



ע"פ 45925/02/15 - חן מלקו, יהונתן מלקו נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

ע"פ 45925-02-15 מלקו(אסיר) נ' מדינת ישראל
ע"פ 48086-02-15 מלקו(אסיר) נ' מדינת ישראל

בפני כבוד הנשיאה דבורה ברלינר, אב"ד
כבוד השופטת מרים סוקולוב
כבוד השופטת אסתר נחליאלי-חיאט
המערערים: חן מלקו (אסיר) יהונתן מלקו (אסיר)
נגד
המשיבה: מדינת ישראל

פסק דין

1. המערערים שבפנינו הורשעו בבית משפט קמא בעבירה של הסגת גבול, עבירה על סעיף 447א(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 [להלן "חוק העונשין"]. הרשעתם של המערערים היתה לאחר שמיעת ראיות. למען הדיוק, הראיות לא נשמעו, הצדדים הסכימו בבית משפט קמא להגיש את כל חומר הראיות שהיה בידי התביעה לעיונו של בית המשפט ופסק הדין ניתן בהסתמך על חומר ראיות זה.
2. בכתב האישום נטען כי המערערים ניסו להתפרץ לבנין מגורים שהיה נעול בדלת ומצויד באינטרקום ומצלמות, בכך שהציצו דרך הדלת, בעטו בה, משכו אותה, ניערו אותה בניסיון לפתוח אותה ולהיכנס למקום. בית משפט קמא שכאמור קיבל לידיו את כל חומר הראיות, תיעד את שראו עיניו בדיסק הוידאו שנתפס ואשר הנציח את האירוע. לפי דיסק זה: "הנאשמים נצפים מתעסקים עם האינטרקום. נאשם מס' 1 (הכוונה ליהונתן מלקו) מנסה לפתוח את הדלת באמצעות רגלו כך שהוא בועט בדלת..., לאחר מכן המערערים עזבו את המקום, חזרו לכיוון דלת הכניסה, מערער 2 פנה לאגף את הבנין בעוד מערער מס' 1 פנה לעבר דלת הכניסה. לאחר מכן נצפה המערער מס' 1 עומד מול דלת הכניסה וצופה פנימה לתוך הבנין".
3. בית משפט קמא (כב' השופט ש' מלמד) סבר כי בכך התמלאו רכיבי עבירת הסגת הגבול. המערערים הגיעו למקום וניסו באלמות לפתוח את הדלת. היה במקום גם מתלונן, אחד הדיירים בבנין, שראה אותם ומסר הודעה במשטרה על שראו עיניו. באשר לרכיב הכוונה סבר בית משפט קמא כי מהעובדות עולה שהמדינה הוכיחה את הכוונה להסגת גבול: "ראייה מפקחת על המכלול מלמדת על התנהלות הנאשמים. כפי שצינתי, בהצטבר הראיות מעידה על המטרה בבואם למקום. ההתפצלות במקום תוך התנהלות לא ברורה כשלכך מצטרף היעדר הסבר ושתיקתם במשטרה, כל אלה יחדיו יוצרים את היסוד הנפשי של במטרה להפחיד, להקניט או להעליב", לפיכך כאמור



הורשעו המערערים בעבירה שיוחסה להם.

4. באשר לגזר הדין, על מערער מס' 1 יהונתן מלקו הטיל בית משפט קמא מאסר למשך 3 חודשים. נגד מערער זה היה תלוי ועומד מאסר על תנאי למשך 7 חודשים, בית משפט הפעיל את המאסר על תנאי וקבע כי 4 חודשים ממנו יהיו במצטבר לעונש המאסר בו נשא המערער נכון ליום מתן גזר הדין בבית משפט קמא והיתרה בחופף. בשורה התחתונה, למערער זה לא התווסף ולו יום אחד של מאסר מעבר למאסר על תנאי שהופעל. על מערער זה גם הוטלו 4 חודשי מאסר על תנאי.

באשר למערער מס' 2, חן מלקו, גם על מערער זה הוטלו 3 חודשי מאסר בפועל. גם נגד מערער זה היה תלוי ועומד מאסר על תנאי של 8 חודשים. בית משפט קמא הפעיל מאסר על תנאי זה, כך ש- 6 חודשים יהיו במצטבר והיתרה בחופף, סה"כ על המערער לרצות 9 חודשי מאסר בפועל.

על הכרעת הדין וגזר הדין הערעור שבפנינו.

5. טענתם המרכזית של שני עורכי הדין (עו"ד לב שייצגה את המערער יהונתן מלקו ועו"ד סקה שייצג את המערער חן מלקו), הינה כי לא הוכחו רכיבי העבירה של הסגת גבול. בלשונו של עו"ד סקה, כל שהוכח הוא מעשים שעולה מהם "ריח רע", אולם לא מעבר לכך. על ריח רע לא ניתן להרשיע אי מי.

לטענת שני הסנגורים, לא עלה בידי המדינה להוכיח את הרכיב הנפשי של עבירת הסגת הגבול ושגה בית משפט קמא כאשר סבר כי המדינה הוכיחה הן את הרכיב הפיזי והן את הרכיב הנפשי. הסנגורים הדגישו כי שני המערערים לא נשאו על גופם שום כלי פריצה, לא נתפס על גופם מאום, הם אומנם לא סיפקו הסבר או לחילופין סיפקו הסבר שאין בו ממש, אולם לא די בכך כדי להוכיח שהכוונה היתה פסולה. כניסה לבית, גם אם נקבל שמולא הרכיב הפיזי במעשיהם של המערערים, יכולה היתה להיות גם למטרה חוקית, כגון שליח שרוצה לפזר עלוני פרסומת וכיו"ב, ניתן להעלות על הדעת נסיבות שונות שיכולות להביא גם לכניסה חוקית ועל כן לא הוכחה הסגת גבול.

6. עו"ד סקה הרחיב את הדיבור על כך, שהעובדות כפי שהוכחו בתיק הנוכחי הצביעו לכל היותר על התמלאות רכיבי העבירה של שוטטות וזו העבירה שהיה על בית משפט קמא להרשיעם בה. לו היו המערערים מורשעים בעבירה זו, או אז לא ניתן היה להפעיל את המאסר על תנאי, בוודאי לא המאסר על תנאי נגד הנאשם שהוא ייצג (חן מלקו).

לטענתו של עו"ד סקה, גם אם רכיבי העבירה ממלאים את יסודות שתי העבירות, דהיינו הן הסגת גבול והן שוטטות, מן הראוי היה כי בית משפט יבחר בעבירת השוטטות הנוחה יותר מבחינת המערערים בשל נושא הפעלתו של המאסר על תנאי.

7. בפיה של עו"ד לב טענה נוספת, לטענתה באופן חריג ויוצא דופן מתקיים במקרה זה הכלל של השתק פלוגתא. כדי להבהיר, המדינה מלכתחילה האשימה את המערערים בניסיון פריצה, בית משפט קמא נתן כבר בשלב הראשון החלטה המבהירה כי לשיטתו לא התקיימו בתיק זה יסודות עבירה זו, ופנה לתביעה



בקריאה כי תשנה את הוראת החיקוק. עדיין שבה המדינה ועתרה גם בישיבה הבאה להרשיע את המערערים בעבירה של ניסיון פריצה. רק לאחר סיום הראיות (בצורה שבה נשמעו) ובסיכומים, עתרה המדינה להרשיע בניסיון פריצה ולחילופין בהסגת גבול. השתלשלות דברים זו מקימה, לטענת הסנגורית, השתק פלוגתא ושגה בית משפט קמא כאשר סבר, כי חרף התנהלותה של התביעה ניתן להרשיע בעבירה של הסגת גבול.

8. לא מצאנו ממש בערעור זה הן לענין ההרשעה והן לענין גזר הדין.

באשר להרשעה - סעיף 447(א) לחוק העונשין, הסגת גבול, אומר כדלקמן: **"העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה דינו מאסר:**

1. נכנס לנכס או על פניו.

2. לאחר שנכנס בדין לנכס נשאר שם שלא כדין".

לטעמנו, התקיימו כאן שתי החלופות: כניסה לנכס כדי להקניט את הדיירים בה ולחלופין, כדי לעבור עבירה. רכיביה של כל אחת מהאפשרויות האלה התמלאו במלואן.

להלן נפרט את הדברים בקצרה:

לענין כניסה לנכס, לא יכול להיות ספק בכך כי מעשיהם של המערערים עולים כדי כניסה. בעיטה בדלת, משיכה בה, ניעור הדלת, כל אלה עולים כדי כניסה לנכס, בוודאי שהם עולים כדי כניסה "על פניו". הפסיקה חד משמעית בנושא זה, גם הסנגורים לא הרחיבו על כך את הדיבור שעל כן נסתפק בכך.

היסוד הבעייתי יותר הוא היסוד הנפשי. לענין זה טוענת התביעה כי מעשיהם של המערערים עולים כדי הקנטה. הניסיון להיכנס לשטח של חדר המדרגות המוגן בדלת אינטרקום בדרך אלימה, בוודאי שהוא מקניט את הדיירים. התביעה הפנתה אותנו לענין זה לסעיף 20 לחוק העונשין המגדיר את המחשבה הפלילית ולפיו: **"לענין כוונה ראיה מראש את התרחשות התוצאות כאפשרות קרובה למדי, כמוה כמטרה לגורמן".**

9. דעתנו היא כי יש ממש בעמדת התביעה. הדיירים בבנין הביעו את דעתם כי רצונם להיות מוגנים על-ידי דלת אינטרקום ועל-ידי מצלמות, משמע כוונתם היתה שלא לאפשר למי שאיננו בעל גישה חוקית לבנין להיכנס אליו, או למי שאין לו כל סיבה להיכנס לבנין ולו גם לצורך חלוקת פריטי פרסומת וכיו"ב.

ניסיון לפרוץ את הדלת באלימות ובמקרה הנוכחי באלימות לא מבוטלת, בוודאי שהוא עולה כדי הקנטה הדיירים. לא ייתכן כי אי מי יקבל בשלווה ניסיון להיכנס לבנין בדרך זו תוך גרימת נזק לדלת ולא יוקנט על-ידי כך. במקרה הנוכחי אין צורך אפילו בהעלאת השערות משום שהיה דייר שראה את המעשה אכן הוקנט, ואכן הזעיק את המשטרה, ומה לנו צורך בפרשנות תיאורטית כאשר הראיות מדברות בעד עצמן?

אין גם צורך בחקירתם של כל הדיירים או אפילו חלקם. הדיירים הביעו דעתם בעצם העובדה שהתקינו לבנין דלת אינטרקום ומצלמות ולא נדרש מעבר לכך. לו היו רוצים להתיר לכולי עלמא להיכנס בכל דרך שהיא ולכל מטרה שהיא לבנין, חזקה עליהם שלא היו גרים בבית המוגן בצורה כזו.



לפיכך, יסוד ההקנטה בוודאי התקיים ודי בכך לצורך עבירת הסגת הגבול.

10. לשיטתנו, התקיימה גם אפשרות נוספת מבין האפשרויות המנויות בסעיף 447 והיא - כדי לעבור עבירה. אנו שבים ומזכירים כי המערערים ניסו להיכנס לבנין בדרך אלימה תוך פריצת דלת הכניסה. מצג עובדתי זה מחייב אותם לפחות למתן הסבר שישלול את עוקצם הפלילי של מעשיהם, שללא ההסבר מדברים בעד עצמם. הסבר כזה לא ניתן. המערערים שתקו, מכל מקום לא נתנו שום הסבר. מעשיהם בהמשך מלמדים גם על כוונתם הראשונית, המערערים המשיכו להיות במקום, היה גם ניסיון לחזור לבנין דרך הדלת האחורית, כל אלה יחד מצביעים על כוונה לעבור עבירה. חזקה על המערערים שלו היה בידיהם הסבר חוקי, היו נותנים אותו. מכל מקום, מצב ראייתי זה העביר אליהם את הנטל הטקטי למתן הסבר וההסבר כאמור לא ניתן, שעל כן המסקנה המרשיעה מתחייבת.

נדגיש שוב כי ההתייחסות לאופציה של: "או לעבור עבירה" היא בבחינת למעלה מן הנדרש, שכן יסוד ההקנטה ללא ספק התקיים בעצם הניסיון לפריצה אלימה של הדלת.

לפיכך, ההרשעה בעינה עומדת ואנו דוחים את הערעור בנושא זה.

11. באשר לטענתה של הסנגורית בדבר השתק פלוגתא:

בלשון המעטה לא ירדנו לסוף דעתה של הסנגורית. הדינמיקה שהיתה בתיק זה היא דינמיקה מקובלת, כמעט היינו אומרים קלאסית בהליכים פליליים. התביעה מלכתחילה סברה כי מדובר בעבירה של ניסיון התפרצות. אכן בית משפט קמא הביע דעתו כבר בשלב הראשון, כי יסודות עבירה זו לא התמלאו והציע לתביעה להסתפק בעבירה אחרת. התביעה לא קיבלה את עמדתו ועדיין סברה, כי התקיימו בתיק זה יסודות העבירה של ניסיון התפרצות, אולם בשלב האחרון טענה כי אם בית המשפט לא יסבור כך, העתירה החלופית היא להרשיע את המערערים בעבירה של הסגת גבול. כך אכן עשה בית משפט קמא ולא ידענו במה שונה תיק זה והחלטה זו מדרך ההתנהלות השגורה והרגילה בבתי משפט, שלעתים מוצאים כי לא התקיימו רכיביה של עבירה א' ולעומת זה התקיימו רכיביה של עבירה ב' ובה מרשיעים את הנאשם שבפניהם.

12. באשר לטענתו של עו"ד סקה כי היה מן הראוי במקרה זה להסתפק בעבירה של שוטטות, גם בהנחה שהתמלאו רכיביה של עבירת הסגת הגבול: גם בטענה זו לא ראינו ממש. לתביעה הפרורוגטיבה באיזו עבירה לבחור ותפקידו של בית המשפט הוא לבחון את התקיימות יסודותיה של העבירה ולא את שיקול דעתה של התביעה כאשר בחרה בעבירה מסוימת. לא שוכנענו כי היה יסוד של התנכלות למי מהמערערים בכך שנבחרה עבירה זו, כאמור מלכתחילה סברה התביעה כי התקיימו יסודותיה של עבירת ניסיון ההתפרצות ועבירת הסגת הגבול היא בבחינת הרע במיעוטו מבחינתה ולא עבירה שנבחרה על-מנת שתפעיל את המאסרים על תנאי שהיו תלויים ועומדים נגד המערערים או מי מהם.

מכל מקום, כאמור, תפקידו של בית המשפט הצטמצם בבחינת חומר הראיות שבפניו. בית המשפט איננו תובע על, איננו יועץ משפטי על ולא זה תפקידו.

13. מכאן לענישה -



אנו אומרים בפה מלא כי חסד נעשה עם המערערים בכך שבית משפט קמא הסתפק בענישה שהטיל במקרה זה.

באשר למערער 1 - יהונתן מלקו - למערער זה הרשעות קודמות רבות. העבירה של הסגת גבול בנסיבותיה, כפי שפורטו בתיק הנוכחי, היא עבירה משמעותית שמצטרפת לרצף של עבירות הרכוש שבהן כבר הורשע המערער. בית המשפט שקלל את גילו של מערער זה ונתן דעתו לגיל מחד גיסא, ומאידך גיסא לכך ש: **"עברם של הנאשמים הינו מכביד ביותר ומציג תמונה של נאשמים הנוהגים זילות כלפי החוק, היעדר כבוד לרכוש הציבור. מרבית עבירות הנאשמים בתחום הרכוש"**.

בהינתן האמור לעיל, עונש מאסר בן 3 חודשים הוא עונש מאסר קצר במיוחד, בוודאי שאינו חורג בצורה שמחייבת את התערבותה של ערכאת הערעור.

באשר להפעלתו של המאסר על תנאי - אין לו למערער לבוא בטרניה אלא על עצמו בכך שהוא נושא על גבו את המאסר על תנאי ועדיין ממשיך לעבור עבירות. המערער היה מודע לקיומו של המאסר על תנאי, ניתן היה לצפות שיהיה בכך משום גורם מרתיע. המציאות מראה כי לא כך סבר המערער. בית משפט קמא הלך לקראתו צעד נוסף בכך שהורה על הפעלת המאסר על תנאי, באופן ש- 4 חודשים ממנו יהיו במצטבר לעונש מאסר אותו ריצה המערער באותו זמן והיתרה בחופף, כאשר בתוך היתרה החופפת נבלעו גם שלושת חודשי המאסר שהוטלו על המערער בתיק הנוכחי. אנו אומרים בפה מלא כי לא היינו מתערבים גם לו היה קובע בית המשפט כי מלוא עונש המאסר על תנאי (כשהוא חופף את המאסר שהוטל בתיק הנוכחי). היה מצטבר למאסר אותו מרצה מערער זה.

הדברים שנאמרו לעיל משקפים ברובם גם את מצבו של מערער 2 (חן מלקו). מערער זה הגיע לבית משפט אכן כשהוא משוחרר, אולם גם נגדו היה תלוי ועומד עונש מאסר מותנה של 8 חודשים וגם לגביו תקפים דבריו של בית משפט קמא, כי מדובר במי שנוהג זילות כלפי החוק והיעדר כבוד לרכוש הציבור. בית משפט קמא הטיל עליו כאמור 3 חודשי מאסר וקבע ששניים מהם ירוצו בחופף למאסר על תנאי שהופעל ורק אחד יצטבר, כך שסה"כ יהא על המערער לרצות 9 חודשי מאסר בפועל. גם למערער זה יש על מה לברך בכך שבית משפט קמא חפף את מרבית המאסר שהוטל בתיק הנוכחי למאסר על תנאי שהופעל.

התוצאה היא כי אנו דוחים את שני הערעורים הן באשר להכרעת הדין והן באשר לגזר הדין.

ניתנה והודעה היום כ"א סיוון תשע"ה, 08/06/2015 במעמד הנוכחים.

אסתר נחליאלי-חיאט,
שופטת

מרים סוקולוב,
שופטת

דבורה ברלינר, נשיאה
אב"ד

עמוד 5

