

## ע"פ 2333/13 - באסל סאלם נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 2333/13

לפני: כבוד השופטת א' חיות  
כבוד השופט נ' הנדל  
כבוד השופט נ' סולברג

המערער: באסל סאלם

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים  
בת"פ 49839-03-12 שניתן ביום 27.2.2013 על ידי  
כבוד השופט א' דראל

בשם המערער: עו"ד מוחמד ח'לאילה

בשם המשיבה: עו"ד קרן רוט

פסק-דין

עמוד 1

השופט נ' הנדל:

1. הונח בפנינו ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (ת"פ 49839-03-12, כב' השופט א' דראל). לאחר שהורשע על פי הודאתו במסגרת הסדר טיעון, הושתו על המערער 54 חודשי מאסר בפועל - מתוכם 48 חודשי מאסר בגין המעשים בהם הורשע במסגרת תיק זה, ו-6 חודשי מאסר בגין הפעלת עונש מאסר מותנה שהיה תלוי ועומד כנגדו - וכן עונש מאסר על תנאי למשך 6 חודשים, לבל יעבור תוך 3 שנים ממועד שחרורו עבירת רכוש.

רקע

2. על פי כתב האישום המתוקן שהוגש כנגד המערער ואדם נוסף בשם מואתמן מואתם (להלן: ביומי), פעלו השניים כחלק מחבורה אשר גנבה יחדיו ארבעה רכבים. חלוקת התפקידים הייתה כזו שאדם בשם אחמד כסוואני (להלן: כסוואני) שכר רכבים מחברות השכרה שונות והתקין בהם מכשירי איתור ששכר ושידרו אותות בדבר מיקומם למכשיר הטלפון הנייד שלו. לאחר מכן הביא כסוואני את הרכבים למוסך בו עבדו המערער וביומי. אחד מהשלושה - המערער, ביומי או כסוואני - היה משכפל את מפתחות הרכבים וכסוואני היה מחזיר את הרכבים לחברות ההשכרה. לאחר תקופה משתנה היה בודק כסוואני את מיקום הרכבים, מדווח על המיקום הרלוונטי לאנשים שזהותם אינם ידועה, אשר היו מגיעים למיקום האמור, נכנסים לרכבים באמצעות המפתחות ששוכפלו ונוסעים בהם למוסך של המערער וביומי. שם פירקו המערער או ביומי את מכשירי האיתור מהרכבים. בגין מעשים אלו הורשע המערער בשתי עבירות של גניבת רכב לפי סעיף 413ב(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ובשתי עבירות סיוע לגניבת רכב לפי סעיף 413ב(א) בצירוף סעיף 31 לחוק העונשין.

לאחר שמיעת חלק מהראיות בפני בית המשפט המחוזי, פנו הצדדים להליך גישור. הצדדים הגיעו להסדר במסגרתו תוקן כתב האישום כנגד המערער וביומי, והשניים הודו במיוחס להם. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם הענישה ההולם בעניינם של השניים, לכל אחת מארבע העבירות, נע בין 8 לבין 24 חודשי מאסר. בשל עברו הפלילי של המערער והיעדר אופק שיקומי בעניינו, נגזרו עליו 4 שנות מאסר בפועל בגין העבירות האמורות. כמו כן הופעל מאסר מותנה בר ההפעלה שעמד נגדו, כך שחציו הופעל בחופף וחציו במצטבר. על ביומי נגזרו 3 שנות מאסר. מספר חודשים לאחר מתן גזר הדין בעניינם, נגזר דינו של כסוואני והושתו עליו 4 שנות מאסר בפועל (ת"פ 49880-03-12, כסוואני נ' מדינת ישראל (13.10.2013), כב' השופטת ר' פרידמן-פלדמן).

טענות הצדדים

3. הערעור שבפנינו מופנה הן כלפי עונשו של המערער בגין המעשים האמורים, 48 חודשי מאסר בפועל כאמור, והן כנגד אופן הפעלתו של המאסר המותנה.

באשר לחומרת העונש, בא כוח המערער מעלה טענות בשלושה מישורים. הראשון, חלקו בעבירות זניח ושולי,

וזאת בין היתר משום שאחת הפעולות המיוחסות לו, פירוק מכשיר האיתור, בוצעה לאחר השלמת עבירת הגניבה. הודגש כי בכתב האיטום המתוקן קיים ספק מי מבין המעורבים ביצע את הפעולות הרלוונטיות, ולגישת בא הכוח יש לזקוף ספק זה לזכותו של המערער. לפיכך, כך נטען, מתחם הענישה שנקבע הולם למעשיו של כסוואני, ולא למעשי המערער, ועל עונשו של המערער להיות חמור פחות מעונשו של כסוואני. השני, היה על בית המשפט המחוזי לקבוע כי מתחם הענישה בגין עבירות הסיוע לגניבת רכב יעמוד על מחצית ממתחם הענישה ההולם בעניין העבירות של גניבת רכב. השלישי, ניתן משקל רב מדי לעברו הפלילי של המערער בגזירת עונשו ולהיעדר אופק שיקומי, בהיותו תושב השטחים שלא יכול לעבור הליך שיקומי מפוקח בישראל.

באשר לאופן הפעלת המאסר המותנה, טוען בא כוח המערער כי בנסיבות העניין היה מקום להפעיל את המאסר המותנה כולו בחופף למאסר בפועל שהושת עליו. זאת משום שהמאסר המותנה שהופעל הינו אחד משני מאסרים מותנים מפוצלים שהוטלו על המערער במסגרת תיק אחד (ת"פ (שלום ת"א) 2790/06 מדינת ישראל נ' באסל (לא פורסם)). פיצול זה נועד לדבריו להיטיב עם המערער, וחלקו השני הופעל בעבר. על כן הפעלתו בעניין שבפנינו בחופף יחמיר עימו שלא ככוונת בית משפט השלום.

מנגד, המדינה סומכת ידה על גזר דינו של בית המשפט המחוזי. לעניין חומרת העונש טענה באת כוח המשיבה כי מתחם הענישה שנקבע בעניינו של המערער נופל ממתחם הענישה שנקבע בעניינו של כסוואני, ובכך בא לידי ביטוי ההבדל בחלקם בביצוע העבירות. לעמדתה, בצדק הוטל עונש זהה על המערער ועל כסוואני, לנוכח עברו הפלילי המכביד של המערער ושיקולי ההרתעה והגנה על הציבור בעונשו, אל מול עברו הנקי של כסוואני. לפיכך, על אף שהמשיבה שותפה לגישת בא כוח המערער, לפיה שגה בית המשפט המחוזי עת קבע מתחם ענישה זהה לעבירות הגניבה ולעבירות הסיוע לגניבה, יש לדחות את הערעור היות והעונש שנגזר בסופו של יום הוא הולם.

לעניין הפעלת המאסר המותנה טוענת המשיבה כי בניגוד לטענת בא כוח המערער, בתי המשפט היטיבו עימו בהפעלת המאסרים המותנים המפוצלים. זאת משום שגם חלקו השני של המאסר המותנה, אשר הופעל בטרם ניתן גזר הדין מושא הערעור שבפנינו, הופעל כך ששלושה חודשי מאסר הופעלו בחופף וארבעה חודשים הופעלו במצטבר. באופן דומה, בגזר הדין מושא הערעור חציו הופעל במצטבר וחציו בחופף. דהיינו, הופעלו בסופו של יום 10 חודשי מאסר באופן מצטבר, מתוך 19 חודשים אפשריים, ומדובר בהפעלה מקלה בנסיבות העניין.

דיון והכרעה

4. ערכאת הערעור תתערב בחומרת העונש אשר הושת על ידי הערכאה הדיונית רק כאשר ניכרת סטייה של ממש ממדיניות הענישה הראויה או מקום בו מתקיימות נסיבות חריגות המצדיקות התערבות זו (ראו למשל: ע"פ 1242/97 גרינברג נ' מדינת ישראל (3.2.1998); ע"פ 3091/08 טרייגר נ' מדינת ישראל, בפסקה 11 (29.1.2009)). עבירה של גניבת רכב הוכרה זה מכבר כעבירה חמורה, הן על ידי המחוקק אשר קבע לצידה עונש מאסר ממושך וחמור משל עבירות גניבה אחרות, והן על ידי בית משפט זה, אשר עמד על הצורך בענישה מחמירה ומרתיעה בגין ביצועה (ראו למשל: ע"פ 5724/95 אבו דחל נ' מדינת ישראל (12.5.1996); ע"פ 11194/05 אבו סבית נ' מדינת ישראל (17.12.2006); רע"פ 10899/08 אבו עישה נ' מדינת ישראל (29.12.2008); ע"פ 6331/10 אושרובסקי נ' מדינת ישראל (31.1.2011)). הנזק שנגרם כתוצאה מעבירה זו הוא רב, הן כלפי המשתמש ברכב שנגנב, והן כלפי הציבור בכללותו לנוכח העלאת פרמיות הביטוח בשל ריבוי גניבות. במקרה שבפנינו אף קיימת פגיעה בקניין ובפרנסתן של

חברות השכרת הרכבים מהן נגנבו הרכבים האמורים (להשוואה ראו לדוגמה עניין אבו סבית, לעיל).

בית המשפט המחוזי נתן דעתו לכך שחלקו של המערער על פי כתב האישום המתוקן הוא מצומצם יחסית. אולם, לא ניתן לקבל את הטענה לפיה מדובר אך בחלק זניח במיוחד ולא הכרחי, כטענת בא כוח המערער. אכן, חלקו של כסוואני רב מחלקו של המערער, אך חלקו של המערער אינו מבוטל כלל ועיקר. המערער נטל חלק פעיל במעשי החבורה השיטתיים תקופה ממושכת, תוך שהמוסך בו עבדו המערער וביומי הפך למוקד מרכזי וקבוע בתכניתם המתוחכמת והמתוכננת בקפידה של המעורבים. באשר לחלקו הקונקרטי של המערער - שלב שכפול מפתחות הרכבים היווה שלב מהותי וחיוני לביצוע עבירות הגניבה בנסיבות המתוארות. זאת ועוד, על אף ששלב פירוק מכשירי האיתור התבצע לאחר השלמת עבירות הגניבה, אין בכך כדי להפחית מחלקו של המערער בדינמיקת החבורה ומאשמתו. למעשה, בהחזרת הרכבים הגנובים למוסך האמור, יש כדי לעמת את המערער עם תוצאות שכפול המפתחות על ידו. על אף שתוצאות אלו הובאו לידיעתו באופן ישיר, המשיך הוא במעשיו והמשיך לשתף פעולה עם כסוואני. לבסוף, באשר לטענת בא כוח המערער כי בכתב האישום לא צוין שהמערער קיבל שכר בתמורה למעשיו, ומדובר בראייה לחלקו השולי, אשיב כך - חסר זה בנסיבות סיפור המעשה מעיד דווקא על היות המערער מעורב היטב ושייך לחבורה, ומבחין בינו לבין עובד מוסך אשר שימש אך כנותן שירות תמים שנקלע מבלי משים לתכנית החבורה.

אף יש לדחות את הטענה כי קיים ספק באשר לחלקו של המערער בעבירות. בכתב האישום בו הודה כתוב כי המערער וביומי גנבו את הרכבים האמורים בצוותא חדא עם כסוואני. עוד הודה המערער כי הוא, כסוואני או ביומי שכפלו את המפתחות בכל אחד מהמקרים, והוא או ביומי פירקו את מכשירי האיתור מכל אחד מהרכבים. החשוב הוא איפוא, לא חלקו המדוייק של המערער בכל אישום ואישום, אלא כי הוא פעל בלב העשייה העבריינית של החבורה וחלקו ודאי אינו זניח.

לאור האמור לעיל, מתחם הענישה שנקבע, הנע בין 8 לבין 24 חודשי מאסר לכל אחת מארבע העבירות בהן הורשע המערער - הינו הולם לנוכח חומרת העבירה, נסיבותיה ומדיניות הענישה הנהוגה. העובדה כי בית המשפט המחוזי קבע מתחם ענישה אחיד, הן לעבירת הגניבה והן לעבירות הסיוע לגניבה, אכן עלולה לעתים לעורר שאלה. אולם, אין הכרח שמתחם הענישה בגין עבירת סיוע יהא מחצית ממתחם הענישה בגין ביצוע עיקרי של אותה עבירה (ראו למשל: ע"פ 1438/14 בראזי נ' מדינת ישראל (26.3.2014); ע"פ 6053/13 פאיד נ' מדינת ישראל (10.4.2014)). יש לזכור כי המעשים בהם הודה המערער בכל אחד מארבעת האישומים הם זהים לחלוטין. על כן, השאלות המתעוררות בסוגייה אינן מוגבלות למתחם הענישה האחיד, אלא גם ודווקא באשר לבחירה בייחוס עבירה של גניבת רכב בשניים מהאישומים, ובעבירת סיוע לגניבת רכב בשני האחרים. עם זאת, איננו נדרשים לסוגייה זו במסגרת הערעור על גזר הדין שבפנינו. די לומר כי יש בטענה ממש, אך עולה השאלה כמה משקל יש להעניק לה בנסיבות העניין.

5. כאמור, בגין ארבע העבירות בהן הורשע המערער הוטלו עליו 4 שנות מאסר בפועל. על ביומי, אשר הורשע בעבירות זהות לשל המערער במסגרת הודאה בכתב האישום המשותף לו למערער, הושתו 3 שנות מאסר. על כסוואני, אשר ההליך נגדו התנהל בנפרד מהמערער ומביומי, הושת עונש מאסר בפועל לתקופה של 4 שנים. זאת על אף שחלקו של כסוואני היה רב יותר משל המערער והוא הורשע בחמש עבירות - שתי עבירות של גניבת רכב ושלוש עבירות של סיוע לגניבת רכב. לנוכח מצב עניינים זה, טוען בא כוח המערער כי עונשו מחמיר ביחס לעונשם של ביומי וכסוואני.

למערער עבר פלילי עשיר, הכולל שמונה הרשעות קודמות בגין עבירות מגוונות כגון זיוף והונאה, החזקת נכס

החשוד כגנוב, תקיפת שוטר, החזקה או שימוש בסמים וגניבה, לרבות ניסיון לגניבת רכב. מדובר בנסיבות המצדיקות החמרה בעונשו של המערער בשל שיקולי הרתעה והגנה על שלום הציבור. זאת הן ביחס לביומי, אשר לו הרשעה קודמת אחת משנת 2006, והן ביחס לכסוואני, שעברו הפלילי נקי.

תיקון 113 לחוק העונשין הכיר מפורשות בשיקול השיקום כשיקול לגיטימי ובעל משקל משתנה לעניין גזירת עונש במסגרת מתחם הענישה שנקבע, ואף מאפשר הוא סטייה לקולה ממתחם הענישה ההולם במקרים המתאימים. בית המשפט המחוזי הבחין בגזר דינו מושא הערעור בין המערער לבין ביומי. נקבע כי מהלך חייו של המערער, אשר חי אורח חיים עברייני במהלך 15 השנים האחרונות, "מעורר מחשבות נוגות לגבי העתיד. על רקע זה ובהיעדר כל אפיק שיקומי אין מנוס מהטלת עונש מאסר ממושך שיביא להרחקתו מהחברה". מנגד, בעניינו של ביומי נקבע כי "אף שחלקו של נאשם זה לפי כתב האישום זהה לזה של [המערער] הרי שלגביו ניתן לקוות כי עם שחרורו ממאסר יפתח דרך חדשה ושונה". בכך ניתן נימוק מפורש לפער שבין המערער לבין ביומי, המצדיק את ההבדל בין העונשים שהוטלו על השניים. זאת ועוד, יש בקביעה זו של בית המשפט המחוזי כדי להפריך את טענת בא כוח המערער, לפיה נקבע כי אין כל אפיק שיקומי למערער בשל היותו תושב השטחים. זאת משום שביומי אף הוא תושב השטחים, וכאמור מסקנת בית המשפט המחוזי לגביו שונה.

ההשוואה בין המערער לבין כסוואני מציגה מעין תמונת מראה, שבסופה הוטל עונש מאסר זהה על השניים. בעוד חלקו של המערער מצומצם יחסית ועברו הפלילי מכביד, חלקו של כסוואני משמעותי יותר אך עברו נקי, הוא ניהל אורח חיים נורמטיבי עד לביצוע העבירות האמורות ותסקיר שירות המבחן בעניינו המליץ שלא להשית עליו עונש מאסר כלל. בהקשר זה מצאתי לנכון לציין כי במקביל להגשת הערעור שבפנינו, כסוואני ערער אף הוא כנגד גזר דינו (ע"פ 7163/13 כסוואני נ' מדינת ישראל, שניתן בד בבד עם פסק דין זה, ובו נדחה הערעור). ערעורו של כסוואני נסוב בעיקרו סביב הטענה כי לאור עברו הנקי, אפיקו השיקומי והמלצת שירות המבחן, גזר דינו צריך היה להיות קל משל המערער, בעל העבר הפלילי המכביד. הגשתם של שני הערעורים וטענת כל אחד מן המערערים כי על עונשו להיות מקל ביחס לחברו, מצביעה במידה רבה על האיזון הנכון בו נקטו בתי המשפט המחוזיים בעניינם של המערער וכסוואני. איזון ראוי בין נסיבות העבירה לבין נסיבותיהם האישיות של המערערים.

בראייה הכוללת, טענת העדר ההבחנה במתחם הענישה בין העבירה המושלמת של גניבת רכב לבין עבירת הסיוע לגניבת רכב, נבלעת בעובדות בהן הודה המערער, חומרת המעשים אף אם בשניים מן האישומים סווגו כסיוע, ריבוי העבירות, ביצוען בצוותא כחלק מחבורה, עברו הפלילי של המערער והעיקר - עונש המאסר בפועל שהושת עליו. כמנומק לעיל, אין מדובר בעונש חמור יתר על המידה בנסיבות העניין. לפיכך, מצאתי כי אין להתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי.

6. באשר לאופן הפעלת המאסר המותנה אשר היה תלוי ועומד כנגד המערער, לא מצאתי כי נפל פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי בעניין. בית משפט השלום בתל אביב - יפו (ת"פ 2790/06, לעיל) הרשיע את המערער בין היתר בעבירת רכוש ובעבירה של שהייה בישראל שלא כדין, לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. כאמור, בין יתר העונשים הוטלו על המערער מאסרים מותנים מפוצלים. הראשון, מאסר מותנה לתקופה של 7 חודשים, לבל יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו עבירה של שהייה בלתי חוקית. השני, מאסר מותנה לתקופה של 12 חודשים, לבל יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו עבירת רכוש או עבירות מנויות נוספות. דהיינו, 19 חודשי מאסר מותנה במצטבר, בתנאים שונים. בסופו של יום הופעלו עשרה חודשי מאסר במצטבר בסך הכל. סבורני כי מדובר בהפעלה מתונה, ואף מקלה בנסיבות העניין.

אף אם מטרתו המקורית של בית משפט השלום, עת הטיל עונשי מאסר מותנים מפוצלים, הייתה להיטיב עם המערער, כטענת בא כוחו, ולא להטיל עליו 19 חודשי מאסר מותנים באם יעבור אחת מן העבירות - הורשע המערער בשני מקרים שונים ומנותקים זה מזה, הן בשהייה בלתי חוקית והן בעבירת רכוש. על כן, מן הנדרש להפעיל את שני המאסרים המותנים שהיו תלויים נגדו, ואין בהפעלת המאסר המותנה בגין עבירת הרכוש המאוחרת. פיצול המאסרים המותנים אין משמעותו הפעלתם לחלופין באם יעברו שתי העבירות המנויות בתנאי, בייחוד כאשר הן נעברות באירועים שונים לחלוטין ומופעלים במסגרת גזרי דין נפרדים.

יודגש כי אין לשלול את ההיגיון שבקביעת עונשי מאסר מותנים שונים במסגרת הליך משפטי אחד. נדמה כי התכלית שבהטלת שני מאסרים מותנים שונים הינה לאו דווקא להיטיב או להרע עם המורשע, אלא מימוש עקרון ההלימה, המעוגן בסעיף 40ב לחוק העונשין, גם לגבי רכיב המאסר המותנה. המקרה דנא מהווה דוגמה טובה לכך: המאסרים המותנים השונים הוטלו כאמור בגין עבירה של שהייה שלא כדין ועבירת רכוש. בעוד שהעונש המירבי לצד עבירה של שהייה שלא כדין הוא שנת מאסר אחת לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל, העונש המירבי לצד עבירת רכוש עשוי אף לעמוד על 20 שנים, למשל בגין ביצוע עבירת שוד לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין. דומה כי הטלת עונשים מותנים נפרדים ושונים במקרה שכזה לגיטימית היא. באשר למערער, רלוונטי יותר איפוא שהוא ידע כי תלויים ועומדים נגדו שני מאסרים מותנים לבל יעבור עבירות מסוגים שונים, ולמרות זאת ביצע עבירות שונות אלו, ואף במסגרת אירועים נפרדים ומנותקים זה מזה.

7. לאור האמור לעיל, הייתי ממליץ לחבריי לדחות את הערעור.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

אני מסכים.

שופט

אשר על כן, הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט נ' הנדל.

ניתן היום, ז' באב התשע"ד (3.8.2014).

שופט

שופט

שופטת

---