

מניין תקופת המאסר על תנאי על פי פרשנותו של סעיף 52(ג) לחוק העונשין

גיא בן דוד *

- א. הקדמה
- ב. מאסר על תנאי כסנקציה עונשית
- ג. מאסר על תנאי בישראל
- ד. מניין תקופת המאסר על תנאי
- ה. ההלכה בעניין רחמים
- ו. ההלכה בעניין במנוקלר
- ז. פסק הדין בעניין פחימה
- ח. סיכום והצעה לפתרון

א. הקדמה

סעיף 52 לחוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן: חוק העונשין), שכותרתו "מאסר על תנאי", קובע בסעיף קטן (ג) שלושה כללים: על פי הכלל הראשון, תקופת מאסר על תנאי תימנה מיום מתן גזר הדין. על פי הכלל השני, המהווה חריג לכלל הראשון, אם בעת השתת עונש המאסר על תנאי, הנידון מרצה עונש מאסר בפועל – תימנה תקופת המאסר על תנאי מיום שחרורו של הנידון מן המאסר בפועל. על פי הכלל השלישי, ישנן שלוש תקופות שבהן אסיר, אשר נגזר עליו מאסר בפועל וזמנית אינו נמצא בכלא, יהיה כפוף למאסר על תנאי (אף שטרם הסתיימה תקופת המאסר בפועל) למרות האמור בכלל השני: שחרור בערובה, חופשה מיוחדת מבית הסוהר ונשיאת מאסר בעבודת שירות. סעיף 52(ג) לחוק העונשין הוא בגדר הסדר חלקי,

* דוקטור למשפטים, חבר סגל מן המניין (בדרגת מרצה) בבית הספר למשפטים במכללה האקדמית נתניה; מרצה מן החוץ בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר אילן ובבית ספר רדזינר למשפטים המרכז הבינתחומי הרצליה; עורך דין. תודתי נתונה לד"ר שוקי שגב על הערותיו המועילות.

שכן הוא אינו מחיל את המאסר על תנאי על תקופות נוספות שבהן האסיר זמנית אינו נמצא בין כותלי בית הסוהר. בע"פ 7510/00 במנוקלר נ' מדינת ישראל,¹ פירש בית המשפט העליון את סעיף 52(ג) הנ"ל בדווקנות, ונמנע מלהרחיב את תחולתו של סעיף זה ולהחילו על מצבים נוספים שלא הוסדרו בחוק. הטעם לפסיקה זו הוא בעיקרו הרצון למנוע פגיעה בעקרונות החוקיות, אולם בה בעת פגעה ההלכה בעניין במנוקלר בתכליתו של עונש המאסר על תנאי ופתחה פתח, ואולי אף תמריץ לאדם שהורשע, לבצע עבירות בתקופות שאינן נמנות עם מקרי הכלל השלישי שבסעיף 52(ג) לחוק העונשין בלי שחבר המאסר על תנאי תונח על צווארו. במאמר זה אדון בסעיף 52(ג) לחוק, ובבעיות הפרשניות שהוא מעורר. אע"פ ששתי הלכות של בית משפט העליון – ההלכה ברע"פ 7589/97 רחמים נ' מדינת ישראל,² וההלכה בעניין במנוקלר – אשר ביקשו לפרש הוראת חוק זו כלשונה ולפי תכליתה ולתת פירוש הרמוני ככל האפשר לדילמות שעוררה.

ב. מאסר על תנאי כסנקציה עונשית

ראשיתו של המאסר על תנאי, כסנקציה עונשית, במאה הארבע עשרה.³ באותה עת היווה המאסר על תנאי סוג של אזהרה, שאותה הפנה בית המשפט לנאשם אשר הורשע, לבל יבצע עבירות בעתיד, שאם לא כן יוטל עליו עונש ממשי.⁴ שיטת המשפט הבלגית הייתה הראשונה שהנהיגה עונש מאסר על תנאי בשנת 1888.⁵ בשנת 1891 הונהג עונש מאסר על תנאי גם בצרפת, מכוח ה-Bèrenger Act.⁶ הסנאטור הצרפתי Bèrenger ראה

1 פ"ד נו(4) 258 (2002) (להלן: עניין במנוקלר).

2 פ"ד נב(2) 651 (1998) (להלן: עניין רחמים).

3 לסקירה היסטורית מקיפה על אודות המאסר על תנאי ראו: Marc Ancel *Suspended Sentence: A Report Presented by the Department of Criminal Science of the Institute of Comparative Law, University of Paris* (1971) 1–19.

4 לדוגמה, Ancel מציין שבמאה החמש עשרה ובמאה השש עשרה הניח בית משפט בציריך לנאשם לצאת לחופשי לאחר שהזהירו כי יטיל עליו עונש כבד אם לא ישוב למוטב. אף בהונגריה במאה השש עשרה ובמאה השבע עשרה ננקט עונש האזהרה. לפני שנת 1734 לעתים קרובות נהגו בתי המשפט בשוודיה לשחרר לחופשי נאשמים שהורשעו, לאחר שהוזהרו לבל יבצעו את העבירה שנית, אולם עם חקיקת ה-Penal Code 1734, לא היה אפשר עוד להשית עונש זה (ראו Ancel, שם, בע' 4). המשפט הקאנוני אימץ אף הוא את עונש האזהרה, וכינהו *monitio* או *censura*. מלבד צרפת ובלגיה, עונש אזהרה הוכר ועוגן במאה התשע עשרה גם בחוקיהן של כמה מדינות. ראו לדוגמה: Article 41 of the Code of the Two Sicilies; Article 13 of the Turkish Code; Article 24 of the Spanish Code; The Portuguese Penal Code of 1852 and the Bavarian *Suspended Sentences (Final)*; 2, בהערת שוליים 2; Ancel, שם, בע' 2, בהערת שוליים 2; *Belgian Lejeune Act of 1888*, אשר נכנס לתוקף בשנת 1889.

6 אימוצו של עונש המאסר על תנאי בשיטות משפט אחדות בסוף המאה התשע עשרה נתפס

במאסר על תנאי עונש מיוחד שאפשר להטיל על מורשעים שזו הייתה הרשעתם הראשונה, ולא היה בשחרורם כדי לסכן את החברה.⁷ מאמצע שנת 1890 ואילך התפשט המאסר המותנה מבלגיה וצרפת גם לשיטות המשפט הקונטיננטליות האחרות, למדינות דרום אמריקה, מדינות מזרח אסיה, ולבסוף גם לשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות.⁸

1. הצדקת המאסר על תנאי כסנקציה עונשית

אחת ההצדקות למוסד הענישה היא הרתעה. העונש, בהיותו צופה פני עתיד, מוטל

כחידוש. עונש זה לא עלה בקנה אחד עם התיאוריות הקלאסיות של הענישה בסוף המאה השמונה עשרה, אשר הושפעו מכתביהם של מונטסקיה, בקריה ובנתהם והשפיעו על עיצובן של דרכי ענישה. על פי אותן שיטות, משקבע בית המשפט שהנאשם עבר עבירה, הוא חייב להשית עליו את העונש הקבוע בחוק. לבית המשפט לא הייתה אפשרות שלא להשית עונש, ולכן הרעיון של ענישה מותנית היה מנוגד לתפיסה זו. ענישה מותנית צמחה על רקע העלייה בשיעורי הפשיעה, אשר הביאה לפקפוק בתועלת שבענישה בכלל ובעונש המאסר בפרט. כמה רעיונות שהופיעו בכתיבה המשפטית באותה עת, הביאו לעליית קרנה של הענישה המותנית: הראשון היה הרצון להגן על אותם נאשמים שנידונו לראשונה לעונש מאסר, מפני השפעתה הרעה של השהייה בבתי הסוהר. הרעיון השני היה צידוד בהחמרת ענישתם של עבריינים מועדים. הרעיון השלישי היה הצורך הכללי לשנות את עונש המאסר ולמצוא לו עונש חלופי (alternative sentence). אכן, במחצית השנייה של המאה התשע עשרה ניסו כמה מדינות להמיר עונשי מאסר בעונש חלופי במקריהם של עבריינים מועדים ומקריהם של עבריינים שזו להם הרשעה ראשונה. כחלק ממאמצים אלה עוגן עונש המאסר על תנאי בחוקיהן של מדינות אחדות. ראו לדוגמה את הצעת החוק האוסטרלי משנת 1889 אשר הוגשה על ידי שר המשפטים אז, והמליצה להעניק לבתי המשפט סמכות להשהות עונש מאסר של פחות משישה חודשים, כאשר מדובר בהרשעה ראשונה של נאשם. חקיקה דומה ניתן למצוא בקודקסים הפליליים באיטליה, פורטוגל, רוסיה, שווייץ, מדינת מסצ'וסטס שבארצות הברית ועוד. ראו Ancel, שם, בע' 6–8, 13–14, 20–21.

⁷ "The intention of the proposal is not to establish a distinction between serious and minor offences — the law has provided for that by the flexibility of sentences — but to create a special treatment for the man who has not previously been prosecuted and whose moral character, despite his offence, has remained sufficiently intact for society to have nothing to fear from his liberty". *Session of 6th March 1890, Berenger's Report*, at p. 69 אצל Ancel, לעיל הערה 3, בע' 18.

⁸ גבריאל הלוי תורת דיני העונשין כרך ג (2010) 829. תחילה התפשט עונש המאסר על תנאי למדינות שהושפעו מהמשפט הפרנקו-בלגי כגון לוקסמבורג (1892), פורטוגל (1893), נורווגיה (1894), דנמרק (1905), שוודיה (1906), איטליה ובלגריה (1904), ספרד והונגריה (1908), יוון (1911), הולנד (1915) ופינלנד (1918). לאחר מלחמת העולם הראשונה הונהג עונש זה במדינות מזרח אירופה כגון ברית המועצות לשעבר (1922), צ'כוסלובקיה (1919), רומניה (1928) ופולין (1932). בשנת 1907 הנהיגה יפן עונש מאסר מותנה, בהשפעת השיטה הפרנקו-בלגית. החוק הראשון בטורקיה שהציע מאסר מותנה היה החוק הפלילי הטורקי משנת 1926. בקרב מדינות אמריקה הלטינית, צ'ילה הייתה המדינה הראשונה שהנהיגה עונש מאסר מותנה בשנת 1906, וזמן קצר לאחר מכן עונש זה הונהג בארגנטינה, ברזיל, קוסטה ריקה, קולומביה, קובה, אקוודור, גואטמלה, מקסיקו, פנמה, פרו, אורוגוואי וסלבודור. במדינות אפריקה עונש מאסר על תנאי הונהג משנת 1966 ואילך. ראו Ancel, לעיל הערה 3, בע' 38–41.

כדי להפחית את רמת הפשיעה.⁹ הרתעה היא אחד הכלים למנוע פשיעה; היא מבוססת על איומים ועל פחד, ומניחה שהאדם הוא יצור תבוני ורציונלי אשר יתאים את התנהגותו לגורם המרתיע שבענישה.¹⁰ נהוג לחלק את רציונל ההרתעה לשניים – הרתעה כללית (general deterrence) והרתעה ספציפית (specific deterrence). ההרתעה הכללית נועדה לציבור ומטרתה להרתיעו מלבצע סוג מסוים של עבירה, ואילו הרתעה ספציפית נועדה לנאשם הספציפי העומד לדין ומטרתה להרתיעו מלשוב ולבצע אותה עבירה או עבירה דומה. השיקול העיקרי הוא הנטייה של הנאשם לשוב ולבצע עבירה.¹¹ העיקרון שביסוד המאסר על תנאי הוא הרתעתי,¹² שכן אם הנאשם יחזור למוטב, ומעשיו לא יישנו, הוא יזכה למעין מחילה, שכן הוא לא ייאסר לתקופה נוספת בגין המעשים שבהם הורשע. התניית המאסר בתנאים נועדה לאפשר את בחינת התנהגותו של הנאשם ולדרבנו לציית לחוק. בדרך זו הנאשם יודע מה העונש הצפוי לו אם יפר את

9 שתי תיאוריות הענישה העיקריות הן תיאוריית התועלתנות ותיאוריית הגמול. על פי תיאוריית התועלתנות, העונש הוא רע מטיבעו בשל הכאב הכרוך בהטלתו, אלא שהעונש מוצדק בשל התועלת החברתית הנובעת ממנו, בראייה צופה פני עתיד. הענישה מוצדקת משום שהיא מצמצמת את שיעורי הפשיעה ובכך היא מגבירה את ההנאה החברתית. שיקול ההרתעה מבוסס על תיאוריה זו: האיום בעונש תורם לצמצום שיעורי הפשיעה. שיקולי המניעה והשיקום מבוססים אף הם על תיאוריה זו. המניעה חותרת לצמצום שיעורי הפשיעה בדרך של כליאת אסירים שנשקפת מהם סכנה לחברה, וכך נמנעת מהם האפשרות לעבור עבירות. השיקום חותר לאותה תוצאה בדרך של החזרתם למוטב של עבריינים. התיאוריה המתחרה היא תיאוריית הגמול. על פי תיאוריה זו, הסבל הנגרם לעבריין, אשר עבר עבירה, מוצדק כשלעצמו, גם אם אין בכך תועלת לחברה בראייה צופה פני עתיד. על פי תיאוריה זו, אדם העובר עבירה אשם, ואשמתו מצדיקה הטלת עונש. לפיכך נהוג לטעון שתיאוריית הגמול מתבוננת לאחור, לעבר מעשיו של הנאשם ומידת האשמה שלו (כדי להצדיק את העונש המוטל עליו), ואילו תיאוריית התועלתנות צופה פני עתיד, והיא תצדיק את הענישה רק אם יש בה כדי להסב תועלת חברתית. ראו: Mirko Bagaric *Punishment and Sentencing – Rational Approach* (2001) 33–126; Andrew Ashworth *Sentencing and Criminal Justice* (5TH ed., 2010) 71–103; Richard Edney & Mirko Bagaric *Australian Sentencing – Principles and Practice* (2007) 9–14.

10 תיאורטיקנים כלכליים מודרניים כגון פוזנר (Posner) מאמצים גישה דומה, המתבוננת במערכת הענישה כבמערכת של מחירים ועלויות. ראו Richard Posner “An Economic Theory of the Criminal Law” 85 *Colum. L. Rev.* (1985) 1193. Andrew Ashworth *Sentencing & Criminal Justice* (Cambridge University Press, 4th ed., 2005) 75.

11 הביקורת על גישת ההרתעה שבענישה נחלקת לביקורת עקרונית ולביקורת אמפירית. הטענה האמפירית העיקרית היא שאין מידע המבסס אותה. קשה למצוא ממצאים מהימנים על השפעות הענישה לסוגיה בנוגע למגוון רחב של עבירות. הביקורת העקרונית נעוצה בכך שהרתעת הרבים מושגת גם במחיר ענישת חף מפשע. בדומה, התיאוריה עלולה להצדיק עונש לא מידתי לעבירה מסוימת אם יש בו כדי להרתיע את הרבים. ביקורת זו בכללה נשמעת מפי תומכי גישת הגמול, המבקרים את תיאוריית ההרתעה המצדיקה לטענתם שימוש באדם כאמצעי לשיפור החברה ולא כתכלית. ראו Andrew Ashworth *Sentencing & Criminal Justice* (Cambridge University Press, 5th ed., 2010) 78–84; Joshua Dressler *Understanding Criminal Law* (2nd ed., 1999) 14.

12 Bagaric, לעיל הערה 9, בע' 199.

התנאי, וההנחה היא שידיעה ברורה ומוחשית כזאת עשויה להרתיע את הנאשם מלחזור ולעבור עבירה.¹³ העולה מכך הוא שכל עוד לא הפר הנאשם את התנאי שנקבע, ביצעו של עונש המאסר נדחה, ובחלוף התקופה שנקצבה לתנאי, יפוג עונש זה כלא היה. יש המדמים את המאסר על תנאי כחרבו של דמוקלס המונפת מעל ראשו של הנאשם בתקופת התנאי.¹⁴ לדברי פלר:

“החרב התלויה מעל ראשו של הנידון, שהמאסר על-תנאי עלול גם להפוך למאסר בפועל, מחייב את הנידון להיזהר משנה זהירות פן ייכשל בכיבוד התנאי, וההנחה היא שאם הוא הצליח בכך במשך תקופת-התנאי, הוא יקפיד ביתר שאת גם בהמשך להיות אדם שומר חוק ומכבד את כללי הקיום-יחד בחברה.”¹⁵

2. הביקורת על ראיית המאסר על תנאי כסנקציה עונשית

אף שמאסר על תנאי נחשב לעונש חמור, לא אחת נטען שלא מדובר בסנקציה עונשית חמורה, ולא זו בלבד אלא שאף אין לראותו כסנקציה עונשית כלל.¹⁶ במהלך השנים הוצעו כמה הגדרות לעונש כסנקציה פלילית, וכן נעשו ניסיונות אחדים לאפיינו. כמה פרשנים הדגישו את דרישת האשמה בבואם לאפיין את העונש.¹⁷ לדוגמה, אנטוני דאף (Antony Duff) הגדיר עונש כהסבת כאב לאדם המשתייך לקהילה, בגין הפרה של החוק.¹⁸ לגישתו של אנדרו פון הירש (Andrew Von Hirsch), עונש הוא הסבת כאב ואי-נעימות בשל התנהגות רעה לפי הנסיבות, באופן שהעונש מעביר מסר של גינוי להתנהגות הנאשם.¹⁹ פרשנים אחרים הדגישו את הסבת הכאב או אי-הנעימות (unpleasantness) הכרוכים בהטלת העונש. לפי ג'רמי בנתהם (Jeremy Bentham),

- 13 יעקב בזק הענישה הפלילית, דרכיה ועקרונותיה (1998) 152.
 14 ראו Lorana Bartles “The use of Suspended Sentences in Australia: Unsheathing the Sword of Damocles” 31 *Criminal L. J.* (2007) 113; Edney & Bagaric בע' 9, לעיל הערה 9, בע' 351.
 15 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך ג, תשנ"ב) 338. ראו עוד בהקשר זה אהרון אנקר מאסר על תנאי (1981) 19–45; בזק, לעיל הערה 13, בע' 151.
 16 Bagaric, לעיל הערה 9, בע' 199–201.
 17 שם, בע' 34. לדוגמה Herbert Morris מגדיר עונש כ: “the imposition upon a person who is believed to be at fault of something commonly believed to be a deprivation where that deprivation is justified by the person’s guilty behavior.” Herbert Morris “Persons and Punishment” *Theories of Punishment* (Stanely E. Grupp ed., 1972) 76, 83.
 18 Antony Duff *Trials and Punishments* (1986) 267.
 19 Andrew Von Hirsch *Past or Future Crimes* (Rutgers UP, 1985) 35: “Punishing someone consists of doing something painful or un pleasant to him, because he has purportedly committed a wrong, under circumstances and in a manner that conveys disapprobation of the offender for his wrong”.

כל העונשים מכאיבים ורעים מטיבם.²⁰ בדומה לפרשנויות שהובאו לעיל, לדידו של צ'ין ליו טן (Chin Liew Ten), עונש כרוך בהסבת אי-נעימות לנאשם או מניעה של דבר מה בעל ערך לנאשם.²¹ ה.ל.א. הארט (H.L.A. Hart) פָּרַט את ה"עונש" לחמישה רכיבים מצטברים: הסבת כאב או תוצאה אחרת הכרוכה באי-נעימות; בגין עבירה; על נאשם ספציפי בגין התנהגותו; במתכוון על ידי אדם אחר (ולא הנאשם); מוטל ומפוקח על ידי רשות אשר ניתנה לה סמכות חוקית להעניש אדם בשל ביצוע עבירה.²² הואיל ועל פי כל ההגדרות שצוינו לעיל, עונש כרוך בהסבת כאב או אי-נעימות, הרי לגישתו של מירקו בגריק (Mirko Bagaric), הואיל ומאסר על תנאי אינו כרוך בהסבת כאב או אי-נעימות, אין לראותו כסנקציה עונשית.²³

על פי טיעון זה קשה לראות בחרב המונחת על צווארו של הנידון עונש. על צווארו של כל אדם בחברה, אשר בכוונתו לעבור עבירה, מונחת אותה חרב.²⁴ המשפט הפלילי מניח את החרב על צווארו של הציבור בכללותו, ועדיין איננו טוענים שהציבור נושא תמיד בעונש.²⁵ יתרה מזו, אם נראה במאסר על תנאי עונש, יהיה אפשר לטעון שעברו הפלילי של הנאשם, מהווה כשלעצמו עונש. לכאורה ניתן לטעון שנאשמים מועדים, שלחובתם עבר פלילי, יישאו בעונש כבד יותר בפעמים הבאות שבהן יעברו עבירה. חרף זאת, איננו טוענים שנאשמים שריצו עונש מאסר והם בעלי עבר פלילי, עדיין נושאים בעונש כלשהו.²⁶ לפיכך על פי טענת ביקורת זו מאסר על תנאי סובל מפגם בסיסי משום שאינו כרוך בהסבת כאב או אי-נעימות של ממש. אם עונש מאסר על תנאי כרוך

Jeremy Bentham, Etienne Dumont & Richard Hildreth *The Theory of Legislation* (1894) 20 note 8 at 325; Jeremy Bentham *Principles of Morals and Legislation* in *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Burns, JH and Hart eds., 1970) 158 לעיל הערה 9, בע' 35.

Chin Liew Ten *Crime, Guilt and Punishment* (Clarendon Press, Oxford, 1987) 2: 21 "Punishment involves the infliction of some unpleasantness on the offender or it deprives the offender of something valued". יש המדגישים את הכאב המכוון שבענישה. ראו: Nils Christie *Limits of Pain* (Oxford, 1981) 19, 48; Antony Duff "Punishment, Citizenship and Responsibility" in *Punishment, Excuses and Moral Development* (Henry B. Tam ed., Avebury, 1996) 17–18. מלבד דרישת האשמה, הגינוי והסבל הכרוך בעונש יש המדגישים שהעונש צריך להיות מוטל על ידי רשות ולא על ידי האינדיווידואל. ראו לדוגמה את הגדרתו של הובס: "...Evil inflicted by publique Authority on him that hath done or omitted that which is judged by the same authority to be a transgression of the law; to the end that the will of men may thereby the better be disposed to obedience...the aim of punishment is not revenge, but terrour". Thomas Hobbes *Leviathan* (Penguin Classics, 1968) 353, 355.

Herbert Lionel Adolphus (H.L.A.) Hart *Punishment and Responsibility* (Clarendon Press, Oxford, 1968) 4–5.

Bagaric, לעיל הערה 9, בע' 200.

שם, שם. 24

שם, בע' 201. 25

שם, שם. 26

באי-נעימות, הרי מדובר באי-נעימות בעתיד בלבד, ואף היא תלויה במעשיו של הנידון ותקופתה מוגבלת. השאלה שישאל הנידון את עצמו היא אם כדאי להפר את התנאי ובכך להסתכן בכאב ואי-נעימות שייגרמו לו עקב הטלת עונש מאסר, או לציית לחוק ובכך למנוע סבל או אי-נעימות לעצמו. מכאן שאי-הנעימות העתידית תלויה ברצון מי שהוטל עליו מאסר על תנאי, ותו לא.

אף אם נראה במאסר על תנאי "עונש", מחקרים הוכיחו שהציבור מציב עונש זה בתחתית סולם העונשים. בגריק מציג בספרו שורה של מחקרים אשר בדקו את גישת הציבור למאסר על תנאי והראו שמאסר על תנאי נחשב לעונש קל מאוד ביחס לעונשים ממשיים אחרים.²⁷ אחד המחקרים המקיפים נערך בפילדלפיה ובפנסילבניה על ידי לסלי סבה וגד נתן (Leslie Sebba & Gad Nathan).²⁸ קבוצת הנשאלים כללה קציני משטרה, אסירים מבית כלא בפילדלפיה, קציני מבחן וכיתת סטודנטים לקרימינולוגיה מאוניברסיטת פנסילבניה. כל אחד מהנשאלים התבקש לדרג 36 סוגי עונשים, ובהם עונש מוות, עונשי מאסר (14 אפשרויות, ממאסר של חודש אחד ועד מאסר עולם), מאסר על תנאי (שלוש שנות מאסר על תנאי, שנת מאסר על תנאי ושישה חודשי מאסר על תנאי), תקופת פיקוח של קצין מבחן (חמש אפשרויות, משישה חודשים ועד עשר שנים) וקנסות (תשע דרגות של קנסות מ-10\$ ועד 50,000\$). כן הופיעו ארבעה צירופים המשלבים שני סוגי עונשים.²⁹ ממצאי המחקר הראו שעונש המוות דורג במקום הראשון כעונש החמור ביותר ואילו קנס בסך 10\$ דולר דורג במקום האחרון, כעונש הקל ביותר.³⁰ הנשאלים דירגו את שלושת המאסרים על תנאי במקומות ה-27, ה-30 וה-32 בהתאמה. כל עונשי המאסר על תנאי דורגו מתחת לקנס בסך 500\$ ומעל קנס כספי בסך 250\$. המסקנה הייתה שעונש מאסר על תנאי, הכרוך בסיכון לקבל מאסר לזמן קצוב, נתפס כנטל קל יותר בהשוואה לאי-נעימות מידית הנובעת מפיקוח מידי של קצין מבחן או מקנס כספי.³¹

במחקר נוסף, שנערך בשנת 1982 בקיימברידג' שבאנגליה, על ידי ניג'ל ווקר וקתרין מארש (Nigel Walker & Catherine Marshal), השתתפו 1,000 נחקרים.³² כל משתתף נדרש בין השאר לדרג שבעה סוגי עונשים לפי מידת חומרתם, מהחמור אל הקל. תוצאות המחקר הראו שהעונש שדורג כחמור ביותר היה 12 חודשי מאסר בפועל,

27 שם, בע' 201–202.

28 Leslie Sebba & Gad Nathan "Further Explorations in the Scaling of Penalties" 24 *British Journal of Criminology* (1984) 221

29 שם, בע' 227. ארבעה צירופים של העונשים כללו: שנים עשר חודשי מאסר על תנאי וקנס בסך 1000\$; 18 חודשי מאסר בפועל ושלוש שנות מאסר על תנאי; שלוש שנות מאסר בפועל וקנס בסך 1000\$; 18 חודשי מאסר וקנס בסך 5000\$.

30 שם, בע' 248.

31 שם, בע' 231.

32 Nigel Walker & Catherine Marshal "Do Sentences Affect Public Disapproval?" 24 *British Journal of Criminology* (1984) 27

ואחריו חודש מאסר בפועל, קנס בסך 100 לירות שטרלינג, קנס בסך 40 לירות שטרלינג, עבודות שירות לטובת הציבור, תקופת מבחן ומאסר על תנאי.³³ ניתן להיווכח שעונש מאסר על תנאי נתפס בקרב הנשאלים כעונש הקל ביותר, ואפילו קנס בסך 40 לירות שטרלינג דורג גבוה יותר בהיררכיית העונשים.

סקר נוסף, שערכו השופטים אנדריאס קאפארדיס ודיויד פארינגטון (Andreas Kapardis & David P. Farrington), הראה שעונש מאסר על תנאי של חצי שנה נתפס כקל יותר מתקופת מבחן של שנתיים ושתי הסנקציות הללו נחשבו לקלות יותר מקנס בסך 100 לירות שטרלינג.³⁴ המסקנה המוסקת מכל המחקרים הללו היא שאמנם המחקר ממקם את המאסר על תנאי, מבחינה היררכית, מתחת למאסר בפועל, אך עונש זה נתפס כעונש קל ביותר, בתחתית סולם הענישה.³⁵ לפיכך כל שחיקה באפקטיביות של המאסר על תנאי עלולה לסכל את מטרתו ולפגוע עוד במעמדו כסנקציה עונשית, שנמצא נמוך יחסית, בהשוואה לאמצעי ענישה אחרים, במחקרים שהוצגו לעיל. שחיקה באפקטיביות המאסר על תנאי עלולים להסב הן בתי המשפט והן המחקר. בתי משפט עשויים לפגוע במעמדו של המאסר על תנאי כסנקציה עונשית, כאשר עונש זה אינו הולם את חומרת העבירה ונסיבותיה או שאינו הולם את אישיות העבריין. גם המחקר עלול לפגוע במעמדו ובמטרתו של המאסר על תנאי כסנקציה עונשית, באין הסדר ממצה בחוק ובו כללים והנחיות ברורים בעניין השתתתו של עונש זה ויישומו הלכה למעשה. סעיף 52(ג) לחוק העונשין הוא דוגמה להסדר חלקי הפוגע באפקטיביות של המאסר על תנאי כפי שיובהר בהמשך.

ג. מאסר על תנאי בישראל

עונש מאסר על תנאי הונהג בישראל בשנת 1954.³⁶ ההוראות המסדירות את המאסר על תנאי בישראל כיום מפורטות בסימן ג' לפרק ו' של חוק העונשין. סעיף 52(א) לחוק קובע כי "משהטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש,

33 שם, בע' 31.

34 Andreas Kapardis & David P. Farrington "An experimental study of sentencing by magistrates" 5 *Law and Human Behavior* (1981) 107

35 Arie Freiberg & Richard Fox "Sentencing Structures and Sanctions Hierarchies" 10 *Criminal L. J.* (1986) 216, 228

36 במאמר זה לא אדון בהתפתחות החקיקה של המאסר על תנאי בישראל, אלא במצב המשפטי הקיים. סקירה מקיפה של התפתחות החקיקה בנושא המאסר על תנאי בשיטת המשפט בישראל, ראו בין השאר אצל אהרון אנקר, לעיל הערה 15; רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית" ספר שמגר 213 (2003); Leslie Sebba "Sanctioning Policy in Israel: An Historical Overview"; 234 *Isr. L. Rev.* (1996) 30. יעקב בוק מציין בספרו הענישה הפלילית את השפעתו המרשימה של עונש המאסר על תנאי בישראל באופן שתוך שנה אחת צומצם מספר עונשי המאסר בפועל, שהוטלו בבית המשפט, למחצית. ראו בוק, לעיל הערה 13, בע' 152.

כולו או מקצתו, יהיה על תנאי". מאסר על תנאי הוא למעשה מאסר בכוח; מדובר בעונש מאסר לכל דבר, אלא שהוא מותנה בביצוע עבירות מסוימות במהלך פרק זמן מוגדר. לפיכך מאסר על תנאי הוא רכיב מתוך עונש המאסר וחלות עליו ההגבלות המוטלות על עונש מאסר. על השופט, המטיל על המורשע בדין עונש מאסר על תנאי, לציין בגזר הדין מהי "עבירת התנאי" אשר בהתקיימה יומר העונש המותנה במאסר בפועל, ומהו הזמן הקצוב לקיומו של תנאי זה. מכוח הוראתו של סעיף 52(ד) לחוק, התנאי יכול להיקבע בדרך של ציון סעיף עבירה מסוימת, ציון סוג של עבירות או תיאורן. אם המורשע בדין יפר את התנאי, יהיה אפשר להפעיל את המאסר המותנה והוא יהפוך ממאסר בכוח למאסר בפועל.

אשר לפסיקת המאסר המותנה, סעיף 55(א) לחוק קובע כי בית משפט המטיל על נאשם עונש מאסר על תנאי, צריך לציין שלושה רכיבים: אורך המאסר המותנה, אורך תקופת התנאי ותוכן התנאי. אשר לאורך המאסר המותנה, הטיל שופט עונש מאסר בפועל, הרי הוא יכול להתנות את כולו או מקצתו, אלא אם כן הורה המחוקק אחרת.³⁷ עונש מאסר על תנאי הוא רכיב של עונש המאסר, ועל כן הוא מוגבל לעונשי המקסימום הקבועים בחוק.³⁸

אשר לאורך תקופת התנאי, סעיף 52(ב)(1) לחוק קובע כי מי שנדון למאסר על תנאי, לא יישא את עונשו, אלא אם כן עבר בתוך פרק זמן שנקבע בגזר דינו, שלא יפחת משנה ולא יעלה על שלוש שנים (להלן: "תקופת התנאי") אחת העבירות שנקבעו בגזר הדין והורשע בשל עבירה זו (להלן: "עבירה נוספת").³⁹ סעיף זה קובע אפוא שתקופת התנאי נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, אך את מסגרתה קבע המחוקק.

37 לדוגמה ראו סעיף 207 לחוק העונשין אשר בוטל באמצעות תיקון 56 לחוק העונשין בשנת תש"ס (2000). סעיף זה חייב הטלת עונש מאסר במקרים שבהם הורשע נאשם בעבירות זנות, בין כעונש יחיד ובין בצירוף עונש אחר, אך אסר הטלת עונש מאסר על תנאי.

38 אין בחוק הגבלה של אורך המאסר שאפשר להתנותו ואף אין הוראה אחרת בחוק המחייבת להתנות מאסר קצר. הפסיקה ציינה שבהיעדר הוראה מפורשת אחרת, מותר להטיל מאסר על תנאי גם כאשר נקבע בחוק מאסר מינימום או חובה. ראו אנקר, לעיל הערה 15, בע' 68 ואת המקורות המצוינים שם, בהערה 12. כך למשל פסק בית המשפט העליון בנוגע למאסר המינימום של חודש ימים בעבירה של תקיפת שוטרים, כי עונש המאסר המינימלי של "לא פחות מחודש אחד", יכול להיות כל כולו מאסר על תנאי. ראו ע"פ 10/54 אל טהה נ' הי"מ, פ"ד ט 88 (1955); ע"פ 26/55 שקרגי נ' הי"מ, פ"ד ט 378 (1955).

39 אורך תקופת התנאי (operational period) משתנה משיטה לשיטה. לדוגמה, במדינות אמריקה הלטינית ניתן לפסוק תקופות תנאי ממושכות ביותר שאורכן אף שבע שנים. ישנן מדינות, כגון לוקסמבורג, איטליה וטורקיה, שבהן אורך תקופת התנאי תלוי בחומרת העבירה. במדינות אחרות, כגון אוסטרליה, גרמניה, פורטוגל, שווייץ, נורווגיה, פינלנד, ספרד, קולומביה, בולגריה וישראל, קבע המחוקק טווח שנים (תקופה מינימלית ותקופה מקסימלית). ישנן מדינות כגון הולנד, דנמרק או שוודיה, שבהן המחוקק קבע תקופת תנאי סטטוטורית, אלא שבית המשפט רשאי להאריך את תקופת התנאי או לקצרה.

אשר לתוכן התנאי, בית המשפט קובע את העבירות אשר ביצוען במהלך תקופת התנאי יפעיל את העונש המותנה.⁴⁰ סעיף 55 לחוק קובע כלל, ולפיו כאשר הפר הנאשם את התנאי על ידי כך שעבר עבירה נוספת, והורשע בשל כך, על בית המשפט לצוות על הפעלת המאסר על תנאי כולו.⁴¹ לכלל האמור יש חריג, הקבוע בסעיף 56 לחוק, ולפיו לבית המשפט יש סמכות להאריך את תקופת התנאי מטעמים שיירשמו, לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים, במקרים שבהם הרשיע בית המשפט את הנאשם בשל עבירה נוספת ולא הטיל עליו בשל אותה עבירה עונש מאסר, אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות העניין לא יהיה צורך להפעיל את המאסר על תנאי.⁴²

ד. מניין תקופת המאסר על תנאי – סעיף 52(ג) לחוק העונשין

סעיף 52(ג) לחוק העונשין קובע:

“ג) תקופת התנאי תתחיל ביום מתן גזר הדין ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר – ביום שחרורו מן המאסר; אולם תקופה שאסיר נמצא בה מחוץ לבית הסוהר בשל שחרור בערובה מכח סימן ב' בפרק ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982, בשל חופשה מיוחדת או מכח סימן ב1 לפרק ו', יראו אותה כתקופת תנאי מצטברת לתקופת התנאי שקבע בית המשפט; והכל כשבית המשפט לא הורה אחרת.”

סעיף 52(ג) לחוק העונשין קובע אפוא שלושה כללים: על פי הכלל הראשון, תקופת התנאי תחל ביום מתן גזר הדין, בדומה לכלל החל בכל הנוגע לריצוי של עונש

40 לבית המשפט יש שיקול דעת לקבוע את היקף התנאי. היקף התנאי יכול להיות מצומצם – איסור לעבור עבירה מסוימת או כמה עבירות המצוינות בגזר הדין. בית המשפט רשאי לקבוע, למשל, שהנאשם לא יעבור את העבירה שבגינה הוא הורשע. במקרים שבהם היקף התנאי רחב, על הנאשם חל איסור לעבור עבירות בעלות מכנה משותף כלשהו, כגון עבירות מסוג פשע או עוון או עבירות אלימות או רכוש וכיוצא באלה. דיון נרחב בנושא זה ראו אצל אנקר, לעיל הערה 15, בע' 77–92.

41 ע"פ 427/74 מדינת ישראל נ' טייר, פ"ד כט(1) 806 (1975). על בית המשפט להפעיל את המאסר על תנאי כולו, אך רשאי הוא להורות שחלקו יחפוף את עונש המאסר שהנאשם מרצה בגין העבירה הנוספת.

42 סעיף זה, שהתקבל בשנת תשכ"ג, חולל מהפכה בעונש המאסר על תנאי. עד תיקון זה, היה בית המשפט חייב להפעיל את המאסר אם הנאשם הפר את התנאי. לאחר התיקון, ניתן לבית המשפט שיקול דעת להפעיל את המאסר על תנאי או להאריכו. כאשר תקופת התנאי המקורית חלפה לפני מועד מתן גזר הדין בגין העבירה הנוספת, על בית המשפט להורות על "חידוש" תקופת התנאי. על ההבחנה בין חידוש מאסר על תנאי להארכת מאסר על תנאי ראו: ד"נ 16/85 הררי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 449 (1986).

מאסר בפועל. על פי הכלל השני, המהווה חריג לכלל הראשון, אם הנידון נושא באותו פרק זמן עונש מאסר בפועל, תחל תקופת התנאי ביום שחרורו של הנידון מן המאסר. הטעם לחריג נעוץ בכך שתקופת תנאי שבה הנידון מרצה מאסר בפועל אינה אפקטיבית ואינה מרתיעה, שכן הנידון איננו חופשי, אלא נושא עונש מאסר בפועל וממילא גם לא יוכל לבצע את מרבית העבירות בזמן הזה.⁴³

על פי הכלל השלישי, כאשר אסיר, אשר נגזר עליו מאסר בפועל, זמנית אינו בכלל בשל אחת משלוש סיבות שצוינו בסעיף, למרות האמור בכלל השני יהיה האסיר כפוף לעונש המאסר על תנאי (אף שטרם הסתיימה תקופת המאסר בפועל). הטעם לכך הוא שכאשר האסיר זמנית אינו בכלל, הוא יכול לבצע עבירות נוספות, ומן הראוי להרתיעו מלעשות כן. לו הסתפק המחוקק בכלל הראשון ובכלל השני, אזי אסיר אשר נגזר עליו גם מאסר על תנאי, וביצע עבירה כאשר נמצא זמנית מחוץ לכלל – לא היה גורם להפעלת המאסר המותנה, משום שהמאסר בפועל טרם הסתיים. כדי למנוע מצב זה, נקבע אפוא הכלל השלישי⁴⁴ והוסיף את פרקי הזמן שלהלן לתקופת התנאי: שחרור בערובה, חופשה מיוחדת מבית הסוהר ונשיאת מאסר בעבודת שירות. נקבע שלמאסר על תנאי שנפסק בגזר הדין, יתווסף מאסר על תנאי מכוח סעיף 52(ג) לחוק בכל אחת משלוש התקופות האמורות.

סעיף 52(ג) לחוק מונה אפוא שתי תקופות שבהן חל מאסר על תנאי: התקופה הראשונה היא תקופת התנאי שקבע בית המשפט, והיא מכונה "תקופת תנאי שיפוטית". התקופה השנייה היא תקופת התנאי שקבע המחוקק, והיא מכונה "תקופת תנאי סטטוטורית".

1. תקופת תנאי שיפוטית

תקופה זו מתחילה ביום מתן גזר הדין, ואם המאסר על תנאי מוטל על נידון הנושא אותו זמן עונש מאסר, יחול התנאי עם שחרורו מן המאסר בפועל. לפיכך התנאי השיפוטי אינו חל בתקופה שבה הנאשם מרצה את עונשו בכלל, אלא אם כן הורה בית המשפט הוראה אחרת.⁴⁵ הטעם לכך הוא שבמהלך ריצוי עונש מאסר נתון האסיר לפיקוחו של שירות בתי הסוהר ועל כן אין טעם ממשי להרתיעו בתקופה זו. תקופת התנאי השיפוטית בדרך כלל תחל בעת השחרור מן המאסר בפועל. זוהי התקופה שבה יוצא האסיר משליטת הרשויות המופקדות על כליאתו, ובתקופה האמורה מתחילה התמודדותו כאדם חופשי עם המבחנים שנקבעו בהחלטה בדבר המאסר על תנאי.

43 ע"פ (חיפה) 569/05 חוסאם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.8.05).

44 שם, שם.

45 בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מספר 27), התשמ"ז–1987, ה"ח 1814 בע' 116 הוצע לקבוע שבתקופת המאסר בפועל יהיה הנידון כפוף לתנאי מכוח החוק ואותה תקופה תתווסף לתקופת התנאי שהטיל בית המשפט.

2. תקופת תנאי סטטוטורית

בשנת תשמ"ח תוקן חוק העונשין (בתיקון מס' 23)⁴⁶ ונקבעה בו תקופת תנאי נוספת, המכונה כאמור "תקופת תנאי סטטוטורית". תקופת התנאי הסטטוטורית אינה נכללת בתקופת התנאי השיפוטית, אלא נוספת עליה מכוח החוק. מדובר בתקופה שבה האסיר טרם שוחרר ממאסר בפועל, אך בכל זאת איננו נמצא בבית הסוהר. תקופת התנאי הסטטוטורית נועדה להסדיר פרקי זמן שבהם האסיר עדיין אינו משוחרר ממאסרו, אולם נמצא מחוץ לכלא מסיבות שונות. בפרקי זמן אלה עולה החשש שהאסיר יבצע עבירות, בלי שתקופת התנאי השיפוטית תחול עליו (שכן בדרך כלל היא נדחית עד לשחרור הסופי מן המאסר).

תכליתה של ההוראה שבסעיף 52(ג) לחוק היא להבטיח את האפקטיביות של המאסר על תנאי, בהוסיפה לתקופת התנאי השיפוטית תקופת תנאי החלה בזמן התקיימותם של "חללים" בתקופת המאסר בפועל. כאמור, הוראת החוק מציינת שלושה "חללים" כאלה בלבד.⁴⁷

ה"חלל" הראשון חל בזמן שהאסיר משוחרר בערובה מכוח סימן ב' לפרק ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.⁴⁸ מדובר בנאשם אשר החל לרצות את עונשו, אך שוחרר לאחר תקופה קצרה מכוח סעיף 44 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996 (להלן: חוק המעצרים), משום שערעור תלוי ועומד על פסק דינו. ה"חלל" השני עוסק בתקופה שבה האסיר נמצא בחופשה מיוחדת. סעיף 36 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971⁴⁹ קובע שחופשה מיוחדת היא חופשה הניתנת לאסיר לפרק זמן של עד 96 שעות. החופשה ניתנת על ידי השר הממונה, בהמלצת נציב שירות בתי הסוהר.⁵⁰ ה"חלל"

46 חוק העונשין (תיקון מספר 23), התשמ"ח-1988, ס"ח 1246 בע' 64; כן ראו הצעת החוק ודברי ההסבר שפורסמו בה"ח 1814, התשמ"ז, בע' 114. על פי הנוסח הקודם של סעיף 52(ג) נקבע כי "תקופת התנאי תתחיל מיום מתן גזר הדין, ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר – מיום שחרורו מן המאסר; והכל כשבית המשפט לא הורה אחרת". כאמור, לפי נוסח זה הייתה התייחסות לתקופת התנאי השיפוטית בלבד.

47 סעיף 52(ג) הוסף לחוק העונשין בחוק העונשין (תיקון מס' 23), תשמ"ח-1988. בהצעת החוק לתיקון זה (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 27), תשמ"ז-1987) הוצע לקבוע שכל תקופת המאסר בפועל שנשא נידון עד ליום שחרורו מן המאסר תצטרף, כתקופת תנאי חקוקה, לתקופת התנאי השיפוטית. החלופות של ימי חופשה מיוחדת, עבודות שירות ושחרור בערובה היו אך דוגמאות למצבים שבהם במהלך ריצוי עונש המאסר תחול תקופת תנאי מצטברת מכוח החוק.

48 כיום מדובר בסימן ו' לפרק ב' לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996 (להלן חוק המעצרים) ובעיקר סעיף 44 לחוק המעצרים.

49 דיני מדינת ישראל, נוסח חדש 21, מיום 20.10.1971 בע' 459.

50 ברע"פ 258/91 שרעבי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(2) 583 (1991) (להלן: עניין שרעבי) נדונה בקשתו של אסיר, שלא שב לכלא מחופשתו המיוחדת, לפרש את האמור בסעיף 52(ג) ה"ל באופן שאין לראות בתקופת השהייה מחוץ לכלא, לאחר תום החופשה המיוחדת, חלק מתקופת התנאי. בית המשפט העליון דחה את בקשתו בקבעו שפרשנות סעיף 52(ג) לחוק העונשין, לפיה אסיר שלא שב מחופשתו אינו נמצא עוד ב"חופשה מיוחדת" ואין לראות את התקופה האמורה

השלישי הוא זמן ריצוי מאסר בעבודות שירות (הנאשם משוחרר מכוח סימן ב1 לפרק ו' לחוק).

כל אחת משלוש התקופות האמורות ממלאת "חלל" אחר ונוספת על תקופת המאסר על תנאי השיפוטית אשר נקבעה על ידי בית המשפט. לדוגמה, כאשר הנאשם יוצא לחופשה מיוחדת של 96 שעות, תחול על פרק זמן זה תקופת התנאי הסטטוטורית אשר תתווסף לתקופת התנאי השיפוטית אשר תחל בעת שיסיים הנאשם לרצות את עונשו בכלא.

3. סעיף 52(ג) לחוק העונשין כהסדר חלקי

הקושי שבסעיף 52(ג) לחוק טמון בכך שהמחוקק מילא רק שלושה חללים במהלך תקופת הכליאה והותיר חללים אחרים בלא הסדר בדין. דוגמה לחלל כזה מספק המקרה שבו נגזר על הנאשם מאסר בפועל בעבודות שירות, והנאשם ממתין למועד תחילת ריצוי עונש המאסר בעבודות שירות.⁵¹ נשאלת השאלה אם המאסר על תנאי

כתקופת תנאי, נוגדת את מטרתו של סעיף 52(ג) ואת נוסחו. לגישתו של השופט שמגר, סעיף 52(ג) עוסק בשהייה מחוץ לבית הסוהר "בשל חופשה מיוחדת" להבדיל משהייה "בזמן חופשה מיוחדת". בנסיבות דנן שהה המבקש מחוץ לכותלי בית הסוהר בשל החופשה, דהיינו הארכת שהייתו שלא כדין עקב אי-חזרתו לכלא בתום החופשה אינה גורעת מכך שהוא נמצא מחוץ לבית הסוהר בשל החופשה שהוענקה לו. תקופת השהייה מחוץ לבית הסוהר בזמן החופשה ולאחריה, היא חלק מתקופת התנאי הסטטוטורית. ברע"פ 10626/06 קולוש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.2.07) נדחתה בקשה דומה של אסיר אשר לא שב לכלאו בתום חופשה וביצע שורה של מעשי עבירה בזמן בריחתו. הוא הועמד לדין והורשע ואף הופעלו עונשי מאסר על תנאי שהיו תלויים ועומדים נגדו בגין הרשעות קודמות. המבקש טען שלא היה מקום להפעלתם של עונשי המאסר על תנאי, שכן בעת ביצוע העבירות היה המבקש אסיר, ולטענתו אסיר שלא שב לכלאו מחופשה מיוחדת, אין לראותו כמי שנמצא מחוץ לבית הסוהר בשל חופשה מיוחדת, כי אם היפוכו של דבר – הוא מסתובב חופשי דווקא בשל הפרתם של תנאי החופשה. בית משפט השלום מיאן לקבל פירוש זה, וכמוהו גם בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון שהסתמכו על החלטתו של השופט שמגר בעניין שרעבי לעיל.

51 בתיקון מספר 102 לחוק העונשין (ס"ח תש"ע מס' 2214 מיום 11.11.2009 בע' 240) (להלן: תיקון 102 לחוק) תוקן סימן ב1 לפרק ו' של חוק העונשין הדין בריצוי עונש מאסר בדרך של עבודות שירות. בתיקון זה נקבע בסעיף 51(א) לחוק שבית משפט אשר גזר על הנאשם מאסר בפועל לתקופה שאינה עולה על שישה חדשים, רשאי להחליט, בגזר הדין, שהנידון יישא את עונש המאסר, כולו או חלקו, בעבודת שירות. סעיף 51(ב) קובע שבית המשפט לא יחליט כאמור, אלא אם כן התמלאו שני תנאים מצטברים: האחד, שבית המשפט קיבל לפני מתן גזר הדין חוות דעת מטעם הממונה בדבר התאמתו של הנאשם לעבודת שירות, וכן בדבר האפשרות להשמתו בה ובדבר עבודת השירות שהנאשם יכול לעבוד בה והתנאים שבהם תבוצע. האחר, שהנאשם הביע את הסכמתו לשאת את עונש המאסר בעבודת שירות, לפי התנאים שנקבעו בחוות דעת הממונה. סעיף 51ג לחוק, אשר משלים את סעיף 51ב, קובע שעונש מאסר בעבודת שירות יחל ביום שקבע בית המשפט, בהתחשב בהמלצת הממונה ולא יאוחר מחודש מיום מתן גזר הדין, אלא אם כן הורה בית המשפט על התחלת עבודת השירות במועד מאוחר יותר. מכאן

שנגזר זה עתה על הנאשם יחול בתקופה שבה הוא ממתין לריצוי עבודות השירות. אם כן, איזו מתקופות התנאי תחול – הסטטוטורית או השיפוטית? דוגמה שנייה לחלל שלא הוסדר בסעיף 52(ג) לחוק היא זמן עיכוב ביצוע עונש מאסר לפי סעיף 87 לחוק העונשין (להלן: תקופת עיכוב הביצוע). המחוקק הסדיר את תקופת התנאי שתחול בעת שישוחרר הנאשם ממאסר מכוח סעיף 44 לחוק המעצרים, אך לא הסדיר, משום מה, את סוגיית שחרורו של הנאשם ממאסר מכוח סעיף 87 לחוק העונשין. נשאלת השאלה אם בתקופת עיכוב הביצוע, כפוף הנאשם למאסר על תנאי אשר נקבע בגזר הדין, ואם כן, איזו מתקופות התנאי תחול – הסטטוטורית או השיפוטית. חלל נוסף שלא הוסדר בחוק הוא המקרה של אסיר ששוחרר ברישיון, ולימים הפר את תנאי הרישיון ושב לכלא לרצות את המשך מאסרו.⁵² נשאלת השאלה אם בתקופה שבה הנאשם מרצה את המשך מאסרו בכלא, ממשיך לחול המאסר על תנאי שהחל להימנות עם שחרור האסיר ברישיון מהכלא, או שהפסיקה לחול עם שובו לרצות את המשך עונשו בכלא והיא תחדש בתום ריצוי מאסרו. חלל אחר שלא הוסדר בחוק הוא המקרה של אסיר השוהה בבית חולים, מחוץ לבית הסוהר.

שתיקת המחוקק וההסדר החלקי שבסעיף 52(ג) לחוק הביאו לידי כך שבתי המשפט פירשו את סעיף 52(ג) בדיוקנות, ולא אחת התקבלה תוצאה בלתי סבירה אשר היה בה כדי לפגוע באפקטיביות של המאסר על תנאי. נעבור עתה לבחינה מעמיקה יותר של סעיף 52(ג) לחוק, והבעיות הפרשניות שהוא מעורר. נעיין בשתי הלכות של בית משפט העליון, אשר ביקש לפרש הוראת חוק זו לפי לשונה ותכליתה ולספק פתרונות הרמוניים ככל האפשר לדילמות שעוררה: הלכת עניין רחמים;⁵³ והלכת עניין במנוקלר.⁵⁴

שייתכן שנאשם אשר נגזר דינו לביצוע עונש מאסר בעבודות שירות, יחל את עבודות השירות כחודש לאחר מתן גזר הדין. אם הנאשם יעבור עבירה בתקופת ההמתנה לריצוי עבודות השירות, פרק זמן זה אינו כלול בתקופת התנאי הסטטוטורית. הפסיקה שניתנה עובר לתיקון 102, עסקה בחלל שנוצר בזמן שבין מתן גזר הדין לבין קבלת חוות דעת הממונה על עבודות שירות. כיום בית המשפט מונחה על פי סעיף 51ב לגזור את דינו של הנאשם רק לאחר שקיבל חוות דעת מהממונה על עבודות שירות, ועל כן חלל זה אינו נוצר; אלא שלאחר תיקון 102, ישנה תקופת "המתנה" אחרת של עד חודש ימים בין מועד מתן גזר הדין לבין מועד תחילת ריצוי עבודות השירות. בתקופה זו עשוי הנאשם לעבור עבירה, ועל כן סוגיית תחולתו של המאסר על תנאי בתקופה זו רלוונטית לדיון שלפנינו. יש לציין כי לעיתים תקופת ההמתנה עשויה להיות ארוכה יותר מחודש ימים. ראו לדוגמא: רע"פ 7495/12 צדוק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.10.12). לעניין שחרור אסיר ברישיון ראו חוק שחרור על תנאי מאסר, תשס"א–2001, ס"ח תשס"א

52 .1795

53 עניין רחמים, לעיל הערה 2.

54 עניין במנוקלר, לעיל הערה 1.

ה. ההלכה בעניין רחמים

בפסק הדין בעניין רחמים, עלתה השאלה אם פרק הזמן שלאחר פסיקת מאסר, המעוכב לשם קבלת חוות דעת הממונה על עבודות שירות, נמנה עם תקופת התנאי, ואם כן, האם פרק זמן זה נכלל בתקופה השיפוטית או הסטטוטורית. הנאשם טען שתקופת ההמתנה לחוות דעת הממונה על עבודות שירות נכללת בתקופת התנאי השיפוטית, ואילו המדינה טענה שפרק זמן זה נכלל בתקופת התנאי הסטטוטורית והיא נוספת על תקופת התנאי השיפוטית, אשר תחל בסיום ריצוי עבודות השירות. בית משפט העליון, מפי השופט דורנר (ובהסכמת השופטים אנגלרד ואור), דחה את פרשנותה של המדינה לסעיף 52(ג) לחוק, ואימץ את גישתו של המערער. הוא פסק שתקופת התנאי השיפוטית תחל מיד עם מתן גזר הדין ומשני טעמים. הטעם הראשון הוא שסעיף 52(ג) לחוק עוסק בתקופת תנאי סטטוטורית המוחלת על אסיר המרצה בפועל עונש מאסר. לפיכך מי שנגזר עליו עונש מאסר, אך ביצעו נדחה למועד אחר, אינו בגדר "אסיר" שעליו חל סעיף 52(ג) לחוק, ולכן תקופת התנאי הסטטוטורית אינה חלה עליו. טעם נוסף נעוץ בתכלית החקיקה, ולפיה תכליתו של המאסר על תנאי היא להרתיע. אמצעי ענישה זה מאפשר לבית המשפט להרתיע את הנידון, בלי להורות על השמתו מאחורי סורג ובריח. לפי גישתה של השופטת דורנר מובן אפוא הצורך להרתיע את הנאשם כשהוא ממתין לחוות דעת הממונה על עבודות שירות, אלא שהיא ממאנת לקבוע שבזמן ההמתנה לחוות דעת הממונה על עבודות שירות תחול תקופת התנאי הסטטוטורית משום הפגיעה האפשרית בעקרון החוקיות. לגישתה, המאסר על תנאי הוא עונש כשלעצמו, ולכן החלתו במצבים החורגים מהגבולות שהותוו בהוראת סעיף 52(ג) לחוק, באופן שיש בו כדי להחמיר עם הנאשם, מנוגדת לעקרון החוקיות במשפט הפלילי, שהוא עקרון יסודי במשפט הפלילי שזכה לעיגון בחוק העונשין (תיקון מס' 39). עיקרון זה חל הן על עבירות והן על עונשים,⁵⁵ ולפיו, אין עבירה או עונש בגינה, אלא בחוק או על פיו.⁵⁶ מכאן, סבורה השופטת דורנר, שיש לקבל את טענת המערער שלפיה סעיף 52(ג) לחוק אינו חל כאשר בית המשפט דוחה את מועד ריצוי של עונש המאסר, ותקופת התנאי השיפוטית תחל מיד עם מתן גזר הדין.

בע"פ 271/01 טולדנו נ' מדינת ישראל⁵⁷ נדון עניינו של טולדנו אשר הורשע בבית המשפט המחוזי בעבירת סמים, והוטל עליו מאסר לפרק זמן של שמונה עשר חודשים,

55 ס"ח תשנ"ד מס' 1481 מיום 23.8.1994 בע' 348 (להלן: תיקון 39 של חוק העונשין)
 56 סעיף 1 לחוק העונשין. על פי עקרון החוקיות, החיקוק צריך להיות ברור לכל אדם בר עונשין וכן להתפרסם ברבים, לאור הכלל ש"אין עונשין, אלא אם מזהירין". זאת ועוד, לאור סעיף 3 לחוק העונשין, העיקרון שולל תחולה רטרואקטיבית של עבירה או של עונש. ראו: יובל לוי "היבטים על עיקרון החוקיות בדיני עונשין" עיוני משפט ד (1975) 22, 23.
 57 תק-על (2)01 (2) 399 (2001) (להלן: עניין טולדנו).

מהם שישה חודשים לריצוי בפועל והיתרה על תנאי שלא יעבור עבירת סמים במשך שלוש שנים. בית המשפט המחוזי ביקש את המלצות הממונה על עבודות שירות. כשלושה שבועות לאחר מכן, ובטרם נתן הממונה את המלצתו, עבר טולדנו עבירת סמים נוספת. בגין עבירת הסמים החדשה הורשע טולדנו בבית משפט השלום בחיפה על פי הודאתו, ונגזרו עליו שנת מאסר בפועל ושנת מאסר על תנאי. בית משפט השלום הפעיל את המאסר על תנאי שנקבע בבית המשפט המחוזי, ודחה את טענת הנאשם שהעונש אינו בר הפעלה הואיל וטולדנו ביצע את העבירה הנוספת לפני שפסק דינו של בית משפט המחוזי הפך לחלוט. בבית משפט המחוזי כערכאת ערעור נחלקו דעות השופטים באשר להפעלת המאסר על תנאי. דעת הרוב, מפי השופטים פיוז ורזי, אימצה את השקפתו של בית משפט השלום, שלפיה תוקפו של המאסר על תנאי הוא מיום מתן גזר הדין, ולא במועד הנדחה שבו היה אמור בית משפט המחוזי לדון בהמלצותיו של הממונה על עבודות השירות ולהחליט בהן. מנגד סברה השופטת שטמר, בדעת מיעוט, שיש לראות את גזר הדין כמקשה אחת, ולפיה תחילת תוקפו של המאסר המותנה, כמו גם תחילת תוקפו של המאסר בפועל ותחילת תוקפם של כל שאר חלקי גזר הדין, תהיה לאחר שבית המשפט ייתן גזר דין סופי ושלם על כל חלקיו.

בבית המשפט העליון שאל השופט לוי (בהסכמת הנשיא ברק (כתוארו דאז) והשופטת ביניש) לפשר ההיגיון לדחות את תחילת תוקפו של המאסר על תנאי, שמטרתו להרתיע נאשם לאחר שהורשע. דחייה זו, לגישתו של השופט לוי, משמעה הענקת פרס לנאשם, שאינו ראוי לו. לאמור, בתקופה שבין מתן גזר הדין ובין ההכרעה בסוגיית עבודות השירות לא ראוי שיהיה פטור מאימתו של המאסר על תנאי. דומה שתוצאה זו, הוסיף השופט, היא בלתי סבירה, מחטיאה את מטרת החיקוק ואף עלולה לגרום לנאשם לחזור לסורו בתקופת הביניים. לגישתו, גם מאסר על תנאי, כמו כל רכיב אחר, ניתן לערער, אך כניסתו לתוקף מידי אינה כרוכה בנזק כלשהו לנאשם, שכן כל שנדרש ממנו הוא לנהוג כאזרח הגון. לפיכך דחה השופט לוי את ערעורו של הנאשם, לאחר שלא נמצא כי נפלה שגגה בהחלטת בית משפט השלום כשהפעיל את המאסר על תנאי שקבע בית המשפט המחוזי, הואיל והעבירה הנוספת שביצע הנאשם הייתה "בתקופת התנאי", וזו החלה ביום מתן פסק הדין על ידי בית המשפט המחוזי. עינינו רואות שבעניין רחמים ובעניין טולדנו קבע בית המשפט שתקופת המאסר על תנאי השיפוטית מתחילה ביום מתן גזר הדין, ואין נפקות לכך שטרם הוגשה חוות דעת הממונה על עבודות שירות. תוצאה אפשרית העולה מפסק הדין בעניין טולדנו היא שבתקופת ההמתנה לחוות דעת הממונה על עבודות שירות תחול תקופת התנאי השיפוטית; בתקופת ריצוי עבודות השירות תחול תקופת התנאי הסטטוטורית, ולכשזו תסתיים, תתחדש תקופת התנאי השיפוטית. למעשה, לנוכח תיקון 102 לחוק ולשונו של סעיף 51 לחוק, שופט לא יורה על נשיאת עונש מאסר בדרך של עבודות שירות אלא אם כן הוא קיבל לפני מתן גזר הדין חוות דעת מטעם הממונה על עבודות שירות

דבר התאמתו של הנאשם לעבודות שירות. תיקון זה מונע מסכת עובדתית דומה לזו שעליה הושתתה ההלכה בעניין רחמים. עם זאת, הנימוקים והרציונל להלכה בעניין רחמים חשובים לדיון שבהמשך.

ו. ההלכה בעניין במנוקלר

השאלה העקרונית שנדונה בפסק הדין בעניין במנוקלר⁵⁸ הייתה אם תקופת עיכוב ביצוע עונש מאסר מכוח סעיף 87 לחוק העונשין נכללת בתקופת התנאי, ואם כן, האם היא שיפוטית או סטטוטורית? לנוכח חשיבותה של השאלה העקרונית, ולאור ההלכה הקודמת בעניין רחמים, החליט בית משפט העליון שסוגיה זו תידון לפני הרכב מורחב של שבעה שופטים. בית משפט העליון קבע שתיתכנה שלוש תשובות פרשניות לשאלה המשפטית האמורה. לפי האחת, בתקופה שבה עונש מאסר בפועל מעוכב תחול תקופת תנאי שיפוטית. לפי השנייה, התקופה שבה העונש מעוכב היא תקופת תנאי סטטוטורית ונוספת על תקופת התנאי השיפוטית. אפשרות שלישית היא שהתנאי אינו חל כלל בתקופה שבה עונש המאסר בפועל מעוכב ובטרם החל הנאשם בריצוי המאסר, כל עוד בית משפט שהטיל את התנאי לא נתן הוראה אחרת.⁵⁹

בית משפט המחוזי פסק שהנאשם אינו כפוף לתקופת תנאי כלשהי; לא שיפוטית, הנמנית מיום שחרורו מהכלא, ולא סטטוטורית, אשר חלה רק על אסיר שיצא זמנית מבית הסוהר, ואינה חלה על מי שטרם החל לרצות את עונש המאסר (משום שהוא אינו בגדר "אסיר"). בית משפט המחוזי גרס שתקופת המתנה לערעור יכולה להימשך זמן רב, ועל כן לא מוצדק להוסיף תקופה ארוכה זו לתקופת התנאי השיפוטית שתחול על האסיר עם שחרורו. מנגד, טענה המדינה שיש להוסיף את התקופה שבה עוכב ביצוע עונש המאסר כתקופת תנאי סטטוטורית.

בית משפט העליון קבע שבתקופת עיכוב ביצוע העונש לפי סעיף 87 לחוק העונשין לא תחול תקופת התנאי הסטטוטורית, הקבועה בסעיף 52(ג) לחוק וכן לא תחול תקופת התנאי השיפוטית, אלא אם כן קבע בית המשפט שגזר את העונש קביעה אחרת. נמצא שבמקרים שבהם בית המשפט מעכב את ביצוע עונש המאסר מכוח סעיף 87 לחוק העונשין, והנאשם משוחרר בערובה, חרב המאסר על תנאי אינה מונחת על צווארו, על כל המשתמע מכך.

דומני שבעוד אי-החלת תקופת המאסר הסטטוטורית בזמן עיכוב ביצוע עונש מכוח סעיף 87 לחוק היא ראויה, הקביעה שגם תקופת התנאי השיפוטית לא תחול בזמן עיכוב ביצוע כאמור מחטיאה את תכליתו המרתיעה של המאסר על תנאי. בקביעתו

58 לעיל הערה 1.

59 שם, בע' 267.

זו סטה בית המשפט העליון מההלכה בעניין רחמים, והתעלם מתכלית חקיקתו של סעיף 52(ג) לחוק ועונש המאסר על תנאי הקבוע בו.

1. אי-החלה של תקופת התנאי הסטטוטורית בזמן עיכוב ביצוע מאסר מכוח סעיף 87 לחוק העונשין

השופטת ביניש דחתה את פרשנות התביעה שיש למנות את תקופת עיכוב ביצוע עונש המאסר במניין תקופת התנאי הסטטוטורית, בקובעה שישנם שני מכשולים המונעים את הפרשנות האמורה לסעיף 52(ג) לחוק:⁶⁰ המכשול האחד הוא שתחולת תקופת התנאי הסטטוטורית מותנית בכך שמדובר ב"אסיר" הנמצא מחוץ לבית הסוהר, ואדם שנגזר עליו עונש מאסר, אך טרם החל לרצות את עונשו עקב עיכוב ביצוע, אולי איננו בגדר "אסיר" לעניין תחולת התנאי.

המכשול האחר הוא שסעיף 52(ג) לחוק מציין בחלופה הראשונה את התקופה שבה האסיר משוחרר בערובה (בייחוד מכוח סעיף 44 לחוק המעצרים), ואינו מציין במפורש את תקופת השחרור בערובה, עקב עיכוב ביצוע לפי סעיף 87 לחוק העונשין, לפני תחילת ריצוי המאסר בפועל.

אליבא דביניש, אין מדובר במכשולים של ממש מבחינה פרשנית, מאחר שכבר נקבע כי ה"נושא אותו זמן עונש מאסר", כמשמעותו ברישה של סעיף 52(ג) לחוק, הוא מי שנידון למאסר וצריך להתחיל לרצות. בדומה, ניתן לומר מבחינה פרשנית כי מי שנידון למאסר, ואמור להתחיל לרצות את עונשו, הוא "אסיר" כמשמעותו בסיפה של סעיף 52(ג) לחוק.

לפי הפרשנות המוצעת האמורה, היה אפשר לכאורה לקבוע שנידון שעונשו נדחה, והוא ממתין להכרעה בערעורו, הוא "אסיר" באופן המרחיב את משמעותו הנורמטיבית של הביטוי "אסיר" לעניין הסעיף האמור, אלא שהשופטת ביניש מציינת שהוטרדה גם מהשאלה אם יש טעם ענייני להבחין בין נאשם שריצוי עונשו נדחה לפי סעיף 87 לחוק, והוא משוחרר בערבות מטעם זה, לבין נאשם שהחל בריצוי עונשו ולאחר תקופה קצרה שוחרר בערובה לפי סעיף 44 לחוק המעצרים עד להכרעה בערעורו. על משוחרר בערובה לפי סעיף 44 לחוק המעצרים יחול מאסר על תנאי סטטוטורי הקבוע בסעיף 52(ג) לחוק, ואילו על משוחרר לפי סעיף 87 לחוק העונשין לא יחול התנאי הסטטוטורי. הלכה למעשה, בשני המקרים – הן בשחרור בערובה לפי סעיף 44 לחוק המעצרים, והן בדחיית ביצוע לפי סעיף 87 לחוק העונשין – הנאשם משוחרר בדרך כלל בערובה, ובשניהם תקופת השחרור אינה מוגבלת בזמן ידוע מראש. לפיכך ניתן לכאורה לתהות מדוע לא יחול מאסר על תנאי סטטוטורי גם על משוחרר בערובה הנמצא בדחיית ביצוע. חרף זאת, מסקנתה של השופטת

60 שם, בע' 273.

ביניש הייתה שאפילו היה ניתן להתגבר על המכשולים הפרשניים האמורים, לא ראוי לפרש את הוראת סעיף 52(ג) לחוק כפרשנותה של התביעה, ומכמה טעמים:⁶¹ (1) הוראת סעיף 52(ג) לחוק העונשין מחילה תקופת תנאי סטטוטוריות לפרקי זמן מוגדרים, וברוב המקרים גם קצרים, שבהם האסיר יוצא זמנית מן הכלא. (2) עקרון החוקיות מחייב שתוספת תקופת תנאי תהיה מעוגנת בהוראה מפורשת של המחוקק. מאסר על תנאי הוא סוג של עונש, ולכן החלתו על מצבים החורגים מהגבולות שהותוו בסעיף 52(ג) לחוק העונשין, באופן שיש בו כדי להחמיר עם הנאשם, מנוגדת לעקרון החוקיות במשפט הפלילי.⁶²

סבורני שקביעתה של השופטת ביניש שלא להחיל את תקופת המאסר על תנאי הסטטוטורית היא ראויה, שכן כאשר בחר המחוקק למלא שלושה חללים בלבד וקבע שאך בהם תחול תקופת התנאי הסטטוטורית, לא נכון, ראוי או צודק שבית המשפט ימלא בדרך שיפוטית חללים נוספים. נימוקיה של השופטת ביניש מראים שאין טעם ממשי להבחנה בין שתי תקופות השחרור – זו שמכוח סעיף 44 לחוק המעצרים וזו שמכוח סעיף 87 לחוק העונשין. לפיכך ייטיב המחוקק לעשות אם יורה לתקן את סעיף 52(ג) לחוק העונשין ויחילו גם על התקופה שבה הנאשם משוחרר מכוח סעיף 87 לחוק זה. קביעה כזאת תעלה בקנה אחד עם עקרון החוקיות ועם תכליתו של המאסר על תנאי, להרתיע מפני ביצוע עבירות, ותביא לתוצאה ראויה שלפיה גם בתקופה שבה עונש מאסר בפועל מעוכב עד לשמיעת הערעור, חרב המאסר על תנאי תונח על צווארו של מי שהורשע ונידון לעונש מאסר, ותרתיעו מלעבור עבירות בפרק זמן זה.

2. אי-החלה של תקופת התנאי השיפוטית בזמן עיכוב ביצוע מאסר מכוח סעיף 87 לחוק העונשין

בית המשפט העליון הגיע לכלל מסקנה שבתקופת עיכוב ביצוע עונש מאסר, אין להחיל אף את תקופת התנאי השיפוטית, ומכמה טעמים.⁶³ הטעם האחד הוא שבדרך כלל דחיית ביצוע העונש, אם לא נאמר אחרת, דוחה את העונש בכללותו. המאסר, הן

61 שם, בע' 274.

62 בעניין זה טענה המדינה שהמעצרים טרם החל לרצות את עונשו לא רק מכוח החלטת בית משפט השלום לדחות את ביצוע העונש לפי סעיף 87 לחוק העונשין, אלא גם משום שבית המשפט המחוזי שחררו בערובה לפי סעיף 44 לחוק המעצרים. טענה זו, לגישתה של השופטת ביניש, אינה משכנעת משום שהמבחן לתחולתה של תקופת התנאי הסטטוטורית הקבועה בחלופה הראשונה של הסיפה לסעיף 52(ג) לחוק, הוא בירור מכוח איזו הוראת חוק נדחה ביצוע עונשו מלכתחילה. בית משפט השלום דחה את ביצוע העונש מכוח סמכותו לפי סעיף 87 לחוק העונשין, ובית המשפט המחוזי רק האריך דחייה זו מכוח סעיף 44 לחוק המעצרים.

63 עניין במנוקלר, לעיל הערה 1, בע' 272.

בפועל הן על תנאי, הוא בדרך כלל יחידה עונשית אחת; שני חלקים של אותו עונש, ועל שניהם חלים אותם כללים.⁶⁴ לפיכך כאשר מצא בית המשפט לנכון לדחות את ביצוע העונש בשל ערעור תלוי ועומד, ולא קבע הוראה מפורשת המבחינה בין המאסר בפועל למאסר על תנאי לעניין דחיית הביצוע, יידחה העונש כולו כחטיבה אחת. הטעם השני הוא שהחלת תקופת התנאי השיפוטית בעת דחיית ביצוע עלולה להביא לידי כך שעונש המאסר על תנאי יפוצל – חלק ממנו יחול עד תחילת ריצוי המאסר בפועל, וחלק אחר יחול לאחר סיום ריצוי המאסר בפועל. תוצאה זו נוגדת את תכלית סעיף 52(ג) לחוק, שהרי לו סבר המחוקק שניתן לפצל את עונש המאסר על תנאי, לא היה רואה לנכון לקבוע שתקופת התנאי המנויות בסיפה של סעיף 52(ג) לחוק ייתוספו על תקופת התנאי השיפוטית. גם מבחינה מעשית, פיצול תקופת התנאי השיפוטית עלול להביא לאי־בהירות שתפחית מכוחה המרתיע של תקופת תנאי רצופה וברורה. בהירות נחוצה לאדם שנידון לעונש מאסר על תנאי כדי יוכל לכלכל את דרכו בזהירות ובקפידה לבל ייכשל בהפרת התנאי.

בקביעתו זו סטה בית המשפט העליון מההלכה בעניין רחמים, אשר החילה על החלל שנוצר בתקופת ההמתנה לחוות דעתו של הממונה על עבודות שירות את תקופת התנאי השיפוטית. בית המשפט העליון סבר שההלכה שנקבעה בעניין רחמים הייתה נכונה בנסיבות העניין הקונקרטי שנדון שם, שכן שם דובר בעיכוב ביצוע עונש מאסר בעבודות שירות, ועל כן לא עמדה על הפרק האפשרות שיפוצל עונש המאסר על תנאי לשניים.⁶⁵

קביעה זו של בית המשפט מביאה לתוצאה שאינה מרתיעה ואינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של המאסר על תנאי ואף עלולה לעודד נאשמים לבצע עבירות בתקופה האמורה שבה חרב המאסר על תנאי הוסרה מעל צווארם. המחיר שישלם נאשם על ביצוע עבירה בתקופת עיכוב ביצוע עונש המאסר יהיה נמוך יותר מהמחיר שיצטרך לשלם אם יעבור אותה עבירה לאחר ריצוי מאסרו. בחישוב פשוט של עלות מול תועלת, "ישתלם" לנאשם לבצע עבירה דווקא בתקופה שבה הוא משוחרר מכוח סעיף 87 לחוק העונשין, שכן תוצאתה של הלכת במנוקלר היא, שעל תקופה זו לא חל כל מאסר על תנאי, לא סטוטורי ולא שיפוטי.

השופטת ביניש הייתה מודעת לקשיים העולים מפסקתה וציינה כמה מהם.⁶⁶ יש לזכור שעייכוב ביצוע עונש מאסר שהוטל על אדם אינו בבחינת הכלל, אלא החריג (סעיף 43 לחוק העונשין). אין לנאשם שהורשע בדין זכות קנויה לעייכוב ביצוע, אלא מדובר בצעד שהוא לכאורה יוצא מן הכלל.⁶⁷ לפיכך אין סיבה לפטור נידון, שביקש

64 בית המשפט הפנה לרע"פ 5798/00 ריזי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 1, 11 (2001) (להלן: עניין ריזי).

65 עניין במנוקלר, לעיל הערה 1, בע' 272–273.

66 שם, בע' 274.

67 ע"פ 111/99 שורץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 241, 266 (2000).

להשתמש בכלי של עיכוב ביצוע מאסר בפועל, מכפיפות לתנאי בזמן העיכוב. משנעתר בית המשפט לבקשתו של נאשם לעכב את ביצוע עונש המאסר שהושת עליו, מה ההיגיון שלא להחיל את המאסר על תנאי בתקופת הביניים שעד שמיעת הערעור, פרק זמן שבו הנאשם נמצא מחוץ לכותלי בית הסוהר ואינו נתון לפיקוח? מצב זה משול להענקת פרס לנאשם, ויותר מכול יש בו תמריץ לנאשם לעבור עבירות בתקופת הביניים. משבחר הנידון לבקש מבית המשפט לעכב את ביצוע עונשו לאחר שכבר הורשע ונשללה ממנו חזקת החפות, עליו להביא בחשבון שלצד ההטבה הכרוכה בעיכוב הביצוע, הוא יהיה נתון עתה במצב שבו עליו להיזהר במיוחד במעשיו, כיוון שתלוי ועומד נגדו עונש מותנה בגין מעשה שביצע בעבר. אלא שהלכת במנוקלר אינה מאפשרת זאת. אמנם אפשר לערער גם על מאסר על תנאי, כמו על כל רכיב אחר, אולם כניסתו מיד לתוקף אינה כרוכה בהסבת נזק כלשהו לנאשם, שכן כל שנדרש ממנו הוא לנהוג כאזרח הגון, כדבריו של השופט לוי בעניין טולדנו.

גם ההבחנה בין נסיבותיו של פסק הדין בעניין טולדנו לבין הנסיבות בעניין במנוקלר שציינה השופטת ביניש, אינה מצדיקה סטייה מההלכה בעניין רחמים. השופטת ביניש גרסה, שבעניין רחמים, שבו נדון פרק זמן שבו הנאשם המתין לחוות דעת הממונה על עבודות שירות, לא חל פיצול בעונש המאסר על תנאי משום שהנאשם לא ריצה את עונשו בין כותלי בית הסוהר. אולם בעניין רחמים חל גם חל פיצול בעונש המאסר על תנאי. תקופת התנאי השיפוטית, אשר החלה שעת שהמתין הנאשם לחוות דעת הממונה על עבודות שירות, פסקה ביום שבו החל הנאשם לרצות את עבודות השירות, והתחדשה לאחר שהנאשם סיים לרצות את עבודות השירות. לו בית המשפט היה מחיל את הלכת רחמים על עניין במנוקלר, גם כאן תקופת התנאי השיפוטית הייתה מתפצלת. מקטע ראשון היה חל בתקופת ההמתנה לשמיעת הערעור, והמקטע השני היה מתחיל ביום שחרורו של הנאשם מריצוי עונש המאסר. ההבדל היחיד בין שני פסקי הדין הוא שבעניין רחמים דובר בעונש מאסר שרוצה בעבודות שירות, ואילו בעניין במנוקלר דובר בעונש מאסר בפועל. לדעתי, שוני זה אינו מצדיק סטייה מהלכת רחמים.

זאת ועוד, בעניין טולדנו סבר בית המשפט העליון שפרשנות שלפיה לא תחושב תקופת ההמתנה עד למתן חוות דעת של הממונה על עבודות שירות כתקופת תנאי שיפוטית, מביאה לתוצאה בלתי סבירה ומחטיאה את מטרת החיקוק ואף עלולה לגרום לנאשם לחזור לסורו בתקופת הביניים. כאמור, זו התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון בעניין במנוקלר. השופטת ביניש, ביודעה היטב את הקשיים הכרוכים בפסיקתה, ציינה כי "במכלול השיקולים, כשאנו מביאים בחשבון את האיזונים המתחייבים מן העקרונות שקבענו לעיל, נראה כי מחויבותנו לעקרון החוקיות וכן הצורך שלא להרחיב את העונש – תקופת תחולת התנאי – מעבר לכוונתו המקורית של בית המשפט שגזר אותו, הם השיקולים הגוברים והם שצריכים להכריע את

הכף".⁶⁸ מחויבותו של בית המשפט לעקרון החוקיות מצדיקה את הימנעותו מלהחיל את תקופת התנאי הסטטוטורית על מקרה זה. אולם אין בה כדי להצדיק את הימנעותו של בית המשפט מלהחיל את תקופת התנאי השיפוטית, שכן פרשנות המאפשרת את החלתה בפרק הזמן של עיכוב ביצוע עונש מאסר מקיימת את תכלית עונש המאסר המותנה, בדומה לפסיקתה של השופטת דורנר בעניין רחמים ופסיקתו של השופט לוי בעניין טולדנו.

נימוק נוסף שלא להחיל את תקופת התנאי השיפוטית על פרק זמן זה, העולה מעניין במנוקלר, הוא כאמור שפרשנות כזאת עשויה לסטות מכוונתו המקורית של בית המשפט שגזר אותו. לפיכך טוב יעשו בתי המשפט, אם יציינו את אופן מנייתה של תקופת המאסר על תנאי בגזורם את דינם של נאשמים.

מכל מקום משהורשע נאשם ונגזר עליו עונש מאסר בפועל וכן עונש של מאסר על תנאי, ומשנענה בית המשפט לבקשתו ועיכב את ביצוע עונש המאסר עד לשמיעת הערעור בעניינו, החלת תקופת המאסר על תנאי השיפוטית בזמן ההמתנה, אינה סותרת את כוונתו המקורית של בית המשפט שגזר את דינו של הנאשם (כאשר אין לדעת מה הייתה כוונתו); היא מקיימת את תכלית חקיקתו של עונש המאסר המותנה משום שיש בה כדי להרתיעו מלבצע עבירות והיא אינה כרוכה בנזק כלשהו לנאשם. אי-החלה של תקופת התנאי השיפוטית על פרק הזמן שבו מעוכב ביצוע עונש המאסר (עד לשמיעת הערעור) היא בבחינת מתן פרס לנאשם ואף יש בה כדי להמריצו לעבור עבירות בתקופה זו שבה חרב המאסר המותנה הוסרה, שלא בצדק, מעל צווארו. יצוין ששאר השופטים הצטרפו לקביעתה של השופטת ביניש (להוציא השופט אור אשר הגיע לתוצאה זהה בדרך אחרת).⁶⁹

ז. פסק הדין בעניין פחימה כדוגמה לבעייתיות שבהסדר החלקי הקבוע בסעיף 52(ג) לחוק העונשין

האם בזמן שנאשם משוחרר ברישיון להתהלך חופשי מכוח פקודת בתי הסוהר יחול עליו מאסר על תנאי? בע"פ 691/78 יוסף נ' מדינת ישראל,⁷⁰ פסק בית המשפט העליון, מפי השופט יצחק כהן, שגם מתן רישיון להתהלך חופשי מהווה "שחרור ממאסר",

⁶⁸ עניין במנוקלר, לעיל הערה 1, בע' 226.

⁶⁹ השופט אור הדגיש שההוראות הקבועות בסעיף 52(ג) כפופות לשיקול דעתו של בית המשפט, ובנסיבות המתאימות הוא רשאי לקבוע הוראות אחרות אשר לדעתו משרתות טוב יותר את תכלית המאסר על תנאי. לדבריו, בית המשפט השלום הטיל מאסר על תנאי בזו הלשון: "שנים עשר חודשי מאסר על תנאי שלא יעבור במשך 3 שנים מיום שחרורו מן הכלא עבירה בניגוד לסעיף 379, 413 ח או 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או עבירה מסוג פשע". משהורה בית משפט שלום כן, הרי התכוון "מיום שחרורו מן הכלא" וזאת בלבד. די בכך כדי לדחות את טענת המדינה.

⁷⁰ פ"ד לג(2) 500 (1979).

ואין נפקא מינה שהרישיון להתהלך חופשי ניתן לביטול.⁷¹ השופט כהן הדגיש שבסעיף 52(ג) לחוק, המחוקק לא אמר "מיום שחרורו מהעונש" אלא השתמש בביטוי "מיום שחרורו מן המאסר", וביטוי זה במובנו הרגיל צריך להתפרש ככולל גם שחרור ממאסר בדרך של רישיון להתהלך חופשי עד סוף תקופת המאסר שנגזרה על ידי בית המשפט.⁷² על הלכה זו חזר בית המשפט בפסק הדין בעניין רחמים וקבע שמתן רישיון להתהלך חופשי מכוח פקודת בתי הסוהר מהווה שחרור מן המאסר במובן האמור ברישה של סעיף 52(ג) לחוק. כלומר תקופת התנאי השיפוטית מתחילה עם מתן הרישיון להתהלך חופשי, אף שעקרונית רישיון זה ניתן לביטול, וביטולו יחזיר את הנידון לבין כותלי הכלא. הטעם לכך הוא שכאשר הנידון אינו מרצה עוד עונש מאסר בפועל, תקופת התנאי ממלאת את ייעודה. על כן אין כל הצדקה לדחות את מועד תחילת התנאי כאשר האסיר משוחרר ברישיון.

שאלה אחרת היא אם כליאה לאחר הפקעת הרישיון מפסיקה את מניין תקופת התנאי. השאלה נדונה בע"פ 2713/01 פחימה נ' מדינת ישראל,⁷³ אשר עסק בפרק הזמן שבו שב הנאשם לרצות את המשך מאסרו בכלא לאחר שהופקע רישיונו.⁷⁴ פסק דין זה הוא דוגמה לתוצאה בעייתית הנובעת מניסוחו הכושל של סעיף 52(ג) לחוק העונשין ומההלכה בעניין במנוקלר.

פחימה ריצה תקופת מאסר בכלא ושוחרר ברישיון בתום שני שלישים מתקופת מאסרו. רישיונו הופקע לאחר שהפר את תנאיו ועל כן שב לרצות את עונשו בבית הסוהר. לאחר שחרורו מהמאסר, עבר עבירות נוספות. השאלה שבמחלוקת הייתה אם כליאתו לאחר הפקעת הרישיון הפסיקה את מניין תקופת התנאי – שאז העבירה הנוספת בוצעה בתקופת התנאי, או שמא לא הפסיקה את מניינה – שאז אין התנאי חל עוד על העבירות החדשות.

בית משפט השלום קבע שתקופת התנאי הופסקה כשנכלא פחימה, והמשיכה לחול לאחר שפחימה השתחרר שוב מהכלא. בית המשפט המחוזי אימץ את עמדתו של בית משפט השלום וגרס שסעיף 52(ג) לחוק מאפשר לפצל את תקופת התנאי כאשר האסיר מוחזר להשלמת מאסרו לאחר הפקעת רישיונו. על פסק הדין של בית משפט המחוזי ניתנה רשות ערעור לבית המשפט העליון אשר קיבל פה אחד את ערעורו של פחימה והפך את החלטת הערכאות הנמוכות, בקבעו שתכלית סעיף 52(ג) לחוק העונשין היא אמנם להבטיח את האפקטיביות של המאסר על תנאי ומשום כך הוא מוציא מתקופת התנאי את זמן הכליאה וממלא את החללים הנוצרים במהלך של שחרור זמני מהכליאה על ידי הוספת תקופת תנאי מצטברת במצבים אלה, אולם

71 שם, בע' 501.

72 שם, שם.

73 תק-על 2003(2) 2734 (2003).

74 לעניין שחרור אסיר ברישיון, ראו חוק שחרור על תנאי ממאסר, תשס"א–2001, ס"ח תשס"א 1795, בע' 410.

אין בסעיף הוראה המאפשרת את פיצול תקופת התנאי, גם אם יש בכך כדי לפגוע באפקטיביות של המאסר על תנאי. כמו כן, ההוראה שבסעיף 52(ג) לחוק חלה רק על שלושה חללים המנויים בו. אמנם בכל מקרה אחר של הפסקת הכליאה נפגעת האפקטיביות בה במידה, אך בית המשפט לא ימלא בדרך פרשנית את אשר החסיר המחוקק.⁷⁵

פסק הדין בעניין פחימה הוא תוצאה של ההלכה בעניין במנוקלר ושל ההסדר החלקי שנקבע בסעיף 52(ג) לחוק העונשין. לפי הלכת פחימה, כאשר אסיר, אשר שוחרר מהכלא ברישיון, מפר את תנאי הרישיון ושב לכלא, תקופת התנאי ממשכה להימנות גם בזמן שבו נכלא שנית. תקופת התנאי נמנית ואף עשויה להסתיים במהלך ריצוי עונש המאסר בכלא, וכל תכליתו של עונש המאסר על תנאי מושמת לאל.

בעניין במנוקלר נקבע שבית המשפט לא ישלים חללים שלא הוסדרו בחוק, שהרי זהו תפקידו של המחוקק ולא של בית המשפט. ההלכה בעניין במנוקלר נטלה מבית המשפט את שיקול הדעת והניאה אותו מלהחיל את תקופת המאסר על תנאי השיפוטית על חללים שלא הוסדרו בחוק, אף כאשר הדבר מתבקש בנסיבות העניין ולפי תכליתו של עונש המאסר המותנה. יתר על כן, אי-החלתה של תקופת מאסר על תנאי שיפוטית באותם מקרים שבהם הדבר מתחייב, עשויה להביא לתוצאה לא הגיונית ולא סבירה בדומה לתוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון בעניין פחימה.

ח. סיכום והצעה לפתרון

עמדתו הדווקנית של בית המשפט שאין להוסיף בדרך פרשנית חללים נוספים מלבד השלושה שנקבעו בסעיף 52(ג) לחוק העונשין ברורה וצודקת, שכן זוהי מלאכתו של המחוקק. אלא שההלכה בעניין במנוקלר נטלה מבתי המשפט את שיקול הדעת להחיל את תקופת המאסר על תנאי השיפוטית כאשר הדבר מתחייב מנסיבות העניין ומתכליתו של המאסר המותנה. "פיצול תקופת התנאי" הפך לערך שבתי משפט נזהרים מלפגוע בו. תמהני אם אי-פגיעה ב"ערך" זה מוצדקת גם כאשר היא הופכת את המאסר על תנאי לבלתי אפקטיבי ומביאה לתוצאה בלתי סבירה. בית המשפט העליון פירש את סעיף 52(ג) לחוק העונשין בדווקנות, וסירב להעניק לו פרשנות רחבה באופן שיכלול חללים נוספים. הפעלת המאסר על תנאי, שהוא סוג של עונש, במצבים החורגים מהגבולות שהותוו לו בהוראת סעיף 52(ג) לחוק העונשין, ובאופן שיש בו להחמיר עם הנאשם, מנוגדת לעקרון החוקיות, ועל כן יש להימנע מלנקוט אותה בדרך של פרשנות מרחיבה.⁷⁶ עמדתו הדווקנית של בית המשפט העליון אמנם

75 עניין פחימה, לעיל הערה 73, בפסקה 3 לפסק דינה של השופטת דורנר.

76 שם, שם.

משרתת את עקרון החוקיות, אך בו בזמן אינה עולה בקנה אחד עם תכלית חקיקתו של סעיף 52(ג) בפרט ועם תכליתו של עונש המאסר על תנאי בכלל. עמדתו של בית המשפט פוגעת באפקטיביות של המאסר על תנאי כסנקציה עונשית, ומחלישה את מעמדו, שממילא לפי ממצאי המחקרים שעליהם עמדתי בחלקו הראשון של המאמר, הוא נמוך ביחס לעונשים אחרים. אלא שכאמור אין זו מלאכתו של בית המשפט למלא את שהחסיר המחוקק. טוב יעשה המחוקק אם יורה על תיקונו של סעיף 52(ג) לחוק העונשין.

דרך אחת לתיקון הסעיף היא הוספה של חללים ספציפיים שלא הוסדרו בחוק ונדונו בפסיקה כגון שחרור נאשם בערובה מכוח סעיף 87 לחוק העונשין, המשך ריצוי מאסר לאחר הפקעת רישיונו של אסיר וחללים נוספים שבהם האסיר אינו נמצא בין כותלי בית הסוהר. או אז ידע הנידון בבירור אם חלה עליו תקופת מאסר על תנאי, ואם היא שיפוטית או סטטוטורית. דרך זו מגשימה את מטרתו ההרתעתית של עונש המאסר על תנאי והולמת את עקרון החוקיות.⁷⁷

דרך אחרת לתיקונו של סעיף 52(ג) לחוק העונשין היא לנסחו באופן הזה:

תקופת התנאי תתחיל ביום מתן גזר הדין, ואם הנידון נושא אותו זמן עונש מאסר, ביום שחרורו מן המאסר. אולם תקופה זמנית שאסיר נמצא בה מחוץ לבית הסוהר כגון בשל שחרור בערובה מכח סימן ב' בפרק ג' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב–1982, בשל עיכוב ביצוע עונש מאסר מכח סעיף 87 לחוק העונשין, בשל חופשה מיוחדת או מכח סימן ב' לפרק ו', יראו אותה כתקופת תנאי מצטברת לתקופת התנאי שקבע בית המשפט; והכל כשבית המשפט לא הורה אחרת.

ניסוח סעיף 52(ג) לחוק בדרך זו מחיל את המאסר על תנאי הסטטוטורי במקרים בהם הנאשם נמצא מחוץ לכותלי בית הסוהר (למעשה בכל מקרה שבו יש חלל), באופן ששלושת החללים המוסדרים כיום בסעיף זה ישמשו דוגמאות הממחישות את הכלל הקבוע בסעיף, שינוסח כ"רשימה פתוחה" וכאכסניה לחללים אשר ייתכנו טרם נשיאת עונש המאסר או במהלכה, כגון אלה שנדונו בפסקי הדין בעניין רחמים, בעניין במנוקלר ובעניין פחימה.

פתרון אחר, שאינו מצריך את שינוי החוק, הוא שבתי המשפט, בגזרם את הדין, יביעו את עמדתם באשר למניין תקופת התנאי, שכן הכלל הקבוע בסעיף 52(ג) לחוק חל כל עוד בית המשפט אשר גזר את הדין לא הורה אחרת.⁷⁸ על בתי המשפט להסביר ולהבהיר למי שנידון למאסר על תנאי, בין כעונש יחיד בין כעונש נוסף, את משמעות

⁷⁷ עניין ריזי, לעיל הערה 64, בע' 19–20.

⁷⁸ ראו לדוגמא את פסק הדין בעניין צדוק, לעיל הערה 51. בעניין זה הורשעה הנאשמת בעבירות גניבה ונגזרו עליה בין היתר עונש מאסר בפועל וכן מאסר על תנאי. בית משפט השלום בכפר סבא (ת.פ. 2166/06) הורה במועד גזר הדין, על עיכוב ביצוע עונש המאסר בפועל בזו הלשון:

המאסר על תנאי, מועד תחילתו ומועד סיומו ואת תקופות התנאי השונות ומניינן. הסבר כזה יתרום לבהירותה של הנורמה הפלילית ולוודאות המשפטית ובכך יקדם את עקרון החוקיות. בשל חשיבותו של עיקרון זה, ייטיב המחוקק לעשות אם יעגן דרישה זו בחוק העונשין. הוראה כזו מצויה בקוד הפלילי של פינלנד משנת 1889 (Criminal Code of the Republic of Finland 1889). הקוד הפלילי הפיני מסדיר את עונש המאסר על תנאי בפרק 2b שכותרתו "Conditional Imprisonment". לפי סעיף 3 לפרק זה, בית המשפט רשאי לקבוע שעונש מאסר יהיה על תנאי לתקופה שלא תפחת משנה ולא תעלה על שלוש שנים. סעיף 4 לקוד הפלילי הפיני, שכותרתו "notice of the effects of the sentence", קובע שבית המשפט צריך ליידע את הנאשם (במועד מתן גזר הדין) על מועד סיום תקופת התנאי ועל הגורמים שיביאו להפעלתו, בזו הלשון:

"When conditional imprisonment is imposed, the convicted person shall be notified, in connection with the pronouncement or the issue of the judgment, of the date when the probation period ends and of the grounds on which the sentence may be ordered to be enforced".

הוראה דומה ניתן למצוא בסעיף (1) 56c לקוד הפלילי הגרמני (German Penal Code), המנחה את בית המשפט להסביר לנאשם את משך תקופת התנאי ובכך לסייע לו להימנע מלעבור עבירות בתקופת התנאי.⁷⁹ תיקון סעיף 52(ג) לחוק, באחת הדרכים שהוצעו לעיל, וכן חקיקת הוראה אשר

"אני דוחה את ביצוע המאסר לריצוי בפועל עד לדיון שיקויים..." (להלן "החלטה בדבר עיכוב ביצוע"). לימים עברה הנאשמת עבירות בתקופת עיכוב ביצוע עונש המאסר. השאלה שהתעוררה היא, האם עונש המאסר המותנה שהוטל על צדוק במסגרת גזר הדין בבית משפט השלום בכפר סבא עוכב יחד עם עונש המאסר בפועל בעת מתן גזר הדין או שמא תקופת התנאי החלה כבר עם מתן גזר הדין. נקבע כי עונש המאסר על תנאי לא עוכב במסגרת החלטת העיכוב ביצוע משום שבהחלטת בית משפט השלום עולה כי הוא בחר לעכב את ביצועו של רכיב המאסר בפועל בלבד באופן מובהק, ובכך הפעיל הלכה למעשה את תקופת התנאי השיפוטית מיום גזר הדין. סעיף 56a ל-German Penal Code קובע כי כאשר הנאשם נידון לעונש מאסר שאינו עולה על שנה אחת, בית המשפט רשאי לקבוע שהעונש כולו יהיה על תנאי. על פי סעיף (1) 56a, תקופת התנאי לא תעלה על חמש שנים ולא תפחת משנתיים ימים. סעיף קטן (2) קובע שתקופת התנאי תחל כאשר ההחלטה להתנות את עונש המאסר תהיה סופית. בית המשפט רשאי לקצר את תקופת התנאי למינימום או להאריך למקסימום בטרם הסתיימה תקופה זו. כמו כן בית המשפט רשאי להטיל הגבלות ולהתנות תנאים נוספים על המאסר המותנה (סעיף 56b) כגון פיצוי הקרבן, תרומה של כסף לארגון מסוים או ביצוע עבודות לטובת הציבור. סעיף (1) 56c קובע שבית המשפט צריך להנחות את הנאשם באשר לתקופת התנאי, אם הנאשם דורש סיוע בעניין כדי להימנע מלעבור עבירות בתקופה זו.

56c(1): "The court shall impose directions for the duration of the operational period, if the convicted person requires such assistance to abstain from committing offences. No unreasonable demands should be imposed on the convicted person's lifestyle".

דיון מקיף בעניין מערכת הענישה בגרמניה ראו אצל Thomas Weigend, Sentencing and Punishment in Germany, in Michael Tonry and Richard S. Frase, *Sentencing and*

תחייב את בית המשפט להודיע לנאשם ולהסביר לו על אודות תקופת המאסר על תנאי השונות, תפתור סוגיות שנויות במחלוקת ותיישב קשיים שנדונו במאמר זה. ברם, פתרון כל דילמה מציב מיניה וביה קושיות חדשות. אכן, ראויה סוגיה מורכבת זו של עונש המאסר על תנאי, להסדרה חקיקתית מלאה והרמונית ככל האפשר.

Sanctions in Western Countries 188–221 (OUP, 2001). דיון בסוגיית המאסר על תנאי בגרמניה, ראו שם, בע' 195–196.

