



עפ"ג (באר שבע) 48101-10-13 - מדינת ישראל נ' מראד קניבי

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

בפני: כב' ס. הנשיא ר. יפה-כ"ץ, אב"ד עפ"ג 48101-10-13

כב' השופט י. צלקובניק

כב' השופטת י. רז-לוי

מדינת ישראל

המערערת:

נגד

מראד קניבי

המשיב:

ע"י ב"כ עו"ד אבי אוחנה, ס.צ.

ערעור על גזר דין של בימ"ש השלום באשדוד (כב' השופטת ג. שלו) בת.פ. 19543-08-12 מיום

20/10/13

פסק-דין

כב' השופטת ר. יפה-כ"ץ, אב"ד:

1. המשיב הודה, כי בתאריך 11/8/13, בשעה 11:25, שהה באזור התעשייה הדרומי באשקלון לאחר שנכנס לשטחי מדינת ישראל ושהה בה בניגוד לחוק ומבלי שהחזיק בידו בהיתר כדין לכניסה ו/או לשהייה בארץ. לכן, הורשע בביצוע עבירה של כניסה לישראל שלא כחוק לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ונדון להארכת מאסר מותנה של 8 חודשים שהיה תלוי ועומד כנגדו, לקנס בסך 1,000 ₪ ולחתימה על התחייבות בסך 2,000 ₪.

ערעור המדינה מופנה כנגד קולת העונש.

2. לטענת ב"כ המערערת, ביהמ"ש שגה כאשר האריך את המאסר המותנה שהיה תלוי ועומד כנגד המשיב, שכן נסיבות המקרה שבפנינו אינן מצדיקות החלת החריג החקיקתי מכוח סעיף 56 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, ואף כיוון שהעונש שהוטל, בסופו של דבר, אינו הולם ומחטיא אף את הוראות תיקון 113 לחוק. ב"כ המערערת הוסיפה וטענה, כי ביהמ"ש התעלם כליל מהוראות תיקון 113 לחוק; לא קבע מתחם עונש הולם כמתחייב מהוראות החוק; והאריך את המאסר המותנה מבלי שהתקיימו העקרונות המצדיקים סטייה ממתחם העונש ההולם. לעמדתה, עברו הפלילי של המשיב לא מצדיק התחשבות לקולא דווקא, גם



אם ביהמ"ש סבר, כי המאסר על תנאי שהוטל בתיק הקודם, ושביהמ"ש אמור היה להפעילו, ארוך. נהפוך הוא, העובדה כי למשיב עבר פלילי בגין אותה עבירה, חייב הפעלת התנאי, והמדינה אף הסכימה, שהתנאי יופעל בחופף למאסר שיוטל בגין העבירה הנוכחית.

ב"כ המשיב, בטיעוניו, דבק בעמדה שהביאה את ביהמ"ש קמא לבוא לקראת המשיב תוך שהדגיש, כי מצבו המיוחד של המשיב הצדיק חריגה מן הכלל לפיו מאסר מותנה יש להפעיל, וחייב אימוץ ענישה אינדיבידואלית. לדבריו, ביהמ"ש הלך בדרך שהתווה פס"ד **פראג'ין** (רע"פ 3173/09 **פראג'ין נ' מדינת ישראל**, מיום 05/05/09), ובצדק שקל את השיקול של "חולי אקוטי", בהתייחס לבנו של המשיב, המצדיק, גם על פי פס"ד **פראג'ין הנ"ל**, לסטות מהענישה המקובלת של מאסר בפועל. לבקשתו, התרנו לו להגיש את המסמכים שהגיש לביהמ"ש קמא (הכתובים רובם בערבית), הפעם מתורגמים לשפה העברית, והוא ביקש ללמוד מהם, כי בנו של המשיב סובל מחולי אקוטי וזקוק לניתוחים קשים. נציין, כי על פי התרגום, מדובר במי שאמור לעבור ניתוח, כשמדובר בתרגום של מסמך אחד בלבד וגם הוא מתורגם באופן חלקי בלבד, וחבל שכך.

אשר לתיקון 113, טען ב"כ המשיב, כי ביהמ"ש הפעיל שיקולים של צדק כדי לסטות ממתחם העונש ההולם הרגיל, ובצדק עשה כן הן נוכח המאסר המותנה הארוך מעבר לסבירות והן נוכח מצבו האישי המיוחד של המשיב. יתרה מכך, המשיב כבר היה במעצר תקופה של כחודשיים בטרם הוארך המאסר המותנה, כך שלא ניתן לומר שיצא מהתיק הנוכחי ללא כל עונש, כפי שנטען על ידי ב"כ המערערת. ומאחר והעונש תואם פסיקה של בתי המשפט השונים ואיננו חריג (כאשר בהשלמת טיעוניו הגיש פסיקה), ערכאת הערעור אינה אמורה להתערב בו. לכן, ביקש לדחות את הערעור.

3. בימ"ש קמא ציין בגזר דינו, כי **"על פי הילכת פראג'ין על בית המשפט להתייחס גם בעבירות שב"ח למדיניות הענישה האינדיבידואלית, ואין מקום לענישה תעריפית"**, ואין חולק, כי לעולם הענישה הינה אישית ומתחשבת גם בנסיבותיו האישיות של כל נאשם ונאשם. אלא, שלאור תיקון 113 לחוק העונשין, שחוקק לאחר פס"ד **פראג'ין הנ"ל**, נסיבותיו האישיות של הנאשם נלקחות בחשבון רק **לאחר** קביעת מתחם העונש ההולם, שנעשה על פי נסיבות ביצוע העבירה (להלן). ביהמ"ש קמא לא איזכר בגזר דינו כלל את תיקון 113 וגזר דינו של המשיב בהתעלם ממנו, וחבל שכך. אמנם, ביהמ"ש כלל בגזר דינו את עיקרי הנסיבות לחומרה ולקולא, כפי שהיה מקובל בטרם תיקון 113 הנ"ל, אך לא הלך בדרך שהתווה המחוקק בסעיף 40'ד' שנחקק בתיקון זה, דרך המאפשרת ביקורת שיפוטית סדורה ומובנית.

סעיף 40'ד', שעניינו חובת הנמקה, והתיקון בכללותו, מטיל על ביהמ"ש חובה לקבוע את **"מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שבהן התחשב לצורך קביעת מתחם העונש ההולם"**, ולאחר מכן לשקול את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם קביעת העונש בתוך המתחם, כמו גם שיקולי חריגה מן המתחם לשיקום מזה או להגנה על שלום הציבור מזה, וכו'. המחוקק הנחה את בתי המשפט כיצד לנמק את גזרי הדין, ועל בתי המשפט לעמוד בהנחיות אלה (ר' ע"פ 2357/13 **איתמר רוש נ' מדינת ישראל**, חוות דעתו



של כב' השופט רובינשטיין מיום 06/10/13).

יחד עם זאת, איננו רואים מקום להחזיר את התיק לבימ"ש קמא לגזירת הדין מחדש, דבר שהוא אפשרי במקרים מסוימים, שכן המשיב, אשר שוחרר על ידי ביהמ"ש קמא, נעצר עד למתן פסק הדין בערעור, וכל דחייה עלולה לגרום לו לעינוי דין מיותר.

גם לא מצאנו, כי עלינו להתחיל במלאכת גזירת הדין מחדש, כאילו ישבנו בבימ"ש קמא, אולם, יחד עם זאת, ולאחר שהצדדים טענו בעניין זה לא מעט, מצאנו לנכון להפנות לפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 4088/13 **אחמד הדרי נ' מדינת ישראל** (חוות דעתו של כב' השופט שהם מיום 11/06/13), שם קבע ביהמ"ש העליון, בנסיבות התיק דהתם, כי מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי ביהמ"ש המחוזי מרכז-לוד, לעבירה בנסיבות דומות לזו שבענייננו (היינו, עבירת שב"ח בודדת וללא עבירות נלוות), נע בין חודש מאסר ל-6 חודשי מאסר בפועל, אינו מצדיק התערבות ערכאת הערעור. ואכן, לאחר עיון בפסיקה הדנה בעבירות דומות, הן פסיקה שיצאה תחת ידו של בימ"ש זה והן של בתי משפט אחרים, ולאור הפגיעה בערך המוגן של שמירה על ביטחון המדינה וגבולותיה, המתחם האמור תואם גם את נסיבות העבירה שביצע המשיב שבפנינו, והוא מקובל עלינו.

נעיר בהמשך לאמור, כי קביעה זו אינה שוללת קביעת מתחם שונה בנסיבות אחרות של ביצוע עבירת שב"ח, שהרי ביהמ"ש רשאי לשקול, לעניין קביעת המתחם, גם "**נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה**" (סעיף 40יב לחוק). ודוק, המדובר בנסיבות הקשורות ב"ביצוע העבירה" ולא ב"מבצע העבירה". את נסיבותיו של זה ישקול ביהמ"ש בשלב השני של גזירת הדין, היינו, כאשר הוא נדרש לבחינת השיקולים הנוגעים לנאשם ואשר יש בהם כדי להשפיע על קביעת העונש - אם בתוך המתחם ואם בחריגה ממנו.

4. נוכח האמור, ועל רקע זה, היה על ביהמ"ש קמא לשקול, האם יש שיקולי שיקום המצדיקים חריגה לקולא ממתחם העונש. על רקע זה, גם היה על ביהמ"ש לשקול, האם השיקולים האמורים הם כאלה המצדיקים הארכת עונש המאסר על תנאי התלוי ועומד כנגד המשיב.

ויוער, כי לא הייתה מחלוקת בין הצדדים, כי שיקולי שיקום לא קיימים במקרה שבפנינו, ועל כן טען הסנגור המלומד, כי במקרה זה עלינו להפעיל שיקולי חסד ורחמים בשל מחלת בנו של המשיב, ובשל המאסר המותנה הארוך והלא מידתי, שהוטל על המשיב.

5. אשר למצבו הבריאותי של בנו של המשיב, הוצגו לביהמ"ש קמא ארבעה מסמכים כתובים בערבית, מתוכם כלל לא ניתן היה להבין מה מצבו של הבן וממה הוא סובל. יחד עם זאת, הנאשם עצמו פנה לביהמ"ש וטען בעניין זה, כדלהלן:

"יש לי שני ילדים ורק אני מפרנס אותם, אני יודע שנכנסתי לישראל, נכנסתי מכורח הנסיבות מצבם של הילדים שלי קשה ביותר... הילד שלי חולה ואמור לעבור ניתוח. הילדה נולדה כאשר היא לא גודלת, והילד יש לו בעיות בברכיים. אשתי עומדת ללדת בעוד חודש. לילד יש בעיה בגרון,



וגם ברגליים וצריך ניתוח, אני לא יודע מה בדיוק".

מתוך תרגום המסמך שהוגש לעיונונו בטרם כתיבת פס"ד זה, הרי שהדברים נכונים ותואמים לאותו המסמך. קשה להלום, כי מדברים אלה למד הסנגור, ש"כן, יש לו מחלה סופנית" (עמ' 2 לפרוטוקול הערעור), וגם בימ"ש קמא לא למד דברים אלה מהמסמכים, אלא יצא מתוך ההנחה ש"בנו של הנאשם אמור לעבור ניתוח... מאחר והמסמכים כתובים מרביתם בערבית, קשה להבין מה מהות הניתוח, אך ניתן להבין כי מדובר בניתוח בגפיים".

יחד עם זאת, מצא ביהמ"ש לנכון להאריך את המאסר על תנאי הן לנוכח הנסיבות האישיות האמורות של המשיב והעובדה שעברו הפלילי אינו מכביד, אך בעיקר לאור "אורכו החרג של המאסר המותנה", ולעמדתנו, גם כאן טעה ביהמ"ש קמא.

6. ההוראות המסדירות את המאסר על-תנאי מצויות בסימן ג' לפרק ו' של חוק העונשין. סעיף 52 קובע, כי מש"הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי". מאסר מותנה נועד, למעשה, ליתן מענה למצב של "מועדות" המתבטאת בריבוי עבירות על ידי אותו העבריין (ר' בעניין ע"פ 4517/04 מסראווה נ' מדינת ישראל, חוות דעתו של השופט לוי, מיום 10/03/05, וההפניה שם למאמרו של פלר שפורסם ב"דיני עונשין" כרך ג' (תשנ"ב), 333-343). שופט המטיל על נאשם מאסר מותנה, מציין בגזר הדין מהי "עבירת התנאי" אשר בהתקיימה יומר העונש למאסר בפועל, ומהי מסגרת הזמן שנקצבה לקיומו של תנאי זה. באשר להפעלתו של המאסר המותנה, קובע סעיף 55(א) לחוק:

"(א) מי שנידון למאסר על תנאי והורשע בשל עבירה נוספת, יצווה בית המשפט על הפעלת המאסר על תנאי".

אשר על כן, כל עוד לא הפר הנאשם את התנאי שנקבע, נדחה ביצועו של עונש המאסר, ועם חלוף התקופה שנקצבה לתנאי, יפוג עונש זה כלא היה. עונש זה נועד להרתיע את הנאשם ועל-פיו, אם הנאשם ישוב למוטב, ומעשיו לא יישנו, אזי הוא יזכה למעין מחילה באשר הוא לא יאסר בגין המעשים בהם הורשע. התליית המאסר בתנאים נועדה לאפשר לבחון את התנהגותו של הנאשם ולדרבנו לציית לחוק, כאשר ההנחה היא, שאם הוא הצליח בכך במשך תקופת התנאי, הוא יקפיד ביתר שאת גם בהמשך להיות אדם שומר חוק. על נאשם, שנגזר לו מאסר על-תנאי, להביא בחשבון, כי הפרת התנאי על ידי ביצועה של עבירה נוספת, תגרור תגובה עונשית חמורה מהרגיל, באשר, ככלל - כך קובע סעיף 58 לחוק - הוא יישא בעונש שיוטל עליו בשל העבירה המאוחרת במצטבר למאסר המותנה (ר' בעניין מסראווה הנ"ל).

זאת ועוד, בסעיף 56 לחוק נקבע כלל נוסף, ועל פיו ביצוע עבירת התנאי מפעיל את המאסר המותנה, ויהא זה רק במקרים חריגים בלבד, ורק מטעמים שירשמו, שבית המשפט יהיה רשאי להורות על הארכת תקופת התנאי, אם שוכנע, כי בנסיבות העניין לא יהא זה צודק להפעילו. ככל



שהפעלת התנאי היא אוטומטית, כך גדל כוחו המרתיע של המאסר המותנה, אולם, חרף זאת, ניתן שיקול הדעת לבית המשפט שלא להפעילו, כדי לאפשר לו, מקום שהצדק מחייב זאת, להעניק לנאשם הזדמנות נוספת ואחרונה לחזור לדרך הישר, וגם בחריג זה גלום עיקרון ההרתעה. ואמור, כי ככל שבתי המשפט ימעטו לחרוג מן הכלל של הפעלת התנאי, כך יגדל כוחו המרתיע של המאסר המותנה.

7. כפי שצוין לעיל, העילה העיקרית להארכת עונש המאסר על תנאי, כפי שבאה לידי ביטוי בפסיקתו של ביהמ"ש קמא, היא עמדת ביהמ"ש קמא, כי מדובר בעונש שאינו מידתי; אולם שיקול זה אינו אמור להיבחן על ידי ביהמ"ש שאמור להפעיל את התנאי, שהרי איננו יושב כערכת ערעור על קביעה זו, והפעלת העונש המותנה איננה הטלת עונש בגין העבירה "החדשה" שעבר הנאשם ואשר מפעילה את התנאי. יתרה מכך, לו סבר המשיב, כי מדובר בעונש שאינו מידתי וראוי, היה עליו להגיש ערעור לערכאה גבוהה יותר ולא להמתין לשלב בו תתבקש הפעלת התנאי.

גם לגופה של קביעת ביהמ"ש, בדבר החומרה היתרה של המאסר על תנאי שהוטל בתיק הקודם, לא מצאנו כי יש ממש. ביהמ"ש טעה לחשוב, כי המאסר המותנה של 8 חודשים הוטל בגין עבירת שב"ח בלבד, אך לא כך הוא. באותו עניין, הורשע המשיב, בנוסף לעבירת השב"ח, גם בעבירות של התחזות כאדם אחר במטרה להונות; זיוף; ושימוש במסמך מזויף, ועל כן, ובהתחשב בכך שלא הוטל עליו עונש של מאסר בפועל, המאסר המותנה שהוטל עליו אינו חריג בחומרתו.

ועוד. הסנגור טען, כי המשיב סבר, עת ביצע את העבירה נשוא התיק שבפנינו, שתקופת התנאי הסתיימה, וביקש ללמוד מכך שהענישה המותנית הרתיעה אותו מלבצע עבירות במהלך תקופת התנאי. אלא, שדווקא אמירה זו מוכיחה, כי המשיב כלל לא הפנים את האיסור הפלילי נשוא העבירות שביצע, ועל כן, הענישה המותנית לא הגשימה את ייעודה.

יתרה מכך, קיומו של עבר פלילי מאותו סוג, הכולל מאסר על תנאי בר הפעלה, לא יכול להוות, לכשעצמו, נימוק **להקלה** בעונש דווקא, קל וחומר משיקולי צדק, להארכת המאסר המותנה או לחריגה ממתחם העונש הראוי.

8. אכן, הכלל הוא, כי מידת התערבותה של ערכאת הערעור בעונש שנגזר על ידי הערכאה הדיונית, מצומצמת למקרים חריגים, בהם טענה הערכאה הדיונית טעות של ממש או כאשר העונש שהוטל על ידה חורג במידה קיצונית מן העונשים המקובלים בגין עבירות בנסיבות דומות. והמקרה שבפנינו, לאור כל האמור לעיל, נופל בגדר חריגים אלה.

9. אשר על כן, ולאור כל האמור לעיל, אנו מקבלים את הערעור, מבטלים את גזר דינו של ביהמ"ש קמא וגוזרים על המשיב שני חודשי מאסר לריצוי בפועל; מפעילים את המאסר המותנה בן ה-8 חודשים התלוי ועומד כנגד המערער ושהוטל בת"פ 34613-05-10 של בימ"ש השלום בתל-אביב; העונשים ירצו בחופף זה לזה כך שסך הכל על המשיב לרצות 8 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי המעצר.



כן, גוזרים אנו על המשיב עונש מאסר על תנאי של 5 חודשים, והתנאי שהמשיב לא יעבור כל עבירה בניגוד לחוק הכניסה לישראל תוך 3 שנים מיום שחרורו.

ניתן היום, כו' חשון תשע"ד, 30 אוקטובר 2013, במעמד הצדדים.

יעל רז-לוי, שופטת

יורם צלקובניק, שופט

ס.הנשיא, רויטל יפה-כ"ץ
אב"ד