

ע"פ 7768/15 - פלוני נגד מדינת ישראל

בבית המשפט העליון בשבתו בית משפט לערערים פליליים

ע"פ 7768/15

לפני:  
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין  
כבוד השופט ס' ג'ובראן  
כבוד השופט ח' מלצר

פלוני המערער:

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דיןו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד  
מיום 8.10.2015 בתפ"ח 42240-03-14 שנייתן על ידי  
כבוד השופטים: ר' לורק - סג"ג, צ' דותן וע' וינברג-  
נותוביץ

תאריך הישיבה: כ' באדר א' התשע"ו (29.2.2016)

בשם המערער:

עו"ד בועז קניג

בשם המשיבה:

עו"ד הילה גורני

**פסק דין**

השופט ס' ג'ובראן:

עמוד 1

1. מהו דין של מעוצר בפיקוח אלקטרוני לעניין נכי ימי מעוצר מתוקוף המאסר שהוטלה על אדם, בעקבות כניסה לתוקף של החוק לפיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חוקקה), התשע"ה-2014 (להלן: חוק פיקוח אלקטרוני)? זו השאלה המרכזית בערעור שלנו פנינו.

2. מדובר בערעור על גזר דין של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (סגנית הנשיא ר' לורך והשופטים צ' דותן ו-ע' ינברג-נווטוביץ) בתפ"ח 42240-03-14 מיום 8.10.2015, במסגרתו הושת על המערער עונש של 40 חודשים מאסר בפועל; 18 חודשים מאסר על תנאי לשוש שנים שלא עבר עבירה מין מסווג פשע; 8 חודשים מאסר על תנאי לשוש שלוש שנים שלא עבר עבירה מין מסווג עונן; 6 חודשים מאסר על תנאי לשוש שנים שלא עבר עבירה רכוש מסווג עונן; ופיizio למטלון בסך 15,000 ש"ח.

3.指出 כבר עתה, כי במסגרת גזר דין, בית המשפט המחוזי הורה כי מתוקוף מאסרו של המערער תנוכה התקופה בה נמצא במעוצר מחורי סורג ובריח, אך לא יוכחה פרק הזמן בו שהוא במעוצר בבית בפיקוח אלקטרוני.

#### כתב האישום והכרעת הדין

4. ביום 13.4.2015, המערער הורשע בבית המשפט המחוזי, על יסוד הודהתו בעבודות כתוב אישום מתוקן, בעבירות של גנבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן בהתאם: חוק העונשין -עבירת הגנבה); ומעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין (להלן: עבירת מעשה הסדום).

5. על פי עבודות כתוב האישום המתוקן, בין המערער לבין המתלוון לא הייתה היכרות מוקדמת. בליל יום 17.3.2014, ניגש המערער אל המתלוון - שהיה קטן באותה תקופה - בעט שזה שהמתוין בגין לחבו בסמיטה. לבקשתו של המערער כי יביא לו סיגריה, המתלוון השיב כי אין ברשותו סיגריה. בתגובה, המערער החל לחפש בכיסיו של המתלוון ונטל מהם, ללא רשות, טלפון נייד (להלן: הטלפון) וכרטיס בנקט השיעיים למתלוון, וכן הסיר מצווארו שרשרת זהב (להלן: השרשרת). המערער דרש מהמתלוון כי ימסור לו את הקood הסודי של כרטיס הבנקט, ונענה בשלילה. מיד לאחר מכן, המערער דרש מהמתלוון כי יבצע בו מין אוראלי. משסירב המתלוון לכך, המערער הPsiל את מכנסיו ותחתונו, אחץ במתלוון בחזקה והורידו בכוח אל ברכיו, תוך שהוא מצמיד את איבר מינו לפניו. המתלוון התנגד וביקש מהמעערער כי יעצוב אותו, אך המערער התעלם מתחינותו והמשיך בניסיונו להחדיר את איבר מינו לפיו של המתלוון עד שהדבר עלה בידיו. בעקבות זאת, הקיא המתלוון. בשלב זה, המערער החיזיר למטלון את כרטיס הבנקט, ואז הPsiל בכוח את מכנסיו ותחתונו של המתלוון. המערער ציין בפני המתלוון כי ישיב לו גם את שאר חפצי אם יאפשר לו להחדיר את איבר מינו לפי הטעעתו שלו, ובמקביל השיב את השרשרת לכיסו של המתלוון. לאחר מכן, נסה מספר פעמים להחדיר את איבר מינו לפי הטעעתו שלו. בסיום האירוע, עזב המערער את המקום תוך שネット עמו את הטלפון.

6. להשלמת התמונה העובדתית,指出 כי המערער נעצר ביום 17.3.2014, והמשיבה הגישה בקשה למעצרו עד ליום ההליכים המשפטיים נגדו במסגרת מ"ת 42283-03-14. ביום 20.4.2014 הורה בית המשפט המחוזי (השופט א' סטולר) על שחרורו של המערער לחלופת מעוצר של מעוצר בית בפיקוח אלקטרוני, וביום 18.3.2015 הורה בית המשפט המחוזי (השופט מ' ברק נבו), בהסתמכת המשיבה, על הסרת הפיקוח האלקטרוני מעל המערער. מן האמור עולה, כי המערער שהוא כחודש ימים במעוצר מחורי סורג ובריח, ועוד 332 ימים במעוצר בית בפיקוח אלקטרוני.

7. ביום 8.10.2015, בית המשפט המחוזי גזר את דינו של המערער. בית המשפט קבע תחילת כי המעשים המזוהים לumarur מהווים ארוע אחד, נוכח קרבת הזמן והקשר ההדוק ביניהם, ולפיכך נמצא כי יש לקבוע בגינם מתחם עונש הולם אחד.

8. בקביעת מתחם העונש, בית המשפט המחוזי עמד על הערכים אשר נפגעו מביצוע העבירות, על מדיניות הענישה הראوية בהן, ועל נסיבות ביצוען. בית המשפט המחוזי מצא כי הערכים שנפגעו בשל עבירה מעשה הסdom הם ריבונות המתלוון על גופו, כבוד האדם שלו וזכותו לביטחון; בעוד עבירת הגנבה פגעה בזכות הקניין שלו – וכי הפגיעה בערכים אלו הרבה. אשר לנسبות ביצוע העבירות, בית המשפט הדגיש כי מדובר בנסיבות חמורות: המעשים בוצעו תוך הפעלת כוח ובאלימות רבה; הם נעשו חרף התנגדות הפיזית המפורשת של המתלוון; מדובר במספר מעשים נמשכים ולא במעשה בודד; בין המערער למTELוון לא הייתה היכרות מוקדמת; המתלוון היה קטין במועד ביצוע המעשים; ולMATלוון נגרמו נזקים ממשמעותיים, כפי שהוא עלה מעדותו בבית המשפט. מאידך, בית המשפט המחוזי עמד על כך שהumarur עצמו היה קורבן לתקיפה מינית בילדותו עלייה לא גילה למשחחו, וכי זו יקרה עצמה תחששות של עצם, תסקול ומצוקה, אשר התפרצו ללא כל הכנה מוקדמת בשעת האירוע. בית המשפט המחוזי מצא כי מדובר בגין אשר הביא את המערער לבצע את המעשים, וכי מדובר בשיקול ל科尔ה בקביעת מתחם העונש. על יסוד דברים אלו, ולאחר בחינת הפסיקה בעבירות אשר נסיבותה דומות, בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם לעבירות נע בין 4 ל-8 שנות מאסר בפועל.

9. בקביעת העונש המתאים לumarur, בית המשפט המחוזי עמד על הטיפול אותו עבר המערער לאורך הילין השיפוטי. בית המשפט המחוזי מצא כי הטיפול הביא לכך שהumarur הבין והפנים את חומרת מעשיו, הודה בנסיבות והביע עליהם חרטה כנה ואמיתית. בית המשפט הוסיף שמתוך שירות המבחן שנערך בעניינו של המערער, עולה כי הוא הבין את הצורך בענישה וברצוי מאסר, וכי הוא רואה בתקופה זו כפרק זמן שיאפשר לו לרכוש כלים להתרומות ולחזור עם קשייו השונים. נוכח כל האמור, ובהתאם על עמדת שירות המבחן לפיה יש לumarur פוטנציאל רב להשתקם ולהחזיר לתפקוד נורמלי בחברה, כמו גם על השתיכותו של המערער לקבוצת "הבריגרים הצעירים", בית המשפט המחוזי מצא כי יש מקום לחזור ל科尔ה ממתחם העונש שנקבע משיקולי שיקום. כן עמד בית המשפט המחוזי על הפגיעה האפשרית של העונש בumarur ומשפחותו, ועל מועד הזמן הרב בו נמצא במעצר בית בפיקוח אלקטרוני כשיקולים ל科尔ה בנסיבות המקרה. על סמך שיקולים אלה, בית המשפט המחוזי השית על המערער את העונשים המפורטים בפסקה 2 לעיל.

10. לאחר דברים אלו, בית המשפט המחוזי דחה את בקשה המערער לנכות מתוקופת מאסרו של המערער את פרק הזמן בו היה נתון במעצר בית בפיקוח אלקטרוני. בית המשפט המחוזי ציין כי חוק פיקוח אלקטרוני אמן העלה את מעצר הבית בפיקוח אלקטרוני לדרגה של "מעצר", אך הדגיש כי קיימים הבדלים מוחותיים בין מעצר מאחרי סורג וביריח: המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקיים במקום אשר נבחר על ידי העצור ובהסכמהתו; בעוד שבגן נורתה בידי שליטה מסוימת על אורחות חייו ועל פרטיו; ובתנאים אשר אינםשוללים את חירותו אלא מגבלים אותה בלבד. בסופו של דבר, בית המשפט המחוזי נמנע מחייב עקרונית לעניין ניכוי תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני, שכן בנסיבות המקרה הפרטני, חוק פיקוח אלקטרוני נכנס לתוקף רק לאחר שהumarur שוחרר ממעצר זה. בשל כך, בית המשפט המחוזי מצא כי השינוי לעניין מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני לא חל עלumarur, והוסיף ציין כי מלא נעשה התחשבות בתקופה הארוכה שבה המערער שהה במעצר בפיקוח אלקטרוני כשיקול ל科尔ה בעת גירתו עונשו. מכאן הערעור שלפנינו.

11. בערעורו, המערער טוען כי היה מקום לנכונות מתוקפת מעצרו את התקופה בה נמצא במעצר בפיקוח אלקטרוני, משום שבתקנות חוק פיקוח אלקטרוני, מדובר במעצר לכל דבר. המערער מפנה לחיזוק עמדתו בעניין זה להחלטתו של בית משפט זה בבש"פ 4658/15 פישר נ' מדינת ישראל (8.7.2015) (להלן: עניין פישר), בו הודגש כי הנאשם המצוי בפיקוח אלקטרוני הוא עצור על כל השלכות הנובעות מכך. לעומת זאת, בהחלטת ההלכה הפסוכה לפיה, בכלל, מחויבת הערכאה הדינונית להביא בחשבון את תקופת מעצרו של אדם ולנכונותו אותו מעונש המאסר שהוטל עליו – הרי שבתקנות חוק פיקוח אלקטרוני והשינוי שנוצר במעמדו של מעצר זה, יש לקבוע כי תקופת המאסר בפיקוח אלקטרוני תנוכה גם היא מתוקפת המאסר.

12. לחלוףין, המערער סבור כי יש לנכונות מחייבת מיי' המאסר בפיקוח אלקטרוני מתוקפת המאסר. זאת, בהסתמך על הפרשנות האפשרית אשר במאמרו של רון שפירא "חוק הפיקוח האלקטרוני – הערות והארות" הסנגור 4, 217 (2015) – לפיה ניתן להציג תחשייב לניכוי ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני, המבוסס על ההבדלים בין המועדים הסטטוטוריים שנקבעו למעצר מאחריו סORG ובריח ולמעצר בפיקוח אלקטרוני בסעיפים 60-61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכיות אכיפה – מעצרים), התשנ"ז-1996 (להלן: חוק המעצרים). הוואיל ונקבעו מגבלות זמן כפולות למעצר בפיקוח אלקטרוני ביחס למעצר מאחריו סORG ובריח בסעיפים אלו, המחבר העלה את האפשרות כי יום מעצר בפיקוח אלקטרוני יחשב למחייבת מיום מעצר מאחריו סORG ובריח. לגשת המערער, פרשנות זו היא פרשנות ראייה, והוא מבקש להחיל אותה על עניינו, ככל שייקבע כי אין מקום לניכוי מלאה תקופת המאסר.

13. באשר לעניינו הפרטני, המערער גורס כי בית המשפט המחויז שגה בקביעה כי הוראות חוק פיקוח אלקטרוני, המשנות את מעמדו של המאסר בפיקוח אלקטרוני, איןחולות עליו. המערער טוען כי מדובר בשינוי חקיקתי אשרណoud לפועל לטובתם של נאשמים ועצורים, וככזה יש להחיל אותו גם על אותם נאשמים אשר שוחררו ממעצר לפני כניסה לתיקון לתקוף. המערער מפנה להוראות שונות בחוק העונשין, כגון סעיף 5(א) לחוק, לפיו במקרה שבו נverbra עבירה, ובטרם ניתן פסק דיןו בעניינו של הנאשם בה חל שינוי בחוק לגבי הגדרתה, האחריות לה או העונש בגיןה, יחול על עניינו של הנאשם החיקוק המקל עמו. לטעמו של המערער, הוראות אלו מלמדות על כוונתו הברורה של המוחזק כי שינוי חקיקה יפעל לטובתו של הנאשם. בנוסף, המערער טוען כי הבחנה בין עצורים שונים המבוססת על מועד כניסה לתיקון של חוק פיקוח אלקטרוני הינה שרירותית ובלתי הוגנת. לפיכך, המערער סבור כי יש להחיל את חוק פיקוח אלקטרוני גם על עניינו, ולהורות על ניכוי ימי מעצרו בפיקוח אלקטרוני מתוקפת מאסרו.

14. ביום 28.2.2016, הגיע המערער בקשה לתקן את ערעורו ולהוסיף אליו טיעונים לעניין חומרת העונש. התרנו את התקון המבויקש, והוא הוגש בו ביום. בנסיבות הנוספים, המערער טוען כי מתחם העונש שנקבע על ידי בית המשפט המחויז חורג לחומרה מדיניות הענישה הנהוגת בעבירות אשר נסיבותה דומות. לעומת זאת, מתחם העונש ההולם היה צרייך לנوع בין 18 ל-36 חודשים מאסר בפועל. בנוסף, המערער סבור כי בית המשפט המחויז לא העניק משקל מספיק להעדרו של תכנון מוקדם ולהתעללותו באותה עבר ואשר عمده בסוד המעשים. לבסוף, המערער גורס כי בית המשפט המחויז לא ייחס משקל מספיק לנסיבותו האישיות שאינן קשורות בביצוע העבירה, וכי הוא שגה בכך שלא סטה לקופה מתחם העונש משיקולי שיקום. נכון כל האמור, המערער טוען כי יש להקל בעונש שהוטל עליו.

15. המשיבה, מайдך, סבורה כי יש לדוחות את הערעור. לעומת זאת, העונש שהוטל על המערער הוא ראוי, ואין בו כל סטייה מדיניות הענישה בעבירות דומות. המשיבה מדגישה כי בית המשפט המחויז התייחס לכל הנסיבות אותן פירט המערער בערעו ויחס להן משקל, כאשר לשיטתה הטעאה שאליה הגע היא עונש מותן מאוד בגין ביחס לעבירות החמורים שבוצעו, וכי עונשו זה מקל עם המערער בשל נסיבותו האישיות.

16. באשר לסוגיות ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני, המשיבה סומכת את ידיה על קביעתו של בית המשפט המחויז, לפיה חוק פיקוח אלקטרוני אינו חל על המערער, באשר הפיקוח האלקטרוני עליו הוסר שלושה חודשים טרם כניסהו לתוקף. לגופו של עניין, עמדת המשיבה היא כי אין מקום לנכונות ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת מאסר. לגביתה, הרצינו העומד אחורי ניכוי ימי המעצר בפסקת בית משפט זה הוא בדימוי המאפיינים המעצר לבון המאסר, כך שא-ニקיים שלמים אלו יוצר חשש מפני "כפל ענישה". המשיבה גורסת כי מבחינת המאפיינים המהותיים, המעצר בפיקוח אלקטרוני דומה לחלופת המעצר, בכך שהגבלה חרוטה של העוצר בפיקוח אלקטרוני היא מוגבלת ומוגדרת בידי מידעה ניכרת של שליטה על אורחות חייו. לדידה של המשיבה, להימצאותו של נאשם בתנאים מגבלים יש להעניק משקל כאחד השיקולים במסגרת גזירת הדין, ולא במסגרת ניכוי ימי מעצר.

#### דין והכרעה

17. אין בידי הייתר לערעור על חומרת העונש שהוטל על המערער. הלכה ידועה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בחומרת העונש שנקבע על ידי הערקה הדינונית, אלא במקרים חריגים בהם העונש שנגזר חורג במידה רבה מרמת הענישה הנוגגת או הרואה במקרים דומים (ראו: ע"פ 2715/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.9.2015); ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 90 (16.6.2015); ע"פ 5500/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (6.11.2014)). במקרה שלפנינו, מצאתי כי העונש שהוטל על המערער הוא ראוי בהתחשב מכלול נסיבות העניין.

18. המקרה שלפנינו הוא מקרה חרומו ביותר. המערער כפה את עצמו על המתلون חרף התנגדותו הברורה, תוך הפעלת כוח רב. הוא לא חדל מעשיו גם כאשר המתلون הקיא כתוצאה מהחדרת איבר מינו של המערער לפיו. לכל אורך האירוע, המערער השפיל את המתلون והתייחס אליו באופן מבהז, ואף ניסה להנתנו את השבת הרकוש אותו נטל מהמתلون בכך שהוא יסכים ביצוע מעשה סדום בגופו. חברה מתוקנת אינה יכולה להשלים עם מעין אלו, והם מח'יבים התייחסות עונשית מתאימה – אשר תשקף את הפגיעה בביטחוןנו של הפרט ובאותונומיה שלו על גופו, ותשדר מסר הרתעתי המכoon אל עברינו מין פוטנציאליים (ראו: ע"פ 1072/15 שנייס נ' מדינת ישראל, פסקאות 42-43 (10.11.2015); ע"פ 1287/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 14-15 (5.8.2015); ע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (11.8.2008)).

לא מצאתי ממש בטענו של המערער, לפיה מדיניות הענישה בעבירות דומות נעה בין 18 ל-36 חודשים מאסר בפועל. פסק הדין אליו הפנה המערער, ע"פ 4604/15 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2015), כלל אינו רלבנטי למקרה שלפנינו, שכן הוא עוסק בעבירות מין אשר בוצעו על ידי קטין ומשכך הוא נידון לפי חוק הנונער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971. עיון בפסקה עליה הסתמך בית המשפט המחויז מלמד כי מדובר במקרים הדומים בנסיבותיהם לעניינו של המערער, וכי מתחם העונש שנקבע בגזר דין תואם את מדיניות הענישה הנוגגת בעבירות מין בין זרים אשר כללו שימוש באלים (ראו והשוו: ע"פ 1384/15 אזרגגה נ' מדינת ישראל (16.12.2015); ע"פ

5084 شكורי נ' מדינת ישראל (15.9.2013).

19. כמו כן, לא מצאת עילה להתערבותנו בעונש שנגזר על המערער. ניכר כי בית המשפט המחויז שקל בגזר דיןו את מלא השיקולים ל科尔ה העומדים למעערער וייחס להם משקל גבוה בעת הטלת העונש. בניגוד לטענת המערער, בית המשפט המחויז אכן סטה ל科尔ה ממתחם העונש אותו קבע, לאחר שמצא כי נסיבותו האישיות של המערער הן "יחודיות במידה היוצרת סיכום ממשיים לשיקומו ולהשתלבותו המוחודשת בחברה (ראו פסקה 64 לגזר הדין). על כן, דין הערעור על חומרת העונש להידחות.

#### מעצר בפיקוח אלקטרוני

20. נותרה סוגית ניכויימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתוקפת המאסר. כבר בפתח הדברים, עיר כי מצאנו שאין מקום להיעתר לערעור ביחס למעערער עצמו, שכן בית המשפט המחויז צדק בקביעתו, לפיה הוראות חוק פיקוח אלקטרוני הנוגעות להעלאת מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני לדרגת "מעצר" כלל איןחולות על המערער. סוגיית תחולתו של חוק פיקוח אלקטרוני על מי ששוחרר למשטר בפיקוח אלקטרוני טרם כניסהו של החוק לתוקף נבחנה על ידי בית משפט זה (השופט א' שהם) בرع"פ 7994/15 חלאלה נ' מדינת ישראל (22.12.2015) (להלן: עניין חלאלה). בית המשפט מצא כי נוכח הוראות של סעיף 7(ג) לחוק פיקוח אלקטרוני, הקובעת כי "הוראות סעיפים 22, 22, 22ב לחוק המעצרים בסעיף 1 לחוק זה, יחולו גם לעניין מי שהיה נתון בפיקוח אלקטרוני לפי הוראת השעה" – הרי שכונת החוקה הייתה שהחוק יכול רק ממועד כניסהו לתוקף ולהלאה, מלבד אותן סעיפים ספציפיים בעלי אופי טכני-פורמלי אשר הוזכרו בסעיף 7(ג). לפיקח, בית המשפט קבע כי נאים אשר החל את תקופת מעצרו בפיקוח אלקטרוני טרם כניסהו של החוק לתוקף מוחרג מתחולתו (וראו גם: רע"פ 977/16 דין נ' מדינת ישראל (10.2.2016)). בית משפט זה אשרר החלטה זו במוותב שלושה בראשות חברי המונה לנשיאה א' רובינשטיין, בע"פ 3974/15 ابو צעלאק נ' מדינת ישראל (23.12.2015) (להלן: עניין ابو צעלאק), כר שזו מהוועה עתה הלכה. משוהסר הפיקוח האלקטרוני מעל המערער בטרם נכנס לתוקפו חוק פיקוח אלקטרוני, ניתן היה להסתפק בכך כדי לדוחות את הערעור.

21. עם זאת, סברנו כי מן הראי להכריע בצד הילך זה בטענה העקרונית הנוגעת לניכויימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתוקפת מאסר, על רקע הוראות חוק פיקוח אלקטרוני והן בעניין ابو צעלאק, הוחלט להותיר סוגיה זו לעת מצוא, ונדמה כי הגיע העת להכריע בה. זאת, מושם שהעדירה של הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בסוגיה יוצרת מצב של אי-בahirot, בסוגיה בה קיומן של הכרעות סותרות עלול ליצור הפליה חריפה בין נאים. אל הערכאות הדיניות מוגש מספר רב של בקשות לניכויימי המעצר בפיקוח אלקטרוני, בהסתמך על לשון החלטה בעניין פישר, ואנו סבורים כי נדרשת הכרעה עקרונית, אשר תנחה את הערכאות הדיניות בהחלטותיהן.

22. סדר הדיון יהיה כדלקמן: ראשית, לעמוד בקצירה על הכללים הנוגעים בדבר ניכויימי המעצר; לאחר מכן, אבחן את חוק פיקוח אלקטרוני ואת כוונת החוקה הגלומה בו ביחס לסוגיה שלפנינו; ולבסוף, אבחן האם על רקע ההלכות הנוגעות בבית משפט זה, יש לקבוע כי ניתן לנគות את ניכויימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתוקפת המאסר. במסגרת דין זה, אוסיף ואפנה למשפט המשווה, ואבחן את הכללים הנוגעים בסוגיות ניכויימי המעצר במספר מדיניות מעבר לים. אקדמי ואומר, כי נוכח ההבדלים המהותיים בין מאפייניהם של המעצר מאחרוי סוג ובריח לבין המעצר בפיקוח אלקטרוני, מצאתי כי לא ניתן לגזר גזירה שווה ביניהם לעניין ניכויימי המעצר – וכי ההתחשבות בתקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני ראייה שתיעשה כאחד משיקולי הענישה בעת גזירת הדין.

23. בדין הישראלי אין הוראת חוק המחייב את בית המשפט לנכונות את ימי מעצרו של הנאשם שהורשע בעבירה, מתקופת המאסר שהוא עליו בגזר הדין. בירית המחדל הסטטוטורית בסוגיות ניכוי ימי המעצר מופיעה בסעיף 43 לחוק העונשין, אשר קובע כי "מי שנידון למאסר תיחשב תקופת מאסרו מיום גזר הדין, אם לא הורה בית המשפט הוראה אחרת". חרף האמור, כבר בשנותיה הראשונות של המדינה התפתחה פרקטיקה שיפוטית של התחשבות בתקופת המעצר בעת גזירת העונש (ראו: ע"פ 13/53 ביטון ב' היוזץ המשפטי, פ"ד ז 463 (1953)). בברבות השנים, הפק הנווג המושרש להלכה פסוקה, המחייבת את הערכאה הדינית לקחת בחשבון, בין היתר שיקוליה בעת גזירת הדין, את התקופה בה שהה הנאשם במעצר (ראו למשל: רע"ב 4865/04 מדינת ישראל נ' סoiseה, פ"ד ס(2) 57, פסקה 6 (2006)). אולם, הודges לא אחת כי לנאים אין זכות קניה לניכוי ימי מעצרו, וכי מדובר רק באחד משיקולי העונשה הנלקחים בחשבון על ידי בית המשפט בעת גזירת העונש (ראו: רע"פ 7584/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (2.12.2015); ע"פ 5529/12 אוחב ציון ב' מדינת ישראל, פסקה 8 (9.11.2014); יניב ואקי, רותי קמנינו ווורם רבין עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות" הפרקליט נג(1) 1, 22-20 (2014)), אך בנוסף הוטעם כי "כלל, ראוי שהתקופה בה שוהה הנאשם נאשם במעצר עד להרשותו וגזרת דיןינו יוכנו מעונש המאסר הסופי, על מנת להימנע מכפל עונשה. רק במקרים חריגים תהיה הצדקה שלא לנכונות את תקופת המעצר מעונש המאסר" (ראו: ע"פ 14/5760 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (3.6.2015) (הדגשה במקור – ס.ג.); וראו גם: ע"פ 13/4152 ישראלי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (13.8.2014) (להלן: עניין ישראלי)).

24. הרציונל העומד ביסודו של הכלל בדבר ניכוי ימי המעצר הוא עיקרון החירות, והចורך הנגזר ממנו להימנע מכפל עונשה. כידוע, בשלב שבו טרם נגזר דיןו של הנאשם, ממשיכה לרחף מעל ראשו חזקת החפות, ועל כן מקובל לומר כי אופיו של המעצר אינו עונשי אלא מניעתי (ראו למשל: ע"ל ע 9/82 סלומון נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד ל(3) 609, 614-615 (1983)). בשל כך, בהתאם להוראת סעיף 21 לחוק המעצרים, ניתן להוראות על מעצרו של אדם מאחורי סORG ובריח רק במקרים בהם קיים יסוד סביר לחשש כי אי-מעצרו יביא לשיבוש ניהולו התקין של המשפט, או יסכן את בטיחונו של אדם או של הציבור – ולא ניתן להפיג את החשש זהה באמצעות אחר. עם זאת, חרף האופי המניעתי, ברוי כי המעצר – בדומה למאסר – מהווה שליליה של חירותם של העצירים, ופגוע פגעה משמעותית בזכויות היסוד ובאינטרסים בסיסיים שלהם (ראו: רע"פ 165/05 צומן נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (13.1.2005); בש"פ 5142/99 מזורובה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(5) 643, פסקה 12 (1999); וראו ביקורת על תפיסת המעצר כאמצעי מניעתי נוכח זהותה בין לבין המאסר אצל רינת קיטאי סנג'רו שלילת החירות בטרם הכרעת הדין (2011) בפרק החמישי שכותרתו "מעצר לשם מניעת ביצוען של עבירות"). בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), השופט ד' דורנו עמדה על הקשיים הנלוויים למעצר ביחס למאסר:

"למרבית הצער, ההליכים הפליליים נמשכים לעיתים קרובות חודשים רבים. כל אותו זמן העצירים מוחזקים כלואים בתנאים קשים יותר מ אלה שבהם מוחזקים אסירים. עצירים אינם זכאים ל חופשות ולטיפול שיקומי. ניתוקם מקשרם עליהם להכין את הגנתם" (שם, בעמ' 645; ההדגשה הוספה – ס.ג.).

ニיכוי ימי המעצר מתקופת המאסר,vr נקבע, אפשר להעניק "ביטוי לכלל לפיו מעצר אינו עונש, אלא תוכאה מתחייבת על מנת לעגן על הציבור מפני נאשמים אשר מסוכנותם הוכחה לכואורה בכתב האישום, בהעדר חלופה מתאיימה" (ראו: עניין ישראלי, פסקה 10). במליל אחריות, אל מולא היו ימי המעצר מנוכלים מתקופת המאסר, הרוי שלמעשה היה הנאשם נשא בפועל בתקופה ארוכה יותר של שלילת חירותו, מאשר זו אשר נקבעה כהולםת את מעשו

25. הדין הנוגע לעניין מעוצר הבית, בתקופה עובר לכניסתו לתוכף של חוק פיקוח אלקטרוני - שונה הוא. בע"פ 1626/91 דקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 81-80, 76 (להלן: עניין דקה), הודגש על ידי בית משפט זה:

"בדרכ הבדיקה דומה - באופן כללי - בין מעוצר בית מוחלט למעוצר מאחורי סוג ובריח נהגים אלו גם לעניין חישוב תקופת המעוצר כאשר בית המשפט משית עונש של מאסר בפועל. מקובל עליינו, כי התקופה שבה היה הנאשם עוצר מאחורי סוג ובריח מן הראי לנכotta מתוקופת המאסר בפועל שנגזרה על הנאשם; אך אין אלו נהגים לנכותו כאמור תקופת שבה היה הנאשם במעוצר בית, אף אם מוחלט" (ההדגשה הוספה - ס.ג'; וראו גם: ע"פ 5583/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (13.4.2010).

שורש הבדיקה בין ניכוי ימי המעוצר מאחורי סוג ובריח לבין מעוצר הבית נעוץ, אפוא, בהבדנה בין מאפייניהם המהותיים של שני המעיצרים הללו: בעוד המעוצר מאחורי סוג ובריח מהוות שלילית מוחלטת של חירותו של אדם, החופפת על פי טבעה רצוי מאסר של ממש, מעוצר הבית מהוות הגבלה של החירות בלבד, אף כאשר מעוצר הבית הוא מוחלט (ראו: עניין דקה, פסקה 4; בג"ץ 06/2007 גרמא נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (16.9.2007)). זאת, כיוון שמעוצר הבית מותר בידו של הנאשם מידה של שליטה באורחות חייו, והוא מכפיף אותו למרותם של סוחרים באשר לסדר יומו. יתרה מכך, מעוצר הבית מתקיים במקום אשר נבחר על ידי הנאשם או שהוסכם עליו, ולרוב אינם כרוכי בניווטקו מהנסיבות המוכרת לו וממשפחתו.

עם זאת, הויל ומעוצר הבית בכל זאת טוענן בחובו מגבלה מסוימת על חירותו של הנאשם, בית משפט זה הבahir בעניין דקה כי אורכו של מעוצר הבית מהוות נסיבה אותה יכולה הערכאה הדינונית להביא בחשבון שיקוליה בעת גזירת העונש, בהתאם לשיקול דעתה ולשאר נסיבות המקירה (שם, פסקה 5).

26. על רקע דברים אלו, אפנה עתה לבחון את השינוי החקיקתי ביחס למועדו של המעוצר בפיקוח אלקטרוני, ואת השלכותיו על הסוגיה שלפניינו.

### חוק פיקוח אלקטרוני

27. חוק פיקוח אלקטרוני נכנס לתקופו ביום 16.6.2015. הוא החליף את חוק פיקוח אלקטרוני על מושחררים בערובה ומשוחררים על-תנאי מאסר (הוראת שעה), התשס"ט-2009, אשר הסמיקה את שירות בתי הסוהר לבצע פעולות שאיפשרו לקים מעצרי בית בפיקוח אלקטרוני כחלופת מעוצר. מכוחו של חוק פיקוח אלקטרוני, מוסדר עתה מועדו המשפטי של הנאשם בפיקוח אלקטרוני, כאשר חידושו העיקרי של החוק הוא בהוספתו של סימן ג' לחוק המעיצרים - וכן הוא כולל תיקונים בדברי חקיקה נוספים, וביניהם חוק שחרור על-תנאי מאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי). על פי דבריו ההסביר לחוק פיקוח אלקטרוני, לב ליבו של התקון הוא בשינוי מועדו של מעוצר בית בפיקוח אלקטרוני: "בראש ובראשונה מוצע לקבוע כי הפקוח האלקטרוני על עצורים לאחר הגשת כתב אישום לא יחשב עוד כחלופת מעוצר לפי סעיף 21(ב)(1) לחוק המעיצרים אלא מעוצר בתנאי פיקוח אלקטרוני" (שם, עמ' 297). שינוי זה נועד לאפשר להשיג את תכליות המעוצר, במקרים המתאים, באמצעות מנגנון אשר פגיעתו

בזכיות היסוד של הנאשם פחותה. כך, על פי דברי ההסביר לחוק פיקוח אלקטרוני: "העמדת כל פיקוח אפקטיבי בנסיבות אלה, מרחיבת את חלופות הכלילאה הקיימות ביום ובכך מאפשרת את צמצום נזקי המעצר. לגבי נאיםים הדבר מתבטא באפשרות הניתנת להם להמשיך לחיות במידה מסוימת, בקרב המשפחה והקהילה (בכפוף לתנאי תכנית הפיקוח)" (שם, עמ' 296).

28. כפי שהבהיר השופט י' עמית בעניין פישר, לא מדובר בשינוי טרמינולוגי גרידא אלא בשינוי תפיסתי של ממש, הרואה במילויו במעצר בפיקוח אלקטרוני כ"עוצר עד לתום ההליכים", על המשמעות הנוילות לכך (שם, פסקה 13; וראו גם: בש"פ 966/16 זידאן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (28.2.2016); בש"פ 8144/15 מדינת ישראל נ' סעdon, פסקה 7 (6.12.2015)). מהשינוי האמור נגזרות השלכות שונות, כגון קביעת מגבלות זמן בהן עשוי הנאשם להימצא במעצר בפיקוח אלקטרוני בטרם תדרש המאשינה להביאו בפניו שופט לשם הארכת מעצרו; ומתן אפשרות להעברת העוצר להמשיך ריצוי מעצר במתוך כליאה בהחלטה מנהלית, במקרה של הפרת תנאי הפיקוח האלקטרוני (ראו: בש"פ 15/2015 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 (10.8.2015) (להלן: בש"פ 5285/15)).

הדברים הללו אמורים לעניין סיוגו הקטגוריו של המעצר בפיקוח אלקטרוני – אולם מבחינת מאפיינו של המעצר בפיקוח אלקטרוני, הוטעם בפסקת בית משפט זה כי חurf השינוי במעמדו הנורמטיבי של המעצר בפיקוח אלקטרוני, הרי שתנאי הфизים ומהותו נותרו כפי שהיו (ראו והשוו: בש"פ 15/2015, פסקה 10). בהתאם לכך, השופט צ' זילברטלי צייבב בש"פ 6134/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 (17.9.2015), כי: "מי שלא נמצא מתאים לחלופת מעצר הכלולת מעצר בית באיזוק אלקטרוני, ספק אם ימצא מעצר בפיקוח אלקטרוני, רק בשל שינוי הבסיס הנורמטיבי והשינויי הטרמינולוגי".

29. להשלמת התמונה, ניתן כי חוק פיקוח אלקטרוני געדת התקופה לסוגיות ניכויימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר, למעט סעיף 2(1) לחוק, אשר תיקן את סעיף 8(ב) לחוק שחרור מאסר על תנאי, שענינו חישוב תקופת מאסרו של אסיר עולם. סעיף זה, בנוסחו טרם התקיקון, הורה כי: "בחישוב תקופת המאסר של אסיר עולם לעניין סעיף 5, תובה בחשבון התקופה שבה היה האסיר במעצר בשל העבירה שבשלה נגזר עליו מאסר העולם". לאחר התקיקון, נוספה לסעיף 8(ב) הבהרה לפיה: "ואולם בחישוב תקופת המאסר לעניין סעיף זה, לא תובה בחשבון התקופה שבה היה האסיר במעצר בפיקוח אלקטרוני". דהיינו, בהקשר הספציפי של חישוב תקופת המאסר של אסיר עולם, המחוקק קבע קביעה מפורשת המבינה בין מעצר בגין סורג ובריח לבין מעצר בפיקוח אלקטרוני. אולם, לעניין חישוב של כל יתר תקופות המאסר – שתק המחוקק.

האם יש לנכונות את ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר?

30. לאחר שעמದתי על עיקרי ההלכה הנוגעת בדבר ניכויימי מעצר ועל עיקוריו של חוק פיקוח אלקטרוני הרלבנטיים לענייננו, אפנה עתה להזכיר בשאלת העומדת לפתחנו – האם נכון העלאת מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני לדרגת מעצר, יש להחיל עליו את הדין הנוגג ביחס לניכויימי מעצר? כפי שציינתי לעיל, מצאתי כי התשובה לשאלת היא שלילית.

31. אכן, סבורני כי בעקבות חוק פיקוח אלקטרוני, בהעדר הוראה אחרת מצדו של המחוקק, יש לקרוא כל הוראות חוק המדברת בלשון "מעצר" ככוללת בתוכה גם את "המעצר בפיקוח אלקטרוני". אך, לטעמי, כיוון השופט י' עמית עמוד 9

בדבורי בעניין פישר, לפיהם "נאשם שנקבע כי ישנה תחת פיקוח אלקטронני נחשב לעצור, כאשר המעצר בפיקוח אלקטронני בא חלף מעצר, על כל החלטות הנובעות מכך" (שם, פסקה 13). שונים פניו הדברים בעניין שלפנינו. כפי שעדתי לעיל בפסקה 23, ברירת המחדל הקבועה בסעיף 43 לחוק העונשין היא שמנין תקופת המאסר הוא ממועד מתן גזר הדין. הכלל בדבר נכי ימי מעצר מתקופת המאסר אינו קבוע בחקיקה, אלא מכוון בהלכה פסוקה של בית משפט זה. הלכה זו מבוססת על רצינול מהותי הנוגע לאופיו ומאפייניו של המעצר, כפי שיואר להלן, ולא לסייעו הקטגוריה כזאת. במקרים מעין אלו יש לבחון, לשיטתי, את הרצינול אשר עמד ביסודו של ההלכות אשר נגעו למעצר מהורי סORG ובריח, ולהכריע האם רצינול זה מתקיים, באופן זהה או דומה מהותית, גם במעצר בפיקוח אלקטронני. ככל שנמצא כי הרצינול אינם חל, נדרש לחזור את ההלכה הפסוקה ולהתאים אותה לשינוי החוקה.

32. מהתם להכא, כמפורט בפסקאות 24-25 לעיל, ההבחנה בין המעצר מהורי סORG ובריח לבין מעצר הבית בסוגיות נכי ימי המעצר מתקופת המאסר, נעשתה על סמך מידת הפגיעה בחירותו של הנאשם - בעוד המעצר שולל לחוטין את חירותו של הנאשם, בדומה למאסר ממש, מעצר הבית היהו הגבלה שלא בלבד. על כן, אי-ኒקויים של ימי המעצר מהורי סORG ובריח יוצר חשש מפני כפל עונשה ופגיעה בעיקנון החירות - הנאשם מצוי למעשה בתנאי מאסר משיקולים מניעתיים, בתקופה בה עודנה עומדת לו חזקת החפות. רצינול זה אינו חל על מעצר הבית, אשר בעיקרו מותר בידיו של הנאשם את השיטה על חייו וסדר יומו.

33. דומה כי אין חולק שמעצר בפיקוח אלקטронני דומה במאפייניו המהותיים דזוקא למעצר הבית ולא למעצר מהורי סORG ובריח, וזאת אף לאחר השינוי במועדו הנורומטי. עמד על כך המחוקק בדברי ההסבר לחוק בפיקוח אלקטронני:

"מעצר בפיקוח אלקטронני, על אף סיוגו המשפטי כצורת מעצר ולא כחלופה למעצר, שונה מהותית ממעצר במקום משמרות ומגביל במידה פחותה בהרבה את העצור. בין השאר, המעצר בפיקוח אלקטронני אינו כרוך בניתוקו של העצור מביתו וממשפחותו, ועל אף המגבליות הרבות הכרוכות בו הוא מאפשר לעצור במידה רבה של שליטה באורחות חייו, לרבות לעניין ניהול סדר יומו, ניהול ארכוחותיו, שמירת פרטיו, שמירה על קשרים חברתיים וכיצא זהה. בכל היבטים האלה הוא דומה יותר, מבחינה מעשית, לחלופה מעצר של מעצר בבית" (שם, עמ' 202; ההדגשה הוספה – ס.ג.).

ודוק, תכליתה של העלאת מועדו הנורומטי של המעצר בפיקוח אלקטронני היא לצמצם את הפגיעה בחירותו של הנאשם ולהפחה למידתית יותר ביחס לפגיעה הנגרמת מעצר מהורי סORG ובריח. מדובר בביטולו לרביו של המחוקק להפחית את השימוש באמצעותי הפגעני של מעצר על מי שאשותתו טרם הוכחה. סבורני, כי המאפיינים המתוארים לעיל של המעצר בפיקוח אלקטронני מולייכים לכל מסקנה ברורה כי הרצינול העומד בסיסוד נכי ימי מעצר מהורי סORG ובריח אינם מתקיים במקרה של מעצר בפיקוח אלקטронני. הימצאותו של הנאשם בתנאי מעצר בפיקוח אלקטронני אינה שකולה לשילוט החירות המלאה את המעצר מהורי סORG ובריח, ואי-ኒקוי תקופת המעצר בפיקוח אלקטронני מתקופת המאסר אינו יוצר כפל עונשה.

לפיך, עמדתי היא כי בדומה למעצר בית, אין לנכונות את ימי המעצר בפיקוח אלקטронני מתקופת המאסר. התחשבות במשך התקופה שבה הנאשם ששה בפיקוח אלקטронני צריכה להיעשות כשייקול לקולה בובאו של בית המשפט לגוזר את עונשו של הנאשם. התחשבות זו תישא בהתאם לנסיבותו של כל מקרה, על תנאי המעצר והפיקוח האלקטרוני שבו. בין היתר, יהיה על הערקה הדינונית לתת דעתה לאורך תקופת המעצר בפיקוח אלקטронני; להיקף

הגבלה על חירותו של הנאשם במסגרת תנאי המעצר; ולרוחקו של מקום המעצר בפיקוח אלקטרוני מביתו, משפטו ומרכז חייו של הנאשם.

34. עמדתי זו מוצאת לה אחיזה גם במשפט המשווה. במדינות העולם קיימות גישות שונות ביחס לסוגיות ניכו ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני, הנעות על מנת בין ניכוי אוטומטי של ימי מעצר זה לבן איסור מוחלט על ניכוי ימים אלו. עיקרים של דברים, ניתן לומר כי קיימת התאמה בין גישתן של מדינות אלה למעצר הבית לבין יחסן למעצר בפיקוח אלקטרוני.

35. כך, בקנדה, נקבע בפסקה כי חרף קיומם של מאפיינים עונשיים במעצר הבית, הנאשם אינו זכאי לניכוי אוטומטי של ימי מעצר הבית. זאת, בהינתן הפגיעה המצוומצת בחירותו של הנאשם, אשר נותרת בידו האפשרות לעבד, להשתתף בפעילויות שונות ובהליכים טיפולים (ראו: C.A. v. Downes [2006] O.J. No. 555 (Can. Ont. C.A.). בעניין Downes הודגש כי הערכאות הדיניות נדרשות לשקל את נסיבותו של מעצר הבית בעניינו של הנאשם הספציפי, כולל קיומו של פיקוח אלקטרוני, ולבazon את משך המעצר והפגיעה הנגרמת כתוצאה ממנו לחירותו של הנאשם – אך הובהר כי אין נוסחה מדיקת כלשהי להתחשבות במעצר הבית, אלא הדבר מסור לשקל דעתה של הערכאה הדינית בכל מקרה (וראו גם: R. v. Rutledge, [2015] O.J. No. 5568 (Can. Ont. Sup. Ct. J.); R. v. Voeller [2008] NBCA (Can. N.B. C.A.)).

36. כך גם בניו-זילנד, ההלכה הנהוג היא כי הימצאותו של הנאשם במעצר בית בתנאים מגבלים מהוות נסיבה לקולא אוטו יש לשקל בדין העונש, בניגוד לימי מעצר לאחרורי סורג ובריח המנוכחים אוטומטית מגזר הדין. ההלכה זו חלה אף לעניין מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, נוכח הדמיון המהותי בין בין מעצר הבית (וראו: [2010] R. v. Keown (N.Z. C.A.) (NZCA 492 (N.Z. C.A.); R. v. Tamou [2008] NZCA 88 (N.Z. C.A.); R. v. Tamou [2008] NZCA 492 (N.Z. C.A.)). בשנת 2011, לאחר הליך אשר כלל פניה לתקנת הערות מהצבא, חוק ה-2011 Bail Amendment Act. חוק זה כלל סדרים שונים לעניין שחרור הנאשם לחופפת מעצר, וביניהם הסדרים הנוגעים למעצר בית בפיקוח אלקטרוני. במסגרת החוק, תקון ה-Sentencing Act-2002 – אשר מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בדין העונש – ונקבע בו מפורשות כי שהייהו של הנאשם במעצר בפיקוח אלקטרוני תהווה שיקול לcola אותו מחויב בית המשפט לשקל בין מכשול השיקולים לcola ולהחומרה (ראו: שם, סעיף 9(2)(ה)). בפסקה בית המשפט בניו-זילנד, המובאת לעיל, הובהר כי אין מקום לקביעה נסחת ניכוי גורפת. הtoutem, כי מעצרי בית בפיקוח אלקטרוני נבדלים זה מזה בתנאים ומידת ההגבלה שהם מיטלים על הנאשם, והקביעה בדבר היקף ניכוי הימים צריכה להיעשות בהתאם לשקל נסיבותו של כל מקרה.

37. כלל דומה ביחס לסוגיות ניכוי ימי המעצר נהוג בארצות הברית. בקוד הפלילי הפדרלי (18 U.S.C. § 3585(b)) נקבע כי ניכוי יעשה רק בין התקופה שבה הנאשם נושא ב"מעצר رسمي" (Official detention). בתי המשפט הפדרליים אשר עוסקים בפרשנות המונח קבעו כי תנאי שחרור ממעצר הכלולים רכיב של מעצר בית בפיקוח אלקטרוני לא ייחשבו ל"מעצר رسمي" – אלא רק מעצר הנעשה בתנאי מאסר (Confinement) (ראו למשל: *United States v. Edwards*, 960 F.2d 278 (2nd Cir., 1992); *United States v. Wickman*, 955 F.2d 592 (8th Cir., 1992); *United States v. Woods*, 888 F.2d 653 (10th Cir., 1989)). צוין, כי בית המשפט הפדרלי בסבב התשיעי הביע עדשה לפיה מעצר בית אשר תנאי המהותיים יתקרבו לאלו של מאסר, יוכל להיחשב כ"מעצר رسمي" אותו יש לנכונות את תקופתו מתוקפת המאסר (*Mills v. Taylor*, 967 F.2d 1397 (9th Cir., 1992) – אולם מלבד אמרת אגב זו, הקונצנזוס בפסקה האמריקאית הוא כי אין לנכונות ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתוקפת המאסר (ראו: *Fraley v. U.S. Bureau of Prisons*, 1 F.3d 924 (9th Cir., 1993)). עם זאת, בניגוד לנוהג בקנדה ובבני-זילנד, יודגש כי בית המשפט העליון

האמריקאי קבע כי לערכאות הדיוניות אף אין סמכות להתחשב בתקופה בה נמצא הנאשם במעצר ביתCSI קול לקלול**United States v. Wilson, 503 U.S. 329 (1992)**).

38. בחלק מדיניות אירופה ניתן למצוא גישות שונות. בשנת 2014, הוציאו מועצת השרים של המועצה האירופית הנחיה למדיינות החברות בסוגיית הפיקוח האלקטרוני (Committee of Ministers of the Council of Europe, *Electronic Monitoring, Recommendation No. CM(2014)4*) . במציאות הנוכח זו, ביקשה מועצת השרים לקבוע כללי מינימום אתיים וסטנדרטים מחייבים לשימוש פיקוח אלקטרוני על עבריינים במדיניות החברות. בסעיף 17 להנחה, נקבע כי כל מדינה חברה תגדיר כלליים בדבר התחשבות ביום בהם נמצא אדם במעצר בית טרם משפטו. בדברי ההסבר לסעיף זה, הבהיר כי נדרש התחשבות מסוימת בתקופת הפיקוח האלקטרוני בעת גירת עונשו של הנאשם, שאחרת יוצר לו תמרץ להעדיף מעצר אחריו סורג ובריח אשר יוכה מעונשו. כן הודגש בדברי ההסבר כי אופן ההסדרה בכל מדינה יעשה בהתאם לאופן שבו נתפס מעצר הבית במדינה – האם באמצעות ריצוי עונש או באמצעות מניעתי בלבד – ובהתאם ליחסינו מעצר אחריו סורג ובריח. כך למשל, צוין כי במדינות דוגמת בלגיה, צרפת ופורטוגל, מעצר בפיקוח אלקטרוני יכול לשמש במקרים מסוימים כתחליף למאסר לתקופות קצרות. נכון התפיסה כי אמצעי זה מחייב למאסר, הכלל הנוגע במדיניות אלה הוא של ניכוי מוחלט של ימי מעצר הבית מתקופת המאסר.

39. באנגליה, ה- 3(3) §240, 2003, c.6, בתקופת הגוזר את דיןו של הנאשם, יורה בגור הדין כי ימי מעצרו מאחריו סורג ובריח של הנאשם יוכו מתקופת המאסר – אלא אם מצא, מטעמים שיירשמו, כי בנסיבות המקירה מוצדק שלא לנכות את תקופה זו. החוק תוקן במסגרת ה-Criminal Justice and Immigration Act, 2008, אשר כלל הוראות שונות בדבר האפשרות לשחרורו של הנאשם למשך בית בפיקוח אלקטרוני. במסגרת תיקון זה, הוסף ל-Criminal Justice Act סעיף 240A, המגדיר נוסחת חישוב לניכוי ימי מעצר הבית בפיקוח אלקטרוני. הסעיף מורה לבית המשפט לקבוע כי מחצית תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני תנוכה מתקופת המאסר. החרג לככל זה הוא מקירה שבו בית המשפט סבור, לפי שיקול הדעת המקנה לו, כי נסיבות המקירה מצדיקות הימנעות מוחלטת מניכוי תקופת המעצר או ניכוי חלקו שלה.

40. לאחר בחינת הדין הנוגע במדיניות שונות, סבורני כי הדין בניו-זילנד ובקנדה הוא הדומה ביותר לנוהג בישראל ביחס למעצר הבית. כפי שפירטתי לעיל, אף בישראל מעצר הבית נתפס כאמור כמעט ללא מניעתי, וכי המגבלה הגלומה בו על חירותו של הנאשם עולה כדי שלילת חירותו של הנאשם. בשל כך, בישראל כמו בניו-זילנד ובקנדה, תקופת מעצר הבית אינה מנוכה מתקופת המאסר. זאת, בשונה מדיניות בהן ניתן לרצות את עונש המאסר עצמו במעצר בית. לטעמי, ניתן להקש מכך וללמוד כי אף במקרה למעצר בפיקוח אלקטרוני יש להחיל דין דומה לנוהג בניו-זילנד ובקנדה, לפיו תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני אינה מנוכה באופן אוטומטי מתקופת המאסר, אלא מהו שיקול במסגרת שיקולי הענישה בעת גירת העונש.

41. עמדה זו אף מתישבת היטב עם כוונת החוק בחוק פיקוח אלקטרוני. כאמור, החוק קלא התייחס מפורשות לעניין ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני, אך הגיעתי אין לכך כדי להuid על כוונה להתר את ניכוי של ימי מעצר אלו. זאת, שימוש שבירת המחדל הקבועה בסעיף 43 לחוק העונשין היא שתקופת המאסר מתחילה ממועד גזר הדין, והוראה זו לא שונתה גם בחוק פיקוח אלקטרוני.

ודוק, עבור כניסה של חוק פיקוח אלקטרוני לתקף, ההוראה היחידה אשר קבעה מפורשות כי תקופת המעצר

תיליך בחשבון בעת חישוב משך תקופת המאסר, הייתה הוראת סעיף 8(ב) לחוק שחרור על תנאי ביחס למאסר עולם. חשיבותה של הוראה זו היא בכך שמאסר עולם הוא תקופת המאסר היחידה אשר אינה נקבעת בגזר הדין עצמו, וכן הוראת סעיף 43 לחוק העונשין כל אינה רלבנטית לגבהה.

בחוק פיקוח אלקטרוני, המחוקק הוסיף הבהרה מפורשת, לפיה לעניין סעיף 8(ב) לחוק שחרור על תנאי, דין של המעצר בפיקוח אלקטרוני שונה מדין המעצר מאחורי סוג וברית, וכי במנין תקופת המאסר לא יבואו הימים בהם שהה האסיר במעצר בפיקוח אלקטרוני. בדברי ההסבר לחוק, הבהיר כי תיקון זה נעשה "בשל ההבדל המהותי שבין מעצר בפיקוח אלקטרוני, הדומה במובנים רבים למעצר בית, לבין מעצר שבמהלכו שוהה העצור במקום משמרות, בדומה לאסир שנגזר דין" (עמ' 311 לדברי הסביר). לדידי, בדברים אלו, המחוקק ביטא את עמדתו לפיה יש להבחין בין מעצר מאחורי סוג וברית לבין מעצר בפיקוח אלקטרוני לעניין ניכוי תקופת המעצר – גם ביחס לשאר תקופות המאסר. מאסר העולם הוא תקופת המאסר הארוכה ביותר בדיני העונשין, ובשל כך שלילת החירות כתוצאה ממינו היא המשמעותית ביותר. אם ביחס לעונש חמור זה, ביטה המחוקק את עמדתו המפורשת כי אין מקום לנכות ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר, סבורני כי גישה זו חלה מוקל וחומר ביחס לכל מאסר.

42. לבסוף, אף אין בידי לקבל את טענתו החלופית של המערער, לפיה יש להזכיר מהוראות סעיפים 60-61 לחוק המעצרים, ולקבוע כי יום מעצר בפיקוח אלקטרוני ייחשב למחצית יום מעצר מאחורי סוג וברית לעניין ניכוי תקופת המעצר. יזכור, כי בעקבות חוק פיקוח אלקטרוני, נקבעו בחוק המעצרים מגבלות מועדים כפולות למעצר בפיקוח אלקטרוני ביחס למעצר מאחורי סוג וברית. כך למשל, שחרורו של אדם ממעצר בפיקוח אלקטרוני יעשה 18 חודשים לאחר מעצרו, ולא לאחר תשעה חודשים במעצר מאחורי סוג וברית (סעיף 61(א) לחוק המעצרים). המערער מבקש ללמידה מוגבלות אלה כי המחוקק קבע נוסחה מהותית, לפיה מעצר בפיקוח אלקטרוני שווה למחציתו של מעצר מאחורי סוג וברית. ואולם, עיון בשיקולים שעמדו בסיסו לחוקית סעיפי מגבלות המועדים האמורים מעלה כי מגבלות אלה נועדו לבטא כלל ברור וקל ליישום לצורך קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליכי המעצר. וכך התווסף גם השיקול הפרקטי בדבר מספר האזיקים האלקטרוניים המוגבל, כאשר מגבלות המועדים נועדו למנוע מצב שבו נאשם "תופס" אזיק אלקטרוני לזמן בלתי מוגבל (וראו: פרוטוקול מס' 2 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת המדע והטכнологיה ושל ועדת החוקה, פרוטוקול מס' 2 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת המדע והטכнологיה ושל ועדת החוקה, חוק פיקוח אלקטרוני (9.11.2014), עמ' 131-130; פרוטוקול מס' 3 מישיבת הוועדה המשותפת של ועדת המדע והטכнологיה ושל ועדת החוקה, חוק ומפטט לדין בהצעת חוק פיקוח אלקטרוני (23.11.2014), עמ' 19-20). אינני סבור, אפוא, כי ניתן ללמידה מוגבלות הזמן השונות הקבועות בחוק המעצרים כוונה ליצור מעין "מפתח" מדיין להמרה בין ימי מעצר מאחורי סוג וברית לבין ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני.

43. יתרה מכך, לטעמי, אף אין מקום לקביעת מפתח ניכוי אפרורי מדיין זה, שכן ההגבלה על חירותו של הנאשם מהמעצר בפיקוח אלקטרוני משתנה בהתאם לתנאי הפיקוח במרקחה הספציפי (ראו והשוו: ע"פ 10/2011 עבאס נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (21.9.2011)). אמנם, כפי שהראיתי לעיל, נוסחת ניכוי אריתמטית קבועה בדיון האנגלי – אך לגישתי, נכון ההבדלים המהותיים אשר עשויים להתקיים בין סוגי שונים של מעצר בפיקוח אלקטרוני, יש להעדיף שימוש בכלל גמיש של שיקול דעת, בדומה לנוהג בניו-זילנד. כך למשל, אין דין מעצר בית מלא בפיקוח אלקטרוני ברחוק מביתו ומשפחו של הנאשם, כדי מעצר בית חלקי בפיקוח אלקטרוני בביתו, הכלול שעוט התאזרחות. לפי כלל זה, כאמור, על הערקה הדינונית מוטל בכל מקרה ומרקחה לבחון את המעצר בפיקוח אלקטרוני אשר הוטל על הנאשם, בהתאם לנסיבותו ותנאי הפיקוח הספציפיים. כלל זה מאפשר להעניק להגבלה על חירותו של הנאשם – בהתאם לעוצמתה במרקחה הקונקרטי – את משקללה הראיי במסגרת שיקולים לקולה ולחומרה בגורם הנאים – בהתאם לנסיבותו ותנאי הפיקוח הספציפיים.

44. מן הכלל אל הפרט, במקרה שלפניו אין מחלוקת כי בית המשפט המחויז התחשב בכך שזמן שב נמצא המערער במעצר בפיקוח אלקטרוני, והתייחס לתקופה זו כאחד השיקולים לקולא אשר הביאו אותו לגור על המערער עונש מקל ביחס לחומרת עבירותיו. לפיכך, סבורני כי אף אם חוק פיקוח אלקטרוני היה חל על עניינו של המערער, לא היה מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט המחויז שלא לנכota את הימים שבהם שהה המערער בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר שהושטה עליו.

45. סוף דבר, אציע לחבריו לדחות את הערעור, על כל הטענות המועלות בו.

## שפט

### המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן על כל חלקיה. אטול חרות לעצמי להוסיף דברים קצרים לעניין מעמדו של הפיקוח האלקטרוני. סעיף 22ב(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרם), תשנ"ו-1996, שהוסב בחוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על תנאי (תיקוני חקיקה), תשע"ה-2014, "שידרג" לכארה את המעצר באזוק אלקטרוני, שנג Ud כה לארוך שנים, במובן זה שלא כינהו "חולפת מעצר" אלא מעצר; הדברים התפיסתיים הללו יסודם בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), תשע"ד-2014, הצעות חוק הממשלה, תשע"ד-296, 297-2014): "בראש ובראונה מוצע לקבוע כי הפיקוח האלקטרוני על עצורים לאחר הגשת כתב אישום, לא ייחשב עוד חולפת מעצר לפי סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרם, אלא מעצר בתנאי פיקוח אלקטרוני. חישובתה של קביעה זו נעוצה han בהגדרת מעמדו המשפט של המפוקח עצור, להבדיל ממי שוחרר מעצר, והן בהשלכותיה על הפסקת תכנית הפיקוח האלקטרוני במקרים הנדרשים...". הכוונה שיביסוד הדברים הייתה עניינית, ולא זה המקום להאריך, אם כי כשלעצמם חשובו, בכל הכבוד, שהמיןוח החדש אינו מוסיף בהירות יתר על המידה; אך מכל מקום כפי שציין חברי השופט ג'ובראן (בפסקה 29), המחוקק לא נדרש לנושא ניכויימי המעצר בפיקוח אלקטרוני כמקובל במעצר מאחרי סORG ובריח, אולם ניתן למצוא כי היה ערך שמעצר בפיקוח אלקטרוני אינו כמעצר מאחרי סORG ובריח בכרך שבסעיף 8(ב) לחוק שחרור על תנאי מס'א-2001 החrig מעצר בפיקוח אלקטרוני מחייב תקופת מאסר של אסיר עולם, ובדברי הרסביר (עמ' 311), מדובר לעניין זה על "הבדל מהותי שבין מעצר בפיקוח אלקטרוני, הדומה במובנים רבים למעצר בית, לבין מעצר שבמהלכו שווה העוצר העוצר במקום משמרות"; ולשיטת חברי, גם שהדברים לעניין הניכוי לא החולו על מאסרים אחרים, הם בוחינת קל וחומר נוכח חומרתו של מאסר העולם. השופט רון שפירא, סגן נשיא בית המשפט המחויז בחיפה, במאמרו "חוק הפיקוח האלקטרוני – הערות והארות", הסניגור 217 (אפריל 2015), 4 מטעים את השני התפיסתי בחקיקה החדשה לפיו "הנאשם שנקבע כי ישאה תחת פיקוח אלקטרוני נחשב לעצור..." (עמ' 4), ולענין הניכוי, בהיעדר הוראה בחוק, נתון הדבר לשיקול בית המשפט, ואולי יוכרע לטעמו – בעקבות הכללת הוראת סעיפים 60-61 בחוק המעצרם, שעניהם שחרור בגין משפט או בגין הכרעת דין – "למנות את מחיצית תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני כראיה לבוא במנין ימי המעצר". חברות השופט עמידה ב文书 4658/15 (2015) נדרש לאותו שינוי תפיסתי

ב. כשלעצמו אוסף ואצין, כי השדרוג המינוחי יוצר גם קושי דימוי, שהערעור שלפנינו הוא פרוי, של אפשרות ראייה מוטעית כאילו הפק המעצר בפיקוח אלקטרוני שהוא ערוך למעצר מאחריו סורג ובריח. לדעתינו ראוי לשקלם הבירה חקיקתית, שתחיל את האמור בחוק מאסר על תנאי לעניין מאסר עולם גם באופן רחב יותר, הן לעניין שחרור על תנאי הן לעניין גזירת הדין. מכל מקום מסכים אני עם חברי השופט ג'ובראן (פסקה 42), שאין להסיק בכגון הנידון דין "כונה לייצור מעין 'מפתח' מודרך להמרה בין ימי מעצר מאחריו סורג ובריח לבין ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני", והגשה צריכה שתהא תלויות מקרה ונסיבות. להלן אדרש קצרה לנسبות אפשריות.

ג. נזדמן לי לא אחת לציין את ההבדל בין מעצר בית לבין מעצר מאחריו סורג ובריח, אמנם בתחום שקדמהה לחקיקה החדשה, כאשר נתפס מעצר הבית כתנאים מגבלים; וראו דברי השופט בר בע"פ 1626/91 דקה נ' מדינת ישראל פ"ד מה(5) 82, כי "אין להשווות כלל בין מעצר במתקן כליה", גם אם "מطبع הדברים ישנו הצורך האנושי לבוא בין הבריות וגם להתרפנס" לננתן במעצר בית (ראו בש"פ 10989/05 בז טוב נ' מדינת ישראל (2005), פסקה ג(1)); ראו גם בש"פ 5370/13 מורה נ' מדינת ישראל (2013), פסקה י"ז, שם נאמר כי "גם אם מעצר בית אינו האידיאל האנושי, הוא אפשר נוחות יחסית, בודאי כחלופה למעצר מאחריו סורג ובריח"; ולענין מעצר מינהלי ראו בג"ץ 555/05 פדרמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נת(2) 865, 870 שם נאמר (פסקה ד(6) לחווות דעתך) "מעצר בית מינהלי, עם כל הקושי שבו, כਮובן נוח לעצור לאין שייעור ממעצר במתקן כליה". כך גם לגבי מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, אף אם הוא אולי מככיב יותר במידה מסוימת.

ד. ואחר שאמרנו את אלה, וההבחנה ברורה, לדעתינו יש מקום להתחשבות בתחום ארוכה של מעצר בפיקוח אלקטרוני – כמו גם מעצר בית מלא בכלל – בגדיר הענישה, אך כי כמובן לא במידה זהה למעצר במתקן כליה; והדגש בעניין הוא על תקופה ארוכה. בהקשר אחר, בע"פ 5140/05 זגורין נ' מדינת ישראל (2007), והדברים מובאים בהיקש, המזכיר היה בשאלת אם לפסקן פיצויים לפי סעיף 80 לחוק העונשין, תשל"ג-1977 למי שהיה ככלא כ-5 שנים, וסופה של דבר שזכה מחמת הספק. ציינתי שם (פסקה י(11)) "...אבל הנסיבות אומרת דרשני, ובמקרה דנא המדבר בחמש שנים מעצר ומאסר 'נטו'. חמיש שנים הן תקופה ארוכה בחיי אדם, כל אדם. בתו המעצר ובתי כלא, גם הטוביים שבhem, אינם גן של ורדים. אי אפשר שלא ליחס לכך משקל. בשל כך, בשל אורכה החיריג של תקופה הכליה, סובין כי יש מקום לפיצויים מסוימים למערער. פיצוי זה ניתן אך ורק מטעם זה, וכך יש לראותו"; ראו לעומת המשפט העברי באשר לפיצוי על מעצר מ' ויגודה, "הנסתירות לה' אלהינו והנגנות לנו ולבנינו – נפגעי עברה ונפגעי מערכת המשפט", פרשת השבעו (א' הכהן ומ' ויגודה, תשע"ב-2012, דברים 282), אמנם שם לעניין "זיכוי מלא". בהיקש לענייננו, מעצר בפיקוח אלקטרוני – כאמור – אינו דומה כל עיקר למעצר בבית האסורים, אך יש בו שלילת זחרות ברמה מסוימת, בגדיר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזה עשויה להיות ראייה לסוג זהה או אחר של הקללה, מבלי שאטעה מסמורות ספציפיים; כך במיוחד כשהמדובר בתחום ארוכה. כמובן בכל המקדים ישקל הדבר לפי נסיבותיהם.

ה. כאמור, הצטרף לחברו השופט ג'ובראן בגישתו בכלל ולגבי התוצאה הקונקרטית בתיק.

המשנה לנשיאה

אני מצטרף בהסכמה לפסק דין המקיף של חברי, השופט ס' ג'ובראן ולהשלמותו של חברי, המשנה לנשיא א' רובינשטיין.

הנני מרשה לעצמי להוסיף שתי הערות קצרות:

א. הגישה, בה מצדדים חברי, על פייה אין ליצור "מעין 'מפתח' מדויק להמרה בין ימי מעוצר בפיקוח אלקטרוני", תוך קביעת מקבילה שההתประสงויות בידי מעוצר בפיקוח אלקטרוני תהיה תלוית מקרה ונסיבות - תועליל גם בדרך התנהלות המשפטים הפליליים בעת שהנאשם מצוי במעוצר בפיקוח אלקטרוני. זאת ועוד - לשיטתי ניתן יהיה להתחשב גם בהתנהלות זו של שני הצדדים בבא העת - לצורך ניכוי ימי המעוצר, כאשר הנאשם יורשע, ולחילופין - ולצרכים אחרים - כאשר יזוכה.

ב. יתכן ולצרכי הסגירה למדינות בהן יש התประสงויות קטגורית במעוצר בפיקוח אלקטרוני - לא נכון יהיה להחיל את ההלכה שנקבעה כאן "לצרכים מקומיים" (ביחס לנאים שהורשו) לגבי מי יהיה או יהיה נתון במעוצר בפיקוח אלקטרוני לצרכי הסגירה (כל שיקבעvr); לצורך ראיי יהיה לסייע במצבים אלה את ההלכה האמורה בתנאים שונים (שלא זה המקום לפרטם).

ש 1 פ 5

לפיך הוחלט כאמור בפסק דין של השופט ס' ג'ובראן.

ניתן היום, י"ב בניסן התשע"ו (20.4.2016).

המשנה לנשיאה

ש 1 פ 5

ש 1 פ 5

