



בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7768/15

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

המערער: פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד מיום 8.10.2015 בתפ"ח 42240-03-14 שניתן על ידי כבוד השופטים: ר' לורך – סג"נ, צ' דותן וע' וינברג-נוטוביץ

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

בשם המערער: עו"ד בועז קניג

בשם המשיבה: עו"ד הילה גורני

בשם שרות מבחן למבוגרים: ברכה וייס

פסק-דין

השופט ס' גובראן:

1. מהו דינו של מעצר בפיקוח אלקטרוני לעניין ניכוי ימי מעצר מתקופת המאסר שהוטלה על אדם, בעקבות כניסתו לתוקף של החוק לפיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), התשע"ה-2014 (להלן: חוק פיקוח אלקטרוני)? זו השאלה המרכזית בערעור שלפנינו.

2. מדובר בערעור על גזר דינו של בית המשפט המחוזי מרכז-לוד (סגנית הנשיא ר' לורך והשופטים צ' דותן ו-ע' וינברג-נוטוביץ) בתפ"ח 42240-03-14 מיום 8.10.2015,

בגדרו הושת על המערער עונש של 40 חודשי מאסר בפועל; 18 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירת מין מסוג פשע; 8 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירת מין מסוג עוון; 6 חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים שלא יעבור עבירת רכוש מסוג עוון; ופיצוי למתלונן בסך 15,000 ש"ח.

3. יצוין כבר עתה, כי במסגרת גזר דינו, בית המשפט המחוזי הורה כי מתקופת מאסרו של המערער תנוכה התקופה בה נמצא במעצר מאחורי סורג ובריח, אך לא ינוכה פרק הזמן בו שהה במעצר בית בפיקוח אלקטרוני.

כתב האישום והכרעת הדין

4. ביום 13.4.2015, המערער הורשע בבית המשפט המחוזי, על יסוד הודאתו בעובדות כתב אישום מתוקן, בעבירות של גניבה, לפי סעיף 384 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן בהתאמה: חוק העונשין ו-עבירת הגניבה); ומעשה סדום, לפי סעיף 347(ב) בנסיבות סעיף 345(א)(1) לחוק העונשין (להלן: עבירת מעשה הסדום).

5. על פי עובדות כתב האישום המתוקן, בין המערער לבין המתלונן לא הייתה היכרות מוקדמת. בליל יום 17.3.2014, ניגש המערער אל המתלונן – שהיה קטין באותה תקופה – בעת שזה המתין בגפו לחברו בסמטה. לבקשתו של המערער כי יביא לו סיגריה, המתלונן השיב כי אין ברשותו סיגריה. בתגובה, המערער החל לחפש בכיסיו של המתלונן ונטל מהם, ללא רשות, טלפון נייד (להלן: הטלפון) וכרטיס בנקט השייכים למתלונן, וכן הסיר מצווארו שרשרת זהב (להלן: השרשרת). המערער דרש מהמתלונן כי ימסור לו את הקוד הסודי של כרטיס הבנקט, ונענה בשלילה. מיד לאחר מכן, המערער דרש מהמתלונן כי יבצע בו מין אוראלי. משסירב המתלונן לכך, המערער הפשיל את מכנסיו ותחתוניו, אחז במתלונן בחוזקה והורידו בכוח אל ברכיו, תוך שהוא מצמיד את איבר מינו לפניו. המתלונן התנגד וביקש מהמערער כי יעזוב אותו, אך המערער התעלם מתחינותיו והמשיך בניסיונותיו להחדיר את איבר מינו לפיו של המתלונן עד שהדבר עלה בידיו. בעקבות זאת, הקיא המתלונן. בשלב זה, המערער החזיר למתלונן את כרטיס הבנקט, ואז הפשיל בכוח את מכנסיו ותחתוניו של המתלונן. המערער ציין בפני המתלונן כי ישיב לו גם את שאר הפציו אם יאפשר לו להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו, ובמקביל השיב את השרשרת לכיסו של המתלונן. לאחר מכן, ניסה מספר פעמים להחדיר את איבר מינו לפי הטבעת שלו. בסיום האירוע, עזב המערער את המקום תוך שנטל עמו את הטלפון.

6. להשלמת התמונה העובדתית, יצוין כי המערער נעצר ביום 17.3.2014, והמשיבה הגישה בקשה למעצרו עד לתום ההליכים המשפטיים נגדו במסגרת מ"ת 42283-03-14. ביום 20.4.2014 הורה בית המשפט המחוזי (השופט א' טטולר) על שחרורו של המערער לחלופת מעצר של מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, וביום 18.3.2015 הורה בית המשפט המחוזי (השופט מ' ברק נב), בהסכמת המשיבה, על הסרת הפיקוח האלקטרוני מעל המערער. מן האמור עולה, כי המערער שהה כחודש ימים במעצר מאחורי סורג ובריח, ועוד 332 ימים במעצר בית בפיקוח אלקטרוני.

גזר הדין של בית המשפט המחוזי

7. ביום 8.10.2015, בית המשפט המחוזי גזר את דינו של המערער. בית המשפט קבע תחילה כי המעשים המיוחסים למערער מהווים אירוע אחד, נוכח קרבת הזמנים והקשר ההדוק ביניהם, ולפיכך מצא כי יש לקבוע בגינם מתחם עונש הולם אחד.

8. בקביעת מתחם העונש, בית המשפט המחוזי עמד על הערכים אשר נפגעו מביצוע העבירות, על מדיניות הענישה הראויה בהן, ועל נסיבות ביצוען. בית המשפט המחוזי מצא כי הערכים שנפגעו בשל עבירת מעשה הסדום הם ריבונות המתלונן על גופו, כבוד האדם שלו וזכותו לביטחון; בעוד עבירת הגניבה פגעה בזכות הקניין שלו – וכי הפגיעה בערכים אלו רבה. אשר לנסיבות ביצוע העבירות, בית המשפט הדגיש כי מדובר בנסיבות חמורות: המעשים בוצעו תוך הפעלת כוח ובאכזריות רבה; הם נעשו חרף התנגדותו הפיזית המפורשת של המתלונן; מדובר במספר מעשים נמשכים ולא במעשה בודד; בין המערער למתלונן לא הייתה היכרות מוקדמת; המתלונן היה קטין במועד ביצוע המעשים; ולמתלונן נגרמו נזקים משמעותיים, כפי שאלו עלו מעדותו בבית המשפט. מאידך, בית המשפט המחוזי עמד על כך שהמערער עצמו היה קורבן לתקיפה מינית בילדותו עליה לא גילה למשפחתו, וכי זו יצרה אצלו תחושות של זעם, תסכול ומצוקה, אשר התפרצו ללא כל הכנה מוקדמת בשעת האירוע. בית המשפט המחוזי מצא כי מדובר בגורם אשר הביא את המערער לבצע את המעשים, וכי מדובר בשיקול לקולה בקביעת מתחם העונש. על יסוד דברים אלו, ולאחר בחינת הפסיקה בעבירות אשר נסיבותיהן דומות, בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם לעבירות נע בין 4 ל-8 שנות מאסר בפועל.

9. בקביעת העונש המתאים למערער, בית המשפט המחוזי עמד על הטיפול אותו עבר המערער לאורך ההליך השיפוטי. בית המשפט המחוזי מצא כי הטיפול הביא לכך שהמערער הבין והפנים את חומרת מעשיו, הודה בביצועם והביע עליהם חרטה כנה

ואמיתית. בית המשפט הוסיף שמתסקיר שירות המבחן שנערך בעניינו של המערער, עלה כי הוא הבין את הצורך בענישה ובריצוי מאסר, וכי הוא רואה בתקופה זו כפרק זמן שיאפשר לו לרכוש כלים להתמודדות עם קשייו השונים. נוכח כל האמור, ובהסתמך על עמדת שירות המבחן לפיה יש למערער פוטנציאל רב להשתקם ולחזור לתפקוד נורמטיבי בחברה, כמו גם על השתייכותו של המערער לקבוצת "הבגירים הצעירים", בית המשפט המחוזי מצא כי יש מקום לחרוג לקולה ממתחם העונש שנקבע משיקולי שיקום. כן עמד בית המשפט המחוזי על הפגיעה האפשרית של העונש במערער ובמשפחתו, ועל משך הזמן הרב בו נמצא במעצר בית בפיקוח אלקטרוני כשיקולים לקולה בנסיבות המקרה. על סמך שיקולים אלה, בית המשפט המחוזי השית על המערער את העונשים המפורטים בפסקה 2 לעיל.

10. לאחר דברים אלו, בית המשפט המחוזי דחה את בקשת המערער לנכות מתקופת מאסרו של המערער את פרק הזמן בו היה נתון במעצר בית בפיקוח אלקטרוני. בית המשפט המחוזי ציין כי חוק פיקוח אלקטרוני אמנם העלה את מעצר הבית בפיקוח אלקטרוני לדרגה של "מעצר", אך הדגיש כי קיימים הבדלים מהותיים בינו לבין מעצר מאחורי סורג ובריח: המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקיים במקום אשר נבחר על ידי העצור ובהסכמתו; בנסיבות שבהן נותרת בידו שליטה מסוימת על אורחות חייו ועל פרטיותו; ובתנאים אשר אינם שוללים את חירותו אלא מגבילים אותה בלבד. בסופו של דבר, בית המשפט המחוזי נמנע מקביעה עקרונית לעניין ניכוי תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני, שכן בנסיבות המקרה הפרטני, חוק פיקוח אלקטרוני נכנס לתוקף רק לאחר שהמערער שוחרר ממעצר זה. בשל כך, בית המשפט המחוזי מצא כי השינוי לעניין מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני לא חל על המערער, והוסיף וציין כי ממילא נעשתה התחשבות בתקופה הארוכה שבה המערער שהה במעצר בפיקוח אלקטרוני כשיקול לקולה בעת גזירת עונשו. מכאן הערעור שלפנינו.

נימוקי הערעור ותשובת המשיבה

11. בערעורו, המערער טוען כי היה מקום לנכות מתקופת מעצרו את התקופה בה נמצא במעצר בפיקוח אלקטרוני, משום שבעקבות חוק פיקוח אלקטרוני, מדובר במעצר לכל דבר. המערער מפנה לחיזוק עמדתו בעניין זה להחלטתו של בית משפט זה בבש"פ 4658/15 פ"ש נ' מדינת ישראל (8.7.2015) (להלן: עניין פ"ש), בו הודגש כי נאשם המצוי בפיקוח אלקטרוני הוא עצור על כל ההשלכות הנובעות מכך. לעמדת המערער, בהינתן ההלכה הפסוקה לפיה, ככלל, מחויבת הערכאה הדיונית להביא בחשבון את תקופת מעצרו של אדם ולנכות אותו מעונש המאסר שהוטל עליו – הרי שבעקבות חוק

פיקוח אלקטרוני והשינוי שנוצר במעמדו של מעצר זה, יש לקבוע כי תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני תנוכה גם היא מתקופת המאסר.

12. לחלופין, המערער סבור כי יש לנכות מחצית מימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר. זאת, בהסתמך על הפרשנות האפשרית אשר במאמרו של רון שפירא "חוק הפיקוח האלקטרוני – הערות והארות" הסנגור 217, 4 (2015) – לפיה ניתן להציע תחשיב לניכוי ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני, המבוסס על ההבדלים בין המועדים הסטטוטוריים שנקבעו למעצר מאחורי סורג ובריה ולמעצר בפיקוח אלקטרוני בסעיפים 60-61 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים). הואיל ונקבעו מגבלות זמן כפולות למעצר בפיקוח אלקטרוני ביחס למעצר מאחורי סורג ובריה בסעיפים אלו, המחבר העלה את האפשרות כי יום מעצר בפיקוח אלקטרוני יחשב למחצית מיום מעצר מאחורי סורג ובריה. לגישת המערער, פרשנות זו היא פרשנות ראויה, והוא מבקש להחיל אותה על עניינו, ככל שייקבע כי אין מקום לניכוי מלוא תקופת המאסר.

13. באשר לעניינו הפרטני, המערער גורס כי בית המשפט המחוזי שגה בקביעה כי הוראות חוק פיקוח אלקטרוני, המשנות את מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני, אינן חלות עליו. המערער טוען כי מדובר בשינוי חקיקתי אשר נועד לפעול לטובתם של נאשמים ועצורים, וככזה יש להחיל אותו גם על אותם נאשמים אשר שוחררו ממעצר לפני כניסתו של התיקון לתוקף. המערער מפנה להוראות שונות בחוק העונשין, כגון סעיף 5(א) לחוק, לפיו במקרה שבו נעברה עבירה, ובטרם ניתן פסק דינו בעניינו של הנאשם בה חל שינוי בחוק לגבי הגדרתה, האחריות לה או העונש בגינה, יחול על עניינו של הנאשם החיקוק המקל עמו. לטעמו של המערער, הוראות אלו מלמדות על כוונתו הברורה של המחוקק כי שינוי חקיקה יפעל לטובתו של הנאשם. בנוסף, המערער טוען כי הבחנה בין עצורים שונים המבוססת על מועד כניסתו לתוקף של חוק פיקוח אלקטרוני הינה שרירותית ובלתי הוגנת. לפיכך, המערער סבור כי יש להחיל את חוק פיקוח אלקטרוני גם על עניינו, ולהורות על ניכוי ימי מעצרו בפיקוח אלקטרוני מתקופת מאסרו.

14. ביום 28.2.2016, הגיש המערער בקשה לתקן את ערעורו ולהוסיף אליו טיעונים לעניין חומרת העונש. התרנו את התיקון המבוקש, והוא הוגש בו ביום. בנימוקיו הנוספים, המערער טוען כי מתחם העונש שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי חורג לחומרה ממדיניות הענישה הנוהגת בעבירות אשר נסיבותיהן דומות. לעמדתו, מתחם העונש ההולם היה צריך לנוע בין 18 ל-36 חודשי מאסר בפועל. בנוסף, המערער

סבור כי בית המשפט המחוזי לא העניק משקל מספיק להעדרו של תכנון מוקדם ולהתעללות אותה עבר ואשר עמדה ביסוד המעשים. לבסוף, המערער גורס כי בית המשפט המחוזי לא ייחס משקל מספיק לנסיבותיו האישיות שאינן קשורות בביצוע העבירה, וכי הוא שגה בכך שלא סטה לקולה ממתחם העונש משיקולי שיקום. נוכח כל האמור, המערער טוען כי יש להקל בעונש שהוטל עליו.

15. המשיבה, מאידך, סבורה כי יש לדחות את הערעור. לעמדתה, העונש שהוטל על המערער הוא ראוי, ואין בו כל סטייה ממדיניות הענישה בעבירות דומות. המשיבה מדגישה כי בית המשפט המחוזי התייחס לכל הנסיבות אותן פירט המערער בערעורו וייחס להן משקל, כאשר לשיטתה התוצאה שאליה הגיע היא עונש מתון מאוד ביחס לעבירות החמורות שבוצעו, וכי עונשו זה מקל עם המערער בשל נסיבותיו האישיות.

16. באשר לסוגיית ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני, המשיבה סומכת את ידיה על קביעתו של בית המשפט המחוזי, לפיה חוק פיקוח אלקטרוני אינו חל על המערער, באשר הפיקוח האלקטרוני עליו הוסר שלושה חודשים טרם כניסתו של התיקון לתוקף. לגופו של עניין, עמדת המשיבה היא כי אין מקום לנכות ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת מאסר. לגישתה, הרציונל העומד מאחורי ניכוי ימי המעצר בפסיקת בית משפט זה הוא בדמיון המהותי בין המעצר לבין המאסר, כך שאי-ניכויים של ימים אלו יוצר חשש מפני "כפל ענישה". המשיבה גורסת כי מבחינת המאפיינים המהותיים, המעצר בפיקוח אלקטרוני דומה לחלופת המעצר, בכך שהגבלת חירותו של העצור בפיקוח אלקטרוני היא מוגבלת ומותירה בידו מידה ניכרת של שליטה על אורחות חייו. לדידה של המשיבה, להימצאותו של נאשם בתנאים מגבילים יש להעניק משקל כאחד השיקולים במסגרת גזירת הדין, ולא במסגרת ניכוי ימי מעצר.

דיון והכרעה

17. אין בידי להיעתר לערעור על חומרת העונש שהוטל על המערער. הלכה ידועה היא שערכאת הערעור אינה מתערבת בחומרת העונש שנקבע על ידי הערכאה הדיונית, אלא במקרים חריגים בהם העונש שנגזר חורג במידה רבה מרמת הענישה הנוהגת או הראויה במקרים דומים (ראו: ע"פ 2715/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 6 (20.9.2015); ע"פ 5767/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 90 (16.6.2015); ע"פ 5500/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (6.11.2014)). במקרה שלפנינו, מצאתי כי העונש שהוטל על המערער הוא ראוי בהתחשב במכלול נסיבות העניין.

18. המקרה שלפנינו הוא מקרה חמור ביותר. המערער כפה את עצמו על המתלונן חרף התנגדותו הברורה, תוך הפעלת כוח רב. הוא לא חדל ממעשיו גם כאשר המתלונן הקיא כתוצאה מהחדרת איבר מינו של המערער לפיו. לכל אורך האירוע, המערער השפיל את המתלונן והתייחס אליו באופן מבזה, ואף ניסה להתנות את השבת הרכוש אותו נטל מהמתלונן בכך שזה יסכים בביצוע מעשה סדום בגופו. חברה מתוקנת אינה יכולה להשלים עם מעשים מעין אלו, והם מחייבים התייחסות עונשית מתאימה – אשר תשקף את הפגיעה בביטחוננו של הפרט ובאוטונומיה שלו על גופו, ותשדר מסר הרתעתי המכוון אל עברייני מין פוטנציאליים (ראו: ע"פ 1072/15 שייניס נ' מדינת ישראל, פסקאות 42-43 (10.11.2015); ע"פ 1287/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקאות 14-15 (5.8.2015); ע"פ 9994/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 14 (11.8.2008)).

לא מצאתי ממש בטענתו של המערער, לפיה מדיניות הענישה בעבירות דומות נעה בין 18 ל-36 חודשי מאסר בפועל. פסק הדין אליו הפנה המערער, ע"פ 4604/15 פלוני נ' מדינת ישראל (18.11.2015), כלל אינו רלבנטי למקרה שלפנינו, שכן הוא עוסק בעבירות מין אשר בוצעו על ידי קטין ומשכך הוא נידון לפי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971. עיון בפסיקה עליה הסתמך בית המשפט המחוזי מלמד כי מדובר במקרים הדומים בנסיבותיהם לעניינו של המערער, וכי מתחם העונש שנקבע בגזר דינו תואם את מדיניות הענישה הנוהגת בעבירות מין בין זרים אשר כללו שימוש באלימות (ראו והשוו: ע"פ 1384/15 אזברגה נ' מדינת ישראל (16.12.2015); ע"פ 5084/12 שקורי נ' מדינת ישראל (15.9.2013)).

19. כמו כן, לא מצאתי עילה להתערבותנו בעונש שנגזר על המערער. ניכר כי בית המשפט המחוזי שקל בגזר דינו את מלוא השיקולים לקולה העומדים למערער וייחס להם משקל גבוה בעת הטלת העונש. בניגוד לטענת המערער, בית המשפט המחוזי אכן סטה לקולה ממתחם העונש אותו קבע, לאחר שמצא כי נסיבותיו האישיות של המערער הן ייחודיות במידה היוצרת סיכויים ממשיים לשיקומו ולהשתלבותו המחודשת בחברה (ראו פסקה 64 לגזר הדין). על כן, דין הערעור על חומרת העונש להידחות.

מעצר בפיקוח אלקטרוני

20. נותרה סוגיית ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר. כבר בפתח הדברים, אעיר כי מצאנו שאין מקום להיעתר לערעור ביחס למערער עצמו, שכן בית המשפט המחוזי צדק בקביעתו, לפיה הוראות חוק פיקוח אלקטרוני הנוגעות להעלאת מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני לדרגת "מעצר" כלל אינן חלות על המערער.

סוגיית תחולתו של חוק פיקוח אלקטרוני על מי ששחרר למעצר בפיקוח אלקטרוני טרם כניסתו של החוק לתוקף נבחנה על ידי בית משפט זה (השופט א' שהם) ברע"פ 7994/15 חלאילה נ' מדינת ישראל (22.12.2015) (להלן: עניין חלאילה). בית המשפט מצא כי נוכח הוראתו של סעיף 7(ג) לחוק פיקוח אלקטרוני, הקובעת כי "הוראות סעיפים 122, 222, ו-222 יב לחוק המעצרים בסעיף 1 לחוק זה, יחולו גם לעניין מי שהיה נתון בפיקוח אלקטרוני לפי הוראת השעה" – הרי שכוונת המחוקק הייתה שהחוק יוחל רק ממועד כניסתו לתוקף והלאה, מלבד אותם סעיפים ספציפיים בעלי אופי טכני-פורמלי אשר הוזכרו בסעיף 7(ג). לפיכך, בית המשפט קבע כי נאשם אשר החל את תקופת מעצרו בפיקוח אלקטרוני טרם כניסתו של החוק לתוקף מוחרג מתחולתו (וראו גם: רע"פ 977/16 דין נ' מדינת ישראל (10.2.2016)). בית משפט זה אשרר החלטה זו במותב שלושה בראשות חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, בע"פ 3974/15 אבו צעלוק נ' מדינת ישראל (23.12.2015) (להלן: עניין אבו צעלוק), כך שזו מהווה עתה הלכה. משהוסר הפיקוח האלקטרוני מעל המערער בטרם נכנס לתוקפו חוק פיקוח אלקטרוני, ניתן היה להסתפק בכך כדי לדחות את הערעור.

21. עם זאת, סברנו כי מן הראוי להכריע בגדר הליך זה בטענה העקרונית הנוגעת לניכוי ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת מאסר, על רקע הוראות חוק פיקוח אלקטרוני. הן בעניין חלאילה והן בעניין אבו צעלוק, הוחלט להותיר סוגיה זו לעת מצוא, ונדמה כי הגיעה העת להכריע בה. זאת, משום שהעדרה של הלכה מחייבת של בית המשפט העליון בסוגיה יוצרת מצב של אי-בהירות, בסוגיה בה קיומן של הכרעות סותרות עלול ליצור הפליה חריפה בין נאשמים. אל הערכאות הדיוניות מוגש מספר רב של בקשות לניכוי ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני, בהסתמך על לשון ההחלטה בעניין פישר, ואנו סבורים כי נדרשת הכרעה עקרונית, אשר תנחה את הערכאות הדיוניות בהחלטותיהן.

22. סדר הדיון יהיה כדלקמן: ראשית, אעמוד בקצרה על הכללים הנוהגים בדבר ניכוי ימי מעצר; לאחר מכן, אבחן את חוק פיקוח אלקטרוני ואת כוונת המחוקק הגלומה בו ביחס לסוגיה שלפנינו; ולבסוף, אבחן האם על רקע ההלכות הנוהגות בבית משפט זה, יש לקבוע כי ניתן לנכות את ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר. במסגרת דיון זה, אוסיף ואפנה למשפט המשווה, ואבחן את הכללים הנוהגים בסוגיית ניכוי ימי המעצר במספר מדינות מעבר לים. אקדים ואומר, כי נוכח ההבדלים המהותיים בין מאפייניהם של המעצר מאחורי סורג וברית לבין המעצר בפיקוח אלקטרוני, מצאתי כי לא ניתן לגזור גזירה שווה ביניהם לעניין ניכוי ימי מעצר – וכי

ההתחשבות בתקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני ראוי לה שתיעשה כאחד משיקולי הענישה בעת גזירת הדין.

ניכוי ימי מעצר מתקופת מאסר – הדין הנוהג

23. בדין הישראלי אין הוראת חוק המחייבת את בית המשפט לנכות את ימי מעצרו של נאשם שהורשע בעבירה, מתקופת המאסר שהוטלה עליו בגזר הדין. ברירת המחדל הסטטוטורית בסוגיית ניכוי ימי המעצר מופיעה בסעיף 43 לחוק העונשין, אשר קובע כי "מי שנידון למאסר תיחשב תקופת מאסרו מיום גזר הדין, אם לא הורה בית המשפט הוראה אחרת". חרף האמור, כבר בשנותיה הראשונות של המדינה התפתחה פרקטיקה שיפוטית של התחשבות בתקופת המעצר בעת גזירת העונש (ראו: ע"פ 13/53 ביטון נ' היועץ המשפטי, פ"ד ז 463 (1953)). ברבות השנים, הפך הנוהג המורש להלכה פסוקה, המחייבת את הערכאה הדיונית לקחת בחשבון, בין מניין שיקוליה בעת גזירת הדין, את התקופה בה שהה הנאשם במעצר (ראו למשל: רע"ב 4865/04 מדינת ישראל נ' סויסה, פ"ד ס(2) 57, פסקה 6 (2006)). אמנם, הודגש לא אחת כי לנאשם אין זכות קנויה לניכוי ימי מעצרו, וכי מדובר רק באחד משיקולי הענישה הנלקחים בחשבון על ידי בתי המשפט בעת גזירת העונש (ראו: רע"פ 7584/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (2.12.2015); ע"פ 5529/12 אוהב ציון נ' מדינת ישראל, פסקה 8 (9.11.2014); יניב ואקי, רותי קמיני ויורם רבין "עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות" הפרקליט נג(1) 1, 20-22 (2014)), אך בנוסף הוטעם כי "ככלל, ראוי שהתקופה בה שוהה נאשם במעצר עד להרשעתו וגזירת דינו ינוכו מעונש המאסר הסופי, על מנת להימנע מכפל ענישה. רק במקרים חריגים תהיה הצדקה שלא לנכות את תקופת המעצר מעונש המאסר" (ראו: ע"פ 5760/14 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 22 (3.6.2015) (ההדגשה במקור – ס.ג.); וראו גם: ע"פ 4152/13 ישראלי נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (13.8.2014) (להלן: עניין ישראלי)).

24. הרציונל העומד ביסודו של הכלל בדבר ניכוי ימי המעצר הוא עיקרון החירות, והצורך הנגזר ממנו להימנע מכפל ענישה. כידוע, בשלב שבו טרם נגזר דינו של נאשם, ממשיכה לרחף מעל ראשו חזקת החפות, ועל כן מקובל לומר כי אופיו של המעצר אינו עונשי אלא מניעתי (ראו למשל: על"ע 9/82 סלומון נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד לז(3) 609, 614-615 (1983)). בשל כך, בהתאם להוראת סעיף 21 לחוק המעצרים, ניתן להורות על מעצרו של אדם מאחורי סורג ובריה רק במקרים בהם קיים יסוד סביר לחשש כי אי-מעצרו יביא לשיבוש ניהולו התקין של המשפט, או יסכן את ביטחונו של אדם או של הציבור – ולא ניתן להפיג את החשש הזה באמצעי אחר. עם זאת, חרף

האופי המניעתי, ברי כי המעצר – בדומה למאסר – מהווה שלילה של חירותם של העצירים, ופוגע פגיעה משמעותית בזכויות היסוד ובאינטרסים בסיסיים שלהם (ראו: רע"פ 165/05 צומן נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (13.1.2005); בש"פ 5142/99 מורוזובה נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(5) 643, פסקה 12 (1999); וראו ביקורת על תפיסת המעצר כאמצעי מניעתי נוכח הזהות בינו לבין המאסר אצל רינת קיטאי סנג'רו שלילת החירות בטרם הכרעת הדין (2011) בפרק החמישי שכותרתו "מעצר לשם מניעת ביצוען של עבירות"). בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), השופטת ד' דורנר עמדה על הקשיים הנלווים למעצר ביחס למאסר:

"למרבת הצער, ההליכים הפליליים נמשכים לעתים קרובות חודשים רבים. כל אותו זמן העצירים מוחזקים כלואים בתנאים קשים יותר מאלה שבהם מוחזקים אסירים. עצירים אינם זכאים לחופשות ולטיפול שיקומי. ניתוקם מקשה עליהם להכין את הגנתם" (שם, בעמ' 645; ההדגשה הוספה – ס.ג.).

ניכוי ימי המעצר מתקופת המאסר, כך נקבע, מאפשר להעניק "ביטוי לכלל לפיו מעצר אינו עונש, אלא תוצאה מתחייבת על מנת להגן על הציבור מפני נאשמים אשר מסוכנותם הוכחה לכאורה בכתב האישום, בהעדר חלופה מתאימה" (ראו: עניין ישראלי, פסקה 10). במילים אחרות, אלמלא היו ימי המעצר מנוכים מתקופת המאסר, הרי שלמעשה היה הנאשם נושא בפועל בתקופה ארוכה יותר של שלילת חירותו, מאשר זו אשר נקבעה כהולמת את מעשיו בגזר הדין.

25. הדין הנוהג לעניין מעצר הבית, בתקופה עובר לכניסתו לתוקף של חוק פיקוח אלקטרוני – שונה הוא. בע"פ 1626/91 דקה נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(5) 76, 80-81 (1991) (להלן: עניין דקה), הודגש על ידי בית משפט זה:

"בדרך הבחנה דומה - באופן כללי - בין מעצר בית מוחלט למעצר מאחורי סורג ובריח נוהגים אנו גם לעניין חישוב תקופת המעצר כאשר בית המשפט משית עונש של מאסר בפועל. מקובל עלינו, כי התקופה שבה היה הנאשם עצור מאחורי סורג ובריח מן הראוי לנכותה מתקופת המאסר בפועל שנגזרה על הנאשם; אך אין אנו נוהגים לנכות כאמור תקופה שבה היה הנאשם במעצר בית, אף אם מוחלט" (ההדגשה הוספה – ס.ג.; וראו גם: ע"פ 5583/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 12 (13.4.2010)).

שורש ההבחנה בין ניכוי ימי המעצר מאחורי סורג ובריה לבין מעצר הבית נעוץ, אפוא, בהבחנה בין מאפייניהם המהותיים של שני המעצרים הללו: בעוד המעצר מאחורי סורג ובריה מהווה שלילה מוחלטת של חירותו של אדם, החופפת על פי טבעה ריצוי מאסר של ממש, מעצר הבית מהווה הגבלה של החירות בלבד, אף כאשר מעצר הבית הוא מוחלט (ראו: עניין דקה, פסקה 4; בג"ץ 10558/06 גרמא נ' מדינת ישראל, פסקה 5 (16.9.2007)). זאת, כיוון שמעצר הבית מותיר בידו של הנאשם מידה של שליטה באורחות חייו, ואינו מכפיף אותו למרותם של סוהרים באשר לסדר יומו. יתרה מכך, מעצר הבית מתקיים במקום אשר נבחר על ידי הנאשם או שהוסכם עליו, ולרוב אינו כרוך בניתוקו מהסביבה המוכרת לו וממשפחתו.

עם זאת, הואיל ומעצר הבית בכל זאת טומן בחובו מגבלה מסוימת על חירותו של הנאשם, בית משפט זה הבהיר בעניין דקה כי אורכו של מעצר הבית מהווה נסיבה אותה יכולה הערכאה הדיונית להביא בחשבון שיקוליה בעת גזירת העונש, בהתאם לשיקול דעתה ולשאר נסיבות המקרה (שם, פסקה 5).

26. על רקע דברים אלו, אפנה עתה לבחון את משמעותו של השינוי החקיקתי ביחס למעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני, ואת השלכותיו על הסוגיה שלפנינו.

חוק פיקוח אלקטרוני

27. חוק פיקוח אלקטרוני נכנס לתוקפו ביום 16.6.2015. הוא החליף את חוק פיקוח אלקטרוני על משוחררים בערובה ומשוחררים על-תנאי ממאסר (הוראת שעה), התשס"ט-2009, אשר הסמיכה את שירות בתי הסוהר לבצע פעולות שיאפשרו לקיים מעצרי בית בפיקוח אלקטרוני כחלופת מעצר. מכוחו של חוק פיקוח אלקטרוני, מוסדר עתה מעמדו המשפטי של נאשם המצוי בפיקוח אלקטרוני, כאשר חידושו העיקרי של החוק הוא בהוספתו של סימן ג'1 לחוק המעצרים – וכן הוא כולל תיקונים בדברי חקיקה נוספים, וביניהם חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: חוק שחרור על תנאי). על פי דברי ההסבר לחוק פיקוח אלקטרוני, לב ליבו של התיקון הוא בשינוי מעמדו של מעצר בית בפיקוח אלקטרוני: "בראש ובראשונה מוצע לקבוע כי הפיקוח האלקטרוני על עצורים לאחר הגשת כתב אישום לא ייחשב עוד חלופת מעצר לפי סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים אלא מעצר בתנאי פיקוח אלקטרוני" (שם, עמ' 297). שינוי זה נועד לאפשר להשיג את תכליות המעצר, במקרים המתאימים, באמצעות מנגנון אשר פגיעתו בזכויות היסוד של הנאשם פחותה. כך, על פי דברי ההסבר לחוק פיקוח אלקטרוני: "העמדת כלי פיקוח אפקטיבי במקרים אלה, מרחיבה את חלופות

הכליאה הקיימות כיום ובכך מאפשרת את צמצום נזקי המעצר. לגבי נאשמים, הדבר מתבטא באפשרות הניתנת להם להמשיך לחיות במידה מסוימת, בקרב המשפחה והקהילה (בכפוף לתנאי תכנית הפיקוח) (שם, עמ' 296).

28. כפי שהבהיר השופט י' עמית בעניין פישר, לא מדובר בשינוי טרמינולוגי גרידא אלא בשינוי תפיסתי של ממש, הרואה במי שמצוי במעצר בפיקוח אלקטרוני כ"עצור עד לתום ההליכים", על המשמעויות הנלוות לכך (שם, פסקה 13; וראו גם: בש"פ 966/16 זידאן נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (28.2.2016); בש"פ 8144/15 מדינת ישראל נ' טעדון, פסקה 7 (6.12.2015)). מהשינוי האמור נגזרות השלכות שונות, כגון קביעת מגבלות זמן בהן עשוי הנאשם להימצא במעצר בפיקוח אלקטרוני בטרם תידרש המאשימה להביאו בפני שופט לשם הארכת מעצרו; ומתן אפשרות להעברת העצור להמשך ריצוי מעצר במתקן כליאה בהחלטה מנהלית, במקרה של הפרת תנאי הפיקוח האלקטרוני (ראו: בש"פ 5285/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 (10.8.2015) (להלן: בש"פ 5285/15)).

הדברים הללו אמורים לעניין סיווגו הקטגורי של המעצר בפיקוח אלקטרוני – אולם מבחינת מאפייניו של המעצר בפיקוח אלקטרוני, הוטעם בפסיקת בית משפט זה כי חרף השינוי במעמדו הנורמטיבי של המעצר בפיקוח אלקטרוני, הרי שתנאיו הפיזיים ומהותו נותרו כפי שהיו (ראו והשוו: בש"פ 5285/15, פסקה 10). בהתאם לכך, השופט צ' זילברטל ציין בבש"פ 6134/15 מדינת ישראל נ' פלוני, פסקה 11 (17.9.2015), כי: "מי שלא נמצא מתאים לחלופת מעצר הכוללת מעצר בית באיזוק אלקטרוני, ספק אם יימצא מתאים למעצר בפיקוח אלקטרוני, רק בשל שינוי הבסיס הנורמטיבי והשינוי הטרמינולוגי".

29. להשלמת התמונה, יצוין כי חוק פיקוח אלקטרוני נעדר התייחסות לסוגיית ניכוי ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר, למעט סעיף 2(1) לחוק, אשר תיקן את סעיף 8(ב) לחוק שחרור מאסר על תנאי, שעניינו חישוב תקופת מאסרו של אסיר עולם. סעיף זה, בנוסחו טרם התיקון, הורה כי: "בחישוב תקופת המאסר של אסיר עולם לעניין סעיף 5, תובא בחשבון התקופה שבה היה האסיר במעצר בשל העבירה שבשלה נגזר עליו מאסר העולם". לאחר התיקון, נוספה לסעיף 8(ב) ההבהרה לפיה: "ואולם בחישוב תקופת המאסר לעניין סעיף זה, לא תובא בחשבון התקופה שבה היה האסיר במעצר בפיקוח אלקטרוני". דהיינו, בהקשר הספציפי של חישוב תקופת המאסר של אסיר עולם, המחוקק קבע קביעה מפורשת המבחינה בין מעצר מאחורי סורג ובריה

לבין מעצר בפיקוח אלקטרוני. אולם, לעניין חישובן של כל יתר תקופות המאסר – שתק המחוקק.

האם יש לנכות את ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר?

30. לאחר שעמדתי על עיקרי ההלכה הנוהגת בדבר ניכוי ימי מעצר ועל עיקריו של חוק פיקוח אלקטרוני הרלבנטיים לענייננו, אפנה עתה להכריע בשאלה העומדת לפתחנו – האם נוכח העלאת מעמדו של המעצר בפיקוח אלקטרוני לדרגת מעצר, יש להחיל עליו את הדין הנוהג ביחס לניכוי ימי מעצר? כפי שציינתי לעיל, מצאתי כי התשובה לשאלה זו היא שלילית.

31. אכן, סבורני כי בעקבות חוק פיקוח אלקטרוני, בהעדר הוראה אחרת מצדו של המחוקק, יש לקרוא כל הוראת חוק המדברת בלשון "מעצר" ככוללת בתוכה גם את "המעצר בפיקוח אלקטרוני". לכך, לטעמי, כיוון השופט י' עמית בדבריו בעניין פישר, לפיהם "נאשם שנקבע כי ישהה תחת פיקוח אלקטרוני נחשב לעצור, כאשר המעצר בפיקוח אלקטרוני בא חלף מעצר, על כל ההשלכות הנובעות מכך" (שם, פסקה 13). שונים פני הדברים בעניין שלפנינו. כפי שעמדתי לעיל בפסקה 23, ברירת המחדל הקבועה בסעיף 43 לחוק העונשין היא שמניין תקופת המאסר הוא ממועד מתן גזר הדין. הכלל בדבר ניכוי ימי מעצר מתקופת המאסר אינו קבוע בחקיקה, אלא מקורו בהלכה פסוקה של בית משפט זה. הלכה זו מבוססת על רציונל מהותי הנוגע לאופיו ומאפייניו של המעצר, כפי שיבואר להלן, ולא לסיווגו הקטגורי ככזה. במקרים מעין אלו יש לבחון, לשיטתי, את הרציונל אשר עמד ביסודה של ההלכות אשר נגעו למעצר מאחורי סורג ובריח, ולהכריע האם רציונל זה מתקיים, באופן זהה או דומה מהותית, גם במעצר בפיקוח אלקטרוני. ככל שנמצא כי הרציונל אינו חל, נדרש לחדד את ההלכה הפסוקה ולהתאים אותה לשינוי החקיקה.

32. מהתם להכא, כמפורט בפסקאות 24-25 לעיל, ההבחנה בין המעצר מאחורי סורג ובריח לבין מעצר הבית בסוגיית ניכוי ימי המעצר מתקופת המאסר, נעשתה על סמך מידת הפגיעה בחירותו של הנאשם – בעוד המעצר שולל לחלוטין את חירותו של הנאשם, בדומה למאסר ממש, מעצר הבית היווה הגבלה שלה בלבד. על כן, אי-ניכויים של ימי המעצר מאחורי סורג ובריח יוצר חשש מפני כפל ענישה ופגיעה בעיקרון החירות – הנאשם מצוי למעשה בתנאי מאסר משיקולים מניעתיים, בתקופה בה עודנה עומדת לו חזקת החפות. רציונל זה אינו חל על מעצר הבית, אשר בעיקרו מותר בידי של הנאשם את השליטה על חייו וסדר יומו.

33. דומה כי אין חולק שמעצר בפיקוח אלקטרוני דומה במאפייניו המהותיים דווקא למעצר הבית ולא למעצר מאחורי סורג ובריח, וזאת אף לאחר השינוי במעמדו הנורמטיבי. עמד על כך המחוקק בדברי ההסבר לחוק פיקוח אלקטרוני:

”מעצר בפיקוח אלקטרוני, על אף סיווגו המשפטי כצורת מעצר ולא כחלופת מעצר, שונה מהותית ממעצר במקום משמורת ומגביל במידה פחותה בהרבה את העצור. בין השאר, המעצר בפיקוח אלקטרוני אינו כרוך בניתוקו של העצור מביתו וממשפחתו, ועל אף המגבלות הרבות הכרוכות בו הוא מאפשר לעצור מידה רבה של שליטה באורחות חייו, לרבות לעניין ניהול סדר יומו, ניהול ארוחותיו, שמירת פרטיותו, שמירה על קשרים חברתיים וכיוצא בזה. בכל ההיבטים האלה הוא דומה יותר, מבחינה מעשית, לחלופת מעצר של מעצר בית” (שם, עמ' 302; ההדגשה הוספה – ס.ג.).

ודוק, תכליתה של העלאת מעמדו הנורמטיבי של המעצר בפיקוח אלקטרוני היא לצמצם את הפגיעה בחירותו של הנאשם ולהפכה למידתית יותר ביחס לפגיעה הנגרמת ממעצר מאחורי סורג ובריח. מדובר בביטוי לרצונו של המחוקק להפחית את השימוש באמצעי הפוגעני של מעצר על מי שאשמתו טרם הוכחה. סבורני, כי המאפיינים המתוארים לעיל של המעצר בפיקוח אלקטרוני מוליכים לכלל מסקנה ברורה כי הרציונל העומד ביסוד ניכוי ימי מעצר מאחורי סורג ובריח אינו מתקיים במקרה של מעצר בפיקוח אלקטרוני. הימצאותו של נאשם בתנאי מעצר בפיקוח אלקטרוני אינה שקולה לשלילת החירות המלווה את המעצר מאחורי סורג ובריח, ואי-ניכוי תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר אינו יוצר כפל ענישה.

לפיכך, עמדתי היא כי בדומה למעצר בית, אין לנכות את ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר. ההתחשבות במשך התקופה שבה הנאשם שהה בפיקוח אלקטרוני צריכה להיעשות כשיקול לקולה בבואו של בית המשפט לגזור את עונשו של נאשם. התחשבות זו תיעשה בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה, על תנאי המעצר והפיקוח האלקטרוני שבו. בין היתר, יהיה על הערכאה הדיונית לתת דעתה לאורך תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני; להיקף ההגבלה על חירותו של הנאשם במסגרת תנאי המעצר; ולריחוקו של מקום המעצר בפיקוח אלקטרוני מביתו, ממשפחתו וממרכז חייו של הנאשם.

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

35. כך, בקנדה, נקבע בפסיקה כי חרף קיומם של מאפיינים עונשיים במעצר הבית, הנאשם אינו זכאי לניכוי אוטומטי של ימי מעצר הבית. זאת, בהינתן הפגיעה המצומצמת בחירותו של הנאשם, אשר נותרת בידו האפשרות לעבוד, להשתתף בפעילויות שונות ובהליכים טיפוליים (ראו: R. v. Downes [2006] O.J. No. 555 (Can. Ont. C.A.)). בעניין Downes הודגש כי הערכאות הדיוניות נדרשות לשקול את נסיבותיו של מעצר הבית בעניינו של הנאשם הספציפי, כולל קיומו של פיקוח אלקטרוני, ולבחון את משך המעצר והפגיעה הנגרמת כתוצאה ממנו לחירותו של הנאשם – אך הובהר כי אין נוסחה מדויקת כלשהי להתחשבות במעצר הבית, אלא הדבר מסור לשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בכל מקרה (וראו גם: R. v. Rutledge, [2015] O.J. No. 5568 (Can. Ont. Sup. Ct. J.); R. v. Voeller [2008] NBCA 37 (Can. N.B. C.A.)).

36. כך גם בניו-זילנד, ההלכה הנוהגת היא כי הימצאותו של נאשם במעצר בית בתנאים מגבילים מהווה נסיבה לקולה אותה יש לשקול בגזירת העונש, בניגוד לימי מעצר מאחורי סורג ובריח המנוכים אוטומטית מגזר הדין. הלכה זו חלה אף לעניין מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, נוכח הדמיון המהותי בינו לבין מעצר הבית (וראו: Keown v R. [2010] NZCA 492 (N.Z. C.A.); R. v Tamou [2008] NZCA 88 (N.Z. C.A.)). בשנת 2011, לאחר הליך אשר כלל פנייה לקבלת הערות מהציבור, חוקק ה-Bail Amendment Act 2011. חוק זה כלל הסדרים שונים לעניין שחרור נאשם לחלופת מעצר, וביניהם הסדרים הנוגעים למעצר בית בפיקוח אלקטרוני. במסגרת החוק, תוקן ה-Sentencing Act 2002 – אשר מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בגזירת העונש – ונקבע בו מפורשות כי שהייתו של נאשם במעצר בפיקוח אלקטרוני תהווה שיקול לקולה אותו מחויב בית המשפט לשקול בין מכלול השיקולים לקולה ולחומרה (ראו: שם, סעיף (h)(2)(9)). בפסיקת בתי המשפט בניו-זילנד, המובאת לעיל, הובהר כי אין מקום לקביעה נוסחת ניכוי גורפת. הוטעם, כי מעצרי בית בפיקוח אלקטרוני נבדלים זה מזה בתנאיהם ומידת ההגבלה שהם מטילים על נאשם, והקביעה בדבר היקף ניכוי הימים צריכה להיעשות בהתאם לשקלול נסיבותיו של כל מקרה.

37. כלל דומה ביחס לסוגיית ניכוי ימי המעצר נהוג בארצות הברית. בקוד הפלילי הפדרלי (18 U.S.C § 3585(b)) נקבע כי ניכוי ייעשה רק בגין התקופה שבה נאשם שהה ב"מעצר רשמי" (Official detention). בתי המשפט הפדרליים אשר עסקו בפרשנות המונח קבעו כי תנאי שחרור ממעצר הכוללים רכיב של מעצר בית בפיקוח אלקטרוני לא ייחשבו ל"מעצר רשמי" – אלא רק מעצר הנעשה בתנאי מאסר (Confinement) (ראו למשל: *United States v. Edwards*, 960 F.2d 278 (2nd Cir., 1992); *U.S. v. Wickman*, 955 F.2d 592 (8th Cir., 1992); *United States v. Woods*, 888 F.2d 653 (10th Cir., 1989). יצוין, כי בית המשפט הפדרלי בסבב התשיעי הביע עמדה לפיה מעצר בית אשר תנאיו המהותיים יתקרבו לאלו של מאסר, יוכל להיחשב כ"מעצר רשמי" אותו יש לנכות את תקופתו מתקופת המאסר (*Mills v. Taylor*, 967 F.2d 1397 (9th Cir., 1992)) – אולם מלבד אמרת אגב זו, הקונצנזוס בפסיקה האמריקאית הוא כי אין לנכות ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר (וראו: *Fraley v. U.S. Bureau of Prisons*, 1 (F.3d 924 (9th Cir., 1993)). עם זאת, בניגוד לנהוג בקנדה ובניו-זילנד, יודגש כי בית המשפט העליון האמריקאי קבע כי לערכאות הדיוניות אף אין סמכות להתחשב בתקופה בה נמצא נאשם במעצר בית כשיקול לקולה בגזירת העונש, וכי סמכות זו מסורה לתובע הכללי בלבד (*United States v. Wilson*, 503 U.S. 329 (1992)).

38. בחלק ממדינות אירופה ניתן למצוא גישות שונות. בשנת 2014, הוציאה מועצת השרים של המועצה האירופית הנחיה למדינות החברות בסוגיית הפיקוח האלקטרוני (Committee of Ministers of the Council of Europe, *Electronic Monitoring*, Recommendation No. CM(2014)4). באמצעות הנחיה זו, ביקשה מועצת השרים לקבוע כללי מינימום אתיים וסטנדרטים מקצועיים ליישום פיקוח אלקטרוני על עבריינים במדינות החברות. בסעיף 17 להנחיה, נקבע כי כל מדינה חברה תגדיר כללים בדבר התחשבות בימים בהם נמצא אדם במעצר בית טרם משפטו. בדברי ההסבר לסעיף זה, הובהר כי נדרשת התחשבות מסוימת בתקופת הפיקוח האלקטרוני בעת גזירת עונשו של נאשם, שאחרת ייווצר לו תמריץ להעדיף מעצר מאחורי סורג ובריח אשר ינוכה מעונשו. כן הודגש בדברי ההסבר כי אופן ההסדרה בכל מדינה ייעשה בהתאם לאופן שבו נתפס מעצר הבית במדינה – האם כאמצעי לריצוי עונש או אמצעי מניעתי בלבד – ובהתאם ליחס בינו מעצר מאחורי סורג ובריח. כך למשל, צוין כי במדינות דוגמת בלגיה, צרפת ופורטוגל, מעצר בפיקוח אלקטרוני יכול לשמש במקרים מסוימים כתחליף למאסר לתקופות קצרות. נוכח התפיסה כי אמצעי זה מקביל למאסר, הכלל הנהוג במדינות אלה הוא של ניכוי מוחלט של ימי מעצר הבית מתקופת המאסר.

39. באנגליה, ה-240(3) Criminal Justice Act, 2003, c.6 קבע כי בית משפט הגוזר את דינו של נאשם, יורה בגזר הדין כי ימי מעצרו מאחורי סורג ובריח של הנאשם ינוכו מתקופת המאסר – אלא אם מצא, מטעמים שיירשמו, כי בנסיבות המקרה מוצדק שלא לנכות את תקופה זו. החוק תוקן במסגרת ה- Criminal Justice and Immigration Act, 2008, אשר כלל הוראות שונות בדבר האפשרות לשחרורו של נאשם למעצר בית בפיקוח אלקטרוני. במסגרת תיקון זה, הוסף ל-Criminal Justice Act, 2008 סעיף 240A, המגדיר נוסחת חישוב לניכוי ימי מעצר הבית בפיקוח אלקטרוני. הסעיף מורה לבית המשפט לקבוע כי מחצית תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני תנוכה מתקופת המאסר. החריג לכלל זה הוא מקרה שבו בית המשפט סבור, לפי שיקול הדעת המוקנה לו, כי נסיבות המקרה מצדיקות הימנעות מוחלטת מניכוי תקופת המעצר או ניכוי חלקי שלה.

40. לאחר בחינת הדין הנוהג במדינות שונות, סבורני כי הדין בניו-זילנד ובקנדה הוא הדומה ביותר לנהוג בישראל ביחס למעצר הבית. כפי שפירטתי לעיל, אף בישראל מעצר הבית נתפס כאמצעי שאינו עונשי אלא מניעתי, וכי המגבלה הגלומה בו על חירותו של הנאשם אינה עולה כדי שלילת חירותו של הנאשם. בשל כך, בישראל כמו בניו-זילנד ובקנדה, תקופת מעצר הבית אינה מנוכה מתקופת המאסר. זאת, בשונה ממדינות בהן ניתן לרצות את עונש המאסר עצמו במעצר בית. לטעמי, ניתן להקיש מכך וללמוד כי אף ביחס למעצר בפיקוח אלקטרוני יש להחיל דין דומה לנהוג בניו-זילנד ובקנדה, לפיו תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני אינה מנוכה באופן אוטומטי מתקופת המאסר, אלא מהווה שיקול במסגרת שיקולי הענישה בעת גזירת העונש.

41. עמדה זו אף מתיישבת היטב עם כוונת המחוקק בחוק פיקוח אלקטרוני. אמנם, כאמור, המחוקק לא התייחס מפורשות לעניין ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני, אך לגיştתי אין בכך כדי להעיד על כוונה להתיר את ניכויים של ימי מעצר אלו. זאת, שמשום שברירת המחדל הקבועה בסעיף 43 לחוק העונשין היא שתקופת המאסר מתחילה ממילא ממועד גזר הדין, והוראה זו לא שונתה גם בחוק פיקוח אלקטרוני.

ודוק, עובר לכניסתו של חוק פיקוח אלקטרוני לתוקף, ההוראה היחידה אשר קבעה מפורשות כי תקופת המעצר תילקח בחשבון בעת חישוב משך תקופת המאסר, הייתה הוראת סעיף 8(ב) לחוק שחרור על תנאי ביחס למאסר עולם. חשיבותה של הוראה זו היא בכך שמאסר עולם הוא תקופת המאסר היחידה אשר אינה נקצבת בגזר הדין עצמו, ולכן הוראת סעיף 43 לחוק העונשין כלל אינה רלבנטית לגביה.

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

42. לבסוף, אף אין בידי לקבל את טענתו החלופית של המערער, לפיה יש להקיש מהוראות סעיפים 60-61 לחוק המעצרים, ולקבוע כי יום מעצר בפיקוח אלקטרוני ייחשב למחצית יום מעצר מאחורי סורג ובריח לעניין ניכוי תקופת המעצר. יוזכר, כי בעקבות חוק פיקוח אלקטרוני, נקבעו בחוק המעצרים מגבלות מועדים כפולות למעצר בפיקוח אלקטרוני ביחס למעצר מאחורי סורג ובריח. כך למשל, שחרורו של אדם ממעצר בפיקוח אלקטרוני ייעשה 18 חודשים לאחר מעצרו, ולא לאחר תשעה חודשים כמו במעצר מאחורי סורג ובריח (סעיף 61(א) לחוק המעצרים). המערער מבקש ללמוד ממגבלות אלה כי המחוקק קבע נוסחה מהותית, לפיה מעצר בפיקוח אלקטרוני שווה למחציתו של מעצר מאחורי סורג ובריח. ואולם, עיון בשיקולים שעמדו ביסוד חקיקת סעיפי מגבלות המועדים האמורים מעלה כי מגבלות אלה נועדו לבטא כלל ברור וקל ליישום לצורך קיומה של ביקורת שיפוטית אפקטיבית על הליכי המעצר. לכך התווסף גם השיקול הפרקטי בדבר מספר האזיקים האלקטרוניים המוגבל, כאשר מגבלות המועדים נועדו למנוע מצב שבו נאשם "תופס" אזיק אלקטרוני לזמן בלתי מוגבל (וראו: פרוטוקול מס' 2 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת המדע והטכנולוגיה ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק פיקוח אלקטרוני (9.11.2014), עמ' 131-130; פרוטוקול מס' 3 משיבת הוועדה המשותפת של ועדת המדע והטכנולוגיה ושל ועדת החוקה, חוק ומשפט לדיון בהצעת חוק פיקוח אלקטרוני (23.11.2014), עמ' 20-19). אינני סבור, אפוא, כי ניתן ללמוד ממגבלות הזמן השונות הקבועות בחוק

המעצרים כוונה ליצור מעין "מפתח" מדויק להמרה בין ימי מעצר מאחורי סורג ובריה לבין ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני.

43. יתרה מכך, לטעמי, אף אין מקום לקביעת מפתח ניכוי אפריורי מדויק מעין זה, שכן ההגבלה על חירותו של נאשם כתוצאה מהמעצר בפיקוח אלקטרוני משתנה בהתאם לתנאי הפיקוח במקרה הספציפי (ראו והשוו: ע"פ 7919/10 עבאס נ' מדינת ישראל, פסקה 10 (21.9.2011)). אמנם, כפי שהראיתי לעיל, נוסחת ניכוי אריתמטית קבועה בדין האנגלי – אך לגישתי, נוכח ההבדלים המהותיים אשר עשויים להתקיים בין סוגים שונים של מעצר בפיקוח אלקטרוני, יש להעדיף שימוש בכלל גמיש של שיקול דעת, בדומה לנהוג בניו-זילנד. כך למשל, אין דין מעצר בית מלא בפיקוח אלקטרוני בריחוק מביתו ומשפחתו של הנאשם, כדין מעצר בית חלקי בפיקוח אלקטרוני בביתו, הכולל שעות התאווררות. לפי כלל זה, כאמור, על הערכאה הדיונית מוטל בכל מקרה ומקרה לבחון את המעצר בפיקוח אלקטרוני אשר הוטל על נאשם, בהתאם לנסיבותיו ותנאי הפיקוח הספציפיים. כלל זה יאפשר להעניק להגבלה על חירותו של הנאשם – בהתאם לעוצמתה במקרה הקונקרטי – את משקלה הראוי במסגרת שקלול השיקולים לקולה ולחומרה בגזר הדין.

44. מן הכלל אל הפרט, במקרה שלפנינו אין מחלוקת כי בית המשפט המחוזי התחשב במשך הזמן שבו נמצא המערער במעצר בפיקוח אלקטרוני, והתייחס לתקופה זו כאחד השיקולים לקולה אשר הביאו אותו לגזור על המערער עונש מקל ביחס לחומרת עבירותיו. לפיכך, סבורני כי אף אם חוק פיקוח אלקטרוני היה חל על עניינו של המערער, לא היה מקום להתערבות בהחלטתו של בית המשפט המחוזי שלא לנכות את הימים שבהם שהה המערער בפיקוח אלקטרוני מתקופת המאסר שהושתה עליו.

45. סוף דבר, אציע לחבריי לדחות את הערעור, על כלל הטענות המועלות בו.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט ג'ובראן על כל חלקיה. אטול חרות לעצמי להוסיף דברים קצרים לעניין מעמדו של הפיקוח האלקטרוני. סעיף 22ב(א)

לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), תשנ"ו-1996, שהוסף בחוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על תנאי (תיקוני חקיקה), תשע"ה-2014, "שידרג" לכאורה את המעצר באיזוק אלקטרוני, שנהג עד כה לאורך שנים, במובן זה שלא כינהו "חלופת מעצר" אלא מעצר; הדברים התפיסתיים הללו יסודם בדברי ההסבר להצעת החוק (הצעת חוק פיקוח אלקטרוני על עצור ועל אסיר משוחרר על-תנאי (תיקוני חקיקה), תשע"ד-2014, הצעות חוק הממשלה, תשע"ד-2014, 296-297): "בראש ובראשונה מוצע לקבוע כי הפיקוח האלקטרוני על עצורים לאחר הגשת כתב אישום, לא ייחשב עוד חלופת מעצר לפי סעיף 21(ב)(1) לחוק המעצרים, אלא מעצר בתנאי פיקוח אלקטרוני. חשיבותה של קביעה זו נעוצה הן בהגדרת מעמדו המשפטי של המפוקח כעצור, להבדיל ממי משוחרר ממעצר, והן בהשלכותיה על הפסקת תכנית הפיקוח האלקטרוני במקרים הנדרשים...". הכוונה שביסוד הדברים היתה עניינית, ולא זה המקום להאריך, אם כי כשלעצמי חוששני, בכל הכבוד, שהמינוח החדש אינו מוסיף בהירות יתר על המידה; אך מכל מקום כפי שציין חברי השופט ג'ובראן (בפסקה 29), המחוקק לא נדרש לנושא ניכוי ימי המעצר בפיקוח אלקטרוני כמקובל במעצר מאחורי סורג ובריח, אולם ניתן למצוא כי היה ער לכך שמעצר בפיקוח אלקטרוני אינו כמעצר מאחורי סורג ובריח בכך שבסעיף 8(ב) לחוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א-2001 החריג מעצר בפיקוח אלקטרוני מחישוב תקופת מאסר של אסיר עולם, ובדברי ההסבר (עמ' 311), מדובר לעניין זה על "הבדל מהותי שבין מעצר בפיקוח אלקטרוני, הדומה במובנים רבים למעצר בית, לבין מעצר שבמהלכו שוהה העצור במקום משמורת"; ולשיטת חברי, הגם שהדברים לעניין הניכוי לא הוחלו על מאסרים אחרים, הם בחינת קל וחומר נוכח חומרתו של מאסר העולם. השופט רון שפירא, סגן נשיא בית המשפט המחוזי בחיפה, במאמרו "חוק הפיקוח האלקטרוני – הערות והארות", הסניגור 217 (אפריל 2015), 4 מטעים את השינוי התפיסתי בחקיקה החדשה לפיו "הנאשם שנקבע כי ישהה תחת פיקוח אלקטרוני נחשב לעצור...". (עמ' 4), ולעניין הניכוי, בהיעדר הוראה בחוק, נתון הדבר לשיקול בית המשפט, ואולי יוכרע לטעמו – בעקבות הכללת הוראת סעיפים 60-61 לחוק המעצרים, שעניינם שחרור באין משפט או באין הכרעת דין – "למנות את מחצית תקופת המעצר בפיקוח אלקטרוני כראויה לבוא במניין ימי המעצר". חברנו השופט עמית בבש"פ 4658/15 (2015) נדרש לאותו שינוי תפיסתי בו עסקינן.

ב. כשלעצמי אוסיף ואציין, כי השדרוג המינוחי יצר גם קושי דימויי, שהערעור שלפנינו הוא פריו, של אפשרות ראייה מוטעית כאילו הפך המעצר בפיקוח אלקטרוני שוה ערך למעצר מאחורי סורג ובריח. לדעתי ראוי לשקול הבהרה חקיקתית, שתחיל

את האמור בחוק מאסר על תנאי לעניין מאסר עולם גם באופן רחב יותר, הן לעניין שחרור על תנאי הן לעניין גזירת הדין. מכל מקום מסכים אני עם חברי השופט ג'ובראן (פסקה 42), שאין להסיק בכגון הנידון דידן "כוונה ליצור מעין 'מפתח' מדויק להמרה בין ימי מעצר מאחורי סורג ובריח לבין ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני", והגישה צריך שתהא תלויה מקרה ונסיבות. להלן אדרש קצרה לנסיבות אפשריות.

ג. נודמן לי לא אחת לציין את ההבדל בין מעצר בית לבין מעצר מאחורי סורג ובריח, אמנם בתקופה שקדמה לחקיקה החדשה, כאשר נתפס מעצר הבית כתנאים מגבילים; וראו דברי השופט בכ"ע"פ 1626/91 דקה נ' מדינת ישראל פ"ד מה(5) 82, כי "אין להשוות כלל בינו לבין מעצר במתקן כליאה", גם אם "מטבע הדברים ישנו הצורך האנושי לבוא בין הבריות וגם להתפרנס" לנתון במעצר בית (ראו בש"פ 10989/05 בן טוב נ' מדינת ישראל (2005), פסקה ג(1)); ראו גם בש"פ 5370/13 מור נ' מדינת ישראל (2013), פסקה י"ז, שם נאמר כי "גם אם מעצר בית אינו האידיאל האנושי, הוא מאפשר נוחות יחסית, בודאי כחלופה למעצר מאחורי סורג ובריח"; ולעניין מעצר מינהלי ראו בג"ץ 555/05 פדרמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 865, 870 שם נאמר (פסקה ד(6) לחוות דעתי) "מעצר בית מינהלי, עם כל הקושי שבו, כמובן נוח לעצור לאין שיעור ממעצר במתקן כליאה". כך גם לגבי מעצר בית בפיקוח אלקטרוני, אף אם הוא אולי מכביד יותר במידה מסוימת.

ד. ואחר שאמרנו את אלה, וההבחנה ברורה, לדעתי יש מקום להתחשבות בתקופה ארוכה של מעצר בפיקוח אלקטרוני – כמו גם מעצר בית מלא בכלל – בגדרי הענישה, אך כי כמובן לא במידה זהה למעצר במתקן כליאה; והדגש בעיניי הוא על תקופה ארוכה. בהקשר אחר, בע"פ 5140/05 זגורי נ' מדינת ישראל (2007), והדברים מובאים בהיקש, המדובר היה בשאלה אם לפסוק פיצויים לפי סעיף 80 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 למי שהיה כלוא כ-5 שנים, וסופו של דבר שזוכה מחמת הספק. ציינתי שם (פסקה י(11)) "... אבל ההצטברות אומרת דרשני, ובמקרה דנא המדובר בחמש שנות מעצר ומאסר 'נטו'. חמש שנים הן תקופה ארוכה בחיי אדם, כל אדם. בתי המעצר ובתי כלא, גם הטובים שבהם, אינם גן של ורדים. אי אפשר שלא לייחס לכך משקל. בשל כך, בשל אורכה החריג של תקופת הכליאה, סבוני כי יש מקום לפיצוי מסוים למערער. פיצוי זה ניתן אך ורק מטעם זה, וכך יש לראותו"; ראו לעמדת המשפט העברי באשר לפיצוי על מעצר מ' ויגודה, "הנסתרות לה' אלהינו והנגלות לנו ולבנינו" – נפגעי עברה ונפגעי מערכת המשפט", פרשת השבוע (א' הכהן ומ' ויגודה עורכים, תשע"ב-2012, דברים 282), אמנם שם לעניין "זיכוי מלא". בהיקש לענייננו, מעצר בפיקוח

אלקטרוני – כאמור – אינו דומה כל עיקר למעצר בבית האסורים, אך יש בו שלילת זחרות ברמה מסוימת, בגדרי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, וזו עשויה להיות ראויה לסוג כזה או אחר של הקלה, מבלי שאטע מסמרות ספציפיים; כך במיוחד כשהמדובר בתקופה ארוכה. כמובן בכל המקרים יישקל הדבר לפי נסיבותיהם.

ה. כאמור, אצטרף לחברי השופט ג'ובראן בגישתו בכלל ולגבי התוצאה הקונקרטית בתיק.

המשנה לנשיאה

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינו המקיף של חברי, השופט ט' ג'ובראן ולהשלמותיו של חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין.

הנני מרשה לעצמי להוסיף שתי הערות קצרות:

א. הגישה, בה מצדדים חברי, על פיה אין ליצור "מעין 'מפתח' מדויק להמרה בין ימי מעצר בפיקוח אלקטרוני", תוך קביעה מקבילה שההתחשבות בימי מעצר בפיקוח אלקטרוני תהיה תלויה מקרה ונסיבות – תועיל גם לדרך התנהלות המשפטים הפליליים בעת שהנאשם מצוי במעצר בפיקוח אלקטרוני. זאת ועוד – לשיטתי ניתן יהיה להתחשב גם בהתנהלות זו של שני הצדדים בבא העת – לצורך ניכוי ימי המעצר, כאשר הנאשם יורשע, ולחילופין – ולצרכים אחרים – כאשר יזוכה.

ב. יתכן ולצרכי הסגרה למדינות בהן יש התחשבות קטגורית במעצר בפיקוח אלקטרוני – לא נכון יהיה להחיל את ההלכה שנקבעה כאן "לצרכים מקומיים" (ביחס לנאשמים שהורשעו) לגבי מי שהיה או יהיה נתון במעצר בפיקוח אלקטרוני לצרכי הסגרה (ככל שיקבע כך); למצער ראוי יהיה לסייג במצבים אלה את ההלכה האמורה בתנאים שונים (שלא זה המקום לפרטם).

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ס' ג'ובראן.

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

שופט

שופט

המשנה לנשיאה