



ע"פ 13794/03/17 - מדינת ישראל נגד פתחי אלקואעין

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

בפני: כב' הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ, אב"ד ע"פ 13794-03-17

כב' השופטת יעל רז-לוי ע"פ 46350-03-17

כב' השופטת גילת שלו

המערערת והמשיבה שכנגד:

מדינת ישראל

על ידי ב"כ עו"ד ערן צברי

נגד

המשיב והמערער שכנגד:

פתחי אלקואעין

על ידי ב"כ עו"ד יצחק פרץ ועו"ד דוד ויצטום

מהות הערעור: ערעור על פסק דינו של בימ"ש השלום בקרית גת (כב' השופטת נ. חקלאי) בת"פ 36066-08-15

פסק - דין

הנשיאה רויטל יפה-כ"ץ:

המשיב הודה, במסגרת הסדר טיעון, כי הסיע 5 תושבים זרים ברכבו, ועל כן הורשע בביצוע עבירה של "**המסיע ברכב תושב זר השוהה שלא כדין**", לפי סעיף 12א(ג)(1) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. בגין מעשיו אלה נדון המשיב להארכת מאסר מותנה של 8 חודשים שהיה תלוי ועומד כנגדו; לתשלום קנס בסך 10,000 ב-10 תשלומים; להפעלת התחייבות מתיק קודם על סך 15,000 ₪; להפעלת פסילה מותנית בת 12 חודשים בחופף לפסילת רישיון הנהיגה של 8 חודשים שהוטלה בתיק זה; לפסילה על תנאי למשך 12 חודשים; לחתימה על התחייבות; לביצוע 400 שעות של"צ; ולחילוט הרכב בו בוצעה העבירה לטובת אוצר המדינה. המדינה (היא המערערת והמשיבה שכנגד, להלן: המדינה) הגישה ערעור על קולת העונש, והנאשם (הוא המערער והמשיב שכנגד, להלן: המשיב) הגיש ערעור על ההרשעה, תוך שטען, כי היה מקום לאפשר לו לחזור בו מהודייתו. הערעורים אוחדו, ופסק דין זה עניינו שני הערעורים הנ"ל.

ההליכים בבית משפט השלום

כתב האישום הוגש כנגד המשיב באוגוסט 2015 לבימ"ש השלום בקרית-גת; ובדצמבר אותה שנה, נערך דיון מקדמי בפני כב' השופט ליבדרו, במהלכו הגיעו באי-כוח הצדדים (המשיב היה מיוצג באותה עת על ידי סנגור מהסנגוריה הציבורית - עו"ד יורם פאואר) להסדר טיעון, שכלל הודאת המשיב בכתב אישום מתוקן (במסגרתו נמחק עד תביעה אחד מרשימת עדי התביעה) והסכמה עליה הצהירו, כדלהלן:

"אין בין הצדדים הסדר לעניין העונש. הוסכם כי יתקבל תסקיר שירות המבחן אשר יבחן את שאלת הארכת המאסר המותנה לבקשת ב"כ הנאשם. המאשימה לא מחויבת להמלצת שירות המבחן. עוד



הוסכם, כי רכב הטויוטה קורולה... יושב לבעלים בכפוף להפקדה של 10,000 ₪, איסור דיספוזיציה, שיעבוד... ועיקול הרכב לטובת המדינה... עוד הוסכם, על שינוי תנאי השחרור באופן שמעצר הבית יהיה מעצר בית לילי בלבד, בין השעות 22:00 ל-07:00 למחרת... הובהר כי המאשימה תעתור לחילוט הרכב...".

לאחר הצהרה זו של באי כוח הצדדים, נעשתה הפסקה בדיון, שלאחריה בירר ביהמ"ש עם המשיב אם הוא מבין את הסדר הטיעון, וכך נכתב מפי המשיב:

"לאחר שבית משפט מסביר לי שאני לא חייב להודות ויש לי זכות לנהל משפט ושהמאשימה תוכיח את אשמת, אני משיב שאני רוצה להגיע להסדר ולהודות בכתב האישום. אני מודה בכתב האישום. אני מודה בביצוע עבירה של הסעת תושב זר (5 תושבים) ששהה בישראל שלא כדין".

בעקבות דברים אלה הורשע המשיב והדיון נדחה לשם הגשת תסקיר מטעם שירות המבחן ולטיעונים לעונש.

הדיון הבא התקיים בפני כב' ס. הנשיאה (כתוארה אז), השופטת דינה כהן (בתאריך 18/05/16), בפתחו ביקש הסנגור לדחות את הטיעונים לעונש, שכן המלצת שירות המבחן בתסקיר שהוגש - להפעיל את המאסר המותנה התלוי ועומד כנגד המשיב, ולהורות על ריצוי העונש בדרך של עבודות שירות, אינו בר ביצוע, משמדובר במאסר מותנה של 8 חודשים. עו"ד פאואר טען, כי הסדר הטיעון היה **"שכל הטיעונים לעונש יהיו בכפוף לתסקיר"** (מה שאינו מדויק, לאור ההצהרה שהובאה מפי באי כוח הצדדים לעיל), ומשהתסקיר מוטעה, אין למעשה תסקיר בפני ביהמ"ש ודרישת המאשימה לטעון לעונש על פי התסקיר הקיים, אינה אלא חזרה מההסדר. ביהמ"ש לא נעתר בשלב הראשוני לבקשה וקבע, כי **"עתירת הסנגור תישקל לאחר שהצדדים יטענו לעונש"**, אלא שהחלטה זו לא סיפקה את הסנגור והוא ביקש לחזור מההודאה, וכך נימק בקשתו:

"בתסקיר הוא אמר שהוא חשב שהם ישראלים. חברתי פועלת בניגוד להסדר שסוכם בפר' האחרון שלפי אותו הסדר אטען לעונש כשיש לי תסקיר מושלם וסופי. הטעות נובעת מטעות של קצינת המבחן. חברתי מתנגדת. אני רואה בכך חזרה מהסדר הטיעון. הגרסה המקורית של הנאשם הייתה שמדובר בחברה שלא הייתה לו כל סיבה לחשוד בהם שהם תושבי השטחים. הם נראו ונשמעו ישראלים, ביקשו ממנו טרמפ לטווח קצר ביותר ולכן לקח אותם. הייתי רוצה שנוכל להתרשם מאותם אנשים כיוון שאותם אנשים שוחררו. בנסיבות האלה, אם התביעה חוזרת מההסדר, גם אנו חוזרים. אבקש לאפשר לו לחזור בו מההודאה, לכפור ולאפשר לזמן עדים".

ביהמ"ש דחה את הבקשה תוך שציין, כי אין בטיעוני הסנגור אותם נימוקים מיוחדים המצדיקים חזרה מהודיה בעובדות כתב האישום בהתאם להוראות סעיף 153(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ), שכן מנוסח פרוטוקול הדיון בו הודה המשיב עולה במפורש, כי הבין את ההסדר ואת העובדות בהן הודה; הוא היה מיוצג; בפני שירות המבחן אמנם ציין, כי חשב שהנוסעים שהעלה לרכבו ישראלים, אבל גם הביע צער על מעשיו וטען כי הוא מבין שעשה טעות; וכי עיתוי העלאת הבקשה מצביע על היותה מהלך טקטי בלבד. לפיכך, הצדדים המשיכו בטיעוניהם לעונש, אולם לאחר שהנאשם פנה לביהמ"ש וביקש לחזור לשירות המבחן כדי לברר אפשרות שלא ייכנס לכלא (בעקבות הצעת קצין המבחן לברר אפשרויות עונשיות חלופיות), נעתר ביהמ"ש לבקשתו ודחה את הדיון לשם הגשת



תסקיר משלים.

התסקיר המשלים הוגש לביהמ"ש, והפעם כלל המלצה להאריך את המאסר המותנה התלוי ועומד כנגד המשיב, לצד צו של"צ משמעותי.

מאז, נדחה הדיון מעת לעת לאור בקשות שהועלו מטעם ההגנה, בעיקר לאור חילופי הסנגורים (לאחר שמונה למשיב סנגור תחת עו"ד פאואר, אף זאת מטעם הסנגוריה הציבורית - עו"ד פרץ, המייצג את המשיב גם בהליכים שבפנינו), כאשר בכל הישיבות שהיו מאז ישיבת יום 18/05/16 (חמש במספר), לא הועלתה שוב הבקשה לחזרה מהודיה, ובקשות הדחיה סבו בעיקר סביב רצונו של הסנגור החדש ללמוד את התיק ולנסות להגיע להסדר עונשי עם המאשימה. בישיבת יום 23/11/16 אף ציין עו"ד פרץ, כי **"לאחר שקראנו את החומר אף על פי שישנה הודאה בתיק, שוחחתי עם ראש לשכת התביעות לכיש והגענו להסכמה שנבקש דחייה קצרה מוסכמת על מנת שנוכל לבוא בדברים בתיק ולבחון הסכמות בין הצדדים"**.

בינתיים גם התחלף המותב שדן בתיק (עם מינויה של כב' השופטת דינה כהן לביהמ"ש המחוזי), והחל מישיבת יום 23/11/16 התנהלו הדיונים בפני כב' השופטת נועה חקלאי, כאשר הצדדים לא העלו כל טענה נוכח החלפה זו של המותב.

עוד יצוין, כי בישיבה האמורה גם התייצב לראשונה מתורגמן לשפה הערבית, לאור בקשתו של הסנגור, כאשר לאורך כל הדיונים שקדמו לישיבה זו, לא הועלתה כל בקשה לנוכחות מתורגמן בדיון ולא צוין, אף לא ברמז, שהנאשם אינו מבין את השפה העברית ואת ההליכים המתנהלים.

רק בישיבת יום 05/01/17 השלימו הצדדים טיעוניהם, כאשר ב"כ המדינה טענה לכך שאין נסיבות מיוחדות להארכת המאסר על תנאי התלוי ועומד כנגד המשיב, חרף המלצות שירות המבחן; ואילו הסנגור ביקש לאמץ את המלצות שירות המבחן. הסנגור הדגיש, כי **"הנאשם הודה בהזדמנות הראשונה. במועד הדיון הראשון שנקבע בתיק ולא בעובדות של כתב אישום מתוקן או לאחר הליך של מו"מ, אני אומר את זה בהיבט של חיסכון בזמן שיפוטי יקר ולא ככותרת קלישאתית או כותרת כמו בהרבה הסדרים... אני צילמתי את חומר החקירה בתיק ועברתי עליו, אני אומר שהסיכוי שאותם שב"חים שהוא הודה שהסיע אותם, שמצוינים בכתב האישום, גם ברשימת עדי התביעה, סיכוי שהיו מתייצבים לדיון ככל שהיה כופר בכתב האישום הוא אפסי עד לא קיים... בזמן הכרעת הדין לא נכח מתורגמן לשפה הערבית. אני לא בא לצייר תמונה של עיוות מקום בו ביקשו לחזור מהודאה והדבר נשלל, אבל בסופו של דבר, כאשר שוחחתי לראשונה עם הנאשם, בשים לב לעובדה שגם במועד גזר הדין הקודם, ב"כ דאז היה עו"ד דובר השפה הערבית, התרשמתי בכל הכבוד מנאשם שהעברית לא שפת האם שלו, לא שגורה במובן זה שהבין את עתירת המדינה לרבות נסיבות ביצוע העבירה. כך גם שירות המבחן התרשם... ואין שום הסדר טיעון. יש פה נאשם שמגיע לביהמ"ש, מודה בעבירות שבכתב האישום כאשר כל צד הציג את העתירה שלו ואין שום הסכמה ואפילו לא הסכמה מותנית להמשך ההליך... לקיחת האחריות יש בה משמעות מורחבת בנסיבות העניין וגם נוגעת למעמד גזר הדין היום... ההגנה ביקשה לחזור מההודאה, מהפרוטוקול עולה שהוא חשב שהם ישראלים. מכל הטענות המשפטיות הפריע לי, שאני לא ראיתי את הנאשם פוצה פה. התרשמתי שהדיון היה מעל לראשו והטענה שעולה מהתסקיר, שהוא חשב שהם ישראלים. זה בסדר ואפשר גם להרשיע כאשר הוא חושב שהם ישראלים וזה לא אומר שהוא לא לוקח אחריות, זו טענה שאולי הייתה יכולה להתברר בהליך של שמיעת ראיות. הוא לא ממזער, זה בסדר שזו האמת שלו, שהוא חשב שהם**



ישראלים ובסופו של יום גם הראיות לא מלמדות על סתירה של הטענה... (ההדגשה אינה במקור - ר.י.כ.). הסנגור היה מודע לכך, שהמשיב לא החל בכל הליך טיפולי שהוא, אך חרף זאת עתר לדון אותו תוך חריגה לקולא ממתחם העונש שייקבע, שכן לא שולב בהליך שכזה שלא באחריותו. בסופו של דבר, כאמור, ביקש הסנגור להאריך את המאסר המותנה; לא התנגד לחילוט הרכב ולהטלת קנסות בגובה ההפקדות השונות שהופקדו במסגרת שחרורו של המשיב מהמעצר ושחרור הרכב (כאשר הסכומים היו - ₪ 10,000 ו-₪ 15,000); וביקש להפעיל את שלילת רישיון הנהיגה המותנית התלויה כנגד המשיב, של 12 חודשים, בניכוי השלילה הקיימת מאז נעצר, ואם תוטל שלילה נוספת, ביקש שתהיה חופפת לשלילה זו.

המשיב פנה לביהמ"ש וחזר וציין, כי **"כל העבירה שקרתה היא טעות, חזרתי על אותו דבר כמה פעמים לפני זה, עשיתי עבודות שירות, לא היה לי כסף, היה לי קשה. אני לא רציתי לחזור על אותו טעות, חשבתי שהנושאים (כך במקור, צ"ל "שהנוסעים" - ר.י.כ.) הם ישראלים, לא רציתי להסתבך שוב. אני עובד מסודר, מרוויח משכורת טובה ברוך השם. אני נשוי ויש לי 4 ילדים, אם אני אכנס לבית סוהר האישה תהיה חולה, תיכנס לדיכאון והיא לא יכולה להסתדר בלעדיי, אני היחיד שמפרנס את משפחתי"**.

ביום 05/02/17 דן ביהמ"ש את המשיב לעונשים כמפורט לעיל.

תסקירי שירות המבחן

לבימ"ש קמא הוגשו שני תסקירים מטעם שירות המבחן בעניינו של המשיב. התסקיר הראשון הוגש ביום 04/05/16 וממנו ניתן ללמוד, כי באותה עת היה המשיב כבן 28, נשוי ואב לארבעה ילדים בני 7 עד שנה וחצי, מתגורר בפזורה הבדואית ליד חורה ועובד עם בני משפחתו בתחום המסגרות. הוא נישא בשנת 2006 לאישה בת גילו, והמשיב תיאר מערכת יחסים קרובה עמה. לאביו ולחלק מ-11 אחיו ואחיותיו יש מעורבות פלילית. וכך צוין:

"בנוגע לעבירה בגינה הופנה לשירותנו, פתחי מודה בביצועה. לדבריו, בעת ביצוע העבירה נסע לצפון כשבדרך עצר לאחרים המתוארים בכתב האישום, לאור בקשתם שיוריד אותם בתחנת דלק קרובה. לדבריו, סבר שהם תושבי ישראל ולאור העובדה שהיה מדובר במרחק נסיעה קצר, הסכים לבקשתם. במהלך השיחה פתחי מסר כי מצטער על מעשיו ומבין כי ביצע טעות. יחד עם זאת, אנו התרשמנו כי קיים פער בין הצהרותיו אלו והמידע שמסר לנו במהלך השיחה לבין התנהלותו בפועל בעת ביצוע העבירה והנסיבות לביצועה... הוא חזר על עמדתו, כי ביצע טעות אך להערכתנו טשטש את מעורבותו בעבירה ואת הנסיבות שהובילו אותו לבצע את העבירה..."

שירות המבחן התרשם, כי המשיב מתקשה לשאת באחריות מלאה למעשיו ומתקשה להתייחס לפוטנציאל סיכון הפגיעה שהיה במעשיו; כי המשיב נמנע מלהתבונן על מעשיו הבעייתיים; אך גם כי המשיב מצליח להשתלב במסגרות תעסוקה והוא חרד ודואג לבני משפחתו, ולאור כל אלה צוין, כי **"מרכיבים אלה יכולים להערכתנו, להצביע על רמת סיכון"**. ועל כן צוין בהמלצותיו, כי **"להערכתנו במקרה זה נדרשת ענישה מוחשית והרתעתית על מנת להציב לפתחי גבול על התנהגותו הבעייתית והחזרתית שלו בתחום זה. יחד עם זאת, לאור גורמי הסיכוי והחשש למצוקה כלכלית של פתחי ובני משפחתו, במידה ויקבל עונש של מאסר בפועל, אנו ממליצים על הפעלת המאסר המותנה בדרך של עבודות שירות"**. כמצוין לעיל, לאור אורך תקופת התנאי (8 חודשים), המלצה זו אינה בת ביצוע, ושירות



המבחן התבקש להגיש תסקיר נוסף על המשיב.

התסקיר השני הוגש כחודש וחצי לאחר התסקיר הראשון (ביום 27/06/16), וההמלצות שבו שונות לגמרי מאלו של התסקיר הראשון. שינוי זה חל לאחר פגישה אחת נוספת עם המשיב, במהלכה "הוא שב והצר על התנהגותו בביצוע העבירה ומסר כי מוכן להשתלב בהליך טיפולי ולשתף פעולה ככל שיידרש ממנו, וזאת על מנת להימנע מענישה של מאסר בפועל. יחד עם זאת, פתחי מתקשה להתייחס לחלקים חלשים באישיותו, לקושי מסוים שחווה, לדפוסי התנהגות או חשיבה בעייתיים, אשר בעטים יכול לקבל סיוע חיצוני ולהשתלב בטיפול".

שירות המבחן בחן אפשרות לשלב את המשיב בהליך טיפולי במסגרת שירותי הרווחה באזור מגורי המשיב, אך לא הייתה בידם אופציה שכזו. כן, נבחנה האפשרות לשלב את המשיב בהליך טיפולי במסגרת שירות המבחן, "אך לאור מגבלות השפה וקשייו של פתחי, להערכתנו, לשתף באופן פתוח ונרחב אודות מאפייניו, דפוסי התנהגותו וחשיבתו, אנו סבורים שיתקשה להשתתף בקבוצה כזו". לפיכך, שירות המבחן נמנע מהמלצה טיפולית בעניינו של המשיב. וכך סיכם שירות המבחן המלצותיו:

"בנוגע לעמדתנו לעונש, התלבטנו. מחד, התייחסנו כאמור לחומרת העבירה שביצע ולפרק הזמן הקצר שעבר בין סיום ריצוי עונשו על עבירה דומה ועד לעבירה הנוכחית. כן, התייחסנו לקושי של פתחי לשאת באחריות המלאה למעשיו. מאידך, התייחסנו להערכת הסיכוי בעניינו, כפי שפירטנו בהרחבה בתסקירנו הקודם, של המחויבות של פתחי לתעסוקתו ולבני משפחתו, כמרכיב שיכול לסייע לו ביציבות, התמדה וניהול אורח חיים תקין ונורמטיבי. כן התייחסנו למצבו הרגשי ולהתרשמותנו מתחושת החרדה שנושא בשל ההליך הפלילי. ייתכן כי תחושות אלו יכולות להוות מרכיב הרתעתי ומציב גבולות בעתיד. כן אנו מעריכים, כי במידה ויקבל עונש של מאסר בפועל, יפגע הדבר בהליך השיקום שעובר, באורח החיים היציב שסיגל לאחרונה ובמצבו הכלכלי. לאור כל זאת, אנו סבורים כי עונש של צו שירות לתועלת הציבור בהיקף נרחב של 400 שעות, יכול להוות עונש מוחשי ומציב גבול לפתחי, לצד הארכת המאסר המותנה".

כבר כאן נציין, כי למרות האמור בסיומת של התסקיר השני, בתסקיר הראשון אין פירוט רחב של הערכת סיכוי של המשיב לעתיד, במאובחן מהערכת הסיכון לכך שישוּב ויבצע עבירות בעתיד; כי למרות האמור בסיומת של התסקיר השני, מצבו המשפחתי והתעסוקתי של המשיב לא השתנה בעת האחרונה, וכבר מאז סיים לרצות את עבודות השירות (היינו, חודשיים לפני ביצוע העבירה הנוכחית), מצבו המשפחתי והתעסוקתי היה לזה בו הוא נמצא היום, וחרף זאת חזר במהרה לבצע את העבירה נשוא התיק שבפנינו; כי למרות האמור בסיומת של התסקיר השני, גם בעבר חש המשיב חרדות מפני ההליכים הפליליים בפניהם עמד, והדבר לא מנע ממנו לבצע את העבירות נשוא התיק שבפנינו; וכי למרות האמור בסיומת של התסקיר השני, המשיב לא עבר ו/או מתוכנן לעבור כל הליך טיפולי/שיקומי שהוא, ו"אורח חיים יציב שסיגל לאחרונה", אינו יכול להיחשב כהליך שיקומי. יתרה מכך, אין בתסקיר השני כל הסבר, מה גרם לשינוי בהערכה שהופיעה בתסקיר הראשון, כי המשיב זקוק ל"ענישה ממשית ומוחשית" על מנת להציב לו גבולות.

הרשעותיו הקודמות של המשיב



למשיב הרשעה אחת קודמת מיום 28/10/14, עת נדון לשישה חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות החל מיום 05/01/15 (לצד עונשים נלווים בדמות 8 חודשי מאסר מותנים, קנס, חתימה על התחייבות על סך 15,000 ₪, פסילת רישיון נהיגה למשך 4 חודשים ו-15 יום, ופסילה מותנית של 12 חודשים), בגין ארבע עבירות של הסעת תושב זר השוהה בישראל שלא כדין (העבירה הראשונה מיום 24/07/11; השנייה מיום 13/01/13; השלישית מיום 23/05/13; והרביעית מיום 02/02/14). העבירה בתיק שבפנינו בוצעה חודשיים בלבד לאחר שהמשיב סיים לרצות את עבודות השירות.

הטיעונים בערכאת הערעור

ב"כ המדינה טען, כי ניתן להאריך מאסר מותנה, כחריג לכלל לפיו יש להפעיל מאסר מותנה התלוי ועומד כנגד נאשם, רק אם ביהמ"ש **שוכנע שלא יהיה צורך** להפעיל את המאסר על תנאי (סעיף 56 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, להלן: חוק העונשין), ותנאים אלה לא חלים במקרה שבפנינו. לדבריו, דווקא המשיב, שנדון ביום 28/10/14 לעונש של עבודות שירות בגין ארבע עבירות זהות לעבירה בה הורשע בתיק זה, ואשר סיים לרצות את עונשו חודשיים בלבד לפני שביצע את העבירה נשוא התיק שבפנינו, העיד על עצמו, כי אין הוא ירא מהחוק; כי אינו מבין את חומרת מעשיו; וכי כפי שצוין בתסקיר הראשון, קיים סיכון שישוב לבצע אותן עבירות גם בעתיד. לדבריו, לא היה מקום לייחס חשיבות לתקופת המעצר של המשיב, שכן מדובר ב-3 ימים בלבד; לא היה מקום לקבוע, כי מעשי המשיב אינם ברף הגבוה, שכן הוא הסיע 5 (!) שב"חים דבר המגביר את פוטנציאל הסיכון; לא היה מקום לציין לקולא את העובדה שהמשיב הסיע את השב"חים בתוך תחומי מדינת ישראל ולא הכניסם מהרשות למדינה, שכן החוק אינו מבדיל בין השניים; כי אלמלא האנשים הנכונים להסיע את השב"חים שנכנסים לתחומי המדינה דרך פרצות ומעברים לא מאושרים, ייתכן והתופעה הייתה לפחות מצטמצמת; כי היה מקום להתייחס אל המשיב כמי שאינו נמצא בהליך שיקומי, דבר שצוין במפורש בתסקיר השני, אשר גם לא בא בהמלצה טיפולית אודותיו; וכי לא היה מקום לסטות מהענישה הראויה והנהוגת ולא היה מקום להאריך את המאסר המותנה. עוד צוין, כי היה מקום להורות, שעונש הפסילה שהוטל לא ירצה בחופף לפסילה שהופעלה, וכי העונשים האלה ירצו לאחר שהמשיב ישוחרר ממאסרו.

ב"כ המשיב טען, כי לאור אמירות חוזרות ונשנות של המשיב, הן בפני שירות המבחן והן בפני ביהמ"ש במספר הזדמנויות, כי סבר שהנוסעים שהסיע ברכבו ישראלים, יש, והיה, מקום לחשש, כי הודאתו בעובדות כתב האישום **"לא הייתה הודאת אמת, ולמצער, לא שיקפה הבנה מלאה של הדברים בהם הודה"** (סעיף 14 לנימוקי הערעור שבכתב). נטען, כי המשיב **"ביקש לחזור בו מהודאתו בשים לב לעובדה כי היה סבור כי אותם נוסעים היו למעשה אזרחים ישראלים, כפי שעלה מתסקיר שירות המבחן"**. אלא, שכבר כאן יש לציין, כי לא זו הייתה הסיבה לבקשת המשיב לחזור בו מהודאתו, אלא, כמצוין במפורש לעיל, רצון המדינה לקיים את הדיון גם ועל אף התסקיר המוטעה (שהמליץ על הפעלת המאסר המותנה של 8 חודשים בדרך של עבודות שירות), כשנטען בפני ביהמ"ש קמא שההגנה רואה בכך חזרה מהסדר הטיעון מצד המאשימה, בהיעדרו של תסקיר סופי ומלא. הטענה לפיה המשיב לא הבין את נסיבות כתב האישום או את נסיבות הודייתו בעבירה, לא הועלתה בפני ביהמ"ש קמא - לא באותה ישיבה בה התבקשה החזרה מההודאה ולא באף אחת מהישיבות שבאו לאחריה, וזאת גם כאשר באי כוחו של המשיב התייחסו לגרסתו, כי סבר שהוא מסיע ישראלים ברכבו.

עוד טען ב"כ המשיב, כי כאשר קיבל על עצמו את ייצוגו של המשיב, פנה אל בא-כוחו דאז, עו"ד פאואר, וביקש ממנו את חומר החקירה שבתיק, **"אך זה מסר כי חומר החקירה לא הועתק ומשכך אין בידי את חומר החקירה"** (סעיף 19 לנימוקי הערעור שבכתב). משעו"ד פאואר לא הוזמן לדיון, חרף רמיזה זו על כשל בייצוג, הסתפקנו בהסברו של



עו"ד ויצטום (הנציג מטעם הסנגוריה הציבורית), אשר מסר לנו, כי שוחח עם עו"ד פאואר וזה ציין בפניו, כי אינו זוכר אם צילם את חומר החקירה, אולם בכל מקרה מדובר בתיק קטן אותו קרא בשלב הארכת המעצר.

ב"כ המשיב הוסיף וקבל כנגד העובדה, שמרבית הדיונים, ועד שהוא קיבל על עצמו את הגנת המשיב, התנהלו ללא מתורגמן לשפה הערבית, למרות היותו של המשיב **"ישראלי ממוצא בדואי הדובר את השפה העברית ברמה בסיסית מאוד ושפת אמו הינה השפה הערבית"** (סעיף 21 לנימוקי הערעור בכתב). לפיכך, נטען, כי למרות שנכתב בפרוטוקול הדיון בו הודה המשיב והורשע, כי הוא מבין את כתב האישום וההסדר ומעוניין להודות, **"עולה חשש כי המערער לא הבין את מהלך ומשמעות ההליך עד תום והרקע להודאתו נבע משיקולים זרים הנוגעים להסכמות בדבר הקלה בתנאים המגבילים בהם שהה כמו גם השבת רכבו התפוס..."** (סעיף 30 לנימוקי הערעור), וזאת בנוסף לחשש שלא הבין כדבעי את המתנהל, בהיעדר מתורגמן. התחושה, לדברי ב"כ המשיב, היא כי **"הדין בעניינו של המערער ביהמ"ש קמא "התנהל מעל לראשו" מבלי שקולו נשמע כלל עובר להחלטה (הנוגעת לחזרה מההודאה), וייתכן, בסבירות גבוהה, כי אילו היה פונה ביהמ"ש קמא אל המערער בטרם הכרעה בבקשתו, מסקנתו הייתה שונה מזו אליה הגיע"** (סעיף 42 לנימוקי הערעור).

אשר לעונש שהוטל על המשיב, טען בא-כוחו, כי העונש אינו מצדיק התערבות וכי ביהמ"ש איזן את החלטתו שלא לדון את המשיב למאסר בפועל ולהאריך את המאסר המותנה שהיה תלוי ועומד כנגדו, באמצעות רכיבים עונשיים כספיים כבדים, כך שלא ניתן לומר שהמשיב יצא ללא עונש.

דין והכרעה

תחילה לערעור על הכרעת הדין.

למעשה, ב"כ המשיב מבסס טיעונו לכך שהיה מקום לאפשר למשיב לחזור בו מהודייתו, על חוסר הבנתו של המשיב את ההליך, את השפה ואת משמעות ההודיה, ואת דבקו בגרסה (עוד טרם הבקשה לאפשר לו לחזור מן ההודיה), כי סבר שהנוסעים שהסיע הם ישראלים. אלא, שגם ב"כ המשיב עצמו טען בפני ביהמ"ש קמא, במסגרת טיעונו לעונש, כי **"משפטית" ניתן להרשיע גם מי שסבר שהסיע ישראלים אך התברר כי מדובר בתושבי הרשות, עת ציין, ובצדק, כי "זה בסדר ואפשר גם להרשיע כאשר הוא חושב שהם ישראלים וזה לא אומר שהוא לא לוקח אחריות"**. ככל הנראה מסיבה זו, לא העלו באי כוחו של המשיב בפני ביהמ"ש כל טענה שעניינה חזרה מהודיה בשל העדר מחשבה פלילית, וכאשר ציינו את דבר מחשבתו של המשיב כי המדובר בתושבי ישראל, הדבר לא לוה בכל תובנה שעניינה חזרה מהודיה או כפירה בעובדות כתב האישום. וכמצוין לעיל, בפעם היחידה בה התבקש ביהמ"ש לאפשר למשיב לחזור בו מהודייתו, הסיבה הייתה עמידתה של התביעה לסיים את ההליך לאחר התסקיר הראשון, כשהגנה טענה כי יש בכך חזרה של המאשימה מהסדר הטיעון, ועל כן גם ההגנה ביקשה לבטל את ההסדר. לעניין זה יש להעיר, כי למרות דבריו הנחרצים של הסנגור בפני ביהמ"ש קמא, כאילו הסדר הטיעון כלל הסכמה להגשת תסקיר סופי עם המלצות בנות ביצוע, הסדר הטיעון לא כלל הסכמות שכאלה, ובקשתה של התביעה להסתפק בתסקיר הראשון (השלילי במהותו) לצורך הטיעונים לעונש, לא הייתה משום חזרה מהסדר הטיעון.



אשר לעמדת המשיב, כי סבר שהוא מסיע תושבים ישראלים, הרי שעל פי ההלכה, תושבי הארץ חייבים לבדוק כל חשד המתעורר בלבם אם פלוני הניצב בפניהם הוא תושב ישראל אם לאו, כאשר המציאות הביטחונית השוררת מזה שנים במדינה, מחייבת, כי רמת החשדות תהיה מוגברת (ע"פ 7223/02 [ב"ש] **מדינת ישראל נ' דוד**, מיום 12/02/03). וכך הוסיף בעניין זה ביהמ"ש המחוזי בחיפה, בעפ"ג [חי] 33783-06-16 **מחאג'נה נ' מדינת ישראל** (מיום 23/08/16):

"מן המקובץ לעיל עולה, כי חלוקת הנטלים בעבירת הסעת שוהה שלא כחוק היא כי על המאשימה להוכיח שהנוסע הוא תושב זר וכן כי מדובר בשוהה שלא כדין, ומכאן נטל ההוכחה עובר לנאשם, המסיע, להוכיח את קיומן של הנסיבות המצוינות בסעיף 12... אנו סבורים, כי יש לפרש חוק זה באופן שמטיל חובה פוזיטיבית על כל מי שמעוניין להשתכר מהסעת תושבי שטחים, להכיר מקרוב את מגוון האישורים הניתנים לתושבי שטחים, ללמוד ולדעת איזה אישורים מאפשרים את כניסת המחזיק בהם לישראל, ואיזה מהם - לא. אמנם חובה זו מטילה עול כבד על המסיע, אך כפי שציין כב' השופט א' רובינשטיין בעניין מוחתסב..., הוראות חוק אלו הן הוראות שעה בבחינת הכרח לא יגונה".

די בכל אלה כדי לדחות את בקשת המשיב לאפשר לו לחזור בו מהודאתו על בסיס מחשבתו כי הסיע ישראלים; ודי בכל אלה כדי להסביר את החלטות ביהמ"ש קמא והמשך ניהול התיק על ידו, כאשר נודע לו על מחשבתו של המשיב בנוגע לאזרחותם של אלה שהסיע ברכבו.

יתרה מכך, המשיב, שהודה כי הסיע חמישה תושבי הרשות הפלשתינית ברכבו, בלא שבדק כי בידיהם אישורי כניסה, ויתר על טענת ההגנה של חוסר מודעות לעבירה וזאת למרות ניסיונו הרב בעבירות כגון אלה, והטענה כאילו לא הבין את ההליכים נסתרת מניה וביה בפרוטוקול הדיון שהתקיים בפני המותב שהרשיעו. מפרוטוקול זה עולה, לא רק שביהמ"ש עשה הפסקה לאחר ששמע את הסדר הטיעון שנערך בין באי כוח הצדדים, אלא שהוא פנה אישית אל המשיב וברר עמו, לאחר שסנגורו הסביר לו את משמעות ההסדר, אם כל רכיבי ההסדר וכתב האישום נהירים לו. אכן, לא היה מתורגמן באולם ביהמ"ש, אולם לא רק שלא הייתה דרישה למתורגמן, אלא שחזקה על ביהמ"ש שהתרשם, כי המשיב מבין את דבריו ומבין את הודייתו. לא ניתן לומר, כי התנהלות שכזו יש בה משום "הליכה מעל ראשו של הנאשם", כנטען, או עילה, לכשעצמה, לחזרה מההודייה.

ועוד. הנאשם הביע צער וחרטה על מעשיו הן בפני שירות המבחן והן בפני ביהמ"ש, וסנגורו אף ביקש לתת משקל ללקיחת האחריות על ידו במהלך הטיעונים לעונש, כשטען כי **"יש פה נאשם שמגיע לביהמ"ש, מודה בעבירות שבכתב האישום כאשר כל צד הציג את העתירה שלו ואין שום הסכמה ואפילו לא הסכמה מותנית להמשך ההליך... לקיחת האחריות יש בה משמעות מורחבת בנסיבות העניין וגם נוגעת למעמד גזר הדין היום"**. כיצד טענה שכזו יכולה לעמוד לצד הטענה, כי המשיב לא הבין במה הוא הודה? או כי הודה מטעמים שעניינם רק שינוי תנאי שחרורו או החזרת הרכב שנתפס עת נעצר? אין זאת אלא שיש בטיעונים סותרים אלה חיזוק להתרשמות שירות המבחן בתסקיר הראשון, לפיה **"קיים פער בין הצהרותיו אלו והמידע שמסר לנו במהלך השיחה לבין התנהלותו בפועל בעת ביצוע העבירה והנסיבות לביצועה... הוא חזר על עמדתו, כי ביצע טעות אך להערכתנו טשטש את מעורבותו בעבירה ואת הנסיבות שהובילו אותו לבצע את העבירה..."**.

בביהמ"ש העלה ב"כ המשיב טרזניה גם בדבר החלפת המותבים, אולם נדמה כי לא עמד על טענה זו, ובצדק, שהרי לא עלתה כל טענה בעניין זה בפני ביהמ"ש בזמן אמת.



טוב עשה הסנגור שגם לא עמד על טענתו בדבר התמשכות ההליכים, שכן תרומתו להתמשכות זו הייתה מכרעת, והדחיות הרבות שהיו מאז הודאת המשיב והרשעתו ועד שניתן גזר הדין היו באחריות ההגנה ולבקשתה.

מכל האמור לעיל, לא מצאנו כי יש ממש בערעור שהגיש המשיב על הרשעתו ועל כך שלא התאפשר לו לחזור בו מהודייתו, והוא נדחה.

אשר לערעור על קולת העונש.

ביהמ"ש קמא קבע בגזר דינו, כי **"מתחם העונש ההולם לעבירה בנסיבות של הסעת 5 שב"חים, נע ממאסר קצר שיכול וירוצה בדרך של עבודות שירות ועד למספר חודשי מאסר, לצד עונשים נלווים"**. יחד עם זאת, ביהמ"ש מצא לנכון לסטות לקולא מהמתחם שקבע, שעה שלא הטיל על המשיב כל עונש מאסר שהוא, אלא האריך את המאסר המותנה שהיה תלוי ועומד כנגדו, תוך שציין, כי לאחר שערך איזון בין כל השיקולים **"הגעתי לכלל מסקנה כי קיימת בזו הפעם, הצדקה לסטות לקולא מגדרו של המתחם אותו קבעתי, ולאמץ את המלצת שירות המבחן, על מנת שלא לפגוע בהליך השיקום שעובר הנאשם"**. אלא, שהמשיב לא עבר כל הליך טיפולי/ שיקומי; ואף איננו עתיד לעבור הליך שכזה, הן נוכח קשיי שפה ומציאת פורום מתאים בשל כך, אך גם לאור עמדותיו של המשיב עצמו ודפוסי התנהגותו וחשיבתו. לכן, גם, שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית בעניינו של המשיב.

יתרה מכך, המשיב אמנם הביע רצון בפני שירות המבחן לעבור הליך טיפולי, אולם לא כיוון שהוא מכיר בחומרת מעשיו או בצורך שלו לעבור טיפול לאור היותו עבריין רצידיוויסט, אלא, בלשון קצינת המבחן (בתסקיר השני): **"הוא מסר כי מוכן להשתלב בהליך טיפולי ולשתף פעולה ככל שיידרש ממנו, וזאת על מנת להימנע מענישה של מאסר בפועל"**. כלומר, המשיב יהיה מוכן לעבור טיפול אם ידרשו זאת ממנו, ורק כדי שבכך תימנע כניסתו למאסר.

העיקרון שבבסיס תיקון 113 לחוק העונשין הוא עיקרון ההלימה בין חומרת המעשה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין העונש שנגזר עליו, והוא זה שנמצא בבסיס המתחם שנקבע לכל מעשה עבירה. כך גם נקבע במקרה שבפנינו (סעיף 40ב לחוק העונשין). לצד עיקרון זה, ניתן משקל משמעותי לשיקול השיקום, המאפשר חריגה מגדריו של מתחם הענישה (סעיף 40ד לחוק העונשין), אך שיקול השיקום אינו בא להחליף את עיקרון ההלימה, ולא בכל מקרה ומקרה הוא יביא לחריגה לקולא ממתחם הענישה שנקבע. קל וחומר, כאשר במקרה כמו זה שבפנינו, שיקול השיקום כלל אינו מתקיים. לפיכך, ביהמ"ש קמא טעה עת חרג לקולא מהמתחם הראוי שקבע.

זאת ועוד. ביהמ"ש קמא בחר להאריך את המאסר המותנה שהיה תלוי ועומד כנגד המשיב ונימק זאת בכך, שהתרשם **"כי הנאשם מתמיד במקום עבודה מסודר, מראה סימנים של התייצבות וכי יש יסוד לציפייה שחזר לדרך הישר"** ועל כן, **"לא מצאתי כי יהיה זה צודק בנסיבות העניין להורות על הפעלת המאסר המותנה"**, ונדמה כי גם בכך טעה ביהמ"ש.

האפשרות להטיל מאסר מותנה מוסדרת בסימן ג' לפרק ו' של חוק העונשין, כאשר ההוראות שעניין הפעלתו של המאסר המותנה מצויות בסעיפים 55 ו-56 לחוק זה:

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



הפעלת המאסר על תנאי..."

מיום 2.4.1978

"56. (א) בית המשפט שהרשיע נאשם בשל עבירה נוספת ולא הטיל עליו בשל אותה עבירה עונש מאסר רשאי, על אף האמור בסעיף 55 ובמקום לצוות על הפעלת המאסר על תנאי, לצוות, מטעמים שיירשמו, על הארכת תקופת התנאי, או חידושה, לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים, אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות העניין לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי.

(ב) לא ישתמש בית המשפט בסמכות לפי סעיף זה אלא לגבי ההרשעה הראשונה של הנאשם בשל עבירה נוספת".

נקבע בפסיקה, כי מטרת העונש המותנה לשמש כהרתעה לנאשם, שכן אם הוא ישוב למוטב, ומעשיו לא יישנו, כי אז הוא יזכה למעין מחילה באשר הוא לא ייאסר בגין המעשים שבהם הורשע. "התליית המאסר בתנאים נועדה לאפשר לבחון את התנהגותו של הנאשם ולדרבנו לציית לחוק... יתרה מכך, 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 העונשין - הוא יישא בעונש שיוטל עליו בשל העבירה המאוחרת במצטבר למאסר המותנה" (ע"פ 4517/04 מסראווה נ' מדינת ישראל, מיום 10/03/05, סעיף 6 לפסק הדין). ומוסיף ביהמ"ש:

"זאת ועוד, הכלל שנקבע בסעיף 56 לחוק העונשין הוא כי ביצוע עבירת התנאי מפעיל את המאסר המותנה, ויהא זה במקרים חריגים בלבד, ורק מטעמים שיירשמו, שבית-המשפט יהיה רשאי להורות על הארכת תקופת התנאי אם שוכנע כי בנסיבות העניין לא יהא זה צודק להפעילו. אמנם, 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 עקרון ההרתעה" (שם).

ובענייננו, השיקולים שמנה ביהמ"ש לקולא, גם בהצטרפם לנסיבותיו האישיות של המשיב, לא היה בהם די כדי להיכנס לגדרי החריג לכלל ההפעלה של המאסר המותנה. וגם אם ביהמ"ש קמא סבר כי המאסר המותנה ארוך והפעלתו תגרור ענישה חמורה ממה שהיה צריך להיגזר על המשיב בשל העבירה הבודדת שעבר, יש לזכור, כי התנאי הוטל על המשיב בשל העבירות הקודמות שעבר, ובהתחשב בחומרתן ואורך המאסר בפועל המוסכם, הרי שלא מדובר במאסר מותנה מופרז בחומרתו כלל ועיקר. כך או כך, הכלל הוא, כי עצם אורכו של עונש המאסר על תנאי שהוטל בגין הליך קודם אינו טעם מיוחד להארכתו, במיוחד כאשר הנאשם אינו מראה סימנים ממשיים של הכרה והפנמה של משמעות התנהגותו הפלילית (השוו לרע"פ 2801/14 קניבי מארד נ' מדינת ישראל, מיום 01/05/14).

גזירת עונשו של המשיב

לאחר שקבענו, כי לא היה מקום לסטות ממתחם העונש שנקבע, כך שיש לגזור על המשיב עונש מאסר בפועל, הרי שממילא גם לא ניתן יותר להאריך את המאסר המותנה התלוי ועומד כנגדו ואף אין מקום לעשות כן.



לאור חומרת מעשיו של הנאשם, כאשר פעם אחר פעם מעמיד את תושבי המדינה בפני סכנה פוטנציאלית עת הוא מסיע ברכבו תושבי הרשות הפלשתינית שאין בידם אישורי כניסה לישראל; ולאור העובדה כי הפעם הסיע ברכבו 5 שב"חים; וכי מעשיו בוצעו אך כחודשיים ימים לאחר שסיים לרצות עונש מאסר בעבודות שירות בגין 4 הרשעות זהות; אך גם לאור נסיבותיו האישיות, כפי שאלה פורטו בתסקירים אודותיו ואף מאחר וערכאת הערעור אינה ממצה את חומרת הדין, אנו מבטלות את קביעת ביהמ"ש קמא בדבר הארכת המאסר המותנה וכן את ההוראות שעניין קנס ושל"צ, ותחת הוראות אלה אנו דנות את המשיב לעונשים הבאים:

1. מאסר בפועל למשך 5 חודשים.
 2. המאסר המותנה התלוי ועומד כנגד המשיב מת.פ. (שלום באר-שבע) 9235-06-13, מיום 28/10/14, מופעל בזאת, והמשיב ירצה בגינו 8 חודשי מאסר בפועל.
 3. עונשי המאסר ירצו, לפנים משורת הדין, בחופף זה לזה, כך שעל המשיב לרצות סך הכל 8 חודשי מאסר בפועל, בניכוי 3 ימים בהם היה נתון במעצר בתיק זה.
 - המשיב יתייצב לתחילת ריצוי עונשו בתאריך 21/05/17 עד השעה 08:00 בכלא "דקל" שבמתחם כלא באר-שבע.
 - מומלץ למשיב לבצע מיון מוקדם.
 4. מאסר על תנאי למשך 8 חודשים והתנאי שהמשיב לא יעבור את העבירה בה הורשע תוך 3 שנים מיום שחרורו.
 5. קנס בסך ₪ 1,000 או 10 ימי מאסר תמורתו.
- יתר הוראות גזר הדין (המפורטות בסעיפים ג, ד, ה, ו ו-ח לגזר הדין) יעמדו על כנן, פרט לכך שעונש הפסילה שהוטל על המשיב (המפורט בסעיף ד לגזר הדין) ייחשב מיום שחרורו של המשיב מהמאסר, ולא מיום מתן גזר הדין.

ניתן היום, ז' אייר תשע"ז, 03 מאי 2017, במעמד הצדדים.

גילת שלום, שופטת

יעל רז-לוי, שופטת

ר. יפה-כ"ץ, נשיאה
אב"ד