



עפ"ג (חיפה) 20857-03-14 - חיים אוטמזגין חיון נ' מדינת ישראל

פלילי - שיקולי ענישה

var MareMakom = "עפג (חיפה) 20857-03-14 - חיים אוטמזגין חיון נ' מדינת ישראל, תק-מח 2014(2),
{;p.IDHidden{display:none ;" (29/05/2014)27169

בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ג 20857-03-14 אוטמזגין חיון(עציר) נ' מדינת ישראל

בפני הרכב כב' השופטים:
עודד גרשון [אב"ד]
כמאל סעב
תמר שרון-נתנאל

המערער: חיים אוטמזגין חיון (עציר)
ע"י ב"כ עו"ד אלון נשר - סניגוריה ציבורית

נגד

המשיבה: מדינת ישראל
באמצעות פרקליטות מחוז חיפה (פלילי)

פסק דין

השופט כמאל סעב:

1. בפנינו ערעור על גזר דינו של בימ"ש השלום בקריות, שניתן ביום 30/01/14, ע"י כב' השופט מוחמד עלי, בת"פ 43957-05-13.

2. המערער מבקש להקל משמעותית בעונש המאסר בפועל, להפעיל שני עונשי המאסר המותנים באופן חופף ולא במצטבר, לקצר משמעותית בעונש המאסר המותנה בן 12 חודשים ו/או לצמצם את היקף תחולתו על עבירות פיזיות חמורות שבסמכות בימ"ש המחוזי וכן לבטל

עמוד 1



את הקנס או לחילופין לבטל את ההוראה הקובעת מאסר חלף קנס.

3. המערער הורשע, על פי הודאתו, לאחר סיום הבאת הראיות ובפתח הישיבה שנועדה לסיכומים בע"פ, בעבירות הבאות:

חבלה או פציעה כשהעבריין מזויין, עבירה לפי סעיפים 335(1) ו- 334 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977 (להלן: "**חוק העונשין**").

היזק לרכוש במזיד, עבירה לפי סעיף 452 לחוק העונשין.

תמצית עובדות כתב האישום

4. בכתב האישום נטען, כי אין בין המתלונן לבין המערער קשר כלשהו או הכרות קודמת, למרות זאת ביום 17.5.13 שעה 7:45, עת ניקה המתלונן את המדרגות ופחי האשפה הממוקמים ברחבת הכניסה לבניין מגוריו, תקף אותו המערער, על רקע סירוב המתלונן לתת לו 10 שקלים, באופן שהמערער דחף אותו באמצעות ידיו. המתלונן נפל על הרצפה, ובהמשך לכך הכה אותו המערער באמצעות אבן גדולה שהוטחה בראשו.

5. כתוצאה ממעשי המערער, נפצע המתלונן באופן שנחתך במצחו (חתך באורך 3 ס"מ), סבל מרגישות מקומית במצח, ונגרמו לו סימני שפשוף ברגלו ובמרפק ידו הימנית. המתלונן נמלט מפני המערער, וזה עלה בעקבותיו כשאבן בחזקתו, המתלונן הסתגר בדירתו, והמערער פגע בדלת הכניסה לדירה באופן שהיכה עליה בחוזקה באמצעות חפץ שמהותו אינה ידועה למשיבה, וגרם לשפשופים במשקף הדלת ולקילוף "טפט" הדלת.

בעקבות הודאת המערער בעובדות כתב האישום, הורשע והופנה לשירות המבחן.

תסקיר שירות המבחן:

6. שירות המבחן התרשם כי המערער לוקח אחריות חלקית על ביצוע העבירות, התכחש לחלקים מהעובדות שבהן הודה.

7. המערער יליד 1987, כבן 27 שנים כיום, לחובתו 8 הרשעות קודמות בעבירות רכוש, אלימות, סמים, עבירות כלפי שוטרים ועובדי ציבור, הפרת הוראה חוקית ועבירות נוספת. בשלוש השנים האחרונות הוטלו על המערער שני מאסרים בפועל לתקופות של 10 ו- 15 חודשים והוטלו עליו מאסרים על תנאי, שכוללים שניים שהינם ברי הפעלה בעקבות האירועים האלימים נשוא הערעור.

8. שירות המבחן עמד על הגורמים הרגשיים שהביאו להתנהגות המערער והעריך כי קיימת רמת סיכון גבוהה להישנות התנהגות תוקפנית, ברמת חומרה גבוהה.

9. שירות המבחן המליץ להטיל על המערער מאסר בפועל תוך המלצה לשלבו בטיפול במסגרת הכלא.

גזר הדין של בימ"ש השלום:

10. בימ"ש השלום, לאחר ששמע את טענות הצדדים לעונש ועיין בתסקיר קבע מתחם ענישה שנע בין 10 עד 24 חודשי מאסר בפועל והטיל על המערער את העונשים הבאים:

עמוד 2



א. מאסר בפועל לתקופה של 20 חודשים בניכוי ימי מעצרו, מיום 17.5.2013.

ב. הפעלת עונש המאסר המותנה בן 10 חודשים שהוטל במסגרת ת.פ. 21091-05-10 בבית משפט השלום בקריות ביום 13.2.2011.

הפעלת עונש המאסר המותנה בן 12 חודשים, שהוטל במסגרת ת.פ. 23047-10-11 בבית משפט השלום בקריות ביום 7.2.2012.

המאסרים המותנים הופעלו במצטבר אחד לשני ובמצטבר לעונש המאסר בפועל שהוטל בתיק זה.

סה"כ ירצה המערער 42 חודשי מאסר בפועל בניכוי ימי מעצרו מיום 17.5.2013.

ג. 12 חודשי מאסר על תנאי, שלא יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו מן המאסר עבירת אלימות פיזית ויורשע בה.

ד. 4 חודשי מאסר על תנאי, שלא יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו מן המאסר, עבירת רכוש למעט עבירה לפי סעיף 413 לחוק העונשין, ויורשע בה.

ה. קנס בסך של 6000 ₪ או 60 ימי מאסר תמורתו. הקנס ישולם לא יאוחר מיום 1.9.2014.

ו. פיצוי למתלונן, עד תביעה מס' 2, בסכום של 7,500 ש"ח. הפיצוי ישולם לא יאוחר מיום 30.4.2014, על ידי הפקדתו בקופת בית המשפט.

טענות המערער:

11. טעה בית משפט השלום ששקל שיקולים בנוגע לנסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירות אותן לא היה רשאי לשקול והטיל עליו עונש חמור מאוד. לטענתו, לאור הודיית המערער בעובדות כתב האישום המקורי, אסור היה על בימ"ש השלום לקחת בחשבון בשיקולי ענישה נסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה, כאשר המאשימה בחרה שלא לכלול אותן עובדות בכתב האישום, טרם הודיית המערער והרשעתו ואף לא ביקשה מבימ"ש להתיר לה להביאן מטעמה בשלב הטיעונים לעונש.

12. הפנה לסעיף 40(ד) לחוק העונשין וטען כי מקום בו הודה והורשע נאשם בכתב אישום לאחר שמיעת ראיות, לא יאפשר בימ"ש למאשימה להביא ראיות בעניין נסיבות מחמירות נוספות הקשורות לביצוע העבירה אשר לא נכללו בעובדות כתב האישום וזאת בשלב הטיעונים לעונש, אלא אם יוכח כי לא היתה למאשימה אפשרות להביאן בשלב בירור האשמה.

13. ב"כ המערער הפנה לפסיקה וטען כי העונש שנגזר על המערער הינו עונש חמור באופן קיצוני. עוד טען כי מתחם הענישה הראוי למקרה שלפנינו נע בין מספר חודשי מאסר שניתן לרצותם במסגרת עבודות שירות עד לשנת מאסר בפועל.

14. טעה בימ"ש השלום בהפעילו את שני עונשי המאסר המותנים ברי ההפעלה באופן מצטבר זה לזה. ציין כי אומנם שני המאסרים המותנים הוטלו על המערער בשני אירועים קודמים, אולם



שניהם הופעלו בעקבות אירוע בודד אחד ולכן שומה היה על בימ"ש השלום להפעילם בחופף אחד לשני גם במצב בו היה קובע כי העונשים המופעלים יצטברו לעונש המאסר שהוטל בתיק דנן.

15. עונש המאסר המותנה שנגזר על המערער הינו חמור באורכו ובמכלול העבירות הרחב, כך שהפרת הקלה שבהן עלולה להפעילו בעתיד.

16. מצבו הכלכלי של המערער קשה ואינו מאפשר לו לעמוד בתשלום הקנס וכי קיימת אפשרות שקנס זה יומר במאסר שנקבע תחתיו וירוצה מאחורי סורג ובריא.

17. בתשובתו לתגובת המאשימה לערעור, שב ב"כ המערער וחזר על טענותיו שבימ"ש השלום התחשב במכלול נסיבות מחמירות שלא פורטו בכתב האישום, כמפורט בתמציתיות להלן:
(-) הקללות והאמירות הגזעניות שהמערער השמיע כלפי המתלונן במהלך האירוע נשוא כתב האישום.

(-) העובדה כי מדובר במתלונן מבוגר כבן 70.

(-) שהמערער רדף אחרי המתלונן שנסע לכיוון ביתו ואף התפתח מאבק בין המערער למתלונן ואחרים שהגיעו עד לדלת הדירה.

(-) שאחת מבנותיו של המתלונן שהיתה בהיריון, התעלפה למראה אביה הפצוע.

לטענת ב"כ המערער נסיבות מחמירות אלה, שלא צוינו בכתב האישום, השפיעו על בימ"ש השלום בקביעת מתחם עונש חמור וקשה; ובהמשך קבע עונש שאינו עומד בקנה אחד עם עקרון ההלימה.

18. כאמור המשיבה הגישה טענותיה בכתב, כשלדעתה, אין מקום להתערב בגזר דינו של בימ"ש השלום, אף אם נצא מנקודת הנחה לפיה אין להתחשב בקביעת מתחם העונש ההולם בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ככל שאלה לא נכללו בכתב האישום.

19. ב"כ המשיבה ציין עוד, כי היות המתלונן אדם מבוגר, נסיבה הקשורה לביצוע העבירה לא נכללה בכתב האישום, אך בימ"ש ראה את המתלונן וקבע עובדה זו עפ"י התרשמותו וכפי שראו עיניו ובשלב הנכון לקח זאת בחשבון בקביעת מתחם העונש ההולם.

20. עוד ציינה המשיבה, כי למקרא כתב האישום ואף בהעדר ראייה במשפט, לכך שבני משפחתו של המתלונן נבהלו מהנזקים שנגרמו לו, מובן כי כאבם של בני המשפחה מפגיעתו מהווה נזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה.

21. לטענת המשיבה, על בסיס העובדות שפורטו בכתב האישום בו הודה המערער, היה מקום לקבוע מתחם עונש הולם גבוה מכפי שקבע בימ"ש השלום, אף ללא נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה. ציינה כי התביעה בטיעוניה לעונש סברה שמתחם הענישה ההולם נע בין 12 עד 30 חודשי מאסר בפועל ואילו בימ"ש השלום קבע כי מתחם העונש ההולם נמוך יותר (נע בין 10 עד 24 חודשי מאסר בפועל).

22. המשיבה הפנתה לסעיף 40ג(א) לחוק העונשין וציינה כי מעשיו של המערער פגעו פגיעה חמורה בערכי יסוד של שלום האדם, שלימות גופו ונפשו וההגנה על ביתו ורכושו.

23. המשיבה סבורה כי בנסיבות המקרה ונוכח עברו הפליל של המערער היה מקום לחרוג



לחומרה ממתחם הענישה ההולם.

24. אין בסיס לטענת המערער לפיה בימ"ש השלום איננו מוסמך להורות על הפעלה במצטבר של עונשי המאסר המותנים. הפנתה לסעיף 58 לחוק העונשין וצינה כי לפי סעיף זה הכלל הוא הפעלת המאסר המותנה במצטבר לעונש המאסר שהוטל בתיק דנן.

25. לטענתה, בימ"ש השלום נימק כראוי את החלטתו להפעיל את שני עונשי המאסר על תנאי במצטבר זה לזה ובמצטבר למאסר שהוטל בתיק זה.

26. אין מקום להתערב במהותו, תוכנו ומשכו של עונש המאסר המותנה בן 12 חודשים בגין אלימות פיזית.

המשיבה טענה עוד כי המאסר המותנה שהוטל סביר בנסיבות המקרה נוכח העבירות בהן המערער הורשע על פי הודאתו, האלימות והאכזריות בהן פעל ונוכח עברו הפלילי, כאשר שני מאסרים על תנאי קודמים שהיו תלויים ועומדים נגדו לא הרתיעוהו מלתקוף באכזריות את המתלונן.

27. המערער לא הביא אסמכתאות באשר למצבו הכלכלי ולהיעדר אפשרות לתשלום הקנס.

דין והכרעה:

28. לאחר שעיינתי בהודעת הערעור, בגזר הדין, בחומר שהונח בפני בית משפט השלום, בתסקיר ושמעתי את טענות הצדדים, ולו תשמע דעתי, הייתי מציע לדחות את הערעור.

ולהלן נימוקיי:

29. הלכה מושרשת היא בשיטתנו המשפטית שערכאת הערעור תתערב בעונש שהטילה הערכאה הדיונית בצמצום ורק במקרים חריגים ויוצאי הדופן - ראו בעניין זה ע"פ 3091/08 **טרייגר נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 29.1.09); ע"פ 8704/08 **הייב נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 23.4.09); ע"פ 9437/08 **אלגריס נגד מדינת ישראל** (נתן ביום 12.5.09); ע"פ 6681/09 **אלחטיב נגד מדינת ישראל** (ניתן ביום 13.1.10) וע"פ 2772/11 **מימון נחמני נגד מדינת ישראל** (ניתן ביום 21.3.12). הלכה ישימה בעניינו של המערער.

30. באשר לטענת המערער כי לא היה מקום להביא בחשבון נסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה, נסיבות שלא פורטו בכתב האישום - ראוי להפנות לסעיף 40ט לחוק העונשין וזה לשונו:

"(א) בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם:

•
•
•

(3) הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה;

(4) הנזק שנגרם מביצוע העבירה;

.....



.....
.....
.....

(10) האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו;
"....."

31. יוצא איפוא, כי הקללות, האכזריות, האלימות וההתעללות של המערער במתלון מהוות נסיבות שבכוחן להשפיע לחומרה כאמור בסעיף 40ט(א)(10). גם התעלפות בתו של המתלון היא מעין נזק שהיה צפוי מביצוע העבירה וכך גם תוצאת הפגיעה בו לאור גילו המבוגר של המתלון, כך שכולן מהוות נסיבות המשפיעות על חומרת מעשה העבירה.

32. אומנם סעיף 40(א) לחוק העונשין קובע כי הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה הינה על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה. יחד עם זאת, והגם שלא ניתנה הכרעת דין, הרי שבענייננו נשמעו כל ראיות הצדדים, ורק בשלב הסיכומים הודה המערער בביצוע העבירה, לכן בנסיבות אלו, חל סעיף 40(ד) לחוק העונשין הקובע כי:

"... הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה

בע"פ 5316/13 תאופיק מסאלחה נגד מדינת ישראל (ניתן ביום 9.12.13), הדגיש בימ"ש עליון:

"..... כי לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113, ניתן להסתמך על נסיבות הקשורות בביצוע העבירה שלא הוזכרו בכתב האישום, או שלא הוכחו, רק בהתאם למתווה שבסעיף 40 לחוק העונשין (ראו: ע"פ 4697/10 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל[פורסם בנבו] (18.6.12))."

סעיף 40(ד) לחוק העונשין קובע כי במקרה בו הודה הנאשם בכתב האישום יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. עם זאת משאיר הסעיף שיקול דעת לבית המשפט:

"להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".



33. אשר על כן, לא היתה מניעה כי המשיבה תציג בשלב הטענות לעונש את ראיותיה לגבי נסיבות מחמירות רלוונטיות לענישה שביקשה כי תוטל על המערער. כמו כן סנגורו דאז של המערער שייצג אותו בבימ"ש השלום בשלב הטענות לעונש, הציג ראיות שיש בהן כדי להשפיע לקולא בקביעת העונש. יש לציין כי סנגורו דאז של המערער לא התייחס בשלב הטענות לעונש לטענותיו של ב"כ המשיבה כאשר הפנה לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה והמשפיעות לחומרה.

על כן, לא מצאתי כל מקום להתערב בקביעת בימ"ש השלום הנכבד בהקשר לנסיבות ביצוע העבירות, נסיבות שהובאו בפניו במסגרת שמיעת הראיות. זאת ועוד, בכתב האישום הופיעו נתוני המתלונן וגם מכך ניתן ללמוד על גילו של המתלונן, זאת מעבר להתרשמות בימ"ש הבלתי אמצעית מהעד עצמו.

34. באשר להפעלת עונשי המאסר המותנים במצטבר - ראוי להפנות לסעיף 58 לחוק העונשין הקובע 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.

סעיף 58 לחוק העונשין קובע כי ככלל, עונשי מאסר על תנאי יופעלו במצטבר ולא בחופף, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו - ראו ע"פ 4716/12 **מדינת ישראל נגד עידן דטסה** (ניתן ביום 6.6.13); ע"פ 645/09 **טאייב נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 13.1.10) וע"פ 10228/05 **רובאעי נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 26.6.06).

בע"פ 4517/04 מסראווה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 119, 134, הודגש כי:

"... ענישה מצטברת היא ענישה המדגישה מדיניות הרתעתית ... ומדיניות זו הולמת מקרה של עבריין מועד ששב ומבצע עבירות שבגינן כבר הורשע בעבר"

זאת ועוד, בע"פ 3869/09 **יצחק סלימן נגד מדינת ישראל** (ניתן ביום 28.12.09), שב בית המשפט העליון וקבע כי:

"רק בנסיבות מיוחדות רשאי בית המשפט לקבוע כי המאסר המותנה שהופעל ירוצה בחופף לעונש המאסר שנגזר בגין העבירה הנוספת. החוק דורש כי תקופות המאסר יחפפו



רק אם קיימים "טעמים שיירשמו". "דרישת 'טעמים שיירשמו' מצמצמת את שיקול דעת בית המשפט, וזאת על מנת לא לפגוע בכוחו של עונש המאסר כעונש ממשי ומוחשי" (ע"פ 4654/03 ווליד נ' מדינת ישראל, פס' 26 לפסק הדין (26.6.2006)בית המשפט לא יטה להקל עם הנידון ולחפוף את עונשי המאסר, ככל שהעבירות בהן הורשע הינן חמורות יותר, ככל שקשות נסיבות ביצוען וככל שיש בביצוען משום פגיעה קשה בערכי (ה)יסוד החברה בה אנו חיים ((פרשת ווליד, פס' 25; ע"פ 6535/01 קוזירוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז (3) 562, 571 (2003); ע"פ 1899/04 ליבוביץ נ' מדינת ישראל (2.3.05)).".

35. בענייננו, לאור חומרת העבירות שהורשע בהן המערער, לאור עברו הפלילי ולאור מכלול נסיבות העניין, לא קיימים טעמים שיירשמו והמצדיקים הפעלת המאסרים המותנים בחופף ולא במצטבר לעונש המאסר שהוטל בתיק נשוא הערעור - (ראו ע"פ 3869/09 סלימן נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 28.12.09) וע"פ 4654/03 ווליד נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 26.6.06)).

36. עוד יש להביא בחשבון את המעשים הקשים אותם ביצע המערער, ואת האלימות הקשה והאכזרית אותה נקט כנגד המתלונן ללא שום סיבה. אלימות קשה ואכזרית שכזו צריכה לגרור ענישה משמעותית ומרתיעה ביותר בדמות מאסר ממשי שירוצה מאחורי סורג ובריח - ראו ע"פ 2583/08 עמר נגד מדינת ישראל (ניתן ביום 4.9.06), וכן ראו ע"פ 3562/05 פלוני נגד מדינת ישראל (ניתן ביום 20.7.05), שם נאמרו הדברים הבאים:

"על התנהגות מסוג זה יש להגיב ביד קשה, ואם לא כך ננהג, תשתלט האלימות על כל תחומי חיינו. אכן, בתי המשפט התריעו, ולאחרונה אף ביתר שאת כנגד נגעהאלימות. אולם, הגיעה השעה לעשות מעשה, ובראש וראשונה, להבהיר בדרך הענישה לעבריינים בכוח ... כי המענה לאימות תהיה כליאה ממושכת, ולתקופות מאסר שעלולות להיות משמעותיות. עם זאת, אין כוונתי לומר שיש לזנוח כליל שיקולים של שיקום העברין ... אולם המציאות בה אנו חיים מציאות חירום היא, ועל כן שיקולים מסוג זה הינם שניים במעלה, וקודמים להם שיקולי גמול והרתעה".

37. לפיכך, והגם שהתוצאה העונשית הנובעת מהפעלת עונשי המאסר המותנים לא קלה היא - אין לו למערער להלין אלא על עצמו, משום שגרם, במו ידיו (במעשיו), להפעלת עונשי המאסר המותנים, לא העריך את ההזדמנות שניתנה לו ולא כבד את החלטתו של בית משפט השלום שהסתפק בעונש צופה פני העתיד, חובו של המערער לחברה, שהגיע זמן פירעונו, כך שהפעלתו הייתה בהתאם לתכלית החקיקה.

38. אשר על כן ולו תשמע דעתי, הייתי מציע לדחות את הערעור.

39. לאחר שעיינתי בחוות דעתה של חברתי, השופטת תמר שרון-נתנאל, אני מבקש להוסיף מספר מלין וכבר לומר כי דעתי שונה מדעתה בכל הנוגע להפעלת שני המאסרים על תנאי ולהלן נימוקי.

40. סעיף 58 לחוק העונשין קובע באופן מפורש וברור כי הכלל הוא שעונשי מאסר על תנאי יופעלו במצטבר ולא בחופף, אלא מטעמים מיוחדים שיירשמו ודי אם אפנה בעניין זה לע"פ 4716/12 מדינת ישראל נגד עידן דסטה (ניתן ביום 6.6.13), שם קבע בית המשפט העליון כי:



41. "סעיף 58 לחוק העונשין קובע כי ככלל, עונשי מאסר על תנאי יופעלו במצטבר ולא בחופף, אלא מטעמים מיוחדים שירשמו"

42. ראו גם ע"פ 10228/05 רובאעי נ' מדינת ישראל (ניתן ביום 26.6.06).

43. זאת ועוד ראו ע"פ 645/09 טאייב נ' מדינת ישראל (ניתן 13.1.10), שם גזרתי על הנאשם 42 חודשי מאסר בפועל והפעלתי שני מאסרים מותנים, שהוטלו על המערער בתיקים קודמים, וזאת במצטבר לעונש שהטלתי בגין העבירות בתיק העיקרי, אחד בן 18 חודשים והשני בן 6 חודשים, כך שסה"כ ירצה הנאשם טאייב 66 חודשים. בית המשפט העליון דחה את הערעור בקובעו כי:

44. "במקרה שלפנינו, קבע בית המשפט המחוזי באופן מפורש וברור, כי העונשים המופעלים יצטברו האחד למשנהו ושניהם יצטברו לעונש שהוטל על המערער בתיק זה, כך שעל המערער לרצות עונש מאסר של 66 חודשים... קביעתו זו של בית המשפט המחוזי מקובלת עלי ולא מצאתי כל מקום להתערב בה".

45. יתרה מזו ראו גם עפ"ג (חי') 14694-03-10 מדינת ישראל נגד גאבר גבארין (ניתן ביום 10.6.10), שם קבע ביהמ"ש המחוזי בחיפה כי:

46. "סבורים אנו כי הכלל בנוגע להצטברות מאסרים מותנים נכון הן ביחס לעונש שנגזר בגין הרשעה בכתב אישום מאוחר יותר והן בנוגע להפעלת מאסרים מותנים של מספר גזרי דין קודמים במסגרת של אותו הליך. הכלל צריך להיות שעונש מותנה שגזר בית משפט בהליך קודם יבוא לידי ביטוי באופן שבו לא יבלע בעונש אחר שגזר בית משפט, רק מהטעם שהנאשם שהורשע בוחר לצרף מספר רב של אישומים ולהודות בהם. בהביאנו בחשבון את הוראות סעיף 58 לחוק העונשין, ואת ההנחיות שנקבעו בפסיקה לעניין זה ... סבורים אנו כי ראוי היה להפעיל את המאסרים המותנים במצטבר זה לזה ובמצטבר לעונש המאסר שנגזר".

47. אשר על כן ולו דעתי הייתה נשמעת הייתי מציע לדחות את הערעור ככל שהוא נוגע לאופן הפעלת שני המאסרים המותנים במצטבר זה לזה ובמצטבר לעונש המאסר שהוטל על המערער, כפי שקבע בימ"ש השלום הנכבד, מבלי להתערב בקביעתו זו.

כמאל סעב, שופט

השופטת תמר שרון-נתנאל:



1. התשתית לערעור הובאה בחוות דעתו של חברי, כבוד השופט סעב ולא אחזור עליה. בחוות דעתי אתייחס, לשתי השאלות העיקריות שהונחו בפנינו בערעור זה, תוך שאבהיר, כי אין בטענות המערער, אליהן לא אתייחס, כדי לשנות ממסקנותיי ומהתוצאה אליה הגעתי.

2. שתי שאלות עיקריות העלה בפנינו ב"כ המערער.

האחת - מהן הנסיבות העובדתיות הקשורות בביצוע העבירה, אשר ביהמ"ש רשאי להביא בחשבון בבואו לגזור את הדין.

בנסיבות המקרה דנן מתייחסת השאלה למצב דברים בו הנאשם הודה בעובדות כתב האישום לאחר שביהמ"ש שמע את כל הראיות ובטרם נשמעו סיכומי הצדדים, כך שהשאלה המצומצמת היא; האם רשאי ביהמ"ש לעשות שימוש, לצורך גזירת דינו של נאשם שהודה, בעובדות שהוכחו בפניו במסגרת שמיעת הראיות, על אף שהן לא נכללו בכתב האישום.

השניה - האם נכון וראוי היה להורות כי שני המאסרים על תנאי, שהיו תלויים ועומדים נגד המערער יופעלו, במצטבר זה לזה.

לטענת ב"כ המערער, גם אם נכון היה להפעיל את המאסרים על תנאי במצטבר לעונש המאסר אותו ריצה המערער בעת מתן גזר הדין, שגה בימ"ש קמא, כאשר הורה על הפעלתם במצטבר זה לזה והיה עליו לחפוף ביניהם, היינו - לצבור לעונש המאסר אותו ריצה המערער בעת מתן גזר הדין, רק את התקופה הארוכה יותר מבין שני המאסרים על תנאי שהופעלו.

אדון בשאלות, כסדרן:

השאלה הראשונה - על פי אילו נסיבות רשאי היה ביהמ"ש לגזור את הדין -

3. תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**החוק**"), קובע, בסעיף **40**, מהן הנסיבות אותן רשאי ביהמ"ש להביא בחשבון, בשלב גזירת הדין, כדלקמן:

"40. הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה

(א) בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) -

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד

שאין סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים

להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות

בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם

שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם

הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.

(ג) בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה



אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי.

(ד) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה".

הערה: כל הסעיפים הנזכרים בחוות דעתי זו, מתייחסים לחוק העונשין, אלא אם נאמר אחרת. למען הנוחות יצוינו סעיפי המשנה של סעיף 40 כ"סעיפים קטנים" - "ס"ק".

4. **ב"כ המערער** טוען, כי אם רצתה המאשימה, שביהמ"ש יביא בחשבון, לענין העונש, נסיבות הקשורות לביצוע העבירה שאינן כלולות בכתב האישום (להלן: "**הנסיבות הנוספות**"), היה עליה לבקש מביהמ"ש להתיר לה להביאן מטעמה בשלב הטיעונים לעונש.

לטענתו, סעיף 40(ד) קובע כלל בסיסי, לפיו נסיבות העבירה צריכות להיקבע על בסיס ראיות שיובאו במהלך המשפט, בשלב בירור האשמה. בטענתו זו מבקש ב"כ המערער לסמוך על הסיפא של ס"ק (ד), הקובעת, כי מקום בו הודה נאשם בכתב אישום "**בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן**", חייב כתב האישום, בו הודה "**לכלול את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה**".

לטעמו, בשלב הטיעונים לעונש לא ניתן להוסיף נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, אלא במסגרת סעיף 40(ב)(2), היינו - כאשר מתקיימת אחת משתי האפשרויות האמורות בו.

יחד עם זאת טוען הוא, כי לו הייתה המאשימה מבקשת להביא, בטיעוניה לעונש, ראיות לענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, היה על ביהמ"ש לדחות את בקשתה, מאחר שלא מתקיימים, במקרה דנן, התנאים הדרושים לכך, על פי סעיף 40(ב)(2).

לטענתו, הדרך היחידה בה בית משפט יכול היה לקבוע כי נסיבות הקשורות בביצוע העבירה הוכחו בפניו, ברמה של מעבר לספק סביר, היא במסגרת הכרעת דין מנומקת, לאחר שניתנה לצדדים האפשרות לטעון בפניו.

עוד טוען הוא, כי ההליך בבימ"ש קמא היה בלתי תקין, מאחר שהמערער וסנגורו הופתעו, שכן הפעם הראשונה בה הם היו מודעים לכך שבית משפט גמר בדעתו שאותן נסיבות נוספות הוכחו בפניו ברמה הנדרשת, היא במסגרת גזר הדין.

ב"כ המערער הפנה לסעיף 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשכ"ב-1982 (להלן "**החסד"פ**"), המדבר על הרשעת נאשם "**בעבירה שאשמתו בה נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אף אם עובדות אלה לא נטענו בכתב האישום**" וטוען, כי מקל וחומר, יש להחיל כללים אלה על קביעת נסיבות מחמירות הקשורות בביצוע העבירה. לטענתו, לא יעלה על הדעת שבית משפט יחמיר בעונש על פי נסיבות נוספות, מחמירות באופן בו נעשה הדבר בבימ"ש קמא.



5. **ב"כ המשיבה** טוענת, כי לא ניתן "למחוק", את הליך שמיעת הראיות, במסגרתו נחשף ביהמ"ש לנסיבות הנוספות, כגון - שהמתלון הינו אדם מבוגר וכי ביהמ"ש רשאי ליתן לנסיבות אלה משקל לענין העונש.

לגופו של העונש טוענת היא, כי גם אם "ננפה" את הנסיבות שבימ"ש קמא הביא בחשבון על אף שהן אינן מפורטות בכתב האישום, אין מקום להתערב בעונש שנגזר על המערער.

גזר דינו של בימ"ש קמא :

6. בטיעוניה לעונש, בבימ"ש קמא, הפנתה ב"כ המאשימה לראיות שהובאו בשלב בירור האשמה וכך אמרה, בין היתר:

"מפנה לתיעוד החבלות שנגרמו למתלון, הראיות הוגשו וסומנו ת/2, א, ת/2 ב. תיעוד הנזק לדלת לכניסה לבית, הוגשו תמונות וסומנו ת/4. מפנה לתיעוד רפואי הוגש וסומן ת/1. תיעוד האבן הוגש וסומן ת/3. מפנה לאמירות קרבן העבירה עמ' 11 שורות 4-5. וכן עמ' 11 שורה 26. מפנה לאמירות הנאשם במהלך העימות אמירות גזעניות כלפי קרבן העבירה. הכל כעולה בת/19. מפנה לעדות הבת חנה יצחק אשר תיארה את הלך הנפש של קרבן העבירה וכדבריה אבא שלי נכנס עם דם בפנים ובבהלה. מפנה לעדות על איך שהאחות שהיתה בהריון בשם טלי חשה באותה עת. תיארו שהבת התעלפה".

7. בימ"ש קמא התייחס בגזר הדין לפירוט עדותו של המתלון ולתיאורו את אשר אירע וכן לראיות לענין הנסיבות הנוספות שהובאו בפניו במהלך בירור האשמה ושאליהן הפנתה ב"כ המאשימה בטיעוניה לעונש, בהן צוינו קללות ודברי בלע שהטיח המערער במתלון, וכן גילו של המתלון.

בימ"ש קמא קבע, כי:

"הגם שהנסיבות הקשורות בהטחת דברי הנאצה במתלון לא צוינו בכתב האישום, למרות שכעולה מהראיות בפניי הן עלו כבר בהודעות המתלון במשטרה, איני רואה כל מניעה כי יובאו במניין השיקולים לקביעת המתחם, משהוכחו בפני מעבר לכל ספק סביר" (ההדגשה אינה במקור)

ביהמ"ש קמא קבע, כי פרשנות סעיף 40 איננה שוללת אפשרות ביהמ"ש להסתמך על עובדות ונסיבות שהוכחו בפניו בעת שמיעת הראיות. בציינו כי סעי' 40(ד) קובע, כי הוראותיו אינן גורעות



מהוראות סעיף קטן (ב)(2), המאפשר לבית המשפט להתיר הבאת ראיות לעניין הנסיבות בשלב הטיעונים לעונש, אין הוא רואה "מדוע לא יהיה ניתן לעשות כן כאשר פרושה בפני בית המשפט תמונה עובדתית מלאה לאחר שנשמעו הראיות כולן. הדברים הנם מקל וחומר", תוך שהפנה לע"פ 4697/10 ג'רדאת נ' מדינת ישראל (18.6.2012) ולע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' נואורה (25.11.2007), אשר נזכר בו ואשר מתייחס למצב המשפטי עובר לתיקון 113.

דין והכרעה בשאלה הראשונה -

8. סבורה אני, כי צדק בימ"ש קמא כאשר מצא לנכון להסתמך, במקרה הספציפי שבפניו, על אשר הוכח בפניו במסגרת שמיעת הראיות, זאת - לאחר שהתביעה הפנתה, במסגרת טיעוניה לעונש, לראיות הספציפיות, שהובאו במהלך בירור האשמה ושעליהן מבקשת היא להסתמך.

אדגיש, כי נסיבות ההליך שבפני בימ"ש קמא הצדיקו זאת. עם זאת, אעמיד, כבר כעת, דברים על דיוקם ואבהיר, כי אין דומה מצב בו מורשע נאשם, בהכרעת דין שניתנת לאחר שמיעת ראיות למצב בו מודה נאשם במיוחד לו בכתב האישום, בין לאחר שמיעת ראיות ובין לפני כן, בפרט כאשר ההודיה נעשית במסגרת הסדר טיעון.

אבהיר את הדברים;

9. תיקון 113 ביקש להסדיר ולהבנות גם את סוגיית הטיעונים לעונש. קודם לתיקון, נהג כל צד להעלות, במסגרת הטיעונים לעונש, טענות שונות, הן לגבי נסיבות ביצוע העבירה והן לגבי נסיבות אישיות של הנאשם. לעיתים הובאו עדים לענין העונש ולעיתים נטענו טענות, ללא הבאת עדים. בכל מקרה, ביהמ"ש היה מביא בחשבון טיעונים אלה, על פי שיקול דעתו.

הוראות סעיף 40^י מסדירות הן את האופן בו רשאים הצדדים להביא ראיות לענין העונש והן את רמת ההוכחה הנדרשת לשם הוכחת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה; לנסיבה מקלה - דרושה רמת הוכחה כבמשפט אזרחי. לנסיבה מחמירה - דרושה רמת הוכחה כבמשפט פלילי - מעבר לספק סביר.

על פי ס"ק (ב)(2), העוסק בראיות לענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה (היא השאלה השנויה במחלוקת בענייננו), על צד המבקש להביא ראיות בענין זה, לבקש זאת מבית המשפט, בשלב הטיעונים לעונש ולשכנעו, "כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה" או, כי "הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".

היינו - על פי הוראת סעיף 40^י(ב)(2), רשאי ביהמ"ש לאפשר לצד להביא, בשלב הטיעונים לעונש, ראיות בענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, רק באחד משני מקרים:

* אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה.



* אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.

לשון הסעיף ותכלית החקיקה מלמדים כי מדובר "ברשימה" סגורה. אלה שני המקרים ואין בלתם.

10. ס"ק (ד) יוחד למקרים בהם **הודה** הנאשם בכתב האישום וזאת - בכל שלב שהוא, שכן מצוין בו, **במפורש**, כי הוא חל על הודאה בעובדות כתב האישום "**בין לאחר שמיעת ראיות ובין לפני כן**".

עם זאת, ס"ק (ד) אינו שולל אפשרות מי מהצדדים לבקש להביא ראיות בשלב הטיעונים לעונש [אפשרות הקבועה בס"ק (ב)(2)], שהרי הוא מצוין, בראשיתו, שהוא חל: "**בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2)**".

11. שלב בירור האשמה מסתיים עם ההרשעה.

ההבדל בין מצב בו **ניתנת הכרעת דין** על פי הראיות שהובאו וסיכומי הצדדים ובין מצב בו הנאשם **מודה** בכתב אישום (גם אם לאחר שמיעת חלק מהראיות או אף כולן), הוא מהותי. כפי שיובהר בהמשך, להבדל זה משמעות של ממש בענין בו עסקינן.

12. כתב האישום מנוסח על פי חומר הראיות שבידי התביעה ודרך כלל תהא דרך ניסוחו "טכנית" ו"יבשה". מטבע הדברים, שמיעת עדויות העדים "מחיה" בפני השופט היושב לדין, את העובדות היבשות אשר בכתב האישום, פורשת בפניו את פרטי האירוע במלואם ומביאה בפניו את אשר אירע באופן שלם ומקיף יותר.

סבורתני, כי מטרת סעיף **40(א)** לא הייתה להביא לכך שהשופט, אשר הכריע את הדין, על פי הראיות שהובאו בפניו, יתעלם מכל אשר שמע במהלך ניהול התיק, בעת שהוא גוזר את הדין. לטעמי, גם אין להבין כך את האמור בסעיף **40(א)**. נהפוך הוא;

סעיף **40(א)** אינו מגביל את ביהמ"ש, בקביעת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה רק לנסיבות האמורות בכתב האישום. הסעיף אינו קובע, למשל, כי ביהמ"ש יקבע, על בסיס ראיות שהובאו בפניו בשלב בירור האשמה, אם התקיימו הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות בכתב האישום, אלא הוא קובע: "**בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה...**"

הטעם לכך ברור - במקרה בו נשמעות ראיות וניתנת הכרעת דין על פיהן, הייתה לכל צד הזדמנות לטעון לגבי הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, במסגרת הבאת הראיות ובמסגרת סיכומי הצדדים ולפיכך אין מניעה שביהמ"ש יקבע, על פיהם, נסיבות נוספות, אשר יש להן השלכה לענין העונש. עם זאת אציין, כי ראוי שממצאים אלה יקבעו כבר בהכרעת הדין ולא, לראשונה, בגזר הדין, על מנת שתינתן לצדדים אפשרות להתייחס אליהם בטיעוניהם לעונש.

13. קביעה זו, לפיה ביהמ"ש אשר הכריע את הדין לאחר שמיעת ראיות וסיכומים, יקבע את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על פי הראיות שהובאו בפניו [כמובן - בהתאם לרמת ההוכחה שנקבעה בסעיף **40(ג)**], הולמת ניהול נכון של ההליך הפלילי, תוך שמירה על



זכויות הנאשם. יש להדגיש, כי שמירה על זכויות הנאשם מחייבת קיומו של תנאי-בלעדיו-אין והוא, כי ניתנה לנאשם (ולמעשה, גם למאשימה - כאשר עסקין בנסיבות מקלות), **זכות טיעון**, בטרם ייקבעו נסיבות נוספות ולכך מכוונות יתר הוראות סעיף **40**.

גם סעיף **40(ב)(2)** אינו כולל הגבלה שכזו, גם לא כאשר עסקין בהודיה במסגרת הסדר טיעון (ולכך אדרש בהמשך). הסעיף אינו קובע, כי ניתן להביא ראיות בענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, אם שוכנע שלא ניתן היה להביאן **בכתב האישום**, אלא הוא מתיר להביא, בשלב הטיעונים לעונש, "ראיות בענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה..." **אם שוכנע כי לא היתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה...** שלב בירור האשמה כולל שמיעת ראיות (ואף סיכומים), או הודיה של הנאשם בעובדות כתב האישום (המקורי או מתוקן) והוא מסתיים בהרשעה (או בקביעה שהנאשם ביצע את המיוחס לו בכתב האישום).

14. אולם - כאשר הנאשם **מודה**, נעשה הדבר, מטבע הדברים, בטרם נשמעו **כל** הראיות, או בטרם נשמעו סיכומי הצדדים. לפיכך, לא ניתן לומר, שניתנה לו, עד שלב זה, זכות טיעון מלאה לגבי הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שלא הובאו בכתב האישום. על מצב כזה חל סעיף **40(ד)**, הקובע כי במקרה כזה על כתב האישום, בו הודה הנאשם לכלול **"את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה"**.

לא למותר להדגיש, שוב, כי סעיף **40(ד)**, אינו גורע מסעיף **40(ב)(2)**. רוצה לומר - כאשר הנאשם מודה, גם אם לאחר שמיעת ראיות, אין ביהמ"ש מוסמך לקבוע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על פי הראיות שהובאו בפניו, בטרם ההודיה, אלא בהתקיים אחת משתי האפשרויות האמורות בסעיף **40(ב)(2)**.

אבהיר, כי, לטעמי, יש להבחין, בין הודיית נאשם בכתב אישום, במסגרת הסדר טיעון (גם אם הוא אינו כולל הסדר לענין העונש) ובין הודייתו בכתב האישום ללא הסדר. כאשר נערך הסדר טיעון, יש להניח, כי כתב אישום בו הודה נאשם, במסגרת הסדר (בין אם כתב האישום המקורי תוקן ובין אם לאו), משקף **הסכמה** בין הצדדים לגבי עובדות ביצוע העבירה ונסיבות ביצועה, כפי שהן מפורטות בכתב האישום.

ואמנם, הסיפא של ס"ק **(ד)** קובעת, כאמור, כי בין אם הודה הנאשם בעובדות כתב האישום לאחר שמיעת הראיות או לפניה: **"יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה"**.

15. גישת ביהמ"ש העליון, עוד לפני תיקון 113 הייתה, כי **הסדר טיעון** מביא לידי ביטוי הסכמה מלאה של הצדדים לגבי עובדות ביצוע העבירה, ככל שלא הוסכם על הבאת תיאור רקע מלא יותר במסגרת הטיעונים לעונש. ראו: ע"פ 1234/08 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (22.5.2008) (להלן: **"ענין פלוגי"**). אמנם עובדותיו של ענין פלוגי שונות, מהותית מהעובדות בעניינו, אולם ניתן ללמוד ממנו על גישת ביהמ"ש העליון לענין הודית נאשם במסגרת הסדר טיעון.

הנאשם, שם, הואשם בהריגה ובמסגרת הסדר טיעון, שנערך לאחר שמיעת חלק מהראיות, הופחת



האישום לגרם מוות ברשלנות. חרף זאת, התייחס ביהמ"ש המחוזי לראיות שהובאו בפניו במסגרת בירור האשמה, קבע כי לא ניתן לקבוע שיסודות עבירת ההריגה הופרכו לחלוטין, נתן לכך משקל וגזר על הנאשם עונש כפול בחומרתו מרמת הענישה, אשר עלתה מהפסיקה אליה הפנתה התביעה. ביהמ"ש העליון קבע:

"משנקבע מה שנקבע בהסדר הטיעון, אין מקום להתייחס לראיות אחרות אלא בהסכמה ברורה ומפורשת. אין לנו לחזור ולהזכיר את הכלל: 'הודאה מוסכמת בין הצדדים, המתקבלת על-ידי בית המשפט, ובתנאי שהיא מתקבלת כאמור, היא בגדר סוף פסוק מבחינת יתר הראיות, שהושמעו לפני שהוסכם על נוסח ממצה של הודאה בעובדות, והוא, אם הצדדים לא הסכימו על הבאת תיאור רקע מלא יותר בעת הסיכומים לעונש.'" (ההדגשות אינן במקור).

דעת הרוב (כבוד השופטת ארבל אליה הצטרף כבוד השופט חשין) ברע"פ 9718/04 מ"י נ' נואורה (25.11.2007), שניתן, אף הוא, לפני תיקון 113, קבעה, כי:

"... ככלל אכן ראוי שתמונת הראיות תתברר בעיקרה בשלב שלפני הכרעת הדין. עם זאת, הן הוראת החוק החולשת על הסוגיה והן שיקולים נוספים שעניינם במדיניות השיפוטית הראויה, תומכים בעיניי במסקנה כי אין לשלול מן התביעה באופן גורף את האפשרות להביא ראיות המתייחסות לנסיבות מחמירות שאפפו את ביצוע העבירה - ושאינן קבועות בחוק - בשלב הטיעונים לעונש. לפיכך, באותם מקרים שבהם התביעה מבקשת להביא ראיות שכאלו במועד זה, ראוי להותיר את ההכרעה בעניין לשיקול-דעתה של הערכאה הדיונית. הוא הדין אף באשר לשאלת מועד בירורן של ראיות בעניין נסיבות מקלות שההגנה עשויה לבקש להביא בשלב הטיעונים לעונש..."

תיקון 113 הלך, בבסיסו, בעקבות הגישות דלעיל, אך לא במלואן, שכן הוא מאפשר לטעון, במסגרת הטיעונים לעונש, לנסיבות נוספות (אם כי רק בהתקיים אחת מאותן שתי אפשרויות שנזכרו לעיל).

אבקש לציין, כי כך עולה גם מהדברים שנאמרו בע"פ 5316/13 תאופיק מסאלחה נגד מדינת ישראל (9.12.13) (להלן: "ענין מסאלחה"), שם נאמר (כפי שצוטט בחוות דעתו של כבוד השופט סעב), כי לאחר כניסת תיקון 113 לתוקף "ניתן להסתמך על נסיבות הקשורות בביצוע העבירה שלא הוזכרו בכתב האישום, או שלא הוכחו, רק בהתאם למתווה שבסעיף 40 לחוק העונשין".



בענין **מסאלחה**, הורשע הנאשם על פי הודאתו בעובדות כתב האישום והיה זה הסנגור, דווקא, שביקש לטעון, בטיעוניו לעונש, לנסיבה מקלה, אשר לא בא זכרה בכתב האישום, זאת - על פי דברי הנאשם לקצינת המבחן, כפי הובאו בתסקיר שירות המבחן שהוגש לענין העונש, לפיהם הוא חש מאוים מהמתלונן. על כך אמר ביהמ"ש העליון, כי:

"מדובר במידע סובייקטיבי אותו מסר המערער לשירות המבחן. יודגש, כי לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113, ניתן להסתמך על נסיבות הקשורות בביצוע העבירה שלא הוזכרו בכתב האישום, או שלא הוכחו, רק בהתאם למתווה שבסעיף 40 לחוק העונשין (ראו: ע"פ 4697/10 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל (18.6.12)). במקרה הנדון, משלא התבקשה הוכחת עובדה נוספת הקשורה לביצוע העבירה במסגרת הטיעון לעונש, ניתן היה להתייחס אל תחושת האיום אך כנתון אותו מסר המערער לשירות המבחן ולא כאל עובדה מוכחת או מוסכמת".

16. בהתאם לס"ק (ד), ואף כי הדעת נותנת שיהא מדובר במקרים חריגים, אין, לטעמי, מקום לשלול, לחלוטין, זכותו של צד זה או אחר, לטעון, כי לא הייתה לו אפשרות לטעון לגבי הנסיבות הנוספות בשלב בירור האשמה. למעשה, אף ס"ק (ד) אינו שולל זאת (כפי שמסכים גם ב"כ המערער) שהרי, כאמור, נכתב בו במפורש "**בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2)**". כמו כן יש לזכור את החלופה השנייה - מניעת עיוות דין (חלופה שאיננה רלבנטית לענייננו).

ודוק: על אף שבענייננו מדובר בנסיבות נוספות לחומרה, חשוב לזכור, כי קיימים מצבים בהם הנאשם מבקש לטעון לנסיבות נוספות לקולא (כפי שאירע בענין **מסאלחה** לעיל) ולא למותר להדגיש, כי סעיף 40 חל על **שני** הצדדים, כך שכל שנקבע עיקרון השולל זכותה של המאשימה להביא ראיות לענין נסיבות ביצוע העבירה, בשלב הטיעונים לעונש, חל עיקרון זה גם על הנאשם.

17. לטעמי, נכון לומר, כי ס"ק **(א) לא** חל על מקרה בו הנאשם מודה, שאחרת אין משמעות לסיפא של ס"ק **(ד)** ושני טעמים לכך;

ראשית, ברי כי המחוקק ביקש להחיל הסדר שונה, מקום בו נאשם מודה - בין לאחר שמיעת ראיות ובין לפני כן - כפי שנאמר, במפורש, בס"ק **(ד)**.

שנית וזה העיקר - כאשר ביהמ"ש מכריע את הדין לגבי נאשם שלא הודה, נעשה הדבר לאחר ששני הצדדים מביאים ראיותיהם ומשמיעים סיכומיהם. לעומת זאת - החלה ישירה של ס"ק **(א)** על מקרה בו הנאשם מודה, עלולה להביא לכך, שביהמ"ש יקבע קביעות שונות לענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על פי הראיות שנשמעו בפניו עד מועד ההודיה, גם אם מדובר בראיות חלקיות בלבד, ללא שניתנה לצד שכנגד הזדמנות לטעון לגביהן. עם פרשנות כזו לא ניתן להסכין,



באשר היא פוגעת בזכות הטיעון ובזכות למשפט הוגן.

18. אכן, ראויה הפניית ב"כ המערער לסעיף **184 לחסד"פ** וראוי להקיש ממנו לענייננו, אם כי לא באופן מלא, אלא בכפוף להוראות סעיף **40**. סמכותו של ביהמ"ש להרשיע בעבירה, על פי עובדות שהוכחו בפניו, אך לא נטענו בכתב האישום, מותנית, על פי סעיף 184 לחסד"פ בכך, **"שניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן"**. תנאי נוסף הוא, ש"לא יוטל עליו בשל כך עונש חמור מזה שאפשר היה להטיל עליו אילו הוכחו העובדות כפי שנטענו בכתב האישום".

הסתמכות על עובדות נוספות אפשרית, אפוא, רק אם ניתנה לנאשם הזדמנות סבירה להתגונן. הזדמנות סבירה כזו יכולה להינתן, בנוגע לנסיבות הנוספות לענין העונש, לגבי נאשם שהודה, רק אם הראיות יובאו במסגרת הטיעונים לעונש, בטרם הנאשם הביא ראיותיו וטיעוניו הוא, לעונש.

19. לפיכך, על צד, המבקש להביא ראיות לענין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, שלא פורטו בכתב האישום, לעשות כן אך ורק בדרך הקבועה בס"ק **(ב)(2)**. עם זאת ברי, כי ככל שראיות אלה כבר הובאו במסגרת השלב של בירור האשמה, אין כל טעם ואין כל צורך להעיד שוב אותם עדים, או להגיש, שוב, אותם מוצגים, אלא די לבקש להפנות אליהם במסגרת הטיעונים לעונש.

נכון הוא, שנסיונות נוספות כאלה (ככל שהן מובאות על ידי התביעה, לחומרה), עלולות להחמיר את עונשו של הנאשם (הכל - במסגרת העבירה בה הודה), אולם זו הדרך בה בחר המחוקק לילך וטעמיה והגינה בצדה;

ראשית, יש לזכור, כי סעיף 184 לחסד"פ מדבר על הרשעה בעבירה נוספת ולא על נסיבות לחומרה, במסגרת אותה עבירה.

שנית, סבורה אני, כי ס"ק **(ד)** וסעיף **40**, בכלל, מאזנים נכונה בין כלל האינטרסים והזכויות, הן של הנאשם והן של הציבור. מתן אפשרות - הן לתביעה והן לנאשם, להביא ראיות לגבי נסיבות נוספות - הן לחומרה והן לקולא - במסגרת הטיעונים לעונש, תוך הגבלתה, כאשר הנאשם מודה, רק למקרים בהם ביהמ"ש שוכנע שלא ניתן היה לטעון לגביהם בשלב בירור האשמה, או כדי למנוע עיוות דין, מצמצמת עד מאד אפשרות לעשות כן במקרים בהם הנאשם מודה במסגרת הסדר טיעון, אולם משאירה, לשני הצדדים, פתח להבאתם, על פי שיקול דעת ביהמ"ש.

ברי, כי כאשר נערך הסדר טיעון, יכולים הצדדים להביא לידי ביטוי בכתב אישום מתוקן שיוגש, את כל אשר הוסכם ביניהם בהסדר. לכן, ראוי שהמקרים בהם יקבל ביהמ"ש ראיות לענין נסיבות נוספות, שלא באו לידי ביטוי בהסדר הטיעון המוסכם, יהיו נדירים וחריגים ביותר.

מאידך, כאשר נאשם מודה שלא במסגרת הסדר טיעון, יהא קל יותר לשכנע את ביהמ"ש שלא ניתן היה לטעון לראיות ולנסיבות נוספות במסגרת בירור האשמה.

ומן הכלל, אל הפרט - אל ענייננו אנו -



20. בענייננו, התקיימו נסיבות חריגות. בפתח הישיבה, שנקבעה לשמיעת סיכומי הצדדים (לאחר שנשמעו כל הראיות), הודה המערער, מיוזמתו, בכל עובדות כתב האישום, ללא כל הסדר טיעון.

וכך נכתב, מפי המערער, בפרוטוקול הישיבה הנ"ל, שהתקיימה ביום 2.12.13:

"לא רוצה לבזבז את זמנו של ביהמ"ש. רצינו להגיע להסדר, אבל הם לא רוצים להגיע להסדר. אני מצטער על כל מה שעשיתי, מודה בעובדות כתב האישום."

בעקבות כך הקריא כבוד השופט קמא לנאשם את עובדות כתב האישום "מילה במילה" ופירט את העבירות בהן הואשם והמערער אמר:

"אומר בצורה ברורה כי אני מודה בעובדות כתב האישום ואני מצטער על מה שהיה ומבקש לסיים את ההליך."

גם לאחר שבימ"ש קמא אפשר למערער לשוחח עם סנגורו, עמד המערער על דעתו והסנגור ציין שזו עמדתו העצמאית של המערער.

21. בימ"ש קמא אפשר, אפוא, למערער לחזור בו, כבקשתו, מכפירתו בכתב האישום והרשיעו על פי הודאתו במיוחס לו על פי כתב האישום.

הסנגור ביקש מבימ"ש קמא להזמין תסקיר שירות המבחן לענין העונש ואילו ב"כ המאשימה ביקשה להזמין תסקיר קרבן.

בימ"ש קמא נעתר לבקשת הסנגור, אולם דחה את בקשת ב"כ המאשימה בציינו: **"שקלתי את בקשת ב"כ המאשימה, להזמין תסקיר קרבן לא מצאתי להורות על הזמנת תסקיר כזה. המתלונן ובתו העידו בפני ויכולתי להתרשם מהם באופן בלתי אמצעי"**.

22. בטיעוניה לעונש, התייחסה המאשימה לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, לגביהן נשמעו ראיות במהלך ניהול התיק, תוך שהיא מפנה, אחת לאחת, לראיות הספציפיות שהובאו ולנסיבות, להן היא טוענת מכוחן ועליהן היא מבקשת לסמוך טיעוניה לענין הנסיבות הנוספות.

במצב דברים זה, ברי שניתנה למערער זכות טיעון לגבי אותן ראיות ונסיבות נוספות וניתן היה לקבוע (כפי שעשה בימ"ש קמא), כי חלה האפשרות הראשונה מתוך השתיים האמורות בסעיף **40(ב)(2)** וכי התמלאו התנאים האמורים בס"ק **(ב)(2)**. שהרי, לא יכולה להיות מחלוקת, שמאחר שההודיה נעשתה שלא במסגרת הסדר טיעון, לא נערכה בין הצדדים הידברות קודם להודיה ולא הייתה לתביעה הזדמנות להביא את הנסיבות, שלא נכללו בכתב האישום אך הוכחו במהלך שמיעת הראיות, במסגרת הסדר מוסכם כלשהו, או לטעון לגבי הנסיבות הנוספות, אלא במסגרת טיעוניה לעונש.



23. לא נעלם מעיניי, שב"כ המאשימה לא ציינה, בטיעוניה לעונש, את סעיף **40** ולא ציינה כי היא מפנה לראיות שהובאו, על פי סעיף זה, אולם היא פרטה פרט היטב, את הראיות הספציפיות עליהן היא מבקשת לסמוך וטענה לגביהן באופן ספציפי, כך שהייתה לסנגור הזדמנות להתנגד לכך.

הסנגור לא התנגד להגשת הראיות לענין הנסיבות הנוספות ואף לא התנגד לטיעון ומכך יש ללמוד הסכמה. בנוסף, הייתה לסנגור הזדמנות מלאה לטעון לגבי הנסיבות הנוספות, במסגרת טיעוניו הוא לעונש, כך שגדם זכות הטיעון של המערער לא נפגעה.

בימ"ש קמא התייחס, בגזר דינו, לסעיף **40** וקבע, כי הנסיבות הנוספות הוכחו בפניו ברמה הנדרשת - מעבר לספק סביר. לא למותר להזכיר בהקשר זה, כי בימ"ש קמא שמע את **כל** הראיות לרבות כל ראיות ההגנה - גרסת המערער לאירוע, כך שכלל שבימ"ש קמא השתכנע, ברמת ההוכחה הנדרשת, בנכונות הראיות שהובאו בפניו, רשאי היה לקבוע ממצאים מבוססים לגבי הנסיבות הנוספות ולהביאן בחשבון לענין העונש, כפי שאמנם עשה.

24. פסק הדין אליו הפנה ב"כ המערער במסגרת בקשתו לצירוף אסמכתא - תפ"ח (מחוזי חיפה) 39285-07-13 **מדינת ישראל נגד ק** (29.4.14) (להלן: "**ענין ק**"), נבדל מענייניו הבדל מהותי ומכך ההבדל בתוצאתו, אולם ראיית ביהמ"ש, שם, את ס"ק **(ב)(2)** בהתייחס לס"ק **(ד)** עולה בקנה אחד עם האמור לעיל.

בענין **ק**, הגיעו הצדדים להסדר טיעון, על פיו הוגש כתב אישום בו נכללו העובדות המוסכמות על הצדדים. בנוסף, ביהמ"ש שמע רק חלק מפרשת התביעה ולנאשם לא ניתנה הזדמנות להתגונן נגד העובדות מהותיות עליהן ביקשה המאשימה להסתמך בטיעוניה לעונש - עובדת היות הקטינה (קורבנם של הנאשם ושותפו לעבירה), בתו החורגת של הנאשם ובעיקר - ידיעת **הנאשם** את גילה ואת היותה קטינה, בפרט כאשר הוא לא הואשם בעבירה שבה גיל הקורבן מהווה אחת מיסודותיה.

עם זאת, ציין ביהמ"ש בענין **ק**, כי: "**כאשר מדובר בהסדר טיעון ובו שלב 'בירור האשמה' נעשה בעצם בהודאת הנאשם בעובדות המוסכמות בכתב האישום, רק במקרים נדירים - כשלא היתה הזדמנות להביא ראיות או כדי למנוע עיוות דין - תותר הפנייה לעובדות שאינן מנויות בכתב האישום המוסכם**" (עמ' 9 לפסה"ד. ההדגשה אינה במקור) - היא המסקנה העולה אף מדבריי לעיל.

25. סופו של דבר, על אף שסבורה אני שטוב הייתה עושה ב"כ המאשימה בבימ"ש קמא, לו הייתה מציינת, במפורש, בטיעוניה לעונש, שהיא מבקשת להסתמך על ס"ק **(ד)(2)**, לענין הראיות והנסיבות הנוספות אליהן הפנתה, הרי בנסיבות הספציפיות של מקרה זה, כפי שפורטו לעיל, לא נפגעה זכות כלשהי מזכויות הנאשם ואין מקום להתערב בהחלטת בימ"ש קמא בענין זה.

השאלה השניה - הפעלת שני המאסרים על תנאי, שהיו תלויים ועומדים נגד המערער - בחופף או במצטבר זה לזה ?



26. ב"כ המערער נסמך על סעיף 58 לחוק, הקובע, 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", וטוען, כי סעיף זה מהווה חריג לכלל האמור בסעיף 45 לחוק, הקובע, כלל של חפיפת עונשי מאסר. לשיטתו, כלל זה בא לידי ביטוי גם בסעיף 40(א) לחוק.

לטענתו, על אף ששני המאסרים על תנאי הושתו על המערער בשני אירועים קודמים, נפרדים, הרי מאחר ששניהם הופעלו בגין אירוע בודד אחד - בו הורשע הנאשם בכתב האישום בתיק דנן - היה על בימ"ש קמא להפעילם בחופף זה לזה, גם אם במצטבר לעונש המאסר בפועל אותו השית בימ"ש קמא על המערער, תוך שהוא מפנה לפסק הדין שניתן ברע"פ 4935/12 מוחמד עאמר נ' מדינת ישראל (13.1.2013) (להלן: "ענין עמאר").

לא מצאתי בתשובת ב"כ המערער התייחסות ספציפית לשאלה המשפטית של חפיפה בין המאסרים על תנאי לבין עצמם, פרט להפניה אל סעיף 58 לחוק ושלילת תחולת סעיף 45 לחוק על ענייננו, בשל נסיבותיו העובדתיות.

דיון והכרעה בשאלה השניה -

27. לאחר ששקלתי את טיעוני הצדדים, על רקע הוראות החוק הרלבנטיות ועל רקע הפסיקה, סבורה אני, כי ברירת המחדל באשר למספר מאסרים על תנאי, המופעלים בגין עבירה נוספת, היא חפיפתם אלה לאלה, באופן שרק המאסר על תנאי הארוך מביניהם, יצטבר לעונש המאסר המוטל על הנאשם בגזר הדין.

28. אבהיר, כי לא ניתן ללמוד זאת מפסק דין עמאר אליו הפנה ב"כ המערער בסיכומיו ולא מצאתי פסיקה הדנה, בשאלה ספציפית זו.

בענין עמאר [שנפסק בטרם בוטל סעיף 45(א) לחוק], נדונה השאלה, מהי ברירת המחדל בהפעלת מאסרים מותנים, "מפוצלים", שהושתו באותו גזר דין, בעוד שבענייננו מדובר במאסרים מותנים שהושתו בשני גזרי דין שונים. ענין עאמר אינו יכול לעזור למערער גם משום שביהמ"ש העליון דחה את בקשת רשות הערעור בקבעו, כי המנגנון של השתת מאסרים על תנאי, הקבוע בסעיף 52 לחוק, "לא הוטמע בדין הפלילי במטרה להקל עם הנאשם", אלא "ביסודו של מנגנון המאסר על תנאי גלומה התכלית של הרתעת הנאשם מפני שיבה לסורו".

29. גם בענין מסרואה - ע"פ 4517/04 - אחמד מסרואה נ' מדינת ישראל . פ"ד נט(6), 119, [אשר גם הוא ניתן טרם ביטולו של סעיף 45(א) לחוק], התבקש ביהמ"ש להפעיל שני מאסרים על תנאי שהושתו על הנאשם בגזר דין אחד, שניתן במקרה בו הואשם הנאשם והורשע, באותו כתב אישום, בשתי עבירות - נשיאת נשק שלא כדין וכן חבלה בכוונה מחמירה.

ביהמ"ש העליון קבע, כי בשל כך שמדובר במאסרים מותנים שהוטלו בגין הרשעה בשתי עבירות, עמוד 21



אין מדובר בענישה כפולה בגין אותו מעשה וניתן להפעיל את שני התנאים, מה גם שבכתב האישום בגינו נגזר הדין בענין מסרואה, הורשע הנאשם גם כן בשתי עבירות שהפעילו את שני התנאים - נשיאת נשק ללא רשות וניסיון לפצוע בנסיבות מחמירות. (בשאלת הפעלת התנאי בשל עבירת ניסיון נחלקו דעות השופטים, אולם שאלה זו איננה רלבנטית לענייננו).

בענין מסרואה קבע ביהמ"ש, כי סעיף **58 אינו** פותר את השאלה בדבר היחס בין שני המאסרים המותנים, אשר הפכו לבני-הפעלה לנוכח הפרת התנאים שנקבעו להם. בהעדר קביעה בגזר דינו של בימ"ש קמא, לענין שאלת החפיפה ולאור סעיף **45(א)**, שהיה קיים אז, קבע ביהמ"ש העליון, כי יש לחפוף בין המאסרים והוסיף ואמר:

"אכן, צבירתם של מספר עונשים תתאים בעיקר לסיטואציה שבה בין מספר עבירות אין כל זיקה, או כאשר חומרתן המופלגת של העבירות מחייבת כי העונשים ירוצו במצטבר. אולם, מקום בו יש לראות במספר עבירות כמשתייכות למסכת עבריינית אחת, כי אז הכלל הוא כי העונשים בגינם יחפפו זה את זה (ראו ע"פ 267/78 שלמה חליוואה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(1), 396, 401-402). כזה הוא המקרה שבפנינו, בו לעבירה בדבר נשיאתו של הנשק ללא היתר, זיקה של ממש לביצועה של העבירה האחרת בה הורשע המערער, שעה שניסה לפגוע מאותו נשק בחוסאם."

ודוקו: גם במקרה כזה אין חובה לחפוף בין המאסרים על תנאי, אלא מדובר ב"כלל" ממנו רשאי, כמובן, ביהמ"ש לסטות, בהתאם לנסיבות שבפניו ולפי שיקול דעתו.

30. מסעיף **58** לחוק עולה, כי ברירת המחדל הקבועה בו (של הפעלה במצטבר), חלה על הפעלת מאסר על תנאי אחד ולא יותר. אביא להלן, שוב, את לשון הסעיף, תוך הדגשת מילותיו המצביעות על כך:

"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."**

עינינו הרואות; מדובר על עונש מאסר על תנאי (ולא על עונשי מאסר על תנאי) וכן על שתי התקופות ולא על מספר התקופות, או כל התקופות.

31. סבורתני, כי את התשובה לשאלה ניתן למצוא בסעיף **59** לחוק, הקובע:

"מי שהופעל נגדו מאסר על תנאי יתחיל לשאתו ביום מתן הצו המפעיל את המאסר, זולת אם ציווה בית המשפט שיתחיל ביום אחר."

ברירת המחדל על פי סעיף זה, היא, אפוא, התחלת נשיאת מאסר על תנאי **"ביום מתן הצו המפעיל את המאסר"**, היינו - ביום מתן גזר הדין.



מכאן ומאחר שסעיף **58** חל רק על מאסר על תנאי אחד המופעל, התוצאה היא, שכאשר מופעלים שני מאסרים על תנאי (או יותר) בגין אותה עבירה, יש להחיל את ברירת המחדל (של צבירה), אשר בסעיף **58** רק על אחד מהם ואילו על השאר תחול ברירת מחדל של חפיפה. חפיפת המאסרים על תנאי זה לזה והפעלת סעיף **58** לחוק, מביאה, לכך שהמאסר על תנאי הארוך ביותר הוא זה אשר מצטבר למאסר בפועל שהושת בגזר הדין. התוצאה היא, שהמאסר על תנאי הארוך מבין המאסרים על תנאי שהם בני הפעלה, יופעל במצטבר (כאמור בסעיף **58** לחוק) ואילו הפעלת שאר המאסרים על תנאי, תחל עם מתן גזר הדין, היינו - תחפוף את המאסר על תנאי הארוך ביותר. [למעלה מן הצריך ורק כדי לסבר את האוזן אומר, כי תוצאה זו הולמת גם את רוח האמור בסעיפים **45(ב)** ו-**45(ג)**, על אף שאין הם חלים ישירות על סיטואציה כזו].

ראו, בענין זה את האמור בסעיף 4 לפסק הדין שניתן על ידי כבוד ס. הנשיא, השופט אילן שיף, בת"פ (מחוזי חיפה) 2068-07-09 **מדינת ישראל נ' עמאש** (2.11.2009).

לא למותר להדגיש, שוב, כי זו ברירת המחדל וכי ביהמ"ש מוסמך להורות, במפורש, כי כל המאסרים על תנאי שהופעלו ירצו במצטבר אלה אלה (באופן מלא או חלקי) - הכל לפי שיקול דעתו.

בהפעלת שיקול דעתו, אם לצבור מאסרים על תנאי, בינם לבין עצמם, על ביהמ"ש להביא בחשבון את אשר נאמר בענין **מסרואה**, לאמור - מקום בו יש לראות במספר עבירות כמשתייכות למסכת עבריינית אחת, ראוי (ושוב - אין חובה), שעונשי המאסר על תנאי המופעלים, יחפפו בינם לבין עצמם.

ומכאן - לענייננו -

32. נגד המערער היו תלויים שני מאסרים על תנאי בני הפעלה, שהוטלו עליו בשני גזרי דין נפרדים, בגין עבירות אלימות.

מגזר דינו של בימ"ש קמא עולה, כי כבוד השופט קמא סבר, כי הכלל הקבוע בסעיף **58** לחוק העונשין חל על שני המאסרים על תנאי, היינו - כי עליו להורות על ריצוי שני המאסרים על תנאי במצטבר לעונש המאסר שהוא השית על המערער ובמצטבר ביניהם לבין עצמם. לכן סבר בימ"ש קמא, כי אם ברצונו לחפוף בין המאסרים על תנאי, נדרש הוא למצוא נסיבות מיוחדות - "טעמים שירשמו", שיש בהם כדי להביא לסטייה מהכלל וכאלה לא נמצאו על ידו.

כאמור - דעתי שונה. סבורה אני, כי לא היה צורך בטעמים שיירשמו כדי להורות על חפיפה בין המאסרים על תנאי. נהפוך הוא; ראוי היה ליתן משקל לכך שהם מופעלים בגין מסכת עובדתית אחת - בגין עבירה נוספת אחת.

33. קראתי את התוספת שהוסיף השופט סעב לחוות דעתו (מסעיף 39 ואילך), בעקבות חוות דעתי ואבקש להוסיף הבהרה, בהתייחס לפסה"ד של ביהמ"ש המחוזי (בתיק עפ"ג (חי') 14694-03-10 **מדינת ישראל נגד גאבר גבארין** (10.6.2010) (להלן: "**ענין גבארין**"), אליו הפנה השופט סעב בסעיף 45 לחוות דעתו.



אבקש להבהיר, כי בענין **גבארין** הנ"ל, הודה המערער בשמונה עבירות - 3 עבירות התפרצויות וגניבה, 3 עבירות סמים ועוד שתי עבירות נוספות, כך שהמאסרים על תנאי הופעלו לא בגין עבירה אחת - כפי הענין שבפנינו - אלא בגין מספר עבירות, שבוצעו בהזדמנויות שונות, כלומר - כל מאסר על תנאי הופעל בגין עבירה אחרת.

ואמנם, אמרנו שם, כי: " **הכלל צריך להיות שעונש מותנה שגזר בית משפט בהליך קודם יבוא לידי ביטוי באופן שבו לא יבלע בעונש אחר שגזר בית משפט, רק מהטעם שהנאשם שהורשע בוחר לצרף מספר רב של אישומים ולהודות בהם**" (ההדגשה אינה במקור).

34. אכן, מעשהו של המערער חמור הוא עד מאד ונסיבותיו חמורות אף הן ומצביעות על אדם אלים ומסוכן. אף עברו מכביד, במיוחד בעבירות אלימות וכל נימוקיו של בימ"ש קמא, לחומרה ולקולא, נכונים ותקפים ואין להוסיף עליהם או לגרוע מהם.

עם זאת, בשים לב לכל אמור לעיל, סבורה אני כי נכון יהא לחפוף חלק מהמאסרים על תנאי, בינם לבין עצמם. אבהיר, כי על אף ששני המאסרים המותנים מופעלים בגין אותה מסכת עובדתית, הרי בשל הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כפי שבאו לידי ביטוי בחומר שהיה בפני בימ"ש קמא וכפי שפורטו על ידו בגזר הדין, סבורה אני שיש ליתן משקל רב יותר לאינטרס הציבורי ובהתאם - להורות על חפיפת חלק מהמאסר הקצר למאסר הארוך ולא על חפיפת כולו.

לפיכך, לזו דעתי תישמע, נורה כי מחצית תקופת המאסר על תנאי בן 10 החודשים, שבימ"ש קמא הורה על הפעלתו בסעיף 25(ב)(1) לגזר דינו תופעל בחופף למאסר על תנאי שהופעל בסעיף 25(ב)(2) לגזר הדין ומחציתו - במצטבר לו, באופן שסך תקופת המאסר שירצה הנאשם תהא בת 37 חודשים בלבד. עוד נורה, כי יתר חלקי גזר דינו של בימ"ש קמא יוותרו על כנם.

תמר שרון-נתנאל, שופטת

השופט עודד גרשון [אב"ד]:

אני מסכים לאמור בחוות דעתה היסודית והמנומקת של חברתי השופטת תמר שרון-נתנאל.



עודד גרשון, שופט [אב"ד]

אשר על כן הוחלט, בדעת רוב השופטים תמר שרון-נתנאל ועודד גרשון, לקבל את הערעור באופן המפורט בסעיף 34 לחוות דעתה של השופטת תמר שרון-נתנאל.

ניתן היום, כ"ט אייר תשע"ד, 29 מאי 2014, במעמד הצדדים.

תמר שרון-נתנאל, שופטת

כמאל סעב, שופט

עודד גרשון, שופט
[אב"ד]