

עפ"ג 62651/09 - מוחמד חדיגה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"ג 62651-09-14 מדינת ישראל נ' חדיגה
עפ"ג 3618-10-14 חדיגה נ' מדינת ישראל
בפני כב' השופט ד"ר א. סטולר אב"ד
כב' השופטת ז. בוסתן
כב' השופטת ד. מרשק מרום
מוחמד חדיגה (להלן המערער)
באמצעות ב"כ עו"ד ברזייל
נגד

מדינת ישראל (להלן: המשיבה)
באמצעות פרקליטות מחוז מרכז
עו"ד אבידוב

פסק דין

כב' השופטת זהבה בוסתן:

1. בפנינו שני ערעורים על פסק דין של בית משפט השלום בכפר סבא (ת.פ. 40060-07-11).
המעערער בע.פ. 3618-10-14 (להלן "המעערער"), מעערר כנגד הרשותו ולחלוfine כנגד חומרת
העונש, והמדינה (להלן "המשיבה") מעוררת

בע.פ. 62651-09-14 כנגד קולת העונש.

2. על פי עובדות כתוב האישום, ביום 5.7.11 בסמוך לשעה 05:00, החזיק המערער בחצר ביתו
בקלאנסואה אקדה תוצרת בראונינג מס' 59931, שתי מחסניות ו-18 כדורים 9 מ"מ (יחדי "הנשק").
באותו מועד החזיק המערער בסלון ביתו סמן ליזיר אשר ניתן להרכיבו על נשקי.

3. בית המשפט קמא הרשייע את המערער, לאחר שמיית ראיות, בעבירה של החזקת נשק לפי סעיף
144(א) לחוק העונשין תשל"ז - 1977 (להלן "החוק") והטיל עליו ששה חודשי מאסר בפועל, 12
חודשי מאסר על תנאי בתנאים המפורטים בגין הדין וקנס בסך 5,000 ל"נ.

הכרעת הדיון של בית המשפט קמא

4. לא הייתה מחלוקת כי הנשק נמצא בחצר ביתו של המערער והסמן נמצא בביתו בסלון. בית משפט
קמא קבע כי על נסיבות מציאת הנשק חלה "חזקת המקום הקבועה בסעיף 144(ד) לחוק ונטל
ההוכחה עובר לכתי המעערר להוכיח כי כמציק המקום - אינו מחזק את הנשק - וזאת
בamazon ההסתברות", אלא שהמעערר לא עמד בנTEL זה.

עמוד 1

nocah hetuna b'dabar hioth asht ha'nashem m'chizika ha'bait kbu' bi't ha'mashpat kma ci "תחולת החזקה אינה נגעת ממשום להיות אשת הנашם מחזיקת הבית עם הנашם".

5. בית משפט kma shel at te'una b'c ha'nashem le'fah ha'owoda c'ha'adma b'makom m'ziah ha'sek hi'ita "רכה והפוכה", nouda cdi sha'afsh yeha lmazao b'kholot ao cdi la'atziv ul moud ha'tmuna smor, ba'ofn ha'to'am la'iruim chrigim b'h'i ha'marur.

6. basher lesman ha'lyizr, kbu' bi't ha'mashpat kma, ci ha'och shish lo yekolat la'hiot motam le'chafzim v'zot bahastmer ul t/7 (do'ch peula'ah shel ha'sotor aspi dud), bi't ha'mashpat kma shel at te'una b'c shel ha'marur le'fah ha'mashtra'ha ha'trashla b'chakiratah le'unin ha'smen v'kbu' sh'Momchivotim shel ud'i ha'tbua' hi'ita mespekhet le'unin zeh (shl aspi dud u't/1) matokuf nisyonim v'matzu'otim she'ha'atifa gam lat/4 shuruk chayim m'zrichi", ma'gum sh'ha'marur la'sipuk ha'sbar sbar la'maziot ha'smen br'shotu'. at gerst ha'marur le'fah rachsh at ha'smen bat'ailand cm'hatna la'achini'yo cina bi't ha'mashpat c'gersha tamoha la'or ha'owoda sh'ha'smen no'ter ba'bi'to v'la'namser la'achini'yo.

7. b'dabri ha'marur le'sotor or do'ani, b'ut uricht ha'chifush, "mi shalch atcam la'chifush zo ha'shem at zo feh", sh'namaro b'trum raha ci b'chifush b'hazar nmaza nshk, mazia bi't ha'mashpat kma camraha mafli'ah.

8. bi't ha'mashpat kma ha'min le'ud'i ha'tbua' v'ra'ah chizuk b'reshom b'do'ch peula'ah shel aliron sagron (t/15), l'fi ha'marur hia lo'chuz b'zman ha'chifush v'nishe l'mashor at mabzuti ha'chifush ltur ha'bi't v'photh b'hazar. bi't ha'mashpat kma zeyin ci ha'marur, shchi b'zel rachz abi'ot ha'trash b'shנת 2010, ha'takan m'zlamot abtaha ba'bi'to v'hekif at bi'to ba'choma bgabbim shonim. la'tchosa ci ha'marur chi t'hath aiym ha'tu'osfa udotu le'fah sh'anshim sh'sonanim otu.

9. bi't ha'mashpat kma gam ha'tiyus le'hadar ra'ah ha'tomca' b'gerst ha'marur b'dabri k'zur chshmi b'mzlamot ha'abtaha sh'habtah ul pi ha'netun at peulotan, lo'chosr shiyuf peula'ah shel ha'marur b'asher la'funoch zilomi m'zlamot ha'abtaha v'le'owoda sh'ha'nashem la'masr at ha'kod la'peti'at ha'machshav.

10. bi't ha'mashpat kma la'rha li'yosh m'shu'ot la'hadrotu' shel ha'marur m'bi'to la'zor tipolim r'fauim shel ashmo.

11. lab'sof kbu' bi't ha'mashpat kma ci la'natan li'yosh "mekarot" la'maziot ha'smen ba'bi'to shel ha'marur v'ha'sek b'hazar.

הערעור כלפי הכרעת הדין

12. le'te'una ha'marur, ha'misba la'zelicha lo'ho'ich at ha'netun b'k'tob ha'aisom mu'ver la'sipuk ha'sbar c'ndresh b'mashpat ha'ploli'.

לטענת המערער, הריאות שהוכחו, ואין שניות בחלוקת אף לטענותו, מקיימות את הספק המצדיק את זיכוי. ראיות אלה כוללות את העובדה שהמערער ואשתו מתגוררים ומחזיקים יחדו בבית ובಚר' בהם נתפסו סמן הליזר והנשך. כפועל יוצא מכך, חלה חזקת המקום הקבועה בסעיף 144(ד) לחוק הונ על המערער והן על אשתו; על השκית בה נמצא הנשך או על הנשך עצמו לא נמצאו טביעות אצבע של המערער או של אשתו; ההפר הוא הנכון: על האקדח נמצאו טביעות אצבע שאין של המערער או של אשתו, ואין ראייה פורנזית או עדות הקוסרת את המערער או את אשתו לאקדח שנתפס.

13. חצר הבית היא מקום פתוח וחופף אשר כל החפש יכול להיכנס אליו ולראיה, השוטרים שהגיעו לעורר את החיפוש טיפסו מעל הגדר ונכנסו לחצר (ת/6 ת/7).

לא הייתה חלוקת כי המערער ליווה את אשתו לטיפולים בבית החולים ושניהם נעדרו פרקי זמן ארוכים מהבית. בנסיבות אלה, החצר היא אתר פתוח ונגיש וקיים חלון הזדמנויות להיכנס אליה, עת המערער ואשתו לא היו בבית.

14. גם אם קיבל את חוות דעתו של שחר (עת/1) לגבי האפשרות של הרכבת סמן הליזר על האקדח כ"כח ראה וקדש", עדין אין בכר כדי להוכיח את הקשר בין סמן הליזר לבין האקדח וכייד ניתן לשער את הנשך לumarur מעצם הימצאותו של סמן הליזר.

דין בעניין הכרעת הדין

סעיף 144 (ד) לחוק קובע:

"**מקום שנמצא בו נשך, רואים את מחזיק המקום כמחזיק הנשך כל עוד לא הוכח היפכו של דבר**"

זהה חזקה שבוחק ועל מנת לסתור אותה הנאשם אינו יוצא ידי חובתו בהבאת ראייה שיש בה כדי להקים ספק סביר בלבד אלא עליו להוכיח את היפוכה של חזקה ברמה של עמידה במאזן הנסיבות (ראה קדמי **"הדין בפליליים"** חלק 4 מהדורות 2006, עמ' 1967).

16. על פי הפסיקה, העובדה כי מספר אנשים הם בעלי הזכות להחזיק במקום בו נמצא נשך, כאשר זכותם של האחרים אינה גורעת ממעמדו של הנאשם כמחזיק, עליו לנצל להוכיח כי לא הוא החזיק בנשך: "**משהוכח כי המערער הוא המחזיק במקום - ועובדת קיומם של מחזיקים נוספים אינה גורעת ממעמדו כמחזיק - עליו לנצל להוכיח היפכו של דבר כי לא הוא שהחזיק בנשך**" (קדמי **"הדין בפליליים"** שם). לפיכך, וכך שקבע בית המשפט קמא, העובדה שגם של המערער מחזיקה בחזראייה יכולה להועיל לumarur שכן לא די בהוכחת העובדה שיש עוד מחזיק בנכס אלא יש להוכיח באופן פוזיטיבי שהנאשם אינו המחזיק בנשך.

17. בע"פ 4941/90 **מדינת ישראל נ' אלוש** (הורסם בנבבו ביום 2.8.92) קבע בית משפט כי מידת ההוכחה הנדרשת כדי להוכיח כי הנשך אינו של הנאשם תליה "**גם ביכולתו האובייקטיבית של הנאשם להוכיח, על רקע הנטיות העובdot הקונקרטיות, את העובדה השלילית הנדרשת**

לסתירת החזקה. בעניינו טען המערער כי החומה המקיפה את ביתו אינה חומה הסוגרת באופן הרשמי את האפשרות להיכנס לחצר, היא עבירה - ובפועל השוטרים, בBootApplication לבצע חיפוש, נכנסו לחצר תוך דילוג על החומה.

אמנם הוכח כי החצר לא הייתה סגורה באופן הרשמי ולן חוץ מעמידה להיכנס ולהטמין את האקדח בחצר יכול היה לעשות זאת אם היה מدلג על החומה. ואולם, הוכח שהחצר הייתה מאובטחת בצלמות אבטחה והמערער טוען כי מצלמות האבטחה לא פועלו בגלל קצר חשמלי. עובדה זו נתענה על ידו בעלים ולא הוכחה. יתרה מכך, המערער לא שיתף פעולה עם החוקרים ולא מסר להם את קוד הפעלה של המחשב כדי שיוכלו לבדוק את מצלמות האבטחה. בנסיבות אלה, על אף שהחומה אינה סוגרת הרسمית את החצר, לא ניתן לומר כי המערער עמד בנטל ההוכחה הנדרש ממנו כדי לשול את החזקה בדבר היות הנشك שלו.

18. לנشك שנמצא בחצר מצטרף סמן הליזר שנמצא בביתו של המערער והוכח כי ניתן להרכיבו על האקדח הספציאלי כפי שקבע בית המשפט קמא.

19. לאור האמור, לא עליה בידי המערער לסתור את החזקה לפיה הנشك שנמצא בחצר ביתו שייר לו, ואנו דוחים את הערעור כלפי הכרעת הדין.

גזר דין של בית משפט קמא

20. בית משפט קמא קבע בגזר דין כי הערכיים שנפגוו הם ערכיים חברותיים שעוניים הבטחת בטחונם האישי של הפרט ושמירה על שלום הציבור ובטחונו והציג את הסיכון הרב הטמון בהחזקת נشك שלא כדין, נוכח החשש מפני השימוש בו כמו גם העברתו לגורמים פליליים או לאומנים.

מאייד, קבע בית המשפט קמא כי לא מן הנמנע שהמערער החזיק בנشك למטרת הגנה עצמית, נוכח המתייחסות על רקע הירצחו של אביו. בנסיבות אלה, קבע בית משפט קמא את מתחם הענישה בין מאסר שיכול וירוצה בעבודות שירות ל- 18 חודשים מאסר.

21. בית משפט קמא קבע כי מעשי של המערער במקרה זה, מהווים פגעה ברף הנמור של הערכיים המוגנים, ולפיכך יש לקבוע את העונש ברף הנמור של המתחם. בית משפט קמא התחשב בעובדה שחלפו שנתיים וחצי מאז בוצעה העבירה, בעובדה שהמערער לא שיתף פעולה עם רשות החוקירה ולא מסר לידיים את קוד הגישה למבחן כדי שניתן יהיה לצפות בצילומי מצלמות האבטחה בביתו ובנסיבות האישיות של המערער, לרבות מצבה הרפואי של אשתו.

22. טרם גזרת העונש הפונה בית המשפט את המערער אל המmonoה על עבודות שירות שלא מצא אותו מתאים לרצות את העונש בעבודות שירות על יסוד חוו"ד של המשתראה לפיה קיים מידע מודיעיני בעניינו המצביע על קיומו של יסוד סביר לחשש לפגעה בו או במישומו בסביבתו. על פי המידע המערער הוא "חיל" של משפחת עבד אל קאדר, עוסק בעבירות אמל"ח, ומהווה סכנה לסייעתו או לעצמו מחשש לנקמת דם.

23. בית המשפט קמא התחשב בגלוי הרשעות הקודמות של המערער שהוגש בהסכמה ביום

18.12.13 (לאחר השמעת הטיעונים לעונש) הכלול הרשעה בעבירה של קשירת קשר מינואר 2012 והרשעה בהסתעתי שב"ח משנת 2000.

- .24. בית משפט קמא לא התרשם כי יש צורך בהרתותו האישית של המערער או מקום לסתות ממתחם הענישה ולהקל עמו מטעמי שיקום, אך התחשב בתקופה הממושכת בה היה במעצר בית.
- .25. כאמור, בסופו של יום, בית משפט קמא הטיל על המערער ששה חודשי מאסר בפועל, 12 חודשים מאסר על תנאי בתנאים המפורטים בגזר הדין וקנס בסך 5,000 ₪

ערעור המערער על גזר הדין

.26. המערער טוען שלא היה מקום להטיל עליו עונש מאסר לריצוי בפועל. בתום טיעוני הצדדים לעונש הפנה בית משפט את המערער לממונה על עבודות שירות כדי שתבחן אפשרות ריצוי העונש בדרך של עבודות שירות. על אף שבית המשפט קמא סיג את דבריו וציין כי אל לו למערער לפתח ציפיה בגין שליחתו לממונה על עבודות שירות, הרי שההעובדה שבית משפט מיזמתה הפנה את המערער לממונה ניתן להסיק כי לו הממונה היה מוצא את המערער מתאים לביצוע עבודות שירות, היה מורה כך בית משפט קמא.

בית המשפט קמא הסתמן על חוות דעת לקונית של הממונה על עבודות שירות ולא ביקש ממנו לפרט את המאיצים שנעו כדי למצוא למערער מקום מתאים לריצוי עונשו.

לאור האמור מבקש המערער להפנותו פעמיים נספה לממונה על עבודות שירות ולהורות לו להכין חוות דעת תוך למצוא מאיצים פוזיטיביים למציאת מקום לריצוי עונש בדרך של עבודות שירות ובאם לא ניתן מקום כזה להורות לממונה לפרט את המאיצים שנעו על מנת למצוא מקום ולגלוות את המידעים המודיעיניים שהובילו למסקנה זו.

ערעור המדינה על קולת העונש

.27. לעניין הפניתו של המערער לממונה על עבודות שירות המשיבה כי המערער הפנה אל הממונה על עבודות שירות פעמיים. על החלטתו הראשונה של הממונה על עבודות שירות בדבר אליו כירחותו לשאת עונש בדרך של עבודות שירות הגיע המערער עתירה מנהלית. המערער מחק את העתירה כפוף לזמןונו של המערער לשימוש נוסף בפני הממונה על עבודות שירות. גם בבדיקה הנוספת של הממונה נמצא המערער כבלתי מתאים לריצות עונש בדרך של עבודות שירות מטעמים מודיעיניים.

.28. בית המשפט קמא לא ייחס את החומרה הראויה לעבירה בה הורשע המערער ולניסיונות ביצועה שהם ברף הגבוח של הרכבים המוגנים ובראשם הפגיעה בביטחון הציבור. בית משפט קמא שגה בקביעת המתחם והסתמך על נתון שלא הוכח ולא נטען על ידי המערער, אף לא בשלב הטיעונים לעונש, ולפיו "לא מנמנע כי מדובר בנסק להגנה עצמית..."

.29. קביעתו השגיאה של בית המשפט לעניין ההגנה העצמית הביאה גם לטעות בקביעת העונש ברף

הנמור בתחום המתחכם.

.30 בית משפט קמא לא נתן משקל מספק לעבירות הפלילי של המערער, ומайдך נתן משקל יתר לנסיבותו האישיות. כאשר מדובר בעבירות נשק על הנסיבות האישיות לסתמת מפni האינטראס הציבורי. האינטראס הציבורי במקורה זה צריך להיות מושפע מעצם החומרה של החזקת הנشك ומהחומרה הנוסף שצורך לייחס למקרה לאור נפיות עבירות הנشك באזרינו.

.31 לאחרונה קיימת מגמת החומרה בעונשי המאסר המוטלים על נאים בעבירות נשק שונות. הדבר עולה מshortת פסק דין שיצאו לפני בית המשפט העליון בשנים האחרונות כמפורט בפסקהالية הפניה המשיבה.

דין והכרעה לעוניין גזר הדין

.32 בית משפט קמא קבע שלא מן הנמנע שהנشك החזק על ידי המערער לצורך הגנה עצמית. בית המשפט קמא הגיע למסקנה זו אך ורק על יסוד העובדה שאבי המערער נרצח בשנת 2010. המערער עצמו כפר בהחזקת הנشك, הרחק עצמו ממנו ולא נטל אחריות על החזקתו בשום שלב, לרבות בערעור על הכרעת הדין. בית המשפט בגזר דין ציין כי "אף בדבריו האחוריים לבימ"ש לא הביע צער וחרטה על מעשיו אלא דבק בגרסתו, והמשיך להכחיש כל קשר להימצאותו של הנشك בחצר ביתו ובביתו".

.33 בית משפט קמא קבע נכונה כי הערכים המוגנים בעבירה של החזקת נשק הם ערכים חברתיים שעוניינים הבתחת בטחונו האישי של הפרט ושמירה על שלום הציבור ובטחונו. כן עמד בצדק על חומרתן של עבירות נשק בכלל, והחומרה בענייננו בפרט, כאשר המערער הסליק בחצר ביתו אקדח, שתי מחסניות, 18 כדורי 9 מ"מ והחזיק בביתו סמן לייזר שנייתן להרכיבו על נשק כאשר "הת חמושת וסמן הליזר מעדים כי אין מדובר בהחזקתו של האקדח גרידא, כי אם תוך הכנה לעשות בו שימוש במועד צזה או אחר" (ההדגשה במקור).

.34 בקביעת מתחם העונש הבחן בית המשפט קמא בין מקרה בו מוחזק אקדח אחד לבין מקרה בו מוחזק נשק ותחמושת בהיקף ניכר וקבע כי המתחם נע בין מאסר שיכול וירוצה בעבודות שירות ועד לשמונה עשר חודשים מאסר.

על פי פסיקת בית המשפט העליון אופי העבירה מחייבים השתת עונייה ממשמעותית. ברע"פ (עלין) 2718/04 פואד אבו דאחל נגד מדינת ישראל, דינים עלין 2004 (19) 359 (29/03/2004) אמר בית המשפט:

"הסכמה הטמונה בעבירה החמורה של החזקת נשק מצדיקה הטלת עונייה מאסר לריצוי בפועל גם על מי שזו עבירותו הראשונה. בבואה בית-המשפט לשקל את העונייה בעבירות מסווג זה, עליו לתת משקל נכבד יותר לאינטראס הציבורי ולצורך להרטיע עבריניים בכוח מלכצע עבירות דומות, על פni הנסיבות האישיות של העבריין. (ראו והשו ע"פ 5066/98 מדינת ישראל נ' נעמן דחלה ואח', תק-על (99) 3(1574))."

פסק דין בעניין ابو דחל ניתן לפני תיקון 113 והוא מבטא את מדיניות הענישה בעבירות של החזקת נשך שלא כדין והתוכאה של מסר בדרכ שלבודות שרות תהא חריגה ביותר. בכך לא אמרו לא ראיינו להתערב במתחם שקבע בית המשפט קמא.

.35. לא כן הדבר באשר למקומו של העונש שיש להטיל על המערער בתוך המתחם, ומסקנתו של בית המשפט קמא כי מעשיו של המערער מהווים פגיעה ברף הנמוך של הערכים המוגנים שגיה לדעתנו.

למערער עבר פלילי בעבירה של קשר רפואי לביצוע פשע משנה 2011 והרשעה בעבירה של הסעת תושב זר משנה 2000.

בבית המשפט העליון, כפי שצינו לעיל ובשורה של פסקי דין נוספים שב והביע דעתו בדבר החומרה הרבה שיש לייחס לעבירות של החזקת הנשך. המשיבה הפנתה בהודעתה הערעור לשורה של פסקי דין בהם באה לידי בטוי מגמת החומרה בעונש (ע"פ 2251/11 **נפאע נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 4.12.11); ע"פ 4450/11 **עספור נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 8.2.12); ע"פ 3156/11 **זרαιעה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 8.2.12); ע"פ 2044/11 **מדינת ישראל נ' בלוצקיובסקי** (פורסם בנבו 21.2.12); ע"פ 7241/12 **טאטור נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 12.2.13)).

בנוסף לחומרה שיש לייחס לעבירות נשך בכלל, יש בסיס לטענה כי נפיצות עבירות הנשך באזורנו מהוות עילה להחומרה בעונש (ראה ע"פ (ת"א) 72157/04 **מדינת ישראל נ' חסני מסראווה**).

משקל מיוחד לחומרה יש לעובדה כי בנוסף לנשך החזיק המערער סמן לייזר שנועד להתקינה על האקדח.

בנסיבות אלה מצאנו לדחות את ערעור המערער על העונש ולקבל את ערעור המשיבה, תוך שאמנו שמים לנגד עיננו את הכלל שאין ערכאת הערעור ממצה את הדין עם נאשם שהוא מחייב בעונשו.

על כן, אנו מעדים את עונש המסר שהוטל על המערער על 10 חודשים בגין ימי מעצרו. יתר חלקו גזר הדין יעמוד על כנמו.

כב' השופט אחיקם סטולר אב"ד - אני מסכימ ל拄צת פסק הדין על הנמקותיו.

כב' השופט דנה מרשק-מרום - אני מסכימה ל拄צת פסק הדין על הנמקותיו.

התוצאה

הוחלט כאמור בפסק דין של כב' השופטת ז. בוסתן.

הנאשם יתיצב לריצוי מאסרו בבית סוהר הדרים, ביום 1/5/15 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעוזת זהות/דרכון ופסק דין זה.

על ב"כ הנאשם לתאמם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למינוי מוקדם, עם ענף אבחן ומינוי של שב"ס, טלפונים: 08-9787336, 08-9787377.

התנאים שנקבעו לעיכוב ביצוע עונש המאסר יעדמו בתוקף עד להתייצבותו הנאשם לריצוי עונשו.

ניתן היום, ה' ניסן תשע"ה, 25 מרץ 2015, בנסיבות הנאשם ובאי כח הצדדים

דינה מרשק מרום, שופטת

זהבה בוסtan, שופטת

אחים סטולר, שופט