



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 10358/08

בפני: כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופט י' דנציגר  
כבוד השופט נ' הנדל

המערער: איסמעיל אזברגה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו  
מיום 10.11.08 בת"פ 1094/07 שניתן על ידי כבוד  
השופטים: ש' דותן, ד' גנות וש' שוחט

תאריך הישיבה: י"ז באדר התש"ע (3.3.2010)

בשם המערער: עו"ד אבי כהן

בשם המשיבה: עו"ד רחל זוארץ-לוי

### פסק-דין

השופט ס' ג'ובראן:

לפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב יפו מיום  
10.11.2008 (ת"פ 1094/07, כבוד השופטים ש' דותן, ד' גנות וש' שוחט).

1. המערער הורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון בעבירה של הריגה לפי  
סעיף 298 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), ובעבירה של החזקת  
נשק בלא רשות על פי דין, לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין. על פי הנטען בכתב  
האישום המתוקן התגלע סכסוך בין משפחתו של המערער, משפחת אזברגה, לבין  
משפחת נאשף. הרקע לסכסוך הינו אירוע שבו נדקר מוחמד אזברגה (להלן: המנוח) על  
ידי בילאל נאשף במהלך קטטה המונית, ולאחר מכן הוא נפטר כתוצאה מפצעיו. אביו  
של בילאל נאשף, מאהר נאשף, ניסה להגיע לסולחה עם משפחת המנוח, אולם נדחה

על ידם בקובעם כי לא תהיה כפרה על דמו של המנוח וכי הם ינקמו את דמו. המערער – דודו של המנוח – החל לתכנן את נקמת הדם, וגייס את הנאשם הנוסף בכתב האישום – אחיו של המנוח – ואדם נוסף על מנת לסייע לו בהוצאת תוכניתו מן הכוח אל הפועל, ולפגוע במאהר נאשף. בתאריך 9.4.2007 בשעה 21:00 יצא מאהר נאשף מביתו כשהוא נוהג ברכבו. המערער, שהמתין לו בקרבת מקום כשהוא מצויד באקדח, התקרב לרכב וירה בו דרך חזית הרכב ודרך דלת מושב הנהג. בעקבות הירי נפצע מאהר נאשף אנושות, וכעבור מספר ימים נפטר. בנוסף נטען כי בתאריך 22.4.2007, באזור שכונת הברדואים בטייבה, בסמוך למתחם של משפחת אזברגה החזיקו המערער והנאשם הנוסף אקדח מתוצרת FN שמספרו 11732.

2. ביום 10.11.2008 גזר בית המשפט המחוזי על המערער בגין עבירת ההריגה עונש של 17 שנות מאסר, מתוכן 15 שנים לריצוי בפועל, והיתרה על תנאי. כמו כן הוטלו עליו 18 חודשי מאסר בגין עבירת החזקת הנשק בניגוד לדין, מתוכם 12 חודשים לריצוי בפועל, שירוצו בחופף לעונש בגין עבירת ההריגה, והיתרה על תנאי. על הנאשם הנוסף בפרשה, שהורשע בעבירות של סיוע להריגה והחזקת נשק בניגוד לדין, הוטל, בגין העבירה של סיוע להריגה, עונש של 36 חודשי מאסר, מתוכם 24 חודשים לריצוי בפועל, והיתרה על תנאי. כמו כן הוטלו עליו 18 חודשי מאסר בגין עבירת החזקת הנשק בניגוד לדין, מתוכם 12 חודשים לריצוי בפועל, שירוצו בחופף לעונש בגין עבירת הסיוע, והיתרה על תנאי.

3. בית המשפט המחוזי קבע כי מעשיו של המערער חמורים ביותר, משום שמעשה ההריגה היה מעשה מכוון ומתוכנן אשר נבע מרצונו המפורש והברור לפגוע במאהר נאשף. כמו כן, נקבע כי מכתב האישום עולה כי המערער היה הרוח החיה בתכנון וביצוע הפגיעה, הוא פעל בקור רוח על פי תוכניתו, עקב אחר מאהר נאשף וארב לו, וברגע מסוים ירה לעברו מספר יריות בחלקי גוף שונים, יריות שגרמו למותו. כלומר מדובר בפגיעה מכוונת, ובמעשה שהסתיים בקטילת אדם חף מפשע אשר לא הרע למערער. נהפוך הוא, מאהר נאשף עשה מאמצים להביא לסולחה בין משפחתו לבין משפחת המנוח, אלא שמשפחת המנוח דחתה את ניסיונותיו לסיים את הסכסוך שפרץ בין המשפחות, ומשכך יש להתייחס להתנהלותו של המערער בחומרה רבה ביותר, ויש להחמיר עמו הן על מנת למצות עמו את הדין, והן על מנת ליצור אפקט הרתעתי אשר יגרום לאחרים להימנע ממעשי נקם רצחניים, ולהשאיר את העונשת העבריינים בידי שלטונות החוק במדינת ישראל. לעניין הטענה כי מדובר במעשה התואם את מסורת נקמת הדם הנהוגה בעדה הברדואית, קבע בית המשפט המחוזי כי

מדינה מתוקנת איננה יכולה להרשות לעצמה קיומן של מסורות עדתיות אלימות כגון דא, וחובה עליה לפעול למיגורן, על כן אין מקום לקבל קו טיעון זה. לעניין הטענה כי יש להקל בעונשו של המערער לאור העונש הקל (30 חודשי מאסר בפועל) שנגזר על בילאל נאשף שהרג את המנוח קבע בית המשפט המחוזי כי אין ספק, שהעונש שנגזר על אותו נאשם הינו קל ביותר, אלא שמדברי בית המשפט עולה כי אותו נאשם הכחיש כי דקר את המנוח, אולם בית המשפט דחה את טענותיו וקבע שהוא זה שדקר את המנוח וגרם למותו. בית המשפט הוסיף והבהיר, כי אילו לא היה מכחיש הנאשם באותו מקרה את מעורבותו בדקירת המנוח, יתכן שהיה מזוכה מחמת הגנה עצמית, ובשל כך, ורק בשל כך, נגזר על אותו נאשם עונש קל. כאמור במקרה שלפנינו מעשיו של המערער היו מכוונים ומתוכננים ולכן, גרס בית המשפט המחוזי, כי אין מקום להשוואה בין המקרים. בנוסף קבע בית המשפט המחוזי כי במקרה שלפנינו בהתחשב בעובדה שעבירת ההריגה הינה המשמעותית יותר מבין שתי העבירות בהן הורשעו המערער והנאשם הנוסף, יש לקבוע כי העונש בגין החזקת הנשק ירוצה בחופף לעונש בגין עבירת ההריגה. לאור כל האמור לעיל גזר בית המשפט המחוזי את העונשים, כפי שפורט לעיל.

#### מכאן הערעור שלפנינו.

#### טענות הצדדים

4. המערער טוען כי שגה בית המשפט המחוזי כאשר גזר את עונשו לחומרה יתרה. לטענתו לא ניתן משקל ראוי לנסיבותיו האישיות ולנסיבות בהן נעשתה העבירה. עוד הוא טוען כי עונשו פוגע בעקרון אחדות הענישה שכן, לא ייתכן כי עונשו יחרוג בצורה כה משמעותית מעונשו של הנאשם הנוסף בפרשה, וכן מעונשו של בילאל נאשף אשר בעקבות מעשיו פרץ הסכסוך בין המשפחות. על כן, לטענתו, יש להפחית בעונשו וזאת על מנת לאזן כראוי את העונשים של כל המעורבים בסכסוך בין המשפחות. בנוסף טוען המערער כי כיום יש לתת משקל בשלב גזירת העונש להליכי הסולחה בין המשפחות. בסיכומו של דבר מבקש המערער להפחית באופן משמעותי את עונש המאסר בפועל שנגזר עליו, באופן שלא יעלה על עשר שנים.

5. מנגד סומכת המשיבה את ידיה על פסק דינו של בית המשפט המחוזי. לטענתה המערער הורשע בעבירות חמורות ביותר, ואין מקום להקל עימו. כמו כן, טוענת המשיבה, כי בית המשפט המחוזי איזן כראוי את כלל השיקולים וגזר את עונשו של המערער בהתאם למדיניות הענישה בעבירות בהן הורשע.

6. לאחר עיון בהודעת הערעור ובנספחיה, ולאחר ששמענו את טיעוני הצדדים, הגענו למסקנה כי דין הערעור להידחות. הלכה היא כי ערכאת הערעור תתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים של סטייה ברורה ממדיניות הענישה הראויה (ראו למשל ע"פ 9097/05 מדינת ישראל נ' ורשילובסקי (לא פורסם, 3.7.2006); ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל, פסקה 7(ב) (לא פורסם, 3.2.1998); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (טרם פורסם, 29.1.2009)). במקרה הנדון לא מצאנו סטייה שכזו. גזר דינו של בית המשפט המחוזי מבוסס ומנומק, והוא הביא בחשבון את כלל השיקולים לחומרה ולקולה.

7. מעשיו של המערער חמורים ביותר. אל מול אלימות קטלנית שכזו, המכרסמת ביסודות החברה בה אנו חיים, יש לנקוט בענישה מרתיעה מאחורי סורג וברית. המערער בקור רוח חילל את ערך קדושת החיים, שהינו ערך עליון בשיטת המשפט הישראלית (ראו ע"פ 4688/09 דאב נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.12.2009); ע"פ 865/09 חמאד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.12.2009) (להלן: פרשת חמאד)).

8. במקרה שלפנינו חשוב לחזור ולהבהיר כי "מסורת" ו"מנהג" מעורר סלידה כגון נקמת דם, אין בידנו לקבל ויש להוקיע אותו באמצעות ענישה מרתיעה ביותר. הטענה כי יש לזכות או להפחית בעונשו של נאשם מן הטעם שמעשהו בוצע על רקע תרבותו או ערכי הקבוצה אליה הוא שייך או מנהגיה מכונה בספרות "הגנה תרבותית" (Cultural Defense) (ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 612 (2008) (להלן: רבין וואקי); שרון דותן "על מקומה של 'ההגנה התרבותית' במשפט הפלילי בישראל" הסניגור 86 (2004); ליאון שלף "הגנה ענינית על 'הגנה תרבותית' – על המשמעות הממשית של רב-תרבותיות" סוציולוגיה ישראלית ד(1) 87 (2002); מנחם מאוטנר משפט ותרבות בפתח המאה העשרים ואחת (2008) (להלן: מאוטנר). ראו גם DUNDES RENTELN THE CULTURAL DEFENSE (2004); *The Cultural Defense In The Criminal Law*, 99 HARV. L. REV. 1293 (1985–1986); *The Cultural Defense: Traditional or Formal*, 10 GEO. IMMIGR. L.J. 241 (1996); John C. Lyman, *Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?*, 9 CRIM. JUST. J. 87 (1986); Taryn F. Goldstein, *Cultural Conflicts In Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize a "Cultural Defense"?*, 99 Dick. L. Rev 141 (1994); Martin Golding, *The Cultural*

(2002) 146 (15 *Defence*, *RATIO JURIS*). הסוגיה של הגנה תרבותית במשפט הפלילי התפתחה בעקבות התפתחות הגישה הרב תרבותית והדיון בהשלכותיה על תחומי משפט שונים (על רב תרבותיות ראו באופן כללי מאוטנר, עמ' 232; אמנון רובינשטיין "שקיעתה, אך לא מותה, של הרב תרבותיות" הפרקליט מט 47 (2006) (להלן: רובינשטיין); גרשון גונטובניק "הזכות לתרבות בחברה ליברלית ובמדינת ישראל" עיוני משפט כז 23 (2003) (להלן: גונטובניק); מייקל וולצר "אילו זכויות מגיעות לקהילות תרבותיות?" רב תרבותיות במבחן הישראלי 53 (אוהד נחתומי עורך, תשס"ה); אבישי מרגלית ומשה הלברטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 93 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998); יעל תמיר "שני מושגים של רב תרבותיות" רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית 79 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, 1998); זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004). ראו גם Will Kymlicka, *Introduction: Struggles for Inclusion and Reconciliation in Modern Democracies*, in: WILL KYMLICKA AND BASHIR BASHIR (ed.) *THE POLITICS OF RECONCILIATION IN MULTICULTURAL SOCIETIES* 1 (Oxford University Press, 2008); WILL KYMLICKA *MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS* (Oxford University Press, 1995); WILL KYMLICKA, *LIBERALISM, COMMUNITY AND CULTURE* (Oxford University Press, 1989).

טענה בדבר הגנה תרבותית העולה במשפט הפלילי מעוררת דילמות כבדות משקל באשר לגישה הרב תרבותית הליברלית. הליברליות הרב תרבותית הכירה בחשיבות של התרבות, ובחשיבות השמירה על התרבות למען הגשמת זכותו של הפרט לאוטונומיה (ראו Joseph Raz, *Multiculturalism: A Liberal Perspective*, in *ETHICS IN THE PUBLIC DOMAIN: ESSAYS IN THE MORALITY OF LAW AND POLITICS*. 170 (1994). ראו גם ע"א 2781/93 דאקה נ' בית החולים כרמל, פ"ד נג (4) 526, 570 (1999); גונטובניק, עמ' 36). כעת, בטענה של הגנה תרבותית במשפט הפלילי, הרב תרבותית הליברלית צריכה להתמודד עם אתגר משמעותי ומורכב: מה דינה של תרבות שאינה ליברלית? האם המדינה הליברלית הרב תרבותית צריכה להיות סובלנית כלפי פרקטיקה תרבותית כגון נקמת דם או רצח, כפי שמכונה "על רקע כבוד המשפחה"? ברי, כי "במדינת חוק לא ניתן להשלים עם המנהג של "נקמת דם", ויש להוקיעו. משכך אין ליתן משקל לקולא בעת גזירת הדין לעובדה שהמעשים בוצעו כ"נקמת דם" של בן משפחה" (ע"פ 6095/08 סלומון נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 29.12.2008); פרשת חמאד). לפני ההכרה בזכותו של הנאשם לתרבותו יש להגן על זכותו של הקורבן על חייו ועל שלמות גופו. על כן, לסובלנות בחברה הרב תרבותית יש גבולות. גבולות אלו יקבעו על ידי איזון בין הגישה הרב תרבותית לבין הגישה הליברלית (על נוסחת איזון

מוצעת ראו רובינשטיין, עמ' 88). מובן הוא כי באיזון זה מנהגים אלימים, כגון נקמת דם, רצח "על רקע כבוד המשפחה" וכדומה, יוצאים אל מחוץ ל"מגרש" הרב תרבותי. אין שום דרך לקבל מנהג תרבותי הנוקט דרך של אלימות קשה. יש להילחם מלחמת חורמה במנהגים אלימים מעין אלו. אנו מחויבים לשמור על אמות מידה מוסריות בסיסיות, ובראשן קדושת החיים ושלמות הגוף. מנהג תרבותי שיש בו פגיעה בערכי יסוד בסיסיים אלו אינו מקובל בחברה ליברלית רב תרבותית (ראו גונטובניק, עמ' 40), ויש לנהוג כלפיו בגישה של אפס סובלנות. אשר על כן, כאשר נטען כי גילוי אלימות נעשה על רקע תרבותי, אין מקום ליתן לכך משמעות במסגרת הדין הפלילי, וזאת מכיוון ש"המשפט הפלילי מהווה את הגבול העליון של הסובלנות, אשר מעבר לו התחשבות וסובלנות כלפי תרבויות לא ליברליות ולא סובלניות אינן בגדר הרצוי" (רבין וואקי, עמ' 613). אסור לתת לגישה הרב תרבותית לגבור על ערכים ליברלים בסיסיים, ואין מקום לשמר ערכים שאינם הולמים זכויות אדם בסיסיות ובראשם את קדושת החיים ושלמות הגוף. "ברור הוא כי טיעון בדבר שונות ויחסיות תרבותית אינו יכול להיות מעטה להכפפתה של קבוצה באוכלוסיה ולדיכוייה ... ובוודאי לא להוות הצדקה לקלות הבלתי נסבלת של נטילת חיי אדם בשמו של ערך זה" (ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם 27.5.2005)). על כן אין לתת ביטוי במשפט הפלילי לטענה כי מעשה אלימות קשה נעשה על רקע תרבותי זה או אחר. למעשי אלימות אין כל הצדקה. עמד על כך חברי השופט נ' הנדל בפרשת חמאד:

"המשפט, כמובן, מכיר בעולם הרב-תרבותי ... ברם, שונים פני הדברים עת עסקינן בהעלאת טענה זו במסגרת הגנה בפלילים, וודאי בעבירה חמורה דוגמת עבירת הריגה ... עבירת אלימות מכל סוג פוגעת בזולת. לפיכך, התחשבות בטענה – 'כך נהוג אצלנו' – באה על חשבון הקורבן ... הפרט חייב לקיים את הנורמה ההתנהגותית המחייבת. ייתכן כי יחיד זה או אחר לא יסכים עם החוק, אך הדין מחייבו. כפי שזכויות משותפות של הפרט עשויות לאחד את הקבוצה, כך גם חובות".

9. יחד עם זאת, אין זה המקום לדון ולהרחיב בדבר אתרי המשפט בכלל, ואתרי המשפט הפלילי בפרט, בהם ניתן לשלב שיקולים תרבותיים מסוימים (ראו רבין וואקי, עמ' 629-620). מכל מקום, במקרה שלפנינו, הגישה הינה ברורה, כפי שציינ בית המשפט המחוזי, אין כל מקום לקבל את התנהגותו של המערער כחלק מנוהג תרבותי מסוים. התנהגות שכזו ראויה לכל גינוי ודורשת מאסר ממושך ומרתיע, וזאת על מנת שידע כל מי שנוטל לעצמו את החרות לנהוג באלימות ולפגוע בקדושת החיים, כי הוא ישלם על כך בחרותו.

10. יתר על כן, המערער הורשע בעבירת ההריגה, אולם נסיבות המקרה מלמדות כי מעשיו נמצאים ברף העליון של עבירה זו (ראו ע"פ 3892/09 אופצ'ינר נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 14.1.2010)). המערער בשיקול דעת החליט לבצע נקמת דם, לשם כך הוא תכנן יחד עם אחרים את ביצועה. לאחר מכן הוא הצטייד באקדח ובקור רוח פתח בירי לעבר מאהר נאשף, אשר נפטר כתוצאה מפצעי הירי. הקלות הבלתי נסבלת שבה מקפד אדם את חייו של אדם אחר, מחייבת אותנו להכביד את ידנו ולהציב את האינטרס הציבורי בראש סדר העדיפויות במקרים מעין אלו.

11. כמו כן, עקרון אחידות הענישה מהווה שיקול חשוב בגזירת העונש, אולם ידוע הוא שאין הוא שיקול יחיד (ראו ע"פ 9792/06 חמוד נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 1.4.2009)), ועל בית המשפט הגוזר את העונש להביא בחשבון שיקולים שונים ולאזן ביניהם בצורה הראויה. ידוע הוא כי "כל מקרה והנסיבות המיוחדות שבצדו, לאמור: נסיבות העבירה ונסיבותיו האישיות של הנאשם" (ע"פ 5640/97 רייך נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 433, 470 (1999)). הנסיבות החמורות של המעשה שלפנינו ותוצאתו הקטלנית מצדיקים את העונש שנגזר על המערער, על אף העונש שקיבל שותפו לאירוע העבירה, אשר הורשע בסיוע לעבירת ההריגה. מכתב האישום עולה כי המערער היה המתכן והמבצע של האירוע הקטלני. תפקידו של הנאשם הנוסף היה בסיוע למערער להגשים את התוכנית, כגון הודעה על כך שמאהר נאשף יצא מהמוסך (ראו סעיף 11 לכתב האישום), אולם הסיוע לא היה בזמן האירוע הקטלני עצמו, כפי שציין בית המשפט המחוזי:

"חלקו של שאדי התמצה בהיכרותו את תוכניתו של איסמעיל, הצטרפותו אליו, ונכונותו לשמש מתווך בשיחת הטלפון בין הקטין לבין איסמעיל בנוגע למועד יציאתו של המנוח מהמוסך. ודוק: איסמעיל לא ירה במאהר לאחר שקיבל את האינפורמציה האמורה באמצעות שאדי, אלא רק מספר שעות לאחר מכן, כאשר מאהר יצא פעם נוספת מביתו. בכל האמור יש כדי להקל בעונשו של שאדי".

בנוסף ציין בית המשפט המחוזי כי הנאשם הנוסף הוא בעל פיגור קוגניטיבי עם קווי אישיות לא בשלה, והוא שרוי בדיכאון ובעצב מאז מות אחיו. כמו כן, הנאשם הנוסף אינו יודע קרוא וכתוב, והוא מסוגל לחשיבה קונקרטיית ובסיסית מאוד. בנוסף, נקבע כי הוא נגרר לביצוע העבירות בהן הודה המערער. עם זאת, ציין בית המשפט המחוזי, כי אין להקל ראש בעובדה שהנאשם הנוסף היה מודע לתכנון הריגתו של

מאהר נאשף, וכן אין להקל ראש בעובדה שהוא לא ניסה להניא את המערער מביצוע תוכניתו.

12. נודה כי התלבטנו האם יש מקום להתערבות מתונה בעונש המאסר בפועל אשר נגזר על המערער, לאור פער הענישה המשמעותי בינו לבין הנאשם הנוסף. אולם, על אף פער הענישה ביניהם והעונש הנוטה לקולה שנגזר על הנאשם הנוסף, ניתן כאמור, למצוא בפסק דינו של המשפט המחוזי הצדקה לפער זה, וזאת לאור נסיבות המקרה ונסיבותיו המיוחדות של הנאשם הנוסף. מכל מקום אין זה מקרה אשר מצדיק התערבותה של ערכאת ערעור בעונש, שכאמור אינו סוטה ממדיניות הענישה הראויה לאור חומרת המקרה והתוצאה הקטלנית בה חולל הערך העליון של קדושת החיים.

סוף דבר, אנו דוחים אפוא את הערעור.

ניתן היום, א' בניסן התש"ע (16.3.2010).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט