



ת"פ 15838/02/13 - מדינת ישראל נגד דודו בוטראשוילי

בית המשפט המחוזי בבאר שבע

ת"פ 15838-02-13 מדינת ישראל נ' בוטראשוילי
תיק חיצוני: 1140/13

בפני כבוד השופט אלון אינפלד
מאשימה מדינת ישראל
נגד ע"י ב"כ עו"ד מירי ויינשטיין, פמ"ד
נאשם דודו בוטראשוילי
ע"י ב"כ עו"ד יניב שגב

החלטה

מה דינו של עובד שירות, שלאחר שנמצא כשיר, ולאחר מתן גזר הדין, ניתנה בעניינו חוות דעת לפיה אינו "מתאים" לעבודות שירות, עקב קיומם של איומים עליו, המסכנים אותו ואת סביבתו? האם לכפות על הממונה לאתר עבורו עבודת שירות על מנת לקיים את ההסדר, על אף חוות הדעת אודות הסכנה? האם להורות אוטומטית על ריצוי יתרת המאסר מאחורי סורג ובריח? או שמא יש לגזור את דינו לעונש חדש, נוכח שינוי הנסיבות?

רקע עובדתי

1. במסגרת הסדר טיעון, הודה הנאשם בכתב אישום מתוקן, בו יוחסה לו העבירה של קשירת קשר למעשים אסורים לפי סעיף 500 לחוק העונשין תשל"ז-1977 (להלן **חוק העונשין**). על פי כתב האישום המתוקן, הנאשם חבר לעובד דואר, בניסיון להוציא חבילה מהדואר, שלא בדרך הרגילה, כדי שלא תיבדק תכולתה, בכוונה להעבירה לאחרים. הנאשם פנה לעובד הדואר, אותו הכיר, וביקשו להוציא את החבילה מהדואר, וכך עשה אותו עובד. המדובר בחבילה אשר הכילה סם מסוכן, אולם לנאשם לא מיוחסת ידיעה אודות התכולה, והוא לא הורשע בכל עבירה על פקודת הסמים.
2. בהתאם להסדר הטיעון, ביום 18.2.15, נידון הנאשם לשישה חודשי מאסר בפועל (בניכוי ימי מעצרו), לריצוי בעבודות שירות. זאת, לאחר שניתנה חוות דעתו של הממונה על עבודות השירות, לפי סעיף 51ב(1) לחוק העונשין, לפיה "המועמד מתאים לעבודות שירות".
3. בתאריך 10.5.15 התייצב הנאשם לתחילת עבודות השירות במתנ"ס, כשהוא מלווה באדם נוסף. אדם, אשר לטענת הממונה היה "מאבטח אישי" של הנאשם, ולטענת הנאשם בבית המשפט היה "נהג" שלו. מכל מקום, בעקבות אירוע זה, החליט הממונה להפסיק את עבודות השירות של הנאשם, לשם בירור העניין מול משטרת



ישראל.

4. ביום 12.8.15 (לאחר שפנייה מוקדמת יותר לא נקלטה במזכירות), פנה הממונה לבית המשפט, בבקשה לשנות את גזר הדין בעניין הנאשם. זאת, בהתאם לסעיף 51(א1)(2) לחוק העונשין. לבקשה זו צורפה חוות דעת מטעם משטרת ישראל, לפיה מתנגדת המשטרה להעסקתו בעבודות שירות. נמסר, כי קיים מידע המצביע על היות הנאשם קשור לסכסוך בין כנופיות, בו היו אירועי אלימות בעבר. ההערכה היא, כי שיבוצו בעבודות שירות יסכן את בטחונו ואת בטחון הציבור.
5. בדיון שהתקיים ביום 17.9.15, ניתנה החלטת ביניים, לפיה על הממונה לחזור ולנסות לאתר מקום בו יוכל הנאשם לעבוד, על מנת לקיים את פסק הדין כפי שהסכימו הצדדים במקור. מקום בו הסכנה פחותה, כגון מקום בו אין קבלת קהל, או מקום שהוא מאובטח מטבעו, כתחנת משטרה.
6. בדיון המשך, שהתקיים בתאריך 26.10.15, התברר כי הממונה עומד על דעתו, לפיה הנאשם אינו מתאים לשאת מאסר בעבודות שירות, בכל מקום שהוא. זאת, נוכח העמדה התקיפה של משטרת ישראל, לפיה הדבר מסכן אותו ואת הציבור. הוגשו גם חוות דעת עדכניות של הממונה ושל משטרת ישראל.
7. הממונה **בחוות דעת מפורטת** הסביר מדוע, לדעתו, לא ניתן לאתר מקום לעבודות שירות. הוסבר כי רוב מקומות העבודה, באזור מגורי הנאשם, הם מוסדות אשר מטבעם מבקר בהם קהל רב (כגון מתנ"סים), או ששואה בהם אוכלוסייה מוחלשת מטבעה (כגון מקום תעסוקה לבעלי מוגבלות). כן נמסר, שנוכח טיב המידע המודיעיני, אין גם מקום להעסקתו במשטרה או באגפים המנהליים של שב"ס. לדעת הממונה, נוכח הסיכון, הנאשם כלל אינו ראוי לבוא בשערי עבודות השירות, אפילו במקום בו אין מגע רב עם הקהל (כגון מועצות דתיות) ואין מדובר בשאלה של "השמה". הממונה בחוות דעתו הפנה לכך שהחוק תוקן בעקבות מתן פסק הדין בע"פ 779/08 **מוסלי נ' מדינת ישראל** (מיום 1.4.09, להלן: **הלכת מוסלי**). לשיטתו, לאחר התיקון, יש להבחין בין שאלת ההתאמה לעבודות שירות לבין השאלה בדבר מקום ההשמה.
8. בדיון העלו ב"כ הצדדים טיעונים לגבי המשמעות המשפטית של המצב שנוצר, בשאלה האם בסמכות בית המשפט לשנות את פסק הדין, ואם ראוי לעשות כן נוכח הסדר הטיעון והנסיבות. לאחר הדיון, השלימו הצדדים את טיעוניהם בכתב.

טענות הצדדים

9. המדינה טוענת כי בעת הטיעון לעונש והדיון בחוות הדעת המקורית, לפי סעיף 51ב(א) לחוק העונשין, לא היה המידע לפני הממונה ולפני בית המשפט. מידע, שנתקבל מאוחר יותר בחוות הדעת מטעם משטרת ישראל. על כן, קמה עילה לשימוש בסעיף 51(א1)(2) לחוק העונשין, לשינוי גזר דין. התובעת הדגישה כי, לדעתה, אין זה סביר לדרוש מהמדינה להעמיד את הציבור בסיכון, על ידי כך שהנאשם ישהה במקום עבודות שירות כלשהו. אף אין זה סביר, מבחינת היחסים בין הממונה לבין המעסיקים, להעמיד מעסיק בסיכון או במצב בו יצטרך להזהיר את הציבור כי אדם המסכן את סביבתו, נמצא במקום העבודה.
10. לגוף העונש, טוענת המאשימה כי הסדר הטיעון לקח בחשבון את האופציה שבה לא יאשר הממונה לנאשם מאסר בעבודות שירות, והתוצאה היא מאסר. שכן, מדובר היה ברכיב עונשי מותנה, כעולה מסעיף 2 להסדר הטיעון "את יתרת תקופת המאסר יוכל הנאשם לרצות בעבודות שירות אם הממונה ימצא אותו מתאים לכך"



(ההדגשה נוספה). בהקשר זה הדגישה התובעת כי המדינה ערכה את הסדר הטיעון בתום לב, מבלי לדעת כי הנאשם אינו מתאים. אף הממונה, אשר מצא את הנאשם מתאים בשלב הראשון, לא היה מודע לקיומו של הסיכון. בנסיבות אלה, לשיטת המדינה, יש לחזור להסדר הטיעון, לפי החלופה לפיה הנאשם אינו מתאים לעבודות השירות, וכך לגזור עליו 6 חודשי מאסר מאחורי סורג ובריח.

11. מנגד טענת הסנגור היא שמועד הערעור חלף. לפיכך, לשיטת הסנגור, אין לבית המשפט סמכות לשנות את גזר הדין שכבר ניתן.

12. כן נטען כי, במסגרת חו"ד הממונה המקורית, אשר מצאה את הנאשם כשיר, היה על המדינה והממונה לדעת כי הנאשם נפצע בעת פעילות פלילית שכוונה כנגד אחר. שכן, האירוע התרחש כ- 3 חודשים טרם להגשת חוות הדעת, פציעת הנאשם הביאה לדחיות במתן חוות דעת הממונה, ואף הוצגו לממונה המסמכים הרפואיים הקשורים לאירוע.

13. במישור העובדתי, הסנגור טען כי אותו אדם, אשר ליווה את הנאשם לעבודות השירות, אינו מאבטח, אלא נהג. נהג, לו נדרש הנאשם בהיותו פסול לנהיגה. נטען עוד, כי ככל שיחויב הנאשם לבצע עבודות שירות, יתייצב הנאשם לבדו לביצוע העבודות, ולא יביא עמו כל אדם נוסף.

14. לבסוף טוען הסנגור כי לא נעשו מאמצים מספיקים על ידי הממונה למצוא מקום עבודה לנאשם. הסנגור ביקש מבית המשפט להורות לממונה לחזור ולאתר מקום עבודה הולם. זאת, כפי שנקבע על ידי בית המשפט בהחלטתו המקורית מיום 17.9.15, וברוח הלכת מוסלי.

15. נמצא כי **השאלות הטעונות הכרעה** הן: מהי סמכות בית המשפט לפי סעיף 51(א1) (2) לחוק, אם קיים בנסיבות העניין יסוד לחשש סביר לפגיעה בנאשם או באחר, אם מועד הגעת המידע לממונה ולבית המשפט משפיע על ההחלטה וכן מהו מעמד ההסדר אשר נחתם ע"י הצדדים, כאשר הנאשם כבר הורשע לפי הודאתו בהתאם להסדר זה.

סמכות בית המשפט

16. סמכות בית המשפט לפי סעיף 51(א1)(2) היא ברורה. כאשר, ניתנת דעת של גורם מוסמך" אשר לא הייתה "בידיעת הממונה בעת הדיון לפי סעיף 51(א) אשר מעיד על "יסוד סביר לחשש לפגיעה בגופו או בחייו של אדם, לרבות בנאשם עצמו, אם יישא הנאשם את עונש המאסר בעבודות שירות", רשאי בית המשפט "לאחר שנתן לנאשם אפשרות לטעון את טענותיו, לגזור על הנאשם עונש אחר". משמע, אין ממש בטענת הסנגור שאין סמכות לשנות מגזר הדין בשלב זה, אף על פי שגזר הדין "חלוט" זה מכבר.

17. הממונה הסביר, כי עד לקבלת חוות דעת המשטרה, שניתנה בעקבות אותו אירוע ביום תחילת העבודות, לא היה בידיו מידע כי ישנו יסוד סביר לחשש לחיי אדם. אף בידי בית המשפט לא היה קיים המידע. לפיכך, לכאורה מתקיימים תנאי הסעיף וקמה הסמכות.

18. הצדדים לא הפנו לתקדימים בשאלת הסמכות. אולם, מתברר ששאלה דומה עלתה לפני בית משפט השלום ברמלה. שם, בכמה החלטות, הזדמן לכב' השופטת שרון קיסר להסביר את ההיגיון החקיקתי העומד מאחורי התיקון לחוק. כך, במסגרת ת"פ 1623-06-12 **מדינת ישראל נ' אלעוברה** (מיום 10.7.11) מתואר ההליך בוועדת הכנסת "חוק, חוקה ומשפט" בדיונם על תיקון 101 לחוק העונשין בו הוצג סעיף 51(א1)(2). השופטת



קיסר הסבירה: "מעיון בפרוטוקולים של הוועדה עולה, כי כוונת המחוקק בעת חקיקתו את סעיף זה הייתה ליתן לבית המשפט סמכות להפסיק את עבודות השירות ולהטיל על הנאשם עונש אחר, אם מצא בית המשפט כי קיימת סכנה לפגיעה בגופו או בחייו של הנאשם, ללא קשר לעצם ביצוע עבודות השירות. שכן, אם קיים חשש לפגיעה בגופו או בחייו של הנאשם או של אדם, עלול הדבר לסכן את בטחון מעסיקו ואת שלומם של אנשים הנמצאים בסביבת העבודה הקרובה לו. מהדיונים עולה, כי הסכנה לא צריכה לנבוע מכך שהנאשם עובד בעבודות השירות, אלא מכך שאם ינסו לפגוע בו, עלול להיפגע מכך אדם הנמצא בסמוך לו."

19. אם כן, לשון החוק וכוונת המחוקק מלמדים על קיומה של סמכות, כאמור.

קיום יסוד סביר לחשש

20. לחוות הדעת של הממונה, מצורפת חוות דעת המשטרה המבוססת על מידע המרוכז ע"י רכז מודיעין. לפי חוות הדעת, נוכח המידע המודיעיני המלמד כי בהעסקת הנאשם יש סיכון לביטחון הציבור. על פי נוסח החוק, די ב"יסוד סביר לחשש לפגיעה..." מהחלטה הנ"ל בעניין **אלעזבירה** וכן מהחלטה אחרת של כבוד השופטת קיסר (בת"פ (רמלה) 2721/07 **מדינת ישראל נ' שעבאן** (מיום 26.3.11)), עולה כי מההיסטוריה החקיקתית ניתן ללמוד שניסוח זה של המחוקק, המסתפק ב"יסוד סביר לחשש", היה מודע. זאת, תוך דחיית הצעות ניסוח לרף ראייתי גבוה יותר. משמע, די בחשש סביר לחיי הנאשם או אחרים, בעת ביצוע העבודות, כדי להפסיקן (וראו גם ת"פ (ראשל"צ) 15286-05-19 **מדינת ישראל נ' עזמי** (מיום 1.8.13)).

21. ודוק, המחוקק במודע התמודד עם הלכת **מוסלי** הנ"ל, תוך הבהרת הדין, העומד בניגוד לדעתו של כב' השופט ג'ובראן בפרשת **מוסלי**. זאת, למרות שבשאלה המשפטית העקרונית, להבדיל מהיישום לאותו מקרה, הצטרף כב' השופט מלצר לעמדת כב' השופטת פרוקצ'יה, לפיה הייתה סמכות לממונה לשקול עניין זה, עוד לפני התיקון לחוק. מכל מקום, המחוקק קבע רף סיכון שאינו גבוה במיוחד, שדי בו כדי לאפשר לממונה לפנות לבית המשפט בבקשה לגזור הדין באופן אחר.

22. בענייננו, מצוין בחוות דעת המשטרה כי הנאשם מזוהה עם ארגון פשיעה מוכר. עוד מצוין, כי בין הכנופיה לה משויך הנאשם לבין כנופיה אחרת קיים סכסוך אשר בעטיו נעשו מעשי אלימות, תוך שימוש באמצעי לחימה. כן נמסר, כי הנאשם עצמו נפגע באירוע כזה. **די בכך כדי לקיים יסוד סביר לחשש, לפגיעה בנאשם עצמו או באנשים סביבו.**

23. הממונה מפרט את שיקוליו. הוא מסביר מדוע רוב מקומות העבודה אינם מתאימים על פניהם, ומדוע הוא סבור שלא יהיה זה נכון לקבל הנאשם לעבודה, אפילו במקום בו קבלת הקהל מועטה, כמו במועצה הדתית. עמדת הממונה היא לכאורה סבירה, בנסיבות העניין. ניתן לומר כי ידיעה שיפוטית היא כי מלחמות בין כנופיות מקימות סכנה כללית לציבור, וכי אף אם הנאשם מוכן לסכן עצמו, על ידי שהייה במקום של עבודות שירות, לא יהיה זה נכון לסכן אחרים הנדרשים לשהות בקרבתו.

24. נוכח השינוי בדין, יש להבחין בין מקרה זה לבין עניינו של **מוסלי**. אז, נגזר הדין למאסר, ואפשרות עבודות השירות הייתה נבחנת רק לאחר מכן. כך, שהתוצאה של ביטול אפשרות עבודות השירות, הייתה בהכרח מאסר בפועל. לא כך הוא היום, כאשר עבודות השירות נבחנות לפני גזר הדין, ובמקרה כמו שלנו, לאחר ביטול אפשרות ריצוי העונש בעבודות שירות, חוזרת שאלת העונש לשלב מתן גזר הדין. אמנם נכון, שייתכן שבית



המשפט יורה מחדש על מאסר, והפעם מאחורי סורג וברית, אך לא בהכרח תהיה זו התוצאה. מכל מקום, מוסמך בית המשפט גם לקצר את תקופת המאסר במידה משמעותית, נוכח השינוי באופן ריצוי העונש, כדי להגיע לענישה שוות ערך לענישה אליה כיוונו הצדדים בהסדר הטיעון. מישור נוסף בו שונה הדין היום מפרשת **מוסלי**, הוא שאפילו לשיטת מי שסבר באותה עת כי רשאי הממונה לקחת בחשבון את שאלת בטחון הציבור, מדובר היה בשיקול שאינו מפורש בחוק. ממילא, מרחב שיקול הדעת של הממונה, לא היה רחב כמו שהוא היום, נוכח נוסחו החדש של החוק.

25. סיכומו של דבר, חוות הדעת המשטרית אכן מלמדת על חשש מוחשי לביטחון הציבור. חוות דעת הממונה, לפיה הנאשם אינו מתאים לעבודות שירות, סבירה בנסיבות העניין. לפיכך, אין מקום לחייב הממונה לקבל הנאשם לעבודות שירות, מקום שהוא סבור שיש בדבר סכנה לציבור.

טענות לעניין שיקול הדעת

26. המדינה לא הפריכה את טענת הסנגור, לפיה מסתבר כי המידע המודיעיני היה בידי המשטרה עוד טרם מתן חוות הדעת הראשונה של הממונה על עבודות השירות. יתרה מזו, בשים לב לכך שהנאשם נפצע באירוע אלימות, לפני שנבדק על ידי הממונה, לכאורה צריך היה חשדו של הממונה להתעורר, ולפנות ולקבל חוות משטרית כבר מראש, וכך למנוע מתן חוות דעת חיובית ערב מתן גזר הדין. יש גם מקום לטענה כי הפרקליטות עצמה הייתה צריכה לדעת מראש כי תתכן בעיה לעניין עבודות השירות, ולא להיכנס להסדר טיעון, אשר במרכזו עבודות שירות. **אצפה לקבל מידע מפורט יותר מטעם המדינה בעניין זה, במועד הטיעון לעונש, בטרם ייקבעו כל קביעות בעניין זה.** אולם, יש להדגיש היטב, כי אפילו בהנחה כי יש פגם בהתנהלות המדינה, אין בעצם קיומו של פגם, כאמור, כדי להביא למסקנה לפיה יש לחייב המדינה לקיים עבודות שירות, בהתקיים חשש לפיקוח נפש. לפיכך, **מקומה של טענת נאשם בדבר מחדל, וטענת המדינה המסבירה או מקטינה את המחדל, במסגרת הטיעון החדש לעונש. אין מקום לקבוע מסמרות בעניין זה מראש.** זאת, מבלי לגרוע מהטענה האפשרית מנגד, לפיה גם הנאשם היה צריך לצפות למצב זה. טענה, שעליה הסנגור יצטרך להשיב.

27. טוען ב"כ הנאשם כי "כוונתם המובהקת של הצדדים הייתה שלא ירצה עונש מאחורי סורג וברית". יחד עם זאת, לכאורה לא היה זה תנאי להסדר. הוסכם על מאסר, ואפשרות ביצוע עבודות השירות הותנתה ההסדר היה מותנה באישור הממונה, כפי שהצביעה התובעת. טענות דומות עלו גם בעניין **מוסלי** והשופט ג'ובראן כותב כך: "בשולי הדברים יצוין עם זאת, כי טענותיו של המערער לעניין כך שהסכמתו על הסדר הטיעון בעניינו נבעה מהסתמכות לכאורה על כך שיבצע את עונשו בעבודות שירות, אינה יכולה לעמוד. כלל ידוע הוא כי בית המשפט אינו כבול בעניין העונש להסדר הטיעון, ומפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי אף עולה כי המערער נשאל על כך ואישר כי הוא יודע זאת. למעלה מכך, נקבע כבר פעמים רבות, כי אף אם קבע בית המשפט כי עונשו של נידון ירוצה בעבודות שירות טרם שנתקבלה חוות דעת הממונה בעניין רואים קביעה זו כעומדת "בכפוף לקבלת חוות הדעת הנדרשת". עם זאת, כאמור לעיל, הדין השתנה מאז **מוסלי**, ואין נאשמים עומדים עוד לפני גזר דין, מבלי לדעת אם הם מתאימים לעבודות שירות אם לאו. **דומה, כי אף טענות אלה, בדבר פירוש של הסדר הטיעון, ומשמעותו במצב החדש שנוצר, מקומן בטיעוני הצדדים לעונש ואין לקבוע בהן מסמרות עתה.**

28. יוער כי, לכאורה, ישנה סתירה פנימית בעמדת המדינה. שכן, מצד אחד מבקשת המדינה לגזור מחדש את עונשו של הנאשם לפי סעיף 51(א1)(2) לחוק העונשין, היינו להטיל עונש "אחר". מצד שני, מבקשת המדינה כי



"יתרת המאסר" תרוצה מאחורי סורג ובריח, כאילו אין טיעון מחדש לעונש. לפיכך מובהר, שאף שבקשת הממונה לגזור עונש אחר מתקבלת, אין משמעות הדבר כי "יתרת המאסר" עדיין קיימת וטעונה ריצוי. להפך, ככל שמוטל עונש אחר, לכאורה יש לבחון אם ראוי כי עונש זה יהיה מאסר בפועל, ואם כן למשך איזו תקופה. הכול, בכפוף לשיקולים שפורטו לעיל, בשים לב לכוונת הצדדים בהסדר הטיעון, ובנתון לכל שיקול אחר, אשר הצדדים ימצאו לנכון להביא לפני בית המשפט.

התוצאה

29. נוכח כל האמור, מתקבלת בקשת הממונה להפסיק את ריצוי המאסר בעבודות שירות ולגזור על הנאשם עונש אחר. זאת, לאחר שהובהר שלא ניתן להורות על מאסר בדרך של עבודות שירות, כפי שהתכוונו הצדדים, נוכח חוות הדעת המשטרית.

30. המאסר בעבודות שירות מופסק. **"העונש האחר" ייקבע לאחר שהצדדים יטענו לעניין העונש הראוי בנסיבות שנוצרו.**

31. בהחלטה מיום 26.10.15 נאמר כי החלטה זו תינתן במעמד הצדדים, אולם מכיוון שההחלטה זו משמעה קיום טיעון מחדש, ומכיוון שראוי לאפשר לצדדים להיערך לכך, נחתמת החלטה זו בהעדר הצדדים, ונשלחת מראש.

32. **הצדדים** יערכו לטעון לעונש מחדש במועד שנקבע - 24.12.15 שעה 10:00.

המזכירות תעביר עותק החלטה זו לב"כ הצדדים.

הסנגור יודיע התוכן לנאשם.

ניתנה היום, ח' טבת תשע"ו, 20 דצמבר 2015, בהעדר הצדדים.