

עפ"ת 39164/12/16 - מדינת ישראל נגד רשאד שוא,

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 39164-12-16 מדינת ישראל נ' שוא
תיק חיצוני:

בפני כבוד השופט יחיאל ליפשיץ
מערערת מדינת ישראל
נגד רשאד שוא, באמצעות בא כוחו - עו"ד מוטי לוי (סניגוריה
משיב ציבורית).

פסק דין

כללי

לפני ערעור על קולת העונש שגזר ביהמ"ש קמא (פל"א 7366-02-16 מתאריך 17.11.16, כב' השופטת כרמית פאר גינת).

כנגד המשיב, יליד 1964, הוגש בתאריך 21.2.16 כתב אישום המייחס לו עבירות של נהיגה בפסילה, לפי ס' 67 **לפקודת התעבורה**, תשכ"א - 1961 (להלן: **הפקודה**); נהיגה ללא ביטוח, לפי סעיף 2 א' **לפקודת ביטוח רכב מנועי**, תש"ל - 1970; ונהיגה עם רישיון נהיגה שפקע מעל 6 חודשים, לפי סעיף 10 (א) **לפקודה**.

על פי הנטען, נהג המשיב בתאריך 18.2.16 בשעות אחר הצהריים בשד' סיני בחיפה, כאשר הוא בפסילה מתיק פל"א (תעבורה חיפה) 7809-09-14 (להלן: **התיק הקודם**) - אז נפסל, בנוכחותו, בתאריך 11.1.15, לתקופה של 24 חודשים. בנוסף, נטען כי רישיונו של המשיב פקע כבר בשנת 2001.

ההליך בבית המשפט קמא

בתאריך 8.4.16 הודה הנאשם במיחס לו והורשע בעבירות לעיל. מהתסקיר שהוגש לבית המשפט קמא עלתה, בקצרה, התמונה הבאה: המשיב הינו בן 52, מוצאו מעזה, פרוד ואב ל 7 ילדים, 5 מהם שוהים עם אמם בעזה. יתר ילדיו הינם בגירים ומתגוררים בארץ. לחובת המשיב עבר פלילי הכולל עבירות אלימות והוא אף נדון למאסר בשנת 2007. המשיב שלל שימוש בסמים ואלכוהול, קיבל אחריות על ביצוען של העבירות בהן הורשע והביע צער וחרטה על התנהגותו. זה המקום לציין כי עבירות אלה נעברו בעת שהמשיב ריצה עבודות שירות בתיק הקודם, גם הוא בגין נהיגה בזמן פסילה.

המשיב מסר לשירות המבחן כי שלושה ימים טרם סיום עבודות השירות לעיל היה במצב נפשי סוער בעקבות אשפוז בנו בבית החולים טירת הכרמל.

המשיב הוסיף כי לאחר מעצרו הוא ערך חשבון נפש ולמד לקח להמשך התנהלותו בעתיד. בנוסף, הביע המשיב רצון לשיקום חייו וכן הביע חשש ששליחתו לריצוי מאסר עלולה להביא להידרדרות במצבו הרגשי

עמוד 1

והכלכלי. שירות המבחן התרשם מהמשיב כמי שהתקשה לשמור על רצף תעסוקתי בשנים האחרונות וגם קשריו עם הסובבים אותו היו חסרי יציבות. בהקשר לעבירות התעבורה - מדובר במי שמתקשה לקבל ולכבד סנקציות משפטיות עונשיות שהוטלו עליו ובמצבי תסכול ולחץ הוא מתקשה לווסת את התנהגותו ומגיב באימפולסיביות ללא הפעלת שיקול דעת וללא הפנמת השלכות התנהגותו על סביבתו. להערכת שירות המבחן, ללא הליך טיפולי לטיפול בבעיות אלה קיים סיכון גבוה להישנות התנהגות פורצת גבולות בעתיד. שירות המבחן ציין כי המשיב הביע רצון מילולי לקחת חלק בהליך טיפולי וזאת לנוכח חששותיו משליחתו למאסר. משכך, סבר שירות המבחן שיש מקום לבחון שילובו במסגרת טיפולית שתסייע לו בוויסות גבולות ותפחית את התנהגותו האימפולסיבית. לכן, אף המליץ שירות המבחן על הארכת המאסר המותנה (למשך 7 חודשים) שהיה קיים נגד המשיב מהתיק הקודם; על מבחן לתקופה של שנה, וכן על הטלת של"צ בהיקף של 250 שעות.

במסגרת גזר דינו של בית המשפט קמא נקבע מתחם ענישה שנע בין מאסר בפועל בן 15 יום ל 18 חודשים; וכן מתחם פסילה בין 6 ל 60 חודשים. ביהמ"ש היה ער לעברו הפלילי של המשיב, למאסר על תנאי מהתיק הקודם שהינו למשך 7 חודשים וכן לחומרת העבירות אותן ביצע, אשר טומנות בחובן סיכונים רבים לביטחונם של הנוסעים ברכב והולכי הרגל. יחד עם זאת, צוין ש: **"ניכר כי הנאשם קיבל אחריות לביצוע העבירות וכי הוא מכיר בהשלכות של מעשיו ומודע להתנהגותו הפסולה. שירות המבחן ציין, כי ניכר שהנאשם הפיק לקחים מהאירוע הנדון וערך שינוי באופן התנהלותו"**. עוד צוין, בשים לב להמלצות שירות המבחן, כי: **"נראה כי המקרה שלפנינו הוא אכן המקרה בו על בית המשפט לבחון ברצינות רבה את האינטרס השיקומי, שכן שיקומו של הנאשם יועיל לחברה במידה רבה יותר מאשר הטלת מאסר בפועל, אשר יהיה בו כדי לגרום לנסיגה נוספת בתפקודו של הנאשם"**. אשר על כן, בחר ביהמ"ש קמא לסטות לקולא, מטעמי שיקום, מהמתחם לעיל; הורה על הארכת המאסר על תנאי שהושת על הנאשם בתיק הקודם, הטיל מבחן לתקופה של 24 חודשים, צו של"צ בהיקף של 400 שעות, קנס וכן פסילת רישיון. עיקר טענות הצדדים

במסגרת הודעת הערעור טענה המערערת כי לא היה מקום בנסיבות הענין לחרוג לקולא ממתחם העונש ההולם ומאליו יוצא שלא היה מקום להאריך את התנאי בר הפעלה שהיה תלוי ועומד כנגדו. מדובר במי שנושא לחובתו עבר פלילי "רגיל" ועבר תעבורתי ושב ומבצע עבירות תעבורה תוך זלזול בוטה בשלטון החוק ותוך שהוא מסכן בהתנהגותו את המשתמשים בדרך. זאת ועוד, המערערת הפנתה לכך שנתוני התסקיר לא הצדיקו הליכה כה ניכרת לעבר המערער - אין מדובר בתסקיר שהינו חיובי באופן יוצא דופן ולמעשה התסקיר כל כולו צופה פני עתיד ללא שהמשיב עשה ולו צעד קטן להוכחת הצהרותיו. מדובר בהצהרות ריקות מתוכן שניתנו רק משום חששו מהמאסר לו הוא צפוי.

מנגד, טען ב"כ המשיב שלא בכדי בחר ביהמ"ש קמא לאמץ את האפיק הטיפולי-שיקומי. מדובר במשיב עם רקע משפחתי מורכב ולא פשוט - חלק ממשפחתו מתגוררת בעזה ובנו אשר מתגורר עמו מאושפז בגין בעיות נפשיות. גם הנהיגה ביום האירוע היתה על רקע זה. עוד הפנה ב"כ המשיב לנטילת האחריות מצד המשיב להבעת הצער ולעריכת חשבון הנפש מצדו. זאת ועוד, נטען כי ההליך הטיפולי יתן מענה לבעיות המשיב ובאם הוא לא יוכיח את עצמו, בית המשפט יוכל לשוב ולהידרש לעונשו במסגרת תנאי המבחן.

הצדדים התייחסו אף לאפשרות קבלת הערעור והאפשרות שיוטל עליו עונש מאסר, וזאת בשים לב שהמשיב כבר החל בריצוי השל"צ. בהקשר זה טענו לחלופה של הלכת גנני ולתיקון מס' 77 לחוק סדר הדין הפלילי [נ"מ], תשמ"ב-1982 (להלן: **החסד"פ**) שהתקבל ימים ספורים טרם מועד הדיון בפניי. אתייחס לסוגיה זו בפרק הדיון והמסקנות.

דין ומסקנות

לאחר ששקלתי את נתוני הענין ואת טיעוני הצדדים, הגעתי למסקנה שיש לקבל את הערעור. ראשית, אפנה לתיק הקודם - במסגרת אותו הליך (פל' תעבורה חיפה 7809-09-14) הועמד המשיב לדין בשני אישומים המייחסים לו נהיגה בזמן פסילה - בתאריכים 24.5.14 ו 28.9.14. במסגרת אותו הליך הגיעו הצדדים להסדר טיעון במסגרתו עתרה המאשימה/המערערת ל 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות; בעוד שהמשיב עתר ל 3 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות. עוד סוכם שיושנו רכיבי ענישה נוספים הכוללים רכיב של פסילה.

ביהמ"ש ציין באותו עניין, כי מדובר בהסדר המצוי - בשים לב לעברו של המשיב - ברף הנמוך של מתחם העונש ההולם, אך משום שמדובר בהסדר טיעון הוא אומץ ובית המשפט גזר עליו בתאריך 11.1.15 - 5 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות; פסילה ל 24 חודשים; מאסר על תנאי לתקופה של 7 חודשים שלא יעבור בתוך 3 שנים עבירה של נהיגה בפסילה או נהיגה ללא רישיון וכן רכיבי ענישה נוספים שאינם מעניינינו כעת.

והנה, בעת שהמשיב ריצה את עבודות השירות שנפסקו כנגדו בתיק הקודם, הוא שב ונהג כאשר הוא נתון בפסילה שהושתה עליו בתיק לעיל, וכאשר רישיון הנהיגה שלו פקע בשנת 2001!

אין מדובר בעבירה שנעשתה ב"היסח הדעת" או ללא מחשבה ותכנון מוקדם. מפתחות הרכב לא "נחתו" לידי של המשיב "כך סתם" וכך גם האפשרות לעשות שימוש ברכב שבו נהג בעת האירוע. מדובר אם כן בעבריו תנועה סדרתי אשר שב ומפר ברגל גסה את הוראות החוק במודע וכאשר תלוי ועומד מעל ראשו מאסר על תנאי לתקופה של 7 חודשים.

מעבר לתיק הקודם, יש להפנות לכך כי בתאריך 11.4.15 (היינו, לאחר שני מועדי הנהיגה בפסילה בתיק הקודם; ולאחר שניתן כנגדו גזר הדין בתיק הקודם) שוב נהג המשיב (בהיותו נתון בפסילה בתיק הקודם) והוא נדון על כך במסגרת פל' 9851-05-15. מטעמים לא ברורים (ייתכן והתיק הקודם לא הוזן במועד) הועמד המשיב לדין (במסגרת פל' 9851-05-15 לעיל) רק בעבירה של נהיגה ללא רישיון בתוקף הגם שברור שכבר אז היה מקום להעמידו לדין גם בגין נהיגה בזמן פסילה. בנוסף, לחובת המשיב עבר תעבורתי עשיר בעבירות נוספות.

זאת ועוד, בנוסף לעברו התעבורתי, נושא המשיב לחובתו גם עבר פלילי "רגיל", שהגם שהינו לפני שנים לא מעטות, לא ניתן להתעלם ממנו. מדובר במי שריצה 2 תקופות מאסר בגין עבירות אלימות - 9 חודשי מאסר בשנת 1999; ושנתיים מאסר בשנת 2007. לחובתו עבר פלילי נוסף בגינו נדון למאסרים על תנאי.

ניתוח כלל הנתונים לעיל מוביל למסקנה שלא היה מקום להליכה כה משמעותית לקראת המשיב. חרף ה"שורה התחתונה" בתסקיר, עיון מעמיק בו מעלה כי למעשה מדובר במי שרק הצהיר כלפי חוץ אודות מוכנותו להליך טיפולי וגם שירות המבחן ציין כי הדבר הינו בעיקר משום החרב המרחפת של המאסר בפועל. שירות המבחן הפנה לכך כי מדובר במי שמתקשה לקבל ולכבד סנקציות עונשיות ובמצבי תסכול ולחץ מתקשה לווסת את התנהגותו ומגיב באימפולסיביות ללא הפעלת שיקול דעת וללא הפנמת השלכות התנהגותו על סביבתו.

לא התעלמתי מהמלצת ומהתרשמות שירות המבחן, שללא הליך טיפולי להעלאת המודעות לדפוסי התנהגות בעייתיים קיים סיכון גבוה להישנות התנהגות פורצת גבולות בעתיד, אך לנוכח חומרת מעשיו, עברו הפלילי ושיקולי הלימה, לא מצאתי מדוע לא יוכל (ולמעשה, לא ראוי) שהנאשם ישולב בהליך טיפולי במסגרת כותלי הכלא.

זאת ועוד, ספק אם הנתונים שעלו בתסקיר יכולים לבסס את המסקנה ש"קיים סיכוי של ממש" לשיקומו של

המשיב (ס' 40ד' (א) לחוק העונשין). בכל אופן, כאמור לעיל, חומרת מעשיו של המשיב ועברו אינם מצדיקים זאת והדברים אף נכונים לענין השיקולים להארכת המאסר על תנאי - המחייבים כי "לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי" (ס' 56 (א) לחוק העונשין).

כפי שצוין לא פעם, שיקול השיקום הינו רק אחד השיקולים שעל בית המשפט להעמיד לנגד עיניו בגזרו את הדין (רע"פ 2450/15 **אזרזר נ' מ"י**, 15.4.15; רע"פ 1787/15 **עמר נ' מ"י** 24.3.2015).

סוגיה אחרונה אליה התייחסו הצדדים, כאמור לעיל, היתה האם ניתן להשית על המשיב עונש מאסר בפועל, בשים לב שהמשיב כבר החל בריצוי רכיב השל"צ שנגזר עליו.

כאמור, על המשיב נגזר רכיב של"צ בהיקף של 400 שעות. עם מתן גזר הדין עתרה המערערת לעיכוב ביצוע רכיב השל"צ ובית המשפט קמא עיכב את ביצוע רכיב זה בשבועיים (בלבד). הודעת הערעור הוגשה כעבור כחודש ולא צורפה לה בקשה לעיכוב ביצוע. לשאלתי בדיון, מסר המשיב כי ריצה כ 14 שעות של"צ בלבד (ר' דברי המשיב עמ' 2 שורה 19 לפרוטוקול). משכך, ובהתבסס על הלכת גנני (רע"פ 6374/08 **גנני נ' מ"י**, 6.2.12; להלן: **הלכת גנני**) טען ב"כ המשיב כי לא ניתן להשית על המשיב מאסר בפועל. מנגד, טענה המערערת כי בשים לב למספר השעות הנמוך שריצה המשיב עד כה ולנוכח תיקון 77 לחסד"פ (להלן: **התיקון לחוק**) - שאעמוד עליו להלן - אין מקום לקבל את הטענה.

דומה שלנוכח מחדל המערערת (שלא ביקשה את הארכת עיכוב הביצוע הקצר למדי שניתן בבית המשפט קמא) ולנוכח התיקון לחוק (שהצדדים חלוקים אם חל בענייננו, אך אין ספק שהוא ייתר בעתיד מחלוקות דומות), אאלץ להתייחסות אחרונה בפסיקה, כך עולה, בטרם סגירת השער בהקשר לטענות הנוגעות להלכת גנני.

על פי הלכת גנני, לא ניתן להטיל מאסר בפועל מקום בו הנאשם כבר ריצה של"צ. משכך, נדרש מהמאשימה להגיש במועד בקשות לעיכוב ביצוע בטרם יתחיל הנאשם את ריצוי השל"צ וגם הערכאות הדיוניות הונחו להיעתר לבקשת המדינה לעיכוב ביצוע רכיב השל"צ. הלכת גנני התבססה על פרשנות ס' 71א' (א) לחוק העונשין, הקובע כי "**בית משפט שהרשיע אדם ולא הטיל עליו עונש מאסר בפועל, רשאי, במקום כל עונש אחר או בנוסף עליו, לחייבו בצו . . . (של"צ - י.ל.)**". הסעיף פורש באופן ש: ". . . **אם במועד גזירת הדין לא יכול בית המשפט לגזור על נידון הן עונש מאסר בפועל והן צו שירות לתועלת הציבור - הרי שגם במסגרת הערעור לא יכול בית המשפט לעשות כן ואין זה משנה האם שני העונשים ניתנו במקביל באותה ערכאה, או בשתי ערכאות שונות**" (פסקה 11 (ב) להלכת גנני).

יחד עם זאת, יש ליתן את הדעת שבעניין גנני קיבל בית המשפט המחוזי, כערכאת ערעור, את הערעור על קולת העונש וגזר רכיב מאסר בפועל, כאשר כבר רוצה כל רכיב השל"צ - ולכן בוטל, בבית המשפט העליון, רכיב זה.

הלכת גנני שבה ונדונה בהרכב מורחב של 5 שופטים במסגרת רע"פ 6219/12 **סרוסי נ' מ"י**, 5.6.14, שם צוין כי: "**אין לכחד: בקרב חברי הרכב מורחב זה ישנן עמדות שונות בשאלת הלכת גנני. לא כולנו היינו פוסקים, מלכתחילה, כפי שנקבע באותה הלכה. דעותינו אינן אחידות גם בשאלות האם רק השלמתו של של"צ יש בה כדי להביא לתחולת הלכת גנני, והאם יש טעם בהבחנה בין השלמת שעות השל"צ לבין ביצוע חלקי שלהן. . .**" . בסופו של דבר, בוטל רכיב המאסר בעניינו של סרוסי, אך עולה כי הדבר היה משום שריצה את מרבית שעות השל"צ.

עוד אפנה בהקשר זה לדבריו של הנשיא גרוניס במסגרת דנ"פ 1537/12 **מ"י נ' גנני**, 20.5.12 (ההחלטה בבקשה לדיון נוסף בהלכת גנני) שקבע כי: "**דומה כי ההלכה שנקבעה בפסק הדין מתייחסת אך ורק למקרים בהם השלים הנאשם את מלוא שעות השירות שנקבעו בצו השירות לפני שניתן פסק דינה**

של ערכאת הערעור; וכן לרע"פ 5423/12 פלטי נ' מ"י, 5.8.12, גם שם צוין כי: **"הלכה זו** (הלכת גנני - י.ל.) **חלה רק בנסיבות בהן הנאשם סיים לרצות את השירות לתועלת הציבור, טרם שהוטל עליו עונש מאסר לריצוי בפועל"**.

משכך, איני רואה כל מניעה מלבטל בענייננו את רכיב השל"צ ולגזור על המשיב בענייננו רכיב של מאסר בפועל. כאמור, מתוך 400 שעות השל"צ ריצה המשיב רק 14 שעות. זאת ועוד, בענייננו הסוגיה הינה מובהקת הרבה יותר, שכן אין מדובר רק במצב בו יש להשית רכיב של מאסר, אלא יש (גם) מקום להפעלת מאסר על תנאי בר הפעלה. איני סבור שריצוי 14 שעות של"צ יכול לחסום הפעלה מחויבת המציאות של המאסר על תנאי.

לנוכח האמור לעיל, תחולת תיקון 77 לחסד"פ הינה מעבר לצורך, ואתייחס לכך רק לשם השלמת התמונה - בתאריך 9.1.17 התקבל בכנסת תיקון מס' 77 לחסד"פ הקובע כי בסיפא של ס' 213 לחסד"פ (סמכות בית המשפט שלערעור) יתווסף - **"קיבל בית המשפט את הערעור כאמור, רשאי הוא להטיל על הנאשם כל עונש שהערכאה הקודמת היתה מוסמכת להטיל, בין אם הנאשם החל לשאת את העונש שהטילה עליו הערכאה הקודמת או סיים לשאתו, ובין אם לאו"**.

בדברי ההסבר הובהרה מטרת התיקון - לשנות את הלכת גנני ולהביר כי ס' 77 א' לחוק העונשין, שאינו מאפשר שילוב של רכיב של"צ ורכיב מאסר בפועל, חל רק כשעונשים אלה ניתנים על ידי אותה ערכאה ולא בשתי ערכאות שונות (הערכאה הדיונית והערכאה שלערעור). התיקון פורסם ברשומות בתאריך 16.1.17 וחל ממועד זה.

הערעור בענייננו הוגש בתאריך 19.12.16 והדיון בפניי נערך בתאריך 19.1.17 - 3 ימים לאחר כניסתו לתוקף של התיקון. לטעמי, התיקון חל על עניינו של המשיב. הדיון בפניי, כאמור, התקיים לאחר כניסתו לתוקף של התיקון. אין מדובר, לדוגמה, בנורמה מהותית הנוגעת להגדרת העבירה או ביחס לעונש הצמוד לעבירה (ס' 5 לחוק העונשין). מדובר בתיקון הנוגע לסמכותה הדיונית של ערכאת הערעור להתערב בעונש שגזרה הערכאה דלמטה. הנאשם לא קנה לו זכות, בשום שלב שהוא, ל"חסינות" מפני התערבות שכזו (ולהרחבה בנדון ר' פרופ' גבריאל הלוי, **תורת הדין הפלילי**, תשע"א, כרך א' עמ' 250; וכן ע"פ 2144/08 מונדרוביץ נ' מ"י, 14.1.10).

סוף דבר, אני מורה על קבלת הערעור באופן הבא:

1. אני גוזר על המשיב מאסר בפועל לתקופה של 7 חודשים.
2. אני מורה על הפעלת המאסר על תנאי שנגזר על המשיב במסגרת פל"א (תעבורה חיפה) 7809-09-14. מדובר במאסר על תנאי לתקופה של 7 חודשים.
3. אני מורה על חפיפה חלקית של 3 חודשים בין שתי תקופות המאסר לעיל, **באופן שהמשיב ירצה** **תקופת מאסר כוללת של 11 חודשי מאסר**.
4. רכיב השל"צ שנגזר על ידי בית המשפט קמא - מבוטל.
5. עוד מבוטל רכיב המבחן.
6. יתר רכיבי הענישה שנגזרו על ידי בית המשפט קמא (פסילה, פסילה על תנאי וקנס) - יוותרו ללא שינוי.

המשיב יתייצב לריצוי מאסרו בבית מעצר קישון בתאריך 5.3.17 עד השעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המשיב לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיין מוקדם, עם ענף אבחון ומיין של שב"ס, טלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לשב"ס.

המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לשירות המבחן.

ניתן היום, ג' שבט תשע"ז, 30 ינואר 2017, בהעדר הצדדים.