



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 7006/14

ע"פ 7096/14

ע"פ 7225/14

לפני: כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' עמית

המערער בע"פ 7096/14: חזי כהן
המערער בע"פ 7006/14: שי תורג'מן
המערער בע"פ 7225/14: אליאור סאדה

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(השופט ד' רוזן) בתפ"ח 13-09-15674 מיום 23.9.14

תאריך הישיבה: י"א באדר התשע"ה (02.03.15)

בשם המערער בע"פ 7006/14: עו"ד ששי גז, עו"ד עידן שני

בשם המערער בע"פ 7096/14: עו"ד יורם שפטל, עו"ד מיטל דנינו

בשם המערער בע"פ 7225/14: עו"ד ערן עמרני

בשם המשיבה: עו"ד סיגל בלום

בשם שירות המבחן למבוגרים: עו"ס ברכה וייס

פסק-דין

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. שלושה ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו
(השופט ד' רוזן) בת"פ 13-09-15674 מיום 23.9.14, בגדרו נגזרו על שלושת
המערערים העונשים הבאים: שנתיים מאסר בפועל; שנת מאסר על תנאי אם יעברו

במשך 3 שנים מיום שחרורם עבירה מן העבירות בהן הורשעו, או כל עבירה אחרת ממניע גזעני; פיצוי בסך 2,000 ₪ לכל אחד משלושת המתלוננים; וקנס בסך 4,000 ₪. במוקד הפרשה, שלושה אירועים של התנכלות לנתינים זרים ממוצא סודני ואריתראי.

רקע והליכים קודמים

ב. ביום 9.6.14 הורשעו שלושת המערערים; חזי בן אליהו כהן – יליד 1992 (המערער 1), אליאור בן יוסף סאדה – יליד 1992 (המערער 2), ושי בן גבריאל תורג'מן – יליד 1991 (המערער 3), יחד עם אדם נוסף, בנימין בן מלכיאל שולומוב (שולומוב), בכתב אישום מתוקן. על פי האישום הראשון, ביום 26.5.13 נסעו המערערים באזור דרום תל אביב, במטרה לאתר נתין סודאני או אריתראי ולהתנכל לו. בסביבות השעה 2:30 בלילה הבחינו המערערים בטסגאי גבריסוס (המתלונן 1) רכוב על אופניו החשמליים ברחוב מסילת ישראל. המערערים האיצו את רכבם לעברו לשם הקנטתו והפחדתו, עד שנדחק לשולי הכביש. אז הוציא המערער 2 את פלג גופו העליון מחלון הרכב, והכה במתלונן 1 בגבו פעמיים באמצעות חפץ. המתלונן 1 ניסה לחמוק מן המערערים, אך משאלה סירבו להניח לו, השליך את אופניו הצידה וברח רגלית מהמקום. המערערים נטלו את אופניו של המתלונן 1. בגין אירוע זה יוחסו למערערים עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע (תקיפה "סתם" בנסיבות מחמירות על רקע גזעני וגניבה), תקיפה הגורמת חבלה של ממש בנסיבות מחמירות (בצוותא חדא) על רקע גזעני, וגניבה.

ג. על פי האישום השני, ביום 10.7.13 נסעו המערערים ברכבם עם שולומוב, כדי לתור אחר נתין אריתראי או סודני לו יוכלו להתנכל. בסביבות השעה 01:30 בלילה הבחינו במיקאל טספטאון (המתלונן 2) יושב על ספסל ובידו מכשיר טלפון נייד. המערערים עצרו את רכבם בסמוך למתלונן 2; המערער 1 נשאר ברכב ואילו המערערים 2-3 ושולומוב ניגשו אליו, תוך שהמערער 3 אוחז בידו אנטנה, והמערער 2 – בקבוק זכוכית שמצא בקרבת מקום. השלושה הזדהו בפני המתלונן 2 כשוטרים, ודרשו ממנו שימסור להם את מכשירו הנייד. משסירב המתלונן, חטפו המערערים את המכשיר הנייד מיידו, וכאשר ניסה להתרומם על רגליו, שלף

המערער 2 בקבוק זכוכית מכיסו והטיח אותו בראש המתלונן 2. הבקבוק התנפץ לרסיסים וגרם למתלונן 2 לחבלה של ממש. לאחר מכן, שבו המערערים ושומולוב לרכב ועמם המכשיר הנייד של המתלונן 2, ונמלטו מהמקום. בגין אירוע זה יוחסו למערערים עבירות של קשירת קשר לפשע (שוד בנסיבות מחמירות בצוותא חדא, תוך שימוש בנשק קר, על רקע גזעני), ושוד בנסיבות מחמירות (בצוותא חדא, תוך שימוש בנשק קר), ולשומולוב ייוחסו עבירות של תקיפה וגניבה.

ד. על פי האישום השלישי נסעו המערערים בליל 2.8.13 ברכבם, בסביבות השעה 02:00, הבחינו בדניאל זריו (המתלונן 3) רוכב על אופניו החשמליים. המערערים עצרו את הרכב, המערערים 1 ו-2 יצאו מהרכב ובידי המערער 1 חפץ, והמערער 1 הניף את החפץ לעבר המתלונן 3. בבהלה השליך המתלונן 3 את אופניו, ואלה נלקחו על ידי המערערים, והוא ברח מן המקום. בגין אירוע זה יוחסו למערערים עבירות של קשירת קשר לפשע (איומים וגניבה על רקע גזעני), איומים, וגניבה.

ה. כאמור, המערערים ושומולוב הודו והורשעו בעבירות נשוא כתב אישום זה. על פי הסדר הטיעון שנחתם בין הצדדים, לאחר ההודיה, ולאחר תשלום בסך 2,000 ₪ על-ידי כל מערער לכל מתלונן, התבקשו תסקירי שירות המבחן, וזאת כדי לנסות להגיע להסכמה לעניין העונש. בתסקיר שניתן בעניינו של המערער 1 צוין, כי מדובר בצעיר ללא עבר פלילי, המודה בעבירות אשר ביצע, ומקבל עליו אחריות. כן צוין, כי שולב בקבוצה טיפולית, ואף פנה מיוזמתו לטיפול פרטני, בו הוא מתמיד מזה זמן מה. שירות המבחן העריך את הסיכוי להישנות התנהגות אלימה מצד מערער 1 כנמוך, ונוכח זאת, המליץ להטיל עליו מאסר בדרך של עבודות שירות, וצו מבחן למשך שנה.

ו. בתסקיר שניתן ביחס למערער 2 צוין, כי מדובר בצעיר ללא הרשעות קודמות, אשר ככלל הביע חרטה על התנהגותו. עוד נאמר, כי חרף העובדה שמיד לאחר מעצרו התקשה המערער 2 ליטול אחריות על מעשיו, בעקבות ההליך הטיפולי שעבר התקדם משמעותית מבחינה זו. כן צוין, כי המערער 2 אף עשה

מאמץ לשם השלמת שירותו הצבאי, שנקטע בגין מעצרו. באשר לסיכון הנשקף ממערער זה נאמר, כי ההליך המשפטי מילא תפקיד הרתעתי משמעותי בעבורו, דבר העשוי להגביר את סיכויי השיקום ולהפחית את הסיכוי להישנות עבירות. הומלץ איפוא לגזור עליו עונש מאסר שיבוצע בעבודות שירות, מאסר על תנאי, וצו מבחן למשך שנה.

ז. בתסקיר בעניינו של המערער 3 צוין, כי מדובר בצעיר נעדר עבר פלילי. תואר ההליך הטיפולי שעבר, שבמסגרתו התקדם ממקום בו התקשה לקחת אחריות על מעשיו, ורמת הסיכון שנשקפה ממנו הוערכה כבינונית – למקום בו החל להבין את הבעייתיות שבהתנהגותו, כך שרמת הסיכון הנשקפת ממנו כיום נמוכה. הומלץ על עונש מאסר שירוצה בעבודות שירות, והטלת פיקוח שירות המבחן למשך שנה.

ח. כאמור, על פי הסדר הטיעון היו אמורים הצדדים, לאחר הגשת התסקירים, להגיע ביניהם להסכמה על העונש. אולם, משלא הצליחו להגיע להסכמה, נשמעו הטיעונים לעונש. גזר הדין בעניינם של המערערים נפתח בציון הערך החברתי החשוב שנפגע כתוצאה ממעשיהם – שמירת שלמות גופו ורכושו של אדם, ושמירה על כבודו של כל אדם ללא הבדל דת, מגדר, מוצא אתני-עדתי, צבע עור או נטיה מינית. עוד צוין, כי מידת הפגיעה בערך זה על ידי המערערים הייתה משמעותית: הם התארגנו בחבורה, לשם פגיעה במי שלא עשו להם דבר, אשר כל חטאם הוא צבע עורם. מבחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, צוינה החבירה המתוכננת והמאורגנת מראש של המערערים, והעובדה שרק בנס, לא הגיעו מעשיהם לפגיעה של ממש בנפש. נוכח זאת, נקבעו מתחמי הענישה כך, שבעבור האישומים הראשון והשלישי נקבע מתחם של בין 8 ל-18 חודשי מאסר בפועל בגין כל אישום, ובעבור האישום השני מתחם של בין 18 ל-48 חודשי מאסר בפועל. באשר לנסיבות אשר אינן קשורות לביצוע העבירה ציין בית המשפט, את העובדה שמדובר במערערים צעירים, נעדרים עבר פלילי, אשר הודו בהזדמנות הראשונה שניתנה להם, הביעו חרטה על מעשיהם ונכונות לפצות את המתלוננים, ואף הפקידו את הפיצויים כנדרש. בית המשפט גזר על המערערים שתי שנות מאסר בפועל, שנת מאסר על תנאי, פיצוי למתלוננים וקנס כספי. על שומולוב, שהיה מעורב אך באירוע נשוא

האישום השני, וכתב האישום ייחס לו אך עבירות של תקיפה וגניבה, נגזרו 9 חודשי מאסר על תנאי, שלא יעבור תוך 3 שנים עבירה מן העבירות בהן הורשע; פיצוי בסך 2,000 ₪ למתלונן 2 וקנס בסך 1,500 ₪.

הערעור

ט. כלפי גזר הדין הוגשו כאמור שלושת הערעורים. בערעורו של המערער 1 נטען, כי יש לבטל את עונש המאסר בפועל שנגזר עליו, וזאת בשל "הגנה מן הצדק". המערער 1 טען, כי אין חולק שהאישום החמור ביותר מבין שלושת האישומים אשר בכתב האישום המתוקן הוא האישום השני. לפיכך – כנטען – אין זה צודק, כי חרף העובדה שחלקו של שומלוב, שהורשע באישום זה, היה גדול משמעותית מחלקו שלו – המערער 1 כלל לא יצא מן הרכב בעוד שומלוב לקח חלק פעיל באירוע עצמו – הושת על שומלוב אך עונש של מאסר על תנאי, ואילו עליו מאסר בפועל. שנית, טען המערער 1, כי שגה בית המשפט משלא הבחין בין שלושת המערערים בגזירת עונשם, והרי חלקם בעבירות היה שונה, ונסיבותיהם האישיות שונות. לבסוף, טען המערער 1, כי העונש שהושת עליו מחמיר בהרבה ממדיניות הענישה הנוהגת, וכי יש מקום לאפשר לו לרצות את עונשו במסגרת עבודות שירות, וזאת כדי שלא להוריד לטמיון את כברת הדרך שעשה בטיפול שעבר.

י. בערעורו של המערער 2 נטען, כי שגה בית המשפט ביישום תיקון 113 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הן בקביעת מתחמי הענישה – נוכח מדיניות הענישה הנוהגת ונסיבות ביצוע העבירה – הן בגזירת העונש עצמו, נוכח הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. המערער 2 הדגיש, כי אילו גזר בית המשפט את הדין על בסיס ענישה אינדיבידואלית ונסיבות קונקרטיות לא היה משית עליו מאסר בפועל. ראשית, מערער זה גרס, כי גזר דינו חורג מן הנהוג במידה רבה. ובאשר לנסיבות האירוע מנה מערער זה מספר נקודות אשר לדידו היו צריכות להוביל לקביעת מתחמי ענישה נמוכים בהרבה: המעשים לא היו מתוכננים מראש במידה גבוהה, אלא עיקרם בהשתלשלות אירועים, ולא נגרם נזק ממשי למתלוננים – שהרי כלל לא נזקקו לטיפול רפואי. באשר לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ושהיו

צריכות להשפיע על גזירת העונש, ציין המערער 2 את גילו הצעיר, את היעדר העבר הפלילי, את החרטה העמוקה שהביע, ואת הפגיעה הקשה שמאסר בפועל יגרום הן לו – מבחינת סיכויי ההשתלבות כאדם נורמטיבי בחברה, הן למשפחתו הזקוקה לתמיכתו. לבסוף ציין המערער 2 את עמידתו על סיום השירות הצבאי, שנקטע עקב המעצר, ואת העובדה שלקח חלק בקבוצה טיפולית של עצורי בית.

יא. בערעור של המערער 3 נטען, כי העונש שנגזר עליו חורג במידה רבה ממדיניות הענישה הנוהגת, בעיקר נוכח העובדה שמדובר בצעיר בן 23, ללא עבר פלילי, אשר הודה בעבירות המיוחסות לו בהזדמנות הראשונה שניתנה לו, והכה על חטא. כן גרס המערער 3, כי שגה בית המשפט כשהתעלם מתסקיר שירות המבחן החיובי שהמליץ על ריצוי המאסר בעבודות שירות, וכשנטע תקוות שווא בלב המערערים ובלב משפחותיהם, משציין בפניהם באולם בית המשפט כי אינו מתכוון להטיל עונשי מאסר לתקופה ארוכה. עוד הוסיף המערער 3, כי שגה בית המשפט כשלא יצר מדרג עונשי בינו ובין שאר הנאשמים איתו, אשר חלקם באירועים נשוא האישומים היה גדול בהרבה מחלקו. עוד ציין המערער 3, כי מבלי להקל ראש בחומרת מעשיו, אין מדובר במעשים המלווים באלימות משמעותית או בהתאכזרות, וכי במעשיו הושפע מהלך הרוח ששרר באזור מגוריו, ולא מאידיאולוגיה קיצונית או ממניע גזעני אמיתי. לבסוף גרס המערער 3, כי שגה בית המשפט בכך שנתן משקל אך לשיקול ההרתעה בענישה ולא לשיקול השיקום, שהוא רלבנטי למערער 3 נוכח התסקיר החיובי.

תסקירים משלימים

יב. בעניינם של המערערים 2 ו-3 הוגשו לקראת הדיון בפנינו תסקירים משלימים. בשל טעות אנוש בהזמנת שירות המבחן לדיון בעניינו של המערער 1, לא הוגש תסקיר משלים לגביו. אולם, הואיל והתסקיר שניתן בעניינו של המערער 1 לבית המשפט המחוזי היה חיובי מאוד, נניח כי אף בתסקיר המשלים, אילו הוגש, הייתה מגמה זו נמשכת.

יג. בתסקיר המשלים בעניינו של המערער 2 מתוארת התרשמותו החיובית של שירות המבחן מהתקדמותו של מערער זה. המערער 2 החל לרצות את עונשו ביום 1.12.14 בכלא מעשיהו שברמלה, עד כה ללא בעיות משמעת, הוא השתלב באופן תקין בעבודה, ושולב בקבוצה פסיכו חינוכית. כן, תואר כי המערער 2 מגלה מוטיבציה להתקדם בשיקומו, ומביע חרטה כנה ואמיתית על מעשיו.

יד. גם בתסקיר המשלים בעניינו של המערער 3 מתוארת התרשמות חיובית של שירות המבחן. המערער 3 החל לרצות את עונשו ביום 25.11.14 בכלא מעשיהו. עד כה תפקודו היה תקין, והוא שולב בתוכנית חינוך והעשרה. כן תוארה ההשפעה החיובית שהייתה לסנקציות הפליליות שנגזרו עליו, על הפנמתו את מעשיו ויכולתו לקבל אחריות מלאה. כן, תואר כיצד המערער 3 משתף פעולה עם גורמי הטיפול, ואמור להשתלב בקבוצה טיפולית בתחום האלימות.

הדיון

טו. בא כוח המערער 1 הדגיש בדבריו – בין השאר – את הרטוריקה הקשה והמחמירה בה נקט בית המשפט בדיונים, למשל (עמ' 27 לפרוטוקול) "גורמים לנו להיות כמו הגרועים באלה שהתעללו..." , קרי, כביכול השוואה לגרועים שבאויבי היהודים ולא אפרט. נטען, כי רטוריקה זו לא הייתה במקומה, והשפיעה שלא בצדק על חומרת העונש. כן חזר והדגיש את תפקידו המצומצם של המערער 1 באירוע נשוא האישום השני, ואת העובדה שחרף העובדה שאישום זה היה החמור ביותר מבין שלושת האישומים, נגזר עליו אותו עונש שנגזר על שני המערערים האחרים, אשר תפקידם באישום חמור זה היה גדול בהרבה. עוד נטען, כי הפרקליטות הפלתה בין מערער זה לבין שומולוב, בכך שהייתה מוכנה להסיר את עבירת השוד מכתב האישום של שומולוב ולא מכתב האישום שלו, וזאת הגם שחלקו של שומולוב באירוע נשוא האישום השני היה גדול בהרבה. נוכח זאת נטען מטעם המערער 1, כי יש מקום לבטל את עונש המאסר בפועל בשל הגנה מן הצדק.

טז. בא כוח המערער 2 ציין את נסיבותיו האישיות של שולחו אשר עובד מגיל צעיר, ומכלכל את משפחתו, והדגיש את הטעות של בית המשפט בכך שהתעלם ממסקנות תסקיר שירות המבחן.

יז. בא כוח המערער 3 טען, כי בית המשפט יצר את הרושם לפיו אין בכוונתו להטיל על המערערים עונש מאסר בפועל, למשל בעמ' 18-19 לפרוטוקול (כפי שיובא להלן) דבר אשר הטעה אותו כסניגור ומנע ממנו להגיע להסכמות עם המדינה. כן הדגיש, כי שגה בית המשפט בכך שלא יצר מדרג עונשי בין המערערים השונים, שכן חלקם באירועים היה שונה, ובכך שלא נתן משקל מספק לעובדה שהמערער 3 התעשת, ועבר שיקום טיפולי מלא.

יח. באת כוח המדינה טענה, כי הרטוריקה החריפה של בית המשפט הייתה במקומה, בשל חומרת מעשיהם של המערערים והעובדה שהמניע שעמד מאחורי מעשיהם היה גזעני. באשר לטענת האפליה ביחס לשומלוב, ציינה באת כוח המדינה, כי שומלוב היה מעורב אך באישום אחד ולכן מספר העבירות המיוחסות לו היה מועט. לבסוף, באשר לחומרת העונשים, ובאשר לטענת ההסתמכות על התבטאות בית המשפט, לפיה לא ייגזרו על המערערים עונשי מאסר ארוכים, טענה באת כוח המדינה, כי בית המשפט לא הטיל על המערערים עונשי מאסר ארוכים, כי נסיבותיהם האישיות נלקחו בחשבון, ובסופו של יום, וביחס לעבירות החמורות בהן הורשעו, נגזרו עליהם עונשים מקלים.

הכרעה

יט. המערערים הורשעו בעבירות חמורות של איומים, שוד, גניבה ותקיפה, והכל ממניע גזעני. בכך נהגו בשפלות מוסרית ואנושית ובנבזות, פגעו בערכי יסוד של מדינת ישראל שהכרזת העצמאות שלה מדברת ב"שויון זכויות ... לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין", בכבוד האדם של הקרבנות, ובגופם (סעיפים 2 ו-4 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו). "כולנו נבראנו בצלם אלוהים" (בראשית ט', ו'); "הלוא אב אחד לכולנו, הלוא אל אחד בראנו" (מלאכי ג', י'). הם עברו על החוק ועל חוט השני השזור בין הערכים הללו, לפיו אין לפגוע באדם בשל שיוכו הדתי, המגדרי,

האתני-עדתי, או נטייתו המינית. ואולם, חמורות ככל שתהיינה העבירות בהן הורשעו המערערים, עמנו עקרון הענישה האינדיבידואלית – שלפיו על בית המשפט, בגזירת הדין, להביא בחשבון, לצד מדיניות הענישה הכללית ביחס לאותן עבירות, את הנסיבות הספציפיות של כל מקרה, ואת נסיבותיו האישיות של כל מבצע עבירה (ע"פ 10538/09 מלקוניאן נ' מדינת ישראל (2010)). על כך נאמר "חזקה על בית המשפט שיידע להבחין בין מקרה למקרה לגופן של נסיבות ולעיצומם של דברים" (ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 175 (1989) מפני המשנה לנשיא אלון), ו"ענישתנו היא ענישה אינדיבידואלית של כל עבריין 'באשר הוא שם'" (ע"פ 291/81 פלוני נ' מדינת ישראל, לה(4) 438, 442(1981) השופט – כתארו אז – אלון).

כ. עיקרון זה אף מתחייב מעקרון אחידות הענישה, הנגזר מן השויון בפני החוק; "על מצבים דומים מבחינת אופי העבירות והנסיבות האישיות של הנאשמים, ראוי להחיל במידת האפשר, שיקולי ענישה דומים" (ע"פ 2287/09 והבה נ' מדינת ישראל (2010) פסקה 11, מפי השופט מלצר). אולם, "אין כלל אחידות הענישה קובע – א-פריורי – כי דין אחד לכל העבריינים המורשעים באותו סוג של עבירות, ולא בהכרח ילמד בית המשפט מהכרעת הדין או מגזירת הדין של אחד לגבי חברו" (ע"פ 5640/97 רייך נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 433, 470 (1999)) מפי השופט אלון, מובא על-ידי השופט ג'ובראן בע"פ 900/11 עטאללה נ' מדינת ישראל (2011), פסקה 16). ואכן, עקרון אחידות הענישה מחייב, כי במקרים בהם מתקיים שוני מהותי בנסיבות, בין אם מדובר בנסיבות העבירה ובין אם מדובר בנסיבותיו האישיות של הנאשם, יש לתת לכך ביטוי בגזירת העונש, אך כמובן אין מדובר בכלל "מתמטי" או "מחשבי", אלא בהוריית דרך לבית המשפט.

כא. במקרה שלפנינו, הורשעו שלושת המערערים כמבצעים בצוותא של כל העבירות. אולם, חלקם באירועים נשוא האישומים היה שונה: באירוע נשוא האישום הראשון, חלקו של המערער 2 היה הגדול ביותר – כמי שהיכה בגבו של המתלונן 1. לאחריו ב"דרגה" בא המערער 1 אשר נהג ברכב, ולבסוף המערער 3, אשר ישב בספסל האחורי; באירוע נשוא האישום השני – החמור מבין השלושה –

שוב, חלקו של המערער 2 היה הגדול ביותר, כמי שניפץ בקבוק זכוכית על ראשו של המתלונן 2, לאחריו במדרג המערער 3, אשר ניגש אל המתלונן 2 עם המערער 2, מצויד באנטנה לשם תקיפה, ואיים עליו, ולבסוף, המערער 1, אשר נשאר ברכב; באירוע נשוא האישום השלישי, חלקם של המערערים 1 ו-2 היה שווה – הם ניגשו ואיימו על המתלונן 3, ואילו חלקו של המערער 3 היה קטן יותר, הואיל ולא ניגש למתלונן אלא נותר ברכב.

כב. חרף שוני זה, נגזרו על שלושת המערערים עונשים זהים. האם בכך נפגע עקרון הענישה האינדיבידואלית? כדי לענות על שאלה זו יש לבחון האם שוני זה מהותי ברמה כזאת, המצמיחה הבחנה ברורה בין המערערים. כך למשל, במקרה של שורת אירועים, חמורים באותה מידה, בהם מדי פעם נטל נאשם אחר תפקיד מרכזי, אין השוני שבין הנאשמים מצמיחה הבחנה. ואולם, מנגד, במקרה בו באופן עקבי נאשם אחד הוא שנטל חלק מרכזי בעבירות, בעוד נאשמים אחרים נטלו חלק שולי, או במקרה בו נאשם אחד נטל חלק מרכזי בעבירה חמורה במיוחד, בעוד שאר הנאשמים השתתפו באורח פעיל בעבירה חמורה פחות – ניתן יהא להצביע על הבחנה ברורה בין הנאשמים, והבחנה זו תבוא לידי ביטוי בגזירת עונשם. דברים אלה מתישבים עם השכל הישר וניסיון החיים.

גג. בענייננו, ניתן להבחין בין המערער 2 לבין המערערים 1 ו-3. המערער 2 נטל חלק פעיל בכל אחד משלושת האישומים – בשני האישומים הראשונים, היה הוא אשר השתמש באלימות כלפי המתלוננים: באישום הראשון היכה בגבו של המתלונן 1 מספר פעמים, ובאישום השני ניפץ בקבוק זכוכית על ראשו של המתלונן 2. המערערים 3 ו-1 נטלו כל אחד, חלק פעיל בשני אירועים בלבד, שכן באירוע נשוא האישום הראשון, ישב המערער 3 בספסל האחורי וחלקו באירוע היה שולי, ואילו באירוע נשוא האישום השני, המערער 1 נשאר ברכב, בעוד שני המערערים האחרים יצאו לאיים ולתקוף את המתלונן 2. לפיכך היה מקום להטיל על המערער 2 עונש חמור מאלה שהוטלו על המערערים 1 ו-3.

כד. ניתן אף להבחין בין המערער 1 לבין המערער 3. אין מחלוקת כי האישום החמור מבין שלושת האישומים בהם הורשעו המערערים הוא האישום השני – בגדרו התרחש אירוע אלימות חמור, אשר יכול היה בקלות להסתיים בפגיעה קשה של המתלונן 2. באירוע זה, נשאר המערער 1 ברכב, ואילו המערער 3 לקח חלק פעיל; התלווה למערער 2, ובידו אנטנה לשם תקיפה. לפיכך, היה מקום להבחין אף בין המערערים 1 ו-3 ולהטיל על המערער 3 עונש חמור יותר מזה שהוטל על המערער 1.

כה. באשר לעונשים עצמם, שלושת המערערים ציינו בערעוריהם, כי העונשים שהוטלו עליהם חורגים במידה רבה ממדיניות הענישה המקובלת. כאן אין מנוס מהתיחסות לדברי בית המשפט קמא בדיון ביום 3.9.14, שנביאם כאן במלואם על פי הפרוטוקול (עמ' 18-19):

”זה תיק שבהם הודו הנאשמים, מדובר בארבעה נאשמים שעברם נקי וללא רכב, גם תיקים פתוחים אין להם, מעולם לא הסתבכו עם החוק, נדמה לי שחוץ מאחד כולם גם סיימו 12 שנות לימוד, כולם בנים למשפחות נורמטיביות. מהצד השני, הם עשו מעשה מביש, מכווער, נבזי, מעשה שמקומם כל אזרח נורמאלי שפוגע בשמה של המדינה, פוגע בנו כישראלים, כיהודים, פוגע בכולנו וגם בהם ובמשפחותיהם. הם צריכים לקבל עונש. ואני כבר אומר שלא תהיה פה אי הרשעה במעשה כזה שכל-כך מעורר קבס. אבל לבוא ולהתייעץ, ולשלוח אותם לתקופות ארוכות, גם אם תבקשו לא תקבלו. אז אני אומר לכם שלא תהיה אי הרשעה, זה לא תיק של מאסר על תנאי, אבל מצד שני אני גם לא הולך להפוך אותם לפושעים, הם אנשים שעובדים שעשו מעשה מקומם, את תטעני כנראה למאסר בפועל, הם יטענו למאסר על תנאי.”

מדברים אלה ניתן ללמוד כי בית המשפט אותת שלא יקבל טענת אי הרשעה וגם לא מאסר על תנאי, אך לא יחמיר בשל רקעם הנורמטיבי של הנאשמים (והדברים נאמרו לאחר עיון בתסקירים). לכך יש ליתן משקל, אך הדברים אינם מגיעים לכלל "הגנה מן הצדק" כל עיקר. דומה כי קשת הענישה בכגון דא אינה חד ערכית. מחד גיסא, בע"פ 7171/13 לוגטי נ' מדינת ישראל (2015) נדחה ערעור על עונש של 48 חודשי מאסר בפועל, שהושת בגין שלושה אירועים שונים, של איומים וקללות של בני העדה האתיופית, כאשר בשניים מן האירועים הצית המערער

הפצים שונים בכניסה לבניין מגוריהם. אף המערער שם הודה במעשים והביע חרטה, אולם, ובשונה מן המערערים שבענייננו, למערער ההוא היה עבר פלילי בעבירות אלימות. מנגד ראו 5469/13 פלוניס נ' מדינת ישראל (2014), בו היו פגיעות גזעניות בערבים על-ידי קטינים, שם הושתו עונשים שעירבו מספר חודשי מאסר בפועל וחודשים אחדים בעבודות שירות. ואם נשוב לענייננו, בית המשפט המחוזי ייחס משקל להיעדר העבר הפלילי של המערערים, בעקבות התסקירים החיוביים שניתנו בעניינם, וגם לא מיצה את מתחמי הענישה שקבע. ואולם, הוא יצר לכאורה ציפיה שאולי הקהתה – כפי שטען סניגורו של מערער 3 – את תמונת הענישה הצפויה. בסופו של יום סבורים אנו, כי היה מקום לדרג את עונשי המערערים.

כו. נוכח זאת, ובשל התסקירים החיוביים וכדי לעודד את המערערים, החלטנו לקבל את הערעורים כלהלן, במדורג על פי החומרה שיוחסה להם כאמור, ולהעמיד את מתחם הענישה באישום השני על 15-40 חודשי מאסר. החלטנו להפחית מעונשו של המערער 1 10 חודשים, כך שעונש המאסר בפועל יעמוד על 14 חודשים; אשר למערער 3 – החלטנו להפחית מעונשו 7 חודשים, כך שעונש המאסר בפועל יעמוד על 17 חודשים. לבסוף, אשר למערער 2, החלטנו להפחית מעונשו שלושה חודשים ולהעמידו על 21 חודשי מאסר בפועל. המאסר על תנאי בעינו (הפיצוי והקנס שולמו). עונשים אלה מצויים לדעתנו במסגרת מדיניות הענישה הנוהגת, מביאים בחשבון את גילם הצעיר, ועברם הנקי של המערערים ואת שיקולי השיקום הגבוהים – הנלמדים מן התסקירים החיוביים – ומשקפים את חלקם היחסי של כל אחד מהם בפרשה. מערערים 2 ו-3 מצויים במאסר. מערער 1 יתייצב לריצוי מאסרו ביום 13.4.15 עד השעה 09:00 בבית המעצר "ניצן" מתחם איילון, רמלה. תנאי שחרור קיימים בעינם עד להתייצבות.

כז. הערעורים מתקבלים לפי האמור. נביע את התקוה, כי המערערים למדו את לקחם ולא ישובו עוד לכסלה.

המשנה

לנשיאה

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

שופטת

השופט י' עמית:

אני מסכים.

שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט א' רובינשטיין.

ניתן היום, ג' בניסן התשע"ה (23.3.2015).

שופט

שופטת

המשנה לנשיאה