



עפ"ג 7850/08/15 - מדינת ישראל נגד ד פ (אסיר),

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

29 אוקטובר 2015

עפ"ג 7850-08-15 מדינת ישראל נ' פ(אסיר)

בפני הרכב כב' השופטים: רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

בטינה טאובר

תמר נאות פרי

המערערת

מדינת ישראל

ע"י פרקליטות פלילית מחוז חיפה

נגד

המשיב

ד פ (אסיר),

ע"י ב"כ עו"ד ראניה חדאד-סרוג' (סגוריה ציבורית)

פסק דין

ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט ד"ר זאיד פלאח) מיום 9.6.15 בת"פ 8479-04-15.

רקע כללי -

המשיב הורשע בהתאם להודאתו בעבירה של התפרצות למקום מגורים וביצוע גניבה, בהתאם לסעיף 406(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") וסעיף 384 לחוק העונשין.

נשוא כתב האישום - עבירה שבוצעה ביום 2.4.15 בשעות הערב, עת פרץ המשיב לדירת מגורים ברח' אינשטיין 5 בחיפה וגנב מהדירה רכוש.

עת נעצר המשיב, בסמוך לאחר ביצוע העבירות, התברר כי ביום 4.7.2013 הוא הורשע בשלוש עבירות התפרצות, גניבה והפרת הוראה חוקית במסגרת ת"פ 11466-05-12 בבית משפט השלום בתל אביב, אשר אליו צורף תיק נוסף, ת"פ 1079-12-12 (להלן: "**התיק הקודם**"). דינו שם נגזר למאסר בפועל למשך 18 חודשים (בניכוי ימי מעצרו), מאסר על תנאי למשך 12 חודשים, אשר יופעל אם יורשע בעבירה נוספת שיש עמה יסוד של פריצה או התפרצות (להלן: "**המאסר המותנה**"), ומאסר נוסף על תנאי למשך 6 חודשים, אשר יופעל אם יורשע בעבירת רכוש או עבירה של הפרת הוראה חוקית, וכאשר שני התנאים - למשך שלוש שנים (להלן: "**גזר הדין הקודם**"). המשיב היה אמור להתחיל לרצות את עונשו בהתאם לגזר הדין הקודם ביום 1.9.2013 (לאחר שביקש עיכוב ביצוע), אלא שהוא לא מצא לנכון להתייבב לריצוי עונשו, והחל לרצותו רק לאחר שנעצר בתיק הנוכחי, באפריל 2015 (ב"איחור" של יותר משנה וחצי).

במסגרת הטיעונים לעונש בבית המשפט קמא טענה המאשימה (המערערת), כי בגין העבירה נשוא ההתפרצות הרלבנטית, מתחם הענישה צריך לנוע בין 12 חודשים לבין 24 חודשי מאסר בפועל. היא הפנתה לכך שהמדובר במשיב שלו עבר פלילי מכביד הכולל 11 הרשעות קודמות, לרבות בהתפרצויות וגניבות, אשר למעשה מתייחסות ל-75 עבירות (כאשר בתיקים רבים אוחדו כמה וכמה אירועים לכדי כתב אישום אחד). בית המשפט קמא התבקש להשית על המשיב



עונש של מאסר בפועל בתוך מתחם הענישה המוזכר מעלה, ברף העליון, ולקבוע כי מאסר זה ירוצה במצטבר למאסר אותו הוא מרצה בגין גזר הדין הקודם. בנוסף, התבקש בית המשפט להפעיל את המאסר המותנה למשך 12 חודשים, אשר נגזר במסגרת גזר הדין הקודם, היות וההרשעה הנוכחית הינה בגין התפרצות, ואף זאת במצטבר.

בא כוחו של המשיב, הפנה לכך שלמשיב יש רקע פסיכיאטרי, הכולל הן הפרעה אישיותית והן התמכרות לסמים - כפי שעולה מתסקירים של שירות המבחן למבוגרים שקיימים בתיק וכפי שעולה מחוות דעת פסיכיאטרית שהוגשה במסגרת הליכי המעצר. עוד הופנה בית המשפט לכך שבהחלטה קודמת, במסגרת הליכי המעצר, נקבע כי קיים פוטנציאל שיקומי. צוין בנוסף, כי נסיבות ביצוע העבירה בתיק הנוכחי אינן חמורות, כי עסקינן בעבירת רכוש במדרג הנמוך וכי הרכוש שנגנב כלל פריטים בעלי ערך מועט ביותר, בשווי של עשרות שקלים בלבד. לא הועלה טיעון נקודתי באשר למתחם הענישה אותו ציינה המאשימה, אך בית המשפט התבקש שלא למצות את הדין עם הנאשם. באשר למאסר המותנה, נטען כי הוא אינו בר הפעלה, שכן צוין בגזר הדין שתקופת התנאי תחל "מיום שחרורו" של המשיב מהמאסר, וכיוון שהמשיב לא השתחרר עדיין מאותו המאסר (שכן הוא עדיין מרצה אותו) - תקופת התנאי לא החלה ולא ניתן להפעיל את המאסר המותנה. לחילופין, התבקש בית המשפט, להורות על כך שהמאסר המותנה, ככל שיופעל, ירוצה בחופף למאסר שיוטל בתיק הנוכחי.

גזר הדין של בית המשפט קמא -

לאחר שמיעת טיעונים של הצדדים, ניתן גזר הדין נשוא הערעור.

כב' השופט קמא התייחס לטיעוני הצדדים וקבע כי מתחם הענישה ההולם נע בין 6 חודשים לבין 24 חודשי מאסר בפועל, וכי בתוך מתחם הענישה מכלול השיקולים (לרבות הודאת הנאשם, החיסכון בזמן השיפוטי ותחילתו של הליך שיקומי) מביא למסקנה לפיה העונש ההולם הינו מאסר למשך 12 חודשים, אשר מחציתו תחפוף לעונש אותו מרצה המשיב כעת בשל גזר הדין הקודם ומחציתו במצטבר. עוד הורה כב' השופט קמא על הפעלת עונש המאסר המותנה למשך 12 חודשים, אם כי בחפיפה מלאה לעונש שהוטל בתיק הנוכחי. מכאן, שסך הכל בגין התיק הנוכחי, ירצה המשיב 6 חודשי מאסר (אשר יתווספו לעונש שהוא מרצה בימים אלו מכוח גזר הדין הקודם). בנוסף, נגזרו על המשיב 6 חודשי מאסר על תנאי אשר יופעלו אם יעבור, תוך 3 שנים מיום שחרורו, אחת או יותר מהעבירות בהן הורשע בתיק זה.

טענות המערערת -

הערעור הוגש מטעם המאשימה. לשיטתה, גזר הדין מקל בצורה שחורגת מהסביר, תוך פירוט טיעונים באשר לפגיעה באינטרס הציבורי בעטין של עבירות רכוש כגון אלו, הן בהיבט של פגיעה בביטחון האישי והן בהיבט של פגיעה ברכוש.

מתחם הענישה - אין טענות במסגרת כתב הערעור באשר למתחם הענישה אשר אותו קבע כב' השופט קמא (6 עד 24 חודשי מאסר בפועל), אך נטען כי לא היה מקום לקבוע שהעונש ההולם במקרה הנוכחי נמצא ברף התחתון של המתחם.

העבר הפלילי - הועלו טיעונים באשר לעבר הפלילי המכביד עד מאד של המשיב, כאשר יודגש שוב, שהמדובר ב-11 רישומים קודמים, אלא שמאחורי כל רישום קיימים אירועים רבים שהצטרפו לכדי כתב אישום אחד, כך שבפועל המדובר בכ-75 עבירות שביצע המשיב מאז גיל 14 ועד היום, כאשר הוא בן 45, ורבות מהן הינן עבירות רכוש הדומות לעבירות הנוכחיות. עוד נטען, כי מעיון בגיליון הרישום הפלילי עולה כי הושתו על המשיב עונשי מאסר בפועל בעבר, כולל



מאסרים על תנאי, אך לא היה בכל אלה כדי להרתיעו וכי העונש הנוכחי בוודאי שאינו מידתי בהקשר זה, חוטא למטרת ההרתעה ואינו משקף את עיקרון ההלימה אשר בבסיס תיקון 113 לחוק העונשין.

באשר למצב הפסיכיאטרי - נטען כי מחוות הדעת האחרונה מיום 10.5.15, עולה כי המשיב אכן מוכר למערכת הפסיכיאטרית אך המדובר באשפוזים ישנים מהשנים 1993, 1994 ו-2000 וכי בגוף חוות הדעת נטען כי המשיב אינו נמצא במצב פסיכוטי וכי יש לו הפרעת אישיות מסוימת, כמו גם התמכרות לסמים, אך שני נתונים אלו אינם יכולים להצדיק את ההקלה הניכרת בעונש.

שיקולי שיקום - טענה נוספת שעלתה, הייתה כי בית המשפט הנכבד קמא נתן משקל עודף לטיעוני המשיב בדבר רצונו להשתקם, כאשר לא קיימת אינדיקציה של שירות המבחן באשר לרצונו להשתקם או באשר לסיכוי שיש להליך שיקום שכזה, ואין די בכך שהמשיב (ברצונו להקל בעונשו), יעלה טיעונים בדבר כוונתו להשתקם.

החפיפה בין העונש הנוכחי לבין העונש אותו מרצה המשיב בשל גזר הדין הקודם - כאן נטען, כי לא היה מקום להורות על כך שהעונש הנוכחי יחפוף במחציתו לעונש שאותו מרצה המשיב מכוח גזר הדין הקודם, הואיל ולמעשה הדבר מעניק למשיב מעין "תגמול" על כך שלא התייצב לריצוי העונש במועד ונמלט במשך יותר משנה וחצי.

באשר להפעלת המאסר המותנה - עמדת המדינה הינה כי קיימות גישות שונות באשר לשאלה אם ניתן להפעיל את המאסר המותנה שעה שהמשיב למעשה טרם סיים את תקופת המאסר שנגזרה עליו במסגרת גזר הדין הקודם, אך כי אין להתערב בהחלטת כב' השופט קמא אשר קבע שיש להפעיל את המאסר המותנה. עם זאת, נטען כי שגה כב' בית המשפט קמא כאשר החליט שהמאסר המותנה ירוצה בחפיפה מלאה למאסר הנוכחי, בניגוד לסעיף 58 לחוק העונשין וללא נימוקים מספקים, כאשר המשמעות בפועל הינה שבוצעה חפיפה "כפולה" של המאסרים.

טענות המשיב -

המשיב, מנגד, טוען כי אין מקום להתערב בגזר הדין ואין למצות את הדין עמו במקרה הנוכחי.

באשר למתחם הענישה - המשיב אינו מעלה טענות באשר למתחם הענישה שקבע כב' השופט קמא, ומוסיף כי לשיטתו, יש לראות את מכלול הנתונים בכל הנוגע לאירוע הנוכחי באשר המדובר בהתפרצות שאינה מלווה באלימות, אינה מתוחכמת, אינה מלמדת על רף מסוכנות גבוה וכאשר הפריטים שנגנבו פשוטי ערך.

לגבי העבר הפלילי - נטען כי אכן בעברו של המשיב הרשעות רבות, אך רק שתי מהן בוצעו בשנים 2012 ו-2013 וכל הרישומים הנוספים מתייחסים לעבירות שבוצעו לפני שנים רבות, כאשר חלקם העיקרי כבר התיישן. עוד נטען כי משנת 2000 ועד שנת 2013 אין הרשעות, והדבר מלמד על כך שבמשך שנים רבות המשיב הצליח להתנתק מהעולם העברייני, עבר הליך טיפולי שאותו סיים בהצלחה ורק בשנים 2012 ו-2013, לאחר פטירת אמו, חלה התדרדרות מחודשת במצבו, אשר הביאה לכך שהוא שוב מצא עצמו בעולם הסמים וחזר לבצע כמה עבירות בודדות.

המצב הנפשי של המשיב - בהקשר זה נטען כי לא נפל פגם בכך שבית המשפט קמא ייחס משקל משמעותי למצב הפסיכיאטרי של המשיב, כאשר ניתן לראות כי המדובר במשיב שהתאשפז כמה פעמים בעבר וכי במסמכים אף מצוין שיש רקע משפחתי של הפרעות נפשיות.

לגבי ההליך השיקומי - נטען שאכן מן הראוי היה לתת משקל לרצונו של המשיב להשתקם ואף הוגש במהלך הדיון



בערעור מסמך מאת קצינת האסירים בכלא צלמון (שם שוהה המשיב) בו צוין כי הוא נמצא בטפול אינטנסיבי לבקשתו החל מתאריך 13.7.15, כי עד כה הוא משתף פעולה עם גורמי הטיפול, כי הוא החל בקורס צורפות בחינוך ומשולב במפעל יצרני וכי בדיקות השתן מעידות על ניקיון מסמים. לטענת באת כוחו של המשיב, הדבר מלמד על רצונו האמיתי לשקם את חייו ולעזוב את דרך הפשע, כפי שהתרשם גם כב' השופט קמא.

לגבי החפיפה בין המאסר הנוכחי לבין המאסר עקב גזר הדין הקודם - טוען המשיב כי בדיון הורה כב' השופט על חפיפה חלקית של שני המאסרים. לשיטת המשיב, למעשה הושת עליו עונש של 12 חודשי מאסר, וכי מאסר שכזה חמור ביחס לעבירה הנוכחית, ולכן מתחייבת החפיפה החלקית בין המאסר הנוכחי לבין המאסר הקודם.

הפעלת המאסר המותנה - המשיב לא טען מפורשות כי בית המשפט קמא הנכבד שגה שעה שהורה על הפעלת התנאי, וטענתו היתה כי אין להתערב בקביעה לפיה הפעלת התנאי תהיה בחפיפה מלאה לעונש אשר הושת עליו במסגרת התיק הנוכחי, וזאת במסגרת שיקול דעתו של בית המשפט קמא לאור סעיף 58 לחוק העונשין.

טענות באשר להתנהלות הדיון בבית המשפט קמא - טענה נוספת שעלתה מטעם המשיב במהלך הדיון בערעור, היתה כי עובר להודאתו של המשיב בכתב האישום, התקיים דיון שלא לפרוטוקול בבית המשפט קמא ובמסגרתו הביע כב' השופט קמא את עמדתו לגבי הנתונים הרלבנטיים וציין באוזני המשיב שאם הוא יודה בעבירות המיוחסות לו, גזר דינו יהיה מאסר של 6 חודשים שיתווספו למאסר אותו הוא מרצה ממילא. הטענה הינה שהמשיב הסתמך על הערותיו אלו של כב' השופט קמא ולכן הודה בכתב האישום, והדבר - מן הסתם - יצר אצלו ציפייה באשר לרף הענישה. לשיטתו, האמור מהווה נימוק נוסף שמחייב שלא להתערב בגזר הדין כפי שנגזר. באת כוחו של המשיב במהלך הדיון בערעור הדגישה כי היא לא נכחה בדיון בבית המשפט קמא וכי הדברים נמסרו לה על ידי עורך הדין שייצג את המשיב בהליך דשם.

במענה לטענה זו, טענה נציגת המערערת, כי אף היא שמעה טענות לגבי התנהלות שכזו - אך גם היא לא נכחה בדיון בבית המשפט קמא, וכי בכל מקרה - אף אם כך היה, אין בכך כדי להוות בסיס לטענת הסתמכות כלשהי. בנוסף, לטענתה, על פי המידע שברשותה, במהלך הדיון בבית המשפט קמא, נציג המערערת הודיע חד משמעית כי הוא לא יסכים לכל הסדר בכל הנוגע לרף הענישה, כי הוא לא יסכים למאסר בפועל של 6 חודשים בלבד, וכי ככל שזה יהא העונש, תגיש המדינה ערעור לגביו (כפי שאכן קרה).

דיון והכרעה -

מתחם הענישה - היות ולמעשה שני הצדדים לא טענו מפורשות באשר למתחם הענישה, אזי שאין צורך להתייחס לרכיב זה במסגרת הערעור. מעבר לכך, דומה כי המדובר במתחם ענישה ראוי (מאסר בפועל שנע בן 6 חודשי מאסר לבין 24 חודשי מאסר).

העונש ההולם בתוך המתחם - דומה, כי כב' בית המשפט נתן את המשקל הראוי לכל הנתונים הרלבנטיים עת הגיע למסקנה לפיה בתוך המתחם, העונש ההולם הינו 12 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי. באשר לעבר הפלילי יוער כי אמנם עיקרו (מבחינה כמותית ואיכותית) הינו מלפני שנים רבות, אך קיימות עבירות דומות זהות מהשנים 2012 ו-2013, וראו כי גזר דין הקודם מתייחס לשלוש התפרצויות לדירות שונות. ניתן אף משקל הולם לקשיים בתחום הנפשי, כאשר מחד - יש לראות שהמשיב כשיר לעמוד לדיון, מודע היטב למשמעות מעשיו והעובדה שהוא מכור לסמים אינה יכולה להעניק לו פטור מנטילת אחריות מלאה למעשיו, ומנגד - אין חולק כי המשיב סובל גם מהפרעה אישיותית (מעבר



להתמכרותו לסמים) ויש בכך משום נסיבה לקולא אותה לקח כב' השופט קמא בחשבון. באשר להיבט השיקומי - לא ניתן להתעלם מכך שאכן במסגרת המאסר הנוכחי, משתתף המשיב בהצלחה בהליך שיקומי בכלא צלמון, אך המדובר בהליך אותו הוא החל רק ביולי השנה וקשה לייחס לנתון זה משקל דומיננטי. לכן, לא נמצא שיש מקום להתערב בקביעה לפיה העונש ההולם הינו מאסר בן 12 חודשים לריצוי בפועל לגבי העבירה הנוכחית, ובנוסף - מאסר על תנאי.

החפיפה החלקית בין המאסר הנוכחי לבין המאסר אותו מרצה המשיב - לכאורה, קביעתו של כבוד השופט קמא בהקשר זה סומכת על הוראות סעיף 45(ב) לחוק העונשין, אשר כותרתו "מאסר חופף" המורה כדלקמן:

"מי שנידון למאסר ולפני שנשא כל ענשו חזר ונידון למאסר, ובית המשפט שדן אותו באחרונה לא הורה שישא את ענשי המאסר, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא ענש מאסר אחד והוא של התקופה הארוכה ביותר."

אלא שכבר נקבע בפסיקה כי אין המדובר בהנחיה לפיה במצב דברים רגיל, עונש המושת על אסיר ירוצה בחופף לעונש אותו הוא ממילא מרצה, כך שהאסיר הנידון ירצה את המאסר הארוך מבין השניים.

נפנה כאן לע"פ 7907/14 ואזנה נ' **מדינת ישראל** (22.2.2015), בהתייחס לסעיף 45(ב) לאמור:

"מדובר בהוראה טכנית-פרשנית-ניטרלית, שנועדה אך למלא את החסר מקום שבית המשפט לא קבע במפורש אם העונשים ירצו באופן חופף או במצטבר. הוראה זו אינה קובעת עקרון מנחה של חפיפת עונשים ולא הכרעה ערכית לפיה בנסיבות כאלה ראוי לקבוע עונשים באופן חופף (ראו: ע"פ 5443/98 **מדינת ישראל נ' מנשרוב** [פורסם בנבו] (27.12.1999), ע"פ 4517/04 **מסראווה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(6) 119, 133-134 (2005); ע"פ 1601/03 **עיני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 949, 958 (2005); ע"פ 6535/01 **קוזירוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(3) 562, 568-570 (2003); ע"פ 399/89 **מדינת ישראל נ' זלום**, פ"ד מז(2) 187 (1992), בג"ץ 423/10 **יגרמן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (30.6.2010) וכן יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין**, כרך ג' 1607 (מהדורה שלישית, 2014)).

ככלל, בית המשפט הגוזר עונש מאסר על מי שנדון למאסר בהליך קודם וטרם נשא את כל ענשו, מוטל עליו לדון ולהחליט, בכל מקרה לגופו ולנסיבותיו, בהכרעה מנומקת, האם עונש המאסר שהטיל ירוצה במצטבר או בחופף לעונש המאסר שהנאשם טרם סיים לרצות. רק מקום שבית המשפט נמנע ממילוי חובתו זו ולא קבע בגזר הדין אם העונש ירוצה בחופף או במצטבר, חלה הוראת סעיף 45(ב) כברירת מחדל פרשנית.

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 בנבו] (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)).

הגישה שביקשה לראות בהוראות סעיף 45 לחוק העונשין משום נקיטת עמדה, ולו פרשנית, בזכות חפיפת עונשים התייחסה לרוב למקרים שבגדר הוראת סעיף קטן (א), שבוטלה בינתיים (ראו להלן), אשר עסקה ב"מי שנדון במשפט אחד לעונשי מאסר בשל עבירות שונות". במקרים כאלה, הייתה נטייה להצדיק ענישה חופפת, בעיקר כאשר מדובר היה ב"מסכת עבריינית אחת" (ראו למשל: ע"פ 7075/03 **אלון נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 32 (2.8.2006), ע"פ 6952/11



מדינת ישראל נ' פלוני [פורסם בנבו] (6.11.2011), רות קנאי "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" **מחקרי משפט** ג 270-267 (1984), רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר דין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כד 97, 125 (1994)). מאידך, כאשר מדובר במקרים בגדר הוראת סעיף קטן (ב), שעניינה במי שנדון למאסר בעודו מרצה עונש מאסר שנגזר עליו בהליך אחר קודם, נראה שהגישה הדומיננטית בפסיקה נטתה לראות בהוראת סעיף 45(ב) כהוראה פרשנית-טכנית, כמפורט לעיל.

14. מכל מקום, ההסדרים הנורמטיביים בסוגיה זו עברו בשנים האחרונות שינוי מובהק לכיוון של התרחקות מתפיסה - פרשנית או מהותית - של עונשים חופפים כברירת 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 40 לחוק העונשין).

15. ראשית נזכיר, כי במסגרת חקיקת תיקון 113 לחוק העונשין ("הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" (ס"ח התשע"ב 102)), בוטל סעיף 45(א) לחוק, מאחר שאינו עולה בקנה אחד עם עקרון ההלימה, שהוא עקרון היסוד לענישה שנקבע בתיקון 113 (סעיף 40 לחוק). במקום הוראת סעיף 45(א) נקבע בסעיף 40 לחוק הסדר אחר כדלקמן:

16. אכן, ההסדר החדש אינו שולל את שיקול דעת בית המשפט לקבוע חפיפת עונשים, אולם עקרון ההלימה, שנקבע כאמור כעקרון המנחה בענישה, מחייב כי לכל מעשה עבירה בגינו הורשע הנאשם יינתן ביטוי הולם בקביעת עונשו, בעיקר כאשר מדובר באירועים נפרדים. במקרים כאלה, חפיפת עונשים אינה מתיישבת לכאורה עם עקרון ההלימה, ובעיקר ככל שמדובר בחפיפה מלאה של עונשים, ומחייבת הנמקה משכנעת. ראוי להביא בהקשר זה דברים שנאמרו על ידי בית משפט זה בנוגע להוראת סעיף 45 לחוק, שנים לא מעטות קודם לתיקון 113, המשקפים את התפיסה של עקרון ההלימה לענין חפיפת עונשים:

"תפקידו הראשוני של בית המשפט הוא לקבוע אם מוצא הוא להורות שעונשי המאסר ירצו במצטבר, ורק אם לא עשה כן תרוצה התקופה הארוכה מבין השניים. מכאן שהוראת בית המשפט כי עונשי המאסר ירצו במצטבר, אינה החריג ולא צריכות להתקיים נסיבות מיוחדות כדי שבית המשפט יורה כן. נהפוך הוא ומטבע הדברים ראוי שאדם יישא את מלוא עונשו על כל אחת מן העבירות אותן הוא עובר ולא 'ייהנה מהפחתה' של מאסר שהושת עליו רק משום שהושת עליו מאסר נוסף בגין עבירה אחרת"

(ענין מנשרוב הנ"ל, פסקה 3; ההדגשה אינה במקור).

17. ראוי עוד לציין, כי בתזכיר חוק שפרסם לא מכבר משרד המשפטים מוצע, בין היתר, לתקן את סעיף 45(ב) דנן, באופן שעונש מאסר שהוטל על אסיר המרצה עונש קודם יחול במצטבר לעונש אותו הוא מרצה, אלא אם קבע בית המשפט ששתי התקופות, בחלקן או במלואן, יהיו חופפות, היינו - היפוך ברירת המחדל הקבועה כיום בסעיף 45(ב): תזכיר חוק העונשין (תיקון מס...) (ריצוי עונשי מאסר במצטבר ועבודות שירות), התשע"ד-2014. תיקון מוצע זה נומק, בין היתר, כך -

"בתיקון מס' 113 ... נקבע כי העיקרון המנחה בענישה הוא עיקרון ההלימה, לפיו על העונש להלום את חומרת מעשהו של הנאשם ומידת אשמו. ברירת המחדל של צבירת עונשי מאסר משקפת נאמנה את המטרה העיקרית של הענישה, כפי שנקבע בתיקון האמור, להשיב לנאשם כגמולו בגין מעשיו".

המשיב היה אמור להתחיל לרצות את העונש שנגזר עליו בגזר הדין הקודם ביום 1.9.13, ולו היה מתחיל לרצות את



המאסר במועד, היה מסיים לרצותו טרם גזר הדין הנוכחי - כך שסעיף 45(ב) כלל לא היה רלבנטי. משמע, שעקב התחמקותו מריצוי העונש הוא יצר מצב שבו הוא למעשה מבקש להבנות מהוראותיו של סעיף 45(ב) - והדבר מעורר קושי. מעבר לכך, בנסיבות, יש ספק אם מוצדקת החפיפה בין המאסר שגזר כבוד השופט קמא לבין המאסר שאותו מרצה המשיב עקב גזר הדין הקודם, הגם שכבוד השופט קמא לא הורה על חפיפה מלאה אלא על חפיפה חלקית, במחצית בלבד.

הפעלת המאסר המותנה - אין חולק כי המשיב עבר עבירה אשר במהותה מאפשרת להפעיל את העונש המותנה אשר נכלל בגזר הדין הקודם. במהלך הדיון בבית המשפט קמא נחלקו הצדדים באשר לשאלה אם תקופת התנאי החלה, היות ובגזר הדין הקודם נקבע כי תקופת התנאי תחל "לאחר שחרורו" של המשיב מהמאסר שהושת עליו, והרי הוא טרם שוחרר.

בגזר הדין נשוא הערעור, למעשה אימץ כב' השופט קמא את עמדת המערערת בסוגיה זו. היות והערעור דכאן הוגש רק על ידי המדינה - אין מקום לבחון טענות לגבי עצם ההחלטה להורות על הפעלת המאסר המותנה, שניתן היה להעלות במסגרת ערעור שכנגד מטעם המשיב לגבי נושא זה (וכאשר לגבי השאלה העקרונית נפנה לע"פ 7510/00 **במנוקלר נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 258).

שאלה נוספת ונפרדת היא, האם מן הראוי היה להורות על כך שהמאסר המותנה יופעל בחפיפה מלאה למאסר שנגזר בתיק הנוכחי.

הוראות סעיף 58 לחוק העונשין קובעות 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 שיירשמו, ששתי התקופות כולן או מקצתן יהיו חופפות".

במקרה הנוכחי דומה כי אין בגזר הדין טעמים מיוחדים לחפיפה המלאה, ואם ניתן לקרוא בין השורות של גזר הדין שאותם טעמים הינם נטילת האחריות, הרצון להשתקם והמצב הפסיכיאטרי, אזי שאין בכך די. לא נוכל לקבל את עמדת כבוד השופט קמא בדבר החפיפה המלאה בין המאסר שנגזר על המשיב בתיק הנוכחי לבין המאסר המותנה שהופעל, ללא הנמקה, ובמיוחד שחפיפה מלאה שכזו, המתווספת לחפיפה אליה התייחסנו לעיל, מניבה תוצאה לפיה אין כל משמעות לעונש המאסר המותנה שהושת על המשיב בגזר הדין הקודם.

סיכום - לאור כל האמור לעיל, מצאנו קושי מסוים הן בכל הנוגע לחפיפה החלקית בין המאסר בגין התיק הקודם לבין המאסר הנוכחי והן בנוגע לחפיפה המלאה בין המאסר הנוכחי לבין המאסר המותנה שהופעל, וסבורים אנו שיש מקום להתערב בעונש שהוטל - הגם שההלכה הינה כי התערבות של ערכאת הערעור ברף הענישה תעשה רק במקרים חריגים (ע"פ 1242/97 **גרינברג נ' מדינת ישראל** (3.2.1998), ע"פ 1694/08 **זוהר נ' מדינת ישראל** (14.1.2009), ע"פ 8704/08 **הייב נ' מדינת ישראל** (23.4.2009)).

עם זאת, היות ודרכה של ערכאת הערעור אינה למצות את הדין עם הנאשם - מצאנו לקבל את הערעור רק בחלקו ולהורות כי המשיב ירצה בפועל עונש של 15 חודשים בגין התיק הנוכחי ובגין המאסר המותנה שיופעל (ולא 6 חודשים) אשר יצטרפו לעונש אותו הוא מרצה כעת, באופן הבא:



המשיב ירצה בגין העבירות בהן הורשע בתיק הנוכחי שנים עשר (12) חודשי מאסר.

המאסר המותנה שניתן בתיק הקודם (ת.פ. 11466-05-12 בבית משפט השלום בתל אביב) יופעל בחפיפה חלקית, כך שששה (6) חודשים ירוצו במצטבר וששה (6) ירוצו בחופף. כך, סך הכל ירצה הנאשם שמונה עשר (18) חודשי מאסר.

חמישה עשר (15) חודשים מתוכם ירוצו במצטבר לעונש המאסר אותו הוא מרצה כעת, אשר נגזר עליו בתיק הקודם (ת.פ. 11466-05-12 בבית משפט השלום בתל אביב), והיתרה - בחופף.

משמע, שלאחר שיסיים המשיב לרצות את המאסר בו הוא שווה כיום מכח התיק הקודם, ירצה מאסר נוסף של חמישה עשר (15) חודשים.

יתר חלקי גזר דינו של בית משפט קמא, לרבות עונש המאסר המותנה שגזר בית משפט קמא, יישארו בעינם ללא שינוי.

הערה לאחר סיום -

באשר לטיעונים שהועלו לגבי ההתנהלות לפני הודאתו של המשיב בעבירות בהן עסקין, נבקש להעיר כי אין בפנינו נתונים ברורים לגבי הדברים שנאמרו, ונזכיר כי באות כוחן של המערערת ושל המשיב, אשר הופיעו בערעור, לא נכחו בדיונים בבית המשפט קמא והדברים נמסרו "מכלי שני". לכן, אין מקום או אפשרות להרחיב את הדיון בהקשר זה, בהעדר תשתית, ובוודאי שלא לבסס על הדברים טענת הסתמכות מצד המשיב. בנושא זה נסתפק בכך שנפנה לדברים שנאמרו במסגרת רע"פ 523/13 **דזנשילי נ' מ"י** (25.8.15), בכל הנוגע להתנהלות דומה לזו הנטענת, שם ציין כב' השופט מלצר (בסעיף 41 לפסק דינו), כי קיימת "אי נוחות" לאור הפגמים שנפלו בניהול ההליך הקודם, כאשר כב' השופט קמא הודיע לנאשם דשם מה צפוי להיות עונשו עוד טרם שמיעת הטיעונים לעונש; לדברים שציין שכב' השופט עמית (בסעיף 2 לפסק דינו), באשר לכך שיש להימנע מפרקטיקה לפיה השופט מודיע לצדדים מהי יהא העונש הצפוי במקרה והנאשם יודה (במובחן ממעורבות מסוימת בגיבוש הסדר טיעון או הצעה לעניין העונש); ואף לדברים שהוסיפה כב' השופטת ברק-ארז, באשר לכך שאל לו לבית המשפט להודיע לצדדים באופן חד צדדי, עובר לגיבושו של הסדר הטיעון, מהו העונש שיהיה צפוי לנאשם.

**ניתן היום, ט"ז חשוון
תשע"ו, 29 אוקטובר
2015, במעמד הצדדים
ובאי כוחם.
רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]**

תמר נאות פרי, שופטת

**בטינה טאובר,
שופטת**