



עפ"ג 4687/05/15 - וליד גמאעין נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

עפ"ג 4687-05-15

בפני: כב' ס. הנשיא רויטל יפה-כ"ץ, אב"ד כב' השופטת יעל רז-לוי
כב' השופט יואל עדן

המערער:

וליד גמאעין

על ידי ב"כ עו"ד אבו גרירה האיל

נגד

המשיבה:

מדינת ישראל

על ידי עו"ד שרית שמש, פמ"ד (פלילי)

פסק דין

השופט יואל עדן:

1. המערער הורשע על פי הודייתו בכתב אישום מתוקן, בביצוע עבירות של פריצה לבניין שאינו דירה וביצוע גניבה לפי סעיף 407(ב) לחוק העונשין וגניבה בנסיבות מיוחדות לפי סעיף 384א(א)(1) לחוק העונשין.

על פי כתב האישום המתוקן, במהלך חודש נובמבר 2013 התפרץ המערער למאגר מים בכך שחתך את הגדר ההיקפית ואת הסורגים בכניסה למבנה המאגר ונכנס פנימה בכוונה לבצע גניבה. במעמד זה גנב המערער מהמאגר שני מצברים שהיו במקום. כתוצאה מכך הפסיק המאגר לפעול במשך ארבעה ימים ונגרם נזק רב למטעים וכרמים באזור להם היה המאגר מספק מים.

הערעור הינו על חומרת העונש.

2. הצדדים הגיעו להסדר טיעון במסגרתו הודה המערער בכתב האישום המתוקן, המערער יישלח לקבלת תסקיר, המאשימה תטען למאסר בפועל וההגנה תטען באופן חופשי. המערער נשלח לקבלת תסקיר שרות מבחן וכן חוות-דעת מאת הממונה על עבודות שרות, והתיק נקבע לטיעונים לעונש.

במסגרת הראיות לעונש העידה המשיבה את האחראי על הפעלת מאגר המים, זאת לאחר התנגדות בא-כוח המערער להעדתו, והחלטת בית המשפט לפיה לא התקבלה ההתנגדות, ונקבע כי סעיף 40 לחוק העונשין אינו בא למעט מסמכותו של בית המשפט בהתאם להוראות סעיף 187(א) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), וכי כוונת סעיף 40 הינה להסדיר הוכחת נסיבות הקשורות לעצם ביצוע העבירה, ונסיבות שכאלה - "אכן, אין להשמיע בשלב פרשת העונש, אלא בהיתר מיוחד...".



האחראי על הפעלת מאגר המים העיד, בין היתר, כי "מעבר לעניין המצברים עצמם, נחטפו ונלקחו רכיבים של ארון חשמל שמביא את החשמל למערכת..." הוא הביא חשמלאי "שייתן הערכת מחיר על הנזק שנגרם בארון חשמל, שהוא כ-25,000 ₪", מצוין כי לא יכולים היו להשקות ארבעה ימים, ו"בטוח שזה פגע בגודל של הפרי".

העד נשאל על ידי בית משפט קמא האם הוא יכול לומר לגבי "האופי של ההתפרצות, הרמה שלה?" ותשובתו - "... לדעתי זה משהו מתוכנן", ולכשנשאל מדוע הוא סבור כך השיב - "כי זה לא סתם משישו בא לו להיכנס ולעשות בלגן, באו עם קאטר, היו צריכים לנסר סורגים, זה לא מישו שעבר שם ואמר שהוא רואה פרצה והוא צריך להיכנס... צריך קאטר, ואחר כך צריך לנסר את הסורגים ושוב צריך קאטר יותר גדול, בתוך החדר הכבל נחושת שנחתך שם הוא בעובי כזה (מדגים באמצעות ידו קוטר של כ-5 ס"מ), זה לא מישו שבא ואמר אני פה, אני אכנס ואעשה משהו. מישו תכנן את זה".

ביחס לנזק העיד מנהל האתר כי בנוסף לנזק הישיר האמור, לא היו מים 4 ימים, "בטוח שזה פגע בגודל של הפרי... ככל שהפרי יותר גדול, החקלאי מקבל יותר כסף על היבול שלו... בגלל שההשקיה היא מאוד מדויקת ומאוד קטנה, שעד שחזרנו להשקות אותם, פגענו בצבע של הענבים ובגודל, ובכל מה שקשור לעשיית היין". העד נשאל על הכשרתו והוא ציין כי יש לו תעודות שונות באוטומציה, השקעה והשקיה, ואומר שהוא בטוח שהפרי נפגע "אפשר ללכת למכון הוולקני ששם הפקולטה לחקלאות, אפשר לשאול ויגידו לך איך קורית הפגיעה", וביחס לכרמים נשאל אם זה ידוע לו מידיעה אישית והשיב "זה אישית אפשר להגיד, שבזה שאני ראיתי שהענבים התחילו להצטמק, ואז מגיע ליקב פרי שהוא כבר לא במיטבו", ובהמשך אומר שחלק נפגעו יותר וחלק פחות.

3. בתסקיר שרות המבחן שהוגש בעניינו של המערער פורטו נסיבותיו האישיות והמשפחתיות אשר יובאו בחלקן מפאת צנעת הפרט - המערער רווק כבן 21 שנים, סיים 9 שנות לימוד, עובד בבניית פרגולות, נאלץ לעזוב את הלימודים עקב קשיים כלכליים של המשפחה והחל להשתלב בעבודה, הוא נעדר עבר פלילי, הודה בביצוע עבירה זו, באותו ערב הגיע למתחם לבדו על מנת ליטול את המצברים מהמקום, החביאם, ומכרם בתמורה לסך 200 ₪.

שרות המבחן מתרשם כי המערער, בהעדר דמות אב ובהיותו ער לקשיים הכלכליים של המשפחה, נטל על עצמו תפקיד הורי אשר כלל את פרנסת המשפחה ולא היה בשל לתפקיד זה. למרות הקשיים מצוין שרות המבחן את יכולתו לתפקד במסגרות תעסוקה לאורך זמן.

שרות המבחן מתרשם כי אין בהתנהלות המערער בעבירה זו כדי להצביע על דפוסי התנהגות עבריינים, וכי שאיפות המערער הן לנהל אורח חיים נורמטיבי, וההליך המשפטי המתנהל נגדו כיום, מהווה גורם מרתיע להימנע ממעורבות עתידית בפלילים.

שרות המבחן רואה רמת סיכון נמוכה לחזרה להתנהגות עוברת חוק, וכי המערער לא הפנים דפוסי חברה שולית, וגם אין נזקקות טיפולית, ולאור כל האמור סבור כי יש בענישה חינוכית במסגרת זו של"צ בהיקף של 220 שעות, כדי להמחיש למערער את חומרת מעשיו, וכן ממליץ על מאסר מותנה.



הממונה על עבודות שרות הגיש שתי חוות דעת, לפיהן המערער מתאים לביצוע עבודות שרות.

4. בית משפט השלום בבאר-שבע (כבוד השופט רון סולקין) הטיל על המערער בגזר הדין עונש הכולל 18 חודשי מאסר בפועל, מאסרים מותנים, קנס בסך 10,000 ₪ ופיצוי בסך 25,000 ₪.

במסגרת גזר הדין התייחס בית המשפט לעדות מנהל האתר ביחס לכך שמדובר לטענתו בעבירות שבוצעו באופן מתוחכם ולאחר הכנה מראש והצורך באמצעים מיוחדים לביצוע החיתוך כמו גם נטרול מערכת האזעקה וסוללות הגיבוי, ולכך שהעד עמד על כך כי מדובר במעשים מתוכננים מראש ולשיטתו בשום אופן אין מדובר בעבירה מזדמנת שהיא בלתי אפשרית לביצוע במתחם זה. ניתן משקל רב לדברים אלו של העד, ונקבע כי לאורם אין לקבל את דברי המערער בפני שירות המבחן כי מדובר בהתפרצות מזדמנת, וכי המערער ביקש למעט מחומרת מעשיו.

בית המשפט התייחס לחומרת העבירות, לנזק, לפסיקה של בתי משפט מחוזיים ביחס לעבירות של פגיעה במתקני תשתית, וציין כי התביעה עתרה למתחם עונש הולם אשר הרף העליון שלו, שהיה מאסר בפועל למשך שנתיים, נמוך ממתחמים שנקבעו ואושרו על ידי בתי משפט מחוזיים, ואינו תואם את מתחם הענישה הנהוג, והוסיף כי **"משאין בית המשפט משים עצמו קטגור לא יגזור בית המשפט את עונשו של נאשם מעבר לרף אליו עתרה התביעה"**. בפועל לא נקבע מתחם עונש הולם בתיק זה.

בית המשפט התייחס למניעת אספקת מים לאזור שלם במשך מספר ימים ולפגיעה **"כה קשה הן בציוד במתחם אתר המאגר והן בפרנסתם של חקלאים הנסמכים על מאגר זה"**. גם כאן ניתן משקל רב לעדות מנהל האתר, נקבע כי הנזק הישיר למתקן נאמד ב - 25 אלף ₪, הנזקים לציבור היו עצומים, והביאו גם לנזקים משניים בהמשך שרשרת אספקת הפירות, כגון נזקים ליקב הנסמך על פירות הגפנים לצורך הכנת יין, וקבע כי נזקים כה חמורים מן הדין שיבואו לידי ביטוי בעונש שייגזר, ולאחר שקילת כל אלו גזר על המערער את העונשים דלעיל.

5. לאחר שבחנתי את כתב האישום המתוקן, נסיבות ביצוע העבירות העולות ממנו, הראיות לעונש, התסקיר וטענות הצדדים, באתי למסקנה כי דין הערעור להתקבל.

לטעמי נכון היה לקבוע מתחם עונש הולם בהתייחס לנסיבות ביצוע העבירות במקרה זה; לא היה מקום לקבל את עדות מנהל האתר ביחס לנסיבות ביצוע העבירה, עדות אשר הרחיבה את הנסיבות המפורטות בכתב האישום המתוקן והחמירה אותן; לא היה מקום לקבל עדות זו ביחס לרכיבים נוספים של ארון החשמל שנלקחו לטענתו מעבר לשני המצברים, שכן גם כאן מדובר בהרחבה אל מעבר לעובדות כתב האישום המתוקן, ולא היה מקום לקבוע פיצוי בגין רכיבים אלו אשר אינם בכתב האישום המתוקן; לא היה מקום לקבל את החלק בעדות אשר הינו בבחינת עדות סברה, בכל הקשור לפגיעה בגודל הפרי ומשמעותה, ולקשר אשר העד מבצע לאי ההשקיה. ענין זה הינו למומחיות, ולא הוגשה חוו"ד מומחה; והיה מקום ליתן משקל רב יותר להיעדר תכנון, תיחכום או ביצוע בצוואת, לגילו של המערער, היעדר עבר פלילי, ולתסקיר החיובי אשר אף לא המליץ על הליך טיפולי וצו מבחן.



6. לענין קביעת מתחם עונש הולם, הרי שהינה בבחינת "קביעה נורמטיבית של בית המשפט בדבר האיוון הראוי בעיני החברה בין כלל השיקולים הרלוונטיים על פי המתכונת הקבועה בחוק", כפי שנקבע בע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (04.12.2013). אכן בית המשפט לא ישים עצמו כקטגור וגזירת עונש מעבר לעתירת המאשימה שמורה למקרים חריגים ביותר, ואולם, העובדה שמתחם העונש ההולם לו עותרת המאשימה נמוך ממתחם העונש ההולם אשר בית משפט סבור כי הוא הראוי, אין בה כדי למנוע קביעת מתחם על פי שיקול דעתו של בית המשפט. אין הרי התייחסות לעונש לו עותרת המאשימה כהרי התייחסות למתחם עונש הנטען ע"י המאשימה, וקביעת המתחם הינה קביעה נורמטיבית השמורה לבית המשפט. מצאתי לנכון להתייחס לאמור הואיל ובפועל לא נקבע מתחם עונש הולם למקרה זה, והיתה אך הפנה למתחמים אשר נקבעו במקרים אחרים.

להלן אתייחס לנסיבות המסוימות של ביצוע העבירות במקרה זה, ולמתחם העונש ההולם כפועל יוצא מהן.

בכתב האישום המתוקן מוגדרות נסיבות ביצוע העבירות באופן מצומצם - המערער התפרץ למאגר המים בכך שחתך גדר וסורגים, נכנס בכוונה לבצע גניבה וגנב שני מצברים. כתוצאה מכך הפסיק המאגר לפעול במשך ארבעה ימים וגרם נזק רב למטעים וכרמים באזור.

טענות עד התביעה בעדותו בראיות לעונש קשורות במובהק לנסיבות ביצוע העבירה. העדתו ביחס לכך לא הורשתה על ידי בית המשפט קמא, וההתנגדות להעדת העד נדחתה בנימוק כי מדובר בראיות לעונש, כי מדובר בסמכותו של בית המשפט לשמוע ראיות לעונש בקשר לנזקים, וכי ראיות הקשורות לנסיבות ביצוע העבירה אין להשמיע בפרשת העונש אלא בהיתר מיוחד.

תמים דעים אני עם החלטה זו והרציונל בבסיסה, ואולם בפועל במהלך העדות הועלו טענות עובדתיות חדשות הקשורות לנסיבות ביצוע העבירות וחורגות מכתב האישום המתוקן. בית המשפט קמא התייחס לעדות זו, אשר הרחיבה ביחס לנסיבות ביצוע העבירות והחמירה אותן, נתן לה משקל רב, והסתמך עליה בקביעותיו.

בדברי העד יש כדי החמרה עם המערער. החמרה הקשורה בנסיבות ביצוע אשר אינן חלק מכתב האישום המתוקן, והמערער לא הודה בהן. לא היה מקום להעיד את העד ביחס לנסיבות ביצוע העבירה בכלל, ובפרט לא ביחס לנסיבות אשר לא נמצאות בכתב האישום המתוקן, ובהמשך לא היה מקום לקביעות בעניין זה במסגרת גזר הדין.

בע"פ 3667/13 ח'טיב נ' מדינת ישראל (14.10.2014) נבחנה השאלה "האם רשאי בית המשפט, בשלב גזירת העונש, להזקק לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, שאינן נזכרות בכתב האישום עליו הוסכם במסגרת הסדר טיעון?" ונפסק:

"הודאת הנאשם בעובדות כתב האישום מבטאת את הסכמתו לעובדות ולנסיבות האמורות בו. יש בה משום הצהרה כי אין בעובדות ובנסיבות המתוארות בכתב האישום יותר מאשר עשה וכן, בהתאם, כי לא נשמטה מכתב האישום עובדה או נסיבה שיכולה היתה להיות לו לעזר או להקל עמו. לכן, משהודה הנאשם בעובדות כתב האישום - לרוב לאחר שיח ושיג עם גורמי התביעה



ובמסגרת הסדר טיעון - משקף כתב האישום את הסכמת הצדדים לאמור בו. לפיכך, נהיר כי כל חזרה מהסכמה זו, שינוי שלה או הוספה לה בבחינת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, תדרש לעמוד בתנאים מחמירים יותר - כפי שקובע סעיף 40(ב)(2), שלא כסעיף 40(ב)(1). ... ההסדר הקבוע בסעיף 40(ב)(1) מאפשר לנאשם, ולו בלבד, להביא ראיות להוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, אשר לא הובאו בשלב בירור האשמה, וזאת מבלי להזקק לאישורו של בית המשפט. לעומת זאת, ההסדר הקבוע בסעיף 40(ב)(2) מתנה את הבאת הראיות להוכחת הנסיבות באישור בית המשפט, אך מאפשר זאת לבקשת כל אחד מהצדדים, הן התביעה והן הנאשם. זאת, בשים לב לתנאים נוספים, אשר אינם כלולים בסעיף 40(ב)(1), באשר לשאלה האם היתה אפשרות לטעון לגבי הנסיבות שהוכחתן נדרשת בשלב בירור האשמה או האם הוכחת אותן הנסיבות דרושה על-מנת למנוע עיוות דין."

בע"פ 7349/14 מדינת ישראל נ' פלונית (14.5.2015), נקבע כי כאשר גובש כתב אישום מתוקן, לא היתה מניעה מצד המשיבה לטעון את אותן הטענות אשר היא מבקשת להעלות במסגרת הראיות והטיעונים לעונש, והדבר לא הותר.

"על כתב אישום לכלול את כל העובדות והנסיבות הרלוונטיות לביצוע העבירה. כלל זה נועד כדי לתחום את הדין בעניינו של הנאשם. במיוחד קיימת הצדקה לכלל זה, שעה שמדובר בכתב אישום שתוקן במסגרת הסדר טיעון - שכן במקרים אלה הסדר הטיעון וכתב האישום שתוקן במסגרתו, משקפים את ההסכמות שאליהן הגיעו הצדדים ... בהינתן הכלל האמור, כאשר נאשם מודה בעובדות ובנסיבות במסגרת הסדר טיעון וכתב האישום מתוקן בהתאם - שומה על הערכאה הדינית להביא בחשבון רק את אותן עובדות ונסיבות שפורטו בכתב האישום המתוקן ושבהן הודה הנאשם לצרכי הסדר הטיעון. אל לו לבית המשפט להביא במניין שיקוליו, בבואו לגזור את הדין, עובדות ונסיבות שלא נכללו בכתב האישום שבו הודה הנאשם במסגרת הסדר הטיעון..."

...

הנה כי כן, סעיף 40 יישב והסדיר את הסוגיה של הבאת ראיות והעלאת טענות בשלב הטיעונים לעונש, בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה. לענייננו, המחוקק אימץ בסעיף 40(ד) לחוק את הכלל שנהג גם קודם לתיקון, שלפיו במקרה שבו הנאשם מודה בעובדות כתב האישום, יש לכלול בכתב האישום את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. עם זאת, ברישא לסעיף 40(ד) נקבע כי אין בו כדי לפגוע בהוראת סעיף 40(ב)(2) - בבחינת החריג לכלל. חריג זה, שבהתקיימו רשאי בית משפט להתיר הבאת ראיות בשלב הטיעונים לעונש בנוגע לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, חל רק באותם מקרים שבהם לא הייתה לצד המבקש אפשרות לטעון לגבי אותן נסיבות בשלב בירור האשמה, או שהבאת הראיות דרושה כדי למנוע עיוות דין. במקרים חריגים אלה יכול צד - בין הנאשם ובין המאשימה - להגיש בקשה מתאימה, ובכפוף לשיקול דעתו של בית משפט רשאי המבקש להביא ראיות חדשות בנוגע לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, אף שאלה לא נזכרו בכתב האישום שעליו הסכימו הצדדים."

מצאתי לנכון לצטט את האמור, הגם שהחלטת בית המשפט קמא בהתנגדות להעדת העד היתה בהתאם להלכות דלעיל, הואיל ובפועל היישום בתהליך העדת העד, ולאחר מכן בגזר הדין, חרג מהכלל לפיו נסיבות ביצוע העבירה הן אלו אשר בכתב האישום, בפרט כאשר מדובר בהסדר טיעון במסגרתו הוגש כתב אישום מתוקן מוסכם.



7. ביחס לתכנון - אין בידי לקבל את טענות בא-כוח המשיבה על כי מדובר באירוע מתוכנן. עובדות כתב האישום אינן מפרטות כל תכנון. התכנון עלה בעדות מפעיל מאגר המים במסגרת הראיות לעונש. עדות זו הינה ביחס לנסיבות ביצוע העבירות, היא חורגת מכתב האישום המתוקן, מרחיבה אותו ומחמירה עם המערער. העד מסיק מסקנות, מביע דעה ומגבש תשתית עובדתית מרחיבה. לא היה מקום לאפשר העדה בענין זה, ובהמשך לא היה מקום להסתמך על הדברים בגזר הדין.

לא רק ביחס לתכנון הרחיב העד את נסיבות ביצוע העבירה וחומרן, אלא גם ביחס לאמצעים אשר שימשו לביצוע העבירה. מעבר לכך שהדברים נאמרים שלא מעדות ראיה אלא מהערכות העד, הוא מפרט אלו כלים צריך לצורך הפריצה ואיזה תכנון נדרש לכך. שוב, לא היה מקום לאפשר העלאת הדברים וגם לא ליתן להם משקל ולהסתמך עליהם במסגרת גזר הדין.

8. גם ביחס לנזקים חרגה עדות מפעיל מאגר המים מהעולה מכתב האישום המתוקן. הנזקים אותם פירט התייחסו לעובדות אשר אינן בכתב האישום המתוקן, ואינן מיוחסות למערער. כך, על פי כתב האישום המתוקן, כל אשר נטל המערער הינו שני מצברים. כתב האישום המתוקן אינו מזכיר לא באופן מפורש ולא באופן משתמע, כל פגיעה בארון החשמל וכל פגיעה בצידוד אחר, אלא אך חיתוך הגדר והסורגים. העד בהתייחסו לנזקים מעיד כי **"מעבר לענין המצברים עצמם, נחטפו ונלקחו רכיבים של ארון חשמל שמביא את החשמל למערכת..."**. אין לאפשר הרחבה עובדתית כזו מעבר לכתב האישום. אין מדובר בפירוט הנזק כתוצאה מביצוע האמור בכתב האישום המתוקן, אלא ברכיבים עובדתיים חדשים.

הערכת החשמלאי עליה מסתמך העד הינה לגבי **"הנזק שנגרם בארון החשמל"**, הערכה שהיא כ-25,000 ₪. ואולם, המערער, על פי כתב האישום המתוקן, כלל לא גרם לנזק בארון החשמל. לפיכך העד, בנוסף להרחבתו את הנזקים אשר גרם המערער אל מעבר לאלו שבכתב האישום המתוקן, גם מציג הערכה כספית לאותם נזקים אשר הרחיב. אין בעדותו דברים לגבי הנזק הספציפי אשר נגרם כתוצאה מהגניבה של שני המצברים, שהיא הגניבה היחידה המיוחסת למערער בכתב האישום. לא היה מקום להרחבה זו.

בגזר הדין קובע בית המשפט קמא כי נגרם נזק ישיר בסך 25,000 ₪, אך כאמור מדובר בנזק ישיר לרכיבים אשר לא נכללו בכתב האישום המתוקן.

בעובדות המפורטות בכתב האישום המתוקן, ובהן בלבד, הודה המערער, ואלו בלבד צריכות להוות את הבסיס לקביעת מתחם העונש ההולם, ולקביעת הענישה במסגרת המתחם, לרבות הענישה הכלכלית.

עד התביעה בראיות לעונש מוסיף דברים כלליים ביחס לפגיעה אשר נגרמה כתוצאה מכך שלא הייתה אספקת מים במשך ארבעה ימים ואומר כי הוא בטוח שהדבר **"פגע בגודל של הפרי"**. אמנם מדובר בראיות הקשורות לנזק ולא לנסיבות ביצוע העבירה, וראיות שכאלה מותר היה למאשימה להביא במסגרת הראיות לעונש, אולם מדובר בעדות סברה הצריכה לחוות דעת מומחה ולמומחיות. לא הוגשה על ידי המאשימה חוות דעת מומחה, העד לא הוצג כמומחה,



והוא הובא להעיד בבחינת עד רגיל. העד אף נשאל במסגרת חקירתו הנגדית מה הכשרתו והוא אמר כי יש לו תעודות שונות ועוסק בתחומים אלה כבר קרוב לעשרים שנה, אך אין מומחיות אשר תאפשר הגשת עדות סברה של העד וקבילותה.

העד נשאל אם הוא בטוח שהפרי נפגע והוא אומר "זה בדוק שהפרי נפגע. אפשר לבדוק וללכת למכון הוולקני ששם הפקולטה לחקלאות, אפשר לשאול ויגידו לך איך קורית הפגיעה." מכאן שגם על פי דברי העד עצמו אין הוא יודע לומר כיצד נפגע הפרי, והוא מפנה לפקולטה לחקלאות.

על פני הדברים מדובר בעדות סברה הצריכה למומחיות ומשלא הובאה חוות דעת מומחה, הרי שלא ניתן להחזיק כנגד המערער עובדות אלו אשר לא הוכחו בראיות שהוגשו כדין.

אין מדובר בהתייחסות סמנטית לסוגי הראיות, מדובר בשאלות מהותיות אשר להן משמעות ומשקל ביחס לענישה אותה יש לגזור על נאשם. אין לאפשר הגשת ראיות בלתי קבילות, אשר לנאשם קיים קושי להתמודד כנגדן. ככל שבאי-כוח המאשימה מעוניינים היו להגיש חוות-דעת מומחה ביחס לנזקים, הרי שרשאים היו לעשות כן, ולא היה כל מקום להעיד עד שאינו מומחה ביחס לנזקים אשר להוכחתם יש צורך בחוות דעת מומחה.

8. לאור כל האמור לעיל, הנסיבות המפורטות בכתב האישום המתוקן, והן בלבד, צריכות להוות את הבסיס לקביעת מתחם העונש ההולם. ב"כ המשיבה טענו בפני בית המשפט קמא כי מתחם העונש ההולם כולל מאסר בפועל בין 6 ל - 24 חודשים. לטעמי מתחם עונש זה מחמיר ברף העליון, והרף התחתון יכול וירוצה בעבודות שירות.

בית המשפט קמא הפנה לפסיקת בתי משפט מחוזיים בעבירות פגיעה במתקני תשתית, אולם המתחם אינו נקבע לאור העבירה עצמה אלא לאור נסיבות ביצועה ויש לבחון את הנסיבות המסוימות במקרה זה, אשר אינן כחומרת הנסיבות בפסיקה אשר צויינה.

בעפ"ג (באר שבע) 50958-06-12 אל עבייאת נ' מדינת ישראל (17.10.2012) היה מדובר בשלושה אישומים, בכולם ביצוע בצוותא חדא עם אחרים, באחד ניתוק עמוד מתח גבוה של חברת החשמל ברהט אשר ניתק את החשמל לאזור, שבירת חיבורי שנאים, הפלתם וגניבת כבלי וסלילי נחושת, באישום השני ביצוע דומה לאישום הראשון, ובאישום השלישי במועדים שונים פירוק 40 מכסי בויב מפלדה ונטילתם. בעפ"א (נצרת) הייב ואחיד נ' מדינת ישראל (25.11.2008) היה מדובר בעבירות גניבה, היזק בזדון, קשירת קשר לביצוע עוון והסתייעות ברכב לביצוע עוון, שם המערער קשר קשר עם 4 שותפים במטרה להגיע למטע זיתים בו עוברים כבלי נחושת ועופרת תת קרקעיים במעבירים תקשורת למספר יישובים, על מנת לחתוך, לגנוב ולמכור אותם, הגיעו עם רכב, חתכו את הכבלים, משכו אותם מעל פני האדמה עם הרכב, וכתוצאה ממעשיהם נותקו 4,400 לקוחות של חברת בזק משירות. יצוין כי מדובר היה בנאשם אשר לחובתו היה מאסר מותנה בר הפעלה אשר על פי התסקיר אימץ אורח חיים עברייני; בעפ"ג 8891-11-13 אבו עסא נ' מדינת ישראל (29.1.2014) מדובר היה בשני אישומים, באישום הראשון המערער קשר קשר עם שלושה נוספים לפרק שנאי חברת חשמל המזין חוות גז הסמוכה לבסיס צה"ל, והחבורה הפילה את השנאי מעמוד חשמל וזרם החשמל



לאזור כולו נותק, והנאשם ערך מסמכים פיקטיביים על מנת למנוע עליה על עקבותיו, והורשע בעבירות של קשירת קשר לפשע, גניבה, היזק מיוחד לשתשיות וגניבה וזיוף של מסמך, ובאישום השני הורשע בקשירת קשר לפשע, גניבה והיזק לשתשיות בכך ששב וקשר קשר עם שלושה שותפים לפרק שנאי המוצב על עמוד חשמל בכיש ראשי, הם הגיעו, הפילו את השנאי מעמוד החשמל וגרמו להריסתו.

הנסיבות של ביצוע העבירות, וגם העבירות עצמן, בפסיקה האמורה, שונות, ואינני סבור כי ניתן להקיש ממתחמים וענישה באותם מקרים לענייננו.

קביעת מתחם העונש ההולם אינה קשורה אך בעבירה כפי נוסחה ועונשה בחוק, אלא, ובעיקר בנסיבות המסוימות בהן בוצעה, תוצאותיה ומידת חומרתה. למתחם הנקבע היבט אינדיבידואלי הקשור למקרה המסוים הנדון. ר' ע"פ 1323/13 **חסן ואח' נ' מ"י** (5.6.2013), המתייחס לצביון האינדיבידואלי אשר העניק המחוקק לשלב עיצוב המתחם.

אינני מוצא כל תכנון או תחכום בנסיבות ביצוע העבירה על ידי המערער. מדובר בפריצה אשר במסגרתה נגנבו שני מצברים. אכן כפועל יוצא מכך הושבתה אספקת המים לחקלאים למשך ארבעה ימים. תוצאה זו חמורה, אולם בקביעת מתחם העונש ההולם יש להביא את מכלול הנסיבות המפורטות לעיל.

בהעדר תחכום, בהעדר תכנון, בהעדר ביצוע בצוותא חדא או קשירת קשר, כאשר מדובר בחיתוך גדר וסורגים וגניבה של שני מצברים, גם כאשר לצד זאת הושבתה אספקת מים לחקלאים למשך ארבעה ימים, אינני מוצא כי מתחם העונש ההולם צריך להיות דוגמת ענישה ומתחמים בפסיקה דלעיל.

לטעמי, מתחם העונש ההולם בנסיבות המסוימות של ביצוע העבירות כולל עונש של מאסר בין 6 ל-18 חודשים, וברף התחתון יכול וירוצה בעבודות שרות. בנוסף על הענישה לכלול רכיב של קנס הואיל והעבירה הינה עבירה אשר מניע כלכלי ביסודה. רכיב פיצוי צריך לראיות, ואינני מוצא כי הובאו ראיות של ממש, לא לגבי גובה הנזק וגם לא ביחס לניזוקים המסוימים.

9. המערער יליד 1993 והוא נעדר עבר פלילי. התרשמות שרות המבחן מהמערער הינה חיובית. אין מדובר במי אשר השתרשו בו דפוסי התנהגות עבריינים. שרות המבחן מתרשם משאיפות ומיכולת לנהל אורח חיים תקין, מעורבות בפלילים אינה מאפיינת את התנהגות המערער, ההליך הפלילי מהווה גורם מרתיע עבורו, ורמת הסיכון לחזרה של התנהגות עוברת חוק הינה נמוכה. התרשמותו החיובית של שרות המבחן מביאה אף למסקנתו כי לא קיימת נזקקות טיפולית ומטעם זה גם אינו ממליץ על העמדת המערער בצו מבחן.

המסקנה הינה כי מדובר במעידה חד פעמית של המערער, מעידה אשר אמנם גרמה לנזק חמור, אך מנגד אין היא מאפיינת אותו ואת התנהלותו.



מדובר בפעם הראשונה בה המערער עומד לדין, ולאור גילו, ניהול אורח חיים תקין ונורמטיבי, רמת סיכון נמוכה, והיות האירוע חריג בנוף חייו, הרי שלטעמי, שליחתו למאסר בפועל, הינה בבחינת תוצאה שאינה מידתית.

אכן, העבירה של פגיעה בתשתיות הינה עבירה חמורה וביצועה צריך להיתקל במענה עונשי ראוי, ואולם, הבחינה, כתמיד, הינה של נסיבות ביצוע העבירה, ונסיבותיו האישיות של כל נאשם.

הטלת מאסר בפועל על המערער משמעותה לצד הסיכון אשר בחשיפתו לגורמים עבריינים, גם פגיעה בתהליך החיובי של התנהלותו. בנוסף להעדר עבר פלילי לפני ביצוע העבירות בתיק זה, הרי שמאז ביצוען בחודש נובמבר 2013 לא בוצעו עבירות נוספות.

מהאמור, מסקנתי היא כי על הענישה בעניינו של המערער להיות ברף התחתון של מתחם העונש ההולם, דהיינו מאסר על דרך עבודות שרות. גם את רכיב המאסרים המותנים אשר הוטלו על ידי בית המשפט יש לצמצם.

בעניינו של המערער ניתנו חוות דעת חיוביות מאת הממונה על עבודות שרות, אך כעת יש לקבוע מועד חדש לתחילת ביצוע העבודות.

10. בנוסף על הענישה לכלול רכיב של קנס. במסגרת גזר הדין הוטל על המערער קנס בסך 10,000 ₪ - אני סבור כי בנסיבותיו של המערער, ובנסיבות ביצוע העבירה, יש להתערב בגובה הקנס ולהעמידו על מחצית הסך שנקבע.

אשר לפיצוי - כפי שפורט לעיל, רכיב הפיצוי נקבע בהסתמך על דברי מפעיל מאגר המים ביחס לנזק אשר נגרם כתוצאה מהפגיעה בארון החשמל, אולם כתב האישום המתוקן אינו מתייחס ללקיחת רכיבים של ארון חשמל מעבר למצברים, אלא אך לגניבת שני מצברים. משכך, העדות האמורה אינה יכולה להוות בסיס לתשתית עובדתית לקביעת גובה הפיצוי. אעיר כי גם אם היה מדובר בפיצוי על נזק אשר מופיע בכתב האישום, הרי שהעדות ביחס לנזק זה הינה מפי השמועה, שכן העד אינו אומר כי זוהי קביעתו שלו או הערכתו שלו, אלא הוא מתייחס להערכה של חשמלאי, אשר כלל לא זומן להעיד.

גם ביחס לנזקים הנטענים בדמות גודל הפרי, מדובר בעדות סברה הצריכה למומחיות, בפרט ביחס לקשר במקרה זה אל מניעת ההשקיה באותם ימים. כל שבפנינו הוא האמירה הכללית בכתב האישום בדבר נזקים כתוצאה מאי אספקת מים למשך ארבעה ימים.

אמנם מוסכם כי נגרמו נזקים, אך בהעדר ראיות לגבי הטיב המדויק של הנזקים, גובהם, והניזוקים הספציפיים, אינני סבור כי נכון הוא להטיל על המערער תשלום פיצוי.

יצוין, כי ב"כ המשיבה אמרה בדיון בערעור: "אנחנו מסכימים שיש בעייתיות עם עדותו של מנהל האתר במסגרת



הטיעונים לעונש", וצינה כי העדות התייחסה גם לחלקים אשר נמחקו מכתב האישום, והפיצוי הוא בעקבות זאת, וכן התייחסה לכך שהתווספו במסגרת העדות נסיבות חדשות שלא היו בכתב האישום המקורי, והודיעה כי המשיבה תסכים להפחתת מספר חודשים מהמאסר, וכן הפחתה מהפיצוי.

11. מכל האמור דין הערעור להתקבל, ובמקום רכיבי הענישה אשר הוטלו בגזר הדין יש להטיל על המערער את העונשים הבאים:

מאסר בפועל למשך שישה חודשים אשר המערער יוכל לרצות על דרך עבודות שרות.

מאסר על תנאי למשך שישה חודשים, המערער יישא בעונש זה אם בתוך שלוש שנים מהיום יעבור על עבירה לפיה הורשע.

קנס בסך 5,000 ₪ או מאסר למשך חמישים יום תחתיו. הקנס ישולם עד ליום 01.01.2016.

יואל עדן, שופט

ס. הנשיא רויטל יפה-כ"ץ, אב"ד:

אני מסכימה עם מרבית חוות דעתו המקיפה, המפורטת והמנומקת של חברי, השופט עדן, ובמיוחד אני מסכימה, כי לא ראוי, ואף לא ניתן, להביא עד לביהמ"ש, בשלב הבאת הראיות לעונש, אשר כל מטרתו להעיד על אותן עובדות אשר הוסרו מכתב האישום המקורי במסגרת הסדר טיעון שנעשה בין הצדדים. אין להתיר "להכניס בדלת האחורית", אותן ראיות שהיו בכתב האישום המקורי והוסכם למחוק אותן, אם כיוון שלא הייתה הסכמה לגבי תוכן ואם מכל סיבה אחרת.



חברי, השופט עדן, מנה אותן טעויות שעשה השופט קמא, עת קיבל, כחלק מראיות התביעה לעונש, את כל העדות של האחראי על מאגר המים שנפרץ באשר לנזקים, הישירים והעקיפים, שנגרמו, להבנת העד, כתוצא ממעשי המערער, בלא שאבחן בין אותן ראיות שניתן לקבל בשלב זה של הדיון, לבין אותן ראיות שלא היה מקום לקבלן. וגם לדבריו אלה אני מסכימה, אם כי הייתי שמה הדגשים שונים על שאלת הראיות הקבילות או הלא קבילות.

תיקון 113 לחוק העונשין אינו קובע, כי בכל מקרה לא ניתן להעיד מתלונן על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה ממעשי העבירה, אפילו ניתן היה לכלול נזקים אלה בכתב האישום או להביא עדות לגביהם טרם הכרעת הדין. אמנם, סעיף 40(א) קובע, כי **"ביהמ"ש יקבע, כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה"**; ואמנם, סעיף 40ט', שמפרט אותן נסיבות הקשורות בביצוע העבירה לפיהן יקבע מתחם העונש ההולם, ושיש בהן כדי להשפיע על מידת אשמו של הנאשם, מפרט גם את **"הנזק שנגרם מביצוע העבירה"** [ס"ק 40ט'(4)], כך, שלכאורה, צד המעוניין לבסס טיעונו גם על הנזק שנגרם כתוצאה מביצוע העבירה, עליו להביא ראיות אלה בשלב שמיעת הראיות, או לדרוש לכלול רכיב זה בין הנסיבות המפורטות בכתב האישום במידה והוא תוקן במסגרת הסדר טיעון. אולם, ס"ק 40(ב)(1) קובע, כי התיקון לחוק אינו פוגע בזכותם של הצדדים **"להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה"**, ולפיכך, צדק ביהמ"ש קמא כאשר קבע, שתיקון 113 לא פגע בזכות המאשימה להביא ראיות לעניין העונש בהתאם לסעיף 187 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, ויש להוסיף, כי התיקון גם לא פגע בזכויות נפגעי עבירה על פי חוק זכויות נפגעי עבירה, תשס"א-2001, ולענייננו, הכוונה לסעיף 18 לחוק זה, שעניינו **"הצהרת נפגע"**, והמאפשר לנפגע עבירה, למסור **"הצהרה בכתב... על כל פגיעה ונזק שנגרמו לו בשל העבירה, לרבות נזק גוף, נזק נפשי או נזק לרכוש"**, וזכותו, כי הצהרתו תובא **"לפני בית המשפט בדיון בעניין גזר דינו של הנאשם"**. וכבר נפסק, שאם ניתן להגיש הצהרה, אין גם למנוע מנפגע העבירה למסור דבריו בביהמ"ש בעל-פה.

משכך, עדותו של האחראי על מאגר המים שנפרץ, הייתה קבילה, וניתן היה לשמוע עדותו גם באשר לנזקים שנגרמו למקום ולציבור כתוצאה מגניבת המצברים מהמקום; מה גם, שאפילו כתב האישום המתוקן מציין, כי נגרם **"נזק רב"** לכרמים ולמטעים באזור כתוצאה ממעשי המערער, אלא שעדותו הייתה צריכה להצטמצם לאותן עובדות שהן בתחום ידיעתו, שכן בוודאי שלא ניתן היה להתבסס על דבריו שהיו בבחינת עדויות סברה ושמועה (כגון, בנוגע לאופן ההתפרצות למאגר; ההנחה שהיה תכנון מוקדם; הנזק שנגרם לארון החשמל וכד', עניינים עליהם עמד חברי בהרחבה). גם העדות שהשמיע האחראי על המאגר באשר לפגיעה בפרי ובמטעים כתוצאה מהפסקת זרימת המים ל-4 ימים, לא הייתה בתחום מומחיותו או ידיעתו האישית, ועל כן לא היה מקום לקבלה. יחד עם זאת, שלא כחברי, אינני סבורה שבכל מקרה בו מבקשים להוכיח נזקים שנגרמו כתוצאה ממעשה עבירה למטעים, למשל, יש להביא לצורך כך חוות דעת של מומחה. ניתן להוכיח נזק בכלל, ואף נזק שכזה, גם על ידי העדת מי שנפגע מהעבירה ו/או על ידי מומחה, לעיתים גם בלא חוות דעת כתובה (הכלל בדיון הפלילי שונה לעניין זה מהכלל האזרחי). אך במקרה שבפנינו האחראי על האתר אינו הנפגע בכל הנוגע לנזקים שנגרמו למטעים ולכרמים, וכל שהעיד בעניין זה אינו מידיעתו האישית ואף לא מתחום מומחיותו. הוא יכול היה לספר על המים שהיו אמורים להשקות את הכרמים והמטעים, ושזרימתם הופסקה למשך 4 ימים (כאמור בכתב האישום), אך לא על הנזק שנגרם עקב כך.

ולאחר שנאמרו הדברים, ולאור החומרה הרבה שמייחסים המחוקק ובתי המשפט לגניבת תשתיות (גם חברי וגם ביהמ"ש קמא פירטו פסיקה ענפה בעניין), בין היתר לאור הנזק העקיף המובנה כתוצאה מגניבה זו, המחייב התייחסות שונה מגניבה "רגילה", ואף לאור העובדה המוסכמת (ולו מכתב האישום), כי כתוצאה ממעשי המערער נגרם **"נזק רב"**



לכרמים ולמטעים, אינני יכולה להסכים למתחם שהציע חברי ואף לא לעונש שמצא לגזור בתוך מתחם זה, הן בכל הנוגע לעונש המאסר והן בכל הנוגע לרכיב הפיצוי.

לו דעתי הייתה נשמעת, הרף התחתון של מתחם העונש ההולם יכול שצריך לעמוד על 6 חודשים, כפי שהציע חברי, אך מדובר במאסר בפועל ולא בדרך של עבודות שירות; ולאור חומרת מעשי המערער היה מקום להטיל עליו עונש מאסר בפועל של 9 חודשים, תחת הענישה שהציע חברי (וממילא תחת הענישה שקבע ביהמ"ש קמא). כן, היה מקום לחייב את המערער בתשלום פיצוי, גם אם גובה הנזק המדויק לא הוכח, שכן די בכך שמעשי המערער גרמו ל"נזק רב", כדי לחייבו בתשלום פיצוי, אותו הייתי מעמידה על סך של 10,000 ₪.

פרט לכך, ובאשר ליתר רכיבי הענישה, אני מסכימה עם חברי, השופט עדן.

השופטת רויטל יפה-כ"ץ
ס.נשיא

השופטת י. רז לוי:

קראתי בעיון את חוות דעתו הנהירה של חברי, השופט יואל עדן, וכן את חוות דעתה חברתי, סגנית הנשיא השופטת רויטל יפה-כ"ץ.

מצטרפת אני להמלצתו של השופט עדן לקבל את הערעור ולהעמיד את עונש המאסר על שישה חודשי מאסר אשר ירוצו בעבודות שירות. זאת, בשים לב לכך שנסיבותיו הספציפיות של מקרה זה אינן חמורות, ובהתחשב בגילו הצעיר מאוד של המערער בעת ביצוע העבירות; עברו הנקי; ונוכח העובדה שבתקופה של למעלה משנתיים שחלפו מאז המקרה, לא הסתבך בפלילים כאשר התסקיר בעניינו הינו חיובי מאוד. נוכח האמור אכן נראה כפי שצוין חברי בחוות דעתו המדובר במעידה חד פעמית.

עם זאת, מצטרפת אני להערותיה של חברתי סגנית הנשיא השופטת רויטל יפה-כ"ץ באשר לאופן הוכחת הנזק בשלב הטיעונים לעונש וכן מסכימה אני עם עמדתה לעניין רכיב הפיצוי. לפיכך, אף אני סבורה, כפי שציינה חברתי כי יש לפסוק פיצוי בגין הנזק ולהעמידו על סך של 10,000 ₪.



יעל רז-לוי, שופטת

אשר על כן הוחלט לקבל את הערעור ולקבוע כדלהלן:

ברוב דעות של השופטים עדן ורז-לוי הוחלט להעמיד את עונש המאסר בפועל שעל המערער לרצות על 6 חודשים, תחת 18 חודשים שנקבעו בבימ"ש קמא. עונש המאסר ירוצה בדרך של עבודות השירות בהתאם לחוות הדעת של הממונה על עבודות השירות שהוגשה לביהמ"ש קמא, ועל המערער להתייבב לתחילת ריצוי עונשו בתאריך 01/11/15 עד השעה 08:00 אצל הממונה על עבודות השירות.

העתק מפס"ד זה יועבר אל הממונה על עבודות השירות.

כן, נקבע בדעת רוב של השופטות יפה-כ"ץ ורז-לוי, כי הפיצוי אשר על המערער לשלם יעמוד על סך של 10,000 ₪, תחת הסכום של 25,000 ₪ שנקבעו בבימ"ש קמא.

פה אחד הוחלט לקבוע, כי יוטל על המערער עונש מאסר על תנאי של 6 חודשים, וכי המערער יישא בעונש זה אם בתוך שלוש שנים מהיום יעבור על עבירה לפיה הורשע.

פה אחד הוחלט להעמיד את הקנס שעל המערער לשלם על סך של 5,000 ₪, או מאסר למשך חמישים יום תחתיו, תחת הסכום של 10,000 ₪ שנקבעו בבימ"ש קמא. הקנס ישולם עד ליום 01.01.2016.

ניתן היום, כ"ה אלול תשע"ה, 09 ספטמבר 2015, במעמד הצדדים.

יואל עדן, שופט

יעל רז- לוי, שופטת

ס. הנשיא, רויטל יפה-
כ"ץ
אב"ד