

עפ"ג 39724/04/14 - ע מ נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים
עפ"ג 39724-04-14 מ(אסיר) נ' מדינת ישראל 07 אוגוסט 2014

בפני הרכב כב' השופטים:
י' גריל, ס. נשיא (אב"ד)
ב' בר-זיו, שופטת
כ' סעב, שופט

המערער: ע מ ע"י ב"כ עו"ד עאדל בוראת
נגד

המשיבה: מדינת ישראל באמצעות פרקליטות מחוז חיפה (פלילי) ע"י
ב"כ עו"ד גב' איזינגר

פסק דין

לפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה אשר ניתן ע"י כב' השופט ד"ר זאיד פלאח, בת"פ 3022-05-13.

הכרעת הדין ניתנה ביום 30/01/14 וגזר הדין ניתן ביום 18/03/14.

כנגד המערער הוגש כתב אישום מתוקן שייחס לו ביצוע עבירות בשני אישומים:

האישום הראשון ייחס למערער ביצוע עבירות של הטרדה מינית, לפי סעיפים 5(א), 3(א)(1), 3(א)(3), 3(א)(4), 3(א)(5) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998 (עבירות רבות); סחיטה באיומים, עבירה לפי סעיף 428 רישא לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (שתי עבירות); הטרדה באמצעות מתקן בזק, עבירה לפי סעיף 30 לחוק הבזק, תשמ"ב-1982 (להלן: "**חוק הבזק**") (עבירות רבות).

בעובדות כתב האישום המתוקן, נטען כי ביום 26.8.11 החלה עורכת דין א.מ. (להלן: "**המתלוננת**") לייצג את המערער מטעם הסנגוריה הציבורית (להלן: "**הייצוג**"), ובמהלך הייצוג התקשר המערער אל המתלוננת, במספר מועדים, והביע בפניה את אהבתו אליה וכן אמר לה אמירות בעלות אופי מיני. המתלוננת דיווחה על ההערות לסנגוריה הציבורית וביום 2.10.11 הוחלף ייצוג המערער והמתלוננת חדלה מלייצגו.

עוד נטען באישום הראשון, שבמשך כשנתיים וחצי, מתחילת ייצוג המערער ע"י המתלוננת ואף לאחר שחדלה לייצגו, ובמספר רב של מועדים, ולעיתים עשרות פעמים ביום, נהג המערער להטריד את המתלוננת, על ידי כך שהתקשר אליה

עמוד 1

טלפונית, למרות שהמתלוננת ביקשה מהמערער כי יפסיק להתקשר אליה. בחלק משיחות הטלפון המערער אמר אמירות בעלות אופי מיני ובחלקן ציין בפני המתלוננת כי הוא אוהב אותה ויודע כי נפרדה מבעלה.

בהמשך נטען, כי במהלך התקופה שבין 30.3.13 ועד יום 23.4.13, שלח המערער באמצעות מכשיר הפלאפון שלו כ-60 הודעות טקסט למכשיר הפלאפון של המתלוננת והתקשר אליה טלפונית עשרות פעמים, למרות שהמתלוננת ביקשה ממנו שיפסיק לעשות כן. הודעות הטקסט כללו מסרים מאיימים, מטרידים וכן כללו תמונות של המתלוננת ותמונה של המערער.

ביום 11.4.13 שלח המערער למתלוננת מספר הודעות טקסט וביניהן הודעה בה הביע את רצונו לקיים עמה יחסי מין, זאת חרף דרישת המתלוננת מהמערער כי יפסיק להטרידה. באותו יום, המערער סחט באיומים את המתלוננת בכך שכתב בהודעת טקסט כי אם לא תצא איתו הוא יתאבד.

ביום 21.4.13 שלח המערער למתלוננת הודעת טקסט ובה התייחסות לאיבר מינה.

ביום 22.4.13 שלח המערער למתלוננת בשעה 07:44 הודעת טקסט בעלת אופי מיני, וביום המחרת, 23.4.13, התקשר המערער טלפונית למתלוננת 38 פעמים ושלה לה מספר הודעות טקסט וביניהן הודעה בה הביע את רצונו לקיים עמה יחסי מין, וכן שלח לה הודעות טקסט בה נכתב: **"יא זונה שרמוטה תעני"** וכן **"תעני יא זונה של באקה אל גרביה"**. באותו יום, המערער סחט באיומים את המתלוננת בכך שכתב לה בהודעות טקסט כי: **"תעני עדיף לך שלא תתחרטי אח"כ", "תעני, אני רוצה לשכב איתך. אני לא יכול לסבול תעני רוצה אני מתפעל ממך", "יא שרמוטה יא זונה תעני, מה את חושבת את עצמך שלא אכעס עלייך"**.

האישום השני מייחס למערער ביצוע עבירות שעניינן הדחה בחקירה, עבירה על סעיף 245(ב) לחוק העונשין, וכן הטרה באמצעות מתקן בזק, עבירה על סעיף 30 לחוק הבזק (שתי עבירות).

באישום השני נטען, כי לאחר הגשת כתב האישום נשוא תיק זה, התקשר המערער אל המתלוננת, מתוך בית המעצר בו שהה, ובמשך כדקה שר לה שיר, וכעבור מספר דקות התקשר אליה שוב, הזדהה בשם אחר וביקש ממנה ייצוג מטעם הסנגוריה הציבורית. המתלוננת אמרה למערער בשיחה השנייה, שהיא יודעת שזה הוא, ציינה את שמו וביקשה ממנו להפסיק להטרידה, וכי השיחה הוקלטה על ידה ושהיא מתכוונת להגיש נגדו תלונה במשטרה ולהציג את הקלטת. בתגובה, ביקש המערער מהמתלוננת שלא להגיש תלונה נגדו, ולבטל את התלונה בגינה הוא נעצר, והוסיף שאם תעשה כן הוא יפסיק להטרידה. המערער ביקש עוד מהמתלוננת למצוא עבורו כלה, וטען שהוא סובל מפיצול אישיות וזו הסיבה שהוא מטריד אותה.

ביום 30.1.14 הורשע המערער לאחר ניהול משפטו, בכל המיוחס לו בשני האישומים. בהמשך, שמע בית משפט השלום הנכבד את הטענות לעונש וביום 18/03/14, גזר את דינו של המערער לעונשים הבאים:

4 שנות מאסר לריצוי בפועל מיום מעצרו 23.4.13, הופעלו במצטבר שני מאסרים מותנים האחד בן 12 חודשים מת"פ 462-09-11 (מחוזי חיפה) והשני בן חודשיים מת"פ 15153-11-09, כן הופעלו בחופף 10 חודשי מאסר מותנים שהוטלו בת"פ 28036-06-10, כך שסה"כ ירצה המערער 62 חודשי מאסר בפועל מיום מעצרו. בנוסף הוטל על המערער עונש מאסר מותנה של 6 חודשים למשך 3 שנים.

כאמור, הערעור מופנה כנגד הכרעת הדין ולחילופין, כנגד חומרת הדין.

על כן, נתחיל ונביא להלן את עיקרי הכרעת הדין של בית משפט השלום הנכבד:

לאחר שבית המשפט השלום סקר את ראיות הצדדים הגיע למסקנה כי השיחות והמסרונים בוצעו ע"י המערער.

בית משפט השלום ציין כי התשתית הראייתית עליה מבססת המשיבה את כתב האישום איננה שנויה במחלוקת בין הצדדים.

בית המשפט השלום שמע את עדות המתלוננת וקבע כי:

"המתלוננת העידה ברצף ובעקביות, ודבריה השתלבו היטב עם ראיות אחרות, שעיקרן הודעות טקסט כתובות, קלטת שתיעדה שיחה שהתקיימה בינה ובין הנאשם ועדות עו"ד שרון רינגר וכן עדות אביו של הנאשם ... המתלוננת עשתה עליו רושם אמין ביותר, וברור שהיא תיארה את שהתרחש עימה. שוכנעתי שהמתלוננת לא חבה כל סכום לנאשם, וכי הנאשם המציא עניין זה, בתמיכת אימו, בכדי לנסות ולקעקע את דברי המתלוננת. הודעות המתלוננת הוגשו בהסכמת ב"כ הנאשם, שאף הצהיר שאינו מתכוון לחקור אותה נגדית, כך שלמעשה אין טענה בנוגע לאמיתות תוכן ההודעות. גם אם הייתה מחלוקת בעניין זה, מסקנתי היא שהמתלוננת דוברת אמת, ואני דוחה מכל וכל את גרסת הנאשם..."

בית משפט השלום קבע כי גרסתה של המתלוננת נתמכת בראיות אחרות בתיק, כולל מסרונים, פלט שיחות, עדות אביו של המערער ועדות עו"ד שרון רינגר, ואילו דברי המערער המופרכים נתמכים רק בדברי אימו שהותירה אצל בית משפט השלום רושם של מי שמבקשת לסייע לבנה, ולכן העדיף בית משפט השלום את גרסת המתלוננת, שעשתה עליו רושם אמין ביותר.

לעומת זאת, על גרסת המערער, שעשה רושם גרוע על בימ"ש השלום הנכבד ועל עדותו המניפולטיביתאמר שהיא: **"... גדושה בסתירות וקשה לדלות ממנה גרסה אחת..."**.

באשר לטענת המערער כי אחיו הקטין הוא זה אשר שלח את ההודעות למתלוננת, וייתכן שהוא זה אשר התקשר אליה, ציין בית המשפט השלום כי המדובר, בעדות כבושה, שנטענה לראשונה בבית המשפט ובשלב מאוחר יותר. בנוסף

המערער לא זימן את האח למתן עדות בבית המשפט, ויש לזקוף זאת לחובתו.

באשר להטרדה המינית, ציין בית המשפט השלום כי המערער הודה בפניו בנטייתו הרומנטית כלפי המתלוננת, וכי אכזבתו נבעה מכך שהמתלוננת לא נענתה לחיזוריו. גם תוכן ההודעות שהוגשו בהסכמה מלמד באופן ברור על תכנים מיניים מפורשים.

באשר לסחיטה באיומים, ציין בית המשפט השלום כי אין מחלוקת בין הצדדים, שהמערער אמר למתלוננת שאם לא תשכב איתו - הוא יתאבד. בית המשפט השלום ציין כי המערער חייג מאות שיחות טלפוניות אל המתלוננת, והפנה אליה מסר מאיים לפיו אם לא תשכב איתו הוא יתאבד, וכל אלה מובילים למסקנה אחת, לפיה המערער סבר שאם יעלה מדרגה, ולא יסתפק בשיחות ובמסרונים, אלא יאיים כי יפגע בעצמו - אזי המתלוננת תשנה את דעתה ותסכים לתחנוניו, ולכן היסוד הנפשי של העבירה הוכח.

לעניין הדחה בחקירה, ציין בית המשפט השלום כי מהשיחה שהוקלטה ע"י המתלוננת ואשר הושמעה בבית המשפט ושתמלילה הוגש כראייה, ומדברי המתלוננת שהתקבלו על ידי בית המשפט השלום כאמינים, הוכח מעבר לכל ספק סביר, שהמערער אמר למתלוננת לבטל את תלונתה בתמורה להפסקת הטרדתה על ידו.

לאחר שבית משפט השלום בחן את כל הראיות בתיק הוא הגיע למסקנה חד משמעית, לפיה הוכח בפניו מעבר לכל ספק סביר כל המיוחס למערער בכתב האישום המתוקן, ולכן הרשיעו בכל העבירות שיוחסו למערער בשני פרטי האישום.

טענות המערער ביחס להכרעת הדין:

ב"כ המערער טען כי שגה בית משפט השלום עת הרשיע את המערער בשני האישומים שיוחסו לו בכתב האישום המתוקן ברביעית, וזאת מאחר שלא הונחה בפניו כל תשתית ראייתית העונה לדרישת הוכחת אשמתו מעבר לכל ספק סביר.

עוד טען כי שגה בית משפט השלום שהסתמך על אמירותיו של ב"כ המערער מטעם הסניגוריה הציבורית בכל הקשור להסכמות או להודייה בעובדות מסויימות כשלמעשה באמירותיו המפורשות של המערער עצמו טען האחרון כי אינו מודה בכל עובדה. לטענתו היה כשל בייצוג המערער בפני בימ"ש השלום.

בנוסף טען ב"כ המערער כי לא הובאה כל ראיה פוזיטיבית שהצביעה על קשר ישיר בין רישום ושליחת ההודעות או קיום השיחות לבין המערער. המדובר, לטענת המערער בראיות נסיבתיות גרידא.

בנוסף טען ב"כ המערער כי שגה בית משפט השלום עת הסתמך אך ורק על ההקלטה שהציגה המתלוננת ביחס לאישום השני ועל זיהויה בלבד מבלי שהובא כל חיזוק ראייתי לאימות הדבר.

ב"כ המערער הצביע על מחדלי חקירה כאשר המשטרה לא טרחה להביא בדל ראיה לכך שמדובר בקולו של המערער בשני האישומים. מה גם שהמשטרה לא השלימה את החקירה באשר לטענה שאחיו של המערער הוא זה שהשתמש בפלאפון נשוא תיק זה, ובכך נגרם לו נזק ראייתי בשל מחדל חקירתי זה.

לטענת ב"כ המערער בית משפט השלום הסתמך בהרשעת המערער על עדות המתלוננת בלבד, שכן עדותה עמדה לבדה ונסמכה על הקלטה מפוקפקת ממספר טלפון שלא הוכח כלל כל קשר בינו לבין המערער.

מנגד ביקשה ב"כ המשיבה לדחות את הערעור, ציינה כי תשתית הראיות נסמכת על עדות המתלוננת אשר מכירה היכרות מוקדמת ובמידה מספקת את המערער, מזהה את קולו, מכירה את סגנון דיבורו, וחווה את המסכת המתוארת בכתב האישום המתוקן. המתלוננת מסרה גרסתה במשטרה ובבית המשפט שאימץ את עדותה וקבע ממצאי מהימנות ברורים וחד משמעיים. עוד ציינה ב"כ המשיבה כי לצד עדות המתלוננת קיימות ראיות מחזקות רבות אשר הוגשו בהסכמה ואינן שנויות במחלוקת. עוד הדגישה כי המערער עצמו הודה בהתקשרויות מהטלפון ומבית המעצר. מה גם, שהמערער עצמו הצהיר בפני בית משפט השלום הנכבד, כי הוא מוכן להודות בכתב האישום בכפוף לכך שהמאשימה תסכים לענישה של 7 חודשי מאסר.

לגישת ב"כ המשיבה, כל טענות המערער בעניין כשל בייצוג בבית משפט השלום דינן להידחות בהיעדר תצהיר מטעם עורכי הדין שייצגו את המערער בערכאה דלמטה. ב"כ המשיבה ציינה כי המערער עצמו לא ביקש להחליף את הסנגור ודווקא הייתה זו הסניגוריה שביקשה לשחרר אותה מהמשך ייצוגו. עוד ציינה כי המערער בהודעת הערעור הראשונה שהוגשה בכתב ידו ביקש שעורך הדין שייצג אותו בבית משפט השלום ימשיך לייצג אותו גם בערעור.

טענות הצדדים ביחס לגזר הדין:

לטענת ב"כ המערער טעה בית משפט השלום עת הפעיל את המאסר המותנה נשוא תיק 28036-06-10 בחופף ואילו את יתר שני המאסרים המותנים משני התיקים האחרים הפעיל במצטבר. לטענתו, טעה בית משפט השלום עת הפעיל במצטבר את שני המאסרים המותנים בני 12 חודשים וחודשיים, כשהוא חורג מהלכת מסארווה בע"פ 4517/04 **מסארווה נגד מ"י**, פ"ד נט(6) 119.

ב"כ המערער הפנה לסעיף 58 לחוק העונשין וציין כי כאשר מופעלים שני מאסרים על תנאי או יותר בגין אותה עבירה יש להחיל את ברירת המחדל (של צבירה) אשר בסעיף 58 רק על אחד מהם ואילו על השאר תחול ברירת המחדל של החפיפה. עוד הפנה לעפ"ת (ח"י) 20857-03-14 **חיים אוטמזגין נגד מ"י** (ניתן ביום 29.5.14) (להלן: "**אוטמזגין**") וציין כי המאסר על תנאי הארוך מבין המאסרים המותנים ברי ההפעלה, יופעל במצטבר ואילו הפעלת שאר המאסרים המותנים תחל עם מתן גזר הדין. לטענתו היה על בית משפט קמא, אם בכלל, להפעיל את כל המאסרים על תנאי

בחופף מיום גזירת דינו של המערער למאסר שהוטל עליו בתיק זה, ולחילופין היה על בית-המשפט להפעיל את המאסר על תנאי הארוך יותר במצטבר למאסר שהוטל בתיק זה ואילו יתר שני המאסרים המותנים יופעלו בחופף לאותו מאסר שהופעל במצטבר.

עוד טען כי שגה בית משפט השלום עת העמיד את מתחם העונש ההולם באישום הראשון על 12 עד 48 חודשי מאסר בפועל ובאישום השני על 6 עד 24 חודשי מאסר בפועל מבלי לנמק ו/או להפנות לפסיקה.

בנוסף טען ב"כ המערער כי טעה בית משפט השלום עת העמיד את מתחם העונש ההולם בגין הפרשייה כולה, הכוללת את שני האישומים, על 30 עד 60 חודשי מאסר בפועל.

לטענת המערער לא היה מקום לקבוע מתחמי ענישה נפרדים לשני האישומים, אלא לראות אותם כאירוע אחד מתמשך וכמסכת אחת שמצריכה קביעת מתחם ענישה אחד. עוד טען כי העונש שהוטל עליו חורג לחומרא באופן קיצוני ממדיניות הענישה הראויה במקרים דומים.

בטיעונו בפנינו טען ב"כ המערער כי עיון בפסיקה במקרים דומים מעלה כי מתחם הענישה הראוי הינו בין 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות עד 24 חודשי מאסר בפועל.

ב"כ המערער ציין כי בית משפט השלום לא ייחס משקל ראוי לנסיבותיו האישיות של המערער והתעלם מכך שמבחינה פסיכיאטרית, המערער הותיר רושם של מי שסובל מהפרעה ו/או דפוס פעולה בלתי מוסבר ובלתי רגיל.

נוכח כל האמור, ביקש ב"כ המערער להפחית משמעותית מתקופת עונש המאסר בפועל.

מנגד, ביקשה המשיבה לא להתערב בגזר הדין ולדחות את הערעור גם על העונש.

המשיבה ציינה כי המערער אדם מסוכן, אובססיבי, נטול רסן ונטול עכבות. עוד ציינה כי המערער ביצע את המעשים המיוחסים לו כאשר שלושה מאסרים מותנים היו תלויים ועומדים נגדו.

המשיבה הפנתה לעברו הפלילי של המערער וציינה כי לחובתו הרשעות קודמות בגין עבירות אלימות, סמים, מין, עבירות של הפרת הוראה חוקית והפרת צו בית משפט.

המשיבה סבורה כי המעשים שביצע המערער פוגעים בלבו של הייצוג בהליך המשפטי של נאשמים שאין ביכולתם לשכור שירותיו של עו"ד פרטי. לטענתה צדק בית משפט השלום משהפעיל את המאסרים המותנים במצטבר ואין בעניינה נסיבות לקולא המצדיקות הפעלת עונשי המאסר המותנים בחופף.

בסוף דבריה ציינה ב"כ המשיבה כי מסוכנותו של המערער, עברו הפלילי ומכלול הנסיבות מצדיקים השארת העונש על כנו.

דין והכרעה:

לאחר שעיינו בהודעת הערעור, בהכרעת הדין, בראיות שהיו בפני בית המשפט השלום ושמענו את טענות הצדדים, אנו מחליטים לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע להכרעת הדין.

כפי שהבאנו לעיל בית משפט השלום אמר דברו באופן חד וחלק כי הוא מעדיף את גרסת המתלוננת, שעשתה עליו רושם אמין ביותר, על פני גרסת המערער, שעשה עליו רושם גרוע ועדותו הייתה מניפולטיבית, כך שלפנינו ערעור המופנה כנגד קביעת ממצאי עובדה ומהימנות שהתערבות בהם מצמצמת למקרים החריגים ויוצאי הדופן ועל כך נאמר:

"...ידועה ההלכה כי אין ערכאת הערעור נוטה להתערב בממצאים עובדתיים אותם קבע בית משפט של הערכאה הדיונית (ראו ע"פ 111/99 שורץ נגד מדינת ישראל פ"ד נה (3) 780, 769 (1999); ע"פ 190/82 מרקוס נגד מדינת ישראל פ"ד לו (1) 234, 225 (1983)), וכשמדובר במהימנות העדים וההתרשמות מכלל הגורמים המעורבים בהכרעה זו, הדבר נכון על אחת כמה וכמה (ראו ע"פ 1442/06 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, [פורסם בנבו], 1.9.2008); ע"פ 1385/06 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (6.4.2009)...". - ראוע"פ 2056/09 פלוני נגד מדינת ישראל (ניתן ביום 27/05/09).

ראו גם ע"פ 10586/05 ערן נגד מ"י (ניתן ביום 5/1/09); ע"פ 4286/08 אלהואשלה נ' מדינת ישראל, (ניתן ביום 14/1/09); ע"פ 9468/10 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 16/4/12); ע"פ 5382/11 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 10/5/12); ע"פ 8273/07 כואזבה נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 18/7/12); ע"פ 5451/11 אלענאמי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 30/8/12) וע"פ 814/12 מדינת ישראל נ' סויסה (ניתן ביום 25/10/12); ע"פ 10586/05 ערן נגד מ"י (ניתן ביום 5/1/09), ע"פ 4286/08 אלהואשלה נ' מדינת ישראל, (ניתן ביום 14/1/09).

בית המשפט העליון קבע מספר חריגים לכלל אי ההתערבות המצדיקים את התערבותה של ערכאת הערעור בממצאי עובדה ומהימנות שנקבעו על ידי הערכאה הדיונית. המדובר במקרים שבהם אין לערכאה הדיונית יתרון על פני ערכאת הערעור, משום שממצאי הערכאה הדיונית מבוססים על ראיות בכתב, או על שיקולי הגיון טהורים. חריגים נוספים מתקיימים כאשר ניתן להצביע על טעויות מהותיות בהערכת המהימנות על ידי הערכאה הדיונית, או כאשר מוצגות לערכאת הערעור עובדות או ראיות ממשיות, לפיהן לא היה באפשרותה של הערכאה הדיונית להגיע לממצאים אשר נקבעו על ידה - ראו לעניין זה ע"פ 2439/10 פלוני נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 6/6/12); ע"פ 8149/09 אבשלום נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 8/9/11) וע"פ 10477/08 פיזולאיב נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 25/1/10).

בענייננו, לא עלה בידי המערער להצביע על טעם של ממש, על שום מה יש להתערב בקביעותיו העובדתיות של בית משפט השלום הנכבד ובמצאי המהימנות של העדים.

בית משפט השלום קבע כי גרסתה של המתלוננת נתמכת בראיות אחרות, אשר הוגשו בהסכמה ואינן שנויות במחלוקת.

מעבר לנדרש נציין כי דברי המערער בדיון בפני בית משפט השלום הנכבד חשובים ויש לתת להם את המשמעות הנכונה והמשתמעת מהם וכן את המשקל הראוי בין אם אלו דברים לזכותו ובין אם אלו לחובתו. על כן, אין לקבל את טענות המערער הן בהקשר לכשלים בייצוגו - בעניין זה אפילו לא נתבקשה עמדת הסנגור בבית משפט השלום - והן בהקשר להצהרת המערער שהוא מוכן להודות במידה והמשיבה תסכים לעמדה מקלה בענישה, הצהרה שבית משפט השלום הנכבד היה חייב להתייחס אליה ובוודאי להסתמך עליה.

בחנו את טענות המערער וטענות המשיבה ועיינו הכרעת דינו של בית משפט השלום הנכבד ולא שוכנענו כי יש הצדקה להתערבותנו.

מכל המקובץ, אנו מחליטים לדחות את הערעור על הכרעת הדין.

ביחס לערעור לעניין העונש, נראה לנו כי יש מקום להתערב בגזר הדין כפי שיפורט להלן.

כידוע הכלל הוא שאין ערכאת הערעור מתערבת בחומרת העונש שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בלבד בהם נפלה טעות בגזר הדין או שהעונש שנגזר חורג באופן קיצוני מרף הענישה בנסיבות דומות - ע"פ 8232/11 **מדינת ישראל נ' פלוני** (ניתן ביום 23.4.12); ע"פ 8116/11 **מחמד עלקם נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 22.4.12); ע"פ 2772/11 **מימון נחמני נגד מדינת ישראל** (ניתן ביום 21/3/12); ע"פ 3091/08 **טרייגר נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 29/1/09); ע"פ 7563/08 **אבו סביח נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 4/3/09) וע"פ 5236/05 **עמאשה נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 4/3/09).

אלא, שעל אף כל האמור לעיל, אנו סבורים כי התוצאה הסופית אליה הגיע בית משפט השלום הנכבד חורגת באופן קיצוני לחומרה מרמת הענישה הנוהגת, בעבירות ובנסיבות דומות, ועל שום כך אין מנוס מהתערבותנו.

לעניין הפעלת עונשי המאסר, אכן בפסק דין **אוטמזגין**, נקבע בדעת רוב כי ברירת המחדל באשר למספר מאסרים על תנאי, המופעלים בגין עבירה נוספת, היא חפיפתם אלה לאלה, באופן שרק המאסר על תנאי הארוך מביניהם, יצטבר לעונש המאסר המוטל על הנאשם בגזר הדין. יחד עם זאת באותו פסק דין הייתה דעת מיעוט (השופט סעב) שגרסה כי סעיף 58 לחוק העונשין קובע באופן מפורש וברור כי הכלל הוא שעונשי מאסר על תנאי יופעלו במצטבר ולא בחופף, אלא מטעמים מיוחדים שירשמו תוך הפניה בעניין זה לפסיקת בית המשפט העליון בע"פ 4716/12 **מדינת ישראל נגד עידן דסטה** (ניתן ביום 6.6.13), שם קבע בית המשפט העליון כי:

"סעיף 58 לחוק העונשין קובע כי ככלל, עונשי מאסר על תנאי יופעלו במצטבר ולא בחופף, אלא מטעמים מיוחדים שירשמו"

ראו גם ע"פ 10228/05 **רובאעי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 26.6.06).

השופט סעב היפנה גם לע"פ 645/09 **טאייב נ' מדינת ישראל** (ניתן 13.1.10), שם גזר בית המשפט המחוזי על הנאשם 42 חודשי מאסר בפועל והפעיל שני מאסרים מותנים, שהוטלו על המערער בתיקים קודמים, וזאת במצטבר לעונש שהוטל בגין העבירות בתיק העיקרי, האחד היה בן 18 חודשים והשני היה בן 6 חודשים, כך שסה"כ היה על

הנאשם טאייב לרצות עונש מאסר של 66 חודשים. כאמור בית המשפט העליון דחה את ערעור **טאייב** בקובעו כי:

"במקרה שלפנינו, קבע בית המשפט המחוזי באופן מפורש וברור, כי העונשים המופעלים יצטברו האחד למשנהו ושניהם יצטברו לעונש שהוטל על המערער בתיק זה, כך שעל המערער לרצות עונש מאסר של 66 חודשים... קביעתו זו של בית המשפט המחוזי מקובלת עלי ולא מצאתי כל מקום להתערב בה".

ראוי לציין כי פסק דין **אוטמזגין** הוא פס"ד מנחה וכי בדיקתנו העלתה שבעניין **אוטמזגין** הוגשה לבית המשפט העליון בקשת רשות ערעור (רע"פ 4883/14) שעדיין תלויה ועומדת.

לאור כל המקובץ לעיל אנו סבורים כי אין מקום להתערב בהפעלת המאסרים המותנים כששניים מהם הופעלו במצטבר והשלישי בחופף ואין בידינו לקבל את הטענה לפיה ברירת המחדל באשר למספר מאסרים מותנים, המופעלים בגין עבירה נוספת, היא חפיפתם אלה לאלה, באופן שרק המאסר המותנה הארוך מביניהם, יצטבר לעונש המאסר המוטל על הנאשם בגזר הדין.

לעניין הפעלת המאסרים המותנים נאמר כי לדעתנו לא נפלה מלפני בית משפט השלום הנכבד שגגה המחייבת התערבותנו.

יחד עם זאת אנו סבורים כי יש מקום להתערב בעונש של 4 שנות מאסר שהוטל על המערער בגין שני האישומים. המדובר בעונש הנוטה לצד החומרה במידה שיש בה משום חריגה משמעותית מרף הענישה הנוהגת במקרים דומים.

עוד נציין כי גם אם מתחמי הענישה שנקבעו ע"י בית משפט השלום הנכבד רחבים הם, עדיין לא ניתן לומר כי העונש שהוטל, והמצוי במתחם הענישה שנקבע, אינו נוטה לחומרה עד למידה המצדיקה התערבותנו.

7. סוף דבר

אשר על כן ולאור כל האמור לעיל אנו מחליטים לדחות את הערעור על הכרעת הדין ולקבל את הערעור על העונש ולהורות כדלקמן:

א. כי נתערב בתוצאה הסופית של גזר הדין, בכך שנורה כי עונש המאסר בפועל שהטיל בית משפט השלום הנכבד (48 חודשים), יעמוד על 30 חודשים.

ב. יתר הוראות גזר הדין, לרבות ההוראה בדבר אופן הפעלת שלושת עונשי המאסר המותנים, יישארו על כנם, כך שעל המערער לרצות בסך הכל 44 (ארבעים וארבעה) חודשי מאסר בפועל מיום מעצרו (23.4.13).

ניתן היום, י"א אב תשע"ד, 07 אוגוסט 2014, בהעדר הצדדים.

בהתאם למוסכם בין באי כח הצדדים, אנו מורים כי המזכירות תמציא את העתקי פסק הדין לבאי כוחם של שני הצדדים.

עוד ובנוסף תמציא המזכירות את העתק פסק הדין למערער עצמו, באמצעות שב"ס.

כמאל סעב, שופט

ברכה בר-זיו, שופטת

יגאל גריל, סגן נשיא
[אב"ד]