

עפ"ג 38755/05/17 - מדינת ישראל נגד מנחם פנסו

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

עפ"ג 38755-05-17 מדינת ישראל נ' פנסו
לפני: כבוד הנשיא אברהם טל - אב"ד
כבוד השופטת זהבה בוסתן
כבוד השופטת נאוה בכור
המערערת
נגד
המשיב
מדינת ישראל
מנחם פנסו

פסק דין

1. בפנינו ערעור על גזר דינו של בית משפט השלום בראשון לציון בת"פ 40965-10-16 מיום **5.4.17**, לפיו לאחר שהורשע המשיב על פי הודאתו בכתב אישום מתוקן, ביחד עם אחרים, בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע לפי סעיף 499 (א)(1) לחוק העונשין (להלן: "החוק"); גידול, ייצור, הכנת סמים מסוכנים בצוותא חדא לפי סעיף 6 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג - 1973 (להלן: "הפקודה"); נטילת חשמל, מים, או גז בגניבה בצוותא חדא לפי סעיפים 400 + 29(א) לחוק; הפרת הוראה חוקית לפי סעיף 287 (א) לחוק; והחזקה/שימוש בסמים שלא לצריכה עצמית לפי סעיף 7 (א)+(ג) רישא לפקודה והושתו עליו העונשים הבאים:

א. 22 חודשי מאסר בפועל החל מיום מעצרו, 13/10/2016.

ב. מאסר על תנאי למשך 9 חודשים, לשלוש שנים, בגין כל עבירה על הפקודה מסוג פשע.

ג. מאסר על תנאי למשך 6 חודשים, לשלוש שנים על כל עבירה על הפקודה מסוג עוון.

ד. פיצוי בסך 50,000 ש"ח לחברת החשמל.

ה. פסילה מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך 7 חודשים מיום שחרור ממאסר.

ו. 10 חודשי פסילה על תנאי מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך שנתיים מתום תקופת הפסילה בפועל, שלא יעבור כל עבירה על הפקודה.

בנוסף, הוכרז המשיב כסוחר סמים, והציוד שנתפס ברשותו- חולט.

2. הערעור נסוב על אופן נשיאת עונש המאסר בפועל ושאלת הצטברותו למאסר נוסף אותו מרצה המשיב מת"פ 39904-05-16 (בימ"ש שלום ראשל"צ) מיום **5.4.16** (להלן: "התיק הנוסף").

3. כתב האישום

על פי חלקו הכללי של כתב האישום המתוקן, עובר ליום **4.12.15**, קשר המשיב קשר עם שניים נוספים- נאשם 2 ונאשם 3 בתיק (להלן: "הנאשמים"), בידיעת אלון לוי (להלן: "אלון"), לביצוע פשע של הקמת מעבדת סם לשם גידול ומכירתו, בכך שאיתרו ושכרו מחסן בראשון לציון בו תוקם המעבדה.

במסגרת הקשר, ניתנו לאלון ע"י נאשם 2 הנחיות בנוגע למקום שיהיה מתאים להקמת המעבדה.

ביום 4.12.15 חתם אלון על חוזה שכירות להשכרת המחסן, ושילם לבעליו את דמי השכירות באמצעות כסף מזומן שניתן לו על ידי נאשם 2.

לצורך הקמת מעבדת הסם השקיעו המשיב ונאשם 2 כסף, והסם המסוכן נשתל וגודל על ידי הנאשמים ואלון בצוותא חדא, כל אחד לפי חלקו.

עובר לתקופה הרלוונטית לכתב האישום, היה אלון חייב חוב כספי בגובה עשרות אלפי שקלים לנאשמים, כל אחד לפי חלקו.

החל מיום **12.10.16**, נעצר המשיב באיזוק אלקטרוני, וביום **9.10.16** הורה השופט גיא אבנון מבית משפט השלום בראשון לציון כי יערך חיפוש במחסן.

על פי עובדות האישום הראשון, החל מיום **4.12.15 ועד ליום 9.10.16** הקימו הנאשמים בידיעת אלון, מעבדה לגידול קנבוס.

במסגרת חיפוש שנערך ביום **9.10.16**, נמצא במחסן ציוד אשר הותקן לצורך הקמת מעבדה לגידול הסם, לרבות מערכת השקיה ואוורור, גופי תאורה וכבלי חשמל.

בנסיבות אלה, נמצאו במחסן אדניות ובהן שרידי סם וכן קנבוס במשקל כולל של 4.548 ק"ג נטו שהיו בתפוזרת על רצפת המעבדה.

כמו כן נטלו הנאשמים חשמל במרמה על ידי חיבור לא חוקי לקופסת הנתיכים בשווי של 141,252 ₪ בצוותא חדא.

על פי עובדות האישום השני, ביום **13.10.16** בוצע חיפוש בכתובת המעצר בה שהה המשיב תחת מעצר עד תום ההליכים באיזוק אלקטרוני כאמור.

בנסיבות אלה, החזיק המשיב קוקאין במבחנת פלסטיק שנקשרה בשרוך למסילת חלון השירותים. כמו כן, החזיק קוקאין בנייר טואלט ושקית ניילון באדן חלון השירותים, במשקל כולל של 11 גרם נטו.

4. גזר דינו של בימ"ש קמא

עמוד 2

הגם שהצדדים הגיעו להסדר טיעון בעניינו של המשיב בבית משפט קמא, לא כלל הסדר זה הסכמה לעניין העונש.

בימ"ש קמא קבע כי בהתאם לסעיף 40 לחוק, הדן במצב של ריבוי עבירות, מדובר בשני אירועים נפרדים, בהם נעברו עבירות שונות, ועל כן, יש לקבוע מתחם עונש הולם נפרד לשני האישומים, ורק לאחר מכן יש להשית על המשיב עונש כולל הואיל ובשני המקרים מדובר בעבירות סמים.

לשם קביעת עונשו של המשיב התחשב בית משפט קמא בעקרון ההלימה המנחה בענישה, בערכים החברתיים שנפגעו מביצוע העבירות ובמידת הפגיעה בהם, כמו גם במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירות.

בימ"ש קמא קבע כי מדובר בפגיעה משמעותית בערכים המוגנים נוכח קשירת הקשר שקדמה להקמת מעבדת גידול הסמים, התכנון המוקדם, רכישת הציוד המתאים לשם הגידול, הכמות הגדולה שנתפסה במהלך החיפוש שנערך במעבדה וגניבת החשמל בעלויות גבוהות, כמו גם העובדה כי כמפורט באישום השני- החזיק המשיב את הסמים המסוכנים בעודו מצוי במעצר באיזוק אלקטרוני.

בכל הנוגע לעבירות ההחזקה- קבע בימ"ש קמא כי היותו של המשיב מכור לסמים אינה מקלה עמו הואיל והכמות שנתפסה אינה מיועדת לצריכה עצמית, כי אם גדולה במידה ניכרת, כל זאת מבלי שנפגמה יכולתו של המשיב להבין את אשר הוא עושה, או את הפסול במעשיו.

לאחר סקירת מדיניות הענישה הנוהגת קבע בימ"ש קמא כי מתחם העונש ההולם של העבירות נשוא האישום הראשון נע בין 6 ל-24 חודשי מאסר בפועל וענישה נלווית, ונשוא האישום השני בין 6 ל-24 חודשי מאסר בפועל וענישה נלווית.

לגבי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירות שקל בימ"ש קמא את הפגיעה של העונש במשיב, עברו הפלילי, הודאתו בהסדר טיעון, הצהרתו כי ברצונו לקחת חלק בהליך טיפולי, וקבע כי יש לגזור עליו עונש מאסר משמעותי לריצוי מאחורי סורג ובריח.

בכל הנוגע לעקרון אחידות הענישה בין המשיב ליתר הנאשמים, עליהם הושתו עונשים קלים מהעונש שהוטל עליו, קבע בימ"ש קמא כי העונשים שהוטלו על נאשמים 2 ו-3 היו במסגרת הסדר טיעון, בהם הוסכם על עונשים מקלים של 3 חודשי מאסר בדרך של עבודות שירות, מאסרים על תנאי ופיצוי בסך 50,000 ₪, שכן לגביהם היה קיים קושי ראייתי משמעותי, וכן בשל נסיבותיהם האישיות.

כמו כן הורשע המשיב בעבירות נוספות באישום השני - שכלל לא יוחסו להם.

בנסיבות אלה, נקבע כי ישנה הצדקה להחמרה בעונשו של המשיב ביחס לעונשיהם של הנאשמים האחרים

בתיק.

טענות הצדדים

.5

מטיעוני המערער עולה כי את העבירות נשוא תיק זה ביצע המשיב בעודו שוהה במעצר באיזוק אלקטרוני שהושת עליו בקשר לתיק הנוסף (ת"פ 39904-05-16 (שלום ראשל"צ)) המייחס לו החזקת קוקאין במשקל 50 גרם נטו שלא לצריכה עצמית.

ביום **6.3.17** התקיימו טיעונים לעונש בתיק נושא הערעור, בעוד המשיב מצוי במעצר עד תום ההליכים בשני התיקים, התביעה טענה לעונש ראוי, וציינה כי העבירות בוצעו בעוד המשיב אמור לשהות במעצר באיזוק אלקטרוני בתיק הנוסף.

במעמד הטיעונים לעונש טרם ניתן גז"ד בתיק הנוסף.

ביום **5.4.17** ניתן גזר דין בתיק הנוסף והושתו על המשיב עונש מאסר בן 38 חודשים בפועל.

ביום **6.4.17** ניתן גז"ד בתיק נושא הערעור, והושתו עליו העונשים הנ"ל. העובדה שדינו של המערער נגזר ביום 5.4.17, לא הובא לידיעת בית משפט קמא עובר לגזירת דינו של המערער בתיק נושא הערעור.

בנסיבות אלה, טוענת המערערת כי שגה בימ"ש קמא בכך שהתעלם מגזר הדין בתיק הנוסף, שניתן לאחר מועד הטעונים לעונש ויום אחד עובר למתן גזר הדין בעניינו של המשיב, כך שבימ"ש קמא גזר את דינו כשמידע חסר בפניו, בשים לב

כי חלף חודש ממועד הטיעונים לעונש ועד מתן גזר הדין.

בסמוך לאחר שהועמדה המערערת על טעותה עתרה כי בימ"ש יורה שהעונש בן 22 חודשים שהושת על המשיב יושת במצטבר לעונש אותו נושא בתיק הנוסף - שהרי כל תוצאה אחרת בולעת את כל העונש בתיק זה בתוך גזר דינו של התיק הנוסף, בהתאם לסעיף 45 לחוק לפיו על המשיב לשאת את עונש המאסר הארוך מבין שתי התקופות.

בימ"ש קמא ציין בהחלטתו כי לא ידע שהמשיב הורשע בתיק הנוסף, שניתן בו גזר דין, וכי לו היה ידוע לו כי ניתן גז"ד בתיק הנוסף בוודאי היה שומע את טיעוני הצדדים בעניין בקשת המערערת להשית על המשיב עונש מאסר במצטבר לעונש המאסר אותו הוא מרצה ובהתאם לסעיף 45(ב) לחוק והיה שוקל אם להשיתו במצטבר או בחופף.

המערערת מפנה לעפ"ג 56455-06-15 (מחוזי מרכז) שם נכרת הסדר טיעון תוך מידע חסר לפיו יומיים קודם לכן נשפט הנאשם שם במקום אחר בו הופעל כבר מאסר מותנה בר הפעלה בעניינו, ובימ"ש המחוזי קבע כי

מוצדק לקבל את הערעור וליתן הארכת מועד כיוון שההסדר נכרת בשל הטעיית התביעה או בשל טעות, והתיק הוחזר לערכאה דיונית לגזירת דין מחדש.

בנסיבות אלה, נפל בימ"ש קמא לכלל טעות בעת גזירת דינו של המשיב הואיל ולא היה מודע לכך שהוא במעמד "אסיר" שדינו נגזר יום קודם לכן בתיק הנוסף.

לאור כל האמור, עותרת המערערת לגזור את דינו של המשיב ל-22 חודשי מאסר שיופעלו במצטבר לכל עונש אותו מרצה, וחילופין- עותרת לבטל את גזר הדין ולהחזיר את הדין לבימ"ש קמא לצורך שמיעת טיעונים וגזירת עונשו של המשיב מחדש.

מטיעוני המשיב עולה כי אין מקום לקבלת הערעור.

לאחר גישור שלא צלח לעניין עונש מוסכם בעניינו של המשיב בפני כב' השופטת רון, כתוארה אז, חלפו שלושה חודשים עד למועד מתן גזר דינו של המשיב, כשהכרעת הדין בשני התיקים ניתנה כחודש קודם לכן, כך שהמערערת אינה יכולה לטעון כי ההליכים בתיק הנוסף לא היו בידיעתה.

סעיף 45 לחוק אינו מתנה את תחולתו בידיעת בית המשפט או ידיעת התביעה, וגם לא את משך המאסר של הנאשם- ועל פי סעיף החוק כלשונו, כאשר לא נקבע במפורש שנאשם ירצה עונש מאסר של תקופה מצטברת, הוא יישא את העונש הארוך מבין השניים.

בימ"ש לא התעלם מגזר הדין שניתן יום קודם לכן, כיוון שהיה מודע להליך המתנהל, והיה מצופה מהמערערת לעמוד בקשר עם התביעה הרלוונטית.

בתיק האחר המשיב הורשע חודש קודם לכן, הופנה לתסקיר שירות המבחן, ועל כן הייתה למערערת שהות לברר את העונש שהוטל על המשיב בתיק הנוסף.

הערעור דנן אינו בשל שגגה של בימ"ש קמא אלא בשל טעותה של המערערת.

גם כשנמסר עברו הפלילי של המשיב לבימ"ש קמא- לא הוצגה הכרעת הדין בתיק האחר, שיכולה הייתה להיות מושגת על נקל ע"י הפרקליטות.

אין זה תפקיד הסנגור להודיע על כי המשיב נדון יום קודם לכן ל-38 חודשי מאסר, כמו שסנגור לא יאמר שללקוחו מאסר מותנה בר הפעלה.

בפס"ד אליו הפנתה המערערת -דובר בסנגור שלא סיפר במסגרת הסדר טיעון סגור דבר שהיה בהסדר אחר,

ולא כך הם פני הדברים בתיק דנן.

בנסיבות אלה, הייתה התרשלות של התביעה, ולפיכך אין עילה לערעור דנן, ויש לדחותו.

.6

דין ומסקנות

הסוגיה בבסיס הערעור שבפנינו עניינה נפקותו של גזר דין שניתן תוך שנעלמה מעיניה של הערכאה הדיונית העובדה כי המשיב נדון יום קודם לכן למאסר ממושך של 38 חודשי מאסר בפועל בתיק אחר, וכפועל יוצא - גם היקף חובת סנגור לחשוף את המידע שברשותו לבית המשפט בנסיבות אלה, ומניעת הטעייתו.

איסור הטעיית בית משפט מוסדרת, אם כי לא באופן ממצה, בסעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 (להלן: "חוק לשכת עורכי הדין") מטיל חובה רחבה לפיה על עורך הדין לעזור לבית המשפט לעשות משפט; בכלל 34 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית) תשמ"ו-1986 המטיל חובה על עורך דין שלא להטעות את בימ"ש בכתב או בעל פה בהעלאת טענה עובדתית או משפטית בידעו כי אינה נכונה; וכן באמצעות סעיף 61(3) לחוק לשכת עורכי הדין הקובע כל מעשה או מחדל שאינו הולם את מקצוע עריכת הדין כעבירת משמעת.

חובתו של עו"ד שלא להטעות את בימ"ש אינה נוגעת רק לפעולות הטעיה אקטיביות, כי אם גם להטעיה במחדל, ובאי גילוי של עובדה רלוונטית או בהתפתחות רלוונטית הקשורה לתיק ולהחלטה שניתנה בו (ראו: לימור זר גוטמן "חובת עורך דין לא להטעות את בית המשפט" עיוני משפט כ"ד(2) 413, עמ' 442-444).

כך, ברע"פ 4574/99 מדינת ישראל נ' ציון לגזיאל, נד (2) 289 (פורסם בנבו, מיום 1.5.00) דן בימ"ש העליון בסוגיה בה התבקש נאשם לתת לתביעה להעתיק חומר חקירה שאבד לה והיה מצוי ברשותו. משסרב הנאשם לעשות כן בטענה כי זכותו לאי הפללה עצמית תפגע, קיבל בימ"ש את בקשת התביעה, בקובעו כי אין לסייע לנאשם להתחמק מקיום הליכי משפט תוך שימוש מצדו בזכות שלא בתום-לב.

וכך נקבע שם-

"כמו שסברו שופטת השלום המלומדת והנשיא בפסק המיעוט שלו - המקור לשימוש בסמכות האמורה הוא סמכותו הטבועה של בית-המשפט ה...משתרעת על כל עניין המתרחש באולם בית המשפט או מחוצה לו והקשור במשפט": בג"ץ 305/89 ניר נ' בית משפט השלום (תעבורה) למחוז חיפה, בעמ' 214, והיא "...אינה אלא אותה סמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות המשפט וצדקתו הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק": ד"נ 22/73 בן

שחר נ' מחלב ..סמכות זו משתרעת על כל מקרה שבו מחייבים הסדר הטוב וכללי התנהגות נאותים למנוע פעולה או מחדל מצדו של בעל-דין, תובע או נאשם, שיש בהם כדי להכשיל הליכי משפט."

וכן נקבע בהמשך (שם, עמ' 293 פסקה 3)-

"אפשר להגיע לאותה תוצאה גם מנקודת הראות של חובת הסניגור כלפי בית-המשפט. סעיף 54 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961 קובע כי "במילוי תפקידיו יפעל עורך דין לטובת שולחו בנאמנות ובמסירות ויעזור לבית המשפט לעשות משפט". סבור אני שבגדר חובות הנאמנות שעורך-הדין חב למרשהו אין נכללת ה"חובה" לסייע בידו לסכל הליך שהוגש נגדו על-ידי הימנעות מלאפשר לתביעה הכללית להעתיק את החומר המצולם שברשותו, שהרי במקרה דנן גוברת חובתו של עורך-הדין לעזור לבית-המשפט לעשות משפט על פני כל שיקול אחר...סמכותו הטבועה של בית-המשפט היא להורות לסניגור לסייע בקיום הליכים תקינים בגדר כל הליך המתנהל לפניו, ובלבד שטענותיו, כמו במקרה שלפנינו, נשמעו."

דברים אלה יפים אף לענייננו, בשינויים המחויבים.

ייאמר, כי ב"כ המשיב ייצג אותו גם בתיק הנוסף, ומשכך היה מודע לגזר הדין שהושת עליו.

בנסיבות אלה לא עודכן בית משפט קמא בבואו לגזור דינו של המשיב בהתפתחות עדכנית ורלוונטית מאוד בעניינו, כאמור, ובעובדה כי המשיב כבר נדון למאסר ממושך בפועל, שבוצע תוך ניצול סמיכות הזמנים ההדוקה בין גזרי הדין ואי הבאת דבר המאסר הנוסף לתשומת ליבו של נציג התביעה באולם.

חובת הנאמנות של הסניגור למשיב נסוגה בנסיבות אלה מפני העמדת בית משפט על קביעתו בשל חסר עובדתי אובייקטיבי (מתן גזר דין יום קודם לכן), לא ראוי כי תעשה במחיר הטעייתו של בית המשפט בבואו לעשות צדק, לא כל שכן על רקע חובותיו האמורות לסייע לבית המשפט בכך.

למען הסר ספק יובהר כי גם המערערת התרשלה נוכח העובדה כי אין חולק כי קיומו של התיק הנוסף שהתנהל כנגד המשיב היה ידוע גם ידוע לה היטב, לא כל שכן כשמדובר בתיק בגין אותו סוג של עבירות כבתיק דנן, כשפער של כחודש ימים הפריד בין הרשעתו בתיק האחר למועד גזר הדין בתיק הנוכחי.

בנסיבות אלה, שומה היה על המערערת לעקוב אחרי אותו הליך בתיק האחר, הן בכל הנוגע למועדי הדיון בו והן בנוגע לתוצאותיו.

משלא עשתה כן - חטאה לחובתה לסייע לבית המשפט לעשות משפט, וכפועל יוצא נעלמה מעיניו של בימ"ש

קמא עובדה חשובה ומהותית שהייתה אמורה להיות מונחת בפניו במכלול השיקולים טרם מתן גזר הדין.

כעת נשאלת השאלה, מהי נפקותו של פגם זה שנפל בגזר דינו של בימ"ש קמא - האם פגם זה אינו מביא לביטול פסק הדין של בית משפט קמא, או שמא עלינו להידרש לעובדות העדכניות ולגזור את דינו של המשיב או שיש לבטל את גזר הדין ולהחזיר את הדיון לבית משפט קמא כדי שישקול מחדש את העובדות ויחליט כחוכמתו.

מששקלנו בכובד ראש את השיקולים ואת מכלול האינטרסים ובכלל זה - אינטרס המשיב לצד האינטרס הציבורי ורשלנות התביעה, הגענו לכלל מסקנה כי מן הצדק הוא לתקן את הפגם, לבטל את גזר הדין ולהשיב את הדיון לערכאה דלמטה.

לאור כל האמור, הערעור מתקבל במובן זה שגזר דינו של בימ"ש קמא מבוטל והתיק יושב לבית משפט קמא לצורך גזירת דינו של המשיב מחדש, וזאת בשאלת אופן ריצוי המאסרים בפועל - אם בחופף או במצטבר, ובעניין זה איננו מביעים דעה כמובן.

המזכירות תעביר התיק מיידית לבית משפט השלום בראשל"צ על מנת שידון כאמור.

ניתן היום, ב' בחשוון תשע"ח, 22 באוקטובר 2017, במעמד ב"כ הצדדים והמשיב.

נאוה בכור, שופטת

זהבה בוסתן, שופטת

**אברהם טל, נשיא
אב"ד**