



ת"פ 50906/08/15 - מדינת ישראל, יחידת תביעות ירושלים - עו"ד ר' קרדי נגד הירון בן יצחק, שלמה דסטה

בית משפט השלום בירושלים

ת"פ 50906-08-15 מדינת ישראל נ' בן יצחק (עציר) ואח'
תיק חיצוני: 372563/15

בפני כבוד השופט ד"ר אוהד גורדון
המאשימה
נגד
הנאשמים
מדינת ישראל יחידת תביעות ירושלים - עו"ד ר' קרדי
1. ירון בן יצחק (עציר) ע"י ב"כ עו"ד ש' ויזלברג
2. שלמה דסטה (אחר/נוסף) ע"י ב"כ עו"ד ד' הלוי

החלטה בעניינו של הנאשם 1

הנאשם הודה בעובדות כתב האישום, והעלה טענה מתחום המשפט המהותי. לפיה, המעשים בהם הודה אינם מקימים את העבירה המיוחסת לו בכתב האישום המתוקן מיום 30.8.15, עבירה של התפרצות לפי סעיפים 405(ד) ו-407(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), אלא עבירה של הסגת גבול לפי סעיף 447 לחוק העונשין, שיוחסה לו בכתב האישום המקורי. בכך תעסוק החלטה זו.

רקע

1. לפי העובדות בהן הודה הנאשם 1, ביום 23.8.15 בסמוך לשעה 22:17 נכנסו הוא והנאשם 2 לחנות "ינות ביתן" בבית שמש (להלן: "החנות") בה עבד הנאשם 1 מספר חודשים קודם לכן ובשל כך החזיק ב"מידע פנימי" על המקום, כלשון כתב האישום. הנאשמים נכנסו לחנות מדלת הכניסה והמשיכו למחסן האחורי של החנות אותו סרקו ונכנסו לחדר המקררים בו הסתתרו עד לשעת סגירת החנות. אז יצאו ממחבואם, עטו כפפות וכיסו את פניהם. הם נטלו ממדפי החנות מוצרים שונים בשווי כולל של כ-1530 ₪, במטרה לגנובם. בסמוך לשעה 1 לפנות בוקר, בשל הפעלת חיישני תנועה, הגיע למקום כוח משטרה אך הנאשמים הסתתרו ולא נתפסו. בחלוף זמן קצר נראו הנאשמים במצלמות האבטחה, כוח המשטרה חזר לחנות ולכד את הנאשמים כשהם מנסים להסתתר מעל מקרר.

2. בשל כוונת הנאשם לצרף תיק זה לתיקים אחרים, ביקשה ההגנה כי מתן הכרעת דין מרשיעה תידחה, ובשלב זה תוכרע אך השאלה המשפטית שבכותרת שעניינה בטיב העבירה שבוצעה בידי הנאשם 1. המאשימה לא התנגדה ועל כן, הגם שאין מדובר בסדר הדברים הרגיל במשפט פלילי, מצאתי להיעתר לבקשה.

3. להשלמת התמונה אציין, כי לנאשמים מיוחסת, בנוסף, עבירה של ניסיון גניבה. לגביה, מצדו של הנאשם 1 בו

עמוד 1



עוסקת החלטה זו, אין מחלוקת מהותית באשר להתקיימותה. בישיבה האחרונה עלה אמנם טיעון לפיו סעיפי החוק הרלבנטיים לעבירה האמורה אינם מופיעים בכתב האישום המתוקן, אך הדין בטענה זו חורג מגדרי החלטה זו. עוד אציין כי הקביעות שבהחלטה זו אינן מחייבות את הנאשם 2, שכן הוא לא אישר את העובדות המיוחסות לו.

סעיפי החוק ותמצית טיעוני הצדדים

4. התפרצות מוגדרת בסעיף 405 לחוק העונשין, כדלקמן:

"(א) השובר חלק חיצוני או פנימי של בנין, או פותח - במפתח, במשיכה, בדחיפה, בהרמה או בכל דרך אחרת - דלת, חלון, תריס או כל דבר שנועד לסגור או לכסות פתח בבנין או פתח הנותן מעבר מחלק לחלק בבנין, נקרא פורץ.

(ב) המכניס לבנין חלק מגופו או מן הכלי שהוא משתמש בו, נקרא נכנס.

(ג) הפורץ ונכנס או פורץ ויוצא, נקרא מתפרץ.

(ד) הנכנס לבנין באיום, בתחבולה או בקנוניה עם אדם שבבנין, או נכנס לארובה או לפתח אחר של הבנין העומד פתוח דרך קבע לצורך מסויים וכרגיל אינו נועד לשמש לכניסה, רואים אותו כאילו פרץ ונכנס"

החלופה הרלבנטית לענייננו היא סעיף קטן (ד) לעיל, בדגש על הכניסה לחנות "בתחבולה".

5. עבירת הסגת הגבול כדי לעבור עבירה מוגדרת בסעיף 447 לחוק העונשין, כדלקמן:

"(א) העושה אחת מאלה כדי להפחיד מחזיק בנכס, להעליבו, להקניטו או לעבור עבירה, דינו - מאסר שנתיים:

(1) נכנס לנכס או על פניו;

(2) לאחר שנכנס כדי לנכס נשאר שם שלא כדין"

6. התביעה סבורה, כי המעשים שביצע הנאשם 1 מהווים התפרצות "בתחבולה" לפי סעיף 405(ד) המצוטט לעיל. לדידה, התחבולה באה לידי ביטוי בכך שהנאשמים נכנסו לחנות כלקוחות תמימים, כאשר בפועל ביקשו לבצע בה עבירת רכוש. עוד נטען כי התכלית לשמה הותר לנאשמים להיכנס, שונה ממה שביצעו בפועל. לתמיכה בטיעונה הציגה המאשימה את פסק הדין בת.פ. (ת"א) 318/85 **מדינת ישראל נ' אביטל והראל**, פ"מ תש"ם (1) 485 (3.8.86). מקרה זה עסק במי שהתחזו כלקוחות המבקשים לשכור כספות בבנקים, נכנסו לחדר הכספות וקיבלו לידיהם מפתחות כספות אותם "שיכפלו" ובהמשך נעזרו בהם לגנוב רכוש מכספות. נקבע שם, כי בוצעה עבירת התפרצות "בתחבולה" ולא אך הסגת גבול. אשוב לפסק דין זה בהמשך.

7. ההגנה, מנגד, טוענת כי לא מדובר בהתפרצות, משהנאשמים לא ביצעו כל תחבולה כדי להיכנס לחנות ועמדה להם הרשות להיכנס אליה ככל אדם המבקש להיכנס לסופרמרקט. העבירה המתאימה לדידה היא הסגת הגבול, בחלופה (א)(2) העוסקת בהישארות בנכס שלא כדין לאחר כניסה אליו. ההגנה הוסיפה והדגישה את העובדה שמלכתחילה יוחסה לנאשמים עבירה של הסגת גבול, ורק בהמשך תוקן כתב האישום תוך המרת האישום בהתפרצות.



8. מוקד המחלוקת בהליך זה עוסק בפרשנותה של חלופת ה"תחבולה" לעבירת ההתפרצות - סעיף 405(ד) לחוק העונשין. הפסיקה באשר לפרשנות זו, או לאבחנה שבין עבירת ההתפרצות בחלופה הנדונה לבין עבירת הסגת הגבול, היא מועטה וטרם נקבעה בנושא הלכה פסוקה (לצד עניין **אביטל** הנ"ל ראו התייחסויות בע"פ 6914/04 **פיינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה** פס' 33 סיפא (25.12.04); ובת.פ. (י-ם) 14879-08-14 **מדינת ישראל נ' רבינפור, פס' 6** (3.4.15). כל פסקי הדין הישראלים הנזכרים בהחלטה זו פורסמו ב"נבו" אלא אם צוין אחרת)). על רקע זה נדרש דיון בשאלה הפרשנית.

9. כידוע, פרשנותו של הדין, לרבות הפלילי, תיעשה בהתאם לעקרונות הפרשנות התכליתית. לפיהם, יש לתור אחר הפרשנויות המתיישבות עם לשון החוק, אך בכך לא די. בצד הלשון עומדת התכלית הנורמטיבית אותה מבקש הדין להגשים. "תכלית זו מורכבת מהתכלית הסובייקטיבית ("כוונת המחוקק"), שעמדה לנגד עיני היוצר ההיסטורי של הדין ומהתכלית האובייקטיבית ("כוונת המחוקק הסביר") המשקפת את ערכיה של שיטת המשפט". על הפרשן לייחס ללשון הדין את המשמעות המגימה, יותר מאחרות, את תכליתו. בכלל זה יתחשב בהשתלבותו של ההסדר החוקי הנדון במכלול הוראות החוק. כאשר קיימות שתי פרשנויות שאינן רק אפשרויות מבחינה לשונית אלא גם מבחינה תכליתית, ובהתאם לסעיף 34כא לחוק העונשין, ייבחר הפירוש "המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין" (דנ"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד** פס' 17-19 (7.6.04). ראו גם דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן** (2.3.09); רע"פ 5717/15 **מדינת ישראל נ' פלוני** (24.11.15); א' ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" **מחקרי משפט** יז 347 (2002)).

על לשון עבירת ההתפרצות והשתלבותה במכלול ההוראות החוקיות

10. מלשוננו המצוטט לעיל של סעיף 405 לחוק העונשין עולה, ראשית, כי האקטוס-ריאוס של עבירת ההתפרצות כולל שתי חלופות. בשתיהן נדרש יסוד ה"כניסה" לנכס, המוגדר בס"ק 405(ב), ולצדו יסוד נוסף. אם ה"נכנס" עשה זאת כ"פורץ": מונח המוגדר בס"ק (א) ומאופיין באקט פיסי אשר מאפשר את ה"כניסה" לנכס כגון פתיחת דלת או חלון, הוא ייחשב כ"מתפרץ". לחלופין, אם נכנס לנכס באמצעות איום, תחבולה, קנוניה או באחת הדרכים הנוספות שמפורטות בס"ק (ד) (ושהחלטה זו לא תתמקד בהן), אזי "רואים אותו כאילו פרץ ונכנס".

11. מבנה לשוני זה מלמד, כי החלופה שבס"ק (ד) נועדה לאפיין מקרים בהם לאופן הכניסה לנכס נלווה פסול שהוא שקול, ולחלופין משיק במאפייניו ובדרגת חומרתו לאקטים הפיסיים שבגדרי ס"ק (א). כשם שה"פריצה" שמוגדרת בס"ק (א) בצירוף ה"כניסה" הופכות את המעשה להתפרצות, הרי שס"ק (ד) עוסק במעשים ש"מחליפים" לעניין זה את יסוד ה"פריצה" ואשר יש בפסול שבהם להעצים את עצם הכניסה הבלתי-מורשית, לכדי התפרצות. מכאן ההצדקה לראות במי שנכנס באופן זה "כאילו פרץ", הגם שלא עשה זאת בכוח הזרוע.

12. חלופת ה"תחבולה" משתלבת במהלך זה, באפיינה מקרים בהם הכניסה לוותה במידה משמעותית של ערמה, שיש בה פגם מוסרי עצמאי אשר נלווה לעצם הכניסה הבלתי-מורשית והופך אותה חמורה דיה כדי שניתן יהיה לראות במבצעה כ"מתפרץ". אפיון זה של החלופה הנדונה עולה גם ממיקומה בלשונו של ס"ק (ד), לצד חלופות מקבילות הנושאות פסול דומה והן האיום והקנוניה.

13. פרשנות החלופה נעשית כאמור גם בשים לב למיקומה כחלק ממכלול של הוראות חוק. במקרה דנן



הגדרת ה"התפרצות" שבסעיף 405 הנזכר לעיל אינה עומדת בפני עצמה. על בסיסה, קובע סעיף 407(א) לחוק העונשין כי:-

"המתפרץ לבנין שאינו משמש בית מגורים ולא מקום תפילה, או לבנין שהוא אמנם סמוך לבית מגורים ומוחזק יחד עמו אך איננו חלק ממנו, בכוונה לבצע בהם גניבה או פשע, דינו - מאסר חמש שנים"

במקביל, גם עבירת הסגת הגבול שנוסחה הובא לעיל עוסקת בכניסה לנכס או היוותרות בו לאחר כניסה אליו וזאת בין היתר בכוונה "לעבור עבירה". שתיהן מצויות בפרק י"א לחוק העונשין, העוסק בעבירות רכוש.

מכלול זה מלמדנו, כי בהקשר בו אנו עוסקים של כניסה לא-אלימה המלווה בכוונה לבצע גניבה, קיימות שתי דרגות של עבירה: הנכנס לנכס בכוונה לבצע גניבה יורשע בהסגת גבול, שעונשה המרבי שנתיים במאסר אלא אם כניסתו נעשתה באמצעות תחבולה, שאז יורשע בהתפרצות ועלול להיכלא עד לחמש שנות מאסר. אציין כי אמירה זו אינה נכונה לגבי כלל המקרים עליהם חלות העבירות האמורות. קיימים הבדלים בין העבירות, כגון תחולתה של הסגת הגבול על כוונה לעבור כל עבירה, בעוד שההתפרצות חלה רק בהינתן כוונה לבצע גניבה או עבירה מסוג של פשע. ועם זאת, לגבי התרחיש העובדתי בו עוסקת החלטה זו קיים מכנה משותף בין סעיפי העבירה היוצר "מדרג" של עבירות.

ביאור זה של החלופה לפי סעיף 405(ד), על רקע השתלבותה בהגדרת ההתפרצות ובמכלול הוראות החוק, מחדד את הבנת יסוד ה"תחבולה" כאלמנט עצמאי בעל משמעות נורמטיבית של ממש. אלמנט, המגלם פגם מוסרי אשר נבדל מעצם הכוונה לגנוב (שכן זו מתקיימת בשתי דרגות העבירה). אלמנט זה שבביצוע העבירה מעצים את הפסול שבמעשה, עד כי ראוי לקרוא למבצעו "מתפרץ" ולא "מסיג גבול" ולחשפו לתיג ולענישה פוטנציאלית שהם חמורים, משמעותית, מאלה של הסגת הגבול.

14. מכאן עולה גם, כי להתקיימותה של "תחבולה" לא ניתן להסתפק בכל יסוד של חוסר-יושר הנלווה לכניסה לבנין. נדרש יסוד בעל משקל של ממש, שכאמור אינו מתמצה בעצם הכוונה לגנוב. אפיון זה לא מאפשר לקבל, כי עצם העובדה שהאדם הנכנס לחנות כלקוח אינו מגלה לבעליה כי בכוונתו לגנוב מן החנות הופכת את המעשה להתפרצות ב"תחבולה". גישה פרשנית מעין זו עלולה להפוך כל "גנב-חנויות" (בלועזית Shoplifter) למתפרץ - סוגיה אליה אשוב בהמשך. פרשנות זו אף עלולה ליתר את עבירת הסגת הגבול, שבהקשר הנוכחי מאופיינת אף היא בכוונה לבצע עבירה (כאן: לגנוב), ובהנחה כי מבצעה לא יזדרז לחשוף את כוונותיו הפליליות בפני בעל הנכס.

15. ה"תחבולה" היא אפוא יסוד בעל מהות מוסרית, במשקל של ממש. הניסיון להוסיף ולאפיינו מביאנו לתכליות הדין:

התכלית הסובייקטיבית - היסטורית של ההתפרצות "בתחבולה"

16. בעניין **אביטל** זיהה בית המשפט המחוזי בתל-אביב את מקורותיה של ההתפרצות ב"תחבולה", בהצביעו אל דוקטרינת "הפריצה הקונסטרוקטיבית" ששורשיה נעוצים במשפט המקובל:

"נראה לי כי צודקת הגב' עו"ד דבורין בהזקקותה לדרכי היישום והפרשנות של 'הפריצה הקונסטרוקטיבית' המקובלות בדיקטורה האנגלית. אם כי יש לנקוט בזהירות בפניה זו ולשים לב לשינויי הוראות הס' 405(ד) זהות כמעט לחלוטין, למעט כמה חסידי תרגום, להוראותיה של הסיפא לס' 294 לפח"פ 1936 האומרת, בין היתר, במקורה האנגלי כי person who obtains entrance into a building by means of any threat or artifice used for that



" purpose... is deemed to have broken and entered the building

17. אני סבור כי מדובר בזיהוי מדויק. אמנם, ככל פניה אל המשפט המשווה, גם מהלך זה דורש זהירות ניכרת. כך, בין היתר, משום שפקודת החוק הפלילי בה זוהו מקורותיו של סעיף 405(ד) לחוק העונשין אינה ביטוי הכרחי של החוק באנגליה. לא מדובר בדבר החקיקה שחל אותה תקופה באי הבריטי, אלא בקוד שחובר בסוף המאה ה-19 בקווינסלנד, אומץ על-ידי משרד המושבות הבריטי כמודל לקודיפיקציה של הדין הפלילי במושבות שתחת שליטתו, ובלשונו של פרופ' שחר "הוצע אחר כבוד ממושבה אחת למשנתה בשלבים". בכל מושבה בה חוקק עבר שינויים, משם עבר למושבה הבאה וכן הלאה (י' שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" **עיוני משפט** ז' 75). כתוצאה, הפקודה אינה זהה בהכרח לדין שחל באנגליה. הדבר מומחש בענייננו, שכן לשון החוק שחל באנגליה בתקופה בה עוצבה פקודת החוק הפלילי לא כללה חלופה של פריצה "בתרמית" בהגדרתה של עבירת ההתפרצות (Larceny Act 1916, §§25 and 26). לשון החוק שם נסמכה על מודל מוקדם של המשפט המקובל אשר מתמקד בפריצה (Breaking) וכניסה (Entering) לבית בשעת לילה, בכוונה לבצע עבירה (המודל עוצב בידי לורד Coke בשנת 1641. ראו H.A. Anderson "From the Thief in the Night to the Guest Who Stayed Too Long: The Evolution of Burglary in the Shadow of the Common Law" 45 IND. L. REV. 629 (2012)). להלן: "אנדרסון"). יתר על כן, בהמשך הדרך, בשנת 1968 הוחלף החוק האנגלי, כאשר הנוסח החדש זנח את דרישת הפריצה (Breaking) ובמקומה דורש כי הנכנס לנכס יהיה מסיג-גבול, "Theft Act" (trespasser" (9 §, 1968)). הדבר מקשה להיסמך, לצרכי הסוגיה מושא החלטה זו, על הדין האנגלי משנת 1968 ואילך אשר עבר מן הדיון בשאלת הפריצה הקונסטרוקטיבית לפרשנות של "הסגת הגבול" הנדרשת ובכלל זה של היקף חריגת העברין מרשות הכניסה שנתן המחזיק בנכס. מסיבה זו אף איני יכול להסכים למבחן שהוצע בעניין **אביטל** ליישום חלופת ה"תחבולה", ואשר מנתח את התקיימותה בהתאם להיקף החריגה מן הרשות האמורה (שם, פס' 10).

18. למרות זאת בשים לב לזהירות המתבקשת, סבורני כי צדק בית המשפט שם כשהצביע על סעיף 405(ד) כעיוגן של דוקטרינת ה"פריצה הקונסטרוקטיבית" שהתפתחה במשפט המקובל. כידוע, בשיטה זו פותח הדין לא אחת דרך הפסיקה, וכך גם בעניינה של עבירת ההתפרצות בה הרחיבו בתי המשפט את המודל המצומצם שעוגן בחוק, על מכלול היבטיו. במסגרת זו התפתחה דוקטרינת הפריצה הקונסטרוקטיבית, שקטלגה כ"פריצה" מקרים בהם העברין גרם לאחר לאפשר לו להיכנס לנכס באמצעות איום או נקיטה באלימות; שיתף פעולה עם אחר דוגמת משרת שעבד בבית ואפשר את כניסתו; או השתמש בתחבולה או בתרמית כדי להיכנס (ראו RUSSEL ON CRIME (12th ed., 1964) (819-821)). כלילתן של אותן קטגוריות ממש בלשונו של סעיף 405(ד), ובנוסח המקור שבפקודת החוק הפלילי, מעידה על מקורותיו.

מקורותיו ההיסטוריים של סעיף 405(ד) ניכרים אף בהתייחסות בלשונו לאפשרות, לצד האיום, הקנוניה והתחבולה, של כניסת העברין לבית דרך הארובה כשקולה להתפרצות. זאת, למרות ריחוקה של סיטואציה זו ממצואות החיים בבית הישראלי הטיפוסי. המדובר בסוגיה שנדונה בפסיקה האנגלית (אנדרסון, בעמ' 634 וה"ש 25) ו"התגלגלה" אל החוק בישראל.

19. על רקע זה יש מקום לעמוד על מהותה של חלופת ה"תחבולה" בדוקטרינת הפריצה הקונסטרוקטיבית שבמשפט המקובל, כבסיס לפרשנותה. על מהות זו ניתן ללמוד מדוגמאות של תרחישים בהם הוחלה הדוקטרינה בפסיקה האנגלית. כך בעניינם של מי שהתגוררו כדיירים בבית וניצלו את יציאת הבעלים לתפילה



כדי לגנוב; מי שהתחזה כבעל צו חיפוש במקום כדי שהבעלים יאפשר את כניסתו; מי שקראו לשוטרי בטענה שהם במצוקה, ולאחר שבעל הבית פתח את הדלת בפני השוטרי כבלו את השוטרי ובעל הבית וגנבו רכוש; או מי שהתחזה, לאותה מטרה, כנציג של רשת שידור שהגיע לבחון הפרעות בקליטת הרדיו (RUSSEL ON CRIME, שם; 3 W.L.R. 364 [1954] R. v. Boyle). בפרשה האחרונה קבע ה-Court of Criminal Appeals כי פריצה קונסטרוקטיבית מתקיימת "Where the offender, with intent to commit a felony, obtains admission by some artifice, trick or threat, for the purpose of affecting it."

20. עוד ניתן ללמוד על מהותה של הפריצה בתחבולה מן הניסיון הרחב שנצבר בנושא בארצות הברית. להבדיל מאנגליה בה, כאמור, תוקן החוק בשנת 1968 תוך זניחת שאלת ה"פריצה" וממילא גם זניחת הדוקטרינה של פריצה קונסטרוקטיבית, בארצות הברית נקלטה הדוקטרינה בצורה רחבה ואותותיה ניכרים עד היום. הדבר עולה ממחקר שפורסם בשנת 2012, ואשר הצביע על השפעתם של עקרונות המשפט המקובל על הדין האמריקאי. לפיו, דרישת ה"פריצה" קיימת בקודים פליליים של חלק ממדינות ארה"ב ומתפרשת בצורה רחבה לאור הדוקטרינה הקונסטרוקטיבית. חלק אחר ומרכזי מן המדינות (כשני שליש מהן) אינו דורש "פריצה" אך אימץ, באותה רוח, הגדרה לפיה לצד ה"כניסה" גם "הישארות" בנכס, "הישארות שלא כדין" או "הישארות בחשאי" (Remaining unlawfully or surreptitiously). המחקר הראה כי מצב זה נותר בעינו אף לאחר ניסיון, במסגרת מודל החקיקה שנוסח ב-Model Penal Code בשנת 1962, להימנע מיסוד ה"פריצה" בהגדרת ההתפרצות, ואף להחריג מקרים של כניסה לנכס בשעות פתיחתו לציבור מגדרי העבירה (§221.1 למודל). עמדה זו לא קנתה אחיזה בקודים הפליליים של מדינות ארצות הברית, וגם לאחריה נותרה השפעתם של יסודות ההתפרצות של המשפט המקובל בעינה.

21. פניה לפסיקה האמריקאית מראה שימוש משמעותי בדוקטרינת הפריצה הקונסטרוקטיבית, ודיון בסיטואציות מקבילות לזו בה עוסקת החלטה זו. כמו סעיף 405(ד), אף הדוקטרינה האמריקאית מתייחסת לאפשרות של כניסה לנכס בתחבולה, איום או הפחדה, או כחלק מקנוניה. היא שימשה, ראשית, במקרים של מצגים כוזבים בפני המחזיק במקום שנועדו לגרום לו לאפשר לעברייני להיכנס לדירה. כך, למשל, מי שסייע לבעל הבית לסחוב סלי מצרכים לדירה וניצל את כניסתו לבצע בה עבירה; מי שצלצלו בדלת הבית כשהם אוחזים בקרטון פיצה וכשזו נפתחה איימו ברובה על בעלת הבית ושדדוה; מי שטען בכזב בפני המחזיק במקום שדירת אמו עולה באש ולאחר שזה נחפז החוצה נכנס וגנב רכוש; או מי שביקש להיכנס לבית כדי להתקשר לגרר משום שרכבו התקלקל, ולאחר הכניסה ביקש כוס מים שאז ניצל את השהות כדי לגנוב (ראו 13 J.M. Zitter "Use of Fraud or Trick" 15 Am. Jur. 2d §15; 17 A.L.R. as 'Constructive Breaking' for Purpose of Burglary or Breaking and Entering Offense" 125 (5th)).

22. לצד מקרים אלה, קיים גם עיסוק בתרחישים הדומים לענייננו. סקירה מקיפה של פסיקה מדינתית ופדרלית, שעסקה במקרים בהם ניתנה הסכמה של המחזיק במקום לכניסת העברייני לנכס או נטען שניתנה הסכמה כאמור, העלתה כי הגם שהסכמה מעין זו יכולה במקרים מסוימים לשמש הגנה בפני אחריות בהתפרצות, הרי שבתי המשפט בארה"ב "מחזיקים ככלל בדעה לפיה הסכמה להיכנס למקום ציבורי לא יכולה לכסות איזור של אותו מקום הסגור לקהל, עיתוי בו המקום אינו פתוח לציבור, או היוותרות במקום לאחר סגירתו".

אשר לתרחיש ספציפי של כניסה לחנות הפתוחה לציבור, אותרו באותה סקירה גישות שונות, בהתאם לסוג



ההסדר החוקי החל בכל מדינה. הפסיקה במדינות ששמרו בהגדרת עבירות ההתפרצות שלהן על דרישות המשפט המקובל ל"פריצה" ו"כניסה" נוטה ליישם את האבחנה הנזכרת לעיל. בתי המשפט באותן מדינות אינם נוטים להרשיע מקום בו הכניסה לחנות נעשתה בשעות המסחר, גם אם נעשתה בכוונה לגנוב, אך אם הנאשם "נכנס לאזור של החנות הסגור לציבור, נשאר בנכס לאחר שעת סגירת החנות, או נכנס בזמן שהחנות סגורה לציבור" קמה אחריות בהתפרצות. זאת, למעט מדינות הדורשות כניסה בכוח לנכס (Forcible Entry) בהן נקבע שלא די בהתנהלות האמורה להקים את האישום. במדינות נוספות, שדורשת בהגדרת ההתפרצות כניסה בלתי חוקית לנכס בכוונה לבצע עבירה, ניכרת גישה דומה. זו מבחינה בין מקרים של כניסה בשעות הפתיחה, אשר לא יקימו אחריות בעבירה, לבין מקרים של הסתתרות בחלק של החנות שאינו פתוח לקהל, שיבססו הרשעה בהתפרצות. עם זאת, הוצגו גם מקרים לא מעטים בהם הורשעו בהתפרצות מי שנכנסו לנכס בכוונה לעבור עבירה, אף אם לא הסתתרו במקום שאינו פתוח לציבור או המתינו לשעת הסגירה. זאת, מתוך גישה לפיה הסכמה לכניסה למקום ציבורי חלה רק על אלה שמטרת כניסתם הולמת את הסיבה בשלה המקום פתוח, ולכן כניסה בכוונה לבצע עבירה לא תיחשב לכניסה בהסכמה. בסוג שלישי של מדינות, שהגדרות ההתפרצות שלהן מסתפקות בכניסה לנכס בכוונה לבצע עבירה, עצם ההסכמה לכניסת לקוחות אינה פוטרת מי שנכנס לחנות עם כוונה עבריינית. ראו J.E. Zelin "Maintainability of burglary charge, where entry into building is made with consent", especially §§5, 8 and 12, 58 A.L.R.4th 335.

על מנת להמחיש את האבחנה האמריקאית בין עצם כניסה לחנות בכוונה לגנוב, לבין קיומם של אלמנטים נוספים של "תחבולה", אציג את עניין Jones - הדומה מאוד לעניינו. דובר שם בשניים שנכנסו לחנות כלבו בשעות הפתיחה, הסתתרו במחסן עד שהחנות נסגרה ואז יצאו ממחבואם והחלו ליטול סחורות שונות. בשעת לילה הופעלה אזעקה שקטה, ושוטר שהגיע למקום תפסם. בית המשפט לערעורים של וירג'יניה, בדחותו ערעור על הרשעה בעבירת התפרצות, דן בין היתר בטענת המערער שם לפיה אין להחיל את דוקטרינת הפריצה הקונסטרוקטיבית שכן "בזמן הכניסה עצמה הבעלים הזמין את הציבור להיכנס, ולכן כניסתו לא הייתה בניגוד לרצון הבעלים". הטענה נדחתה, בקביעה לפיה הסכמת הבעלים לכניסה נועדה לצרכי קניה בלבד, פגה בשעת הסגירה והישארות בחנות לאחריה "מהווה כניסה בתחבולה והונאה כאשר הכניסה המקורית נעשתה בכוונה לגנוב" (Jones v. Virginia 349 S.E.2d 414). כדוגמה נוספת יוצג עניין Speller, שאף בו נכנס הנאשם לחנות בשעות הפתיחה, הסתתר בחלק של החנות שאינו פתוח לציבור ויצא ממנו לאחר שעת הסגירה כדי לגנוב. בית המשפט לערעורים של צפון קרוליינה קבע כי הדבר לא מאפשר לראות בכניסתו לחנות ככניסה חוקית (State v. Speller, 259 S.E.2d 784 (1979)).

23. הפן הסובייקטיבי-היסטורי של תכלית החוק מאפשר לאמוד את כוונתם של מנסחי חלופת ה"תרמית" בפקודת החוק הפלילי ובהמשך בחוק העונשין, וכך להוסיף וליצוק תוכן לחלופה האמורה. המסקנה שעלתה בפרק הקודם מבחינת לשון החוק והשתלבותה במכלול האיסורים בחוק העונשין, לפיה חלופה זו נועדה לתפוס מקרים שבהם פסול מוסרי החורג מעצם הכוונה לגנוב ומציבם ברף מקביל או דומה לפריצה "פיסית", מתיישבת עם אפיונה של חלופה זו כגילום של דוקטרינת ה"פריצה הקונסטרוקטיבית" שבמשפט המקובל.

האופן בו יושמה הדוקטרינה באנגליה ובארצות הברית מוסיף ומקדם את הדיון הפרשני. כידוע וכפי שצוין לעיל, הסתמכות על משפט משווה צריכה להיעשות בזירות, משלכל שיטת משפט מאפיינים, הסדרים ואקלים משפטי משלה. ולמרות זאת, יש במצב מעבר לים ללמדנו לקחים חשובים.

24. לקח ראשון שואב ממחקרה הנזכר לעיל של פרופ' אנדרסון, אשר מזהירה בפני הרחבת-יתר של עבירת ההתפרצות. בכלל זה היא מציינת, כי הגישה המסתפקת בכניסה לחנות בכוונה לגנוב הופכת כל "גנב חנויות"



למתפרץ, ומזכירה מקרה אמתי של נערה שנכנסה לחנות ואכלה בה ביצת-פסחא משוקולד, והועמדה לדין בעבירת התפרצות.

אף אני סבור כי פרשנות של "תחבולה" שתוביל להרשעה בהתפרצות של גנבי-חנויות תרחיב יתר על המידה את האחריות בעבירה זו. המשפט האמריקאי מציג גם מקרים בהם, למשל, הורשע אדם שנכנס למכולת בשעות הפתיחה כדי לגנוב מזון בעבירת התפרצות, בקביעה לפיה "מי שנכנס בכוונה לבצע עבירה נכנס ללא הזמנה. הוא אינו חלק מהציבור המוזמן ואינו רשאי להיכנס... התפרצות יכולה להתבצע גם בחנות, בשעות העבודה" (People v. Barry 94 Cal. 481 (1892)). התרגום שלי-א.ג.); או הרשעה בהתפרצות של מי שנכנס לבר יחד עם אחרים בשעה 2 לפנות בוקר, עת הבר היה פתוח ללקוחות, והסב את תשומת ליבו של המוזג בשיחת חולין עת גנבו שותפיו בקבוקי ויסקי. בית המשפט לערעורים של ארקנסו קבע שם, כי "לאף אחד אין זכות להיכנס לנכס של אחר בכוונה לבצע בו עבירה... ולכן מי שנכנס בתכנון מרושע שכזה מבצע תרמית והטעיה של הבעלים (Pinson v. State 91 Ark. 434 (1909)). התרגום שלי-א.ג.).

אני סבור כי יש לאמץ אמת-מידה מקבילה בפרשנותה של עבירת ההתפרצות בדין הישראלי. זאת, הן משום שמהותית מקרים מעין אלה אינם שקולים בחומרתם להתפרצות "פיסית", והן בשים לב לאפשרות, במשפט הישראלי, להרשיע בסיטואציות אלה בעבירה פחותה של הסגת גבול. זאת, בעוד שבמשפט המקובל לא נהגה עבירה מקבילה והסגת הגבול טופלה ככלל כעוולה אזרחית (אנדרסון, עמ' 639, 3rd ed. Smith and Hogan CRIMINAL LAW 471 (1973)). כפי שכבר ציינתי, הכנסת "גנבי החנויות" לגדרי ההתפרצות ב"תחבולה" תרוקן מתוכן, בהקשר זה, את עבירת הסגת הגבול בכוונה לבצע עבירה. עוד מקובלת עלי אזהרה נוספת של פרופ' אנדרסון, לפיה קצר המרחק בין הסתפקות בכל כניסה לנכס בכוונה לבצע בו עבירה כבסיס להרשעה בהתפרצות, לבין הפיכת ההתפרצות לעבירה המעצימה במידה לא סבירה את חומרתן של עבירות אחרות, בדגש על עבירות ניסיון, אך על בסיס נוכחות בנכס.

25. לקח שני ענייניו בקו המנחה שעוצב בפסיקה הזרה, בהתמודדות עם מקרים הדומים למקרה בו אנו עוסקים. כוונתי לאבחנה שבין גניבה "רגילה" מחנות ובין כזו שנלווים לה אלמנטים נוספים כגון הסתתרות במיקום שאינו מחלקי החנות המיועדים לשימוש הציבורי, או הישארות בחנות לאחר שעת הסגירה. סבורני, כי אבחנה זו מספקת יישום הולם של הדוקטרינה. מחד, יש בה למנוע החמרת יתר עם "גנבי חנויות", שנכנסים לחנות בכוונה לגנוב. מאידך, יש בה לאתר את אותם מקרים בהם מאופיינת התנהלות העברייני בפגם מוסרי נוסף, עצמאי ובר-משקל שהופך את ההתנהלות מקבילה לפריצה ה"פיסית".

התכלית האובייקטיבית

26. עבירת ההתפרצות מבקשת לגונן על מספר ערכים מהותיים. ראשית, והגם שסעיף 407(א) לחוק העונשין עוסק בכוונה לבצע כל עבירה מסוג "פשע", הרי שהגרעין הקשה של מעשי ההתפרצות נעשה במטרה ליטול רכוש, והעבירה מבקשת למנוע זאת ולגונן על קניינו של הציבור. הדבר בא לידי ביטוי גם בקיומו של ס"ק 407(ב), אשר מחמיר את עונשו של המתפרץ במידה שביצע, בפועל, גניבה או פשע בנכס.

זאת ועוד, במעשה החדירה לנכס של אחר גלום סיכון להתפתחות אלימה או פוגענית אחרת בין הפורץ לבין הבעלים. החוק נותן לכך ביטוי ומבקש לגונן על בעלי הרכוש מפני פגיעה בגוף או בנפש. גם הפעם ניתן למצוא לכך ביטוי בחוק, בקיומו של סעיף 408 לחוק העונשין אשר מכפיל את הרף העונשי המקסימלי מקום בו



המתפרץ נשא עמו נשק חם או קר.

שלישית, ההתפרצות לתוך ביתו של אדם פוגעת בפרטיותו ומערערת את תחושת הבטחון שלו ושל כלל האזרחים. ראו רע"פ 3561/09 קוזודבנקו נ' מדינת ישראל (30.4.09); רע"פ 1708/08 לוי נ' מדינת ישראל, פס' ט' (21.2.08).

27. נשאלת, עם זאת, השאלה מדוע דורש החוק גם "פריצה" וגם "כניסה" לנכס? שעל פני הדברים, הערכים המוגנים הנזכרים לעיל עלולים להיפגע מכל כניסה לנכס בכוונה לבצע עבירה. מאותן סיבות, יש מידה של הקבלה ערכית בין עבירת ההתפרצות לבין עבירה של הסגת גבול במטרה לבצע עבירה (זאת, הגם שהסגת הגבול מדגישה את ההגנה על החזקה בנכס - ע"פ 63/58 עג'מי ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, עמ' 425 מול האות ה' (19.2.59)).

התשובה לכך מצויה לשיטתי בעצמת הפגיעה בערכים המוגנים שגורם אקט הפריצה. הציפיה של בני החברה לביטחון מושתתת, בין היתר, על התפיסה לפיה "ביתו של אדם הוא מבצרו". אנו מבקשים להיות מוגנים בחיי היומיום, אך השאיפה להגנה מתעצמת כאשר אדם מצוי בגדרי ביתו. ידיעתו כי סגירת הדלת או החלון, שימוש במנעול וכיוצא בזה "אמצעי בטחון" חוצצים בינו לבין העולם החיצון וסכנותיו, וכי השליטה על הכניסה למתחם מצויה באופן זה ברשותו, היא בסיס לתחושת הביטחון האישי. מאותה סיבה מתעצמת גם הציפיה להגנה רכושית, שכן מדובר במתחם בו אנו חשים בנוח להותיר את חפצינו האישיים ורכושנו. חדירתו של עבריין למתחם מוגן זה, ל"בועה" הפרטית של בני הבית, תוך עקיפת אמצעי הביטחון ושליטתו של המחזיק בנכס להתיר את הכניסה אליו, מגבירה את הפגיעה בערכים המוגנים, בעצמה ניכרת, בהשוואה לעבירה המבוצעת בשטח הפרוץ בפני כל או ברשות הרבים. עבירות ההתפרצות, כך בלשון בית המשפט העליון, "מנפצות לרסיסים את התפיסה לפיה ביתו של אדם הוא מבצרו" (רע"פ 398/14 ערג' נ' מדינת ישראל (16.3.14)).

רציונל זה אינו נוגע אך לבתי מגורים, שכן התפרצות יכולה להתרחש גם בבתי עסק, מחסנים מסחריים, מבני ציבור וכו' (וראו סעיפים 406 ו-407 לחוק העונשין). הגם שהיבט הפרטיות נחלש ככלל במקומות אלה בהשוואה לבית מגורים, הרי שהיבט ההגנה על הקניין מתעצם וזאת נוכח שווי הרכוש שעשוי להימצא בהם. קשה לתאר קיומם של חיי מסחר תקינים ללא יכולתו של בעל עסק לגונן על קניינו הפיזי והרוחני באמצעי הגנה ולמנוע מזרים גישה לרכושו ללא אישורו - ובכלל זה בשעות בהן בית העסק אינו פתוח לציבור. עבריין החודר לעסק למרות אמצעים אלה וגונב מתוכו פוגע אפוא, בערכים המוגנים עליהם עמדת לעיל.

28. דרישת ה"פריצה" נוגעת, אפוא, לאופן בו השיג העבריין את הכניסה לבית המגורים או העסק. הדבר מאפשר לאפיין גם את תכליתה האובייקטיבית של החלופה שבסעיף 405(ד) לחוק העונשין, שאינה עוסקת בפריצה פיסית אלא במקרים אותם נכון היה המחוקק לראות כ"פריצה" בשל שימוש באיום, קנוניה או תחבולה. זאת מתוך הכרה בכך שניתן לעקוף דלת או חלון סגורים, מערכות אזעקה, או סגירה של בית העסק בשעות מסוימות, לא רק באמצעות פריצתו של מנעול או שבירת חלון אלא גם באמצעים שאינם פיסיים אך משיגים את אותה מטרה. בין אם מדובר באחר שפותח את הדלת בפני העבריין בשל איום או קנוניה, בהצגת אמתלה כוזבת בשלה הותרה הכניסה, או באמצעים מקבילים אחרים - הרי שאלה שקולים, מבחינת הפגיעה בערכים המוגנים, לפריצה הפיסית.

מן הכלל אל הפרט

29. כלל ערוצי הבחינה הפרשנית מובילים לאפיון של חלופת ה"תחבולה" לעבירת ההתפרצות, כאשר היא



נוגעת לנסיבות של כניסה לחנות הפתוחה בשעות המסחר לציבור, ככזו שאינה מסתפקת בעצם הכניסה לעסק בכוונה לגנוב ממנו ובלי לחשוף כוונה זו. להתקיימותה של "תחבולה" בהקשר הנדון נדרשים אלמנטים נוספים בהתנהלות העבריינית, המגלים פסול מוסרי עצמאי שעיקרו בדרכי ערמה שננקטות לצורך התגברות על אמצעי הביטחון שנקט המחזיק במקום, ולצורך השגת גישה לסחורה שבחנות לשם גניבתה.

30. בחינת התנהלותו של הנאשם 1 במקרה הנדון מעלה, כי זו אופיינית באותו פסול הנדרש להתקיימותה של "תחבולה". במהות, נקט הנאשם בתכסיס שנועד לאפשר לו נוכחות בתוך החנות לאחר שעת הסגירה, כדי שיוכל להתהלך ללא מפריע בין המדפים וליטול לעצמו מוצרים מבלי לשלם עבורם. למטרה זו, במקום לשבור חלון בשעת לילה ולחדור לחנות, בחר להיכנס אליה בשעות הפתיחה ולהסתתר עד לסגירתה. מן העובדות בהן הודה עולה שדובר בתכסיס מתוכנן, שהרי הוא ושותפו נכנסו לחנות ומשם למחסן החנות ולחדר המקררים, בו שהו עד לאחר שעת הסגירה, וכן נוכח הצטיידותם בכפפות ובכיסוי פנים. אף הכניסה למחסן ולחדר הקירור, אזורים שלא נועדו לשימוש הלקוחות, והיכרותו של הנאשם 1 עם החנות בשל עבודתו במקום, מחדדות את הפסול הנוסף שבהתנהלותו ואת השוני בינה לבין "Shoplifting" גרידא. התנהלות זו עולה כדי "תחבולה" שנועדה לגבור על סגירת החנות לאחר שעות הפעילות, ועל כן ראוי לראותה כ"פריצה" לחנות השקולה במהותה לפתיחת דלת החנות בשעת לילה.

31. איני יכול לקבל את טענת ההגנה לפיה ברגע הכניסה לחנות טרם באו לידי ביטוי יסודות ה"תחבולה", שכן באותו עיתוי הייתה החנות פתוחה לציבור ורק בהמשך הסתתרו השניים. התחבולה, פעמים רבות, הינה דבר שבלב, כך שקיומה בעיתוי הרלבנטי לא נשלל אך משום שלא נחשפה. מהתנהלות השניים לאורך האירוע כולו ניתן ללמוד שדובר בתחבולה מתוכננת, שהייתה בתוקף גם ברגע הכניסה. בהיבט זה אני מצטרף לאמירתו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב בעניין **אביטל**, לפיה בבחינה האם הכניסה הושגה באמצעות תרמית יש לבחון את מכלול התנהלות המבצעים. אין "להסתפק במצג החיצוני-טכני, שהוא הגלוי והנחזה על פניו בשניית הכניסה, אלא שומה על ביהמ"ש לבדוק גם את העובדות שקדמו למעמד הכניסה וגם את אלה שבאו בעקבותיו, פן יהיה בעובדות אלו כדי להבהיר ולהאיר את תכליתה האמתית של ה'כניסה'" (שם, פס' 8).

32. בנוסף, איני יכול לקבל את בקשת ההגנה להרשיע את הנאשם 1 אך בעבירה של הסגת גבול, לפי החלופה בסעיף 447(א)(2) לחוק העונשין העוסקת במי שנכנס לנכס כדין ונשאר בו שלא כדין. חלופה זו נועדה למי שנכנס למקום כדין ובהמשך חל שינוי (כגון דרישת פינוי) שהפך את שהותו לבלתי חוקית (ע"פ 114/52 **חבורה נ' ירוחם**, עמ' 193 מול האות ג' (16.2.53); ע"פ (ת"א-יפו) 70431/04 **ברקול נ' מדינת ישראל**, פס' 14 (20.3.06)). לא כך במקרה דנן, בו לא ניתן לראות בכניסה בתחבולה שמטרתה להיוותר בחנות לאחר שעת הסגירה ולגנוב סחורה, בבחינת כניסה כדין. עוד אין בעבירת הסגת הגבול למצות את הפגם שבמעשה, כמוסבר לעיל.

33. אני קובע, לכן, כי הנאשם 1 ביצע עבירה של התפרצות.

ניתנה היום, כ"ה כסלו תשע"ו, 07 דצמבר 2015, במעמד
הצדדים.

