|  |
| --- |
| **בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים** |

|  |
| --- |
| **ע"פ 5750/16** |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט ס' ג'ובראן |
|  | כבוד השופט י' עמית |
|  | כבוד השופטת ע' ברון |

|  |  |
| --- | --- |
| המערערת: | מדינת ישראל |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיב: | ג'מאל חשאן |

|  |
| --- |
| ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 6.6.2016 ב-[ת"פ 29346-08-14](http://www.nevo.co.il/case/17976795) [פורסם בנבו] שניתן על-ידי כבוד השופטת מ' ברנט |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | כ"ב בחשון התשע"ז | (23.11.2016) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערערת: | עו"ד אופיר טישלר |
| בשם המשיב:  בשם שירות המבחן: | עו"ד שלומי בלומנפלד  עו"ס ברכה וייס |

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [40ג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.b), [381(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.2), [381(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.c), [402(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/402.b), [499(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/499.a.1)

[חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320)

מיני-רציו:

\* ביהמ"ש העליון התערב בעונש שהוטל על המשיב הן מן הטעם שלא היה יסוד לסטייה ממתחם הענישה ההולם שנקבע והן ובעיקר בשל היעדר קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו – שוד מתוכנן של זוג קשישים – ומידת אשמו של המשיב, לבין סוג ומידת העונש שהוטל עליו. נפסק כי עונשו של המשיב יועמד על 12 חודשי מאסר בפועל חלף 6 חודשי המאסר שהושתו עליו לריצוי בדרך של עבודות שירות.

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: עבירות נגד קשישים

\* עונשין – ענישה – מדיניות ענישה: שוד

\* עונשין – ענישה – ניכוי ימי מעצר

\* עונשין – ענישה – התערבות ערכאת הערעור

\* עונשין – ענישה – שיקולי ענישה

.

ערעור על קולת העונש שנגזר על המשיב, לאחר שהורשע על פי הודאתו, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות של תקיפה לשם גניבה בנסיבות מחמירות וקשירת קשר לביצוע פשע. המתלוננים הם זוג קשישים, חסרי ישע ש"נבחרו" על ידי הקושרים תוך ניצול היכרותו של המשיב עימם. המשיב לקח חלק בפעולות ההכנה לשוד; השתתף באירוע עצמו; היה עד לאלימות הפיזית ולאיומים נגד המתלוננים; ורכבו שימש להגעה ולהימלטות מזירת האירוע. בגזה"ד, הוטל על המשיב עונש של 6 חודשי מאסר בפועל שירוצו בעבודות שירות; עונשי מאסר על תנאי, ופיצוי למתלוננים בסך 30,000 ₪.

.

ביהמ"ש העליון (מפי השופטת ע' ברון, בהסכמת השופטים ס' ג'ובראן וי' עמית) קיבל את הערעור מהטעמים הבאים:

כלל הוא שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור במידת העונש שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם העונש שנגזר חורג במידה ניכרת מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים או כאשר דבק פגם מהותי בגזר הדין. הדברים נכונים ביתר שאת שעה שהערעור מכוון נגד קולת העונש ולא כלפי חומרתו, שכן כידוע ערכאת הערעור אינה נוטה למצות את הדין עם הנאשם. עם זאת, המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים חריגים, המצדיקים התערבות בגזר דינה של הערכאה הדיונית.

קביעה זו נובעת הן מן הטעם שלא היה יסוד לסטייה ממתחם הענישה ההולם שנקבע – בין 12 ל-22 חודשי מאסר בפועל; והן ובעיקר בשל היעדר קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של המשיב, לבין סוג ומידת העונש שהוטל עליו. מעשיו של המשיב הם מעשים חמורים ואכזריים ויש לגנותם מכל וכל.

המעשה בוצע תוך ניצול האמון שנתנו המתלוננים במשיב ובמבצעים האחרים על רקע היכרות קודמת עימם. מעשים מעין אלה, ה"מסמנים" אוכלוסייה חסרת ישע רק משום היותה כזאת, יש להוקיע מכל וכל – ובין היתר באמצעות ענישה מרתיעה של מי שמנצל את חולשתו ומצוקתו של אחר על מנת לצלוח מעשה עבירה; לא כל שכן כאשר כל מטרתו של מבצע העבירה היא בצע כסף ותו לא. במקרה דנן אף ננקטה אלימות כלפי המתלוננים ופוטנציאל הנזק הוא חמור, ורק מקרה הוא שלא נגרם נזק פיזי של ממש למתלוננים. נוסף לכך, ניתן אך לשער את גודל הטראומה והנזק הנפשי שהסב להם האירוע, ואת הפגיעה העזה בתחושת הביטחון של המתלוננים בביתם ובאמון שהם נותנים בסובבים אותם. במעשים מן הסוג שאותם ביצע המשיב טמונה חומרה יתרה שכן הם כורכים בתוכם איום ממשי על הסדר החברתי, מערערים את הביטחון האישי בקרב הציבור בכללותו ופוגעים בשלומם ובשלוותם של הקורבנות. העונש שהשית ביהמ"ש המחוזי חורג לקולה באופן מובהק ומהותי מרף הענישה המקובל והראוי ומחטיא את מטרות הענישה. עבירות המכוונות כלפי אוכלוסיה של קשישים ומבוגרים שעימה נמנים המתלוננים, שהם "טרף קל" לעבריינים חסרי לב, הפכו למרבה הצער לחזון נפרץ ושומה על ביהמ"ש באמצעות גינוי וענישה מרתיעה להוקיע עבירות ומעשים מעין אלה.

אף לא ניתן להסכין עם הסטייה שסטה ביהמ"ש המחוזי ממתחם העונש שנקבע על ידו כאשר ניכה, בנוסף לימי מעצרו של המשיב מאחורי סורג ובריח, גם חלק מן התקופה שבה היה מוחזק במעצר בפיקוח אלקטרוני. כפי שנפסק בעבר, בדומה למעצר בית, אין לנכות את ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר. ההתחשבות במשך התקופה שבה הנאשם שהה בפיקוח אלקטרוני צריכה להיעשות כשיקול לקולה בבואו של ביהמ"ש לגזור את עונשו של נאשם.

עם זאת, לעניין טענת המדינה כי [סעיף 40ג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מאפשר חריגה מן המתחם לקולה משיקולי שיקום בלבד, הוער כי כבר נפסק בערכאה זו כי חרף האמור בסעיף זה, ניתן במקרים חריגים ונדירים לסטות ממתחם העונש ההולם אף משיקולי צדק – כאשר הדבר מתחייב מנסיבות העניין. השאלה, אם התחשבות בתקופה שבה היה נאשם מצוי במעצר בפיקוח אלקטרוני יכול שתבוא בגדר אותם שיקולי צדק המאפשרים במקרים חריגים סטייה ממתחם העונש ההולם, הושארה בצריך עיון.

סופו של דבר, ותוך התחשבות בכך שאין דרכה של ערכאת ערעור למצות את העונש, נפסק כי עונשו של המשיב יועמד על 12 חודשי מאסר בפועל חלף 6 חודשי המאסר שהושתו עליו לריצוי בדרך של עבודות שירות. מתקופת המאסר ינוכו הימים שבהם היה נתון במעצר מאחורי סורג ובריח (4 חודשים). שאר רכיבי העונש יישארו על כנם.

|  |
| --- |
| **פסק-דין** |

השופטת ע' ברון:

1. לפנינו ערעור על קולת העונש שנגזר על המשיב, לאחר שהורשע על פי הודאתו בעבירות של תקיפה לשם גניבה בנסיבות מחמירות וקשירת קשר לביצוע פשע במסגרת הסדר טיעון שאליו הגיעו הצדדים. ביום 6.6.2016 גזר בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (השופטת מ' ברנט) על המשיב 6 חודשי מאסר בפועל שירוצו בעבודות שירות; 8 חודשי מאסר על תנאי למשך 3 שנים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירות שבהן הורשע ועבירות אלימות או רכוש מסוג פשע; 6 חודשי מאסר על תנאי, למשך 3 שנים, והתנאי הוא שלא יעבור עבירות אלימות או רכוש מסוג עוון; וכן פיצוי למתלוננים בסך 30,000 ש"ח. יוער כי בעקבות האירוע היה המשיב נתון במעצר מאחורי סורג ובריח החל מיום 10.8.2014 ועד ליום 10.12.2014; מיום 11.12.2014 ועד היום הוא נתון במעצר בית בפיקוח אלקטרוני, ומחודש פברואר 2016 אושרה יציאתו של המשיב לעבודה ומדובר הלכה למעשה במעצר בית לילי בלבד עם איזוק אלקטרוני. לבקשת המערערת ובהסכמת המשיב, משהוגש הערעור עוכב עונש המאסר בעבודות שירות, עד להחלטה אחרת.

כתב האישום והסדר הטיעון

2. נגד המשיב, כיום בן 44 נשוי ואב לשלושה, ללא עבר פלילי קודם, הוגש כתב אישום מתוקן (להלן: כתב האישום) במסגרת הסדר טיעון שייחס לו עבירה של תקיפה לשם גניבה בנסיבות מחמירות לפי [סעיף 381(א)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.a.2) בצירוף [סעיף 381(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/381.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין), וכן עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע לפי [סעיף 499(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/499.a.1) לחוק העונשין. עוד במסגרת הסדר הטיעון – שאליו הגיעו הצדדים עקב קשיים ראייתיים שטיבם אינו ידוע לבית משפט זה – נקבע כי לעניין העונש המערערת תגביל את עצמה לדרישה של 22 חודשי מאסר בפועל, ואילו המשיב יטען באופן חופשי; וכי למתלוננים ישולם פיצוי בסכום כולל של 30,000 ש"ח. יצוין כי המערערת דרשה פיצוי בסך של 25,000 ש"ח בלבד, והמשיב הוא שהציע להוסיף סך של 5,000 ש"ח לסכום זה, בשל תחושת הצער והחרטה שחש לדבריו.

על פי עובדות כתב האישום, עובר לביצוע המעשים המיוחסים לו, ביצע המשיב עבודות אינסטלציה בדירתם של זוג קשישים, ילידי 1921 ו-1928 (להלן: המתלונן, המתלוננת והמתלוננים, לפי העניין). לאחר מכן, תוך ניצול היכרותו עם דירת המתלוננים, קשר המשיב קשר עם שניים נוספים לביצוע שוד בדירה: אבי לב (להלן: אבי) ואדם אחר שזהותו אינה ידועה למערערת, וטרם נתפס עד ליום זה (להלן: האחר). במסגרת הקשר ולשם קידומו נפגשו השלושה (להלן: הקושרים) בביתו של אבי, ובפגישה שיתף אבי את המשיב והאחר בפרטים הידועים לו על מבנה הדירה, המתלוננים המתגוררים בה, והחפצים שניתן לגנוב מהם – פרטים שאותם למד משהייתו בדירת המתלוננים. כפעולת הכנה לביצוע השוד הגיעו המשיב ואבי לדירת המתלוננים על מנת לבחון אותה, דפקו בדלת וביקשו מהמתלוננת לבצע עבודות אינסטלציה נוספות בדירה – אך היא סירבה להכניסם.

לאחר מועד זה, נפגשו הקושרים שוב ביום 20.5.2014 בביתו של אבי והתכוננו לביצוע השוד. לשם כך השלושה הצטיידו בתיק גב, נייר דבק רחב וחוטי בד, ונסעו יחד ברכבו של המשיב לדירת המתלוננים. בשעה 13:30 לערך הגיעו הקושרים לדירה, ולאחר שהמתלונן פתח את דלת הכניסה, אבי או האחר אחזו בפניו ובידו וגררו אותו לחדרים האחרים בדירה. המתלוננת שראתה את המתרחש נפלה ארצה והחלה לזעוק לעזרה, ואז האחר איים עליה שאם לא תחדל מצעקותיה הוא יכה בה בפנס שנמצא במגירה בדירה וידביק את פיה עם נייר הדבק שהביאו עימם. מפחד ממימוש האיום, חדלה המתלוננת מן הזעקות. הקושרים נטלו מן הדירה, תוך שהם מאיימים ומשגיחים על המתלוננים, כסף מזומן בסך 1500 ש"ח; תכשיטי זהב בשווי של כ-3000 ש"ח; מכשיר טלפון נייד של המתלונן; תיק עם מסמכים; שעון יד; ואת תעודת הזהות של המתלוננת. לאחר מכן נמלטו הקושרים מן המקום ברכבו של המשיב.

3. מעובדות כתב האישום עולה אפוא כי המשיב לקח חלק בפעולות ההכנה לשוד; השתתף באירוע עצמו; היה עד לאלימות הפיזית ולאיומים נגד המתלוננים; ורכבו שימש להגעה ולהימלטות מזירת האירוע. עם זאת, יוער כי אין חולק שלפי כתב האישום לא מיוחסת למשיב נקיטת האלימות הפיזית בעצמו כלפי המתלוננים. ביום 18.10.2015, ולאחר שהצדדים הביעו את הסכמתם להסדר הטיעון, הרשיע בית המשפט המחוזי (השופטת ל' ברודי) את המשיב על פי הודאתו בעבירות שיוחסו לו כמפורט בסעיף 1 לעיל.

להשלמת התמונה העובדתית יצוין כי אבי הורשע על פי הודאתו ובמסגרת עסקת טיעון, בעבירות של קשירת קשר לביצוע פשע לפי [סעיף 499(א)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/499.a.1), וביצוע שוד בחבורה לפי [סעיף 402(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/402.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). ביום 9.2.2015 נגזרו על אבי עונש של 42 חודשי מאסר בפועל וכן עונשים נלווים. על אף ניסיונות לאתר את האחר, זהותו לא ידועה למשטרה והוא טרם הובא לדין.

תסקירי שירות המבחן

4. לבית המשפט הוגשו שני תסקירים מאת שירות המבחן בעניינו של המשיב. מן התסקיר הראשון מיום 18.1.2016 עולה כי בשנים האחרונות חלה הדרדרות במצבו הנפשי והתפקודי של המשיב, הוא נקלע לחובות ועסקיו קרסו, עד כי בשנת 2013 אושפז במרכז רפואי לבריאות הנפש. במהלך האשפוז קיבל המשיב טיפול תרופתי שבו התמיד גם בתום האשפוז; ועוד לאחר האשפוז המשיך המשיב במעקב מרפאתי אחר מצבו והשתתף בקבוצות טיפוליות. עם זאת, עולה כי לאחר האירוע נושא ערעור זה הפסיק המשיב את הטיפול התרופתי וניתק את הקשר עם גורמי הטיפול. בהתייחס לעבירה, התרשמות שירות המבחן הייתה כי על אף שהמשיב הביע תחושות חרטה, צער וכאב כלפי המתלוננים, בד בבד הלה הפחית ממידת אחריותו באירוע ואף השליך את האחריות על המתלוננים שאפשרו את כניסתם לבית של הקושרים. שירות המבחן העריך שקיים סיכון בינוני-גבוה להישנות התנהגות אלימה ברמת חומרה בינונית מצד המשיב. מכל האמור, ובפרט בשל קשיי המשיב לגלות הכרה ויכולת התבוננות מעמיקה בדפוסי התנהגות אלימים מצידו, התרשם שירות המבחן שלא נוצר ולו פתח לבחינת אפיקי שיקום.

תסקיר משלים נערך ביום 23.3.2016, לבקשת המשיב ולנוכח טענתו כי בשל קשיי שפה לא הבין את שנאמר לו במסגרת עריכת התסקיר הראשון. בתסקיר המשלים, שנערך בסיוע מתורגמן, המשיב לדבריו נטל על עצמו אחריות מלאה למעשיו. ואולם, התרשמות שירות המבחן נותרה כי המשיב מבקש לצמצם את אשמו בכך שאת הסיבה לביצוע המעשים תלה כעת בנטילת תרופות פסיכיאטריות שלטענתו השפיעו באופן שלילי על התנהגותו. כן, תיאר עצמו המשיב כמי שיכול לדאוג לשיקומו בכוחות עצמו, וכי אין לו צורך במסגרות טיפוליות. במצב דברים זה, לא מצא שירות המבחן לנכון לשנות מקביעתו שלפיה לא קיים כל פתח להליך שיקומי בעניינו של המשיב.

גזר הדין בבית המשפט המחוזי

5. ביום 6.6.2016 גזר בית המשפט את דינו של המשיב (השופטת מ' ברנט). בבואו לשרטט את מתחם העונש ההולם נתן בית המשפט דעתו לאופיים החמור של מעשי המשיב; לכך שהמעשים בוצעו כנגד קשישים חסרי ישע ש"נבחרו" על ידי הקושרים תוך ניצול היכרותם עם המתלוננים; ולכך שהעבירות נעשו תוך תכנון מוקדם והיו כרוכות בהתארגנות. מנגד, לזכות המשיב ציין בית המשפט כי המשיב הורשע בעבירות של קשירת קשר ותקיפה לשם גניבה בנסיבות מחמירות ולא בעבירת השוד החמורה יותר, שבה הורשע שותפו אבי; כי לא מיוחס לו חלק אקטיבי באלימות הפיזית שננקטה כלפי המתלוננים; ואת העובדה שהמשיב לקח אחריות על מעשיו, הודה במיוחס לו חרף קשיים ראייתיים בעניינו, וחסך את הצורך בהעדת המתלוננים. נוסף על כן, נתן בית המשפט את דעתו למדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מעין אלו; וכן עמד על ההבחנה הנדרשת לגישתו בין עניינו של אבי, שעליו הושתו 42 חודשי מאסר בפועל, לבין עניינו של המשיב – ובעיקר העבירה הפחותה בחומרתה שבה הורשע המשיב אל מול עבירת השוד שבה הורשע אבי. לבסוף, גדר בית המשפט המחוזי את גבולות מתחם העונש ההולם וקבע כי הוא נע בין 12 ל-22 חודשי מאסר בפועל.

6. אשר לקביעת העונש בתוך המתחם, התחשב בית המשפט המחוזי בנסיבותיו האישיות של המשיב כעולה מהתסקירים – ובפרט המצוקה הכספית והנפשית שאליה נקלע קודם לביצוע המעשים; היות המשיב בעל משפחה ואב לשלושה ילדים; מידת הפגיעה של עונש מאסר ראשון במשיב ובמשפחתו; היעדר עבר פלילי; נטילת אחריות על מעשיו ובקשתו להגדיל את סכום הפיצוי למתלוננים; התקופה הממושכת שבה שהה המשיב במעצר בפיקוח אלקטרוני; וכן בעובדה שמעורב נוסף לא הועמד לדין. מנגד, ציין בית המשפט כי המשיב אינו נוטה להיעזר בגורמי הטיפול ושהפסיק על דעת עצמו את הטיפול הנפשי, ואת עמדת שירות המבחן שלא בא בהמלצה שיקומית בעניינו של המשיב.

סופו של דבר, קבע בית המשפט המחוזי כי בדעתו להשית על המשיב 12 חודשי מאסר בפועל, בניכוי ימי מעצרו. ואולם, בית המשפט ניכה מן המאסר לא רק את ימי המעצר מאחורי סורג ובריח (4 חודשים), אלא גם חלק מן התקופה שבה היה המשיב נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני; ולאחר שעשה כן, גזר בית המשפט על המשיב עונש של 6 חודשי מאסר לריצוי בעבודות שירות וכן עונשים נלווים שצוינו לעיל. בהסכמת הצדדים, ביום 21.7.2016 עוכב כאמור ביצוען של עבודות השירות (החלטת השופט י' עמית).

הערעור

7. ביום 17.11.2016 ערך שירות המבחן תסקיר שלישי בעניינו של המשיב לקראת הדיון בערעור על גזר הדין. מן התסקיר עולה כי החל מיום 1.10.2015 המשיב עובד במשרה חלקית באיטליז, ושלטענת מעסיקו הוא מבצע את עבודתו היטב, ואדיב עם לקוחותיו. כן צוין כי המשיב שילם את הפיצוי למתלוננים שהוטל עליו בבית המשפט המחוזי בסך 30,000 ש"ח. עם זאת, עולה מן התסקיר כי על אף שהמשיב מבטא תחושת כאב, צער ואמפתיה כלפי המתלוננים – עדיין הוא נוטה לטשטש ולצמצם את מעורבותו באירוע, ומשליך את האשמה במידה רבה על אבי ולחלופין הוא מייחסה לתרופות שנטל באותה עת. אי לכך, גם במקרה זה חזר שירות המבחן וקבע כי אין בידו לבוא בהמלצה שיקומית בעניינו של המשיב.

8. המערערת משיגה על קולת העונש שהושת על המשיב. אמנם המערערת אינה טוענת נגד מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי, מכל מקום לא באופן מפורש, ואולם לעמדתה על בית משפט זה להתערב בחריגה שחרג בית המשפט המחוזי מן המתחם – וזאת מכמה טעמים. ראשית ועיקר, לטענת המערערת, העונש שהושת על המשיב אינו מגלם ולו במעט את חומרת המעשים שביצע, אף אם לזכותו עומדים שיקולים לקולה דוגמת עברו הפלילי הנקי והודאתו. זאת, בשים לב לכך שהמעשים בוצעו לאחר תכנון מוקדם, ונגד קשישים שנבחרו כקורבנות בשל היותם חסרי ישע. נטען כי העונש שנגזר על המשיב בבית המשפט המחוזי אף אינו משקף הגנה ראויה על כבודם, שלמות גופם וקניינם של המתלוננים; אינו מגלם כראוי את יחס החברה לחלש ולנזקק; ואינו נושא בחובו מסר ראוי בדבר זכותם של קשישים לחיות בביטחון. נימוק נוסף שמשמיעה המערערת הוא כי העונש שגזר בית המשפט המחוזי אינו מתיישב עם עיקרון אחידות הענישה, שכן העונש שהוטל על אבי חמור באופן מהותי מזה שנגזר על המשיב – וזאת אף אם שוקלים לחובתו של אבי את עברו הפלילי ואת העובדה שהורשע בעבירה חמורה מזו שבה הורשע המשיב.

לעמדת המערערת, בית המשפט שגה אף בכך שהתייחס לעובדה שלא נתפס המעורב השלישי באירוע (האחר כהגדרתו לעיל) כשיקול לקולה במסגרת עקרון אחידות הענישה. על פי הנטען, הסיבה לכך שלא נתפס המעורב הנוסף נעוצה במשיב עצמו, בשל היעדר שיתוף פעולה מצידו עם הרשויות – ועל כן יש להתייחס לכך דווקא כשיקול לחומרה בגזר הדין.

עוד טוענת המערערת כי שגה בית המשפט המחוזי שעה שסטה ממתחם העונש ההולם, תוך ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מן העונש – משום שלפי הנטען, על פי ההלכה הנוהגת כלל לא ניתן לנכות ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר; ובכל מקרה המשיב אינו זכאי לניכוי זה כיוון שההחלטה על מעצרו בפיקוח אלקטרוני התקבלה טרם כניסתו לתוקף של חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2014 (להלן: חוק פיקוח אלקטרוני), שבו נקבע כי מעצר בפיקוח אלקטרוני מהווה מעצר, ולא חלופת מעצר. עוד נטען כי על פי [סעיף 40ג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), ניתן לחרוג לקולה ממתחם העונש רק בשל שיקולי שיקום – ואין חולק כי שיקול זה אינו מתקיים בענייננו. לבסוף, נטען כי במקרה דנן בוצע "כפל התחשבות" בתקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני – פעם אחת כשיקול לקולה בתוך מתחם הענישה, ופעם שניה לצורך סטייה ממנו. לעמדת המערערת יש אפוא לגזור על המשיב עונש מאסר משמעותי מאחורי סורג ובריח; ולכל הפחות ברף הנמוך שקבע בית המשפט המחוזי, קרי: שנת מאסר אחת.

9. מנגד, טוען המשיב כי מעשיו אמנם חמורים – אך עניינו הוא מקרה חריג המצדיק סטייה ממשית מהענישה הנוהגת בעבירות מן הסוג שבהן הורשע. בתוך כך, לפי הנטען יש להתחשב בכך שכתב האישום לקה בקשיים ראייתיים ושאף על פי כן הודה המשיב במיוחס לו וחסך מן המתלוננים את הצורך להעיד. כן ציין המשיב את העובדה שהציע מיוזמתו להוסיף לפיצוי למתלוננים סך של 5,000 ש"ח, ושהפיצוי במלואו כבר שולם על ידו. לבסוף טוען המשיב כי יש ליתן את הדעת לחלוף הזמן מעת ביצוע המעשה ועד היום, משך כשלוש שנים, ולגישתו בנסיבות אלה אין זה צודק לגזור עליו עונש מאסר בפועל.

דיון והכרעה

10. כלל הוא שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור במידת העונש שקבעה הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים שבהם העונש שנגזר חורג במידה ניכרת מרמת הענישה הנוהגת במקרים דומים או כאשר דבק פגם מהותי בגזר הדין (ראו למשל: [ע"פ 2715/15](http://www.nevo.co.il/case/20588748) פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (20.9.2015), בפסקה 6; [ע"פ 5889/16](http://www.nevo.co.il/case/22282371) פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (8.1.2017), בפסקה 9). הדברים נכונים ביתר שאת שעה שהערעור שלפנינו מכוון נגד קולת העונש ולא כלפי חומרתו, שכן כידוע ערכאת הערעור אינה נוטה למצות את הדין עם הנאשם (ראו למשל: [ע"פ 2529/14](http://www.nevo.co.il/case/20157913) מדינת ישראל נ' טלאב ׁׁ[פורסם בנבו] ׁ(31.3.2015), בפסקה 5; [ע"פ 6720/16](http://www.nevo.co.il/case/21478675) מדינת ישראל נ' פלוני [פורסם בנבו] (7.3.2017), בפסקה 8; [ע"פ 1079/16](http://www.nevo.co.il/case/20952936) מדינת ישראל נ' נחמן [פורסם בנבו] (1.8.2016), בפסקה 28). עם זאת, המקרה דנן נמנה עם אותם מקרים חריגים, שבהם דרושה התערבות של ערכאת הערעור בגזר הדין – וזאת הן בשל טעות מהותית שנפלה בו, והן בהיותו חורג לקולה באופן ניכר מרמת הענישה הנוהגת והראויה.

11. במקרה דנן העבירות שבהן הורשע המשיב הן קשירת קשר לביצוע שוד, וכן תקיפה לשם גניבה בנסיבות מחמירות. עבירות אלה לא בוצעו באופן ספונטני, אלא קדם להן תכנון, תוך בחירה של קורבנות העבירה בשל היותם חסרי ישע. בצדק הטעים בית משפט זה כי:

"עבירות השוד, ובמיוחד כשעבירות אלו מופנות כנגד קשישים, הינן רעה חולה שחובה על בתי המשפט לעקור מהשורש. הפניה דווקא לאוכלוסייה חלשה, אוכלוסיית הקשישים, מתוך תקווה כי אוכלוסיה זו לא תוכל להגן על עצמה, משקפת אנטי חברתיות עמוקה ומגלמת בתוכה אכזריות ואדישות לחומרת הפגיעה הנגרמת לקורבן העבירה" ([ע"פ 3307/08](http://www.nevo.co.il/case/5887913) מדינת ישראל נ' טועמי [פורסם בנבו] (4.3.2009), בעמ' 5).

יתרה מכך, השוד בוצע בביתם של הקשישים, האמור לשמש גם "מבצרם"; ולא זו אף זו, המעשה בוצע תוך ניצול האמון שנתנו המתלוננים במשיב ובמבצעים האחרים על רקע היכרות קודמת עימם. מעשים מעין אלה, ה"מסמנים" אוכלוסייה חסרת ישע רק משום היותה כזאת, יש להוקיע מכל וכל – ובין היתר באמצעות ענישה מרתיעה של מי שמנצל את חולשתו ומצוקתו של אחר על מנת לצלוח מעשה עבירה (ראו למשל: [ע"פ 517/08](http://www.nevo.co.il/case/5706991) בינייב נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (29.6.2009), בפסקה 9); לא כל שכן כאשר כל מטרתו של מבצע העבירה היא בצע כסף ותו לא. במקרה דנן אף ננקטה אלימות כלפי המתלוננים ופוטנציאל הנזק הוא חמור, ורק מקרה הוא שלא נגרם נזק פיזי של ממש למתלוננים. נוסף לכך, ניתן אך לשער את גודל הטראומה והנזק הנפשי שהסב להם האירוע, ואת הפגיעה העזה בתחושת הביטחון של המתלוננים בביתם ובאמון שהם נותנים בסובבים אותם. במעשים מן הסוג שאותם ביצע המשיב טמונה חומרה יתרה שכן הם כורכים בתוכם איום ממשי על הסדר החברתי, מערערים את הביטחון האישי בקרב הציבור בכללותו ופוגעים בשלומם ובשלוותם של הקורבנות ([ע"פ 1233/15](http://www.nevo.co.il/case/20033639) מאג'ד נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (19.1.2016) (להלן: עניין מאג'ד), בפסקה 7; וראו גם: [ע"פ 6339/12](http://www.nevo.co.il/case/5594268) פלוני נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.4.2013)).

12. על החומרה היתרה הטמונה במעשים כגון אלה שביצע המשיב ניתן ללמוד אף ממדיניות הענישה הנוהגת בעבירות כלפי קשישים. כך, ב-[ע"פ 3360/11](http://www.nevo.co.il/case/5891577) עמית אבן צור נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (21.3.2012) נגזרו על המערער 60 חודשי מאסר בפועל בגין הרשעתו בעבירות של גניבה ותקיפה לשם גניבה, כאשר דחף קשיש בן 83 לאחר שזה הקיש את הקוד הסודי בכספומט, ומשך כספים מחשבונו. אמנם הלה הורשע גם בשני מקרים נוספים של גניבה ותקיפה לשם גניבה (ואף בעבירה של החזקת סם מסוכן לצריכה עצמית) – אך מרכז כובד פסק הדין הושתת על המקרה המתואר, החמור פחות מן המקרה בענייננו. גם בעניין מאג'ד נגזר על הנאשם עונש של 36 חודשי מאסר בפועל במקרה שעניינו קשירת קשר וביצוע שוד בחבורה של אישה קשישה, וזאת כאשר לאחר תכנון, תלש שותפו של מאג'ד שתי שרשראות מן המתלוננת במקרה ההוא והשניים חילקו ביניהם את השלל. אמנם העבירה של שוד בחבורה היא חמורה מן העבירות שבהן הורשע המשיב – ואולם לא כך חומרתם של המעשים עצמם. מעשיו של המשיב והעבירות בהן הורשע מחייבים, בנסיבות העניין, כי יוטל עליו עונש מאסר לתקופה ממשית מאחורי סורג ובריח.

אף לא ניתן להסכין עם הסטייה שסטה בית המשפט המחוזי ממתחם העונש שנקבע על ידו כאשר ניכה, בנוסף לימי מעצרו של המשיב מאחורי סורג ובריח, גם חלק מן התקופה שבה היה מוחזק במעצר בפיקוח אלקטרוני. נושא זה נדון והוכרע זה מכבר על ידי בית המשפט העליון:

"בדומה למעצר בית, אין לנכות את ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר. ההתחשבות במשך התקופה שבה הנאשם שהה בפיקוח אלקטרוני צריכה להיעשות כשיקול לקולה בבואו של בית המשפט לגזור את עונשו של נאשם. התחשבות זו תיעשה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה, על תנאי המעצר והפיקוח האלקטרוני שבו. בין היתר, יהיה על הערכאה הדיונית לתת דעתה לאורך תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני; להיקף ההגבלה על חירותו של הנאשם במסגרת תנאי המעצר; ולריחוקו של מקום המעצר בפיקוח אלקטרוני מביתו, ממשפחתו וממרכז חייו של הנאשם" ([ע"פ 7768/15](http://www.nevo.co.il/case/20832660) פלוני נ' מדינת ישראל, [פורסם בנבו] פסקה 33 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (20.4.16); ראו גם: [ע"פ 8547/15](http://www.nevo.co.il/case/20791756) מדינת ישראל נ' מחאג'נה [פורסם בנבו] (5.6.2016)).

הנה כי כן, התחשבות בתקופה שבה שהה נאשם במעצר בפיקוח אלקטרוני תעשה ככלל במסגרת השיקולים לקולה שאותם שוקל בית המשפט בקביעת העונש בתוך מתחם הענישה, והמשמעות היא שלא היה מקום לנכות ימי מעצר מסוג זה – או חלקם – לאחר גזירת עונש המאסר, כפי שנעשה במקרה דנן; זאת בדומה למעצר בית. יתרה מכך, הצדק עם המערערת בטענתה כי בענייננו שקל בית המשפט ובאופן מפורש את התקופה שבה היה המשיב נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני, עוד בעת קביעת העונש בתוך מתחם הענישה; ובהינתן האמור ממילא אין הצדקה להתחשבות נוספת בעניין זה גם בדרך של ניכוי. עם זאת, לעניין טענת המדינה כי [סעיף 40ג(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/40c.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) מאפשר חריגה מן המתחם לקולה משיקולי שיקום בלבד, יוער כי כבר נפסק בערכאה זו כי חרף האמור בסעיף זה, ניתן במקרים חריגים ונדירים לסטות ממתחם העונש ההולם אף משיקולי צדק – כאשר הדבר מתחייב מנסיבות העניין:

"יש לאפשר לבית המשפט לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי צדק. קביעת חריג זה נובעת מעקרון המידתיות בענישה הנגזר מהחובה החלה גם על בית המשפט לפעול לפי [חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו](http://www.nevo.co.il/law/70320). קביעה זו, שבמסגרתה נפתח פתח צר כאמור לעיל, יש בה מענה לצורך – המתעורר אמנם במקרים חריגים ונדירים – לגזור על נאשם עונש מחוץ למתחם העונש ההולם למעשיו ולהגיע לתוצאה צודקת והוגנת במקרים פרטניים" ([ע"פ 4456/14](http://www.nevo.co.il/case/17015235) אביגדור קלנר נ' מדינת ישראל [פורסם בנבו] (22.2.2012), בפסקה 229 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ובאותו נושא ראו גם: אורן גזל אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית ביניש, 41-34 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, צפוי להתפרסם ב-2017)).

משלא נדרשנו לכך בנסיבות המקרה, ניתן להותיר לעת מצוא את השאלה, אם התחשבות בתקופה שבה היה נאשם מצוי במעצר בפיקוח אלקטרוני יכול שתבוא בגדר אותם שיקולי צדק המאפשרים במקרים חריגים סטייה ממתחם העונש ההולם.

13. מכל האמור, נמצא כי בענייננו קיימת הצדקה להתערבות בגזר דינה של הערכאה הדיונית. קביעה זו נובעת הן מן הטעם שלא היה יסוד לסטייה ממתחם הענישה ההולם שנקבע; והן ובעיקר בשל היעדר קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של המשיב, לבין סוג ומידת העונש שהוטל עליו. כאמור, מעשיו של המשיב הם מעשים חמורים ואכזריים ויש לגנותם מכל וכל. העונש שהשית בית המשפט המחוזי חורג לקולה באופן מובהק ומהותי מרף הענישה המקובל והראוי ומחטיא את מטרות הענישה. עבירות המכוונות כלפי אוכלוסיה של קשישים ומבוגרים שעימה נמנים המתלוננים, שהם "טרף קל" לעבריינים חסרי לב, הפכו למרבה הצער לחזון נפרץ ושומה על בית המשפט באמצעות גינוי וענישה מרתיעה להוקיע עבירות ומעשים מעין אלה. סופו של דבר, ותוך התחשבות בכך שאין דרכה של ערכאת ערעור למצות את העונש, אציע לחבריי כי הערעור יתקבל וכי עונשו של המשיב יועמד על 12 חודשי מאסר בפועל חלף 6 חודשי המאסר שהושתו עליו לריצוי בדרך של עבודות שירות. מתקופת המאסר ינוכו הימים שבהם היה נתון במעצר מאחורי סורג ובריח. שאר רכיבי העונש יישארו על כנם.

14. על המשיב להתייצב לתחילת ריצוי עונשו בבימ"ר "קישון", ביום 10.5.2017 לא יאוחר מהשעה 10:00, או על פי החלטת שב"ס, כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המשיב לתאם את הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | ש ו פ ט ת |

השופט ס' ג'ובראן:

אני מסכים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | ש ו פ ט |

השופט י' עמית:

אני מסכים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  | ש ו פ ט |

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ע' ברון.

ניתן היום, ‏כ"ז בניסן התשע"ז (‏23.4.2017).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ש ו פ ט | ש ו פ ט | ש ו פ ט ת |

5129371

54678313

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 16057500\_G03.doc זפ

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, [www.court.gov.il](http://www.court.gov.il/)

ס' ג'ובראן 54678313-5750/16

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[בעניין עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו – הקש כאן](http://www.nevo.co.il/advertisements/nevo-100.doc)