

## עפ"ג 16560/09/19 - אבישי כהן נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

22 בינואר 2020	בפני כב' סגן הנשיאה, השופט אליהו ביתן
עפ"ג 16560-09-19 כהן(עציר) נ'	כב' השופטת גילת שלו
מדינת ישראל	כב' השופט ישראל אקסלרד
אבישי כהן (עציר)	המערער:
	נגד
מדינת ישראל	המשיבה:

### פסק דין

לאחר שמיעת מספר עדי תביעה, הגיעו הצדדים להסדר במסגרתו הוגש נגד המערער כתב אישום מתוקן והמערער הודה בעובדותיו.

כתב האישום המתוקן מתאר כי עובר לאירועים המתוארים בו, המערער השיג יחד עם הקטין מ"ב יליד 9.5.2000 (להלן: "הקטין") 91 כרטיסי חיוב מסוג כרטיסי אשראי שעליהם הופיע השם דוד כהן ועל גבי הפס המגנטי שלהם היו פרטי 91 לקוחות שונים של חברות אשראי שונות (להלן: כרטיסי החיוב/ האשראי המזויפים). המערער והקטין פעלו על מנת לקבל לידיהם תעודת זהות מזויפת הנושאת את תמונתו של הקטין ובה פרטי זהותו של דוד כהן (להלן: "התעודה המזויפת"). כחלק ממאמציהם לטשטש את העבירות ואת השימוש בכרטיסים המזויפים, המערער והקטין הקפידו להגיע יחדיו אל עסקים שונים באמצעות רכבים שונים שלעיתים היו נהוגים בידי אחרים, ולאחר השימוש בכרטיס האשראי המזויף הקפידו שלא להשתמש באותו כרטיס הנושא את פרטי הלקוח בו השתמשו, פעם נוספת. כחלק משיטת ביצוע העבירות, המערער נהג להעביר לקטין את כרטיס האשראי המזויף או מספר כרטיסים מזויפים, הקטין היה ניגש לבית עסק עם הכרטיס/הכרטיסים המזויפים, כשהוא נושא על גופו את תעודת הזהות המזויפת, מזדהה כבעל הכרטיס, תוך שהוא מציג על פי הצורך את תעודת הזהות המזויפת, מגיש את כרטיס החיוב המזויף ומשלם באמצעותו עבור הרכישה, לוקח את המוצרים וחוזר לרכב בו המתין לו המערער, ולרוב מעביר את המוצרים שקיבל במרמה לידי המערער.

המערער והקטין השתמשו ב- 60 כרטיסי חיוב מזויפים ב- 250 הזדמנויות, בכוונה להונות ובנסיבות מחמירות. ושווי ההונאה בכלל מעשי המערער והקטין עומד על כ- 100,000 ₪.

על יסוד הודאת המערער כאמור, הוא הורשע בעבירות של שימוש במסמך מזויף בצוותא חדא (ריבוי עבירות) לפי סעיף 420 בחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"); התחזות כאדם אחר (ריבוי עבירות) לפי סעיף 441 בחוק העונשין; והונאה בכרטיס חיוב בנסיבות מחמירות (250 עבירות) לפי סעיף 17 סיפא לחוק כרטיסי חיוב, התשמ"ו-1986.

במסגרת פרשת העונש, שירות המבחן הגיש תסקיר על המערער, בו תוארו נסיבות חייו של המערער, גרסתו בנוגע למעשי העבירה שביצע, והתייחסותו למעשיו. צוין שהמערער מגלה תובנה לחומרת מעשיו, אך מתקשה להבין לעומק את הפגיעה באחרים. שירות המבחן התרשם כי ההליך המשפטי מהווה עבור המערער גורם הרתעתי וכי הוא מתקשה

עמוד 1

לגייס כוחות להתמודד עם המשך השהייה מאחורי סורג ובריה. שירות המבחן עמד על הפער בין דברי המערער על רצונו לניהול אורח חיים נורמטיבי לבין יכולתו לעשות כן והסתבכותו הנוכחית, והתרשם שהמערער נעדר מרחב אלטרנטיבות לפעולה ובמצבי לחץ ודחק הוא עלול לפעול באופן אימפולסיבי ללא חשיבה על השלכות מעשיו או על המחירים שייאלץ לשלם. שירות המבחן סבר שהמערער יתקשה בשלב זה לערוך התבוננות מעמיקה לנסיבות התנהלותו הפלילית, והמליץ להטיל על המערער מאסר בפועל במהלכו ישולב המערער בטיפול במסגרת שב"ס.

כחלק מהסדר הטיעון, הוסכם שהמערער יוכל לטעון לקרבה לסייג הכורח, על בסיס הראיות שנשמעו והוצגו עד אותו שלב, וכי בית המשפט יכריע בעניין במסגרת גזר הדין.

התביעה טענה שהמערער לא הוכיח קיומו של חוב שלו לגורמים בשוק האפור ושכל מקום לא הוכחה קרבה לסייג הכורח. טענה למתחם עונש הולם הנע בין 36 ל- 60 חודשי מאסר בפועל, ועתרה להשתתף מאסר בפועל, מאסר על תנאי, ועונשים נלווים.

ההגנה טענה כי המערער פעל תחת איום של גורמים פליליים להם היה חייב כסף, אשר תקפו את המערער ואת אחיו, ובעצם אילצו את המערער לבצע את העבירות, ושנסיבות יש לראות במעשיו כקרובים לסייג הכורח. ציין את תיקון כתב האישום הכולל צמצום מספר עסקאות ההונאה והיקפן. ציין את הודאת המערער ואת החסכון בזמן שיפוט. וטען שאחרים - קרני ואביטן - שביצעו עבירות במסגרת אותה פרשה לא הובאו לדין והקטין שפעל ביחד עם המערער נדון לעונש קל. וביקש להסתפק בתקופת מעצרו של המערער.

בית המשפט קמא ניתח את הראיות הנוגעות לטענת הקרבה לסייג הכורח ודחה את טענת ההגנה בעניין זה. עמד על הערכים החברתיים המוגנים בעבירות שביצע המערער ועל מידת הפגיעה בהם; ציין את מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מסוג זה. קבע שיש לראות במכלול מעשי המערער אירוע אחד, וקבע שמתחם העונש ההולם נע בין 12 ל- 48 חודשי מאסר בפועל, וקנס בין 20,000 - 80,000 ₪.

בית המשפט שקל את הודאת המערער, את נסיבותיו האישיות ועברו הפלילי הכולל עבירה שהתיישנה ואינה ממין העניין והטיל על המערער 32 חודשי מאסר בפועל, מאסרים מותנים, קנס בסך 30,000 ₪ או 120 ימי מאסר תמורתו והתחייבות להימנע מעבירה בסך 5,000 ₪.

מכאן הערעור.

ב"כ המערער חזר על טיעונו בבית המשפט קמא והדגיש את טענותיו על הקרבה לסייג הכורח ואת נסיבותיו של המערער, גילו, העדר עבר פלילי רלוונטי, ואת הודאתו שחסכה זמן ומשאבים. ציין שהקטין שביצע את העבירות יחד עם המערער נשלח לשיקום, למרות שחלקו היה גדול מזה של המערער, וטען שיש לתת משקל לכלל אחידות הענישה. ועתר להטיל על המערער עונש מאסר החופף את תקופת מעצרו עד היום, המגיעה ל- 15 חודשים.

המשיבה ביקשה לדחות את הערעור, ציינה את הפעילות השיטתית של המערער לאורך זמן ואת היקף מעשי המרמה שלו, וטענה שמעשים אלו גורמים נזק חמור למסחר ולציבור בכלל. טענה, כי היקף מעשי המערער ופריסתם על פני ערים שונות בישראל ועל פני תקופה של חודשים, אינו עולה בקנה אחד עם טענת המערער שפעל מתוך כורח או מתוך קרבה לסייג הכורח, והדגישה שהמערער מעולם לא פנה למשטרה וטען שהוא נכפה לבצע עבירות. אשר לעניינם של קרני ואביטן, ב"כ המשיבה ציין, כי כתב האישום שהוגש נגדם עוסק בפרשה אחרת לחלוטין שאינה קשורה כלל לפרשת

העבירות של המערער. ובקשר לקטין, ציין, כי אמנם משפטו טרם הסתיים אך המדובר בקטין שעבר הליך טיפולי מוצלח ויש הצדקה להעדיף בעניינו את האפיק השיקומי.

עיינו בהודעת הערעור, בפרוטוקולי הדיונים בבית המשפט קמא ובגזר דינו של בית המשפט קמא, ושמענו את טיעוני הצדדים, ובאנו למסקנה שדין הערעור להידחות.

הטענה המרכזית של ב"כ המערער הינה שהמערער ביצע את העבירות בהן הורשע תחת איומים של גורמים בשוק האפור מהם לקח הלוואה בריבית קצוצה, לפגיעה בו ובמשפחתו, ושבנסיבות יש לראות במעשיו כקרובים לסייג של כורח, הקבוע בסעיף 34'ב' בחוק העונשין.

למעשה, המערער טוען לקיומה של נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה. נסיבה כזו יש להוכיח ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי (סעיף 40'ג) בחוק העונשין).

המערער עצמו לא העיד במשפט וההגנה לא הביאה עדים לביסוס טענת הכורח. ב"כ המערער טוען שמהראיות שהוצגו בבית המשפט ניתן ללמוד על קיומם של האיומים כלפי המערער ומשפחתו, ושיש לראות בדברי המערער לעונש, הכוללים התייחסות לאיומים שהופנו כלפיו, כגרסה של המערער בענין זה. ושבהינתן שהתביעה לא חקרה את המערער על דבריו, יש לראות בדברי המערער כעובדות שהוכחו ולקבוע על פיהם שהמערער פעל תחת כורח.

ב"כ המערער מבקש להסתמך בין היתר על עדותה של גב' חן לי כהן, שבזמנים הרלוונטים היתה בת זוגו של המערער. עדה זו מסרה גרסה מפורטת במשטרה, ת/283, בה סיפרה בין היתר שדרשה מהמערער לחדול ממעשיו בקשר לשימוש שלו בכרטיסי האשראי, ושלאחר שהוא לא הפסיק, אמרה לו שעליו לבחור בינה לבין "הדברים שהוא עושה". המערער לא הפסיק והיא עזבה אותו.

העדה מתארת פעילות שיטתית של המערער והקטין ברכישת מוצרים באמצעות כרטיסי אשראי שהמערער היה מוסר לקטין, ומוסרת שהמערער אמר לה שהוא קונה את כרטיסי האשראי כמו שהם ב- 500 ₪ לכרטיס, וסיפר לה על שניים אחרים הנמצאים בכלא, שהיו עושים עסקאות עבורו בכרטיסי האשראי. לשאלה איך המערער הציג את הקטין, השיבה "כעובד שלו". וסיפרה שהמערער נהג להחליף מכשירי טלפון ואת הסימנים בהם השתמש, בתדירות גבוהה.

יוער, כי עדה זו העידה בבית המשפט והוכרזה עדה עויינת, ובית המשפט קבע כי הוא אינו נותן אמון בדברים החדשים שהיא מסרה בעדותה בפניו.

התמונה הכללית העולה מדברי העדה, אם כך, הינה שהמערער השיג ביוזמתו את כרטיסי האשראי המזויפים ושהוא היה הדמות המרכזית בהוצאת המעשים אל הפועל, ופעל ללא כל אילוץ מצד גורם אחר.

מר מרדכי זית, בן דוד של המערער, מסר במשטרה- ת/291 - כי לבקשת המערער הוא הסיע אותו פעמים רבות למקומות שונים בהם המערער והקטין רכשו מוצרים באמצעות כרטיסי האשראי. התמונה העולה מעדותו דומה בעיקרה לזו העולה מעדותה של גב' כהן. העד מתאר דפוס פעולה חוזר של התנהלות המערער והקטין לרכישת מוצרים שונים בכרטיסי האשראי שהיו ברשות המערער. מדברי העד עולה שהמערער היה דמות מרכזית בעשייה המתוארת, הוא זה שגייס אותו לשמש עבורו כנהג לביצוע הקניות והוא זה ששילם לו את שכרו. גם עד זה אינו מעיד על מעורבים אחרים או על לחץ מיוחד בו היה המערער.

ב"כ המערער טען שהגורמים העבריינים מהם לווה המערער כסף, לקחו את אחיו בתא המטען של רכב לפרדס והיכו אותו, כדי להכריח את המערער לשתף איתם פעולה. אולם, למרות הצהרת ההגנה שאח זה יעיד בבית המשפט על הדברים, האח לא הגיע ולא העיד.

כך גם לא העידו בני משפחה אחרים של המערער, שלטענת ב"כ המערער גייסו כספים לתשלום חובו של המערער לגורמים העבריינים.

המשפטים הספורים שאמר המערער בדבריו לעונש, אינם מהווים גרסה המאפשרת בחינה והערכה, שניתן לבסס עליה ממצאים עובדתיים. בהתאם לסעיף 189 לחסד"פ, נאשם רשאי למסור דברים לעונש מבלי להיחקר עליהם, והוא רשאי למסור דבריו כעד ולהיחקר עליהם.

ההגנה לא הציגה לבית המשפט בשלב הטיועונים לעונש ראיות בנוגע לטענתה על הקרבה לסייג הכורח, ואין מקום לראות בדברי המערער לעונש כגרסה. ממילא אין לתת משקל כלשהו לכך שהתביעה לא חקרה את המערער על דבריו לעונש.

העולה מהאמור הוא שההגנה לא הציגה תשתית ראייתית מתאימה המאפשרת לקבוע שההתרחשויות היו כפי שב"כ המערער טוען להן.

מעבר לענין העובדתי-ראייתי, הגנת הכורח מותנית בין היתר בכך שהאדם הטוען לתחולתה היה אנוס לעשות את המעשה שעשה, ושהמעשה שנעשה למניעת הפגיעה היה סביר בנסיבות הענין - סעיפים 34'ב' ו-34'טז בחוק העונשין.

מעשי המערער נעשו על פני תקופה של כחמישה חודשים, והם חזרו על עצמם פעמים רבות מאוד. בשגרת ביצוע המעשים המערער פעל עם הקטין באופן עצמאי, ללא פיקוח צמוד וללא נוכחות קרובה אם בכלל של אחרים, באופן שאפשר לו לפנות למשטרה בבקשת עזרה.

ההלכה היא "שבמקום שנתרת בפני המאויים הדרך להסתלק, להזעיק עזרה ולבקש את הגנת המשטרה - עשיית המעשה נושא האיום תיראה כ"בלתי סבירה" למניעת מימושו של האיום, שהרי היה בידי המאויים למנוע את מימושו בדרך אחרת, ואדם סביר היה בוחר בדרך זו" - ע"פ 2130/95 בשיר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 467, 456.

נוכח האמור, מסקנת בית המשפט קמא שמעשיו של המערער לא נעשו בקרבה לסייג הכורח, מנומקת היטב והיא מקובלת עלינו. אנו מוצאים לנכון להעיר שמוטב היה שבית המשפט יקבע את קביעותיו בענין זה במסגרת הכרעת הדין ולא במסגרת גזר הדין.

אשר לעונש עצמו. המערער נטל חלק בסדרה ארוכה מאוד של מעשי הונאה. המעשים נפרשו על פני תקופה של חודשים ובוצעו בערים שונות בארץ. המעשים חייבו היערכות מוקדמת, זיוף מתוחכם, תכנון וביצוע שיטתיים ונקיטת פעולות למניעת חשיפה. המערער היה מעורב בביצוע 250 עסקאות בהן בעלי עסקים רומו באמצעות כרטיסי אשראי מזויפים והוצאו מהם במרמה סחורות בהיקף כולל של 100,000 ש"ח. כרטיסי האשראי הם אמצעי התשלום הנפוץ ביותר, באמצעותם מתבצעים רוב העסקאות. עשיית שימוש בהם למעשי מרמה, פוגעת בכלי תשלום מרכזי, מערערת את אמון המשתמשים בכרטיסי האשראי, גורמת נזקים לחברות האשראי, לסוחרים, לאנשים שפרטיהם הוכנסו לכרטיסים המזויפים (גם אם בסופו של דבר הם יכולים לקבל פיצוי מחברת האשראי) ולציבור בכללו, ויש להתייחס אליה

בחומרה רבה.

נוסף לאמור, המערער הפעיל קטין בביצוע העבירות הרבות בהן נטל חלק, ודבר זה מוסיף למעשיו נופך של חומרה.

מתחם העונש ההולם שנקבע בבית המשפט קמא מתאים לחומרת העבירות בנסיבותיהן ולמידת אשמו של המערער והוא עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה הנוהגת. והעונש שהוטל על המערער הולם. אמנם קיים הבדל משמעותי בין העונש שהוטל על המערער לבין המסלול הטיפולי-שיקומי שאופשר לקטין שפעל ביחד אתו, אולם הבדל זה מוסבר בעצם קטינותו של הקטין בזמן ביצוע העבירות, בחלקו של הקטין בביצוע העבירות, בנתוני המיוחדים ובסיכויי שיקומו.

סוף דבר, איננו מוצאים הצדקה להתערב בגזר דינו של בית המשפט קמא ואנו דוחים את הערעור.

**ניתן והודע היום כ"ה טבת תש"פ, 22/01/2020 במעמד הנוכחים.**