



ע"פ 2204/22 - מחמד אל הייב נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פלייט

ע"פ 2204/22

לפני:
כבוד המשנה לנשיאה ע' פוגלמן
כבוד השופט נ' סולברג
כבוד השופט י' כשר

המערער: מחמד אל הייב

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת
מיום 20.2.2022 בת"פ 54820-01-20 שניתן על-ידי
כבוד השופטת י' שיטריט

תאריך הישיבה: כ"ו בתמוז התשפ"ב (25.7.2022)

בשם המערער: עו"ד מורן כרמון; עו"ד נג'מה הייב

בשם המשיבה: עו"ד עילית מידן

פסק-דין

השופט נ' סולברג:

1. ערעור על גזר הדין של בית המשפט המחוזי בנצרת, מיום 20.2.2022, בת"פ 54820-01-20 (השופטת י' שיטריט), שבו נגזרו על המערער, מחמד אל הייב, 15 חודשי מאסר לריצוי בפועל, ועונשים נלווים.



עיקרי כתב האישום והכרעת הדין

2. על-פי עובדות כתב האישום המתוקן, ביום 15.2.2019, בעקבות סכסוך בין המתלוננת לבין אחד מקרובי משפחתו של מחמד, הצית מי מבני משפחתו, בסיועו, את כלי הרכב של המתלוננת ושל בעלה. כמו כן, סייע מחמד לבני משפחתו לירות לעבר כלי הרכב, שחנו בחניית ביתה של המתלוננת.

3. במהלך הדיון במשפט, ולאחר הליך גישור, הגיעו הצדדים להסדר טיעון, שלפיו הודה מחמד במיוחס לו בכתב האישום המתוקן, והורשע בביצוע עבירה של סיוע לירי מנשק חם, עבירה לפי סעיף 340(ב)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק, או חוק העונשין), בצירוף סעיף 31 לחוק; ועבירה של סיוע להצתה, עבירה לפי סעיף 228(א) רישא, בצירוף סעיף 31 לחוק. עוד הוסכם במסגרת הסדר הטיעון, כי הצדדים יעתרו במשותף לכך שהעונש שיוטל על מחמד יעמוד על 15 חודשי מאסר בפועל, ומאסר על-תנאי לפי שיקול דעת בית המשפט, וכי בנוסף לעונש המאסר, תעתור המשיבה לחיובו של מחמד בתשלום קנס, ואילו מחמד מצדו, יעתור לכך שתוטל עליו התחייבות כספית, חלף הקנס.

גזר הדין

4. ביום 20.2.2022, גזר בית המשפט המחוזי את דינו של מחמד. תחילה עמד בית המשפט המחוזי על השיקולים השונים הצריכים לעניין; הן נסיבות ביצוע העבירות, הן נסיבות חייו של מחמד. בסופו של דבר, השית בית המשפט המחוזי על מחמד את העונשים הבאים:

"15 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו [...].

12 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שהנאשם לא יעבור תוך תקופה של שנתיים כל עבירה בנשק מסוג פשע, או כל עבירת רכוש מסוג פשע או כל עבירת אלימות מסוג פשע ויורשע בגין אחת מאלה.

6 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שהנאשם לא יעבור בתוך תקופה של שנתיים כל עבירה בנשק מסוג עוון, או כל עבירת רכוש מסוג עוון או כל עבירת אלימות מסוג עוון לרבות איום ויורשע בגין אחת מאלה.

3 חודשי מאסר על תנאי והתנאי הוא שהנאשם לא יעבור תוך תקופה של שנתיים עבירה של ירי מנשק חם.

אני מחייבת את הנאשם בחתימה על התחייבות כספית בסך 5,000 ₪ או 25 ימי מאסר תמורתה להימנע במשך שנתיים מלעבור כל עבירה בנשק, או כל עבירת אלימות מסוג פשע או כל עבירת רכוש מסוג פשע.

5. לאחר שניתן גזר הדין, הצהיר מחמד כדברים האלה: "אני מצהיר כי אני מתחייב להימנע מביצוע עבירה, כפי גזר הדין שהוטל עליי היום".



תמצית טענות הצדדים

6. מחמד אינו מבקש להשיג על עונש המאסר בפועל שנגזר עליו; ערעורו מופנה כלפי שניים מרכיבי הענישה הנלווים. השגה אחת, עקרונית, בעניינה של ההתחייבות שבה חויב מחמד. באות-כוחו של מחמד סבורות כי פרשנותם של אותם 25 ימי מאסר, שהושטו עליו חלף ההתחייבות היא, כי אם יפר את ההתחייבות, ההתחייבות 'תופעל', והוא לא ישלם את סכום הכסף שנקבע על-פיה, או אז יאסר ל-25 ימים; הווי אומר: מאסר חלף סכום ההתחייבות. משזוהי הפרשנות שניתנה על-ידן לגזר הדין, טוענות באות-כוחו של מחמד, כי גזר הדין מעורר שאלה משפטית עקרונית, הנתונה במחלוקת בערכאות הדיוניות: מיהו בית המשפט המוסמך לגזור מאסר חלף סכום ההתחייבות, מקום שבו ההתחייבות מופרת? דעה אחת סבורה, כי בית המשפט הראשון, המצווה על ההתחייבות, הוא שרשאי לקבוע מאסר חלף סכום ההתחייבות. מנגד, נשמעה דעה חולקת, שלפיה בית המשפט השני, המפעיל את ההתחייבות, לאחר הפרתה, הוא אשר רשאי לקבוע מאסר חלף סכום ההתחייבות; לא בית המשפט הראשון. באות-כוחו של מחמד, מאמצות את העמדה השנייה, וטוענות כי יש לקבוע הלכה מחייבת, מפיו של בית משפט זה, שלפיה בית המשפט השני, המפעיל את ההתחייבות, הוא המוסמך להטיל מאסר חלף סכום ההתחייבות.

7. השגה נוספת, פרטנית, בפיו של מחמד, בעניינו של המאסר על-תנאי שנגזר עליו. לטענתו, הגדרתן של העבירות שנכללו בגדרו של אותו מאסר על-תנאי, רחבות יתר על המידה. הן אינן חופפות לסוגי העבירות שבהן הורשע, וחורגות מעיקרון ההלימה. עוד נטען, כי יש לתת משקל לחלקו המצומצם יחסית, במעשים בהם הורשע, וכך גם להתחייבותו להימנע מביצוע העבירות, שניתנה במקביל לעונש המאסר על-תנאי.

8. בדיון שנערך לפנינו, סברה באת-כוח המשיבה גם היא, כי שאלה משפטית עקרונית מונחת לפתחנו. לגופו של עניין, טענה באת-כוח המשיבה, כי בניגוד לנטען על-ידי באות-כוחו של מחמד, עמדת המשיבה היא, כי בית המשפט הראשון המצווה על ההתחייבות, הוא המוסמך להטיל מאסר חלף סכום ההתחייבות.

9. באשר לטענות הנוגעות להיקף פרישתו של המאסר על-תנאי, טענה ב"כ המשיבה, כי העבירות שבהן הורשע המערער, הן עבירות נשק, רכוש ואלימות במהותן. משכך, לא נפל פגם בגזר הדין של בית המשפט המחוזי, שהטיל על מחמד עונש מאסר על-תנאי, אם יעבור עבירת נשק, רכוש ואלימות כלשהי, מבלי לתחום זאת לעבירות הספציפיות שבהן הורשע.

דיון והכרעה

10. לאחר שנתתי דעתי על טענות הצדדים, בכתב ובעל-פה, באתי לכלל מסקנה כי דין הערעור, על שני רכיביו - להידחות, וכך אציע לחב"כ כי נעשה.

11. אפתח בעניינו של המאסר חלף סכום ההתחייבות: הן מחמד, הן המשיבה, תמימי-דעים כי הערעור מעורר שאלה עקרונית, שעניינה, מיהו בית המשפט המוסמך להטיל מאסר חלף סכום ההתחייבות. האם בית המשפט הראשון, המטיל את ההתחייבות, או שמא בית המשפט השני, המפעיל אותה? מחמת אותה שאלה עקרונית, יוצג מחמד בערעור, על-ידי הסנגוריה הציבורית הארצית. באות-כוחו של מחמד, פרשו לפנינו את השיקולים השונים, והציגו את הנימוקים התומכים בעמדתן. מנגד, באת-כוח המשיבה הציגה גם היא שיקולי מדיניות, ונימוקים פרשניים, התומכים דווקא בעמדתה-שלה. ברם, דומה כי הסנגוריה הציבורית מן העבר האחד, והמשיבה מן העבר השני, ברצונן לקדם הכרעה



במחלוקת העקרונית שנפלה ביניהן, 'רתמו את העגלה לפני הסוסים'. לגבי דידי, אותה סוגיה עקרונית, שלגביה טענו הצדדים בהרחבה, כלל אינה מתעוררת בידון דידן. ראוי להותירה אפוא לעת מצוא.

12. כמה מסעיפי חוק העונשין, רלבנטיים לענייננו: סעיף 72(א) לחוק העונשין, עוסק בנאשם שהורשע, הוטלה עליו התחייבות, והסעיף קובע כך: "בית משפט שהרשיע אדם רשאי, נוסף על העונש שהטיל, לצוות שהנידון ייתן התחייבות להימנע מעבירה בתוך תקופה שיקבע בית המשפט ושלא תעלה על שלוש שנים". סעיף 74 לחוק העונשין, שכותרתו "מאסר על אי מתן התחייבות", עניינו בנאשם, המסרב ליתן את ההתחייבות עצמה: "ציווה בית המשפט על אדם לפי סעיף 72 ליתן התחייבות להימנע מעבירה, רשאי בית המשפט לכפותו לציית לצו וליתן את ההתחייבות על ידי שיטיל עליו מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושה חדשים". סעיף 76 לחוק העונשין, נכנס לפעולה בשלב מאוחר יותר, לאחר שנאשם התחייב שלא לעבור עבירה נוספת, כפי שהורה בית המשפט, אך לא עמד בהתחייבות: "התחייב אדם לפי סעיף 72 להימנע מעבירה, ולאחר מכן בית משפט הרשיעו בעבירה שהתחייב להימנע ממנה או קבע כי הוא ביצע את העבירה כאמור אך לא הרשיעו, יצווה בית המשפט שהרשיע או שקבע כאמור, על תשלום סכום ההתחייבות; לא שולם סכום ההתחייבות, יהא דינו של סכום זה כדין קנס ויחולו עליו הוראות סעיפים 66 עד 70, ולענין התחייבות שהוטלה על אדם לפי סעיף 72(א) - גם הוראות סעיף 71". סעיף 71 לחוק העונשין, מאפשר להטיל על מי שחויב בתשלום קנס, ולא שילמו, מאסר חלף קנס.

13. מחמד, המיוצג כאמור על-ידי הסנגוריה הציבורית, והמשיבה, מתגוששים סביב פרשנותו הנכונה של סעיף 76 לחוק העונשין: מיהו בית המשפט שרשאי להפעיל את הוראות סעיף 71 לחוק העונשין, ולקבוע מאסר חלף סכום ההתחייבות. האם, כשיטת המשיבה, בית המשפט הראשון, שהורה על ההתחייבות, הוא שרשאי להורות כבר באותה עת, על הטלת מאסר חלף סכום ההתחייבות, ככל שהנאשם ישוב לסורו, יפר את ההתחייבות, ולא יעמוד בתשלום סכום התחייבות. או שמא, כשיטת הסנגוריה הציבורית, בית המשפט השני, ה'מפעיל' את ההתחייבות, לאחר שהנאשם לא עמד בתנאיה, הוא המוסמך להורות על מאסר חלף סכום ההתחייבות.

14. השאלה האמורה - שאלה נכבדה היא. אלא מאי? עניינו של מחמד כלל אינו מעורר את השאלה. בגזר הדין של בית המשפט המחוזי נקבע כך: "אני מחייבת את הנאשם בחתימה על התחייבות כספית בסך 5,000 ₪ או 25 ימי מאסר תמורתה להימנע במשך שנתיים מלעבור כל עבירה בנשק, או כל עבירת אלימות מסוג פשע או כל עבירת רכוש מסוג פשע" (ההדגשה הוספה - נ' ס'). כפי שציין חברי השופט י' כשר, במהלך הדיון בערעור, קריאה פשטנית של דברי בית המשפט המחוזי, מוליכה למסקנה כי אותם 25 ימי מאסר, לא נגזרו חלף סכום ההתחייבות. בית המשפט המחוזי, כלל לא נתן דעתו על מקרה בו מחמד לא יעמוד בדיבורו, יפר את התחייבותו, וימנע מלשלם את סכומה. כל שנקבע בגזר הדין הוא, כי אם מחמד יסרב להתחייב, כפי שהורה בית המשפט, הרי שהוא ירצה 25 ימי מאסר חלף ההתחייבות גופה. זאת, בהתאם להוראות של סעיף 74 לחוק העונשין. אילו פרשנות של הסנגוריה הציבורית, ושל המשיבה היתה נכונה, היה על בית המשפט המחוזי לנקוט בלשון 'תמורתו', שמשמעה תמורת סכום ההתחייבות, או לחלופין בלשון 'תמורתם', שמשמעה תמורת אותם 5,000 ₪ שנקבעו בהתחייבות. השימוש במונח 'תמורתה', בלשון נקיבה, מלמד כי ימי המאסר נקבעו תמורת ההתחייבות עצמה; לא תמורת סכום ההתחייבות.

15. אוסיף, כי עיון ב'תדפיס המידע הפלילי', בעניינו של מחמד, שהוגש על-ידי המשיבה, ומבוסס על מרשם המידע הפלילי, תומך גם הוא בפרשנות האמורה. בהתייחס לעונש שנגזר עליו בגזר הדין מושא הערעור, תחת הכותרת 'עונשים וצווים', נכתב, בין היתר, "צו התחייבות להימנע מעבירה בסך: 5000 שקל ישראלי חדש [...] תקופת מאסר אם לא יחתום: 25 ימים" (ההדגשה הוספה - נ' ס'). מרשם המידע הפלילי, הוא כלי-עזר אינפורמטיבי, אין באמור בו כדי לגבור



על מה שנקבע בגזר הדין גופו. עם זאת, יש בו כדי להוות אינדיקציה נוספת, בעת בחירת הפרשנות הנכונה שאותה יש ליתן לגזר הדין.

16. באות-כוחו של מחמד, היו ערות לכך שזוהי פרשנות אפשרית של דברי בית המשפט המחוזי. בנימוקי הערעור צוין, כי "למען שלמות התמונה, ולמעלה מן הצורך, נבקש להבחין את הסיטואציה בה עוסק סעיף 74 לחוק, מזו בה אנו עוסקים במקרה דנן. סעיף 74 מסמך את בית המשפט להטיל מאסר בגין אי-מתן התחייבות, והוא רלוונטי כאשר [הנאשם] נדרש ליתן את ההתחייבות במזכירות בית המשפט, ובנפרד ממתן גזר הדין. הוראת חוק זו אינה רלוונטית, כאשר כבר במעמד גזר הדין מצהיר [הנאשם] לפרוטוקול, כי הוא נותן את ההתחייבות, כפי שאירע במקרה זה". ברם, כבר במהלך הדיון בעל-פה, העיר חברי השופט י' כשר, כי "ספק אם בית המשפט קבע את מה שאתם אומרים שקבע, ומערערים עליו. ניתנה התחייבות לפני שהוקרא גזר הדין?! זה לא אפשרי". ואכן, עיון בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, מלמד כי רק לאחר מתן גזר הדין, הכולל בתוכו את ההוראה בדבר "התחייבות כספית בסך 5,000 ₪ או 25 ימי מאסר תמורתה", מסר מחמד את הצהרתו, שלפיה "אני מצהיר כי אני מתחייב להימנע מביצוע עבירה, כפי גזר הדין שהוטל עליי היום". משאלו הם פני הדברים, שוב אין טעם בהבחנה שאותה מבקשות באות-כוחו של מחמד לעשות, בין מקרה שבו ניתנה התחייבות סמוך לאחר מתן גזר הדין, לבין מקרה שבו ההתחייבות ניתנת לאחר מכן, במזכירות בית המשפט. בית המשפט אינו 'בוחן כליות ולב', אין ביכולתו להעריך מלכתחילה, האם נאשם יהיה מוכן ליתן התחייבות, לאחר שיינתן גזר הדין, או שמא יסרב לכך. אין תימה אפוא, כי בית המשפט הורה על סנקציה שתושט על מחמד, אם זה יסרב ליתן התחייבות לאחר שיינתן גזר הדין. הצהרתו של מחמד, גם אם ניתנה סמוך לאחר מתן גזר הדין, אין בה כדי להשפיע על השאלה האם נכון היה, אקס-אנטה, להטיל על מחמד סנקציה, אם וכאשר יסרב להצהיר כי הוא נותן את התחייבותו, בניגוד להוראת בית המשפט בגזר הדין.

17. מסקנתי היא אפוא, כי בית המשפט המחוזי לא גזר על מחמד 'מאסר חלף סכום ההתחייבות', כי אם מאסר חלף התחייבות גופה. ממילא, שוב אין מקום להכריע כאן באותה שאלה פרשנית, לגבי 'מאסר חלף סכום ההתחייבות'. לא למותר לציין, בשים לב לדברי חברי, השופט י' כשר, שהתשובה לשאלה, לגבי דידי-הן בדין הרצוי, הן בדין המצוי - אינה פשוטה. כבודה של השאלה במקומה מונח, וניתן להותירה לעת מצוא.

18. מכאן לחלקו השני של הערעור, המעלה שאלה פרשנית, הנוגעת לעניינו של מחמד. מחמד מבקש להשיג על היקף פרישתן הרחבה של העבירות, הנכללות בגדרו של המאסר על-תנאי שהושת עליו. גם בטענה זו לא מצאתי ממש. מחמד הורשע, על-פי הודעתו, בעבירות של סיוע לירי מנשק חם, וסיוע להצתה. בנסיבות אלו, הטלת עונש מאסר על-תנאי, בעבירות נשק או בעבירות רכוש ואלימות, היא צעד מתבקש. זאת בפרט, בהינתן נסיבות ביצוע העבירה: סכסוך שפרץ בין המתלוננת לבין קרוב משפחתו של מחמד. משכו של המאסר על-תנאי, שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי - מדורג ומדוד, ומושפע מחומרתה של העבירה שתבוצע, אם תבוצע, בהמשך. גם בהיבט זה, ניכר כי עונש המאסר על-תנאי - מידתי ומאוזן, ואינו מגלה עילה להתערבות בו.

19. יש לקוות כי מחמד יפיק את הלקחים הנדרשים, ויעמוד בדיבורו, כפי שהצהיר לפני בית המשפט המחוזי, עובר למתן גזר הדין: "אני טעייתי, לא הייתי צריך לנהוג ככה. אני בחיים לא אחזור על זה, אני רוצה לעבוד על עצמי ולהשתנות ולהשתקם". אם יתמיד בכך - הערעור כולו יהפוך תיאורטי. לא יהא צורך לממש את ההתחייבות שניתנה, ולא להפעיל את עונש המאסר על-תנאי.



20. אציע אפוא לחבכי, לדחות את הערעור, ולהותיר את גזר הדין של בית המשפט המחוזי על כנו.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה ע' פוגלמן:

אני מצטרף למסקנת חברי, השופט נ' סולברג, שלפיה דין הערעור על שני רכיביו להידחות.

אף אני סבור כי הסוגיה העקרונית לה טענו הצדדים אינה טעונה הכרעה בענייננו וניתן להותירה לעת מצוא.

המשנה לנשיאה

השופט י' כשר:

1. אני מסכים עם חברי השופט נ' סולברג כי בנסיבות העניין מוצדק לדחות את הערעור ולהותיר את גזר הדין של בית המשפט המחוזי על כנו.

2. אכן, השאלה העקרונית שבאות-כוחו של המערער טוענות שמתעוררת בענייננו - מיהו בית המשפט המוסמך לגזור מאסר חלף סכום ההתחייבות, מקום שבו ההתחייבות להימנע מעבירה מופרת - כלל אינה מתעוררת בנסיבות המקרה. זאת, שכן כפי שצינתי בפני הצדדים בדיון שנערך בפנינו, קריאת ההחלטה נושא הערעור, כמו גם עיון בפרוטוקול הדיון בבית המשפט המחוזי, מלמדים כי בית המשפט המחוזי לא גזר על המערער מאסר חלף סכום ההתחייבות, אלא מאסר למקרה שהמערער יסרב למתן ההתחייבות - בהתאם לסמכותו מכוח סעיף 74 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק או חוק העונשין).

3. יחד עם זאת, נוכח טענת הצדדים כי מדובר בשאלה משפטית עקרונית ואקטואלית, לאור גישה שאומצה ברשויות התביעה, מצאתי לנכון, למעלה מן הצורך, לפרט את דעתי בסוגיה זו.

כפי שאפרט להלן, לשיטתי, הן לשון הסעיפים הרלוונטיים בחוק העונשין והן תכליתם, מכתבות כי בית המשפט "השני", המפעיל את ההתחייבות לאחר הפרתה, הוא אשר מוסמך לקבוע מאסר חלף סכום ההתחייבות ולא בית המשפט "הראשון" המצווה על מתן ההתחייבות. להלן נימוקי.

4. בראש ובראשונה לדעתי כך עולה מלשונו הברורה של סעיף 76 לחוק העונשין, הקובע כדלקמן:

"התחייב אדם לפי סעיף 72 להימנע מעבירה, ולאחר מכן בית משפט הרשיעו בעבירה שהתחייב להימנע ממנה או קבע



כי הוא ביצע את העבירה כאמור אך לא הרשיעו, יצווה בית המשפט שהרשיע או שקבע כאמור, על תשלום סכום ההתחייבות; לא שולם סכום ההתחייבות, יהא דינו של סכום זה כדין קנס ויחולו עליו הוראות סעיפים 66 עד 70, ולענין התחייבות שהוטלה על אדם לפי סעיף 72(א) - גם הוראת סעיף 71.

5. לטעמי, לא יכול להיות ספק, כי "בית המשפט" בתיבה "ולאחר מכן בית המשפט הרשיעו בעבירה...", הינו בית המשפט "השני", שהרי עסקינן בבית המשפט אשר לאחר מתן ההתחייבות הרשיע בעבירה. בהתאם, גם ברי כי חלקו הראשון של הסעיף, כולו, לרבות התיבה "יצווה בית המשפט שהרשיע או שקבע כאמור", מתייחס אף הוא לבית המשפט "השני".

6. חלקו השני של סעיף 76 לחוק מתייחס למצב בו הופר הציווי שהוציא בית המשפט "השני" לתשלום סכום ההתחייבות. אירוע זה מתרחש אף הוא, במישור הזמן, לאחר כניסתו של בית המשפט "השני" לתמונה. על כן, לשיטתי, הדרך הטבעית לקרוא גם את חלקו השני של הסעיף, היא לראותו כמתייחס לסמכותו של בית המשפט אשר בו עוסק הסעיף כולו - בית המשפט "השני".

7. בדיון בפנינו טענה באת-כוח המשיבה כי לגישתה ניתן ללמוד שבית המשפט "הראשון" הוא המוסמך להורות על מאסר חלף סכום ההתחייבות שלא שולם, על בסיס ההפניה הקיימת בסיפא של סעיף 76 לחוק, לסעיף 71(א) לחוק, העוסק במאסר חלף קנס. טענה זו אינה מקובלת עליי. פירוש לפיו על דרך ההפניה, בסוף סעיף 76 לחוק, נקבעת סמכותו של בית המשפט "הראשון" ובהתייחס לפעולה המבוצעת במועד מוקדם למועד בו עוסק סעיף 76 לחוק (מועד הטלת ההתחייבות), מתקשה להתיישב עם לשונו של הסעיף ו-"מיקומו" במישור הזמן. כך, התיבה "לא שולם סכום ההתחייבות, יהיה דינו של סכום זה כדין קנס ויחולו עליו הוראות...", מתיישבת היטב עם קביעת סמכותו של בית המשפט "השני", אשר בזמן פעולתו לא משולם סכום ההתחייבות, ומתקשה להתיישב עם פרשנות לפיה במילים אלו נקבעת הסמכות של בית המשפט "הראשון" בעת שפעל, קודם לכן, בהטילו את ההתחייבות.

8. עוד אוסיף, כי המסקנה לפיה בית המשפט "השני" הוא אשר רשאי לקבוע מאסר חלף סכום ההתחייבות, מתקבלת מעיון בכלל הוראות סימן ה' לפרק ו' לחוק העונשין (הוא הסימן שעניינו בהתחייבות להימנע מעבירה).

9. ההסדר הנוגע להתחייבות להימנע מעבירה, הקבוע בסימן ה' לפרק ו' בחוק העונשין, מורכב משלושה שלבים (ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין - כרך ג' 416-423 (מהדורה רביעית, 2022) (להלן: רבין וואקי)). ב-שלב הראשון, הקבוע בסעיף 72 לחוק, בית המשפט הגוזר על אדם עונש (הוא בית המשפט "הראשון" בטרמינולוגיה אותה אימצנו לעיל), רשאי לצוות על מתן התחייבות להימנע מעבירה. אשר לתוכן ההתחייבות, קובע סעיף 72(ג) לחוק כי:

"התחייבות כאמור בסעיף זה תהיה בסכום שלא יעלה על סכום הקנס שמותר להטיל בשל העבירה שבה הורשע הנידון או שנקבע שביצע אותה לפי העניין, ותהיה בערבים או בלי ערבים, הכל כפי שיצווה בית המשפט"

ניתן להיווכח כי לשון סעיף 72(ג) לחוק העונשין מציינת כי ההתחייבות תהיה ב-"סכום הקנס" שמותר להטיל בשל העבירה מושא המשפט הראשון, אך אינה נוקבת באפשרות לכלול בהתחייבות חלופה של מאסר תחת הסכום הנדון.



10. האמור בולט עוד יותר לאור הוראת סעיף 74 לחוק, המקנה לבית המשפט "הראשון" סמכות להורות על מאסר, לענין הטלת התחייבות להימנע מעבירה, אולם זאת בהקשר אחר, לאמור:

"ציווה בית המשפט על אדם לפי סעיף 72 ליתן התחייבות להימנע מעבירה, רשאי בית המשפט לכפותו לציית לצו וליתן את ההתחייבות על ידי שיטיל עליו מאסר לתקופה שלא תעלה על שלושה חודשים."

ובכן, בהקשר הטלת התחייבות להימנע מעבירה, מוקנית לבית המשפט "הראשון" (בסעיף 74 לחוק) סמכות להורות על מאסר, אולם זאת כדי לכפות את מתן ההתחייבות. מנגד, לא ניתנה סמכות שכזו לענין הציווי ליתן התחייבות, המוסדר, כאמור, בסעיף 72 לחוק.

11. עיון בסעיף 76 לחוק, אותו ציטטנו לעיל, בקונטקסט של קריאת סימן ה' בכללותו, מחזק את המסקנה שבית המשפט "השני" הוא שמוסמך לגזור את המאסר במצב של הפרת החיוב לשלם את הסכום שננקב בהתחייבות להימנע מעבירה, לעת הפרתה של ההתחייבות (וזאת בנוסף לאשר כבר אמרנו לעיל לענין לשונה של ההוראה): חלקו הראשון של סעיף 76 לחוק מסדיר את סמכויותיו של בית המשפט "השני" ב-שלב השני, כאשר מתברר לבית המשפט "השני" כי האדם שנידון לפניו עבר עבירה שמהווה הפרה של התחייבותו להימנע מעבירה שהוטלה עליו במשפט קודם (רבין וואקי, בעמ' 421). נחזור ונצטט את חלקו הראשון של הסעיף:

"התחייב אדם לפי סעיף 72 להימנע מעבירה, ולאחר מכן בית משפט הרשיעו בעבירה שהתחייב להימנע ממנה או קבע כי הוא ביצע את העבירה כאמור אך לא הרשיעו, יצווה בית המשפט שהרשיע או שקבע כאמור, על תשלום סכום ההתחייבות..." (ההדגשה הוספה - י' כ').

בפסיקה נקבע כי מלשון סעיף 76 לחוק הנוקטת בלשון "יצווה", נלמד כי בית המשפט "השני", אשר מצא כי הופרה התחייבות להימנע מעבירה, מחויב בהפעלתה "ואין לו שיקול דעת להאריך את תוקף ההתחייבות או להורות על מימוש חלקי של ההתחייבות" (רע"פ 4123/17 שוחט נ' מדינת ישראל, פסקה 4 לפסק דינו של השופט י' עמית (25.6.2018)). הווה אומר, סמכותו של בית המשפט "השני", ליתן צו לתשלום סכום ההתחייבות בדיוק כפי שנקבע על ידי בית המשפט "הראשון", היא סמכות חובה שאין לבית המשפט "השני" שיקול דעת לגבי הפעלתה.

12. חלקו השני של סעיף 76 לחוק עניינו במצב שבו ניתן צו לתשלום סכום ההתחייבות, אך הצו אינו מקיים, שאז מתחיל ה-שלב השלישי - הוא שלב ההוצאה לפועל של ההתחייבות, לעת הפרתה. בענין זה קובעת הסיפא של סעיף 76 לחוק העונשין כך:

"...לא שולם סכום ההתחייבות, יהא דינו של סכום זה כדין קנס ויחולו עליו הוראות סעיפים 66 עד 70, ולענין התחייבות שהוטלה על אדם לפי סעיף 72(א) - גם הוראות סעיף 71".

הנה כי כן, רק מהמועד שבו לא שולם סכום ההתחייבות, מושווה דינו של סכום זה לדינו של קנס (ראו עפ"ג (ב"ש) 19807-01-13 סראחין נ' מדינת ישראל (28.3.2013) (להלן: עניין סראחין)). משמעות הדבר היא שמנקודת



זמן זו ואילך, רשאים היועץ המשפטי לממשלה ובאי כוחו לפנות למרכז לגביית קנסות, אגרות והוצאות בהתאם להוראות פקודת המסים (גביה) לצורך גביית סכום ההתחייבות (סעיף 70 לחוק העונשין); וכי במקרה שמדובר בהתחייבות שהוטלה על נאשם שהורשע בדין, תחול גם הוראת סעיף 71(א) לחוק, הקובעת כי:

"בית המשפט הדן אדם לקנס, רשאי להטיל עליו מאסר עד שלוש שנים למקרה שהקנס כולו או מקצתו לא ישולם במועדו ובלבד שתקופת המאסר במקום קנס לא תעלה על תקופת המאסר הקבועה לעבירה שבשלה הוטל הקנס; נקבע לעבירה עונש קנס בלבד, או היתה העבירה של אחריות קפידה כאמור בסעיף 22(א) סיפה, לא תעלה תקופת המאסר במקום הקנס על שנה"

משכך, "בית המשפט הדן אדם לקנס", כאמור ברישא של סעיף 71(א) לחוק, הינו, בנסיבות דנן, בית המשפט "השני" וממילא בית המשפט אשר "רשאי להטיל עליו מאסר..." הינו אף הוא בית המשפט "השני" ולא "הראשון".

13. ואף זאת יש לומר: משלמדנו שבהקשר התחייבות להימנע מעבירה "בית המשפט הדן אדם לקנס" הינו בית המשפט "השני", ומשנקבע, במפורש, כי הסמכות להטיל מאסר הינה סמכות שבשיקול דעת ("רשאי להטיל עליו מאסר"), ברור גם שאין הדבר מתיישב עם סמכותו של בית המשפט "הראשון" לכבול מראש את שיקול הדעת הנ"ל (וכפי שראינו סמכות שכזו אכן אינה קבועה בסעיף 72 לחוק).

14. יתרה מכך, לטעמי, המסקנה כי בית המשפט "השני" הוא אשר רשאי לקבוע מאסר חלף סכום ההתחייבות, מתבקשת גם מתכלית ההסדר הנדון וכדין רצוי.

15. גזירת מאסר עקב אי תשלום הסכום שהיה נקוב בהתחייבות להימנע מעבירה למרות צו שהוציא בית המשפט על פי חלקו הראשון של סעיף 76 לחוק, הינה, כאמור, החל מאותו השלב, כהטלת מאסר בגין אי תשלום קנס. לעניין הטלת מאסר בגין אי תשלום קנס כבר נפסק כי:

"מאסרו של אדם אך ורק בשל חוסר יכולתו הכלכלית לשאת בתשלום קנס כספי שהוטל עליו אינו מתיישב עם מדיניות ראויה של ענישה פלילית תקינה והולמת. יש בכך משום פגיעה קשה בעקרון השוויון: עבריון בעל אמצעים – יוכל לשלם את הקנס ולא יאלץ לשהות מאחורי סורג ובריח; ומי שאין ידו משגת לשאת בתשלום – אחת דינו לרצות עונשו מאחורי סורג ובריח" (ע"פ 1100/91 מדינת ישראל נ' ג'עפרי, פ"ד מז(1) 418, פסקה 19 לפסק דינו של השופט מ' אלון (1993)).

16. בנוסף לשקילת המצב הכלכלי, בוחן בית המשפט גם את הנסיבות שהביאו לחוסר היכולת הכלכלית של הנאשם ואין דינו של מי שהתנהגותו שלו הובילה לכך שאין ביכולתו לשלם את סכום ההתחייבות בהגיע מועד הפעלתה; למי שנקלע למצב זה בעל כורכו ובתום לב (ראו ע"פ 4919/14 אזולאי נ' מדינת ישראל, פסקה 64 לפסק דינו של השופט י' עמית (6.3.2017)).

17. כאשר מוטל קנס במסגרת גזר דין, מועד תשלום הקנס הינו, ככלל, מידי (וראה סעיף 66(א) לחוק). לכן, גם



המועד הנכון לשקילת הטלת הקנס, שיעורו וגזירת מאסר נגד אי תשלומי, תוך התחשבות ביכולת התשלום של הנאשם שנגזר דינו והנסיבות שהביאו למצבו הכלכלי, הינו מועד הטלת הקנס.

18. המצב שונה מהותית בהקשר של התחייבות להימנע מעבירה וגזירת מאסר לעת הפרת חיוב התשלום שנקבע בהתחייבות: המועד בו יכול וייגזר מאסר כאמור הינו כאשר נעברת עבירה מאוחרת למתן ההתחייבות, בית המשפט ("השני") מצווה על מימוש ההתחייבות והנאשם מפר את חיוב התשלום הקבוע בהתחייבות. מועד זה הינו מאוחר ויכול להיות מאוחר במידה ניכרת למועד בו ניתנה ההתחייבות. מצבו הכלכלי של הנאשם כמו גם הנסיבות שהביאו לכך יכולים להיות שונים מהותית. על כן, התוצאה לפיה בית המשפט "השני" הוא שמוסמך לשקול שיקולים אלו הינה, להשקפתי, גם התוצאה הרצויה המשרתת את תכלית ההסדר (יצוין כי האמור אינו גורע מכך שגם בעת הטלת ההתחייבות שוקל בית המשפט, ולעניין זה בית המשפט "הראשון", את יכולתו הכלכלית של הנאשם וראה רבין וואקי, בעמ' 420, המפנים בהקשר זה לרע"פ 8182/18 מושיא נגד מדינת ישראל (18.2.2020)).

19. עוד יוער כי התוצאה לפיה מי שמוסמך לגזור את עונש המאסר עקב הפרת חיוב התשלום שבהתחייבות להימנע מביצוע עבירה הינו בית המשפט "השני" (ובלא ששיקול דעתו יוגבל בהחלטה שניתנה בעניין זה, מראש, על ידי בית המשפט "הראשון"), הינה תוצאה רצויה גם משום שבית המשפט "השני" הוא בעל היכולת לאזן בין העונש שעליו לגזור בגין ביצוע העבירה המאוחרת, לבין עונש המאסר שיופעל בנסיבות אלו מהפרת צו התשלום. בעניין סראחין, בו עסק בית המשפט המחוזי בבאר שבע באותה השאלה בה אנו עסקינן עתה, נדרש הנשיא י' אלון לשיקול זה, ודבריו יפים ונכוחים בעיני:

"משהומרה ההתחייבות, שהופעלה, לקנס ומשקמה הסמכות לקבוע עונש מאסר חלף הקנס - באים הדברים לכלל שיקול הדעת הענישתי המחייב מתן הסמכות בידי בית המשפט לבחון ולאזן את הזיקות המתחייבות מהטלה, בד בבד, של שני עונשי מאסר המתבקשים כתוצאה מהעבירה השניה. סמכות שכזו מטבע הדברים חייבת להימצא בידי 'בית המשפט השני' זאת הואיל ו'בית המשפט הראשון' - המצווה על מתן ההתחייבות נעדר מטבע הדברים את הכלים הנדרשים לאיזון ושקלול דרך ריצוי המאסרים כל עוד לא נעברה העבירה הנוספת וכל עוד לא נגזר הדין בגינה" (שם, בפסקה 1 לחוות דעתו של הנשיא י' אלון).

20. הנה כי כן, על רקע האמור לעיל, סבורני כי לצד הפרשנות הלשונית שהוצגה לעיל, גם תכלית ההסדרים הנדונים והגיונם מכתיבים את המסקנה אותה הצגתי בפתח דבריי.

21. כאמור לעיל, לעניין התוצאה בערעור דן, מצטרף אני לפסק דינו של חברי השופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופט נעם סולברג.

ניתן היום, י"ב באלול התשפ"ב (8.9.2022).



ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה
