



עפ"ת 25366/03/16 - בן (חיים) ברבי - נוכח נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 25366-03-16 ברבי נ' מדינת ישראל 22 יוני 2017

פ"ל 1489-04-14

לפני כב' השופט רענן בן-יוסף

המערער

בן (חיים) ברבי - נוכח
ע"י ב"כ עו"ד אורן חקון

נגד

המשיבה

מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד ג'נט דודג'

פסק דין

1. בראשיתם של הליכים ביום 13.03.16 לפני למעלה מ-15 חודשים הגיש המערער ערעור על גזר דינו של בית משפט לתעבורה בתל אביב-יפו [כב' השופט ד. סעדון]. בגזר הדין הוטל עליו, בין היתר, לרצות עונש מאסר בעבודות שירות של שלושה חודשים ופסילה בפועל מלנהוג למשך 35 חודשים.

הערעור הוא על חומרת העונש שהטיל בית משפט קמא.

2. בית המשפט בערכאה הנוכחית דחה הדיון בישיבתו הראשונה בערעור כבר ביום 31.03.16, לקבלת תסקיר שירות מבחן. כך נעשה מתוך כוונה לבחון האם אכן עבר המערער הליך שיקומי המצדיק הקלה בעונשו. התברר שבשל חוסר שיתוף פעולה מלא מצד המערער ולאחר קבלת מספר תסקירים בישיבות רבות ובצד היעדר שיתוף פעולה מלא של המערער עם הממונה על עבודות השירות נאלץ סנגורו של המערער לחזור בו מן הערעור בישיבת יום 16.02.17.

3. בישיבה זו עתר ב"כ המדינה לדחיית הערעור "ולהשית על המערער עונש מאסר". בית המשפט הפנה בהחלטתו את הצדדים לקושי הנובע מכך שאין בפניו חוות דעת ממנה עדכנית ולכן יהיה צורך להורות על מאסר ממש מאחורי סורג ובריא על המערער ובהינתן סעיף 217 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982 (להלן: "חסד"פ") ופסיקתו של בית המשפט העליון בהקשרו, נשאלת השאלה, מה היא תקופת המאסר בפועל שיש להטיל על הנאשם חלף שלושת חודשי עבודות השירות שפסק בית משפט קמא.

4. בישיבת יום 08.06.17 טענו ב"כ הצדדים לסוגיה שהונחה בפניהם:

ב"כ המדינה תוך הפניה לרע"פ 9961/06 טבגה ישעיהו נ' מדינת ישראל (04.02.06) ורע"פ 642/14 לאוניד יצחקוב נ' מדינת ישראל (10.03.14) סבורה שאין בהוראה לבצע מאסר מאחורי סורג ובריא החמרה בעונש שהרי



"כלל נקוט בידינו כי עבודות השירות הן דרך לריצוי של מאסר בפועל, ואין בגדר אמצעי ענישה אחר" (פרשת **טבגה**) ולכן על בית המשפט להורות כי המערער ירצה שלושה חודשי מאסר בפועל ממש.

ההגנה תוך הפניה לפסיקה כגון רע"פ 2930/03, **עזריאל רינגורט נ' מדינת ישראל** (20.12.05), רע"פ 2226/07, **עסא מוראד נ' מדינת ישראל** (29.03.07) ואחרים, סבורה שעונש מאסר מאחורי סורג ובריה כבד מעונש מאסר בעבודות שירות ביחס של שלוש לאחד בהינתן 8 שעות עבודה בעבודות השירות לעומת 24 שעות שהייה מאחורי כתלי בית הסוהר.

בע"פ 2618/17, **אילן כהן נ' מדינת ישראל** (23.03.17) התבטא בית המשפט העליון תוך דחיית בקשת עיכוב ביצוע עונש מאסר בלשון זו:

"המערער הורשע בבית משפט השלום לתעבורה בירושלים ונגזרו עליו שישה חודשי מאסר שירוצו על דרך עבודות שירות. המדינה ערערה לבית המשפט המחוזי, ולאחר דחיות אין סוף והתליית הליכים בשל אי התייצבות המערער, נעצר המערער, הובא לדין לפני בית המשפט ופסק הדין בעניינו ניתן. עונשו הוחמר לשישה חודשי מאסר בפועל...."

5. אכן עסקין בשאלה נכבדה, אך מתברר כי בנקודה זו בית המשפט פוסע בשדה חרוש והתלם עוסק, אמנם בסוגיה הפוכה עובדתית, אך זהה משפטית ואפנה לרע"פ 483/14, **דוד אמסלם נ' מדינת ישראל** (15.07.14) ודנ"פ 5214/14, **דוד אמסלם נ' מדינת ישראל** (29.07.14).

ברע"פ 483/14 בדונו בסוגיות הניצבות בעניינו אומר בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"כידוע, לא בנקל ייעתר בית משפט זה לבקשה למתן רשות ערעור. הלכה היא מלפנינו, כי רשות ערעור תינתן רק במקרים שבהם מתעוררת שאלה משפטית רחבת היקף, או סוגיה בעלת חשיבות ציבורית, וכן במקרים חריגים ביותר בהם קיים חשש לחוסר צדק או לעיוות דין כלפי המבקש (ר"ע 103/82 חנין חיפה בע"מ נ' מצת אור בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982); רע"פ 3021/14 ספיר נ' מדינת ישראל (13.05.14); רע"פ 2263/13 אבגי נ' מדינת ישראל (28.04.14))."

לטענת המבקש, עניינו מעורר שאלה משפטית עקרונית אשר מצדיקה מתן רשות ערעור. השאלה אותה מעלה המבקש, היא האם במקום שלא הוגש ערעור על קולת העונש, רשאית ערכאת הערעור להמיר עונש מאסר מאחורי סורג ובריה בעבודות שירות, תוך הארכת תקופת המאסר. נקודת המוצא לדין בשאלה זו, מצויה בסעיפים 213 ו-217 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי). סעיף 213 מעניק סמכויות רחבות לערכאת הערעור בפלילים, כדלהלן:

"(1) לקבל את הערעור, כולו או מקצתו, ולשנות את פסק הדין של הערכאה הקודמת או לבטלו וליתן אחר במקומו, או להחזיר את המשפט עם הוראות לערכאה



הקודמת;

לדחות את הערעור;

(3) ליתן בקשר לפסק הדין כל החלטה אחרת שהערכאה הקודמת הייתה מוסמכת לתתה" (ראו גם סעיפים 215, 216 ו-220 לחוק סדר הדין הפלילי).

לצד זאת, סעיף 217 לחוק סדר הדין הפלילי מגביל את שיקול דעתו של בית המשפט של ערעור, ומורה כי "בית המשפט לא יגדיל עונש שהוטל על נאשם, אלא אם הוגש ערעור על קולת העונש". בדנ"פ 8086/01 אייזן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 625 (2005), נקבע כי תכליתו העיקרית של הסעיף היא "להגן על הנאשם שלא יחשוש לערער על הרשעתו ועל העונש שנגזר עליו, שמא יצא נפסד ועונשו יוחמר" (פסקה 22 לפסק-דינו של המשנה לנשיא מ' חשין). תכלית נוספת "עניינה בצורך להבטיח כי בעניינו של הנאשם יתקיים הליך אדברסרי הוגן וצודק", ונאמר, בהקשר זה, כי תחושת הצדק נפגעת במקרים בהם בית המשפט מחמיר עם הנאשם, מבלי שהוגש ערעור על קולת העונש (פסקה 29 לפסק-דינו של השופט א' מצא).

על הקשיים העשויים להתעורר בפרשנות סעיף 217 לחוק סדר הדין הפלילי, עמד י' קדמי בספרו על סדר הדין בפלילים, חלק שלישי, בעמ' 1927 (מהדורת תשס"ט-2009): "החוק נוקט בהקשר זה לשון של 'הגדלת' העונש ולא 'החמרתו'. כאשר המדובר ב'הגדלה' של סוג עונש מסוים לא מתעוררות בעיות בהקשר זה. ברם, כאשר המדובר בהחלפת סוגי עונש אלו באלו מתעוררות בהקשר זה בעיות קשות, כגון: האם קנס בשיעור מרבי הינו עונש 'גדול' יותר מאשר מאסר ליום אחד; האם מאסר על תנאי לתקופה ממושכת הינו עונש 'גדול' יותר מאשר מאסר בפועל לתקופה קצרה"

לעיון בהחלטות שניתנו בסוגיות אלה ראו, בין היתר: ע"פ 10549/06 פלוני נ' מדינת ישראל (07.03.07); רע"פ 2226/07 מוראד נ' מדינת ישראל (29.03.07); רע"פ 2930/03 רינגורט נ' מדינת ישראל (20.12.05); וכן, ראו מחלוקת שנתגלעה בין שופטי בית המשפט המחוזי בחיפה במסגרת ע"פ 2682/02 קובליוב נ' מדינת ישראל (02.01.03).

המרת עונש מאסר מאחורי סורג וברית, בעונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות, מהווה הלכה למעשה, הקלה באופן ריצוי העונש. השאלה העומדת לדיון היא, האם ערכאת הערעור רשאית להאריך את תקופת המאסר, לצד ההקלה באופן ריצוי העונש, נוכח באמור בסעיף 217 לחוק סדר הדין הפלילי. לשאלה זו יש פנים לכאן ולכאן.

מחד גיסא, ניתן לטעון, כי אין דין כליאה בבית האסורים כדין ביצוע עבודות שירות, גם אם לתקופה ממושכת יותר. עוצמת הפגיעה בחירות היא שונה במובהק, כאשר מדובר בכליאה מאחורי סורג וברית, ואין צורך להאריך בהסבר. בשל כך, לא מעט נאשמים מעדיפים כי יושת עליהם עונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות, גם אם הוא ארוך יותר במשכו, מאשר לרצות עונש מאסר בפועל. כך למשל, עונש של 5 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות, עשוי להיתפס כעונש קל יותר מאשר עונש של 4 חודשי מאסר בפועל (ע"פ 6902/12 פלוני נ' מדינת ישראל (18.03.13) (להלן: "עניין פלוני")).

מאידך גיסא, יש רגליים לגישה לפיה מבחינה משפטית גרידא, עבודות שירות אינן אלא דרך ריצוי עונש מאסר בפועל ומדובר באותו סוג עונש (סעיפים 51א-51ב לחוק העיונישין;



וראו, למשל, רע"פ 9961/06 טבגה נ' מדינת ישראל (04.12.06)). הדבר מתבטא, בין היתר, באפשרות להמיר את עבודות השירות במאסר לריצוי בפועל, במידה שהנאשם אינו ממלא את חובותיו בביצוע עבודות השירות (סעיף 51ט לחוק העונשין). כמו כן, במקרים בהם נגזר על נאשם לרצות מאסר בדרך של עבודות שירות, "בכפוף לחוות דעת הממונה", ובהמשך מתברר כי חוות הדעת היא שלילית, נשלח הנאשם לרצות את מלוא תקופת המאסר מאחורי סורג ובריה (רע"פ 642/14 יצקוב נ' מדינת ישראל (10.03.14)). הדין איננו מכיר ב-"יחס המרה" כלשהו בין מאסר ממש לבין מאסר בדרך של עבודות שירות, באופן אשר עשוי לבטא את ההבדל הקיים בין אופני ריצוי עונש המאסר. הדיון בסוגיה זו מעורר שאלות נוספות, ובהן השאלה האם הגדלת העונש מבחנת מתוך נקודת מבט סובייקטיבית, כלומר בעיני הנאשם הספציפי, או לפי אמת מידה אובייקטיבית המשותפת לכלל הנאשמים (ראו, בהקשר זה, עניין אייזן, בפסקה 25 לפסק-דינו של השופט א' מצא)."

6. נראה אפוא שבית המשפט העליון נטה לקבל את הגישה על פיה המרת עונש מאסר מאחורי סורג ובריה, בעונש מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות מהווה הלכה למעשה, הקלה באופן ריצוי המאסר.

דהיינו, אף בית המשפט העליון סובר שהמרת מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות במאסר ממש מהווה הלכה למעשה החמרה בעונש ולא ניתן לעשות כן לאור הוראת סעיף 217 לחסד"פ.

7. הנני סבור שהלכה זאת אף מתיישבת היטב עם הנקבע בסעיף 34. כא לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 בדבר פרשנות דין פלילי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

8. לעמדת שונה מצבו של הנאשם שמצבו המשפטי ביחס לעונש המאסר שונה עקב ערעורו, ממצבו של מי שמועבר מביצוע עבודות שירות עקב הפסקה מנהלית (סעיף 51ט' או משפטית (51.י' לחוק) משפטו במקרים אלה הסתיים, נגזר עליו העונש וגזר הדין שם כבר חלוט, לא כך המצב שבפנינו.

9. סעיף 51ב(ב)(1) ו-(2) כפי שתוקן בתיקון מס' 102 לחוק העונשין, תוקן גם כדי למנוע מצב שבית משפט יעמוד בפני דילמה ותקלה בגזירת הדין, טרם ידיעתו אם הנאשם יבצע עבודות שירות אם לאו, שמא ייתן עונש שלא התכוון לתת ויעמוד בפני מצב מוגמר. תיקון זה מצביע על כך שהפירוש שניתן כאן הוא הנכון ומתיישב עם גישת המחוקק.

10. נותר לדון ביחס ההמרה הראוי שבין מאסר למאסר בעבודות שירות.

בעניין **אמסלם** נקבע יחס של שני חודשי מאסר בעבודות שירות כשווה לחודש מאסר אחרי סורגים (בבית המשפט המחוזי). לעמדתי היחס שהציע סנגורו של הנאשם הולם יותר - 8 שעות עבודה ביום בהן מוגבלת חירותו של עובד



השירות מתמטית הן שליש משעות היום בו מוגבלת חירותו של האסיר בבית הסוהר.

ההגבלות הנוספות החלות על עבודות השירות אחרי שעות העבודה מתקזזות אל מול שהות מאחורי סורג ובריח לעומת שהייה בתנאי חירות, ומול ימי השבת שבהם אין עובדים, אך שוהים מאחורי סורג ובריח.

11. הנני אפוא קובע ופוסק שערעורו של המערער על העונש נדחה. במקום שלושה חודשי מאסר בעבודות שירות ירצה חודש ימי מאסר בפועל ממש.

כמובן שאין שינוי ברכיבי עונש אחרים שהטיל בית משפט קמא.

12. לאחר כתיבת פסק דין זה הגיש ב"כ המערער פסק דין בע"פ 25366-03-16, רוני קייט נ' מדינת ישראל (21.09.16), אשר תומך בגישתי המפורטת לעיל, אם כי לא למידת יחס ההמרה - שמצאתי כהולמת.

13. המערער יתייצב לריצוי מאסרו בבית"ר "ניצן" ביום **06.08.17** שעה **10:00** או על-פי החלטת שב"ס כשברשותו תעודת זהות או דרכון. ניתן לתאם את הכניסה למאסר, כולל אפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס, טלפונים 08-9787336, 08-9787377.

14. הנני מורה על צו עיכוב יציאה מהארץ של המערער, ואם ברשותו דרכון - יפקידו.

כן יחתום על ערבות עצמית של 50,000 ₪ וערבות צד ג' של ערב שיאושר ע"י המזכירות ע"ס של 20,000 ₪. הערב צד ג' יכול ותהיה אשתו, הגב' נוזיק צפי פניה, ת.ז. 66522830.

ניתן והודע היום, כ"ט סיוון התשע"ז, 22/6/2017, במעמד הצדדים.

רענן בן-יוסף, שופט