#### בתי המשפט

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | | | |
| בית משפט מחוזי חיפה | | פ 000275/03 | |
|  | |
| בפני: | כב' השופט י. אלרון | תאריך: | 19/10/2003 |

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| ;בעניין: | | פרקליטות מחוז חיפה | | | המאשימה |
|  | |  | |  |  |
|  | | נ ג ד | | |  |
|  | | שיח ודיע | | |  |
|  | |  | |  | הנאשם |
|  | נוכחים: | | ב"כ המאשימה - עו"ד גב' בדארנה  הנאשם - בעצמו (ע"י הליווי)  ב"כ הנאשם - עו"ד נשר | | |

# 

לערעור בעליון (נדחה, 17.3.05): [עפ 6070/04 ודיע שיח נ' מדינת ישראל](http://www.nevo.co.il/Psika_word/mechozi/0406070.doc), מ' חשין, מ' נאור, א' רובינשטיין

הנאשם הורשע על פי הודאתו, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום. העבירות בהן הורשע הנאשם הן בניגוד **לסעיפים 144 (ב) ו- 144 (א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977**, דהיינו: נשיאת והובלת נשק שלא כדין והחזקת נשק שלא כדין.

ספרות:

חיים ה' כהן **המשפט**

[יעקב קדמי **על סדר הדין בפלילים - חלק ראשון - הליכים שלפני משפ**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2344)

**גזר דין**

הנאשם הורשע על פי הודאתו, במסגרת הסדר טיעון, בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום.

העבירות בהן הורשע הנאשם הן בניגוד **לסעיפים 144 (ב) ו- 144 (א) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977**, דהיינו: נשיאת והובלת נשק שלא כדין והחזקת נשק שלא כדין.5129371

על פי ההסדר שגובש בין ב"כ הצדדים, נתבקש בית המשפט להשית על הנאשם עונש מאסר בפועל. באשר למשכה של תקופת עונש המאסר בפועל, הצהירו ב"כ הצדדים כדלקמן:

**"יהא זה שנתיים וחצי או 3 וחצי שנות מאסר במצטבר לעונש אותו הוא מרצה כעת בתיק אחר, כאשר ההכרעה בעניין זה, תהא לפי החלטת בית המשפט באשר לתקפות התנאי שעומדת כנגד הנאשם".**

לענין עונש המאסר המותנה, סוכם כי הדבר ישאר לשיקול דעת בית המשפט.נ

הודע לצדדים כמקובל כי אין בית המשפט מחוייב בהסדר אליו הגיעו.

בתמצית אציין כי על פי עובדות כתב האישום, בהן הורשע הנאשם, על פי הודאתו, פנה הנאשם ביום 9.6.2003 בסמוך לשעה 21.30, אל בן דודו, חייל בשירות סדיר, אשר שירת בבסיס צבאי וביקש לקבל **"לכמה דקות"** את נשקו מסוג 16M ארוך (להלן: **"הנשק"**).ב

החייל הנ"ל, שהיה בתורנות שמירה באותה עת, סירב תחילה לבקשה ואולם לאור דברי הנאשם, כי הוא "**צריך את הנשק דחוף והוא יחזיר לו אותו בעוד 5 דקות"** מסר את הנשק לידי הנאשם.

הנאשם לקח את הנשק, הכניסו לתא המטען ברכב בו הגיע לבסיס הצבאי ונסע מהמקום.

בפועל, הנשק לא הוחזר לחייל ולא אותר עד עתה.ו

היות ובתיק זה קיימת חובת תסקיר, נתבקש שירות המבחן להכין תסקיר בענינו של הנאשם.נ

בתסקיר נמנעה קצינת המבחן, מלבוא בהמלצה בענינו.ב

כפי שצויין בתחילת גזר דין זה, ב"כ הצדדים סיכמו ביניהם את המסגרת העונשית, אותה יתבקש בית המשפט לאמץ, כאשר המחלוקת הינה לענין תקפות עונש מאסר מותנה התלוי ועומד כנגד הנאשם.ו

לשם הסר ספק, הצהירו ב"כ הצדדים בפני בית המשפט כי הפעלת תקופת עונש המאסר המותנה, שבמחלוקת בין הצדדים כאמור לעיל, הינה מהוה טווח ענישה.

אקדים ואומר כי הרשעת הנאשם בעבר והרשעתו עתה, בעבירות שעניינן נשק, יש בהן כדי ללמד כי בפנינו נאשם אשר לא למד את לקחו, שב ומבצע עבירות אשר כל כולן במציאות חיינו, מהוות סכנה לשלום הציבור ולבטחונו. ואמנם אין אלא לשער מה ניתן ומה אפשרי לבצע בכלי נשק זה, בין אם הוא מגיע לידיים עויינות את בטחון המדינה או פליליות.

כאמור, זו הפעם השניה בה מורשע הנאשם בעבירה שענינה נשק. בעקבות הרשעתו בבית הדין הצבאי, נגזרו עליו 50 חודשי מאסר בפועל.נ

את החומרה במעשיו של הנאשם, ביטאו כב' שופטי בית הדין הצבאי בציינם:

**"הנשק שהוצא, נעלם ולא הוחזר. אין אנו יודעים ואך לנאשם הפתרונים, היכן מצוי הנשק. מכל מקום הנשק לא הוחזר והוא מתגלגל לו כעת ועלול להגיע, אם הדבר טרם התרחש, לידיים עויינות או פליליות. העקשותו של הנאשם להמנע מלומר את אשר ארע עם הנשק, מסכלת כל סיכוי להשיבו לבעלים ואפשרות בירור להיכן הגיע, חוסר רצונו של הנאשם לשתף פעולה עם חוקריו בעניין זה, אינו אלא בבועה להטמעות ערכים עבריניים בקרבו ומיאונו של הנאשם לנטשם. התרסה זו כלפי רשויות החקירה והחוק, מחייבת ענישה קפדנית ומחמירה לבל יצא החוטא נשכר מפרי פשעיו".**

(עמ' 1 לגזר הדין מיום 15.7.2002).ב

עינינו הרואות כי בעודו מרצה את עונשו, יוצא הנאשם לחופשה לביתו בת 48 שעות ובפרק זמן זה, מקיים את דברי שופטי בית הדין הצבאי, בדבר **"הטמעות ערכים עברייניים בקרבו".ו**

לנוכח נסיבות מעבר העבירות, אשר בגינן הובא לדין בבית הדין הצבאי ובתיק הפלילי שבפני, התלבטתי לא מעט, האם יש לקבל את הסדר הענישה אליו הגיעו באי כוח הצדדים, והרי בפנינו נאשם אשר שב ומבצע עבירות שעניינן החזקת כלי נשק שלא כדין.

יחד עם זאת, יוצא אני מנקודת ההנחה כי באי כוח המאשימה שקלו את מכלול השיקולים הרלוונטים טרם ההגעה להסדר זה ובכלל זה, את אינטרס הציבור.

כמו כן, יש להביא כנימוקים לקולא את הודאת הנאשם בפתח משפטו, לקבלת אחריות למיוחס לו בכתב האישום וחסכון הזמן השיפוטי עקב כך ועל כן, החלטתי בסיכומו של דבר, לאמץ את המסגרת העונשית אליה הגיעו באי כוח הצדדים.

המחלוקת בין הצדדים, מתמצת בשאלה הפרשנית האם כאשר בית הדין הצבאי, קבע בגזר הדין שתקופת התנאי תחל מיום "**שחרורו מן המאסר"** יש לראותו כמי שהתכוון לבטל את תחולת תקופות התנאי הסטטוטוריות, המצטברות לתקופת התנאי השיפוטית? דהיינו, האם נקבע בגזר הדין של בית הדין הצבאי, שהמאסר המותנה שהושת על המורשע, לא יהיה בר הפעלה, בכל מקרה במהלך כל התקופה הקודמת לשחרורו של המורשע/הנאשם מן המאסר ובכלל זה בתקופות התנאי הסטטוטוריות ש**בסע' 52ג' לחוק העונשין**, כגון: במהלך חופשותיו המיוחדות של הנאשם מהכלא.נ

נשוב ונזכיר כי עונש המאסר המותנה בן 24 חודשים, הינו מתיק בית דין צבאי צפון 395/01 שבו נגזרו על הנאשם 50 חודשי מאסר בפועל וזאת, בין היתר, בגין עבירות בניגוד ל**סעיף 78 לחש"צ ו-144 לחוק העונשין, תשל"ז - 1977.**

על פי האמור בהכרעת הדין בה הורשע הנאשם בבית הדין הצבאי, הגיע למחנה יחידתו במטרה ברורה, והיא, גניבת נשקו של חייל אחר ומימש מטרה זו, בעת שהנשק היה מתחת למזרן מיטתו של אותו חייל. חמישה ימים לאחר מכן הציע לאחר לרכוש ממנו את הנשק הגנוב והמצוי ברשותו בתמורה לתשלום סך של 11,000 ₪.

בגזר הדין (צפון 395/01) שניתן כנגד הנאשם ביום 15.7.02, קבעו שופטי בית הדין הצבאי כדלהלן:

**"החלטנו לגזור לנאשם בגין שתי העבירות בהן הורשע בתיק זה (50) חמישים חודשי מאסר לריצוי בפועל ומנינם מיום מעצרו בתיק זה. נוסף על כך אנו גוזרים לנאשם 24 ח' מאסר אותם לא ירצה אלא אם בתוך שנתיים מיום שחרורו מן המאסר ישוב ויעבור עבירה שעניינה החזקה או סחר בכלי נשק מסוג שהוא"** (ההדגשה הוספה).ב

לצורך הכרעה בסוגיה שבמחלוקת, שבין ב"כ הצדדים, אציין את העובדות הבאות המהוות את נקודת המוצא לדיוננו בסוגיה זו:

א. גזר הדין בתיק צפון 395/01 ניתן על ידי שופטי בית הדין הצבאי ביום 15.7.2002.ו

ב. הנאשם עבר את העבירות, בתיק שבפני, ביום 9.6.2003 בהיותו בחופשה בת יומיים מהכלא, בו ריצה את עונש המאסר בן 50 החודשים, אשר הוטל עליו כמצוין בסעיף א' לעיל.נ

ב"כ הצדדים חלוקים ביניהם, באשר למצויין בגזר הדין בתיק ביה"ד צפון 395/01 וזאת כדלקמן:

**"....נוסף על כך אנו גוזרים על הנאשם 24 חודשי מאסר, אותם לא ירצה, אלא אם בתוך שנתיים מיום שחרורו מן המאסר ישוב ויעבור עבירה שענינה החזקה או סחר בכלי נשק מסוג שהוא".ב**

לשיטת ב"כ המאשימה, יש להפעיל את עונש המאסר המותנה, כך שסך הכל על הנאשם יהיה לרצות עונש מאסר בפועל של 3 וחצי שנות מאסר, בעוד שב"כ הנאשם טוען, כי אין להפעיל עונש מאסר מותנה זה ואזי אז עונש המאסר אשר יוטל על הנאשם יהיה שנתיים וחצי בלבד.ו

לטענת ב"כ המאשימה, הביע המחוקק את עמדתו הברורה לעניין זה, בסעיף 52 (ג) לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 המקביל לסעיף 32 (ד) לחוק השיפוט הצבאי, תשט"ו- 1955.

בנסיבות הענין, טוענת ב"כ המאשימה, כי הביטוי **"מיום שחרורו מן המאסר"**, אין לראותו כהוראה אחרת של ביהמ"ש לעניין הסעיף הנ"ל וזאת לאור ההלכה והפרשנות אשר יש ליתן לאמור בסעיף החוק הנ"ל.נ

ב"כ המאשימה טוענת למעשה כי בית הדין הצבאי ודאי לא התכוון לבטל את תקופות התנאי המצטברות, הקבועות בחוק. הוסיפה וטענה כי כוונת שופטי בית הדין הצבאי ותכלית הענישה בהטילם על הנאשם את תקופת התנאי של 24 חודשים, יש בה כדי גישה מחמירה כלפיו שבאה לידי ביטוי בענישה "כמעט תקדימית" של הטלת 50 חודשי מאסר בפועל, על נאשם "שהודה" ועברו הפלילי, עד אז, ללא רבב.ב

וכשם שבמסגרת צבאית סגורה, עבר עבירות בנשק, ברור כי גם במסגרת כלא עלול לעבור עבירות כאלה, ולא היתה כוונה לפטור אותו מענישה.ו

כמו כן הוסיפה וטענה עו"ד גב' חן כי בחוק השיפוט הצבאי קיימת הוראה מקבילה לסע' 52 לחוק העונשין: סע' 32 לחוק השיפוט הצבאי, רק שמוסיף את נושא המחבוש. ואילו חפץ בית הדין לסטות מן ההסדר הסטוטורי היה מנמק זאת כמצוות סע' 460 לחש"צ.נ

בנוסף לכל אלה, הפנתה ב"כ המאשימה למקבץ פסקי דין שניתנו בסוגיה המתייחסת לתקפות עונש מאסר מותנה אשר הוטל על נאשמים והפרשנות שנדונה בפסקי דין אלה. כך, הזכירה ב"כ המאשימה את הנאמר בענין במנוקלר ( ע"פ 8329, 7150/00 פד"י נו' (4) עמ' 255) עליו סומך הסניגור את טיעוניו, אליהם נפנה בהמשך גזר דין זה.ב

בענין במנוקלר נקבע כי ביצוע העבירה, בזמן עיכוב ביצוע, לא תפעיל את התנאי מסיבות שונות. כב' השופט ת. אור באמירת אגב הסכים עם דעת הרוב, אך נתן נימוק שונה, בדעת מיעוט, בציינו כי השופט קבע **"הוראה אחרת בפסק דין לרבות כזאת שסותרת את תכלית המחוקק זו תחול"**.ו

עמדת ב"כ הנאשם כפשוטה הינה כי קביעת שופטי בית הדין הצבאי, בגזר דינם כי 24 חודשי המאסר המותנים לא ירוצו **"אלא אם בתוך שנתיים מיום שחרורו מהמאסר ישוב ויעבור עבירה שענינה החזקה או סחר בכלי נשק כלשהו"** יש בה כדי האמור בחוק באשר להתנאה לתקפותו של עונש המאסר, שיש לראותה "כהוראה אחרת של בית המשפט" לצורך סעיף **52ג' לחוק העונשין התשל"ז-1977.**

יתרה מזו, ב"כ הנאשם מציין בסיכומיו, כי: אין חולק כי העבירות בהן הורשע הנאשם בתיק זה, הן עבירות **"כפולות שעניינן החזקת כלי נשק" ולכן הן נכנסות בגדר הביטוי עבירה נוספת "כמשמעותו בסעיף 56(א) לחוק העונשין ובעקרון, יש בהן כדי להפעיל את המאסר המותנה".**

יוצא מן האמור לעיל, כי לשיטת ב"כ הנאשם, קביעת בית הדין הצבאי הינה "הוראה אחרת" כאמור בסיפא של סע' 52 (ג) לחוק העונשין ומכאן שהעונש המותנה איננו בר הפעלה.נ

הסניגור המלומד, תולה את יהבו, בדעת היחיד של כב' השופט אור, בענין במנוקלר ומוסיף ומציין כי לא מדובר בהערת אגב, אלא בהנמקה בגינה השופט אור הצטרף לדעתם של כל שאר השופטים ודחה את ערעור המדינה.

מוסיף וטוען הסניגור כי לא ניתן לראות בעמדות השופטים האחרים, כשוללות את מסקנתו של השופט אור וכי השופטים האחרים ודאי קראו את פסק דינו ולא מצאו לנכון לשלול או לסתור את גישתו הפרשנית.ב

כמו כן פסק הדין במנוקלר, פורסם כחודשיים, לפני פסק הדין של בית הדין הצבאי בענינו של הנאשם וחזקה על שופטי ההרכב שהיו מודעים לתחולת התנאי ובכל זאת בחרו להשתמש בגזר הדין בנוסח זהה, לזה שעמד במוקד הדיון במנוקלר, לגבי מועד תחילת תקופת התנאי.ו

מכאן, שלא מדובר בניסוח שנעשה בהיסח הדעת, אלא באופן מודע ומתוך כוונה ברורה שתקופות התנאי הסטטוטוריות לא יחולו.נ

מוסיף על כך עו"ד נשר וטוען כי פסקי הדין עליהם מסתמכת ב"כ המאשימה, לא סותרים את עמדת כב' השופט אור בפרשת במנוקלר וכי כלל פרשני ידוע ומוכר במשפט פלילי קובע שהנאשם זכאי להנות מכל ספק המתעורר לגבי פרשנות של החוק, וכאשר קיימת אפשרות סבירה לפרש את החוק בשני אופנים, יעדיף בית המשפט בפלילים, את דרך הפרשנות הנוחה לנאשם, היינו זו הפוטרת אותו מעונש (ר' ע"פ 489/84 כהן נ' מ"י, פד"י לט' (2), 169 בעמ' 175).ב

כלל פרשני זה מעוגן בחקיקה הפלילית בהוראת סע' 34 כא' לחוק העונשין תשל"ז-1977 הקובעת מהי דרך הפרשנות הראויה בנורמה פלילית באלו המילים:

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

ומכאן, כי על הנאשם להנות מן הספק ומן הפרשנות שנוחה לו יותר.נ

רוצה לומר אדם שצו שיפוטי מטיל עליו חובה, מגבלה או איסור, צריך שידע בבירור, מתוך קריאה פשוטה של הצו ומבלי להיזקק לפלפול לשון ופרשנות, מה בדיוק החובה או המגבלה שהוטלו עליו, ומה בדיוק היקפם ותחולתם.ב

אני סבור כי יש לקבל את עמדת ב"כ המאשימה, כי במקרה דנן עונש המאסר המותנה חל ועל כן יש להפעילו.

נפנה תחילה לסעיף **52ג' לחוק העונשין התשל"ז-1977**, אשר לפרשנותו אנו נדרשים הקובע כדלקמן:

**"תקופת התנאי תתחיל ביום מתן גזר הדין ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר - ביום שחרורו מהמאסר: אולם תקופה שאסיר נמצא בה מחוץ לבית סוהר בשל שחרור בערובה מכח סימן ב' לפרק ג' לחסד"פ (נוסח משולב) התשמ"ב-1982 בשל חופשה מיוחדת או מכח סימן ב' (1) לפרק ו' יראו אותה כתקופת תנאי מצטברת לתקופת התנאי שקבע בית המשפט והכל כשבית המשפט לא הורה אחרת".ו**

אין חולק על כך כי תכליתה של ההוראה, כמצוין בסע' 52ג' הנ"ל, הינה להבטיח את האפקטיביות של המאסר על תנאי בכך שמוציאה מתוך התנאי השיפוטי את תקופת הכליאה וממלאת את "החללים" הנוצרים במהלך הכליאה, מסיבות שונות המפורטות בסעיף החוק, על ידי הארכת תקופת התנאי באורך מצטבר (ר' ע"פ 2713/01; ע"פ 1179/92).נ

לעניין זה, מן הראוי להפנות לדברי י' [**קדמי בספרו "על סדר הדין בפלילים"**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2344) חלק שני הדין בראי הפסיקה:

**"כאמור בסעיף 52(ג) לחוק העונשין - תקופה שהאסיר נמצא בה מחוץ לבית הסוהר בשל שחרור בערובה , בשל חופשה מיוחדת או בשל ריצוי עונש בעבודות שירות הינה "תקופה מצטברת" לתקופת התנאי... תקופות אלו נחשבות "כתקופות תנאי"**

(שם בעמ' 1045).

למעשה, מבקש מאיתנו ב"כ הנאשם לראות בדברי שופטי בית הדין הצבאי, **"אלא אם בתוך שנתיים מתוך שחרורו מן המאסר ישוב ויעבור עבירה שעניינה החזקה או סחר בכלי נשק מסוג שהוא"** כהחרגה של האמור בסעיף 52(ג) לחוק העונשין.

סוגיה זו של הפעלת עונש מאסר מותנה, בגין עבירות אשר בוצעו על ידי נאשם זה או אחר, במהלך פרק הזמן בו הוא נתון במאסר, נדונה לא אחת בעבר.ב

ולענין זה יפים דברי כב' הנשיא א. ברק בע"פ 1779/92 בענין כחיל:

**"הנה כי כן עיון בלשונו של סע' 52ג' ובטיב הסבריו הצביע באופן ברור על תכלית החקיקה. התכלית היתה להוסיף לתקופת התנאי שקבע בית המשפט 'תקופת תנאי מצטברת', החלה בתקופה שבה אסיר אשר טרם שוחרר ממאסרו מצוי מחוץ לכתלי בית הסוהר ואשר מבחינת המדיניות העומדת ביסוד מוסד המאסר על תנאי ראוי הוא שתקופת התנאי תחול בה. תכלית זו עולה יפה כאשר בוחנים את מצב האסיר המצוי בחופשה מיוחדת הך טבעי הוא מנקודת מבט דיני המאסר על תנאי שאותה תקופה תחשב כתקופת התנאי, על מנת שהאופי המחנך והמרתיע של המאסר על תנאי ישפיע את השפעתו על האסיר בתקופה זו...".ו**

(מד"י נ' כחיל מז' (1) עמ' 739 בעמ' 744).נ

במקרה דנן, עינינו הרואות כי ל**"אופי המחנך והמרתיע"** של עונש המאסר על תנאי, לא היתה כל השפעה על הנאשם והלה כעולה מעובדות כתב האישום החזיק, נשא והוביל נשק שלא כדין, בעודו מרצה את עונש המאסר בפועל ומעל לראשו מרחפת עננת עונש המאסר המותנה בן 24 חודשים.

אני סבור כי בית הדין הצבאי לא הורה אחרת, כאמור בסיפא של סע' 52 לחוק, ועל כן העונש המותנה הינו בר הפעלה.

נראה כי גם אין צורך להיזקק לפרשנות תכליתית של הוראת החוק וגזר דינו של בית הדין הצבאי, שאף הם מובילים לאותה תוצאה. יפים לענין זה דבריו של בית משפט העליון בע"פ 271/01 בענין טולדנו:

**"סע' 52 (ג) של חוק העונשין התשל"ז-1977 קובע את מועד תחילתה של תקופת התנאי:**

**תקופת התנאי תתחיל ביום מתן גזר הדין ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר - ביום שחרורו מהמאסר...והכל שבית המשפט לא הורה אחרת.ב**

**וכאן ראוי להפנות לכך שבית המשפט המחוזי אשר קבע את תקופת התנאי בע"פ 2002/99, לא זו בלבד שלא הורה אחרת בשאלת מועד תחילתה של "תקופת התנאי", אלא הלך בעקבות הוראתו של סע' 52 (ג) כלשונה עד שנדמה כי אמירתו של בית המשפט בענין זה ("מהיום"), היתה מיותרת".ו**

(פד"י מה' (3), 830 עמ' 835-834)

לעניננו, נזכיר את שנפסק בע"פ 5568/99 בענין שחאדה, וזאת כדלקמן:

**"סוגיית הפעלת מאסר על תנאי שהושת על אסיר שהפר את התנאי כשהוא עבר את העבירה בהיותו אסיר בחופשה, הוסדרה בסעיף 52 (ג) לחוק העונשין תשל"ז-1977 הקובע לאמור:**

**'תקופת התנאי תתחיל ביום מתן גזר הדין ואם הנידון נושא אותו זמן עונש המאסר - ביום שחרורו מן המאסר; אולם תקופה ששאסיר נמצא בה מחוץ לבית הסוהר בשל שחרור בערובה..., בשל חופשה מיוחדת או..., יראו אותה כתקופת תנאי מצטברת לתקופת התנאי שקבע בית המשפט; והכל כשבית המשפט לא הורה אחרת'.נ**

**בית משפט זה נתן דעתו להוראות סעיף זה וקבע כי הוראת הסעיף מכסה תקופות שבהן האסיר טרם שוחרר ממאסר אך הלכה למעשה אינו מצוי בבית הסוהר אלא בחופשות. כן קבע, כי על עבירות שבוצעו באותן תקופות ויש בהן משום הפרת התנאי התלוי מעל לראשו של האסיר, יופעל המאסר על תנאי התלוי ועומד (ראה לענין זה ע"פ 1779/92 מדינת ישראל נ' עארף כחיל, פ"ד מז (1), 739 והאסמכתאות הנזכרות בו וכן רע"פ 4554/99 שריקי נ' מדינת ישראל (טרם פורסם).ב**

**אכן בית המשפט שגזר את התנאי, קבע כי תוקפו יחל מיום שחרור הנאשם מן המאסר. אלא שבכך לא אמר אלא את אשר נאמר ברישא של סעיף 52 (ג) וזהו אכן הכלל. בית המשפט לא גילה דעתו בשאלה המועלית כאן, שהיא, הפעלת התנאי כאשר העבירה נעברה בהיות הנאשם בחופה. מצב זה מוסדר בהמשכו של סעיף 52 (ג). אשר על כן היה על בית המשפט להפעיל את התנאי".ו**

(פד"י נג(5), 43 בעמ' 46 עד עמ' 47).נ

נראה כי בפרשת שחאדה, בית המשפט גם עשה שימוש בניסוח דומה "יחל מיום שחרור הנאשם מן המאסר", אולם ניסוח זה ודאי לא מוביל לתוצאה אליה מבקש להגיע הסניגור המלומד גם בעניננו, בית הדין הצבאי, לא גילה את דעתו בשאלה המועלית כאן שהיא הפעלת התנאי כאשר העבירה נעברה בהיות המורשע בחופשה (ר' ענין דומה ברע"פ 6099/03 פלאחין נ' מ"י).ב

נראה כי הדיעה שהובעה בפרשת במנוקלר, על ידי כב' השופט אור, הינה דעת יחיד באותה פרשה, רוב ההרכב נסמך על נימוקים אחרים באותה פרשה וכב' השופט אור נימק את עמדתו בכך, כי הנוסח בו נקט בית המשפט שונה מן הנוסח שבחוק.ו

לעניננו, כאמור, בפסק דין שחאדה, בית הדין לא נקט ב"נוסח שונה" כל מה שנאמר בגזר הדין של בית הדין, כתוב ברישא של סעיף 52 (ג) לחוק הנ"ל.

מעבר לדרוש, אציין, כי לעניות דעתי הפרשנות המוצעת על ידי הסניגור, מחטיאה את התכלית שמאחורי הוראת סע' 52 (ג) לחוק העונשין ואת גזר דינו של בית הדין הצבאי. מתוך קריאת מלוא גזר הדין, אכן נראה, כפי שבצדק טוענת ב"כ המאשימה, כי לא היתה כל כוונה להקל עם המורשע,

נראה איפוא שקבלת עמדתו של הסניגור שבית המשפט סטה מן הכלל של סעיף 52 (ג) איננה מתיישבת עם המסר ההרתעתי אותו רצה להעביר בית הדין הצבאי.

אמנם, שלא כטענת ב"כ המאשימה, בבית הדין הצבאי נוהלו הוכחות (והנאשם לא הודה כפי שטענה המאשימה בסיכומיה) אולם עדיין ניכרת גישה מחמירה בפסק הדין הצבאי.

הפרשנות המוצעת על ידי הסניגור, גם מחטיאה את התכלית שמאחורי סע' 52 (ג) הנ"ל שהיא הבטחת האפקטיביות של המאסר המותנה. לענין זה נפנה לנאמר בע"פ 2713/01 בענין פחימה הדן בתכלית סע' 52 (ג) לחוק העונשין וזאת כדלקמן:

**"תכליתה של ההוראה, כעולה מלשונה ומהקשר הדברים, היא להבטיח את האפקטיביות של המאסר שעל תנאי, בכך שמוציאה היא מכלל התנאי השיפוטי את תקופת הכליאה וממלאת את החללים הנוצרים במהלך הכליאה, מסיבות שונות המפורטות בהוראה, על ידי הארכת תקופת התנאי באורח מצטבר. כאמור, ההוראה מתייחסת לחללים מסוימים בלבד, היא קובעת מועד אחד לתחילת התנאי - הוא יום השחרורו ממאסר, בגדרו נכלל אף מועד השחרור ברשיון (ראו דברי השופט יצחק כהן בע"פ 691/78 מור יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד לג (2) 500, בע' 501) - ואין בה הוראה המאפשרת עצירתו. כך, בעוד שברע"פ 7510/00 במנוקלר נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (4) 258 (להלן במנוקלר) - שעל פי עובדתיו החלת התנאי על תקופת עיכוב ביצוע העונש היתה מחייבת את פיצול התקופה -נפסק בהרכב מורחב, כי למרות הפגיעה בתכלית ההרתעתית של התנאי בתקופה שבה הנאשם היה חופשי, הרי באין קביעה בחוק בדבר פיצול, לא יחול התנאי בתקופה שבה מעוכב ביצוע העונש. וכך כתב השופטת דורית ביניש, שם, בעמ' 272".**

**(**ר' גם את הנאמר בע"פ 8329/00 7510/00 בענין במנוקלר אליהו נ' מד"י, פד"י נו' (4), 258 עמ' 269, 270 לענין תכלית האמור בסיפא של סע' 52 (ג)).

לבסוף אפנה לטענתו האחרונה של הסניגור, כי הפרשנות של ב"כ המאשימה מביאה לכך כי הנאשם לא יודע **"בבירור מתוך קריאה פשוטה של הצו, ומבלי להיזקק לפלפול ולפרשנות מה בדיוק החובה שעליו למלא".**

נראה כי ב"כ הנאשם מבקש להיתלות באילן עקרון החוקיות. אכן נפסק בע"פ 8329/00, 7510/00 בענין במנוקלר כדלקמן:

**"המאסר על תנאי הוא סוג של עונש ולכן החלתו במצבים החורגים מהגבולות שהותוו בהוראת סעיף 52 (ג) לחוק העונשין באופן שיש בו כדי להחמיר עם הנאשם מנוגדת לעקרון החוקיות במשפט הפלילי, עקרון שזכה לעיגון חקיקתי, עם חקיקת חוק העונשין (תיקון מס' 69) (חלק מקדמי וחלק כללי) תשנ"ד-1994 יפים לכאן דבריו של חיים כהן בספרו** [**המשפט**](http://www.nevo.co.il/safrut/bookgroup/2485) **(מהדורה שניה מתוקנת ומורכבת תשנ"ז) בעמ' 664-665:**

**'אין עונשין לא מקל וחומר ולא מגזרה שווה ולא מהיקש או אנלוגיה, לא ממנהג ולא מנוהג, לא מפוליטיקה ולא מאידאולוגיה, לא מצרכי השעה ולא משיקולי הכרח - רק מן החוק הכתוב והחקוק שבו נעשה מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים לעבירה הפלילית. מה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת שום פרשנות ושום הגיון אינם יכולים לעשות'.**

(פד"י נו (4), 258 בעמ' 274, 273).

אולם, בעניננו, אין מקום לטיעון זה, גם אם נניח כי המורשע האמין שבמידה ויעבור עבירה בזמן חופשתו מן הכלא, עונש התנאי לא יופעל, אזי טעה בדין ותו לא.

זאת ועוד, המורשע ידע וגם ידע שעובר עבירה בזמן חופשתו מבית הסוהר, שם מרצה עונש בגין עבירה דומה.

לענין החומרה שבעבירות בזמן חופשה מן הכלא, נפנה לנאמר בע"פ 5568/99 מ'"י נ' שחאדה פד"י נג' (3), עמ' 43:

**"יש לראות בחומרה רבה מצב בו מי שנתון במאסר או בחופשה ממאסר, עובר עבירות במהלך מאסרו או בחופשה ממנו. עבריין כזה מעיד על עצמו כי אין הוא נרתע מלהמשיך בסורו ואף העונש אותו הוא מרצה אינו מרתיע אותו. עבריין כזה קורא תיגר על הסדר החברתי. עבריין כזה מראה בכך כי הוא בחר בפשע כדרך חיים...".**

סיכומו של דבר, אני סבור כי יש להפעיל את עונש המאסר המותנה התלוי ועומד כנגד הנאשם כך שירצה עונש מאסר בפועל של 3 וחצי שנים, כולל עונש המאסר המותנה התלוי ועומד נגדו, מתיק בית הדין הצבאי צפון 391/01.

בנוסף על כך, אני מטיל על הנאשם 10 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים, לבל יעבור עבירה בה הורשע בתיק זה.

זכות ערעור תוך 45 יום מהיום.

**ניתן היום כ"ג בתשרי, תשס"ד (19 באוקטובר 2003) במעמד הצדדים.**

|  |
| --- |
| **יוסף אלרון, שופט** |

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח