



עפ"ג 8975/06/15 - מרואן מלשה נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

02 אוגוסט 2015

עפ"ג 8975-06-15 מדינת ישראל נ' מלשה

עפ"ג 16473-05-15 מלשה נ' מדינת ישראל

בפני הרכב כב' השופטים:

י. גריל, שופט בכיר (אב"ד)

ש. שטמר, שופטת בכירה

ס. ג'וסי, שופט

המערער בעפ"ג 16473-05-15:

מרואן מלשה ע"י ב"כ עו"ד גב' ת. אולמן

המשיב בעפ"ג 8975-06-15:

נגד

המשיבה בעפ"ג 16473-05-15:

מדינת ישראל באמצעות פרקליטות מחוז חיפה - פלילי

המערער בעפ"ג 8975-06-15:

ע"י ב"כ עו"ד גב' ע. אייזנגר - פמ"ח

פסק דין

1. בפנינו שני ערעורים על גזר דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופטת אורית קנטור, סגנית הנשיא) בת"פ 28146-06-14 מיום 30/04/15. בעפ"ג 8975-06-15 מערער המדינה על קולת העונש שהושת על המשיב, ומנגד, ב-עפ"ג 16473-05-15, מערער הנאשם על חומרת העונש שהושת עליו. לשם הנוחות תכונה המדינה "המערער" ואילו הנאשם יכונה "המשיב".

2. המשיב, יליד 17.9.1986, הורשע על פי הודאתו בכתב אישום מתוקן בעבירות של **קשירת קשר לביצוע פשע** - עבירה לפי סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"); **הונאה בכרטיס חיוב בנסיבות מחמירות** - עבירה לפי סעיף 17 סיפא לחוק כרטיסי חיוב התשמ"ו-1986 + סעי' 29 לחוק העונשין (ריבוי עבירות); **קבלת דבר במרמה** - עבירה לפי סעי' 415 סיפא + סעי' 29 לחוק העונשין; **קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות** - עבירה לפי סעי' 415 סיפא + סעי' 29 לחוק העונשין (ריבוי עבירות); **קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות** - עבירה לפי סעי' 415 סיפא + סעיפים 25 ו-29 לחוק העונשין (ריבוי עבירות).

3. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, עובר לחודש אפריל 2014 קשרו המשיב ואחר קשר לבצע הונאות באמצעות כרטיסי חיוב, להשתמש בפרטי כרטיסי אשראי של אחרים ללא ידיעתם או הסכמתם ולרכוש באמצעותם מוצרים במרמה.

המשיב והאחר החזיקו במספר רב של הזדמנויות, במהלך החודשים אפריל-מאי 2014, כרטיסים נטענים מסוג ויזה אשר הונפקו ע"י חברת דואר ישראל והוזנו במרמה בפרטי כרטיסי אשראי, ללא ידיעתם וללא רשותם של הבעלים של כרטיסי האשראי.



בין התאריכים 12/4/14 עד 29/4/14 ביצעו המשיב והאחר עסקאות לרכישת מוצרים וניסו לרכוש מוצרים במקומות ובסכומים המפורטים בכתב האישום, תוך שהם מחזיקים ומשתמשים בכרטיסים המזויפים בהם הוזנו במרמה פרטי כרטיסי האשראי האמורים.

סך סכום העסקאות שביצעו המשיב והאחר בכרטיסי האשראי האמורים, עמד על סך של 130,063.3 ₪ ואילו סך הניסיונות לבצע עסקאות כאמור עמד על 98,738.9 ₪.

4. הצדדים הגיעו להסדר טיעון שלפיו כתב האישום תוקן, והמשיב הודה והורשע בעבירות המיוחסות לו. המשיב הופנה לקבלת תסקיר שירות מבחן. בגדרי זה שנתקבל, לא בא שירות המבחן בהמלצה טיפולית.

5. בית משפט קמא עמד בגזר דינו על חומרת מעשיו של המשיב, על הערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העבירות - שלום הציבור ורכושו, זכות הקניין של הפרט והאמון שהציבור נותן בשימוש שגרתי ותדיר בכרטיסי חיוב, על מידת הפגיעה באותם ערכים חברתיים ועל הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כפי שהדבר התבטא בכתב האישום המתוקן. לבסוף העמיד בית המשפט את מתחם העונש ההולם על עונש מאסר שנע בין 12 חודשים לבין 24 חודשים.

6. בית משפט קמא ציין, כי בהתאם להוראת סעיף 40 לחוק העונשין רשאי בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם אם מצא כי נאשם השתקם או שקיים סיכוי של ממש כי ישתקם. במקרה דנן, התסקיר סקר בהרחבה את נסיבותיו האישיות הקשות של המשיב לרבות הרקע המשפחתי הבעייתי שלו, והעובדה שהתייתם מאמו בהיותו כבן 6 שנים. אכן המשיב גילה יציבות תעסוקתית במשך רוב שנות חייו ואף השלים את חוק לימודיו, אולם, בסופו של יום ומהנימוקים המפורטים בתסקיר, נמנע שירות המבחן מהמלצה טיפולית. בנסיבות אלה, לא מצא בית משפט קמא מקום לחרוג ממתחם העונש ההולם כפי שנקבע על ידו.

7. אשר לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה - קבע בית משפט קמא כי המשיב הודה בהזדמנות הראשונה משתוקן כתב האישום לקולא. המשיב נטל אחריות על מעשיו ובהודאתו חסך מזמנו של בית המשפט. הוצגו נסיבות אישיות המצדיקות התחשבות, לרבות התייתמותו של המשיב מאמו בעקבות מחלה קשה בהיותו כבן 6 שנים, על כל המשתמע מכך, כמפורט בתסקיר שירות המבחן. המשיב התארס זה מקרוב והוא עומד להינשא.

8. בסיכומו של דבר גזר בימ"ש קמא על המשיב, מאסר בפועל לתקופה של 15 חודשים, מהם יקוזזו ימי המעצר שבין 28/5/14 עד 14/7/14. כן גזר מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים למשך 3 שנים והתנאי הוא כי לא יעבור עבירה בגינה הורשע.

כאמור, שני הצדדים מערערים על גזר דינו של בית משפט קמא.



טענות המערערות

9. המערערות סבורה, כי העונש שהוטל על המשיב איננו מגלם את החומרה שבמעשיו, כפי שבית משפט קמא ראה אותה. לגישת המערערות, בית משפט קמא לא נתן משקל ראוי למסקנת שירות המבחן, אשר נמנע מהמלצה טיפולית בעניינו של המשיב, בין היתר בשל קושי בבחינת דפוסיו המכשילים, חשד להתמכרות להימורים, הצגת חזות שאינה אותנטית ואי הבעה של נזקקות טיפולית, למרות קיומה של נזקקות שכזו, ועוד.

10. עוד טענה המערערות, כי מעשי המשיב ושותפו מלמדים על תשתית עבריינית מתוחכמת, הפועלת באופן שיטתי ובהיקף נרחב ומסבה נזק עצום לחברות האשראי, לבעלי הכרטיסים, לסוחרים ולחברה כולה. לשיטתה, טעה בית משפט קמא עת לא נתן משקל ראוי לכך שאין מדובר בהסתבכותו הראשונה של המשיב וכי בשנת 2013 הורשע בגניבה.

11. בהמשך טענה המערערות, כי מתחם הענישה כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא אינו הולם ביחס למכלול העבירות בהן הורשע המשיב. יתרה מכך, העונש שהושת עליו הינו עונש מקל, יתר על המידה, ואינו מקיים יחס הולם בין מעשה העבירה בנסיבותיו, מידת אשמתו של המשיב ומידת העונש המוטל עליו. כן שגה בית משפט קמא בהימנעו מהטלת קנס על המשיב, שכן המדובר בעבירות המבוצעות על רקע כלכלי.

טענות המשיב

12. מנגד טוען המשיב, כי טעה בית משפט קמא עת החמיר עמו תוך קביעה כי עליו לרצות את עונשו מאחורי סורג וברית, ולמעשה דינו נגזר לחומרה.

13. לשיטת המשיב, לא נתן בית משפט קמא משקל הולם למספר סוגיות אשר היו צריכות להכריע את הכף לזכותו של המשיב ולהקלה בעונשו, כך שלכל היותר היה על בית משפט קמא להטיל עליו עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות. לשיטתו, לאור נסיבות חייו הקשות, התייתמותו מאם בגיל 6, שהייתו בפנימייה ומעברים תכופים של מגורים, היה על בית משפט קמא להקל בעונשו. יתרה מכך, היה מקום לקבל תסקיר משלים, לאור העובדה כי המשיב היה בטיפול של שירות המבחן לאורך חודשים רבים - עובדה אשר אין לה כל זכר בתסקיר מיום 19/3/15.

14. עוד טוען המשיב, כי בית משפט קמא התעלם גם מהעובדה, כי חלפה כשנה מאז ביצוע העבירות, במהלכה שהה המשיב במעצר בית בתנאים מגבילים. כן לא נתן בית משפט קמא משקל ראוי להודאתו ולחסכון בזמן השיפוטי היקר.



לאור האמור, מבקש המשיב לבטל את עונש המאסר בפועל ולהטיל עליו, לכל היותר, עונש מאסר שירוצה בעבודות שירות.

דין

15. עיקר המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב מתחם הענישה ההולם, כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא, וכפועל יוצא גם סביב העונש המתאים שנגזר על המשיב בגדרי המתחם. מחד גיסא טוענת המערערת, כי המדובר במתחם עונש המקל עם המשיב יתר על המידה שאינו מגלם את מדיניות הענישה הנוהגת ואת חומרת העבירות שביצע. מאידך גיסא טוען המשיב, כי מדובר במתחם ענישה אשר החמיר עמו יתר על המידה ויש לשנותו לקולא.

16. לאחר שבחנו את טענות הצדדים, את גזר דינו של בית משפט קמא ואת המסמכים שהוצגו לעיונו, אנו מחליטים לקבל את ערעור המדינה ולדחות את ערעורו של המשיב. ככלל, ערכאת הערעור אינה נוטה להתערב בעונשים אשר השיתה הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים בהם נפלה בגזר הדין טעות משמעותית או שהוא חורג באופן ניכר ממדיניות הענישה הנהוגה. ראו: ע"פ 2064/14 **קואסמי נ' מדינת ישראל**, פסקה 26 לפסק דינו של כב' השופט י' דנציגר (24.2.2015); ע"פ 2740/14 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, פסקה 14 (19.11.2014); ע"פ 3091/08 **טרייגר נ' מדינת ישראל**, פסקה 11 (29.1.2009).

במקרה דנן סבורים אנו, כי העונשים אשר הושתו על המשיב, בנסיבות העניין, חורגים ממדיניות הענישה הנהוגה ומצדיקים התערבותה של ערכאה זו.

17. בית משפט קמא קבע, כי העבירות נשוא האישום מהוות אירוע אחד, הגם שכולל מספר מעשים. מדובר בפעולות עברייניות שבוצעו על ידי אותם מעורבים שקשרו קשר לעשות כן, על פני פרק זמן קצר יחסית, תוך שימוש באותם אמצעים ובאותה שיטה, ומדובר במסכת עבריינית אחת. משכך קבע בית המשפט קמא את מתחם העונש ההולם על עונש מאסר בפועל שנע בין 12 חודשים לבין 24 חודשים.

18. המשיב הורשע על פי הודאתו בקשירת קשר לביצוע פשע; בעבירה של הונאה בכרטיס חיוב בנסיבות חמורות (ריבוי עבירות) בעבירה של קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (ריבוי עבירות) ובעבירה של ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (ריבוי עבירות) שהעונש המקסימאלי, שעומד לצידן, נע בין 3 ל-7 שנות מאסר. לא יכולה להיות מחלוקת, כי העונשים, שנקבעו לצדן של העבירות, מצביעים על מידת חומרתן.

מכאן, ובהינתן עיקרון ההלימה, שנקבע על ידי המחוקק בתיקון 113 לחוק העונשין כעיקרון המנחה את בתי המשפט בגזירת הדין, שעניינו הבטחת יחס הולם בין סוג ומידת העונש, שייגזר על הנאשם, לבין חומרת מעשה



העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם, סבורים אנו כי לא יכולה להיות מחלוקת, שהעונש שנגזר על המשיב אינו משקף את מדיניות הענישה הנהוגה במקרים מן הסוג הנדון, וראה: ע"פ 30258-04-14 **ולנטיין אילייב נ' מדינת ישראל** (22.05.2014).

19. נראה כי נפלה טעות באופן שבו יישם בית משפט קמא את הוראות החוק. בנסיבות אלו יש מקום להתערב בתוצאה אליה הגיע, לאחר שמצאנו כי יש ממש בטענותיה של המערער.

אמנם הלכה היא בשיטתנו המשפטית כי בהיעדר טעות בגזירת-הדין ובהיעדר סטייה משמעותית של הערכאה הדיונית ממדיניות הענישה המקובלת, או הראויה - **אל לה לערכאת הערעור לשים עצמה בנעליה של הערכאה הדיונית ולמצות את מלוא חומרת הדין עם המערער בבואה לגזור את עונשו** (ראו בהקשר זה: ע"פ 10281/07 **מדינת ישראל נ' קורנבליט** (25.2.2008)). כך גם ידוע כי כל מקרה חייב להיבחן לפי הנסיבות האינדיוידואליות של ביצוע העבירה ושל מבצע העבירה. עם זאת, בנסיבות המקרה שבפנינו אין מנוס מהתערבות בגזר הדין וזאת משום מתחם הענישה השגוי שנקבע על ידי בית משפט קמא, וכפועל יוצא מכך גם העונש שהושת בסופו של יום על המשיב.

20. לתמיכה בטענותיה, הפנתה המדינה לפסיקת בית המשפט העליון ברע"פ 7334/14 **עבד אל חכים איגאסי נגד מדינת ישראל** (27/11/14). מפאת חשיבות עובדות כתב האישום ונסיבות ביצוע העבירות באותה פרשה, נתעכב עליהן קמעא. המערער שם הורשע על פי הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן, בעבירה של שימוש במסמך מזויף בנסיבות מחמירות - ריבוי עבירות - לפי סעיף 420 לחוק העונשין; קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות - ריבוי עבירות - לפי סעיף 415 סיפא לחוק העונשין; ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות - ריבוי עבירות - לפי סעיף 415 סיפא + סעיף 25 לחוק העונשין.

באותה פרשה רכש המערער עשרות פעמים מאתר אינטרנט המספק כרטיסי אשראי מזויפים, בידעו כי הם מזויפים. המערער שילם כ- \$20-\$80 עבור כל כרטיס מזויף. סך הכל החזיק המערער לאורך התקופה לפחות 150 כרטיסים מזויפים. במהלך התקופה השתמש המערער בכרטיסים המזויפים וביצע או ניסה לבצע באמצעותם, לפחות 393 רכישות של מוצרים ושירותים שונים, במועדים ובמקומות שונים, הכל בכוונה להונות ולקבל דבר במרמה.

סך הכל קיבל המערער (בענין איגאסי הנ"ל) במרמה מוצרים ושירותים בשווי של כ- 65,000 ₪ וניסה לקבל במרמה מוצרים ושירותים בשווי של כ- 600,000 ₪.

בית משפט השלום העמיד את מתחם העונש ההולם על עונש מאסר שנע בין 6 חודשים שבמקרים מסוימים ניתן להמיר בעבודות שירות לבין עונש מאסר בן 24 חודשים, ולבסוף גזר את דינו למאסר בפועל לתקופה של 14 חודשים, שיחושבו החל מיום מעצרו, וכן מאסר על תנאי לתקופה של 12 חודשים למשך שלוש שנים והתנאי



הוא, כי לא יעבור הנאשם כל עבירה בגינה הורשע.

בערעור על קולת העונש החמיר בית המשפט המחוזי בעונשו של המערער וקבע בעפ"ג (חי') 47238-07-14 **מדינת ישראל נגד עבד אל חכים איגאסי**, כי מתחם העונש ההולם את נסיבות העבירות הנדונות נע בין 24 חודשי מאסר ל- 48 חודשי מאסר בפועל, והעמיד את העונש המתאים למערער בגדרי המתחם על עונש מאסר של 26 חודשים. בית המשפט העליון דחה את בקשת רשות הערעור של המערער ההחמרה בעונשו והותיר את פסק דינו של בית המשפט המחוזי על כנו.

21. ברע"פ 4760/14 **קיסלמן נ' מדינת ישראל** (7/5/15), בית המשפט העליון קיבל חלקית בקשות רשות ערעור שהגישו חמישה מורשעים בעבירות של הונאה בכרטיסי חיוב, על החלטה להחמיר בעונשם בעקבות ערעורים שהגישה המדינה לבית המשפט המחוזי. באותה פרשה החזיק אחד הנאשמים במועדים הרלוונטיים בכרטיס אשראי אחד, או יותר, שעל גבי הפס המגנטי שלו הועתקו באופן בלתי חוקי נתוני כרטיס אשראי השייך לאדם פלוני (להלן: כרטיס האשראי המזויף). בשלב מסוים קשרו עימו שני נאשמים נוספים לקבל דבר במרמה באמצעות שימוש בכרטיס האשראי המזויף. במסגרת הקשר ולשם קידומו, שכרו שניים מהם, בצוותא, רכב מאדם אחר. בהמשך, במהלך חמישה ימים, ביצעה החבורה ביחד ולחוד, עסקאות באמצעות כרטיס האשראי המזויף, כשהם נוקטים בשיטת הפעולה הבאה: החבורה הגיעה (על פי רוב, בשעות הערב, או הלילה) לקרבתם של בתי עסק שונים (לרוב: "חנויות נוחות" בתחנות דלק, באזור חיפה), באמצעות הרכב האמור, שבו נהג, על פי רוב, אחד הנאשמים. חלק מחברי-החבורה נכנסו לבית העסק, נטלו מוצרים ושילמו עבורם באמצעות כרטיס האשראי המזויף, בעוד האחרים ממתנים ברכב. מיד לאחר חזרתם של חברי החבורה לרכב, עם הפריטים שנטלו במרמה מבתי העסק - נמלטה החבורה כולה מהמקום באמצעות הרכב. בתאריך 12.01.2013, בשעות הלילה המאוחרות, חבר אחיו של אחד הנאשמים לשאר חברי החבורה וסייע להם, מכוח נוכחותו, בכך שנסע עימם והמתין להם ברכב, בשעה שהם ביצעו עסקאות באמצעות כרטיס האשראי המזויף, במתווה שתואר לעיל, זאת בידעו כי הם מבצעים את מעשי המרמה.

בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט ד"ר ז' פלאח) - ראה במסכת שבה הורשע כל אחד מן המעורבים בפרשה (4 שנדונו בפניו) כאירוע עברייני אחד, וקבע כי מתחם הענישה ההולם את מעשיהם, מצוי בטווח שבין 6 חודשי מאסר, שאותם ניתן לרצות בעבודות שירות, לבין 3 שנות מאסר בפועל.

בית משפט השלום (כב' השופט ע' קוטון) - סבר אף הוא כי יש לקבוע מתחם ענישה הולם אחד ביחס לכל האירועים מושא האישום, שיוחסו לנאשם נוסף, אולם קבע (לאחר שנתן דעתו למתחם הענישה שנקבע ע"י כב' השופט ד"ר ז' פלאח ביחס ל-4 הנאשמים האחרים) כי מתחם הענישה ההולם בעניינו מצוי בטווח שבין 10 חודשי מאסר בפועל, לבין 24 חודשי מאסר בפועל.

ערעורים שהגישה המדינה על קולת העונשים שנגזרו על הנאשמים - התקבלו, כאמור, בבית המשפט המחוזי בעפ"ג 46246-02-14, עפ"ג 48573-03-14 ו-עפ"ג 50248-03-14. דעת הרוב בבית המשפט המחוזי סברה



כי מתחם העונש ההולם לכל אירוע (הכולל מספר עבירות), שבו נטלו הנאשמים חלק בפרשה, נע בין 8 חודשי מאסר, לבין 24 חודשי מאסר בפועל. שופט המיעוט, לעומת זאת, סבר כי מתחם העונש ההולם "לאירוע האחד", מושא כתבי האישום המתוקנים, שהוגשו כנגד המבקשים בפרשה, נע בין 6 חודשי מאסר, שיכול וירוצו בעבודות שירות, לבין 3 שנות מאסר בפועל (כקביעתו של כב' השופט ד"ר ז' פלאח). בסופו של יום, החמיר בית המשפט המחוזי בעונשם של הנאשמים וגזר עליהם תקופות מאסר בפועל, ממושכות מאלה שנגזרו עליהם בערכאה הדיונית (בין 38 חודשי מאסר בפועל ל-10 חודשי מאסר לצד עונשים נלווים).

בבקשות רשות ערעור שהוגשו לבית המשפט העליון נקבע, כי הבקשות מדגימות פערים חריגים וקיצוניים בין העונשים שגזרו הערכאות הדיוניות על המערערים לבין אלו שהושתו עליהם ע"י ערכאת הערעור, שמקורם בראיית המסכת העובדתית בתיק ככזו המגבשת "מספר אירועים". בסופו של יום נקבע כי עונשי המאסר בפועל שיושטו על המערערים יימצאו במתחם ענישה בטווח שבין 6 חודשי מאסר בפועל, שיכול וירוצו בעבודות שירות, לבין 36 חודשי מאסר בפועל. בפועל הופחתו העונשים לטווח שבין 6 חודשים שירוצו על דרך עבודות שירות, בהתאם לחוות דעת הממונה, לבין 32 חודשי מאסר בפועל.

אם כן, מהפסיקה הנוהגת בעבירות מסוג אלו נשוא ערעורנו, נראה שאכן צודקת המערערת בטענתה כי טעה בית משפט קמא בקובעו מתחם ענישה מקל.

לפיכך, אנו קובעים כי יש להעמיד את מתחם הענישה על טווח שבין 6 חודשי מאסר שיכול וירוצו על דרך עבודות שירות לבין 32 חודשי מאסר בפועל.

22. כפי שציין בית משפט קמא, מעשיו של המשיב מלמדים על תחכום ושיטתיות בביצועם. בית משפט קמא אומנם ציין, כי המשיב והאחר הצליחו לבצע עסקות בסך של 130,000 ₪. יחד עם זאת בל נשכח כי מדובר בשניים ועל כן סביר להניח כי הרווח לכל אחד מהם היה בגובה מחצית מהסכום. אלא שכאמור לעיל, אף בגין סכומים פחותים נקבע מתחם ענישה גבוה יותר.

סה"כ העסקאות והנסיונות לעסקאות של השניים מסתכם יחדיו ב-113, ומדובר בלמעלה מ-40 בתי עסק.

23. באשר לטענות המשיב, הרי שלנוכח האמור לעיל יש לדחות אותן מניה וביה. מכל מקום, עונש מאסר בפועל שירוצה בעבודות שירות, כפי שעותרת ב"כ המשיב, יהווה חריגה משמעותית לקולא ממתחם העונש ההולם. לא מצאנו הצדקה לחריגה כאמור, בהתאם לאמות המידה הקבועות בסעיף 40 ד' לחוק העונשין. בית משפט קמא אומנם התייחס לנסיבות חייו של המשיב, אולם אין להתעלם מהעובדה כי שירות המבחן לא בא בהמלצה טיפולית בעניינו.

זאת ועוד, הסתפקות בעונש של עבודות שירות יוביל לפגיעה בלתי מידתית באינטרסים ציבוריים כגון אכיפה



שוויונית של הדין, הרתעה והלימה. כך, בשים לב לחומרת המעשים ולנסיבות ביצועם, ובשים לב לצורך בהרתעת היחיד ובהרתעת הרבים מפני הישנות המעשים, שגלומה בהם אנטי-חברתיות מובהקת, אנו סבורים כי אין מנוס מהטלת עונש מאסר בפועל בגדרי המתחם שנקבע על ידנו.

24. אנו רואים להדגיש, כי הביטוי בו נוקט חוק העונשין בסעיף 40ד(א), "**...הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם...**", דורש הוכחה ואין די באמירות סתם או בתחושות. אף אין די בסיכויים בעלמא. יש להוכיח אפשרות ממשית המעוגנת במציאות, ובוודאי שהוכחות כאלה לא הונחו לפני בית משפט קמא. נוסף, כי אחד החידושים בתיקון 113 לחוק העונשין מצוי בדרישה כי בתי המשפט ימנעו מרטוריקה שאינה מבוססת בתשתית עובדתית (ראו: אורן גזל אייל, **חריגה ממתחם העונש ההולם**, ספר דורית ביניש (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרון ברק ושחר ליפשיץ, 2015)).

ועל הכל, במקרה שלנו מתסקיר שירות המבחן עולה כי נכונותו של המשיב לשיקום היא מן הפה אל החוץ, לצורך הליך גזירת הדין בלבד. בית משפט קמא ציין כי התסקיר מבוסס, מעמיק וממצה, ונקבע בו כי המשיב לא הביע נזקקות טיפולית ואף התקשה להצביע על צורך בשינוי. אומנם הוא ביטא נכונות לשתף פעולה עם כל הליך שייקבע על ידי שירות המבחן. ברם, להערכת שירות המבחן, הצהרה זו נובעת מרצון להקל על תוצאות ההליך ולא מתוך הבנה בדבר נחיצות הטיפול. לאור כל אלה נקבע על ידי שירות המבחן, כי קיימת פרוגנוזה שלילית לטיפול ושינוי, ובהעדר הכרה בקיומה של בעיה, הסיכון להישנות העבירה קיים. משכך, נמנע שירות המבחן מליתן המלצה טיפולית בעניינו של המשיב.

25. אין ספק שיש לייחס חשיבות רבה לאמור בתסקיר ולהערכות שירות המבחן. שירות המבחן, בתוקף תפקידו, שם ככלל את הדגש על האינטרס הפרטי של מבצע העבירה, בעוד שעל בית המשפט לשקול שיקולים שונים ורחבים יותר. על בית המשפט לראות לנגד עיניו את כלל השיקולים הרלוונטיים ובהם, בין היתר, את אינטרס הציבור וזכותו של הציבור להגנה מפני מי שפוגע בבטחונם ובכלכלתו. בע"פ 344/81 **מדינת ישראל נ' שחר סגל**, פ"ד לה(4) 313, אמר כב' הנשיא (בדימוס) מ' שמגר בעניין זה:

"שיקוליו של שירות המבחן למבוגרים אינם חופפים בהכרח את שיקוליו של בית המשפט, וזאת, אין היתר, מאחר שהוא אינו מופקד על הראייה הכוללת, הבוחנת גם את אלמנט ההרתעה הכללי ונתונים כיוצא באלה. לכן, אין לבוא בטרוניה אל שירות המבחן, אם הוא נותן דעתו בעיקר לאינטרס האישי של הנאשם, ואף מוכן להציע הצעות לשיקום, המעוגנות, לעתים, בהערכה ובהתרשמות ותו לא. השירות רואה את עיקר מעייניו במיצוי של היבט מוגדר של הנתונים, הנאספים לקראת ההכרעה השיפוטית, ובית המשפט הוא שיוצר את האיזון הנאות בין הנתונים השונים ומופקד על ראייתו של השלם להבדיל מן הקטע או המקוטע. מכאן כי אל הדברים, העולים מן התסקיר, מצטרפים, בדרך כלל, נתונים רלוונטיים נוספים, המשמשים יסוד לשיקוליו של בית המשפט, כגון מהות העבירה, הלקחים לגבי האיש ומעשיו, כפי שהם מתגבשים בראייתו של בית המשפט, ועוד".



כאמור, שירות המבחן, אשר רואה את האינטרס של הפרט, נמנע מהמלצה טיפולית בעניינו של המשיב שבפנינו. בהעדר המלצה טיפולית אין שיקום, ובוודאי שלא סיכוי של ממש לשיקום, ולכן אין לסטות ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום.

26. ערים אנו לטענת ב"כ המשיב בדבר היותו של המשיב צעיר העומד להינשא לבחירת לבו, ונסיבות חייו לא היו פשוטות. כמו כן לא נעלמה מעינינו הטענה, כי עונש מאסר לריצוי בפועל יקשה עליו להשתקם. עם זאת, בל נשכח, ועל כך עמדנו קודם, כי מהתסקיר עולה תמונה שונה, כך שטענות הסנגורית אינן מתיישבות עימה.

27. בהביאנו בחשבון בין היתר, את הנסיבות המקלות בעניינו של המשיב, כפי שפורטו בגזר דינו של בית משפט קמא, אנו סבורים כי העונש המתאים למשיב, גם בהתחשב בכלל הנוהג לעניין קבלת ערעור המדינה על קולת העונש, דהיינו, שאין ערכאת הערעור ממצה את הדין עם המשיב, עומד על 20 חודשי מאסר בפועל.

28. לנוכח כל האמור, אנו מחליטים לקבל את ערעורה של המדינה ולדחות את ערעורו של המשיב.

המשיב ירצה 20 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו שבין 28/5/14 עד 14/7/14. רכיב המאסר על תנאי כפי שנקבע על ידי בית משפט קמא יישאר על כנו.

על המשיב להתייצב בבית המעצר קישון לצורך ריצוי יתרת עונש המאסר בפועל שהוטל עליו, **ביום ראשון 30.8.15 עד השעה 10:00, כשברשותו תעודת זהות או דרכון.**

על המשיב לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים : 08-9787377, 08-9787336.

ניתן היום, י"ז אב תשע"ה,
02 אוגוסט 2015, במעמד
הנוכחים.

ס. ג'יוסי, שופט

ש. שטמר, שופטת
בכירה

י. גריל, שופט בכיר
[אב"ד]