



עפ"ת 50247/07/22 - חמזה פלש נגד מדינת ישראל

בית המשפט המחוזי בנצרת בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 50247-07-22 פלש(עציר) נ' מדינת ישראל
תיק חיצוני: 493725/2021

מספר בקשה: 1

בפני כבוד השופט אסף זגורי
מבקש
נגד
משיב
החלטה

חמזה פלש (עציר)

מדינת ישראל

על הפרק: האם יש להורות על עיכוב ביצוע גזר דין שניתן כנגד המבקש לאור ערעור שהגיש על פסק הדין ובו טענות לחזרתו מהסדר טיעון (בגדרו הודה במיוחס לו) בשל פרשנות שגויה מטעמו את הוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין התשל"ז - 1977?

הרקע הרלבנטי:

1. כנגד המערער הוגש ביולי 2021 כתב אישום לבית המשפט לתעבורה המייחס לו בין היתר עבירה של נהיגה ללא רישיון נהיגה, שנעברה 16/7/2021 עת היה הנאשם מתחת לגיל 21 שנים.
2. עוד בטרם החל משפטו של המערער בבית המשפט לתעבורה נעצר ביום 8/2/2022 בגין תיק פלילי אחר שמספרו 40670-02-22 שיכונה להלן "**התיק הראשון**".
3. ביום 29/5/2022 נידון המערער בתיק הראשון ונגזר עליו במסגרת הסדר טיעון שאושר מאסר בפועל של 9 חודשים בניכוי ימי מעצרו מיום 8/2/2022 ועד ליום גזר הדין (כאשר העונש כלל הפעלת 2 מאסרים מותנים).
4. ביום 8/6/2022 כארבעה חודשים לאחר התחלת ריצוי העונש בתיק הראשון הגיע המערער להסדר טיעון בהליך מושא הערעור בגדרו הגיעו הצדדים להסדר טיעון לעניין העונש והוסכם כי יוטל עליו עונש של 8 חודשי מאסר. בית המשפט קמא כיבד הסכמת הצדדים ואישר הסדר הטיעון. בגזר הדין לא הייתה התייחסות לעונש המאסר בגין התיק הראשון.
5. המערער, אשר לטענתו הסכים להסדר בהסכמה בהסתמך על הוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין התשל"ז - 1977 לפיו בהיעדר קביעה אחרת ירצה רק את העונש הארוך שהוטל עליו מבין העונשים, פנה לשב"ס לחישוב



תקופת מאסרו וביום 23/6/22 נענה כי חישוב תקופת המאסר השני יחול מיום גזר הדין השני כך שרק יתרת המאסר הראשון תהיה בחופף ולכן עליו לרצות בסה"כ שנת מאסר החל מיום 8/2/2022.

6. המערער סבר כי החלטת שב"ס שגויה והגיש עתירת אסיר (עת"א 63674-06-22) שנדחתה על ידי בית המשפט המחוזי בחיפה ביום 19/7/22 ולכן בחר להגיש ערעור במסגרתו עותר לביטול פסק דינו של בית משפט קמא והחזרת הדיון לשלב ההקראה.

נימוקי הבקשה:

7. בפי המערער 2 נימוקים לערעור: האחד כי הוא לא היה עדיין בגיל 21 שנים במועד ביצוע העבירה ועל כן קיימת חובת תסקיר שירות מבחן שלא קוימה והשני, שערך את הסדר הטיעון על יסוד טעות, עת סבר על בסיס הסבר וייעוץ של בא כוחו כי לאחר שיאושר ההסדר הטיעון לא יהיה עליו לשאת בעונש מאסר נוסף לזה בן 9 חודשים שכבר מרצה. בהקשר אחרון זה, המבקש סבר עת הודה במסגרת הסדר הטיעון, כי תקופת המאסר הארוכה יותר היא בתיק מושא הערעור (8 חודשי מאסר) כאשר מועד ריצויה מתחיל ממועד מתן גזר הדין ולא ממועד סיום ריצויו המאסר בהליך הראשון. בפועל החפיפה בין המאסרים החלה רק מיום ביצוע המאסר בגין גזר הדין בתיק מושא הערעור.

8. בבקשת עיכוב הביצוע טען המערער כי סיכויי הערעור טובים מאוד להתקבל לאור נימוקיו וכי אם לא יעוכב העונש ייגרם לו נזק בלתי הפיך שכן אם הערעור יתקבל לא ניתן יהיה להשיב הגלגל חזרה.

9. היום התקיים בפניי דיון במעמד הצדדים, בו חזר המבקש על טענותיו והוסיף וטען כי ההסדר נעשה מחמת טעות בפרשנות סעיף 45 (ב). עוד צוין כי המערער לא היה בן 21 במועד ביצוע העבירה ויש לאפשר לו לנהל את ההליך מחדש ולהזמין תסקיר שירות המבחן. ב"כ המבקש טען כי לבית משפט קמא אין סמכות לבטל את גזר דינו. לעמדת ב"כ המבקש, נגזר על המבקש עונש בלתי סביר וככל והיו מבקשים תסקיר התיק היה מסתיים בעבודות שירות. אולם מאחר שסבר כי לא יתווסף למבקש עוד יום מאסר אחד הציע לו לקבל הסדר הטיעון.

10. לעמדת המדינה, במסגרת ההליך מושא הערעור, הוסכם על הסדר סגור וכעולה מפרוטוקול הדיון בבית משפט קמא לא הועלו טענות ביחס לנשיאת העונש במצטבר או בחופף וראוי היה לעלות טענות אלו שם. נטען כי ההנחה הברורה היא שבית משפט קמא מודע היה לעובדה כי בפניו נידון אסיר ובית משפט קמא יכל לקבוע כי העונש יבוצע בחופף ולא נעשה כך. צוין כי טענות בדבר כדאיות ההסכם אינם מהווים נימוק לביטול פסק דינו של בית משפט קמא ובעיקר לאור עברו הפלילי העשיר של המבקש, כך שההסדר ראוי מבחינה עונשית. ביחס להיעדר תסקיר ניתן כי גם כך לא היה בתסקיר כדי להועיל שכן המבקש היה אסיר בגין עבירה אחרת ואין לו כל אופק שיקומי בנקודת הזמן ההיא, כך שיש להבדיל בין הפגם לבין תוצאת הפגם. אכן הזמנת תסקיר הינה הוראת חוק קוגנטית, אולם לא נגרם למבקש עיוות דין.



דין והכרעה:

11. לאחר עיון בהודעת הערעור ובבקשה לעיכוב ביצוע, באתי לכלל דעה כי דין הבקשה להידחות.
12. כידוע, הכלל הוא שהנאשם יחל לרצות את עונשו מיד לאחר מתן גזר הדין בעניינו. הגשת ערעור אינה מצדיקה כשלעצמה, את עיכוב הביצוע ועל הנאשם מוטל הנטל לשכנע כי הטעמים התומכים בעיכוב ביצוע העונש גוברים על האינטרס הציבורי שבביצוע המידי (ראו למשל: ע"פ 151/21 פלוני נ' מדינת ישראל (פסקה 9, 19/1/2021); ע"פ 3853/17 פלוני נ' מדינת ישראל (פסקה 5, 23/5/2017)).
13. בפסיקה נקבע כי "הנטל על המבקש את עיכוב ביצוע עונש המאסר לשכנע את בית-המשפט שבנסיבות המקרה נסוג האינטרס הציבורי בביצוע מידי של עונש המאסר מפני האינטרסים הנוספים המעורבים בסוגיה" (ע"פ 111/99 שוורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 283 (2000)).
14. באשר לשיקולים שיש להביאם בחשבון בדיון בבקשת עיכוב ביצוע עונש מאסר נקבע כי יש לשקול את חומרת העבירה ונסיבות ביצועה; משך תקופה המאסר שנגזרה; סיכויי הערעור; עברו הפלילי של המבקש והתנהגותו במהלך המשפט, ובתוך כך אם היה משוחרר בערובה ולא הפר את התנאים המגבילים; נסיבותיו האישיות; ואם הערעור מופנה נגד הכרעת הדין או שמא אך נגד גזר הדין (ראו ע"פ 5829/21 פאינה קירשנבאום נ' מדינת ישראל (נבו 19/10/2021) והאסמכתאות שצוינו שם).
15. במקרה שלפניי במועד מתן גזר הדין בבית משפט קמא לא העלה המבקש טענות לעניין אופן ריצוי העונש או לגבי אפשרות של חפיפה בין העונשים. נראה כי המבקש הסתמך על פרשנות של סעיף 45(ב) ככזו שתהיה לטובתו ומשנקבע אחרת, וככל הנראה בניסיון למקצה שיפורים, עותר הוא לביטול גזר הדין ואף הכרעת הדין, כדי לשוב לנקודת מעמד ההקראה. אין בכך כדי להצדיק עיכוב ביצוע העונש ובפרט כאשר במעמד מתן גזר הדין היה המבקש אסיר וארחיב בכך בהמשך.
16. מבלי לקבוע מסמרות בעניין, הרי שלנוכח הסדר הטיעון הסגור, גם סיכויי הערעור אינם נחזים להיות גבוהים. עיקר הערעור מתבסס על הטיעון של בקשת המערער לחזור בו מהסדר טיעון. כידוע, במסגרת הסדר הטיעון הודה המערער במיוחס לו.
17. חזרה של נאשם מהודייתו מוסדרת בסעיף 153 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982, המורה כך:

"(א) הודה הנאשם בעובדה, אם בהודיה שבכתב לפני המשפט ואם במהלך המשפט, רשאי הוא בכל שלב של המשפט לחזור בו מן ההודיה, כולה או מקצתה, אם הרשה זאת בית המשפט מנימוקים מיוחדים שיירשמו.
(ב) התיר בית המשפט לנאשם לחזור בו מהודייתו אחרי הכרעת הדין, יבטל בית



המשפט את הכרעת הדין במידה שיסודה בהודיית הנאשם ויחדש את הדין אם הדבר מתחייב מן הנסיבות".

18. ראשית, אני מוצא קושי בשלב הדיוני בו מבקש המערער לחזור בו מההודיה. הלכה פסוקה היא כי את הבקשה לחזרה מהודיה יש להגיש בפני הערכאה בפניה מתנהל ההליך. הדבר עולה הן מסעיף החוק המדבר על "בית המשפט" שבפניו הודה הנאשם והן מהפסיקה (ראו ע"פ 6349/11 **גנס שניידר (נשימוב) נ' מדינת ישראל** (10/6/2013)). טוען ב"כ המערער כי ההליך בבימ"ש קמא הסתיים ולכן אין לו מנוס אלא מלעשות כן בהליך הערעור.
19. השאלה המכרעת היא הסיבה לבקשת הנאשם לחזור בו מהודאתו, הינו "מבחן המניע", היינו האם מדובר ברצון כן ואמיתי להוכיח את חפותו, או שמא מדובר בתכסיס, קרי באקט טקטי, שנועד להשיג רווח דיוני-משפטי (ראו רע"פ 2292/08 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (30.09.2009)). בהתאם, וכדי "לפרק" את מבחן המניע לגורמיו, התגבשו בפסיקה עקרונות מנחים לגבי מצבים בהם יתאפשר לנאשם לחזור בו מהודאתו, המבוססים על "צמתים דיוניים" שונים של ההליך הפלילי. מבחן העיתוי איננו אלא כלי עזר משפטי, לצורך הכרעה במבחן המניע.
20. על כן לעיתוי ולשלב הדיוני שבו נאשם מבקש לחזור בו מהודיה שנערכה במסגרת הסדר טיעון יש משמעות מכרעת ביחס לאופן שבו יתייחס לכך בית המשפט (ראו: ע"פ 6349/11 **שניידר (נשימוב) נ' מדינת ישראל** (10.6.2013) פסקה 17)).
21. ככל שעיתוי החזרה מההודאה הוא מאוחר יותר, כך מתגבר החשש כי מדובר בהודאה שלא נפל בה פגם ממשי והיא מתבקשת על ידי נאשם כפרי מהלך מניפולטיבי שנועד לשקלל לאחר מעשה ובדיעבד את הסיכויים והסיכונים שבמתן ההודיה במסגרת הסדר טיעון, לצורך הפיכת הקערה על פיה על פי התפתחות מהלכי המשפט (ראו רע"פ 2292/08 **אמסלם נ' מדינת ישראל** (30/9/2009)).
22. על כן, היתר לחזרה מן ההודיה לאחר גזר הדין, יינתן רק במקרים נדירים, שכן "מתן פתח רחב לנאשמים להתחרט על הודייתם עלול להוביל לתוצאה בלתי רצויה, שבה נאשמים יודו לאחר שבאי כוחם יסבירו להם כי כך יהיו צפויים לעונשים פחותים, ולאחר מתן גזר הדין, ישקלו האם כדאי לחזור בהם מהודייתם" (ראו ע"פ 10518/06 **בטאט מירון נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (29.3.2007)). החשש מתוצאה בלתי רצויה זו אף גובר מקום בו הודיית הנאשם ניתנה במסגרת הסדר טיעון, המשקף את ה"תן וקח" שהצדדים הסכימו עליו בגדרו. מתן אפשרות בלתי מוגבלת לנאשם לחזור בו מהודייתו לאחר שנגזר דינו, אינה רצויה כל עיקר, "שאם לא כן הסכמתם של נאשמים להסדרי טיעון תהא למעשה מותנית בחומרת העונש שמוטל עליהם בדיעבד" (ראו: ע"פ 5622/03 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(4) 145). ברי, כי "אפשרות תמרון" זו אינה משרתת את טובת הציבור ואת דרישות הצדק" (ראו: ע"פ 945/85 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד מא(2) 572, 579).
23. ביחס לחזרה מהודיה בתקופה שלאחר מתן גזר הדין (לרבות בשלב הערעור), ההלכה היא כי כדי שתענה בקשת



נאשם לחזור בו מהודאתו, עליו להוכיח את התקיימותן של **נסיבות חריגות במיוחד**, כגון (ואין מדובר ברשימה סגורה): אי-הבנתו את משמעות הודאתו, או את משמעות הסדר הטיעון (בין היתר, על רקע של היעדר ייצוג משפטי); היעדר אזהרה כי בית המשפט איננו חייב לכבד את הסדר הטיעון; הפרת אמונים מצד סנגורו, או כל כשל אחר בייצוג ועוד.

24. אם נחזור לסיכויי הערעור, הרי שמדובר בשלב מתקדם בהליך ובנסיבות אלה מתעורר החשש כי כל רצונו של המערער הינו להפיק רווח טקטי, לדחות את "רוע הגזירה", ואולי אף לחתור להשגת מתווה עונשי נוח יותר. הסדר הטיעון בתיק מושא הערעור הינו הסדר "סגור", ללא טיעון גמיש לעונש ומכאן שהמערער ידע היטב מה יהיה עונשו ולכן ונוכח ההלכות שנקבעו בקשר להתערבות בית המשפט בהסדרים כגון אלה, הרי שהסיכוי שבית המשפט יתערב בהסדר הינו קלוש ביותר.

25. למעלה מן הדרוש אציין כי גם הטיעון כי מדובר בייעוץ משפטי שגוי מוקשה בעיני בנסיבות והדבר דומה יותר "לטעות בכדאיות העסקה" (בהשאלה מדיני חוזים) עת הסכים המערער להסדר טיעון **ללא שהוא עצמו מעלה מיוזמתו** טענה לעניין היותו אסיר ובקשה לקבוע שהעונש ירוצה בחופף לעונש בהליך הראשון ותוך הסבת תשומת לב בית משפט קמא להוראת סעיף 45(ב) לחוק העונשין התשל"ז - 1977. המערער למעשה נטל על עצמו את הסיכון שלאחר שיאושר הסדר הטיעון תתקבל פרשנותו את סעיף 45(ב) לחוק העונשין על ידי שב"ס.

26. אלא שלפי פסק הדין שניתן בעתירת אסיר מטעם המערער עת"א 63674-06-22 מיום 19/7/22 היה אמור לכאורה ב"כ המערער לדעת כי בנסיבות עניין זה מועד ריצוי המאסר בתיק מושא הערעור הוא ממועד גזר הדין **שכן לא נאמר אחרת בגזר הדין** ולכן רק מאותו מועד נוצרה החפיפה החלקית בין המאסר בתיק הראשון לבין זה שבתיק מושא הערעור ובטרם מתן גזר הדין בתיק הנוסף לא הייתה ולא יכולה הייתה להיות כל חפיפה בין שני עונשי המאסר (עמ' 4 פסקה שלישית לפסק הדין של בית המשפט המחוזי בחיפה לעיל).

27. גם הטענה כי יש להורות על ביטול הסדר הטיעון וגזר הדין, מוקשית בעיני. סעיף 38(א) לחוק העונשין התשל"ז - 1977 קובע כי בית המשפט לא יטיל עונש מאסר שלא על תנאי אלא לאחר קבלת תסקיר לפי סעיף 37. סעיף 38(ב) מוסיף כי שר המשפטים רשאי לסייג מדי פעם תחולת סעיף קטן(א) לפי סוגי בתי המשפט, לפי עבירות, לפי גיל הנאשמים או לפי כל סיווג אחר. שר המשפטים אכן עשה שימוש בסמכותו זו ובאכרזת דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן) התשכ"ד - 1964 צומצמו המקרים בהם עריכת תסקיר תהא בגדר חובה (ראו ע"פ 3472/11 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (13/7/2006)) כאשר בין השאר נקבע בסעיף 1(1) לאכרזה שאין חובה לבקש תסקיר מבחן כאשר מדובר בנאשם שביום ביצוע העבירה מלאו לו 21 שנה.

28. המערער במקרה זה הוא יליד 17/10/2000. מועד ביצוע העבירה של נהיגה ברכב ללא ביטוח או רישיון הוא 16/7/2021 ואכן במועד זה טרם מלאו לו 21 שנים.

29. השאלה היא האם מדובר בהוראת חוק קוגנטית או דיספוזיטיבית. המערער טוען כי היא קוגנטית (וכך גם טענה



המשיבה), ברם אין פסיקה חד משמעית בנושא זה והיו גם מקרים שנקבע כי בשל העובדה שמדובר בכלי שנועד לשמש את ההגנה במסגרת טיעונים לעונש, היא רשאית לוותר עליו בבחינת היות מכשיר זה דיספוזיטיבי (ראו למשל : ת"פ (קריות) 38848-03-10 **מדינת ישראל נ' אבו עוביד** (27/3/2011)). כן אני מוצא קושי בטיעון שלא הוזמן תסקיר מקום **שהמערער עצמו לא ביקש זאת בפני בימ"ש קמא** (ראו התייחסות דומה בע"פ 7707/11 **מוחמד לחאם נ' מדינת ישראל** (29/7/2015)). במקרים אחרים לא בוטלו גזרי דין בשל אי הזמנת תסקיר לפי האכרזה לעיל (ראו ע"פ 2584/07 **מחמוד אגבריה נ' מדינת ישראל** (23/12/2007)) ואף לא עוכב ביצוע גזר דין מקום שלא הוכח כי בשל אי הזמנת תסקיר לפי האכרזה נגרם עיוות דין לנאשם וכאשר מדובר בנאשם שכבר ריצה עונש מאסר ולא עתר להזמנת תסקיר בטיעונים לעונש בפני הערכאה הדיונית (ראו ע"פ 3197/07 **וואהבי עיאת נ' מדינת ישראל** (1/5/2007) פסקה 4 לפסק דינה של השופטת חיות כתוארה אז)).

30. במקרה שלפניי המערער עצמו טוען שהיה אסיר בעת מתן גזר הדין. בנוסף מדובר היה בהסדר טיעון סגור גם מבחינת עונש המאסר. המערער עצמו לא ביקש להזמין תסקיר מבחן, על כן לא ברור כיצד הזמנת תסקיר שירות המבחן הייתה אמורה להביא לשינוי בתוצאת גזר הדין מושא הערעור. המערער אף לא הצביע בערעורו על עיוות דין כלשהו שנגרם לו בשל כך אלא רק טען כי מדובר בהפרת הסדר חוקי קוגנטי. עוד יש לציין את התכלית הגלומה במתן תסקיר ובאופיו השיקומי כאשר בנסיבות נראה כי בהיעדר אופק שיקומי עת המבקש היה כבר אסיר, נדמה כי לא היה טעם בהזמנת התסקיר, רק לשם הזמנתו וללא תכלית. בנסיבות אלו לא היה מועיל למבקש ולא ברור מה התועלת שהיה בו.

31. המערער שלפניי ממילא מצוי במאסר עד אוגוסט 2022 בגין התיק הראשון. המערער הורשע מספר פעמים בעבירות של נהיגה ללא רישיון (מעולם לא הוציא רישיון). זאת עושה המערער הן כשהוא רוכב על אופנוע (התיק הראשון) והן כשהוא נוהג ברכב (התיק מושא הערעור) לא נראה כי בקרב המערער יש מורא מפני החוק והתנהלותו מסכנת את הציבור. מדובר בנאשם שריצה מאסר גם בעקבות עבירות נוספות (שוד בנסיבות מחמירות והחזקת סמים לצריכה עצמית).

32. אגב דברים אלה, כי גם ללא ההרשעה והמאסר שנגזר בהליך הנוכחי, היה אמור המערער לרצות עונש מאסר בן 9 חודשים. ב"כ המערער טוען כי לאחר התחשבות בניכוי שליש ומנהלי השחרור אמור היה להיעשות במהלך אוגוסט 2022.

33. מפאת כל הנסיבות שלפניי אני מוצא כי סיכויי הערעור נמוכים במיוחד ואינטרס הציבור גובר על האינטרס הפרטי של הנאשם ומצדיק את דחיית בקשת עיכוב הביצוע וכך אני מורה. אין בכל אלה כדי לחסום את המערער מלעתור להקדמת מועד הדיון בתיק העיקרי ככל שימצא לנכון וככל שיעמוד על ערעורו חרף האמור לעיל.

המזכירות תמציא לצדדים.

ניתנה היום, כ"ז תמוז תשפ"ב, 26 יולי 2022, בהעדר הצדדים.

