



עפ"ג 63584/06/16 - מדינת ישראל נגד חן יצחקיאן,

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

27 אוקטובר 2016

עפ"ג 63584-06-16 מדינת ישראל נ' יצחקיאן

עפ"ג 16376-08-16 יצחקיאן נ' מדינת ישראל

בפני הרכב השופטים:

כב' השופט יגאל גריל, שופט בכיר [אב"ד]

כב' השופטת ברכה בר-זיו

כב' השופטת אלון אספרנצה

המבקשת:

מדינת ישראל

באמצעות פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

ע"י ב"כ עוה"ד גב' מאיה הרטמן

נגד

המשיב:

חן יצחקיאן,

ע"י ב"כ עוה"ד איילון אורון

פסק דין

1. בפנינו 2 ערעורים על גזר דינו של בית משפט השלום בחדרה (כבוד השופט אהוד קפלן) בת"פ 47706-07-15 מיום 20.6.16. הדיון בשני הערעורים אוחד.

2. בעפ"ג 63584-06-16 מערערת המדינה על קולת העונש שנגזר על הנאשם בפני בימ"ש קמא, חן יצחקיאן (להלן "המשיב") ובעפ"ג 16376-08-16 מערער המשיב על סעיף האישום בו הורשע ועל חומרת העונש שנגזר עליו.

3. בכתב אישום מיום 26.7.15 ייחסה המדינה למשיב עבירות של :

א. נהיגה פוחדת של רכב - עבירה לפי סעיף 338(א)(1) לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין").

ב. איסור נהיגה בחוף הים - עבירה לפי סעיף 2 לחוק איסור נהיגה בחוף הים, התשנ"ז-1997 (להלן: "חוק איסור נהיגה בים").

ג. נהיגה בקלות ראש - עבירה לפי סעיף 62(2) לפקודת התעבורה (נ"ח) תשכ"א-1961 (להלן: "פקודת התעבורה") + סעיף 38(2) לפקודת התעבורה.

4. עובדות כתב האישום הן כדלקמן:

- א. ביום שבת, 18.7.15 בשעה 13:00 לערך, הגיע המשיב עם בני משפחתו לחוף הים בצפון חדרה ברכב מסוג טויוטה מ.ר. 7006223 (להלן: "הרכב").
- ב. המשיב החנה את רכבו בחנייה של החוף.
- ג. בשעה 16:30 לערך, כאשר המשיב ובני משפחתו ביקשו לעזוב את החוף, החל המשיב להביא את הרכב ונהג בו לתוך החוף על החוף, עשרות מטרים כדי לאסוף את בני משפחתו.
- ד. באותה שעה שכבה המתלוננת, ילידת 1976, על מגבת על החוף, כשהיא על גבה, בערך 10-15 מטר מקו המים.
- ה. לאחר שבני המשפחה נכנסו לרכב, סובב המשיב את הרכב כדי לצאת מהחוף, וכשנסע קדימה לכיוון היציאה מהחוף עלה עם הגלגל השמאלי הקדמי של הרכב על המתלוננת ודרס אותה, תוך שהוא הופך אותה על בטנה ומותיר על גבה את סימני גלגל הרכב.
- ו. לאחר שאנשים ששהו על החוף צעקו ונופפו למשיב, הוא עצר את הרכב, כאשר המתלוננת מתחת לרכב, בין הגלגלים.
- ז. אמבולנס שהוזעק למקום פינה את המתלוננת לבית חולים הלל יפה בחדרה.
- ח. כתוצאה מהפגיעה נפגעה המתלוננת בחלקי גופה השונים, ובין היתר נגרמו לה שברים בשבע צלעות מצד שמאל, שבר בעצם הכתף השמאלית, שטפי דם תת עוריים בגולגולת מימין וסימני חבלה מאחורי אוזן שמאל.
- ט. התאונה והפגיעה במתלוננת נגרמו באשמתו של המשיב וכתוצאה מנהיגתו הרשלנית, כאשר נהג ברכב בחוף הים בקלות ראש, ללא תשומת לב לנעשה בדרך לפניו, כאשר בחוף היו אותה עת מבליים רבים, נהג בפזיזות ובחוסר זהירות כשהיה עליו לצפות כי אנשים שוכבים על החוף, ולא כפי שהיה נוהג נהג סביר ולא נקט בשום פעולה כדי למנוע את התאונה ואת הפגיעה במתלוננת.

5. בישיבת יום 2.8.15 הודה המשיב בעובדות כתב האישום והורשע בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

6. הטיעון לעונש נדחה ליום 4.8.15 ובישיבה זו טען ב"כ המשיב כי המשיב הודה בעובדות כתב האישום אך לא בסעיפי האישום וכי המשיב טוען כי עובדות כתב האישום אינן מהוות עבירה של נהיגה בפזיזות לפי חוק העונשין וכי לכל היותר מדובר בעבירה של התנהגות רשלנית לפי סעיף 62(2) לפקודת התעבורה והיה מקום להגיש את כתב האישום לבית המשפט לתעבורה. ב"כ המשיב טען כי יש לקחת בחשבון את העובדה שהחוף אינו חוף מוכרז.



ב"כ המשיב היפנה לשורת פסקי דין בהם הורשעו נהגים בעבירה של נהיגה בפזיזות, כאשר התנהגות הנאשמים שם היתה חמורה בהרבה, וביקש שלא להרשיע את המשיב בעבירה שיוחסה לו בכתב האישום.

7. ב"כ המדינה טענה כי מדברי ב"כ המשיב עולה כי הוא חוזר בו מההודאה וכי הפיצול בין ההודאה בעובדות ובסעיפי החיקוק היא פיקטיבית וללא תמיכה בסדרי הדין. כמו כן טענה כי היה על המשיב להעלות טיעון זה כטענה מקדמית ולכל היותר לטעון כי הוא כופר בהוראות החיקוק בעת הודאתו בעובדות.

ב"כ המדינה טענה כי העובדה שמדובר בחוף שאינו מוכרז אינה מפחיתה מחומרת העבירה.

8. בהחלטה מיום 4.8.16 קבע בית משפט קמא כי צודק ב"כ המשיב בטענתו לפיה הודאה בעובדות כתב האישום, אין בה כדי למנוע את המשיב מלטעון שהעובדות אינן מהוות עבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין, וכי על המדינה להשיב על טענה זו.

9. בישיבת יום 6.8.15, לאחר שב"כ המדינה וב"כ המשיב טענו ארוכות לענין ההרשעה בעבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין, קבע בית משפט קמא כי הרשעה זו תישאר על כנה. בית משפט קמא קבע כי :

"אנשים שוכבים על החוף ומשתזפים, הנאשם נהג שם, לא הבחין בהם, צריך היה להבחין בהם, והוא בניגוד לאירוע שיכול להתרחש על כביש או דרך כלשהי - סיטואציה כזו לא יכולה ולא צריכה לקרות כי בכלל אסור לרכב להיכנס לחוף הים, וזהו לטעמי ההבדל שמצדיק את הגשת כתב האישום על פי חוק העונשין ולא רק על פי הפקודה".

10. קודם לטיעונים לעונש היפנה בית משפט קמא את עניינו של המשיב לבדיקה ולהכנת תסקיר על ידי קצין מבחן למבוגרים.

מהתסקיר עולות העובדות הבאות בעניינו של המשיב:

המשיב יליד שנת 1985, נשוי ואב לילדה בת כשנה, עבד במוסך רכבים בנתניה, לאחר שסיים לימודי הנדסאי רכב. למשיב 5 הרשעות קודמות בתחום התעבורה ובחודש יולי 2015 הורשע ונידון לקנס ולפסילת רישיון הנהיגה לתקופה של 6 חודשים בעבירה של נהיגה בקלות ראש מיום 19.4.13.

המשיב הביע חרטה על מעשיו וטען בפני קצין המבחן כי שהה בחוף הים והחנה את הרכב בחניון



ולאחר שהייה בחוף החליט להביא את הרכב כדי לאסוף את אשתו ואת בתו התינוקת שהיתה לא רגועה . בדיעבד הבין כי לא הבחין במתלוננת השווה על החוף.

המשיב הביע צער וחרטה על מעשיו ואמפטיה למתלוננת אותה ביקש גם לפגוש. התקשה להתמודד עם ההחלטה השגויה שביצע והשלכותיה והביע חשש לפגיעה בעתידו המקצועי ובהמשך חייו האישיים והמקצועיים.

שירות המבחן התרשם כי המשיב בעל יכולות וכוחות לנהל אורח חיים נורמטיבי אך יחד עם זאת עלול לפעול ללא הפעלת שיקול דעת, במיוחד בתחום הנהיגה.

שירות המבחן המליץ להפנות את המשיב לבחינת התאמתו לתוכנית צדק מאחה להליך גפ"ן (גישור פוגע נפגע). פגישה כזו לא התקיימה. המשיב גם קיבל טיפול עובד סוציאלי בקהילה.

בתסקיר משלים חזר שירות המבחן וציין מחד את החרטה של המשיב, נכונותו להליך גישור והטיפול שעבר (בעקבותיו הוא מודע יותר לדרך בה פעל ולצורך בהפעלת יותר שיקול דעת בעת קבלת החלטות) ומאידך את חומרת העבירה שביצע והפגיעה במתלוננת. בשל חומרת העבירה ותוצאותיה נמנע שירות המבחן ממתן המלצה לאי הרשעה, אך מאידך המליץ על עונש שיקומי בדרך של הטלת של"צ נרחב של 350 שעות והעמדתו במבחן למשך שנה במסגרתו ישולב בהליך טיפול קבוצתי.

11. בטיעונים לעונש טען ב"כ המדינה לחומרת העבירות בהן הורשע המשיב ולתוצאותיהן. לטענתה, התנהגות המשיב היתה בריונית, והיוותה סיכון שהתממש לטובתם בחוף הים. בהתאם לתיקון מס' 113 המאשימה עתרה למתחם הנע בין 10 עד 18 חודשי מאסר בפועל, כאשר עמדתה היא למחצית התקופה. לטענתה, הערך החברתי עליו על בית המשפט להגן הינו זכות האדם ליהנות בחוף הים, הזכות לשקט במקום שליו בלי חשש לדריסה על ידי נהג עובר חוק. כמו כן יש צורך בהרתעת הרבים מפני מעשים דומים ויש סיכוי כי החמרה בענישה אכן תביא להרתעה שכזאת.

ב"כ המדינה גם טען כי ביום 8.7.15, עשרה ימים לפני האירוע, נגזר דינו של המשיב בביצוע עבירות תעבורה נוספות, כאשר נהג בטרקטורון בפראות, לא ציית להוראות שוטרים וגם לאחר שהשוטרים כרוזו לו לעצור הוא נמלט, תוך שהוא עולה על המדרכה, נוסע בכיוון הפוך לתנועה ועוקף כלי רכב. כמו כן היפנה לפרוטוקול הדיון ולטיעון לעונש שם, כאשר המשיב אמר, כי למד את הלקח - אך כעבור 10 ימים חזר לבצע עבירות - דבר המעיד כי לא נרתע מביצוע עבירות המסכנות את הציבור.

ב"כ המדינה הגיש לעיון בית המשפט מכתב שכתבה המתלוננת, שסירבה להגיע לבית המשפט וכן הגיש אסופת פסיקה בה נגזרו על נאשמים בעבירות של נהיגה רשלנית ופוחזת, בלי נזק לרכוש ולאדם עונשי מאסר.



ב"כ המדינה גם היפנה לעובדה שאין לחובתו של המשיב עבר פלילי ולנאמר בתסקיר שירות המבחן, כי המשיב מצטער על מעשיו ומפחד להיכנס למאסר, אך לדברי ב"כ המדינה, ההרשעה הקודמת לא הרתיעה אותו וכפי שעולה מהתסקיר, שירות המבחן התרשם מנטייתו לשיקול דעת מוטעה, כאשר מדובר במשיב פוחז שלא לוקח בחשבון החלטות נכונות. ב"כ המדינה ביקש שלא לאמץ את המלצות שירות המבחן. כמו כן ביקש לחלט את רכבו של המשיב, לפסול את רישיון הנהיגה של המשיב, להטיל עליו קנס ופיצוי למתלוננת וכן עונשים מותנים.

12. ב"כ המשיב טען כי בניגוד לדברי ב"כ המדינה, אין המדובר במעשה בריונות ובזלזול בוטה מצד המשיב ולפיכך גם אין מקום למסקנותיו ולעונשים שביקש להשית על המשיב. ב"כ המשיב טען כי המשיב נהג באופן נורמטיבי כאשר הגיע לחוף הים, החנה את רכבו בחניון ורק כאשר בני המשפחה הקטנים בכו וקראו לו להגיע לחוף עם הרכב, נכנס עם הרכב לחוף (מעשה שאכן הוא לא חוקי, לא בסדר ומסוכן).

ב"כ המשיב ביקש לבטל את הרשעת המשיב בעבירה לפי חוק העונשין ולהרשיעו בעבירה לפי סעיף 62(2) לפקודת התעבורה, כאשר לטענתו שיקול חשוב, שלא נלקח בחשבון על ידי בית המשפט בהחלטתו הקודמת, הוא סיכוי השיקום של המשיב (לאור הילכת כתב). לדבריו, הותרת ההרשעה על כנה תשלול מהמשיב את האפשרות להשתכר ולפרנס את משפחתו במקצוע שלמד וכבר נשלל ממנו הרישיון לנהל מוסך.

ב"כ המשיב טען, כי המשיב אכן ביצע מעשה שלא כדין אך אין לראות במעשהו התנהגות שלוחת רסן או בריונות או השתוללות והותרת ההרשעה בעבירה לפי חוק העונשין אינה מידתית בנסיבותיו.

ב"כ המשיב היפנה לפסיקה ששמה דגש על סיכויי השיקום ועברו הפלילי הנקי של המשיב. לטענתו, ב"כ המדינה שם דגש מוטעה על עבירת התעבורה הקודמת של המשיב וחומרתה, כאשר על פי הסברו של המשיב הוא לא הבין ששוטרים הורו לו לעצור וחשב שמדובר בגנבים שמבקשים לגנוב את רכבו ורק כאשר הבחין במסוק והבין שמדובר בשוטרים עצר את הרכב.

ב"כ המשיב טען, כי המשיב שהה במעצר 31 יום ולאחר מכן היה במעצר בית מלא 48 ימים נוספים ולאחר מכן מעצר בית חלקי עם אפשרות לצאת לעבודה וכי הוא כבר שילם כפליים על מעשיו.

ב"כ המשיב חזר והיפנה לעבירה בה הורשע המשיב ולעבירה לפי פקודת התעבורה, האוסרת נסיעה בחוף הים שהיא עבירת קנס מסוג אחריות קפידה ולטענתו, זולת העובדה שפגע במתלוננת, לא היה המשיב מואשם בעבירה על פי חוק העונשין.

ב"כ המשיב הגיש אסופה של פסיקה, לרבות ביטול הרשעות והיפנה גם להמלצות שירות המבחן שלא להטיל על המשיב עונש מאסר. לחלופין, ביקש כי לא יוטל על המשיב עונש מאסר בפועל שיפגע באופן



קשה במשיב ובמשפחתו. ב"כ המשיב טען כי האינטרס הציבורי יבוא על סיפוקו ככל שרישיון הנהיגה של המשיב ייפסל לתקופה של 11 חודש ויוטל עליו של"צ.

13. המשיב עצמו הביע חרטה על מעשיו וטען כי לא התכוון לרדת לים ולהשתולל אלא בסך הכל ירד כדי לאסוף את בתו התינוקת. המשיב טען כי מאז האירוע השתנו חייו ונהרסו לחלוטין ורצונו להשתקם, להשתכר, ולהביא עוד ילדים לעולם.

14. בגזר הדין קבע בית משפט קמא כי לא מצא מקום לבטל את ההרשעה בעבירה על פי סעיף 338 לחוק העונשין לאחר שלא מתקיימים התנאים הנדרשים לכך, דהיינו, שניתן לוותר על ההרשעה בנסיבות המקרה הספציפי בלי לפגוע בשיקולי הענישה, וכאשר ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקום. בית משפט קמא קבע כי הימנעות מהרשעה אינה מתיישבת עם חומרת העבירה ותוצאותיה ותעביר מסר של זלזול בעבירות מסוג זה וכי המשיב גם לא הראה פגיעה חמורה באפשרויות התעסוקה שלו.

בית משפט קמא קבע, כי מתחם הענישה צריך להיות דומה לזה שבעבירות בהן אדם נוהג ברכב בצורה לא אחראית, לא מפעיל שיקול דעת נכון ופוגע באדם וגורם לו חבלה חמורה - כאשר העונשים נעים בין 6-10 חודשי מאסר בפועל בעבירות של גרימת מוות ברשלנות ובעונשים קלים יותר, לרבות עבודות שירות בעבירות שתוצאותיהן פגיעה, גם אם חמורה.

בית משפט קמא היפנה במיוחד לפסק דין, שלדבריו "**ממש דומה לעניינו**" - ע"פ (חיפה) 57125-11-12, **דוד אזרן נ. מדינת ישראל** (מיום 14.2.13), שם הורשע המערער באותן עבירות, כאשר נסע עם רכב בחוף הים ודרס תיירת שהשתזפה על החוף - בית המשפט אימץ את המלצות שירות המבחן שלא להטיל מאסר בפועל והסתפק במאסר שירות, בצירוף קנס של 5,000 ₪ ופסילה לחמש שנים.

בית משפט קמא חזר וציין כי בעבירות שביצע המשיב לא היה תכנון אך מאידך חזר והיפנה לתוצאות מעשיו של המשיב. כמו כן קבע כי אין מקום לאמץ את המלצות שירות המבחן לענין של"צ וכמו כן אין להורות על חילוט הרכב, לאחר שאין מדובר באדם שיצא מביתו עם הרכב במטרה לבצע עבירה (אחרת יהיה מקום לחלט כל רכב שנהגו הורשע בעבירת תעבורה שגרמה לתאונה - דבר שלא נעשה).

15. בסיכומו של יום גזר בית משפט קמא על המשיב את העונשים הבאים:

א. 6 חודשי מאסר, בניכוי הימים בהם היה עצור. המאסר ירוצה בעבודות שירות בתחנת שדות של המשטרה.

ב. 6 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא כי בתקופה של 24 חודשים מיום גזר הדין לא יעבור



המשיב עבירה של נהיגה בפסילה ו/או עבירה על סעיף 338(א)(1) לחוק העונשין ויורשע בה.

ג. קנס של ₪ 5,000 או 20 ימי מאסר תחתיו.

ד. פסילה מלקבל או להחזיק רישיון נהיגה למשך שנתיים מיום הפקדת הרישיון במזכירות.

16. כאמור לעיל - שני הצדדים מערערים על גזר הדין.

17. בערעור המדינה נטען, כי שגה בית משפט קמא כאשר הטיל על המשיב פסילה מלהחזיק רישיון נהיגה לתקופה קצרה של שנתיים בלבד. כמו כן שגה כאשר לא נעתר לבקשת המדינה להורות על חילוט הרכב. המשיב אמנם לא תכנן מראש את העבירה ברכב, אך בפועל, השימוש ברכב היה מסוכן והביא לתוצאה קשה ביותר.

בערעור חזרה ב"כ המדינה על עיקר הטענות לעונש בדיון בפני בית משפט קמא וטענה, כי חומרת העבירה לא קיבלה ביטוי הולם בגזר דינו המקל של בית משפט קמא וכי גם עונש מאסר שירוצה בעבודות שירות אינו מרתיע דיו.

כמו כן שגה בית משפט קמא כאשר לא נתן משקל מספיק לעברו התעבורתי של המשיב ולפגיעות החמורות במתלוננת.

18. גם ב"כ המשיב חזר בהודעת הערעור על טיעונו בפני בית משפט קמא, הן לעצם סעיף ההרשעה והן לענין חומרת העונש. לטענתו, להותרת ההרשעה כפי שהיא תהא השלכה לא מידתית, תפגע פגיעה חמורה בשיקומו של המשיב היות ויאבד את האפשרות לעסוק במקצועו, להתפרנס ולפרנס את משפחתו. פגיעה זו מהווה פגיעה בחוק יסוד חופש העיסוק.

ב"כ המשיב טען, כי ניתן להסתפק בהרשעה בס' 62(2) לפקודת התעבורה המאפשרת הטלת אותו עונש, אך יחד עם זאת מאפשרת למשיב להמשיך לעסוק בעיסוקו.

ב"כ המשיב טען, כי המשיב הינו אדם נורמטיבי שומר חוק, המחזיק ברישיון נהיגה מזה 14 שנים ועברו התעבורתי אינו מכביד. כמו כן היפנה להמלצות שירות המבחן ולחלופין ביקש להטיל על המשיב תקופת עבודות שירות מצומצמת משמעותית לכדי מחצית התקופה שגזר בית משפט קמא, בניכוי ימי המעצר.

19. בישיבת יום 22.9.16 חזרו ב"כ הצדדים על טענותיהם. ב"כ המשיב טען, כי הדגש בערעור המשיב הוא על סעיף האישום מאחר והדבר צופה פני העתיד. לטענתו, שיקולי השיקום מצדיקים את שינוי סעיף העבירה, במיוחד נוכח העובדה שאינו מבקש ביטול ההרשעה. כמו כן טען, כי סעיף הרשלנות בפקודת התעבורה (סעיף 62(2)) מכסה גם את נסיבות העבירה, גם אם הן חמורות וכוללות פגיעה באדם בחוף



הים.

ב"כ המשיב טען, כי גם אם שיקול הדעת באשר לאפשרות שלילת כשירותו של המשיב לשמש מנהל מוסך מסורה לרשות המינהלית, כפי שקבע בית משפט קמא, עדיין קיים חשש לכך ולאחר מכן לא ניתן יהיה לסייע בידי המשיב.

לשאלת בית המשפט השיב ב"כ המשיב כי הוא סבור שגם בשלב העונש רשאי בית המשפט לבטל הרשעה באחד הסעיפים.

ב"כ המשיב חזר וטען, כי התנהגותו של המשיב לא היתה ביריונית וכי התרשמות בית משפט קמא היתה לחומרה, וכי המשיב כבר היה נתון במעצר תקופה ממושכת. כמו כן טען, כי העבירה בגינה נדון המשיב לפסילה על תנאי היתה שנתיים וחצי לפני שנגזר דינו, כאשר חשב שרוצים לגנוב את הטרקטורון שלו וכי גם במועד ביצוע העבירות נשוא הליך זה הוא לא נכנס לחוף הים מלכתחילה אלא רק כדי להוציא משם את בני משפחתו וזו היתה הרשלנות מצידו.

20. ב"כ המדינה טענה, כי מדובר באירוע שרמת הרשלנות בו היא גבוהה ביותר, וכי המשיב ביצע את העבירות רק 10 ימים לאחר שנגזר דינו בעבירת תעבורה אחרת, שגם בה נהג בפראות, דהיינו, מדובר באדם ששב ומבצע עבירות באמצעות רכבו ומסכן את הציבור.

21. ב"כ המדינה טענה, כי אין מקום לשנות את סעיף האישום וכי בצדק יוחסה למשיב עבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין ובצדק דחה בית משפט קמא את הבקשה לביטול סעיף אישום זה. כמו כן טענה, כי נסיבות העבירה אינן הולמות את סעיף 62 לפקודת התעבורה שעניינו לא ביצירת סיכון אלא בחוסר תשומת לב והתרשלות ברף נמוך יותר.

באשר לסוגיית אי הרשעה טענה ב"כ המדינה כי לא מתקיימים התנאים הנדרשים לאי הרשעה, כאשר על סמך חומרת העבירה ותוצאותיה הקשות - ראוי שתהיה בצידה הרשעה פלילית וכאשר המשיב לא עמד בנטל להראות כי ייגרם לו נזק מוחשי כתוצאה מהרשעתו.

22. ב"כ המשיב השיב לדברי ב"כ המדינה וטען כי המשיב אינו מבקש "**אי הרשעה**" אלא רק שינוי סעיף האישום, מאחר וחוק העונשין נועד לשלל עבירות שאינן עבירות תעבורה.

דין

ערעור המשיב:



23. כאמור לעיל המשיב הודה בעובדות כתב האישום והורשע בעבירות שיוחסו לו שם, לרבות העבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין ורק לאחר ההרשעה טען כי לא מתקיימים יסודות עבירה זו ו/או לא היה מקום להעמידו לדין בעבירה זו.

24. בהחלטה מיום 6.8.15 קבע בית משפט קמא כי **"על בית המשפט לבחון האם העובדות שפורטו בכתב האישום ואשר הנאשם הודה בהן מקיימות את יסודות העבירה של סעיף 338, וכן האם היתה הצדקה בנסיבות הענין להעמיד את הנאשם לדין בעבירה לפי חוק העונשין, כאשר בדרך כלל נהגים שפוגעים במישהו בשוגג מועמדים לדין בבית משפט לתעבורה על פי פקודת התעבורה ותקנותיה בלבד"**, וכאמור לעיל מסקנתו היתה כי התקיימו יסודות העבירה וכי היתה הצדקה להגשת כתב האישום על פי חוק העונשין ולא רק על פי פקודת התעבורה.

25. בהודעת הערעור אמנם טען ב"כ המשיב כי עבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין לא היתה צריכה להיכלל בסעיפי האישום **"שכן עובדות כתב האישום אינן מהוות עבירה של נהיגה בפזיזות"** - טענה שנדחתה על ידי בית משפט קמא, אך פרט לטענה סתמית זו - לא נטען דבר בענין זה וגם בפנינו לא חזר ב"כ המשיב על טענה זו וטוב עשה משנהג כך שהרי על פניו מלמדות עובדות כתב האישום על כך שעסקין **"בנהיגה בפזיזות"**.

הטענה בבסיס ערעור המשיב היא כי לא היה מקום להעמיד את המשיב לדין ולהרשיעו בעבירה זו, אלא בעבירה **"קלה"** יותר לפי פקודת התעבורה בלבד. לטענתו, בנסיבות המקרה ניתן לוותר על ההרשעה בעבירה לפי חוק העונשין בלי לפגוע בשיקולי הענישה האחרים והרשעה בעבירה זו תפגע בסיכויי שיקומו של המשיב.

26. אנו סבורים כי משהתקיימו יסודות העבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין, והמשיב כבר הורשע בעבירה זו בהכרעת הדין מיום 2.8.15 (לאחר שהודה בעובדות כתב האישום), לא היה מוסמך בית משפט קמא **"לתקן"** את ההרשעה ולהרשיע את המשיב בעבירה אחרת.

27. סקירה רחבה ביותר של הפסיקה והספרות בשאלת סמכותו של בית הדין הצבאי (ובית המשפט האזרחי) לשנות את סעיף האישום, לאחר שהתקיימו יסודות העבירה שיוחסה לנאשם בכתב האישום הובאה בפסק דינו של בית הדין הצבאי **לערעורים מיום 16.7.01 בתיק ע/ 43/01 שניתן על ידי האב"ד אלוף אילן שיף והשופטים תא"ל אורי שהם, ואל"מ שי יניב. ברוב דעות נקבע כי בית הדין אינו מוסמך לשנות את סעיף האישום. בקביעתו הסתמך בית הדין על הטעמים הבאים :**

א. עמדת המחוקק:

"עמדת המחוקק המשתקפת מדברי החקיקה (שאזכרו לעיל), היא כי כתב האישום



נשלט על-ידי התביעה, ואילו מעורבותו של בית המשפט בכגון דא, מוגבלת ומצומצמת היא עד מאד. אין חולק כי, נדרשת הוראה מפורשת של המחוקק המקנה לבית המשפט (או לבית הדין) סמכות לתקן או לשנות את כתב האישום - ואיננו סבורים כי יש ליתן בידי הערכאה השיפוטית סמכות מעין זו, בדרך של פרשנות מרחיבה".

ב. עמדת הפסיקה:

"בשורה של פסקי דין התייחס בית המשפט העליון למעמדה ולסמכויותיה של התביעה הכללית בהקשר לניהול ההליך הפלילי, וכך באו הדברים לידי ביטוי בפסקות:

בע"פ 117/50 חדד נגד היועץ המשפט לממשלה, פ"ד ה' 1413, קובע השופט זוסמן בעמ' 1424: **"לפיכך, אם אמנם מתקיימים שני חוקים פליליים המגדירים אותה עבירה, ומתברר שהמחוקק נתכוון לקיימם זה בצד זה, אין מנוס מהמסקנה כי בידי התביעה הכללית לבחור בחוק שלפיו תביא את הנאשם לדין".**

על הלכה זו חזר בית המשפט העליון בע"פ 155/59 דרעי נגד היועמ"ש, פ"ד יד' 223, מפי השופט (כתוארו אז) אגרנט:

"היוצא מזה שמבחינה תאורטית אין זה כלל מן הנמנע כי שתי עבירות אשר יסודותיהן חופפים, ידורו בכפיפה אחת, שכן במקרה כזה יש לייחס למחוקק את הכוונה כי לתביעה הכללית תהיה הברירה לבחור באותה עבירה, מבין השתיים, אשר בה יובא הנאשם בפלילים" (שם, עמ' 242)....

בבג"צ 935/89 גנור ואח' נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מד' (2) 485, אומר השופט ברק (כתוארו אז), כדברים הבאים:

"הגשמת המשפט הפלילי נעשית באמצעות ההליך הפלילי. המאשימה היא המדינה (סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]). היא מיוצגת על-ידי תובע. ראש וראשון לתובעים הוא היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 12(א)(1) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב]). עמד על כך השופט אגרנט בבג"צ 156/56 שור נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד יא' 285, בעמ' 301, בצינו, כי: -

"השליטה בדיון הפלילי, מבחינת עניין המשכנו או הפסקתו, תהיה נתונה בכל עת - למען הבטיח אי-פגיעה באינטרס הציבורי - בידי הריבון; הווה אומר, בידי היועץ המשפטי, שהוא נציגו של זה ושבידו מופקדת השמירה על אותו אינטרס" (שם, בעמ' 507).
ולמטה מן העניין:

"שיקול דעתו של תובע הינו שיקול-דעת שלטוני, בעל אופי שיפוטי, המוגבל בדל"ת אמותיו של חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (ראה בג"צ 844/86 דותן נגד היועץ המשפטי לממשלה ואח', פ"ד מא' (3) 219, בעמ' 226). על הפעלתו של שיקול-דעת זה חלות - בצד הוראות חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] ותוך הרמוניה עימן - ההוראות הכלליות של המשפט המינהלי. על כן חייב תובע לקבל החלטתו מתוך שקילת הגורמים הרלוואנטיים וגורמים אלה בלבד. עליו לפעול בתום-לב, בהגינות, ללא הפליה ובסבירות..." (שם, בעמ' 508).



הנה כי כן, ומתוך בחינת החקיקה בכללותה, ניתן להסיק כי המחוקק לא התכוון להקנות לבית המשפט (או לבית הדין) סמכות לשנות או לתקן את כתב האישום, בדרך של החלפת סעיף אישום חמור בסעיף קל הימנו, שלא לבקשת או הסכמת התביעה. זאת, שעה שבידי התביעה ראיות להוכחת סעיף האישום המקורי, מעבר לספק סביר. כן הדבר, לגבי שלב הכרעת הדין שבו תהא הערכאה השיפוטית מחויבת להרשיע נאשם בעבירה המיוחסת לו, אם הוכחו כדבעי כל יסודותיה.

מתוך נקודת מבט הרואה את דבר החקיקה, כ"אורגניזם חי" המורכב חלקים חלקים המהווים את השלם, סבורים אנו כי אין לפרש את סעיפי החוק הרלבנטיים כמסמיכים את בית המשפט או את בית הדין, להיכנס בנעליה של התביעה ולהתערב בכתב האישום, אלא אם קיימת לכך הסמכה מפורשת בחוק. דברינו אלה יפים גם לשלב הערעור, שבו לא תהא ערכאת הערעור רשאית להחליף ביוזמתה סעיף אישום בו הורשע נאשם כדין, בסעיף אחר, גם אם זה נראה מתאים או הולם יותר בנסיבות העניין".

ג. תכלית החקיקה הנלמדת מלשון סעיפי החוק:

"מסעיפים 92, 184 ו-216 לחסד"פ עולה, לכאורה, כי תכלית החקיקה היא שהחלפה או שינוי של כתב האישום המקורי, יעשו רק אם לא ניתן להוכיח את יסודות העבירה שיוחסה מלכתחילה לנאשם".

ד. היסטוריה החקיקתית:

גם בחינת ההסטוריה החקיקתית הביאה את בית הדין למסקנה זוהי, כאשר בסיכום הסקירה נאמר:

"גישת בית המשפט העליון לגבי מטרתם ותפקידם של הסעיפים 92 ו-184 לחסד"פ לא השתנתה, אף היא - והשימוש שנעשה בהם היה, ככלל, באותם מקרים בהם לא עלה בידי התביעה להוכיח את סעיף העבירה המקורי (ראו, לדוגמא: ע"פ 947/85 עצמון נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(4) 617; ע"פ 527/86 מנדלאווי נגד מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 661; ע"פ 635/88 אדרי נגד מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 227 ו- ע"פ 431/92 ויטמן נגד מדינת ישראל (לא פורסם)).".

ה. פסק דין המתייחס במישרין לסוגיית שינוי סעיף האישום:

"פסק הדין האחד והיחיד, המתייחס במישרין לסוגייה זו, ואף שם ספק אם נטענו טענות מפורטות, הוא זה שניתן מפי השופטת ולנשטיין ב- ע"פ 66/88 מדינת ישראל נגד אפרתי, פ"ד מג(1) 847. במקרה זה החליט בית משפט השלום לזכות נאשמת מעבירה של הפקרה אחרי פגיעה, לפי סעיף 64א' לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א-1961, משום שעבירה זו "אינה הולמת לנסיבות, מרחיקת לכת ומחמירה מאד עם הנאשמת". חלף זאת, החליט השופט להרשיע את הנאשמת בעבירה של נהיגה ברשלנות, לפי סעיף 62(2) לפקודת התעבורה ובעבירה על תקנה 144(א)(1) לתקנות התעבורה.

ערעור המדינה לבית המשפט המחוזי, בו דרשה התביעה להרשיע את הנאשמת בעבירה שהוכחה כדבעי, נדחה והנושא הובא בפני בית המשפט העליון במסגרת ערעור ברשות. בהתייחסה ישירות לסוגייה קא עסקין אומרת השופטת ולנשטיין:

"שופט בית המשפט השלום נמנע מלהרשיע המשיבה כפי שהתחייב מן העובדות שקבע, כיוון שלדעתו המניעה לאי-העצירה היה 'פחד סובייקטיבי שלה ולא רצון להתחמק מאחריות'. המניע כידוע אינו אלמנט של העבירה. גם לכך היה ער השופט כאשר אמר כי 'דבר זה אינו משחרר את הנאשמת מהרשעתה ולכל היותר יילקח בחישוב לעניין



העונש. אילו בכך הסתפק, לא יכלה המדינה לבוא בטרוניה, אך השופט לא הסתפק בכך, והחליף הרשעה על-פי תקנה 144, במקום על-פי סעיף 64א' לפקודה, אשר כאמור כל האלמנטים הדרושים על-פיו הוכחו כדבעי ונקבעו בפסק-הדין. כיוון שזהו המצב, לא היה זה כדין להחליף - כפי שעשה שופט בית משפט השלום - הרשעה על-פי תקנה 144(א)(1), כאשר הוכחו בפניו כל האלמנטים של העבירה על סעיף 64א'.

כידוע, הרי לפי סעיף 11 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב1982- (להלן - חסד"פ), המאשים במשפט פלילי הוא המדינה המיוצגת על-ידי היועץ המשפטי לממשלה ועושי דברו הנזכרים בסעיף 12(א) לאותו חוק. נובע מכך כי הסמכות ושיקול הדעת לענין הגדרת האישום, נתונים בידי נציגי המדינה הנ"ל. סעיף 184 לחסד"פ דן בסמכותו של בית המשפט להרשיע בעבירה אחרת מזו שבכתב האישום, כאשר עבירה כזאת מתגלית מן העובדות שהוכחו לפניו וזאת בשני תנאים: שניתנה לנאשם אפשרות סבירה להתגונן וכי העונש בגין העבירה החלופית אינו חמור מזה שניתן להטיל בגין האישום המקורי. סעיף 185 שם מורה על הדרך שעל בית משפט השלום לנקוט כאשר מתגלית מהעובדות שהוכחו בפניו עבירה חמורה מזו שבאישום המקורי.

אין בחסד"פ הוראה המסמיכה את בית משפט השלום להרשיע בעבירה קלה יותר מזו שבאישום המקורי, כאשר, העובדות שהוכחו בפניו מספיקות כדי הרשעה על-פי כתב האישום שבפניו.

כאשר, כמו במקרה שבפנינו, העובדות שהוכחו כוללות את כל האלמנטים של העבירה החמורה שהובאה בכתב האישום המקורי (אלמנטים הכוללים את אלה של עבירה קלה הימנה), הרי שאין זה מן הדין שהשופט שקבע עובדות שעל-פיהן הוכחה העבירה החמורה יותר, יימנע מלהרשיע על-פי כתב האישום המקורי, ובמקום זאת ירשיע בעבירה הקלה יותר, אשר העונש שלצידה הולם לדעתו את נסיבות המקרה. את השיקולים להקלה בעונש על בית המשפט לבטא בגזר-הדין ואין הם מהווים עילה להרשעה בעבירה קלה מזו שהוכחה בפניו על-פי כתב האישום המקורי". (שם, בעמ' 855-857. ההדגשות של ביה"ד לערעורים).

1. סקירת הספרות:

"בבחינת ההיסטוריה החקיקתית, יש להזקק גם לדרך בה התפרשו הוראות החוק על-ידי מלומדי המשפט. נפנה, תחילה, לספרם של מ' שלגי ו-צבי כהן, סדר הדין הפלילי, מהדורה שנייה, דין - הוצאה לאור בע"מ, תשס"א2000-. בהסתמך על פס"ד אפרתי, מציינים שני המלומדים, בעמ' 403:

"הוכחו העובדות שנטענו, אלא התביעה הכללית בחרה לייחס לנאשם אחד משני סעיפי עבירה המתאימים לעובדות המקרה, ראוי שבית המשפט יכבד את בחירתה, שכן פעלה בגדר שיקול דעתה. והוא הדין אם ויתרה על סעיף עבירה פלוני או הסכימה שעבירה עליו לא הוכחה.

מעבר למקרים אלה, אין זה מן הדין, שהשופט, שקבע עובדות שעל פיהן הוכחה העבירה הנקובה בהוראת החיקוק, יימנע מלהרשיע על-פי כתב האישום המקורי ובמקום זאת ירשיע בעבירה קלה ממנה, אשר העונש שלצדה הולם לדעתו נסיבות המקרה". (ההדגשה של ביה"ד לערעורים).

גם פרופ' רות גביזון, בספרה שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק, המכון למחקרי חקיקה ומשפט



השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"א 1991-, אומרת בעמ' 274-275, בהתייחסה לדין המצוי (להבדיל מהדין הרצוי):

"לפי החוק יש בידי בית המשפט סמכות להרשיע בעבירה אחרת מאשר זו שפורטה בכתב האישום, אם הובאו מספיק ראיות להרשעה בו. במסגרת סמכות זו ניתן להרשיע בעבירה חמורה פחות מאשר זו שלגביה הובאו ראיות".

ברור מהקשר הדברים כי הכוונה היא למקרה בו לא הובאו די ראיות להוכחת יסודות העבירה המקורית, אך יש ראיות להרשעה בעבירה אחרת. בהערת שוליים 29 באותו עמוד מביאה פרופ' גביון את סעיף 184 לחס"פ כאסמכתא לדבריה ומוסיפה:

"להרשעה לפי סעיף זה שני תנאים מצטברים: ניתנה לנאשם אפשרות להתגונן בפני האישום האחר, והעונש המקסימלי לא יעלה על זה שהיה מוטל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו" (ההדגשה של ביה"ד לערעורים).

המלומד קדמי מתייחס בספרו, על סדר הדין בפלילים, מהדורה משולבת ומעודכנת, תשנ"ח - 1998, חלק שני (ספר ראשון), במספר מקומות לסמכותו של בית המשפט להרשיע בעבירה אחרת.

בסיכום ההלכה אין כל אזכור לאפשרות כי בית המשפט ירשיע נאשם בעבירה אחרת, קלה מזו שיוחסה לו בכתב האישום, שעה שהעבירה בה הואשם מלכתחילה הוכחה מעבר לספק סביר. כך, למשל, אומר המחבר בעמ' 930 לספרו:

"ככלל, בית המשפט מכבד את בחירת התביעה בכל הנוגע להוראות החיקוק, ואינו מוסיף להוראות אלו - ובוודאי שלא תוספת מחמירה - מיוזמתו".

ז. עקרון הפרדת הרשויות:

"לפיכך, ניתן לקבוע כי התכלית העומדת ביסוד סעיפי החש"ץ והחס"פ הרלבנטיים לדיונו, היא כי, ככלל, תהא נתונה השליטה על כתב האישום וסעיפיו בידי התביעה, וסמכותו של בית המשפט לשנות סעיף אשמה או להרשיע בעבירה אחרת תהא נעוצה בשיקולים ראייתיים, המונעים אפשרות להרשעת הנאשם בעבירה המקורית".

ח. שיטת המשפט בישראל - השיטה האדוורסרית לפיה :

"הגישה האדברסרית במתכונתה הישראלית, מועידה עדיין לבעלי הדין את התפקידים המרכזיים בהליך הפלילי, כאשר ממשקי ההתערבות של בית המשפט מוגבלים הם למדי ורובם ככולם נובעים מאמירתו המפורשת של המחוקק.

הגישה האדברסרית המקובלת בשיטתנו המשפטית מלמדת, אף היא, על תכלית החקיקה, היינו כי סמכותו של בית המשפט להחליף סעיף אישום או להרשיע נאשם בעבירה אחרת - תבוא לידי ביטוי מקום בו לא הוצגו ראיות מספיקות להוכחת העבירה המקורית.

עמוד 13



מעורבותו של בית המשפט נועדה, בעיקרו של דבר, למנוע שחרורו של נאשם ממתן הדין, מקום בו לא עלה בידי התביעה להוכיח את אשמתו כנטען בכתב האישום, אך ניתן עדיין להרשיעו, על-פי חומר הראיות שהובא במשפט, בעבירה אחרת. זאת, אם התקיים תנאי מרכזי, והוא כי ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן מפני האשמה החדשה".

ט. לקראת סיום פסק הדין בחן בית הדין גם את השאלה:

"האם ניתן להצביע על מקור או מקורות משפטיים אחרים, שמהם ניתן לדלות את סמכותו של בית המשפט (או של בית הדין) לתקן סעיף אישום, להחליפו או להרשיע את הנאשם בעבירה אחרת, גם אם הוכחו יסודות העבירה בה הואשם מלכתחילה. המקורות האפשריים בשאלת סמכותו של בית משפט לבטל אישום או להחליפו באחר, הם דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" והגנת "זוטי דברים"."

גם לאחר בחינה זו נותרה המסקנה בעינה.

28. ברע"פ 6351/01 **אסף אטדגי נ. התובע הצבאי הראשי** (24.9.01) דחה כבוד השופט ש. לוין את בקשת רשות הערעור בקובעו כי :

"במצב החוקי דהיום אין לערכאה שיפוטית - צבאית או אזרחית - סמכות לבחור את סעיפי האישום, ומדובר בפררוגטיבה של התביעה. עקרון זה של הפרדת רשויות, שיושם על ידי בית המשפט העליון בע"פ 66/88 פ"ד מג (1) 848, לא השתנה עד עצם היום הזה, וההבדלים בטיבם של מנגנוני הענישה הקיימים בין המערכת האזרחית לבין המערכת הצבאית אינם מפחיתים מעוצמתו של עקרון זה. בכך אין אני מחווה כל דעה לגבי המצב הרצוי מבחינה זו במערכת הצבאית או האזרחית".

29. מכאן המסקנה החד משמעית כי משהוכחו יסודות העבירה לפי סעיף 338 לחוק העונשין - בית משפט קמא לא היה מוסמך לשנות את סעיף האישום והוא הדין בערכאת הערעור.

30. נציין, כי ב"כ המשיב טען כי יש מקום לשנות את סעיף האישום בהסתמך על התנאים לביטול הרשעה בהתאם לסעיף 71א' לחוק העונשין, כפי שנקבעו בע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ב(3) 337. כאמור לעיל לא הרי ביטול הרשעה כהרי "תיקונה" בדרך של תיקון סעיפי האישום ובכל מקרה מקובלת עלינו מסקנת בית משפט קמא לפיה ממילא תנאים אלה אינם מתקיימים בעניינו של המשיב, הן נוכח אי-התקיימות התנאי ש"סוג העבירה המאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים המפורטים לעיל" והן משיקולי השיקום שאינם מתקיימים.

31. לאור כל האמור - אנו דוחים את ערעור המשיב על העבירה בה הורשע.



ערעור המדינה על קולת העונש וערעור המשיב על חומרתו:

32. איננו סבורים כי יש מקום להתערב בגזר דינו של בית משפט קמא . כפי שנאמר לעיל - במסגרת גזר הדין רשאי בית המשפט להביא במסגרת שיקוליו את מכלול הנסיבות, לרבות הפסיקה אליה היפנה ב"כ המשיב בטיעונו, ולפיה בעבירות דומות הועמדו נאשמים לדין בבית הדין לתעבורה ונגזרו עליהם עונשים קלים יותר - במיוחד בהיבט המאסר.

33. אנו סבורים כי בית משפט קמא עשה את האיזון הראוי בהטילו מחד עונש מאסר (שאמנם ירוצה בעבודות שירות אך "**חלקו**" כבר רוצה מאחורי סורג ובריה וכאשר המשיב גם היה במעצר בית תקופה ממושכת) ומאידך, קבע תקופת פסילה למשך 24 חודשים, הנוטה לצד הקולא.

34. ב"כ המדינה היפנתה לפסק הדין בע"פ (מחוזי חיפה) 57125-11-12 **דוד אזרן נ. מדינת ישראל** (מיום 14.2.13) שם נפסל רישיונו של המערער, שפגע במתרחצת בחוף הים, לתקופה של 5 שנים וביקשה להקיש מעונש זה על עניינו, ואולם נסיבות המקרה שם שונות בחומרתן, הן לאור העובדה שהמערער שם נכנס עם רכבו לחוף הים, חנה שם, ובהמשך פגע פעמיים במתרחצת ששכבה על החול, והן לאור עברו המכביד של המערער שם.

35. בשים לב לנסיבות שם - אנו סבורים כי העונש שהושת על המשיב בבית משפט קמא הולם את הנסיבות בעניינו של המשיב.

36. לפיכך החלטנו לדחות את שני הערעורים.

ניתן היום, כ"ה תשרי תשע"ז, 27 אוקטובר 2016, במעמד הנוכחים.

על המשיב להתייצב ביום ראשון **4.12.16 בשעה 08:00 בבוקר** (כשברשותו תעודת זהות או דרכון) בפני הממונה על עבודות שירות במפקדת מחוז מרכז ברמלה, לצורך קליטה והצבה.

על מזכירות בית המשפט להמציא את העתק פסק דינו לממונה על עבודות שירות.

א. אלון, שופט

ב' בר-זיו, שופט

**י' גריל, שופט בכיר
[אב"ד]**

