



ת"פ 39340/08/17 - המאשימה - מדינת ישראל נגד יוסף אלנבארי

בית משפט השלום ברמלה

ת"פ 39340-08-17 מדינת ישראל נ' אלנבארי(עציר)

בפני
בעניין: כבוד השופט הישום אבו שחאדה
המאשימה - מדינת ישראל ע"י עוה"ד מעין
דואק
נגד
הנאשם - יוסף אלנבארי (עציר) הובא
באמצעות שב"ס ע"י עוה"ד עבד אבו עאמר

גזר דין משלים

רקע

1. לאחר שמיעת הראיות, הנאשם הורשע בביצוען של העבירות הבאות: גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: **חוק העונשין**) וכן התפרצות למקום מגורים לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין. הצדדים טענו לעונש וביום 29.1.20 נגזר דינו (להלן: **התיק הנוכחי**).
2. לאחר שבית המשפט קם מכיסאו, המאשימה הגישה בקשה לקביעת דיון דחוף מאחר ובהיסח הדעת, במהלך הטיעונים לעונש, המאשימה לא הפנתה את בית המשפט לעובדה שקיים מאסר מותנה שתלוי ועומד כנגד הנאשם ושלטענתה הוא בר הפעלה.
3. אין מחלוקת בין הצדדים לגבי סמכותו של בית המשפט לתת גזר דין משלים עקב כך שהמאסר המותנה לו טוענת המאשימה לא הופעל (ראו גם הוראות תקנות העונשין (מאסר על תנאי) תשמ"ה - 1985).
4. המאסר על תנאי ניתן במסגרת ת"פ 25986-05-15 של בית משפט השלום בתל אביב ושבנו הנאשם הורשע בביצוע עבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב לפי סעיף 413 לחוק העונשין (להלן: **התיק הקודם**). בגזר הדין שניתן ביום 14.4.16, נקבע כדלקמן:

"אשר על כן, אני גוזר על הנאשם את העונשים הבאים:

א. מאסר למשך חודשיים, ואולם הנאשם לא יישא עונש זה אלא

עמוד 1



אם תוך שנה יעבור עבירה בה הורשע.

ב. הנאשם יחתום על התחייבות כספית בסך 300 ₪ להימנע במשך שנתיים מהעבירה שבה הורשע. לא יחתום על ההתחייבות בתוך 7 ימים, יאסר הנאשם למשך 7 ימים."

(ההדגשות שלי - ה'א'ש')

5. מצד אחד, המאשימה טוענת שהעבירות שבהן הורשע הנאשם בתיק הנוכחי, מפעילות את המאסר המותנה ואת ההתחייבות הכספית שהוטלו בתיק הקודם. מצד שני, הנאשם טוען שמאחר והמאסר המותנה וההתחייבות הכספית נוגעות רק לעבירה שבה הורשע בתיק הקודם, קרי עבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין בלבד, לא מדובר במאסר על תנאי שרלוונטי לעבירות שבהן הורשע בתיק הנוכחי.

הפעלת מאסר על תנאי: מבחן מהותי ולא מבחן טכני

6. הלכה מושרשת וידועה היא שהמבחן לתחולתו של מאסר על תנאי הוא מבחן מהותי ענייני ולא מבחן טכני פורמאלי. יוצא מכך, שגם אם נרשם בגזר הדין שבו ניתן המאסר המותנה שמבקשים את הפעלתו שהוא חל על "עבירה שבה הורשע", אין משמעות הדבר שרק עבירה זהה לזו שהורשע בה בעבר תפעיל את התנאי.

7. למעשה, יש לבצע בדיקה מהותית של יסודות העבירה שבה הורשע בעבר, לעומת יסודות העבירה המאוחרת יותר שנטען שמפעילה את המאסר על תנאי. אביא מספר דוגמאות להמחשה:

א. ע"פ 1867/00 **מדינת ישראל נ' גוטמן** פ"ד נד (3) 145, 149 - 153 (2000). באותו מקרה, המשיב הורשע בעבר בגין ביצוע עבירה של מעשה מגונה בפומבי ונגזרו עליו 8 חודשי מאסר על תנאי לתקופה של שנתיים, כאשר התנאי הוא שלא יעבור שוב אותה עבירה שבה הורשע. במהלך תקופת התנאי, ביצע עבירה של מעשה מגונה בקטינה, שהיא עבירה אחרת מהעבירה של מעשה מגונה בפומבי. טענתו שאין להפעיל את התנאי מחמת חוסר התאמה, נדחתה, ובית המשפט הבהיר את הדמיון המהותי שבין יסודות העבירה שבה הורשע בעבר לבין יסודות העבירה שביצע במהלך תקופת התנאי.

ב. ע"פ 7176/04 **תלמי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.2.06). באותו מקרה, המערער הורשע בעבר בגין ביצוע עבירה של החזקת סם לצריכה עצמית ובגזר דין הוטל עליו מאסר על תנאי והתנאי נוסח כך "לא יעבור את העבירות בהן הורשע על ידי היום". במהלך תקופת התנאי



המערער ביצע עבירה של החזקת סם שלא לצריכה עצמית והתעוררה השאלה האם ניתן להפעיל את המאסר המותנה. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב ואף הפנה לכלל הפרשני המוכר שלפיו "**השלם כולל את החלק**", הוזה אומר, העבירה המאוחרת החמורה יותר של החזקת סם שלא לצריכה עצמית, כוללת בתוכה גם את העבירה הקלה יותר של החזקת סם לצריכה עצמית. לקביעה דומה ראו גם: רע"פ 2472/15 **שורצמן נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.5.15).

ג. רע"פ 396/17 **חאג' יחיא נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.3.17). במקרה זה, המבקש הורשע בעבר בגין ביצוע עבירה של נהיגת רכב מנועי ללא רישיון לפי סעיף 10א לפקודת התעבורה [נוסח חדש] ובגזר הדין הושת עליו, לצד עונשים נוספים, מאסר על תנאי, לבל יעבור המבקש את "**העבירה בה הורשע/אחת העבירות בהן הורשע**". במהלך תקופת התנאי המבקש ביצע עבירה של נהיגה בזמן פסילה לפי סעיף 67 לפקודת התעבורה [נוסח חדש]. ולכן, התעוררה השאלה האם המאסר על תנאי חל, או לא. בית משפט השלום השיב על שאלה זו בחיוב תוך יישום המבחן המהותי. ערעור של המבקש לבית המשפט המחוזי נדחה וכן נדחתה בקשת רשות ערעור שהגיש לבית המשפט העליון.

ד. ע"פ 6420/10 **סלסנר נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.8.11). באותו מקרה, הושת על המערער בעבר מאסר על תנאי שבו נאמר "**שלא יעבור כל עבירת אלימות**". במהלך תקופת התנאי הנאשם ביצע עבירת שוד לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין ואשר נאמר בו "הגונב דבר, ובשעת מעשה או בתכופ לפניו או לאחריו מבצע או מאיים לבצע מעשה אלימות באדם...". וכאן עלתה השאלה האם איום לבצע אלימות הוא בגדר עבירת אלימות. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב תוך הפעלת המבחן המהותי.

ה. רע"פ 6352/12 **סעדה נגד מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 23.9.12). באותו מקרה, המבקש הורשע בעבר ובמסגרת גזר הדין הוטל עליו מאסר על תנאי שקבע "לא יעבור עבירה שיש בה יסוד של אלימות והיא פשע". במהלך תקופת התנאי ביצע, בין השאר, עבירה של חבלה במזיד ברכב. כאן עלתה השאלה האם העבירה של חבלה במזיד ברכב היא עבירה שיש בה יסוד של אלימות. בית המשפט העליון השיב על שאלה זו בחיוב וקבע שאלימות נגד רכוש גם היא אלימות. ליישום נוסף של הלכה זו, ראו רע"פ 4606/16 **מסרי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.4.18), פסקה 15 להחלטתו של כבוד השופט קרא.

ו. ע"פ 308/06 **מדינת ישראל נ' סבן** (פורסם בנבו, 15.5.06). במקרה זה, בעבר הושת על המשיב מאסר על תנאי בגין כל עבירת אלימות מסוג פשע. לימים, במהלך תקופת התנאי, ביצע עבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה והועמד לדין בבית המשפט המחוזי. בית המשפט המחוזי קבע שהמאסר על תנאי לא חל. המדינה ערערה לבית המשפט העליון, הערעור התקבל, ונקבע שיש להפעיל את התנאי בשל קיומו של יסוד של אלימות בעבירה של סיכון חיי



אדם בנתיב תחבורה.

8. כמו כן, היו מקרים אחרים שבהם יישום המבחן המהותי גם הביא לאי הפעלה של מאסר על תנאי קודם. כך היה למשל ב-רע"פ 523/13 **דזנשוילי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 25.8.2015). במקרה זה למבקש היה מאסר על תנאי קודם שעניינו "עבירת רכוש מסוג כלשהו". במהלך תקופת התנאי ביצע עבירות של זיוף שטרות ומטבעות של כסף ולכן עלתה השאלה האם המאסר על תנאי חל על העבירות שבוצעו בתקופת התנאי. בית משפט השלום השיב על שאלה זו בחיוב, ערעורו של המבקש לבית המשפט המחוזי נדחה, אך בקשת רשות ערעור שהגיש לבית המשפט העליון התקבלה ונקבע שהמאסר על תנאי לא חל (ראו פסקאות 42 עד 56 לפסק דינו של כבוד השופט מלצר).

היבלעות העבירה של החזקת נכס חשוד כגנוב בעבירת הגניבה

9. ולענייננו, במסגרת התיק הקודם הנאשם הורשע בביצוע עבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין ואשר מורה כדלקמן:

"המחזיק דבר, כסף, נייר ערך או כל נכס אחר שיש עליהם חשד סביר שהם גנובים, ואין בידו להניח את דעתו של בית משפט שרכש את החזקה בהם כדין, דינו - מאסר ששה חודשים."

10. סעיף 413 לחוק העונשין כולל בתוכו ארבעה רכיבים:

א. ראשית, רכיב "ההחזקה": על התביעה להוכיח כי הנכסים מושא האישום היו בהחזקתו של הנאשם ולכן העבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין משתייכת לקבוצת עבירות "ההחזקה". להגדרת הביטוי "החזקה" ראו סעיף 34כד לחוק העונשין (ע"פ 987/02 **מדינת ישראל נ' זביידה** פ"ד נח(4) 880, 891-890 (2004), להלן: **הלכת זביידה**).

ב. שנית, הרכיב שהדבר או החפץ יש עליהם חשד סביר שהם גנובים: בפסיקה נקבע שלעניין הרכיב השני והוא שיש חשד סביר שהנכס הוא גנוב, הכוונה היא שהנכס הושג בעבירה של "גניבה" כמשמעה לפי סעיף 383 לחוק העונשין. לצורך הוכחת הנסיבה האמורה אין התביעה צריכה להוכיח כי הנכס נגנב בפועל, או אף שפלוני התלונן על גניבתו. מדובר במבחן אובייקטיבי בנוגע למצב הנכס, והשאלה שעל בית המשפט לבחנה היא אם בהתחשב במכלול נסיבות העניין מתעורר חשד הגיוני ומתקבל על הדעת כי הנכס גנוב (**הלכת זביידה**, עמ' 891; ע"פ 3870/91 **ארוש נגד מדינת ישראל** פ"ד מו(1) 77, 81 (1991)).

ג. שלישית, הרכיב שאין בידו להניח את דעתו של בית המשפט שרכש את החזקה בהם כדין



(הלכת זביידה, עמ' 892-893).

ד. רביעית, רכיב היסוד הנפשי: היסוד הנפשי הנדרש להתקיימות יסודות העבירה היא מודעות ליסוד הראשון, קרי מודעות הנאשם לכך שהנכס נמצא בחזקתו, ורשלנות ביחס ליסוד השני, קרי על התביעה להוכיח כי בנסיבות העניין אדם מן היישוב היה חושד כי מדובר בנכס גנוב (הלכת זביידה, עמ' 892).

11. בתיק הנוכחי, הנאשם הורשע בעבירת הגניבה שבסעיף 384 לחוק העונשין, כאשר הביטוי "גניבה" מוגדר בסעיף 383 לחוק העונשין. במקרה שבפני יש להיזקק לכלל הפרשני לפיו "**השלם כולל את החלק**". הווה אומר, העבירה המוגמרת של גניבה, כוללת בתוכה את כל רכיבי העבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב. רכיבי העבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב נבלעים במלואם בתוך עבירת הגניבה. ואבהיר:

א. ראשית, לגבי רכיב "ההחזקה": סעיף 383(א)(1) לחוק העונשין שכותרתו היא "גניבה - מהי", קובע כי "אדם גונב דבר אם הוא - נוטל ונושא דבר הניתן להיגנב...". סעיף 383(ג)(1) מגדיר "נטילה" כ-"לרבות השגת החזקה".

ב. שנית, לגבי הרכיב שהדבר או החפץ יש עליהם חשד סביר שהם גנובים: העבירה המושלמת של גניבה עניינה קביעה פוזיטיבית שארעה גניבה ממש ולא רק חשד סביר שהנכס שהוחזק הוא גנוב. במילים אחרות, ברור שהרכיב של "חשד סביר" שבוצעה גניבה נבלע בתוך הקביעה הפוזיטיבית שהייתה גניבה.

ג. שלישית, לגבי הרכיב שאין בידו להניח את דעתו של בית המשפט שרכש את החזקה בהם כדין. ברור שגם רכיב זה נבלע בעבירת הגניבה שבה יש קביעה פוזיטיבית שהנאשם עצמו הוא הגנב, להבדיל מהעבירה של החזקת רכוש חשוד כגנוב שבה מדובר בנכס שנגנב על ידי אחר. במילים אחרות, משנקבע שהנאשם עצמו הוא הגנב, ברור שהוא לא יכול להניח את דעתו של בית המשפט שרכש את החזקה בהם כדין.

ד. רביעית, לגבי רכיב היסוד הנפשי: העבירה של גניבה דורשת יסוד נפשי של "כוונה" וזאת מהמילים "כשהוא מתכוון בשעת הנטילה לשלול את הדבר מבעליו שלילת קבע" (סעיף 383(א)(1) סיפא לחוק העונשין). לעומת זאת, העבירה של החזקת נכס החשוד כגנוב דורשת "מודעות" של הנאשם לרכיב הראשון, קרי לכך שהנכס נמצא בחזקתו, ורשלנות ביחס ליסוד השני, קרי שבנסיבות העניין אדם מן היישוב היה חושד כי מדובר בנכס גנוב. פשיטא, שיסוד נפשי של "מודעות" ויסוד נפשי של "רשלנות" נבלעים שניהם בתוך היסוד הנפשי המחמיר יותר של "כוונה".



12. לסיכום, הנני קובע שיש להפעיל את המאסר המותנה ואת ההתחייבות הכספית שהוטלו על הנאשם בתיק הקודם, וזאת לאור הרשעתו בתיק הנוכחי בעבירה המוגמרת של גניבה לפי סעיף 384 לחוק העונשין (ראו פסקאות 7 עד 10 להכרעת הדין).

13. מעבר לנדרש, יש לציין שגם העבירה הנוספת שבה הורשע בתיק הנוכחי, היא העבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין, גם היא יש בכוחה להפעיל את המאסר על תנאי שהוטל עליו בתיק הקודם. סעיף 406(ב) לחוק העונשין קובע כדלקמן "המתפרץ למקום מגורים כאמור בסעיף קטן (א) בכוונה לבצע גניבה או פשע, או המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה או פשע או נכנס אליו לשם כך, דינו - מאסר שבע שנים". סעיף 406(ב) כבר כולל בתוכו את עבירת הגניבה. כמו כן, יוזכר שהנאשם שבפניי הורשע לפי החלופה של "המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה" (ראו פסקאות 11 עד 14 להכרעת הדין).

סוף דבר

13. על כן, למען הבהירות של גזר הדין, מן הראוי שיהיה גזר דין אחד עם תוצאה אופרטיבית של עונש ולא שניים. לפיכך, פסקה 10 לגזר הדין המקורי מיום 29.1.20 מבוטלת, לכל רכיביה, ובמקומה תבוא פסקה 14 שלהלן.

14. לפיכך, הנני משית על הנאשם את העונשים הבאים:

א. 12 חודשי מאסר בפועל.

ב. אני מפעיל את המאסר המותנה של חודשיים שהושת על הנאשם בת"פ

25986-05-15, של בית המשפט השלום בתל אביב מיום 14.4.16, כאשר חודש אחד ממנו יהיה בחופף לעונש המאסר בפועל שהושת לעיל וחודש אחד במצטבר.

ג. סך הכל ירצה הנאשם **13 חודשי מאסר בפועל**, כאשר 4 חודשים מהם יהיו בחופף למאסר אותו מרצה כיום מכוח גזר הדין שניתן בעניינו בת"פ 56202-07-19 של בית משפט השלום בתל אביב ביום 8.1.20, ו-9 חודשים מהם במצטבר.

ד. הנני מפעיל את ההתחייבות הכספית בסך של ₪ 300 שהושתה על הנאשם בת"פ 25986-05-15, מיום 14.4.16. סכום ההתחייבות הכספית ישולם עד ליום 1.5.20, שאם לא כן ירצה הנאשם יום אחד מאסר תמורתה.

עמוד 6



ה. 7 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שבמשך 3 שנים ממועד שחרורו לא יבצע עבירת רכוש מסוג פשע.

ו. חודשיים מאסר על תנאי והתנאי הוא שבמשך 3 שנים ממועד שחרורו לא יבצע עבירת רכוש מסוג עוון.

ז. הנאשם ישלם פיצוי למתלוננת, עדת תביעה 1, בסך של 2,000 ₪. הפיצוי ישולם בארבעה תשלומים חודשיים שווים ורצופים כאשר הראשון שבהם עד ליום 1.5.20 והיתרה בראשון לכל חודש שלאחריו. היה ואחד התשלומים לא ישולם במועד, אזי יעמוד מלוא סכום הפיצוי לפירעון מיד.

ח. ניתן צו כללי להשמדה או חילוט של המוצגים על פי שיקול דעתו של קצין ממונה.

זכות ערעור בתוך 45 ימים מהיום.

ניתן היום, ח' אדר תש"פ, 04 מרץ 2020, במעמד הצדדים.