



תפ"ח 38996/03/14 - מדינת ישראל נגד פלוני

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תפ"ח 38996-03-14 מדינת ישראל נ' פלוני

כבוד השופט מנחם פינקלשטיין - אב"ד
כבוד השופטת ליאורה ברודי, סג"נ
כבוד השופט רמי אמיר
מדינת ישראל
ע"י ב"כ עו"ד יניב בן הרוש (מסמ"מ)
פלוני
ע"י ב"כ עו"ד אבי חזן (מטעם הסגנורה הציבורית)

לפני:

המאשימה

נגד

הנאשם

החלטה

(נוסח מותר בפרסום)

השופט מנחם פינקלשטיין, אב"ד

כללי

1. ביולי 2019 הונחה בפנינו בקשה מטעם המאשימה "לקבוע מועד מתוקן לשחרור ממאסר" של הנאשם, שפסק הדין בעניינו הוא חלוט מזה מספר שנים. הבקשה הוגשה בעקבות תיקון מס' 137 לחוק העונשין, תיקון שנכנס לתוקפו ביום 10.7.19 (להלן: "**תיקון 137**").

הוראת המעבר

2. סעיף 25(ג) לתיקון 137 הוא הוראת מעבר, שהרישא שלה קובעת כי על עבירה שבוצעה לפני יום תחילתו של תיקון 137, וניתן פסק דין חלוט בעניינה, יחול "הדין הישן", היינו הוראות חוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") שלפני תחילת תוקפו של התיקון. הסיפא של הוראת מעבר זו היא חריג לכלל שברישא, והיא קובעת כדלקמן:

ואולם לעניין מי שהורשע בעבירה לפי סעיף 300א לחוק העיקרי כנוסחו ערב יום התחילה, יראו אותו כמי שהורשע בעבירה לפי סעיף 301ב(א) או (ב)2 או (3) לחוק העיקרי כנוסחו בחוק זה, ועונשו המרבי יהיה העונש שנקבע באותו סעיף, לפי העניין, כאמור בסעיף 5(ב) לחוק העיקרי.

לשם הבנת ענייננו, אפרט בקצרה מהן הוראות "החוק העיקרי", הוא חוק העונשין, שפורטו בסעיף 25(ג) סיפא שצוטט לעיל, דהיינו: סעיף 300א, סעיף 301ב(ב)2, סעיף 5(ב).

3. סעיף **300א** לחוק העונשין הוא הוראת החוק שתיקנה את חוק העונשין בשנת 1995 (תיקון מס' 44), ואפשרה להטיל על מי שביצע עבירת רצח עונש קל מעונש החובה, שהוא מאסר עולם, שהיה קבוע בצדה של עבירת הרצח; וזאת בשלושה מקרים; אחד מהם רלוונטי לענייננו, והוא כאשר הגבלה יכולתו של עובר העבירה במידה ניכרת (אך לא עד כדי פטור מאחריות פלילית) להבין את אשר הוא עושה או להימנע מעשיית המעשה, מחמת הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי - סעיף **300א(א)** לחוק (שני המקרים הנוספים, שאינם רלוונטיים לענייננו, הם מצוקה נפשית קשה עקב התעללות; חריגה במידה מועטה מתחולת סייג לאחריות).

אחד החידושים בתיקון מס' 137 הוא שהגישה של "**עונש מופחת**" הפכה לגישה של "**אחריות מופחתת**". הדבר בא לביטוי בסעיף 301ב החדש לחוק העונשין שבו נקבעו עבירות המתה חדשות שכותרתן: "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת". גישה זו הוחלה על אותם שלושה מקרים, ובמקרה הרלוונטי לענייננו - הפרעה נפשית חמורה כאמור - נקבע כי דינו של עובר העבירה הוא מאסר של 20 שנים (סעיף **301ב(ב)(2)** החדש לחוק העונשין).

4. סעיף **5(ב)** לחוק העונשין עניינו במי שהורשע בעבירה בפסק דין חלוט, ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש שלפי מידתו או סוגו הוא קל יותר מהעונש שהוטל בפועל על הנאשם בפסק הדין החלוט. קביעתו של סעיף 5(ב) היא שבמקרה כזה: "**יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה**".

5. א. לאור פירוט זה, מובנת הבקשה הנידונה, המתייחסת לענייניו של הנאשם המסוים שבפנינו. נאשם זה הורשע על פי הודייתו בעבירה של רצח לפי סעיף 300א(2) לחוק העונשין (בנוסחו דאז), וזאת במסגרת הסדר טיעון שלפיו עתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם עונש מופחת לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין. ברקע להסדר הטיעון עמד מצבו הנפשי המורכב של הנאשם אשר אובחן החל משנת 2005 כסובל ממחלת נפש, ובעבר נמצא, במספר מקרים, לא כשיר לעמוד לדין עקב מחלת הנפש.

סעיף 300א(א) הנ"ל אפשר כזכור לבית המשפט להטיל בגין עבירת הרצח עונש קל יותר מעונש החובה של מאסר עולם. ואכן, במסגרת הסדר הטיעון עתרה המאשימה בפנינו להטיל על הנאשם עונש מאסר למשך 25 שנים, ואילו ההגנה עתרה כי יוטל על הנאשם עונש מאסר למשך 20 שנים.

בגזר דין מנומק, שניתן ביום 23.7.2015, החלטנו להטיל על הנאשם מאסר בפועל למשך 22 שנים (החל מיום מעצרו), וכן מאסר על תנאי למשך 12 חודשים שלגביו נאמר: "**והנאשם לא יישא בעונש זה אלא אם כן יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת אלימות מסוג פשע**".

ב. נוצר אפוא מצב שבו הוטלו על הנאשם, בפסק דין חלוט, 22 שנות מאסר בפועל וכן שנת מאסר על תנאי, בעוד אשר העונש המקסימלי שניתן להטיל לפי החוק החדש על מי שביצע עבירה באותן נסיבות של אחריות מופחתת - הוא עתה 20 שנות מאסר. אין חולק כי פועלה של הוראת המעבר, המיטיבה, הקבועה בסעיף 25(ג) לתיקון 137 נועד לנאשמים מסוג הנאשם שבפנינו. הוזה אומר, יש לראות את הנאשם כמי שהורשע בעבירה

החדשה לפי סעיף 301ב(2) לחוק העונשין, ועונשו מופחת מכוח הוראת המעבר ויעמוד על 20 שנות מאסר (הוא העונש המרבי שניתן להטיל על מי שעבר עבירה בנסיבות של אחריות מופחתת כאמור).

6. מן הראוי להדגיש כי הן המאשימה והן ההגנה אינן חולקות על האמור לעיל, היינו שעונשו של הנאשם יעמוד, מכוח הוראת המעבר, על 20 שנות מאסר. המחלוקת ביניהן היא מצומצמת מאוד: בקשת המאשימה היא שנקבע שעל הנאשם לשאת עונש של 20 שנות מאסר בפועל, ואילו בקשת ההגנה היא שנקבע שעל הנאשם לשאת עונש של 19 שנות מאסר בפועל, וכן שנת מאסר על תנאי. לשון אחר, לפי בקשת המאשימה ייגרעו מעונש המאסר שנתיים מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי. לפי בקשת ההגנה ייגרעו מעונש המאסר בפועל 3 שנים, וישאר בעינו עונש המאסר על תנאי בן שנה אחת.

לפני שאבחן את טענות הצדדים, אעמוד על שתי נקודות נוספות.

על ההליך

7. לאחר שהונחה בפנינו הבקשה הנדונה, באה בפנינו בקשה של עו"ד ורד אנוך, המייצגת (מטעם תוכנית "סנה" של משרד המשפטים) את אלמנתו וילדיו של המנוח, לדחות את הדיון. התברר כי טעם מרכזי לבקשה זו הוא עתירה שהוגשה לבג"ץ (על ידי גב' אורה סלומון וארגון משפחות נרצחים ונרצחות) כנגד חוקיות או חוקתיות הוראת המעבר הנ"ל שנקבעה בסעיף 25(ג) לתיקון 137. יצוין כי בית המשפט העליון דחה את בקשתם של העותרים למתן צו ביניים ביחס לכל הליך שנועד לקיצור עונשם של נאשמים הרלוונטיים לעתירה. ביום 29.10.19 החלטנו לדון בבקשה המונחת לפנינו לגופה, ודיון זה נערך ביום 14.11.19. ב"כ הצדדים גם העלו טענותיהם בכתב. בינתיים דחה בית המשפט העליון את העתירה שהוגשה לפנינו לביטולה של הוראת המעבר הנזכרת (בג"ץ 5293/19 אורה סלומון נ' כנסת ישראל, 19.11.19).

על הוראת המעבר ו"כלל הגיליוטינה"

8. חשוב להבהיר מהי משמעות הסכמתם של הצדדים לכך שהמחלוקת ביניהם מצומצמת לנקודה אחת בלבד, כפי שצוין לעיל. לכאורה, ניתן היה להעלות טענה שלפיה יש מקום במקרה מסוג זה שלפנינו לדון מחדש בשאלת העונש, וזאת חרף היותו של פסק הדין חלוט. טענה דומה או קרובה נדונה בע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (27.11.06). היה זה לאחר שנכנס לתוקפו סעיף 300 הנזכר בחוק העונשין שהקנה לבית משפט שיקול דעת להטיל עונש קל ממאסר עולם בגין עבירת רצח בהתקיים אחד מאותם שלושה מקרים (אחד מהם, במקרה של הפרעה נפשית חמורה כאמור). המערער שם הורשע לפני תיקון החוק בעבירת רצח, לאחר שנדחתה טענתו לפטור מאחריות בגין אי שפיות. הוא נדון לעונש מאסר עולם בפסק דין חלוט, אך לאחר תיקון החוק והוספת סעיף 300 הנ"ל, הוא ביקש כי בית המשפט יחיל עליו את הוראות הסעיף, ובעקבות

זאת יפחית את עונשו, וזאת בהתבסס על הממצאים שנקבעו בהליכים הקודמים בדבר מצבו הנפשי. הבקשה נסמכה על סעיף 5(ב) הנ"ל לחוק העונשין, וזאת משום שלאחר מתן פסק הדין החלוט הוסף כאמור סעיף 300א, שנטען כי יש לראות בו משום "הקלה בעונש" במובן של סעיף 5(ב) לחוק העונשין. לבקשה זו הצטרפה, בערעור, גם הסנגוריה הציבורית, כ"ידיד בית המשפט".

9. בית המשפט העליון קיבל אומנם את הטענה האחרונה - בדבר ה"הקלה בעונש" - בניגוד לעמדת המאשימה ולעמדת בית המשפט המחוזי, אך דחה את הבקשה עצמה. הטעם לדחיית הבקשה נעוץ בקביעת בית המשפט העליון שהשינוי הרטרואספקטיבי אשר מורה עליו סעיף 5(ב) לחוק העונשין הוא "**שינוי מינהלי בלבד**" - שאין בו הפעלת שיקול דעת שיפוטי ופתיחת הליכים משפטיים מחדש (דרך הפעולה, ה"חותכת", הזו, מכוח סעיף 5(ב) כונתה, מטעם מובן: "**כלל הגיליוטינה**"). הנשיא ברק הבהיר כי סעיף 5(ב) לחוק העונשין, שעניינו שינויים בחוק שלאחר מתן פסק דין חלוט, ביקש לאזן בין שני שיקולים מרכזיים: מצד אחד, המטרה הייתה להחיל נורמות פליליות המקובלות בחברה בעת הענישה, וביסוד מטרה זו מונחים **שיקולים של צדק**. מצד שני, המטרה הייתה גם לקיים את העיקרון החשוב של **סופיות הדין**. בנקודת האיזון שנבחרה הייתה העדפה של שיקול הענישה העדכנית על פני השיקול של סופיות הדין, אך זאת עד לגבול מסוים; והגבול הוא - שהשינוי לא יהיה כרוך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי עונשי (פסקה 10 לפסק הדין). לפיכך, סעיף 5(ב) לחוק העונשין אינו מאפשר להחיל את סעיף 300א לחוק העונשין על מקרים שניתן בהם פסק דין חלוט, שהרי החלת סעיף 300א מחייבת הייתה לפתוח מחדש את ההליך ולהפעיל מחדש שיקול דעת שיפוטי (וראו גם מ"ח 3139/13 **רחמיאן נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 (25.5.2014)).

10. הכרעה זו של בית המשפט העליון רלוונטית גם לעניינו. המעבר מדוקטרינה של עונש מופחת לדוקטרינה של אחריות מופחתת, הייתה כרוכה גם בקביעת עונשי מאסר מרביים (שאינם מאסר עולם) על אותם נאשמים שורשעו בעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת. שינוי זה הצדיק כי המחוקק ידרש בתיקון 137 למקרה שבו הוטל עונש מאסר "מופחת", בהתאם לסעיף 300א הישן, על מי שהורשע בעבירת רצח, בפסק דין חלוט, אך עונש זה שהוטל **היה גבוה** מהעונש המרבי שנקבע, בתיקון 137 עצמו, למי שהורשע בעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת (אותן נסיבות שבעבר נקבעו בסעיף 300א הישן). כזה הוא הנאשם שלפנינו אשר נדון לעונש של 22 שנות מאסר (ולשנה מאסר על תנאי), בעוד אשר העונש המקסימלי לפי החוק החדש הוא 20 שנות מאסר. משיקולי צדק קבע אפוא המחוקק כי יראו נאשם זה כמי שנדון לעונש של 20 שנות מאסר. ואולם, כפי שהובהר למעשה **בעניין רחמיאן**, זהו שינוי מינהלי בלבד, מכוח החוק, שאין בו הפעלת שיקול דעת שיפוטי ופתיחת הליכים משפטיים מחדש. עונש המאסר של הנאשם "מקוצץ" אפוא בהתאם ל"כלל הגיליוטינה" (יש כאן כביכול מובן לשוני נוסף למונח "גזר דין" או "חיתוך דין"...; ונתן אלתרמן, באחד משיריו המוקדמים, **שיר הגיליוטינה**, משנת 1934, כתב על "הלהב הסכיני": "וְאֵין תּוֹכְנוּ לֵב").

אוסף שדברים ברוח זו נאמרו גם על ידי בית המשפט העליון שדחה לאחרונה כאמור את העתירה כנגד תוקפו של סעיף 25(ג), בציינו כי נקודת האיזון שנקבעה במסגרת סעיף 5(ב) לחוק העונשין - שאליו מפנה סעיף 25(ג) - "**היא של תחולה למפרע של דין מקל, מבלי שייפתח מחדש העניין הפלילי**" (בג"ץ 5293/19, פסקה

(10).

בהקשר זה, אעיר הערה נוספת: על נאשם שעונשו נגזר לפי סעיף 300א הישן ניתן היה כמובן להטיל בזמנו (במקרה של הפרעה נפשית חמורה כאמור, כבענייננו), גם עונש שהוא **פחות** מ-20 שנות מאסר, ובמקרה כזה לא היה כמובן מקום או צורך לתחולת סעיף 25(ג) וסעיף 5(ב) הנזכרים לעיל. נראה שזהו הטעם לכך שבסיפא של סעיף 25(ג) נאמר: "ועונשו **המרבי** יהיה", ולא נאמר "ועונשו יהיה" (כפי שנאמר בסעיף 5(ב) החל כאשר ידוע כבר שהוטל עונש **העולה** על עונש המקסימום). מכל מקום, אין להסיק מלשון זו שנקט המחוקק ("ועונשו **המרבי** יהיה") - כאילו על בית המשפט להפעיל מחדש שיקול דעת שיפוטי. זאת ניתן ללמוד הן מההפניה לסעיף 5(ב) לחוק העונשין, כפי שפורש, והן מקביעתו של בית המשפט העליון לאחרונה **בבג"ץ 5293/19 הנ"ל**, שבמקרה של החלת הוראת המעבר שבסעיף 25(ג) לא "יפתח מחדש" ההליך הפלילי.

טענות הצדדים

11. דברים אלה על הוראת המעבר ופרשנותה יועילו להבנת הטיעונים של ב"כ הצדדים במקרה זה. **ההגנה** מבקשת להיסמך על כך שמדובר בשינוי מינהלי, ובית המשפט איננו מפעיל שיקול דעת וגוזר את העונש מחדש. לפי הנטען, הרי במסגרת העונשים שהוטלו בזמנו על הנאשם נכלל עונש של שנה אחת מאסר על תנאי. בית המשפט אינו רשאי לבטל עונש זה, מאחר שאם יעשה כן הוא למעשה יגזור את העונש מחדש. ברור הדבר שהעונש המרבי של 20 שנות מאסר כולל הן את המאסר בפועל והן את המאסר המותנה (סעיף 52(א) לחוק העונשין; ע"פ 1864/11 **דוידוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 5, 7.11.12). קביעה שעונש המאסר של הנאשם יעמוד על 20 שנים בפועל ושנה אחת על תנאי (בסך הכול 21 שנים) תהיה אפוא בניגוד לעונש המרבי, של 20 שנות מאסר (מכוח הוראת המעבר). אמור מעתה, לשיטה זו: על בית המשפט להחיל את הוראת סעיף 25(ג) לתיקון 137 ולקבוע שעונשו של הנאשם הוא 19 שנות מאסר בפועל ושנה אחת על תנאי. באופן זה תקוים הוראת סעיף 25(ג) שלפיו עונשו של הנאשם יהיה העונש המרבי של 20 שנות מאסר (כקבוע בסעיף 301ב(ב) החדש לחוק העונשין). הסנגור גם הפנה אותנו לסעיף 34כא לחוק העונשין, שלפיו אם ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין "לפי הפירוש המקל ביותר" עם הנאשם.

אעיר שלפי החלטתנו היה אמור ב"כ הנאשם למסור לנו גם את עמדת הסנגוריה הציבורית הארצית בסוגיה שלפנינו. ואולם בתגובת ב"כ הנאשם נאמר כי הסנגוריה הציבורית הארצית איננה מוצאת לנכון להביע עמדה מוסדית בנסיבותיו של מקרה זה.

12. **המאשימה** סבורה, כי יש ליישם את הוראת המעבר - וזאת בהתאם לעונש המאסר שהטיל בית המשפט. בגזר הדין קבע בית המשפט כי על הנאשם יוטלו 22 שנות מאסר, וכן שנה אחת מאסר על תנאי, ובית המשפט קבע במפורש שתקופת התנאי תתחיל "ביום שחרורו" של הנאשם ממאסרו. גזר

הדין הוא "ליניארי בזמן". הוא מתחיל בריצוי המאסר בפועל, של 22 שנים, ולאחר מכן חל עונש המאסר על תנאי של שנה אחת. הפעלת "כלל הגיליוטינה" כאמור בסעיף 25(ג) לתיקון 137 "חותכת" את העונש ומעמידה אותו על העונש המרבי שנקבע לעבירה לפי החוק החדש - 20 שנות מאסר. בדרך זו מופסק עונש המאסר של הנאשם מקץ 20 שנים, וזאת "על הרצף הכרונולוגי של המאסר שהושת עליו". בכך בא לידי ביטוי באופן מובהק העיקרון שלפיו מדובר בפעולה מינהלית בלבד, מכוח הוראת המעבר, שאין עמה הפעלת שיקול דעת מחדש. אילו הייתה מתקבלת טענת ההגנה שלפיה עונש המאסר של הנאשם יעמוד מעתה על 19 שנות מאסר בפועל ושנה אחת מאסר על תנאי, הרי דווקא בכך היה משום גזירת הדין מחדש ובחירת איזון אחר של רכיבי הענישה, ולא לכך התכוון המחוקק. ודוק, אין מדובר כאן בבקשת המאשימה **שבית המשפט יבטל** את עונש המאסר על תנאי שהוטל. עונש המאסר על תנאי **מתבטל** לנוכח "הפעולה האוטומטית" של הוראת המעבר בחוק בנוגע לגזר הדין החלוט כמות שהוא.

ב"כ משפחת המנוח הצטרפה להתנגדותה של המאשימה לבקשת ההגנה.

הכרעה

13. סבור אני כי יש לקבל את בקשת המאשימה ולדחות את בקשת ההגנה. כאמור, אין מחלוקת, ובצדק, על כך שלפי הוראת המעבר לא נבחן מחדש גזר דינו המקורי, ואין אנו נדרשים עתה להפעיל שיקול דעת שיפוטי עונשי. שני הצדדים מסכימים שמדובר בפעולה מינהלית בלבד, בהתאם להוראת המעבר. למעשה, מובא העניין לפתחנו לצורך תיקון פקודת המאסר. המחלוקת היא רק בשאלה כיצד יופעל "להט החרב המתהפכת" ("כלל הגיליוטינה") במקרה שבו מורכב עונש המאסר **הן ממאסר בפועל והן ממאסר על תנאי**. כל אחד מהצדדים טוען שאם תתקבל עמדתו כי אז תהיה פעולת בית המשפט "מינהלית" בלבד, כנדרש, בעוד אשר אם תתקבל עמדת הצד השני כי אז יהיה בכך משום הפעלת שיקול דעת שיפוטי עונשי, שלא כדין, ובניגוד לעקרון הסופיות.

14. **בעניין זה נראית לי עמדת המאשימה**. על הנאשם הוטל עונש של 22 שנות מאסר, וכן מאסר על תנאי של שנה. ליתר דיוק, על הנאשם עונש מאסר של 23 שנים, שמתוכן 22 שנות מאסר בפועל, ושנה אחת על תנאי, שהרי עונש המאסר הכולל הוא יחידה עונשית אחת המורכבת ממאסר בפועל (רובו) ומאסר על תנאי (מקצתו). ראו במפורש, סעיף 52(א) לחוק העונשין: "הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי".

בית המשפט קבע כי תחילתו של עונש המאסר על תנאי (היינו, תחילת "תקופת התנאי") תהיה **עם שחרורו של הנאשם מן המאסר בפועל**. לעובדה שתקופת התנאי מתחילה עם סיום תקופת המאסר בפועל יש משמעויות משפטיות (לעניין זה, ולרציונל ההרתעתי, ראו, למשל, רע"פ 2798/06 **ועקנין נ' מדינת ישראל**, פסקה 5 (16.7.2007), והפסיקה המובאת בפסקה זו). אעיר שאילולא קבע בית המשפט עצמו את מועד תחילת התנאי, גם אז הייתה מתחילה תקופת התנאי, מכוח ההלכה הפסוקה, מעת סיום עונש המאסר בפועל: ע"פ 4180/92

מדינת ישראל נ' נעים, פסקה 4, 21.3.1994; ע"פ 7510/00 במנוקלר נ' מדינת ישראל, פסקה 8, 9.5.2002).

עונש המאסר שהוטל אינו יכול להישאר על כנו, שכן הוא חמור מהעונש המרבי שנקבע לעבירה המתאימה של המתה באחריות מופחתת. עונש זה נקטע אפוא, במצוות החוק, לאחר ריצוי 20 שנות מאסר. כך מוקל עונשו של הנאשם באופן שנגרעות ממנו שנתיים מאסר בפועל וכן שנה מאסר על תנאי, שתחילתה הייתה אמורה להיות לאחר ריצוי אותן שנתיים (שנגרעו). בית המשפט אינו מבטל לפי שיקול דעתו את עונש המאסר על תנאי, אלא שהעונש המתנה **מתבטל מכוח הוראת המעבר**. באותה מידה בית המשפט גם אינו מתערב ומבטל לפי שיקול דעתו אותן שנתיים מתוך 22 שנות המאסר שהוטלו על הנאשם. שנתיים אלה נגרעו מעונש המאסר מכוח הוראת המעבר. בכך יש לדעתי מענה ראוי לטענה העיקרית של ההגנה, שלפיה בית המשפט אינו רשאי לבטל את עונש המאסר על תנאי שהטיל על הנאשם, וכי אם יעשה כן משמעות הדבר שהוא מפעיל שיקול דעת עונשי. אומנם כן, בית המשפט איננו מבטל את עונש המאסר על תנאי שהטיל על הנאשם, אלא שעונש זה נגרע מכוח החוק (הוראת המעבר המיטיבה עם הנאשם) מהעונש שהוטל, כשם שנגרעו שנתיים מתוך עונש המאסר בפועל שהוטל על הנאשם (כיוצא בזה, אילו הוטלו על הנאשם בגזר הדין המקורי 19 שנות מאסר, וכן שנתיים מאסר על תנאי שתחילתן בעת שחרורו של הנאשם מן המאסר בפועל, כי אז משמעות החלטה של הוראת המעבר הייתה גריעת שנה מעונש המאסר על תנאי, ולא נדרש היה לגרוע מעונש המאסר בפועל).

בכך מתקבלת אפוא טענת המאשימה, שלפיה פעולתה, **המינהלית**, של הוראת המעבר היא על גזר הדין המקורי **כפי שהוא**. איני סבור כלל שיש לפנינו מצב של ספק בפרשנות הדין לפי תכליתו, המצדיק פירוש סביר אחר של הדין, מקל יותר עם הנאשם. אף איני יודע איזו אופציה פרשנית סבירה אחרת מתקיימת כאן.

15. אוסיף כי שאלה היא כיצד היה נכון לפרש את פעולתה המינהלית של הוראת המעבר, אילו נקבע היה בגזר הדין המקורי, שתקופת התנאי לגבי הנאשם תתחיל **ביום מתן גזר הדין** ולא ביום שחרורו מן המאסר בפועל (זאת - בהתאם לסמכותו של בית המשפט לתת "הוראה אחרת" מכוח סעיף 52(ג) סיפא לחוק העונשין). במקרה כזה, לא היה מקום לקבל את עמדת המאשימה מכוח הטיעון "הליניארי" (על הרצף "הכרונולוגי"). ייתכן שבמצב דברים כזה, שבו תקופת המאסר על תנאי בת שנה חלה מייד (וכבר חלפה), אכן נכון היה - מכוח אותו טיעון - לגרוע **שלוש שנים** מתקופת המאסר בפועל, כטענת ההגנה. שאלה זו ניתן להשאיר בצריך עיון, מה עוד ש"הוראה אחרת" כזו, הקובעת שהמאסר על תנאי יתחיל מייד, איננה ניתנת בדרך כלל על ידי בתי המשפט, בעת שהם מטילים עונש הכולל מאסר בפועל ומאסר על-תנאי.

16. על כן, אציע לחבריי לקבוע כי לאור הוראת סעיף 25(ג) לתיקון 137, על הנאשם לרצות - חלף עונש המאסר המקורי - 20 שנות מאסר בפועל, החל מיום מעצרו, 26.2.14.

מכוח אותה הוראת חוק מתבטל עונש המאסר על תנאי, שהיה חלק מעונש המאסר המקורי.

מנחם פינקלשטיין,
שופט
אב"ד

השופט רמי אמיר

1. עיינתי בחוות דעתו של חברי האב"ד, השופט פינקלשטיין. דעתי שונה.

מסכים אני עם חברי בכל הנוגע להיסטוריה החקיקתית ולגדר המחלוקת בתיק זה, ואפילו לעניין המבחן העקרוני אותו יש להחיל בפרשנותו על החוק. ואולם איננו רואים עין בעין את אופן יישומם של הדברים.

2. הנאשם הורשע בשעתו בעבירת רצח, אך גזרנו עליו עונש מופחת לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין כנוסחו ערב תיקון 137 לחוק; העונש המופחת היה עונש מאסר של 23 שנים, מהן 22 שנים לריצוי בפועל ושנה אחת של מאסר על תנאי; וגזר דיננו נעשה לחלוט בטרם כניסתו של תיקון 137 לתוקף.

3. דא עקא, שלפי תיקון 137 לחוק, לו היה הנאשם נדון לפיו - היה הנאשם מורשע בעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת לפי סעיף 301ב(ב)(2) לחוק העונשין כנוסחו לאחר התיקון, והעונש המרבי היה 20 שנות מאסר.

בהקשר אחרון זה מסכים אני עם חברי, וזו אף נקודת המוצא המוסכמת של שני הצדדים, שעונש מאסר מרבי של 20 שנות מאסר משמעו עונש מאסר על כל מרכיביו, הן מאסר בפועל והן מאסר על תנאי. לשון אחר, שחיבורן של סך כל שנות המאסר, הן בפועל והן על תנאי, לא יכול לעלות על 20 שנים.

המשמעות היא, כמובן, שהחוק המתקן מהווה דין מקל לעומת הדין הקודם, שלפיו נגזר דינו של הנאשם - שהרי אז הועמד עונשו על 23 שנות מאסר, בעוד שלפי החוק המתקן לא יכול היה העונש לעלות על 20 שנות מאסר.

בנסיבות אלה, ואף שגזר הדין נעשה חלוט, חלה הוראת המעבר המיוחדת שבסעיף 25(ג) סיפא לחוק המתקן, המחילה את הוראות סעיף 5(ב) לחוק העונשין. לפיכך, דינו של הנאשם יתוקן, כך ש"יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה"; דהיינו, עונש מרבי של 20 שנות מאסר כקבוע בסעיף 301ב(ב)(2) לחוק העונשין בנוסחו המתוקן.

4. משמעות הדברים היא, שיש לקצר את עונשו של הנאשם ולהעמיד את עונש המאסר הכולל שלו על 20 שנות מאסר, חלף העונש הכולל של 23 שנות מאסר שנגזר עליו בגזר הדין המקורי.

והשאלה שבפנינו היא אך זו: כיצד לקצר את העונש? ואיזה חלק מהעונש המקורי יבוטל?

5. חברי השופט פינקלשטיין קבע, ובצדק, בהסתמך על פסיקתו העקרונית של בית המשפט העליון בעניין **רחמיאן** לעניין אופן החלתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין - כי הקיצור בעונש יעשה משיקולי צדק, אך **תוך שמירה מקסימלית אפשרית על עקרון סופיות הדין, וזאת ע"י הימנעות מהפעלת שיקול דעת שיפוטי עונשי וללא פתיחת ההליכים מחדש**. לשון אחר, הקיצור בעונש, או אף "הקיצוץ בעונש", צריך להיעשות בדרך הטכנית ביותר האפשרית, במה שקרוי "כלל הגיליוטינה". ואולם אבהיר ואדייק, כי "חיתוך הגיליוטינה" איננו עומד כערך בפני עצמו, אלא רק כדי להגשים את המטרות האמורות של סופיות הדין, ושל אי-התערבות בשיקול הדעת העונשי המקורי.

בשלב זה נפרדו דרכינו, של חברי ושלי; והמחלוקת שנפלה בינינו היא בדבר אופן יישומו של כלל הגיליוטינה בהתייחס לגזרי דין המערבים מאסר בפועל ומאסר על תנאי, כך בדרך כלל, ובפרט בענייננו.

6. חברי השופט פינקלשטיין הציע להפעיל את כלל הגיליוטינה באופן ליניארי או כרונולוגי כלשונו, ע"י ביטול השנים האחרונות בזמן של עונש המאסר. בעשותנו זאת, הציע חברי, כי לא נתייחס לסוגים השונים של עונש המאסר, ולא נבחין בין מאסר בפועל למאסר מותנה; אלא נלך בפשטות לפי הכלל הכרונולוגי, כך ששנות המאסר האחרונות בציר הזמן, יהיו אשר יהיו, הן שיבוטלו.

מן הכלל אל הפרט, כיצד תיושם שיטה זו בענייננו?

כזכור, גזרנו על הנאשם דן 23 שנות מאסר, מהן 22 בפועל ואחת על תנאי, ולכן יש להפחית את 3 שנות המאסר האחרונות כדי להגיע לעונש המרבי של 20 שנים. ואולם מי מבין שנות המאסר שנגזרו הן השנים האחרונות? לעניין זה נשים ליבנו לאשר קבענו בגזר הדין, כי תקופת התנאי תהא לאחר שחרורו של הנאשם מהמאסר בפועל. לפיכך, ובהתאם לגזר הדין - שנת המאסר על תנאי תופעל, אם תופעל, רק לאחר תום שנות המאסר בפועל; כלומר שהיא תהא שנת המאסר האחרונה מכולן. אשר על כן, וכיוון שיש להפחית מהעונש שנגזר את 3 השנים האחרונות של המאסר - נפחית את שנת המאסר על תנאי (שהיא האחרונה מכולן), ועוד 2 שנות מאסר בפועל.

התוצאה הסופית העולה מכך היא, שהנאשם ירצה 20 שנות מאסר בפועל בלבד; ולא יהיה כפוף עוד לכל מאסר על תנאי, שיבוטל כאמור.

7. גישה זו של חברי היא בוודאי גישה אפשרית, ואולם אין זו הגישה היחידה האפשרית.

להלן אציג את מה שנראה לי כשלוש הגישות האפשריות לאופן החלת כלל הגיליוטינה בעניין קיצור עונש המאסר לפי תיקון 137 לחוק העונשין. בהמשך אציג את הקשיים והיתרונות בכל אחת מהגישות. ולבסוף אבחר בדרך הנראית לי כנכונה.

8. שלוש הגישות האפשריות, לדעתי, הן כדלקמן:

עמוד 9

א. **הגישה הכרונולוגית** (אותה הציג השופט פינקלשטיין, ובה תומכת המאשימה), לפיה יש לבטל את שנות המאסר האחרונות בציר הזמן שחורגות מהעונש המרבי, וזאת ללא התייחסות להבחנות בין הסוגים והמרכיבים השונים של עונש המאסר.

ב. **הגישה המהותית** (בה תומכת ההגנה), לפיה יש לבטל את השנים האחרונות של המאסר בפועל בלבד, כך שביחד עם שנת המאסר על תנאי שנגזרה יעמדו סך כל שנות המאסר על העונש המרבי.

ג. **הגישה היחסית**, לפיה נבטל חלק יחסי מכל אחד ואחד מסוגי עונש המאסר שנגזרו, וזאת לפי היחס שבין העונש המרבי לבין העונש הכולל שנגזר.

9. **הגישה הראשונה היא, כאמור, הגישה הכרונולוגית.**

טעמיה של גישה זו אינטואיטיביים וחזקים לכאורה.

ראשית, חוק העונשין רואה במאסר על תנאי כמאסר לכל דבר, וכחלק מתקופת המאסר הכוללת (סעיף 52(א) לחוק) - ומדוע שנבחין ביניהם לעניין הקיצור בעונש, קיצור הנכפה עלינו מכוח תיקונו של אותו חוק?

שנית, עונש המאסר המרבי של 20 שנות מאסר לפי החוק המתוקן כולל גם מאסר על תנאי - אז מדוע שנבחין בין המרכיבים של עונש המאסר הכולל שנגזר, כאשר באים אנו לקצרו ולהתאימו לתקרת העונש המרבי?

שלישית, מעצם טיבו של קיצור, שהוא נעשה מהסוף ולא מההתחלה.

ורביעית ועיקר, כיוון שהקיצור בעונש מכוח הוראת המעבר אמור להיעשות במידת האפשר באופן טכני ומנהלי גרידא, כמעט שרירותי, ללא התערבות בשיקול הדעת העונשי, ומבלי להפעילו מחדש - אזי עדיף לנקוט בכלל הכרונולוגי, שמופעל באופן "עיוור" למאפייני המאסר ולסוגיו השונים; ובוודאי ללא הפעלת שיקול דעת ע"י בית המשפט המקצר בעונש, כיוון שההתערבות בעונש נעשית ע"י החוק עצמו "באופן אוטומטי".

10. אלא שגישה זו ניצבת מול מספר קשיים, הן במישור הרעיוני והן במישור היישומי.

במישור הרעיוני, יש בגישה זו משום מלאכותיות מסוימת, והיא חוטאת לרציונאל של אי-ההתערבות בשיקול הדעת השיפוטי העונשי.

אכן, גם המאסר בפועל וגם המאסר על תנאי הם עונשי מאסר, וכך גם העונש של מאסר בעבודות שירות. ואולם אף שכולם עונשי מאסר הם, אי-אפשר להתעלם מהשונות שלהם, מהייחודיות של כל אחד מהם, ומהתכליות הנפרדות שלהם. כך במיוחד, כאשר אנו מדברים בעונש המאסר בפועל לעומת עונש המאסר על תנאי - כשהאחרון מתאפיין בתכלית מיוחדת של הרתעה פעילה ומכוונת התנהגות, בדרך של תמריץ חיובי, צופה פני עתיד מכאן ולהבא ולא רק מבעוד מועד.

לכן, הפעלת הכלל של קיצור העונש באופן כרונולוגי ושרירותי, תוך התעלמות מבחירתו המודעת של בית המשפט שגזר את הדין בעונשים מסוימים לתכליות שונות - דווקא הפעלה כזו של הכלל מתערבת הלכה למעשה באותו שיקול דעת, תוך הפרת האיזון הפנימי בין מרכיבי העונש, ובאופן לא מושכל.

אינני מתעלם מטעמו של חברי, שלא אנו הם אלו שמתערבים בשיקול הדעת, כי אם גזירת החוק היא. אך בכל הכבוד, אנו אלה שמפרשים את החוק; ובאימוץ פרשנות כזו, אנו נותנים תוקף להתעלמות משיקול הדעת השיפוטי של מי שגזר את העונש, תוך התערבות באיזון הפנימי בין מרכיבי העונש, ובאופן שלעיתים (ואולי אף בדרך כלל) יסכל אותו.

11. במישור היישומי גורמת הגישה הכרונולוגית קושי רב, אשר מונע החלה עקבית של הגישה על כל המקרים, ושולל ממנה את האופי הכללי המתבקש מנורמה משפטית.

אפתח בדוגמא אשר נתן חברי, ובחר להשאירה בצריך עיון.

נניח שעונש המאסר של 23 שנים היה מורכב מ-22 שנות מאסר בפועל ומשנה אחת על תנאי; אלא שתקופת התנאי הייתה מרגע מתן גזר הדין, דהיינו כאשר הנאשם מתחיל בריצוי עונש המאסר בפועל ובהיותו כלוא (או אף קודם לכן, אם היה משוחרר, וניתנה ארכה כמקובל למועד התייצבותו). אמת, אין זהו המקרה הרגיל והשגרתי; אם כי דווקא בסיטואציה של הקלה בעונש (וכיום, הפחתה באחריות) בשל הפרעה נפשית או קוגניטיבית, נקדים לעיתים את תקופת התנאי כדי ליצור תמריץ חיובי להימנע ממעורבות באלימות דווקא בתקופה הראשונה והלחוצה של כניסה לכלא וריצוי עונש המאסר.

אך הנה, בסיטואציה כזו, ואם נהיה "כרונולוגיים עד הסוף" - נקצץ דווקא 3 שנות מאסר בפועל, ולא שנתיים בלבד, משום ששנת המאסר על תנאי איננה מהאחרונות, כי אם מהראשונות. זאת ועוד. כך יהיה המצב אפילו אם הקיצוץ בעונש נעשה לאחר שתמה תקופת התנאי, והתנאי לא התקיים; דהיינו, כאשר עונש התנאי כבר פקע מבלי שהנאשם ריצה אפילו יום אחד ממנו.

אלא שהשונות המקרית בתוצאה העונשית בין שתי הסיטואציות, לפי השלב הכרונולוגי בו בחרנו בגזר הדין המקורי למקם את תקופת התנאי, כשבחירתנו זו הייתה משיקולים זרים לחלוטין לעניין הקיצור בעונש היום מכוח תיקון החוק - שונות זו צורמת את העין. מדוע שבמקרה אחד ירצה הנאשם 20 שנות מאסר בפועל, ובמקרה שני ירצה רק 19 שנות מאסר בפועל?

ואולם דוגמא קשה מכך היא דוגמא שניה, אותה אבקש להציג להלן.

נניח שגזרנו על הנאשם 21 שנות מאסר, מהן 19.5 שנות מאסר בפועל, 1 שנת מאסר על תנאי כשהתנאי הוא עבירת אלימות מסוג פשע, וחצי (0.5) שנת מאסר על תנאי כשהתנאי הוא עבירת אלימות מסוג עוון; ולצורך דוגמא זו אניח את הסיטואציה השכיחה יותר, שתקופות התנאי נקבעו בגזר הדין למועד שלאחר שחרורו של הנאשם מהמאסר בפועל.

לדידי ברור ומוסכם, שבמקרה זה יש לקצר את העונש בשנה אחת, מ-21 שנים (העונש שנגזר) ל-20 שנים

(העונש המרבי בחוק המתקן). אך ממה נקצץ את שנת המאסר הזו? מבחינה כרונולוגית ברור, שהקיצוץ יהיה רק מהמאסרים על תנאי, משום שהמאסר בפועל ראשון בזמן ומסתיים כעבור 19.5 שנים, בטרם הגענו לרף של העונש המרבי של 20 שנה. ואולם מאיזה מאסר על תנאי נקצץ את שנת המאסר? האם רק מהמאסר על תנאי של שנה אחת בגין עבירת פשע? או שמא גם מהמאסר על תנאי של חצי השנה בגין עבירת עוון? ואם משניהם, אז לפי איזה יחס ביניהם?

דא עקא, שבעניין זה לא נותנת הגישה הכרונולוגית כל תשובה - שהרי אין כל סדר כרונולוגי ואין כל קדימות זמנים בין שני מאסרים מותנים אלה.

12. הגישה השנייה היא, כאמור, הגישה המהותית.

לפי גישה זו ייעשה הקיצוץ אך ורק מעונש המאסר בפועל, ולכן כינתי אותה הגישה המהותית - משום שהיא הולכת לפי מהות העונש ולא לפי ציר הזמן; כשהבחירה היא מהותית, של קיצוץ בעונש הקשה ביותר, דהיינו במאסר בפועל לעומת המאסר על תנאי.

ההצדקה הלכאורית לגישה זו היא, שמדובר בגישה המיטיבה עם הנאשם, משום שעונש מאסר בפועל קשה ומכביד יותר מעונש מאסר על תנאי; ולכן יש להעדיף את הפרשנות הזו כפרשנות ראויה לדין הפלילי, פרשנות לטובת הנאשם.

גישה זו גם קלה מאד ליישום, והיא אריתמטית ברמה של "חשבון כתי א". ההפרש בין עונש המאסר הכולל לפי גזר הדין (כולל כל המרכיבים) ובין העונש המרבי הכולל לפי החוק המתקן - זהו מספר שנות המאסר אותו צריך להפחית; ומספר השנים הזה יופחת מהמאסר בפועל, ורק ממנו; כאשר אין משנים דבר במאסר על תנאי.

גישה זו מתגברת גם על שתי הדוגמאות המוקשות, אותן תיארתי במסגרת הדין היישומי בגישה הכרונולוגית. גם הדוגמא הראשונה, שעניינה בהקדמת תקופת התנאי, וגם הדוגמא השנייה, שעניינה בשני עונשי מאסר על תנאי נפרדים זה מזה - שתיהן אינן מעוררות כל קושי לפי הגישה המהותית. בשתי הדוגמאות, הצטברו עונשי המאסר על תנאי ועונשי המאסר בפועל שבגזר הדין לכלל העונש הכולל שנגזר; וככל שסיכום שנים זה עולה על העונש המרבי שבחוק המתקן - יופחת ההפרש ממרכיב המאסר בפועל בלבד שבגזר הדין, כאשר עונשי המאסר על תנאי ייוותרו על כנם, משום שממילא אין להפחית מהם דבר.

13. אלא שהגישה המהותית עומדת מול קשיים רעיוניים קשים שבבסיסה.

ראשית, אם ההפחתה בעונש נעשית לפי השוואה בין העונש שבגזר הדין לבין העונש המרבי שבחוק המתקן; ואם גם העונש שבגזר הדין וגם העונש המרבי שבחוק מחושבים באופן כולל, לרבות מרכיבי המאסר על תנאי שבגדרם או שיכולים להיות בגדרם - אז מדוע להתעלם מכך בעת הקיצוץ, ומדוע להפחית דווקא במרכיב אחד מכלל מרכיבי העונש שבבסיס החישוב? אציג זאת בפרפראזה ציורית משהו: אם נרצה לאזן ולהשוות בגודלן בין שתי קערות סלט של מלפפונים ועגבניות, כלום נכון יהיה לעשות זאת בדרך של הקטנת הכמות באחת הקערות

ע"י הוצאת המלפפונים בלבד מאותו סלט? והאם לא נפגום בכך באותו סלט?

שנית, אין כל עיגון סטטוטורי לגישה פרשנית כזו, שהגריעה מהעונש שבגזר הדין תיעשה דווקא מתוך מרכיב מסוים שלו, קרי מהמאסר בפועל ורק ממנו. המחוקק יכול היה כמובן לבחור בכל אחת מהגישות; ואולם החוק שותק בעניין זה, וכך גם הצעות החוק ודברי הכנסת. בנסיבות כאלה של שתיקת המחוקק, יש להעדיף פרשנות שתואמת את ההסדר החוקי בכללותו. והסדר זה הוא, כאמור, של השוואה בין העונש בגזר הדין לבין העונש המרבי בחוק המתקן; כשהשוואה היא בין עונשים כוללים על כל מרכיביהם, ולא בין עונש כולל לבין מרכיב מסוים שלו.

שלישית, יש בגישה זו משום התערבות ישירה וקשה של בית המשפט בהליך הנוכחי בשיקול הדעת העונשי של בית המשפט שנתן את גזר הדין המקורי. שהרי בית המשפט שגזר את הדין ערך איזונים, והביא בחשבון שיקולים עונשיים כאלה ואחרים, כאשר עיצב את מתכונת ושיעורי העונש בגזר הדין. ואולם אם נאמץ את הגישה המהותית - הרי שאנו נחליט כעת, במודע ובמכוון, לשנות מהאיזונים העונשיים המקוריים הללו, תוך שנקבע בעצמנו, כי המרכיב העונשי ממנו יש להפחית יהא דווקא מרכיב זה ולא אחר.

אוסף ואדגיש, כי אם ההתערבות בשיקול הדעת העונשי בגישה הכרונולוגית הייתה התערבות שרירותית ומקרית, והיה זה חלק מביקורתי עליה - הרי שבגישה המהותית חמורים הדברים אף יותר. הגישה המהותית כשמה כן היא, וההתערבות מכוחה בשיקול הדעת העונשי היא מהותית ואף מכוונת, ובכך היא חוטאת אף ביתר שאת לתכליתו הניטרלית והבלתי מתערבת של כלל הגיליוטינה.

14. **הגישה השלישית היא, כאמור, הגישה היחסית.**

לפי גישה זו, הקיצוץ מהעונש ייעשה מכל מרכיביו ובאותו יחס, והוא היחס המספרי שבין העונש הכולל שבגזר הדין לבין העונש המרבי שבחוק המתקן.

גישה זו מתאפיינת בכך, שהיא שומרת על כל התכליות הרעיוניות של ההסדר החקיקתי שלפנינו, ומצד שני היא מתגברת על כל הקשיים הישומיים.

15. מהבחינה הרעיונית מקפידה הגישה היחסית יותר מכל גישה אחרת על הימנעות מכל התערבות בשיקול הדעת העונשי של בית המשפט שגזר את הדין, ואין בה כל הפעלה מחדש של שיקול דעת עונשי כזה. כיוון שההפחתה בעונש נעשית פרו-ראטה ובאופן שוויוני ביחס לכל אחד ואחד ממרכיבי העונש המקורי - אזי לא מופר האיזון הפנימי בין מרכיבי העונש המקורי, לא באופן שרירותי כמו בגישה הכרונולוגית, ובוודאי שלא בכוונת מכוון כמו בגישה המהותית. בכך מתאימה הגישה היחסית יותר מכל גישה אחרת לרציונאליים של סופיות הדין, אי-התערבות בשיקול הדעת העונשי המקורי ואי-הפעלתו מחדש, הלא הם הרציונאליים שביסודו של כלל הגיליוטינה.

שנית, הגישה היחסית תומכת, כמו הגישה הכרונולוגית ובשונה מהגישה המהותית, בתפיסתו הבסיסית של חוק העונשין, שגם המאסר בפועל וגם המאסר על תנאי - שניהם עונשי מאסר המה, שניהם מרכיבים של עונש המאסר הכולל, ושניהם יוצרים חטיבה עונשית אחת של מאסר.

ושלישית, גם אם שתי הגישות, הכרונולוגית והיחסית, היו עומדות שתיהן בתכליות שביסוד ההסדר החוקי (וכאמור, לדעתי הגישה הכרונולוגית כושלת בעניין אי ההתערבות בשיקול הדעת העונשי) - אזי יש להעדיף את הפרשנות המיטיבה עם הנאשם, בהתאם להוראת סעיף 34כא לחוק העונשין: **"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין"**.

לאחר שסיימתי את חוות דעתי הונחה בפניי חוות דעתה של חברתי השופטת ברודי, ואבקש להתייחס לכך בהקשר אחרון זה. לדעתי, השאלה איננה האם יש לנאשם "זכות קנויה" לעונש מסוים, כפי שהציעה חברתי; אלא האם יש להעדיף את פרשנות החוק המיטיבה עימו. ומעת שסברה חברתי, שגם הגישה היחסית וגם הגישה הכרונולוגית הן גישות אפשריות, אזי הבחירה בגישה היחסית נובעת מכלל הפרשנות הסטוטורית האמור לעיל, של בחירה בפרשנות המקלה עם הנאשם.

16. גם מההיבט היישומי צולחת הגישה היחסית את כל המכשולים, שבהם כשלה הגישה הכרונולוגית. היא אינה יוצרת כל קושי, והיא מאפשרת יישום מלא ועקבי, ללא חריגים.

שתי הדוגמאות שהצגתי לעיל במסגרת הדיון בגישה הכרונולוגית אינן יוצרות כל קושי בגישה היחסית - גם הדוגמא הראשונה, של מאסר על תנאי שתקופת התנאי שלו נקבעה החל מגזר הדין; וגם הדוגמא השנייה, של שני מאסרים על תנאי בגין עבירות שונות, אפילו כשתקופות התנאי חופפות ומאוחרות. הטעם לדבר הוא, שבגישה היחסית אין כל חשיבות לסוגו של עונש המאסר, למיקום שלו בציר הזמן, ולקדימות או לעדיפות בין העונשים השונים. וכך הוא, משום שכל מתכונת העונש נשאת בעינה, וכל העונשים נשארים בתוקף, בכפוף להפחתה בכל אחד ואחד מהם בשיעור יחסי זהה, כבמעין "זכוכית מקטנת".

17. אמת, היישום של הגישה היחסית אינו כה פשוט אריתמטית כמו בשתי השיטות האחרות; אך גם כאן לא מדובר ב"מתמטיקה למתקדמים", אלא בשתי פעולות פשוטות של כפל וחילוק. תחילה יש לקבוע את שיעור ההפחתה, ע"י חלוקה של סה"כ העונש המרבי שבחוק המתקן בסה"כ עונשי המאסר שבגזר הדין; ואז יש לכפול את שיעור ההפחתה בכל אחד ואחד ממרכיבי עונש המאסר שבגזר הדין; כשתוצאות המכפלות הם העונשים שיחולו כעת.

אמחיש זאת בנתונים המספריים שבעניינו של הנאשם דנן.

העונש המרבי הוא 20 שנות מאסר, העונש הכולל שבגזר הדין הוא 23 שנות מאסר, ועונש זה מורכב מ-22 שנות מאסר בפועל ומ-1 שנת מאסר על תנאי.

לפיכך, **העונש הכולל של הנאשם יועמד על 20 שנות מאסר**, שיהא מורכב כדלקמן:

מאסר בפועל של 19 שנים, 1 חודש ו-17 ימים.

עמוד 14

(לפי החישוב $19.13 = 22(20/23X$), שהם 19 שנים, 1 חודש ו-17 ימים בחישוב מדויק).

מאסר על תנאי של 10 חודשים ו-13 ימים בתנאים ובתקופה שנקבעו בגזר הדין המקורי

(לפי החישוב $0.87 = 23(20/23X$), שהם 10 חודשים ו-13 ימים בחישוב מדויק).

18. אינני מתעלם מ"אי הנוחות" או מ"הצרימה הוויזואלית" למקרא תוצאה עונשית שנמדדת בחודשים, ובמיוחד בימים בודדים, כאשר מדובר על עונש מאסר רב-שנתי.

שקלתי האם לא ראוי היה "לעגל" את הימים הבודדים כלפי מעלה או כלפי מטה, לפי העניין, לכלל חודשים שלמים, ובלבד שהסך הכולל יעמוד על העונש המרבי באופן מדויק. ואולם הדבר מוקשה, כיוון שאין לו בסיס ועיגון מבחינת עקרונותיה של הגישה היחסית. יתרה מכך, ודאי שלא ניתן יהיה להצדיק כל הוספה של מספר ימים של מאסר בפועל על חשבון ימים של מאסר על תנאי, דבר שפוגע בנאשם ללא כל עיגון לכך בחוק.

יחד עם זאת, "הצרימה האסתטית" האמורה צריכה להידחות, לדעתי, מפני ההצדקות הרעיוניות לשיטת החישוב היחסית. יש להעדיף את קיום הרציונאלים שביסודו של כלל הגילויטינה, דהיינו לא להתערב בשיקול הדעת השיפוטי ולא לפתוח את ההליכים מחדש, תוך שמירת עקרון הסופיות; וזאת בצד מתן ביטוי לתחושת הצדק, שראוי כי תיקון החוק לקולא יקל גם עם נאשמים שעונשם נגזר ונעשה חלוט.

כן צריכה "אי הנוחות", הנובעת מתוצאה שנמדדת בימים בודדים, להידחות מפני הרצון להגיע לפתרון ולשיטה עקביים, שחלים במידת האפשר באופן כולל ואחיד על כל הסיטואציות האפשריות, וללא קשיים יישומיים.

19. בשולי הדברים אזכיר, שכל הקשיים הפרשניים שבפנינו, והבחירה בגישה זו או אחרת, נובעים אך ורק מהיעדר אמירה ברורה של המחוקק בעניין זה. לטעמי, טוב יעשה המחוקק אם יבהיר את הדברים בתיקון נוסף לחוק.

20. סיכום של דבר.

סקרתי את שלוש הגישות השונות ליישומן של כלל הגילויטינה בקשר לקיצור עונש המאסר מכוח תיקון 137 לחוק העונשין בעניינם של נאשמים מסוימים שהורשעו ברצח וגזר דינם נעשה לחלוט.

מבין שלוש הגישות - הגישה היחסית היא זו שצולחת את כל המשוכות באופן הטוב ביותר, גם מהבחינה הרעיונית וגם מהבחינה היישומית.

אשר על כן, ואם תישמע דעתי, נאמץ את הגישה היחסית; והתוצאה האופרטיבית תהיה, שעונשו של הנאשם יופחת כאמור בחישוב המפורט לעיל בסעיף 17 לחוות דעתי זו.

רמי אמיר, שופט

השופטת ליאורה ברודי, סג"נ:

1. עיינתי בחוות דעתם של חבריי, השופט פינקלשטיין, האב"ד והשופט רמי אמיר, ולאחר שקילת היבטיה השונים של הסוגיה שבמחלוקת, אני מצטרפת לחוות דעתו של השופט פינקלשטיין.
 2. הסוגיה הטעונה הכרעה היא כיצד ליישם את "כלל הגיליוטינה", שמשמעותו היא שהשינוי שיערך על ידי בית המשפט יישא אופי מנהלי בלבד, ללא הפעלת שיקול דעת שיפוטי לעניין גזר הדין, וללא פתיחת התיק מחדש.
 3. עקרונית, גם "הגישה היחסית" המוצעת על ידי השופט אמיר, מגשימה ומתיישבת עם "כלל הגיליוטינה". אף על פי כן, סבורה אני כי השיטה המוצעת על ידי השופט פינקלשטיין נותנת ביטוי נכון יותר לכוונת המחוקק.
 4. אכן, בגזר הדין המקורי, הטיל בית המשפט הן מאסר בפועל והן מאסר על תנאי. ואולם, על פי סעיף 52(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**"): "**הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי**".
- נוסח זה מלמד, והדברים ידועים גם מפסיקת בית המשפט העליון, כי עונש המאסר כולל הן את המאסר בפועל והן את המאסר על תנאי - וסך התקופה מוגבל לעונש המרבי הקבוע בחוק לצד העבירה.

5. להשקפתי, כאשר באים אנו להורות על קיצור תקופת המאסר ל-20 שנה, אין להבחין בין תקופת המאסר בפועל לבין תקופת המאסר על תנאי, שכן לצורך ההכרעה בסוגיה שבפנינו דין המאסר על תנאי הוא כדין המאסר בפועל.

6. אם כך, אין לנאשם "זכות קנויה" שקיצור תקופת המאסר בעקבות תיקון 137 לחוק העונשין יתבטא בהכרח ודווקא בהקטנת אחד ממרכיבי המאסר האמורים. כפי שצוין, "כלל הגיליוטינה" מבטא את ההשקפה שהחלטה נושאת אופי מנהלי, וכי על תקופת המאסר "להיחתך" עד הגיעה לעונש המרבי של 20 שנה. במילים אחרות: כל תקופה מעבר ל-20 שנה - בין אם מאסר בפועל ובין אם מאסר על תנאי - תיגרע מסך תקופת המאסר. בענייננו: מכיוון שתחולת המאסר על תנאי היא לאחר סיום המאסר בפועל, תיגרע תקופה זו (שנה) וכן ייגרעו שנתיים מאסר בפועל.

7. שיטה זו, שלפיה מופסק עונש המאסר של הנאשם לאחר סיום ריצוי של 20 שנה, נראית בעיני נכונה יותר, פשוטה יותר ליישום ומתיישבת עם הרציו שעומד מאחורי "כלל הגיליוטינה".

8. לפיכך, אני מצטרפת לחוות דעתו ולתוצאה אליה הגיע חברי השופט פינקלשטיין.

**ליאורה ברודי, שופטת
סגנית הנשיאה**

התוצאה:

בדעת רוב השופטים, כאמור, הוחלט כי לאור הוראת סעיף 25(ג) לתיקון 137 לחוק העונשין, על הנאשם לרצות - חלף עונש המאסר המקורי - 20 שנות מאסר בפועל, החל מיום מעצרו, 26.2.14.

מכוח אותה הוראת חוק מתבטל עונש המאסר על תנאי, שהיה חלק מעונש המאסר המקורי.

הודעה זכות ערעור לבית המשפט העליון תוך 45 יום.

ניתנה והודעה היום ט"ז שבט תש"פ, 11/02/2020 במעמד הנוכחים.

רמי אמיר, שופט

ליאורה ברודי,
שופטת
סג"נ

מנחם פינקלשטיין, שופט
אב"ד