



ע"פ 46854/02/16 - מדינת ישראל נגד חנן חן בן אהרון עמר - נוכח

בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לערעורים פליליים

עפ"ת 46854-02-16 מדינת ישראל נ' עמר 31 מרץ 2016

בפני כב' השופט רענן בן-יוסף

המערערת מדינת ישראל

על-ידי פמת"א - לא התייצב איש

נגד

המשיב

חנן חן בן אהרון עמר - נוכח

על-ידי ב"כ עו"ד דוד גולן

פסק דין

1. בפניי ערעור המדינה על גזר דינו של בית המשפט לתעבורה בתל אביב-יפו [כב' השופט א. האוזרמן] (להלן: "**בית משפט קמא**") מתאריך 24.01.16, במסגרתו הוטלו על המשיב העונשים הבאים: 12 חודשי מאסר, תוך הפעלת 6 חודשי מאסר מותנה באופן חופף ובניכוי 6 חודשי מעצר בפיקוח אלקטרוני, כך שנותרו לריצוי על-ידי המשיב 6 חודשי מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות, פסילה בפועל מלקבל רישיון נהיגה למשך שלוש שנים, שתי תקופות של מאסר מותנה וחתימה על התחייבות.

בד בבד עם הגשת הערעור, ביקשה המדינה עיכוב ביצוע עבודות השירות ועוכב ביצוען בהחלטה מיום 22.02.16.

ערעור המדינה מופנה כנגד קולת רכיב המאסר בפועל בגזר הדין, אופן הפעלת המאסר המותנה וניכוי ימי המעצר בפיקוח האלקטרוני.

2. כתב האישום:

המשיב, יליד 1993, הורשע על-פי הודאתו בכתב אישום מתוקן שייחס לו עבירות של נהיגה ללא רישיון נהיגה, נהיגה בקלות ראש, אי-ציות לאות של שוטר במדים ונהיגה ברכב ללא ביטוח על-פי (בהתאמה) סעיפים 10.א., 62(2) לפקודת התעבורה [נוסח חדש] התשכ"א - 1961, תקנה 23(א)(2) לתקנות התעבורה, התשכ"א - 1961 וסעיף 2(א) לפקודת ביטוח רכב מנועי [נ"ח] התש"ל - 1970.

מעובדות כתב האישום המתוקן עולה, כי בתאריך 24.07.15 נהג המשיב רכב בתל-אביב בקלות ראש, לא ציית לתמרור עצור, ומשסימן לו שוטר לעצור בשל מעשיו אלה, המשיך בנסיעה פרועה. התנהל אחריו מרדף שוטרים לאורך מספר רחובות, ומשנעצר והתקרבו אליו השוטרים החל בנסיעה, תוך שהוא פוגע בניידת ודוחף שוטר. המשיב עשה כן עת לא היה מורשה לנהוג בלא שהוציא מעולם רישיון נהיגה וכאשר נהיגתו ברכב אינה מבוססת.

3. פסק דינו של בית משפט קמא:



בתאריך 26.07.15 הורשע המשיב על-פי הודאתו בכתב האישום המתוקן. טרם שנגזר דינו, הורה בית משפט קמא כי יוגש תסקיר קצין מבחן בעניינו. ביום 29.12.15 הושמעו הטיעונים לעונש, וכאמור, ביום 24.01.16 הושמע גזר הדין.

בגזר דינו עמד בית משפט קמא על עובדות כתב האישום, על ההליכים כנגד המשיב, אשר שהה תקופת מה במעצר ואחר כך שהה במעצר בפיקוח אלקטרוני. ציין כי למשיב הרשעות בעבירות נהיגה בשכרות ועבירות נוספות למרות שאין לו רישיון נהיגה, וכן עבירות פליליות שעניין שימוש ברכב ואחרות, כי הוטלו עליו בעבר עונשי מאסר, פסילה בפועל ועונשים נוספים.

בית משפט קמא הדגיש את חומרת העבירות ונסיבותיהן שביצע המשיב, את פגיעתו בערכים המוגנים של שמירת חיי אדם, שלום הציבור וביטחון ושמירת שלטון החוק, ובחן את הפסיקה הנוהגת ומדיניות הענישה המחמירה בעבירות בהן הורשע המשיב.

כן הפנה בית משפט קמא בגזר דינו לתסקיר שירות המבחן, אשר אמנם מצא שהמשיב מקבל אחריות לביצוע העבירות ומכיר בתוצאות מעשיו, אך מתקשה להפנים את סמכות החוק, בעל כוחות ובשלות נמוכים, מתקשה להתמודד עם תהליך השיקום וממשיך במעורבות פלילית.

שירות המבחן, בהמלצתו, התרשם מרמת סיכון גבוהה להמשך הישנות ביצוע עבירות והמליץ על ענישה מוחשית ומרתיעה תוך לקיחה בחשבון את גילו הצעיר של המשיב, שפתח עסק ולא נפתחו נגדו תיקים חדשים מספטמבר 2014.

בית משפט קמא קבע, כי מתחם העונש ההולם את מעשי המשיב הוא מאסר בפועל - בין 12 ל-18 חודשי מאסר, ופסילה בפועל לתקופה שבין 2-4 שנים.

בבואו לקבוע את עונשו של המשיב בתוך מתחם הענישה ולאחר שמצא שאין הצדקה לחרוג הימנו, נתן דעתו לעברו הפלילי והתעבורתי של המשיב ולחומרת מעשיו. לקולא נתן משקל להודאתו של המשיב בעובדות כתב האישום המתוקן, לכך שהביע צער וחרטה, לנסיבותיו האישיות והמשפחתיות שעלו מתסקיר קצין המבחן ומדברי אמו בבית המשפט.

אחר כל אלה גזר בית משפט קמא את עונשו של המשיב כמצוין לעיל.

4. טענות הצדדים בערעור:

המדינה לא השלימה עם קלות עונש המאסר שהוטל על-ידי בית משפט קמא. לעמדתה, שגה בית המשפט לתעבורה בשלושה: בכך שהטיל עונש מאסר בפועל של 12 חודשים בלבד, ברף התחתון של מתחם הענישה שקבע; בכך שהורה על חפיפה מלאה של המאסר המותנה שהופעל למאסר שהוטל, ובעיקר, כך התברר במהלך שמיעתו של הערעור, בכך שהורה על ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני.

עמדת המדינה בנקודה זו, לבד מטענתה שבית משפט קמא לא אפשר לה לטעון בסוגיה זו היא, שאין לנכות מתקופת מעצר שהות של נאשם בפיקוח אלקטרוני, אלא יש להביא שהות זו בחשבון בעת קביעת העונש.

לעמדת המדינה, הנסיבות החמורות של העבירות אותן ביצע המשיב וטיבן, מסוכנתו לציבור וזלזולו בשלטון החוק, עברו הפלילי והתעבורתי ועמדת שירות המבחן אותם ציין בית משפט קמא, אינן מתיישבים עם העונש הקל אשר הטיל על



המשיב.

ב"כ הנאשם טען שאל לה לערכאת הערעור להתערב בגזר הדין אשר הולם את נסיבותיו של המעשה ושל העושה, תוך שהוא מפנה להלכת אי-ההתערבות של הערכאה הערעורית בענישה המוטלת על-ידי בית המשפט הדיוני. כן הפנה הוא להחלטת בתי המשפט במקרים אחרים בהם הוטלו עונשים דומים, בהם נוכו ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת מאסרם של הנאשמים. אף אם שגה בית משפט קמא, כך הסניגור, על-פי סעיף 215 לחסד"פ [נוסח משולב] התשמ"ב - 1982, אל לה לערכאת הערעור לשנות מגזר הדין.

5. דין:

א. הלכה היא שלא בנקל תתערב ערכאת הערעור בגזר דין שהטילה הערכאה הדיונית, ולא כל שכן כאשר הערעור מוגש על-ידי המדינה (ע"פ 121/16, מדינת ישראל נ' פלוני (11.02.16)), אך למרבה הצער, המקרה הנוכחי מצדיק לעשות כך בשל הטעמים המועלים על-ידי המדינה בערעורה ובשל קשיים של ממש העולים מגזר דינו של בית משפט קמא, ואפרט:

ב. בית משפט קמא מצא לקבוע שמתחם הענישה בנסיבות מקרה זה לעניין עונש המאסר נע בין 12 ל-18 חודשי מאסר בפועל. מתחם זה כשלעצמו אינו מצדיק התערבות ואף המדינה אינה יוצאת כנגדו בערעורה. הקושי הוא בכך שבית משפט קמא מצא לקבוע את מיקומו של המשיב כעושה, ובנסיבות המעשים שעשה בתחתית המתחם. קביעה זו אין להלום.

עסקינן בעברין תעבורה ועברין פלילי החוזר ועובר עבירות חמורות הקשורות לנהיגה מבלי שיש לו רישיון וללא שלמד לנהוג, המתעלם מהוראות שוטרים ומהוראות החוק והדין, המסכן במעשיו הלכה למעשה עוברי דרך, לרבות את עצמו. המעשה שעשה לא ניתן להגזים בחומרתו. נהיגה ללא רישיון, התעלמות מתמרור, בריחה משוטרים ואף ניסיון פגיעה בהם. שירות המבחן אינו תולה תקוות ביכולתו להשתקם ועונשי פסילה בפועל ומאסרים מותנים בעברו לא סייעו לזניחתו את מעשיו הרעים - כל אלה אינם באים לידי ביטוי בהטלת מאסר ברף התחתון של המתחם. בנסיבות אלו מוצדק להורות על עונש מאסר המצוי גבוה יותר בתוך המתחם.

ג. הטלת עבודות השירות:

בית משפט קמא, למרות שהורה על הטלת מאסר בן 12 חודשים מאסר בפועל, הורה כי המשיב יבצע עבודות שירות - הדבר אינו אפשרי בשל הנאמר בפירוש בסעיף 51.ב. לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין").

"בית משפט שגזר על נאשם מאסר בפועל לתקופה שאינה עולה על שישה חודשים..."

הטלת מאסר לנשיאה בעבודות שירות אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הטלת עונש מאסר בפועל מעבר ל-6 חודשים.



ד. חפיפת עונש המאסר המותנה שהופעל לעונש המאסר שהוטל:

בית משפט קמא הורה על חפיפה מלאה של עונש מאסר מותנה שהפעיל לעונש מאסר בפועל שהטיל, כך עשה מבלי שנימק זאת בניגוד לקבוע בסעיף 58 לחוק העונשין, המורה על ברירת המחדל, בנסיבות אלה, בריצוי עונשי המאסר במצטבר. נאמר לאחרונה בע"פ 8265/13, דמיטרי מלכיאל נ' מדינת ישראל (10.03.16):

"הוראת החוק הרלוונטית לענייננו מצויה בסעיף 58 לחוק העונשין, שעניינו תקופות מאסר בזו אחר זו. סעיף זה מורה כי כאשר מוטל עונש מאסר ומופעל לצדו עונש מאסר מותנה, ירוצו שתי תקופות המאסר, ככלל, בזו אחר זו. עם זאת סמכות זו נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, ורשאי הוא לסטות מן הכלל של ברירת המחדל בסעיף 58 לחוק העונשין ולהורות על חפיפתן של תקופות המאסר, אם מצא שהאיזון "בין האינטרס החברתי במיצוי הדין לבין האינטרס האנושי" נוטה לטובת הליכה לקראת הנאשם (ע"פ 3503/01, תפאל נ' מדינת ישראל פ"ד נח(1) 865, 872 (2003) מפי הנשיא ברק; ע"פ 4654/03, וליד נ' מדינת ישראל, פסקה 27 (2006)); זאת לשם נקיטת מידת חסד עם הנאשם. מכל מקום, במסגרת השיקולים על בית המשפט ליתן דעתו לתכליתו ההרתעתית של סעיף 58, וכנגזרת מכך, לבחון את טיב העבירה שלפניו וזיקתה לעונש הנצבר, באופן אשר יטה את הכף לטובת מיצוי דינו של הנאשם על פני נקיטת מידת חסד עמו ככל שקיימת זיקה הדוקה בין העבירה הנוכחית לעבירה שבגינה נצבר העונש (ראו ע"פ 5974/13, מוחמד נ' מדינת ישראל, פסקאות 12-14 (2014); ע"פ 4716/12, מדינת ישראל נ' דטסה, פסקאות 21-23 (2013)) ... קבע המחוקק ברירת מחדל לפיה הכלל במקרה של הפעלת עונש מאסר מותנה לצד ענישה נוספת, הוא צבירת העונשים במצטבר".

לא ניתן, במקרה שבפנינו, למצוא ולו בדוחק "טעמים שיירשמו" שיצדיקו ששתי התקופות יהיו חופפות ובוודאי במלואן. ככל שהפכתי בתסקיר שירות המבחן, נסיבותיו האישיות של המשיב, עברו הפלילי והתעבורתי ונסיבות העבירות, לא מצאתי למשיב נקודות זכות שיש בהן לשמש טעם ממשי לחפיפה ולו חלקית של תקופות המאסר, למעט העובדה שאין דרכה של ערכאת הערעור למצות הדין עם נאשם.

ה. ניכוי ימי המעצר בתנאי פיקוח אלקטרוני:

(1) ביום 16.06.15 נכנס לתקפו חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ה - 2015 (להלן: "**חוק הפיקוח**"). החוק נוסף כסימן ג1 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים) התשנ"ו - 1996 (להלן: "**חוק המעצרים**").

סעיף 22ב(א) לחוק המעצרים קובע כלהלן:



"החלטה על מעצר בפיקוח אלקטרוני
22ב. מצא בית המשפט כי התמלאו התנאים למתן צו מעצר לפי הוראות סעיף 21(א),
וכי לא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה כאמור בסעיף
21(ב)(1), רשאי הוא, בכפוף לשאר הוראות סעיף זה, להורות כי חלף החזקת העצור
במקום מעצר, ימצא העצור במקום שייקבע ולמשך תקופה שייקבע, בתנאי פיקוח
אלקטרוני (בחוק זה - מעצר בפיקוח אלקטרוני), אם התקיימו כל אלה:
" [...] ..."

בית המשפט העליון עמד לאחרונה על משמעות התיקון באומרו:

"בעבר רווח השימוש במונח שחרור לחלופת מעצר באיזוק אלקטרוני, או נוסח דומה,
על אף שבחוק המעצרים לא מופיע המונח חלופת מעצר. בתיקון לחוק, ביקש
המחוקק לומר כי אין מדובר בחלופת מעצר, אלא במעצר בפיקוח אלקטרוני. ודוק:
לא מדובר בשינוי טרמינולוגי בלבד, אלא בשינוי תפיסתי של ממש. נאשם שנקבע כי
ישהה תחת פיקוח אלקטרוני נחשב לעצור, כאשר המעצר בפיקוח אלקטרוני בא חלף
מעצר, על כל ההשלכות הנובעות מכך, לרבות מגבלת הזמן וההוראות המיוחדות
הקבועות בסעיפים 60-63 לחוק המעצרים. לעניין זה, אציין כי המחוקק הבחין בין
מעצר רגיל למעצר בפיקוח אלקטרוני, לגביו נקבעו מגבלות זמן כפולות - תחילת
משפט תוך 60 יום מהגשת כתב אישום, והארכה על-ידי בית המשפט העליון בחלוף 18
חודשים, תוך אפשרות להאריך הפיקוח האלקטרוני ב-180 יום נוספים (להרחבה
אודות החוק והשינויים בחוק המעצרים ראו רון שפירא "חוק הפיקוח האלקטרוני -
הערות והארות" הסניגור 218 עמ' 4-10 (2015))" (בש"פ 4658/15, פישר נ' מדינת
ישראל, 09.07.15).

(2) בית המשפט העליון טרם הכריע בסוגיית ניכוי ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר, אם כי ציין
שהטענה "עשויה לעורר שאלה משפטית עקרונית" (רע"פ 7994/14, עימאד חלאילה נ' מדינת ישראל
(22.12.15)).

(3) בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים ניתן למצוא גישות שונות ולעיתים אף הפוכות בסוגיה זו: כך בת"פ
3617-01-15 (חיפה), מדינת ישראל נ' מחאג'נה (28.10.15) מצא בית המשפט שיש לנכות את ימי המעצר
בפיקוח באופן מלא מתקופת המאסר, ומנגד הובעה דעה שונה בע"פ 27209-08-15 (חיפה), מדינת ישראל
נ' קינן (15.11.15); ת"פ 45191-09-14 (ת"א), מדינת ישראל נ' אנבריה ואח' (20.07.15); תפ"ח
6774-05-15 (חיפה), מדינת ישראל נ' חטיב (11.02.16) - אין ספק שהעמדה הדומיננטית בפסיקתם של
בתי המשפט המחוזיים היא הגישה האחרונה. גישת ביניים שנמצאה בעיקר בפסיקתם של בתי משפט שלום
נובעת מהוראות סעיפים 60-63 לחסד"פ מעצרים ועל פיה נוכתה מחצית תקופת הפיקוח האלקטרוני מעונש
המאסר.



(4) כאשר עסקינן במעצר ממש מאחורי סורג ובריה ההלכה היא:

"כבר נקבע לא אחת על-ידי בית משפט זה, כי לנאשם אין זכות קנויה לניכוי ימי מעצרו והשאלה אם לנכות את ימי המעצר נתונה לשיקול דעת בית המשפט, אשר שוקל את הנושא במסגרת העונש הראוי (ראו רע"פ 165/05, י' צ' נ' מדינת ישראל) (לא פורסם, 13.01.2005); רע"פ 4230/07, רפי אוחנה נ' מדינת ישראל, (לא פורסם, 18.06.2007). משכך, אין לקבל את טענת המבקש, לפיה יש לפרש את הסעיף כך שימי המעצר ינוכו באופן אוטומטי" רע"פ 245/10, גבאי נ' מדינת ישראל (13.04.10).

אך עם זאת נקבע בע"פ 4152/13, הראל ישראלי נ' מדינת ישראל (13.08.14) כך:

"שונה הוא המצב באשר להחלטת בית המשפט המחוזי שלא לנכות את ימי מעצרו של המערער. ניכוי ימי מעצרו של מורשע מתקופת המאסר שנגזרה עליו הושרשה בפסיקה זה מכבר. הדבר נובע מהזכות לחירות, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ומהימנעות מכפל ענישה, לא כל שכן מדובר בענישה בדמות מעצר. לפיכך, ימי מעצר לא ינוכו מעונש המאסר רק במקרים חריגים במיוחד (ראו למשל: רע"ב 4865/04, מדינת ישראל נ' סויסה (28.06.15); על"א 9/82, סלומון נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד לז(3) 609 (1983)) ... לעמדת, הגם שאין חובה לנכות ימי מעצר מעונש מאסר - עקרון החירות תומך בניכוי זה. בכך ניתן ביטוי לכלל לפיו מעצר אינו עונש, אלא תוצאה מתחייבת על מנת להגן על הציבור מפני נאשמים אשר מסוכנותם הוכחה לכאורה בכתב האישום, בהיעדר חלופה מתאימה. אף אם יטען הטוען כי ניתן להגיע לתוצאה עונשית דומה על ידי אי ניכוי ימי מעצר וקיצור תקופת המאסר - הרי שעקרונות השיטה מובילים למסקנה כי ניכוי ימי המעצר הוא דרך המלך".

(5) הדין שנהג לעניין זה באשר ל"מעצר בית" כלומר, לשחרור בתנאי הימצאות במקום מסוים נוסח בפרשת ע"פ 1626/91, איברהים דקה נ' מדינת ישראל פד"י מה(5), 76:

"בדרך הבחנה דומה - באופן כללי - בין מעצר בית מוחלט למעצר מאחורי סורג ובריה, נוהגים אנו גם לעניין חישוב תקופת המעצר כאשר בית המשפט משית עונש של מאסר בפועל. מקובל עלינו כי התקופה שבה היה הנאשם עצור מאחורי סורג ובריה מן הראוי לנכותה מתקופת המאסר בפועל שנגזרה על הנאשם; אך אין אנו נוהגים לנכות כאמור תקופה שבה היה הנאשם במעצר בית, אף אם מוחלט. יחד עם זה, הרשות בידי בית המשפט - ובמקרים הולמים אף רצוי הדבר - שבבואו לקבוע את שיעור תקופת המאסר בפועל, יביא חשבון, במידה זו או אחרת, את העובדה שהנאשם נתון היה במעצר בית. מעצר הבית יכול ותהא אחת הנסיבות, בשקלול יתר השיקולים, בקביעת תקופת המאסר בפועל"



וכן מפי כב' השופט בר:

"ברצוני להוסיף רק הערה והיא כי הפרופורציה המוטעית, שהוצעה על-ידי הסניגוריה, לפיה מן הדין להחיל על המקרה הנדון את הוראות סעיפים 53 ו-54 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב) התשמ"ב 1982 - (להלן חסד"פ) נובעת מהשימוש המקובל בביטוי "מעצר בית", שאיננו מונח משפטי-טכני. המדובר למעשה לא "במעצר" מבחינת החוק, שהסעיפים 53 ו-54 הנ"ל חלים לגביו, כי אם בהחלטת בית המשפט לשחרר את הנאשם העצור בערובה, ולהתנות את השחרור, בין יתר התנאים, גם בתנאי שהנאשם חייב להימצא בדירת מגוריו או במקום מגורים אחר".

6. גישה אחת שניתן ללכת בה בסוגיה זו היא לצאת אמנם מנקודת המוצא שכשם שלנאשם אין זכות קנויה לניכוי ימי מעצר מאחורי סורג וברית, מקל וחומר שאין לו זכות לכך כשעסקינן במעצר בפיקוח אלקטרוני. עם זאת, יש להחיל את הנאמר בפרשת 4152/13, ישראלי, אף בענייננו בשינויים המתחייבים העולים מהשוני המהותי והניכר שבין הפגיעה בחירות האדם ובחופש התנועה שלו, בין שהייתו בבית האסורים לבין שהייה במקום שאינו נמצא מאחורי שערי ברזל, גדרות ובפיקוח סוהרים. אמנם הפגיעה בחירותו של מי שמצוי ב"מעצר בית" שונה באופן ניכר ומהותי ממי ששוהה בבית המעצר, אך המחוקק, בתקנו את חוק המעצרים, בחר לשנות את מעמדו המשפטי של הנאשם ממעמד של "**משוחרר**" למעמד של "**עצור**" ויש ליתן לכך משקל פרשני. יתרה מכך, המחוקק כימת בתקנו את סעיפים 60 ו-61 לחוק המעצרים בקבעו תקופה כפולה מקסימלית אפשרית לשהות בתנאי פיקוח אלקטרוני לצורך קיום הקראה של כתב האישום וסיום שמיעת משפט. משכך ניתן לומר שמבחינה ערכית השווה המחוקק את מעמדו של עצור בבית מעצר לעצור בתנאי פיקוח אלקטרוני. הרציונל שצוטט מפי כב' השופט בר בפרשת דקה אינו עומד עוד.

עוד ניתן לטעון, במסגרת גישה זו, שבכך שהמחוקק בתקנו תוך תיקון חוק הפיקוח את סעיף 8(ב) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א - 2001, קבע שתקופת שהייה במעצר בפיקוח אלקטרוני לא תובא בחשבון רק לחישוב תקופת מאסר של אסיר עולם, בכך בחר להשאיר בידי בית המשפט את שיקול הדעת לעשות כן כשמדובר באסיר שאינו אסיר עולם.

משנייה התיקון בחוק המעצרים את מעמדו המשפטי של נאשם בפיקוח אלקטרוני ממעמד "משוחרר" למעמד "עצור" צריך שינוי זה ליתן אותותיו לכל דבר ועניין. על-פי גישה זו, כך טען אף ב"כ המשיב בענייננו, צריך לסייע סעיף 34.כ"א לחוק העונשין "**ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין**".

7. הגישה האחרת היא הגישה שהוצגה על-ידי המדינה בערעור שבפניי, ואקדים ואומר כי שוכנעתי שהיא הגישה שיש לאמץ. בית המשפט העליון, באומרו בפרשת בש"פ 4658/15 פישר, שחוק הפיקוח שינה "**שינוי תפיסתי של ממש**" את מעמדו של מפוקח בפיקוח אלקטרוני כיוון לשינוי תפיסתי מבחינת דיני המעצרים בלבד. בחוק הפיקוח לא נאמר דבר על ניכוי ימי המעצר. המסגרת הנורמטיבית שבה נקבע השינוי בחוק הוא בחוק המעצרים דווקא שאין לו דבר ועניין עם ענישה, לרבות מאסר.



סעיף 43 לחוק העונשין הקובע את ברירת המחדל, לפיה "מי שנידון למאסר תיחשב תקופת מאסרו מיום גזר הדין, אם לא הורה בית המשפט הוראה אחרת..." לא שונה.

סעיף 8.ב. לחוק שחרור על תנאי ממאסר, כפי שתוקן, מטרתו ותכליתו הוא הצורך להבהיר שמקום שקבוע בדין שיש לנכות תקופת מעצר ממאסר, וכך קבוע רק שם, לא ינוכו ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני ומשכך צודקת המדינה בטענתה, כי ניתן ללמוד ממנה שאם לא נאמר דבר בפרק הענישה בחוק העונשין לעניין זה, יש ללמוד שכוונת המחוקק הייתה שאין בתיקון חוק הפיקוח כדי לתקן את דיני הענישה או לשנותם.

סעיף 34.כא לחוק העונשין אין בידו לסייע בפרשנות התומכת בגרסת המשיב בעניינו, בשל כך שעל-פי תכלית התיקון לחוק הפיקוח, השוני שהוא מביא לעולם הוא בשינוי דיני המעצרים ולא בדרכי הענישה.

הפגיעה בחירותו של מי שמצוי ב"מעצר בית", דהיינו, במעצר בתנאי פיקוח והיום הטרימינולוגיה שהייתה שגויה בעבר, מקבלת משמעות מתאימה יותר למצב המשפטי, שונה באופן ניכר ומהותי מהפגיעה בחירותו של מי ששווה בבית המעצר והדברים ברורים ואינם צריכים הסבר. לכל בר בי רב ברור כי אין שוני מעשי של ממש משווה בחלופת מעצר בביתו ממי שנמצא שם, על-פי הדין החדש כ"עצור".

מעצר באיזוק אלקטרוני, קרוב הרבה יותר מבחינה מעשית, עיונית ותוכנית לשחרור בתנאים מגבילים, לרבות "מעצר בית" מאשר למעצר ממש. די שאצביע לעניין זה על סידורי ומועדי שינה, אכילה, ביקורים, משפחה, סביבה וכד'. עצור מאחורי סורגים אינו יכול לפתוח "חלונות" ליציאה לרופא, להתאווירות, לעבודה או לפגישה עם עורך דין. מבחינה מעשית, להבדיל ממשפטית, אין שוני ממשי במצבו של מפוקח טרם התיקון לחוק, מזה שאחריו.

אף השינוי שנעשה בסעיפים 60 ו-61 לחוק המעצרים, שינוי שמהווה את "הקלף" החזק של מצדדי הגישה שיש לנכות תקופת פיקוח ממאסר, מטרתו ותכליתו, במסגרת דיני המעצרים, להבטיח ניהול משפטו של מפוקח באופן מהיר וסדיר ובפיקוח של בית המשפט העליון, אך אין לו דבר עם דרכי ענישה והאכסניה בה שוכן, תלמד על כך.

לו תאומץ הגישה האחרת, יכול ויווצר מצב אבסורדי על-פיו נאשם שנגזר דינו למאסר ועונש זה מעוכב ביצועו בתנאי הפיקוח שבהם היה מצוי עד גזר דינו, יוכל לשוב ולבקש לנכות גם את תקופת עיכוב הביצוע ממאסרו בהליך נוסף ונפרד, מהלך שיפגע בעיקרון סופיות הדיון בנוסף לעקרונות הענישה האחרים. הייתכן שתקופת עיכוב ביצוע מאסר תיחשב כמאסר? תמהני?

נימוקים דומים, נוספים ומשכנעים התומכים בדעה שאין לנכות תקופת מעצר בתנאי פיקוח מתקופת מאסר נמנו בהחלטותיהם של בית המשפט המחוזי באר-שבע בת"פ 33171-05-14, מדינת ישראל נ' רובין ואח' (02.02.16); ת"פ 54685-01-12 (מחוזי חיפה), נסאר נ' מדינת ישראל (07.10.15) ות"פ 12198-06-15 (שלום טבריה), מדינת ישראל נ' נוגידאט (24.12.15), שהנני מסכים להם ומאמצם ואין צורך לחזור עליהם.

8. בכך לא תם מסענו.

הדין "הישן" לא שונה ועמו אף הנאמר בהלכת ע"פ 1626/91, איברהים דקה:

עמוד 8



"...הרשות בידי בית המשפט - ובמקרים הולמים אף רצוי הדבר - שבבואו לקבוע את שיעור תקופת המאסר בפועל, יביא חשבון, במידה זו או אחרת, את העובדה שהנאשם נתון היה במעצר בית..."

שהייתו של נאשם במעצר בפיקוח היא **"נסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה"** ומשכך ניתן ליתן לה משקל לענישת הנאשם, אם מהוראת סעיף 40.א(3) לחוק העונשין **"הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה..."** ואם מכח סעיף 40.ב לחוק **"אין בהוראת סעיפים 40ט' ו-40"א כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם"**.

לעניין זה, הנני סבור שבבוא בית המשפט להחליט אם לזקוף תקופת מעצר בפיקוח אלקטרוני לתקופת מאסר שהוא מטיל ובאיזה מידה לעשות כך, מן הראוי שיעשה זאת על-פי כלים אחידים, סדורים וקווים מנחים ובהם אמנה שלא על-פי סדר החשיבות והמשקל לענישה את: טיבו ומהותו של מקום השהייה בפיקוח (האם בבית הנאשם, אם במקום מרוחק ממנו) קרבתו למשפחתו, תנאי הקיום והרווחה במקום מעצרו בפיקוח ותנאים סביבתיים גיאוגרפיים נוספים. כך גם יש ליתן משקל לזהותם של הפקחנים שנקבעו על-ידי בית המשפט וקרבתם לנאשם. אף למידת שמירת הנאשם על תנאי הפיקוח, למשכה של התקופה, למספר ותכיפות "חלונות" יציאה שאושרו לו - יש לתת משקל לעניין זה. אין זו, כמובן, רשימה סגורה של שיקולים מוצעים.

בעניינו של המשיב דכאן הוסכם על הצדדים שלא הפר תנאי הפיקוח, כי נפתחו לו מעט "חלונות", כי שהה בביתו בפיקוח אמו ולתקופת עונש המאסר שתוטל עליו בסמוך, יינתן משקל הולם וממתן במידת מה, אם כי לא במידה רבה.

9. מן הכלל אל הפרט:

ערעור המדינה ערעור בדיון הוא, והנני אפוא מקבל את הערעור ומשנה את עונשו של המשיב כדלקמן:

- א. מאסר בפועל למשך 14 חודשים.
- ב. מופעל המאסר המותנה של 6 חודשים שהוטל על המשיב בת"פ 47341-12-12 [בימ"ש שלום רחובות] ביום 29.01.14.
- ג. עונשי המאסר המוטל והמופעל ירצו כך ששלושה חודשים מהמאסר המותנה המופעל ירצו במצטבר לעונש המאסר שהוטל עתה ושלושה בחופף להם.
- ד. סך הכל ירצה המשיב מאסר בפועל של 17 חודשים, מהם ינוכו ימי מעצרו שבין 26.07.15 עד 03.08.15.



ה. יתר רכיבי גזר דינו של בית משפט קמא יישארו על כנם. הפסילה בפועל שהטיל בית משפט קמא תחל מיום שחרורו של המשיב ממאסר. עם זאת, בית משפט קמא טעה, המדינה לא ערערה, בכך שלא הפעיל את הפסילה המותנית שהוטלה בת"פ 47341-12-12 למשך 12 חודשים, ולפיכך אפעילה בחופף לפסילה שהוטלה על-ידי בית משפט קמא. הנני עושה כן, למרות, כאמור, שהמדינה לא ערערה על חלק זה של גזר הדין כדי להעמיד גזר הדין על דיוקו ובשל כך, שיש בנסיבות הפעלתו בחופף כדי להועיל למשיב דווקא.

ו. המשיב יתייצב לריצוי מאסרו בתאריך **15.05.16** עד השעה **10:00** בבימ"ר "ניצן" כשברשותו תעודת זהות או דרכון. על המשיב לתאם הכניסה למאסר, כולל האפשרות למיון מוקדם, עם ענף אבחון ומיון של שב"ס בטלפונים: 08-9787377, 08-9787336.

ז. עד התייצבותו בבית האסורים ישהה בתנאים אותם פסק בית משפט קמא, וכן תעוכב יציאתו מן הארץ.

פסק הדין יובא לידיעת הממונה על עבודות השירות.

ניתן והודע היום,
כ"א אדר ב' תשע"ו,
31 מרץ 2016,
במעמד הצדדים.
רענן בן-יוסף, שופט