

עפ"ג 199/09/13 - חאמד ח'דור נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 199-09-13

לפני: כב' השופט רומנוב

כב' השופט שחם

כב' השופט שמיע

בעניין: חאמד ח'דור

המערער

נ ג ד

מדינת ישראל

המשיבה

ב"כ המערער: עו"ד וסים דכוור (מטעם הסניגוריה הציבורית)

ב"כ המשיבה: עו"ד זהר גיאת (פרקליטות מחוז ירושלים (פלילי))

פסק דין

1. לפנינו ערעור על גזר דינו מיום 12.6.13 של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופטת ח' מאק קלמנוביץ) שניתן במסגרת ת.פ 3885-01-13.

2. המערער הורשע על פי הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן שהוגש נגדו, בעבירות של ניסיון התפרצות למקום מגורים; קשירת קשר לביצוע פשע; ושהייה בלתי חוקית בישראל. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, המערער קשר קשר יחד עם 3 אחרים להתפרץ לדירת מגורים בישראל. לשם כך רכשו הארבעה לום

ברזל. ביום 26.12.12, נסעו הארבעה יחד לישראל, דרך מחסום קלנדיה, שעה שהמערער ומעורב נוסף מסתתרים בתוך תא המטען של הרכב. משהגיעו למקום בו תיכננו לבצע את העבירה, ניגשו לדירת מגורים וניסו לפרוץ את הסורג של חלון המטבח. בעלת הבית שנמצאה במקום קראה לעברם והם נמלטו. בצומת הרחובות הרצוג ועזה התבקשו המערער והאחרים על ידי בלש משטרת ישראל לעצור. נהג הרכב נסע לעבר הרכב המשטרתי ופגע בו. יתר המעורבים נעלו את דלתות הרכב והשוטרים נאלצו לפרוץ את הרכב כדי לעוצרם.

3. עובר לביצוע העבירות שנעברו על ידו, עמדו לחובתו של המערער מספר עונשי מאסר מותנה שהוטלו עליו בגזר דין שניתן בעניינו בת.פ. 36070-09-10 של בית משפט השלום ברמלה, וביניהם: מאסר מותנה לתקופה של 9 חודשים, אם יעבור עבירה של התפרצות למקום מגורים; ומאסר מותנה לתקופה של 5 חודשים, אם יעבור עבירה של שהייה בלתי חוקית. הצדדים נחלקו בבית משפט קמא באשר להפעלתו של התנאי הראשון מבין השניים הנ"ל, וזאת לנוכח העובדה שהמערער הורשע על ידי בית משפט קמא בעבירה של ניסיון התפרצות למקום מגורים ולא בעבירה המושלמת. ב"כ המערער טען בהקשר זה, כי ההלכה היא שעבירת ניסיון איננה מפעילה את עבירת התנאי שכן לא מתקיימים בה כל יסודות העבירה. מנגד, המשיבה הפנתה לפסק הדין שניתן בע"פ 4517/04 **מסרואה נ' מדינת ישראל** (מיום 10.3.05, להלן: "**עניין מסרואה**") וטענה, כי פסק דין זה הביא לשינוי הלכה קודמת בכך שנקבע בו, כי גם ניסיון לבצע את עבירת התנאי מביא להפעלתו של המאסר המותנה. בגזר דינו אימץ בית משפט קמא את עמדת המשיבה וקבע, כי המצב המשפטי כיום הוא, שדינה של עבירת ניסיון לעבור את עבירת התנאי המושלמת כדין ביצוע עבירת התנאי. במצב דברים זה גזר בית משפט קמא על המערער את העונשים הבאים: 24 חודשי מאסר לריצוי בפועל; הפעלת שני עונשי המאסר המותנה שנזכרו לעיל, כך שמחצית כל אחד מהם תחול בחופף לעונש המאסר שנגזר בתיק זה, והמחצית השנייה, במצטבר (כלומר, תוספת של 7 חודשי מאסר). בסך הכל גזר בית משפט קמא על המערער 31 חודשי מאסר לריצוי בפועל. בנוסף, נגזרו על המערער עונשי מאסר מותנים.

4. במסגרת הערעור שלפנינו מעלה ב"כ המערער שלוש טענות עיקריות נגד גזר הדין: הטענה הראשונה היא, שהעונש שנגזר על המערער חמור, וזאת הן בהשוואה לעונש שנגזר על שותפו לעבירה והן בהתחשב בנסיבותיו האישיות. נטען, כי על השותף, שהואשם יחד עם המערער באותו כתב אישום, נגזרו 12 חודשי מאסר, וכי כתב האישום ייחס לנאשמים עבירות זהות מבלי לקבוע את חלקו של כל אחד בביצוען. משכך, נטען, כי אין הצדקה לפער הגדול בין העונשים שנגזרו על השניים. עוד נטען, כי היה מקום להביא בחשבון שיקולים לקולא במקרה שלפנינו, ובהם: מצבו המשפחתי של המערער; העובדה שהוא מפרנס יחיד, אימו חולה והוא בעצמו חולה אפילפסיה ואף קיבל התקף אפילפסיה באולם בית המשפט במהלך דיון הטיעונים לעונש; והעובדה שהמערער חסך זמן שיפוטי והודה במיוחס לו. בנסיבות אלה סבור ב"כ המערער, כי היה מקום להקל עם המערער ולא לגזור עליו את העונש המירבי במסגרת המתחם שקבע בית משפט קמא.

5. הטענה השנייה נוגעת להפעלתו של עונש המאסר על תנאי בגין עבירת התפרצות שהיה תלוי ועומד נגד המערער, הגם שהוא הורשע אך בעבירה של ניסיון לעבור עבירה זו. בהקשר זה טוען ב"כ המערער, כי יש לראות את פסק הדין בעניין **מסרואה** על רקע נסיבותיו הקונקרטיות בלבד, ואין לראות בו כמשנה את ההלכות שנקבעו בעבר ולפיהן עבירת ניסיון אינה מפעילה תנאי. ב"כ המערער מוסיף וטוען, שגם לאחר שניתן פסק הדין בעניין **מסרואה** בתי המשפט המשיכו לפסוק בהתאם לכלל שנקבע קודם לכן לפיו עבירת ניסיון אינה מפעילה

את התנאי שהוטל תוך ציון העבירה המושלמת.

6. הטענה השלישית נוגעת לקביעתו של בית משפט קמא ולפיה המאסרים המותנים אותם הפעיל ירוצו באופן מצטבר זה לזה, ולא בחופף. ב"כ המערער מפנה בעניין זה לחוות דעתו של השופט (בדימוס) א' לוי בעניין **מסראווה**, וטוען, כי הכלל הוא שצבירתם של מספר עונשים תתאים בעיקר למקרה שבו יש מספר עבירות אך אין ביניהן כל זיקה, או כאשר חומרתן המופלגת של העבירות מחייבת כי העונשים ירוצו במצטבר. ואולם, כך נטען, מקום בו יש לראות במספר עבירות כמשתייכות למסכת עבריינית אחת, כי אז הכלל הוא שהעונשים בגינם יחפפו זה את זה. במקרה שלפנינו טוען ב"כ המערער, כי על פי כתב האישום מדובר במסכת עובדתית אחת ומשכך אין הצדקה להפעיל את העונשים המותנים במצטבר.

7. המשיבה טוענת מנגד, כי יש לדחות את הערעור. נטען, כי פסק הדין בעניין **מסראווה** מהווה הלכה מחייבת, וכי בתי המשפט נוהגים בפועל על פיו. ב"כ המשיבה הפנה לפסיקה בעניין זה. עוד נטען, כי הגיונה של הלכת **מסראווה** מובן במיוחד בענייננו, וזאת לנוכח העובדה שהסיבה היחידה לכך שהמערער לא השלים את ביצוע עבירת ההתפרצות הייתה העובדה שבעלת הדירה נכחה במקום וגרמה למנוסתם של המערער וחבריו. בהתייחס לאופן הפעלת המאסרים המותנים טוען ב"כ המשיבה, כי בית משפט קמא נהג לפני משורת הדין עם המערער וזאת בקובעו כי רק מחצית מכל תקופת מאסר מותנה תרוצה במצטבר והיתר, בחופף. בהתייחס להשוואה בין המערער לבין השותף נטען, כי עברו הפלילי של המערער מכביד לאין ערוך מזה של השותף ועל כן ישנה הצדקה לשוני בין העונשים שנגזרו על השניים.

8. בדיון שהתקיים לפנינו ולאור דברים שעלו במהלכו, ביקש ב"כ המערער כי תינתן לו שהות להשלים טיעונים בכתב בשאלה המשפטית מושא טענתו השנייה. ב"כ המערער עשה זאת, והמשיבה הגישה התייחסות מצידה להשלמת הטיעון שהוגשה מטעם המערער.

9. לאחר ששמענו את טענות הצדדים ושקלנו בדבר, הגענו לכלל מסקנה שדין הערעור להידחות, למעט בעניין אחד שיפורט להלן. בהתייחס לטענתו הראשונה של המערער, אנו סבורים שיש לדחותה. עיון ברישום הפלילי של המערער ושל שותפו לעבירה מלמד, כי עברו הפלילי של המערער מכביד בהרבה מזה של השותף. כך, על אף גילו הצעיר יחסית (27), למערער שורה ארוכה של הרשעות, בפרט באותן עבירות בהן הורשע בענייננו, אשר בגינן נדון לתקופות מאסר ממושכות. בחנו גם את נסיבותיו האישיות של המערער ולא מצאנו כי נפלה שגגה תחת ידו של בית משפט קמא בעניין זה.

10. אשר לטענה השנייה. גם טענה זו יש לדחות. כפי שציין בית משפט קמא בגזר דינו, ובצדק, בפסק דין **מסראווה** נקבע באופן ברור, כי לאור התיקון שנעשה בחוק העונשין והוספת סעיף 34 לחוק, השתנה הדין שנהג קודם לכן, ועל כן המצב המשפטי כיום הוא, שגם ביצוע עבירת נסיון מביא להפעלתו של עונש מאסר מותנה. אכן, בחוות הדעת שניתנה על ידי כב' השופט א. א. לוי התמקד כב' השופט לוי בנסיבות הקונקרטיים של המקרה שנדון באותה פרשה, הן ככל שמדובר באופן בו נוסחה עבירת התנאי והן ככל שמדובר במהות המעשים שעשה הנאשם באותה פרשה כמגבשים מספר עבירות. ואולם מאידך, כב' השופטים א. גרוניס וי.

עדיאל דנו בהיבט העקרוני של השאלה המתעוררת גם לפנינו, ומסקנתם הייתה "כי כיום ניתן להפעיל מאסר מותנה שנכלל בגזר-דין אשר נקב בעבירה המושלמת כעבירת התנאי, אף אם העבירה הנוספת שבה מורשע הנאשם הינה ניסיון לעבור את העבירה המושלמת. בעבר נפסק כי אין הדבר אפשרי... ברם מאז נתקבל תיקון 39 לחוק, ולאורו קיימים שני טעמים המצדיקים גישה אחרת כיום..." (דבר כב' השופט גרוניס בסעיף 5 לחוות דעתו).

11. יוער בהקשר זה, כי לא עלה בידו של ב"כ המערער להפנות לפסיקה שתעיד על כך שבתי המשפט נוהגים בפועל באופן אחר מזה שנקבע בהלכת **מסראווה**. בטיעון המשלים שהגיש הפנה ב"כ המערער לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו בע"פ 42818-06-13; עפ"ג 9814-04-13 **מדינת ישראל נ' אברם סמן טוב** (2013). דא עקא, שהעובדות שנדונו באותה פרשה והשאלה שעמדתה לפתחו של בית המשפט, שונים מאלו שבפנינו, ולכן אין בידם לסייע למערער.

12. בהתייחס לטענה השלישית שהעלה ב"כ המערער, הרי שאנו סבורים כי יש לקבלה. כאמור לעיל, במסגרת גזר הדין שניתן נגד המערער בת.פ. 36070-09-10 של בית משפט השלום ברמלה, הוטלו על המערער מספר מאסרים מותנים, ובהם: מאסר מותנה לתקופה של 9 חודשים, אם יעבור עבירה של התפרצות למקום מגורים; ומאסר מותנה לתקופה של 5 חודשים, אם יעבור עבירה של שהייה בלתי חוקית. ב"כ המערער טען לפנינו, כי בית משפט השלום ברמלה שהטיל את עונשי המאסר על תנאי, החליט לפצל את המאסרים המותנים לשניים (9 חודשים ו-5 חודשים) כדי להקל עם המערער ולא להחמיר איתו. לטענת ב"כ המערער, בית משפט השלום ברמלה יכול היה לקבוע מאסר מותנה אחד, בן 9 חודשים, שיופעל אם יעבור המערער עבירת התפרצות או שיעבור עבירת שהייה בלתי חוקית. ואולם, כך טוען ב"כ המערער, בית המשפט ערך את הפיצול האמור מתוך ראייה צופה פני עתיד כך שאם המערער יעבור בעתיד רק את העבירה "הקלה" מבין השתיים, שהייה בלתי חוקית שאין עימה עבירה נוספת, יופעל נגדו עונש מאסר מתון יותר, 5 חודשי מאסר ולא 9 חודשים. לטענת ב"כ המערער, בנסיבות הפרשה שלפנינו, הרי שלנוכח העובדה שהמערער הינו תושב הרשות הפלסטינאית ואין לו היתר כניסה לישראל, מדובר במסכת עובדתית אחת, ומשכך היה מקום להפעיל את שני העונשים בחופף ולא במצטבר.

13. עמדה זו של ב"כ המערער מקובלת עלינו. במקרה שלפנינו עבירת השהייה הבלתי חוקית אכן "נבלעת" בעבירה החמורה יותר, עבירת ההתפרצות, ושתייה מהוות מכלול אחד. סביר להניח, כי בית משפט השלום ברמלה שהטיל את עונשי המאסר על תנאי רצה להרתיע את המערער, הרתעה ממשית, לבל ישוב לעבור עבירת התפרצות, ולכן הטיל עליו עונש מאסר על תנאי לתקופה של 9 חודשים, ואולם בצד זאת, מתוך רצון למנוע תוצאה קשה אם המערער ייתפס בישראל בנסיבות תמימות (כגון חיפוש עבודה), הוא הטיל עליו בגין העבירה לפי חוק הכניסה לישראל, עונש מאסר על תנאי לתקופה של 5 חודשים בלבד. אנו סבורים, כי בנסיבות המקרה שלפנינו, בהיות העבירה האחת נבלעת בעבירה השנייה, יש להימנע ממצב בו הכוונה להקל עם המערער תפעל, בסופו של דבר, לרעתו. אכן, יתכן שזה היה הטעם שבית משפט קמא קבע בגזר דינו, שרק מחצית מעונשי המאסר על תנאי שהפעיל (במצטבר זה לזה) תהיה חופפת לעונש המאסר שבית המשפט הטיל. ואולם משהדברים לא נאמרו, לא ניתן לקבוע את הדבר בבטחון.

14. לנוכח כל האמור אנו סבורים שיש מקום להפעיל את שני העונשים המותנים בחופף האחד לשני ולא במצטבר, דהיינו בסך הכל 9 חודשים, במקום 14 חודשים כפי שקבע בית משפט קמא. קביעתו של בית משפט קמא ולפיה רק מחצית מהתקופה תרוצה במצטבר לעונש שהטיל במסגרת התיק שלפנינו - מקובלת עלינו, ועל כן התוצאה היא, שלעונש המאסר אותו הטיל בית משפט קמא על המערער במסגרת התיק שלפנינו - 24 חודשים - יש להוסיף 4.5 חודשי מאסר (מחצית מ-9 חודשי המאסר המותנה), כך שבסה"כ ירצה המערער 28.5 חודשי מאסר (במקום 31 כפי שקבע בית משפט קמא).

15. **סוף דבר.** הערעור מתקבל באופן חלקי. גזר דינו של בית משפט קמא יתוקן בהתאם לאמור לעיל, כך שבסופו של דבר ירצה המערער 28.5 חודשי מאסר בפועל. יתר חלקי גזר הדין יעמדו על כנם.

ניתן היום, ה' תמוז תשע"ד, 03 יולי 2014, בהעדר הצדדים.

ראובן שמיע, שופט

עודד שחם, שופט

אריה רומנוב, שופט