיות שונה, כמות שציין חברי. אין בכך כדי לגרוע מן השיקולים שעליהם דיבר חברי בפסקה 19 לחוות דעתו לעניין התחשבות בנסיבות ספציפיות לקולה או לחומרה, ובסופו של דבר יפעל השכל הישר גם בכגון דא בכל מקרה לגופו.

ד. מצטרף אני להנמקות חברי לעניין המקרים הספציפיים ולתוצאות אליהן הגיעו.

ש ו פ ט

השופט א' שהם:

הנני מצטרף לחוות דעתו של חברי, השופט י' דנציגר ולהערותיו של חברי, השופט א' רובינשטיין.

אבקש לנצל הזדמנות זו, ולהעיר מספר הערות משלי:

א. מקובלת עליו עמדתו של השופט רובינשטיין, כי במקום שבו נטען כי תופעה עבריינית מסוימת היא בגדר "מכת מדינה", דרך המלך היא להשתית טענה זו על מידע המבוסס על מחקרים אמפיריים, ועל נתונים סטטיסטיים.

עם זאת, הנני מייחס חשיבות רבה לתחושתו והתרשמותו של בית המשפט היושב על המדוכה, אשר נחשף, פעם אחר פעם, לעניינים מסוג זה, בתדירות גבוהה מהרגיל, ורשאי הוא להניח כי מדובר בהתגברות משמעותית של התופעה העבריינית, עד כדי "מכת מדינה". כך, למשל, נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, כאשר דובר בשימוש בסכינים ובכלי משחית אחרים לפתרון סכסוכים ומחלוקות, כי עסקינן ב"מכת מדינה", ולא ידוע לי על קיומו של מחקר אמפירי בעניין זה.

ב. חבריי ציינו, בצדק, כי בית משפט קמא לא קבע כי יש להחמיר בגזר דינם של המערערים בשל מוצאם האתני, ומעמדם כמבקשי מקלט בישראל. הנני רואה חשיבות רבה לחזור ולהבהיר את הדברים, גם אם ניתן היה להתנסח, בנושא רגיש זה, ביתר זהירות.

אין ספק בעיניי, כי כוונתו של בית משפט קמא היתה להתגברות התופעה שעניינה שוד תיקים ומכשירי טלפון ניידים, תוך שימוש באלימות, וחוששני כי מדובר בחזרה לימים, שהתרחשו לפני כעשור, שבהם נחטפו תיקים מעוברי אורח, בעיקר על-ידי עבריינים שהיו רכובים על קטנועים. גם אז, הגיבו בתי המשפט על תופעה זו בהחמרה משמעותית בענישה.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' דנציגר.

ניתן היום, כ"א באייר תשע"ג (1.5.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט