

ע"פ 4303/22 - אמיר אבו גאנם נגד מדינת ישראל

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייליים

ע"פ 4303/22

לפני: כבוד הנשיאה א' חיות
כבוד השופט ד' מינץ
כבוד השופטת ר' רונן

המערער: אמיר אבו גאנם

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר-
שבע (השופט י' עדן) מיום 10.5.2022 בת"פ
43597-08-21

תאריך הישיבה: ד' בכסלו התשפ"ג (28.11.2022)

בשם המערער: עו"ד מוסטפא יחיא

בשם המשיבה: עו"ד איתי שהם

פסק-דין

השופט ד' מינץ:

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי בבאר שבע (השופט י' עדן) מיום 10.5.2022 בת"פ

21-08-43597, בו הושתו על המערער בגין עבירת הובלה ונשיאה של נשק, מאסר בפועל לתקופה של 31 חודשים תוך הפעלת מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים בחופף; מאסר על תנאי לתקופה של 18 חודשים למשך שלוש שנים מיום שחרורו מבית הסוהר לבל יעבור כל עבירה עליה הורשע או כל עבירת נשק אחרת; וקנס כספי בסך 10,000 ש"ח או מאסר למשך 50 ימים תחתיו.

הרקע לערעור

1. המערער הורשע על פי הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של הובלה ונשיאת נשק לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). כמפורט בכתב האישום, ביום 5.8.2021 בשעה 19:00 או בסמוך לכך, נסע המערער יחד עם אחר אשר נהג ברכב בבעלות המערער, בכביש 6 לכיוון דרום. בסמוך לשמורת פורה נעצר המערער על ידי המשטרה כאשר אקדח חצי אוטומטי מסוג D.D.G קליבר 9 מ"מ פרבלום, שהוא כלי נשק יורה ובכוחו להמית ובתוכו מחסנית ריקה המתאימה לאקדח, מוסלקים בבד תקרת הרכב מעל מושב הנוסע. ביחס לעונש סוכם כי המשיבה תבקש מבית המשפט לגזור על המערער 31 חודשי מאסר בפועל מיום מעצרו כולל הפעלת מאסר מותנה בן 12 חודשים שהיה תלוי ועומד נגדו בחופף לעונש המאסר, מאסר על תנאי וקנס משמעותי; ואילו ההגנה תטען לעונש כראות עיניה.

2. לחובת המערער עבר פלילי הכולל הרשעה במספר עבירות מהשנים 2016-2017 של אי מניעת פשע; סחר ומסירת החזקה בנשק לאחר לפי סעיף 144(ב2) לחוק העונשין; נשיאה והובלה של נשק שלא כדין לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין; ורכישה והחזקת נשק שלא כדין לפי סעיף 144(א) לחוק העונשין (ת"פ 17-03-21720; להלן: ההליך הקודם). בגין ההרשעה בעבירות אלו נדון המערער בגזר דין מיום 27.6.2018 למאסר בפועל למשך 37 חודשים. לצד זאת, הוטל עליו מאסר מותנה של 12 חודשים שלא יעבור אחת העבירות בהן הורשע או כל עבירת נשק אחרת למשך 3 שנים. כפי שיפורט להלן רכיב המאסר המותנה תוקן בהחלטה מיום 12.7.2018.

3. בטיעוניה לעונש טענה המשיבה כי מתחם העונש ההולם נע בין 24 ל-48 חודשי מאסר בפועל, וכי יש למקם את עונשו של המערער על 31 חודשי מאסר בפועל תוך הפעלת המאסר על תנאי שהושת עליו בהליך הקודם בחופף. כן נתבקש להטיל מאסר מותנה (חדש) וקנס משמעותיים ומרתיעים. נטען כי במעשיו פגע המערער בערך החברתי המוגן העומד בבסיס עבירות הנשק, שהינו הגנה על שלום הציבור וביטחוננו ושמידה על גופו וחיייו של אדם. לקולא יש אכן לזקוף לטובת המערער את הודאתו במיוחד לו, קבלת האחריות על אשר עשה וחיסכון בזמן שיפוטי. אך בד בבד יש לשקול לחומרה את עברו הפלילי ואת העובדה שהוא חזר לסורו וביצע עבירת נשק נוספת.

4. מנגד טען המערער כי הואיל ובמסגרת הסדר הטיעון המשיבה הגבילה את עצמה ל-31 חודשי מאסר, יש להתייחס לכך כרף העליון של העונש ואין צורך לקבוע מתחם ענישה. עוד נטען כי בגזירת העונש יש ליתן משקל לכך, בין היתר, שהאקדח לא היה טעון, לנסיבות החזקתו ולמיקומו שבו היה מוחבא בתוך הרכב. יש גם לקחת בחשבון את העובדה שהמערער חסך זמן שיפוטי יקר, שכן התיק היה קבוע להוכחות; שהמשיבה לא הייתה מגיעה להסדר עם הגבלה ל-31 חודשי מאסר כולל הפעלת המאסר על תנאי בחופף אלמלא הייתה לכך סיבה שהיא ראתה בה כגורם מכריע; שהמערער צעיר, רווק ואין לו עבר פלילי מכביד; ושבאירוע היה מעורב אדם נוסף שלא הוגש נגדו כתב אישום והמערער הופלה לרעה לעומתו. בתום הטיעונים לעונש ציין המערער כי הוא מצר על כל אשר עשה ומעוניין להתחיל חיים חדשים.

5. בגזר דינו עמד בית המשפט המחוזי על הערכים המוגנים בהם פגע המערער במעשיו, על החומרה הרבה הנודעת לעבירות נשק ועל ההחמרה המתבקשת בענישת עבריינים מסוג זה. עוד צוין כי משעה שקיימת הסכמה עונשית חלקית בין הצדדים בה נקבע טווח ענישה מוסכם, ומכיוון שאין ספק בקיומו של ההסדר ובכיבודו, אין מקום לקביעת מתחם עונש הולם. במסגרת קביעת העונש, ולגופו של עניין, נלקח בחשבון סוג הנשק; היעדר התחמושת; נסיבות ההחזקה וההובלה של הנשק; עברו הפלילי של המערער בעבירות נשק, חלקן בביצוע עבירות חמורות יותר - סחר בנשק מסוג רובה M-16, אחזקת ארגזי תחמושת לאקדח, נשק דמוי רובה סער ומחסנית כדורי תחמושת לרובה זה; העובדה שמאסר בפועל של 37 חודשים ומאסר מותנה של 12 חודשים שהושתו על המערער בעבר לא הרתיעו אותו והוא שב וביצע עבירת נשק לאחר שחרורו; והתמונה העולה מתוך מכלול הנסיבות לפיה מדובר במי שנטוע בעולם הנשק ועוסק בו באופן נרחב, בסוגים שונים של נשק ותחמושת. נוכח כלל השיקולים האמורים הושתו על המערער העונשים שפורטו לעיל.

תמצית טענות הצדדים בערעור

6. בערעורו הליון המערער על כך שבית המשפט המחוזי התעלם מנסיבותיו האישיות הקשות ומהתקופה שבה שהה במעצר מאחורי סורג ובריח. בית המשפט גם התעלם מנסיבות ביצוע העבירה והחזקת הנשק. הענישה שהוטלה עליו פוגעת בסיכויי שיקומו ואינה עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי. בית המשפט היה צריך לקבוע את עונשו מתחת לרף הענישה העליון שביקשה המשיבה, תוך התחשבות בהודאתו ובקבלת אחריות על ידו, בחיסכון בזמן השיפוטי הכרוך בכך, בווייתורו על קבלת תסקיר שירות מבחן, ובעובדה שנפל קורבן למעשיהם של אחרים.

7. בדיון שהתקיים לפנינו חזר בא-כוח המערער על טענותיו אך בחר בעיקר להעלות ולהתמקד בטענה חדשה שלא בא זכרה בערעור שהגיש, ועניינה במאסר על תנאי שהושת על המערער בהליך הקודם. לפי הטענה, בגזר הדין מיום 27.6.2018 שהטיל על המערער את המאסר על תנאי לא פורטה תקופת המאסר ולא משכו של התנאי. השמטות אלו אכן תוקנו בהחלטת בית המשפט מיום 12.7.2018 ונקבע כי תקופת המאסר היא 12 חודשים ומשכו של התנאי הוא ל-3 שנים. ברם, הדבר נעשה מבלי שהתקיים דיון בבית המשפט במעמד המערער ועל כן תיקון גזר הדין בטל מיסודו. לפיכך, בשים לב לעובדה שבית המשפט בענייננו נתן בגזר דינו משקל משמעותי לקיומו של המאסר על תנאי מההליך הקודם, ולא לקח בחשבון את בטלותו, יש להקל בעונשו של המערער באופן משמעותי.

8. מנגד טענה המשיבה כי עיון בהחלטת בית המשפט מיום 3.7.2018 בהליך הקודם בו ביקש בית המשפט את עמדות הצדדים לגבי תיקון גזר הדין, מלמד כי גזר דינו של המערער אשר כלל את כל הפרטים הנחוצים בעונש המאסר המותנה, הוקרא לפני הצדדים, אך מפאת טעות הושמטו תקופת התנאי ומשכו מהגרסה המודפסת. על כן קם הצורך בתיקון הטעות, כאשר הדבר נעשה בהחלטה מיום 12.7.2018 לאחר שניתנה הסכמתם של שני הצדדים בכתב. משכך, לא נפל כל פגם בתיקון גזר הדין. מעבר לכך, טענתו של המערער היום מתמיהה, שכן נקודת המוצא של שני הצדדים בהסדר הטיעון הייתה כי נגד המערער עומד עונש של 12 חודשי מאסר מותנה בר-הפעלה. ברם, גם כיום בפי המערער אין טענה כי ברצונו לחזור בו מהסדר הטיעון. על כן טענתו כי נפל פגם בהטלת המאסר על תנאי בהליך הקודם, אינה מתיישבת עם טענותיו.

9. גם לגופו של עניין יש לדעת המשיבה לדחות את טיעוני המערער. בית המשפט המחוזי גזר את דינו של המערער בטווח המוסכם בין הצדדים ומדובר בעבריון שהתמיד באורחותיו השליליים ולא למד את הלקח מהרשתתו הקודמת. דבר זה מלמד כי המערער עדיין נטוע בעולם הנשק. מה גם, שהעונש שהוטל אינו חורג כלל מרמת הענישה

דין והכרעה

10. ראש לכל ייאמר את הידוע לכל, כי אין זה מדרכה של ערכאת הערעור להתערב בעונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים שבהם ניכרת חריגה קיצונית ממדיניות הענישה הנוהגת במקרים דומים, או כאשר נפלה על פני הדברים טעות מהותית ובולטת בגזר הדין (ראו לאחרונה: ע"פ 3244/22 מדינת ישראל נ' ערן, פסקה 12 (20.9.2022); ע"פ 1222/22 מדינת ישראל נ' נאצר, פסקה 10 (23.6.2022); ע"פ 3879/21 סלומון נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (10.8.2022); ע"פ 22/18 אבו זינה נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (27.7.2022); ע"פ 4585/22 מדינת ישראל נ' ערדאת, פסקה 13 (25.7.2022)). דברים אלו נכונים ביתר שאת במקרים שבהם העונש שהוטל אינו חורג מהרף העליון לגביו הסכימו הצדדים להסדר טיעון, שאז נדרשות נסיבות מיוחדות וחריגות להתערבות ערכאת הערעור (ע"פ 3728/22 מסאלחה נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (9.8.2022); ע"פ 5932/21 קורובקוב נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (13.7.2022); ע"פ 9048/11 מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (24.5.2012)). וייאמר כבר בשלב זה, כי אין מקרה זה נכנס לגדרם של אותם מקרים המצדיקים התערבות.

11. שנית, מדובר במקרה זה בנשיאה והובלה אסורה של נשק. וכפי שאמרתי בעבר בע"פ 8045/17 בראנסי נ' מדינת ישראל (16.8.2018):

"החומרה היתרה הכרוכה בעבירות נשק והסיכון הנשקף מביצוען לציבור, מקבלים משנה תוקף בשים לב להיקפיה של התופעה ואופן התפשטותה. כמענה לכך, מסתמנת בפסיקה מגמה עקבית להחמיר את הענישה בגין עבירות אלו, באופן שיהלום את מידת פגיעתן בערכים המוגנים ויקדם את מיגור התופעה [...]. משכך, חרף עיקרון הענישה האינדיבידואלית והמשקל שיש ליתן לנסיבותיו האישיות של כל נאשם לגופו, בבואו לגזור את דינו של מי שהורשע בביצוע עבירות חמורות אלו, על בית המשפט לתת בכורה לשיקולי ההרתעה והאינטרס הציבורי [...]" (שם, פסקה 11).

כך גם כתבתי לאחרונה בעניין ע"פ 5813/21 ג'בארין נ' מדינת ישראל (31.5.2022):

"רבות נכתב על עבירות נשק והתערבות ערכאת הערעור בקביעת העונש ההולם בכלל ובעבירות נשק בפרט. אם קיימת התערבות, היא בדרך כלל נעשית על מנת להחמיר בעונשם של עברייני נשק ולא להקל עמם. [...]."

אין צורך להכביר במילים על אודות החומרה הנלווית לעבירות נשק. אין היום חולקין כי עבירות מסוג זה הפכו ל'מכת מדינה' של ממש (ראו לאחרונה: ע"פ 7473/20 מדינת ישראל נ' מחאמיד, פסקה 24 (29.6.2021); ע"פ 5993/21 סאלח נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (29.11.2021); ע"פ 8416/20 עייאט נ' מדינת ישראל (2.9.2021)). מכה זו מצריכה מענה הולם בדמות ענישה מחמירה של הטלת עונשי מאסר משמעותיים. מצויים אנו לעת הזאת במצב חירום של ממש בעניין עבירות נשק, ולא בכדי נתקבל עתה תיקון לחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון מס' 140 - הוראת שעה), התשפ"ב-2021) - שלא חל בענייננו - הקובע עונשי מינימום לעבירות נשק" (שם, פסקה 13).

על כן, עומדת לפני המערער משוכה גבוהה מאוד כדי לשכנע כי יש להקל בדינו. אך בטרם אדרש לכך, אסיר

תחילה מהדרך את אבן הנגף שהעמיד המערער בדיון שלפנינו בדמות טענתו כי הטלת המאסר על תנאי בהליך הקודם בטלה מדעיקרא.

12. הכלל הוא, לפי סעיף 126 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), כי "באין הוראה אחרת בחוק זה לא יידון אדם בפלילים אלא בפניו". יש אף הסוברים כי לעיקרון של נוכחות נאשם בפלילים בהליכי המשפט המתנהלים נגדו ניתן מעמד חוקתי (וראו: רע"פ 8427/17 מדינת ישראל נ' סאלם, פסקה 25 והאסמכתאות שם (25.3.2018)); וראו סעיף 208 לחסד"פ הדין בנוכחות נאשם בהליכי ערעור בעניינו). סעיף 126 לחסד"פ מגלם זכות שהיא גם בבחינת חיוב הנאשם להיות נוכח במשפטו. עם זאת, לא מדובר בכלל נוקשה וניתן לפטור נאשם מנוכחות כאשר התקבלה בקשתו להיעדרות מהמשפט (סעיפים 128(2) ו-132 לחסד"פ), או כאשר קיים יסוד להניח שהוא מודע למצב הדברים ואינו מעוניין להיות נוכח במשפטו (סעיפים 128(1) ו-130 לחסד"פ) (ע"פ 7535/17 הרב אליהו בקשי דורון נ' מדינת ישראל, פסקה 20 לחוות דעתו של השופט נ' הנדל (25.5.2021)). בכל מקרה, כאשר אין המדובר בהליך המשפטי לגופו כי אם בבקשה או בהליך טכני הנלווה להליך העיקרי, אין חובה שבית המשפט יקיים דיון במעמד הנאשם. דברים אלו נכונים גם כאשר מדובר בתיקון פסק דין בהסכמת המערער לפי הסמכות הנתונה לבית המשפט בסעיף 81(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי המשפט), שעה שלא נגרם לו בשל כך כל עיוות דין (וראו: ע"פ 2960/07 בנא נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (9.10.2007)). אכן כאשר מדובר בתיקון פסק דין מפאת טעות או השמטה לפי סעיף 81(א) לחוק בתי המשפט יש חשיבות שהדבר ייעשה בנוכחות הנאשם אשר יוכל להביע את עמדתו בעניין (וראו: רע"פ 523/13 דזנשוילי נ' מדינת ישראל, פסקה 38 (25.8.2015)). ברם, שעה שגזר הדין שהוקרא לפני הצדדים כלל את כל פרטי העונש; שעה שבמקרה זה התיקון נתבקש ביזמת בית המשפט; שעה שניתנה הסכמה לתיקון; ושעה שהתיקון התבקש מאליו, שכן אחרת לא הייתה כל משמעות למאסר המותנה מבלי שפורטו תנאיו - אין פגם בכך שהדבר נעשה ללא קיום דיון ומבלי שהנאשם הוזמן לדיון שכזה.

13. משלא נפל אפוא פגם בתיקון גזר הדין בהליך הקודם, ממילא נשמטת הקרקע תחת טענותיו של המערער היום כי היה מקום להתחשב בכך בעת גזירת דינו. עם זאת, ורק כדי שלא ימצא חסר בהחלטתנו, אציין כי אף לו היה ממש בטענות המערער בעניין זה, הרי שהלכה למעשה הוא מטיל דופי בייצוגו בהליך הקודם כמו גם בהליך לפני בית המשפט המחוזי מושא הערעור. זאת על שום שטענותיו מופנות הן כלפי סנגורו בהליך הקודם שלא צריך היה לתת את הסכמתו לתיקון גזר הדין ללא דיון, והן כלפי עורך דינו בהליך קמא אשר היה צריך לטעון לביטול המאסר על תנאי בעת טיעונו לעונש. ברם, הלכה היא עמנו כי על המבקש להעלות טענות מעין אלו לצרף את התייחסות מייצגו באותו הליך לרשלנות המיוחסת לו (וראו: ע"פ 3633/21 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 11 (9.11.2022); ע"פ 8777/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 13 (29.10.2019); ע"פ 9292/20 מחאמיד נ' מדינת ישראל, פסקה 18 (18.5.2021)). משהמערער לא עשה כן, אין לשעות לטענתו. זאת אף מבלי להידרש לעובדה שטענה זו הועלתה על ידו לראשונה בדיון שהתקיים לפנינו (ע"פ 7287/13 סידאוי נ' מדינת ישראל, פסקה 32 (23.9.2014)).

14. ובאשר לנסיבותיו של המערער. כאמור לעיל, למערער עבר פלילי חמור בעבירות נשק אשר בחלקן אף חמורות יותר מהעבירה בה הורשע במקרה זה, ויש לתת לכך משקל משמעותי בענישה. שעה שהמערער אך יצא יצא מתוך כתלי בית הסוהר לאחר ריצוי עונש מאסר ממושך כאשר תלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי והתמיד באורחותיו השליליים, יש להטיל עליו ענישה מרתיעה. הטלת ענישה מרתיעה מוצדקת בנסיבות העניין גם בשים לב לכך שבעבירות נשק יש לתת משקל בשיקולי הענישה לא רק להרתעת הנאשם עצמו, אלא גם להרתעת הרבים. על כן, יש בסיס מוצק לאמרתו של בית המשפט המחוזי כי ענישה הכוללת 31 חודשי מאסר, גם בהתעלם מהפעלת המאסר המותנה, הינה העונש ההולם והראוי למי אשר בוחר שוב ושוב לבצע עבירות נשק חמורות. אדרבה, המשיבה באה מרחק רב לקראת

המערער כאשר הייתה מוכנה לחפוף את מלוא תקופת המאסר על תנאי שהושת עליו בהליך הקודם חרף העובדה שהמערער התמיד בדרכו והראה לכולי עלמא שהוא נטוע חזק בעולם העברייני. בכך קיימת הקלה משמעותית בעונש שהיה ראוי מלכתחילה להשית על המערער. כמו כן, לא נראה כי העונש שהושת יפגע בשיקומו של המערער. דלתות השיקום בתוך כתלי בית הסוהר פתוחות לפניו. אני גם מוצא אך נחמה פורתא בכך שהפעם המערער נתפס "רק" עם אקדח לא טעון בתחמושת, ולא עם רובה סער מסוג M-16.

15. לבסוף יצוין כי יש לדחות גם את טענת המערער כי הוא הופלה לרעה לעומת חברו שנהג ברכב בעת תפיסתם. זאת מפני שלא הונח לפנינו מידע כלשהו לגבי אותו איש ולעולם לא נדע מה הניע את המשיבה להתירו בחינם.

בשים לב לכל האמור, לא מצאתי מקום להתערב בגזר דינו של בית המשפט המחוזי. לפיכך אציע לחברותי שהערעור יידחה.

ש ו פ ט

הנשיאה א' חיות:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

השופטת ר' רונן:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ד' מינץ.

ניתן היום, י"ב בכסלו התשפ"ג (6.12.2022).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה