

## ע"פ 18257/03/16 - מדינת ישראל נגד נסים טוויל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייטים  
לפני כב' השופטים: י' נועם - סגן נשיא, ר' פרידמן-פלדמן ומ' בר-עם

עפ"ג 18257-03-16 מדינת ישראל נ' נסים טוויל

מדינת ישראל

המערערת

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

נגד

נסים טוויל

המשיב

על-ידי ב"כ עו"ד אכרם חליחל

### פסק דין

השופט מ' בר-עם:

1. ערעור המדינה על גזר דינו של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת חנה מרים לומפ) בת"פ 18336-06-15 מיום 24.1.2016. המשיב, יליד 1994, הורשע, על יסוד הודאתו בכתב אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון, בעבירות של החזקת נשק והחזקת תחמושת, לפי סעיף 144 א ו- 144א (א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "החוק"). בגין עבירות אלו, נגזרו על המשיב 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, מאסר על תנאי של 6 חודשים למשך שנתיים וקנס בסך 2,000 ש"ח.

הערעור הופנה כלפי קולת העונש.

2. בית משפט קמא הרשיע את המשיב בהכרעת הדין בעבירות בהן הודה במסגרת הסדר הטיעון. אלה המעשים: ביום 2.6.2015, בשעה 19:00, החזיק הנאשם ברשותו ללא היתר בדיון אקדח ובתוכו מחסנית וכן מחסנית נוספת.

3. בגזר הדין פירט בית-משפט קמא את מעשי המשיב וטענות הצדדים לעונש. בית-משפט קמא הוסיף ועמד על תסקיר שירות המבחן - לפיו, המשיב צעיר, רווק, בעל יכולות יציבות בתחום התעסוקתי ומנהל אורח חיים נורמטיבי. הוטעם, כי המשיב מסר לקצינת המבחן שמצא את האקדח באקראי ונטל אותו על מנת להעבירו לידי המשטרה הפלסטינית. שירות המבחן קבע כי ההליך הפלילי הציב למשיב גבולות ברורים והמליץ על עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות לתקופה קצרה. בהתאם להמלצה, נתקבלה חוות-דעת הממונה על עבודות השירות לפיה נמצא המשיב מתאים לריצוי עונש זה. בית-משפט קמא עמד על הערך החברתי שנפגע - ההגנה על שלמות גופו של אדם - על פוטנציאל הנזק הרב ועל מדיניות הענישה. בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה במקרה הקונקרטי, בעובדה שמדובר באקדח במובחן מנשק אוטומטי שלא היה דרוך ומוכן לשימוש, וללא התחשבות בטענות המשיב לעניין נסיבות ההחזקה שלא הוכחו בהליך, קבע בית-משפט קמא את מנעד הענישה בין 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות לבין 18 חודשי מאסר. לעניין העונש המתאים בתוך המתחם, הביא בית-משפט קמא בחשבון את גילו של המשיב, היעדר עבר פלילי, ניהול אורח חיים נורמטיבי ותקופת מעצרו מאחורי סורג ובריח לרבות התקופה בה שהה במעצר בית מלא. כן הביא בחשבון את הודאתו, נטילת האחריות בהזדמנות הראשונה, חרטתו והתרשמות שירות המבחן מהגבולות הברורים שהציב ההליך. בסופו של דבר, נקבע עונשו של המשיב ברף התחתון של מתחם הענישה. עם זאת, ומטעמי הרתעת

הרבים, מצא בית-משפט קמא שלא לנכות את ימי מעצרו של המשיב, "כך שלמעשה יוצא כאילו הנאשם ריצה עונש של 7 חודשי מאסר" (עמ' 11 לפרוטוקול). אשר על כן, הוטלו על המשיב העונשים כמפורט לעיל.

4. בהודעת הערעור טענה המערערת כי בית משפט קמא בגזר דינו סטה באופן משמעותי לקולה ממתחם העונש ההולם בנסיבות העניין. בהיעדר ראיות לעונש, יש לגזור את עונשו של המשיב על פי נסיבות כתב האישום בו הודה ואין להקל בדינו על יסוד טענות הגנה בעלמא. עבירות של החזקת נשק טומנות בחובן סיכון לחיי אדם ולשלום הציבור ואף ומקומות פוטנציאל להסלמה עבריינית. אין להבחין בין נשק אוטומטי לאקדח מהטעם ששניהם יוצרים פוטנציאל לפגיעה עיוורת באנשים מן היישוב, ובכך שגה בית-משפט קמא. עוד נטען, כי בית-משפט קמא טעה בהעניקו משקל בכורה לנסיבותיו האישיות של המשיב. גילו הצעיר והיעדר עבר פלילי אינם מצדיקים הימנעות ממאסר בפועל. לשיטת המערערת, מתחם הענישה ההולם בנסיבות העניין הנו 12-24 חודשי מאסר בפועל. הוטעם, כי אין בעונש מאסר בעבודות שירות כדי להגשים את תכלית ההרתעה, האישית והקולקטיבית, בענישה. לאור כל האמור לעיל, עתרה המערערת להחמיר בעונשו של המשיב באופן ההולם את נסיבות העניין.

5. המערערת חזרה על טיעוניה בדיון. הובהר, כי המשיב תושב ישראל והאקדח נתפס בשטחים (בשטח B), בכפר א-רם. המערערת הדגישה שהאקדח נתפס על גופו של המשיב.

6. המשיבסמך ידיו על פסק דינו של בית משפט קמא, אישר כי הנו תושב ישראל והעבירה בוצעה בשטחים וטען כי לא נרשם בכתב-האישום כי האקדח נתפס על גופו וממילא לא הודה בעובדה זו. ב"כ המשיב הוסיף וטען כי נסיבות החזקת האקדח נטענו בתשובה לכתב-האישום במסגרת הודאתו של המשיב בעבירה ללא כל הסתייגות מטעם המערערת. בהמשך, הבהיר כי ביקש במסגרת הטיעונים לעונש להעיד את המשיב אך בקשתו לא נרשמה בפרוטוקול הערכאה הדיונית, ואולם הודה כי לא הוגשה בקשה לתיקון הפרוטוקול.

7. לאחר שעיינתי בגזר דינו של בית המשפט קמא שקלתי את טענות הצדדים, הנני סבור כי יש לקבל את הערעור.

8. הלכה פסוקה היא, כי ערכאת הערעור לא גוזרת מחדש את העונש, אלא בוחנת את סבירות גזר-הדין של הערכאה הדיונית; וכי התערבותה בעונשים שנגזרו על-ידי הערכאה הדיונית שמורה למקרים חריגים בלבד בנסיבות בהן העונש שנגזר סוטה באופן קיצוני מרמת הענישה הראויה (ראו למשל: ע"פ 6573/15 טל גרשון נ' מדינת ישראל (3.3.2016); ע"פ 1880/14 עמעש נ' מדינת ישראל (19.11.2014); ע"פ 4235/14 ראדא חאטיב (3.2.2015)). נפסק, כי גדרי ההתערבות האמורים נותרו על כנם גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין (ע"פ 7430/13 שחרוך טוחסונוב נ' מדינת ישראל (3.3.2014); וכן ראו: ע"פ 3151/13 עבדאללה נ' מדינת ישראל (24.4.2014), בפסקה 10). ערכאת הערעור תתערב בעונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית רק במקרים של טעות מהותית בגזר הדין, לרבות באיזון שבין חומרת העבירה ונסיבות ביצועה ובין נסיבותיו האישיות של הנאשם (ראה למשל: ע"פ 5638/13 אלזידאה נ' מדינת ישראל (24.12.2013); ע"פ 5974/13 מחמד עודה נ' מדינת ישראל (16.1.2014)). אקדים ואומר כי לאחר שמיעת טענות הצדדים, עיון בפרוטוקול הדיון בערכאה הדיונית ובתסקיר שירות המבחן ובחינת גזר דינו של בית משפט קמא ונימוקיו, הגעתי לכלל מסקנה כי המקרה שלפנינו נמנה עם המקרים החריגים שבהם יש להתערב בעונש שגזרה הערכאה הדיונית ולקבל את הערעור. הטעם העיקרי העומד בבסיס מסקנה זו הוא האינטרס הציבורי בענישה משמעותית ומרתיעה בגין העבירות בהן הורשע המשיב.

9. מדיניות הענישה בעבירות נשק נסקרה בהרחבה בע"פ 4945/13 מדינת ישראל נ' עבד אלכרים סולימאן (19.1.2014, להלן: עניין סולימאן). בעניין סולימאן הורשע הנאשם בעבירות של רכישה והחזקת נשק ותחמושת לפי סעיף 144(א) רישא וסיפא - עבירות המצויות ברף התחתון של עבירות נשק; וכן בעבירות של נשיאה והובלת נשק ותחמושת לפי סעיף 144(ב) רישא וסיפא, המצויות במעמד ביניים מבחינת חומרתן היחסית, כאשר מעליהן ניצבת העבירה של ייצור, ייבוא או סחר בנשק. בית משפט קמא העמיד את הרף התחתון של מתחם הענישה על מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות. בית המשפט העליון לא קיבל את סברת הערכאה הדיונית בעניין מתחם הענישה וקבע "...לטעמי, מתחם העונש שקבע בית המשפט המחוזי לעבירות שבהן הורשע המשיב - מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות ועד 20 חודשי מאסר בפועל - הוא מקל יתר על המידה, כטענת המערערת, ועל-כן טעון התערבות. אף שגזר-הדין מנומק, יסודי ורהוט, מדובר במתחם מקל ביותר - מקל מדי בענייננו. כפי שבית המשפט עצמו ציין, עבירות המבוצעות בנשק - לרבות רכישה, החזקה ונשיאת נשק - טומנות בחובן פוטנציאל סיכון הרסני לפגיעה בשלום הציבור וביטחונו. החשש הוא כי נשק המוחזק שלא כדין ישמש לפעילות עבריינית העלולה להביא לפגיעה ואף לקיפוח חייהם של אזרחים תמימים. אכן, "התגלגלותם" של כלי נשק מיד ליד ללא פיקוח עלול להוביל להגעתם בדרך לא דרך לגורמים פליליים ועוינים. אין לדעת מה יעלה בגורלם של כלי נשק אלה ולאילו תוצאות הרסניות יובילו. ודוק: הסיכון שנשקף לשלום הציבור צריך להילקח בחשבון על-ידי כל מי שמחזיק בידו נשק שלא כדין - גם אם אינו מחזיק בו למטרת ביצוע של עבירות אחרות. עצם החזקת נשק בעל פוטנציאל קטילה מבלי שיש עליו ועל בעליו פיקוח מוסדר של הרשויות טומן בחובו סיכון, באשר המחזיק בו נתון תמיד לחשש שיתפתה לעשות בו שימוש, ולו ברגעי לחץ ופחד (ראו: ע"פ 3300/06 אבו סנינה נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (10.8.2006), להלן: עניין אבו סנינה) (שם, פסקה 11).

לאחר שסקר את מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות נשק, קבע בית המשפט כי מתחם הענישה ההולם "... בהתחשב בערכים החברתיים הנפגעים ומידת הפגיעה בהם, ובשים לב לנסיבות ביצוע העבירות ומידת אשמו של המשיב, וכן לאחר שלקחתי בחשבון את מדיניות הענישה הנוהגת לצד המדיניות הראויה, אני סבורה כי מתחם העונש ההולם בענייננו נע בין 12 ל- 36 חודשי מאסר בפועל. לטעמי, ככלל, בעבירות מהסוג הנדון - בנסיבות ביצוען כאן - לא ניתן להסתפק בעונש של מאסר בעבודות שירות, אלא ראוי להטיל מאסר שירוצה בבית הכלא, מאחורי סורג ובריוח (שם, פסקה 15).

עם זאת, בנסיבותיו המיוחדות של המקרה שם, מצא בית המשפט לחרוג מהמתחם בשל שיקולי שיקום ובעיקר, נוכח מצבו הנפשי המערער של הנאשם, על יסוד חוות דעת פסיכיאטרית שהוגשה לעיונו והותיר את העונש שהוטל עליו בערכאה הדיונית, על כנו.

10. מסקירה כללית של הפסיקה בשנים האחרונות עולה מגמה ברורה של החמרה הדרגתית בענישה בגין עבירות נשק (ראו: ע"פ 5753/04 מדינת ישראל נ' רייכמן (7.2.2005); ע"פ 6412/10 לוי נ' מדינת ישראל (19.7.2011); ע"פ 175/10 חנוכיב נ' מדינת ישראל (28.7.2011)). בענייננו, בע"פ 8473/13 סאמי חוסיין (פרהוד) נ' מדינת ישראל (22.7.2014, להלן: עניין חוסיין) העמיד בית המשפט את עונשו של נאשם שהורשע בעבירת החזקת נשק שלא כדין, בלבד, ללא נשיאת תחמושת על 12 חודשי מאסר בפועל - תוך אזכור המתחם שנקבע בעניין סולימאן.

11. הנה כי כן, עבירות נשק טומנות בחובן פוטנציאל נזק משמעותי. החזקת נשק בידי אדם שאינו מורשה לכך וללא פיקוח עלול להוביל לתוצאות קשות. החזקתו של נשק מייצרת פיתוי לעשות בו שימוש גם ללא תכנון או כוונה

מוקדמת. בנוסף, הנשק עלול להתגלגל לידיים אחרות ולהקים סיכון ממשי. אכן, עבירות של החזקת נשק מצויות ברף התחתון במדרג החומרה היחסי שקבע המחוקק לעבירות נשק (עניין סולימאן). עם זאת, הרף התחתון של המתחם אינו מאפשר מאסר בפועל בעבודות שירות. טוען המשיב לנסיבות מקלות להחזקת הנשק. אולם, נסיבות אלו לא הוכחו והגם שניתנה לו ההזמנות להביא ראיות לביסוס טענתו, זאת לאחר שהמערערת עמדה על מחדלו בטיעוניה לעונש בבית משפט קמא, בחר שלא לעשות כן מבלי שניתן טעם.

ודוקו, המשיב הודה בעובדות כתב האישום המתוקן ללא סייג. עם זאת, הוסיף ב"כ כי המשיב מצא את האקדח. פרט זה לא הובא בגדר כתב האישום המתוקן. באותו מעמד, טענה המערערת כי עמדתה למאסר בפועל. בטיעוניה לעונש, הטעימה המערערת כי על המשיב היה להביא ראיות לביסוס טענתו בדבר נסיבות ההחזקה בנשק ולא להסתפק בטיעון ב"כ לפרוטוקול. חרף עמדת המערערת, מסר המשיב כי אין לו מה להוסיף. אכן, התנהלות דיונית זו של הודאה מלאה בעובדות כתב אישום תוך הוספת פרטים - הרלוונטיים לעניין גזר הדין - על דרך טיעון של הסנגור, אינה מקובלת ועל המשיב היה להביא ראיות בעניין. בנסיבות אלו, סבר בית משפט קמא ובצדק כי אין להתחשב בטענותיו בדבר נסיבות החזקת הנשק, ובקביעתו לא נפל פגם. עם זאת, **הרף התחתון** של מתחם הענישה שקבעה הערכאה הדיונית אינו הולם את הערכים המוגנים שנפגעו בהתחשב בנסיבותיו של המקרה בגדרו של כתב-האישום וחורג ממדיניות הענישה בנסיבות דומות, המחייבת מאסר בפועל מאחורי סורג ובריה של מספר חודשים. מבלי לקבוע מסמרות לעניין הרף העליון של מתחם הענישה, שאינו דרוש לענייננו, הנני סבור כי בנסיבות מקרה דנא היה מקום להעמיד את הרף התחתון של מתחם הענישה על 12 חודשי מאסר כפי שנקבע בעניין חוסיין.

12. לעניין העונש ההולם בתוך המתחם, בית משפט קמא הביא בחשבון בגזר דינו את מכלול שיקולי הענישה, לקולה ולחומרה, ללא שנעלמו מעיניו חומרת העבירות ונסיבות ביצוען. תסקיר שירות המבחן בעניינו של המשיב מלמד על בחור צעיר ונורמטיבי, שזו מעורבותו הראשונה בפלילים וההליך הפלילי הציב לו גבולות ברורים ומרתיעים, כך שנכון לו אופק שיקומי חיובי. אכן, בית המשפט רשאי להעניק בכורה לשיקולי שיקום בבואו לקבוע את העונש המתאים, לרבות בדרך של חריגה ממתחם הענישה. אין חולק על חשיבותם הרבה של שיקולי השיקום אך אלה אינם חזות הכול ולצדם, עומדת הפגיעה הקשה בערכים המוגנים של ערך שלמות הגוף וניצבים בין השאר שיקולי ההרתעה וההגנה על שלום הציבור (ראו, ע"פ 3060/15 אבו רגייג נ' מדינת ישראל (21.7.2015)); ע"פ 8820/14 שחר נ' מדינת ישראל (17.5.2015); ע"פ 5576/10 פלוני נ' מדינת ישראל (14.4.2011)). במצב דברים זה, אינני סבור כי היה מקום בנסיבות העניין לבכר שיקולי שיקום על פני האינטרס הציבורי עד כדי הטלת מאסר בעבודות שירות ועל כן אני מוצא כי העונש שהוטל על המשיב לא יכול לעמוד. אין בידי לקבל את טענתו לפיה היה מקום להטיל עליו ענישה מקלה בהתאם להמלצת שירות המבחן. לעניין זה, ידועה ההלכה לפיה תסקיר שירות המבחן, על אף הערכת מקצועיותו הרבה, מהווה המלצה בלבד ובית המשפט רשאי להפעיל את שיקול דעתו בהתחשב בכלל האינטרסים העומדים לפניו (ראו: ע"פ 2032/15 ממנ נ' מדינת ישראל, בפסקה 22 (11.8.2015); ע"פ 6341/14 בן איטשי נ' מדינת ישראל, בפסקה 13 (8.7.2015); בש"פ 5309/05 צמח נ' מדינת ישראל, בפסקה 6 (29.6.2005)).

13. בראיה הכוללת, הלוקחת בחשבון את נסיבותיו האישיות של המשיב, גילו הצעיר והיעדר עבר פלילי, תוך מתן משקל לשיקולי השיקום מחד גיסא, ולשיקולי ההרתעה והגמול מאידך גיסא, סבורני, כי הגם שהיה מקום להעמיד את עונשו ברף התחתון של המתחם, לא הובא טעם מבורר המצדיק חריגה הימנע, עד כדי הטלת עבודות שירות. עם זאת,

הלכה היא כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור למצות את הדין (ע"פ 6990/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (2014); ע"פ 7349/14 פלונית נ' מדינת ישראל (14.5.2015)). אשר על כן, אציע לחבכי לקבל את ערעורה של המדינה, במובן זה שעונש המאסר יעמוד על 8 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו של המשיב, חלף המאסר בעבודות השירות. שאר רכיבי גזר הדין יעמדו בעינם (ראו והשוו: ע"פ 2398/14 ענאן אלהזייל נ' מדינת ישראל (8.7.2014)).

## משה בר-עם, שופט

סגן הנשיא, י' נועם:

1. קראתי את פסק-דינו המפורט והמנומק של חברי, השופט בר-עם, אך דעתי שונה בכל הנוגע לתוצאת הערעור, זאת בשל אי-בהירות שנפלה בפרשת גזר-הדין באשר לנסיבות ביצוע העבירות - אי-בהירות אשר אמורה להטות את הכף לעבר דחיית הערעור.

אקדים ואעיר, כי אלמלא אי-הבהירות האמורה, שתפורט בהמשך, היה מקום להשית על המערער עונש מאסר בפועל למשך מספר חודשים, כפי שצוין בפסק-דינו של חברי.

2. אפתח בהתייחסות כללית לשיקולי הענישה, ובכלל זה - למדיניות הענישה הנוהגת בעבירות של החזקת נשק שלא כדין, ואוסיף דברים משלי לפסק-דינו של חברי בעניין זה.

על חומרן של עבירות הנשק והסיכון הנשקף מהן לביטחון הציבור עמדתי, לא אחת, בגזרי-דין בעבירות אלו. עבירות בנשק, ובכללן עבירת החזקת נשק הנדונה בתיק זה, חמורות מעצם טיבן ומהותן, זאת נוכח הסיכון הממשי הנשקף מהן לחיי אדם ולביטחון הציבור. על הסיכונים הרבים הנשקפים מעבירות נשק עמד בית-המשפט העליון בע"פ 2251/11 ג'מאל נפאע נ' מדינת ישראל (4.12.11). נשק, שהוא כלי קטלני מטבע ברייתו, עלול לעבור מיד ליד ולהגיע לידי גורמים שיבצעו באמצעותו עבירות פליליות חמורות, ואף לידי ארגוני טרור שיעשו בו שימוש בפיגועים. על-כן, פוטנציאל הסיכון הנשקף מהעבירות האמורות מחייב הטלת ענישה מחמירה ומרתיעה, אף אם מבצעי העבירות - בחוליות השונות בשרשרת העברת הנשק - אינם מודעים לתכלית השימוש בנשק (ע"פ 5220/09 עוואודה נ' מדינת ישראל (30.12.09); וע"פ 9543/09 רחאל נ' מדינת ישראל (19.1.10)). למותר להכביר מילים על הסיכון הרב הנשקף לציבור מהתופעה שבגדרה מצטיידים אנשים בנשק חם, ובית-המשפט העליון כבר עמד על הצורך בהכבדת הענישה בנסיבות אלו, למען יצא מסר ברור וחד-משמעי של הרתעה לרבים (ע"פ 2839/05 אלקאדר נ' מדינת ישראל (17.11.05)). נוכח הסיכון הממשי הנשקף מהעבירות הנדונות לביטחון הציבור, מורה הפסיקה כי במסגרת שיקולי הענישה יינתן בדרך כלל משקל נכבד יותר לאינטרס הציבורי, על-פני נסיבותיו האישיות של הנאשם (ע"פ 10499/02 מדינת ישראל נ' אלמוג מיארה (27.5.03)). בהקשר זה ציין בית-המשפט העליון, בדחותו ערעור על הטלת מאסר בפועל של 13 חודשים על נאשם שהחזיק ברכבו אקדח, מחסנית טעונה בכדורים ותחמושת נוספת, כי "לזמינות הבלתי נסבלת של נשק חם בידי מי שאינם מורשים לכך, יש פוטנציאל לשמש ל"חיסול חשבונות" ול"פתרון סכסוכים" כמו-גם לעבירות חמורות נוספות" - וכי בעבירות אלו "לשיקולי ההרתעה משקל של ממש" (ע"פ 2398/14 אלהזייל נ' מדינת ישראל (8.7.14)).

3. הענישה בגין עבירות הנשק נגזרת מחומרת נסיבות ביצוען. הפסיקה סיווגה את הנסיבות במדרג חומרה מן הכבד אל הקל, החל מהחזקת נשק או עסקאות בנשק לביצוע מעשים המיועדים לפגוע בביטחון המדינה ובביטחון הציבור, וכלה בהחזקת נשק שפג תוקף רישונו. את הנסיבות החמורות ראתה הפסיקה במקרים של ביצוע עבירות בנשק לשם פיגועים, לתכלית של עבירות פליליות ספציפיות ולצורך החזקת נשק ל"עת מצוא" כדי לאפשר פעילות פלילית עתידית, ולצבירת כלי נשק על-רקע פעילות אידיאולוגית (ב"ש 625/82 אבו מוך נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(3) 668 (1982)). על-רקע האמור, שיקולים של גמול, הוקעת המעשים, הגנה על ביטחון הציבור והרתעה אפקטיבית, מחייבים ככלל הטלת מאסר בפועל לריצוי של ממש בגין עבירות של החזקת נשק ותחמושת שלא כדיון, גם על מי שזו לו הרשעתו הראשונה (ראו למשל: רע"פ 2718/04 אבו דחאל נ' מדינת ישראל (29.3.04); רע"פ 5921/08 רביע רג'בי נ' מדינת ישראל (6.5.09); ע"פ 6583/06 אדהאם נ' מדינת ישראל (5.12.06); ע"פ 5220/09 בעניין עוואודה, לעיל; ע"פ 6294/10 אלקיעאן נ' מדינת ישראל (13.2.11); ע"פ 5604/11 נידאל נאסר נ' מדינת ישראל (5.10.11); ע"פ 2398/14 אלהזייל, לעיל; ע"פ 3288/14 מדינת ישראל נ' קריספיל (24.8.14); ע"פ 5646/15 תיהאווי נ' מדינת ישראל (14.2.16)).

4. בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין, על בית-המשפט לקבוע בגזר-הדין את מתחם העונש ההולם, זאת בהתאם לעיקרון המנחה, לרמת הענישה הנהוגה ולנסיבות הקשורות בביצוע העבירה; ובהמשך, לגזור את העונש המתאים לנאשם בגדרי מתחם הענישה ההולם, תוך התייחסות לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, אגב אפשרות לסטות מהמתחם בנסיבות חריגות שצוינו בחוק.

בכל הנוגע לקביעת מתחם הענישה ההולם, יש להתחשב בערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירה - שמירת החיים ושלמות הגוף, וההגנה על שלום הציבור וביטחונו. כן יש להביא בחשבון את הסיכון הרב הנשקף לציבור מעבירות הנשק, והצורך בהחמרה בענישה בעבירות אלו, כפי שתואר בסקירת הרקע המשפטי לעיל; ואת העונש המרבי שנקצב בצד העבירה, אשר עומד על שבע שנות מאסר. בנוסף, יש להתחשב בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

5. בענייננו מתעוררת אי-בהירות באשר לנסיבות ביצוע העבירות; ומטעם זה, בשונה מעמדת חברי, השופט בר-עם, סבורני כי אין מקום להחמיר בדינו של המערער, וכי יש לדחות, אפוא, את הערעור. אנמק את הטעמים העומדים ביסוד מסקנתי זו.

פרק העובדות שבכתב-האישום, היה תמציתי ולקוני, וכלל שני משפטים בלבד: "ביום 2.6.15 בשעה 19:00 לערך נתפס הנאשם סמוך לא-ראם כאשר החזיק ברשותו אקדח מס' BMA220 בלא רשות על-פי דין להחזקתו ובתוכו מחסנית, וכן מחסנית נוספת. במעשיו המתוארים לעיל החזיק הנאשם נשק בלא רשות על-פי דין להחזקתו וכן החזיק תחמושת בלא רשות על-פי דין". עובדות כתב-האישום לא פרטו את נסיבות ביצוע העבירה; שכאמור, יש להן רלבנטיות לצורך הענישה, על-פי תיקון 113 לחוק העונשין.

6. בישיבת הטיעון, הודה המשיב בהחזקת האקדח שיוחסה לו בכתב-האישום; והוסיף כי מדובר באקדח שמצא אותו והתכוון להביאו למשטרה הפלסטינית (על-רקע מציאת האקדח באזור הנתון לשליטת הרשות הפלסטינית). וכך נרשמה תשובתו של המשיב לאישום, שנמסרה מפי בא-כוחו: "הנאשם מודה בעובדות כתב-האישום. מדובר באקדח

שמצא אותו ורצה להביאו למשטרה הפלסטינית. כך נמסר בהודאתו. בתוך יישוב א-ראם. הנאשם היה כבן 20 בעת ביצוע העבירה ללא עבר פלילי. אני מבקש לשלוח את הנאשם לתסקיר וחוות-דעת ממונה, ושהתסקיר יתייחס לשאלת ההרשעה".

ב"כ המערער לא הסתייג מתשובתו של המשיב לאישום, שבה הודה, כאמור, בהחזקת האקדח, וטען כי מצא אותו והתכוון להביאו למשטרה הפלסטינית. הוא לא הסתייג מתיאור הנסיבות הנתעבות; לא חלק עליהן; לא ביקש להשמיע ראיות להוכחת ביצוע העבירות בנסיבות האחרות מאלה שטען להן המשיב; ואף לא ציין, כי ככל שהמשיב מבקש לטעון שמצא את האקדח והתכוון להביאו למשטרה הפלסטינית, עליו להתכבד ולמסור את גרסתו מעל דוכן העדים בעניין זה. מיד בהמשך הפרוטוקול נרשמה הודאת המשיב: "אני מאשר את דברי בא-כוחי ומודה בעובדות כתב-האישום". בעקבות דברים אלו, ניתנה הכרעת-דין בדבר הרשעת המשיב בעבירת החזקת נשק, כלשון בית-המשפט, "בהתאם להודאת הנאשם בעובדות כתב-האישום".

7. בפרשת גזר-הדין הוגש לבית-משפט קמא תסקיר משירות המבחן. בתסקיר צוינה, בין-השאר, גרסתו של המשיב, לפיה בזמן שטיפת רכבו מצא את האקדח בין השיחים, ונטל אותו לשם העברתו למשטרה הפלסטינית. כאמור, זו גם הייתה גרסתו של המשיב בהודעתו במשטרה, וכן הגרסה שהעלה בתשובה לאישום. לאור האמור בתסקיר, בדבר נסיבות ביצוע העבירה, ציין ב"כ המערער בסיום טיעונו לעונש, כי "אם רצה [המשיב] להביא ראיות נוספות, היה עליו לעשות זאת טרם הודאתו". ב"כ המערער לא הבהיר בטיעונו לעונש, מדוע לא הסתייג מתשובתו של המשיב לאישום שכללה הודאה בהחזקת הנשק ותיאור נסיבות ההחזקה.

ב"כ המשיב טען בפרשת גזר-הדין, כי הודאתו של מרשו הייתה שלובה בתיאור נסיבות החזקת הנשק, וכי גרסתו נתמכת בהודעות בתיק החקירה, כמו-גם בגרסתו של מי שישב לצדו ברכב, אשר מסר גרסה זהה לזו של המשיב למרות שהשניים היו בהפרדה מרגע מעצרם. בהקשר זה הדגיש ב"כ המשיב, כי מקום שטיפת הרכב היה בשטח B, באזור הנתון לשליטת הרשות הפלסטינית, וכי כוונתו הייתה למסור את הנשק למשטרה הפלסטינית.

במהלך השמעת הטיעונים האמורים לא חלק ב"כ המערער על טיעונו הסנגור בעניין נסיבות ביצוע העבירה. רק בתום השמעת טיעונו הסנגור ציין ב"כ המערער, כי ככל שהמשיב ביקש להוכיח את קיומן של הנסיבות, היה עליו להביא ראיות, דבר שלא נעשה על-ידו.

בית-משפט קמא לא נתן החלטת ביניים במחלוקת של הצדדים, עת הסתייג ב"כ המערער, בסוף טיעונו הסנגור, מטיעונים עובדתיים שלא נתמכו בראיות; ובתכוף לאחר השמעת הדברים ניתן גזר-הדין. בגדרו של גזר-הדין התייחס בית-משפט למחלוקת שבין הצדדים בדבר נסיבות ביצוע העבירה, ובהקשר זה ציין: "באשר לנסיבות העבירה, אין לי אלא את האמור בכתב-האישום, שכן הנאשם לא ביקש להציג ראיות טרם הכרעת-הדין באשר לנסיבות שהובילו לביצוע העבירה". בצד זאת קבע בית-משפט קמא, כי לנוכח נסיבות ביצוע העבירה ומדיניות הענישה הנוהגת, הרף התחתון של מתחם הענישה הוא מאסר בעבודות שירות, וגזר את דינו של המשיב לשה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות בצד מאסר על-תנאי וקנס.

8. סבורני, כי בכל הנוגע לנסיבות ביצוע העבירה, נפלה אי-בהירות בהליך המשפטי בבית-משפט קמא, אשר, כאמור, יש בה כדי להטות את הכף לעבר דחיית הערעור.

משנוסח כתב-האישום באופן לקוני אשר ייחס למשיב את החזקת האקדח, ללא התייחסות כלשהי לנסיבות ביצוע העבירה, ומשהודה המשיב בתשובתו לאישום בעצם ההחזקה וכרך את תשובתו במתן הסבר אודות נסיבות ביצוע העבירה, ללא כל הסתייגות, אותה עת, מטעם ב"כ המערערת - מתעורר ספק אם יש מקום לזקוף לחובתו של המשיב את העובדה שלא השמיע ראיות בפרשת גזר-הדין אודות נסיבות ביצוע העבירה.

על-רקע המחלוקת שהתעוררה בסיום פרשת ההגנה, בשאלה האם לשם הוכחת נסיבות ביצוע העבירה על המשיב להשמיע עדויות, ייתכן כי היה על בית-המשפט להשמיע דעתו במחלוקת, בגדר החלטת ביניים, ולהבהיר למשיב, בטרם מתן גזר-דין, כי ככל שהוא טוען לנסיבות שאינן מוסכמות על המערערת, עליו להתכבד ולהשמיע ראיות בעניין זה; בפרט כאשר המערערת לא השמיעה הסתייגות כלשהי מהתשובה המפורטת לאישום בעת מתן התשובה לאישום.

מכל מקום, אינני קובע מסמרות בעניין זה. כאמור, להכרעתו של בית-משפט קמא, בעניין המחלוקת הנוגעת לנסיבות ביצוע העבירה, לא הייתה נפקות לגזר-הדין שניתן על-ידו, שכן בית-המשפט סבר כי גם אלמלא הנסיבות הנטענות על-ידי המשיב, העונש ההולם אינו כולל רכיב של מאסר בין כותלי הכלא. לפיכך, ולנוכח אי-הבהירות בנושא נסיבות ביצוע העבירה, יש לצאת מן ההנחה לפיה הנסיבות היו אלו שצוינו על-ידי המשיב בתשובתו לאישום; ובמצב דברים זה - אין עילה להתערב בעונש שנגזר על המשיב, הכולל רכיב של מאסר בעבודות שירות, ולא מאסר בפועל של ממש.

למעלה מן הנדרש אחזור ואעיר, כי אלמלא אי-הבהירות האמורה, היה מקום להטיל על המשיב עונש מאסר בפועל למשך מספר חודשים, כאמור בפסק-דינו של חברי, השופט בר-עם.

משכך, ככל שתתקבל דעתי, יש לדחות את ערעור המדינה על קולת העונש.

יורם נועם, סגן נשיא

השופטת ר' פרידמן-פלדמן:



לאחר עיון בחוות הדעת של חברי, אני מצטרפת לעמדתו של סגן הנשיא השופט נועם.

ככלל, עמדת שני חברי, בדבר הצורך להחמיר בענישה בעבירות הקשורות בנשק, מקובלת עלי.

עם זאת, כפי שציין כב' השופט נועם - כתב האישום אינו מפרט את נסיבות ביצוע העבירה. הנסיבות היחידות המפורטות הן אלה העולות מגירסת המשיב - הן במשטרה, הן בבית המשפט במענה לאישום, הן לפני שירות המבחן והן בטיעונים לעונש - ולפיהן מצא את הנשק והיה בכונתו למסרו לידי המשטרה הפלסטינית.

ככל שסברה המאשימה שאין לקבל טענות אלה, אשר נטענו לצד הודאתו של המשיב בעובדות כתב האישום כפי שנוסח על ידה - היה עליה להודיע זאת לבית המשפט ולמשיב בשלב ההקראה ולפני מתן הכרעת הדין, אך הדבר לא נעשה.

לראשונה ציינה המערערת את הסתייגותה מגירסת המשיב במהלך הטיעונים לעונש, וזאת בהתייחס לדברי המשיב לפני קצינת המבחן, ותוך התעלמות מכך שגירסת המשיב נמסרה עוד במענה לאישום בבית המשפט, ללא כל מחאה מצד המערערת. בשלב זה, משהתברר כי אין הסכמה בין הצדדים באשר לנסיבות ביצוע העבירה, ומשסבר בית-משפט קמא כי אין ליתן משקל לגירסת המשיב לגבי נסיבות ביצוע העבירה (כעולה בדיעבד מגזר דינו שניתן בסמוך לאחר מכן) - היה מקום להזהיר את המשיב כי אם הוא עומד על גירסתו - עליו להביא ראיות לעניין זה.

משלא הובהר למשיב המצב לאשורו - זכאי המשיב להנות מהספק שנוצר, כך שהעונש שייגזר עליו יהיה בהתאם לגירסתו.

בנסיבות אלה, בהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה כנטען על ידי המשיב - מתחם הענישה שנקבע הולם, והעונש שנגזר על המשיב אינו מצדיק התערבות ערכאת הערעור. לפיכך דין הערעור להדחות.

**רבקה פרידמן-פלדמן,  
שופטת**

הוחלט, בדעת רוב, כאמור בפסקי-הדין של סגן הנשיא י' נועם ושל השופטת ר' פרידמן-פלדמן, לדחות את הערעור.

**המזכירות תשלח עותקים מפסק-הדין לבאי-כוח הצדדים, לממונה על עבודות השירות ולשירות המבחן.**

**המשיב יחל לבצע את עבודות השירות ביום 10.1.17, במועד זה יתייצב בשעה 9:30 במשרדי**

עמוד 9

הממונה על עבודות השירות בבאר-שבע, לשם קליטה והצבה.

ניתן היום, ו' בכסלו התשע"ז, 6 בדצמבר 2016, בהיעדר הצדדים (על-פי הסכמתם).

משה בר-עם, שופט

רבקה פרידמן-  
פלדמן, שופטת

יורם נועם, סגן נשיא