

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

בית המשפט המחוזי מרכז-לוד

תפ"ח 38996-03 מדינת ישראל נ' פלוני

לפני:  
בכבוד השופט מנהם פינקלשטיין - אב"ד  
בכבוד השופט פלאיר ברדי, סגן  
בכבוד השופט רמי אברהמי  
דמונשטיין  
ע.י. ב"ג ע"ד ייבן בן הרוש (מחמתה)  
  
פלוני  
על י.ב"ג ע"ד אב כהן (משמעותה הצבורית)

הנאשם  
נתן  
נתן  
נתן

### החלטה (נוסח מותר בפרסום) השופט מנהם פינקלשטיין, אב"ד

#### כללי

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

#### הוראת המעבר

2. סעיף 25(ג) לתיקון 137 הוא הוראת מעבר, שהרישה שללה קובעת כי על עבירה שבוצעה לפני יום תחילתו של תיקון 137, ונימtan פסק דין חלוט בעניינה, יחול "הדין הישן", היינו הוראות חוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") שלפני תחילת תוקפו של התיקון. **הסיפה** של הוראת מעבר זו היא חריג לכל שבירשה, והוא קובעת כדלקמן:

ואולם לעניין מי שהורשע בעבירה לפי סעיף 300א לחוק העיקרי כנוסחו ערבית  
יום התחיליה, יראו אותו כמו 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 עניינו, אפרט בקצרא מהן הוראות "החוק העיקרי", הוא חוק העונשין, שפורטו בסעיף 25(ג) סיפה 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 עבירה רצח עונש קל מעונש החובה, שהוא מאסר עולם, שהוא קבוע בצדה של עבירת הרצח; וזאת בשלושה מקרים; אחד מהם רלוונטי לעניינו, והוא כאשר הוגבלה 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 ביכולתו השכלית - סעיף **300א(א)** לחוק (שני המקרים הנוספים, שאינם רלוונטיים לעניינו, הם מצוקה נפשית קשה עקב התעללות; חריגה במידה מותאמת סייג לאחריות).

אחד החידושים בתיקון מס' 137 הוא שהגישה של "**עונש מופחתת**" הפכה לגישה של "**אחריות מופחתת**". הדבר בא לביטוי בסעיף 103ב החדש לחוק העונשין שבו נקבעו עבירות המתה חדשות שכותרתן: "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת". גישה זו הוחלה על אותם שלושה מקרים, ובמקרה הרלוונטי לעניינו - הפרעה נפשית חמורה כאמור - נקבע כי דין של עובר העבירה הוא מאסר של 20 שנים (סעיף **103ב(ב)(2)** החדש לחוק העונשין).

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

5. א. לאור פירוט זה, מובנת הבקשה הנידונה, המתיחסת לעניינו של הנאשם המסוים שבפניו. הנאשם זה הורשע על פי הodium בעבירה של רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין (בנוסחו דאז), וזאת במסגרת הסדר טיעון שלפיו עתרו הצדדים במשותף להטיל על הנאשם עונש מופחת לפחות לפי סעיף 300(א) לחוק העונשין. ברקע להסדר הטיעון עמד מצבו הנפשי המורכב של הנאשם אשר אובחן החל משלט 2005 כסובל ממחלה נפש, ובעבר נמצא, במספר מקרים, לא כשיר לעמוד דין עקב מחלת הנפש.

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

בגזר דין מנומך, 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 נאמרה: "**והנאים לא ישא בעונש זה אלא אם יעבור בתוך שלוש שנים מיום שחרורו עבירת אלימות מסווג פשע**".

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

החדשה לפי סעיף 303(ב)(2) לחוק העונשין, ועונשו מופחת מכוח הוראת המעבר ויעמוד על 20 שנות מאסר (הוא העונש המרבי שנית להטיל על מי שעבר עבירה בנסיבות של אחריות מופחתת כאמור).

6. מן הרاءו להדגש כי הן המאשימה והן ההגנה אין חולקות על האמור לעיל, היינו שעונשו של הנאשם יעמוד, מכוח הוראת המעבר, על 20 שנות מאסר. המחלוקת ביןין היא מצומצמת מאוד: בקשה המאשימה היא שנקבע שעל הנאשם לשעת עונש של 20 שנות מאסר בפועל, ואילו בקשה ההגנה היא שנקבע שעל הנאשם לשעת עונש של 19 שנות מאסר בפועל, וכן שנת מאסר על תנאי. לשון אחר, לפי בקשה המאשימה יגרעו מעונש המאסר שנתיים מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי. לפי בקשה ההגנה יגרעו מעונש המאסר בפועל 3 שנים, ושאר עיניו עונש המאסר על תנאי בגין שנה אחת.

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

### על ההלין

7. לאחר שהונחה בפניינו הבקשה הנדונה, באה בפניינו בקשה של עו"ד רוד אנדר, המציגת (mutuum תוכנית "סנה" של משרד המשפטים) את אלמנתו וילדיו של המנוח, לדחות את הדיון. התברר כי טעם מרכזי לבקשת 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.指出 כי בית המשפט העליון דחה את בקשתם של העוטרים למתן צו בגיןibus ביחס לכל הליך שנועד לקיצור עונשם של נאים הרלוונטיים לעתירה. ביום 29.10.19 החלטו לדון בבקשת המונחת לפני הגופה, ודין זה נערך ביום 14.11.19. ב"כ הצדדים גם העלו טענותיהם בכתב. בinternים דחה בית המשפט העליון את העתירה שהוגשה לפני לביטולה של הוראת המעבר הנזכרת (בג"ץ 5293/19 אורה סלומון נ' כנסת ישראל, 19.11.19).

### על הוראת המעבר ו"כלל הגילויטינה"

8. חשוב להבהיר מהי משמעות הסכמתם של הצדדים לכך שהמחלוקה ביניהם מצומצמת לנקודה אחת בלבד, כפי שצוין לעיל.لاقאורה, ניתן היה להעלות טענה שלפיה יש מקום במקרה מסווג זה שלפניינו לדון מחדש בשאלת העונש, וזאת חרף העובדה של פסק הדין חלוט. טענה דומה או קרובה נדונה בע"פ 7853/05 רחמיין נ' מדינת ישראל (27.11.06). היה זה לאחר שנכנס לתוכפו סעיף 300א הנזכר בחוק העונשין שהקנה לבית משפט שיקול דעת להטיל עונש קל למאסר עולם בגין עבירות רצח בהתקיים אחד מאותם שלושה מקרים (אחד מהם, במקרה של הפרעה נפשית חמורה כאמור). המערער שם הורשע **לפני תיקון החוק בעבירות רצח**, לאחר שנדחתה טענתו לפטור מאחריות בגין אי שפויות. הואណון לעונש מאסר עולם בפסק דין חלוט, אך **לאחר תיקון החוק** והוספה סעיף 300א הנ"ל, הוא בקש כי בית המשפט ייחיל 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 החלטת הוסף כאמור סעיף 300א, שנטען כי יש לראות בו משום "הקללה בעונש" במובן של סעיף 5(ב) לחוק העונשין. לבקשת זו ה策פה, בערעור, גם הסגנוריה הציבורית, כ"ידיך בית המשפט".

9. בית המשפט העליון קיבל אומנם את הטענה האחרונה - בדבר ה"הקללה בעונש" - בגיןוד לעמדת המאשימה ולעמדת בית המשפט המוחז, אך דחה את הבקשה עצמה. הטעם לדחית הבקשה נועד בקביעת בית המשפט העליון שהשני הרטרוספקטיבי אשר מורה עליו סעיף 5(ב) לחוק העונשין הוא **"שינוי מינהלי בלבד"** - שאין בו הפעלת שיקול דעת שיפוטית ופתיחה הלילים משפטיים מחדר דרך הפעולה, ה"חוותכת", הזו, מכוח סעיף 5(ב) כונתה, מטעם מובן: **"כלל היגיונית"**. הנשיא ברק הבahir כי סעיף 5(ב) לחוק העונשין, שעוניינו שינויים בחוק שלאחר מתן פסק דין חלו, בקש לאוזן בין שני שיקולים מרכזים: מצד אחד, המטרה הייתה להחיל נורמות פליליות המקובלות בחברה בעת העונישה, וביסוד מטרה זו מונחים **שיקולים של צדק**. מצד שני, המטרה הייתה גם לקיים את העיקרונות החשוב של **סופיות הדין**. בנסיבות האיזון שנבחרה הייתה העדפה של שיקול העונישה העדכנית על פני השיקול של סופיות הדין, אך זאת עד לגבול מסוים; והגבול הוא - שהשנייה לא יהיה הכרוך 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 חלו, שהרי החלטת סעיף 300א מחייבת הייתה לפתח מחדש את ההליך ולהפעיל מחדש שיקול דעת שיפוטי (וראו גם מ"ח 3139/13 **רחלמיין נ' מדינת ישראל**, פסקה 18 (25.5.2014)).

10. הכרעה זו של בית המשפט העליון רלוונטית גם לעניינו. המעבר מדויקטרינה של עונש מופחתת לדויקטרינה של אחריות מופחתת, הייתה כרוכה גם בקביעת עונשי מאסר מרביים (שאינם מאסר עולם) על אותם נאים שיורשו בעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת. שינוי זה הצדיק כי המחוקק ידרש בתיקון 137 למקורה שבו הוטל עונש מאסר "מופחת", בהתאם לסעיף 300א הישן, על מי שהורשע בעבירה רצח, בפסק דין חלו, אך עונש זה שהוטל **הייה גבואה** מהעונש המרבי שנקבע, בתיקון 137 עצמו, למי שהורשע בעבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת (אותן נסיבות שב吃过 נקבעו בסעיף 300א הישן). זהה הוא הנאם שלפנינו אשרណון לעונש של 22 שנות מאסר (ולשנה מאסר על תנאי), בעוד אשר העונש המקסימלי לפי החוק החדש הוא 20 שנות מאסר. משיקולי צדק קבוע אףוא המחוקק כי יראו נאים זה כדי שנדון לעונש של 20 שנות מאסר. ואולם, כפי שהובהר למעשה **בעניין רחלמיין**, זהו שינוי מינהלי בלבד, מכוח החוק, שכן בו הפעלת שיקול דעת שיפוטית ופתיחה הלילים משפטיים מחדש. עונש המאסר של הנאם "מקוץ" אףוא בהתאם לכ"ל היגיונית" (יש כאן כביכול מובן לשוני נוסף למונח "גזר דין" או "חיתוך דין"....; ונתן אלתרמן, באחד ממשיריו המוקדמים, **שיר היגיונית**, מshort 1934, כתב על "הלב הסכיני": "יאין תoxicנו ליב").

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

בהקשר זה, עיר העירה נוספת: על נאשם שעונשו נגזר לפי סעיף 300א הישן ניתן כמובן להטיל בזמןו (במקרה של הפרעה נפשית חמורה כאמור, כבעניינו), גם עונש שהוא **פחות** מ-20 שנות מאסר, ובמקרה כזה לא היה כמובן מקום או צורך לתחולות סעיף 25(ג) וסעיף 5(ב) הנזכרים לעיל. נראה שהזהו הטעם לכך שבסתיפא של סעיף 25(ג) נאמר: "ουונשו המרבי יהיה", ולא נאמר "ουונשו יהיה" (כפי שנאמר בסעיף 5(ב) החל כאשר ידוע כבר שהוטל עונש **העולה** על עונש המקסימום). מכל מקום, אין להסיק מלשון זו שנקט החוקן ("ועונשו המרבי יהיה") - אולי על בית המשפט להפעיל מחדש שיקול דעת שיפוטי. זאת ניתן ללמוד הן מההפנייה לסעיף 5(ב) לחוק העונשין, כפי שפורש, והן מקביעתו של בית המשפט העליון לאחרונה **בבג"ץ 5293/19 הנ"ל**, שבמקרה של החלטת 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 מינחלי, ובית המשפט איננו מפעל שיקול דעת וגוזר את העונש מחדש. לפי הנטען, הרוי במסגרת העונשים שהוטלו בזמןו על הנאשם נכלל עונש של שנה אחת מאסר על תנאי. בית המשפט אינו רשאי לבטל עונש זה, מאחר שם יעשה כן הוא למעשה יגורר את העונש מחדש. ברור הדבר שהעונש המרבי של 20 שנות מאסר כולל הן את המאסר בפועל והן את המאסר המותנה (סעיף 25(א) לחוק העונשין; ע"פ 11/1864 **דיזוב נ' מדינת ישראל**, פסקה 5, 12.11.12). קביעה שעונש המאסר של הנאשם עומד על 20 שנים בפועל ושנה אחת על תנאי (בסך הכל 21 שנים) תהיה אפוא בוגוד לעונש המרבי, של 20 שנות מאסר (מכוח הוראת המעבר). אמרו מעטה, לשיטה זו: על בית המשפט להחיל את הוראת סעיף 25(ג) לתקoon 137 ולקבע שעונשו של הנאשם הוא 19 שנות מאסר בפועל ושנה אחת על תנאי. באופן זה תקווים הוראת סעיף 25(ג) שלפיו עונשו של הנאשם יהיה העונש המרבי של 20 שנות מאסר (kekbo'ut בסעיף 301ב(ב) החדש לחוק העונשין). הסגנון גם הפנה אותנו לסעיף 34 כא לחוק העונשין, לפיו אם ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יocrur העניין "לפי הפירוש המקורי ביותר" עם הנאשם.

עיר שלפי החלטתנו היה אמר ב"כ הנאשם למסור לנו גם את עמדת הסנגורייה הציבורית הארץ-ישראלית בסוגיה שלפנינו. ואולם בתגובה ב"כ הנאשם נאמר כי הסנגורייה הציבורית הארץ-ישראלית איננה מוצאת לנכון להביע עמדה מוסידית בנסיבותו של מקרה זה.

12. **המאמינה** סבורה, כי יש לישם את הוראת המעבר - וזאת בהתאם לעונש המאסר שהטיל בית המשפט. בגין 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 ממשרו. גזר

הדין הוא "ליניاري בזמן". הוא מתייחס בריצוי המאסר בפועל, של 22 שנים, ולאחר מכן חל עונש המאסר על תנאי של שנה אחת. הפעלת "כלל הגילוותינה" 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 הנאשםן מזמן 20 שנים, וזאת "על הרצף הcronologique של המאסר שהושת עליו". בכך בא לידי ביטוי באופן מובהק העיקרון שלפי מדובר בפועל מינהלית בלבד, מכוח הוראת המעביר, שכן עצמה הפעלת שיקול דעת חדש. אילו הייתה מתකבלת טענת ההגנה שלפיה עונש המאסר של הנאשםן יעמוד מעתה על 19 שנות מאסר בפועל ושנה אחת מאסר על תנאי, הרי דזוקא בכך היה משומם גזרת הדין מחדש ובחרית איזון אחר של רכיבי העונישה, 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 המעביר בחוק בנווגע לגזר הדין החלות כמוות שהוא.

ב"כ משפטת המנוח הctrappa להתנגדותה של המאשימה לבקשת ההגנה.

#### הכרעה

13. סבור אני כי יש לקבל את בקשה המאשימה ולדוחות את בקשה ההגנה. כאמור, אין מחלוקת, ובצדק, על כך שלפי הוראת המעביר לא נבחן מחדש גזר דיןנו המקורי, ואין אנו נדרשים עתה להפעיל שיקול דעת שיפוטי עוני. שני הצדדים מסכימים שמדובר בפועל מינהלית בלבד, בהתאם להוראת המעביר. למעשה, מובא העניין לצורך תיקון פקודת המאסר. המחלוקת היא רק בשאלת כיצד יופעל "להט החרב המתהפקת" ("כלל הגילוותינה") במקרה שבו מרכיב עונש המאסר **הן מאסר בפועל והן מאסר על תנאי**. כל אחד מהצדדים טוען שאם תתקבל עמדתו כי אז תהיה פועלות בית המשפט "מינהלית" בלבד, כנדרש, בעוד אשר אם תתקבל עמדת הצד השני כי אז יהיה בכך משומם הפעלת שיקול דעת שיפוטי עוני, שלא כדין, ובניגוד לעקרון הסופיות.

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

בית המשפט קבע כי תחילתו של עונש המאסר על תנאי (הינו, תחילת "תקופת התנאי") תהיה **עם שחרורו של הנאשםן מן המאסר בפועל**. לועבה שתקופת התנאי מתחילה עם סיום תקופת המאסר בפועל יש משמעות משפטית (לענין זה, ולרצינול הרטעתי, ראו, למשל, רע"פ 2798/06 **ועקנין נ' מדינת ישראל**, פסקה 5 (16.7.2007), והפסקה המובאת בפסקה זו). עיר שאלולא 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 00/00 7510 במנוקלר נ' מדינת ישראל, פסקה 8,  
(9.5.2002).

עונש המאסר שהוטל אינו יכול להישאר על כנו, שכן הוא חמור מהעונש המרבי שנקבע לעבירה המתואימה של המטה באחריות מופחתת. עונש זה נקבע אפוא, במצבות החוק, לאחר ריצוי 20 שנות מאסר. כך מוקל עונשו של הנאשם באופן שנגרכו ממנה שנתיים מאסר בפועל וכן שנה מאסר על תנאי, שתחילתה הייתה אמורה להיות לאחר ריצוי אותן שנתיים (שנగרכו). בית המשפט **אינו מבטל** לפי שיקול דעתו את עונש המאסר על תנאי, אלא שהוא מחייב המנתנה **מתבטל הוראת המעבר**. באותה מידה בית המשפט גם אינו מתערב ובטל לפי שיקול דעתו אותן שנתיים מתוך 22 שנות המאסר שהוטלו על הנאשם. שנתיים אלה נגרכו מעונש המאסר מכוח הוראת המעבר. בכך יש לדעתו 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 אינו מבטל את עונש המאסר על תנאי שהטיל על הנאשם, אלא שעונש זה נגרע מכוח החוק (הוראת המעבר המיטיבה עם הנאשם) מהעונש שהוטל, כשם שנגרכו שנתיים מתוך עונש המאסר בפועל שהוטל על הנאשם (כיצא זהה, 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 גריית שנה מעונש המאסר בפועל).

בכך מתתקבלת אפוא טענת המאשימה, שלפיה פועלתה, **המיןאלית**, של הוראת המעבר היא על גזר דין המקורי **כפי שהוא**. איני סבור כלל שיש לפנינו מצב של ספק בפרשנות הדין **לפי תכליתו**, המצדיק פירוש סביר אחר של דין, מקל יותר עם הנאשם. אף איני יודע אייזו אופציה פרשנית סבירה אחרת מתאפשרת כאן.

15. אוסיף כי שאלה היא כיצד היה ניתן לפרש את פעולתה המינאלית 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 לסמכתה של בית המשפט לחתם "הוראה אחרת" מכוח סעיף 25(ג) סיפא לחוק העונשין). במקרה זהה, לא היה מקום לקבל את עדמת המאשימה מכוח הטיעון "הלייניארי" (על הרצף "הכרונולוגי"). תacen שבמצב דברים זהה, שבו תקופת המאסר על תנאי בת שנה חלה מיד (וכבר חלפה), אכן נכון היה - מכוח אותו טיעון - **לגרוע שלוש שנים** מתקופת המאסר בפועל, כתענת ההגנה. שאלה זו ניתן להשאיר בצריך עיון, מה עוד ש"הוראה אחרת" צו, הקובעת שהמאסר על תנאי יתחל מיד, איננה ניתנת בדרך כלל על ידי בית המשפט, בעת שהם מטילים עונש הכלול מאסר בפועל ומאסר על-תנאי.

16. על כן, אציג לחבריו לקבע כי לאור הוראת סעיף 25(ג) לתיקון 137, על הנאשם לרצות - חלף עונש המאסר המקורי - 20 שנות מאסר בפועל, החל מיום מעצחו, 26.2.14.

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

**מנחם פינקלשטיין,**  
**שופט**  
**אב"ד**

**השופט רמי אמיר**

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

מסכים אני עם חברי בכל הנוגע להיסטוריה החוקית ולגדר המחלוקת בתיק זה, ואילו לעניין המבחן העיקרי אותו יש להחיל בפרשנותו על החוק. ואולם איננו רואים עין בעין את אופן ישוםם של הדברים.

2. הנאשם הורשע בשעתו בעבירה רצח, אך גזרנו עליו עונש מופחת לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין כנוסחו ערב תיקון 13 לחוק; העונש המופחת היה עונש מאסר של 23 שנים, מהן 22 שנים לירצוי בפועל ושנה אחת של מאסר על תנאי; גזר דיןנו נעשה לחלוות בטרם כניסה של תיקון 13 לתוקף.

3. דא עקא, שלפי תיקון 13 לחוק, לו היה הנאשם נדון לפיו - היה הנאשם מושרע בעבירה של המתה בנסיבות של אחירות 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 ממשמעו עונש מאסר על כל מרכיביו, הן מאסר בפועל והן מאסר על תנאי. לשון אחר, שחייבון של סך כל שנות המאסר, הן בפועל והן על תנאי, לא יכול לעלות על 20 שנים.

המשמעות היא, כמובן, שהחוק המתיקן מהוועדה דין מקל לעומת הדין הקודם, שלפיו גזר דיןו של הנאשם - شهرינו אז הוועמד עונשו על 23 שנות מאסר, בעוד שלפיו ההוראת החוק המתיקן לא יכול היה העונש לעלות על 20 שנות מאסר.

בנסיבות אלה, אף שגזר הדין נעשה חלוט, חלה ההוראת המעבר המיווחדת שבסעיף 25(ג) סיפא לחוק המתיקן, המחייב את הוראות סעיף 5(ב) לחוק העונשין. לפיכך, דין של הנאשם יתוקן, כך שייהי עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה"; דהיינו, עונש מרבי של 20 שנות מאסר קבוע בסעיף 301ב(ב)(2) לחוק העונשין כנוסחו המתיקן.

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 בגין 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 **רחמיין** לעניין אופן החלטתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין - כי הקיצור בעונש "עשה משיקולי צדק, אך **תור שמירה מקסימלית אפשרית על עקרון סופיות הדיון, וזאת ע"י הימנעות מהפעלת שיקול דעת שפוטי עונשי ולא פתיחת ההליכים מחדש**". לשון אחר, הקיצור בעונש, או אף "הकיצוץ בעונש", צריך להיעשות בדרך הטכנית ביותר האפשרית, במה שקרויה "כלל ה吉利וטינה". ואולם אביהו ואדייק, כי "חייב הגילוטינה" איננו עומד כערך בפני עצמו, אלא רק כדי להגשים את המטרות האמורות של סופיות הדיון, ושל אי-התערבות בשיקול הדעת העונייני המקורי.

בשלב זה נפרדו דרכינו, של חברי ושלוי; והמחלוקה שנפלהبينינו היא בדבר אופן ישומו של כלל ה吉利וטינה בהתייחס לגזר דין המערבים מסר בפועל ומסר על תנאי, כך בדרך כלל, ובפרט בענייננו.

6. חברי השופט פינקלשטיין הציע להפעיל את כלל ה吉利וטינה באופן לניארי או קרונולוגי כלשונו, ע"י ביטול השנים האחרונות בזמן של עונש המסר. בעשותנו זאת, הצעה חברי, כי לא נתיחס לסוגים השונים של עונש המסר, ולא נבחן בין מסר בפועל למסר מוותנה; אלא נלך בפשטות לפי הכלל הכרונולוגי, כך ששנות המסרג האחרונות בציר הזמן, יהיו אשר יהיו, הן שיבוטלו.

מן הכלל אל הפרט, כיצד תישם שיטה זו בענייננו?

זכור, גזרנו על הנאשם דין 23 שנות מסר, מהן 22 בפועל ואחת על תנאי, וכן יש להפחית את 3 שנות המסרג האחרונות כדי הגיעו לעונש המרבי של 20 שנים. ואולם מי מבין שנות המסרג שנגזרו הן השנים האחרונות זה נשים ליבנו לאשר קבענו בגזר הדיון, כי תקופת התנאי תהא לאחר שחרורו של הנאשם מהמסר בפועל. לפיך, ובהתאם לגזר הדיון - שנת המסרג על תנאי תופעל, אם תופעל, אך לאחר תום שנות המסרג בפועל; ככלומר שהיא תהיה שנת המסרג الأخيرة מכלן. אשר על כן, וכיון שיש להפחית העונש שנגזר את 3 שנות הأخירות של המסרג - נפחית את שנת המסרג על תנאי (שהיא الأخيرة מכלן), ועוד 2 שנות מסר בפועל.

התוצאה הסופית העולה מכך היא, שהנאשם ירצה 20 שנות מסר בפועל בלבד; ולא יהיה כפוף עוד לכל מסר 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 האפשרות לאופן החלטת כלל ה吉利וטינה בעניין קיצור עונש המסרג לפי תיקון 137 לחוק העונשין. בהמשך אציג את הקשיים והיתרונות בכל אחת מהגישות. ולבסוף אבהיר בדרך הנראית לי לנכונה.

8. שלוש הגישות האפשרות, לדעתו, הן כדלקמן:

עמוד 9

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

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

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

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

טעמיה של גישה זו אינטואיטיביים וחזקים לכארה.

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

שנית, עונש המאסר המרבי של 20 שנות מאסר לפי החוק המתוקן כולל גם מאסר על תנאי - אך מduxו שנבחין בין המרכיבים של עונש המאסר הכללי שנגזר, כאשר באים אלו לкратרו ולהתאים לתקרת העונש המרבי?

שלישית, מעצם טיבו של קיצור, שהוא געשה מהוסף ולא מההתחלתה.

ורביעית ועיקר, כיוון שהקיצור בעונש מכוח הוראת המעביר אמר להיעשות במידת האפשר באופן טכני ומנהלי גרידיא, כמעט שרירוטי, לא התערבות בשיקול הדעת העונשי, ובבלתי להפעילו מחדש - איזו עדיף לנקט בכל הכרונולוגי, שモפעל באופן "יעירור" למאפייני המאסר ולסוגיו השונים; ובוודאי ללא הפעלת שיקול דעת ע"י בית המשפט המAKER 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 ממשום מלאכותיות מסוימת, והיא חוטאת לרצionario של אי-התערבות בשיקול הדעת השיפוטי העונשי.

אכן, גם המאסר בפועל וגם המאסר על תנאי הם עוניימי מאסר, וכך גם העונש של מאסר בעבודות שירות. ואולם אף שוכלים עוניימי מאסר הם, אי-אפשר להתעלם מהשינויים שלהם, מהיחידיות של כל אחד מהם, ומהתכליות הנפרדות שלהם. כך במיוחד, כאשר אנו מדברים בעונש המאסר בפועל לעומת עונש המאסר על תנאי - כשהאהחרון מתאפיין בתכליות מיוחדת של הרתעה פעילה ומכוונת התנהגות, בדרך של תמרץ חיובי, צופה פני עתיד מכאן ולהבא ולא רק מבعد מועד.

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

איןני מתעלם מטעמו של חבריו, שלא אנו הם אלו שמתערבבים בשיקול הדעת, כי אם גזירות החוק היא. אך בכל הבוד, אנו אלה שמספרים את החוק; ובאיזה פרשנות כזו, אנו נתונים תוקף להתעלמות משיקול הדעת השיפוטי של מי שגזר את העונש, תוך התערבות באיזון הפנימי בין מרכיבי העונש, ובאופן שלעיתם (ואולי אף בדרך כלל) יסכל אותו.

11. במשור היישומי גורמת הגישה הכרונולוגית קשיי רב, אשר מונע הchèלה עקבית של הגישה על כל המקרים, ושולל ממנה את האופי הכללי המתבקש מנורמה משפטית.

נפתח בדוגמה אשר נתן חברו, ובהיר להשראה 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 מתחילה בריצוי עונש המאסר בפועל ובהיותו כלוא (או אף קודם לכן, אם היה משוחרר, וניתנה ארוכה כמקובל למועד התיציבותו). אמת, אין זה המקרה הרגיל והשגרתי; אם כי דזוקא בסיטואציה של הקלה בעונש (וכיום, הפתחה באחריות) בשל הפרעה נפשית או קוגנטיבית, נקדים לעיתם את תקופת התנאי כדי ליזור תמרץ חובי להימנע מעורבות באלים דזוקא בתקופה הראשונה והלחוצה של כניסה לכלא וריצוי עונש המאסר.

אר הנה, בסיטואציה כזו, ואם נהיה "כרונולוגים עד הסוף" - נקוץ דזוקא 3 שנות מאסר בפועל, ולא שנתיים בלבד, משום שנת המאסר על תנאי אינה מהאחרונות, כי אם מהראשונות. זאת ועוד. כך יהיה המצב אפילו אם הקיצוץ בעונש נעשה לאחר שתממה תקופת התנאי, והתנאי לא התקיים; דהיינו, כאשר עונש התנאי כבר פקע מבלי שה הנאשם ריצה אפילו יום אחד ממנו.

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

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

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

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

(העונש המרבי בחוק המתיקן). 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, לפני הגענו לرف של העונש המרבי של 20 שנה. ואולם מאייה מאסר על תנאי נקצץ את שנת המאסר? האם רק מהמאסר על תנאי של שנה אחת בין עבירות פשע? או שמא גם מהמאסר על תנאי של חצי השנה בגין עבירת עוון? ואם משנהם, אז לפי איזה יחס בינם?

דא עקא, שבענין זה לא ניתן הגיעה הכרונולוגית כל תשובה - שהרי אין כל סדר הכרונולוגי ואין כל קדימות זמניות בין שני מאסרים מותניים אלה.

## 12. **הגישה השנייה היא, כאמור, הגישה המהותית.**

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

ההצדקה הילכודית לגישה זו היא, שמדובר בגישה המיטיבה עם הנאים, משום שעונש מאסר בפועל קשה ומחייב יותר מעונש מאסר על תנאי; וכן יש להעדיף את הפרשנות הזו כפרשנות רואה לדין הפלילי, פרשנות לטובת הנאים.

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

גישה זו מתגברת גם על שתי הדוגמאות המוקשות, אותן תיארתי במסגרת הדיון היישומי בגישה הכרונולוגית. גם הדוגמא הראשונה, שענינה בהקדמת תקופת התנאי, וגם הדוגמא השנייה, שענינה בשני עוניימי בגישה המהותית. גם נפרדים זה מזה - שתיהן אין מעוררות כל קושי לפי הגישה המהותית. בשתי הדוגמאות, הצבטו עוניימי המאסר על תנאי ועוניימי המאסר בפועל שבגזר הדין לכל העונש הכלל שנגזר; וככל שטיכום שנים זה עולה על העונש המרבי שבחוק המתיקן - יופחת ההפרש מרכיב המאסר בפועל בלבד שבגזר הדין, כאשר עוניימי המאסר על תנאי ייוותרו על כנム, משום ש滿ילא אין להפחית מהם דבר.

## 13. **אלא שהגישה המהותית עומדת מול קשיים ריעוניים קשים שבבסיסה.**

ראשית, אם ההפחתה בעונש נעשית לפי השוואה בין העונש שבגזר הדין לבין העונש המרבי שבחוק המתיקן; ואם גם העונש שבגזר הדין וגם העונש המרבי שבחוק מחושבים באופן כולל, לרבות מרכיבי המאסר על תנאי שבגדרם או שיכולים להיות בגדרם - אז מדובר בהתעלם מכך בעת הקיצוץ, ומדוע להפחית דזוקא במרכיב אחד מכל מרכיבי העונש שבבסיס החישוב? אציג זאת בפרטואה ציורית משהו: אם נרצה לאזן ולהשוות בגודלן בין שתי קערותسلط של מלפפונים ועגבניות, ככלום נគן יהיה לעשות זאת בדרך של הקטנת הכמות באחת הקערות

ע"י הוצאה המלפפונים בלבד מאותו סلط? ואם לא נפגום בכך באותו סلط?

שנית, אין כל עיגון סטטוטורי לגישה פרשנית כזו, שהגיעה מהעונש שבגזר הדין תעשה דווקא מתוך מרכיב מסוים שלו, קרי מהMASTER בפועל ורק ממנו. החוקן יכול היה כמובן לבחור בכל אחת מהגישות; ואולם החוק שותק בעניין זה, וכך גם הצעות החוק ודברי הכנסתה. בנסיבות אלה של שתיקת החוקן, יש להעדיף פרשנות שתואמת את ההסדר החוקי בכללותנו. והסדר זה הוא, כאמור, של השוואה בין העונש בגין הדין לבין העונש המרבי בחוק המתתקן; כשההשוואה 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 העוני של בית המשפט נתן את גזר הדין המקורי. שהרי בית המשפט שגזר את הדין ערך איזונים, והביא בחשבון שיקולים עונשיים כאלה ואחרים, כאשר עיצב את מתכונת ושיעורי העונש בגין הדין. ואולם אם נאמץ את הגישה המהוותית - הרי לנו נחלה כת, במודע ובמכoon, לשנות מהאיזונים העונשיים המקוריים הללו, תוך שנקבע בעצמינו, כי המרכיב העוני ממנו יש להפחית יהא דווקא מרכיב זה ולא אחר.

אוסיף ואדגיש, כי אם ההתערבות בשיקול הדעת העוני בגישה הכרונולוגית הייתה התערבות שרירותית ומקרית, והיה זה חלק מביקורת עלייה - הרי שבגישה המהוותית חמורים הדברים אף יותר. הגישה המהוותית כשםה כן היא, וההתערבות מכוחה בשיקול הדעת העוני היא מהוותית ואף מכונת, ובכך היא חוטאת אף ביתר שאת לתוכיתו הניטרלית והבלתי מתערבת של כלל הгалויותינה.

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

לפי גישה זו, הקיצוץ מהעונש יעשה מכל מרכיביו ובאותו יחס, והוא היחס המספרי שבין העונש הכלול שבגזר הדין לבין העונש המרבי שבחוק המתתקן.

גישה זו מתאפיינת בכך, שהיא שומרת על כל התכליות הרעיניות של ההסדר החקיקתי שלנו, ומצד שני היא מוגנבת על כל הקיימים הישומיים.

15. מהבחינה הרעינית מקפידה הגישה היחסית יותר מכל גישה אחרת על הימנעות מכל התערבות בשיקול הדעת העוני של בית המשפט שגזר את הדין, ואין בה כל פעולה חדש של שיקול דעת עוני כזה. כיוון שההפקחה בעונש נעשית פרו-ראטה ובאופן שוויוני ביחס לכל אחד ומרכיבי העונש המקורי - אזי לא מופר האיזון הפנימי בין מרכיבי העונש המקורי, לא באופן שרירותי כמו בגישה הכרונולוגית, ובוודאי שלא בכונת מכוון כמו בגישה המהוותית. בכך מתאימה הגישה היחסית יותר מכל גישה אחרת לרציונאלים של סופיות הדיון, או-התערבות בשיקול הדעת העוני המקורי או-הפעלתו מחדש, הלא הם הרציונאלים שביסודותו של כלל הгалויותינה.

שנית, הגישה היחסית תומכת, כמו הגישה הכרונולוגית ו בשונה מהגישה המהוותית, בתפיסתו הבסיסית של חוק העוניין, שגם המאסר בפועל וגם המאסר על תנאי - שניהם עונייני מאסר המה, שניהם מרכיבים של עונש המאסר הכלול, ושניהם יוצרים חטיבה עונשית אחת של מאסר.

ושלישית, גם אם שתי הגישות, הכרונולוגית והיחסית, היו עומדות שתיهن בתכליות שביסודו הסדר החוקי (וכמובן, לדעתו הגישה הכרונולוגית כשלעצמה בעניין אי הטערכות בשיקול הדעת העונשי) - אזי יש להעדיף את הפרשנות המיטיבה עם הנאשם, בהתאם להוראת סעיף 34 לחוק העונשיין: **"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילתית לפי אותו דין".**

לאחר שסימתי את חווות דעתך הונחה בפניי חוות דעתה של חברות השופטת ברודי, ובקש להתייחס לכך בהקשר אחרון זה. לדעתו, השאלה איננה האם יש לנאים "זכות קנייה" לעונש מסוים, כפי שהציגה חברות; אלא האם יש להעדיף את פרשנות החוק המיטיבה עימם. ומעט שסבירה חברות, שגם הגישה היחסית וגם הגישה הכרונולוגית הן גישות אפשריות, איזה הבחירה בגישה היחסית נובעת מכך הפרשנות הסטוטוטורי האמור לעיל, של בחירה בפרשנות המקלה עם הנאשם.

.16. גם מההיבט היישומי צולחת הגישה היחסית את כל המכשולים, שבהם כולה הגישה הכרונולוגית. היא אינה יוצרת כל קשי, והוא מאפשר יישום מלא ועקבי, ללא חריגים.

שתי דוגמאות שהציגתי לעיל במסגרת הדיון בגישה הכרונולוגית אינן יוצרות כל קשי 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 כתתקופות התנאי חופפות ומאוחרות. הטעם לדבר הוא, שבגישה היחסית אין כל חשיבות לסוגו של עונש המאסר, למקום שבו בזמן, ולקדימות או לעדיפות בין העונשים השונים. וכך הוא, משומש ככל מתכונת העונש נשארת בעינה, וכל העונשים נשאים בתוקף, בכפוף להפחתה בכל אחד ואחד מהם בשיעור יחס זיהה, כבمعنى "זכוכית מקטנת".

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

ammo שזאת בנתונים המספריים שבענינו של הנאשם דין.

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

לפיכך, **העונש הכללי של הנאשם יועמד על 20 שנות מאסר, שהוא מורכב כדלקמן:**

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

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

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

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

.18. איני מתעלם מ"אי הנוחות" או מ"הצדקה הוויזואלית" למקרא תוצאה עונשית שנמדדת בחודשים, ובמיוחד בימיםבודדים, כאשר מדובר על עונש מאסר רב-שנתי.

שקלתי האם לא ראוי היה "לעגל" את הימים הבודדים לפני מעלה או לפני מטה, לפי העניין, לכל חודשים שלמים, ובלבד שה孰 הכלול יעמוד על העונש המרבי באופן מדויק. ואולם הדבר מוקשה, כיון שאין לו בסיס לעיגון מבחינת עקרוניתה של הגישה היחסית. יתרה מכך, ודאי שלא ניתן היה 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, "הצדקה האסתטית" האמורה צריכה להידחות, לדעתו, מפני הצדקות הרערווניות לשיטת החישוב היחסית. יש להעדיף את קיומם הרצינאלים שביסודה של כלל הגלילוינו, דהיינו לא להתערב בשיקול הדעת השיפוטי ולא לפתח את ההליכים מחדש, תוך שמירת עקרון הסופיות; וזאת מצד מנת ביטוי לתחושת הצדקה, שראוי כי תיקון החוק לקולא יוכל גם עם נאשמים שעונשם נגזר ונעשה חלוט.

כן צריכה "אי הנוחות", הנובעת מהתוצאה שנמדדת בימיםבודדים, להידחות מפני הרצון להגיע לפתרון ולשיטה עקביים, שחלים במידה אפשרי באופן כולל ואחד על כל הסיטואציות האפשריות, ולא קשיים יישומיים.

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

## 20. סיכומו של דבר.

סקרתי את שלוש הגישות השונות ליישומו של כלל הגלילוינו בקשר לקיצור עונש המאסר מכוח תיקון 137 לחוק העונשין בעניהם של נאשמים מסוימים שהורשו ברצח וגזר דין נעשה חלוט.

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

אשר על כן, אם תישמע דעתו, נאמץ את הגישה היחסית; והtopic האופרטיבית תהיה, שעונשו של הנאשם יופחת כאמור בחישוב המפורט לעיל בסעיף 17 לחות דעתך זו.

רמי אמיר, שופט

**השופטת ליאורה ברודן, סג"נ:**

1. עיינתי בחוות דעתם של חברי, השופט פינקלשטיין, האב"ד והשופט רמי אמיר, ולאחר מכן שקלית היבטיה השוניים של הסוגיה שבמחלוקת, אני מצטרפת לחוות דעתו של השופט פינקלשטיין.
2. הסוגיה הטעונה הכרעה היא כיצד לישם את "כלל היגיוניתה", שמשמעותו היא שהשינוי שייערך על ידי בית המשפט ישא אופי מנהלי בלבד, ללא הפעלת שיקול דעת שיפוטי לעניין גזר הדין, ולא פתיחת התקיך מחדש.
3. עקרונית, גם "הגישה היחסית" המוצעת על ידי השופט אמיר, מגשימה ומתיחסבת עם "כלל היגיוניתה". אף על פי כן, סבורה אני כי השיטה המוצעת על ידי השופט פינקלשטיין נותנת ביטוי נכון לכוננות המחוקק.
4. אכן, בגזר הדין המקורי, הטיל בית המשפט הן מאסר בפועל והן מאסר על תנאי. ואולם, על פי סעיף 25(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "**חוק העונשין**") : "**הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כלו 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 - וسر התקופה מוגבל לעונש המרבי הקבוע בחוק לצד העבירה.

.5. להשכפתי, כאשר אינםanno להורות על קיצור תקופת המאסר ל-20 שנה, אין להבחן בין תקופת המאסר בפועל לבין תקופת המאסר על תנאי, שכן לצורך ההכרעה בסוגיה שבפניו דין המאסר על תנאי הוא הדין המאסר בפועל.

.6. אם כך, אין לנאים "זכות קנייה" שקיים תקופת המאסר בעקבות תיקון 137 לחוק העונשין ותבטאת בהכרח ודוקא בהקטנת אחד ממרכיבי המאסר האמורים. כפי שצווין, "כלל הגלויותנה" מבטא את ההשכפה שההחלטה נושאת אופי מנהלי, וכי על תקופת המאסר "להיחתר" עד הגעה לעונש המרבי של 20 שנה. במקרים אחרים: כל תקופה מעבר ל- 20 שנה - בין אם מאסר בפועל ובין אם מאסר על תנאי - תיגרע מסך תקופת המאסר. בעניינו: מכיוון שתוחלת המאסר על תנאי היא לאחר סיום המאסר בפועל, תיגרעו תקופה זו (שנה) וכן ייגרעו שנתיים מאסר בפועל.

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

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

**ליורה 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, שהוא 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

ליורה ברודי,

שופטת  
סג"נ

מנחם פינקלשטיין, שופט  
אב"ד