

ע"פ 11833/12/17 - ב.י. (עציר) ת.ז. נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת

ע"פ 11833-12-17

כבוד סגנית הנשיא, השופטת אסתר הלמן - אב"ד כבוד השופטת יפעת שיטרית כבוד השופט סאב דבור

המערער

ב.י. (עציר) ת.ז.

באמצעות ב"כ עו"ד רימונה שלג ועו"ד רשיד הייב

מטעם הסניגוריה הציבורית

נגד

המשיבה

מדינת ישראל

נוכחים: בשם המערער: עו"ד רשיד הייב מטעם הסניגוריה הציבורית

בשם המשיבה: עו"ד איריס שירן

המערער הובא באמצעות הליווי

פסק דין

ס. הנשיא, השופטת אסתר הלמן:

1. המערער הורשע בבית המשפט קמא (לאחר שמיעת ראיות), בעבירות שיוחסו לו בת"פ

עמוד 1

17-01-21653, שעניינו, הפרת הוראה חוקית, עבירה לפי סעיף 287(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: **חוק העונשין**), התפרצות למקום מגורים בכוונה לבצע גניבה או פשע, עבירה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין וניסיון גניבה, עבירה לפי סעיפים 384 + 25 לחוק העונשין.

על פי הכרעת הדין, ביום 6.1.17, בעת שהמערער היה נתון בתנאים מגבילים, שכללו מעצר בית חלקי (מכוח החלטה שניתנה ביום 27.9.16 במ"ת 8205-04-16), הוא הפר את ההוראה החוקית, עזב את מקום עבודתו ללא ידיעת המפקחים, והתפרץ לדירת מגורים, ממנה ניסה לגנוב רכוש. בעל הדירה (המתלונן), הפתיע את המערער, סיכל את הגניבה והזעיק למקום משטרה.

2. בנוסף, לאחר שהוכרע דינו, ביקש המערער לצרף תיק נוסף, שהיה תלוי ועומד כנגדו, (ת"פ 17-07-31136), שעניו, עבירת אימים, עבירה לפי סעיף 192 לחוק העונשין, (להלן: **"ההליך המצורף"**). בהתאם לבקשת הנאשם, התיק צורף, הנאשם הודה בביצוע העבירה נשוא התיק המצורף והורשע גם בביצוע עבירה זו.

מדובר באיומים, שבוצעו בשתי הזדמנויות (בתאריכים 22.4.17 ו- 25.4.17), כאשר המערער היה עצור ומבית המעצר התקשר אל בת זוגו, ואיים עליה, אימים בוטים לפגוע בחייה, לאחר שהבין כי איננה מסכימה למסור את הרכב שבהחזקתה למי מטעם המערער ("**תחיי את החיים שלך תחיי אותם בינתיים, וזה ממש בינתיים, תחיי אותם על הצד הטוב ביותר**"), "**אני אשאיר סביבך רק פיח, תאמיני לי, רק פיח, זכר לא יישאר**", "**את לא רוצה למסור ביפה אז אין בעיה... אחר כך רק אל תצטערי... רק שיהיה ברור שיהיה לך מחיר, זה שיהיה לך ברור, ברור לך שהרבה זמן לא תיסעי על האוטו הזה ועל כל רכב שיהיה לך אני לא אתן לזה להימשך את תצטערי... מגיע לך שאני אתאכזר אליך ואני מתכוון להתאכזר אליך, עכשיו יבואו המעשים מתי שאני אחליט זה יקרה, את יכולה ללכת למשטרה ולאן שאת רוצה"**).

3. בית המשפט קמא, דן את המערער, בגין העבירות בהן הורשע, ל- 40 חודשי מאסר בפועל לצד מאסרים מותנים. בנוסף, הורה על הפעלת שני מאסרים מותנים, שהיו תלויים ועומדים כנגד המערער בני 30 חודשים ו- 12 חודשים (ששניהם הושטו עליו בבית משפט השלום בצפת ביום 14.12.11 בתיק 16880-07-09). המאסרים המותנים הופעלו במצטבר זה לזה ובמצטבר לעונש המאסר בפועל שהוטל בהליך זה. כך, שסה"כ נדון המערער ל- 82 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי המעצר.

עונשים אלה נגזרו על המערער לאחר שבית המשפט קמא נימק את שיקולי הענישה, בהתאם לפרק הבניית שיקול הדעת בענישה, קבע מתחמי ענישה (מתחם הנע בין 12 חודשי מאסר בפועל ל- 40 חודשים בגין ההליך העיקרי ומתחם של תנאי עד 8 חודשים, בגין ההליך המצורף), ומיקם את העונש בתוך המתחם, בהתחשב בשיקולים שאינם קשורים בנסיבות ביצוע העבירות.

4. כנגד חומרת העונשים, הוגש הערעור שבפנינו, במסגרתו עתר המערער להקל בתקופת המאסר בפועל שהוטלה עליו ולהתערב באופן הפעלתם של המאסרים המותנים.

הערעור איננו מכון כנגד חומרת המתחמים, אף שההגנה סבורה, כי המתחם שנקבע לעבירת התפרצות וניסיון הגניבה הוא מחמיר יתר על המידה (לפחות מבחינת הרף התחתון). ההגנה בחרה למקד טיעוניה כנגד העונש שהוטל על המערער, לרבות בכל הנוגע להפעלת המאסרים המותנים.

נימוקי הערעור

5. ראשית, קובל המערער על כך שבית המשפט קמא לא נעתר לבקשתו, להפנותו לקבלת תסקיר שירות המבחן, תסקיר שיכול היה להביא בפני בית המשפט את נסיבותיו האישיות של המערער ונסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה, להן יכולה הייתה להיות השלכה על מיקום העונש הראוי לו בתוך המתחם.

6. לעמדת המערער, ענישה בדמות של 82 חודשי מאסר בפועל, בגין עבירת התפרצות אחת וניסיון גניבה, היא עברו הפלילי של אדם מכביד ככל שיהא, הינה ענישה שאינה עולה על הדעת ואינה דרה בכפיפה אחת עם הרציונל של תיקון 113 לחוק העונשין, וכל תכליתה הינה הרתעת היחיד והרבים בדרך של הטלת עונשים ארוכים וממושכים, הרתעה אשר הוכחה כבר אמפירית שאינה אפקטיבית. על פי הנטען, בית המשפט קמא לא נימק בגזר דינו איך החמרה בענישתו של המערער, שמשך כל חייו החמירו עימו, יש בה כדי לקדם את הרתעת הרבים ו/או היחיד, שיקול שממילא, יש ליתן לו משקל מוגבל יחסית בקביעת העונש בתוך המתחם.

ב"כ המערער הפנתה לפסיקה, התומכת, לפי הנטען, בעמדתה, לפיה העונש שהוטל חמור יתר על המידה.

7. עוד לטענת ב"כ המערער ההערכה לפיה החמרה בענישה מקדמת הרתעה, היא שגויה ואינה מבוססת מבחינה מחקרית. בהקשר זה, הפנתה למאמרו של פרופ' ב' סג'רו: "**מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר**", לדו"ח השנתי של הסניגוריה הציבורית משנת 2006 ולדו"ח ועדת דורנר, שבחנה את מדיניות הענישה והטיפול בעוברי חוק. על כן, מיקומו של המערער ברף העליון של המתחם, אשר נקבע לעבירת ההתפרצות וניסיון הגניבה, נובע בעיקר משיקולי הרתעה, שאין בהם, למעשה, לפי הנטען, דבר.

8. באי כוח המערער טענו בנוסף, כי טעה בית המשפט קמא כאשר שם כל יהבו על עברו הפלילי המכביד של המערער, ולא שם ליבו כלל לנסיבות חייו הקשות - מעבר לעובדה כי נסיבות אלו לא נפרסו בשל העדר תסקיר שירות המבחן. המערער מאז היותו קטין החל להסתבך בפלילים, לא עבר הליך שיקומי ואף לא ניתנה לו הזדמנות כזו. כיום המערער הוא בן 61 שנים ללא כל עורף משפחתי תומך, וללא שום אור בקצה מנהרת חייו. בשולי הדברים, ציינו באי כוח המערער כי בהליך קודם הוגש תסקיר אשר הצביע על נזקקות טיפולית גבוהה, על הצורך לשלב את המערער בטיפול, תוך הארכת המאסרים המותנים, אך גם אז נדון המערער לעונשים חמורים.

9. כאמור, במסגרת הערעור, מבקש המערער לקבוע כי בית המשפט קמא שגה כאשר הפעיל את שני המאסרים המותנים במצטבר, וזאת משני טעמים: האחד, בשל הפעלתו של עונש מאסר על תנאי שאינו מידתי, והשני, בשל הפעלת שני המאסרים במצטבר אחד לשני ובמצטבר לעונש הכולל.

לעמדת המערער, המאסר המותנה בן 30 החודשים, שהושת על המערער בת"פ 16880-07-09 (שלום צפת), על כל עבירת רכוש מסוג פשע אינו מידתי ועל כן בבוא בית המשפט להפעילו, עליו ליתן לכך את הדעת ולאורכו של התנאי עשוי להוות שיקול באופן הפעלתו.

בנוגע להפעלת המאסרים המותנים, נטען כי שגה בית המשפט קמא, כאשר קבע כי אלה יופעלו במצטבר לעונש שהוטל בהליך זה, וכן במצטבר זה לזה.

ההגנה מפנה לסעיף 45(ב) לחוק העונשין ומבקשת לקבוע כי מכוח הוראתו, באין קביעה אחרת, יישא נאשם ענשי מאסר שהוטלו עליו בחפיפה. בגזר הדין שבו הוטלו המאסרים המותנים, אין הוראה כי אלה ירוצו במצטבר, לכן מן הדין היה לקבוע כי יחפפו זה לזה.

לעמדת ההגנה, הפעלת תנאים באופן מצטבר זה לזה מתאימה בעיקר לסיטואציה שבה אין כל זיקה בין כמה עבירות, אולם, מקום שבו יש לראות בכמה עבירות, כמשתייכות למסכת עבריינית אחת, כי אז הכלל הוא כי העונשים בגינן יחפפו זה את זה (ע"פ 269/78 חליוואה נ' מדינת ישראל, פד"י לד(1) 396 (1979), להלן: **"פסק דין חליוואה"**).

10. ההגנה סבורה כי במקרה דנן, עבירות ההתפרצות וניסיון הגניבה מהוות מסכת עבריינית אחת, וגם בית המשפט קמא, בקובעו מתחם עונש הולם, התייחס אל המעשים כאל אירוע עברייני אחד. מכאן, ברירת המחלל כי העונשים יחפפו זה לזה.

11. באי כוח המערער סבורים כי טעה בית המשפט קמא כאשר נימק החלטתו בדבר הצטברות המאסרים המותנים זה לזה, בין היתר, בהסתמך על רע"פ 4935/12 עמאר נ' מדינת ישראל (13/01/2013) (להלן: **"פסק דין עמאר"**), שנסיבותיו שונות, שכן, באותו עניין הופעל כל מאסר מותנה בגין עבירה בודדת ובמסגרת הליכים נפרדים מבחינת הזמן והמקום, בעוד שההלכה שנפסקה בעניין מסארווה, היא הרלוונטית לענייננו. בסעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי, (נוסח משולב), התשמ"ב - 1982, מוצאת ההגנה חיזוק ותמיכה לפרשנות זו.

12. באשר להצטברות העונשים המותנים שהופעלו לעונש שהוטל בהליך זה, באי כוח המערער מודעים לכך שעל פי סעיף 58 לחוק העונשין, הכלל הינו נשיאת שתי התקופות באופן מצטבר זו לזו. עם זאת, לטענתם, מטעמים שיירשמו, יכול היה בית המשפט קמא להורות על חפיפת התקופות. במקרה עסקינן, מתקיימים טעמים כאלה שהצדיקו חפיפת המאסרים, אלה נעוצים בעובדה שהוטל על המערער עונש כה חמור בדמות 40 חודשי מאסר בפועל בגין אירוע התפרצות אחד ובגין עבירת איומים, קיומו של

מאסר על תנאי כה חמור של 30 חודשי מאסר, התלוי ועומד כנגדו ונסיבות חייו הקשות, כל אלה הצדיקו, לכל הפחות, לחפוף את התקופות, לפחות בחלקן.

נימוקי המשיבה

13. ב"כ המשיבה ביקשה לדחות את הערעור, שכן לעמדתה, העונשים שהוטלו על המערער אינם חמורים יתר על המידה, ואינם מחייבים התערבותה של ערכאת הערעור.

לפי הנטען, אמנם העונש שהושת על המערער בהליך דנן, 40 חודשי מאסר בפועל, הוא עונש חמור, אך הוא הולם את נסיבות ביצוע העבירות, כאשר בנוסף לאירוע ההתפרצות וניסיון הגניבה נדון המערער גם בגין העבירות שביצע כמפורט בכתב האישום המצורף, שהוא חמור בפני עצמו והאיומים החמורים שהשמיע המערער כנגד בת זוגו, הינם אף בבחינת עליית מדרגה מבחינתו.

המשיבה עמדה על עברו הפלילי המכביד של המערער, אשר מצוי כבר במשך כ- 50 שנה בעולם הפשע וטענה כי ראוי היה במקרה זה לעשות שימוש בסמכות הנתונה לבית המשפט לפי סעיף 40 לחוק העונשין.

14. לענין הפעלת המאסרים המותנים לא חלקה באת כוח המשיבה על הטענה כי פסק הדין שניתן בענין עאמר איננו דומה לנסיבות המקרה שלפנינו, ופסק הדין שניתן בענין מסראווה דומה לו יותר. היא גם הסכימה כי בענייננו מדובר באותה מסכת עובדתית, שכן המערער נכנס לבית כדי לגנוב וניסה לגנוב. עם זאת, ביקשה לאבחן את המקרה שבפנינו מהאמור בפסק דין מסראווה, ציינה כי סעיף 45(א) לחוק העונשין, כבר איננו קיים ובנסיבות אלה יתכן שפסק הדין בענין מסראווה היה מגיע למסקנה אחרת.

15. לעמדת המשיבה, בסופו של דבר, העונש הכולל שהוטל על המערער איננו חמור יתר על המידה, גם בעקבות הפעלת המאסרים המותנים, זאת בהתחשב בכך שבעבר נדון המערער ל- 40 חודשי מאסר בפועל על התפרצות, הוזהר וחזר לבצע את העבירות ולכן העונש שהיה ראוי לו הוא חמור יותר. המערער גם ניהל הוכחות.

בנסיבות אלה מן היה ראוי שיעשה שימוש בסעיף 40 לחוק העונשין, כפי שביקשה המשיבה. מדובר בסעיף, אשר לפי בדיקתה לא נעשה בו כמעט שימוש והוא מתאים למקרים כמו המקרה שלפנינו. לענין זה, הפנתה למאמרו של אורן גזל - איל שנקרא "**חריגה לצורך הגנה על שלום הציבור**", כאשר לפי הנטען אפשר היה להגיע לתוצאה העונשית אליה הגיש בית המשפט קמא, גם בהסתמך על הוראת סעיף זה. המשיבה מוסיפה כי בעניינם של עבריינים רצידיוויסטים, ובניגוד למה שנטען על ידי ההגנה, ענישה הכוללת עונשי מאסר ארוכים יש לה הצדקה. גם אם המאסר איננו מרתיע את העבריין, הרי ענישה מסוג זה מסייעת לאינטרס הציבורי על ידי כך שהיא מרחיקה את העבריין לתקופות ארוכות.

16. ב"כ המשיבה הוסיפה כי במקרה הנדון לא הייתה הצדקה להפעיל את המאסרים המותנים בחפיפה למאסר שהוטל על המערער בהליך הזה, בין היתר, מאחר וניתנו לו הזדמנויות בעבר ובהתחשב בנסיבות ביצוע העבירה כאן, כאשר המערער רב עם המתלונן, אשר אל ביתו התפרץ. כן, הנאשם איים (בשתי הזדמנויות) על בת זוגו עת שהה מאחורי סורג ובריח.

דין והכרעה

17. כידוע, אין ערכאת הערעור מתערבת בעונשים שהוטלו על ידי הערכאה הדיונית, אלא מקום שהעונש חורג באופן ניכר מרף הענישה הנוהג, או שנפלה טעות בולטת בגזר הדין.

הערעור איננו מכוון כנגד המתחמים שנקבעו בגזר דינו של בית המשפט קמא, אלא רק כנגד העונש שהוטל על המערער בגין התיק העיקרי, שהוא חמור מידי ואיננו נותן ביטוי, כפי הנטען, לשיקולים שעמדו לזכות המערער, ובאשר לאופן הפעלתם של המאסרים המותנים.

18. בכל הנוגע לעונש שהוטל על המערער בהליך זה בגין האישומים השונים (האישום בתיק העיקרי והאישום המצורף), לא מצאתי כל נימוק שיצדיק התערבותה של ערכאת הערעור. גזר הדין נותן ביטוי לעקרון המנחה בענישה, שהוא עקרון ההלימה בין חומרת העבירות בנסיבותיהן לבית העונש המוטל על הנאשם, ושיקוליו הותוו בהתאם לפרק הבניית שיקול הדעת בענישה, בחוק העונשין.

כאמור, המערער איננו משיג על מתחמי הענישה שנקבעו על ידי בית המשפט קמא. מתחם הענישה בגין העבירות של התפרצות למקום מגורים, ניסיון גניבה והפרת הוראה חוקית נקבע על ידי בית המשפט קמא כנע בין 12 חודשי מאסר בפועל עד 40 חודשים והוא תואם ועולה בקנה אחד עם מתחמי הענישה שנקבעו במקרים דומים.

מתחמי ענישה הולמים למקרי התפרצות וגניבה, נעים בדרך כלל בין 12 חודשי מאסר בפועל ל- 36 חודשי מאסר (ראה רע"פ 8399/15 **קדוש נ' מדינת ישראל** (19.05.2016)). במקרה דנן, המערער התפרץ לבית מגורים, בשעת צהריים, כשבעל הבית שהה בתוך דירתו, וניסה לגנוב מתוכו רכוש. כל זאת תוך הפרת תנאים מגבילים, שנקבעו בהליך אחר שהיה תלוי ועומד כנגדו, ואשר נועדו להצר את מהלכיו ולהפחית את הסיכון הנשקף ממנו לציבור. נסיבה מחמירה זו של ביצוע העבירות תוך כדי הפרת הוראה חוקית, באה לידי ביטוי בקביעת מתחם העונש ההולם שקבע בית המשפט קמא, ביחס לאירוע זה, ולא ניתן לומר כי בית המשפט קמא החמיר עם המערער יתר על המידה בקביעת המתחם.

כך גם המתחם שנקבע לעניין עבירות האיומים שביצע המערער, כנע בין מאסר על תנאי לבין 8 חודשי מאסר בפועל, מבוסס כראוי על שיקולי ענישה שהותו בתיקון 113 לחוק העונשין וממילא לא הועלתה כל טענה כנגדו.

19. עונשו של המערער בתוך המתחם נקבע בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. אלה כללו את העובדה שהמערער לא נטל אחריות למעשיו (בתיק העיקרי) ולא הביע חרטה עליהם. אמנם, לא ניתן להחמיר בעונשו של נאשם משום שלא הודה וניהל את ההליך עד תום, ובעקבות כך לא חסך מזמנו של בית המשפט. יחד עם זאת, השיקולים שעניינם הודאה, חרטה, חיסכון בזמן שיפוטי יקר - אינם עומדים לזכותו של הנאשם כאן. יתר על כן, אל לו, לבית המשפט, להתעלם מעברו הפלילי המכביד בעיקר בתחום עבירות הרכוש. בית המשפט קמא לקח בחשבון את העובדה שמגיליון הרשעותיו הקודמות של המערער עולה כי לחובתו עבר מכביד בעבירות רכוש שונות, ובנוסף הוא הורשע בעבר בהפרת הוראה חוקית, שיבוש מהלכי משפט, הפרעה לשוטר, איומים, החזקת סכין, סמים, הונאה בכרטיסי חיוב, זיוף, התחזות, בריחה ממשמורת חוקית ועוד. בגין עבירות אלה הוא ריצה גם עונשי מאסר ממושכים.

בית המשפט קמא, ציין בפרט, כי ביום 14/12/11, נדון המערער ל - 40 חודשי מאסר בפועל במסגרת תיק פלילי (צפת) 16880-07-09 בגין עבירות דומות לאלה שבגינן הורשע בהליך כאן. בגזר הדין הנ"ל הופעלו במצטבר עונשי מאסר מותנים שהיו תלויים ועומדים כנגדו, כך שבסופו של יום הושתו עליו 80 חודשי מאסר בפועל. כן, הושתו על המערער עונשי מאסר מותנים, שהם ברי הפעלה בהליך דן (בני 30 ו - 12 חודשים). המערער הגיש ערעור על חומרת העונשים שנגזרו עליו בהליך הנ"ל ועונשו הוקל, כך שעונשי המאסר המותנים, הופעלו חלקם במצטבר וחלקם בחופף. יתר רכיבי הענישה נותרו על כנם. סה"כ ריצה המערער, לאחר ההקלה בעונשו 65 חודשי מאסר בפועל.

בית המשפט קמא לקח בחשבון גם את העובדה שלמרות ההקלה בעונש ועל אף עונשי המאסר המותנה הכבדים שהיו תלויים כנגדו, לא נרתע המערער מביצוע עבירות דומות ואף ביצע את העבירות המיוחסות לו בתיק המצורף בעודו עצור.

לזכות המערער נלקחה בחשבון מידת הפגיעה של העונש במשפחתו של המערער, בהיותו אב לילדים קטינים, אשר סמוכים על שולחנו.

20. על רקע כל המכלול, קביעת העונש הראוי למערער בתוך מתחמים אלה בצד הגבוה יותר של המתחמים, איננה בלתי סבירה ונומקה על ידי בית המשפט קמא כראוי.

21. ב"כ המערער קובלים על כך שבית המשפט קמא לא נעתר לבקשת ההגנה להורות על הזמנת תסקיר שירות המבחן בטרם נגזר עונשו של המערער וגזר הדין חסר התייחסות מפורטת לנסיבותיו האישיות הקשות של המערער.

22. יובהר כי הכרעת דינו של בית המשפט קמא ניתנה ביום 30/7/17. באותו מעמד לא נתבקש בית המשפט להורות על הזמנת תסקיר. בישיבה שהייתה קבועה לטיעונים לעונש הועלתה הבקשה

לראשונה. ב"כ המאשימה התנגד להפניית המערער לשירות המבחן, בין היתר, בהתחשב בכך שחלף כחודש וחצי מאז ניתנה הכרעת הדין ובמהלך תקופה זו לא נתבקש בית המשפט להורות על הזמנת תסקיר וכן בשל כך שהמערער לא לקח אחריות על מעשיו וניהל את ההליך עד תום.

במסגרת גזר הדין נימק בית המשפט קמא את החלטתו שלא להורות על הזמנת תסקיר. בין היתר, ציין, כי המערער בחר לנהל את ההליך ולא לקח אחריות על מעשיו, תוך שהוא מוסר גרסאות שונות שאינן מתיישבות עם הגיונם של דברים, עם השכל הישר והאחת עם השנייה. שנית, הבקשה להפנות את המערער לשירות המבחן נעשתה למעלה מחודש אחרי מתן הכרעת הדין מבלי שניתן לכך הסבר מניח את הדעת. שלישית, במסגרת הטיעונים לעונש לא מצא המערער לנכון לומר דבר ולמעשה לא לקח אחריות על מעשיו ולא הביע חרטה עליהם או רצון להשתקם. בנוסף, מעיון בגיליון הרשעות הקודמות של המערער עלה כי לחובתו עבר מכביד ביותר בעבירות שונות, אשר בגינן הוא ריצה עונשי מאסר ממושכים וכן תלויים ועומדים כנגדו מאסרים מותנים ממושכים ברי הפעלה. מדובר בעבר פלילי המשתרע על פני כ - 5 עשורים. חרף זאת, לא עלה בידי המערער לצאת ממעגל הפשיעה בו הוא מצוי, ובנסיבות אלה, ועל רקע חומרתן של העבירות, לא ראה בית המשפט קמא לנכון להפנותו לשירות המבחן לצורך עריכת תסקיר.

23. אינני סבורה כי טעה בית המשפט קמא כאשר לא נעתר לבקשת ההגנה לדחות את מועד הטיעונים לעונש לצורך הזמנת תסקיר בעניינו של המערער, וזאת גם אם לא כל הנימוקים שפורטו בגזר הדין אכן הצדיקו החלטה זו.

ראשית, הבקשה הועלתה בשיהוי ללא כל הסבר. שנית, הטעם להזמנת התסקיר, לפי טיעוני בא כוחו של המערער, היה לצורך פירוט נסיבות חייו האישיות והקשות של המערער. בתגובה לטיעוני המאשימה לעונש, הוסיף בא כוח המערער כי רק לשירות המבחן יש כלים לבחון את רצונו האמיתי של המערער בשיקום, אולם המערער עצמו לא הביע רצון ונכונות כזו בפני בית המשפט קמא.

לצורך פריסת הנסיבות האישיות של המערער והקשיים שחווה במהלך חייו, ניתן היה להסתפק בהבאת ראיות מטעמו לעונש ובטיעוני בא כוחו ואין הכרח כי שירות המבחן, העמוס לעיפה, ממילא, יתייחס בתסקיר לנתונים אותם רשאי ויכול הנאשם לפרוס בפני בית המשפט בעצמו.

לא ניתן לקבל טענה, כי יש להפנות כל נאשם לשירות המבחן, לצורך בחינת סיכויי שיקומו, אף אם הנאשם לא מגלה נכונות ורצון לטיפול ולשיקום. הדבר נכון בפרט בעניינים של נאשמים שההליך הפלילי איננו זר להם, הם הביעו כבר בעבר רצון להשתקם (כפי העולה מן ההליך הקודם בו היה מעורב המערער), אך חזרו לבצע עבירות דומות.

לכך יש להוסיף, את תקופות המאסרים המותנים ברי הפעלה, שעמדו מעל ראשו של המערער ולא הרתיעו אותו. בנסיבות אלה, לא נדרש תסקיר על מנת לבחון אפיק טיפולי שיקומי.

24. לאור האמור, לא שגה בית המשפט קמא, כאשר דחה את הבקשה לדחות את הדיון לצורך הגשת תסקיר וממילא לא נגרם כל עיוות למערער כאשר נמנעה ממנו האפשרות להתייצב בפני שירות המבחן.

25. אוסיף בעניין זה כי עיינתי בטיעוני ב"כ המערער לעונש ולא ראיתי כי טיעוניו כללו התייחסות מפורטת לנסיבות האישיות של המערער ולקשיים שחווה לאורך חייו. אין להתפלא, כי מקומם של אלה נפקד גם מגזר הדין, אף שבדרך כלל הם מהווים שיקול בגזר הדין.

לבא כוחו של המערער ניתנה הזדמנות להוסיף טיעונים בכתב לעונש לאחר שנשמעו טיעוני הצדדים בעל פה, אך הוא לא ניצל הזדמנות זו.

גם המערער בחר שלא לומר דבר לעונש, ולא הניח בפני בית המשפט קמא כל ראיה באשר לנסיבות חייו הקשות, אליהן התייחסו באי כוח המערער בנימוקי הערעור.

26. עברו הפלילי של המערער הינו מכביד ומגוון. פרט לעבירות תעבורה, הורשע המערער בעבירות ממגוון תחומים, עבירות רכוש (במספר רב מאד של הזדמנויות), הפרת הוראה חוקית, שיבוש מהלכי משפט, הפרעה לשוטר, איומים, החזקת סכין, סמים, הונאה בכרטיסי חיוב, זיוף, התחזות, בריחה ממשמורת חוקית ועוד. הוא ריצה כאמור, עונשי מאסר ממושכים, וביצע את העבירות דנן, כשתלויים ועומדים כנגדו מאסרים מותנים ארוכים.

27. נוכח המפורט לעיל, כאמור, מיקום עונשו של המערער בתוך המתחם בצידו הגבוה, עונה על תכלית הענישה ומגשים את העיקרון המנחה בענישה. המאשימה עתרה בטיעוניה לעונש, בבית המשפט קמא, לעשות שימוש בסמכות הנתונה לבית המשפט לפי סעיף 40ה. לחוק העונשין, ולחרוג מן המתחם לחומרא, מטעמי הגנה על הציבור, מקום בו נמצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור.

יש לציין כי בית המשפט רשאי, מכוח סעיף זה לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם, והשימוש בסמכות זו מותנית בכך שמדובר בנאשם בעל עבר פלילי משמעותי, או שהונחה בפני בית המשפט חוות דעת מקצועית, התומכת במסקנה זו.

בית המשפט קמא לא מצא לנכון לעשות שימוש בסמכות הנתונה לו לפי סעיף 40ה. לחוק העונשין, אף שעברו הפלילי של המערער בעבירות רכוש, מאותו סוג, כזה שיש לו השלכה משמעותית על שלום הציבור ובטחונו, הינו מכביד במיוחד, ודומה כי ניתן היה להחמיר בעונשו אף מעבר למתחם שנקבע.

לא זו אף זו, בית המשפט קמא, לא שקל בין שיקוליו את הרתעת היחיד והרבים (סעיפים 40ו. ו- 40ז.), שהם כשלעצמם, מאפשרים החמרה בענישה בתוך המתחם, ובכך ודאי לא החמיר עם המערער.

28. פרק נוסף בערעור, כיוון המערער כנגד אופן הפעלת המאסרים המותנים, שבית המשפט קמא ראה לנכון להפעילם במצטבר זה לזה וכן במצטבר לעונש שהוטל עליו בהליך זה.

29. לטעון כנגד הפעלת העונשים המותנים במצטבר זה לזה, הועלו שני ראשים :

א. ראשית, נטען כי המאסר המותנה בן ה - 30 חודשים, שהיה תלוי ועומד כנגד המערער הינו בלתי מידתי ובית המשפט קמא היה צריך לתת דעתו לכך כאשר הורה על הפעלתו.

אין חולק, כי ראוי שעונש מאסר על תנאי, המושת על נאשם בגזר דין, יהא מידתי ותואם את חומרת העבירה. בהתאם לכך נפסק כי "**במסגרת שיקול הדעת המסור לו בבואו לגזור עונש מאסר על תנאי על בית המשפט להנחות עצמו, כי ראוי להימנע מהטלת מאסר מותנה שתוצאתו תהיה קשה עד כדי היותה בלתי מידתית הן ביחס לעבירה הראשונה והן ביחס לעבירה הנוספת. מצב כזה עלול להיווצר כאשר אדם שנכשל בעבירה נוספת קלה יחסית, יצטרך לשאת בעונש מאסר חמור שהוטל עליו בגין הרשעה קודמת**" (ע"פ 608/07 פלוני נ' מדינת ישראל, (15.03.2007)).

30. בענייננו, מדובר במאסר מותנה שהושת על המערער בת"פ 16880-07-09 ביום 14/12/11, לאחר שהורשע בהתפרצות לבית מגורים וגניבת רכוש רב מתוכו (כספת שהכילה תכשיטים, מסמכים רפואיים, דרכונים וצוואה, מכשיר "איי-פד" ומכשיר פלאפון). מאחר וניסה להימלט מהשוטר שתפסו, הוא הורשע, בנוסף על התפרצות לבית מגורים בכוונה לביצוע גניבה וגניבה, גם בהפרעה לשוטר במילוי תפקידו. המערער הורשע בנוסף, בהסתייעות ברכב לביצוע פשע, בהפרת הוראה חוקית ובנהיגה בזמן פסילה.

במסגרת גזר דין נדון המערער ל- 40 חודשי מאסר בפועל, והופעלו במצטבר שני עונשי מאסר מותנים בני 36 חודשים ו- 4 חודשים, כך שסה"כ נדון המערער ל- 80 חודשי מאסר בפועל. על גזר דין זה הוגש ערעור (ע"פ 12-01-12-39590), אשר נדון ביום 13/3/12. במסגרת הערעור הופחת עונשו של המערער, כך שהעונש הכולל הועמד על 65 חודשי מאסר בפועל. עונש זה כלל 40 חודשי מאסר בפועל, שהוטלו על המערער בבית משפט השלום, והפעלה של שני עונשי המאסר המותנים, חלקם במצטבר וחלקם בחופף. יתר רכיבי הענישה נותרו על כנם, לרבות עונשי המאסר המותנים, כנגדם גם לא הועלתה טענה מפורשת במסגרת הערעור.

בנסיבות אלה, לא ניתן לקבל את הטענה כי מדובר במאסר מותנה בלתי מידתי, הן בשל כך שהמערער לא העלה כנגדו כל טענה בעת שהגיש ערעור על גזר הדין והן בשים לב לנסיבות הכוללות, שבעטיין הוטל עליו עונש מאסר מותנה כה ממושך.

גם הפעלתו של התנאי, בעקבות הרשעתו בעבירה דומה מאד, איננו בלתי מידתי. (ראה את ההתייחסות לתכלית המאסר המותנה ומטרת פיצולו לתנאים, שיאפשרו הפעלה מידתית שלו בפסק דין עמאר).

יתר על כן, ניתן לראות כי גם את העבירות שביצע המערער ובגין נדון במסגרת ת"פ 16880-07-09 הנ"ל, הוא ביצע בעת שהיו תלויים ועומדים נגדו מאסרים מותנים ממושכים, לרבות עונש של 36 חודשי מאסר על תנאי, וכל

אלה לא הרתיעו אותו מלבצע את העבירות בגין הורשע שם.

ב. הנימוק הנוסף שהועלה על ידי ב"כ המערער לאי הפעלתם של המאסרים המותנים במצטבר זה לזה, נסמך על ההלכה שנפסקה בע"פ 269/78 בעניין חליוואה וכן על פסק הדין בעניין מסראווה (ע"פ 4517/04 **מסראווה נ' מדינת ישראל**, פד נט(6), 119 (10/03/2005), להלן: "**פסק דין מסראווה**"). הטיעון העקרוני בעניין זה, הינו כי לא ניתן להורות על הפעלתם של עונשי המאסר המותנים, שהוטלו על המערער בגזר דין אחד, במצטבר זה לזה, כשהם מופעלים בגין מסכת עובדתית אחת, ושעה שאין בגזר הדין, בו הוטלו, הוראה הקובעת את הצטברותם.

31. כאמור, שני המאסרים המותנים הנדונים נולדו מגזר הדין בת"פ 16880-07-09 ואין מחלוקת כי הם ברי הפעלה.

המאסר המותנה בן ה- 30 חודשים הוטל למשך 3 שנים, בגין כל עבירת רכוש מסוג פשע. המאסר המותנה בן ה- 12 חודשים הוטל למשך 3 שנים בגין שורה של עבירות, בכללן, עבירה לפי סעיף 384 לחוק העונשין (גניבה).

32. אקדים ואומר כי פסקי הדין, אליהם מפנים באי כוח המערער נסמכים על הוראת סעיף 45(א) לחוק העונשין, אשר בוטלה בתיקון 113 לחוק העונשין, עם הכללתו של פרק הבניית שיקול הדעת בענישה במסגרת החוק. מסיבה זו, כשלעצמה, ספק האם ניתן להיבנות מהם כיום.

33. בפסק דין חליוואה, אליו הפנתה ההגנה, נפסק, בהסתמך על סעיף 45(א) לחוק העונשין שקבע בזמנו כדלקמן: "**מי שנידון במשפט אחד לענשי מאסר בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שיאשם, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר**", כי הוראת בית-המשפט על נשיאת עונשי מאסר שהוטלו באותו פסק דין, בזה אחר זה, טעונה הנמקה מיוחדת ואם אין טעם כזה, יחול הכלל שהנידון לא יישא אלא את עונש המאסר שלתקופה הארוכה ביותר שהוטלה עליו.

בפסק הדין שניתן בעניין מסראווה, נדונה, בין היתר, שאלת היחס בין שני מאסרים מותנים ברי הפעלה, שהוטלו על הנאשם במסגרת גזר דין אחד. בית המשפט העליון קבע שם כי הפתרון לשאלה זו מצוי בגדרו של סעיף 45 לחוק העונשין, הקובע ברירת מחדל, שלפיה, בהעדר קביעה מפורשת אחרת, יישא הנאשם את העונשים שהוטלו עליו בחופף. נפסק כי אין המדובר בקביעה ערכית, אלא בקביעת ברירת מחדל בלבד.

בעניין מסראווה, גזר הדין, בו הוטלו המאסרים המותנים לא כלל קביעה מפורשת לגבי הצטברות העונשים המותנים, לכן נפסק כי יש להפעיל את המאסרים המותנים בחופף. עוד נקבע כי עיון בגזר הדין מעלה, כי "**כוונתו הייתה להרתיע את המערער מפני התנהגות שבטתיה הוא הועמד לדין באותו הליך, קרי, זו המשלבת בתוכה נשיאת נשק ללא היתר וירי ממנו לעבר אדם**". לאור האמור, נקבע כי "**חפיפתם של**

המאסרים היא הפתרון ההולם את נסיבותיו של המקרה הנוכחי. "

בית המשפט העליון הוסיף כי "צבירתם של מספר עונשים תתאים בעיקר לסיטואציה שבה בין מספר עבירות אין כל זיקה, או כאשר חומרתן המופלגת של העבירות מחייבת כי העונשים ירוצו במצטבר. אולם, מקום בו יש לראות במספר עבירות כמשתייכות למסכת עבריינית אחת, כי אז הכלל הוא כי העונשים בגינם יחפפו זה את זה..." באותו מקרה, הורשע הנאשם בנשיאת נשק ללא היתר ובניסיון לפציעה זיקה, עבירות שביניהן הייתה זיקה של ממש, שהצדיקה חפיפת העונשים.

34. שני הצדדים סבורים כי נסיבותיו של פסק הדין שניתן בעניין עמאר (רע"פ 4935/12) שאליו הפנה בית המשפט קמא, אינן דומות למקרה שלפנינו, שכן שם דובר על הפעלתם של שני מאסרים מותנים, אשר ניתנו כחלק מגזר דין אחד, במסגרת שני גזרי דין נפרדים בעקבות עבירות נוספות. עם זאת, גם שם הועלתה על ידי הסנגוריה טענה דומה, שלפיה, אין להפעיל מאסרים מותנים במצטבר, שעה שניתנו במסגרת אותו גזר דין ובהעדר קביעה מפורשת לכך. טיעון זה לא התקבל על ידי בית המשפט העליון, אשר הדגיש, כי בעניין מסראווה נפסק כי חפיפת המאסרים, הינה "הפתרון ההולם את נסיבותיו של המקרה הנוכחי". קרי, לא נפסק שם כלל אחיד, כפי שנטען.

35. עיון בפסיקה הנ"ל אכן, מעלה, כי בהתאם למתווה שהובא בפסק דין מסראווה, היה ראוי במקרה הנוכחי להורות על חפיפתם של המאסרים המותנים, שהופעלו, בשל הזיקה ההדוקה, בין העבירות שביצע המערער.

36. נותר לבחון, האם וכיצד משפיע ביטולו של סעיף 45(א) ותיקון מס' 113 לחוק העונשין על בחינת הסוגיה. בהקשר זה עוסק, בין היתר, פסק הדין בע"פ 7907/14 ואזנה נ' מדינת ישראל, (22/02/2015), שבו קבע כב' השופט מ. מזוז, כדלקמן:

"אכן, הפסיקה בסוגיה זו של חפיפה והצטברות עונשים, באותה פרשה או בפרשות נפרדות, אינה אחידה ועיקבית, ויש גם מי שראו בהוראות סעיף 45 משום הנחיה ערכית לגזירת עונשים באופן חופף (ע"פ 237/80 מדינת ישראל נ' קורטאם [פורסם בבנו] (28.8.1980). לסקירת הגישות השונות בפסיקה ראו בענין קוזירוב לעיל, בענין יגרמן לעיל, פסקה ט"ו, וכן בע"פ 269/78 חליוואה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1) 396, 401 (1979) ..."

14. מכל מקום, ההסדרים הנורמטיביים בסוגיה זו עברו בשנים האחרונות שינוי מובהק לכיוון של התרחקות מתפיסה - פרשנית או מהותית - של עונשים חופפים כבירת מחדל, והענקת מעמד בכורה לתפיסה הבוחנת אירועים עברייניים נפרדים כל אחד בפני עצמו, תוך הפעלת שיקול דעת פרטני באספקלריה של עקרון ההלימה, אשר נקבע כעקרון המנחה בענישה (סעיף 40ב לחוק העונשין)".

37. בית המשפט העליון עמד על כך שבמסגרת תיקון 113 לחוק העונשין בוטל סעיף 45(א) לחוק העונשין, מאחר שאינו עולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה, ובמקומו קובע כיום סעיף 40ג לחוק העונשין הסדר אחר לגזירת הדין במקרה של ריבוי עבירות.

38. על פי הפסיקה, וכפי העולה ממתווה הבניית שיקול הדעת בענישה, תיקון 113 לחוק העונשין שינה את התפיסה לפיה, ברירת המחדל בענישה בגין מספר אירועים הנדונים יחדיו היא קביעת עונשים חופפים, "והוענק מעמד בכורה לתפיסה הבוחנת אירועים עבריינים נפרדים כל אחד בפני עצמו, לשם הגשמת עקרון ההלימה, שהוא העיקרון המנחה בענישה (סעיף 40ב לחוק העונשין), המחייב כי לכל מעשה עבירה בגינו הורשע הנאשם יינתן ביטוי הולם בקביעת עונשו..." (ע"פ 5915/15 ח'ורי נ' מדינת ישראל (03.11.2016), וכן ראה ע"פ 8686/15 גריבוב נ' מדינת ישראל (03.10.2017) וע"פ 4087/14 סקורדוק נ' מדינת ישראל (05.01.2017)).

39. יוצא, כי בעקבות ההסדר החדש, לבית המשפט יש שיקול דעת, לקבוע חפיפתם או הצטברותם של עונשים, וזאת בהתאם לעקרון המנחה, עקרון ההלימה, המחייב כי לכל מעשה עבירה בגינו הורשע הנאשם יינתן ביטוי הולם בקביעת עונשו, בעיקר כאשר מדובר באירועים נפרדים (ראה פסק דין וזאנה).

פסק דין וזאנה לא עסק בשאלת חפיפתם של מאסרים מותנים שהוטלו בגזר דין אחד, עם זאת, עולה ממנו, כי התפיסה בדבר חפיפתם של עונשים, המוטלים בגין מעשה אחד, השתנתה. ביטול סעיף 45(א) לחוק העונשין, בצירוף הוראת סעיף 40 יג לחוק, נועדו להחיל תפיסה שונה, השמה במרכז את עקרון ההלימה. לתפיסה זו יש היום ליתן משקל בבחינת שאלת חפיפתם של עונשים, לרבות בסוגיה שבפנינו.

40. גם בהינתן האמור לעיל, אני סבורה כי במקרה שלפנינו, כאשר שתי העבירות שהפעילו את המאסרים המותנים, הינן חלק ממסכת עבריינית אחת, ובעלות זיקה הדוקה זו לזו, ובשים לב גם למשכם של המאסרים המותנים אשר הוטלו במסגרת גזר דין אחד, ראוי היה להורות על הפעלת עונשי המאסר המותנים ברי הפעלה בחופף זה לזה.

41. שונה המצב בכל הנוגע לאופן נשיאתו של המאסר המותנה שהופעל ביחס למאסר שהוטל על המערער בהליך זה.

בעניין זה מורה סעיף 58 לחוק העונשין כי מי שהוטל עליו עונש מאסר בשל עבירה נוספת והופעל נגדו עונש המאסר על תנאי, ישא, על אף האמור בסעיף 45, את שתי תקופות המאסר בזו אחר זו, זולת אם בית המשפט שהרשיעו בשל העבירה הנוספת ציווה, מטעמים שירשמו, ששתי התקופות כולן או מקצתן יהיו חופפות.

כאן, קבע המחוקק כי דרך המלך הינה צבירתם של עונשי המאסר, ונדרשים טעמים שירשמו, על מנת לקבוע חפיפתם, באופן מלא או חלקי. בעניינו של המערער אין כל טעם שיצדיק חפיפה בין העונשים וניתן אף לומר, כי שיקולי הרתעה מצדיקים צבירת העונשים, בהתחשב בעברו המכביד של המערער, בעובדה שהוא איננו מפנים את חומרת מעשיו, לא מגלה נזקקות טיפולית, ומסוכנותו לשלום הציבור ובטחונו איננה פוחתת, אלא כשהוא

נתון מאחורי סורג ובריא.

42. מטעונו ב"כ המשיבה עולה כי לעמדתה, גם אם לא נכון היה להורות על הפעלת שני המאסרים המותנים במצטבר זה לזה, הרי, בסופו של דבר, העונש הכולל הוא ראוי, וניתן לנמקו, גם בהסתמך על שיקולי הרתעה, שהצדיקו אף חריגה מן המתחם, כמפורט לעיל. עמדתי היא כי התוצאה העונשית, שלפיה, יוטלו על המערער 40 חודשי מאסר בפועל, ויופעלו כנגדו המאסרים המותנים בחופף זה לזה, אך במצטבר לעונש המאסר שהוטל כאן, כך שסה"כ ירצה המערער 70 חודשי מאסר בפועל, נותנת מענה גם לשיקולי הרתעה. בנסיבות אלה, אין הצדקה לבסס את ההכרעה בערעור על שיקולים הנוגעים להגנה על הציבור (סעיף 40 לחוק העונשין), או שיקולי הרתעת הרבים, שלא קיבלו מלכתחילה, ביטוי מפורש בגזר הדין.

43. סוף דבר, אציע לחברי, לקבל את הערעור באופן חלקי, במובן זה, שעונש המאסר בן 40 החודשים שנגזר על המערער בהליכים קמא יותר על כנו. המאסרים המותנים בני ה- 30 חודשים ו- 12 חודשים יופעלו בחופף זה לזה, ובמצטבר למאסר שהוטל על המערער בגין ההליכים הנוכחיים, כך שסה"כ ירצה המערער 70 חודשי מאסר בפועל, שימנו מיום מעצרו ויתר רכיבי גזר הדין יותרו על כנם.

אסתר הלמן, שופטת, סגנית נשיא

כב' השופטת יפעת שטרית: מסכימה.

יפעת שטרית, שופטת

כב' השופט סאב דבור:

מסכים.

הוחלט אפוא כאמור בפסק דינה של כב' סגנית הנשיא, השופטת אסתר הלמן, אב"ד.

ניתן והודע היום כ"ח שבט תשע"ח, 13/02/2018 במעמד הנוכחים.

סאב דבור, שופט

יפעת שיטרית, שופטת

אסתר הלמן, שופטת
ס. נשיא

הוקלד על ידי עדן ונדר