

**מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?  
על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת  
השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005**

מאת

**בועז סנג'רו\***

א. מבוא. ב. המצב המשפטי הקיים בתחום הענישה בישראל; 1. החוק הישראלי; 2. ההלכה הישראלית; 3. היעדר אחידות בענישה; 4. החמרה, הקלה והשימוש במאסר. ג. מקומו של המאסר בענישה הפלילית. ד. ה-*Sentencing Guidelines* שפותחו במשפט האמריקני. ה. המלצות ועדת גולדברג; 1. כללי; 2. המלצות המיעוט ובעיקר קביעת עונשים מזעריים (עונשי מינימום); 3. המלצות הרוב ובעיקר קביעת "עונשי מוצא". ו. הצעת החוק הנוכחית – יתרונות מול חסרונות. ז. אחרית דבר – הצורך בקודקס פלילי חדש ולא בהחמרת הענישה.

**א. מבוא**

המצב הקיים בישראל בתחום הענישה הפלילית אינו טוב. התחום פרוץ לחלוטין; אין המחוקק מדריך את השופטים; אפילו בית-המשפט העליון אינו מדריך ממש את הערכאות הנמוכות; שופט הישר בעיניו יעשה; אין אחידות בענישה; אין ודאות; עקרון החוקיות נרמס יום יום. הבעיה חריפה בייחוד על רקע חוק העונשין המנדטורי הקיים, שהעבירות הקבועות בו מוגדרות באופן רחב מאוד ומדי, ועונשיהן המרביים ("עונשי המכסימום"), שגם אותם ירשנו מן המנדט הבריטי על ארץ ישראל, הם מופרזים בעליל, ולכן אין בכוחם להדריך את השופטים.

\* ראש החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה, המכללה האקדמית למשפטים ברמת גן. תודתי נתונה לד"ר רינת קיטאי על הערותיה לטיוטת המאמר.

בדין וחשבון של הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין מ-1997<sup>1</sup> עמדו חברי הוועדה על המצב הרע הקיים והסכימו ביניהם כי נדרש שינוי. חברי המיעוט הציעו לקבוע בחוק גם עונשים מזעריים ("עונשי מינימום"). חברי הרוב הציעו הצעה חדשנית מורכבת, ולפיה ייקבעו בחוק הן מטרות הענישה והאיזון ביניהן הן נסיבות מקלות ונסיבות מחמירות כלליות הן "עונשי מוצא".

הצעת החוק הנוכחית – הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005<sup>2</sup> – אשר הוכנה במשרד המשפטים, מבוססת על עמדת חברי הרוב בוועדת גולדברג. לכאורה היא מאמצת את המלצות הוועדה ומשיגה את יתרונותיהן. למעשה – כפי שאראה בהמשך – האימוץ הוא סלקטיבי, ומשקלם של החסרונות עולה לאין שיעור על משקל היתרונות. לפיכך הצעתי היא לגנוז הצעה רעה זו ולהתרכז בחקיקת חוק עונשין חדש ומודרני, שמדינת ישראל ראויה לו וממתניה לו כבר למעלה מיובל שנים.

## ב. המצב המשפטי הקיים בתחום הענישה במדינת ישראל

### 1. החוק הישראלי

למרבה הצער, בשנת 2006 מרבית העבירות הפליליות הקבועות בחוק העונשין הישראלי<sup>3</sup> – הקודקס הפלילי המרכזי של מדינת ישראל – עודן כמעט זהות לירושה הרעה שקיבלנו מן המנדט הבריטי על ארץ ישראל הן בכך שרבות מהן חסרות הצדקה ומיותרות<sup>4</sup>, הן בהגדרותיהן הרחבות הן בעונשיהן המופרזים<sup>5</sup>. אמנם זכינו בשנת 1994

1 דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (ירושלים, תשנ"ח-1997, בראשות שופט בית-המשפט העליון אליעזר גולדברג) (להלן – דוח ועדת גולדברג). היה ניתן לפשט שם מסובך זה בהחלפת ארבע המילים "לבחינת דרכי ההבניה של" במילה "להבניית". אולי חששו שיהא זה מחייב מדי...

2 הצעת חוק העונשין (תיקון – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005. בעת כתיבת מאמר זה הייתה ההצעה בשלב של "תזכיר חוק" אשר הוכן על-ידי משרד המשפטים.

3 חוק העונשין, תשל"ז-1977, ס"ח 864, עמ' 226 (להלן – חוק העונשין).

4 גם מחוץ לחוק העונשין יש הרבה יותר מדי עבירות. בכל פעם שמחוקקים במקומותינו חוק חדש, אפילו אם הוא בעל אופי אזרחי לחלוטין, מתעקשים לקבוע בו (בדרך כלל בסופו, כהדרן לשמח בו את הקהל) פרק שכותרתו בדרך כלל "עונשין", ובו עבירות מיותרות נוספות. עקרון השיוריות של המשפט הפלילי נשכח לחלוטין. לא את כל תחומי החיים ניתן ורצוי להסדיר באמצעות המשפט הפלילי. נהפוך הוא: אם ניתן להסדיר כל תחום ללא המשפט הפלילי – מה טוב.

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005 לחלק כללי חדש לחוק העונשין (תיקון מס' 639), אך מאות העבירות שבחלקו הספציפי נותרו כשהיו. כך למשל עד עצם היום הזה לא מצא המחוקק לנכון למחוק מחוק העונשין עבירות ארכאיות בעלות הגדרות רחבות ומעורפלות, כגון סעיף 198 לחוק העונשין – "תקלה ציבורית – העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית, דינו – מאסר שלוש שנים". הגדרות כאלה לא ניתן ליישב באופן מהותי עם עקרון החוקיות, שלפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו"<sup>7</sup>. החלק "עבירות" שבחוק העונשין הישראלי עודו קרוב טוב של פקודת החוק הפלילי, 1936<sup>8</sup>, אשר הועתקה מהקוד הפלילי של קפריסין מלפני כמאה שנים. ספק אם חקיקה זו נחשבה טובה אפילו אז. האנגלים לא החילוה באנגליה מכורתם, אלא אך ורק בקולוניות המרוחקות. במשפט המקובל האנגלי לא ניתן דגש לאשמה ולגמול אלא אך ורק לסכנה ולהרתעה. כך למשל הכיל הדין האנגלי מלפני כמאתיים שנים לא פחות ממאתיים עבירות שעונשן היה מוות, לרבות עבירות קלות ככריתת עץ בפארק, התחברות עם צוענים וגניבת רכוש שערכו עולה על שילינג אחד<sup>9</sup>. לא בכדי נודע חוק זה בכינויו "The bloody code". האנגלים סברו שירתיע, אך לא זו בלבד שעקרונות הגמול והאשמה נפגעו, אלא אף ההרתעה המקווה לא הושגה. כך למשל מדווח על כייסים שעסקו במשלח ידם תוך ניצול הצפיפות של קהל הצופים בהוצאות להורג של כייסים אחרים. בהמשך – עם קדמה מסוימת – הומרו עונשי המוות בהגליה (באנגליה) ובמאסר עולם (בישראל)<sup>10</sup>, ולבסוף הומרו מרבית עונשי מאסר העולם במאסרים למשך עשרים שנים<sup>11</sup>. כך נותרו עד היום בחוק העונשין הרבה מאוד עבירות שעונשן עשרים שנות מאסר<sup>12</sup>. גם עקרון הפרופורציה שבין העבירות השונות אינו מתקיים בחוק העונשין. כך

- 5 לסקירה מקיפה של ליקויי חוק העונשין ראו מ' קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, תש"ם). לכאורה סקירה מתש"ם אינה עדכנית. למעשה, נוכח העובדה שהעבירות כמעט שלא השתנו, הסקירה עודנה תקפה ומעציבה.
- 6 חוק העונשין (תיקון מס' 39), תשנ"ד-1994, ס"ח 1481 (להלן – תיקון מס' 39).
- 7 סעיף 1 לחוק העונשין. על ההסברים לעקרון החוקיות ועל השלכותיו ראו למשל ב' סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים? ! האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספר לכלל הפרשנות המצמצמת", עלי משפט ג (תשס"ג) 165, עמ' 165 ואילך, והאסמכתאות המופיעות שם.
- 8 ראו י' שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז (תשל"ט-תש"ם) 75.
- 9 ראו למשל ב' סנג'רו "על עונש המוות בכלל ועל עונש המוות בגין רצח בפעולת טרור בפרט" עלי משפט ב (תשס"ב) 127, עמ' 129, 179 ואילך, והאסמכתאות המופיעות שם.
- 10 חוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש המוות על רצח), תשי"ד-1954, ס"ח 74.
- 11 סעיף 41 לחוק העונשין.
- 12 קיימות שיטות משפט שבהן נקבע שעונש מאסר ממושך פוגע בכבוד האדם – ראו למשל, באשר לפסיקת בית-המשפט החוקתי בגרמניה, א' ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית"

למשל בעוד שהנחת חומר נפיץ בכוונה לגרום חבלה בגופו של אדם דינה 14 שנות מאסר, הרי שדינה של הנחת חומר נפיץ בכוונה להרוס נכס או להזיק לו הוא 15 שנות מאסר<sup>13</sup>.

ההערכה כי העונשים המרביים הקבועים בחוק הפלילי הישראלי הם מופרזים הייתה מקובלת גם על חברי ועדת גולדברג, אשר קבעו כי "העונשים המירביים נקבעו בזמנים שונים, ואין ביניהם יחס הגיוני... רוויזיה (שלדעת כל חברי הוועדה יש לעשותה) בעונשים המירביים שהם חמורים ביותר"<sup>14</sup>.

הבעיה המרכזית בשיטה הקיימת בחוק הישראלי היא שההדרכה שנותן המחוקק לשופט – הבאה לידי ביטוי בדרך כלל בקביעת העונש המרבי (המופרז) בלבד – היא דלה ביותר. כך למשל כאשר שופט מרשיע נאשם בעבירת ההריגה<sup>15</sup>, הוא מוסמך להסתפק בקנס, כשם שהוא מוסמך לגזור את העונש האכזרי של עשרים שנות מאסר. שיקול-הדעת שניתן לשופט הוא מופרז בעליל, אפילו אם היינו משוכנעים שכל שופטי ישראל הם בעלי כישורים על-אנושיים. בעניין זה כתב השופט המנוח חיים כהן דברים כדורבנות:

"מסימני ההתנשאות הוא גם אמונתם של רבים מהשופטים שכדי לגזור גזר-דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזוז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושיקולות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מייד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא ענין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש"<sup>16</sup>.

ציטוט זה לא הובא כאן רק כדי להזהיר מפני האפשרות המועלית בו, אלא בעיקר כדי להצביע על הצורך הרב בהדרכה משמעותית שעל המחוקק להעניק לשופטים. הדרכה כזו היא הכרחית כדי להגשים את עקרון הפרופורציה, כדי להגשים את עקרון השוויון וכדי להשיג אחדות בענישה – לא פורמאלית אלא מהותית. עקרון החוקיות מחייב שכל דבר שניתן לקביעה כללית טובה ומראש, ייקבע על-ידי המחוקק. עקרון החוקיות מחייב הנמכה משמעותית של העונשים המרביים לרמות סבירות כך שניתן וצריך יהיה ללמוד מהם משהו משמעותי. כיום המרחק בינם לבין העונשים הנגזרים בפועל הוא גדול.

הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 271, עמ' 280; וראו L.S. Sheleff *Ultimate Penalties* (1987), pp. 133-136.

13 השוו בין סעיף 330 לבין סעיף 456 לחוק העונשין.

14 דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 15. וראו גם עמ' 43-44.

15 סעיף 298 לחוק העונשין.

16 ח' ה' כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א (תש"ן) 9, עמ' 21.

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005

כפי שנקבע נכונה ברוח ועדת גולדברג, "סמכות הענישה של שופט בישראל היא רחבה מאד ושיקול-דעתו רב, אולם סמכותו כמעט נטולת הנחיות"<sup>17</sup>. עקרון החוקיות מחייב פירוט בחוק של נסיבות מקלות ונסיבות מחמירות כלליות – בחלק הכללי של חוק העונשין. פירוט כזה אינו קיים כלל בחוק שלנו. במאמר מוסגר ייאמר כי בעוד שנסיבות מחמירות רבות פזורות בהגדרותיהן של העבירות הספציפיות (אם כי לא בחלק הכללי של החוק משום מה), נסיבות מקלות קשה מאוד למצוא אפילו בחלק הספציפי של החוק, שהרי המחוקק המנדטורי לא התעניין בהן ובאשמתו של העושה, אלא התרכז בהרתעה.

עקרון החוקיות מחייב עבודת חשיבה מאומצת של המחוקק בניסיון להרחיב את הדרכתם של השופטים. לניסיון כזה שעשתה ועדת גולדברג – תוך קביעת "עונשי מוצא" – נידרש בהמשך.

לבסוף יצוין כי החוק הישראלי אינו קובע מה הם שיקולי הענישה המרכזיים, והוא אינו קובע מהו משקלם היחסי ומהי נוסחת האיזון ביניהם.

## 2. ההלכה הישראלית

ההנחיות בפסיקת בית-המשפט העליון באשר לענישה הפלילית הן דלות מאוד<sup>18</sup>. התחום המוסכם הוא מצומצם מאוד: מוסכם שארבעת שיקולי הענישה המרכזיים שעל השופט לשקול הם גמול, הרתעה, מניעה ושיקום<sup>19</sup>. כאמור, החוק הישראלי אינו מדרוך את השופט איזה משקל לתת לכל אחד מארבעת השיקולים. החוק אפילו אינו קובע שאלה הם ארבעת השיקולים המרכזיים. גם הפסיקה של בית-המשפט העליון אינה מאירה את עיני השופטים בתחום זה. בפסק-הדין המנחה בעניין פלוני (שנודע בכינויו "האנס האדיב") קבע השופט ברק קביעה מצוטטת מאוד, כדלקמן:

"מקובל לציין, בין מכלול השיקולים שיש לקחתם בחשבון, את שיקולי ההרתעה הכללית וההרתעה האינדיבידואלית, את שיקולי המניעה והתגמול, ואת השיקול השיקומי. כל אחד מאלה הוא שיקול לגיטימי... העונש אשר מוטל בסופו של דבר על הנאשם, אינו אלא תוצאה 'משוקללת' – אם תרצו פשרה – של השיקולים השונים שיש להביאם בחשבון. מלאכת 'שקול' זו אינה מלאכה מדעית, אך היא אף אינה

17 דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 7.

18 לסקירה מקיפה של פסיקת בית-המשפט העליון ראו ר' קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 97.

19 ראו למשל ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421 (להלן – עניין פלוני); ר' קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י (תשנ"ג) 39.

מלאכה שרירותית. היא ענין שבשיקול דעת, הנעשה על הרקע הכללי והאינדיבידואלי, במסגרת המדיניות העונשית הכללית כפי שהיא מתבצעת על-ידי בתי-המשפט"<sup>20</sup>.

מה ניתן ללמוד מאמירה מצוטטת זו באשר למשקלם היחסי של שיקולי הענישה המרכזיים; באשר לנוסחת האיזון ביניהם? מאומה. אין הדרכה כלשהי לשופטי הערכאות הנמוכות. בכל משפט פלילי (בכל ערכאה) על השופט להגות מחדש את שיקולי הענישה (שהרי הם אינם קבועים ומחייבים אלא אך "לגיטימיים" ומצויים "בין מכלול השיקולים") ולהגות את נוסחת האיזון ביניהם. ומפסק-דין לפסק-דין משתנים השיקולים (נדירות, אמנם) ומשתנה נוסחת האיזון (תכופות).

מה בדרך כלל יכול שופט בערכאה נמוכה לעשות כשהחוק אינו נותן לו הדרכה בסוגיה מסוימת? לתור אחר הדרכה בפסיקה של בית-המשפט העליון. נניח שהוא מעוניין לדעת מהו המשקל הראוי שיש ליתן לשיקול השיקום, בפסק-הדין בעניין אטיאס הוא מוצא את הדברים האלה:

"זאת תורת הגישה האינדיבידואלית בתורת הענישה, המקובלת עלינו כקו מנחה בסוגיה קשה וסבוכה זו של הענישה ומטרותיה, ואין אנו רשאים 'להקל' על עצמנו ולהחמיר עם הנאשם, מתוך הסתמכות על הנימוק והחשש שמא הקלה במקרה מסויים הראוי לכך תשמש תקדים למקרים אחרים שאינם ראויים לכך"<sup>21</sup>.

כלומר, לשיקול השיקום משקל גדול. והנה בעניין זגל קבע אותו שופט של בית-המשפט העליון כך:

"בין יתר דרכי הענישה ומידותיה – ואלה רבות וחשובות הן... קיים גם עיקרון, שהעונש צריך להתאים לחומרת העבירה. על כך מצוים אנו כשופטים, ואין אנו רשאים לסטות מכך אלא במידה מועטת"<sup>22</sup>.

כלומר, משקל קטן לשיקול השיקום; משקל מכריע לעקרון הפרופורציה – לעקרון ההלימה שבין חומרת העבירה לבין חומרת העונש – דהיינו לשיקולי הגמול וההרתעה. למה ניתן לצפות משופט בערכאה נמוכה, אשר אינו מקבל הדרכה משמעותית – לא מהמחוקק ולא מבית-המשפט העליון, ואשר מוצא כי לא זו בלבד שלכל שופט בבית-המשפט העליון גישה שונה למשקל היחסי של שיקולי הענישה, אלא אפילו אותו שופט

20 עניין פלוני (לעיל, הערה 19), עמ' 434.

21 ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, עמ' 174.

22 ע"פ 10/86 זגל נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 769 (להלן – עניין זגל), עמ' 772.

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005 של הערכאה העליונה נוקט גישה שונה ממקרה למקרה? האם במצב דברים שכזה ניתן לבקר שופט של הערכאה הנמוכה ביקורת ממשית במסגרת הליך של ערעור? מבקש אני לבוא בריב עם כמה הלכות שקבע בית-המשפט העליון, שלהן השפעה על נושא דיוננו. הלכה אחת היא ההלכה המרכזית והידועה, שלפיה ערכאת הערעור נמנעת מלהתערב בממצאיה העובדתיים של הערכאה הראשונה (ה"דיונית"), בייחוד כשמדובר בקביעת מהימנותם של העדים. הלכה זו, שיש המכנים אותה "הלכת אי-ההתערבות", ושניתן אף לכנותה "הלכת אי-ההתאמצות", ואשר באה לידי ביטוי מובהק בשכיחותו הגדולה של הביטוי "נחה דעתנו" (מלשון "מנוחה"? בהחלטות הניתנות בערעורים, הופכת להערכתי את זכות הערעור למס שפתיים. שהרי רוב טעויות השופטים הגורמות להרשעתם של חפים מפשע אינן משפטיות אלא עובדתיות, והלכה זו מסכלת את האפשרות לתקן בערעור<sup>23</sup>.

הלכה משונה נוספת של בית-המשפט העליון הנוגעת ישירות לענישה הפלילית, קובעת כך:

"ידוע כי אין בית-משפט של ערעור מתערב במידת העונש, אלא אם מופלג הוא בחומרתו או בקולתו"<sup>24</sup>.

אם העונש הוא קצת קל מדי – ניחא. אך נניח עתה כי השופט הדין בערעור מגיע למסקנה שהעונש הוא קצת חמור מדי – מדוע הוא אינו מתקן את גזר הדין? ואיך ינום לאחר מכן בלי שתופרע שנתו? ומה יש לראות כעונש קצת חמור מדי? שנת מאסר? חודש מאסר? שבוע? יום של שלילת חירות?

הלכה בלתי רצויה שלישית, שגם עליה חזרו אין ספור פעמים בפסיקת בית-המשפט העליון ובעקבותיה בפסיקת הערכאות הנמוכות יותר, קובעת כי "כאשר העבירה חמורה היא בנסיבותיה, אך טבעי הוא כי משקלם של השיקולים האישיים פוחת לעומת השיקולים הציבוריים"<sup>25</sup>. האומנם כך ראוי? סבורני כי משקל השיקולים האישיים אינו

23 ראו ב' סנג'רו, מ' קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון" עלי משפט א (תש"ס-תשס"א) 97, עמ' 109; ע' גרוס "חקר האמת והביקורת השיפוטי: התערבות של ערכאת ערעור בממצאי עובדה" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 551; מ' קרמניצר "קריטריונים לקביעת ממצאים עובדתיים והתערבות ערכאת ערעור בממצאים המתייחסים למהימנות של עדים" הפרקליט לה (תשמ"ג-תשמ"ד) 407; ל' שלף "תיקונו של עיוות דין" הפרקליט מא (תשנ"ג-תשנ"ד) 346; ב' סנג'רו "ההודאה כבסיס להרשעה – האומנם מלכת הראיות או שמא קיסרית הרשעות השווא" עלי משפט ד (תשס"ד) 245, עמ' 246-249.

24 הלכה זו מופיעה בפסיקה פעמים הרבה. הציטוט המסוים לקוח מעניין זגל (לעיל, הערה 22), עמ' 772.

25 הציטוט דלעיל הוא מפי השופט ברק, שם, שם.

פוחת אלא נותר בעינו. ייתכן שמשקל "השיקולים הציבוריים", שהוא מן הסתם בעיקר פונקציה של חומרת העבירה, יהיה גדול (באופן משמעותי) ממשקל השיקולים האישיים, אך אין מקום ואין צורך להפחית ממשקל השיקולים האישיים. גם בעבירות חמורות בית המשפט אינו יכול לפטור את עצמו מן ההכרח להתייחס בכובד ראש (גם) לשיקולים האישיים. קושי נוסף בהלכה רווחת זו הוא שבית המשפט אינו מבחין בין שיקום לבין נסיבות מקלות, והוא מערפל את ההבחנה. כך או אחרת, אין שיקול רלוונטי כלשהו שראוי להפחית ממשקלו ולהתעלם ממנו.

הלכה רביעית, חדשה ומסוכנת, של בית המשפט העליון שעליה ברצוני להתריע בהזדמנות זו, היא הלכת חדד. בעניין חדד<sup>26</sup>, שבו הורשע הנאשם בעבירת ההריגה, קבע השופט טירקל כי נוכח ריבוי העבריינים והתפשטות האלימות "יש לנקוט בגישה המחמירה, לאמור הגישה הרואה בעונש המירבי את נקודת המוצא שממנו מפחיתים לפי נסיבות המקרה, נסיבותיו האישיות של העבריין, תדירותה או נדירותה של העבירה, הרתעת עבריינים בכוח ועצמת הסלידה ושאת הנפש של החברה". בעניין אנתונוב<sup>27</sup>, שגם בו דובר בעבירת ההריגה, ציטט השופט עדיאל בהסכמה את דברי השופט טירקל והכתיר אותם בתואר "הלכת חדד". ודוק: עבירת ההריגה היא עבירה רחבה מאוד ומדי. היסוד הנפשי הנדרש הוא החל מקלות הדעת הלא כל כך חמורה בהיותה קרובה לרשלנות, עבור דרך האדישות, בואכה הכוונה (שאינה בגדר "כוונה תחילה"), שהיא לכל הדעות חמורה מאוד. אילו הוגבלה "הלכת חדד" למקרים שבהם נעברה עבירת ההריגה כשהיסוד הנפשי הוא כוונה – ניחא. אך כיצד ניתן לקובעה באופן גורף כך שלכאורה תחול גם במקרים של קלות דעת? בנוסף בית המשפט הפחית את מספר שנות המאסר בפועל מ"ז ל"ג כך שלא היה כל צורך ב"הלכה" זו. קודם לכן, בעניין רעד<sup>28</sup> חזר השופט טירקל על "הלכת חדד" והציע להחילה גם על עבירת האינוס. והתוצאה – החמרת העונש במסגרת הליך הערעור מחמש שנות מאסר בפועל לשבע. העונש המרבי על עבירת האינוס הוא 16 שנים, ובנסיבות מחמירות – 20 שנים. מדוע לדבר ברצינות על העונש המרבי כנקודת המוצא, כשבפועל גוזרים כשליש ממנו<sup>29</sup>?

26 ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 609, עמ' 613-614.

27 ע"פ 10093/03 אנתונוב נ' מדינת ישראל (לא פורסם), פסקה 10 לפסק-הדין.

28 ע"פ 4889/02 מדינת ישראל נ' רעד (לא פורסם), פסקה 3 לפסק-הדין.

29 לאחרונה חזר השופט עדיאל על "הלכת חדד", בע"פ 70/04 פוריאדין נ' מדינת ישראל (ניתן ב-19.1.06; טרם פורסם). שתי דוגמאות נוספות ואחרונות ל"הלכת חדד" – בע"פ 7066/04 שחאדה נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), שבו נדונה עבירת האינוס, נאמר "הגיע עת ובתי המשפט יתנו דעתם לעונש המירבי שהמחוקק הורה עליו בחוק העונשין ויתאימו לאמור בחוק עונשים שהם גוזרים". בע"פ 2620/93 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מט(3) 1 כתב השופט קדמי כך: "עונש מרבי הקבוע בחוק נועד ליישום הלכה למעשה, ואין לראות בו לא 'מס שפתיים' ולא 'מושג מופשט', מעולם הערכים... הותרת עונש מרבי בגדר 'הלכה

מהו הקושי העקרוני ב"הלכת חדד"? ראשית, יש לשים לב לעובדה שהשופטים לא הגבילוה לעבירת האיננוס ואף לא לעבירת ההריגה. לפחות לכאורה עלולים לראות בה הלכה כללית. שנית, העונש המרבי הקבוע בעבירה פלילית הוא – מתוך הגדרה – העונש המתאים למקרים הקיצוניים והחמורים ביותר של אותה עבירה, שהם מטבע הדברים גם נדירים, ולא למקרים הטיפוסיים שלה. שלישי, בחוק העונשין הישראלי – בעקבות הירושה הרעה מן המנדט הבריטי, מחד גיסא, ובעקבות פסיביות הכנסת, מאידך גיסא – העונשים המרביים הם מופרזים בעליל. רצוי מאוד שלא להתייחס אליהם ברצינות גדולה מדי. עדיין פזורות בחוק העונשין עבירות רבות מדי שעונשן המרבי שני עשורים של שלילת חירות, ועבירות רבות מאוד שעונשן המרבי הוא עשור בבית האסורים. האומנם זוהי נקודת המוצא הראויה?

### 3. היעדר אחידות בענישה

חרף העובדה שהמחקרים האמפיריים שנערכו בישראל באשר לאחידות בענישה הם ספורים וחלקם ישנים, מקובלת הדעה שאין מתקיימת אחידות בענישה. השאיפה היא כמובן לאחידות מהותית ולא לאחידות פורמאלית ומכנית. כך למשל הניחה ועדת גולדברג היעדר אחידות בענישה, בקובעה: "עקרון החוקיות מחייב, על כן, לקבוע את גדרי שיקול-דעתו של השופט בהפעלת הדין כשהוא גוזר את הדין, כדי לגרום ליתר ודאות, בהירות, וצפיות מראש, וכדי להקטין את הפערים בענישה בין שופטים שונים וחוטר שוויון בפסיקתם. מערכת האמון שבין הציבור לבין בתי המשפט תצא מחוזקת, אם יוסר החשש בקרב הציבור כי גזירת הדין נעשית באופן שרירותי, וייקבעו עקרונות וכללים שעל פיהם יפעיל בית המשפט את סמכותו בבואו לגזור את הדין"<sup>30</sup>.

במחקרם של קרמניצר וחסין, אשר פורסם תחת הכותרת "אחידות בענישה בעבירות תעבורה"<sup>31</sup>, בחרו החוקרים בעבירה טכנית, שהמשתנים המשפיעים על ענישתה מועטים יחסית – אי-ציות לרמזור אדום, כפי שצולם במצלמה אלקטרונית. והנה אפילו בעבירה טכנית וחסרת דמיון זו (שלא ניתן לעבור אותה למשל באכזריות או בחבורה, ולא רלוונטי אם עוברים אותה תוך נשיאת נשק) נמצאו פערים גדולים מאוד הן בסוג העונש (פסילת רישיון בפועל או על-תנאי או קנס) הן במידת העונש. כן נמצא פער גדול בסוגי העונשים ובמידתם בהשוואה בין הערים ירושלים ותל-אביב.

ואין מורין כן, עומדת בניגוד להנחייתו המפורשת של המחוקק... של איזה מחוקק? המנדטורי? ולאן נעלם העיקרון שלפיו אסור להחמיר מעבר לגמול הצודק?

30 דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 7-8.

31 ' חסין, מ' קרמניצר "אחידות בענישה בעבירות תעבורה" משפטים יח (תשמ"ח-תשמ"ט) 103.

במחקר נוסף, שעסק בעבירת התפרצות<sup>32</sup>, הגבילו אותם החוקרים את אוכלוסיית המחקר לעבריינים בגירים שזו להם ההרשעה הראשונה. לא זו בלבד שנמצא חוסר בולט של אחדות בענישה, אלא ששלושת המשתנים (הבלתי רלוונטיים בעליל) שנמצאו כמשפיעים ביותר על הטלת עונש מאסר אף הם מפתיעים מאוד: מעצר לפני משפט (מגדיל פי 16 את הסיכויים לעונש מאסר וממחיש את הבעיה הכאובה של ריבוי מעצרים עד תום ההליכים במקומותינו); הצעת התובע לעונש; ערכאת השיפוט (בית-משפט השלום מול בית-המשפט המחוזי).

במחקרים שערכו בשנים האחרונות פישמן, רטנר ותורג'מן נמצאו פערים בין העונשים הנגזרים על נאשמים יהודים לבין העונשים הנגזרים על נאשמים ערבים<sup>33</sup>. אמת, המחקרים האמפיריים הם מעטים מדי, אך התחושה המשותפת (כמעט) לכל העוסקים בנושא היא של היעדר אחדות בענישה. תחושה זו מתחזקת הן מהידיעה שבפרקטיקה משתדלים סנגורים ומשתדלים תובעים מהפרקליטות כי תיקים מסוימים יידונו בפני שופטים מסוימים, הן מתמיכתה של תורת ההיגיון בהיעדר אחדות במקום שבו אין הנחיות משמעותיות באשר לענישה הפלילית – לא בחוק וגם לא בהלכה הפסוקה.

#### 4. החמרה? הקלה? והשימוש במאסר

מעבר לשאלת האחדות בענישה עולה שאלה נוספת: האם הענישה בישראל מחמירה (מדי) או שמא מקלה (מדי)? בעניין זה קיים פער עצום בין הדימוי בתקשורת לבין המציאות. בעוד שהתקשורת זועקת חמס בכל פעם שגזר-דין זה או אחר נדמה בעיניה כקל מדי, אין היא מתעניינת בגזר-דין חמורים מדי. ייתכן שההקבלה היא לידיעה המעניינת מאוד על אדם שנשך כלב בהשוואה לידיעה המשעממת על כלב שנשך אדם. אם כך, ייתכן שיש לפרש את קריאות הציד התקשורתיות, באופן מפתיע, כאינדיקציה דווקא לכך שהענישה במקומותינו מחמירה או בינונית, שהרי אילו הייתה מקלה בעקביות, לא היה עניין תקשורתי בגזר-דין מקל זה או אחר, אלא רק בתיאור התופעה בכללותה.

32 ' חסין, מ' קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב (תשנ"ג-תשנ"ד) 533. לביקורת על מאמר זה ראו א' טננבוים "על האחידות בענישה (הערות למחקרם של חסין וקרמניצר)" משפטים כד (תשנ"ד-תשנ"ה) 545.

33 ראו G. Fishman, A. Rattner, H. Turjeman "Sentencing Outcomes in a Multinational Society – When Judges, Defendants and Victims Can Be either Arabs or Jews" 3 *European J. of Criminology* (2006) 69; A. Rattner, G. Fishman *Justice for All? Jews and Arabs in the Israeli Criminal Justice System* (1998).

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005 אשר למומחים העוסקים במשפט הפלילי, בעוד שקיימת תמימות דעים שהעונשים הקבועים בחוק הם מופרזים, אין הערכה מוסכמת של גזרי־הדין הניתנים בבתי־המשפט. אך גם כאן אם נבצע פילוג עדין יותר, נתעלם לרגע קט מעמדות אנשי הפרקליטות, מצד אחד, ומעמדות אנשי הסנגוריה, מצד אחר, ונתרכז בעמדותיהם של אנשי האקדמיה, נראה להערכתו שהדעה הרווחת היא שככלל אין רמת הענישה חריגה לקולה או לחומרה, אלא רק באשר לעבירות מסוימות מאוד קיים פער משמעותי בין הרצוי (בעיני אחדים) לבין המצוי (בפסיקה). הנני מודע לכך שדבריי האחרונים אינם בעלי ביסוס מדעי, אך בינתיים אין בנמצא מחקרים מדעיים בנושא.

לדעתי, ההערכה באשר להיותה של הענישה בישראל מקלה או מחמירה כרוכה בהערכה באשר לעונש המרכזי בימינו, הלא הוא עונש המאסר. אם מקבלים כי עונש המאסר הוא עונש קשה מאוד ובעל חסרונות משמעותיים, קשה להתלהב מהצעות להחמרת הענישה, הכרוכות בריבוי המאסרים ובהארכת משכיהם. אעבור אפוא לדיון קצר בעונש המאסר.

### ג. מקומו של עונש המאסר בענישה הפלילית

קשה לתאר את מערכת הענישה הפלילית בימינו ללא עונש המאסר. כיום זהו העונש המרכזי, והוא גם קנה מידה ("סקאלה") להשוואה בין עבירות שונות, אך יש לזכור שהשימוש בעונש (בהבדל ממצע) זה בהיקפים גדולים הוא חדש יחסית – כמאתיים שנים<sup>34</sup>. רוב הקרימינולוגים מזהים את תחילת ההיזקקות למאסר כאמצעי הענישה המודרני עם עידן התיקון והשיקום שהחל בראשית המאה העשרים<sup>35</sup>. באותה תקופה החלו לתפוס את המאסר כאמצעי טיפולי והתלהבו מאוד מהאפשרות לשקם את האסיר. תקוות אלה הביאו לכך שבארצות־הברית אסירים רבים נשלחו למאסר בלתי קצוב, כשמועד שחרורם ספק הופקד ספק הופקר בידיהן של ועדות ה־Parole (שחרור), בהתאם להערכות בדבר מידת שיקומם<sup>36</sup>. התקוות לשיקום התנפצו הן אל מול המציאות הן אל מול דוח מרטינסון משנת 1974, אשר זעזע את העוסקים בנושא בקובעו נחרצות כי "Nothing Works"; אין שיטת שיקום המצליחה בין כותלי בית הסוהר<sup>37</sup>. היה מי שדימה את ניסיון השיקום בבית הסוהר לניסיון להכשיר טייסים בתוך צוללת.

34 ראו למשל ש' ג' שוהם, ג' שביט עבירות ועונשים – מבוא לפנולוגיה (תש"ן), עמ' 174.  
 על המאסר המודרני ובעיותיו ראו שם, פרק 12, עמ' 189 ואילך.  
 35 שם, עמ' 189.  
 36 שם, עמ' 109 ואילך.  
 37 ראו R. Martinson "What Works? Questions and Answers about Prison Reform" 35  
*Public Interest* (1974) 22.

לא זו בלבד שהחברר שהמאסר אינו משיג את המטרה השיקומית ואף לא את המטרה ההרתעתית<sup>38</sup>, אלא נהפוך הוא: התברר שהמאסר מחזק נטיות קרימינליות וגורם לאדם לפתח יחס אנטי חברתי. מחקרים שנערכו בבתי הסוהר מלמדים על "פריזוניזציה" – תהליך של התבוללות והטמעה של האסיר באוכלוסיית העבריינים שבבית הסוהר תוך אימוץ והפנמה של דפוסי ההתנהגות העברייניים<sup>39</sup>. בנוסף, במחקרים רבים<sup>40</sup> נמצא כי המאסר גורם לאסיר סבל רב מאוד – "מכאובי המאסר": אבדן החירות; הדחייה החברתית; הניתוק מהמשפחה, מהחברים וממקום העבודה; החסכים החומריים והמיניים; אבדן האוטונומיה; אבדן הביטחון האישי מפני תקיפה על-ידי אסירים אחרים; הכורח לחיות עם אנשים שהאסיר לא בחר בהם. כדי להתגונן האסירים דוחים את בני החברה, אשר דחו אותם. עוד עומדים המחקרים על פגיעות פסיכולוגיות ותיוג חברתי המקטינים מאוד את סיכוייו של האסיר להשתלב בהצלחה בחברה לאחר שחרורו<sup>41</sup>. הדבר נתמך בשיעורי המועדות הגבוהים של האסירים המשוחררים. בנוסף, עלותו הכספית של עונש המאסר היא גבוהה, והכרחי לשקול שימוש חלופי בכסף לשם התמודדות שונה עם בעיית הפשע, כגון חינוך – לפני מעשה – ושיקום בקהילה – לאחר מעשה.

בעקבות האכזבה מתקוות השיקום המופרזות שתלו במאסר, עלתה קרנו של "מודל הצדק"<sup>42</sup>. המחשבה הייתה כי אם לא ניתן לשקם, וספק אם ניתן להרתיע, יש לפחות לעשות צדק ולהעניש בהתאם לגמול, דהיינו בהתאם לחומרת העבירה. תפיסה ראויה של הגמול – כתקרה בלבד, שאין הכרח להגיע אליה (אם אין הדבר נחוץ משיקולי תועלת – הרתעה ומניעה) – אכן עשויה לתרום לעשיית צדק. יצוין כי מכיוון שענישה על-פי חומרת העבירה תואמת הן את השיקול הגמולי הן את השיקול ההרתעתי, ומכיוון שההצדקה המוסרית לענישה נעוצה הן בגמול (ברוח קאנט והגל) הן בתועלת, ובעיקר

38 ברוח שהתפרסם תחת הכותרת *Doing Justice* מסוכמים דיוניה של ועדה ציבורית אמריקנית בראשות המלומד Von Hirsch, אשר פעלה בשנות השבעים של המאה העשרים. בין היתר ניתן למצוא שם סקירה של מחקרים רבים המלמדים על כשלון בתי הסוהר בהשגת המטרות של שיקום והרתעה.

39 הספר המרכזי הראשון בנושא: D. Clemmer *The Prison Community* (1940/1958).  
40 המחקר המרכזי בעניין זה הוא מחקרו של Sykes; ראו G. Sykes *The Society of Captives* (1958).

41 ראו, למשל, C. Haney "The Psychological Impact of Incarceration: Implications for Post-Prison Adjustment" (2001) [aspe.hhs.gov/HSP/prison2home02/Haney.htm](http://aspe.hhs.gov/HSP/prison2home02/Haney.htm)

42 הספר המרכזי שבו הוצע "מודל הצדק", המבוסס על הגמול הוא A. Von-Hirsch *Doing Justice: The Choice of Punishment* (1976). ראו גם R.G. Singer *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert* (1979).

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005

בהרתעה (ברוח בנטהם ומיל)<sup>43</sup>, "מודל הצדק" מתיישב מצוין גם עם האסכולות המרכזיות באשר להצדקה המוסרית לענישה הפלילית.

על רקע חסרונותיו הגדולים של עונש המאסר ניתן להבין את התחזקות הגישה האבולוציוניסטית. לתנועה האבולוציוניסטית שלושה זרמים, בהתאם לשלוש מטרות אפשריות: האחת – ביטול עונש המוות; השנייה – ביטול עונש המאסר; השלישית – ביטול מערכת הענישה כולה<sup>44</sup>.

אכן, ביטול עונש המאסר נדמה כחזון אחרית הימים, כביכול אין חיים חברתיים בלעדיו. אך ראשית, נזכור כי עונש המאסר הוא נפוץ רק כמאתיים שנים. שנית, נזכור כי גם הדרישה לביטול עונש המוות נחזתה בעבר כחסרת סיכויים, וכיום היא קרובה להשגת מטרותיה.

שלישית, גם האבולוציוניסטים מכירים בקיומם של מסוכנים מעטים (The "Dangerous few") שאותם כנראה אין מנוס מלכלוא: רוצחים פסיכופתיים, אלימים מופרעים נפשית, עברייני מין חסרי שליטה וכד', אך ההערכה היא כי קבוצה זו היא קטנה – כחמישה אחוזים בלבד מאוכלוסיית האסירים. רביעית, הגם שביטול עונש המאסר אינו נראה באופן, נראה שלדרישה לביטולו כבר היו תוצאות חיוביות במקומות שבהם הוא כבר אינו נתפס כמובן מאליו. לפיכך פותחו בעשורים האחרונים עונשים אלטרנטיביים למאסר, שמטרתם החלפתו, כגון המאסר על תנאי, עבודות השירות, השירות לתועלת הציבור, הקנס, הפיצוי לקרבן והמבחן הכולל תנאי טיפול מיוחדים<sup>45</sup>. אמנם יש חשש שעונשים אלה לא השיגו את מטרתם, שכן הם מופנים כלפי אנשים נוספים – שהרי אוכלוסיית האסירים לא קטנה אלא דווקא גדלה. תופעה שלילית זו ידועה כ"הרחבת הרשת" (Net Widening)<sup>46</sup>, אך יש תקווה שבעתיד נשכיל להשתמש בעונשים כאלה במקום בעונש המאסר בחלק גדול מאוד מהמקרים.

חרף מכאובי המאסר וחרף כישלוננו בהשגת שיקום, וכפי הנראה גם בהשגת הרתעה, זהו עדיין העונש המרכזי בישראל כבמדינות רבות אחרות. על-פי הנתונים של שירות בתי הסוהר, אוכלוסיית האסירים גדלה משנה לשנה, והיא עומדת על למעלה מרבעת אסירים פליליים (מלבד אסירים ביטחוניים). שיעור האסירים מקרב כלל האוכלוסייה

43 על ההצדקה המוסרית לענישה הפלילית – שילוב הגמוליות והתועלתיות – ראו H.L.A. Hart *Punishment and Responsibility – Essays in the Philosophy of Law* (1968), pp. 1-28.

44 לסקירה של ספרות אבולוציוניסטית ראו א' טננבוים "הגישה האבולוציוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" *שערי משפט ב (תשנ"ט-תשס"א)* 261. וראו גם H. Bianchi "Abolition: Assensus and Sanctuary" *A Reader in Punishment* (R.A. Duff, D. Garland – eds., 1994) 333.

45 ראו ר' קנאי "עונשים בחומרה בינונית" *ספר שמגר (כרך ב, א' ברק – עורך, תשס"ג)* 213.

46 ראו שם, עמ' 222 ואילך.

בישראל הוא מהגבוהים במדינות המערב<sup>47</sup>. הדבר גורם גם לצפיפות בלתי נסבלת במתקני הכליאה, שאותה היטיב לתאר השופט שמואל ברוך בגזר-דין אמיץ<sup>48</sup>:

"בעניין התנאים השוררים בתאי המעצר, דומה כי אין מחלוקת עובדתית שהמדובר בתנאים לא אנושיים... ביקרתי בעבר, וגם בתקופה האחרונה, בתאי מעצר בכל מרחב שפלה... הממצאים, בקצירת האומר, הם תנאי צפיפות בלתי אנושיים, שניים, לפעמים שלושה עצורים במיטה אחת, עצורים ישנים על הרצפה, עצורים ישנים על הגג של תא השירותים בפער שבין גג השירותים לגג תא המעצר, חלונות חסומים בלא אוורור, העדר כל תשתית סניטציה אלמנטרית, העדר שולחן, האנשים אוכלים מהרצפה... יש נאשמים שישינים בכלוב שרוחבו עשרות סנטימטרים ספורים שאמור לשמש למפגש נאשמים עם עורכי הדין... בביקורי האחרון בבית המעצר שפלה, שבו 55 מיטות, היו במקום 97 עצורים (ואני שומע שמצב זה טוב בהרבה מהמצב היום)... משמעות הדברים היא, כאמור, לא אנושית".

תתאר לעצמה הקוראת (ויתאר לעצמו הקורא) לינה בכלוב או על גג תא השירותים ואכילה על הרצפה בטרם תיחפז (או ייחפז) לתמוך בהגדלת מספר המאסרים ובהארכת משכיהם.

#### ד. ה" Sentencing Guidelines במשפט האמריקני

הבעיה של היעדר אחדות בענישה הפלילית אינה ייחודית למשפט הישראלי. התחבטו בה גם בשיטות משפט אחרות, ובחלקן נעשו ניסיונות משמעותיים לפתרון

47 על-פי דוח של ה-Sentencing Project של ה-U.S. Commission on Civil Rights משנת 2005 שכותרתו: "New Incarceration Figures: Growth in Population Continues". על-פי דוח זה, ממוקמת ישראל במקום הרביעי (לאחר ארצות-הברית, רוסיה, ודרום אפריקה) מבין 14 מדינות שמופיעות באותו גרף, עם 209 אסירים ל-100,000 תושבים. התמונה המלאה: ארצות-הברית – 726 (נתון מדהים שיידון בהמשך); רוסיה – 532; דרום אפריקה – 413; ישראל – 209; מקסיקו – 182; אנגליה ווילס – 142; סין – 118; אוסטרליה – 117; קנדה – 116; גרמניה – 96; צרפת – 91; שוודיה – 81; יפן – 58; הודו – 29.

48 ראו החלטתו האמיצה – הימנעות מגזירת מאסר בפועל על המורשע בשל תנאי כליאתו המחפירים – מיום 26.11.03 של בית-משפט השלום ברמלה בת"פ 3516/03 מדינת ישראל נ' אלעצרה (לא פורסם; חבל שלא פורסם); וראו דוח הסנגוריה הציבורית על תנאי המעצר והמאסר במתקני הכליאה של משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר בשנת 2004 (תשס"ה-2005).

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005 הבעיה באמצעות הדרכה מפורטת של המחוקק לשופטים שנקבעה בחוק. אין בכוונתי לערוך במסגרת מאמר זה סקירה מפורטת של ניסיונות החקיקה שניתן לאתר במדינות הים. אסתפק – לצורך נושא דיוננו – בסקירה קצרה של מודל הנחיות הענישה (Sentencing Guidelines) האמריקני בשל השפעתו הרבה הן על המלצות ועדת גולדברג, הן על הצעת החוק הנוכחית הן על הדיון המתנהל בימים אלה באשר אליה. השיטה האמריקנית של הנחיות לשופט (המכונה Sentencing Guidelines, להלן – SGL)<sup>49</sup> היא מערכת של הנחיות באשר לענישה המופנות לשופט. העונש נקבע בהתאם לשקלול של חומרת העבירה ונסיבותיה ושל נסיבות הקשורות לעבריין (בעיקר העבר הפלילי). ההנחיות קובעות טווח ענישה מסוים מאוד, הנקוב בחודשי מאסר (כגון 24-36). בדרך כלל ההנחיות ערוכות בצורת טבלה שבה שני צירים. ציר חומרת העבירה בנוי על דירוג העבירות לפי חומרתן, לעתים בתוספת נסיבות (נשיאת נשק, למשל). ציר העבריין מבוסס בעיקר על העבר הפלילי ועל מעמדו של הנאשם בעת העבירה (משוחרר בערובה? במבחן? אסיר ברשיון?). השופט מודרך לגזור את העונש המופיע בטבלה בנקודת החיתוך שבין שני הצירים. השופט אמנם רשאי לסטות מעונש זה, אך הוא חייב לנמק סטייתו, ולעתים רק על בסיס שיקולים הקבועים בהנחיות עצמן – נסיבות מחמירות מול נסיבות מקלות. עדות לכך שמודל ה-SGL עמד לנגד עיניה של ועדת גולדברג והשפיע על פרי עבודתה ניתן למצוא הן בדמיון שבין שיטת עונשי המוצא שהציעה לבין ה-SGL הן בהתייחסותה למודל זה בדוח הוועדה:

”החל מסוף שנות השבעים ניכרת בארצות הברית מגמה חזקה להבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש. במשפט הפדרלי ובמספר רב

49 לתיאור מפורט של שיטת ה-Sentencing Guidelines ולניתוחן ראו מאמריה של ד"ר רות קנאי, אשר העמיקה בחקר הנושא, ובייחוד מאמרה "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 234. מאמר זה אמנם אינו העדכני ביותר, אולם הוא כולל ניתוח מפורט של השיטה. וראו גם ר' קנאי "הנחיות ושיקול דעת שיפוטי בענישה" עיונים בקרימינולוגיה 5 (1995) 15. מתוך אוקיאנוס הכתיבה בארצות-הברית על ה-SGL, ראו, למשל, (2005) 105(4) *Colum. L. Rev.*, חוברת שהוקדשה כולה לנושא הענישה הפלילית, בכלל, ול-SGL, בפרט, ובייחוד מאמריהם של Frase ושל Duff: R.S. "Theories and Policies Underlying Guidelines Systems: State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus and Unresolved Policy Issues" 105 *Colum. L. Rev.* (2005) 1162; R.A. Duff "Guidance and Guidelines" 105 *Colum. L. Rev.* (2005) 1190; S.H. Kadish, S.J. Schulhofer *Criminal Law And Its Processes – Cases And Materials* (7<sup>th</sup> ed., 2001), pp. 150-158; S.J. Schulhofer "Assessing the Federal Sentencing Process: The Problem is Uniformity, Not Disparity" 29 *Am. Crim. L. Rev.* 833 (1992); וראו המאמרים הנוכחים להלן בהערות 50, 55.

של מדינות הוקמו בחוק ועדות לקביעת הנחיות למתן גזר הדין. הנחיות אלה כוללות – בין היתר – טבלאות הקובעות את מספר חודשי המאסר שמוצע לשופט להטיל בעבירות השונות, בהתאם לחומרתן ולחומרת העבר הפלילי של הנאשם. השופט רשאי אמנם במקרים מסוימים להטיל עונש שונה מהקבוע בטבלה, אך יש בהנחיות הגבלה מרובה של שיקול הדעת של השופט. הנסיון בהפעלת ההנחיות במשפט הפדרלי לא עלה יפה, אך במדינות השונות ההצלחה טובה יותר<sup>50</sup>.

אפשר ש"טובה יותר", אך האם אכן טובה? הניסיון האמריקני מלמד שבעשורים האחרונים, שבהם הונהגו ה-SGL, הוחמרה מאוד הענישה הפלילית. המאסרים התרבו במאות אחוזים והגיעו לשיא של כ-1,400,000 אסירים (בהשוואה לכ-200,000 בשנות השבעים של המאה העשרים); 725 אסירים על כל 100,000 תושבים בארצות-הברית (!). עיון בעקומת המאסרים מלמד שהם ממשיכים להתרבות משנה לשנה – מעל ומעבר לגידול באוכלוסיה<sup>51</sup>. שיעור ניכר מאוד מהאסירים האמריקנים משתייכים למיעוטים אתניים ובעיקר לאוכלוסיית השחורים<sup>52</sup>. בשנת 2004 ריצו חמישה אחוזים (!) מהגברים השחורים בארצות-הברית עונשי מאסר<sup>53</sup>.

מעבר לסבל הרב שהמאסרים גורמים לאסירים ולבני משפחותיהם, היה הגידול העצום בהיקף המאסרים כרוך גם בעלויות כספיות אדירות, אשר הובילו הן לקיצוץ בתקציבים חשובים אחרים כגון חינוך, הן להפרטת בתי-הסוהר, שהיא בעייתית בפני עצמה<sup>54</sup>.

50 F.O. Bowman "The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis" 105 *Colum L. Rev.* (2005) 1315; N.J. King, D.A. Soul, S. Steen, R.R. Weidner "When Process Affects Punishment: Differences in Sentences after Guilty Plea, Bench Trial, and Jury Trial in Five Guidelines States" 105 *Colum L. Rev.* (2005) 959

51 הנתונים לקוחים מדוח ה-Sentencing Project, אשר הוגש ל-U.S. Commission on Civil Rights.

52 Human Rights Watch (2003) *Incarcerated America*.

53 בהשוואה ל-0.7% מאוכלוסיית הגברים הלבנים – על-פי Bureau of Justice Statistics, U.S. Department of Justice.

54 R.E. Barkow למשל ראו למשל "Federalism and the Politics of Sentencing" 105 *Colum L. Rev.* (2005) 1276 על הפרטת בתי הסוהר ראו, למשל D. Sichor "Private Prisons in Perspective: Some Conceptual Issues" 37 *The Howard Journal* (1998) 82 בית-המשפט הגבוה לצדק עתירתה של חטיבת זכויות האדם במכללה האקדמית למשפטים ברמת גן כנגד רשויות המדינה אשר החליטו על הקמת בית סוהר פרטי במדינת ישראל;

עלי משפט ה תשס"ו  
מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין  
(תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005  
חיסרון משמעותי נוסף של שיטת ה-SGL הנלמד מכמה מחקרים הוא שבפרקטיקה  
הועבר שיקול-הדעת שנלקח מן השופטים אל התובעים. כך, בעוד שבת-המשפט  
כבולים לטבלאות הענישה, לתביעה שיקול-דעת רחב באשר לעבירה שבה הנאשם  
מואשם. הדבר מוביל לכך שבמקום שהשיקולים לעונש יידונו בבית-המשפט, הליך זה  
מוחלף במקח וממכר בין התובעים לסנגורים במסגרת עסקות הטיעון<sup>55</sup>.

## ה. המלצות ועדת גולדברג

### 1. כללי

בשנת 1997 פורסם דוח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול-הדעת השיפוטי  
בגזירת הדין. בראש הוועדה, אשר מונתה על-ידי שר המשפטים, עמד שופט בית-  
המשפט העליון אליעזר גולדברג. מלבדו ישבו בוועדה שופטים נוספים, אנשי אקדמיה,  
פרקליטת המדינה ופרקליטה נוספת, הסנגור הציבורי הארצי, היועץ המשפטי לממשלה  
ומשנה לו, אנשי משרד המשפטים וסנגור פרטי.  
ברוח הוועדה מופיעות שתי הצעות עיקריות שונות – של חברי הרוב ושל חברי  
המיעוט. לדידי, האמירה החשובה ביותר של הוועדה – המשותפת הן לרוב הן למיעוט –  
היא שהמצב הקיים אינו טוב, שנדרש שינוי משמעותי בחוק כדי ליתן הדרכה משמעותית  
יותר לשופטים, ושהעונשים המרביים הקיימים גבוהים מדי<sup>56</sup>. תמימות דעים זו איננה  
עניין של מה בכך, שכן שותפים לה גם כל חמשת השופטים שישבו בוועדה. זאת לאחר  
שבאופן מסורתי נטו שופטי ישראל להתנגד לכל הצעה קודמת שהועלתה לצמצום  
שיקול-הדעת שלהם בענישה.

בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם במכללה האקדמית למשפטים נ' שר האוצר  
(העתירה הוגשה ביום 16.3.05).

55 ראו, למשל, J.S. Hall "Guided to Injustice? The Effect of the Sentencing Guidelines on Indigent Defendants and Public Defense" 36 *Am. Crim. L. Rev.* (1999) 1331; J.E. Kennedy "Making the Crime Fit the Punishment" 51 *Emory L.J.* (2002) 753. לבסוף,  
ניתן ללמוד על ריבוי המאסרים בארצות-הברית ועל נזקיהם, כמו גם על חסרונותיו של  
הרעיון לאמץ למשפט הישראלי שיטה הדומה ל-SGL האמריקנית, ממסמך שהוכן  
בסנגוריה הציבורית: עמדת הסנגוריה הציבורית בנוגע לתזכיר חוק העונשין (תיקון –  
הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005.  
56 דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 7-8, 15, 43-44.

## 2. המלצות המיעוט בוועדת גולדברג ובעיקר קביעת עונשים מזעריים (עונשי מינימום)

מבחינה סוציולוגית-מוסדית יש לציין שבעוד שעשרת חברי הרוב בוועדה כללו את השופטים (מלבד אחת) ואת אנשי האקדמיה (מלבד אחד), הרי שלחמשת חברי המיעוט אין רקע מוסדי משותף (אנשי משרד המשפטים והפרקליטות התפלגו בשווה בין שתי הקבוצות).

נותן הטון בקבוצת המיעוט היה ככל הנראה פרופ' פלר – איש האקדמיה היחיד בה – שכן הצעת המיעוט היא בעצם אימוץ הפרק "דרכי הטיפול בעבריינין" שבהצעת החוק של הפרופסורים פלר וקרמניצר אשר קדמה לתיקון מס' 39 לחוק העונשין<sup>57</sup>. בתיקון זה הוחלף בשנת 1994 החלק הכללי של החוק, אך חלק דרכי הענישה שבו לא נחקק. הצעת המיעוט כוללת שלושה מרכיבים: א. קביעת עונשים מזעריים לעבירות השונות (בעיקר לעבירות מסוג "פשע"); ב. פירוט – בחלקו הכללי של חוק העונשין – של נסיבות מקלות ונסיבות מחמירות; ג. "קביעת מדרג חדש לעונשי המכסימום, נמוך מן המדרג הקיים"<sup>58</sup>. את שתי המלצות האחרונות יש לחבק בשתי ידיים. הקושי הגדול הוא בהמלצה הראשונה.

חסרונו הגדול ביותר של העונש המזערי הוא שבמציאות קיימים מקרים שלגביהם הוא חמור מדי. ייתכן מאוד שעונש מזערי אינו עומד בדרישת המידתיות שמכתיב חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דרך מקובלת לריכוך תוצאה קשה זו היא מתן שיקול-דעת לשופט לסטות (כלפי מטה) מן העונש המזערי – במקרים חריגים ועם הנמקה<sup>59</sup>. אך ספק אם די בכך, שכן העונש המזערי הופך את המאסר לבררת המחדל ולנקודת המוצא של השופט, שעה שבמציאות קיימים מקרים רבים מאוד (ולא רק חריגים) שבהם ראוי להימנע ממאסר כלשהו, בין היתר כדי לא לתייג את המורשע ולנתבו לדרך רעה<sup>60</sup>,

57 ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (תשמ"ד-תשמ"ה) 127.

58 דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 44.

59 כך למשל נקבע בסעיף 355 לחוק העונשין, אשר נחקק לפני שנים אחדות: "עונש מזערי (א) הורשע אדם בעבירה לפי סעיפים 345, 348(א), (ב) או (1ג) או 351(א), (ב) או (1ג) או (2) [עבירת האינוס, מעשה מגונה ועבירות מין במשפחה וכידי אחראי על חסר ישע, ב' ס'], לא יפחת עונשו מרבע העונש המרבי שנקבע לאותה עבירה, אלא אם כן החליט בית המשפט, מטעמים מיוחדים שיירשמו, להקל בעונשו. (ב) עונש מאסר לפי סעיף קטן (א) לא יהיה, בהעדר טעמים מיוחדים, כולו על-תנאי".

60 ראו בעניין זה ספרם המרתק של ש' ג' שוהם, ג. רהב אות קין – סטיגמה של פשע וסטיה חברתית (1983).

עלי משפט ה תשס"ו  
מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין  
(תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005  
דהיינו להותיר סיכויים סבירים לשיקום. בנוסף, קיימים מחקרים שלפיהם העונש המזערי  
אינו משיג את מטרתו המרכזית, שהיא הרתעה<sup>61</sup>.  
על חסרונותיו של עונש המינימום עמדו גם חברי הרוב בוועדת גולדברג:

"לא זו בלבד שקביעת עונשי מינימום עלולה להתפרש כהבעת אי-אמון של המחוקק ברשות השופטת, ועלולה להסב פגיעה קשה במעמדה<sup>62</sup>, אלא שמחקרים רבים מוכיחים כי עונשי מינימום אינם משיגים את יעדי ההרתעה, הפחתה במועדות העבריינים או צמצומה של העבריינות. בלי למצות את כל חסרונותיו של עונש המינימום, די אם נציין כי קביעתו עלולה להביא להסדרי טיעון, בהם יוחלף סעיף האישום, כתוצאה מלחצים להגיע להסדר... יש גם לזכור, כי עונש מינימום מיועד למקרה הקל הטיפוסי. לפיכך, שימוש נרחב בעונש מינימום אינו משיג את מטרת המחוקק. ואילו בתי המשפט נוטים לפסוק את עונש המינימום במקרים רבים (ראו עונש המינימום בעבירה של תקיפת שוטר), וכך הופך עונש המינימום, שתכליתו לציין את 'הרצפה', לעונש השגרתי באותה עבירה..."<sup>63</sup>.

מעניין לציין כי חלק מביקורת זו כנגד העונש המזערי ניתן וצריך להפנות גם כלפי "עונש המוצא" שהציעו חברי הרוב בוועדה, ושעליו מבוססת הצעת החוק הנוכחית. כוונתי היא הן לאפשרות שעונש המוצא יהפוך לעונש השגרתי או אף למעין עונש מזערי, הן לאפשרות של העתקת שיקול-הדעת של השופט אל התובע באמצעות עסקות הטיעון. לאפשרויות אלו נשוב בהמשך.  
לדרמן ושחר מתחו בזמנם ביקורת מאלפת על ההסדר המסובך שבהצעת החוק של פלר וקרמניצר – שעליה מבוססת הצעת המיעוט בוועדת גולדברג. לדעתם, מהותו של השינוי המוצע הוא זה:

"תנועה של אקט הענישה מאקט של שפיטה לאקט של פקידות. כיום נוצר המטען הערכי שבבסיס הענישה על-ידי הרשות השופטת תוך כדי הליך השפיטה, תוך קשר ישיר ומתמיד אל המציאות שבה הוא פועל,

- M. Tonry "Mandatory Punishments" 16 *Crime and Justice – A Review of Research* 61  
(1992).  
סבורני כי אין לראות במילוי כזה של תפקידו של המחוקק פגיעה בשופטים אלא הגשמה של הפרדת הרשויות. 62  
דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 17. להסבר נוסף להפיכת העונש המזערי לעונש השגרתי, המבוסס על "אפקט העיגון", ראו א' טנבוים "על אפקט העיגון" ועונשי מינימום" הרשות השופטת 32 (תשס"ג) 67. 63

ותוך מאמץ שוטף להסביר ולנמק. על-פי דרכה של ההצעה יהפוך תהליך עיצוב המטען הערכי שבענישה לאקט חד-פעמי הנעשה מבחוץ, מראש ולדורות, כמלאכת מומחים המקבלת גושפנקה של הרשות המחוקקת... המדובר בכבילתו של שיקול הדעת השיפוטי לתהליך הנהלת חשבונות מורכב ומעורר מעין כמוהו<sup>64</sup>.

מחד גיסא, גם ביקורת זו ניתן להפנות הן כנגד שיטת העונשים המזעריים הן כנגד שיטת עונשי המוצא; מאידך גיסא, יש לזכור שדבריהם של שחר ולדרמן מוסבים על הצעת חוק שבה הופעל באופן קיצוני העיקרון שלפיו "כל מה שניתן לקביעה כללית ומראש, יקבע על-ידי המחוקק"<sup>65</sup>. קיים כאן מתח בין שתי גישות שונות לענישה הפלילית: האחת מבקשת להקפיד על עקרון החוקיות והאחרת מבקשת לאפשר אינדיווידואליזציה בענישה – גמישות ושיקול-דעת לשופט, אשר יאפשרו לו להתאים את העונש לעברייני שבפניו<sup>66</sup>.

### 3. המלצות הרוב בוועדת גולדברג ובעיקר קביעת "עונשי מוצא"

הצעת חברי הרוב בוועדת גולדברג<sup>67</sup> מורכבת משלושה מרכיבים עיקריים: א. קביעת רציונל הענישה – מטרת הענישה והאיזון ביניהן; ב. עונשי מוצא; ג. רשימה של נסיבות מיוחדות, מקלות ומחמירות. בנוסף, הצעת הרוב היא לאפייין טוב יותר את דרכי הענישה השונות<sup>68</sup>.

64 א' לדרמן, "שחר" בשולי חקיקה – הערות לפרקים ד-ה להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" הפרקליט לו (תשמ"ד-תשמ"ו) 499.

65 הצעת החוק של פלר וקרמניצר (לעיל, הערה 57), עמ' 214. כך למשל נקבע בהצעה זו מנגנון חישוב מסובך ונוקשה לכימות השפעתן של הנסיבות המחמירות ושל הנסיבות המקלות על העונש.

66 כך למשל גרס פרופ' Williams כי על מנת לאפשר אינדיווידואליזציה בענישה יש להסתפק בקביעתם בחוק של העונשים המרכיבים לשם שמירה על עקרון החוקיות; ראו G. Williams, *Criminal Law – The General Part* (2<sup>nd</sup> ed., 1961), p. 606 ff. לדיון במתח הנ"ל ראו H.A. Bedau "Classification Based Sentencing: Some Conceptual and Ethical Problems" 27 *Nomos* (1985) 89.

67 להסבר מפורט של הצעת הרוב בוועדת גולדברג ראו ר' קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו (תשנ"ט) 147.

68 מדובר בעיקר בהוראות באשר למאסר על תנאי; בהוראות באשר לצווי מבחן; בחידוש העונש של קנס על תנאי – ראו דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 26-33. בהצעת המיעוט יש הסדרה מפורטת מאוד של כל דרכי הענישה על פני כ-150 סעיפים בעקבות הצעת החוק של פלר וקרמניצר (לעיל, הערה 57), שקדמה לתיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר באה להחליף את כל פרק ו' ("דרכי ענישה") לחוק העונשין – ראו דוח ועדת גולדברג, שם, עמ' 59-119.

עלי משפט ה תשס"ו מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005

אשר לרציונל הענישה, המליצה הוועדה על מתן משקל מכריע ל"עקרון ההלימה" שבין חומרת העבירה לבין חומרת העונש<sup>69</sup>. משמעות הדבר היא מתן עדיפות לשיקולי הגמול וההרתעה המובילים לחומרת העבירה על פני שני השיקולים הנוספים של הענישה הפלילית – המניעה והשיקום. חריגה מעקרון ההלימה אפשרית על-פי הצעת הוועדה רק בשני מקרים מוגדרים: לחומרה, מטעמים של הגנה על הציבור מפני עבירות נוספות של הנאשם הספציפי, ולקולה, מטעמים של שיקום. סעיף 3 להצעת הרוב קובע את התנאים לחריגה לשם הגנה על שלום הציבור: מדובר בעבירה חמורה של מין או של אלימות המנויה בתוספת או שהעבירה נעברה על-ידי נאשם מועד. הסתייגות רצויה של חבר הוועדה פרופ' קנת מן בעניין זה הייתה שיש לדרוש את שני התנאים דלעיל במצטבר כתנאי לחריגה לחומרה מ"מתחם ההלימה". אימוץ הסתייגות זו הוא רצוי, שכן המחקרים מלמדים שאין הצלחה בניבוי מסוכנות<sup>70</sup>. הכרעה חשובה מאוד של הוועדה היא שאין לחרוג מ"מתחם ההלימה" לשם הרתעת הציבור; רק בתוכו ניתן להביא בחשבון שיקולי הרתעה (שכיחות, "מכת מדינה" וכו').

אשר לרשימת הנסיבות המיוחדות – מדובר בנסיבות שעל-פיהן יקבע השופט את חומרת העבירה המסוימת (האירוע כפי שהתרחש במציאות) בהבדל מחומרתה של העבירה המופשטת. הן הנסיבות המחמירות הן הנסיבות המקלות נחלקות לשני סוגים. האחד – נסיבות שההתחשבות בהן היא חובה, משום שהן קובעות את חומרת העבירה במקרה המסוים, ולכן משפיעות על המתחם של העונש ההולם. השני – נסיבות שההתחשבות בהן היא רשות, שכן הן אינן משפיעות על חומרת העבירה, אך ייתכן שתשפיענה על חומרת העונש בתוך "מתחם ההלימה".

לב הצעת הרוב בוועדת גולדברג הוא להערכתי "עונשי המוצא"<sup>71</sup>. ההצעה היא למנות ועדת מומחים, אשר תקבע לכל עבירה את עונש המוצא שלה. עונש המוצא הוא העונש ההולם את המקרה הטיפוסי של העבירה כשאין מתקיימות נסיבות מיוחדות, מקלות או מחמירות. כשמדובר בעבירה רחבת היקף, כגון עבירת ההריגה, שניתן לעבור אותה בקלות-דעת או באדישות או בכוונה, ההצעה היא שהוועדה תקבע "עונשי מוצא מדורגים". בעצם, היה נכון שהמחוקק יפלג את עבירת ההריגה לעבירות משנה. כאן מגיע לשיאו המתח שבין עבודתה המוצעת של ועדת המומחים לבין סמכותו של המחוקק.

69 שם, עמ' 9 ואילך.

70 שם, עמ' 35-36. יצוין כי סעיף 40ג(א) להצעת החוק הנוכחית, שבו נעשה שימוש ב"ו' החיבור ולא במילה "או", מהווה, כפי הנראה, אימוץ רצוי של הסתייגות זו. וראו ל' סבה "חיזוי מסוכנות במערכת העונשית" עבריינות וסטייה חברתית יב (1983) 51.

71 להערכה שונה, שלפיה ניתן ורצוי לאמץ את המלצות הוועדה ולהפעילן גם ללא עונשי המוצא – ראו קנאי (לעיל, הערה 67), עמ' 171. לפירוט ההסדר המוצע של עונשי המוצא ראו דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 14 ואילך.

עונש המוצא כשמו כן הוא: השופט אינו מונחה לגזור דווקא אותו, אלא להתחיל ממנו ולהמשיך ולבדוק אם במקרה המסוים הנדון בפניו מתקיימות נסיבות מיוחדות. הבדל הקיים בין עונש המוצא המוצע בישראל לבין העונשים הקבועים בטבלאות ה-SGL האמריקניות הוא שעונש המוצא המוצע מתייחס לחומרת העבירה המופשטת שבחוק (כגון עבירת הגניבה, עבירת השוד וכו'), בעוד שהעונש הקבוע בטבלאות ה-SGL מתייחס לחומרת העבירה המסוימת שנעברה במציאות. לפיכך מדובר אצלנו רק בנקודת מוצא, ותפקידו הנכון של השופט אינו להיעצר בה, אלא להתחיל ממנה בבדיקה של התקיימות נסיבות מיוחדות וליתן להן נפקות. סעיף חשוב מאוד – להערכתו, היפה והרצוי שבסעיפי הצעת הרוב – הוא סעיף 8(ב):

“לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנידון אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר”.

זהו בעצם יישום של עקרון ההלימה. נוכח חסרונותיו הגדולים של המאסר הדרכה זו שידריך המחוקק את השופטים שלא להיחפז ולגזור מאסר חשובה מאוד. לפיכך לכשתבחן להלן הצעת החוק הנוכחית, יהיה מקום מרכזי לשאלה מדוע הושמט ממנה סעיף 8(ב) להצעת הוועדה.

הסדר חשוב נוסף שהוצע על-ידי ועדת גולדברג הוא חובת הנמקה – הן כללית הן חובת מסוימות – החובה לנמק החלטה לחרוג מעקרון ההלימה לחומרה לשם הגנה על הציבור או לקולה לשם שיקום; החובה לפרט את הנסיבות המיוחדות שהשופט התחשב בהן בקביעת העונש<sup>72</sup>.

## 1. הצעת החוק הנוכחית – יתרונות מול חסרונות

הצעת החוק הנוכחית היא אימוץ של שלוש המלצותיהם המרכזיות של חברי הרוב בוועדת גולדברג: קביעת “עקרון ההלימה” כעיקרון המנחה בענישה, מינוי ועדה אשר תקבע “עונשי מוצא” ופירוט נסיבות מיוחדות – מקלות ומחמירות – בחלקו הכללי של החוק.

קביעת נסיבות מיוחדות – מקלות ומחמירות – בחלקו הכללי של חוק העונשין היא רצויה וראוי לעשותה בכל מקרה, גם אם אין מאמצים את חלקיה האחרים של הצעת החוק. אשר לתוכן הנסיבות המיוחדות המוצעות – ניתן וצריך להשקיע בו מחשבה נוספת. כך למשל סבורני כי המשקל שניתן בהצעת החוק לעברו הפלילי של הנאשם הוא

72 שם, סעיפים 5 ו-16 להצעת הרוב בוועדה.

עלי משפט ה תשס"ו

מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר: על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005

מופרד<sup>73</sup>, בייחוד לאור העובדה שלכאורה אומץ שיקול הגמול, הבא לידי ביטוי ב"עקרון ההלימה". הדגשת העבר הפלילי מכרסמת במגמה זו. עדיפה הגישה של הקלה עם נאשם שזו לו העבירה הראשונה או שעברו הפלילי אינו משמעותי, על פני הגישה של החמרה בעונשו של מי אשר אין זו עבירתו הראשונה. בנוסף, בעוד שהנסיבות המחמירות הוגדרו ככאלו שחובה על השופט לשקול, הרי שחמש משלוש עשרה הנסיבות המקלות קיבלו את המעמד הנחות של "נסיבות רשות"<sup>74</sup>. לבסוף, בעוד שנוכח עקרון החוקיות היה רצוי שרשימת הנסיבות המחמירות תהיה סגורה, מצאו המנסחים לנכון להותירה פתוחה<sup>75</sup>. אופן ההגדרה של הנסיבות המיוחדות בהצעת החוק לא רק מעורר את הצורך בחשיבה נוספת ובשיפור, אלא הוא אף מעורר את החשש שמגמת ההצעה היא החמרה בענישה. אשר לקביעת "עקרון ההלימה" – סבורני כי התייחסות בחוק הפלילי לרציונל הענישה, למטרותיה ולשיקוליה היא הכרחית, וכי ההצעה להדגיש לעניין זה את חומרת העבירה – בעקבות המלצתה של ועדת גולדברג – היא הצעה ראויה, משום שחומרת העבירה משקפת הן את הגמול הצודק הן את שיקול ההרתעה. אכן, רצוי שיהיו אלה שיקולי הענישה הדומיננטיים, כשם שהגמוליות והתועלתיות הן ההצדקות המרכזיות לענישה הפלילית.

מכאן ללב לבה של הצעת החוק – "עונשי המוצא". ברמה הלוגית ובאופן תאורטי, הרעיון החדשני של עונשי מוצא הוא בעיני רעיון שובה לב, העשוי להגשים כראוי את עקרון החוקיות ולספק הדרכה משמעותית לשופטים ולציבור. כשהמחוקק קובע בחוק עונש מרבי, הוא מדריך את השופט רק באשר לסוג מסוים של מקרים – החמורים ביותר שניתן להעלות על הדעת במסגרת אותה עבירה. מטבע הדברים הם נדירים. גם כשהמחוקק קובע בחוק עונש מזערי הוא מדריך רק באשר לסוג מסוים של מקרים – הקלים ביותר. גם הם מטבעם נדירים. והנה, אם יקבע המחוקק עונש מוצא, שמוגדר כך שהוא ההולם את המקרים הרגילים והמרכזיים הנופלים בגדר אותה עבירה, נקבל ממנו

73 עברו הפלילי של הנאשם "מככב" בהצעת החוק בשלושה הקשרים שונים – הן בקביעת "עקרון ההלימה" (סעיף 40ב להצ"ח), הן בהתייחסות לחריגה מעקרון ההלימה לשם הגנת הציבור (סעיף 40ג להצ"ח) הן כנסיבה לחומרה, שלא זו בלבד שההתחשבות בה היא חובה, אלא אף הוענק לה סעיף חוק נפרד (סעיף 140ג להצ"ח).

74 ראשית, לכאורה קיימת גם נסיבה מחמירה שאינה חובה – "הצורך בהרתעת עבריינים בכוח בשל סוג העבירה או שכיחותה" (סעיף 40ב להצ"ח) – אך האומנם מדובר בנסיבה מחמירה? שנית, השוו בין סעיף 140ד לבין סעיף 40ג להצ"ח. שלישי, מעניין לציין שבהצעת החוק של פלר וקרמניצר (לעיל, הערה 57) אמנם נחלקות הנסיבות המקלות ל"נסיבות מקלות חובה" (סעיף 164) מול "נסיבות מקלות רשות" (סעיף 165), אך כל הנסיבות המחמירות (סעיף 169) הן רשות בלבד.

75 ראו סעיף 40ד להצ"ח. מעניין לציין שבהצעתם של פלר וקרמניצר (לעיל, הערה 57), בעוד שרשימת הנסיבות המחמירות סגורה, רשימת הנסיבות המקלות פתוחה (סעיף 169 מול סעיף 165ב). כך ראוי.

הדרכה רבה יותר ומשמעותית מזו המקובלת כיום (במאמר מוסגר אבהיר כי קביעת עונשי מוצא – כקביעת עונשים מזעריים – אינה באה להחליף את העונשים המרביים, אשר קביעתם היא הכרחית על-פי עקרון החוקיות, ואין הצעה כלשהי לוותר עליהם). בעזרת הנסיבות המקלות והנסיבות המחמירות יוכל השופט היוצא לדרכו מעונש המוצא להגיע למחוז חפצו – העונש הראוי לאותו מקרה מסוים הנדון בפניו. לפיכך כשפורסם דוח ועדת גולדברג בשנת 1997, נראתה לי המלצת הרוב טובה, עם תקווה גדולה לשיפור ניכר של המצב הקיים.

מה בכל זאת גורם לי לחשוש מהצעת החוק הנוכחית? ראשית, ההבדלים הניכרים שביניה לבין הצעת הוועדה. הצעת החוק נחזית כאימוץ המלצותיה של ועדת גולדברג, אך היא מקבלת אותן רק באופן סלקטיבי. כך למשל הושמט סעיף חשוב מאוד הקבוע בדוח הוועדה – סעיף 8(ב):

”לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר.”

בפרק קודם עמדנו על היותו של המאסר עונש קשה ביותר ועל חסרונותיו המרובים, המחייבים להיזהר בשימוש בו ולמעט בו. מי שבחר להשמיט את סעיף 8(ב) כנראה אינו חושב כך. הדבר מחייב זהירות מפני הצעת החוק כולה.

שנית, כשרואים מי הם הגורמים הדוחפים לחקיקת החוק החדש ומי הם המתנגדים, מתגנבים ללב חששות נוספים. מי שהיה מעוניין בהבניה של שיקול-הדעת השיפוטי בענישה מחשש להחמרת יתר ולכן שאף לצמצום סמכויותיהם של השופטים, מופתע לגלות שכיום מנסים להשתמש במודל עונשי המוצא של ועדת גולדברג דווקא לשם החמרה בענישה. האינדיקציות לכך הן רבות, ונוסף על השמטת סעיף 8(ב) ועל מתן המעמד הנחות ”רשות” לחלק מן הנסיבות המקלות, בעוד שהנסיבות המחמירות כולן ”חובה”, אוסיף כאן את ההסבר המובא בתזכיר החוק לצורך בקביעת עיקרון מנחה לענישה: ”תגובה עונשית הנתפשת כקלת ערך וככזו שאינה הולמת את המעשה, יש בה כדי לפגוע באמון הציבור במערכת אכיפת החוק”<sup>76</sup>. צאו ולמדו כי החשש של המציעים אינו מהחמרת יתר אלא אך ורק מהקלת יתר.

שלישית, בעוד שקיימות הערכות שונות באשר להתיישבות, או חוסר ההתיישבות, עם עקרון החוקיות של הסמכת ועדת מומחים לקבוע את עונשי המוצא<sup>77</sup>, דומני כי

76 ראו העמוד הראשון של תזכיר החוק (לעיל, הערה 2).

77 מול סברתם של חברי הרוב בוועדת גולדברג כי אין מתעורר כאן קושי מיוחד, ראו עמדתם של חברי המיעוט, שלפיה: ”ממה נפשך, אם המדובר בקביעה טכנית של נתונים אמפיריים, הרי ניתן לספק נתונים מסוג זה למחוקק, ללא צורך בהקמת ועדה מיוחדת, ואילו אם המדובר בקביעות המבטאות מדיניות חברתית-ציבורית – בדומה לאלה העומדות מאחורי

הסמכת ועדה כזו לקבוע "עונשי מוצא מדורגים" מהווה חריגה בולטת מעקרון החוקיות ומהפרדת הרשויות. פילוג עבירה רחבת היקף, כגון עבירת ההריגה, לשתיים-שלוש עבירות ראויות יותר, מצוי בלב לבו של תפקיד המחוקק, ואין להאצילו לגוף אחר. הגיעה העת שהמחוקק הישראלי ימלא תפקידו זה, ובעצמו. בנוסף, גם כשאין מדובר בעונשי מוצא מדורגים אלא בעונש מוצא "רגיל", קיים חשש כי לחצים ציבוריים ותקשורתיים יביאו מדי פעם את ועדת המומחים להתכנסות לשם החמרת הענישה. רביעית, אם מתייחסים ברצינות לרעיון השיקום, היה הכרחי לקבוע בהצעת החוק כי כל ההסדר של עונשי המוצא לא יחול כשמדובר בנאשם קטין<sup>78</sup>.

חמישית, אל לנו להתעלם מן הניסיון האמריקני בעניין זה, והוא מבהיל. נכון שה-Sentencing Guidelines שנקבעו שם אינן בדיוק עונשי המוצא המוצעים אצלנו. שם מדובר בטבלאות הקובעות טווח ענישה די מצומצם, בעוד שאצלנו מדובר בעונש מוצא שמסביבו "מתחם הלימה", שבו מוזמן השופט לרדת מטה ולטפס מעלה בעזרת הנסיבות המקלות והנסיונות המחמירות, אך הדמיון בין שני המודלים הוא גדול: בשניהם מוצע לשופט עונש מסוים לעבירה, הנקוב בשנות מאסר ובחודשי מאסר. כפי שראינו לעיל, הנהגת ה-SGL בארצות-הברית הביאה לגידול של מאות אחוזים במספר האסירים האמריקנים: מ-200,000 בשנות השבעים לכ-1,400,000 כיום. חמישה מכל מאה גברים שחורים בארצות-הברית יושבים בבית האסורים. כזכור, דרך מרכזית שבה פועל מודל ה-SGL בכיוון של החמרה הוא באמצעות עסקות הטיעון. חוליים אלה צפויים גם אצלנו אם יונהג מודל דומה.

שישית, יש לזכור ששופטי ישראל בערכאות הנמוכות – בית-משפט השלום ובית-המשפט המחוזי – עמוסים לעייפה בעבודה. יש לדעת כי לא כל השופטים החורצים גורלות בתחום המשפט הפלילי הם בעלי מומחיות מיוחדת בתחום זה כמובנו הרחב – משפט פלילי וקרימינולוגיה – ולא לכולם הנכונות והיכולת (לרבות פנאי) להשלמת פער זה. די אם נזכור את דבריו של השופט המנוח חיים כהן באשר לסימני ההתנשאות<sup>79</sup>. ויש להבין כי שופטים רבים – בהיותם בני אדם – אינם מעוניינים לפסוק פסקי-דין ולגזור גזרי-דין שישונו או ייהפכו לאחר מכן בערכאת הערעור שמעליהם – דבר העלול לפגוע בקידום שלהם. חברו את שלוש ההנחות הללו: העומס הרב, האפשרות של היעדר

חיקת העונשים המרביים... הן מתפקידיה המובהקים של הרשות המחוקקת במדינה נאורה, שאין ליטול ממנה"; ראו עמ' 45 לרוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1).

78 המלצה דומה ניתן למצוא בהצעת המיעוט בוועדת גולדברג, שלפיה עונשי המינימום המוצעים לא יחולו באשר לקטינים – ראו דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 54-56 וסעיף 129(א)(6) שבעמ' 111. על היחס המיוחד המקובל באשר לשיקומם של קטינים ראו למשל א' מלמד ענישה או שיקום? (2001).

79 ראו הציטוט המובא לעיל, סמוך להערה 16.

מומחיות והחשש מתוצאות הערעור – לאן מוביל חיבור זה? חוששני שהוא עלול להוביל שופטים לגזור את עונשי המוצא שיהיו קבועים בחוק לעתים קרובות מאוד ומדי. יהא זה פתרון קל, מהיר וחסין מפני ערעור. עונשי המוצא יהיו מן הסתם עונשי מאסר לתקופות ממושכות – לא במונחים של ימים, לא של שבועות וכנראה גם לא של חודשים, אלא של שנים. האצבע על הקולמוס הכותב בגזר-הדין עונש מאסר תהיה קלה יותר. חוששני כי המסר המרכזי שייתן עונש המוצא הוא שמדובר בעונש מאסר, כשהשאלה המרכזית היא מהו משכו, ולא עצם הטלתו. זאת, בין היתר, נוכח השמטת סעיף 8(ב) להצעתה של ועדת גולדברג. בדומה, הביעו חברי המיעוט בוועדת גולדברג את החשש שעונשי המוצא עלולים להיחפז לעונשים מזעריים גבוהים מדי<sup>80</sup>.

כבר כיום מופעל עונש המאסר לעתים קרובות מדי ולתקופות ממושכות מדי. אמנם לא בממדים המבהילים האמריקניים, אך בהחלט יותר מבמדינות נאורות שאנו אולי רוצים להידמות אליהן. וכאן אין מדובר ב"קוקה-קולה" או בג'ינס "ליווייס". בעניין הזה אסור לנו לחקות את האמריקנים.

בעבר, כשחקרתי את עונש המוות, חיפשתי תשובה לשאלה מדוע הציבור האמריקני אינו מגלה חמלה בנושא זה. מניין הנכונות הגדולה לשלוח אנשים לגרדום? לאחר מחקר<sup>81</sup> הגעתי למסקנה המעציבה שההסבר הוא שהעונש הנוראי מופעל בדרך כלל כלפי שחורים, שאינם נתפסים על-ידי כל הלבנים כחלק מ"אנחנו" – הטובים, המבוססים, שומרי החוק – אלא כ"הם" – הרעים, העניים, פורעי החוק. כביכול מדובר במצב של מלחמה. הסבר דומה יחול גם על הנכונות האמריקנית לכלוא כמיליון וחצי בני אדם; למעלה מ-700 מ-100,000; חמישה ממאה גברים שחורים. כשני שלישים מהאסירים בארצות-הברית משתייכים למיעוטים האתניים<sup>82</sup>. יודגש כי אין מדובר בהצדקה כמובן אלא אך ורק בהסבר אפשרי. ההסבר הזה לא חל אצלנו. אסור שיחול אצלנו. אין כאן מלחמה. אין במקומותינו "אנחנו" מול "הם".

לסיכום הדיון בהצעת החוק החדשה, הנני מציע שלא לאמצה. אם בכל זאת תתגבש לכדי חוק, די לנו בנסיבות המיוחדות – לקולה או לחומרה (תוך הקטנת משקלו של העבר הפלילי ותוך שינוי מעמדן של הנסיבות המקלות מרשות לחובה) – ובקביעת עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה הפלילית, ואין לנו צורך בעונשי המוצא. אם בכל זאת יאומץ מודל עונשי המוצא בחוק, הכרחי להוסיף לו את השיפורים האלה:

80 ראו דוח ועדת גולדברג (לעיל, הערה 1), עמ' 45. להסבר נוסף על האופן שבו צפויים עונשי מוצא לגרום להחמרת הענישה, המבוסס על "אפקט העיגון", ראו טננבוים (לעיל, הערה 63), עמ' 76.

81 ראו סנג'רו (לעיל, הערה 9), עמ' 172-173, תחת הכותרת "הרהורים עגומים על המציאות האמריקנית".

82 ראו המקור הנוכח לעיל, הערה 52.

חקיקת סעיף 8(ב) להצעת הרוב בוועדת גולדברג, המכוון את השופט לעונשים אחרים ולהיזקקות למאסר רק כמוצא אחרון; קביעה כי עונשי המוצא אינם חלים על קטינים; קביעה כי בד בבד עם קביעת עונשי מוצא לעבירות השונות יונמכו באופן משמעותי העונשים המרביים כך שיהיו סבירים ובהתאם לעקרון הפרופורציה.

## ז. אחרית דבר – הצורך בקודקס פלילי חדש ולא בהחמרת הענישה

ביקורתי דלעיל באשר להצעת החוק הנוכחית, אין משמעותה כי נגזר עלינו להיוותר יובל נוסף עם המצב הרע הקיים ועם חוק עונשין מנדטורי ומפגר. שינוי משמעותי בחקיקה הנוגעת לענישה הוא הכרחי, אלא שאין להסתפק בטלאי נוסף שיוצמד לחוק העונשין הארכאי, אלא הציבור הישראלי ראוי לכך שהמחוקק ימלא סוף סוף את תפקידו ויעניק לו חוק עונשין חדש, מודרני וראוי, אשר יהיו לו סיכויים סבירים יותר לכוון התנהגות ולהדריך באשר לענישה.

לפיכך מוצע כי תוקם ועדת מומחים אשר תנסח מחדש את חלק העבירות שבחוק הפלילי תוך ביטול עבירות חסרות הצדקה או מיותרות, תוך צמצום היקף העבירות שתיוותרנה תוך הקפדה על הגדרות בהירות ומדויקות, ותוך הנמכה ניכרת של העונשים המרביים כך שיהיה ניתן להתייחס אליהם ברצינות ואל דבר המחוקק בכבוד. על המחוקק לבנות סולם ענישה רציונלי, שיקיים את עקרון הפרופורציה – הן בין חומרת העבירה לבין עונשה הן בין כל עבירה לבין העבירות האחרות. בנוסף, יש לקבוע בחלק הכללי של החוק נסיבות מיוחדות – מקלות ומחמירות – וכן את העיקרון המנחה בענישה. כך תינתן הדרכה משמעותית לאזרח – מה מותר ומה אסור – בהתאם לעקרון החוקיות ולכלל "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". כך תינתן הדרכה משמעותית של המחוקק לשופטים הן באשר לעצם פלילות המעשה הן באשר לענישה, בהבדל מן ההדרכה האפסית והעלובה שמספק להם החוק כיום.

רק לאחר רפורמה הכרחית זו – בעתיד הרחוק יותר – יהיה ניתן לשוב ולשקול את הרעיון של עונשי מוצא. כרגע נראה שעדיף לגנוז אותו.