



עפ"ג 39381/02/18 - יניב אבייב נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בחיפה

11 אוקטובר 2018

עפ"ג 39381-02-18 אבייב נ' מדינת ישראל

לפני הרכב כבוד השופטים:

רון שפירא, נשיא [אב"ד]

בטינה טאבור

עדי חן-ברק

המערער

יניב אבייב

נגד

מדינת ישראל

המשיבה

פסק דין

השופט רון שפירא, נשיא [אב"ד]:

הרקע לערעור, טענות הצדדים והשתלשלות ההליך:

בפנינו ערעור הנאשם על גזר דינו של בימ"ש השלום בחדרה (כב' השופט אהוד קפלן) שניתן ביום 9.1.18 בת.פ. 9593-08-15 ולפיו נגזר דינו של המערער לאחר שהורשע בעבירות של מעשה פזיזות ורשלנות באש (סעיף 338(3)+סעיף 29 לחוק העונשין), חבלה במזיד (סעיף 413ה'+סעיף 29 לחוק העונשין), קשר לפשע ולעוון (סעיף 499(א)(1)+(2) לחוק העונשין) וניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות (סעיף 415 סיפא + סעיף 25 + סעיף 29). דינו נגזר לריצוי 8 חודשי מאסר בפועל; 5 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים והתנאי שלא יעבור עבירת רכוש מסוג פשע או עבירת מרמה או עבירת הצתה.

על פי עובדות כתב האישום ביום 6.5.13 שרף המערער את הרכב שבבעלותו, באמצעות אחר, במטרה להונות את חברת הביטוח בה היה הרכב מבוטח. כאמור, המערער הורשע בדין, לאחר ניהול הוכחות.

בימ"ש קמא קבע בגזר דינו כי העבירות פוגעות בקניין הפרטי ובסדר הציבורי. נזקף לחובתו של המערער שהעבירות נעברו בעקבות תכנון מוקדם (הצטיידות בבנזין, כפפות וכובע) ובהשתתפות של עבריין נוסף. נקבע כי אמנם המערער הינו בגיר צעיר ללא עבר פלילי, בעל רקע חברתי של מצוקה כלכלית, אולם בשונה משיקולי תיק פלילי (מחוזי חיפה) 31087-09-14 שם היו סיכויי שיקום טובים, הרי שבענייננו השיקול השיקומי אינו מצדיק הקלה עם המערער, שכן התסקיר היה שלילי והצביע על אי לקיחת אחריות מצדו, היותו בעל אישיות מניפולטיבית וקיומו של סיכון בינוני-גבוה להישנות ביצוע עבירות. צוין כי המערער לא חזר מכפירתו מביצוע העבירות ועודנו טוען לחפותו וכי המערער הביע צער אך זו הייתה הבעת צער כללית וסתמית.

המערער עתר במסגרת הערעור כנגד עונש המאסר בפועל וטען כי יש מקום לגזור עליו 6 חודשי מאסר שירוצו בעבודות



שירות וזאת בשל נסיבותיו האישיות, לרבות גילו הצעיר בעת ביצוע העבירה ובעת מתן גזר הדין, היעדר עבר פלילי, העובדה שהעבירה בוצעה לפני 5 שנים, מעצרו של המערער, היותו נשוי ואב לילד בן שנתיים, העובדה שלא נפתחו תיקים נוספים, העובדה שהמערער מטפל באמו החולה והטענה ששליחתו לכלא תגרום להטמעת דפוסי התנהגות עברייניים.

המשיבה עתרה לדחות את הערעור בהעדר עילה, לגישה, להתערבות של ביהמ"ש בגזר הדין ובשים לב לחומרת מעשיו של המערער וחווות דעתו השלילית של שירות המבחן, כמפורט בתסקיר שהוגש לבימ"ש קמא ביום 19.12.17.

ביום 08.04.2018, לאחר ששקלנו את טענות הצדדים, ובטרם גיבשנו עמדה, הורינו על קבלת תסקיר מבחן נוסף משירות המבחן, זאת מאחר שחלק מטעמי שירות המבחן בתסקיר שהוגש לבימ"ש קמא היה העדר לקיחת אחריות מטעם המערער למעשים שבביצועם הורשע, מכיוון שהמערער כבר בבימ"ש קמא במיוחס לו, אך כעת הוא מערער על גזר הדין בלבד ולא על הרשעתו, וכן כדי לאפשר למערער להציג בפני שירות המבחן אישורים התומכים בטענותיו השונות.

בתסקיר שירות המבחן שהוגש ביום 01.07.2018 פירט שירות המבחן את השינויים שערך המערער בחייו בחודשים האחרונים. כן ציין שירות המבחן כי המערער נטל אחריות מלאה על מעשיו והסביר אותם וכן הסביר כי במפגש הקודם עם שירות המבחן לא נטל אחריות על מעשיו מתוך חששו פן יענש עליהם בחומרה. המערער ציין לפני שירות המבחן כי בחודשים האחרונים הבין את חומרת מעשיו, את השלכותיהם על חייו וחיי משפחתו הגרעינית והמחירים ששילם וממשיך לשלם בגינם, והבין את התנהלותו הבעייתית אשר עמדה ברקע לעבירות המיוחסות לו. המערער ביטא בפני שירות המבחן רצון ונכונות מילולית להשתלב בטיפול במסגרת שירות המבחן, על מנת לבסס הבנות בנוגע לעצמו, להבין לעומק את דפוסי התנהגותו בעבר, את בחירותיו והתנהלותו ברקע לביצוע עבירותיו, ועל מנת לקבל כלים לניהול אורח חיים תקין ונורמטיבי, ולהימנע מהישנות התנהגות עוברת חוק. שירות המבחן ציין כי לא נפתחו נגד המערער תיקים חדשים. כן צוין כי נוכח התרשמות שירות המבחן מתזוזה משמעותית בעמדותיו של המערער בעת הנוכחית, נטילת אחריות על מעשיו והצהרותיו המילוליות בדבר נכונותו להשתלב בהליך טיפולי במסגרת שירות המבחן, העריך שירות המבחן כי טיפול ייעודי ארוך טווח עשוי להוביל להפחתה בסיכון להישנות התנהגות עוברת חוק מצדו. על כן, המליץ שירות המבחן להמיר את עונש המאסר שנגזר על המערער במאסר שיבוצע בעבודות שירות. כן המליץ להטיל עליו ענישה מותנית משמעותית וצו מבחן של שירות המבחן למשך 24 חודשים, במהלכם ישולב המערער בטיפול במסגרת שירות המבחן.

במהלך הדיון שהתקיים לאחר קבלת התסקיר טען ב"כ המערער שלאור התסקיר המשלים שהוגש ולנוכח העובדה שהשותף לעבירה בגזר דינו נדון למאסר מותנה ושל"צ בהיקף של 250 שעות, יש מקום לקבל את המלצות שירות המבחן ולהורות על קבלת חו"ד ממונה. נטען כי בנסיבות העניין יש מקום להטיל פיקוח של שנה ולהסתפק בתקופת מאסר פחותה מחצי שנה שתרוצה בדרך של עבודות שירות.

המשיבה טענה כי חרף המלצת שירות המבחן אין מקום להתערב בגזר הדין וכי השינויים שהציג המערער נובעים בעיקר מתוך רצון להפיק רווח משני של הקלה בעונש ולא מתוך רצון אמתי לקבל אחריות על מעשיו. נטען כי אמנם על השותף נגזר עונש של מאסר מותנה, קנס ושל"צ וצו פיקוח, אך הנתונים לגבי השניים שונים. נטען כי השותף קיבל אחריות על מעשיו מההתחלה ומדובר בבחור שסובל מפיגור קל שהינו קל לתמרון וניצול. נטען כי המערער כאן לא לקח אחריות על מעשיו וניהל את משפטו עד הסוף בניגוד לשותף שהורשע במסגרת הסדר וכי אין לגזור גזירה שווה לגבי המערער ושותפו.



עוד יצוין כי בהחלטה שניתנה במסגרת פרוטוקול הדיון מיום 11.7.18 קבענו כי ב"כ המשיבה מתבקשת לבדוק ולהודיע לביהמ"ש את עמדת המדינה בכל הנוגע לאפשרות של קבלת ערעור באופן שבו נורה על ריצוי עבודות שירות חלף מאסר, וזאת בשים לב לתיקון הצפוי בחוק, לפיו משך התקופה המרבי לריצוי עבודות שירות יוארך לתקופה של 9 חודשים. יצוין כבר עתה לעניין זה כי תיקון 133 לחוק העונשין בעניין זה ייכנס לתוקף החל מיום 1/4/2019 ולא ניתן בשלב זה להורות על ריצוי עונש המאסר כפי שהוטל על המערער למשך 8 חודשים בעבודות שירות.

בהמשך הודיעה ב"כ המשיבה כי היא מתנגדת לאפשרות של המרת המאסר בפועל לעונש של עבודות שירות וכי לפי המצב המשפטי כיום לא ניתן להורות על ריצוי מאסר של 8 חודשים בעבודות שירות. כן התנגדה ב"כ המשיבה לגופו של עניין להמרת המאסר בפועל לעבודות שירות וטענה כי עונש המאסר הוא עונש הולם בנסיבות התיק והעונש שהוטל על השותף אינו אמור להשליך על עונשו של המערער משום שהשותף סובל מפיקור שכלי קל והיה נתון לתמרון וניצול של המערער.

בתגובה טען ב"כ המערער כי בנסיבות העניין ולאור תסקיר שירות המבחן וכן חלוף הזמן מיום ביצוע העבירה, היותו של המערער בן 19 שנים ביום ביצוע העבירה, העדר עבר פלילי, נסיבות חייו של המערער, היותו נשוי ואבא לקטינה והיות אשתו הרה, יש להתערב ברכיב המאסר שהוטל ולקצרו משמעותית.

במסגרת החלטה שניתנה ביום 14.08.2018 הורינו על קבלת חו"ד הממונה על עבודות שירות בעניין אפשרות ריצוי עונש המאסר שהוטל על המערער בדרך של עבודות שירות.

חוות דעת הממונה על עבודות שירות הוגשה ביום 3.9.18 ולפיה המערער יכול לרצות את עונשו בעבודות שירות בכפר הנופש "על הים" - האגודה למען החייל בחדרה החל מיום 21.11.18.

דין והכרעה:

לאחר שבחנתי את טענות הצדדים, את גזר הדין ואת תיק בימ"ש קמא, לרבות תסקיר שירות המבחן שהוגש בעניינו של המערער, אציע לחברותי להרכב לקבל את הערעור ולהתערב בגזר הדין של בימ"ש קמא, זאת באופן שנורה על קיצור עונש המאסר שנגזר על המערער ע"י בימ"ש קמא לשישה חודשי מאסר שירוצו בדרך של עבודות שירות וכן נורה על העמדת המערער בפיקוח שירות המבחן למשך 24 חודשים, במהלכם ישולב המערער בטיפול במסגרת שירות המבחן. המאסר המותנה שהוטל על ידי בימ"ש קמא יישאר על כנו.

ראשית וקודם לכל ראוי לציין כי "כלל ידוע הוא כי ערכאת הערעור תתערב בחומרת העונש שהוטל על ידי הערכאה הדיונית רק במקרים חריגים של סטייה ברורה ממדיניות הענישה הראויה, או כאשר נפלה בגזר הדין טעות מהותית הבולטת על פניה..." [ע"פ 8668/11 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.10.2012)] או במקרים חריגים של סטייה ברורה, ניכרת וקיצונית ממדיניות ענישה ראויה [ע"פ 3265/12 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20.9.2012)]. הלכות אלו לא שונות ע"י תיקון 113 לחוק העונשין [ע"פ 4498/14 גרידיש נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (13.5.2015)]; ע"פ 5931/11 עבדולייב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (22.10.2013)]; ע"פ 5117/13 וימר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (11.11.2014)]; ע"פ 5953/15 רוני שוהאנה נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (31.12.2015)]. הדברים נכונים גם אם מגיע בית המשפט למסקנה כי גזר הדין נוטה לחומרה ואולם אינו חורג חריגה קיצונית ממתחם הענישה [ע"פ 3652/14 מוחמד כנעאני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו]



[28.12.2015].

בענייננו לא ניתן לומר כי גזר הדין של בימ"ש קמא נוטה לחומרה או חורג חריגה קיצונית ממתחם הענישה הראויה. עם זאת, סבורני כי בנסיבות המקרה יש מקום ליתן משקל מכריע יותר לזמן שחלף מעת ביצוע העבירה, להיותו של המערער בן 19 שנים ביום ביצוע העבירה, להעדר עבר פלילי, לנסיבות חייו של המערער, להיותו נשוי ואבא לקטינה וכן להיות אשתו הרה. כמו כן, כפי שפורט לעיל, מתסקיר שירות המבחן עולה כי חל שינוי בגישתו של המערער ובנסיבות המקרה יש להעדיף את שיקולי השיקום בענייניו של המערער על פני שיקולי הגמול וההרתעה. אמנם ביהמ"ש איננו מחויב לפעול בהתאם לאמור בתסקיר שירות המבחן, אך בענייננו, כאשר מדובר במערער שמעולם לא ריצה עונש מאסר בפועל במתקן כליאה וכאשר מאז ביצוע העבירה לא הוגשו נגדו כתבי אישום נוספים, סבורני כי אין בשליחתו של המערער למאסר בבית הכלא כדי לשרת את האינטרס הציבורי. נראה כי דווקא שליחתו למאסר בבית הכלא תוביל אותו לדרך עבריינית שנראה כי הוא מנסה להימנע ממנה, למרות נסיבות חייו, והדבר יפגע באינטרס הציבורי ובאינטרס השיקום של המערער.

אין ספק כי העבירה שבוצעה על ידי המערער הינה חמורה וכך גם נסיבות ביצועה. הדברים מצאו ביטוי בגזר דינו של בימ"ש קמא. עם זאת, יש לשקול כל מקרה על פי נסיבותיו המיוחדות ונסיבותיו האישיות של הנאשם כפרט ולאזן בצורה ראויה ביניהן לבין מדיניות הענישה האמורה [ע"פ 291/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 442, 438 (1981); ע"פ 1319/09 כהן נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (13.5.2009) בפסקה 4 לחוות דעתו של השופט ח' מלצר]. יש לזכור כי **"...מלאכת גזירת הדין אינה מדע מדויק, ועל בית המשפט לאזן בין שיקולים שונים ומנוגדים, וליתן לכל אחד מהם את משקלו הנכון בנסיבות העניין שלפניו. חובה זו מוטלת הן על הערכאה הדיונית והן על ערכאת הערעור"** [ע"פ 8774/15 פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (19.6.2016)].

שיקול הדעת המסור לבית המשפט מנחה לבחון, בטרם גזירת הדין, האם נאשם שביצע עבירה השתקם או שקיים סיכוי ממשי שישתקם. זאת בהתאם להוראות סעיף 40ג לחוק העונשין הקובע אמנם כי עונשו של נאשם ייגזר בתוך מתחם העונש ההולם שנקבע, ואולם סעיף 40ד(א) לחוק מבהיר כי אם מצא בית המשפט כי הנאשם **"השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם"**, הוא רשאי לחרוג ממתחם הענישה **"ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו"**. מכאן שיש לבחון סיכויי שיקום ולהביאם בחשבון במסגרת קביעת העונש המתאים בנסיבות העניין, לרבות תוך חריגה ממתחם העונש ההולם.

חריג לאמור הוא המקרה שבו **"היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה..."** כאמור בסעיף 40ד'(ב) לחוק העונשין. עד היום לא הגדיר המחוקק ולא הגדירו בתי המשפט מה הם המאפיינים למעשה עבירה כך שיחשב **כבעל חומרה יתרה**, באופן השולל את בחינת ושיקילת סיכויי השיקום במסגרת קביעת העונש המתאים. ניתן ללמוד מהוראת החוק כי מקום בו לא ניתן להגדיר את אשמו של הנאשם כבעל חומרה יתרה כי אז יש להביא בחשבון, במסגרת מכלול שיקולי הענישה, את שיקומו בפועל ולחילופין את סיכויי שיקומו.

גם במקרה זה שבפנינו לא נתווה את קו הגבול. אומר רק כי לטעמי מעשיו של המערער, הגם שחמורים הם, אינם בגדר של מעשים **"בעלי חומרה יתרה"** כמשמעו בהוראות סעיף 40ד'(ב) לחוק העונשין, באופן המצדיק להתעלם מסיכויי שיקומו. במקרה שבפנינו, כאשר מביאים בחשבון את חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה, גילו הצעיר בעת ביצוע העבירה, העובדה שמעולם לא ריצה מאסר בבית הכלא ואת העובדה שמאז ביצוע העבירה אינו מעורב בפלילים (עד כמה שידוע), וכן את כל האמור בתסקיר העדכני של שירות המבחן, כי אז מתקיימים התנאים המצדיקים מתן משקל משמעותי



לשיקולי השיקום שכן מדובר בצעיר המצוי בפרשת דרכים, אשר עשה מאמץ משמעותי כדי לחזור לדרך הישר [ראו: ע"פ 4503/16 חסן אבו שנדי נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] פסקה 16 לפסק הדין (5.5.2017)].

אדגיש כי שיקולי השיקום אינם רק שיקולים בעניינו של הפרט, אשר מולם נבחן האינטרס הציבורי. **שיקולי שיקום הם חלק מהאינטרס הציבורי שעניינו במציאת הדרכים הנכונות והיעילות להפחתת הפגיעה.** בהקשר זה, ראוי להביא בחשבון, במסגרת מכלול השיקולים, את ההמלצות שפורטו בדו"ח ועדת דורנר, המלצות המבוססות, בין היתר, על מחקרים בתחום הקרימינולוגיה. דו"ח ועדת דורנר קובע כי אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות שימוש במאסרים ממושכים יותר. הדו"ח מצביע על כך שבמקרים המתאימים, שיקום בקהילה באמצעות ענישה שנעה בין עבודות שירות לצווי מבחן ושירות למען הציבור צפוי להפיק תוצאות טובות יותר מאשר שימוש נרחב יותר במאסרים. עוד מלמד הדו"ח כי שימוש יעיל במאסר ככלי למניעת עבירות חייב להבחין בין עבריינים שצפויים לחזור ולבצע עבירות לבין אלו שלא. עוד מצביע הדו"ח על כך שהמאסר בכלל ומאסר ממושך בפרט מעודד נטייה לעבריינות ומגדיל את הסיכוי שהאסיר יבצע עבירות עם שחרורו. על כל אלו יש להוסיף גם את העלויות הכלכליות הנגרמות לחברה עקב שימוש יתר במאסרים.

בהביאי בחשבון את האמור לעיל, ותוך מתן דגש על האינטרס הציבורי שבהוצאת המערער ממעגל העבריינות, ובשים לב לסיכוי הממשי לשיקומו כעולה מהתנהלותו וכן מהמלצות התסקיר העדכני של שירות המבחן, סבור אני כי במקרה זה ניתן להסתפק בעונש של מאסר שירות, כאשר רכיב המאסר המותנה בגזר דינו של בימ"ש קמא יישאר בעינו ללא שינוי ונורה גם על צו מבחן של שירות המבחן למשך 24 חודשים, במהלכם ישולב המערער בטיפול במסגרת שירות המבחן.

אציין כי לו היה התיקון לחוק בעניין עבודות שירות בתוקפו לאלתר, יתכן שהייתי מציע שלא לקצר את תקופת המאסר אלא רק להמירה לריצוי של עונש בעבודות שירות. אלא שכאמור לעיל, התיקון לחוק יכנס לתוקפו רק בעוד כחצי שנה ובנסיבות אלו דחיית מתן פסק הדין או דחיית ריצוי עבודות השירות למשך זמן ממושך תהווה עינוי דין ותסכל את מטרת ההליך שהיא סיום פרק זה בחייו של המערער ומתן הזדמנות לחזור לדרך הישר.

סיכום:

בסיכומי של דבר, אציע לחברתי להרכב לקבל את הערעור במובן זה שעונש המאסר שנגזר על המערער על ידי בימ"ש קמא יקוצר למאסר של שישה חודשים שירות, בהתאם להמלצת הממונה על עבודות השירות; המאסר המותנה שהוטל יישאר בעינו ללא שינוי; ונורה גם על צו מבחן לפיו יועמד המערער בפיקוח של שירות המבחן למשך 24 חודשים, במהלכם ישולב המערער בטיפול במסגרת שירות המבחן.

רון שפירא, נשיא
[אב"ד]

השופט ב. טאובר:

אני מסכימה.

בטינה טאובר, שופטת

עמוד 5



השופטת ע. חן-ברק:

אני מסכימה.

עדי חן-ברק, שופטת

הוחלט כאמור בפסק דינו של האב"ד. עונש המאסר שנגזר על המערער על ידי בימ"ש קמא יקוצר למאסר של שישה חודשים שירוצה בדרך של עבודות שירות, בהתאם להמלצת הממונה על עבודות השירות; המאסר המותנה שהוטל יישאר בעינו ללא שינוי; אנו מורים על העמדת המערער בפיקוח של שירות המבחן למשך 24 חודשים, במהלכם ישולב המערער בטיפול במסגרת שירות המבחן.

על המערער יהיה להתייבב אצל הממונה על עבודות השירות, לצורך קליטה והצבה לעבודות שירות, ביום 21/11/2018 בשעה 08.00 ביחידת עבודות השירות, מפקדת מחוז צפון, רחוב הציונות 14, טבריה. אוטובוסים להגעה: בתוך תחנת משטרת טבריה, רוב הקווים הפנימיים מגיעים למקום. טלפון המפקח האחראי: 0504062589.

נבהיר למערער כי אם יפר את הוראות המעסיק ו/או הממונה על עבודות השירות וכן אם יבצע עבירה נוספת כל שהיא בתקופת ריצוי עבודות השירות כי אז תישקל האפשרות להפקיע את עבודות השירות באופן שבו יהיה עליו לרצות מאסר בפועל במתקן כליאה.

עוד נבהיר למערער כי הוא עומד בפיקוח שירות המבחן למשך 24 חודשים מהיום. אם יפר את הוראות שירות המבחן ו/או יבצע עבירה נוספת בתקופת הפיקוח, כי אז ניתן יהיה להחזיר את עניינו לדיון מחודש בבית משפט קמא ולגזור עליו עונש נוסף.

ניתן היום, ב' חשוון תשע"ט, 11 אוקטובר 2018, במעמד המערער וב"כ הצדדים.

ע. חן-ברק, שופטת

ב. טאובר, שופטת

**ר. שפירא, ס. נשיא
[אב"ד]**