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

|  |
| --- |
| ע"פ 2149/20 |

|  |  |
| --- | --- |
| לפני: | כבוד השופט נ' הנדל |
|  | כבוד השופט י' עמית |
|  | כבוד השופט ע' גרוסקופף |

|  |  |
| --- | --- |
| המערער: | שלמה מרזן |

|  |  |
| --- | --- |
|  | נ ג ד |

|  |  |
| --- | --- |
| המשיבה: | מדינת ישראל |

|  |
| --- |
| ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 11.02.2020 ב[תפ"ח 38996-03-14](http://www.nevo.co.il/case/13066884) [פורסם בנבו] שניתן על ידי כבוד השופטים: מ' פינקלשטיין, ל' ברודי ו-ר' אמיר |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| תאריך הישיבה: | כ"א בשבט התשפ"א | (3.2.2021) |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המערער: | עו"ד אבי כהן |

|  |  |
| --- | --- |
| בשם המשיבה: | עו"ד אבי וסטרמן |

כתבי עת[:](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5505)

[מרים גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992", משפטים, כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 9](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5505)

[אהרן אנקר, "רצח תוך ביצוע עבירה: היחס בין ‏העבירה האחרת לעבירת גרם-המוות", מחקרי משפט, כרך א (תש"ם) 1](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3585)

[מרדכי קרמניצר, ליאת לבנון, "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת ה״ כוונה תחילה״ בעקבות דנ״פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל", הפרקליט, ספר דויד וינר - על משפט פלילי ואתיקה (2009) 547](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3442)

ספרות:

[ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/412)

[יורם רבין](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/412), יניב ואקי **דיני עונשין**

[מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים **הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי**  (התשס"א)](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2063)

חקיקה שאוזכרה:

[חוק העונשין, תשל"ז-1977](http://www.nevo.co.il/law/70301): סע' [1](http://www.nevo.co.il/law/70301/1), [3](http://www.nevo.co.il/law/70301/3), [5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5), [5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.a)(א), [5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b)(ב), [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25), [25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c)(ג), [34](http://www.nevo.co.il/law/70301/34), [34ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/34h), [35](http://www.nevo.co.il/law/70301/35.a)(א), [52](http://www.nevo.co.il/law/70301/52.a)(א), [52](http://www.nevo.co.il/law/70301/52.b.2)(ב)(2), [52](http://www.nevo.co.il/law/70301/52.c)(ג), [300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300), [300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a)(א), [300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a), [300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a)(א), [301](http://www.nevo.co.il/law/70301/301.b)(ב), [301א](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a), [301א](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a.b.2)(ב)(2), [301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b), [(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.2), [(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.3), [301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.a)(א), [301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.b.1)(ב)(1), [301ב.](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.b.2)(ב)(2), [301ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/301c), [304](http://www.nevo.co.il/law/70301/304), [34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka), [355](http://www.nevo.co.il/law/70301/355)

מיני-רציו:

\* בימ"ש דן בשאלה כיצד ראוי להתייחס לרכיבי הענישה השונים בבואו בימ"ש לקצר מעונשו של נאשם, בעקבות הרפורמה בעבירות ההמתה שנעשתה בתיקון 137 לחוק העונשין, ופסק כי בעת קיצור עונש בעקבות חיקוק מקל, יש לקצר תחילה את עונש המאסר המותנה.

\* עונשין – ענישה – תיקון 113

\* עונשין – ענישה – דרכי ענישה: מאסר-על-תנאי

.

ערעור שעניינו השפעת הרפורמה בעבירות ההמתה (תיקון 137 לחוק העונשין), על קביעת מועד מתוקן לשחרור ממאסר. בעקבות התיקון מערכת המשפט התמודדה עם הצורך להתאים את ענישתם של נאשמים שהואשמו בגין מעבר על אחת מעבירות ההמתה כפי שהוסדרו תחת רף הענישה שהיה קבוע בגרסה הישנה של חוק העונשין, לרף הענישה המעודכן שנקבע בתיקון. הסוגיה נוגעת גם להתאמת רף הענישה בעבירות ההמתה ולשאלת קיומה של חובה להחיל חיקוק פלילי מקל למפרע במצב בו נגזר על נאשם עונש מאסר "משולב". קרי, עונש הכולל מאסר בפועל וגם מאסר על תנאי. נסיבותיו הייחודיות של המקרה דורשות הכרעה בשאלה כיצד ראוי להתייחס לרכיבי הענישה השונים בבואו בימ"ש לקצר מעונשו של נאשם בעקבות התיקון. המערער הורשע בעבירת רצח לפי סעיף 300א(א) לחוק העונשין לפני תיקון 137 והושתו עליו 22 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר על תנאי. נוכח התיקון בימ"ש המחוזי קבע כי על המערער יוטלו 20 שנות מאסר בפועל, כך שהופחתו 3 שנות מאסר מעונשו, מתוכן שנה אחת מאסר על תנאי. מכאן הערעור.

.

בית המשפט העליון (מפי השופט הנדל ובהסכמת השופטים עמית וגרוסקופף) דחה את הערעור ופסק כי:

טרם הכרעה השופט הנדל עמד על מלאכת הפרשנות, על הרפורמה בעבירות ההמתה והוראות המעבר; על ייחודה של עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת; על מהותו של כלל הפרשנות המקלה בפלילים; על הפרשנות התכליתית; על הדומה והשונה בין עונש המאסר בפועל ובין עונש המאסר המותנה; על השלכותיה המעשיות של פרשנות סעיף 25(ג) לתיקון 137 (הוראת המעבר) ועל שלוש הגישות שהוצגו בפסק הדין קמא בעניין זה. השופט הנדל קבע כי כל גישה עוברת את המבחן הלשוני אך מתקשה אל מול מבחן התכלית, ועל יסוד בחינת תכליות החיקוקים הרלוונטיים ושיקולים מעשיים, הציע גישה פרשנית אחרת, כאשר לדעתו יש לשים דגש דווקא על עונש המאסר בפועל. עונש זה הוא לב גזר הדין בתיקים הנוגעים לעבירות המתה לפי סעיף 300א לחוק העונשין הישן. לדעתו, מתן עדיפות לשמירה על עונש המאסר המותנה, איננה משתלבת עם כוחו היחסי של רכיב זה בענישה, לעומת עונש המאסר בפועל.

השופט הנדל ציין כי מעבר לאפשרות להביא לתוצאה שאיננה צודקת במקרה שבו קיצורי עונש יתרכזו בקיצור עונש המאסר המותנה, נכון הוא כי המיקוד יהא על עונש המאסר בפועל. דהיינו, חשיבותו של התיקון נעוצה בכך שנאשם לא ירצה בגין עבירה זו מעל ל-20 שנות מאסר בפועל. לדעת השופט הנדל הגישה הראויה עבור כל סוגי המצבים היא "עונש מאסר מותנה תחילה". הווה אומר, היה ועונש המאסר שנפסק בעבירה לפי סעיף 300א לדין הישן עולה על 20 שנות מאסר, תחילה יש להוריד את עונש המאסר המותנה. תוצאה זו איננה קשורה לנימוק הכרונולוגי של מועד ביצוע העונשים. אלא, היא מתייחסת למרכזיות כל אחד מרכיבי המאסר בשקלול הכולל של הדברים. החריג לכך, הוא מצב בו יוטל תחילה עונש מאסר מותנה ולאחר מכן עונש מאסר בפועל. בעבירת הרצח, עניין זה למעשה תיאורטי. אולם בכל מקרה, חשוב לעמוד על ההנמקה הראויה לפתרון הסוגיה.

לדעת השופט הנדל גישה זו מתאימה לכלל הגיליוטינה או כלל שיקול הדעת הצר, קלה ליישום ולא עולה ממנה מורכבות. במסגרתה, מבוקשת אך הידרשות מינהלית לקציבת מועד עונש מתוקן, ללא הפעלת שיקול דעת ופתיחת הליכים מחדש. כלל הכרעה זה משחרר את בתי המשפט מן הצורך לערוך תחשיבים מורכבים המביאים לתוצאות לא סבירות, תוך יצירת הבחנות דקות שלא בהכרח תואמת את הכוונה העומדת מאחורי גזר הדין המקורי. מנימוקים אלה, הגישה לפיה יקוצר עונש המאסר המותנה תחילה, היא גם זו התואמת בצורה המיטבית את כלל הגיליוטינה, לצד התאמתה ללשון החוק, ולתכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית של דברי החקיקה. לסיכום, בעת קיצור עונש בעקבות חיקוק מקל, יש לקצר תחילה את עונש המאסר המותנה. לפיכך, קיצור עונשו של המערער יעשה כהוראת בימ"ש המחוזי ויעמוד על 20 שנות מאסר בפועל, אם כי מנימוקים אחרים, שעשויים להשפיע על מקרים אחרים.

השופט גרוסקופף ציין כי למערער נפסק עונש מאסר של 23 שנים, מהן 22 שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי, לפי הדין שנהג בשעתו. הדין החדש מגביל את עונש המאסר המקסימלי שניתן להטיל בגין ההרשעה בעבירת המתה בנסיבות בהן עסקינן, ומעמידו על 20 שנות מאסר. הוראת המעבר שנקבעה בתיקון 137 מצווה להחיל מגבלה זו גם על עניינו של המערער, למרות שגזר דינו הינו חלוט. לפיכך יש למזוג את העונש שנגזר על המערער לתוך המסגרת המצמצמת החדשה שקבע המחוקק. כיצד למזוג עונש של 22 שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי, לתוך מסגרת ענישה מצמצמת היכולה להכיל רק 20 שנות מאסר בסך הכל? על בסיס שני כללים: יש למזוג למסגרת המצמצמת את אשר כבר ריצה המערער, שכן את הנעשה לא ניתן להשיב; מבין העונשים שטרם רוצו, יש למזוג תחילה את העונש המרכזי שגזר בימ"ש בשעתו על המערער, דהיינו את עונש המאסר בפועל, ורק ככל שנותר מקום במסגרת המצמצמת, למזוג את עונש המאסר על תנאי.

|  |
| --- |
| פסק-דין |

השופט נ' הנדל:

ערעור זה עניינו השפעת הרפורמה בעבירות ההמתה ([חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019 (להלן: **התיקון**)), על קביעת מועד מתוקן לשחרור ממאסר. הערעור נסוב על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (כב' השופטים **מ' פינקלשטיין** (אב"ד)**, ל' ברודי** (סג"נ)ו-**ר' אמיר**) ב[תפ"ח 38996-03-14](http://www.nevo.co.il/case/13066884), [פורסם בנבו] מתאריך 11.2.2020.

1. בעקבות התיקון, אשר נכנס לתוקף ביום 10.7.2019, מערכת המשפט התמודדה עם הצורך להתאים את ענישתם של נאשמים שהואשמו בגין מעבר על אחת מעבירות ההמתה כפי שהוסדרו תחת רף הענישה שהיה קבוע בגרסה הישנה של [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), התשל"ז-1977, לרף הענישה המעודכן שנקבע בתיקון (ראו למשל, בבית משפט זה, את הדיונים ב[ע"פ 3568/20](http://www.nevo.co.il/case/26728216) **עשור נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.1.2021) (להלן: עניין **עשור**); [ע"פ 1130/19](http://www.nevo.co.il/case/25441697)‏ **שוא נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (‏27.12.2020); [ע"פ 2928/20](http://www.nevo.co.il/case/26652207)‏ **ביטון נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (‏24.11.2020) (להלן: עניין **ביטון**)), וכן פרשות העוסקות בסוגיות קרובות אשר נידונו בערכאות הדיוניות, כמו [תפ"ח (ת"א) 35652-04-18](http://www.nevo.co.il/case/23877203)‏‏ **מדינת ישראל נ'** **חורחה מריו** [פורסם בנבו] (15.9.2020); [ת"פ (ב"ש) 4781-05-18](http://www.nevo.co.il/case/24147174) **מדינת ישראל נ' מירזייב** [פורסם בנבו] (10.9.2020); [תפ"ח (חי') 37706-12-17](http://www.nevo.co.il/case/23420882)‏ **מדינת ישראל נ' טאהא** [פורסם בנבו] (15.7.2020)).

הסוגיה אשר עמדה במוקד הדיון בפני בית המשפט המחוזי, וניצבת כעת לפנינו, נוגעת גם היא להתאמתו של רף הענישה בעבירות ההמתה ולשאלת קיומה של חובה להחיל חיקוק פלילי מקל למפרע במצב בו נגזר על נאשם עונש מאסר "משולב". קרי, עונש הכולל מאסר בפועל וגם מאסר על תנאי. באופן ספציפי, נסיבותיו הייחודיות של המקרה דורשות הכרעה בשאלה כיצד ראוי להתייחס לרכיבי הענישה השונים בבואנו לקצר מעונשו של נאשם בעקבות התיקון. לפירוט הדברים נפנה עתה.

**עובדות המקרה**

1. בתאריך 26.2.2014 או סמוך לכך, המערער דקר למוות את המנוח בפיצוציה שהייתה בבעלותו. זאת, מספר חודשים לאחר שהתגלעה ביניהם קטטה אלימה, אשר במהלכה נדקר המערער. יצוין כי המערער אובחן כמי שסובל ממחלת נפש בשנת 2005, וכן כי כנגדו עמדו תשעה אישומים פליליים עובר למקרה המתואר לעיל. שבעה מההליכים הנזכרים הופסקו מפאת מחלתו הנפשית. עם זאת, חוות הדעת הפסיכיאטריות העדכניות שהוגשו בעניינו בהליך דנן, קבעו כי הוא כשיר לעמוד לדין פלילי בגין העבירה שביצע. בעקבות זאת, הוא הורשע על פי הודייתו במסגרת הסדר טיעון בעבירת רצח לפי [סעיף 300א(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). בגזר הדין מיום 23.7.2015 הטיל עליו בית המשפט המחוזי ([תפ"ח (מחוזי מר') 38996-03-14](http://www.nevo.co.il/case/13066884) **מדינת ישראל נ' מרזן**, [פורסם בנבו] כב' השופטים **מ' פינקלשטיין** (אב"ד), **ל' ברודי**, ו-**ר' אמיר**) עונש מאסר של 23 שנים. מתוכן, 22 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר על תנאי, אשר תכנס לתוקף רק במקרה שבו הנאשם יעבור עבירת אלימות מסוג פשע תוך שלוש שנים מיום שחרורו.

**פסק הדין מושא הערעור**

1. ביולי 2019 הגיש המערער בקשה לבית המשפט המחוזי לקביעת מועד מתוקן ומוקדם יותר לשחרורו ממאסר, בהתבסס על הוראת המעבר הקבועה [בסעיף 25(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c) לתיקון [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (להלן: **הוראת המעבר**). במסגרת הבקשה, טען כי בשל שינוי סעיף הרשעתו [לסעיף 301א(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a.b.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) נוכח האמור בהוראת המעבר, עונשו, שהועמד על 22 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר מותנה אחת, צריך שיופחת ל-20 שנות מאסר. בקליפת האגוז, הוראת המעבר קובעת כי העונש שניתן לגזור על נאשם שהורשע בפסק דין חלוט [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק עובר לתיקון, כמו בענייננו, לא יכול שיעלה על 15 או 20 שנות מאסר (בהתאם לחלופת סעיף העבירה). סעיף העבירה הרלוונטי בו הורשע המערער מאפשר להשית עליו לכל היותר 20 שנות מאסר.

המדינה לא התנגדה לטענה כי נוכח תיקון החוק יש לקצר את עונשו. גדר המחלוקת בין המדינה להגנה אפוא סבה כולה על המקום שראוי ליתן לרכיב עונש המאסר על תנאי בקיצור עונשו של המערער. בעוד שלעמדת המדינה על בית המשפט להטיל עליו 20 שנות מאסר בפועל (ולמעשה להפחית מעונשו שתי שנות מאסר בפועל ושנת מאסר על תנאי), ההגנה עמדה על כך שעל המערער לשאת בעונש של 20 שנות מאסר, מתוכן 19 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר אחת על תנאי. לאמור, להפחית מעונשו שלוש שנות מאסר בפועל ולהתיר על כנה שנת מאסר אחת על תנאי.

בפסק דינו של בית המשפט המחוזי הוצגו שלוש אפשרויות פרשניות שונות ביחס לשאלה הנזכרת. **הראשונה**, היא הפרשנות המחמירה יותר עם המערער, אשר זכתה בחוות הדעת של שופטי ההרכב לכינוי "האפשרות הכרונולוגית" או "הליניארית". לפיה, בבואנו לקצר מעונשו של נאשם עקב חיקוק מקל, צריך שיושם דגש על סדר ביצוע העונשים שהוטלו על המערער לפי מועד ביצועם הכרונולוגי. במקרה דנן, משום שהעונש הראשון בזמן שהוטל על המערער לרצות הוא עונש המאסר בפועל, מרגע שהתמלאה המכסה המרבית המותרת של 20 שנות המאסר כפי שנקבע בחיקוק המקל, על בית המשפט לקצר מן העונש המקורי את העונש שנותר למערער לרצות מאוחר לכך. תוצאת הפעלת פרשנות זו בענייננו, בה תמך כב' השופט פינקלשטיין, זהה להצעת המדינה; על פיה, יש לגזור על הנאשם 20 שנות מאסר בפועל תוך מחיקת שלוש שנות מאסר מעונשו, ובתוכן שנת המאסר המותנה.

הפרשנות **השנייה** שניתן להלביש על מצב הדברים היא הפרשנות "המקלה" או "המהותית" כפי שכונתה בפסק הדין, אשר הציעה ההגנה. זו גורסת כי לאור [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), אשר מורה כי במצב שבו קיימות מספר פרשנויות סבירות לחוק לפי תכליתו יש לבכר את זו המטיבה עם הנאשם, יש לקצץ רק מעונש המאסר בפועל שהוטל על המערער. זאת, תוך התמקדות במהות העונש ולא במועד שנקבע לריצויו. לשיטת ההגנה, משום שעל בית המשפט לקצץ דווקא ברכיב העונש המחמיר ביותר, עליו להפחית רק מעונש המאסר בפועל. תחת הגישה האמורה, עונש המאסר המותנה של המערער צריך לעמוד על כנו, בשעה שההפחתה מן העונש המקורי צריך שתעשה **רק** ביחס לעונש המאסר בפועל. דהיינו: על הנאשם יושתו 20 שנות מאסר, מתוכן 19 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר אחת על תנאי.

הפרשנות **השלישית** שהועלתה בפסק הדין של בית המשפט המחוזי בהתייחס לשאלת החלוקה הראויה בין רכיבי העונש בבואנו לקצרו היא הפרשנות "היחסית", בה צידד כב' השופט אמיר בדעת מיעוט. לפי שיטה זו, ההחלטה בעניין קיצור עונשו של נאשם בשל חיקוק מקל צריכה להתחשב ברכיבים השונים של העונש המקורי שהושת עליו, ובאיזונים הפנימיים ביניהם. התחשבות זו תתבטא בכך שההפחתה בעונש תיעשה ביחס לכל אחד מרכיביו, בהתאם לפער בין העונש המרבי שניתן להשית בגין העבירה לאחר התיקון ובין העונש שנגזר על הנאשם לרצות בגינה עובר לו. התוצאה התחשיבית אליה הגיע השופט אמיר הביאה אותו לידי מסקנה כי יש להשית על המערער עונש מאסר בפועל של 19 שנים, חודש אחד ו-17 ימים, כשבזמן הנותר עד להגעה למכסת העונש המרבי הנוכחית, העומדת על 20 שנים, ירצה המערער את עונש המאסר המותנה. לשיטתו, היתרון בגישה זו נעוץ בכך שהיא מצליחה למנוע התערבות בשיקול הדעת העונשי באופן המיטבי, חרף "צרימתה הוויזואלית". זאת בניגוד לגישה הכרונולוגית, אשר לדידו עצם התעלמותה מרכיבי העונש השונים מגלה התערבות בשיקול הדעת השיפוטי, משום שבכך היא מפרה את האיזון בין רכיבי העונש ותכליותיו השונות ומסכלת את הרציונל העומד בבסיס "כלל הגיליוטינה" המקובל בשיטתנו. כלל זה מורה כי על בית המשפט הבא לקצר מעונשו של נאשם עקב חיקוק מקל להפעיל אך שיקול דעת טכני ומנהלי, ותו לא. עוד צוין כי הגישה המהותית שהציגה ההגנה גם כן לוקה ביישום הכלל האמור, משום שבשל נכונותה להתערב אך ורק ברכיב העונשי שהכי פחות נושא חן בעיניה בשל קשיותו, מתעלמת גם היא מן האיזונים העונשיים העומדים בבסיס גזר הדין המקורי.

1. כב' השופטת ברודי הצטרפה לחוות דעתו של השופט פינקלשטיין, וקבעה כי יש לראות בתקופת המאסר בפועל ובתקופת המאסר המותנה חלק ממקשה אחת, ואין להבחין ביניהן. אשר על כן, מפני שעונש המאסר על תנאי נועד לחול בתום ריצוי המאסר בפועל, יש לגרוע את העונש "העודף" בחלוף 20 השנים, כמצוות החוק. לשיטתה, גישה זו פשוטה יותר מהגישה אותה הציע השופט אמיר, ועולה בקנה אחד עם כלל הגיליוטינה.

אם כן, הכרעת פסק הדין של בית המשפט המחוזי הייתה כי על המערער יוטלו 20 שנות מאסר בפועל, כך שהופחתו 3 שנות מאסר מעונשו, מתוכן שנה אחת של עונש מאסר על תנאי.

**טענות הצדדים בערעור**

1. ערעור הסניגוריה הציבורית על פסק דינו של בית המשפט המחוזי מושתת על שתי טענות עיקריות. הראשונה היא כי בית המשפט פעל בניגוד לכלל הגיליוטינה, הקובע כי אין להידרש להפעלת שיקול דעת שיפוטי בהפחתת ענישה עקב חיקוק מקל. לעמדתה, התעלמות בית המשפט המחוזי מעונש המאסר על תנאי אשר הושת על המערער, שהוא רכיב ענישה שונה ונבדל, עולה כדי התערבות מהותית בגזר הדין המקורי, המפרה את האיזון בין רכיבי העונש שנגזר עליו.

הטענה השנייה עליה ביססה הסניגוריה הציבורית את הערעור היא כי לפי פרשנות [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), כאשר אין פירוש אחד המתיישב עם לשון החוק, על בית המשפט להעדיף את הפירוש אשר מקל עם המערער. במקרה דנן, הפרשנות המקלה יותר היא זו אשר לפיה ניתן לגזור על המערער 19 שנות מאסר בפועל לצד שנת מאסר מותנית. לחלופין, הסניגוריה הציבורית טוענת כי יש לאמץ את גישתו של שופט דעת המיעוט בבית המשפט המחוזי, המורה על ביטול חלק יחסי מכל אחד מרכיבי עונש המאסר שנפסקו, בהתאם ליחס בין העונש שנגזר על הנאשם קודם לתיקון ובין העונש המרבי שניתן להשית עליו לאחריו.

התביעה, מנגד, סמכה ידה על פסיקת דעת הרוב של בית המשפט המחוזי. היא שבה והדגישה כי יש ליתן דגש דווקא לרצף הכרונולוגי של עונש המאסר שהושת על המערער, ולשים לו סוף בדיוק במועד בו, על פי דין, כבר לא ניתן לחרוג ממנו לחומרא. בענייננו – 20 שנים. לפי גישה זו אפוא, עונש המאסר על תנאי, אשר אמור היה לחול בחלוף 22 שנות מאסר בפועל, בטל כולו. עוד הודגש על ידי התביעה כי יש לשים לב לכך שלפרשנות בית המשפט בנוגע לשאלה שבפניו נודעות השלכות רחבות, הן ביחס לרפורמת עבירות ההמתה ולבקשות הפחתת העונש שהגיעו ויגיעו בעקבותיה, הן ביחס לפרשנות [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) אליו מפנה הוראת המעבר הנידונה, אשר חל על כלל העבירות בספר החוקים וצפוי לעורר אתגרים משפטיים גם בעתיד.

**דיון והכרעה**

1. ההכרעה בענייננו אינה פשוטה, ומהווה מלאכה מאתגרת. זאת משום שניתן להגיע באופן מובהק ליותר מתוצאה אחת. תעדנה על כך שלוש האפשרויות שהוצגו בפנינו. עמדת דעת הרוב בהליך קמא, בה תומכת המדינה; עמדת הסניגוריה הציבורית, ועמדת דעת המיעוט בהליך קמא. כל אחת מאותן העמדות מביאה לתוצאות שונות – ריצוי 20 שנות מאסר בפועל; ריצוי 19 שנות מאסר בפועל, או ריצוי 19 שנים, חודש אחד ו-17 ימי מאסר בפועל, בהתאמה. זאת, הגם שהתיק, על עובדותיו, איננו מורכב.

הסיבה למגוון האפשרויות נטועה בכך שהכלים הרגילים להכרעה אינם בנמצא. לשון החוק איננה חד-משמעית ואף שותקת, ותכליתו רבת פנים. כך, ביחס לתיבה: "עד 20 שנות מאסר" המצויה [בסעיף 301(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) – כאשר המונח "מאסר" כולל גם מאסר מותנה וגם מאסר בפועל. לא מדובר אפוא בפרשנות של הוראת חוק קיימת, אלא נדרשים אנו למלא חסר חקיקתי, אשר לגביו המחוקק לא הביע דעתו.

במקרים מעין אלה, נהוג, בין היתר, להסתייע באינטואיציה, או ביתר דיוק – באינטואיציה השיפוטית. ההסתייעות בכלי זה, צועדת יד ביד בזהירות בשימוש בכלי האמור. האינטואיציה היא כלי ראשון במעלה, אך על ההסתייעות בה להיעשות בתור נקודת התחלה. אם בהכרעה שלפנינו נעצור בנקודה זו, דומה כי התוצאה אליה נגיע עלולה להיות פחות מדויקת. גם אם האינטואיציה נוטה לכיוון מסוים, עלינו להמשיך בחקירתנו ולתור אחר נימוקים רציונליים. בהעדר הוראת חוק ברורה, נכון להידרש לכלים נוספים המצויים בארגז הכלים השיפוטי, החורגים ממבחני הלשון והתכלית – אף שיש להם מקום. בין אלו מצויים ניסויים מחשבתיים ושיקולים מעשיים. לא אסתיר כי במקרה דנן, האינטואיציה, לפחות שלי, פועלת לכיוונים שונים. יש טעם בעמדת הסניגוריה כי היא מביאה לתוצאה המקלה עם הנאשם. יש משיכה גם לדעת המיעוט שהוצגה בערכאה הדיונית, בשל ניסיונה לדייק עד כמה שיותר; אף יש משיכה לדעת הרוב ועמדת המדינה, נוכח שימת הדגש על רכיב המאסר בפועל – שזה העיקר בתוצאה.

הסוגיה שיש להחליט בה רבת רבדים. על כן, חשוב למפות את טיעוננו. להלן יוצג סדר הנושאים שיידונו: (א) מלאכת הפרשנות; (ב) רפורמת עבירות ההמתה והוראות המעבר; (ג) ייחודה של עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת; (ד)מהותו של כלל הפרשנות המקלה בפלילים; (ה) הפרשנות התכליתית; (ו) הדומה והשונה בין עונש המאסר בפועל ובין עונש המאסר המותנה; (ז) השלכותיה המעשיות של פרשנות [סעיף 25(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c) לתיקון; (ח) בחינת שלוש הגישות שהוצגו נוכח תכלית החוק; (ט) הכרעה.

נתייחס לתתי-הפרקים לפי סדרם.

1. **מלאכת הפרשנות**
2. מלאכת פרשנותו של חוק כוללת שני שלבים: הלשון והתכלית. נקודת המוצא או התחנה הראשונה בה נתחיל, כאמור, היא לשון החוק. לכן, לשונה של הוראת המעבר המעוגנת [בסעיף 25(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c) לתיקון הניצבת במרכז דיוננו, תעמוד לבחינה תחילה.

ההוראה מורה על החלת דין מקל למפרע בנוגע למי שהורשע [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) בגרסתו הקודמת. היא קובעת כי כאשר פסק הדין בעניין נאשם שכזה הפך לחלוט: "יראו אותו כמי שהורשע בעבירה לפי [סעיף 301ב(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.a) או [(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.2) או [(3)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.3) לחוק העיקרי... ועונשו המרבי יהיה העונש שנקבע באותו סעיף". דומה כי משמעותה ההגיונית והטבעית של לשון [סעיף 301(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301.b) המתוקן אליו ההוראה מפנה, הקובעת עונש של "עד 20 שנות מאסר", יכולה להכיל את הפרשנות המחמירה שהציעה התביעה, קרי, ריצוי 20 שנות מאסר בפועל; את הפרשנות המקלה שמציעה ההגנה, המורה על השתת 19 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר מותנה אחת, וכן את הפרשנות שהוצעה בדעת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. זאת מחמת התייחסותו הזהה של המחוקק אל שני סוגי העונש – מאסר מותנה ומאסר בפועל – בתור עונש מאסר, כפי שיובהר בהמשך. מפני שעונשי המאסר השונים מכונים שניהם "עונש מאסר" ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), עולה כי הבחינה הלשונית פתוחה ליותר מפרשנות לשונית אחת וכי אחת לא בהכרח עדיפה לשונית ביחס לשנייה. לכן, נכון לבחון את מידת הגשמתן של שלוש הפרשנויות המוצעות את תכלית החוק.

קודם שנדון בשאלה אילו מהפרשנויות המוצעות מגשימות את תכלית החקיקה, ובאיזו מידה, נציג את הרקע ההיסטורי לתיקון [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ולהוראות המעבר שנקבעו בו.

1. **הרפורמה בעבירות ההמתה והוראות המעבר**
2. בתמצית, הרפורמה בעבירות ההמתה נחקקה בחלוף שנים ארוכות בהן הושמעו קריאות בפסיקה ובספרות המשפטית על אודות הצורך לתקן את עבירות גרימת המוות בדין הישראלי (ראו למשל: מרדכי קרמניצר וחאלד [גנאים הרפורמה בעבירות ההמתה (2019](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2063)**) לאור עקרונות היסוד של המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי** 206-204 (2020) והאסמכתאות שם (להלן: **קרמניצר וגנאים**); אהרן [אנקר "רצח תוך ביצוע עבירה:](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3585)  היחס בין העבירה האחרת לעבירת גרם-המוות" **מחקרי משפט** כרך א 1 (התש"ם); ראו גם [ע"פ 5686/07](http://www.nevo.co.il/case/5696849) **בסטיקאר נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 17 (17.2.2011)). בשנת 2007 מונה צוות לבחינת עבירות ההמתה ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) בידי פרופ' דניאל פרידמן, ששימש באותה תקופה שר משפטים. על בסיס המלצות הצוות, נחקק תיקון מס' 137 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). מדברי ההסבר להצעת החוק עולה כי במוקד הביקורת על עבירות גרימת המוות קודם לתיקון עמדה הטענה לפיה היקף תחולת עבירת הרצח רחב מדי, ובשל כך החוק סובל מהעדר הלימה בין חומרת מעשיהם של נאשמים ובין חומרת העבירות בהן הורשעו (דברי הסבר להצעת [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו-2015, ה"ח הממשלה 166, 166 (להלן: **דברי ההסבר**)). הרפורמה נועדה, בין היתר, ליצור מדרג נורמטיבי רחב יותר של עבירות המתה, המאפשר להבחין בין רמות החומרה השונות שכל אחת מהן מגלה תוך קביעת רף ענישה הולם בצמוד להן. לתחולת השינויים בדין שיצרה הרפורמה על חשודים ונאשמים – נידרש כעת.
3. המחוקק לא הסתפק אך ביצירת שינוי בעבירות ההמתה – תוך ביטולן של חלק והוספתן של אחרות. נוסף על כך, קבע תחת [סעיף 25](http://www.nevo.co.il/law/70301/25) לתיקון, שכותרתו: "תחילה, תחולה והוראות מעבר", הוראות מעבר ייחודיות עבור העבירות בהן מטפל התיקון. זאת, למרות שלכאורה יכול היה להסתפק בהוראות התחולה הכלליות ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). החלופה הרלוונטית של הוראת המעבר לענייננו-אנו, מנויה [בסעיף 25(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c) לתיקון [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), הקובע כי:

על עבירה שבוצעה לפני יום התחילה וניתן פסק דין חלוט בעניינה, יחול הדין הישן; ואולם לעניין מי שהורשע בעבירה לפי סעיף 300א לחוק העיקרי כנוסחו ערב יום התחילה, יראו אותו כמי שהורשע בעבירה לפי סעיף 301ב(א) או (ב)(2) או (3) לחוק העיקרי כנוסחו בחוק זה, ועונשו המרבי יהיה העונש שנקבע באותו סעיף, לפי העניין, כאמור בסעיף 5(ב) לחוק העיקרי.

לשון הוראת המעבר מורה אפוא שככלל, על פסק דין חלוט שניתן בגין עבירה שבוצעה לפני הרפורמה בעבירות ההמתה יחול הדין שעמד בתוקף בשעת ביצוע העבירה, זולת לחריגים שנקבעו בסיפא של [סעיף 25(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c) לתיקון. עם חריגים אלו, בין היתר, נמנית ההרשעה באחת משלוש החלופות המנויות [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) בגרסתו הישנה, בה הורשע המערער, הקובע כי:

על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34ח –

(1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או

(2) להימנע מעשיית המעשה.

הרשעה בסעיף זה הותירה את שיקול הדעת בעניין ענישת נאשם לשופטים היושבים בדין, אשר יכלו להטיל בגין אותה הרשעה עונש מאסר נמוך מעונש מאסר העולם. שיקול הדעת הרחב שעלה מלשון הסעיף, הדגיש כי מדובר בסמכות שברשות ("**ניתן** להטיל עונש קל מהקבוע בו" (ההדגשה אינה במקור) (ראו [ע"פ 2457/98](http://www.nevo.co.il/case/5834975) **שמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 289, 298-297 (2002); [ע"פ 7853/05](http://www.nevo.co.il/case/6114657) **רחמיאן נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 8 (27.11.2006) (להלן: עניין **רחמיאן**)). מכאן שבמועד גזירת דינו של הנאשם העונש המרבי שניתן היה להשית על המערער, כאמור ברישא של [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), הוא עונש מאסר עולם; אם כי ניתן היה להתחשב במצבו האישי בהתבסס על הסעיף שבו הורשע ולדון אותו לעונש קל מזה – כמות שאכן היה. דין זה שונה עם כניסתה לתוקף של הרפורמה בעבירות ההמתה.

לפי הוראת המעבר, מי שהורשע [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) ייחשב, עם כניסתה של הרפורמה לתוקף, כמי שהורשע בעבירה לפי [סעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) לחוק המעודכן. לקביעה זו שתי השלכות מרכזיות. **הראשונה** היא הצהרתית, ונוגעת לתיוג המעשה; **השנייה** היא גם מעשית, ועוסקת בעונש שניתן להשית על מי שהורשע תחת הסעיף קודם לרפורמה.

ההשלכה הראשונה של הוראת המעבר נוגעת לכך שבעוד שההרשעה [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) קודם לתיקון הייתה בעבירת הרצח, ההרשעה [בסעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) שבא במקומו היא הרשעה בעבירת "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת". הבחירה להגדיר את עבירות ההמתה שהסעיף כולל דווקא בצורה זו, לעומת הגדרתן בתור עבירות רצח שעשויות להצדיק מתן "עונש מופחת", מלמדת על התחזקותו של עקרון האשמה בדין הפלילי הישראלי. כפי שעולה מדברי ההסבר לחוק, ההנחה העומדת בבסיס שינוי זה היא כי לא ראוי שנאשמים שהורשעו תחת [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) יהיו מתויגים בתור רוצחים, העשויים לזכות להקלה בעונשם נוכח נסיבות ביצוע ההמתה בה הואשמו – בתור סמכות שברשות. זאת, משום שכלל לא ראוי להטיל עליהם את אות הקלון של עבירת הרצח לכתחילה, שעה שמעשיהם לא עומדים בתנאי הסף הנדרשים להגדרת עבירת הרצח, שאמורה לכלול רק את המקרים החמורים ביותר של לקיחת חיי אדם (**דברי ההסבר,** בעמ' 174; **קרמניצר וגינאם**, בעמ' 339; [ע"פ 1828/14](http://www.nevo.co.il/case/13041923) **דאהן נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 10 לפסק דינו של המשנה לנשיאה **ח' מלצר** (27.6.2019); ראו התייחסות לסוגיות התיוג גם בפרוטוקול ישיבה מס' 752 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, עמ' 15, 32, 40 (31.12.2018) (להלן: **פרוטוקול ישיבה מס' 752**)).

להשלכתה השנייה של הוראת המעבר נודעת נפקות מעשית, משום שהיא קובעת כי העונש שניתן לגזור על נאשם שהורשע בפסק דין חלוט [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק עובר לתיקון, לא יעלה על 15 או 20 שנות מאסר (בהתאם לחלופת סעיף העבירה). בכך יש מן החידוש. ישנן שלוש חלופות [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) אשר הוכחת התקיימותן עשויה להוביל למתן עונש מופחת. קודם לרפורמה, לא נערכה הבחנה ביחס לחומרה העולה מכל אחת מחלופות אלה והעונש הקבוע לצדן. לאחר הרפורמה, המחוקק הבחין בין הנסיבה של גרימת מוות עקב מצוקה נפשית קשה הנובעת מהתעללות חמורה של המנוח בנאשם או בבן משפחתו, עליה ניתן לגזור עד כ-15 שנות מאסר ([סעיף 301ב(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)), ובין יתר נסיבות הסעיף, שבשלן ניתן להשית עד 20 שנות מאסר. להשלמת התמונה, יוער גם כי לסעיף שנוגע לעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת נוספה עוד נסיבה לאלה שנמנו תחת הסעיף של "עונש מופחת" לפי הדין הישן, הנוגעת במעשה המתה בתכוף להתגרות. זאת, בזמן שתחת הדין הישן ההתייחסות להיעדר התגרות מצד קורבן ההמתה נעשתה כחלק מבחינת יסודות עבירת הרצח בכוונה תחילה (ראו [סעיף 301ב(ב)(1)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.b.1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) המעודכן והשוו לסעיף 301(א) לדין הישן; ראו גם [מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קינטור בהגדרת ה'כוונה תחילה'](http://www.nevo.co.il/safrut/book/3442)  בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 547, 571-569 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009)).

כך או כך, העונש המרבי שנקבע עבור עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת תחת [סעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) עומד על 15 או 20 שנות מאסר בפועל. זאת בשונה, כאמור, מהאפשרות שעמדה בפני שופטים שהרשיעו נאשם תחת [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) להשית גם עונש חמור מכך, כמו עונש מאסר עולם. אם במסגרת [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק ההקלה בעונש הייתה עניין לשופט להחליט בו, כעת ההקלה בדין עם נאשמים בשל שינוי תקרת העונש המרבי – בגדר חובה היא. כך שינוי הגדרת העבירה זוכה לביטוי אשר הולם את התפישה העומדת בבסיסו, לפיה אחריותם וקלונם של מבצעי עבירות ההמתה בנסיבות הייחודיות הכלולות בסעיף פחותים ביחס למבצעי עבירות הרצח למיניהן. נסכם ונאמר שככלל, הנסיבות המגבשות את החריגים שנידונו לא השתנו, אלא התיוג הנלווה להן והעונש שניתן לגזור בגינן.

1. יודגש כי הוראת המעבר קשורה בטבורה [לסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). בדברי ההסבר להצעת החוק המוקדמת של הרפורמה בעבירות ההמתה, אף נכתב כי:

"לא מוצע לקבוע מנגנון ייחודי של הוראת מעבר לתיקון המוצע, ולפיכך יחולו על פי המוצע ההוראות הכלליות הקבועות בסעיף 5 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) לעניין שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה" (דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 119) (עבירות המתה), התשע״ד-2014, ה"ח 862, 863).

בניגוד להצעה זו, לבסוף נחקקה, כאמור, הוראת מעבר ספציפית עבור התיקון. בד בבד, הוראת המעבר בתיקון מפנה [לסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) במישרין. הסעיף, המצוי תחת 'החלק המקדמי' של החוק העיקרי, עוסק בתחולה למפרע של חקיקה מקלה, ומורה כדלקמן:

הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו – יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

לשאלת אופן יישומה של ההוראה המעוגנת [בסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק, הנוגעת להחלתו של חיקוק מקל למפרע, בתי המשפט נדרשו גם קודם לרפורמה בעבירות ההמתה. ההלכה המנחה והעיקרית בעניינה ניתנה בפרשת **רחמיאן**, בה נקבע כי ההוראה לא נועדה לאפשר פתיחה מחדש של הליך משפטי שכבר נחתם וננעל, תוך הפעלת שיקול דעת שיפוטי. נקבע כי במצבים בהם ההוראה חלה, על בית המשפט לבחון את העונש שהושת על הנאשם קודם לחיקוק המקל, ולהפחיתו לעונש המרבי שניתן להשית עליו בגין אותה העבירה כיום. זאת מבלי לפתוח מחדש את ההליך הפלילי ולבחון את נסיבותיו (ראו שם, פסקאות 10-9; עניין **עשור**, פסקה 12). לימים, הלכה זו זכתה לכינוי "כלל הגיליוטינה" בהתבסס על השוואתו של פרופ' פלר את הפעולה האדמיניסטרטיבית של קיצור העונש בעקבות חיקוק מקל לשימוש בגיליוטינה במהלך דיון בוועדת המשנה ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (דיון בהצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 מיום 17.11.1992, בעמ' 29). לדעתי, הטעם הטוב מכתיב שם אחר בשביל הכלל, חלף ל"כלל הגיליוטינה". הייתי מציע כי זה יכונה "כלל שיקול הדעת הצר".

1. הנה כי כן, כלל הגיליוטינה, או כלל שיקול הדעת הצר, נועד לשמש בתור כלי מנהלי פשוט ויעיל, אשר מייתר את הצורך בהפעלת שיקול דעת שיפוטי כל אימת שנחקק חיקוק המקל עם גזר דינו של נאשם מסוים. הכלל מונע מצב בו בית המשפט נאלץ לנהל הליכי בחינה חוזרים של פסקי דין חלוטים תוך הידרשות לשיקולי הענישה השונים. בכך, הוא מאזן בין עיקרון סופיות הדיון, יציבות המשפט, זכויות המתדיינים ויעילות המערכת המשפטית, ובין שיקולי צדק. בראשם, מניעת אפליה לרעה של עבריינים אשר הושת עליהם עונש חמור יותר מהקבוע בחוק לאחר תיקונו (ראו עניין **עשור**; עניין **ביטון;** [בג"ץ 5293/19](http://www.nevo.co.il/case/25940140) **סלומון נ' כנסת ישראל** [פורסם בנבו] (19.11.2019); [רע"פ 8273/13](http://www.nevo.co.il/case/10502269) **מדינת ישראל (עיריית תל אביב-יפו) נ' חיימוביץ'** [פורסם בנבו] (‏25.12.2014) (להלן: עניין **חיימוביץ'**[); ע"פ 4002/01](http://www.nevo.co.il/case/5689213)‏ **קורקין נ' מדינת ישראל**, פ''ד נו(4) 250 (2002)). הוטעם בפסיקה כי היות וחיקוק מקל לא משנה את הנורמה האוסרת מן היסוד או מקעקע את חשיבות ההגנה על הערך החברתי המוגן העומד בבסיסה, אלא רק משקף תמורה חלקית בתפישתה החברתית לגביה, אין הצדקה לעריכת הליך מחודש בגינו. בהקשר זה ובהתייחס [לסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק, ציין השופט **נ' סולברג** כי: "יש להימנע ככל הניתן מלפצוח ב'מסע פרשנות ערכי' באשר למשמעותו של השינוי ומידת ה'מהפך' הגלומה בו" (עניין **חיימוביץ'**, פסקה 42).

בית משפט זה כבר קבע כי ההלכה בעניין יישומו של [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) יפה גם ביחס ליישומה של להוראת המעבר הנזכרת בסעיף 25(ג) לתיקון (עניין‏ **ביטון,** פסקה 12 לפסק דינו של השופט **י' עמית**). אמת נכון הוא כי התכלית העומדת בבסיס שני הסעיפים זהה. אולם לצד הדמיון הברור בין ההוראות, אפשר וראוי להצביע גם על הנקודות בהן הללו נבדלות זו מזו.

**ראשית**, הוראות החוק שונות בהיקף תחולתן. בעוד שהוראת המעבר נוגעת באופן קונקרטי לאופן החלת חיקוק מקל למפרע ביחס לעבירות ההמתה, [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק מצוי בפרק המקדמי של ה[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). משום כך, הוא ניצב כמעין עיקרון-על החולש על כלל העבירות המנויות בחוק וכן על כללי האחריות הפלילית והענישה שהחוק קובע (ראו מרים גור [אריה "הצעת חוק העונשין (חלק](http://www.nevo.co.il/safrut/book/5505)  מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992 (הצעת חוק 2098, מיום 6.1.1992)" **משפטים** כד 9, 11 (התשנ"ד) (להלן: **גור אריה**)).

**שנית**, סעיף 25(ג) לתיקון לא עוסק רק בהמתקת העונש למפרע עקב שינוי בחקיקה. הסעיף מורה גם על שינוי סעיף הרשעתו של נאשם. בלשונו: "[...] יראו אותו כמי שהורשע בעבירה לפי סעיף ... ועונשו המרבי יהיה העונש שנקבע באותו סעיף, לפי העניין, כאמור [בסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק העיקרי". הואיל וכך, השפעותיו מרחיקות לכת יותר מאלו של [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק, בשל כוחו להביא גם להקלת הסטיגמה החברתית המוטלת על מבצע העבירה. זאת, נוכח השינוי לא רק בעונש המושת על נאשם עקב חקיקה מקלה, אלא גם בתיוגה – מעבירת "רצח" שבמסגרתה ניתן לבחון השתת "עונש מופחת", ל"עבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת". אם כן, בניגוד [לסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק, הוראת המעבר ברפורמת עבירות ההמתה משנה למפרע גם את סעיף האישום וגם את העונש הקבוע בצדו. אולם אין בהבדלים אלה כדי לשנות מן המסקנה כי פירוש הוראת המעבר חייב שיעשה תוך התייחסות גם לפרשנותו של [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק, שכן האחד משליך על השני והא בהא תליא.

את המבוא להכרעה נחתום – לאחר הצגת הרפורמה בעבירות ההמתה, הוראות המעבר ואופן ה"המרה" של עבירות ועונשים – בהצגת ייחודו של הסעיף הרלוונטי להרשעתו של המערער.

1. **ייחודה של עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת**
2. הרישא של סעיף 25(ג) לתיקון קובעת כי: "על עבירה שבוצעה לפני יום התחילה וניתן פסק דין חלוט בעניינה, יחול הדין הישן". עינינו הרואות כי לשון הסעיף, על פניו, עומדת בניגוד לכלל לפיו חיקוק מקל בפלילים חל למפרע, המעוגן [בסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק העיקרי. נשאלת השאלה אפוא כיצד הוראת המעבר מתיישבת עם החוק העיקרי, ומדוע בחר המחוקק להחריג מהוראות המעבר רק נאשמים שהורשעו לפי [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק הישן, אשר בעניינם נקבע כי יחול החיקוק המקל – הן ביחס לתיוגה הן בעונש הצמוד לה. מה מייחד עבירה זו לעומת עבירות ההמתה האחרות שלא זכו להסדר מקל דומה?

בחינת השינוי שיצרה הרפורמה בעבירות ההמתה, מנקודת המבט של מעוף הציפור, מגלה כי זו הרחיבה את מספר עבירות ההמתה בספר החוקים מ-3 עבירות המתה: רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות, ל-5 עבירות המתה: רצח, רצח בנסיבות מחמירות, המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, המתה בקלות דעת וגרימת מוות ברשלנות. זאת, במטרה לתת ביטוי למדרג החומרה המובחן של מקרי המתה שונים. כמו כן, ראוי לציון כי התיקון קובע יסוד נפשי שונה לעבירות ההמתה: כוונה או אדישות ([סעיף 300](http://www.nevo.co.il/law/70301/300), [סעיף 301א](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a), [וסעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) לחוק); קלות דעת ([סעיף 301ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/301c) לחוק), ורשלנות ([סעיף 304](http://www.nevo.co.il/law/70301/304) לחוק).

כדי להידרש לייחודו של [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) בהקשר שלנו, יש לבחון אם החוק החדש מגלה הקלה בדין גם ביחס לעבירות ההמתה האחרות. נפתח בחינה זו בעבירת הרצח.

כפי שהוזכר, העונש הקבוע בעבירת הרצח תחת הדין הישן היה עונש מאסר עולם חובה. זאת, למעט מקרים שבהם הרצח נעשה בנסיבות שנמנו תחת [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) בחוק – אליהם נתייחס בקרוב. כיום, העונש המרבי שניתן להשית בגין עבירת הרצח הוא עונש מאסר עולם. אם כן, במובן זה, הענישה של עבירת הרצח לאחר הרפורמה לא מהווה חיקוק מקל. באשר גם קודם לה וגם אחריה לא נשתנתה תקרת העונש המרבי שניתן להשית בגינה, עונש מאסר העולם. כזכור, לפי הוראת [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק העיקרי, תקרה ענישתית זו, בדמות ה"עונש המרבי שנקבע בחיקוק", היא שעלינו לבחון לצורך החלת הסעיף.

העבירה החדשה שהוכנסה לספר החוקים, אשר נושאת את השם "רצח בנסיבות מחמירות", מגלה חידוש מסוים ביחס להרשעה בעבירת הרצח תחת הדין הישן. זאת מהסיבה שהיא מחייבת הטלת עונש מאסר עולם ביחס לנאשם שמעשיו חוסים תחת אחת מ-11 הנסיבות המגוונות שהיא מונה. ברם, כלל קבוע במחוזותינו הוא כי רק חיקוק מקל חל למפרע, בשונה מחיקוק חדש ומחמיר. מכך עולה כי גם לענישה בגין עבירה זו לא נודעת השפעה על עונשם של נאשמים שהורשעו בעבירת הרצח תחת הדין הישן. בשולי הדברים, יוער כי עבירת גרימת מוות ברשלנות, והעונש בצדה, לא נשתנו בעקבות הרפורמה ולכן גם היא איננה מהווה חיקוק מקל.

עבירת ההריגה תחת הדין הישן הוגדרה כך: "הגורם במעשה או במחדל אסורים למותו של אדם יאשם בהריגה, ודינו – מאסר עשרים שנים" (סעיף 298 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) הישן). בעקבות הרפורמה, העבירה שינתה את אופייה. העבירה בהגדרתה הישנה בוטלה. לצד זאת, הוכנסה לספר החוקים עבירת ההמתה בקלות דעת, הקובעת כי: "הגורם למותו של אדם בקלות דעת, דינו – מאסר שתים עשרה שנים" ([סעיף 301ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/301c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). הנה כי כן, לכאורה, העבירה החדשה מהווה חיקוק מקל לעומת עבירת ההריגה – בשל ההפחתה הניכרת בעונש הקבוע בצדה מ-20 שנות מאסר ל-12 שנות מאסר. הואיל וכך, ניתן לתמוה מדוע עבירת ההריגה, שלכאורה זיכתה נאשמים בהפחתה משמעותית בענישה תחת ההרשעה בעבירת "המתה בקלות דעת", לא מאפשרת את החלתו של חיקוק מקל למפרע ביחס לנאשמים שהורשעו בגינה ופסק דינם הפך לחלוט.

לכך אפשר ליתן שלושה טעמים. הראשון הוא כי בשונה מעבירת ההריגה, המחוקק מגלה רגישות יתרה לעבירת הרצח – נוכח התיוג החמור שהיא מטילה על אדם, אשר פורט על אודותיו לעיל. רגישות זו מתבטאת גם בכך שההרשעה בגינה דורשת הצדקות חזקות, אשר מאבדות מכוחן עם שינוי החקיקה המגדירה מחדש מהו רצח.

הנימוק השני נוטה יותר לכיוון המעשי. כפי שעולה מן הפרוטוקול של ועדת חוקה, חוק ומשפט בה נידונה הוראת המעבר, ההבחנה בין עבירת ההריגה תחת הדין הישן, ובין עבירת ההמתה בקלות דעת, קשה מאוד לביצוע. עבירת ההריגה הישנה התפרסה על מגוון רב של התנהגויות ומצבים. בהתאם, גם היסוד הנפשי שבגינו ניתן היה להרשיע בה היה רחב. בדין הישן, ניתן היה להרשיע בהריגה כאשר הנאשם פעל מתוך פזיזות, דהיינו: אדישות או קלות דעת. העבירה החדשה כיום מיוחדת ליסוד הנפשי של קלות דעת. זאת, בשעה שהיסוד הנפשי של אדישות מהווה חלק מהגדרת עבירת הרצח ([סעיף 300(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/300.a) לחוק, מגדיר את עבירת הרצח כך: "הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם, דינו – מאסר עולם". על השינויים בעבירת ההריגה והביקורת שהביאה להם, ראו **קרמניצר וגנאים,** עמ' 269-263; הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה **דין וחשבון** 8-6, 30-29 (2011)).

אם כן, ההבחנה בין עבירת ההריגה קודם לרפורמה ולאחר הרפורמה, איננה הבחנה טכנית מן הסוג שמאפיין את כלל שיקול הדעת הצר; באשר זו דורשת את פתיחת ההליכים המשפטיים מחדש, תוך עמידה מדוקדקת על נסיבותיו של כל מקרה ומקרה כדי לסווגו תחת עבירת ההמתה המתאימה (ראו התייחסותה של עו"ד לילך וגנר לכך ב**פרוטוקול ישיבה מס' 752**, עמ' 24: "עבירת ההריגה עברה שינויים מרחיקי לכת. היא נעלמה מהחוק הקיים והוחלפה בעבירות אחרות. אי-אפשר להפעיל לגביה את הגיליוטינה במשמעותה". ראו גם שם, בעמ' 23; 29-28). אם כן, החלת הדין החדש על זה הישן יהא בבחינת שעטנז לא רצוי בין הדינים השונים. רוצה לומר, שלא ניתן להציע כלל פשוט המגלה אם הרשעתו של נאשם בעבירת הריגה כיום מתאימה לעבירת ההמתה בקלות דעת. במקום זה, נדרש לפתיחתו המחודשת של המשפט כדי לעמוד באופן מדויק על המחשבה הפלילית של הנאשם. מצב דברים מעין זה ודאי חוטא לתכלית סופיות הדיון ולרציונליים העומדים ביסודו של כלל שיקול הדעת הצר שנידונו לעיל.

הטעם השלישי לכך שלא ניתן להחיל את [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק על עבירת ההמתה החדשה הוא מפני שהסעיף מתייחס רק למצב שבו החיקוק המקל נוגע "**לאותה עבירה**". מפני שעסקינן בעבירה **חדשה** – אין הוראות [סעיף 301ג](http://www.nevo.co.il/law/70301/301c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) חלות למפרע על מי שהורשע בעבירת ההריגה תחת הדין הישן (ראו **פרוטוקול ישיבה מס'** **752**, בעמ' 21-17). למעשה, הוראות אלה משתלבות גם עם עיקרון סופיות הדיון.

1. נותרנו עם בחינתה של עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת. על השינויים שזו עברה ביחס [לסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) בדין הישן עמדנו בהרחבה לעיל. יוזכר רק כי העונש שניתן להשית על נאשם שנסיבותיה חלות בעניינו כיום, לא עולה על 15 או 20 שנות מאסר בהתאם לחלופה הרלוונטית, בשונה מהיכולת להשית גם עונש מאסר עולם על מי שהורשע בנסיבות דומות לפי [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) קודם לרפורמה. הסעיף אם כן מהווה חיקוק מקל ביחס לקודמו.

בעבר, [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) היה הסימן המבשר על פריצת דרך ראשונית בשינוי עבירות ההמתה עוד טרם לחיקוק הרפורמה. מעניין בהקשר זה לשים לב לדמיון בין [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק הישן, ובין [סעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) לחוק. זה האחרון מונה, בין היתר, את שלוש הנסיבות שהופיעו [בסעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק. החריג של מצוקה נפשית קשה עקב התעללות בבן משפחה; הפרעה נפשית או ליקוי בכושר שכלי המגביל את הנאשם במידה ניכרת אך לא עד כדי מתן פטור לפי [סעיף 34ח](http://www.nevo.co.il/law/70301/34h) לחוק, וחריגה במידה מועטה מתחולת סייגי האחריות על פי תתי סעיפים שונים של [סעיף 34](http://www.nevo.co.il/law/70301/34) לחוק. כל אחד ממצבים אלה כולל מספר תנאים לצורך הוכחת התקיימותו, אך אף אחד מהם לא נוסף או שונה ביחס לאלו שהיו מעוגנים תחת [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק הישן. ההשוואה מגלה אם כן, כי המחוקק לא שינה מדרישותיו ביחס לתנאי סעיף 300א לחוק הישן. מכאן שניתן לומר כי מדובר בתיקון ש"נקבע לאותה עבירה" – המהווה עונש מקל ביחס אליה, גם אם העבירה "תויגה" מחדש בתיוג פלילי מקל יותר. יוצא כי בהסתמך על [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק, יש בסיס להקלה בעונש. זאת בניגוד לשינויים שנערכו בעבירות המתה אחרות, אשר לגביהן הוא לא חל – כפי שהוצג לעיל.

מודע אני לכך כי עריכת ההשוואה בין הדין הישן לעבירות החדשות מהווה מלאכה מורכבת שיכולה לעורר מחלוקת ואי בהירות. לכן, טוב נהג המחוקק בכך שהוסיף הוראות מעבר ייחודיות לתחולת התיקון, בגדרן קבע הן את תחולתו בנוגע [לסעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) לחוק, הן את העדר תחולתו בעניינן של עבירות ההמתה האחרות. לצד זאת, לעמדתי, מסקנה זו מתיישבת גם עם הכללים המנויים [בסעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) לחוק העיקרי, אשר לא בכדי סעיף 25(ג) לתיקון הפנה אליו. כך או כך, משהביע המחוקק את עמדתו ביחס לתחולת הדין החדש בצורה ברורה, יש לפעול בהתאם לה. עיקרו של דבר, [סעיף 301ב](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b) זכה למעמד מיוחד בהוראת המעבר התואם את תכלית סופיות הדיון ומאזנה אל מול שיקולים אחרים.

עד כאן המבוא, ומכאן לטרקלין – הפרשנות התכליתית של החוק.

1. **מהותו של "כלל הפרשנות המקלה" בפלילים**
2. הסניגוריה הציבורית מצביעה על מעין עיקרון-על שבכוחו, לשיטתה, להכריע בסוגיה שלפנינו. נדמה כי נכון לבחון טענה זו עתה, כדי שניתן יהיה להתקדם בהכרעה. לעמדת ההגנה, לצורך פרשנות הוראת המעבר, יש להתייחס להוראות [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), שכותרתו היא "פרשנות". הסעיף קובע כהאי לישנא:

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין.

הסעיף הוסף לחוק במסגרת תיקון מס' 39 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ״ד-1994, ס"ח 1481), והכלל הקבוע בו מוכר גם בתור "כלל הפרשנות המצמצמת" או "כלל הפרשנות המקלה". הוא תואם את עקרונות המשפט הפלילי ומעמדו של הנאשם בתוכו; עיקרון החוקיות; עיקרון ההגינות, והעיקרון לפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין", הנוגע לחשיבותה של מתן אזהרה הוגנת לפרט טרם העמדתו תחת סכנת החרב הפלילית ([ע"פ 4596/98‏](http://www.nevo.co.il/case/6015465) **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ''ד נד(1) 145, פסקה 10 לפסק דינו של השופט **י' אנגלרד** (2000); [ע"פ 2597/04](http://www.nevo.co.il/case/5845310) **רויטמן נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (20.11.06); [דנ"פ 404/13](http://www.nevo.co.il/case/6245391) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 32 לפסק דינו של הנשיא **א' גרוניס** (15.04.2015)).

כלל הפרשנות המקלה מבטא נכונות להיטיב עם הנאשם בדומה לכללים אחרים במשפט הפלילי, כמו הדרישה להוכיח אשמתו של נאשם מעל לספק סביר לצורך הרשעה בפלילים – שהיא הדוגמה הבולטת לכך. בבסיסו של כלל הפרשנות המקלה עומדת ההנחה כי ראוי לצמצם את פערי הכוחות בין המדינה לפרט בהליך הפלילי, שכן חובת העדפת הפרשנות המקלה עם הנאשם מגלה רגישות מיוחדת לנחיתותו האינהרנטית בהליך. עוד יצוין כי השימוש בכלל הפרשנות המקלה בפלילים מגביר את חירותו של הפרט, מפני שהחובה להעדיף את הפרשנות המקלה של הדין מותירה בידו חופש פעולה רחב יותר (ראו סנג'רו, בעמ' 82; ש"ז פלר [**יסודות בדיני עונשין**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/412) כרך א 5-4 (1984); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין כרך א 103, 109 (מהדורה שלישית, 2014)).

1. יודגש, עם זאת, כי יישומו של כלל הפרשנות המקלה לא נעשה באופן אוטומטי. לשון [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) טומנת בחובה שני בלמים אשר מסייגים את הכלל האמור: **הראשון** הוא המונח "פירושים סבירים" ו**השני** הוא המונח "לפי תכליתו". אשר למונח הראשון, ברי כי הדרישה כי פירושי לשון החוק יהיו "סבירים" מכירה בקיומם של פירושים לשוניים שאינם סבירים. דינם של פירושים מעין אלה הוא להידחות. "משפך" הסבירות מאפשר אפוא גם למנוע מצב בו יישומו של הכלל מנוצל לרעה והיקפו מורחב יתר על המידה. כפי שיובהר בהמשך, הפרשנות הלשונית "הסבירה" לא יוצרת קושי מיוחד ביחס לאף אחת מן העמדות שהוצגו.

הבלם השני בלשון [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) לחוק, "לפי תכליתו", הוא הרלוונטי להכרעתנו. המונח מחייב את בית המשפט לשקול את התכלית בבסיס הדין. רק אם היכולת להגשים תכלית זו עומדת באותו המרחק, או במרחק מאוד דומה לו, משני הפירושים האחרים, יש לבכר את הפרשנות המקלה עם הנאשם. "בלם התכלית" כנראה מהווה סיבה לכך [שסעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) לחוק איננו משמש לבסיס בהכרעה ביותר מקרים. ודוקו: לו תכלית הוראת הסעיף הייתה אך להקל עם הנאשם, התוצאה במצב דברים שכזה הייתה כי הפירוש המחמיר מייד ייסוג לאחור. מנגד, החיפוש אחר תכליתו של החוק משמעותו כי יש לבחון את מהותו ומטרתו של החיקוק מושא הפרשנות, כאשר הפירוש המקל אינו זוכה להעדפה על פני הפירוש המחמיר באופן אוטומטי.

יוזכר כי על תכליתה של הוראת חקיקה אנו למדים מלשונה, מיקומה בחוק והשתלבותה עם הוראות חוק אחרות בתחומים קרובים, כמו גם מעקרונות השיטה של המשפט הפלילי. בבואנו ללמוד על תכליתו הסובייקטיבית של החוק, ניתנת התייחסות לכוונת המחוקק, דהיינו: למטרות אותן ביקש להגשים באמצעותו. אלו עולות מן ההיסטוריה החקיקתית של דבר החקיקה הנבחן. תכליתו האובייקטיבית של החוק משתקפת מן הערכים והעקרונות הנורמטיביים של שיטת המשפט בכללותה, ועקרונות שיטת המשפט הפלילי בפרט ([דנ"פ 10987/07](http://www.nevo.co.il/case/5698660)‏ **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד סג(1) 644, פסקה 10 לפסק דינה של הנשיאה **ד' ביניש** (2009); [**ע"פ 3027/90**](http://www.nevo.co.il/case/17918227)**‏ ‎חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ‎ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מה(4) 364, 371 (1991); [בש"פ 4206/16](http://www.nevo.co.il/case/21474576) **מדינת ישראל נ' טחימר** [פורסם בנבו] (‏3.11.2016)). הדגש הפרשני מושם על התכלית האובייקטיבית של החוק, אם כי ניתן משקל גם לתכליתו הסובייקטיבית.

1. **הפרשנות התכליתית**
2. במקרה זה הפרשנות התכליתית בנויה משני נדבכים. הנדבך הראשון הוא הוראת המעבר הפרטנית דנן, והעקרון הכללי של קיצור העונש בעקבות תיקון חקיקה שמקל בענישה. הנדבך השני הוא המאסר מאחורי סורג ובריח, המאסר המותנה והיחס ביניהם. השילוב של שני הנדבכים הוא שניצב ביסוד ההכרעה בדבר אופן "המרת" עונשי המאסר השונים בעקבות שינוי הדין. נפנה אפוא לבחינת תכליותיהם של שני הנדבכים.

תכליתה של הוראת המעבר המעוגנת בסעיף 25(ג) לתיקון מורכבת משלושה אדנים מרכזיים:

1. הכרה בדינאמיות של המשפט הפלילי;
2. אופייה המיוחד של עבירת הרצח;
3. כלל סופיות הדיון בפלילים.

נבהיר ונרחיב.

(א) הכרה בדינאמיות של המשפט הפלילי: ההצדקה העומדת בבסיס הוראות המעבר במשפט הפלילי היא שהמשפט הפלילי דינאמי. כך למשל, האיסור על גניבה היה תקף בעבר הרחוק, בהווה וכנראה לא ינוס לחו גם בעתיד. אף ההגדרה הבסיסית של העבירה לא נשתנתה: נטילת חפץ, השייך לאחר ללא רשות. אולם, פרטי העבירה יכולים להשתנות. כך בעניינן של הגדרות מהותיות מסוימות של רכיבי העבירה, וכך גם בהתייחס לחומרת הענישה. דוגמה טובה לכך בשיטה הישראלית היא עבירת האינוס. עבירה זו עברה שינויים רבים בהגדרתה עם חלוף השנים, הגם שהאיסור על אונס עומד בתוקפו מקום המדינה ועד היום (על התמורות בהגדרת העבירה, ראו למשל [ע"פ 6662/13](http://www.nevo.co.il/case/10442754) **‏‏פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 10 לפסק דיני (‏2.3.2015)). האמור רלוונטי כמובן גם לעבירות ההמתה. בעוד שהאיסור להמית קיים אף הוא מימים ימימה, כפי שהוזכר לעיל, גם פרטיהן של עבירות ההמתה, התיוג המוצמד להן והעונש המושת בגינן פתוחים לשינויים. דברים אלה זוכים למשנה תוקף עם הפניית מבטנו למחקריה של האנתרופולוגית האמריקאית מרגרט מיד (Margaret Mead), אשר מחקריה עסקו בהשוואה בין תרבויות שונות באמצע המאה ה-20, תוך מתן דגש על המשפט הטבעי של תרבויות נידחות. מסקנת מחקריה בנושא זה הייתה כי בכל חברה אנושית ישנו איסור בסיסי על גרימת מוות, גילוי עריות וגניבה. אולם, קיים שוני בפרטי העבירות ובהיקף הגדרתן (ראו:Margaret Mead, *Some Anthropological Considerations Concerning Natural Law,* 6 Natural L. Forum 51, 52-53 (1961)); ניל הנדל "הקדמה" **חקירה פלילית במרחב הסייבר** 19-15 (חיים ויסמונסקי מחבר, 2015)).

תחת ההנחה שהמשפט הפלילי עובר תמורות עם שינוי הזמנים, נשאלת השאלה כיצד יש להתייחס אליהן. המענה שנמצא לכך הוא נכונות להפנים נורמות חדשות המקלות עם הנאשם ביחס לענישתו, תוך שמירה על השוויון בין נאשמים. ברקע הדברים, עומד הכלל לפיו המשפט הפלילי נוטה להתחשב בנאשם, ולעיתים, כשקיימת עמימות בחוק, להעדיף גישה המקלה עמו על פני הגישה ההפוכה. כדי ליישם עקרונות אלה, מקובל לחלק את בחינתו של חיקוק מקל למפרע לשתי יחידות זמן: האחת, ממועד ביצוע העבירה ועד מועד גזר הדין. השנייה, ממועד מתן פסק דין חלוט והלאה.

כדי להעמיק בתכליתו של [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), שהוא סעיף המסגרת לעניין זה, יש לעמוד על הקשר בינו ובין עקרונות יסוד של תחולת הדין הפלילי. הסעיף הוא מעין מראה מהפכת לכלל אשר לפיו "אין עונשין למפרע" ([סעיף 3](http://www.nevo.co.il/law/70301/3) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)), הקובע כי עבירה חדשה אשר מחמירה את עונשו של נאשם לאחר כניסתה לתוקף, לא תחול בעניינו אם ביצע מעשיו קודם ליום פרסומה או כניסתה לתוקף – על פי המאוחר. משום שהחיקוק המחמיר טרם התהווה בשעת ביצוע העבירה, הרשעה לאורו תעמוד בניגוד לעיקרון החוקיות, המורה כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם אלא על פי חוק ([סעיף 1](http://www.nevo.co.il/law/70301/1) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) דן אפוא במקרה ההפוך. לאמור, במצב עניינים שבו חקיקה חדשה מקלה עם נאשם בדיעבד.

כאמור, [סעיף 5(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.a) קובע כי הנורמה המקלה תחול גם על מי שביצע את העבירה **קודם** לכניסתה לתוקף, אם טרם התקבל פסק דין חלוט בגינה. ענייננו דן במצב אחר, הווה אומר, במקרה שבו כבר ניתן פסק דין חלוט. בהקשר זה, [סעיף 5(ב)](http://www.nevo.co.il/law/70301/5.b) קובע כי מרגע שנשתנה החוק, אין להטיל על נאשם שהורשע בו עונש חמור יותר מן העונש המרבי שניתן להטיל עליו בגין אותה עבירה בעת הנוכחית. על כן, נמצאנו למדים כי יישום הוראת [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) על מי שניתן בעניינו גזר דין חלוט, לא יכול שיוביל ליותר מהמתקה בעונש.

הדין הפלילי נאמן אפוא להתפתחותו. הרי ניתן היה לקבוע כי לאחר מתן פסק דין חלוט בעניינו של נאשם, לא יחול שינוי בעניינו מכוח הדין החדש ועיקרון סופיות הדיון. ברם, [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) סוטה מסידור אנליטי זה, ומורה על התערבות גם בפסק דין חלוט. זאת מן הטעם שתכליתה העיקרית של הוראת המעבר היא להבטיח שבית המשפט יפסוק בהתאם לתכתיבי הנורמות הפליליות השולטות באותה התקופה, אשר מעידים על ערכי החברה הנוכחיים ([ע"פ 63/89](http://www.nevo.co.il/case/17945760) **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(4) 388 (1989)). כלל זה, בעיקרו נובע משיקולי צדק, המורים כי אין זה הולם שנאשם ימשיך בביצוע עונש חמור יותר מזה שמוסכם שראוי לרצות בגין העבירה שהורשע בה בעת זו, במידתו או בסוגו. כך נמנע, כמו כן, מצב בו עונשים מושתים באופן שרירותי ומושפעים אך ורק ממועד מתן גזר הדין (עניין **רחמיאן**, פסקה 3; **גור אריה**, בעמ' 24).

מדברי ההסבר [לסעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), המעגן את הכלל המצוי גם בהוראת המעבר, נגלה גם כי:

"מגמת סעיף 5 איננה להיטיב עם עושה העבירה: אין זה עניין של הטבה או הרעה. הגישה החדשה מעוגנת היטב במדיניות ענישה דינאמית ההולמת חברה מתקדמת. אין להשלים עם ענישה של מעשה שהוא מותר בשעת הענישה, ואין מקום להפעיל כלפי אדם טיפול עונשי חמור מזה המחויב על פי חוק שבשעת הטיפול... במקרה המיוחד שדינו של הנאשם כבר נגזר בפסק דין חלוט, מוצע שלא לפתוח מחדש דיון" (דברי הסבר להצעת [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, 116).

למקרא דברים אלו מתחדדת עוד יותר המסקנה כי תכלית החקיקה המסדירה את ההקלה בעונשו של נאשם למפרע לא נועדה להיטיב עם הנאשם רק משיקולי הקלה. ישנה הכרה בכך שהחברה נושאת באחריות, בשל כוחה הכופה על הפרט, שלא להתעלם משינוי חוק שמקל עם הנאשם. במובן הזה, עסקינן בכביש חד סטרי – במסגרתו ניתן משקל לשינוי הדין רק כאשר הוא משפיע על נאשם לקולא ולא לחומרה, מן הטעם שעל השלטון להיזהר בכוחו לשלול חירותו של אדם. המשפט הפלילי הוא כוחני. השלטון מעניש, לעיתים מחייב שלילת זכויות קניין ואף יש בכוחו לשלול חירות. כך, כתוצאה מהחלטת החברה, המאצילה את כוחה למחוקק, לקבוע כי עשיית דבר עבירה מצדיקה את הכתמת מבצעו בפלילים לצד הטלת סנקציות עונשיות, לעיתים קשות וממושכות. לפיכך, הצדק דורש כי השימוש בכוח זה יהא זהיר. גישה נוספת התומכת בהחלת חיקוק מקל למפרע היא זו המדגישה את חשיבות מניעת המצב בו השלטון מדבר "בשני קולות". אם הגיע למסקנה כי העונש המרבי בגין עבירה מסוימת יופחת, אזי נורמה זו אמורה להשפיע על המבצע החדש והמבצע הישן אשר ממשיך לרצות עונשו בתקופה שבה חלה הנורמה החדשה. רוצה לומר, חברה יכולה לשנות את גישתה העונשית ולהקל, למשל, באורך תקופת מאסרו של נאשם. ואולם, היה ותבחר לעשות זאת, יש טעם בכך שהדין המקל יחול על כלל הנאשמים הרלוונטיים – אלה שמשפטם מתנהל ואלה שכבר החלו לרצות את עונשם. באופן זה, נשמר גם עיקרון השוויון בפני החוק; שכן, קיים קושי במצב שבו נאשם שעובר עבירה מסוימת היום, יזכה להקלה בדין אשר כלל לא תשפיע על אדם שמרצה באותה שעה עונש בגין מעבר על אותה עבירה בעבר. כפי שיוסבר בהמשך, שיקול זה אינו עומד לבדו. מולו עומדים שיקולים נוספים, לרבות סופיות הדיון. אך הוא בעל השפעה בעיצוב הוראות מעבר בפלילים.

(ב) אופייה המיוחד של עבירת הרצח: להוראת המעבר תכלית ייחודית המדגישה את ייחודה של עבירת הרצח, אשר מעצימה ומבליטה את הכללים האמורים. עבירת הרצח, כפי שצוין, נחשבת לחמורה ביותר בספר החוקים. בבואה להגדיר מהי עבירת הרצח ומהו העונש הקובע לצדה, החברה נותנת ביטוי לערכיה. כך עולה גם מן החומר שהובא לעיל בעניין רפורמת עבירות ההמתה. העונש המרבי שניתן להשית בגין הרשעה בעבירת הרצח, עונש מאסר עולם, ממחיש תפישות אלה גם כן.

חברות דמוקרטיות שונות בימינו חלוקות בעניין העונש הראוי בגין עבירות רצח והמתה. ברי כי זוהי החלטה ערכית במעלה עליונה של כל חברה, בוודאי בתחום המשפט הפלילי. כאמור, תקופה ארוכה דנה ועדת מומחים בהגדרות עבירות ההמתה. המחוקק הכיר בכך כי ישנן עבירות המתה שונות, ואף גוונים שונים לעבירת הרצח עצמה. על כן, ביקש לערוך "סדר חדש" בעבירות ההמתה. במסגרתו, נוספו ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) עבירות המתה חדשות, ובוטלו אחרות. כאמור, בהוראת המעבר של התיקון יש חידוש. זאת מפני שהיא עוסקת גם במצב שבו פסק הדין הפך לחלוט, כאשר המשתנה במצב דברים זה איננו רק העונש, אלא גם העבירה בה הורשע המערער. מכיוון שכך, פסק דינו של הנאשם מקבל פנים חדשות, קווים מדויקים יותר. אם כן, ההכרה בדינאמיות של המשפט הפלילי והנגזר מכך: הפנמת נורמות חדשות המקלות עם הנאשם ביחס לענישתו ושמירה על שוויון בין נאשמים, מחייבת גם, וביתר שאת, בהתייחס לעבירות רצח והמתה.

ענייננו מציף כאמור את ייחודן של עבירות ההמתה בכלל ועבירת הרצח בפרט. מפני שהתיקון נועד לדייק יותר את תיוגן של עבירות ההמתה ולקבוע מנעד רחב יותר של עבירות המתה, בשאיפה שאלו יעשו צדק עם העושה בהגדרת מעשיו ובעונש הראוי להשית בגינם, המחוקק לא הסתפק [בסעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) הכללי ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). אלא, חוקק הוראת מעבר המיוחדת לעבירות ההמתה המעוגנת בסעיף 25 לתיקון. ראוי הוא הדבר לתפישתי, נוכח מעמדה הייחודי של עבירת ההמתה ופגיעתה הקשה ביותר באחד מפרטי החברה.

(ג) כלל סופיות הדיון בפלילים: סופיות הדיון היא תכלית מרכזית העומדת בבסיסה של הוראת המעבר. כאמור לעיל, התערבות בפסק דין חלוט ניתנת להבנה, אף שהיא מעוררת קושי. פסק דין חלוט בפלילים, ובמיוחד בעבירות המתה, לא נועד לשמש כמעין החלטה זמנית המשתנה מעת לעת. על אף נכונותו של המחוקק לשנות מקביעותיו של פסק דין חלוט בעקבות חיקוק מקל, הלה לא רצה ליתן אפשרות לקיים דיון נוסף בכל תיק ותיק. סופיות הדיון היא שיקול מנחה חשוב, המתבטא גם בכלל הגיליוטינה או כלל שיקול הדעת הצר. משמעות הדבר היא, שכשם שנכון לגלות נאמנות כלפי הנורמה העונשית החדשה בחברה, יש לוודא כי עניין זה לא מאפשר התערבות בשיקול הדעת שהפעיל בית המשפט שגזר את הדין קודם לה מעבר לנדרש, וכי כל ההתערבות שכזו תיעשה על פי כלל ברור וקל ליישום. החיקוק המקל לא נועד לבטל את המשפט שהתנהל על פי הנורמה הישנה. הרי ההליך המשפטי איננו רעיון מופשט המתקיים בעולם התיאוריה, שניתן לשנותו בקלות. אלא, סופו בהכרעה שיפוטית בעלת נפקויות ערכיות ומעשיות. בעבירות ההמתה, ישנו נאשם שמזוכה או מורשע, בדרך כלל בעונש חמור, שכולל שנות מאסר רבות. לקורבן יש משפחה המושפעת מן ההליך, ואף אין להתעלם מהנפגע עצמו, שקול דמיו זועקים מן האדמה. תכלית עיקרון סופיות הדיון היא גם למנוע פגיעה באמון הציבור בהליך הפלילי ואת זילותם של הליכים משפטיים, תחת התפישה השגויה כי ההכרעה הניתנת בהם מותנית או זמנית. מן הצד האחר, דווקא בשל משמעות הכרעותיו, אל לו, למשפט הפלילי, לנהוג בנוקשות או דוגמתיות. דוגמה לכך שלעיתים ניתן לחרוג מן הכלל של סופיות הדיון היא אפשרות מתן משפט חוזר. דוגמה נוספת היא הוראות המעבר דנן. יש לדוגמאות אלה מקום בשיקולי צדק, אך נכון לאזן ביניהם ובין שיקול סופיות הדיון. במובן זה, הוראת המעבר פותחת פתח. אך אין לאפשר לפתח להיות רחב או שגרתי.

מדברי ההסבר של [סעיף 5](http://www.nevo.co.il/law/70301/5) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) שאוזכרו לעיל עולה כי אין מטרת הוראות התחולה להביא לפתיחתו המחודשת של הדיון בעניינו של נאשם פלוני. אלא, כנהוג בשיטתנו וכפי שנידון לעיל, רק להביא להתאמה בין הענישה שמותר להשית בגין מעבר על העבירה בה הורשע הנאשם בעבר, לענישה העומדת בצדה כיום. פעולה שאמורה להיות פשוטה ליישום וטכנית במידה רבה. והנה, מבחינת תכליתה של הוראת המעבר עולה כי כשם שהמשפט הפלילי נכון להכיר בדינאמיות שלו, בייחוד בדבר הגדרתן של עבירות כמו עבירת הרצח, כך הוא נאמן גם למשמעות עיקרון סופיות הדיון ולמשקל שיש ליתן לקיומו של פסק דין חלוט.

כדי להבין כיצד באות תכליות אלה לידי ביטוי במקרה דנו, יש להבין גם את היחס שבין עונש המאסר בפועל לעונש מאסר מותנה. לכך נפנה כעת.

1. **הדומה והשונה בין עונש המאסר בפועל ובין עונש המאסר המותנה**
2. הוראת המעבר המעוגנת ברפורמת עבירות ההמתה מחייבת, על פי ההגדרה החדשה של העבירה בה הורשע המערער, את הפחתת עונש מאסרו של המערער. כמוזכר, המערער נידון לעונש מאסר של 23 שנים, מהן 22 שנות מאסר בפועל ושנת מאסר אחת על תנאי. ברי ומוסכם כי עונש מאסר זה חייב להתקצר לתקופת מאסר שלא עולה על 20 שנים – הוא העונש המרבי שניתן להשית בגין העבירה בה הורשע כיום. כאן הדילמה: האם להפחית מעונש המאסר בפועל בלבד, להפחית גם מעונש המאסר בפועל וגם מהעונש המותנה, או להפחית את עונש המאסר לאחר עריכת תחשיב המשקלל את היחס בין העונשים השונים? על מנת שנתקדם בשאלה פרשנית זו, נכון יהיה להציג, ברמה הכללית, את השונה והדומה בין שני סוגי העונשים – עונש המאסר בפועל ועונש המאסר המותנה – ולעמוד על קנקנם.

במובנים מסוימים, [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) לא מבחין בין עונש מאסר בפועל ובין עונש מאסר על תנאי. החוק, בהקשר זה, "עיוור" לרכיבי הענישה השונים ורואה הן בזה הן בזה עונש מאסר. עניין זה מוצא את ביטויו [בסעיף 52(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/52.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), הקובע כי:

הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי.

מאסר בפועל ומאסר על תנאי, כשמם כן הם. שני העונשים הם עונשי מאסר, כאשר הראשון מבוצע למעשה, והשני מותנה באירוע נוסף בדמות ביצועה של עבירה נוספת. עיקר תכלית עונש המאסר המותנה היא להרתיע את הנאשם באופן אישי, ולהזהירו כי אם יעבור עבירה נוספת מן הסוג שרלוונטי להפעלת התנאי, ירצה תקופת מאסר. עונש זה גם תואם את עיקרון ההלימה בענישה, המעוגן בתיקון מס' 113 ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשנ"ב-2012, ס"ח 2330). זאת מן הטעם שבית המשפט עשוי לסבור כי מבחן המעשה והעושה מצדיק מתן עונש מאסר מותנה על פני הטלת קנס או עונש מאסר בפועל. עם זאת יודגש כי מאסר מותנה – עדיין מאסר הוא. כך למשל, נפסק כי עונש המאסר המותנה עשוי להיחשב לעונש מאסר גם לצורך הרשעה בעבירה המחייבת, כעונש מינימום, את הטלתו של עונש מאסר ([רע"פ 5798/00](http://www.nevo.co.il/case/6032952)‏ **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ''ד נה(3) 1, פסקה 6 (2001) (להלן: עניין **ריזי**); [ע"פ 1867/00](http://www.nevo.co.il/case/5796872) **מדינת ישראל נ' גוטמן,** פ"ד נד(3) 145, 154 (2000)). עוד החוק מחייב כי עונש המאסר המותנה לא יחרוג מהעונש המרבי הקבוע בחוק עבור העבירה שבגינה הוטל ([סעיף 35(א)](http://www.nevo.co.il/law/70301/35.a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)).

1. מן הצד האחר, ברי כי קיים הבדל תהומי בין שני סוגי המאסר, בוודאי עבור הפרט המרצה את שני סוגי העונש השונים. בעוד שכאשר נאשם מרצה עונש מאסר בפועל הוא מושם תחת סורג ובריח, עונש המאסר המותנה מופעל אך ורק עם מילוי התנאי בתקופת התנאי הנקובה. לצד זאת, השוני בין העונשים לא נעוץ אך בחווייתו הסובייקטיבית של הנאשם, אלא עולה גם מבחינה אובייקטיבית של הדין. לכך יש מספר דוגמאות. **ראשית**, ישנה החובה להטיל מינימום של עונש מאסר בפועל בהתייחס לעבירות מין שונות, "בהיעדר טעמים מיוחדים" (ראו [סעיף 355](http://www.nevo.co.il/law/70301/355) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301); חוק העונשין (תיקון מס' 68), התשס"ב-2002, ס"ח 1849, 422; ראו גם דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 65) (מאסר בפועל לעברייני מין ולעברייני אלימות במשפחה), התשס"ב-2002, ה"ח 3075, 236; [ע"פ 8153/19](http://www.nevo.co.il/case/26256014) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 46 (20.12.2020); [ע"פ 8299/19](http://www.nevo.co.il/case/26272196) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה 39 (‏31.5.2020)). **שנית**, בעוד ניתן לגזור את העונש המרבי שמופיע בצידה של עבירה מסוימת – כולו כמאסר בפועל, תקופת התנאי של עונש המאסר המותנה מוגבלת לשלוש שנים ([סעיף 52(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/52.b.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). **שלישית**, נהיר כי עונש מאסר בפועל פוגע בזכויות אדם בסיסיות בעוצמה שאיננה משתווה לפגיעה בהן בהתייחס לעונש המאסר המותנה. **רביעית**, עונש מאסר על תנאי צופה פני עתיד, במובן זה שהוא מתבסס על הרתעה והכוונת התנהגותו של הפרט, בעוד שעונש מאסר בפועל חי בהווה. משמעות הדבר היא כי לנאשם ישנה מידה מסוימת של שליטה, אם להפר את התנאי אם לאו.

המסקנה היא כי למרות ששני סוגי עונשי המאסר זוכים להתייחסות נורמטיבית דומה תחת [חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), בבואנו להבחין בין רכיבי העונש השונים המושתים על נאשמים במסגרת עונשי מאסר "משולבים" יש לתת את הדעת לכך שלכל אחד מעונשי המאסר הללו תכליות מובחנות, וכן כי השפעות ריצויים על נאשמים שונות זו מזו עד מאוד. מאליו יובן כי אין בהבחנות אלו משום חידוש, ודאי עבור אלו העוסקים במלאכת גזירת הדין. אולם כדאי כי בהתייחס לשאלה המשפטית העומדת לפנינו, ההשלכות המעשיות של כל קביעה פרשנית בדבר קיצור עונשם של נאשמים שהושת עליהם עונש משולב יילקחו בחשבון בשקלול הכולל של הדברים. מעל הכול, יש להדגיש את שברור לכול: אין להשוות בעניין חומרת העונש של מאסר בפועל ובין חומרתו של עונש המאסר המותנה.

1. **השלכותיה המעשיות של פרשנות סעיף 25(ג) לתיקון**
2. המשפט, לרבות המשפט הפלילי, איננו רק מופשט אלא גם מעשי. מעשי מאוד. תורת הענישה היא דוגמה מובהקת לכך. למשל, ברור הוא כי יש להעניש אדם המתעלל בקטין. אך באיזו מידה? האם משנה הדבר, אם הקטין הוא בנו, או ילדו של אחר? האם בהתאם לכך יש ליצור עבירה נפרדת או ליתן עונש שונה? הנכון לקבוע עונש מקסימום וגם עונש מינימום עבור עבירה? מהו היקף שיקול הדעת שמוענק לבית המשפט בשדה הענישה? מדינות שונות מספקות תשובות שונות לשאלות אלו ודומותיהן. מעשיותו של עולם המשפט מחייבת אותנו, בבואנו לקבוע כלל פרשני, כפי שבענייננו, לבחון את ההשלכות של הפרשנות המוצעת.

במהלך הדיון שנערך לפנינו, הוצגה הדוגמה ההיפותטית הבאה על ידי בא כוח המדינה, עו"ד אבי וסטרמן. דוגמה יפה זו רב כוחה עמה. היא מזכירה את הניסויים המחשבתיים שערכו הפיזיקאים המודרניים של המאה ה-20, במטרה לחשוב ולהבין את השלכותיהן של עמדות מדעיות שונות אשר בחנו. דוגמה זו, אם כן, ממחישה את השלכות הרוחב הבעייתיות שיכולות להיות להעדפת הגישה המקלה שהציגה ההגנה במקרה דנן. הדוגמה היא כדלקמן: טלו מצב בו על ראובן נגזרו 20 שנות מאסר בפועל בגין עבירת המתה שביצע תחת [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ב[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (קודם לרפורמה), ועל שמעון נגזרו בגין אותה עבירה 20 שנות מאסר בפועל בתוספת 3 שנות מאסר על תנאי. אם ניישם את שיטת הפרשנות שהוצעה על ידי הסניגוריה הציבורית על עובדות המקרה, נגיע למצב בו ייצא חוטא נשכר; שכן, ראובן, שהוטל עליו העונש המרבי שניתן לגזור בשל העבירה שביצע גם לאחר הרפורמה, לא יזכה להפחתה מגזר דינו כלל וכלל. בעוד ששמעון, אשר בית המשפט ביקש דווקא להחמיר עמו, יזכה להקלה בעונשו: הוא ירצה 17 שנות מאסר בפועל ועוד 3 שנות מאסר על תנאי. נהיר לכול כי תוצאה זו קשה להלום.

דוגמה טובה המובאת כבסיס לטיעון נגד עמדה מסוימת, חשופה לטענה הנגדית לפיה הדוגמה לא משקפת את המציאות כהווייתה, או מתעלמת מדוגמאות אחרות. ברם, כפי שניתן לראות, הדוגמה האמורה איננה מקרה בודד, אלא היא חושפת את הקושי בעמדת הסניגוריה הציבורית. חשוב מכך, היא מראה כיצד הגישה המקלה רחוקה מתכלית התיקון, ואף עומדת בניגוד לה.

1. הוראות החקיקה הרלוונטיות לענייננו בנויות בצורה כזו, שרק אם העונש שנגזר על נאשם עולה על 20 שנות מאסר, יש לקצרו. לאמור, עונש מאסר המונה 21 שנים הוא המינימום, מבחינת שנות מאסר, להתערבות עונשית. לצד זאת, יצוין כי לפי הנוהג, אין זה מקובל להטיל על נאשם עונש מאסר מותנה שהפרתו תגרור מאסר של מעל 3 שנים. כך בכלל, וכך בעבירות המתה בפרט. נוהג זה מושרש בפסיקה, על פי הכלל שביחס לעבירות קלות, ואף עבירות שמידת החומרה שהן מגלות בינונית, אין לכבול את ידו ושיקול דעתו של בית המשפט הבא שיידרש לשאלה אם להפעיל את התנאי או להאריכו, היה ויופר התנאי על ידי הנאשם. אשר לעבירות חמורות, בהן עונש המאסר שמושת על נאשם הוא דו-ספרתי, הדגש מושם על עונש המאסר בפועל וקביעת מתחם הענישה הראוי וההולם למאסר מעין זה. להשקפתי, המשותף לכל סוגי העבירות הוא כי על עונש המאסר המותנה להיות מידתי ביחס לעבירה ולעונש המאסר בפועל (ראו למשל, עניין **ריזי**, פסקה 11; [ע"פ 608/07](http://www.nevo.co.il/case/6193046) **פלוני נ' מדינת ישראל**, [פורסם בנבו] פסקה ג (15.3.2007)). המשמעות המעשית של העניין היא שבהתייחס לעונש משולב מהסוג הנידון במקרה זה, אשר עולה על 20 שנות מאסר, אין קורלציה בין תקופת המאסר בפועל שניתן להשית על נאשם ובין תקופת עונש המאסר המותנה שניתן להשית עליו. נציג מספר אפשרויות שיכולות להיות מועלות תחת בקשות קיצור עונש מאסר משולב שכזה, הממחישות את הפערים ביחסים המספריים בין שני סוגי המאסר: מקרה בו מושת על נאשם עונש מאסר הכולל 18 שנות מאסר, יחד עם 3 שנות מאסר מותנה; 19 שנות מאסר בפועל, יחד 2 שנות מאסר מותנה; 20 שנות מאסר בפועל, יחד עם שנת מאסר מותנה אחת. ישנן אפשרויות שונות, אך הפער הכמותי הגדול בין שני סוגי המאסר תמיד בנמצא.

מעבר לזאת, יש להתייחס לכך שדרך המלך היא כי בעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת עונש המאסר המותנה יכנס לתוקף רק לאחר תום ריצוי עונש המאסר בפועל (ראו [סעיף 52(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/52.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). כדי להפחית בעונש מאסר משולב, נראה כי יהיה על הנאשם לרצות מינימום של 18 שנות מאסר בפועל (בתוספת עונש מאסר מותנה שלא עולה על 3 שנים). שאלה היא מדוע בית המשפט יקבע עונש מאסר מותנה אשר ייכנס לתוקפו כמעט בעוד שנות דור. הניסיון מלמד כי לעיתים בית המשפט רוצה להגיע לתוצאה עונשית כוללת גבוהה יותר, ולכן הוא נותן חלק קטן ממנה על תנאי. מנגד, יש ובית המשפט מטיל על נאשם קנס של 10,000 ₪, לצד שנתיים של עונש מאסר מותנה בגין עבירה שאיננה חמורה. במצב דברים מעין זה, ניתן לומר כי עונש המאסר המותנה הוא העונש המרכזי, המבטא את חומרת המעשה. ואולם, אין זה המצב בעבירות המתה, בהן עונש המאסר בפועל עומד בתור העונש המרכזי. מה נפקותו של עניין זה?

נדמה, כי התשובה נוגעת לכך שבית המשפט שגזר עונש משולב הכולל מעל 20 שנות מאסר, שם את הדגש על תקופת המאסר בפועל, ולא על משכו של עונש המאסר המותנה. כך יוצא בפועל, וכך עולה מהנמקות בית המשפט בתיקים כגון דא. אם זהו המצב, ניתן להניח כי בית המשפט שנתן את פסק הדין המקורי לא התכוון לתוצאה לפיה נאשם אשר קיבל עונש מאסר מותנה יזכה בהקלה רק בשל כך, לעומת נאשם שלא הושת עליו עונש שכזה – שכן רכיב זה של העונש עומד בשוליים.

לאחר שהוצגה תכלית התיקון והוראת המעבר הכלולה בו, לרבות שיקולים מעשיים בדבר יישומה, נעבור לבחינת שלוש הגישות הפרשניות שהוצגו בהליך קמא לאורם.

1. **בחינת שלוש הגישות שהוצגו נוכח תכלית החוק**
2. כזכור, הוצגו בהליך קמא ובדיון שנערך לפנינו שלוש גישות פרשניות שונות ביחס לשאלה בה עסקינן. הגישה אותה הציגה הסניגוריה הציבורית; הגישה היחסית, שהוצגה בעמדת המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי, והגישה הכרונולוגית, אותה הציגה המדינה ואותה אימצו שופטי הרוב בהליך קמא. ברם, לאחר שעמדנו על תכליות החיקוקים הרלוונטיים, נראה כי הרציונל העומד בבסיס כל אחת מאותן הגישות אינו תואם להן.

הסניגוריה הציבורית הגדירה את עמדתה בתור "הגישה המהותית". זאת, לאור כוונתה להתייחס ל**מהות** העונש. ואולם, שאלה היא מדוע הדגש המהותי מוביל דווקא לביטול רכיב עונש המאסר בפועל ולא על ביטולו של עונש המאסר המותנה. השם המתאים בעיניי לגישה זו הוא "הגישה המקלה", כי זוהי אכן התוצאה לה היא מביאה. הרי הפחתת עונש המאסר בפועל, מבלי לגעת בעונש המאסר המותנה, ודאי מיטיבה עם הנאשם. אודה כי שקלתי היטב גישה זו. היתרון הגלום בה הוא ההליכה לקראת הנאשם, בדומה להסדרים משפטיים אחרים הקיימים בדין הפלילי. על פי תפישה זו, נכון יהיה כי העדר ההסדרה החוקית הספציפית לשאלה שבפנינו תפעל לטובת הנאשם ולא לרעתו. גישה זו אף עשויה לקבל אחיזה ב"כלל הפרשנות המקלה בפלילים" שנקבע [בסעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). ברם, וכפי שהובהר, לא די בכך; שכן גם תחתיו אנו עדיין מצווים לבחון את תכליות החוק לאור עקרונות שיטת המשפט הפלילי. למרות שגישה זו מקלה עם הנאשם, וזהו יתרונה, אין זה סוף פסוק, אלא יש להוסיף ולבחון את תכליות הדין.

הובהר לעיל באמצעות הדוגמה שהוצגה מדוע אין לקבל את הגישה המקלה. היא עלולה להוביל לתוצאה שאיננה צודקת ואיננה הולמת את תכלית הוראות המעבר. במסגרתה, בהתאם לדוגמה שהובאה, שמעון, אשר הושתו עליו 20 שנות מאסר ו-3 שנות מאסר מותנה, ישב בכלא שלוש שנים פחות ביחס לראובן, שאף הוא קיבל 20 שנות מאסר בפועל. זאת, אך משום שהרוויח מכך שהוטל עליו עונש מאסר מותנה נוסף לעונש המאסר בפועל. תוצאה זו אף פוגעת בעיקרון השוויון. הבהרנו כי אחת מתכליות הוראת המעבר היא לשמור על השוויון בין נאשמים. אם בשוויון עסקינן, ברי כי עליו לחול גם בין נאשמים שנגזר דינם קודם לרפורמה ולאחר הרפורמה, בהתבסס על אותה עבירה. עוד יוזכר, כי תכלית הוראת המעבר לא נועדה להקל ככל שניתן עם נאשם. אכן, עקב מהותו של המשפט הפלילי, הוראת המעבר חלה רק במידה שיש בה כדי להיטיב עם הנאשם ולהקל עמו בדין, ולא במקרה ההפוך. עם זאת, אין זה אומר שבכל נקודה בה נדרש בית המשפט לפרש משמעותו של חוק עליו להקל עם הנאשם כמה שיותר. כמצוות [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) לתיקון, העדפת הפרשנות המקלה היא ברירת המחדל רק כאשר הפרשנות המוצעת מגשימה את תכלית החוק.

1. נבחן את החלופה של הגישה היחסית שהוצגה על ידי שופט המיעוט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. יתרונה נעוץ בשאיפה לדייק. הגישה הציגה נוסחה אשר התחשבה במשקל הכמותי של עונש המאסר המותנה לעומת עונש המאסר בפועל. ברם, דווקא הניסיון להגיע לתוצאה תחשיבית מדויקת – 19 שנה, חודש אחד ו-17 יום של מאסר בפועל – חושף את קשיותה של הגישה. בדרך אגב יוער כי התוצאה אליה מובילה הגישה היחסית תעמיד את יתרת עונשו של המערער, רכיב עונש המאסר המותנה, על עשרה חודשים ו-13 ימים. אף רכיב זה של העונש סובל, לטעמי, מחישוב שאינו תואם את הכללים לענישה ראויה. ביסודו, כלל הגיליוטינה הוא מבחן פשוט וקל ליישום. כך צריך שתהא החלתו וכך ראוי שתהא התוצאה אליה הוא מוביל. קשה לשער כי המחוקק שאף להביא לגזרי דין הכוללים מניין מדויק של שנים, חודשים וימים בהתאם לנוסחה המוצעת תחת גישה זו. בית המשפט הגוזר את דינו של נאשם אמנם יכול להשית עליו עונש מאסר בפועל הכולל, למשל, 16 שנה, חמישה חודשים ו-20 יום, אם מדובר בעבירה חמורה. אך לא כך נהוג בשיטתנו. תוצאה שכזו מעבירה את המסר לפיו גזירת העונש היא פעולה תחשיבית מובהקת, וכמובן שלא זה הוא המצב.

הדוגמה שהובאה בעניינם של ראובן ושמעון אף היא רלוונטית לבחינת הגישה היחסית, אם כי המסקנה העולה ממנה שונה בעוצמתה, במידה זו או אחרת, בהשוואה לאופן בו היא מקרינה על הגישה המקלה. בכל מקרה, גם תחת יישומה של הגישה היחסית, שמעון יוצא נשכר. מן הטעם שהוא עדיין זוכה להפחתה של ממש מעונש המאסר בפועל שהושת עליו, בשעה שבית המשפט שגזר את דינו ביקש להחמיר עמו. זאת, בשל ההפחתה הן מעונש המאסר המותנה הן מעונש המאסר בפועל שהחלת הגישה היחסית גם כן דורשת. למשל, בדוגמה שהובאה עם ראובן ושמעון, ייצא על פי התחשיב שהוצג בדעת המיעוט, כי על שמעון יוטלו 17 שנים וארבעה חודשים של מאסר בפועל, לעומת 20 שנות המאסר בפועל שראובן עדיין יאלץ לשאת בהן.

1. אחרון, נבחן את הגישה הכרונולוגית. זו הוצעה על ידי המדינה ולבסוף אומצה על ידי שופטי הרוב. הקושי בגישה זו נעוץ בטעמיה. נקבע כי הכלל הקובע בעניינה צריך שיהא סדר ריצוי הענישה. על פי תפישה זו, הואיל והמערער אמור לרצות את עונש המאסר המותנה רק עם סיום ריצוי עונש המאסר בפועל, יש לאפשר לנאשם להשלים את יחידת העונש שהוא מרצה כעת – קרי, המאסר בפועל, ולהפחית מן העונש המאוחר יותר בזמן, דהיינו: עונש המאסר המותנה. צוין על ידי בא כוח המדינה כי לו המצב היה הפוך, והנאשם היה מרצה תחילה את העונש המותנה, התוצאה הייתה שונה. אולם הניסיון המשפטי מגלה, בצורה מובהקת וברורה, כי עונש המאסר המותנה ייכנס לתוקף רק לאחר שחרור הנאשם מבית הכלא.

הביקורת העיקרית בהקשר זה נוגעת לשאלה מדוע סדר ריצוי עונשי המאסר השונים הוא זה אשר יקבע את אופן קיצור העונש. הנימוק עליו הגישה הכרונולוגית מושתתת נראה לי מלאכותי. לא ברור מדוע סדר ריצוי העונשים כה מכריע. איזו תכלית תוצאה זו משרתת? כללי הפרשנות בוחנים, כידוע, את לשונו ותכליתו של החיקוק העומד לבחינה. בהיעדר עדיפות לשונית בין התוצאות שנידונו, תועדף הפרשנות המקלה לחוק. ואולם, ניתן לומר כי הפתרון המוצע על ידי המדינה עשוי לגלות כי אין תכלית מאחורי הפרשנות שהיא מציעה, וכי עלינו לצעוד בסדר הענישה בלי סיבה ברורה לכך. אם זהו המצב, מתחזקת טענת הסניגוריה הציבורית לפיה בהיעדר תכלית שתומכת בעמדת המדינה לעומת עמדתה שלה, יחול [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). קרי, כלל הפרשנות המקלה. בעיניי, זוהי נקודת החולשה של עמדת הרוב וזו שהוצגה על ידי המדינה. נכון הוא כי תרומתה של עמדת המדינה הייתה בחשיפת החולשה בעמדת הסניגוריה הציבורית. אך זו הייתה פחות משמעותית בבואה להציג נימוקים המצדיקים את קבלת גישתה שלה. הושם דגש בטיעוני המדינה על כלל הגיליוטינה. אכן, כלל זה דורש מבחן יעיל ופשוט שאינו מתעלם מעיקרון סופיות הדיון. אך הצורך לספק מענה לשאלה מדוע יש לאמץ תחתיו פרשנות ההולכת לכיוון זה ולא לכיוון אחר – עדיין עומד בעינו. כך בפרט כאשר עונש המאסר בפועל, הניתן בגין עבירות הכוללות עונשי מאסר בפועל לתקופות ארוכות, לרוב קודם לעונש המאסר המותנה. יוצא אפוא כי יישומה של הגישה הכרונולוגית מביא לתוצאה זהה, כמעט תמיד, לפיה העונש שלא יקוצר במקרים דנן יהא דווקא רכיב המאסר בפועל. אם כן, הגישה הכרונולוגית מוצגת, על פני הדברים, כגישה ניטרלית אשר לא מגלה העדפה לאף אחד מרכיבי המאסר השונים. אך אל לנו להתעלם מהמציאות המשפטית ומן התוצאה האמורה של יישומה.

מכך יוצא כי כל גישה עוברת את המבחן הלשוני אך מתקשה אל מול מבחן התכלית.

1. **הכרעה – מאסר מותנה תחילה**
2. מסקנתי היא כי אין לקבל את שלוש הגישות שהוצגו. על יסוד בחינת תכליות החיקוקים הרלוונטיים ושיקולים מעשיים, הייתי מציע גישה פרשנית אחרת. נראה לי כי התוצאה הראויה היא שימת דגש דווקא על עונש המאסר בפועל. עונש זה הוא לב גזר הדין בתיקים הנוגעים לעבירות המתה לפי [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) הישן.

מתן עדיפות לשמירה על עונש המאסר המותנה, כפי שמציעה הסניגוריה, איננה משתלבת עם כוחו היחסי של רכיב זה בענישה, לעומת עונש המאסר בפועל. כאמור, עלינו לפרש את הוראות חקיקה בהתאם ללשונה, תכליתה ועקרונותיה החוקתיים של שיטת המשפט הפלילי, גם בהיבט המעשי החוסה תחת ריאליזם משפטי. על כן, בבחינת הגשמת תכליות החוק ביחס לפרשנויות החוק במקרה דנן – שומה עלינו לבחון גם את השפעתן על עקרונות היסוד של הדין הפלילי ואת השלכות הרוחב, החורגת מן המקרה הפרטני של המערער, אשר צפויות לעלות מהעדפת אחת מהן. אין בידי לקבל את העמדה לפיה כלל הפרשנות המצמצמת מחייבנו להכשיר פרשנות לשונית אשר יישומה מובילנו לתוצאות משוללות היגיון משפטי העומדת בסתירה לעקרונות היסוד של השיטה, הגם שהיא מקלה עם נאשמים. אדרבה, דומה כי התיבה "לפי תכליתו", המצויה בלשון [סעיף 34כא](http://www.nevo.co.il/law/70301/34ka) לחוק, נועדה למנוע תרחיש זה בדיוק ([דנ"פ 1558/03](http://www.nevo.co.il/case/5777082) **מדינת ישראל נ' אסד**, פ"ד נח(5) 547, 558 (2004); [ע"פ 8573/96](http://www.nevo.co.il/case/5674009) **מרקדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 481, 500 (1997)). לפיכך, עלינו להימנע מאימוץ גישה אשר יישומה ייצור סטיות מהותיות בענישת נאשמים המעלות חשש לקיומה של ענישה שרירותית או מקרית, ופוגמות בהגשמת עיקרון השוויון בין נאשמים ומטרות הענישה.

ההכרה בדינאמיות של המשפט הפלילי ונגזרותיה, כמו גם הצורך להפנים נורמות חדשות המקלות עם הנאשם ביחס למידת ענישתו ולשמירה על השוויון בין הנאשמים, מתעצמים כאשר עסקינן בעבירת המתה לפי [סעיף 300א](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) לחוק. ייחודה של עבירת ההמתה חייב לתת את אותותיו. בין עבירות ההמתה, יש כזו המחייבת השתת עונש מאסר עולם ([סעיף 301א](http://www.nevo.co.il/law/70301/301a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301)). אף גם בהיעדר חובה שכזו, נודה כי בכל הקשור לעונש המאסר בגינן השאלה איננה האם, אלא כמה. כך בוודאי בעבירת המתה שהעונש המרבי שניתן להטיל בגינה הוא 15 או 20 שנה כפי שבענייננו, בהתאם לחלופה. הדגש הוא על רכיב עונש המאסר בפועל. כך בכלל, וכך ביתר שאת במקרה שהצדיק הטלת עונש מאסר העולה על 20 שנה. מתוך תקופה זו, לא נהוג להטיל עונש מאסר מותנה העולה על שלוש שנים. אלו הנתונים שבהם עוסק סעיף 25(ג) לתיקון. מהם עולה פער אינהרנטי בין משקל רכיבי הענישה השונים בעונש מאסר משולב. היותו של עונש המאסר בפועל זה העומד במרכז הענישה בעבירות ההמתה, עולה גם מבחינה סובייקטיבית של האופן שבו בתי המשפט מנמקים את גזרי דינם, כאשר הללו בוחרים להשית עונש מאסר מותנה נוסף לעונש מאסר בפועל במקרים כגון דא. משכך, מעבר לאפשרות להביא לתוצאה שאיננה צודקת במקרה שבו קיצורי עונש יתרכזו בקיצור עונש המאסר המותנה, כפי שעולה מדוגמת בא כוח המדינה, נכון הוא כי המיקוד בעניין זה יהא על עונש המאסר בפועל. דהיינו, חשיבותו של התיקון נעוצה בכך שנאשם לא ירצה בגין עבירה זו מעל ל-20 שנות מאסר בפועל.

הגישה הראויה, בעיניי, עבור כל סוגי המצבים, היא "עונש מאסר מותנה תחילה". הווה אומר, היה ועונש המאסר שנפסק בעבירה לפי סעיף 300א לדין הישן עולה על 20 שנות מאסר, תחילה יש להוריד את עונש המאסר המותנה. תוצאה זו איננה קשורה לנימוק הכרונולוגי של מועד ביצוע העונשים. אלא, היא מתייחסת למרכזיות כל אחד מרכיבי המאסר בשקלול הכולל של הדברים. יוצא, כי מסכים אני עם התוצאה אליה הגיעה המדינה בתיק זה. נראה כי יישום גישתה והגישה שמציע אני יובילו לתוצאות דומות ברוב המקרים העוסקים בקיצור עונשים משולבים. החריג לכך, הוא מצב בו יוטל תחילה עונש מאסר מותנה ולאחר מכן עונש מאסר בפועל. בעבירת הרצח, עניין זה למעשה תיאורטי – בוודאי בחיי המעשה. אולם בכל מקרה, חשוב לעמוד על ההנמקה הראויה לפתרון הסוגיה המונחת לפנינו.

גישה זו מתאימה לכלל הגיליוטינה או כלל שיקול הדעת הצר, קלה ליישום ולא עולה ממנה מורכבות. במסגרתה, מבוקשת אך הידרשות מינהלית לקציבת מועד עונש מתוקן, ללא הפעלת שיקול דעת ופתיחת הליכים מחדש. כלל הכרעה זה משחרר את בתי המשפט מן הצורך לערוך תחשיבים מורכבים המביאים לתוצאות לא סבירות, תוך יצירת הבחנות דקות אשר לא בהכרח תואמת את הכוונה העומדת מאחורי גזר הדין המקורי (על הצורך להימנע מיצירתן של הבחנות משפטיות מורכבות או קשות ליישום, ראו למשל [ע"א 358/83](http://www.nevo.co.il/case/17920284) **שולמן נ' ציון חברה לבטוח בע"מ**, פ"ד מב(2) 844, פסקה 32 לפסק דינו של השופט **א'** **ברק** (1988)). מנימוקים אלה, הגישה לפיה יקוצר עונש המאסר המותנה תחילה, היא גם זו אשר תואמת בצורה המיטבית את כלל הגיליוטינה הקבוע בפסיקה. זאת, לצד התאמתה ללשון החוק, ולתכלית האובייקטיבית והסובייקטיבית של דברי החקיקה שנבחנו.

**סוף דבר**

1. השאלה העומדת לפנינו היא כזו שראוי היה שהמחוקק יסדירה במסגרת התיקון ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301). אולם, משבאה לפתחנו, אי אפשר להימנע מלתת בה הכרעה לגופה. וזאת, על פי הוראות הדין הפלילי ובהתחשב בעקרונות היסוד שלו.

אשר על כן, משיקולים עקרוניים ומעשיים אלו, אציע לחבריי לדחות את הערעור. אם תשמע דעתי, בבואנו לקצר עונש בעקבות חיקוק מקל, יש לקצר תחילה את עונש המאסר המותנה. לפיכך, קיצור עונשו של המערער יעשה כהוראת בית המשפט המחוזי ויעמוד על 20 שנות מאסר בפועל, אם כי מנימוקים אחרים, שעשויים להשפיע על מקרים אחרים.

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

**השופט י' עמית**:

אני מסכים.

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

**השופט ע' גרוסקופף:**

אני מסכים לפסק דינו של חברי, השופט **ניל הנדל**.

חברי פרש משנה רחבה וסדורה, ולפיכך אסתפק בדברים קצרים.

למערער נפסק עונש מאסר של 23 שנים, מהן 22 שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי, וזאת על פי הדין שנהג בשעתו ([סעיף 300א.](http://www.nevo.co.il/law/70301/300a) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז-1977). הדין החדש מגביל את עונש המאסר המקסימאלי שניתן להטיל בגין ההרשעה בעבירת המתה בנסיבות בהן עסקינן, ומעמידו על 20 שנות מאסר ([סעיף 301ב.(ב)(2)](http://www.nevo.co.il/law/70301/301b.b.2) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301), תשל"ז - 1977). הוראת המעבר ([סעיף 25(ג)](http://www.nevo.co.il/law/70301/25.c) ל[חוק העונשין](http://www.nevo.co.il/law/70301) (תיקון מס' 137), התשע"ט – 2019) מצווה אותנו להחיל מגבלה זו גם על עניינו של המערער, וזאת למרות שגזר דינו הינו חלוט. לפיכך עלינו למזוג את העונש שנגזר על המערער לתוך המסגרת המצמצמת החדשה שקבע המחוקק. השאלה היא כיצד יש לעשות כן – דהיינו כיצד למזוג עונש של 22 שנות מאסר בפועל ושנה מאסר על תנאי, לתוך מסגרת ענישה מצמצמת היכולה להכיל רק 20 שנות מאסר בסך הכל. התשובה לכך היא שיש לעשות כן על בסיס שני כללים:

**ראשית**, יש למזוג למסגרת המצמצמת את אשר כבר ריצה המערער, שכן את הנעשה לא ניתן להשיב;

**שנית**, מבין העונשים שטרם רוצו, יש למזוג תחילה את העונש המרכזי שגזר בית המשפט בשעתו על המערער, דהיינו את עונש המאסר בפועל, ורק ככל שנותר מקום במסגרת המצמצמת, למזוג את עונש המאסר על תנאי.

הרציונל העומד בבסיס שני הכללים הוא שהגבלת סמכות הענישה בשל החקיקה החדשה אינה מצדיקה גזירה דה-נובו של העונש, אלא יש לקיים עד כמה שניתן את העונש המקורי שהוטל בשעתו. מכאן שיש לקטום את העונש בדרך שתביא להתערבות המינימאלית בענישה שהושתה על המערער, תוך שמירה על זכויות הנאשם. זכותו של הנאשם כי עונש שכבר רוצה על ידו יובא בחשבון תחילה, ואולם ביחס לעונשים שטרם רוצו יש להעדיף את הותרת העונש העיקרי שהושת על המערער (המאסר בפועל), על פני העונש המשני (המאסר על תנאי).

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

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט **נ' הנדל**.

ניתן היום, ‏י"ג באב התשפ"א (‏22.7.2021).

5129371

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 54678313ש ו פ ט | ש ו פ ט ת | ש ו פ ט |

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

20021490\_Z02.docx מא

מרכז מידע, טל' 077-2703333, 3852\* ; אתר אינטרנט, [https://supreme.court.gov.il](https://supreme.court.gov.il/)

נ' הנדל 54678313-2149/20

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

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