

כיצד קובעים עונשי מוצא?

אורן גזל-אייל* ורות קנאי**

מאמר זה מושתת על מחקר שהכינו הכותבים בשביל משרד המשפטים ואשר הוגש על ידי המשרד לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. המאמר מציג הצעה למתודולוגיה שלפיה יש לקבוע את עונשי המוצא ודוגמה ליישום מתודולוגיה זו בעבירת ההתפרצות. בחלקו הראשון של המאמר מוצגים השיקולים המנחים בקביעת עונש מוצא, תפקידה של מדיניות הענישה הנוהגת ככלי עזר לקביעת עונשי מוצא והקשיים המתודולוגיים באיתור מדיניות הענישה הנוהגת. בהמשכו של חלק זה עוסק המאמר במשקל שיש להעניק להנחיות לענישה שנקבעו במדינות אחרות, ליחס בין משקלה של מידת הנזק שנגרם לבין משקלה של האשמה בקביעת חומרת העברה, למקרים שבהם מתאים להיעזר בעונשי מוצא מדורגים, לקשיים המיוחדים לשלב שבו נקבעים עונשי המוצא הראשוניים, להגדרת "המקרה הטיפוסי" ככל עברה ולקשר שבין עונשי המוצא לעונש הממוצע בגין העברה. בחלקו השני מיושמים עקרונות אלו בעברת ההתפרצות לדירה ומוצע עונש מוצא לעברה זו.

א. מבוא. ב. עונשי מוצא – מהותם וקביעתם; 1. הגדרת עונש המוצא; 2. מדיניות הענישה הנוהגת ככלי לקביעת עונש המוצא; 3. איתור רמת הענישה הנוהגת – קשיים מתודולוגיים; 4. סקירה משווה; 5. העיקרון המנחה; 6. עונשי מוצא מדורגים; 7. הקשיים בקביעת עונשי מוצא ראשוניים; 8. הגדרת המקרה הטיפוסי; 9. עונש המוצא והעונש הממוצע לעברה. ג. יישום השיטה בעברת ההתפרצות; 1. כללי; 2. הנחיות בית

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.
** הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. מאמר זה מושתת בחלקו, כפי שיפורט בהמשך, על מחקר שביצעו הכותבים בהזמנת משרד המשפטים ובמימונו, ובהנחיית המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (פלילי). השימוש במחקר כבסיס למאמר זה נעשה ברשות משרד המשפטים. תודתנו נתונה להדס אגמון, לסיגל בלום ולהדס לביא על העזרה הרבה בגיבוש מאמר זה. תודה גם לליהי יונה ולמראם עילבוני על הסיוע באיסוף הנתונים.

- המשפט העליון; 3. רמת הענישה הנוהגת; 4. שיקולים נורמטיביים;
 5. הנחיות לענישה בגין התפרצות – סקירת המשפט הזר; 6. עונש המוצא;
 7. הערות נוספות. ד. סיכום.

א. מבוא

בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006¹ נקבע בין השאר כי "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין העונש לבין חומרת המעשה ואשמו של הנאשם"². עוד קובעת ההצעה כי תוקם ועדה לקביעת עונשי מוצא שתהא "רשאית לקבוע בעבירות שתמצא לנכון את העונש ההולם לאותה עברה כשהיא נעברת בנסיבות שאינן חריגות לקולה או לחומרה"³. קביעת עונש מוצא טעונה אישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, והיא תפורסם ברשומות⁴. על פי ההצעה, "בקביעת עונש מוצא או עונשי מוצא מדורגים תתחשב הועדה בעקרון המנחה, ותתחשב לשם כך בערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העברה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה"⁵.

בהחליטה להחיל דין רציפות על הצעת החוק החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה כי ייקבעו עונשי מוצא לעברות חמורות ושכיחות שיובאו לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת וישולבו בהצעת החוק עוד בדיונים לקראת הקריאה השנייה והשלישית⁶. המאמר מושתת על מחקר אשר הכנו בשביל משרד המשפטים ואשר הוגש על ידי משרד המשפטים לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן: המחקר)⁷. המאמר מציג הצעה למתודולוגיה לפיה יש לקבוע את עונשי המוצא ודוגמה המיישמת את המתודולוגיה

-
- 1 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח 446 (להלן: החוק המוצע או ההצעה).
 - 2 סעיף 40ב(א) להצעה.
 - 3 שם, בסעיף 40ט(א).
 - 4 שם, בסעיף 40ט(ג).
 - 5 שם, בסעיף 40ט(ב).
 - 6 החלטה 639 (חק/348) של ועדת השרים לענייני חקיקה (26.07.2009). ההחלטה צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה.
 - 7 למחקר ראו אורן גזל-אייל ורות קנאי "בחירת עונשי מוצא – שיטה ויישום", אתר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת 31.12.2009 knesset.gov.il/committees/heb/material/data/31.12.2009_H11-01-2010_17-30-27_kanay-gezel-sofi!!!.pdf (להלן: גזל-אייל וקנאי "בחירת עונשי מוצא").

המוצעת בעברה אחת, עברת ההתפרצות⁸ (במחקר הוצגה גם הצעה לעונש מוצא בשתי עברות אחרות: שוד⁹ והלנה, העסקה והסעה שלא כדין).¹⁰ בחלקו הראשון של המאמר נבהיר מהו עונש המוצא, לאילו מקרים יש להתאימו, וכיצד אמור בית המשפט להיעזר בו בגזירת הדין. בחלק זה נעמוד גם על הקשיים המיוחדים בקביעת עונשי מוצא ראשוניים בשלב שבו עדיין אין עונשי מוצא לעברות אחרות ונציע דרך להתגבר על קשיים אלו. חלק זה חיוני להבנת השיטה לקביעת עונשי המוצא שתוצג בהמשך. בחלקו השני תוצג ההמלצה לעונש מוצא בעברה של התפרצות תוך ניתוח העברה ופירוט השיקולים שהובילו להמלצה האמורה ליישום השיטה המוצעת.

ב. עונשי מוצא – מהותם וקביעתם

1. הגדרת עונש המוצא

עונש המוצא הוא העונש השומר על יחס הולם בין חומרת העונש למקרה הטיפוסי של העברה כשאינן נסיבות מחמירות ומקלות. סעיף 40ג להצעה מלמד כי לשם קביעת העונש ההולם יש להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העברה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה. בהצעת החוק נאמר שהדרישה לשומר על יחס הולם בין חומרת מעשה העברה ואשמו של הנאשם לבין חומרת העונש מבטאת את עקרון הגמול. עונשי המוצא מבטאים את מידת החומרה שבה החברה רואה את העברה. בכך מושגת האחידות בגישה לקביעת גזר הדין (consistency of the approach). מכאן מתחייבת גם שמירה על יחס נאות בין עונשי המוצא של העברות השונות. השופט מתבקש לקבוע את העונש ההולם את חומרת העברה באירוע הנדון בפניו תוך התחשבות בנסיבות המחמירות והמקלות ונקודת המוצא שלו בקביעה זו היא עונש המוצא. השופט אינו חייב להטיל את עונש המוצא. הוא גם איננו מתבקש להטיל את עונש המוצא (להבדיל מהעונש המוצע presumptive sentence הנוהג בכמה שיטות משפט אחרות). על עונש המוצא לבטא את העונש ההולם את המקרה הטיפוסי של העברה, לא את המקרה החמור (שאליו מכוון העונש המרבי) ולא את המקרה הקל (שאליו מכוון העונש המזערי). כל שעל השופט לעשות הוא להתחיל את תהליך החשיבה על גזר הדין מעונש המוצא

8 עברה לפי סעיף 406 לחוק העונשין, התשל"ז–1977.

9 עברה לפי סעיף 402 לחוק העונשין.

10 עברה לפי סעיף 12(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב–1952.

ולשקול את מידת הסטייה ממנו ואת כיוונה לפי מכלול הנסיבות המחמירות והמקלות. בגזר הדין עליו להסביר את היחס שבין העונש שהטיל לעונש המוצא (סעיף 40יב(3) להצעה). סעיף 40ט(ב) של הצעת החוק אומר שבקביעת עונש המוצא תפעל הוועדה לפי העיקרון המנחה, הוא עקרון ההלימה, המבטא לפי דברי ההסבר לסעיף 1 של ההצעה את עקרון הגמול. מאמרו של פרופ' סבה שבכרך זה¹¹ מראה כי תאוריות הגמול השונות שפותחו אינן מציגות נוסחה לקביעת העונש הראוי לפי עקרון ההלימה, ולכן הסעיף ממשיך ומסביר שהוועדה תתחשב בערך החברתי המוגן, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה.¹² ההצעה אינה אומרת דבר באשר לאופן שבו אפשר לכמת את הפרמטרים השונים שבסעיף או למשקל היחסי שלהם. לאור כל אלו נשאלת השאלה היישומית – כיצד תקבע הוועדה את עונשי המוצא? מטרתנו במאמר זה להציג פתרון לשאלה זו ולהדגים כיצד אפשר לקבוע עונש מוצא הלכה למעשה.

2. מדיניות הענישה הנוהגת ככלי לקביעת עונש המוצא

במחקר העומד בבסיסה של רשימה זו התייחסנו לפרמטרים שבהם מתבקשת הוועדה לקביעת עונשי מוצא להתחשב (הערך הניזוק, מידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנוהגת והמדיניות הראויה). במסגרת הניתוח הנורמטיבי בחנו את הערכים הניזוקים מהעברות השונות ואת מידת הפגיעה בהם כדי לסייע בקביעת מדרג החומרה של כל עברה. עם זאת לא התייחסנו מפורשות לשאלת היחס בין הפרמטרים השונים, בהיעדר בסיס תאורטי מוסכם למשקל שיש לתת לכל אחד מהם. נוסף על כך בשל הקושי לכמת כל פרמטר בחרנו בפתרון פרקטי הנעזר במידה רבה במדיניות הענישה הנוהגת ובהנחיות לענישה בשיטות משפט אחרות ככלי להערכת העונש התואם את עקרון ההלימה. לפיכך נראה כי במשתמע ייחסנו למדיניות הענישה הנוהגת מעמד בכורה בקרב הפרמטרים שקובעת ההצעה. איננו מתעלמים מהקושי שגישה זו מעוררת. אכן, מדיניות הענישה הנוהגת אינה בהכרח משקפת ענישה הולמת על פי הפרמטרים האחרים, כנדרש לפי ההצעה. אולם לדעתנו יש בה

11 לסלי סבה "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים ג 99 (2011).

12 במאמר הנזכר עומד פרופ' סבה על הבעייתיות הטמונה בדרישה להתחשב גם במדיניות הנהוגה וגם במדיניות הראויה. בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת הוצע, בעקבות מסמך של פרופ' סבה, להשמיט מסעיף 40ג(א) המוצע את המילים "מדיניות הענישה הראויה". ראו לסלי סבה "מדיניות הענישה הנהוגה" ו"מדיניות הענישה הראויה", אתר ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת - www.knesset.gov.il/committees/heb/material/data/H28-01-2010_11 - 57-59_Jasli.doc. סעיף זה מתייחס לתפקידו של השופט בקביעת העונש. אולם המילים הללו עדיין קיימות בסעיף 40ט(ב) המוצע המתייחס לוועדה הקובעת את עונש המוצא.

כדי לשקף את התפיסה המצרפית של מערכת המשפט, המורכבת ממספר רב של שופטים והמושפעת מהחלטות המחוקק, באשר לרמת הענישה הראויה, ועל כן ראוי שיינתן לה משקל נכבד בקביעת רמת הענישה ההולמת. כפי שציין סבה במאמרו, חומרת הענישה היא מוסכמה והיא יכולה להיקבע רק על בסיס הפרקטיקה הנוהגת.¹³ בהיעדר כלים לכימות הפרמטרים האחרים הרי שגם כעניין יישומי אין בררה אלא להניח שמדיניות הענישה הנוהגת משקפת במידה מסוימת גם מדיניות ראויה.

להישענותנו על מדיניות הענישה הנוהגת כשיקול מרכזי בקביעת הענישה ההולמת עוד סיבה אחת: באשר לחומרה היחסית של העברות השונות (הסדר האורדינלי) קיימת הסכמה רחבה, ואילו באשר לרמת הענישה הכללית קיימים פערים גדולים בין הערכות של אנשים שונים וחברות שונות. לפיכך קשה לקבוע את רמת הענישה הראויה במנותק מתפיסה חברתית מסוימת המתקיימת בפועל.¹⁴ בספרות מדובר על קביעת הנקודה הקרדינלית שעל פיה ייקבעו העונשים בסולם האורדינלי.¹⁵ כלומר יש לקבוע אם העונשים ככלל יהיו חמורים יותר או קלים יותר, מה מקומו של המאסר ומה יהיה משכו. רק אחרי קביעה כזו אפשר לקבוע עונשי מוצא לעברות השונות. בהיעדר הסכמה רחבה או מנגנון הערכה ברור שקבע המחוקק, מדובר בהכרעה ערכית במידה רבה. בהיותנו חוקרים שאינם חברי ועדה סטטוטורית שמונתה לבחינת הנושא סברנו שהכלי האובייקטיבי ביותר המצוי בידינו לקביעת רמת הענישה הכללית הוא המצב המצוי. אף שלעתים סברנו שרמת הענישה הנוהגת מחמירה מדי, נזהרנו ממתן משקל נכבד לעמדה זו. גם מטעם זה נתנו משקל נכבד לרמת הענישה הנוהגת, להנחיותיו של בית המשפט העליון, ובמידה מעטה יותר – גם לרמת הענישה שאומצה בהנחיות של מדינות מערביות אחרות, בהעריכנו את רמת הענישה הראויה. במילים אחרות, מדיניות הענישה הנוהגת היא גם פרמטר עצמאי לקביעת העונש

13 סבה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 134-135.

14 ראו גם מאמרו של סבה הסוקר את העמדות של פון הירש ואחרים הסבורים גם הם כי קיימים כלים להערכת החומרה היחסית של עברות שונות, אך קביעת החומרה האבסולוטית של העונשים היא במידה רבה עניין של מוסכמה שאין דרך לבססה תיאורטית. שם, בעמ' 126-133, 131, 125.

15 להסבר ראו ANDREW VON HIRSCH, PAST OR FUTURE CRIMES: DESERVEDNESS AND DANGEROUSNESS IN THE SENTENCING OF CRIMINALS ch. 4 (1985). ראו גם רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח וועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147, 178 (1999) (להלן: קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט").

ההולם על פי הצעת החוק וגם כלי מרכזי בהערכת חומרת העברה ומדיניות הענישה הראויה הנובעת מהפרמטרים האחרים הקבועים בהצעה.¹⁶

יצוין כי גם אם תאומץ עמדתנו שיש לתת משקל למדיניות הענישה הנוהגת, אין הכרח להעניק למדיניות זו משקל דומה בכל העברות. התחשבות במדיניות ענישה נהוגת תהיה רבה יותר כשיש בעניין העברות פסיקה מרובה, ובמיוחד כאשר הפסיקה דנה ברכיבים שבעברה ולא רק בעובדות של מקרים קונקרטיים.¹⁷ עם זאת לוועדה לקביעת עונשי מוצא תפקיד נורמטיבי: לקבוע מה הן רמות הענישה ההולמת לדעתה ולקבוע עונשי מוצא על סמך מבחן הלימה זה גם כשיהיה בכך לגרום לשינוי ניכר במדיניות הענישה. כחוקרים בחרנו עברות אשר יש בהן כמות גדולה למדי של פסיקה וניסינו להימנע ככל האפשר מהישענות על עמדתנו הסובייקטיבית באשר לרמות הענישה הראויה. אולם לוועדה לא תהיה פריבילגיה כזו, ובשל מעמדה הסטטוטורי היא עליה להכריע הכרעה נורמטיבית באשר לרמות הענישה ההולמת גם כאשר החלטה זו סותרת את מדיניות הענישה הנוהגת.¹⁸ יישום מבחן ההלימה לצורך קביעת עונשי המוצא¹⁹ אינו עניין טכני אלא כרוך בו שיקול דעת רחב, ושיקול דעת זה ניתן, על פי הצעת החוק, לוועדה לקביעת עונשי מוצא.²⁰ יתר על כן, מדיניות הענישה הנוהגת עלולה לבטא עקרונות ענישה שאינם מתאימים להצעת החוק, במיוחד הסתמכות רחבה על שיקולי הרתעה כללית. לעומת זאת עונשי המוצא אמורים

16 דוגמה לאפשרות לשלב את ההסתמכות על מדיניות הענישה הנוהגת ומדיניות הענישה הראויה אפשר למצוא במחקר שנעשה במדינת ויקטוריה שבאוסטרליה. אמנם המחקר הנדון נגע לקביעת עונשי מקסימום ולא לקביעת עונשי מוצא, אך המתודולוגיה המתוארת במאמר, המשלבת הסתמכות על מדיניות הענישה הנוהגת וניתוח נורמטיבי, יכולה לשמש גם לקביעת עונשי מוצא, בשינויים מתאימים. ראו: Richard Fox & Arie Freiberg, *Ranking Offence Seriousness in Reviewing Statutory Maximum Penalties*, 23 AUSTRALIAN AND NEW ZEALAND JOURNAL OF CRIMINOLOGY 165 (1990).

17 דוגמה לכך אפשר למצוא בעברה של העסקה, הלנה והסעה של עובד זר; ראו גזל-אייל וקנאי "בחירת עונשי מוצא", לעיל ה"ש 7.

18 במקום אחר בכרך זה הביע אחד מאתנו את החשש כי הכרעות הוועדה יובילו להחמרה ברמות הענישה, וכי החמרה זו אינה רצויה. ראו אורן גזל-אייל ורות לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41 (2011). אולם גם אם החמרה זו אינה רצויה, הוועדה מוסמכת לקבוע כי החמרה כזו משקפת את מבחן ההלימה כפי שמוסמכת היא לקבוע קביעה הפוכה.

19 היישום הסופי של מבחן ההלימה נעשה על ידי השופט היושב בדיון בקביעת העונש לאחר שקילת הנסיבות המחמירות והמקלות.

20 גם בנציבויות לגזירת הדין (ה-Sentencing Commissions) בארצות הברית יסוד הקביעה של העונשים המוצעים היה מדיניות הענישה הנוהגת, אך הוכנסו שינויים ותיקונים על פי המדיניות הראויה לדעת הנציבות.

להתבסס על מבחן ההלימה, ולכן גם מטעם זה אין להעניק למדיניות הנוהגת משקל מכריע. למרות כל זאת לאחר השלב הראשוני, תעמוד הוועדה לקביעת עונשי מוצא בפני משימה קלה יותר בקבעה את עונשי המוצא לעברות רבות, שכן לאחר שתיקבע רמת הענישה בכמה עברות נפוצות ראשונות, יהיה עיקר תפקידה להעריך את היחס שבין חומרת העברה שנדונה בפניה לחומרת העברות שלהן כבר נקבעו עונשי מוצא. היא לא תידרש לקבוע בכל פעם מחדש את רמת הענישה הכללית, קביעה שכאמור קשה יותר לביצוע.

סבה מציע במאמרו הנזכר להתחשב בסקרי דעת קהל ולהיעזר בהם בקביעת מדיניות הענישה הראויה.²¹ התחשבות זו מגבירה את אמון הציבור במערכת המשפט מחד ומחזקת את הבסיס הגמולי שבענישה, בהיותה ביטוי של הגינוי החברתי למעשה העברה, מאידך.²² עם זאת הדבר מחייב זהירות יתרה והמשקל שיש לתת לתוצאות הסקרים הללו מוגבל.²³ עמדת הציבור בנוגע לרמות הענישה תלויה במידה רבה באופן שבו מוצגים המקרים שבהם הוא נדרש להכריע ובאופן שבו הוא נשאל, ולא ברור כלל אם אימוץ מה שנחזה כמשקף את עמדת הציבור על פי סקרים אכן יראה לציבור הולם כשהעמדה תיושם במקרים אמתיים.²⁴ המועצה לגזירת הדין באנגליה (ה־Sentencing Guidelines Council), הקובעת הנחיות לענישה (ובהן גם הנחיות לעונשי מוצא), מתחשבת בדעות הציבור בדרך שונה: במהלך קביעת ההנחיות הוועדה פונה לציבור ומבקשת תגובות להנחיות המוצעות. אמנם דרך זו משקפת פחות את דעת הציבור הרחב, אך נראה שהיא גם אינה מעוררת רבים מן הקשיים הכרוכים בהסתמכות על סקרים.²⁵

-
- 21 סבה, לעיל ה"ש 11, בפרק ו.
- 22 ראו והשוו להסברו של רוברטס בדונו בהחמרה בעונשם של בעלי עבר פלילי. JULIAN V. ROBERTS, PUNISHING PERSISTENT OFFENDERS: EXPLORING COMMUNITY AND OFFENDER PERSPECTIVES 210–211 (2008).
- 23 ראו סבה, לעיל ה"ש 11, בפרק ו, באשר למשמעות של הסקרים ותרומתם לקביעת העונש. באשר למשמעותה ולמשקלה של דעת הקהל ראו: MIKE HOUGH AND JULIAN V. ROBERTS, UNDERSTANDING PUBLIC ATTITUDES TO CRIMINAL JUSTICE (2005).
- 24 ראו גזל-אייל ולזר, לעיל ה"ש 18, בעמ' 41-61. סבה מציע פתרונות לקושי זה, אך הם כרוכים ביצירתיות מתודולוגית רבה שקשה ליישמה במסגרת ועדה ציבורית כמו הוועדה לקביעת עונשי מוצא.
- 25 המועצה מפרסמת את הצעותיה ומבקשת תגובות מהציבור. ראו www.sentencingcouncil.org.uk/sentencing/have-your-say.htm. מלבד זאת ביוני 2009 ערכה המועצה סקר שעסק ביחס הציבור לענישה.

3. איתור רמת הענישה הנוהגת – קשיים מתודולוגיים

שאלה אחרת היא כיצד יש לקבוע מהי מדיניות הענישה הנוהגת. ייתכן שהדרך הטובה ביותר היא לקבוע את מאפייני המקרה הטיפוסי ולאחר את כל גזרי הדין שניתנו במקרים טיפוסיים כאלו. לאחר מכן אפשר לבדוק מהו העונש הממוצע במקרים אלו. אולם בשל השונות הרבה בין המקרים ומכיוון שפעמים רבות אותו עבריין מורשע בכמה עברות באותו גזר דין, יש קושי למצוא כמות מספקת של תיקים הדומים מספיק למקרה הטיפוסי כעברה יחידה. אפשרות אחרת היא להיעזר ברגרסיה מרובת משתנים כדי לאתר את ההשפעה של כל מרכיב, ובאמצעות המודל להסיק מהו העונש הנוהג למקרה הטיפוסי. שיטה זו, אף כי היא ישימה יותר מקודמתה, מעוררת גם היא קשיים, שכן קשה לאתר מפסקי הדין את מכלול הנתונים הרלוונטיים וקשה לקבוע מהו המודל המתאים ביותר לניתוח, אם מודל ליניארי או אחר. במחקר התמודדנו גם עם קושי נוסף: נוכח לחץ הזמן שנכפה עלינו במכרז והיעדר גישה לנתונים נאלצנו להיעזר לגבי חלק מהעברות במאגר מידע חלקי שאינו כולל את כל ההרשעות בעברה הנדונה. לשמחתנו, ניתנה לנו גישה למאגר "נבו ענישה", שבעת הכנת העבודה היה עדיין בהרצה, אך כבר כלל נתח גדול מאוד מגזרי הדין בעברות שנבחנו. אשר לאחת העברות, העברה של הלנה, הסעה והעסקה שלא כדין, היה בידינו מדגם גדול יותר שהופק במסגרת מחקר אחר. יש להניח כי לרשות הוועדה לקביעת עונשי מוצא יועמד המידע הדרוש והאמצעים לניתוחו. ביישום שנסקור להלן, בעבירת ההתפרצות, הסתמכנו על סטטיסטיקה תיאורית פשוטה יחסית, כפי שנפרט בהמשך. בעברות האחרות שלהן הצענו במחקר עונשי מוצא, נעזרנו בכלים שונים על פי אופי המידע שהיה בידינו על הפסיקה הקיימת.

4. סקירה משווה

שאלה קשה היא מהו המשקל שיש לתת להנחיות לענישה הנוהגות במקומות אחרים בעולם בעת קביעת עונשי המוצא בישראל. היעזרות בהנחיות הנוהגות במקומות אחרים מעוררת קשיים אחדים: ראשית, הגדרת העברות עשויה להיות שונה ממדינה למדינה, עובדה המחייבת זהירות בקריאת הנתונים. שנית, וחשוב מכך, בחירת שיטות המשפט הנסקרות היא במידה רבה שרירותית. מדינות המשפט המקובל למשל, שאליהן אנו נוהגים להפנות פעמים רבות, משתמשות בעונשי מאסר בהיקפים ומשכים משמעותיים הרבה יותר ממדינות יבשת אירופה, וגם בין המדינות השונות בכל קבוצה קיימת שונות גבוהה. הסתמכות על רמת הענישה באנגליה תוביל לענישה מחמירה בהרבה מהסתמכות על רמות הענישה המקובלות בהולנד, ואין סיבה אפרוירית להעדיף מדינה אחת על פני חברתה. הקושי גדול עוד יותר כיוון שהנחיות לענישה מקובלות יותר במדינות המשפט המקובל,

אשר כאמור לעיל רמת הענישה בהן מחמירה מבמדינות מערביות אחרות.²⁶ לפיכך אין להניח שהמדגם של המדינות שבחרנו במחקר משקף רמת ענישה מקובלת במדינות המערב. למרות קשיים אלו אנו סבורים שלפחות בשלב זה של קביעת עונשי המוצא הראשוניים יש מקום להתייחס לרמת הענישה הקבועה בהנחיות שנקבעו במדינות מערביות אחרות. ראשית, סקירת ההנחיות במדינות האחרות יכולה להאיר פערים גדולים ברמות הענישה המקובלות אצלנו ואלו המקובלות במדינות הנסקרות באופן שיצדיק חשיבה מחודשת על המדיניות שיש לאמץ אצלנו. מנגד אם ימצא כי רמות הענישה אצלנו תואמות פחות או יותר את אלו שנקבעו בהנחיות במדינות אחרות, קל יותר להסתמך על רמת הענישה הנוהגת כאינדיקציה לענישה ההולמת. במילים אחרות, כפי שהסברנו בעניין ההסתמכות על רמות הענישה הנוהגות בישראל, בהיעדר כלי אפקטיבי יותר לכימות מספרי של רמות הענישה הראויות הסתמכות כלשהי על המצב הקיים היא הכרחית, ובמקרה כזה אפשר להיעזר גם במצב הקיים במדינות שאימצו הנחיות לענישה ואשר שיטתם וערכיהם דומים לשלנו. לפיכך בעברות שאינן בעלות מאפיינים מקומיים מיוחדים נעזרנו גם בהנחיות המקובלות לעברות במדינות אחרות בקביעת עונשי המוצא.

5. העיקרון המנחה

סעיף 40ט(ב) להצעה ועמו סעיף 40ב להצעת החוק, המגדיר את העיקרון המנחה, מלמדים אותנו שהנתיוח הנורמטיבי של האינטרס המוגן בעברה, של מידת הפגיעה בו ושל מידת האשמה של העבריין בביצוע העברה תופס מקום חשוב בקביעת עונש המוצא. ההצעה מורה לנו לשמור על הלימה בין חומרת העברה כפי שזו עולה מניתוח זה לבין עונש המוצא.

26 אינדיקציה לכך אפשר למצוא במחקרים המראים את שיעורי הכלואים במדינות שונות בעולם: בצפון אירופה (ברנמרק, שוודיה, נורווגיה ופינלנד) מספר הכלואים לכל 100,000 תושבים הוא בין 60 ל-75 אנשים, ובמרכז אירופה (גרמניה, אוסטריה, בלגיה, צרפת והולנד) המספרים נעים בין 90 ל-100 כלואים לכל 100,000. מנגד, באנגליה ווילס המספר הוא 153, באוסטרליה 129, בניו זילנד 185 ובארצות הברית, המדינה שבה שיעור הכלואים גבוה פי כמה מזה המקובל במדינות המערב האחרות, המספר עומד על 756. ראו ROY WALMSLEY, WORLD PRISON POPULATION LIST (8th ed. 2008), www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wppi-8th_41.pdf. יצוין כי בישראל מספר הכלואים לכל 100,000 תושבים גבוה במיוחד, והוא עומד על 326, יותר מכל מדינות אירופה, המערבית והמזרחית, למעט רוסיה, בלרוס וגאורגיה. גם לאחר הפחתת האסירים הביטחוניים (8,130 אסירים ביטחוניים מתוך 22,725 אסירים) עומד שיעור האסירים ל-100,000 על יותר מ-200 (כ-205), כפליים ויותר מעל למקובל במדינות מערב אירופה.

השיקול החשוב הראשון בקביעת חומרת העברה לצורך קביעת עונש המוצא הוא חשיבות הערך החברתי המוגן באותה עברה. שיקול זה, כפי שראינו, נמנה במפורש בסעיף 40ט(ב). למשל, הערך המוגן בעברות נגד גופו של אדם חשוב מזה המוגן בעברות הרכוש, ולכן ככלל יהיו העברות הפוגעות בגופו של אדם חמורות יותר. לחשיבות הערך החברתי המוגן יש השפעה מרכזית על המבנה הכללי של הסולם האורדינלי של העברות לפי חומרתן.

העיקרון המנחה מוגדר בסעיף 40ב של ההצעה כקיומו של יחס הולם בין העונש לבין "חומרת המעשה ואשמו של הנאשם". מכאן ששני רכיבים מרכזיים בקביעת חומרת העברה הם הנזק או הסיכון לנזק והאשמה.²⁷ שני הרכיבים הללו מצויים בספרות הדנה בקביעת חומרת העברה וגם בשיטות משפט אחרות שבהן יש קביעה של חומרת העברה. כבר בכתביו הראשונים מצביע פון הירש על שני הרכיבים הללו כקובעים את חומרת העברה.²⁸ לא למותר להדגיש כי גם באנגליה ההנחיות הנוגעות לקביעת חומרת העברה מתייחסות לשני רכיבים אלה של הנזק והאשמה.²⁹

כל אחד מהמרכיבים הללו כולל בתוכו רכיבים שונים: רכיב הנזק כולל בתוכו את מידת הפגיעה באינטרס המוגן, ולכן תקיפה הגורמת חבלה ממשית חמורה מתקיפה סתם. סיכון לפגיעה באינטרס המוגן קל מפגיעה ממשית באינטרס המוגן, ולכן ככלל עברות סיכון והכנה יהיו חמורות פחות. קיימים עוד רכיבים המצביעים על חומרת הנזק, למשל עברות הבאות להגן על קטינים או חסרי ישע יהיו חמורות יותר (אמנם אפשר לראות זאת גם כביטוי של חשיבות האינטרס המוגן). פון הירש וירבורג פיתחו כלי למדידת חומרת העברה תוך ניתוח מדויק יותר של רכיב הנזק בקביעת חומרת העברה. המדד שלהם לבחינת החומרה הוא המדד של פגיעה באיכות החיים (Living-Standard).³⁰

-
- 27 מדובר באשמה הקשורה לעברה הנדונה. הדבר מודגש בדוח האנגלי Sentencing Guidelines Council, *Overarching Principles: Seriousness* 26 (2004), www.sentencingcouncil.org.uk/docs/web_seriousness_guideline.pdf (להלן: *Overarching Principles: Seriousness*).
- 28 ראו (1976) 79 *ANDREW VON HIRSCH, DOING JUSTICE: THE CHOICE OF PUNISHMENTS*. גם במחקר האוסטרלי של פוקס ופרייברג הניתוח של חומרת העברה בנוי סביב שני הרכיבים הללו. ראו: Fox & Freiberg, לעיל ה"ש 16.
- 29 ראו *Overarching Principles: Seriousness*, לעיל ה"ש 27. ניתוח מפורט של הנזק והאשמה ניתן למצוא בדו"ח "Advisory Panel, Advise to the Sentencing Guidelines Council – Overarching Principles of Sentencing 26-30 (2009), www.sentencingcouncil.org.uk/press/publications/2010/03/downloads/11-principles-of-sentencing.pdf.
- 30 Andrew von Hirsch & Nils Jareborg, *Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis*, 11 *OXFORD J. LEGAL STUDIES* 633 (1991).

רכיב האשמה כולל בראש ובראשונה את היסוד הנפשי. מחשבה פלילית מעידה על אשמה חמורה יותר מרשלנות. גם בתוך המחשבה הפלילית יש דירוג של חומרה. בעברות תוצאתיות: כוונה, אדישות וקלות דעת. בעברות התנהגות אפשר להבחין בדרגות שונות של מודעות.³¹ עברות שבהן נדרשת מטרה יהיו חמורות יותר. מלבד היסוד הנפשי קיימים עוד גורמים שאפשר לראות בהם כמעידים על האשמה, למשל הפרת אמון, תכנון ועוד. עד כה הצגנו את שני המרכיבים העיקריים הנוספים על חשיבות האינטרס המוגן בניתוח של חומרת העברה. האם אפשר לקבוע לאיזה משניהם חשיבות גדולה יותר? הספרות אינה עוסקת בכך במפורש. אולי אפשר לראות בניתוח של פון הירש בספרו DOING JUSTICE שהוזכר קודם עדיפות מסוימת לנזק. מכל מקום, הדירוג לפי הנזק נעשה לפני דירוג האשמה. במחקר האוסטרלי בולט שהדירוג הראשוני של החומרה מתייחס לנזק. הרכיב של האשמה בא להבחין בין העברות שבהן יש נזק שווה ולדרגן על סמך מידת האשמה.³² ההנחיות באנגליה שהוזכרו לעיל מציגות כאמור התייחסות לרכיב הנזק ולרכיב האשמה. גם שם אין דיון ביחס שביניהם.³³

נראה שאין מקום לתת תשובה אחידה לשאלה לאיזה משני הרכיבים יש לתת משקל רב יותר. הדבר משתנה על פי סוג העברה. עונש המוצא מתייחס לעברה כפי הגדרתה בחוק (בלי להתחשב בנסיבות המיוחדות למקרה הספציפי שנדון), ולכן יש לבחון את המשקל של רכיב האשמה ושל רכיב הנזק בהגדרת העברה. למשל, סעיף 456 של חוק העונשין (ניסיון להרוס נכס בחומר נפיץ) נותן משקל מכריע לרכיב האשמה. לעומת זאת סעיף 454 לחוק העונשין (היזק בחומר נפיץ) נותן משקל מכריע לרכיב הנזק. הדבר בולט במיוחד בסיפה של הסעיף הדין בסיכון חיי אדם. יש לזכור גם שבקביעת העונש ההולם השופט מתחשב במידה רבה בנזק ובאשמה בהביאו בחשבון את הנסיבות המיוחדות של האירוע הנדון בפניו. ייתכן שהיחס בין שני רכיבים אלו של נזק ואשמה משקף את הגישה הבסיסית של שיטת המשפט. שיטת משפט הדוגלת בגישה תועלתנית ומייחסת חשיבות גדולה למניעת תוצאות

31 כך למשל העברה לפי סעיף 4 לחוק איסור הלבנת הון, התש"ס-2000 אינה מסתפקת בחדש.

32 Fox & Freiberg, לעיל ה"ש 16, בעמ' 168-169, וכן בעמ' 183.

33 שני הרכיבים של הנזק והאשמה הנם רכיבים מרכזיים בקביעת החומרה במודל הגמולי המיוחד של ליפקה (2007) RICHARD L. LIPPKE, RETHINKING IMPRISONMENT. ראו ההתייחסות למודל זה במאמרו של סבה, לעיל ה"ש 11. הדיון של ליפקה בנזק ובאשמה מורכב, אך גם שם אין קביעה כללית בדבר החשיבות היחסית של כל אחד מהמרכיבים. שם, בעמ' 50-53.

רעות ולהרתעה תיתן משקל רב יותר לנזק. שיטת משפט שהיא דאונטולוגית יותר תתרכז ברכיב האשמה והוא יתפוס מקום מרכזי בקביעת חומרת העברה.³⁴ ברור ששני הרכיבים יובאו בחשבון, ולעתים יש להתחשב בהשפעה של כל אחד מהם על משנהו. למשל, בנוגע להתחשבות בנזק שלא נצפה על ידי הנאשם. אולם שאלות כאלה מתעוררות בעיקר בנוגע לקביעת העונש במקרה ספציפי ופחות בקביעת עונשי המוצא.³⁵ עם זאת היחס בין שני הרכיבים יכול לגרום קושי גם בקביעת עונשי מוצא. הדוגמה הבולטת ביותר היא העברה של המתה ברשלנות. כאן האינטרס המוגן והפגיעה בו מצויים בדרגה העליונה, אך מידת האשמה נמוכה. בעת קביעת העונשים המוצעים במדינת מינסוטה הייתה התלבטות בקביעת העונש לעברה זו, ולבסוף היא קיבלה מקום במרכז סולם העונשין.³⁶

6. עונשי מוצא מדורגים

סעיף 40ט(א) של ההצעה מסמיך את הוועדה לקבוע עונשי מוצא מדורגים, כלומר לקבוע לעברה אחת כמה עונשי מוצא המותאמים לאפיונים מיוחדים הנכללים בעברה. האפשרות לקבוע עונשי מוצא מדורגים מצויה כבר בהצעת הרוב של ועדת גולדברג. בהצעה של ועדת גולדברג נאמר במפורש כי עונשי מוצא מדורגים "משקפים את מידת העונש למקרים טיפוסיים של העברה על פי אפיונים בעלי שוני מהותי, בנסיבות שאינן חריגות לחומרה ולקולה".³⁷ הדוגמה הטובה ביותר לצורך בקביעת עונשי מוצא מדורגים היא עברת הריגה. עברה זו כוללת גם המתה מתוך קלות דעת וגם המתה מתוך כוונה, כאשר הנאשם קונטר. מדברי ההסבר של ועדת גולדברג ברור כי עונשי מוצא מדורגים ייקבעו רק במספר מצומצם של עברות, כאשר העברה כוללת אפיונים בעלי שוני מהותי בביצועה. דומה שלפחות במקצת העברות שבהן יש מקום לקביעת עונשי מוצא מדורגים כמו בעברת ההריגה – הבעיה נעוצה בחקיקה רחבה מדי והפתרון הנכון הוא תיקון החקיקה

34 יצוין כי תיקון מס' 39 לחוק העונשין נותן משקל רב למידת האשמה. הדבר בא לידי ביטוי למשל בהיות העונש המרבי על המנסה לעבור עברה שווה לעונש המרבי של מי שעבר את

העברה. ייתכן שזה יביא את ועדת עונשי המוצא לתת משקל רב יותר לרכיב האשמה. 35 דיון בכך אפשר למצוא למשל אצל פון הירש: VON HIRSCH, לעיל ה"ש 28. התייחסות רחבה יותר קיימת בדוח של ה-Sentencing Advisory Panel, לעיל ה"ש 29.

36 DALE PARENT, STRUCTURING CRIMINAL SENTENCES: THE EVOLUTION OF MINNESOTA'S SENTENCING GUIDELINES 60-61 (1988).

37 הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין דיין-חשבון 12 (1997).

וקביעת כמה עברות נפרדות.³⁸ אפשר להסתייע בהשוואה לשיטות משפט אחרות. לעתים נמצא כי בשיטות אלה עברה מסוימת מפולגת לכמה עברות שבכל אחת מהן אפיון שונה. זו יכולה להיות אינדיקציה לצורך בעונשי מוצא מדורגים.³⁹ חשוב להבדיל בין אופני ביצוע שונים לבין קיומן של נסיבות מיוחדות. האפשרות לבצע את העברה בנסיבות חריגות תביא לקביעת עונש שונה למקרה הספציפי שבו חלות נסיבות אלה, אך לא נדרש עונש מוצא שונה. עונשי מוצא מדורגים מוצדקים רק כשקיימות קטגוריות שונות של מעשים הנכנסים בגדר העברה, וכשחומרת כל קטגוריה שונה, וקיימים מקרים רבים יחסית הנכנסים בגדר כל אחת מהקטגוריות. מנגד כאשר השונות בין המקרים אינה גדולה, כאשר אין מקרים רבים בכל קטגוריה או כאשר השוני בחומרת המעשים בין הקטגוריות השונות אינו גדול, יש להעדיף עונש מוצא אחיד. דוגמה לכך אפשר למצוא בעברה של העסקה, הלנה והסעה של שוהים שלא כדין המופיעה במחקר.⁴⁰ הלנה של שוהים שלא כדין שונה מאוד מהסעתו וזו שונה מהעסקתו. עם זאת חומרת המעשים בשלוש הקטגוריות הללו אינה שונה משמעותית, ולכן אין הצדקה לעונשי מוצא מדורגים. בדומה, העונש ההולם למי שעיסוקו הוא בהעברת שוהים בלתי חוקיים רבים את הגבול לתוך ישראל חמור מהעונש ההולם מקרה אחר של העסקה או הלנה חד-פעמיים של שוהים יחיד או מקרה של הסעת שוהים שלא כדין אל מחוץ לגבולות מדינת ישראל. אולם גם מקרה זה אינו מצדיק עונש מוצא מדורג. מדובר במקרה בעל כמה נסיבות מחמירות (מספר השוהים, הבסיס העסקי להסעתם, כיוון הסעתם לתוך ישראל) שבהצטרפן הן מצדיקות החמרה משמעותית ולא בקטגוריה של מקרים המשותפת לעבריינים רבים. בנסיבות אלו ההחמרה יכולה לבוא לידי ביטוי בהחלטה הפרטנית על סטייה מעונש המוצא ואין צורך לקבעה באמצעות עונש מדורג.

הדיון שלהלן במקרה הטיפוסי משלים את הדיון בעונשי מוצא מדורגים.

7. הקשיים בקביעת עונשי מוצא ראשוניים

כאמור לעיל, קביעת עונשי מוצא אינה תהליך אנליטי או דוקטיבי בלבד, והיא מחייבת הכרעה ערכית בדבר החומרה של העבירות השונות, ותרגום רמת החומרה לרמת הענישה

38 ראו הביקורת של קרמניצר בעבודת הדוקטור שלו. עיון בעבודה יכול ללמד מתי יש מקום לעונשי מוצא מדורגים. מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980).

39 לפירוט נוסף ראו הדיון אצל קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט", לעיל ה"ש 15, בעמ' 179-180, ובמיוחד הערה 134 שם.

40 גזל-אייל וקנאי "בחירת עונשי מוצא", לעיל ה"ש 7, בעמ' 9.

ההולמת. כפי שהראינו לעיל, אין בנמצא כלי או מדד לבחינת התאמתם של עונשי מוצא לעבירות השונות, ואין אמצעי תיאורטי משכנע היכול להשיב מהי רמת הענישה ההולמת לעברה מסוימת.⁴¹

קביעת עונשי מוצא ראשוניים כאשר אין דרך להיעזר בעונשי מוצא שנקבעו לעברות אחרות מעוררת שני קשיים המיוחדים לשלב זה: קושי ראשון טמון בהיעדרו של מקור להשוואה כאשר לרמת הענישה:⁴² בדבר רמת החומרה היחסית בין עברות קיימת הסכמה אמפירית ובין-תרבותית רחבה למדי, אולם קשה הרבה יותר למצוא הסכמה בדבר רמת הענישה האבסולוטית ההולמת כל עברה, כפי שהראינו לעיל. במרבית המקרים אנשים שונים ידרגו דירוג דומה את חומרתן של עברות שונות, אולם הבדלים גדולים יימצאו כשיתבקשו אותם אנשים לציין מהו העונש ההולם, במונחי תקופת מאסר, לכל אחת מהעברות הללו.⁴³ כיוון שכך, לאחר שנקבעו כמה עונשי מוצא, קל יותר לקבוע עוד עונשי מוצא תוך הסתמכות על רמת החומרה היחסית בין העברות. מנגד קביעת עונשי המוצא הראשונים אינה יכולה להסתמך על מדדי חומרה יחסית בהיעדר מקור ברי-השוואה להתייחסות.

קושי שני המיוחד לשלב ראשוני זה עניינו הגדרת "המקרה הטיפוסי". בשל חשיבות הסוגיה להמשך הניתוח נתייחס אליה בהרחבה בפסקאות הבאות.

8. הגדרת המקרה הטיפוסי

עונש המוצא צריך להתאים ל"מקרה הטיפוסי", דהיינו למקרה שבו העברה מבוצעת בנסיבות שאינן חריגות לקולה או לחומרה. אולם מאפייניו של המקרה הטיפוסי אינם ברורים. בין היתר נדרשת הכרעה בשאלת הקריטריונים לקביעת הנסיבות "שאינן חריגות לקולה או לחומרה": האם מדובר במקרה חציוני? מקרה שכיח? או שמא השיקולים לבחירת המקרה אינם צריכים להיות אמפיריים אלא נורמטיביים? ואם בוחרים במקרה

41 ראו הספרות בנושא קיומן של אינטואיציות מקובלות בנדון. ראו למשל: Paul H. Robinson & Robert Kurzban, *Concordance and Conflict in Intuitions of Justice*, 91 MINN. L. REV.

(2007) 1829. וראו גם סבה, לעיל ה"ש 11, בעמ' 134-135 וכן בפרק 1.

42 המחקר האוסטרלי הנזכר לעיל, Fox & Freiberg, לעיל הערה 16, מראה שיש חשיבות רבה בקביעת עונשים לכמה עברות תוך יצירת סולם אורדינלי של העברות והעונשים לפי חומרתם.

43 PAUL. H. ROBINSON, DISTRIBUTIVE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 154-157, 160-161 (2008). ראו גם רות קנאי "ענישה בריבוי עבירות" עבריינות וסטייה חברתית: תאוריה ויישום 153, 157 והערה 19 (משה אדד ויובל וולף עורכים, 2003).

השכיח, האם יש לבחון את השכיחות של כל נסיבה בנפרד ולהרכיב בדרך זו את המקרה הטיפוסי או לחפש מקרה שכיח על פי מכלול הנסיבות?

בשלב זה אנו סבורים כי אין להכריע הכרעה גורפת בדבר מאפייניו של המקרה הטיפוסי. ייתכן שלעתים יהיה עדיף לשאוף לעונש ההולם את המקרה החציוני (המקרה שכמחצית המקרים חמורים ממנו ומחצית קלים ממנו), ולעתים יהיה עדיף להתייחס למקרה השכיח (המקרה שמאפיין את החלק הגדול ביותר מהעברות), וייתכן שלעתים יהיה מקום לשקול גם שיקולים אחרים בקביעת המקרה הטיפוסי. לכשיצטבר ניסיון בקביעת עונשי מוצא ייתכן שייקבעו גם קריטריונים לקביעת המקרה הטיפוסי.

מלבד נסיבות העברה נדרשת הכרעה בדבר היחס שבין עונש המוצא למאפייני העבריין וההליך. למשל, האם העונש במקרה הטיפוסי צריך להתייחס לעונש שיוטל על נאשם שאין לו כל עבר פלילי, או על נאשם המשקף טוב יותר את הנאשמים המובאים לדין בעברה הנדונה ואשר יש לו עבר פלילי ממוצע בהשוואה לנאשמים באותה עברה? בדומה, בהנחה שמרבית הנאשמים זוכים להקלה מסוימת בשל הסדר טיעון, האם על עונש המוצא להיות העונש שיוטל על הנאשמים לאחר הסדר הטיעון או שמא עליו לשקף את העונש שבית המשפט נדרש להטיל לאחר ניהול משפט? הצורך להתייחס לקשיים אלו קם בעת קביעת עונשי המוצא הראשוניים בלבד, ולאחר מכן אפשר להסתמך על ההכרעה שנעשתה לצורך עונשי המוצא האחרים שייקבעו.

כפי שנראה בהמשך, מהצעת החוק נגזר כי עונש המוצא צריך להתייחס לעבריין הממוצע ולא לעבריין חסר עבר פלילי. אמנם בהנחיות של המועצה לגזירת הדין באנגליה נאמר במפורש שהן מתייחסות לנאשם שאין לו עבר פלילי,⁴⁴ ובקביעה זו היגיון רב שהרי עונשי המוצא מתייחסים לעברה כפי הגדרתה בחוק, ומשום כך יש להעריך את חומרת העברה רק בהתייחס לרכיבי העברה כהגדרתה (כולל היסוד הנפשי הנדרש בה). עם זאת, במיוחד בקביעת עונשי מוצא ראשוניים, כאשר נדרשת התבססות מרבית על הענישה הנהוגה, על עונש המוצא להתייחס לעבריין בעל עבר פלילי ממוצע. יש עברות שבהן המצב הטיפוסי הוא שלעבריין יש עבר פלילי כלשהו. כל עוד מדובר בעבר פלילי ממוצע לאור אופייה של העברה, הוא איננו נשקל בדרך כלל כנסיבה מחמירה אלא דווקא היעדרו נשקל כנסיבה מקלה.

44 ראו לדוגמה ההנחיות בעניין התפרצות: Sentencing Guidelines Council, Theft and Burglary in a Building other than a Dwelling: Definitive Guideline 8 (2008) www.sentencingcouncil.org.uk/docs/web_Theft_and_Burglary_of_a_building_other_than_a_dwelling.pdf (להלן: Theft and Burglary in a Building).

גם לשון הצעת החוק מאמצת גישה כזו. ההצעה קובעת שהיעדר עבר פלילי הוא שיקול לקולה (סעיף 140(ד)(4) להצעה) כפי שקיומו של עבר פלילי מכביד הוא בתנאים מסוימים שיקול לחומרה (סעיף 140(ה)(1)). אם היעדר עבר פלילי הוא שיקול לקולה, ברי כי עונש המוצא אינו יכול להתייחס רק לנאשמים חסרי עבר פלילי. לפיכך עונש המוצא יתייחס לעונש ההולם מקרה עברה טיפוסי שביצע עברייני בעל עבר פלילי הטיפוסי למבצעי העברה הנדונה. משמעות הקביעה שלפיה היעדר עבר פלילי הוא שיקול לקולה ועבר פלילי, בנסיבות מסוימות, הוא שיקול לחומרה, היא שנקודת המוצא לקביעת העונש היא קיומו של עבר פלילי ממוצע לעברה. במילים אחרות, עבר פלילי ממוצע לעברה לא יהיה שיקול לסטייה מעונש המוצא.

שאלה אחרת היא אם עונש המוצא צריך להתייחס לעונש המוטל לאחר הודאה או לעונש המוטל לאחר הליך משפטי מלא. בנקודה זו יש לאמץ את המודל האנגלי, שלפיו העונש הנקוב בהנחיות מתייחס לעונש שמטיל בית המשפט במקרה הטיפוסי לאחר ניהול משפט.⁴⁵ זאת מכיוון שלגיטימי לראות בהודאת הנאשם ובסיוע שהוא נתן בהתנהלותו לרשויות האכיפה נסיבה לקולה (וראו סעיף 140(ד)(5) להצעה), אך אין זה לגיטימי לראות בהחלטתו לנהל משפט שיקול לחומרה. הקביעה כי עונש המוצא הוא העונש שיוטל על נאשם טיפוסי כאשר במקרה הטיפוסי הנאשם מודה או מסכים להסדר טיעון, תחייב התייחסות לניהול המשפט כאל שיקול לחומרה. זאת ועוד, עונשי המוצא ינחו את התייחסות המשפט במקום שבו יש להם השפעה מרבית על העונש, לאחר ניהול הליך מלא. הם גם ינחו את הצדדים שיבחרו לערוך הסדרי טיעון בצלם באשר לעונש הצפוי אם הנאשם יורשע בלא הסדר. מטעמים אלו אין טעם בהתאמת עונש המוצא להסדרי טיעון אפשריים. עם זאת באיתור העונש הנוהג כיום נתייחס גם למקרים שבהם נערך הסדר טיעון לאישומים (להבדיל מהסדר לעונש), שכן במקרים אלו העונש המוטל בגין האישומים המוסכמים משקף הכרעה שיפוטית בדבר הענישה ההולמת.

9. עונש המוצא והעונש הממוצע לעברה

כפי שהבהרנו בתת-פרק 8 לעיל, המקרה הטיפוסי אינו המקרה הממוצע. מכאן נגזר כי עונש המוצא אינו משקף בהכרח את העונש הממוצע שנכון להטיל בגין העברה. לעתים המקרה הטיפוסי נמצא בחלק התחתון של סולם החומרה של העברה. ייתכן למשל שהמקרה הטיפוסי של גנבה עניינו גנבה של פריט קל ערך יחסית מחנות או מאדם אחר בלא תכנון מוקדם ותחכום רב, אולם בחלק מן המקרים גנבה כוללת תחכום רב יותר ושווי גבוה יותר

של הפריט שנגנב. במקרה כזה עונש המוצא יתייחס למקרה הטיפוסי, שהוא גם המקרה הקל יותר, אולם הממוצע יהיה גבוה ממנו כיוון שבמסגרתו יכללו גם מעשי גנבה חמורים יותר. ייתכן כמובן גם מצב הפוך שבו המקרה הטיפוסי חמור מן הממוצע. כמו כן במקרים רבים נאשמים מועמדים לדין בגין כמה עברות, ואילו עונש המוצא מתייחס רק לרמת הענישה ההולמת ביצועה של עברה אחת.⁴⁶

לסיכום חלק זה, עונש המוצא מתייחס לעונש שיש להטיל על נאשם שעברו הפלילי ממוצע ביחס לנאשמים בעברה האמורה, והוא הורשע לאחר שמיעת ראיות בבית המשפט בביצוע העברה בנסיבות שאינן חריגות לחומרה או לקולה.

ג. יישום השיטה בעברת ההתפרצות

במחקר הצענו, על פי הנחיות משרד המשפטים, עונשי מוצא לשלוש עבירות: שוד (עברה לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין), עברת התפרצות למקום תפילה או מגורים (עברה לפי סעיף 406 לחוק העונשין) ועברה של הלנה, הסעה והעסקה שלא כדין (עברה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל). עברות אלו התאימו למחקר ראשוני זה בהיותן עברות נפוצות, שהיה קל יחסית להשיג מידע על רמת הענישה הנוהגת בהן. במאמר זה נציג לשם הדוגמה את האופן שבו יושמה השיטה שתוארה לעיל בהליך קביעתו של עונש המוצא המוצע באחת העברות בלבד – עברת ההתפרצות. עברה זו מתאימה במיוחד לשלב ראשוני זה, שכן מדובר בעברה נפוצה, המשקפת פעילות עבריינית רגילה שדומות לה קיימות במקומות אחרים בעולם ואשר השונות בין נסיבותיה אינה כה גבוהה.

1. כללי

סעיף 406 לחוק העונשין קובע:

כניסה והתפרצות	406. (א) הנכנס למקום המשמש למגורי אדם או לתפילה,
למקום מגורים או	או הנמצא בהם, בכוונה לבצע גניבה או פשע, דינו –
תפילה או ממנו	מאסר חמש שנים.

46 הצעת החוק מתייחסת לריבוי עברות וקובעת כי "בית המשפט רשאי לגזור עונש נפרד לכל עבירה או לגזור עונש כולל לכל העבירות או לחלקן" (סעיף 40(א)). כיום מקובל לגזור עונש כולל במקרה של ריבוי עברות.

(ב) המתפרץ למקום כאמור בסעיף קטן (א) בכוונה לבצע גניבה או פשע, או המתפרץ מתוכו לאחר שביצע בו גניבה או פשע או נכנס אליו לשם כך, דינו – מאסר שבע שנים.

ההוראה עוסקת במי שנכנס למקום מגורים או תפילה כדי לבצע גניבה או פשע. הסעיף כולל שתי חלופות: הראשונה עניינה במי שנכנס למקום מגורים או תפילה למטרה כאמור. השנייה, במי שהתפרץ למקום כאמור או התפרץ מתוכו לאחר ביצוע הגניבה או הפשע. התפרצות מוגדרת בחוק העונשין ככניסה המלווה בשבירה של חלק מהבניין (כגון החלון) או פתיחת דלת, חלון או תריס.⁴⁷ משמעות הדבר היא שאדם הנכנס דרך דלת פתוחה כדי לגנוב עובר עברה לפי סעיף 406(א), אולם מי שפתח דלת או חלון בכניסתו למבנה עובר עברה לפי סעיף קטן (ב). בשל הגדרה רחבה זו של המונח "מתפרץ" רק מקרים מעטים כוללים כניסה כדי לגנוב שאינה התפרצות.⁴⁸ לשם השלמת התמונה נציין כי גם התפרצות (אבל לא כניסה) לבניין שאינו מקום מגורים או תפילה היא עברה, וזאת לפי סעיף 407 לחוק העונשין, אולם בדוח זה אנו עוסקים רק בעברה לפי סעיף 406 לחוק. סעיף 408, שעניינו פריצה בנסיבות מחמירות, קובע כי מתפרץ הנושא נשק חם או קר דינו כפל העונש הקבוע לעברה. הצעה זו מתייחסת רק לעברת ההתפרצות למקום מגורים או תפילה בלא נסיבות מחמירות.⁴⁹

2. הנחיות בית המשפט העליון

בעברת ההתפרצות היכולת להיעזר בפסיקות בית המשפט העליון לענייננו מוגבלת ביותר. יש קושי למצוא פסקי דין מנחים הקובעים הנחיה מנומקת בדבר רמת הענישה בעברות ההתפרצות. זאת ועוד, חלק ניכר מפסקי הדין הקיימים מתמקדים בשיקולי ההרתעה בגזירת הדין, שיקולים שאינם רלוונטיים לקביעת עונש המוצא על פי ההצעה. כמו כן עברות התפרצות נדונות לרוב בבית משפט השלום, ולכן ערעור בזכות על גזר הדין מגיע לבתי

47 ראו סעיף 405 לחוק העונשין.

48 ואכן, במדגם עלה כי מתוך כלל המקרים שבהם הורשע אדם בגין עברה לפי סעיף 406 לחוק העונשין, רק ב-15% הורשע הנאשם בעברה לפי סעיף 406(א). עונש המאסר הממוצע בפועל (ללא תקופת תנאי שהופעלה) של הנידונים לפי סעיף 406(א) היה קצר בכחודשיים מעונשם של מי שנדונו לפי סעיף 406(ב), אולם המודל הלינארי לא מצא כי קיים שוני מובהק סטטיסטית ברמות הענישה.

49 יצוין כי במאגר "נבו ענישה" נמצאו רק שלושה גזרי דין בעברה של פריצה בנסיבות מחמירות, עובדה המלמדת כי בניגוד לשוד, בעברת הפריצה נסיבות אלו נדירות יחסית.

המשפט המחוזיים בלבד. רק במקרים חריגים מעניק בית המשפט העליון רשות לערעור שני כדי לדון בגזר דינו של מתפרץ. לפיכך נסתפק בהצגה תמציתית של שני מקרים שבהם נדונה רמת הענישה בעברת ההתפרצות. בפרשת אואזנה⁵⁰ התייחס בית המשפט להתרבות עברת ההתפרצות ולקושי להביא לדין את העבריינים. בית המשפט הגדיר את עברת הפריצה "מכת מדינה" והדגיש את הצורך לתת משקל מכריע לשיקול ההרתעה בענישה ביחס לעברה זו. במקרה זה החמיר בית המשפט העליון בדינם של הנאשמים שהורשעו בשישה מעשי התפרצות ועברות נלוות, ודן אותם לעונשים של 46 חודשי מאסר (לנאשם שלו עבר פלילי מכביד ושהיה תלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי ושגם החזיק ברכוש גנוב ובחשיש לשימוש עצמי) ו-30 חודשי מאסר (לנאשם שביצע עברות דומות, אך עברו הפלילי מכביד פחות).⁵¹ ברע"פ לוי⁵² נדון עניינו של נאשם בלא עבר פלילי ממשי (למעט עברה של נהיגה בתקופת פסילה) אשר הורשע בארבע עברות של התפרצות ובעברות נלוות. בית משפט השלום גזר עליו, בין היתר בשל המלצת שירות המבחן, עונש של מאסר לריצוי בעבודות שירות. בעקבות ערעור המדינה החמיר בית המשפט המחוזי בדינו והעמידו על 12 חודשים של מאסר לריצוי בפועל. בקשת רשות הערעור של הנאשם שהוגשה לבית המשפט העליון נדחתה. השופט רובינשטיין הדגיש את חומרת הפגיעה של עברות ההתפרצות ואת הצורך להרחיק את הפורצים מן החברה לתקופה מסוימת וקבע כי "ראוי כי פורצים או פורצים בפוטנציה יידעו כי עלולים הם למצוא עצמם, משיילכדו, מאחורי סורג ובריח – כדי לפטור מעונשם, ולו לתקופת מה, את הציבור". יצוין כי המקרים שהגיעו לבית המשפט העליון כללו תמיד כמה עברות ולא מעשה התפרצות אחד, ולכן קשה ללמוד מהם מהי רמת הענישה ההולמת לנאשמים שביצעו עברת התפרצות יחידה.

50 ע"פ 7453/08 מדינת ישראל נ' אואזנה (פורסם בנבו, 31.12.2008). בית המשפט העליון החמיר את עונשם של שלושה מורשעים בסדרת עברות פריצה לבתים באזור טבריה. בית המשפט קבע שהערכאה קמא לא ייחסה די משקל לכך שסדרת הפריצות התבצעה בטווח זמנים קצר המעיד על שיטתיות ועזות מצח וכי אין יסוד להאמין שהפריצות היו נפסקות לולא נתפסו המבצעים.

51 נאשם אחר בחבורה שנדון גם בגין עברות חמורות מעברת ההתפרצות נדון לתקופה של 70 חודשי מאסר בפועל.

52 רע"פ 1708/08 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.2.2008). המבקש הורשע בגין ארבעה אירועי פריצה (ובעברות נוספות הנלוות לכך). בית משפט השלום גזר על המבקש שישה חודשי מאסר בפועל לריצוי בעבודות שירות, תשעה חודשי מאסר על תנאי למשך שלוש שנים וקנס בסך של 6,000 ש"ח. בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה על קולת העונש וקבע כי עברות הרכוש הפכו לנגע הגורם נזק כלכלי רב ופגיעה קשה בפרטיות ובתחושת הביטחון של הציבור, וכי הענישה הראויה לעברות אלו צריכה להיות ענישה מחמירה, מרתיעה ובעלת מסר ממשי.

אשר לנימוקים לחומרה ולקולה, עברת ההתפרצות אמנם מוגדרת כעברת רכוש, אך בכמה וכמה פסקי דין הדגיש בית המשפט העליון את הפגיעה של העברה בתחושת הביטחון של קרבנות הפריצה ואת עגמת הנפש ואבדן הפרטיות הנלווים לפריצה לבתים פרטיים. אי לכך בית המשפט נוטה להחמיר בענישה כאשר מדובר בעבריינות סדרתית אשר מתבצעת בבתי מגורים, ובמיוחד באזור מגורים מסוים, זמן־מה.⁵³ מאחר שמדובר ברוב המקרים בעבריינים חוזרים, ריבוי הרשעות קודמות היה שיקול משמעותי להחמרה.⁵⁴ מאחר שמדובר כביכול בעברה נגד הרכוש, הרי שנימוק לקולה ששב ועולה בפי הסנגורים הוא מצוקה כלכלית שהניעה את ביצוע העברה. בית המשפט שב ודוחה נימוק זה מהטעם ש"מצוקה כלכלית אינה מצדיקה מעשים דוגמת אלו".⁵⁵ בית המשפט מתחשב במצוקה כלכלית במסגרת גזר הדין רק בהחלטה אם להטיל קנס או בהחלטה לחייב את הנאשם בפיצוי.⁵⁶

53 בפרשת סבח קיבל בית המשפט העליון את ערעורה של המדינה על קולת העונש לאחר שהנאשם שהורשע במספר רב של עברות פריצה נידון לשנה וחצי מאסר בפועל. בטעמים שהובילו את בית המשפט להחמיר בעונש הדגיש בית המשפט את "עגמת הנפש והבהלה הנגרמות לתושבים שלווים בעטין של עבירות אלה, לחשש של מאות משפחות לעזוב את ילדיהן המפוחדים לבדם בבית בעקבות החוויה הטראומטית שפקדה אותם או את שכניהם, ומהצער שנגרם עקב אובדן רכוש בעל ערך סנטימנטאלי". ע"פ 46/84 מדינת ישראל נ' סבח, פ"ד לח (4) 753 (1984).

54 בפרשת סבח הנ"ל קבע בית המשפט כי אף על פי שמדובר בעברייני צעיר (בן 19), הרי שעברו הפלילי מצדיק ענישה חמורה וגזר עליו ארבע שנות מאסר בפועל. מאותם הטעמים (ומפיו של אותו שופט – גבריאל בך) החמיר בית המשפט העליון את גזר הדין גם בפרשת זריהן. בפרשה זו נחלקו דעות השופטים, והשופט בך קבע בדעת הרוב שנוכח מספרן הרב של העברות אין מקום להתחשב לקולה בשיתוף הפעולה של הנאשם עם המשטרה. ע"פ 498/86 מדינת ישראל נ' זריהן, פ"ד מ (3) 813 (1986). בפרשת דנילוב קיבל בית המשפט המחוזי את ערעור המדינה על קולת העונש שהטיל בית משפט השלום על הנאשם שהורשע בפריצה ובתקיפה. בית משפט השלום גזר על הנאשם עונש מאסר בפועל בן תשעה חודשים ומאסר על תנאי בן עשרה חודשים למשך שנתיים. בית המשפט המחוזי החמיר את העונש לשנתיים מאסר בפועל ופיצוי המתלוננת. בית המשפט המחוזי ציין את נסיבותיו האישיות של הנאשם כשיקול לחומרה, שכן על אף גילו הצעיר לנאשם עבר פלילי, ונראה כי ענישה קודמת לא הרתיעה אותו. ע"פ (מחוזי חי) 3356/08 מדינת ישראל נ' דנילוב (פורסם בנבו, 20.7.2008).

55 רע"פ 429/09 חסין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.4.2009); ת"פ (מחוזי נצ') 1154/01 מדינת ישראל נ' סאדם (פורסם בנבו, 6.2.2002).

56 ת"פ (מחוזי נצ') 1131/07 מדינת ישראל נ' ח'טאב (פורסם בנבו, 21.2.2008); ת"פ (מחוזי י-ם) 3134/07 מדינת ישראל נ' צלאח אלדין (פורסם בנבו, 28.1.2008).

3. רמת הענישה הנוהגת

(א) קשיים בהערכת רמת הענישה הנוהגת

קביעת רמת הענישה הנוהגת בעברות התפרצות קשה במיוחד. ראשית, מכיוון שנדיר שעברת התפרצות מבוצעת כעברה יחידה בלא שנלוות לה עוד עברות. עיון בגזרי דין המתייחסים לתיקים שקיימות בהם עברות הנלוות להתפרצות אינו מאפשר לדעת איזה חלק מהעונש הוטל בשל ההתפרצות ואיזה בשל העברות האחרות. שנית, מכיוון שפעמים רבות נאשמים מועמדים לדין על כמה מעשי התפרצות יחדיו. גם כאן רמת הענישה הנוהגת אינה מסייעת בקביעת העונש הצפוי למי שהועמד לדין על עברת התפרצות יחידה. לכך נלווים הקשיים הקיימים גם בעברות אחרות, קרי: השונות הגדולה בין המקרים ובעיקר השונות בין הנאשמים, סיכויי השיקום שלהם ועברם הפלילי.

לצורך ניתוח רמת הענישה נסקרו כל פסקי הדין במאגר "נבו ענישה" שבהם בוצעה עברת התפרצות אחת או שתיים לכל היותר. המאגר מקיף את כל הערכאות וכולל תיקים משנת 2001 ועד שנת 2009. במדגם שכלל 171 נידונים נכללו גם מקרים שבהם נלוותה להתפרצות עברה של גנבה שבוצעה באותו אירוע (74% מהתיקים), החזקת סם לשימוש עצמי (9% מהתיקים), הפרת הוראה חוקית (לרוב הוראה של שופט בהחלטה על שחרור ממעצר בתנאים, 6% מהתיקים), עברות של הפרעה לשוטר, תקיפת שוטר, התנגדות למעצר או איומים (13% מהתיקים), שהייה בלתי חוקית בישראל (8% מהתיקים), החזקת רכוש החשוד כגנוב (6% מהתיקים), עברות בכרטיס חיוב (לרוב שימוש בכרטיס אשראי שנגנב בפריצה, 3% מהתיקים), היזק לרכוש (לרוב גרימת נזק לרכוש בפריצה, 11% מהתיקים), החזקת כלי פריצה (8% מהתיקים), החזקת סכין (3% מהתיקים) ועברות קלות אחרות (16% מהתיקים). תיקים שלהם נלוו עברות חמורות יותר לא נכללו במדגם. מלבד זאת ב-15% מהתיקים הורשעו הנאשמים בשני מקרי התפרצות, וביתר במקרה אחד.⁵⁷

ניסיון לבדוק, באמצעות רגרסיה לינארית את רמת הענישה בעברת ההתפרצות תוך שליטה במשתנים הנוגעים לעברות האחרות, כמו גם לעבר הפלילי ולנתונים אחרים, לא צלח. בשל מיעוט התיקים שבהם ההתפרצות הופיעה כעברה יחידה היה צורך לכלול במודל גם מקרים שבהם נלוותה להתפרצות גם עברה נוספת (או התפרצות נוספת). ניסיון לשלוט בעברה הנוספת כדי לבחון מה רמת הענישה בשל ההתפרצות בלבד הציג השפעות בלתי

57 למעשה רק 40% מהתיקים במדגם עסקו בפריצה אחת בלא כל עברה נוספת (למעט גנבה). בכל המקרים האחרים הייתה לפחות עברה נוספת אחת.

מובהקות לכל אחת מן העברות השונות. ההסבר לכך הוא מיעוט המשתנים בכל קבוצה והשונות הרבה בין התיקים שהמודל לא היה יכול להסביר.⁵⁸ ממצא זה מחזק את המסקנה שעברה קלה נוספת הנלווית להתפרצות אינה משפיעה משמעותית על רמת הענישה. ייתכן שהוספת דגימות, שיפור המודל הסטטיסטי ושיפור הקידוד (למשל, קביעת קטגוריות רבות יותר לרמת העבר הפלילי אשר במחקר שלנו חולק רק לשלוש דרגות) יוכלו להשיג תוצאות טובות יותר. אולם בשל הגישה למאגר נתונים מוגבל היה בלתי אפשרי לעשות זאת בשלב זה.⁵⁹ ייתכן כי אם תהיה לוועדה לקביעת עונשי מוצא גישה ישירה למרשם הפלילי ולתיקי בתי המשפט הרלוונטיים, היא תוכל להגיע לתוצאות מספקות יותר. עם זאת יצוין כי גם מחקרם של חסין וקרמניצר שבדק את סוג הענישה בעברת התפרצות בבתי המשפט בתל אביב ובירושלים בשנים 1981–1984 לא הצליח למצוא השפעה מובהקת של מרבית המשתנים הרלוונטיים (ובכלל זה ערך הרכוש שנגנב ומספר המשתתפים בעברה, אופי ההתפרצות וכיוצא בזה) על הסיכוי להטלת עונש מאסר בפועל לפורצים ללא עבר פלילי.⁶⁰ המשתנים שנמצאו משפיעים באופן מובהק במחקרם של חסין וקרמניצר הם קיומו של מעצר לפני משפט, עמדת התביעה וערכאת השיפוט, משתנים שאינם רלוונטיים כמובן לקביעת עונשי מוצא. ממצאים אלו מחזקים את המסקנה כי המשתנים השונים שנבדקו אינם משפיעים השפעה מובהקת על רמת הענישה בעברות התפרצות, והדבר אינו נובע ממאפייני המדגם שנבחר.

58 מעניין לציין כי גם ניסיון להוסיף משתנה דמה אחד השווה 0 כאשר מדובר בעברת פריצה אחת (עם או בלי גנבה) בלא עברות נוספות, ושווה 1 כאשר יש פריצה נוספת או עברה נוספת אחרת, איננו מגלה השפעה מובהקת או משמעותית לעברות הנוספות. עובדה זו מלמדת כי הרשעה בעברה נלווית לעברת הפריצה איננה משפיעה הרבה על רמת הענישה.

59 למשל, את רמת העבר הפלילי גזרנו מדברי השופט בגזר הדין. אולם כיוון שפירוט העבר הפלילי אינו אחיד, יש קושי רב לקבוע רמה זו בדיוק, ולכן הסתפקנו בחלוקה לשלוש הקטגוריות של עבר פלילי מכביד, מסוים ונקי. גישה למרשם הפלילי של הנאשמים תאפשר קטלוג מדויק יותר. בדומה, קיימים בוודאי עוד תיקים שאינם נמצאים במאגר, וגישה אליהם הייתה יכולה לסייע להשגת נתונים מובהקים יותר.

60 ראו יעל חסין ומרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב 533, 546 (1993) (להלן: חסין וקרמניצר "עבירת ההתפרצות"). עם זאת מחקרם של חסין וקרמניצר עסק רק בתיקים של נאשמים ללא עבר פלילי, ועל כן נתייחס בהרחבה להשפעת העבר הפלילי במדגם שלנו.

(ב) הערכת רמת הענישה הנוהגת

מטעם זה הערכת רמת הענישה תתבצע באמצעות סטטיסטיקה תיאורית בלבד. 72% מהנאשמים נדונו לעונשי מאסר לריצוי בבית הסוהר (להלן: עונשי מאסר בפועל) ועוד 11% לעונש של עבודות שירות.⁶¹ היתר (17%) נדונו לעונשים קלים יותר.⁶² ל-8% מהנאשמים הייתה זו הרשעה פלילית (מהותית) ראשונה, ומתוכם רק שני נאשמים (14% מחסרי העבר הפלילי) נדונו למאסר בפועל שמשכו, אצל שניהם, היה שנה אחת. 36% מחסרי העבר הפלילי נדונו לעבודות שירות לתקופות של בין שלושה חודשים לבין שישה חודשים והיתר (50%) לעונשים קלים יותר.⁶³ בדומה לממצאים שלנו, גם מחקרם של חסין וקרמניצר הראה כי בקרב חסרי עבר פלילי כ-15% נדונים למאסר בפועל.⁶⁴ ל-44% מהנאשמים היה עבר פלילי מסוים (לא יותר משלוש הרשעות קודמות ולא יותר משישה אירועים בעבר שבגינם הם הורשעו). נגד 37% מהם הופעל עונש מאסר על תנאי קודם שהיה תלוי ועומד נגדם. 68% מתוך הנאשמים בעלי עבר פלילי שהוגדר מסוים נדונו למאסר בפועל (ובהם גם כמעט כל הנאשמים שנגדם הופעל עונש מאסר על תנאי),⁶⁵ ותקופת המאסר הממוצעת בעניינם הייתה 15 חודשים, אם מתחשבים גם בעונש המאסר המותנה שהוטל בגין עברה קודמת ורק הופעל עם ההחלטה על ההרשעה הנידונה כאן. כאשר בוחנים את עונש המאסר בניכוי המאסר המותנה שהופעל במצטבר, העונש הממוצע שהוטל עמד על 13 חודשים (תקופת המאסר המרבית בקבוצה זו הייתה 50 חודשי מאסר). על 11% אחרים הוטל עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות, והיתר (21%) נדונו לעונשים קלים יותר.

לכ-48% מהנידונים היה עבר פלילי מכביד. כאן המקום לציין כי קבוצה זו היא ככל הנראה המגוונת ביותר, שכן עבר פלילי מכביד נע מרישום פלילי הכולל ארבע הרשעות קודמות או שבע עברות קודמות ועד רישום הכולל עשרות הרשעות או עברות קודמות. נגד 53% מהנאשמים בקבוצה זו הופעל מאסר על תנאי שהיה תלוי ועומד נגדם. 87% מהנאשמים בעלי עבר פלילי מכביד נדונו לעונשי מאסר בפועל (בתוכם כל הנאשמים

61 אף כי גם עבודות שירות הן סוג של עונש מאסר, החלטנו להפריד בין שני הסוגים של המאסר בחלק זה כדי להציג תמונה מלאה יותר של סוגי העונשים.

62 הנתונים דומים גם כאשר כוללים רק את המקרים שבהם הורשע הנאשם רק בעברת פריצה אחת בלא עברות נוספות (למעט גנבה).

63 גם כאן התוצאות דומות גם אם כוללים רק את המקרים שבהם הורשעו הנאשמים בעברת פריצה אחת בלבד.

64 ראו חסין וקרמניצר "עבירת ההתפרצות", לעיל ה"ש 60, בעמ' 542.

65 למעט נאשם אחד שנדון לעבודות שירות בלבד למרות הפעלת התנאי.

שבעניינם הופעל עונש מאסר מותנה). תקופת המאסר הממוצעת עמדה על 21 חודשים, או 16 חודשים לאחר ניכוי תקופת המאסר המותנה שהופעל במצטבר (תקופת המאסר המרבית בקבוצה זו הייתה 60 חודשי מאסר). 6% מבעלי העבר המכביד נדונו לעבודות שירות, ורק 7% לעונשים קלים יותר.

מהאמור לעיל עולה כי תקופות המאסר הממוצעות (בניכוי המאסרים המותנים שהופעלו במצטבר) של נאשמים חסרי עבר פלילי, בעלי עבר פלילי מסוים ובעלי עבר פלילי מכביד דומות.⁶⁶ הסיבה לכך היא שהרוב המכריע של הנאשמים חסרי העבר הפלילי נדונים לעונשים שאינם כוללים מאסר, ואילו רק במקרים החמורים ביותר מוטל על נאשמים אלו עונש מאסר. מנגד, בקצה השני, רובם המכריע של הנאשמים שבעברם הרשעות רבות נדונים למאסר בפועל, ורק בנסיבות חריגות פוטר אותם בית המשפט מעונש מאסר. מטעם זה הדמיון בעונשי המאסר הממוצעים עלול להטעות. אכן, אם בוחנים את עונש המאסר הממוצע וכוללים בחישוב זה גם נאשמים שנדונו לעונשים שאינם כוללים מאסר כלל (ומתייחסים לעונש זה כאל 0 חודשי מאסר לצורך חישוב הממוצע), אפשר לראות את השוני ברמת הענישה של קבוצות הנאשמים השונות. במקרה כזה עונש המאסר המוטל על נאשמים ללא עבר פלילי עומד על חודשיים בממוצע (או שלושה חודשים אם כוללים גם מאסר בעבודות שירות), עונש המאסר על נאשמים בעלי עבר פלילי מסוים עומד על תשעה חודשים בממוצע, ועונש המאסר הממוצע על נאשמים בעלי עבר פלילי מכביד עומד על 14 חודשים בממוצע (הנדונים לעבודות שירות בשתי הקבוצות האחרונות אינם משפיעים השפעה גדולה על הממוצע).

הטבלה שלמטה מציגה את מכלול הנתונים האמורים. השורה הראשונה מציגה את שיעור הנאשמים שעליהם הוטל עונש מאסר בכל קבוצת עבר פלילי (בטור הימני – עונש של עבודות שירות שאינו נחשב מאסר, ואילו בטור שמאלו – עונש של עבודות שירות הנחשב עונש מאסר). בשורה השנייה מופיע העונש הממוצע שהוטל על הנאשמים בקטגוריות השונות (לצורך החישוב העונש של נאשמים שעליהם לא הוטל עונש מאסר כלל נספר כ-0). בשורה השלישית נבחן עונש המאסר הממוצע בחודשים, ובחישוב נכללו רק נאשמים שעליהם הוטל עונש מאסר בפועל (הטור המרכזי מתייחס גם לעבודות שירות כאל מאסר בפועל).

66 הן נעות בין שנה אחת לחסרי עבר פלילי, 13 חודש לבעלי עבר פלילי מסוים ו-16 חודש לבעלי עבר פלילי מכביד.

מספר חודשי המאסר בממוצע לנאשמים שונים

בעלי עבר מכביד 48%			בעלי עבר מסוים 44%			ללא עבר פלילי 8%		
כולל תנאי שהופעל ללא עבודות שירות	ללא תנאי כולל עבודות שירות	ללא תנאי וללא עבודות שירות	כולל תנאי שהופעל ללא עבודות שירות	ללא תנאי כולל עבודות שירות	ללא תנאי וללא עבודות שירות	כולל עבודות שירות	ללא עבודות שירות	
	93%	87%		79%	68%	50%	14%	שיעור הנדונים למאסר בפועל
18	14	14	10	9	9	3	2	עונש מאסר ממוצע בחודשים (מבין כלל הנאשמים בקטגוריה)
21	16	16	15	12	13	2	12	עונש ממוצע בחודשים (מבין הנאשמים שעליהם הוטל עונש כזה)

הטבלה הזאת מציגה נתונים אלו ביחס לכלל הנאשמים בלא חלוקתם לקבוצות.

מספר חודשי המאסר הממוצע לכלל הנאשמים

מאסר (לא כולל עבודות שירות או מאסר מותנה שהופעל)	מאסר (כולל עבודות שירות, ללא מאסר מותנה שהופעל)	מאסר (לא כולל עבודות שירות, כולל מאסר מותנה שהופעל)	מאסר (כולל עבודות שירות, ללא מאסר מותנה שהופעל)	
		83%	73%	שיעור הנדונים למאסר בפועל
11 חודשים	13 חודשים	11 חודשים	14 חודשים	עונש ממוצע בחודשים (מבין כלל הנאשמים בקטגוריה)
15 חודשים	17 חודשים	14 חודשים	18 חודשים	עונש ממוצע בחודשים (מבין הנידונים עליהם הוטל עונש כזה)

מהאמור לעיל עולה כי עונש המאסר הממוצע המוטל על נדונים בעברת התפרצות יחידה,⁶⁷ בעלי עבר פלילי מסוים עד מכביד, נע בין 9 חודשים לבין 14 חודשי מאסר בפועל (ללא מאסר מותנה בר הפעלה שעשוי להתווסף לעונש זה). על רוב מכריע של הנאשמים (96%) הוטל גם עונש מאסר על תנאי. העונש המותנה הממוצע עמד על כ-11 חודשים (העונש המותנה השכיח היה 6 חודשי מאסר על תנאי). רק על 16% מהנאשמים הוטל קנס. 20% נדרשו לתת פיצוי לנפגעים.

67 כאמור, המדגם כלל גם מקרים מעטים שבהם הורשע הנידון בגין שני מעשי פריצה, וברובו נדונו הנאשמים לעבודות נוספות, ועל כן ייתכן שהממצאים משקפים עונש חמור מעט יותר מזה שהיה מוטל על מעשה פריצה אחד בלבד, אף שבניתוח שערכנו לא מצאנו לכך השפעה מובהקת.

4. שיקולים נורמטיביים

עברת ההתפרצות עוסקת בפעולות הכנה לביצוע גנבה או פשע. עם זאת אין מדובר בעברת הכנה בלבד. בעצם ההתפרצות, על הפגיעה הכרוכה בה בפרטיותו של אדם ובתחושה כי ביתו הוא מבצרו, כרוכה חומרה מיוחדת מלבד חומרת הכוונה לבצע גנבה.⁶⁸ אכן, מרכיבים רבים מלמדים שאין מדובר בעברת הכנה לגנבה בלבד. ראשית, העונש המרבי שבצד העברה, בין חמש לשבע שנות מאסר, כבד מהעונש המוטל בגין גנבה. שנית, אין מניעה להרשיע אדם גם בהתפרצות וגם בגנבה שבוצעה בעקבות ההתפרצות,⁶⁹ בניגוד לעברות הכנה אחרות אשר נבלעות בעברה המושלמת. מסיבה דומה אין לראות בהתפרצות עברה של ניסיון לבצע גנבה או פשע.

המסקנה היא שאין זה נכון להתייחס לעברות אלה כעברות הכנה וגם לא כעברות ספציפיות של ניסיון, אלא מדובר בעברות עצמאיות הבאות להגן על ערך מוגן עצמאי והוא הפגיעה בפרטיות. ערך מוגן זה מסביר את ההבדלים בהתייחסות לבניין המשמש למגורים או לתפילה לעומת ההתייחסות למבנה אחר. החומרה שבה מתייחס החוק בסעיף 406 לכניסה לבניין המשמש למגורים או לתפילה נובעת מכך שבבניין כזה הפגיעה בערך המוגן הרבה יותר חמורה.⁷⁰

מנגד, בניגוד לעברת השוד שנסקרה גם היא במחקר, המלווה באיום או באלימות, עברת ההתפרצות מבוצעת בדרך כלל בלא שימוש בכוח או פגיעה בגוף ואף בלא איום על אדם. התפרצות לבית מגורים מבוצעת פעמים רבות כאשר אין אדם נוכח בדירה.⁷¹ גם במקרים

68 ראו דברי הנשיא שמגר בע"פ 2598/92 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנוב, 19.11.1992): "יתרה מזאת, התוצאה הסופית של ההתפרצות איננה רק בנזק החומרי, אלא גם בפגיעה בפרטיות, ובכבודו ובכבודו האישי של קרבן העבירה".

69 זאת להבדיל מהמקרה שנדון בע"פ 24/63 ערוסי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יז 914 (1963), שבו נפסק שאין להרשיע גם בעברה של פריצה מתוך כוונה לגנוב (סעיף 295(א) לפקודת החוק הפלילי, 1936) ובעברה של פריצה וגנבה (סעיף 297 של פקודת החוק הפלילי). שם מחק בית המשפט העליון את ההרשעה בפריצה מתוך כוונה לגנוב.

70 כניסה (בניגוד לפריצה) לבניין שאינו משמש למגורים אינה עברה, התפרצות לבניין המשמש למגורים נכללת בסעיף 406(ב) לחוק העונשין, ועונשה המרבי שבע שנות מאסר גם אם לא בוצעו גנבה או פשע, ולעומת זאת עונשה המרבי של פריצה כזו לבניין שאינו בית מגורים הוא חמש שנים בלבד (סעיף 407(א)).

71 אכן, בשיטת המשפט של פנסילבניה הימצאות אדם בבית המגורים בעת הפריצה מחמירה את העברה. ראו בהמשך בסקירת המשפט הזר.

אלה יש פגיעה בפרטיות ובביטחון האישי, אך היא פחותה מזו שבשוד. עם זאת, כפי שנראה בהמשך, העונשים המוצעים בעברת השוד ובעברת ההתפרצות במדינות שונות בארצות הברית דומים.

5. הנחיות לענישה בגין התפרצות – סקירת המשפט הזר

סקירת המשפט הזר בעניין עברה של התפרצות מחייבת משנה זהירות. מלבד הקשיים שצוינו בחלק הראשון של מאמר זה השוואה של הענישה בעברת ההתפרצות קשה גם בשל שוני בהגדרות של העברה בשיטות המשפט השונות. הבדלים אלה בהגדרות אינם מתמצים בשאלה מה נחשב להתפרצות אלא גם בנסיבות המבחינות בין רמות שונות של חומרה בעברה. נוסף על זה קיימות שיטות משפט האוסרות להרשיע גם בעברת ההתפרצות וגם בעברה שבוצעה בבניין לאחר ההתפרצות. אף על פי כן נראה לנו שאפשר לקבל תמונה כללית על מידת החומרה שבה נתפסת העברה בשיטות שונות ועל רמת הענישה הצפויה לעבריינים בשיטות אלו. הסקירה הקצרה שהבאנו מתרכזת בשיטות משפט שבהן יש קרבה רבה בין הגדרות העברה ובין הגדרת העברה בשיטת המשפט שלנו. בסקירה נציג את רמת הענישה המוצעת לעברת התפרצות לבית מגורים כשהיא מתבצעת ללא נסיבות מחמירות (בדרך כלל הכוונה היא שהעבריין אינו נושא נשק בשעת ביצוע העברה).

(א) הממלכה המאוחדת: אנגליה ווילס

ההנחיות הנוגעות להתפרצות לבניין מגורים הן חלק מההנחיות של בתי המשפט הנמוכים באנגליה. הנחיות אלה פורסמו על ידי המועצה לגזירת הדין בשנת 2008.⁷² עברות אלה נדונות לעתים בבתי המשפט הנמוכים (Magistrates' Courts) ולעתים בבתי המשפט הרגילים (Crown Court). ההנחיות מתייחסות לשתי האפשרויות. עברת ההתפרצות נדונה בסעיף 9 של ה-Thief Act, 1968 (Eng.), והעונש המרבי לעברה של התפרצות לבית מגורים הוא 14 שנות מאסר. ההגדרה של התפרצות רגילה לבית מגורים דומה להגדרתה בארץ, אלא שהעברות שהפורץ התכוון לבצע או ביצע מפורטות בסעיף וכוללות גנבה, גרימת חבלה חמורה, אינוס וגרימת נזק לרכוש. אולם ההנחיות לענישה מתייחסות רק לפורץ שהתכוון לגנוב או לפורץ שגנב. הטבלה המסכמת של ההנחיות

72 Sentencing Guidelines Council, Magistrates' Court Sentencing Guidelines: Definitive Guidelines 34-35 (2008), www.sentencingcouncil.org.uk/docs/web_sgc_magistrates_guidelines_including_update_1__2__3_web.pdf.

לענישה בהתפרצות לבית מגורים מראה כי ברמה הנמוכה ביותר עונש המוצא הוא ענישה בקהילה. ברמה החמורה עונש המוצא הוא שתי שנות מאסר. כל ההנחיות מתייחסות לנאשם ללא עבר פלילי.⁷³

Triable either way:

Maximum penalty when tried summarily: Level 5 fine and/or 6 months imprisonment

Maximum penalty when tried on indictment: 14 years imprisonment

Type/ nature of activity	Starting point	Sentencing range
Level 1 Seriously raised culpability and/or serious harm (<i>where the level of culpability or harm is extreme, a sentence outside the range should be considered</i>)	2 years custody	12 months to 4 years custody
Level 2 Limited raised culpability and/or harm	12 months custody	Community order (HIGH) to 2 years custody
Level 3 Minimal loss and damage and no raised culpability and/or harm	Community order (MEDIUM)	Community order (LOW) to 12 weeks custody

(ב) הנחיות ועונשים מוצעים במדינות שונות בארצות הברית

חשוב להדגיש כי במשפטן של חלק ממדינות ארצות הברית אין מדובר בעונשי מוצא (starting point sentences) אלא בעונש מוצע (presumptive), כלומר בעונש שבית המשפט מתבקש להטיל בהיעדר נסיבות חריגות. העונש המוצע נקבע בהתחשבות בחומרת העברה ובעבר הפלילי של העבריין. למרות הברדל חשוב זה אפשר לקבל השראה מבדיקת העונש

⁷³ הטבלה נלקחה במקור מתוך Magistrates' Court Sentencing Guidelines: Definitive Guidelines, שם. בבדיקה ערב ההורדה לדפוס נמצא כי ההנחיות שוננו. אין ביכולתנו להתייחס במסגרת זו לשינויים שבוצעו בהן, והאמור בטקסט מתייחס למצב כפי שהיה בשנת 2008.

המוצע להתפרצות בטבלת ההנחיות של מדינות שונות בארצות הברית, שכן גם שם קביעתו של העונש המוצע נעשתה על ידי בחינה של המשפט המצוי בשלב הראשון ובחינה נורמטיבית של העונש הראוי בשלב השני.

מינסוטה

החוק של מינסוטה⁷⁴ מבחין בארבע דרגות של התפרצות: התפרצות לבניין מגורים היא התפרצות בדרגה שנייה⁷⁵ ועונשה המרבי הוא עשר שנות מאסר. העברה מדורגת בדרגה 5 מתוך 10 (אותה דרגה כמו שוד פשוט), והעונש המוצע (presumptive sentence) בהנחיות לעבריין ללא עבר פלילי הוא 18 חודשי מאסר, אך מדובר במאסר מותנה שלא יופעל בדרך כלל אלא יוטלו עליו עונשים בקהילה ומבחן⁷⁶ (עבר פלילי בדרגה 1 מעלה את המאסר ל-23 חודשים, ובדרגה 2 ל-28 חודשים. כל אלה הם עונשים מותנים. רק כאשר יש לנאשם עבר פלילי בדרגה 4 יוטלו עליו 33 חודשי מאסר בפועל).

ושינגטון

עברה של התפרצות לבית מגורים⁷⁷ היא פשע מדרגה B.⁷⁸ היא קבועה בדרגה 4 בהנחיות (גם כאן הדרגה זהה לדרגה של שוד מדרגה שנייה), והעונש המוצע בהיעדר עבר פלילי הוא 3–9 חודשי מאסר⁷⁹ (עבר פלילי בדרגה 1 מעלה ל-6–12 חודשים ובדרגה 2 ל-12–14 חודשים). גם כאן אפשר להורות על ענישה בקהילה.

מַסְצ'וּסֵטְס

בחוק של מסצ'וסטס קיימות עברות אחדות של התפרצות. העברה של התפרצות לבית מגורים מתייחסת להתפרצות בשעות הלילה, ועונשה המרבי הוא 20 שנות מאסר.⁸⁰

74 .M.S.A. 609.582

75 .M.S.A. s. 609.582 2(a)1

76 ראו Minnesota Sentencing Guidelines Commission, Minnesota Sentencing Guidelines and Commentary (2009), www.msgc.state.mn.us/guidelines/guide09.pdf

77 .RCW 9A.52.025 Residential burglary

78 .Wash. Crim. Code 9A.52.025 (Residential burglary)

79 Washington State Sentencing Guidelines Commission, Adult Sentencing Manual (2008), www.sgc.wa.gov/PUBS/Adult_Manual/Manual_2008_Section_3.doc#_Toc62349519

80 .Mass. Gen. Laws ch. 266, § 15

התפרצות לבית מגורים בשעות היום נדונה במסגרת העברה של התפרצות לכל בניין. העונש המרבי על עברה זו הוא 10 שנות מאסר.⁸¹ בטבלת העונשים המוצעים עברה של התפרצות לבית מגורים בשעות הלילה היא בדרגת חומרה 5 מתוך 9. העונש המוצע לעבריין ללא עבר פלילי הוא 12–36 חודשי מאסר שניתנים להמרה בעונשים בקהילה.⁸² בדרגה זו נמצאת גם עברת השוד הרגיל. התפרצות לבית מגורים בשעות היום דרגתה 4, והעונש המוצע לעבריין ללא עבר פלילי הוא 0–12 חודשים שניתנים להמרה בענישה בקהילה.

פנסילבניה

התפרצות מוגדרת בסעיף 3502 של החוק ויש בה דרגות שונות.⁸³ הדרגה החמורה ביותר היא התפרצות לבית מגורים כשיש בו אדם. זו עברה של פשע מדרגה ראשונה (felony I). העברה מדורגת בטבלת העונשים המוצעים בדרגת חומרה 9 מתוך 14 דרגות. אדם ללא עבר פלילי צפוי ל-12–24 חודשי מאסר ב־boot camp (מתקן כליאה בעל מאפיינים מעין צבאיים). הדרגה השנייה היא התפרצות לבית מגורים כשאין בו אדם. אף זו עברת פשע בדרגה ראשונה, אך דרגת החומרה שלה בטבלת העונשים המוצעים היא 7, והעונש המוצע לעבריין ללא עבר פלילי הוא 6–14 חודשי מאסר ב־boot camp.⁸⁴ גם בפנסילבניה עברת ההתפרצות מדורגת באותן דרגות חומרה שבהן מדורגת עברת השוד.

סיכום

סקירת שיטות המשפט מלמדת כי עברה של התפרצות לבית מגורים ללא נסיבות מחמירות (בעיקר נשיאת נשק) מדורגת בדומה לעברה של שוד ללא נסיבות מחמירות במדינות שונות בארצות הברית. ברוב המדינות עבריין ללא עבר פלילי צפוי למאסר שאורכו משתנה ממדינה למדינה, אך ברובן אפשר להמירו בענישה בקהילה. גם באנגליה נאשמים

81 Commonwealth v. Carl J. Swahn, כך נקבע בפסק הדין, Mass. Gen. Laws ch. 266, § 17 368 N.E.2d 813 (1977).

82 The Massachusetts Court System, Sentencing Guidelines Grid (2010), ראו www.mass.gov/courts/formsandguidelines/sentencing/grid.html.

83 18 Pa. C.S.A. s.3502.

84 Pennsylvania Commission on Sentencing, Basic Sentencing Matrix (6th ed., 2008), pcs.la.psu.edu/guidelines/sentencing/sentencing-guidelines-and-implemetation-manuals/6th-edition-revised/basic-sentencing-guideline-matrix/SentGLMatrixBW6thEdRev.pdf.

ללא עבר פלילי צפויים לעונשים בקהילה כאשר הנזק מהעברה אינו גדול, או לעונשי מאסר של שנתיים כאשר הנזק שנגרם גדול מאוד.

**ענישה בעברת התפרצות לבית מגורים במדינות שונות
(עבר פלילי יחמיר את העונש)**

המדינה	דרגה או אפיון	תקופת מאסר	הערות
פנסילבניה	כאשר יש בו אדם	12-14 חודשים	Boot Camp
	כאשר אין בו אדם	6-14 חודשים	Boot Camp
מסצ'וסטס	בלילה ביום	12-36 חודשים 0-12 חודשים	אפשר ענישה בקהילה
ושינגטון		3-9 חודשים	אפשר ענישה בקהילה
מינסוטה		18 חודשים	אפשר ענישה בקהילה
אנגליה	דרגה נמוכה דרגה בינונית דרגה חמורה	ענישה בקהילה 12 חודשים 24 חודשים	אפשר ענישה בקהילה

6. עונש המוצא

לאור כל אלו ובהתחשב ברמת הענישה הנוהגת ובהנחיות הפסיקה, ולאחר עיון בנוהגי הענישה וההנחיות לענישה במדינות אחרות ובעונש המוצא שהצענו לשוד במחקר (שעמד על 18 חודשי מאסר לשוד לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין ו-36 חודשים לשוד על פי סעיף 402(ב)),⁸⁵ עונש המוצא המוצע לעברה של התפרצות לבית תפילה או מגורים הוא 15 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי. עונש זה חמור במעט מהעונש הממוצע הנוהג כיום לעברת הפריצה, בייחוד כאשר הנאשם אינו בעל עבר פלילי מכביד. עם זאת על רקע היקף הפגיעה שגורמת הפריצה לנפגעים ולתחושת הביטחון חומרת המעשה מצדיקה נקודת מוצא זו. מנגד איננו סבורים כי עונש המוצא להתפרצות צריך להיות זהה לעונש המוצא לעברת השוד הרגיל, כפי שמקובל בחלק ממדינות ארצות הברית שנסקרו לעיל. אמנם עברת ההתפרצות, כמו עברת השוד הרגיל, היא עברת רכוש שיש לה היבטים של פגיעה בביטחון האישי, אך בהיעדר מגע בין העברייני לנפגע הפגיעה של התפרצות קלה מעט יותר ולכן עונש המוצא קל יותר. זאת ועוד, העונש המרבי שבצד עברת ההתפרצות (7 שנות מאסר) קל

85 ראו גזל-אייל וקנאי, לעיל ה"ש 7, בעמ' 34.

בהרבה מהעונש המרכיבי שבצד עברת השוד הרגיל (14 שנות מאסר), עובדה המחזקת את המסקנה כי יש צורך בעונשי מוצא שונים לשתי העברות. עונש זה מתייחס למקרה הטיפוסי של נאשם בעל עבר פלילי מסוים אך לא מכביד שביצע עברת התפרצות (להבדיל מכניסה בלא התפרצות) אחת לבית מגורים כשבבית לא היה איש, כשלעברה נלוותה גנבה של רכוש בשווי של אלפי שקלים או פחות. העונש האמור מתייחס לעברת התפרצות, לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין, ללא הנסיבות המחמירות הקבועות בסעיף 408 לחוק.

העברה	עונש המוצא	הנסיבות שאינן חריגות לקולה או לחומרה
התפרצות למקום מגורים או תפילה או ממנו, עברה לפי סעיף 406(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977	15 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי	עברת התפרצות לבית מגורים שנלוותה לה גנבה

7. הערות נוספות

כמו במקרים האחרים, עונש המוצא הוא נקודת המוצא לחשיבה בלבד. בין הנסיבות לחומרה ולקולה המפורטות בהצעת החוק ושעשויות לבוא לידי ביטוי תדירות בעברות של התפרצות, יש לשקול את מידת הנזק הרכושי והנפשי שנגרמה לנפגע עקב ההתפרצות (סעיף 140(ג) פסקה (8)), את מרכזיותו של הנאשם בביצוע העברה אם זו בוצעה בחבורה (סעיף 140 פסקאות (ב) ו-(ג) ו-(8)) ואת מידת התכנון והתחכום של ההתפרצות (סעיף 140(ג) פסקה (12)). נוסף על הנסיבות הקבועות בהצעת החוק קיימות נסיבות אחרות לחומרה ולקולה שיש להניח שיבואו לידי ביטוי פעמים רבות בעברה זו. בנסיבות לחומרה, שאינן מצוינות בהצעה אך צפויות להישקל בעברות של התפרצות, אפשר למצוא הפעלת כוח רב לצורך ביצוע ההתפרצות, השחתה מיותרת של הרכוש במקום שנפרץ, ביצוע המעשה בעת שמחזיק בדירה נמצא בה וביצוע ההתפרצות בשעות הלילה (גורמים היוצרים סיכון מיוחד). גם רשימה זו, כמו רשימת הנסיבות בחוק, אינה רשימה סגורה, וגם שיקולים אחרים הקשורים בעברה, כמו גם נסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה, ישפיעו על העונש הסופי בכל מקרה ומקרה.

אשר לעבר הפלילי, עונש המוצא מותאם לנאשם שלוו עבר פלילי מסוים אך אינו מכביד. גם כאן עבר פלילי נקי צריך להוות שיקול לקולה (סעיף 140(ד) (4)) ואילו עבר מכביד,

כאמור בסעיף 140(ה)1, ייחשב שיקול לחומרה. יש מקום להניח כי בעברת ההתפרצות יהיה לעבר הפלילי משקל רב יותר מאשר בעברות אחרות, בשל מאפייני העברה.⁸⁶ אין מדובר בעברה מהחמורות בחוק העונשין אלא בעברה הפוגעת בפרטיות וברכוש בלבד (להבדיל מפגיעה בגוף למשל). מטעם זה במקרים רבים יחסית התחשבות בשיקולים לקולה שבסעיף 140 כמו גם בשיקולים אחרים תאפשר להימנע משליחת הנידון לבית הסוהר. זאת ועוד, בהיעדר חומרה יתרה במרבית עברות ההתפרצות בית המשפט יוכל לחרוג מהעיקרון המנחה (עקרון ההלימה) ביתר קלות כשהנאשם הוא בעל פוטנציאל שיקומי, מכוח הוראות סעיף 140 לחוק המוצע.⁸⁷ לפיכך יש להניח כי גם עם אימוצו של עונש מוצא זה יידונו מרבית הנאשמים חסרי העבר הפלילי לעונשים שאינם כוללים מאסר בפועל, או לתקופות מאסר שניתנות לריצוי בעבודות שירות.

מנגד נאשמים שעברם הפלילי עשיר יידונו במקרים רבים לעונשים ממושכים יותר. בדומה להקלה בדינם של נאשמים ללא עבר פלילי יהיה מקום להחמיר בדינם של נאשמים שעברם הפלילי מכביד, מכוח הוראות סעיף 140(ה)1 לחוק המוצע. מלבד זאת במקרים המתאימים יהיה מקום להוסיף ולהחמיר בדינם אם נוכח בית המשפט נוכח נסיבות העברה ומועדותם של אותם נאשמים כי הדבר דרוש לשם הגנה על שלום הציבור (סעיף 40 לחוק המוצע).⁸⁸ לאור הוראות אלו, עונשי המאסר במקרים אלו עשויים להגיע גם לתקופות של כמה שנים. נוסף על כך יש לזכור כי נגד מרבית הנאשמים שעברם הפלילי מכביד תלוי ועומד עונש מאסר מותנה המתווסף לעונש המוטל בגין ההתפרצות האחרונה. מהאמור לעיל עולה כי משרעת העונשים המוטלים בגין עברת התפרצות צפויה להיות רחבה מאוד, והחריגה מעקרון ההלימה, לחומרה ולקולה, צפויה במקרים רבים יחסית. מטעם זה יש להיזהר מהתכנסות-יתר לענישה סביב עונש המוצא, בעברה זו יותר מבעברות אחרות.

86 למסקנה דומה הגיעה גם המועצה לגזירת הדין באנגליה. ראו Theft and Burglary in a Building, לעיל ה"ש 44.

87 סעיף 140 לחוק המוצע קובע כי "על אף הוראות סעיפים 40 ו-40ג, רשאי בית המשפט לחרוג מהעיקרון המנחה ולהורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, במקום העונש ההולם כאמור בסעיף 140ג, כולו או חלקו, אם מצא כי הנאשם הוא בעל פוטנציאל שיקומי; היו מעשה העבירה ואשמו של הנאשם, בנסיבות הענין, בעלי חומרה יתרה, ומצא בית המשפט כי הנאשם הוא בעל פוטנציאל כאמור, רשאי הוא להורות על נקיטת אמצעי שיקומי לפי הוראות סעיף קטן זה, מטעמים מיוחדים שינמק בגזר הדין".

88 סעיף 140 לחוק המוצע קובע כי "בית המשפט רשאי לחרוג מהעיקרון המנחה ולהחמיר בענישה, כדי להגן על שלום הציבור, אם מצא, בין השאר, נוכח נסיבות העבירה או מועדותו של הנאשם, כי הנאשם מסוכן לציבור". סעיף זה מאפשר להחמיר בדינו של נאשם בעל עבר מכביד יותר מהמתבקש לפי עקרון ההלימה.

עונש המוצא מתייחס למקרים שבהם להתפרצות נלוותה גנבה, אולם כפי שהמחקר האמפירי חושף, גם אם צורפו להתפרצות עברות נלוות קלות אחרות (כגון היזק בזדון לרכוש, החזקת כלי פריצה, החזקת נכס החשוד כגנוב) הדבר אינו משפיע הרבה על רמת הענישה. כאשר לעברות נלוות עברות חמורות יותר, יקבע בית המשפט את מידת ההחמרה לפי סעיף 40יא לחוק המוצע.⁸⁹ בדומה, כאשר הנידון מורשע בשל כמה פריצות, העונש צפוי להיות חמור יותר.

ד. סיכום

במאמר זה הצגנו בתמצית שיטה לקביעת עונשי מוצא ראשוניים והדגמנו שיטה זו באמצעות עברת ההתפרצות, על סמך המחקר שביצענו בשביל משרד המשפטים. לא התיימרנו במחקר זה להביע עמדה באשר לצורך בקביעת עונשי מוצא או באשר להצדקת ההסדרים הקבועים בהצעת החוק בנושא זה, אלא ניסינו ליישם באופן אובייקטיבי ככל האפשר את הוראות הצעת החוק. אנו מכירים בכך שבדרך זו לא הצגנו חיקוי מושלם של אופן הפעולה הרצוי של הוועדה לקביעת עונשי מוצא מכיוון שהוועדה הסטטוטורית, כשזו תקום, תידרש להעניק משקל רב יותר לתפיסות הערכיות של חבריה בנוגע לרמת הענישה הרצויה. עם זאת אנו סבורים כי כדי ליישם את החוק ולהגיע להסכמות גם הוועדה תידרש להתחשב בשיקולים דומים לאלו שהוצגו במחקר בבואה לקבוע את עונשי המוצא, וכי בסופו של דבר, העמדות של חבריה (שצפוי שלא יהיו אחידות) לא יביאו להצעות הסוטות סטייה גדולה מאלו המתבקשות על יסוד השיקולים שהוצגו במחקר.

כפי שציינו בתחילת המאמר, ועדת השרים לחקיקה קבעה כי משרד המשפטים יציג לוועדת החוקה, חוק ומשפט הצעה לעונשי מוצא בשלוש עברות מתוך כוונה שעונשי המוצא הללו ישולבו כבר בהליך החקיקה. הכוונה הייתה לשלב את עונשי המוצא בנספח לחוק שהוועדה הסטטוטורית שתקום (אם תקום) תוכל להוסיף עליו ולשנותו. משרד המשפטים העביר את המחקר שתואר כאן בקצרה לוועדת החוקה במסגרת זו, ויש להניח כי לאחר הדיון בפרטי ההצעה בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת יוחלט אם ובאיזה אופן ישולבו ממצאי המחקר בהצעת החוק.

⁸⁹ סעיף זה קובע כי בית המשפט רשאי לגזור עונש לכל עברה בנפרד או עונש כולל כשגם כאן העיקרון המנחה הוא הלימה בין העונש הכולל לחומרת העברות על נסיבותיהן (כשבגדר החמרה יישקלו גם מספר העברות, תדירותן והזיקה ביניהן).