

עפ"ג 24997/04/14 - מדינת ישראל נגד יהודה בנון

בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 24997-04-14
07 יולי 2014

לפני: כב' השופט דוד חשין, נשיא
כב' השופט משה דרורי, סגן נשיא
כב' השופט עודד שחם
המערערת:

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד אביה גליקסברג-בניטה מפרקליטות מחוז
ירושלים (פלילי)

יהודה בנון (עציר)
ע"י ב"כ עו"ד אריאל הרמן

נגד
המשיב:

פסק דין

סגן הנשיא משה דרורי:

כללי

1. בית משפט השלום בירושלים (כב' השופט שמואל הרבסט), לאחר שהרשיע את המשיב, על-פי הודאתו, בעבירה של ניסיון התפרצות למקום מגורים, גזר עליו, ביום כו אדר תשע"ד (26.2.14), בת"פ 14882-11-13, את העונשים הבאים:

א. שישה חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו בתיק זה (מיום 3.11.13).

ב. הפעלת עונש של ארבעה חודשי מאסר מותנה שהוטל על המשיב בת"פ 53451-02-11 באופן שחודשיים מתוכם ירצו בחופף וחודשיים בתוכם במצטבר. בסך הכל העונש שהוטל עמד על שמונה חודשי מאסר לריצוי בפועל מיום המעצר.

ג. עשרה (10) חודשי מאסר אשר לא ירצו אלא אם יעבור הנאשם על עבירת רכוש במשך שלוש שנים מיום שחרורו ממאסרו.

2. ערעור המדינה, מעבר לטענה כי העונש שהוטל קל מדי ומחייב החמרה, מעורר ארבע סוגיות, שיש להן השלכות מעבר לתיק זה: מתחם העונש ההולם בעבירה האמורה; הדרך לקביעת העונש המתאים; הפעלת מאסר על תנאי במצטבר או בחופף (בחלקו); ניכוי ימי מעצר, כאשר תקופת המעצר משמשת במקביל ריצוי של יתרת מאסר שלאחר הפקעת עבודות שירות.

ההרשעה

3. נגד הנאשם הוגש כתב אישום שייחס לו שתי עבירות.

4. במסגרת הסדר טיעון תוקן כתב האישום שהנאשם הודה בו והורשע על-פי הודאתו, כמפורט בהכרעת הדין מיום יג שבט תשע"ד (14.1.14).

5. העובדות שלפיהן הורשע הנאשם הן אלה:

א. ביום 3.11.13 בשעה 20:00 לערך ניסה הנאשם להתפרץ לדירה הממוקמת בקומה ראשונה בבית מגורים בשדרות הרצל בירושלים.

ב. הוא ניגש לחלון הדירה ובחן את תכולתה כדי לבצע גניבה.

ג. כשהבחין הנאשם כי הדירה ריקה, הוא טיפס לעבר הדירה הממוקמת בקומה השנייה באותו בית מגורים, מתוך כוונה להתפרץ לתוך הדירה ולבצע גניבה.

ד. במעמד זה נפל הנאשם ונעצר, בעודו שרוע על האדמה סמוך לבית המגורים.

6. הוראות החיקוק בהן הורשע הנאשם הן אלה: ניסיון התפרצות למגורים/תפילה לבצע עבירה - עבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 + סעיף 25 לחוק העונשין, תשל"ז-1977.

תסקיר שירות המבחן

7. בית-משפט השלום (כב' השופט הרבסט) הורה ביום יג שבט תשע"ד (14.1.14) כי יוכן תסקיר שירות מבחן בעניינו של הנאשם כדי "**לשקול נתונים שונים הקשורים לנאשם ולסביבתו**", וזאת כדי שיעמוד בפני בית-משפט "**תסקיר שירות מבחן שיש בו כדי לשפוך אור לא רק על מצבו ההיסטורי של הנאשם, אלא גם על מבט עתידי, שיש בו כדי, אולי, למנוע ממנו לעבור עבירות בעתיד ולגדל את משפחתו בכבוד**".

8. התסקיר מגולל את ההיסטוריה של הנאשם, בן 42 נשוי ואב לארבעה ילדים שעוסק בשיפוצים ונעזר בהשלמת הכנסה מהביטוח הלאומי. הוא היה אמור לבצע מאסר בעבודות שירות אך התקשה לעמוד בכך בשל רצונו לפרנס את המשפחה. הוא נעצר ביום 14.11.13.

שירות המבחן מתרשם כי מדובר באדם בעל דימוי עצמי נמוך, בעל מערכת ערכית לא מגובשת המתקשה לקבל סמכות ולהתמודד עם גבולות ברורים. הוא בעל כוחות ובשלות נמוכים ותולה את התנהגותו בהשפעותיהם של אחרים.

הוא מכור לסמים מזה כעשרים שנה ומתקשה להכיר בהתמכרותו לסמים ועל כן מתקשה לערוך שינוי ממשי בחייו, על אף הזדמנות שניתנה לו להשתלב בתהליך טיפולי.

מטעמי צנעת הפרט, לא אפרט את ההיסטוריה המשפחתית שלו. די אם אציין כי היה חשוף לעבריינות מגיל צעיר, נהג לשוטט ברחובות ולהשתייך לחברה שולית. הוא התגייס לצבא אך לאחר שערק ריצה מאסר צבאי ושחרר בגין אי התאמה.

במאי 2013 נדון למאסר בעבודות שירות, מאסר על תנאי וצו מבחן לשנה, נעשה ניסיון מצד שירות המבחן ליצור עמו קשר ולהפנותו לטיפול במסגרת פתוחה, כפי שהוא התחייב, אך הוא ניתק קשר עם שירות המבחן. כשהצליח שירות המבחן ליצור קשר באמצעות אשתו, הוא הזמין לשיחה ולא הגיע. בשיחות עמו הנאשם סבור כי אינו זקוק לטיפול בנושא סמים. לדבריו הוא צורך אלכוהול במקום סמים.

להערכת שירות המבחן הנאשם מתקשה להכיר בחומרת בעיית התמכרותו כמתואר ובצורך בטיפול אינטנסיבי ארוך טווח.

9. ביחס לביצוע העבירה הנדונה, הנאשם מודה בה. לדבריו, לפני ביצועה שתה בקבוק וודקה עם חברים והיה שיכור ולא שלט בהתנהגותו. לדבריו, המאסר על תנאי שהיה תלוי נגדו לא היווה גורם הרתעתי עבורו היות והיה שיכור ולא שלט בהתנהגותו. שירות המבחן מתרשם, בהמשך לאמור לעיל, כי הנאשם נוטה להטיל את האחריות לביצוע העבירות על גורמים חיצוניים וזאת כדרך בריחה מהתמודדות עם קשייו.

10. סיכום תסקיר הנו זה:

"לאור ביצוע העבירה הנדונה בהיותו נתון בצו מבחן כאשר תלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי, לאור העדר שיתוף פעולה במהלך צו מבחן כאשר, בין היתר, סירב להשתלב בהליך טיפולי בתחום הסמים במסגרת פתוחה ולאור חוסר תובנה ביחס להתמכרותו לסמים וסירובו להשתלב בקהילה טיפולית גם כיום, אין אנו באים בהמלצה טיפולית בעניינו. אנו ממליצים להפעיל המאסר על תנאי התלוי ועומד כנגדו ולהטיל עליו מאסר על תנאי נוסף".

הליכים קודמים

11. למערער עבר פלילי עשיר בתחום הרכוש והסמים.

12. לצורך הבנת הטיעונים לעונש בבית-משפט קמא, והטיעונים בפנינו ופסק דינו, מן הראוי להזכיר את שני ההליכים הקודמים, (שקדמו לתיק נשוא הערעור), הם תיק ת"פ 53541-02-11 ות"פ 7500-12-12, שנדונו בבית-משפט השלום בירושלים ובהם הוטלו על המערער עונשים אלה: ארבעה חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות; ארבעה חודשי מאסר על תנאי; צו מבחן למשך שנה.

13. זמן קצר לאחר תחילת ריצוי מאסר בעבודות שירות הפסיק הנאשם להתייבב במקום עבודות השירות. לאחר הליכים של הממונה על עבודות שירות ושל הגורמים המוסמכים לפי הדין ניתנה החלטה ביום 8.11.13, לפיה

יתרת ימי המאסר, דהיינו 95 ימים, ירוצו בדרך של מאסר בפועל.

14. במהלך הדיון בערעור הוצג בפנינו גזר דין של בית-משפט השלום בירושלים (כב' השופט אביטל חן), מיום 25.5.14, שניתן בעקבות בקשת שירות המבחן להפקיע את צו המבחן, ובמסגרתו נדון הנאשם - המשיב שבפנינו - לעונש של שלושה חודשי מאסר בפועל במצטבר לתקופת המאסר, אותה מרצה הנאשם היום. כן הוטלו עליו שישה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים אם יעבור עבירת רכוש וחודשיים מאסר על תנאי למשך שלוש שנים אם יעבור עבירות על פקודת הסמים המסוכנים.

תמצית הטיעונים לעונש בבית משפט השלום

15. ב"כ המאשימה טענה למתחם עונש הולם של 12 חודשי מאסר בפועל עד 24 חודשי מאסר בפועל (עמ' 5, שורה 31 לפרוטוקול בית-משפט השלום מיום 14.1.14), וביקשה כי העונש בתוך המתחם יהיה על הרף הבינוני ויופעל מאסר על תנאי במצטבר. כמו כן, עמדת המאשימה הייתה שאין לנכות את תקופת המעצר, שכן בתקופה זו הוא ריצה עונש מאסר בתיק קודם (שם, שורות 32-34).

16. ב"כ הנאשם ביקש להתחשב במצבו המשפחתי ולהענישו בחמלה (עמ' 5, שורה 43). לדבריו, מדובר במעשה שלא היה בו תכנון והוא פרי השכרות (עמ' 6, שורות 3-5; ב"כ המאשימה התנגד לכך שתתקבל הטענה שהנאשם היה שתוי בעת ביצוע העבירה - שם, שורה 7).

עתירת הסניגור הייתה לגזור על הנאשם עונש שהוא סיכום ימי מעצרו בכך שהמאסר על תנאי יהיה חופף ויוכל לחזור לביתו (עמ' 6, שורות 28-29).

17. הנאשם בדבריו האחרונים אמר שהיה שתוי בעת ביצוע העבירה והיה לו רוח שטות והוא הביע חרטה מכל הלב וציין כי הוא 70 יום בבית סוהר וביקש מאסר על תנאי. כן ציין שאשתו בהיריון ולא סיפר לילדיו שהוא בבית סוהר, אלא הוא בעבודה.

18. בטיעון משלים לאחר שהוגש התסקיר, מדגישה ב"כ המאשימה כי מאחר והנאשם דוחה כל דרך לשיקום יש צורך בענישה ממשית כדי להבהיר לו את חומרת מעשיו (עמ' 8, שורות 14-16 לפרוטוקול מיום 26.2.14).

19. ב"כ הנאשם חוזר על הטיעון הקודם ומדגיש, כי מדובר בניסיון התפרצות רשלני לא נחוש, ודי, לשיטתו, בהטלת ארבעה חודשי מאסר על תנאי וכי המאסר על תנאי שיופעל יהיה בחופף.

גזר דינו של בית-משפט השלום

20. בית-משפט השלום בגזר דינו מציין כי לנאשם שבע הרשעות בעבירות רכוש, מרמה וסמים בגינם ביצע מאסר בפועל ועבודות שירות (עמ' 9, שורות 16-18 לפרוטוקול מיום 26.2.14).

עמוד 4

21. בהתייחסו למתחם העונש ההולם מציין בית-המשפט כי הנאשם לא כיבד את הערך של שמירת רכוש האדם והגנה על הטריטוריה הפרטית שלו. בית-המשפט מציין כי מעשים אלה הם המשך ישיר לחוסר הכבוד של הנאשם לקניינו של הזולת, כפי שהדבר בא לידי ביטוי בהרשעותיו הקודמות.

22. אשר לעבירה, קובע בית-משפט קמא כי **"מדובר בעבירה בלתי מתוכננת שבוצעה באופן לקוי וגמלוני, ושהביאה, בסופו של מעשה לנפילתו של הנאשם מהקומה השנייה ולפציעתו"** (עמ' 10, שורות 9-10).

23. בית-משפט קמא קובע את מתחם העונש ההולם, בהתחשב בערך המוגן, בנסיבות העבירה ובפסיקה הנוהגת, והעמידו על חמישה עד שנים עשר חודשי מאסר בפועל (עמ' 10, שורות 12-13).

24. בבואו לדון בעונש המתאים, מציין בית-משפט כי הנאשם היה המבצע הדומיננטי של העבירות. הוא מפנה לתסקיר שירות המבחן שאינו בא בהמלצה טיפולית בעניינו של הנאשם בשל חוסר רצונו להשתלב בקהילה טיפולית על אף כל הקורות אותו. על בסיס **"נתונו האישיים המורכבים והלא פשוטים של ה'עושה' יש בהן כדי למקמו בחלקו המרכזי של מתחם הענישה ההולם"**.

25. בית-משפט מציין כי מדובר בעבירה חמורה, אך מרושלת שאותה ביצע הנאשם בעת שהוא מתחמק מריצוי עבודות שירות שהוטלו עליו ומבלי שהוא שוקל את תוצאות מעשיו. כאשר הוא נתקל בקושי בחי" היום-יום הוא מבכר לפעול בדרך שאינה חוקית כדי לשפר את מצבו (עמ' 11, שורות 13-15). לאור זאת, עמדת בית-משפט השלום היא זו: **"ככל שהנאשם לא יפנים את הדרך הנכונה בה יש להתמודד עם קשיים, הרי שהוא עלול לבצע שוב ושוב עבירות שסופן מי ישורנו"** (שם, שורות 6-7).

26. לאחר דברים אלה, מביא בית-המשפט את המלצת שירות המבחן בדבר מאסר מותנה נוסף והפעלת המאסר המותנה, ואומר: **"לאחר ששקלתי את כל הנצרך, נתתי דעתי להודאת הנאשם, לגילו, לעברו הפלילי, לרקע המתואר על-ידי שירות המבחן, הריני גוזר על הנאשם את העונשים הבאים"** (שם, שורות 11-12). העונשים הובאו לעיל בתחילת פסק דיני בפסקה 1.

עיקרי טיעוני המערער בפנינו

27. בהודעת הערעור בכתב, החתומה על-ידי עו"ד גאולה כהן, ממונה (ראש צוות) בפרקליטות מחוז ירושלים (פלילי), ובטיעונים בעל-פה שהוצגו בפנינו על-ידי עו"ד אביה גליקסברג-בניטה, סגנית פרקליטת המחוז, בישיבת יום יסיון תשע"ד (8.6.14), הוצגה, תחילה, הטענה הראשונה כי מתחם העונש ההולם שנקבע על-ידי בית-משפט קמא (5-12 חודשי מאסר) אינו מתיישב עם הפסיקה. הוצגה פסיקת בית-משפט עליון, לפיה המתחם הנו בין 12-24 חודשי מאסר).

28. לעניין העונש הראוי, עמדת המאשימה היא כי הוא צריך להיות ממוקם במחצית המתחם לאור עברו הפלילי.

בטיעון בעל-פה, הדגישה ב"כ המאשימה כי "על האמצע אנו לא מערערים" (עמ' 2, שורה 8 לפרוטוקול בפנינו מיום 8.6.14).

29. לעניין הפעלת המאסר על תנאי, עמדת ב"כ המאשימה היא כי מדובר בטעות מהותית המצדיקה קבלת ערעור. בית-משפט קמא לא נימק מדוע יש לחפוף את מחצית התקופה באופן שמתוך ארבעת חודשי מאסר, חודשיים יהיו במצטבר וחודשיים יהיו בחופף.

30. לעניין קיזוז ימי המעצר, עמדת ב"כ המאשימה היא כי מדובר בטעות בהפעלת שיקול הדעת ולא בעצם קיומה של הסמכות להורות (עמ' 2, שורה 19).

31. ב"כ המאשימה ערה לכך, כי אם יתקבלו כל טענותיה, העונש כמעט וישלש את עצמו ולכן הסכימה כי מאחר שערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם הנאשם, אין היא מבקשת את שילוש העונש (עמ' 2, שורות 21-23).

32. במהלך הדיון, לאחר שהוברר כי הנאשם נדון לעונש מאסר נוסף של שלושה חודשים עקב הפקעת המבחן, ניתן היה להבין מטיעוני ב"כ המאשימה כי גם לכך יש לתת משקל בעונש הכולל גם אם יתקבל הערעור בתיק זה. בכל מקרה, שמרה ב"כ המאשימה את טענותיה, אם יהיה ערעור של הנאשם בעניין זה.

עיקרי טיעוני המשיב בפנינו

33. עו"ד אריאל הרמן, שייצג את הנאשם גם בבית-משפט קמא, הדגיש כי גם אם בית-משפט היה גוזר את העונש מלכתחילה והיה קוצב עונש גבוה יותר, או נענה לבקשת המאשימה בטיעוניה, עדיין אין בכך כדי להצדיק את קבלת הערעור כל עוד התוצאה אינה מהווה סטייה משיקול דעת שיפוטי סביר, ולכן אין מקום להתערבות הערכאה הערעורית בגזר הדין שהוא מאוזן ומתאים לנסיבות (עמ' 3, שורות 1-6).

34. ככל שמדובר במתחם הענישה ההולם, הביא הסניגור פסיקה הן מחוזית והן של בית-משפט עליון, לפיה יש הצדקה למתחם שקבע בית-משפט קמא. לדברי הסניגור, אם בעבירה מושלמת של התפרצות נקבע מתחם של 6-12 חודשי מאסר, הרי בעבירה של ניסיון, המתחם של 5-12 חודשי מאסר הוא מתחם סביר שאינו מצדיק התערבות ערכאת הערעור (ראה במפורט עמ' 3-4 וכן עמ' 5 לפרוטוקול).

35. לעניין קביעת העונש המתאים, סבור הסניגור כי גם אם בית-המשפט לא נקב בצורה מפורטת את השיקולים השונים הקבועים בתיקון 113, כסדרם, עצם הזכרת עיקרי הדברים והפניה לתסקיר שירות המבחן ולנסיבותיו של הנאשם, די בכך כדי למלא אחר דרישות הדין בדבר הבניית שיקול דעת שיפוטי בענישה (עמ' 6 לפרוטוקול).

36. ככל שמדובר בהפעלת מאסר על תנאי, לטעמו של עו"ד הרמן בית-משפט רשאי להפעיל שיקול דעת בעניין זה

האם ההפעלה תהיה במצטבר או בחופף. בית-משפט אינו מכונה אוטומטית והוא איזן ושקל ולא צריך להתערב גם בעניין זה (עמ' 6-7 לפרוטוקול).

37. לעניין תחילת ריצוי עונש המאסר, סבור הסניגור כי מאחר שהנאשם היה במעצר עד תום ההליכים בתיק נשוא הערעור ובמהלך מעצר זה הופסקו מנהלתית עבודות השירות שלו והופעל המאסר של 95 ימים, הוא איבד זכויות, כמו פנייה לוועדת השליש. בכל מקרה, אין להתערב גם בעניין זה (עמ' 7 לפרוטוקול).

דין

מתחם העונש ההולם

38. בית-משפט השלום קבע מתחם של 5-12 חודשי מאסר, מבלי לנמק ומבלי להתמודד עם טענות ב"כ המאשימה שעתרה למתחם של 12-24 חודשי מאסר.

39. בדיון בפנינו הציגה עו"ד גליקסברג את פסק דינו של בית-המשפט העליון (כב' השופט אורי שהם, שלדבריו הסכימו כב' השופטים עוזי פוגלמן וחנן מלצר) ברע"פ 7683/13 דויד פרלמן נ' מדינת ישראל (2014), אשר בפסקה 4 מאשר את מתחם הענישה של בית-משפט מחוזי בתל אביב של 12-24 חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין כל אחת מעבירות ההתפרצות.

40. עיינתי בפסק הדין והוא מתייחס להתפרצויות שהניבו פרי, כאשר באחד מהמקרים נטל הנאשם מצלמה ובמקרה אחד הייתה התפרצות מלאה של כניסה לדירה דרך חלון.

41. לא כן המקרה שבפנינו, בו מדובר על ניסיון, כלשון בית-משפט קמא, שהיה "**לקוי וגמלוני**".

42. ייתכן וראוי היה לקבוע מתחם עונש הולם גבוה יותר, אך הוצג בפנינו על-ידי הסניגור פסק דין שניתן ביום ח אייר תשע"ד (8.5.14) בעפ"ג 27721-03-14 מדינת ישראל נ' איתמר בן אבו, שבו קבע בית-משפט השלום, בגין שתי התפרצויות שבאחת מהן אף בוצעה גניבה, מתחם של שישה חודשי מאסר בעבודות שירות עד שנת מאסר בפועל, ובית-משפט זה (כב' השופטים יורם נועם, כרמי מוסק ומשה בר-עם), לא התערב באותו מתחם תוך שהוא מציין "**אם כי ניתן היה לקבוע בגדרו של מתחם זה רף מירבי גבוה יותר**". אף אנו מסכימים לאמרה זו.

43. לפיכך, החלטנו שלא להתערב בעניין מתחם העונש ההולם, ולהותירו כפי שקבע בית-משפט השלום, דהיינו: 5-12 חודשי מאסר בפועל, בהתחשב בכך שמדובר בניסיון להתפרצות, ללא ניסיון גניבה (בכתב האישום המקורי הופיעה גם עבירה אחרונה זו אך היא הושמטה בכתב האישום המתוקן שעל בסיסו הורשע הנאשם, כאמור בפסקה 6 לעיל).

44. לא כן עמדתנו ביחס לקביעת העונש המתאים.

45. סבורים אנו כי על בית-המשפט היה לציין באופן מפורש מהן אותן נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כאמור בסעיף 40א, המהווים שיקולי קולא מול שיקולי חומרא. ראוי היה להדגיש, כי לפחות ביחס לפיסקאות (4) ו-(5) לסעיף האמור, יש ליתן לכך משקל חומרא שכן הנאשם אינו עושה מאמצים לחזור למוטב ואינו מתאמץ כדי לתקן את תוצאות העבירה.

46. יתרה מזו, המחוקק קבע בסעיף 40ה כי יש להתייחס לשיקול של הגנה על שלום הציבור וחשש שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, כאחד משיקולי החומרא בתוך מתחם העונש ההולם.

47. גם סעיף 40ו, המתייחס להרתעה אישית, ראוי היה להזכירו, שכן בנסיבות שתוארו לעיל יש אכן צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, ויש, כלשון החוק, "**סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להתרעתו**".

48. שיקול נוסף של הרתעת הרבים, כאמור בסעיף 40ז לחוק, אף הוא נפקד מקומו בגזר הדין, על אף שהוא רלוונטי מאוד למקרה שבפנינו.

49. אני ער לכך, כי בית-המשפט השלום עמוס בתיקים רבים, ואולי לא ניתן בכל תיק ותיק לכתוב "דיסרטציה". אולם, כאשר מדובר בשלילת חירותו של אדם, ראוי לפחות להזכיר או את מספר הסעיף או את תוכנו במסגרת גזר הדין, הן כדי שנתון זה יהיה בפני בית-משפט השלום, הן כדי שהנאשם וסניגורו ידעו שהערכאה הדיונית שקלה את הדברים, ולא פחות, כדי שערכאת הערעור תוכל לבחון האם אכן הערכאה המבררת שקלה את כל השיקולים שמורה לנו המחוקק על-פי תיקון 113.

50. לכתחילה סברנו כי מקום העונש המתאים במסגרת העונש ההולם הוא ברבע העליון, וקרוב לרף העליון. מאחר וב"כ המאשימה הדגישה בתשובה לשאלותינו בערעור כי היא עומדת על כך שדי בכך שהעונש יהיה בתחום המרכזי, סבורים אנו כי גם לפי טיעון זה, טעה בית-משפט קמא, בכך שקבע עונש של שישה חודשי מאסר, קרוב מאוד לרף התחתון של מתחם העונש ההולם.

51. לפיכך, אנו סבורים כי יש לקבל את הערעור בנקודה זו ולקבוע כי העונש המתאים הנו תשעה חודשי מאסר, קצת מעל המחצית של המתחם.

52. בעניין זה, לא מקובלת עלינו עמדת הסניגור, לפיה לבית-משפט יש שיקול דעת רחב להחליט האם להפעיל מאסר על תנאי, חופף או מצטבר, ואין מקום להתערב בשיקול דעתו.

53. סעיף 58 לחוק העונשין קובע כי ברירת המחדל במקרה של הפעלת מאסר על תנאי בנוסף לעונש המאסר בשל העבירה הנוספת הוא כי הנאשם יישא את שתי תקופות המאסר בזו אחר זו, דהיינו: באופן מצטבר.

54. אכן, סעיף 58 סיפא לחוק העונשין מאפשר לבית-המשפט לצוות "מטעמים שיירשמו, ששתי התקופות כולן או מקצתן יהיו חופפות".

55. בית-משפט קמא לא כלל בגזר דינו טעם כלשהו לאותה חפיפה חלקית.

56. בהעדר הנמקה, ולאחר ששקלנו את הנסיבות ובמיוחד עברו הפלילי של הנאשם וביצוע העבירות בעת שתלוי נגדו מאסר על תנאי והוא נמצא בתקופת מאסר בעבודות שירות ואותן אין הוא מבצע, ובמקביל גם מפר צו שירות מבחן, יש לקבוע באופן ברור כי יחול הכלל המופיע ברישא של סעיף 58, ואנו מורים כי תקופת המאסר על תנאי של ארבעה חודשים תהיה מצטברת במלואה ולא חופפת.

התחשבות בימי המעצר שבו ריצה הנאשם את המאסר בעבודות שירות

57. בית-משפט קמא לא התייחס לשאלה שמובאת בכותרת. ב"כ המאשימה ביקש במפורש בטיעונו כי בתקופת המאסר שיגזור בית-משפט קמא לא תיכלל תקופת המאסר שריצה עקב הפסקת עבודות השירות, דהיינו: אותם 95 ימים כמוסבר לעיל (ראה פסקה 13 לעיל).

58. בעניין זה, מקובלת עלינו עמדת המערער, כי אין לאפשר לנאשם ליהנות פעמיים מכך שהוא את אותה תקופה ירצה הן בגין העבירות הקודמות והן בגין העבירות נשוא תיק זה. לנאשם ניתנה פריבילגיה לרצות את המאסר הקודם בעבודות שירות. הוא זלזל בחוק ולא ניצל הזדמנות זו. לאחר שהופקעו עבודות השירות כדין, יש להתייחס לאותם 95 ימים כאל ימי ריצוי המאסר הקודם, ואין לזקוף תקופה זו למאסר נשוא התיק הנוכחי.

סיכום

59. הערעור, ככל שמדובר במתחם העונש ההולם - נדחה.

60. אשר לתקופת המאסר שקבע בית-משפט קמא, שהיא שישה חודשים, קיבלנו את הערעור והתקופה מועמדת על תשעה חודשים.

61. ככל שמדובר בהפעלת המאסר המותנה, גם בנקודה זו קיבלנו את הערעור וקבענו כי כל ארבעת החודשים

יהיו מאסר במצטבר ולא חופף.

62. בנוסף לכך, קבענו כי מתקופת המאסר לא תנוכה תקופת המעצר, שבה בפועל ריצה הנאשם את יתרת תקופת המאסר הקודמת עקב הפקעת עבודות השירות.

63. אם נחבר את כל התקופות, התוצאה תהיה כי הנאשם ירצה עונש של תשעה חודשי מאסר בגין העבירות נשוא התיק ובנוסף לכך ארבעה חודשי מאסר של הפעלת המאסר המותנה וביחד 13 חודשי מאסר שיתחילו ביום 26.2.14.

64. הבאנו בחשבון את תקופת שלושת החודשים שגזר עליו בית-משפט השלום עקב הפקעת צו המבחן, ותקופה זו מצטברת לכל תקופת המאסר שעליו לרצות על-פי פסק דינו.

65. סוף דבר, הנאשם ירצה עונש של 16 חודשי מאסר מיום 26.2.14, כאשר בכך נכלל גם המאסר בת"פ 53541-02-11 ות"פ 7500-12-12 שנגזר ביום 25.5.14 על-ידי כב' השופט אביטל חן.

66. יתר חלקי גזר הדין נשוא ערעור זה וגזר הדין מיום 25.5.14, שעניינם מאסרים מותנים כפי שפורטו בשני גזרי הדין הללו - יעמדו בעינם.

**משה דרורי, שופט
סגן נשיא**

הנשיא דוד חשין:

אני מסכים.

דוד חשין, נשיא

השופט עודד שחם:

אני מסכים.

עמוד 10

עודד שחם, שופט

הוחלט כאמור בפסק דינו של סגן הנשיא דרורי.

ניתן היום, ט' תמוז תשע"ד, 07 יולי 2014, במעמד ב"כ הצדדים והמשיב.

עודד שחם, שופט

משה דרורי, סגן נשיא

דוד חשין, נשיא