

## עפ"ג 56116/06 - מחמוד קש Kosch נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעוּרים פְּלִילִים לפני כב' השופטים: י' נעם, כ' מוסק ו-מ' בר-עם

עפ"ג 56116-06-14 מחמוד קש Kosch נ' מדינת ישראל

מחמוד קש Kosch

המעורער

ע"י ב"כ עו"ד רais אבו ס"ף

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

נגד

### פסק דין

השופט י' נעם:

1. לפניו ערעור על גזר-דין של בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט א' קורנהאוזר), בת"פ 15608-04-11, מיום 14.5.14, לפי גזר דין של המערער לשירות לתועלת הציבור בהיקף של 120 שעות ולארבעה חודשים מאסר על-תנאי. גזר-דין הושת על המערער לאחר שהלה הורשע, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות מרמה והונאה שתפורטנה להלן.

2. במסגרת הסדר טיעון הוגש נגד המערער בבית-משפט קמא כתב-אישום מתוקן, שבו יוחסו לו עבירות בשני אישומים.

באישום הראשון הורשע המערער בעבירות שלහן: זיווג מסמך בכונה לקבל באמצעות דבר - לפי סעיף 418 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן - החוק); שימוש במסמך מזויף בכונה לקבל דבר - לפי סעיף 420 לחוק; קבלת דבר במרמה - לפי סעיף 415 לחוק; גניבת כרטיס חיבור - לפי סעיף 16 לחוק כרטיסי חיבור, התשמ"ו-1986; והונאה בכרטיס חיבור - לפי סעיף 17(1) לחוק כרטיסי חיבור. על פי עובדות האישום הראשון, ביום 11.10.09 מצא המערער במקומות הסטודנטים בהר-הצופים בירושלים נרתיק תעודה זהה של המתלון, ובו תעודה סטודנט, אישור כניסה לאוניברסיטה העברית בהר-הצופים וכרטיס אשראי מסווג "לאומי כארד". המערער נתל מנרתיק תעודה זהה את כרטיס האשראי, תעודה הסטודנט ואישור כניסה לאוניברסיטה, והשליך את הנרתיק לשיחים. במשך כחודש, מיום 11.10.09 ועד ליום 12.11.09, עשה המערער שימוש בכרטיס האשראי של המתלון בבתי עסק שונים בירושלים בסכום של 217 ₪. בנוסף, זיווג המערער את אישור כניסה לאוניברסיטה, בכר שבדק את תמונהו שלו על תמונהו

של המתلون. באמצעות אישור הכניסה המזוויף, נכנס המערער ביום 25.10.09 למתחם האוניברסיטה העברית בהר-הצופים, וכן לספריה הרפואית במקום, זאת לאחר שהניח את דעתם של עובדי המקום כי הנה בעל אישור הכניסה. בהמשך, בעקבות זימון של עובדי ביטחון לספריה, נתחוורה זהותו של המערער, אשר עוכב לחקירה בגין מעשי.

באישורו השני הורשע המערער בעבירות התחזותcadem אחר במטרה להונאות - לפי סעיף 441 לחוק. על-פי עובדות אישום זה, במועדים 23.11.09 ו-24.11.09 בשעות הערב נכנס המערער, בשתי הזדמנויות, לחדר ניתוח בבית-החולמים הדסה הר-הצופים בירושלים, כשהוא לבוש במדים רפואיים של עובדי בית-החולמים, תוך הצגת מצג שהוא סטודנט לרפואה. הוא יצא מהמקום לאחר שעורר את חدام של עובדי בית החולים.

3. הודהתו של המערער ניתנה בגדרו של הסדר טיעון, לפי תוקן כתב-האישור, כמפורט לעיל. במסגרת הסדר הטיעון הוסכם, כי המערער יודה בעובדות כתב-האישור המתוקן ויורשע בעבירות המייחסות לו; כי הסגנון יתור ל渴בלת תסקير שירותי המבחן, אשר יבחן את שאלת ההרשעה בדיון; וכי המאשימה תותר את שיקול הדעת לבית-המשפט אם להזמין תסקיר, אך תעמוד על הרשעה בדיון.

4. בתסקיר שירותי המבחן מיום 23.1.14 ומיום 27.4.14, פורטו קורות חייו של המערער. המערער הנה רוקILD ב-1990, תושב קלנסוואה, אשר סיים 12 שנים לימוד עם תעודה בגרות. את העברות ביצع בהיותו בן 19, בעת שלדבוריין לנצל חברים במעונות האוניברסיטה בהר-הצופים בירושלים. בתסקיר שירותי המבחן ציין, כי בעקבות המעשים הנדרנים חזר המערער להתגורר בבית הוריו בקלנסוואה, ועבד במשך שנה וחצי בטיפול בקשישים בבית אבות בחיפה. עוד ציין בתסקרים, כי המערער השתלב לימודי המכינה הקדם אקדמאית של אוניברסיטת חיפה, ובשנת 2013 החל ללימוד, כסטודנט, פילוסופיה והיסטוריה של עם ישראל. כמו כן הציג המערער אישור לשירות המבחן, לפי נרשם ללימודים רפואיים וסייע באוניברסיטה באר-שבע. בשיחתו עם קצינת המבחן, נטל המערער אחריות למשעיו, הביע חרטה על ביצוע העברות, הדגיש כי מדובר בהתנהגות חריגה לאורח חייו והבע נכונות להשתלב בהליך טיפולי במסגרת שירותי המבחן. הוא הביע חשש, כי הרשעה בדיון תפגע לימודיו וביכולתו לעסוק בהוראה במערכת החינוך. שירותי המבחן התרשםו, כי המערער סבל מגיל צעיר מהיעדר התייחסות רגשית תומכת מצד משפחתו, והעריך כי העברות בוצעו על רקע תחושים עמוקות של בדידות חברתית ומשפחתית, ואין מצביות על קיומן של נורמות התנהגות עבריניות. שירותי המבחן המליץ להימנע מהרשעת המערער בדיון, ולהסתפק בהטלת צו מבחן ללא הרשעה, זאת לאור גילו הצעיר של המערער, נטילת האחריות, חלוף הזמן מעט ביצוע העברות והרצון למנוע פגיעה אפשרית לימודי וביצוקו בעתיד - בתחום הchnior או הרפואה והסיעוד.

5. בגזר-דינו הדגיש בית-משפט קמא את חומרת העבירות ונסיבות ביצוען, הן עבירות הזיווף והמרמה הנדרנות באישום הראשון והן ניסיונו של המערער להיכנס לחדר הנימוח בבית החולמים עת התזהה לסתודנט לרפואה. בהתייחסו למידת הפגיעה במערער עצם הרשעתו, ציין בית-משפט קמא, כי לא הוצאה פגיעה ממשית ומוחשית במערער כתוצאה מההרשעה - לא פגעה קונקרטית, בוודאי שלא פגעה חמורה; וכי לא הובאה כל ראייה לכך שהרשעה אכן תמנעה מהמערער מלעסוק בהוראה וברפואה בעתיד. משכך, סבר בית-משפט קמא, כי לא מדובר במקרה שבו אין יחס סביר בין הנזק הצפוי למערער מההרשעה, לבין חומרת העבירה והאינטרס הציבורי של ההרשעה. למעשה מן הנדרש הוסיף ציין בית-משפט קמא, כי העיסוק בהוראה וברפואה דורש תנאי מסוים - יושר, אמינות ומתן אמון; וכי עתירת המערער מביאה לאבסורד, לפיו יש להימנע מהרשעתו, דואקא בשל רצונו לעסוק בתחוםים המחייבים נתונים אלו, העומדים בסתרה למשיו. לאור האמור, החליט בית-המשפט להותר את הרשות המערער על כנה. בהמשך גזר-הדין קבע בית-משפט קמא, כי מתחם הענישה ההולם נע בין מאסר על-תנאי לצד שירות לתועלת הציבור ועד למאסר לשך שישה חודשים; ובהמשך - מצא כי העונש המתאים בעניינו של המערער הן ארבעה חודשים חדשית מאסר על-תנאי ושירות לתועלת הציבור בהיקף של 120 שעות, כאמור.

6. בפתח הדיון בערעור, העלה בית-המשפט מיזמתו את השאלה האם המעשים שייחסו למערער באישום השני מהווים עבירות התזהותacadem אחר - לפי סעיף 441 לחוק, זאת לאור העובדה שהמערער התזהה אمنם לאיש צוות בית-חולים, אך לא לדמות קונקרטית, והעבירה שבאה הורשע דורשת תנאי להשתכלותה - התזהות כדמות קונקרטית של אדם ספציפי (ראו ע"פ 499/72 אל שעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד צ(1) 602 (1973)). המשיבה ביקשה לשקל את עדמתה בסוגיה המשפטית הנדרנה, ולמסור הودעה בכתב בעניין זה. בהודעתה מיום 1.10.14, הסכימה המשיבה, כי עובדות האישום השני אינן מגלות את העבירה שהמערער הורשע בה, וכי היא מודיעה על חזרתה בה מהעבירה המיוחסת למערער באישום זה. עם זאת, היא ביקשה כי עובדות האישום השני יויתרו על כן, ובית-המשפט יראה בהן חלק ממכלול מעשיו של המערער במסגרת האישום הראשון. ב"כ המערער הסכים להודעת הפרקליטות בכל הנוגע לזכוי מרשו בעבירה לפי סעיף 441, אך התנגד לבקשת המשיבה, בדבר "העתיקת העובדות" מהאישום השני לaieshom הרראשון, זאת הויל ועובדות אלה אינן רלוונטיות לעבירות המיוחסת למערער באישום הראשוני, והיות שהעובדות האמורות אינן מהוות בסיס להרשעת המערער בעבירה כלשהי.

7. הויל והמדינה חזרה בה מהאישום השני, והיות שהמעשים המתוארים באישום השני אינם מהווים עבירה לפי סעיף 441 לחוק, שכן המערער לא התזהה לדמות קונקרטית - יש לזכות את המערער מעבירה של התזהות אחר, לפי סעיף 441 לחוק, שבאה הורשע באישום האמור. לא נדרשנו להביע עמדת שאלה, האם המעשים הנדרנים באישום השני

מהוים עבירה אחרת, כמו ניסיון לקבל דבר במרמה; בפרט כאשר המדינה הסכימה לזכיו של המערער באישום השני. בנסיבות אלו, אין כל הצדקה להיעתר לבקשת המשיבה, "להעתיק" את עובדות האישום השני לעובדות האישום הראשון, שכן עובדות האישום השני אינן מהוות בסיס להרשה, אף לשיטתה של המדינה; מה-גם שאין קשר בין עובדות אלו לעבירות הננדנות באישום הראשון.

8. בנסיבות האמורות, מתמקדת המחלוקת בשאלת האם ניתן לסיים את הליך בגזר-דין שלא כולל הרשה בדיון, אם לאו.

בא-כוח המערער גורם, כי ניתן להסתפק בהטלת שירות לתועלת הציבור ללא הרשה, זאת נוכח הודאותו של המערער והחריטה שהביע על מעשיו, גילו הצער בעת ביצוע העבירות, תפוקודו הנורומטיבי עד למועד הפלילית הראשונה והיחידה, חלוף כחמש שנים מעת האירועים והחשש כי הרשה בדיון עלולה לגרום קשות בעיסוקו המקצוע עם סיום לימודיו האקדמיים.

בא-כוח המשיבה טוען, כי העבירות ונסיבות ביצוען מצדיקות הרשה בדיון, וכי לא הוצגו טעמים חריגים המצדיקים הימנעות מהרשה.

9. על הנسبות שבهن ניתן לסיים הליך ללא הרשה בדיון עמדנו, לא אחת, פסקין-דין שניינו על-ידיינו (ראו למשל: ע"פ 46319-05-14 בן חמו נ' מדינת ישראל (4.9.14)), ונחזור פעמי נספת על הדברים. על-פי הדיון, ניתן הגיע בגזר-דין ל拄אה של אי-הרשה "רק בנסיבות יוצאות דופן, בהן אין יחס סביר בין הנזק הצפוי מן הרשה בדיון לבין חומרתה של העבירה" (ר"ע 432/85 גدعון רומנו נ' מדינת ישראל (21.8.85)). ההלכה הפטוקה מורה, כי הימנעות מהרשה אפשרית בהתקיים שני גורמים מצטברים: "ראשית, על ההרשה לגרום חמורה בשיקום הנאשם, ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרא המסתומים על ההרשה בעלי לגרום באופן מהותי בשיקולו הענישה האחרים..." (ע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 342, 337 (1997)). עוד נקבע בפסקיקה, כי ככל הנוגע לנאים בجرائم, "רק נסיבות מיוחדות, חריגות יוצאות דופן ביותר תצדקה סטייה מחייב מיצוי הדיון בדרך הרשות העבריין" (ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נד(3) 685 (2000); וכן ראו: ע"פ 9262/03 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(4) 869 (2004)). בשורה ארוכה של פסקין-דין נקבע, כי הימנעות מהרשה של מי שאשםתו הוכחה, הינה בגדר "חריג שבחרגים" והוא "תעשה אך במקרים יוצאי דופן" (ראו למשל: ע"פ 8528/85 אלירן ציפורה נ' מדינת ישראל (3.3.13), והאסמכתאות המפורחות שם). באשר לשאלת, האם עצם הרשה עלולה לגרום "פגיעה

חמורה" בשיקומו או בעתידו של הנאשם, נפסק כי על בית-המשפט להשתכנע, כי "הפגיעה הקשה שתיגרם לנאשם בעטיה של הרשעה, אינה שකולה כלל ועיקר לטעלת הציבורית המועטה שזו תניב" (ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' ביטון (23.7.09)). עוד נפסק, כי בבוא בית-המשפט לבחון את הנזק העולול להיגרם לנאשם "יש להתייחס לנזק מוחשי-كونקרטי, ואין להידרש לאפשרות תיאורטיבית, על פייהן עלול להיגרם לנאשם נזק כלשהו בעתיד" (ע"פ 8528/12 בעניין אלירן צפורה לעיל; וכן ראו ע"פ 2862/12 מלמן נ' מדינת ישראל (24.1.13)); וכי על הנאשם העוטר לאי-הרשעתו, להציג "חשש ממשי כי הטלת אחירות לפליילים תחבל בסיכון" שיקומו... ובוחרתו בדרך הימש" (רע"פ 12/7720 פלוני נ' מדינת ישראל (12.11.12)); וכן ראו: רע"פ 14/3589 שרון לוזון נ' מדינת ישראל (10.6.14)). כן הודגש, כי את הטענות בדבר פגיעה קשה וكونקרטיבית בסיכון השיקום, יש לבסס בתשתית ראייתית מתאימה (רע"פ 14/7224 משה פרנסקי נ' מדינת ישראל (10.11.14)).

10. לאחר ששלכנו את טיעוני הצדדים הגיענו לכל מסקנה, כי דין הערעור בכל הנוגע לסוגיות ההרשעה בדיון, להידחות; אם כי יש מקום להקל ברכיביו גזר-הדין לנוכח זיכוי של המערער מעבירה שבאה הורשע באישום השני.

העבריות הנדונות באישום הראשון ונسبות ביצוען - חמורות. כפי שציין בית-משפט קמא, מדובר בשורה של עבריות הונאה ומרמה שבוצעו במהלך חודש. כאמור, המערער מצא את המסמכים האישיים של המתalon, גנב את כרטיס האשראי שלו, עשה שימוש במשרך חדש בכרטיס האשראי בבית עסק שונים בירושלים, זיף את אישור הכנסתה לאוניברסיטה, עשה שימוש בכרטיס המזופף וקיבל דבר במרמה - הכל כמפורט באישום הראשון, מעשי הזיפוף והמרמה נעשו תוך הפגנת תחכם ותועזה, כאמור, במספר הزادמנויות. מהות העבריות הנדונות באישום הראשון, ריבוי והישנות - מצדיקות את גינוי המעשים והוקעתם בדרך של הרשעה בדיון; זאת משיקולי גמול, וכן מטעמים של הרתעה אפקטיבית - אישית וככללית. לא מצאנו, כי העבריות ונسبות ביצוען אפשרות לוותר במקרה הנדון על הרשעה, מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה הנוגעים לאינטראס הציבורי. כמו כן, לא מצאנו כי הרשעה בדיון עלולה להסביר פגיעה חמורה בשיקומו ובעתידו של המערער, או שייגרם לו נזק מוחשי וكونקרטי ככל שההרשות תיוותר על כנה; מה-גם שהטענות בדבר החשש לפגיעה קונגראטיבית לא נשמרו על תשתית ראייתית. הנسبות לקוala שצינו על-ידי בא-כח המערער ובכללן - הודאותו של המערער, החרצה שהביע על מעשיו, חלוף הזמן מעת ביצוע המעשים, וכן תפקודו הנורמטיבי לפני ואחרי האירועים - קיבלו ביטוי ברכיבי הענישה, אך אין בהן כדי להצדיק ביטולה של הרשעה.

אשר על כן, דין הרשעה להיוותר על כנה; אך על בסיס הרשעה באישום הראשון בלבד, לאחר חזרתה בה של המשיבה מהערעור בכל הנוגע לאישום השני. עם זאת, לנוכח זיכוי של המערער מעבירה של התוצאותcadem אחר, שבה

הורשע באישום השני, יש מקום לשנות את תקופת המאסר על תנאי ואת היקף עבודות השירות.

11. על יסוד האמור לעיל, הערעור מתקיים באופן חלקי, כך שהמעורער מזוכה מעבירה של התוצאות כאדם אחר לפי סעיף 441 לחוק העונשין, שבההורשע באישום השני; והרשעתו בגין העבירות הנדרשות באישום הראשון תיוותר על כנה, אך תקופת המאסר על-תנאי תעמוד על שלושה חודשים (חלף ארבעה חודשים), ותקופת השירות לרווחת הציבור תהיה בהיקף של 80 שעות (במקום 120 שעות).

על המזיכיות לשלוח עותקים מפסק הדין לבא-כוח המערער, לפרקטיות ולשירות המבחן.

**ניתן היום, כ' חשוון תשע"ה, 13 בנובמבר 2014, בהיעדר הצדדים (על-פי הסכמתם).**

משה בר-עם, שופט

כרמי מוסק, שופט

ירם נעם, שופט