

## ע"פ 1548/17 - ג'אמל זיינב נגד מדינת ישראל

### בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 1548/17

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט ח' מלצר  
כבוד השופט ד' מינץ

המערער: ג'אמל זיינב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-  
יפו (כב' השופט צ' קאפח) ב-ת"פ 37845-03-16  
מתאריך 05.01.2017

תאריך הישיבה: ח' באב התשע"ז (31.07.2017)

בשם המערער: עו"ד און איתן

בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

**פסק-דין**

השופט ח' מלצר:

1. בפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כב' השופט צ' קאפח) ב-ת"פ 37845-03-16 מתאריך 05.01.2017, בגדרו הושתו על המערער העונשים הבאים: 18 חודשי מאסר לריצוי בפועל, 12 חודשים מאסר על תנאי, לבל יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו ממאסר עבירה לפי סעיף 498 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), וקנס בסך 3,000 ש"ח, או חודש מאסר תמורתו.

2. בתאריך 18.04.2017 הוריתי כי עונש המאסר בפועל שהושת על המערער בגזר הדין יעוכב עד להכרעה בערעור.

עתה נביא את הנתונים הדרושים להכרעה בערעור.

רקע

3. בתאריך 17.03.2016 הוגש כנגד האשם מתואלי (להלן: הנאשם 1) והמערער - כתב אישום לבית המשפט המחוזי הנכבד (להלן: כתב האישום המקורי).

4. בתאריך 13.10.2016 הוגש כנגד המערער, במסגרת הסדר טיעון, כתב אישום מתוקן (להלן: כתב האישום המתוקן).

5. לפי הנטען בכתב האישום המתוקן, בין השנים: 2013-2015, ובמהלך החודשיים שקדמו למועדים הרלבנטיים לכתב האישום המתוקן - המערער עבד בסופרמרקט מסוים בתל אביב-יפו (להלן: הסופרמרקט). עובר לתאריך 29.02.2016, כך נטען, המערער מסר לנאשם 1 מידע אודות: שעות פתיחת הסופרמרקט, שעת הגעת העובדים למקום, ומיקומה של כספת הסופרמרקט (להלן ביחד: המידע), וזאת, כשהמערער יודע שהמידע עלול לשמש לביצוע שוד, או להקלה על ביצועו, אך זאת מבלי שהייתה לו מודעות לכוונתו של נאשם 1 לנקוט באלימות פיזית במהלך ביצוע השוד.

6. לפי עובדות כתב האישום המתוקן - בתאריך 29.02.2016, הנאשם 1 הצטייד בכפפות גומי, כובע גרב ואקדח, והדביק, כך נטען, נייר סלוטייפ שחור על חלק ממספר הרישוי של רכב מסוים כדי למנוע את זיהויו בידי מצלמות האבטחה של הסופרמרקט (להלן: הרכב). לפי הנטען, באותו תאריך, שעה 06:32, או בסמוך לכך - הנאשם 1 נהג ברכב, כשהוא נושא עימו אקדח. עוד נטען כי הנאשם 1 נהג במכוון אל דלת הזכוכית של הסופרמרקט, שבר אותה ונכנס לתוך הסופרמרקט. מיד לאחר מכן, כך נטען, הנאשם 1 יצא מהרכב, כשהוא חבוש כובע גרב שחור, אוחז באקדח, ואיים על אחד מעובדי הסופרמרקט (להלן: ר') כי ימסור לו את הכסף המצוי בכספת - אחרת הוא יירה בו. לפי הנטען, מיד לאחר מכן, הנאשם 1 איים על סגן מנהל סניף הסופרמרקט (להלן: מ') כי הוא יירה בבטנו ובראשו של ר', וכל זאת בזמן שהנאשם 1 מנופף מול ר' ו-מ' באקדח ודורך אותו. לפי הנטען, הנאשם 1 הוביל את ר' ו-מ' למחסן הסופרמרקט, בו הייתה מצויה הכספת, תוך שהוא אוחז ב-ר', דוחף אותו, וכן מאיים על ר' ו-מ' באקדחו. בשלב זה, כך נטען, לאחר שהנאשם 1 הורה ל-מ' ו-ר' לפתוח את הכספת - מ' פתח את הכספת, ומסר לנאשם 1 שקיות בהן סכום

עמוד 2

כולל של 67,030 ש"ח במזומן, וכן שיק בסך 4,125 ש"ח. לאחר מכן, כך נטען, הנאשם 1 הורה ל-ר' ו-מ' לזרוק את מכשירי הטלפון הניידים שלהם מחוץ למחסן, ולמסור לו את המפתח למחסן. לפי הנתען, בסמוך לכך הנאשם 1 נעל את מ' ו-ר' במחסן ונסע מהמקום ברכב, ובינתיים ר' ו-מ' נותרו נעולים במחסן, עד שהם שברו את קיר הגבס של המחסן, הצליחו לצאת ממנו והזעיקו את המשטרה.

7. המשיבה ייחסה למערער בכתב האישום המתוקן עבירה של מתן אמצעים לביצוע פשע לפי סעיף 498 לחוק העונשין.

8. בתאריך 13.10.2016 בית המשפט המחוזי הנכבד הרשיע את המערער, על פי הודאתו, במיוחס לו בכתב האישום המתוקן. בין הצדדים לא הייתה הסכמה לעניין העונש.

9. בתאריך 05.01.2017, לאחר שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים לעונש, בית המשפט המחוזי הנכבד גזר את דינו של המערער. במסגרת גזר הדין נקבע כי הערכים החברתיים אשר נפגעו כתוצאה ממעשיו של המערער הינם זכות האדם לשלמות גופו וזכותו להגנה על רכושו וקניינו. לאחר מכן, במסגרת הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה - בית המשפט המחוזי הנכבד עמד על כך שהמערער הורשע בשנת 2006 בעבירה של סיוע להתפרצות, בגינה הושת עליו, בין היתר, עונש של 5 חודשי מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות (ראו: ת"פ (ת"א) 40082/06, גזר דין מתאריך 04.01.2017) (להלן: התיק מ-2006). במסגרת התיק מ-2006 המערער הורשע בכך שקיבל מאימו, שעבדה כעוזרת בית בביתם של זוג קשישים, מידע על קיומה, מיקומה ותכולתה של כספת שהייתה בדירתם של הקשישים, והוא העביר מידע זה לנאשמים אחרים, שביצעו שוד בדירה זו, תוך שהם לוקחים ממון רב מתוך הכספת. בגזר הדין, נושא התיק מ-2006, נקבע כי המערער מסר את המידע ליתר הנאשמים, אך הוא לא ידע כי עומד להתבצע שוד: "אלא כוונתו היתה לסייע להתפרצות בלבד כדי להשיג את השלל" (ראו: שם, עמ' 86).

10. בהמשך, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע, על יסוד התיק מ-2006 כדלקמן:

"כתב האישום מדגיש כי לא הייתה לנאשם מודעות בדבר כוונת נאשם 1 לנקוט באלימות פיזית במהלך ביצוע השוד. עם זאת, הנאשם נכווה בעבר ברותחין בנסיבות דומות... העובדות בפרשה מ-2006 משיקות להפליא לנסיבות הנוכחיות למעט הוראות החיקוק. אז הורשע בעבירה של סיוע להתפרצות ועתה הורשע במתן אמצעים. כאז כן עתה מעל הנאשם באמון מעסיקיו והסגיר סודותיהם לגורמים עברייניים. אז, היו אלה הקשישים אשר העסיקו את אמו וכעת מעסיקיו בסופר. על כורחך אתה מגיע כעת למסקנה כי הגם שהנאשם לא ידע על הדרך בה עמד נאשם 1 להוציא לפועל את תכניתו העבריינית, הרי שעל פי ניסיונו מהעבר הלא רחוק, הוא עצם עיניו נוכח הוודאות הקרובה כי תשאול אנשי הסופר אשר לדרך פתיחת הכספת לא יעשה בדרכי נועם" (ראו: עמ' 7 לגזר הדין; ההדגשות הן במקור - ח"מ).

11. בית המשפט המחוזי הנכבד דחה עוד את הטענה כי חומרת מעשיו של המערער הינה ברף הנמוך, וקבע כי

המידע שהמערער מסר לנאשם 1 היה תנאי בלתי אבן להתקיימות התכנית העבריינית. בשלב הבא, ולאחר שעמד על מדיניות הענישה הנהוגה בערכאות הדיוניות בעבירה מסוגה הורשע המערער- בית המשפט המחוזי הנכבד קבע כי מתחם העונש ההולם, בנסיבות, נע בין 8 ל-24 חודשי מאסר בפועל.

12. במסגרת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה - בית המשפט המחוזי הנכבד שקל לחובת המערער את עברו הפלילי הכולל, בנוסף לתיק משנת 2006, גם הרשעה משנת 2009 בקשירת קשר לביצוע פשע (התפרצות) וניסיון התפרצות, בגינן הוא נדון, בין היתר, לעונש של 14 חודשי מאסר בפועל, הרשעה משנת 2011 בעבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב, והרשעות ישנות בעבירות סמים לצריכה עצמית. בית המשפט המחוזי הנכבד ציין עם זאת לזכות המערער כי בין חודש ינואר 2011 ועד לחודש פברואר 2016 - חלה הפוגה בפעילותו הפלילית של המערער, ואף התחשב בשהותו של המערער בתנאי "מעצר בית" מלא בתיק שלפנינו במשך כ-8 חודשים.

13. בסיכום הדברים - בית המשפט המחוזי הנכבד גזר על המערער את העונשים המפורטים בפיסקה 1 שלעיל.

14. למען שלמות התמונה נציין כי בתאריך 08.02.2017 - לאחר גזירת דינו של המערער - הנאשם 1 הורשע, במסגרת הסדר טיעון, בכתב אישום מתוקן, בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע (שוד בנסיבות מחמירות), ושוד בנסיבות מחמירות, אליהם הוא צירף תיק תעבורה ותיק פלילי נוסף. במסגרת גזר הדין בעניינו של הנאשם 1 נקבע, בין היתר, כי לפי כתב האישום המתוקן בעניינו של נאשם 1:

"חלה תמורה משמעותית ביותר בכתב האישום המתוקן במסגרת הסדר זה. נטען כי אדם שלישי, "האחר" - כפי שהוא מכונה בכתב האישום, הוא שביצע את כל אשר נטען כלפי הנאשם (הנאשם 1 - ח"מ) מלכתחילה..." (ראו: שם, בעמ' 5).

לבסוף, בית המשפט המחוזי הנכבד השית על הנאשם 1, בין היתר, עונש של 42 חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין הרשעתו בתיק זה, וביחד עם הפעלת מאסרים מותנים, 58 חודשי מאסר לריצוי בפועל, בניכוי ימי מעצרו, וזאת בצד רכיבי ענישה נוספים.

טענות הצדדים בערעור

15. בא-כוח המערער טען, בהודעת הערעור, ובמסגרת הדיון שהתקיים בפנינו בתאריך 31.07.2017 - כי בכתב האישום המתוקן צויין כי למערער לא הייתה מודעות לכוונתו של הנאשם 1 לנקוט באלימות פיזית במהלך ביצוע השוד. אולם, בית המשפט המחוזי הנכבד קבע, בשים לב לתיק-מ-2006, כי המערער עצם את עיניו ביחס לכך שתשאל אנשי הסופרמרקט אודות דרך פתיחת הכספת **לא יעשה בדרכי נועם**. לגישת בא-כוח המערער, קביעה זו, שהחמירה עם המערער, מהווה זליגה מעובדות כתב האישום המקורי, והיא איננה עולה בקנה אחד עם המוסכם על הצדדים בכתב האישום המתוקן.

16. בא-כוח המערער טוען עוד כי מדובר, בנסיבות, בעבירה ברף חומרה נמוך, וזאת מאחר שלא דובר במתן כלי נשק, או רכב לצורך ביצוע השוד, אלא על מסירת מידע, שניתן היה להשיגו, לגירסתו, בנקל, ושאינו לא היה הכרחי לביצוע השוד, מה גם שנאשם 1, כך נתברר לאחר גזירת עונשו המערער, אף לא נקט באלימות במהלך ביצוע השוד. לבסוף נטען כי העונש שהושת על המערער איננו נותן משקל הולם לנסיבותיו האישיות, ולסיכויי שיקומו. בסיכום הדברים - בא-כוח המערער מבקש להקל בעונשו של המערער ולהשית עליו עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות.

17. באת-כוח המשיבה טוענת, מנגד, כי דין הערעור להידחות. לשיטתה, העונש שהושת על המערער הולם את נסיבות ביצוע העבירה, ואת עברו הפלילי של המערער. באת-כוח המשיבה מוסיפה כי נוכח סעיף העבירה בו הורשע המערער במסגרת כתב האישום המתוקן, מהות המידע שהמערער מסר, ובכללו המידע אודות נוכחותם של עובדי הסופרמרקט במקום, הרי שלא נפל פגם בקביעתו של בית המשפט המחוזי הנכבד לפיה המערער עצם את עיניו לכך שתשאל אנשי הסופרמרקט באשר לדרך פתיחת הכספת לא יעשה בדרכי נועם - ותיאור זה איננו מייחס למערער מודעות לביצוע שוד באלימות פיזית.

#### דין והכרעה

18. לאחר שעיינו בהודעת הערעור, בחומר שצורף לה, ושמענו את טיעוני באי-כוח הצדדים, הגענו לכלל מסקנה כי דין הערעור - להתקבל בחלקו, כמפורט בפיסקאות 23-24 שלהלן.

19. בראשית הדברים נציין כי לא מצאנו ממש בטענה לעניין היותו של האירוע, נושא כתב האישום המתוקן, מצוי ברף הנמוך של העבירה בה הורשע המערער. מסירת המידע, ובמיוחד הפרטים הנוגעים לשעת הגעת עובדי הסופרמרקט למקום, ומיקומה של הכספת בסופרמרקט - איננה שולית. העבירה בה המערער הורשע, ועברו הפלילי של המערער מצדיקים, בנסיבות, ענישה מוחשית והולמת על דרך של מאסר בפועל, וזאת חרף נסיבותיו האישיות של המערער. לכן, אם היה הערעור תלוי בטענות אלו בלבד - לא היינו מתערבים בגזר הדין. עם זאת, ראינו בנקודה אחת לקבל את טענתו של בא-כוח המערער, והדבר מצדיק התערבות מסוימת ומתונה בעונשו, כפי שיפורט מיד בסמוך.

20. סעיף 40 לחוק העונשין, שכותרתו: "הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה", קובע, בין היתר, כדלקמן:

"40. (א) בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) -

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנתען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות

הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין... (ד) בלי לגרוע מהוראת סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה" (ההדגשה שלי - ח"מ; עיינו גם: סעיף 40(ב)(2) לחוק העונשין).

21. בפסיקתנו נקבע כי סעיף 40(ד) לחוק העונשין משקף את הגישה הכללית לפיה על כתב האישום, ובפרט אם מדובר בכתב אישום מתוקן, שהוגש במסגרת הסדר טיעון, לכלול את כל העובדות והנסיבות הרלבנטיות לביצוע העבירה. זאת, במטרה לתחום את הדיון בעניינו של הנאשם, ושלא להפליג למחוזות שלא בא זכרם בכתב האישום, או כתב האישום המתוקן לפי העניין (ראו: ע"פ 5841/14 מדינת ישראל נ' ארקאן (08.07.2015) (להלן: עניין ארקאן)).

הודאת הנאשם בעובדות כתב האישום, כך נפסק, מבטאת את הסכמתו של הנאשם לעובדות ולנסיבות האמורות בו, ויש בה משום הצהרה כי אין בעובדות ובנסיבות המתוארות בכתב האישום יותר מאשר עשה (ראו: ע"פ 3667/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (14.10.2014)). בהתאם לכך, נקבע כי כאשר מדובר בכתב אישום, שהוא תוצר של הסדר טיעון: "אל לו לבית המשפט להיזקק לעובדות או לנסיבות שלא נכללו בכתב האישום, שבעובדותיו הודה הנאשם" (ראו: ע"פ 3060/15 רגייג נ' מדינת ישראל, פסקה 15 (21.07.2015)). ב-ע"פ 5677/11 פלוני נ' מדינת ישראל (18.06.2012) נפסק בהקשר לכך כדלקמן:

"כידוע, פירוט העובדות והעבירות המיוחסות לנאשם בכתב האישום נועד, בין היתר, ובעיקר, על מנת לתחום את מסגרת הדיון במשפט הפלילי למעשים שמיוחסים לנאשם (ראו: יעקב קדמי סדר הדין בפלילים חלק שני, כרך א' 915 (2009) (להלן: קדמי)). תובנה זו נכונה גם בנוגע לכתבי אישום מתוקנים שמוגשים בעקבות הסדרי טיעון. כפועל יוצא מכך: "בית המשפט כלל איננו אמור להתייחס בגזר-דינו לנסיבות נוספות, אשר אין להן אזכור בכתב האישום המתוקן ובראיות אחרות בתיק, ובפרט כאשר הצדדים הגיעו להסדר טיעון מוסכם, אשר במסגרתו נמחקו הנסיבות הנוספות מכתב האישום המקורי" (ראו: דברי ב-ע"פ 8888/07 פלוני נ' מדינת ישראל, בפסקה 14 (6.7.2009) (להלן: ע"פ 8888/07)). יש להדגיש כי האיסור הנ"ל חל בצורה שווה על כל הפרטים ה"חיצוניים", יהא מקורם אשר יהא. נתונים "אסורים" אלה יכולים לנבוע מכתב האישום המקורי, או ממקורות אחרים..." (ראו: שם, פסקה 11); ההדגשה שלי - ח"מ).

22. במקרה שלפנינו נראה כי נפל משגה מסוים בהנמקתו של בית המשפט המחוזי הנכבד בגזר הדין. בית המשפט המחוזי הנכבד קבע, כאמור, כי נוכח עברו הפלילי של המערער, נושא התיק מ-2006, הדומה בנסיבותיו העובדתיות, להבנתו, למעשים המיוחסים למערער בכתב האישום המתוקן, מצדיקים השוואה, ובהקשר זה הוא התבטא כך:

"על כורחך אתה מגיע כעת למסקנה כי הגם שהנאשם לא ידע על הדרך בה עמד נאשם 1 להוציא לפועל את תכניתו העבריינית, הרי שעל פי ניסיונו מהעבר הלא רחוק, הוא עצם עניו נוכח הוודאות הקרובה כי תשאול אנשי הסופר אשר לדרך פתיחת הכספת לא יעשה בדרכי נועם" (ראו: עמ' 7 לגזר הדין; ההדגשות במקור - ח"מ).

בצד זאת, בכתב האישום המתוקן נכתב, כזכור, כי המערער מסר לנאשם 1 את המידע הנ"ל:

"ביודעו שהמידע עלול לשמש לביצוע שוד או להקלה על ביצועו, מבלי שהיתה לנאשם 2 [המערער כאן - ח"מ] מודעות לכוונת נאשם 1 לנקוט באלימות פיזית במהלך ביצוע השוד" (ראו: שם, פסקה 2; ההדגשה שלי - ח"מ).

23. בנסיבות העניין, קיים איפוא ספק האם הקביעה המחמירה בגזר הדין, לפיה המערער עצם את עיניו באשר לכך ש"תשאול אנשי הסופר אשר לדרך פתיחת הכספת לא יעשה בדרכי נועם", עולה בקנה אחד עם לשונו של כתב האישום המתוקן, במסגרתו הסכימו הצדדים, כי המערער לא היה מודע לכוונתו של הנאשם 1 לנקוט באלימות פיזית במהלך ביצוע השוד. יתכן שקביעה זו נובעת, בצד ההסתמכות על התיק מ-2006, על הנטען בכתב האישום המקורי, שייחס למערער, בין היתר, עבירות של קשירת קשר לביצוע פשע (שוד בנסיבות מחמירות), ושוד בנסיבות מחמירות בצוותא (ראו גם: פסקה 2 לכתב האישום המקורי). נפקות הדברים מובילה לכך כי ראוי לתקן באופן מתון את גזר הדין, כך שהעונש שיושת על המערער יעמוד בהתאמה למוסכם בכתב האישום המתוקן, אשר איננו כולל את התיאור המחמיר שבגזר הדין לעניין זה. ממילא הדבר מצדיק, בנסיבות, הקלה מסוימת בעונש המאסר שהושת על המערער בגזר הדין.

24. נוכח כל האמור לעיל - הערעור מתקבל בחלקו, כך שמעונש המאסר בפועל שהושת על המערער יופחתו ארבעה חודשים, והוא יועמד על 14 חודשי מאסר לריצוי בפועל. יתר רכיבי הענישה שהושתו על המערער יותרו בעינם.

המערער יתייצב לשאת בעונש המאסר בפועל שהוטל עליו בתאריך 03.09.2017 עד השעה 10:00 בבימ"ר ניצן, או על פי החלטת שירות בתי הסוהר, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המערער לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שירות בתי הסוהר, בטלפונים: 08-9787377, או 08-9787336. עד אותו מועד יחולו עליו תנאי שחרורו בערבות שפורטו בהחלטה מתאריך 19.02.2017.

ניתנה היום, י"ז באב התשע"ז (09.08.2017).

שופט

שופט

שופט