

## האם שופטים מצייתים לחוק?

מאת

אורן גזל-אייל, \* חיים אזולאי ואיתי המר\*

התפיסה המקובלת היא כי שופטים מאמצים מיד חוק חדש שנחקק, או הלכה חדשה שנקבעה. מחקרנו בוחן סוגיה זו באמצעות ניתוח אמפירי של מידת הציות של שופטי בתי משפט השלום ושופטי בית המשפט העליון להוראות תיקון 113 לחוק העונשין בשנים הראשונות לכניסתו לתוקף. אחד ממרכיבי התיקון מורה לשופטים לקבוע מתחם עונש הולם לעבירה לפי חומרת מעשה העבירה ונסיבותיו, ומידת אשמו של הנאשם. מצאנו שבבתי משפט השלום החובה לקבוע מתחם לא קוימה ביותר מרבע מגזרי הדין שניתנו בתקופה הנחקרת. עם זאת נמצא כי עם הזמן הוטמע החוק טוב יותר ופחתו שיעורי הפרתו. ממצאים אלה מלמדים שבתחילת הדרך רבים אמנם נמנעו מלקיים את החוק, אך בחלוף הזמן הוטמעה החובה לציית לו בבתי משפט השלום. המחקר בחן גם אילו מאפיינים השפיעו על מידת הציות לחוק. נמצא מתאם מובהק בין גיל השופט או הוותק שלו למידת נטייתו לקבל את הוראות החוק החדשות. שופטים מבוגרים יותר או ותיקים יותר נטו להתעלם מדרישות החוק פעמים רבות יותר. בדקנו גם את היקף הציות של שופטי בית המשפט העליון. התמקדנו רק במקרים שבהם בית המשפט העליון קיבל ערעור על העונש ולא אימץ את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי, שכן בתיקים אלו אין מחלוקת בדבר חובתו של בית המשפט העליון לקבוע מתחם. מצאנו שמידת הציות של בית המשפט העליון לתיקון 113 פחותה בהרבה מזו של בתי משפט השלום. חשוב מכך, מצאנו שלעומת שופטי בתי משפט השלום, שיעור הציות של שופטי בית המשפט העליון הלך ופחת ככל שחלף הזמן. בעוד כל שופטי בתי משפט השלום הטמיעו את החובה לציית לחוק אף על פי שלא היה אהוד, שופטי בית המשפט העליון, שעליהם אין ערכאת ערעור, המשיכו פעמים רבות להתעלם מחובה זו בשיעורים הולכים וגדלים. מצאנו אינדיקציות חזקות לכך שהתעלמות בית המשפט העליון מהחוק אינה נובעת מהתרשלות אלא מאי־ציות מכוון, הנובע מחוסר שביעות רצון מהחוק. ממצאים אלו נדונים בסיכום המאמר.

מבוא. א. רקע תיאורטי. 1. חוסר ציות של בעלי משרה לכללים; 2. התנגדות שופטים לכללים חדשים; 3. השפעת הגיל, המגדר והמוצא האתני על מידת הציות; 4. תיקון 113 לחוק העונשין. ב. מחקר 1 – הציות לחוק בבתי משפט השלום. 1. השערות המחקר; 2. שיטת המחקר; 3. תוצאות. ג. מחקר 2 – הציות בבית המשפט העליון. 1. השערות

\* דיקן הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

\*\* בוגרי הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

תודה למיכאל בירנהק, ענת גופן, קרן וינשל-מרגל, יוסף זוהר, רענן סוליציאנו-קינן, רות קנאי, יאיר שגיא, קרני שגל, אדם שנער, משתתפי הסמינרים המחלקתיים בפקולטות למשפטים באוניברסיטת בר אילן, באוניברסיטת תל אביב, במרכז למשפט ועסקים ובמרכז הבינתחומי, הסמינר המחלקתי של בית הספר לקרימינולוגיה בחיפה ותלמידי הסמינר על מערכת המשפט הפלילית בחיפה, על הערותיהם לטיוטה הראשונה של מאמר זה.

- המחקר ושיטת המחקר; 2. תוצאות. ד. דיון. 1. השפעת גיל או ותק על הציות לחוק; 2. מוצא אתני ומין; 3. היקפי אי-הציות הגבוהים בשנים הראשונות לאחר החקיקה; 4. הגידול בשיעור הציות לחוק בחלוף הזמן בבתי משפט השלום; 5. הגידול בשיעור הציות לחוק בחלוף הזמן בבתי משפט השלום. ה. מסקנות.

## מבוא

אפילו יש ממש בטענות העירייה בדבר הקשיים באכיפתן [...] של הוראות כאלה ואחרות שבחוק – ובעניין זה לא נחוה דעתנו – אין צורך לומר שהעירייה אינה יכולה לעשות דין לעצמה ולפעול בניגוד לחוק.<sup>1</sup>

המובאה שבפתיח מבטאת את עמדת בית המשפט העליון כלפי רשויות שלטון המסרבות ליישם את הדין מטעמים של קושי מנהלי, עלויות גבוהות או חוסר נוחות. אולם מה הדין כאשר הרשות הנדרשת לציית לחוק המכביד היא הרשות השופטת? התפיסה המקובלת היא כי משנחקק חוק חדש, או משנקבעה הלכה חדשה, השופטים מאמצים אותם מיד. אמנם שופטים עשויים להיות מושפעים מתפיסות העולם ומהאידאולוגיה שהם מצדדים בהן בפרשם את החוק. הם גם מושפעים, ככל אדם, מהטיות אנושיות שעשויות להביא ליישום שגוי של הדין. אולם כאשר מדובר בחוק ברור המופנה אליהם, מקובל להניח ששופטים יצייתו לו מיד עם כניסתו לתוקף, בין שהחוק נושא חן בעיניהם בין לאו.

מחקרנו בוחן סוגיה זו באמצעות בדיקה אמפירית של מידת הציות של שופטי שלום ושופטים של בית המשפט העליון להוראות תיקון 113 לחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012 (להלן: תיקון 113) בשנים הראשונות לאחר כניסתו לתוקף.<sup>2</sup> התיקון קבע, בין היתר, הסדר דיוני חדש המורה לשופטים כיצד לגזור את הדין ואיך לנמקו. אחד ממרכיבי ההסדר מורה לשופטים לקבוע מתחם עונש הולם לעבירה לפי חומרת מעשה העבירה ונסיבותיו, ואשמו של הנאשם. הוראה זו ברורה: החובה לקבוע מתחם עונש הולם (להלן גם: מתחם) אינה כפופה לשיקול דעת שיפוטי, ואין לה חריגים.<sup>3</sup> לפיכך היא מאפשרת בחינה אמפירית הן של מידת הציות והן של מאפייני השופטים המשפיעים על מידת ציות זו. הבחינה של מידת הציות לתיקון זה מעניינת גם בשל התנגדותם של שופטים רבים לכניסתו לתוקף, התנגדות שהובעה בהרצאות שנתנו ובפסקי הדין שלהם.

מצאנו שבבתי משפט השלום החובה לקבוע מתחם לא קוימה ביותר מרבע מגזרי הדין שניתנו בתקופה הנחקרת. למעשה מדובר בהערכת חסר ניכרת של מידת הציות לחוק, שכן לצורך המחקר בחנו רק החלטות שבהן נקבע עונש מאסר, שאז מידת הציות לחוק רבה יותר, והגדרנו רק התעלמות מלאה מהחובה לקבוע מתחם כמקרה של אי-ציות, להבדיל

1 בג"ץ 2126/99 דה ס' נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נד(1) 468, 477 (2000).

2 ראו חוק העונשין, התשל"ז–1977 (להלן: חוק העונשין או החוק).

3 בהמשך נתייחס לספקות שהועלו באשר לתחולת החוק על גזרי דין הניתנים בהתבסס על הסדרי טיעון לעונש. ראו להלן טקסט ליד ה"ש 73.

מהתעלמות חלקית. כך, שופטים שקבעו מתחם מופשט ולא מספרי, כגון מתחם ענישה ש"בין כמה חודשי מאסר לכמה שנות מאסר", סווגו כמי שצייתו לחוק, אף שספק רב אם ניתן לראות בקביעת מתחם כזה ציות. זאת ועוד, התעלמות מהוראות אחרות של החוק, מהותיות יותר, גם היא לא נכללה בהגדרה האמורה, כדי להימנע מהצורך להתמודד עם הערכה סובייקטיבית יותר של החובות שהחוק מטיל. למרות פירוש מצמצם זה, שיעור אי-הציות לחוק ניכר. עם זאת, נמצא כי ככל שחלף הזמן, הוטמע החוק טוב יותר ופחתו שיעורי הפרתו. בשנת 2015, כשלוש שנים לאחר כניסת החוק לתוקפו, שיעור הציות לחובה לקבוע מתחמים היה כמעט מלא. ממצא זה מלמד שבתחילת הדרך רבים אמנם נמנעו מלקיים את החוק, אך בחלוף הזמן הוטמעה החובה לציית לו בבתי משפט השלום. המחקר בחן גם אילו מאפיינים השפיעו על מידת הציות לחוק. לא נמצאה השפעה של סוג העבירות או מאפייני הנאשמים על מידת קיום ההוראה. גם המוצא האתני של השופטים או המגדר שלהם לא נמצאו משפיעים על מידת הציות לחוק. מנגד, נמצא מתאם מובהק בין גיל השופט או הוותק שלו למידת נטייתו לקבל את הוראות החוק החדשות. שופטים מבוגרים יותר או ותיקים יותר נטו להתעלם מדרישות החוק פעמים רבות יותר. כאמור לעיל, גם בקרב שופטים אלו, ככל שחלף הזמן, הוטמע החוק, ובחלוף שנים מספר הציות שלהם לחוק היה כמעט מלא.

כדי להבין אם השינוי במידת הציות נבע משינוי ביחסו של בית המשפט העליון לחוק, בדקנו גם את היקף הציות של שופטי בית המשפט העליון. התמקדנו רק במקרים שבהם בית המשפט העליון קיבל ערעור על העונש ולא אימץ את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי, שכן בתיקים אלו חובתו של בית המשפט העליון לקבוע מתחם אינה שנויה במחלוקת. מציאנו שמידת הציות של בית המשפט העליון לתיקון 113 פחותה בהרבה מזו של בתי משפט השלום. חשוב מכך, מציאנו שלעומת בתי משפט השלום, שיעור הציות של שופטי בית המשפט העליון הלך ופחת ככל שחלף הזמן. בעוד כל שופטי השלום הטמיעו את החובה לציית לחוק אף על פי שהחוק לא היה אהוד, שופטי בית המשפט העליון, שעליהם אין ערכאת ערעור, המשיכו פעמים רבות להתעלם מחובה זו בשיעורים הולכים וגדלים בחלוף הזמן. מציאנו אינדיקציות חזקות לכך שהתעלמות בית המשפט העליון מהחוק אינה נובעת מהתרשלות אלא מאי-ציות מכוון, הנובע מחוסר שביעות רצון מהחוק.

המשך המאמר ייבנה כך. בחלקו הראשון נציג את המחקרים העוסקים באי-ציות של שופטים לחוק ולפסיקה, ונראה כי כמה מחקרים מצאו תופעות של אי-ציות רך של שופטים לחוק – בעיקר באמצעות שימוש יתר בחריגים הקבועים בחקיקה והמאפשרים לסטות ממנה, אך כמעט אין מחקרים המראים אי-ציות קשה, דהיינו החלטות של שופטים המפרות בבירור חוק שמשמעותו מוסכמת ואין לו חריגים.

בחלק השני נסקור את שיטת מחקרנו בבתי משפט השלום. המחקר מתבסס על 585 גזרי דין של 70 שופטים של בתי משפט השלום, ובוחר את היקף ההפרה של החובה החוקית לקבוע מתחמי ענישה בגזר הדין. בחלק השלישי נדווח על תוצאות המחקר. לפי ממצאיו, שופטים מפרים את החוק בשיעור של 26% לפחות, וככל שהשופטים מבוגרים יותר, שיעור הציות קטן יותר. עם זאת, בחלוף הזמן החוק הוטמע במערכת וגם שופטים מבוגרים צייתו לו בהיקף כמעט מלא. לאור ממצא זה נביא בחלק הרביעי נתונים על שיעור הציות של

שופטי בית המשפט העליון לחוק, ועל ההכשרות שקיבלו השופטים והעוזרים המשפטיים מכל הערכאות בנושא החוק, כדי לבחון את הקשר בין נתונים אלו לעלייה בשיעורי הציות. בחלק זה נראה כי מחד גיסא, בית המשפט העליון העיר לשופטים שלא קבעו מתחמים כנדרש בחוק, ומאידך גיסא שופטי בית המשפט העליון נמנעו גם הם, בשיעורים גבוהים, מלציית לחוק. בשונה משופטי השלום, חלוף הזמן לא הגדיל את מידת הציות בבית המשפט העליון. בחלק החמישי נדון בתוצאות ובמסקנות הנגזרות ממחקר זה.

## א. רקע תיאורטי

### 1. חוסר ציות של בעלי משרה לכללים

לא אחת בעלי משרה ציבורית פועלים בניגוד לדין.<sup>4</sup> הסיבות להפרת החוק על ידי בעלי משרה הן מגוונות. ההרגלים, עומס העבודה, אידיאולוגיה ושיקולים רבים אחרים מביאים בעלי תפקידים, ולעיתים גם רשויות שלמות, לידי הימנעות מקיום הדין. לעיתים פקידים מאמצים בפעולותיהם מדיניות הסותרת את המדיניות המוצהרת המתחייבת מן הדין ומן ההנחיות שהם כפופים להם.<sup>5</sup> לרוב מדובר בסוג של "אי-ציות רך", דהיינו שימוש בשיקול הדעת המוקנה לבעלי המשרה בדין באופן הסותר את הכללים, או הסתמכות רווחת על הוראות המסמיכות את הרשות לסטות מהמדיניות במקרים חריגים. כך תובעים שסברו שעונשי מינימום חדשים שנקבעו בחוק מחמירים מדי, שינו את כתבי האישום והמירו את סעיפי האישום שבהם הואשמו נאשמים בסעיפים קלים יותר כדי לעקוף את דרישות החוק.<sup>6</sup> בדומה, בארצות הברית שוטרים לעיתים מתשאלים חשודים לפני שהם עוצרים אותם, בעודם חופשיים לכאורה לעזוב, כדי שלא תקום החובה להזהיר את החשודים בדבר זכות השתיקה והזכות לליווי משפטי (אזהרת Miranda), אזהרה שלתפיסת השוטרים תפגע ביעילות החקירה.<sup>7</sup> פעולות אלו אינן החלטות אינדוידואליות הסוטות מהמדיניות אלא גישה גורפת היוצרת למעשה מדיניות אחרת, שונה מזו שכתובה עלי ספר.<sup>8</sup> עם זאת במקרים מעטים בעלי המשרה מפרים את החוק במפורש, במה שנכנה כאן "אי-ציות קשה". אי-ציות קשה משמעו שכל החלטה בנפרד מפרה בכירור את הכללים. כך,

4 ראו Adam Shinar, *Dissenting from Within: Why and How Public Officials Resist the Law*, 40 FLA. ST. U. L. REV. 601, 643–644 (2013).

5 MICHAEL LIPSKY, *STREET-LEVEL BUREAUCRACY, DILEMMAS OF THE INDIVIDUAL IN PUBLIC SERVICES* (2010).

6 David Bjerk, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion Under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 J.L. & ECON. 591, 603–609 (2005).

7 Paul G. Cassell & Bret S. Hayman, *Police Interrogation in the 1990s: An Empirical Study of Richard J. Medalie*, 43 UCLA L. REV. 839, 881–884 (1996).

8 Leonard Zeitz & Paul Alexander., *Custodial Police Interrogation in our Nation's Capital: The Attempt to Implement Miranda*, 66 MICH. L. REV. 1374 (1968) (מחקר אמפירי שנערך בסמוך לאחר קבלתם של כללי ה-"Miranda", והראה כי שוטרי וושינגטון הבירה נמנעים לא אחת מליישם כללים אלו).

8 ראו LIPSKY, לעיל ה"ש 5.

מחקרים מצביעים על שימוש משטרתי שיטתי בכוח במקרים שבהם אין לשוטרים כל סמכות להפעיל כוח,<sup>9</sup> והתברר ששימוש זה נובע מתפיסתם של שוטרים שלעיתים יש לפעול על פי "הגיון הרחוב" ולא דווקא על פי ההוראות הכתובות.<sup>10</sup> מחקרים גם מראים שפקידי רווחה עוקפים הנחיות מפורשות המגבילות את יכולתם לסייע לפונים אליהם.<sup>11</sup> אחד השיקולים לאי-הציות הוא עומס העבודה.<sup>12</sup> כך, מחקר אחד הראה כיצד קציני מבחן של בית משפט לנוער במערב התיכון של ארצות הברית מסווגים מחדש נוער עבריין גם בלי שהייתה לכך כל הצדקה עניינית, רק משום שהסיווג המתוקן אפשר להם לצמצם את מספר הפגישות עם אותם נערים ובדרך זו להקטין את עומס העבודה שלהם, והקל עליהם לעמוד ביעדים שהוצבו להם.<sup>13</sup> בארץ, שאלונים שהופצו לשופטים לפני כשלושה עשורים חשפו ששופטים עודדו עריכת הסדרי טיעון גם בתקופה שבה אסרה הפסיקה מעורבות שיפוטית כזאת, ועשו כן כדי לייעל את ההליכים.<sup>14</sup>

## 2. התנגדות שופטים לכללים חדשים

ספרות ענפה עוסקת באי-ציות, אולם רק מחקרים מעטים עוסקים באי-ציות של שופטים. יש כמה סיבות להניח שלעומת בעלי משרה אחרים, שופטים יימנעו מהפרת החוק גם אם הם סבורים שהוא שגוי.

ראשית, שופטים אמונים על יישום ואכיפת החוק. כשהפקידות ברשות אחרת מתעלמת מהכללים הדיוניים החלים עליה, השופטים מבקרים את החלטתה, ולעיתים גם פוסלים אותה בשל הפגם הדיוני. תפיסה זו עשויה לגרום לשופטים להקפיד יותר על קיום הכללים החלים עליהם, כדי שלא ייטען נגדם שהם מעמידים לאחריים סטנדרטים שהם עצמם אינם עומדים בהם. שנית, התכלית של הרשות השופטת, המטרה שלשמה פועלים השופטים, היא להבטיח שהחוק יקוים. היעד של השופטים הוא קיום החוק ואילו התכלית של בעלי המשרה

9 Robert E. Worden, *The Causes of Police Brutality: Theory and Evidence on Police Use of Force*, in AND JUSTICE FOR ALL: UNDERSTANDING AND CONTROLLING POLICE ABUSE OF FORCE 31, 39 (Betsy Wright & Ronald W. Walker eds., 1995) (עומדים על ההבחנה בין שימוש מוגזם בכוח לשימוש מיותר בכוח).

10 Hans Toch, *The Violence Prone Police Officer*, in AND JUSTICE FOR ALL: UNDERSTANDING AND CONTROLLING POLICE ABUSE OF FORCE 99, 105–107 (Betsy Wright & Ronald W. Walker eds., 1995).

11 STEVEN W. MAYNARD-MOODY & MICHAEL C. MUSHENO, COPS, TEACHERS ראו (2003) 6–8 COUNSELORS STORIES FROM THE FRONT LINES OF PUBLIC SERVICES. שם מתואר מקרה של פקיד רווחה אשר בניגוד לכללים הקצה כספים לאחת הפונות כדי שתוכל לרכוש מכונת שתאפשר לה להתחיל לעבוד בעבודה חדשה ורחוקה, בעודו מדווח כי הכספים נועדו למטרות אחרות, ובהבינו כי אם יפעל על פי הכללים התקציביים, הפונה תישאר מובטלת. בכך הוא העדיף את הגשמת מטרת הארגון (סיוע לפונה) על פני ההנחיות שהורו לו כיצד לנהוג.

12 למרכזיותו של עומס העבודה בתהליכי קבלת ההחלטות של פקידות זוטריים ראו LIPSKY, לעיל ה"ש 5, פרק 3.

13 Judith Rumgay & Mary Brewster, *Restructuring Probation in England and Wales: Lessons from an American Experience*, 76 PRISON J. 331, 340–341 (1996).

14 אליהו הרנון וקנת מן עסקות טיעון בישראל: הלכה ומעשה על רקע השוואתי 110–101 (1981).

האחרים, כגון עובדים סוציאליים, רופאים, שוטרים או מורים, היא לקדם את הרווחה, הבריאות, הסדר הציבורי או החינוך. לכן בעלי משרה אלו עשויים להתייחס לחוק כאל מכשול המגביל אותם בדרך להשגת יעדים אלו. כיוון ששופטים מופקדים על שמירה על שלטון החוק, ההגבלה המוטלת עליהם היא גם חלק מהיעד הארגוני שלהם, ולכן יש לצפות שהם ייתנו משקל גדול יותר לציות לחוק מבעלי משרה אחרים.<sup>15</sup> שלישיית, ההחלטות השיפוטיות גלויות ומפורסמות לעין כול, בשונה ממרבית הפעולות של מורים, עובדים סוציאליים או אחיות, למשל, והדבר עשוי להרתיע שופטים מלהפר את הכללים. רביעית, השופטים נדרשים לפסוק לפי חקיקה ותקדימים מחייבים, בעוד בעלי משרה אחרים פועלים לרוב מכוח מדיניות המוכתבת על ידי דרגים מנהליים או רגולציה שאינה חקיקה, והבדל זה גם הוא עשוי להוביל לתוצאות שונות.

ספרות המחקר כמעט אינה עוסקת בציות של שופטים לחוק. המחקרים הקיימים התמקדו באופן הציות ולא בעצם הציות. למשל, מחקרים מצאו כי בהקשרים רבים שופטים מפרשים את הדין באופן שאינו מתיישב עם תכליתו המקורית, באמצעות שימוש נרחב בחריגים הקבועים בדין. אולם מחקרים אלו אינם עוסקים ב"אי-ציות קשה", דהיינו הפרה מפורשת של הוראת חוק, אלא במה שהגדרנו לעיל "אי-ציות רך". לדוגמה, כמה מחקרים בחנו את היקף השימוש בסמכות לסטות מההנחיות הפדרליות לענישה בארצות הברית, והראו שבמחוזות שונים שם הנחיות הענישה נעקפות פעמים רבות באמצעות שימוש נרחב יחסית באותם חריגים.<sup>16</sup> מחקר אחר בחן את ההשפעה של הלכת Campbell על תחום זכויות היוצרים האמריקאי.<sup>17</sup> בעניין Campbell בית המשפט העליון של ארה"ב הפך, במידה רבה, את הלכת Sony,<sup>18</sup> שבה נקבעה חזקה כי שימוש בחומר מוגן לפי דיני זכויות יוצרים, למטרות מסחריות או לשם הפקת רווח, לא ייחשב לשימוש הוגן. כאמור, בעניין Campbell שונתה הלכה זו במפורש ונקבע שאין מקום עוד לחזקה כזאת, ובתי המשפט צריכים לאזן בין מכלול השיקולים הרלוונטיים בהחליטם אם השימוש ביצירה הוא הוגן. למרות זאת, המחקר הראה שבכ-7% מההחלטות של בתי המשפט הפדרליים בנושא המשיכו השופטים להסתמך על הלכת Sony הישנה שבוטלה.<sup>19</sup>

15 ראו למשל אהרן ברק "על תפקידי כשופט" משפט וממשל ז' 33, 51 (2004). לדבריו: "עקרון שלטון החוק חל בראש ובראשונה על השופטים עצמם [...] החופש הנתון למחוקק ליצור כלים חדשים אינו נחלתו של השופט. הקביעות שבאמצעותן אנו בונים את המבנים שלנו מוגבלות. כוחנו להגשים את תפקידנו מונח ביכולתנו לעצב מבנים חדשים באמצעות הקוביות הישנות".

16 Brian D. Johnson, Jeffery T. Ulmer & John H. Kramer, *The Social Context of Guidelines* 16  
Circumvention: The Case of Federal District Courts, 46 CRIMINOLOGY 737 (2008). ראו גם  
Stephen J. Schulhofer & Ilene H. Nagel, *Plea Negotiations under the Federal Sentencing*  
*Guidelines: Guideline Circumvention and its Dynamics in the Post-Mistretta Period*, 91 NW.  
U. L. REV. 1284 (1996).

17 *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

18 *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984).

19 Barton Beebe, *An Empirical Study of US Copyright Fair Use Opinions, 1978–2005*, 156 U.  
PA. L. REV. 549, 601–602 (2008). לפני הלכת Campbell כ-41% מההחלטות נומקו באמצעות אזכור  
הלכת Sony.

מחקר דומה במידת מה למחקרנו נערך בארצות הברית סמוך לאחר אימוץ הרפורמה הפדרלית לענישה שם.<sup>20</sup> עם חקיקת הרפורמה נדרשו שופטים פדרליים רבים ברחבי ארצות הברית לבחון את חוקתיות הרפורמה, שהכפיפה את שיקול הדעת השיפוטי בענישה להנחיות שנקבעו על ידי נציבות גזירת דין פדרלית. התקיפה של חוקתיות ההנחיות המשיכה עד שבית המשפט העליון החליט בעניין *Mistretta* כי ההנחיות חוקתיות.<sup>21</sup> המחקר לא מצא השפעה מובהקת של הגיל, הוותק, המוצא האתני-גזעי או המגדר של השופטים על הנטייה שלהם לקבוע שהרפורמה אינה חוקתית. אף שגם המחקר האמור בחן את השפעת המאפיינים של השופט על יישום רפורמה חדשה של הנחיות ענישה, אי-אפשר להסיק ממנו על מידת הציות, שכן לפני ההכרעה של בית המשפט העליון של ארצות הברית בסוגיה, לא הייתה תשובה ברורה לשאלה אם ההנחיות חוקתיות, ולכן לא הייתה הכרעה שהיה ניתן להגדירה כחוסר ציות.

מחקר כמותי מקיף על מידת הציות של שופטים נערך בענף משפטי אחר – בתחום המשפט המנהלי בארצות הברית.<sup>22</sup> המחקר בחן את השפעת הנטייה המפלגתית של שופטים בבתי משפט פדרליים לערעורים בארצות הברית (שנקבעה על פי זהות הנשיא שמינה אותם) על מידת הציות לתקדים של בית המשפט העליון בעניין *Chevron*,<sup>23</sup> הלכה שהתפרשה כמעניקה לרשות שיקול דעת נרחב יחסית בפירוש החוק בתחום סמכותה. החוקרים מצאו כי בית המשפט מאשר יותר את עמדת הרשות (דהיינו מקבל את שיקול הדעת של הרשות בהתאם להלכת *Chevron*) אם לפחות אחד השופטים בהרכב נוטה פוליטית לעמדה של הרשות. טענתם היא כי מספיק ששופט אחד יתמוך בעמדת הרשות כדי למנוע מההרכב לסטות מהתקדים. הם מסיקים ששופטי הרוב אינם סוטים מההלכה כאשר יושב עמם לדין שופט מיעוט העשוי לחשוף, באמצעות דעת מיעוט, את הסטייה. מנגד הם מרשים לעצמם לציית פחות להלכה כאשר כל שלושת שופטי ההרכב נוטים לעמדה פוליטית אחת המתיישבת עם אי-ציות לתקדים.

בעוד מחקר זה מראה קשר ברור בין אחד מהמאפיינים השיפוטיים (הנטייה המפלגתית) למידת הציות, החוקרים מבהירים גם כאן כי אי-אפשר לקבוע בנוגע למקרה פרטי זה או אחר אם השופטים צייתו להלכת *Chevron* אם לאו.<sup>24</sup> זאת מכיוון שגם הלכת *Chevron* לא אסרה על השופטים לקבוע שהרשות טעתה בפירוש החוק במקרים המתאימים. מסקנתם שהרכבים אחידים פוליטית מצייתים פחות לתקדים נובעת מכך ששיעור המקרים שבהם

Gregory C. Sisk, Michael Heise & Andrew P. Morriss, *Charting the Influences on the Judicial Mind: An Empirical Study of Judicial Reasoning*, 73 N.Y.U. L. REV. 1377 (1998) 20

*Mistretta v. United States* 488 U.S. 361 (1989) 21

Frank B. Cross & Emerson H. Tiller, *Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals*, 107 YALE L.J. 2155 (1998) 22

*Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) 23

“While one may disagree with the rationale and even question its sincerity, it is impossible to demonstrate conclusively that any particular opinion’s rationale for nondeference is insincere or disobedient. Nevertheless, the opinion may be disobedient, as conclusive demonstrations of sincerity are also lacking. By looking at a pattern of cases, we strive to test for disobedience” 24

הרכבים אלו קיבלו את שיקול דעתה של הרשות היה קטן יותר משיעור המקרים שהרכבים מעורבים עשו זאת. מטעם זה קשה לקבוע שאכן מדובר שם באי-ציות לתקדים ולא ביישום של התקדים שהושפע, שלא בהכרח במודע, מהטיה פוליטית.

אם נחזור לתחום הענישה, גם בישראל מחקרים הראו ששופטים שומרים על עצמאותם. כך, בשנת 2001 החליט בית המשפט העליון לדון בהרכב של שלושה שופטים בבקשת רשות ערעור על גזר דין בעבירה של הלנה, העסקה והסעת שוהים שלא כדין, "כדי להבהיר מה רמת הענישה הראויה בעבירות מהסוג הנדון". פסק הדין, שכונה אחר כך "הלכת ח'טיב", כלל הנחיה ברורה לענישה: "יש לגזור עליו [על מי שהורשע בעבירה זו] – ואפילו הוא אדם מן היישוב שעשה מעשיו מתוך תמימות או מחמת צורך דוחק כלשהו – עונש מאסר לריצוי בפועל בלי מתן אפשרות להמירו בעבודות שירות", אלא "בנסיבות היוצאות מגדר הרגיל", כאשר בפסק הדין הובהר שעבר נקי וכורח כלכלי אינם נסיבות כאלה.<sup>25</sup> למרות זאת, מחקר שבחן את מידת הציות להלכה הראה כי יותר מ-70% מגורי הדין שניתנו אחרי אותה החלטה, לא כללו עונש מאסר בפועל, עוד לפני שהלכת ח'טיב רוככה בהחלטה אחרת.<sup>26</sup> בדומה, מחקרים מראים שבתי המשפט לתעבורה אינם מציינים לחקיקה המחייבת הטלת עונשי מינימום של שנתיים פסילה בעבירה של נהיגה בשכרות, ולפסיקה שקבעה שככלל את העונש המזערי אין להתנות וכי החריגים המאפשרים סטייה מעונש זה מצומצמים מאוד. למעשה, מחקר אחד מצא כי כמעט ב-80% מהמקרים בית המשפט מטיל על המורשעים עונש קל מזה שקבוע בחוק.<sup>27</sup> מחקר אחר אישש ממצאים אלו גם באמצעות מדגם רחב בהרבה וגם בהסתמך על סקרים שנערכו בקרב עורכי דין.<sup>28</sup>

אך גם דוגמאות אלו, המלמדות כי שופטים סוטים פעמים רבות מרוחו של הדין, כמו הדוגמאות מארצות הברית, אינן עוסקות בסרבנות ברורה לציית לדין. אף שהתמונה הכוללת המצטיירת מריבוי השימוש בחריגים או מפירוש מוקשה שניתן להוראות הדין היא של אי-ציות, אין לומר בנוגע לשום החלטה בנפרד, כי השופט שהחליטה פעל בניגוד לדין. כך, ניתן לומר ששימוש בחריג שהיה אמור להיות שמור לנסיבות יוצאות מגדר הרגיל, בכ-70% מהמקרים, משקף אי-ציות, אולם קשה לקבוע באילו מהמקרים השימוש בחריג היה מוצדק על פי הדין ובאילו מהם הוא נבע מסירוב לציית. ייתכן שבכל אחד מהמקרים שבהם השופטים החליטו להישען על החריג, הם סברו שנסיבות אותו מקרה עומדות בקריטריונים של הפסיקה או החוק. בעוד התמונה הכוללת מבטאת שימוש יתר בחריגים, התבוננות בכל

25 רע"פ 5198/01 ח'טיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 769, פס' 4-5 לפסק דינו של השופט טירקל (2001).

26 Oren Gazal-Ayal, Hagit Turjeman & Gideon Fishman, *Do Sentencing Guidelines Increase Prosecutorial Power: An Empirical Study*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 131 (2013) הנתונים מתייחסים לתקופה שלאחר מתן פסק הדין בעניין ח'טיב ולפני שההלכה רוככה במידה מסוימת ברע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.2.2006).

27 שומרון מויאל ומימי אייזנשטדט "פערי ענישה בעבירות נהיגה בשכרות" משפטים מד 933, 955 (2015).

28 אברהם טננבוים "הענישה בישראל על נהיגה בשכרות – מבט אמפירי" מאזני משפט יא 321 (2016). למעשה, אם בוחנים רק גזרי דין של נאשמים שנדונו בנוכחותם, עולה כי שופטי התעבורה חרגו מהעונש המזערי בכ-88% מהמקרים.



פסק דין בנפרד, שבו בחר בית המשפט להישען על החריג הקבוע בדין, לא בהכרח מלמדת על סרבנות לציית.

עם זאת, כפי שהראה מת'יו טוקסון,<sup>29</sup> ישנם גם מחקרים אחדים החושפים קיומה של סרבנות שיפוטית ברורה לציית, דהיינו החלטות הסוטות מחובה מוסכמת וברורה הקבועה בדין. כך, מחקר אחד הראה שיעורים גבוהים של אי-ציית של שופטים לכללים להנחיית המושבעים בארצות הברית.<sup>30</sup> המחקר, שהסתמך על סקר שנערך בקרב שופטים, עורכי דין ובעלי משרה בבתי המשפט, הראה שרבים מהכללים החדשים בתחום ניהול המושבעים אינם מקוימים. מחקר אחר בחן את יישומו של חוק שנועד להתמודד עם בקשות חסרות בסיס להגשת תובענות ייצוגיות. החוק קבע כי בתום כל הליך על השופט לציין במפורש בנוגע לכל אחד מעורכי הדין ומהצדדים, אם הוא הגיש בקשות מטעמים פסולים ואם בקשותיו היו מבוססות מבחינה משפטית וראייתית. נמצא כי ברוב המקרים בתי המשפט מתעלמים מהוראה זו, ככל הנראה בשל הזמן והמשאבים הדרושים לקבלת הכרעה שהצדדים אינם מעוניינים בה כלל.<sup>31</sup> מחקר אמריקאי מצא כי 30% מהמורשעים בעבירות נהיגה בשכרות באינדיאנה וניו מקסיקו, ריצו עונש נמוך מיומיים מאסר בפועל – עונש המינימום הקבוע בחוק – אף שהחוק שם, שלא כבישראל, לא התיר לשופטים לחרוג מעונש זה.<sup>32</sup>

מעניין לציין כי למעט המחקר האחרון, המחקרים הספורים שהציגו מקרים של אי-ציית קשה של שופטים, עסקו כולם באי-ציית להוראות דיוניות המופנות כלפי שופטים. גם המחקר שלנו מתמקד בהוראה דיונית כזאת, שכן ענייננו הוא אופן כתיבת ההנמקה של גזר הדין. מובן שהפרוצדורה עשויה להשפיע על המהות, ויתכן ששופטים שלא צייתו להוראות הדיוניות, גזרו גם עונש שונה מזה שהיו גוזרים אילו היו מציינים לחוק. אף שיש בסיס לחשש שהשופטים מסרבים גם לאמץ את השינויים המהותיים שנקבעו בחוק,<sup>33</sup> הרי לאור הרקע התיאורטי כמו גם המיקוד של המחקר הזה, לא יהיה אפשר להסיק ממצאיו לעניין רמות הציית לחוקים שאינם דיוניים. מצד שני, דווקא לבחינת מידת הציית של השופטים לחוקים דיוניים המופנים כלפיהם כשופטים (להבדיל מאכיפת דין מהותי המופנה כלפי הצדדים המתדיינים) חשיבות מיוחדת, שכן שופטים לא אחת מבקרים גופים שלטוניים אחרים המתעלמים מחקיקה, גם דיונית, המופנית כלפי אותם גופים, ולכן היה ניתן לצפות שהם יקפידו יותר לקיים הוראות המופנות במישרין אליהם.

מכל מקום, בשל מיעוט המחקרים החושפים סרבנות שיפוטית כזאת, התפיסה המקובלת היא כי במקרי הוראת חוק מפורשת המכוונת כלפי השופטים, הם יצייתו לה.<sup>34</sup> גם המחקרים

29 Matthew Tokson, *Judicial Resistance and Legal Change*, 82 U. CHI. L. REV. 901 (2015)  
 30 Paula L. Hannaford-Agor, *Judicial Nullification? Judicial Compliance and Non-Compliance with Jury Improvement Efforts*, 28 N. ILL. U. L. REV. 407, 419 (2007)  
 31 ראו Tokson, לעיל ה"ש 29, בעמ' 936–940.  
 32 H. Laurence Ross & James P. Foley, *Judicial Disobedience of the Mandate to Imprison Drunk Drivers*, 21 LAW & SOC'Y REV. 315 (1987)  
 33 ראו טקסט להלן ליד ה"ש 65–67.  
 34 לסקירת הגישה המקובלת, תוך התמקדות בסוגיית הציית של ערכאות משפט לתקדימים של בית המשפט העליון בארצות הברית ראו Tokson, לעיל ה"ש 29, בעמ' 905–907.

המעטים הקיימים בתחום זה, הסתפקו בהצגת קיומם של חוקים שלהם נמצאה רמה גבוהה של אי-ציות שיפוטי, ולא עסקו כלל במאפיינים של השופטים ובקשר בינם ובין מידת הציות שלהם לחקיקה. כך טרם נבחן הקשר בין גיל השופט, מוצאו האתני, המגדר ומאפיינים נוספים למידת הציות שלו לכללים.

### 3. השפעת הגיל, המגדר והמוצא האתני על מידת הציות

כאמור, מחקרים על אי-ציות שיפוטי לא בחנו את השפעת מאפייני השופטים על מידת הציות. גם במחקרים שניתחו התנהגות של עובדי ציבור אחרים, השפעת המשתנים האישיים של מקבל ההחלטות – כגון גזע, מוצא אתני, מגדר וגיל – על עיצוב הכללים בארגונים ציבוריים והציות להם, כמעט לא נבחנה.<sup>35</sup> שנון פורטילו ערכה את אחד המחקרים היחידים שבחנו סוגיה זו.<sup>36</sup> היא ראינה פקידים מקבוצות גיל, מגדר וגזע שונות, בניסיון לאמוד את מידת ההישענות שלהם על הכללים הפורמליים לביסוס סמכותם. מהראיונות היא הסיקה כי לציות לכללים משמעות דואלית, כיוון שמחד גיסא הכללים מעניקים עוצמה לפקיד, ומאידך גיסא, נראות של מחויבות כלפיהם פוגמת בתדמית הפקיד בעיני הציבור. תופעה זו כונתה במחקר "פרדוקס הכללים".<sup>37</sup> התיאוריה שהציעה פורטילו התבססה על ספרות מחקר שלפיה הציות לכלל נועד לפצות על חולשה יחסית של הביורוקרט בתוך הארגון.<sup>38</sup> יתרה מזו, היא זיהתה כי פקידים גברים, לבנים, בגיל העמידה (המשתייכים לכאורה לקבוצות חזקות יותר), כמעט אינם דנים בכללים במישרין, עובדה שמאפשרת להם להפעיל את שיקול דעתם. מאחר שפרטי הכללים אינם נדונים באופן ספציפי, קל יותר "לכופף" אותם.<sup>39</sup> לעומתם, נשים, אנשים כהי עור וצעירים, דנים כדבר שבשגרה בכללים ומשתמשים באמירות פורמליות של הסמכות הביורוקרטית כבסיס לסמכות הארגונית. האינטראקציה הישירה הזאת עם כללים מספקת לפקידים משאבי עוצמה לגיוס סמכות,<sup>40</sup> אך היא גם

35 ניתן למצוא כמה מחקרים שבחנו את השפעת המגדר על מידת הציות לכללים והנטייה לכופף אותם. ראו Shannon Portillo & Leisha DeHart-Davis, *Gender and organizational Rule Abidance*, 69 PUBLIC ADM. REV. 339 (2009), אולם כמעט אין מחקרים שהתמקדו במאפיינים אחרים שבהם אנו עוסקים במחקר זה, כמו גיל, ותק ומוצא אתני.

36 Shannon Portillo, *The Paradox of Rules: Rules as Resources and Constraints*, 44 ADM. & SOC. 87 (2012). החוקרת ערכה ראיונות מובנים למחצה עם 49 גורמים ממשלתיים משמונה רשויות מקומיות ושבע מחלקות משטרתיות. כ"צעירים" הוגדרו נשאלים שגילם מתחת ל-30 מקרב הביורוקרטים ברשויות המקומיות, ומתחת ל-25 מקרב השוטרים. הנשאלים נחלקו לשתי קבוצות: המשתייכים לסטטוס חברתי נמוך מסורתית (כהי עור, נשים, צעירים) והמשתייכים לסטטוס חברתי גבוה (גברים, לבנים, בגיל העמידה). הנשאלים יכלו להשתייך ליותר מקבוצה אחת בעלת סטטוס נמוך. כמו כן, בהנחה שהיכללות בקבוצה של סטטוס גבוה במובן אחד, אינה שוללת את ערכה של ההיכללות בקבוצת סטטוס נמוך – כללה החוקרת בקבוצת הסטטוס הנמוך כל מי שהשתייך לאחת משלוש הקבוצות (כלומר נשים, כהי עור או צעירים).

37 שם, בעמ' 104.

38 שם; Portillo & DeHart-Davis, לעיל ה"ש 35. נראה שטיעונים דומים הושמעו במחקרים מוקדמים יותר, לא מעט בהקשר של מיקומן של נשים בארגונים. ראו למשל ROSABETH M. KANTER, *MEN AND WOMEN OF THE CORPORATION* (1977).

39 ראו Portillo, לעיל ה"ש 36, בעמ' 104.

40 שם.

מגבילה את שיקול הדעת בדרכים ייחודיות לסטטוס החברתי של הפקידים.<sup>41</sup> מאחר שטענת הסמכות של המשתייכים לקבוצות חזקות פחות, מאותגרת לעתים תכופות יותר, וכיוון שאינם יכולים להסתמך על סטטוס חברתי כהגנה, עליהם להסתמך על כללים וזכויות רשמיות.<sup>42</sup> הממד הפורמלי של הסמכות הופך אותה לפתוחה לביקורת, ועל כן מעמיד את הפקידים בפני פרדוקס של כללים: עליהם להסתמך על כללים פורמליים כמפתח לסמכותם, אך הסתמכות זו הופכת את הנראות של סמכותם למלאכותית.<sup>43</sup> ייתכן גם שחולשת הנטייה של שופטים ותיקים או מבוגרים לציית לחוק נובעת מקושי שלהם, כמי שפעלו שנים רבות יותר על פי השיטה הישנה, להתאים את דרך פעולתם לשינוי.<sup>44</sup>

יש לציין כי כמו מרבית המחקרים בתחום, גם המחקר של פורטילו היה מחקר איכותני. המחקר הסתמך על ראיונות עם 25 פקידים ו-24 שוטרים, ורק מעטים מהם היו צעירים, שחורים או נשים. כמו מחקרים אחרים בתחום, המחקר לא בחן את ההחלטות שקיבלו הנבדקים אלא דיווח עצמי שלהם על פעולתם.

לא מצאנו מחקרים שבחנו את השפעת הוותק של הפקיד על מידת הצייות שלו לכללים. ניתן לסבור כי ככל שמדובר בכללים חדשים יותר, לפקידים ותיקים יהיה קושי רב יותר לאמץ אותם, עקב ההרגלים הוותיקים שלהם. לאור ממצאיה של פורטילו, פקידים ותיקים עשויים גם להרגיש בעלי סמכות עצמאית, ולכן להרגיש כפופים פחות לאותם כללים, שהפקידים החדשים יותר במערכת יחששו להפר. עם זאת, כאמור, אין בידינו מחקרים קודמים שבחנו משתנה זה.

בנושא החלטות שופטים ישנם מחקרים שבחנו את השפעת הגיל על חומרת העונש שהם מטילים,<sup>45</sup> כמו גם על יעילותם,<sup>46</sup> וממצאיהם אינם אחידים. מכל מקום, לא מצאנו כאמור

41 ש.ם.

42 ש.ם. לפי Portilo, סמכותם היא לכן פורמלית יותר מאי-פורמלית, מפורשת יותר ממשמעת.

43 יש טענות שלפיהן אף שלבירוקרטים יש פוטנציאל לציית או להתנגד לכלל בכל מצב נתון, הם בוחרים זהות אחת עקובה. ראו למשל Zachary W. Oberfield, *Rule Following and Discretion at Government's Frontlines: Continuity and Change during Organizational Socialization*, 20 J. PUB. ADMIN. RES. & THEORY 735, 753 (2010).

44 השו. Cornelia Niessen, Christine Swarowsky & Markus Leiz, *Age and Adaptation to Changes in the Workplace*, 25 J. MANAGE. PSYCHOL. 356 (2010) (מראים באמצעות מחקר המבוסס על שאלונים שעובדים מבוגרים יותר מתקשים יותר להתאים עצמם לשינויים בארגון).

45 ראו למשל Brian D. Johnson, *The Multilevel Context of Criminal Sentencing: Integrating Judge and County – Level Influences*, 44 CRIMINOLOGY 259 (2006) מחמירים יותר, ומנגד השו. Martha A. Myers, *Social Background and the Sentencing Behavior of Judges*, 26 CRIMINOLOGY 649 (1988), שמצאה כי שופטים מבוגרים יותר דווקא מחמירים יותר.

46 ראו למשל Joshua C. Teitelbaum, *Age, Tenure and Productivity of the US Supreme Court: Are Term Limits Necessary?*, 34 Fla. St. U. L. Rev. 161 (2006) מידת היעילות של בית המשפט העליון); RICHARD A. POSNER, *AGING AND OLD AGE*, ch. 8 (1995), שמצא כי יעילותם של שופטים אכן נפגעת עם הגיל, אולם רק כשהם מגיעים לגילאים מבוגרים מאוד, של שמונים שנה לפחות; Mita Bhattacharya & Russell Smyth, *Aging and Productivity Among Judges: Some Empirical Evidence from the High Court of Australia*, 40 AUSTL. ECON. PAPERS 199, 209–210 (2001) (מצאו שהפרודוקטיביות של שופטים עולה עם השנים ואז יורדת כשהם מתקרבים לגיל פרישה).

מחקרים שבחנו את השפעת הגיל על הציות של שופטים לחוק או על המהירות שבה הם מסתגלים לדין חדש.  
מחקר זה מבקש למלא את החסר האמור באמצעות בדיקת מידת הציות של שופטים, והמשתנים המשפיעים על מידת הציות לחוק חדש המופנה כלפיהם במישורין – תיקון 113 לחוק העונשין.

#### 4. תיקון 113 לחוק העונשין

תיקון 113 לחוק העונשין קבע לראשונה שיטה מסודרת ומובנית לגזירת הדין. עובר לתיקון לא היו בחוק הוראות באשר לשיקולים האמורים להנחות שופטים בקביעת העונש ובאשר לאופן שקילתם. חוץ מהחובה הכללית לנמק את גזר הדין, שנקבעה בפסיקה, נהנו השופטים מחופש רחב בגזירת הדין.

התיקון הביא למהפכה בהליך גזירת הדין. מבחינת הדין המהותי, הוגדרו בתיקון השיקולים לגזירת הדין: הלימה,<sup>47</sup> שיקום,<sup>48</sup> הגנה על שלום הציבור<sup>49</sup> והרתעה,<sup>50</sup> ופורטו בו הנסיבות האמורות להשפיע על גזירת הדין.<sup>51</sup> מבחינה ראייתית נקבעה מידת ההוכחה הנדרשת לביסוס הנסיבות האמורות.<sup>52</sup> מבחינה דיונית, וזה העיקר לענייננו, נקבעה בתיקון שיטה מפורטת לקביעת גזר הדין. בשלב הראשון על השופט לקבוע את מתחם העונש ההולם, דהיינו טווח מזערי ומרבי של עונשים אפשריים, בהתאם לחומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם.<sup>53</sup> בשלב השני על השופט לקבוע אם לחרוג מהמתחם שנקבע מטעמי שיקום או הגנה על הציבור, ואם החליט שלא לחרוג, בשלב השלישי עליו לקבוע את העונש בתוך המתחם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה (כגון עברו הפלילי של הנאשם ושיקולים אחרים הקשורים בו ובמשפחתו).<sup>54</sup> כל השלבים הללו חייבים להיות מפורטים בהחלטה הכתובה, כחלק מחובת ההנמקה הקבועה בחוק.<sup>55</sup>

החוק התקבל בחוסר אהדה בולט בקרב השופטים.<sup>56</sup> חלק מהביקורת עסק במרכיבים המהותיים של החוק, אולם דברי הביקורת העיקריים הוטחו בסרבול הרב שהחוק יוצר והזמן הרב שנדרש כעת לכתיבת כל גזר דין. נשיאת בית המשפט המחוזי בתל אביב, השופטת דבורה ברלינר, ביקרה את החוק על העומס שהוא ייצור, ביחוד בבתי משפט השלום שבהם השופטים נדרשים לכתוב גזרי דין רבים.<sup>57</sup> היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, ומי שכיום מכהן כשופט בית המשפט העליון מני מזוז אמר שהחוק יגרום לסרבול

47 ראו ס' 40 לחוק העונשין.

48 ראו ס' 40 לחוק.

49 ראו ס' 40 לחוק.

50 ראו ס' 140-ז לחוק.

51 ראו ס' 40ט, 40יא לחוק.

52 ראו ס' 40 לחוק.

53 ראו ס' 40ג(א) לחוק.

54 ראו ס' 40ג(ב) לחוק.

55 ראו ס' 40יד לחוק.

56 הילה רו "השופטים נגד החוק לצמצום שיקול דעתם בענישה: מסובך ולא ישים" TheMarker, <https://goo.gl/vckNs6> (22.5.2012).

57 שם.

ההליך וריבוי ערעורים, ולא ישיג את מטרת החוק העיקרית – אחידות בענישה.<sup>58</sup> השופט דוד רוזן כתב בגזר הדין בפרשת הולילנד כי לדעתו בית המשפט צריך לשקול את העקרונות הקבועים בחוק, אך כיוון שמלאכת גזירת הדין היא עדינה, הוא אינו אמור לפעול על פי המסגרות הנוקשות המוגדרות בתיקון לחוק.<sup>59</sup> הגדיל לעשות שופט בית המשפט העליון אורי שהם שתקף את הסרבול שכרוך בגזירת הדין על פי החוק, את "בזבוז הזמן והמשאבים" שהוא מסב, וכינה אותו "תקלה חקיקתית" וחוק שאין לו תוחלת ואשר על הכנסת לשנותו.<sup>60</sup>

גישה ביקורתית זו עלתה גם משאלונים שהופנו לשופטים בנושא התיקון. כך, כל השופטים שהשיבו על השאלונים במחקרה של הדר מסורי, שבחן את יחסם לתיקון, הגיבו בשלילה כלפיו. שופט אחד ציין כי "התיקון הפך את גזירת הדין למסורבלת"; אחר כתב כי גזר הדין הנכתב כיום מחייב כתיבה טכנית וההנמקה מכבידה וגוזלת זמן מיותר; שלישי כתב כי "התיקון גורם להתמשכות זמן כתיבת גזירת הדין" ורביעי ציין כי "זמן הכתיבה הוכפל אם לא שולש"; שופט אחר ציין בשאלון כי "ההשפעה המשמעותית ביותר אינה כלל וכלל במישור המהותי אלא אך בנטל הבלתי נסבל והמיותר המוטל על השופט בעת גזירת הדין". ממחקר זה עולה שהביקורת בקרב השופטים על התיקון, ובייחוד על הסרבול והעומס שהוא יוצר, היא רחבה וגורפת.<sup>61</sup>

עם זאת, בפסיקה עצמה הקפידו השופטים לקבוע כי למרות הביקורת, כל עוד החוק קיים הוא מחייב את בתי המשפט. בכמה פסקי דין הבהירו בית המשפט העליון ובתי משפט אחרים, כי החוק האמור מכוון לשופטים, וכי למרות הביקורת עליו, הם נדרשים לקיימו כ"גזירת הכתוב".<sup>62</sup> בית המשפט העליון גם קבע בכמה פסיקות מנחות כיצד על הערכאות הדיוניות ליישם את החוק,<sup>63</sup> וציין במפורש כי יש לקבוע מתחם ענישה בכל תיק ותיק, גם אם הצדדים הגיעו להסדר טיעון לעניין העונש.<sup>64</sup>

58 ראו משה גורלי "נאמן: אני לא הייתי עובר היום את בחינות הלשכה" כלכליסט (21.5.2012) <https://goo.gl/tWfP4J>.

59 ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מדינת ישראל נ' צרני, פס' 14 לפסק דינו של השופט רוזן (פורסם בנבו, 13.5.2014). ראו גם "פרשת הולילנד: גזר הדין המלא" הארץ (13.5.2014) <https://goo.gl/Rsbqpf>.

60 איתמר לוין "שופט ביהמ"ש העליון אורי שהם: הבניית שיקול הדעת בענישה – תקלה חקיקתית" מחלקה ראשונה – News1 (26.5.2014) <https://goo.gl/WcWjyS>.

61 הדר מסורי מבט קונסטרוקטיביסטי על הרפורמה להבניית שיקול הדעת השיפוטי במקרה של עבירות התעללות בילדים: רטוריקה או מהות? 49–50 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 2016).

62 ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 4.12.2013) ("אין אני נכנס כאן לסוגיה האם תיקון 113 השיג את מטרתו וכן לקשיים שהוא מעורר ולביקורת, שנמתחת עליו הן באקדמיה והן בפרקטיקה, שהרי אנו כפופים, כמובן, למצוות המחוקק, שהיא בבחינת 'גזירת הכתוב' [...]") (להלן: ע"פ 512/13). ראו עניין צרני, לעיל ה"ש 59, פס' 14 לפסק דינו של השופט רוזן, אשר לאחר הטחת ביקורת בחוק כתב: "תהא דעתי אשר תהא, עם כל הכבוד לעמדתך, כל עוד לא קבע המחוקק אחרת – הנני מצווה להרכיז את ראשי ולפעול במתווה החוק הקיים [...]".

63 לפסקי דין מנחים של בית המשפט העליון בעניין יישום החוק ראו ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013); ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.10.2014).

64 ראו ע"פ 512/13, לעיל ה"ש 62, פס' 12–19 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ח' מלצר (יש לקבוע את מתחם הענישה גם כאשר נערך הסדר טיעון כדי להבטיח שקיפות, פומביות הדיון וכדי לאפשר בקרה

חוסר האהדה של בתי המשפט לחוק נגע לאופן יישומו כמובנים מהותיים יותר מזה של קביעת המתחם. בתי המשפט, ובכללם בית המשפט העליון, התקשו לקבל את השינויים המהותיים שניסה המחוקק להשיג. כך, המחוקק ביקש להעלות את קרנו של השיקום בתוך שיקולי הענישה. התיקון קבע כי בעבירות שאינן בעלות חומרה יתרה, בית המשפט רשאי לגזור את עונשו של הנאשם על פי שיקולי שיקומו אם הוכח סיכוי של ממש לשיקום. בתי המשפט, מנגד, קבעו כבר בשלבים מוקדמים כי גם כאשר יש סיכוי של ממש לשיקום, וגם כשאין חומרה יתרה, בכל זאת יוטלו עונשי מאסר על נאשמים גם אם מאסר כזה יפגע בשיקומם.<sup>65</sup> בדומה, הנחיית החוק לחרוג מהמתחם לחומרה כאשר יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, זכתה להתעלמות כמעט מוחלטת בפסיקה. מחקר שבחן אמפירית את יישום החוק, לא מצא ולו גזר דין אחד שבו חרג בית המשפט מהמתחם מטעמי הגנה על הציבור.<sup>66</sup> גם דרישת המחוקק להגביל עד מאוד את מעמדו של שיקול ההרתעה לא זכתה ליחס אוהד בפסיקה. הצעת החוק אמנם הבהירה כי אין בידע המחקרי הקיים בסיס מספק להנחה כי החמרה בענישה מקדמת הרתעה כללית או אישית, ולכן נקבע בחוק כי שיקולי ההרתעה יובאו בחשבון רק אם הוכח "סיכוי של ממש" כי ההחמרה תקדם הרתעה, אולם בתי המשפט המשיכו כבעבר לציין את שיקול ההרתעה כבסיס להחמרה בענישה, בלי לציין, ולו כדי לצאת ידי חובת החוק, שהתנאי של "סיכוי של ממש" להרתעה התקיים.<sup>67</sup> אולם בחינת יישום החוק מבחינה מהותית אינה פשוטה. אף שסביר להניח שמידת השימוש בשיקולי ההרתעה רבה מדי, ומידת השימוש בשיקולי השיקום וההגנה על הציבור קטנה מזו שנדרשה על פי רוח החוק, אי-אפשר לקבוע בנוגע לכל החלטה בנפרד, אם בית המשפט הפר את החוק בבחירת השיקולים שהנחו אותו. המחוקק לא שלל את שיקול הדעת השיפוטי אלא ביקש להגבילו או להרחיבו באמצעות ביטויים כמו "סיכוי של ממש" או "חשש ממשי", שהפירוש שלהם ואופן יישומם בכל מקרה ומקרה נתון לשיקול דעת שיפוטי. גם את ההתעלמות מהדרישה להראות "סיכוי של ממש" אי-אפשר להגדיר בכל

עמוקה יותר של הסדרי הטיעון הן בשלבי עריכתם והן בשלבי אישורם בפני בית המשפט); ע"פ 9246/12 חמאיסה נ' מדינת ישראל, פס' ח' לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 24.3.2014) ("קביעת מתחם הענישה היא מצוות המחוקק בכל תיק [...]"); ע"פ 5953/13 מדינת ישראל נ' דויד, פס' 20 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 6.7.2014) ("על בית המשפט לקבוע תחילה את מתחם הענישה בהתאם להוראות הדין ולמדיניות הענישה הנוהגת, בשלב הבא, להשוותו לטווח הענישה עליו הסכימו הצדדים, וככל שהטווח מאושר – לקבוע את העונש בהתחשב בהסדר הטיעון"). אך ראו, לאחרונה, פקפוק בנוגע לחובה לקבוע מתחם במקרים שבהם נערך הסדר טיעון לעונש, בע"פ 2524/15 שפרנוביץ' נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו 8.9.16) ("תיקון 113 אינו כולל הוראה מפורשת בדבר קביעת מתחם העונש בהתקיים רף או טווח ענישה מוסכם במסגרת הסדר טיעון, וטרם גובשה הסכמה כללית לכך בפסיקה").

65 ראו אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית ביניש 539, 546-548 (קרן אזולאי ואח' עורכים, 2016); ע"פ 6943/16 גלקין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 28.1.2018) (בו נקבע כי אף שלפי גישה אחת בפסיקה חובה לקבוע מתחם עונש הולם גם כאשר נערך הסדר טיעון לעונש, "ישנן גם גישות אחרות באשר לנדרש מן הערכאה המבררת ביחס לקביעת עונש במסגרת הסדר טיעון הכולל טווח ענישה מוסכם").

66 קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "ההשפעה של תיקון החוק בעניין הבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" עיוני משפט לח 221, 252 (2016).

67 ראו גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם", לעיל ה"ש 65, בעמ' 546-547.

מקרה ומקרה כאי-ציות לחוק, שכן ייתכן שבית המשפט בחן את התקיימות התנאי ורק נמנע מלציין זאת בגזר הדין.

מנגד, בחינת הציות להוראה הטכנית יחסית של קביעת מתחמים פשוטה בהרבה. על פי החוק, בהליך גזירת הדין על בית המשפט לקבוע בשלב הראשון את מתחם העונש ההולם ולפרטו בהחלטה הכתובה.<sup>68</sup> אין בחוק כל סייג להוראה זו. גם בפסיקות המנחות של בית המשפט העליון בנושא, בתי המשפט מונחים במפורש לקבוע מתחם בכל גזר דין. לכלל האמור אין חריג. לפיכך ניתן לקבוע בכירור אם בית המשפט ציית לחוק או הפר אותו, בכל מקרה ומקרה. בדרך זו, תיקון 113 לחוק נותן בידינו הזדמנות חריגה לבחון את הנטייה של שופטים לציית לחוקים שאינם מקובלים עליהם, כמו גם לבחון אילו שופטים מפרים את החוקים יותר, ובאילו תנאים החוק מופר יותר.

## ב. מחקר 1 – הציות לחוק בבתי משפט השלום

### 1. השערות המחקר

המחקר הראשון בחן את היקף הציות לחוק בקרב שופטי בתי משפט השלום. ארבע השערות נבחנו במחקר זה:

1. שופטים לא תמיד מצייתים לחוק – שופטים אמונים על הציות לחוק והאתוס שלהם אמור להובילם לציית לו גם כאשר הדבר אינו לרוחם. נוסף על כך, פרסומן הפומבי של ההחלטות השיפוטיות צפוי לרסן נטייה של שופטים להתעלם מהחוק. למרות זאת השערת המחקר היא כי כמו בעלי משרה אחרים, שופטים יראו עצמם לעיתים כמי שמכירים טוב יותר מהמחוקק את צורכי המערכת, ולכן לעיתים יבחרו שלא לציית לחוק, בייחוד כשמדובר בחוק דיוני המטיל עליהם עומס שנתפס בעיניהם כמיותר. כפי שהראינו לעיל, שופטים רבים לא אהדו את השינוי. סלידה דומה של שופטים מהתערבות המחוקק בשיקול הדעת השיפוטי בענישה ניכרת גם במקומות אחרים בעולם.<sup>69</sup> האתוס המקצועי של כפופות לחוק ידחה לפחות בחלק מהמקרים מפני התפיסה הפרופסיונלית של שופטים, שאין מקום להתערבות חקיקתית בסמכותם לאזן בין שיקולי הענישה בכל מקרה ומקרה,<sup>70</sup> ומפני התפיסה כי אין מקום לסרב את הליך גזירת הדין בהוראות המוסיפות על עומס העבודה המוטל עליהם.

68 ראו ס' 40 לחוק.

69 ראו למשל Mandeep K. Dhahi, *Sentencing Guidelines in England and Wales: Missed Opportunities*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 289, 301 (2013) (מראה ששופטים באנגליה שנשאלו על הסכמתם לטענה כי הנחיות הענישה מועילות, נתנו בממוצע ציון של 3.5 בסולם של 5–1); Tokson, לעיל ה"ש 29, בעמ' 954 (שופטים פדרליים בארצות הברית התנגדו להנחיות הענישה כשאלה נחקקו, סברו שהן מגבילות מדי את שיקול הדעת שלהם, ועד החלטת בית המשפט העליון לאשר את ההנחיות, רוב השופטים שדנו בנושא פסלו את ההנחיות כבלתי חוקתיות).

70 ראו גם חיים כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א 9, 21 (1990) המבקר גישה זו באומרו "אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושיקולות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מיד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא עניין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש".

2. שופטים מבוגרים יותר, גברים ויהודים יצייתו פחות לחוק – בהסתמך על ממצאיה של פורטילו לעיל,<sup>71</sup> שיערנו כי שופטים מבוגרים יותר, גברים ויהודים, דהיינו שופטים מקבוצה חזקה, ירשו לעצמם לציית פחות לכללים, ולכן יקבעו פחות מתחמים. שופטים ותיקים (ולכן לרוב מבוגרים יותר) יצייתו פחות לחוק גם מכיוון שהם מורגלים בגזירת הדין במתכונת הישנה, בלי כפיפות למבנה ההנמקה החדש שנקבע בתוקף החוק, וככל שהם ותיקים יותר, כך יקשה עליהם יותר לשנות את ההרגלים.<sup>72</sup> מנגד, שיערנו ששופטים חדשים יותר ינסו להוכיח עצמם יותר ולהציג את יכולותיהם להתמודד עם החוק הסבוך, למרות הנטל שהדבר מסב.
3. ככל שיחלוף זמן רב יותר מחקיקת החוק, מידת הציות לו תפחת – השפעת חלוף הזמן עשויה לפעול בשני מישורים שונים. מחד גיסא, ככל שחולף זמן, החוק מושרש טוב יותר במערכת, ולכן יש לצפות שהציות לו יגבר. מאידך גיסא, ככל שחולף זמן מחקיקת החוק, התברר יותר כי גם שופטי בית המשפט העליון מביעים מורת רוח מהחוק, וכי למעשה גם בית המשפט העליון אינו מציית לחוק, ובפסיקותיו הוא אינו מבקר שופטים שאינם מצייתים לחוק. הערכנו כי הרוח הנושבת מבית המשפט העליון תאותת לשופטי בתי משפט השלום כי אין צורך לציית לחוק, ולכן תגרום לצמצום הציות לו ככל שיחלוף זמן מעת חקיקתו.
4. כאשר הצדדים עורכים הסדר טיעון לעונש, השופטים יצייתו פחות לחוק – כאשר הצדדים עורכים הסדר טיעון לעונש, הסיכוי לערעור נמוך יותר. הדבר נכון בייחוד בהסדר טיעון "סגור" שבמסגרתו הצדדים מציעים עונש מוסכם ומבקשים מבית המשפט להטילו. כאשר בית המשפט מקבל את המלצת הצדדים (כפי שקורה כמעט בכל הסדרי הטיעון), הסיכוי שיערערו על גזר דין כזה נמוך מאוד. אמנם הפסיקה הבהירה כי גם כאשר נערך הסדר טיעון לעונש, על בית המשפט לבחון את ההסדר למול הוראות החוק,<sup>73</sup> אולם החשש שהחלטת בית המשפט תעמוד לביקורת של ערכאה גבוהה יותר קטן במידה ניכרת במקרים אלו. יתר על כן, הפסיקה הברורה המעודדת את בתי המשפט לקבל את המלצות הצדדים בהסדרי טיעון, עשויה לגרום לשופטים לסבור שהניתוח הארוך שקבוע בחוק מיותר, משום שהתוצאה הסופית של ההליך ידועה. ייתכן גם שהיו שופטים שסברו שאין חובה לקבוע מתחמים במקרים שבהם הצדדים ערכו הסדר טיעון לעונש, לפחות עד שבית המשפט העליון יכריע אחרת.<sup>74</sup> לפיכך שיערנו כי במקרים שבהם הצדדים ערכו הסדר טיעון לעונש, בית המשפט יציית פחות לחוק, ויקבע פחות מתחמי ענישה.

71 ראו Portillo, לעיל ה"ש 36.

72 ראו דברי אוליבר וונדל הולמס שציין זאת באומרו: "Judges commonly are elderly men, and are more likely to hate at sight any analysis to which they are not accustomed, and which disturbs Oliver Wendell Holmes, *Law in Science* ) repose of mind, than to fall in love with novelties" (and *Science in Law*, 12 HARV. L. Rev. 443, 455 (1899)).

73 ראו ע"פ 512/13, לעיל ה"ש 62; עניין חמאיסה, לעיל ה"ש 64; ע"פ 3659/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו 24.3.2014); ע"פ 6371/12 שלום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.12.2013). אך ראו עניין שפרנוביץ', לעיל ה"ש 64, שם, למרות ההפניה לעניין פלוני, נקבע כי טרם גובשה הסכמה כללית בסוגיה.

74 עניין שפרנוביץ', שם.



**2. שיטת המחקר****(א) כלי המחקר**

המחקר מבוסס על נתונים שהופקו ממאגרי המידע המשפטיים "נבו", "תקדין", "פדאור" ו"נט המשפט". המדגם כולל 585 גזרי דין של 70 שופטי בתי משפט השלום בכל רחבי הארץ, שניתנו מיום 1.1.2013 ועד יום 26.2.2015 (45 שופטים, 25 שופטות, 63 שופטים יהודים ו-7 שופטים ערבים). התיקון לחוק נכנס לתוקף ביום 10.7.2012, ובכל מקרה שבו הכרעת הדין ניתנה אחרי כניסת החוק לתוקפו, נדרש השופט לגזור את הדין בהתאם להוראות החוק. אם בעת הדגימה עלה כי הכרעת הדין ניתנה קודם לכניסת החוק לתוקפו (ולכן השופט לא היה חייב לפעול על פי החוק), גזר הדין לא נדגם (וכיוון שנדגמו רק גזרי דין שניתנו לפחות חצי שנה לאחר כניסת החוק לתוקפו, רק גזרי דין אחדים לא נדגמו מסיבה זו). המדגם כלל את כל שופטי השלום שנמצא כי הטילו עונשי מאסר בתקופה האמורה. מכל שופט או שופטת נאספו לכל היותר עשרה גזרי דין, וכך ממוצע גזרי הדין לשופט עומד על 8.357. במדגם נכללו רק גזרי דין שהוטל בהם עונש מאסר בפועל או מאסר בעבודות שירות. אמנם החובה לקבוע מתחם אינה מוגבלת לעונשי מאסר, אולם בתי המשפט מקפידים עליה יותר כאשר הם גוזרים עונש מאסר, ואנו החלטנו לבחון את מידת הציות בתנאים המקלים ביותר עם בתי המשפט, דהיינו בתיקים שבהם ברור שגם לפי הדין וגם לפי האופן שבו נהוג ליישמו, יש לקבוע מתחם. מטעם זה לא נכללו במדגם גזרי דין שעניינם עבירות כלכליות ועניינים מקומיים (כגון תכנון ובנייה, עבירות מס וכיוצא באלה). כיוון שאנו מתמקדים באי־ציות קשה, מרבית הניתוחים יעסקו בגזרי דין שניתנו בלא שנערך הסדר טיעון לעונש, שכן כאמור לעיל, ייתכן שחלק מהשופטים סברו שהחובה לקבוע מתחמים אינה חלה כאשר גזר הדין ניתן על פי הסדר טיעון לעונש.

**(ב) המשתנה התלוי**

ציות: כאשר נקבע מתחם ענישה כלשהו בגזר הדין, קידדנו משתנה זה כ-1, ואם לא כן כ-0. בשלב ראשון הגדרנו גם מתחם שאינו מספרי כלל, כגון "בין מאסר של כמה שבועות למאסר של כמה חודשים" כציות לחוק, אף שפירוש סביר של החוק מחייב מתחם מוגדר מספרי. לפיכך רק מקרה שבו הופר החוק בצורה ברורה, דהיינו שלא נקבע בו מתחם כלשהו, הוגדר כאי־ציות. עם זאת, להשלמת התמונה בחנו גם מתי נקבע מתחם מספרי חלקית לפחות, דהיינו מתחם שבו לפחות אחד משני גבולותיו הוגדר בצורה מספרית (למשל, "עונש שבין מאסר על תנאי ובין מאסר בפועל של שלושה חודשים"), וכן מתי נקבע מתחם מספרי, דהיינו מתחם ששני גבולותיו מספריים (לדוגמה, "בין חצי שנת מאסר לשנת מאסר").

**(ג) המשתנים הבלתי תלויים**

המשתנים הבלתי תלויים כללו את מחוז השיפוט (חמישה משתנים דיכוטומיים למחוזות מרכז, דרום, צפון, ירושלים וחיפה, ומחוז תל אביב משמש בסיס להשוואה), מגדר השופט (1=שופטת), מוצא אתני של השופט (1=לא יהודי), מוצא אתני של הנאשם (1=לא יהודי), עבר פלילי (1=יש לנאשם עבר פלילי), הודאה (1=הנאשם הורשע על פי הודאתו), כמה משתנים דיכוטומיים לסוג העבירה העיקרית בכתב האישום (סמים, אלימות, רכוש, מין,

אחר, ועבירות על חוק הכניסה לישראל משמשות בסיס להשוואה), תסקיר נאשם (1=הוגש תסקיר לגזר הדין), תסקיר נפגע (1=הוגש תסקיר נפגע), הודאה (1=הנאשם הורשע על פי הודאתו במשפט), הסדר לכתב האישום (1=נערך עם הנאשם הסדר טיעון ועל פיו תוקן כתב האישום), הסדר לעונש (1=נערך עם הנאשם הסדר טיעון שכלל הסכמות לעניין העונש), שנים מאז התיקון (הזמן שחלף בין כניסת התיקון לתוקף לגזר הדין בשנים), גיל השופט בעת התיקון (גיל השופט בעת כניסת התיקון לתוקף), ותק (ותק השופט בשנים בעת כניסת התיקון לתוקף). בשמונה מקרים מוצאו האתני של הנאשם לא היה ברור. במקרים אלו הנחנו שהנאשם יהודי בהתבסס על המקרה הנפוץ. בשלושה מקרים לא היה ברור אם לנאשם עבר פלילי. במקרים אלו הנחנו שאין לנאשם עבר פלילי.

### 3. תוצאות

#### (א) סטטיסטיקה תיאורית

טבלה 1 להלן מציגה את הממוצעים והשכיחויות של המשתנים העיקריים. עיון בנתונים מלמד כי רק ב-74% מגזרי הדין צייתו השופטים לדרישה לקבוע מתחם ענישה כלשהו. כאשר בוחנים אם נקבע מתחם ענישה מספרי חלקית לפחות, דהיינו אם לפחות הרף העליון של המתחם היה תחום בצורה מספרית ברורה, שיעור הציות יורד ל-67%. עוד עולה כי רק ב-51% מגזרי הדין נקבע מתחם ענישה ששני קצותיו מוגדרים. עם זאת, מקובל שכאשר הרף התחתון של מתחם הענישה אינו כולל עונש מאותו סוג כמו הרף העליון, נמנע בית המשפט מלציין את מידת העונש ברף התחתון. כך, למשל, מקובל לקבוע מתחם כגון "ממאסר על תנאי עד חצי שנת מאסר בפועל", בלי לציין את משך המאסר המותנה ברף התחתון, מכיוון שהפרקטיקה שנוצרה היא שהמתחם נקבע רק בנוגע לסוג העונש המרכזי, דהיינו סוג העונש החמור ביותר. מטעם זה, ספק אם ניתן לראות אי-ציות בהימנעות השופטים מלקבוע מתחם מספרי בשני קצותיו, ולפיכך לא נתייחס מכאן ואילך למתחם מספרי כמדד לציות. אולם ברור כי הימנעות מוחלטת מקביעת מתחם מהווה אי-ציות, וסביר לראות גם מצב שבו לא נקבע רף עליון מספרי כמתחם אי-ציות.<sup>75</sup> מכאן ששיעור גזרי הדין שבהם לא צייתו השופטים לחוק נע בין 26% (אם קביעת מתחם שאינו מספרי כלל צריך להיחשב לציות לחוק) ובין 33% (אם המתחם צריך להיות מספרי לפחות באחד מגבולותיו). כשמנקים מהמדגם את התיקים שבהם ערכו הצדדים הסדר טיעון לעונש, עולה כי ב-91% מהתיקים קבע בית המשפט מתחם כלשהו, ב-83% נקבע מתחם אשר היה מספרי לפחות באחד מגבולותיו וב-66% נקבע מתחם מספרי מלא, כששני גבולות המתחם מוגדרים. מדובר בהיקפי ציות גבוהים יותר אך עדיין רחוקים מציות מלא.

75 דוגמאות למקרים שבהם נקבע מתחם כלשהו אולם לא נקבע מספר ברף העליון או התחתון ניתן למצוא בגזרי הדין האלה: ת"פ (שלום כ"ס) 30040-03-14 מדינת ישראל נ' שביטה, פס' 9 לגזר דינו של השופט ארנון (פורסם בנבו, 15.7.2014), "מתחם העונש הראוי הוא בין מאסר על תנאי למספר חודשי מאסר בפועל". לדוגמאות נוספות ראו ה"ש 76-77 להלן. לעיתים קבע בית המשפט את הרף התחתון של המתחם, אך נמנע מלהגדיר את הרף העליון. לדוגמה, בת"פ (שלום חי") 23887-02-13 מדינת ישראל נ' גידאן, פס' 9 לגזר דינו של השופט ליפשיץ (פורסם בנבו, 26.2.2013) נקבע: "אני סבור כי מתחם הענישה הראוי במקרה זה, כמו גם ברובם של מקרים דומים אחרים, נע בין חודש מאסר למספר חודשי מאסר". במקרים אלו הגדרנו את ההחלטה כמשקפת ציות לחוק, כיוון שאחד מקצות המתחם הוגדר מספרית, אף שהרף העליון לא הוגדר.

## טבלה 1: תיאור המדגם

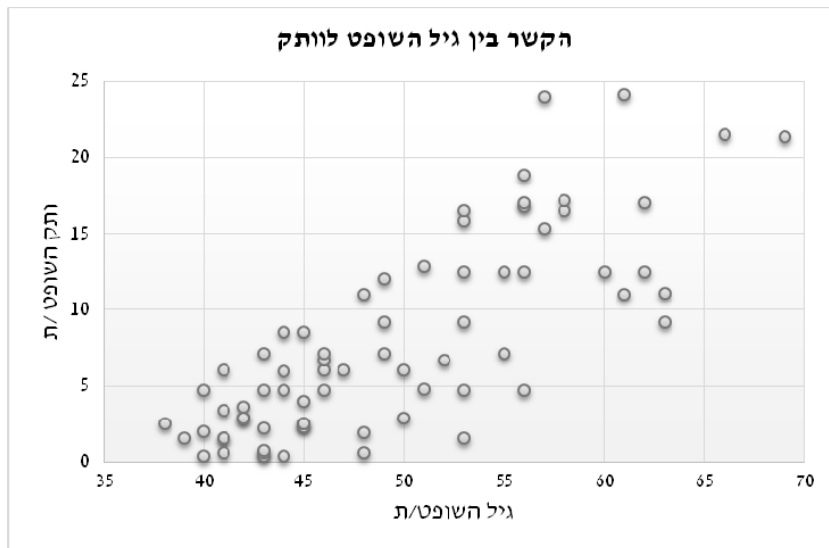
| כל התיקים |              | ללא הסדרים לעונש |              | משתנה                       |
|-----------|--------------|------------------|--------------|-----------------------------|
| סטיית תקן | ממוצע/שכיחות | סטיית תקן        | ממוצע/שכיחות |                             |
|           | .26          |                  | .28          | מחוז מרכז                   |
|           | .23          |                  | .18          | מחוז דרום                   |
|           | .05          |                  | .05          | מחוז צפון                   |
|           | .20          |                  | .23          | מחוז ירושלים                |
|           | .15          |                  | .15          | מחוז חיפה                   |
|           | .36          |                  | .35          | מין השופט (אישה)            |
|           | .09          |                  | .08          | מוצא שופט (לא יהודי)        |
|           | .43          |                  | .42          | מוצא הנאשם (לא יהודי)       |
|           | .62          |                  | .63          | עבר פלילי לנאשם             |
|           | .88          |                  | .85          | הודאה בעודות כתב האישום     |
|           | .12          |                  | .11          | עבירת כניסה לישראל          |
|           | .14          |                  | .13          | עבירת סמים                  |
|           | .31          |                  | .33          | עבירת אלימות                |
|           | .25          |                  | .28          | עבירת רכוש                  |
|           | .04          |                  | .04          | עבירת מין                   |
|           | .14          |                  | .12          | עבירה אחרת                  |
|           | .49          |                  | .57          | הוגש תסקיר נאשם             |
|           | .02          |                  | .02          | הוגש תסקיר נפגע             |
|           | .52          |                  | .42          | היה הסדר טיעון              |
|           | .24          |                  | 0            | היה הסדר טיעון לעונש        |
| 5.94756   | 6.2183       | 6.020            | 6.42         | ותק השופט כשהחוק נכנס לתוקף |
| 7.274     | 47.32        | 7.410            | 47.39        | גיל השופט כשהחוק נכנס לתוקף |
|           | .51          |                  | .63          | נקבע מתחם מספרי             |
|           | .67          |                  | .83          | האם נקבע מתחם מספרי חלקית   |
|           | .74          |                  | .91          | נקבע מתחם כלשהו             |
|           | 585          |                  | 448          | N                           |

## (ב) המשתנים המשפיעים על קביעת מתחם

בחינת השפעת המשתנים השונים על הסיכוי שייקבע מתחם נעשתה במודל היררכי (רמה 1 = רמת ההחלטה, רמה 2 = רמת השופט), כדי להביא בחשבון את הקשר שיש בין ההחלטות של כל שופט. כיוון שהמשתנה התלוי הוא דיכוטומי בכל הניתוחים, ערכנו רגרסיה לוגיסטית בשתי רמות כאמור (multilevel logistic regressions).

אחד הקשיים הצפויים בבחינה האמורה טמון במתאם הצפוי בין גילאי השופטים לוותק שלהם. בתרשים 1 להלן, כל נקודה מציינת שופט או שופטת אחת, והצירים מסמנים את הגיל והוותק של השופט בשנת 2014. כפי שניתן לראות בתרשים, ישנו קשר חיובי חזק למדי בין גיל השופט לוותק השיפוטי אף שהקשר אינו קשר לינארי מושלם, מכיוון ששופטים שונים ממונים לתפקידם בגילאים שונים. מטעם זה ערכנו מודלים שבהם רק גיל השופט נכנס לניתוח, ומודלים אחרים שבהם רק הוותק נכנס. לשם השלמת התמונה, נציג גם מודלים שבהם הן הגיל והן הוותק הוכנסו לניתוח, אולם לאור הקשר האמור בין המשתנים, יש להיזהר בפירוש מודלים אלו. כמו כן, כיוון שעד הכרעת בית המשפט העליון בסוגיה ייתכן שחלק מהשופטים סברו כי החובה לקבוע מתחמים אינה חלה כאשר גזר הדין ניתן על פי הסדר טיעון לעונש, הבחינה להלן תתייחס רק לתיקים במדגם שבהם לא נערך הסדר טיעון לעונש.

**תרשים 1: כל השופטים במדגם לפי גילם והוותק שלהם**



כיוון שבניתוחים שערכנו, להכנסת מחוז השיפוט וסוג העבירה לניתוח לא הייתה השפעה משמעותית על התוצאות, הורדנו משתנים אלו מהניתוח כדי לפשט. טבלה 2 להלן מתארת את תוצאות הרגרסיה הלוגיסטית האמורה, בשלושה מודלים שונים. הגיל והוותק של השופט נמדדו ביום כניסתו של התיקון לתוקף. במודל הראשון נכללו גם גיל השופט וגם הוותק. במודל השני הגיל נכלל אך הוותק לא נכלל. בשלישי הוותק נכלל והגיל הוסר מהמודל.

**טבלה 2: המשתנים המשפיעים על קביעת מתחם כלשהו בהעדר הסדר טיעון לעונש**

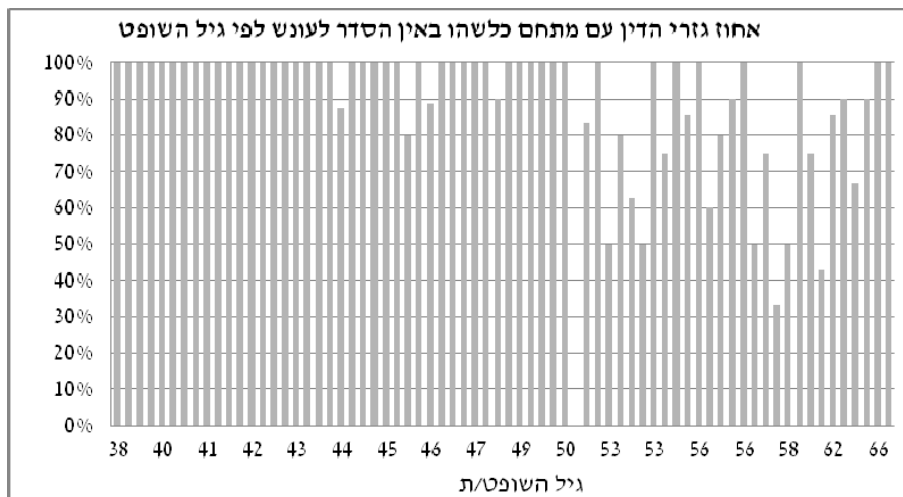
| OR (SE)                 | OR (SE)                 | OR (SE)             |                            |
|-------------------------|-------------------------|---------------------|----------------------------|
| 0.831<br>(0.484)        | 0.825<br>(0.481)        | 0.898<br>(0.520)    | מגדר השופט (אישה)          |
| 5.731<br>(8.260)        | 5.955<br>(8.579)        | 4.776<br>(6.383)    | מוצא אתני השופט (לא יהודי) |
| 2.125<br>(1.077)        | 2.139<br>(1.084)        | 1.971<br>(0.989)    | מוצא אתני הנאשם (לא יהודי) |
| 1.517<br>(0.664)        | 1.513<br>(0.662)        | 1.533<br>(0.666)    | עבר פלילי                  |
| 0.644<br>(0.326)        | 0.643<br>(0.326)        | 0.616<br>(0.307)    | תסקיר מבחן                 |
| 1.322<br>(0.958)        | 1.320<br>(0.958)        | 1.324<br>(0.949)    | הודאה בעובדות כתב האישום   |
| 0.881<br>(0.444)        | 0.887<br>(0.446)        | 0.880<br>(0.440)    | הסדר לכתב האישום           |
| 5.504***<br>(2.419)     | 5.576***<br>(2.433)     | 5.195***<br>(2.290) | הזמן מהתיקון לחוק (שנים)   |
| 0.864*<br>(0.054)       |                         | 0.872**<br>(0.040)  | ותק                        |
| 0.986<br>(0.063)        | 0.855***<br>(0.039)     |                     | גיל                        |
| 1943.897<br>(5,616.525) | 2799.581<br>(6,697.703) | 3.678<br>(3.552)    | Const.                     |
| 0.441<br>(0.620)        | 0.454<br>(0.613)        | 0.486<br>(0.644)    | Ln(sigma u)                |
| .321**<br>(0.135)       | .324**<br>(0.134)       | .331**<br>(0.143)   | P                          |

+ p<0.1; \* p<0.05; \*\* p<0.01; \*\*\* p<0.001 N=448

מהטבלה עולה כי למרבית המשתנים שנבחנו לא נמצאה השפעה על היקף הציות לחוק. עם המשתנים שלא נמצאה השפעה מובהקת שלהם במרבית המודלים ניתן למנות את המין והמוצא האתני של השופטים (אף כי ניתן לראות נטייה לא מובהקת של שופטים ערבים לציית לחוק יותר משופטים יהודים), העבר הפלילי של הנאשם, מוצאו האתני, קיומו של תסקיר מבחן בהליך, הודאה בעובדות כתב האישום או הסדר טיעון לכתב האישום. כאמור בבדיקה נפרדת שאינה מדווחת כאן, לא מצאנו השפעה גם למחוז השיפוט ולסוג העבירה.

אשר לגיל ולוותק, במודל הראשון בחנו את השפעת שני המשתנים על סיכויי הציות לחוק. מהמודל עולה כי ככל שהשופט ותיק יותר, כך הסיכוי שיציית לחוק קטן יותר ( $OR=0.864, P<0.05$ ), אולם הגיל לא נמצא משפיע על הסיכוי לציית. עם זאת, בשל המתאם הגבוה בין הגיל לוותק, יש לקרוא נתון זה בזהירות. לפיכך בחנו במודל השני את השפעת הגיל בלי לכלול את הוותק בין המשתנים הבלתי תלויים. במודל זה הגיל נמצא משפיע על הסיכוי שהשופט יציית לחוק ( $OR=0.855, P<0.001$ ). במודל השלישי בדקנו את השפעת הוותק בלי לכלול את הגיל, וגם כאן נמצאה השפעה מובהקת, המראה שהציות לחוק קטן ככל שהשופט ותיק יותר ( $OR=0.872, P<0.01$ ). נראה אפוא שהשפעת הגיל מעט חזקה יותר מהשפעת הוותק, אולם כאמור לאור המתאם הגבוה בין המשתנים האמורים, אי-אפשר לקבוע אם חוסר הציות גדל עם הגיל, הוותק או שני המשתנים גם יחד. בבדיקת התיקים שבהם היו הסדרי טיעון לעונש (54 שופטים, 137 גזרי דין) לא נמצאה השפעה מובהקת לגיל או לוותק על מידת הציות (התוצאות אינן מדווחות כאן). יצוין כי בדיקת כל התיקים יחדיו (אלו שבהם נערך הסדר לעונש ואלו שלא) הובילה גם היא לממצאים דומים. כאשר משתנה הוותק לא נכלל בניתוח, מצאנו כי לגיל השפעה מובהקת על הסיכוי שהשופט יציית לחוק ( $OR=0.924, P<0.01$ ). כאשר הגיל הוצא מהמודל, נמצא כי לוותק השפעה על היקף הציות לחוק, אם כי מובהקות ההשפעה הייתה גבולית ( $OR=0.943, P<0.1$ ) (הממצאים המלאים של בדיקה זו אינם מדווחים כאן). את השפעת הגיל על מידת הציות ניתן לראות גם בתרשים 2 להלן. בתרשים זה מוצגים כל השופטים במדגם, כשהם מסודרים לפי גילם בשנת 2014 (ציר ה-X). העמודה של כל שופט מייצגת את שיעור גזרי הדין שבהם קבע השופט מתחם כלשהו, מתוך התיקים שלא כללו הסדר טיעון לעונש. ניתן לראות כי שופטים שגילם בשנת 2014 לא עלה על 50, צייתו כמעט תמיד להוראות החוק, לפחות בתיקים שבהם לא נערכו הסדרי טיעון לעונש. מנגד, היקף הציות של שופטים מעל גיל 50 היה נמוך בהרבה.

## תרשים 2



כאמור, חלק מהשופטים אמנם קבעו מתחם עונש הולם, אולם מתחם זה לא היה מוגדר מספריית. כך, במקרה אחד ציין השופט במפורש כי אין בכוונתו לקבוע מתחם מספרי וקבע: "מכל מקום לא באתי לקבוע מתחם עונש במספרים אלא אומר כי העונש הראוי הוא חודשי מאסר, שיש שירוצו בעבודות שירות עד למאסר בפועל ממש".<sup>76</sup> במקרה אחר, נקבע כי "מתחם הענישה בעבירות בהן הורשע הנאשם, נע בין מאסר מותנה ובין מאסר בפועל [...]"<sup>77</sup>; ובמקרה שלישי נקבע "מתחם העונש ההולם לעבירות בהן הורשע הנאשם נע בין ענישה מוחשית אשר אינה כוללת רכיב של מאסר בפועל, לבין מאסר בפועל לתקופה קצרה".<sup>78</sup>

ספק רב אם ניתן לכנות קביעת מתחמים לא מוגדרים כאלה כציות לחוק. לדעתנו, ברור כי מטרת המחוקק הייתה שבית המשפט יקבע מתחם מספרי. ראשית, מכיוון שמתוך השורש של המילה "מתחם" ניתן להבין כי הכוונה למרווח תחום, ולא לאזור שגבולותיו עמומים. שנית, גם בית המשפט העליון, בפסקי הדין שבהם הוא מיישם את החוק כדי להנחות את הערכאות האחרות, מקפיד לקבוע מתחם מספרי ברור לענישה, ולא טווח שגבולותיו עמומים.<sup>79</sup> למעשה, גם בית המשפט העליון קבע כי "קביעת מתחם ענישה ראוי ככזה ה'נע סביב מספר שנות מאסר' היא רחבה ועמומה מדי" ואינה עומדת בתנאי תיקון 113.<sup>80</sup> מטעמים אלו, אם בית המשפט אינו קובע גבול מספרי, ולו באחד מצדי המתחם, נראה לנו כי אין מדובר בציות אמיתי לדרישת המחוקק. לפיכך בחנו מחדש את המשתנים המשפיעים על הציות לחוק, וציות הוגדר כמצב שבו בית המשפט קבע מתחם אשר לפחות אחד מגבולותיו (בדרך כלל העליון) היה מספרי. כך, אם קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם הוא בין מאסר על תנאי ובין מאסר של שלושה חודשים, הוא ייחשב למי שצייט לחוק. מנגד, אם נקבע כי העונש ההולם הוא בין מאסר על תנאי ובין מאסר של כמה חודשים, לא ייחשב הדבר לציות לחוק לפי הגדרה זו.

בטבלה 3 להלן מוצגת הרגרסיה, כשהמשתנה התלוי בה הוא הציות לחוק לפי ההגדרה המקפידה יותר, דהיינו הדרישה כי השופט יקבע גבול מספרי אחד לפחות למתחם, בתיקים שבהם לא היה הסדר טיעון לעונש. הממצאים דומים לאלו שעלו מהטבלאות הקודמות. בהיעדר הסדר טיעון לעונש, מידת הציות של השופטים המבוגרים והוותיקים קטנה מזו של השופטים הצעירים והחדשים יותר במערכת.

76 ת"פ (שלום ראש"צ) 44119-07-12 מדינת ישראל נ' שיבר (פורסם בנבו, 3.12.2013).  
 77 ת"פ (שלום קריית גת) 47526-10-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 7.7.2014).  
 78 ת"פ (שלום ים) 47605-01-13 מדינת ישראל נ' מלכה, פס' 6 לגזר דינה של השופטת דנה כהן-לקח (פורסם בנבו, 1.1.2014).  
 79 ראו למשל עניין סער, לעיל ה"ש 63; ע"פ 1127/13 גברוגיי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2014).  
 80 ראו ע"פ 4152/13 ישראלי נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 13.8.2014).

**טבלה 3: קביעת מתחם שלפחות אחד מגבולותיו מוגדר, בהיעדר הסדר טיעון**

| OR (SE)                   | OR (SE)                    | OR (SE)             |                            |
|---------------------------|----------------------------|---------------------|----------------------------|
| 1.461<br>(0.776)          | 1.424<br>(0.751)           | 1.597<br>(0.891)    | מגדר השופט (אישה)          |
| 3.145<br>(3.030)          | 3.233<br>(3.120)           | 3.184<br>(3.114)    | מוצא אתני השופט (לא יהודי) |
| 2.006+<br>(0.752)         | 2.010+<br>(0.754)          | 1.992+<br>(0.750)   | מוצא אתני הנאשם (לא יהודי) |
| 0.754<br>(0.258)          | 0.751<br>(0.257)           | 0.766<br>(0.262)    | עבר פלילי                  |
| 0.992<br>(0.370)          | 0.989<br>(0.370)           | 0.949<br>(0.355)    | תסקיר מבחן                 |
| 0.593<br>(0.345)          | 0.587<br>(0.342)           | 0.614<br>(0.360)    | הודאה בעובדות כתב האישום   |
| 0.889<br>(0.348)          | 0.904<br>(0.351)           | 0.868<br>(0.343)    | הסדר לכתב האישום           |
| 2.220*<br>(0.688)         | 2.251**<br>(0.694)         | 2.184*<br>(0.686)   | הזמן מהתיקון לחוק (שנים)   |
| 0.974<br>(0.060)          |                            | 0.865***<br>(0.038) | ותק                        |
| 0.883*<br>(0.047)         | 0.868***<br>(0.031)        |                     | גיל                        |
| 1556.249**<br>(3,843.770) | 2972.478***<br>(5,836.892) | 8.523*<br>(7.372)   | Const.                     |
| 0.647<br>(0.453)          | 0.647<br>(0.452)           | 0.814<br>(0.434)    | Ln(sigma u)                |
| .367***<br>(0.105)        | .367***<br>(0.105)         | .407***<br>(0.105)  | ρ                          |

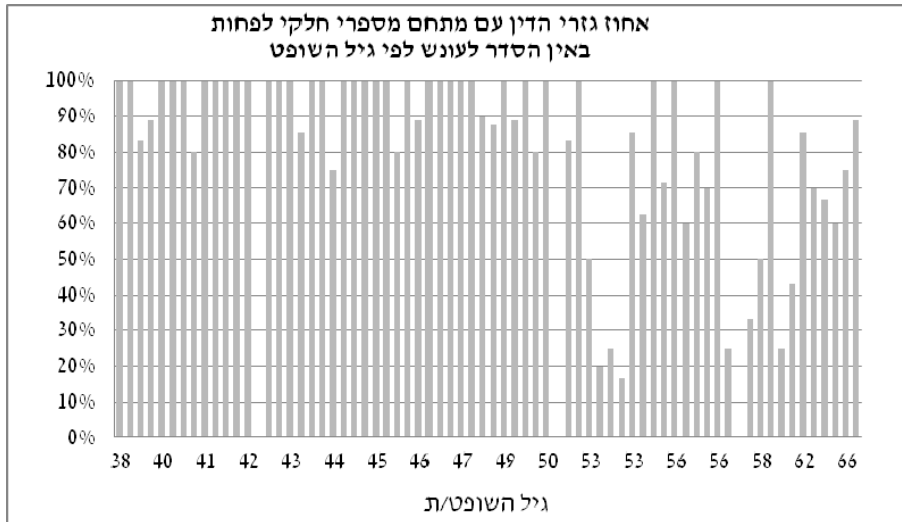
+ p<0.1; \* p<0.05; \*\* p<0.01; \*\*\* p<0.001 N=448

בדיקה של הקשר בין הגיל או הוותק ובין הציות לחוק בתיקים שבהם נערך הסדר טיעון לא העלתה ממצא מובהק (אולם נמצא קשר במובהקות גבולית בין הוותק ובין הציות לחוק לפי הגדרתו כאן, בתיקים שבהם נערך הסדר טיעון לעונש (OR=1.096, P=0.054, N=137). תוצאות בדיקה זו אינן מצורפות כאן).



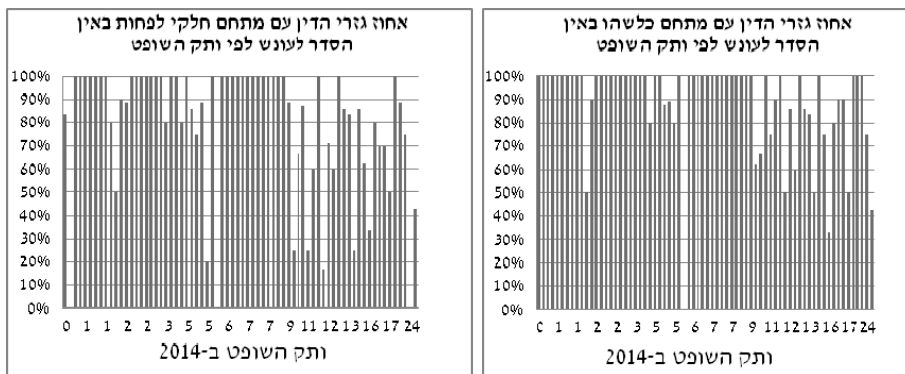
גם כאן ניתן לראות את הממצאים בדבר הקשר בין הגיל לציות בתרשים 3 להלן. גם לפי הגדרה זו של הציות, נמצא כי שיעור הציות של שופטים בני 50 ומעלה נמוך במידה ניכרת משיעור הציות של שופטים צעירים יותר.

### תרשים 3



כדי לנסות להתרשם אם המשתנה המשפיע יותר על מידת הציות הוא הגיל או הוותק, ערכנו גם השוואה דומה של שיעורי הציות כאשר השופטים מסודרים לפי הוותק שלהם, ולא לפי הגיל.

### תרשים 4



מהתרשימים לעיל נראה כי השפעת הוותק על הציות חד-משמעית פחות מהשפעת הגיל. עם זאת, בשל המתאם הגבוה בין המשתנים אי-אפשר לשלול את האפשרות שרושם זה מוטעה, ולכן אי-אפשר לקבוע אם ההשפעה על מידת הציות היא של הגיל או של הוותק. יצוין כי הממצאים כפי שהוצגו באשר לתיקים שבהם לא נערך הסדר טיעון לעונש, לא השתנו במידה ניכרת גם כשהוספנו למדגם את התיקים שבהם נערך הסדר טיעון. כיוון שמצאנו כי בחלוף הזמן שיעורי הציות לחוק עולים, החלטנו לבדוק אם חוסר הציות שהתגלה במחקר מבטא עמדה מתמשכת או רק תהליך של הטמעת החוק, וכך כעבור זמן שיעורי הציות יהיו כמעט מלאים. לשם כך בדקנו כמאה תיקים מהתקופה שלאחר סיום המחקר, דהיינו ממרץ 2015 ועד סוף אותה שנה. הבדיקה העלתה כי מתוך כ-100 גזרי דין, רק בארבעה לא ציינו השופטים לחובה לקביעת מתחמים, ציות מלא.<sup>81</sup> נראה אפוא כי בחלוף השנים הציות הופך כמעט מלא. המסקנה מבדיקה זו היא כי חוסר הציות מאפיין בעיקר שופטים ותיקים ומבוגרים בתקופה הסמוכה לקבלת התיקון, ואילו בחלוף הזמן התיקון מוטמע בעיקרו וכמעט כל השופטים מציינים לו. נעמוד על הסיבות האפשריות לשינוי זה בהיקפי הציות בהמשך.

## ג. מחקר 2 – הציות בבית המשפט העליון

### 1. השערת המחקר ושיטת המחקר

אם כן, מה מסביר את שיעור אי-הציות הגדול בתחילת הדרך, ואת העלייה בשיעורי הציות בחלוף הזמן בבתי משפט השלום? אפשרות אחת היא שבתי משפט השלום ראו בחלוף הזמן כי בית המשפט העליון מקפיד על ביצוע החוק. הראינו לעיל כי גם שופטי בית המשפט העליון לא אהדו את החוק, אולם בפסקי הדין נקבע כי יש לקיימו כגזירת הכתוב.<sup>82</sup> מטעם זה, לאחר שמצאנו שמידת הציות בבתי משפט השלום עלתה עם הזמן, החלטנו לבחון גם את מידת הציות של שופטי בית המשפט העליון לחוק. בתחילה, מטרתו של מחקר זה הייתה לבחון את השפעת התנהגות שופטי בית המשפט העליון על ההחלטות של שופטי השלום, אולם ממצאי המחקר העלו כי סוגיית הציות לחוק בבית המשפט העליון מעניינת כשלעצמה. בהתאם לממצאים מהמחקר הראשון שיערנו שגם בבית המשפט העליון שיעור הציות לחוק לא יהיה מלא, אולם ככל שיחלוף הזמן, יוטמע החוק ומידת הציות לו תעלה.

81 בתיק אחד השופט נימקה את ההימנעות מקביעת המתחם בקיומו של הסדר טיעון (אף שהסדר הטיעון היה לכתב האישום בלבד ולא לעונש (ת"פ (השלום ת"א) 30154-03-12 מדינת ישראל – מפלג תביעות ת"א נ' עבדל כרים כורדי (פורסם בנבו, 18.5.2015)); בתיק השני נקבע כי "מתחם העונש ההולם נע בין עונש הצופה פני עתיד, ועד מספר חודשי מאסר בפועל" (ת"פ (השלום רמ') 22213-09-13 משטרת ישראל תביעות – שלוחת רמלה נ' דור (פורסם בנבו, 19.11.2015)); בשלישי קבע השופט שלא היו מחלוקות של ממש בין הצדדים בנוגע למתחם (אף שההגנה לא הציעה מתחם כלל) (ת"פ (השלום ת"א) 1540-09-13 מדינת ישראל נ' חביב (פורסם בנבו, 9.9.2015)), וברביעי לא הוזכרה כלל החובה לקבוע מתחם (ת"פ (השלום פ"ת) 11145-01-14 מדינת ישראל נ' עוזרי (פורסם בנבו, 27.10.2015)).

82 ראו לעיל ה"ש 62 והטקסט שלידה.

לצורך בדיקה זו דגמנו פסקי דין בערעורים על העונש שהתקבלו בבית המשפט העליון בין אפריל 2013 לדצמבר 2016. הדגימה נעשתה באמצעות חיפוש באתר נבו.<sup>83</sup> איתרנו 289 ערעורים כאלה בתקופה האמורה. לא דגמנו פסקי דין של קטינים או הליכים שהכרעת הדין בהם קדמה לכניסת התיקון לתוקף. בחנו רק ערעורים שהתקבלו (בין ערעורים של התביעה ובין של ההגנה) מכיוון שכאשר בית המשפט דוחה ערעור, הוא לרוב מאמץ במשתמע את המתחם שנקבע בבית המשפט המחוזי, ולכן אין לדעת אם הימנעותו מקביעת מתחם מהווה אי-ציות. מתוך 289 הערעורים שמצאנו, ב-83 מקרים הערעור התקבל אף שבית המשפט העליון אימץ במפורש או במשתמע את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי. על כן הסקנו אימוץ משתמע גם במקרים שבהם בית המשפט לא הזכיר כלל את המתחם, אולם הסביר את החלטתו לקבל את הערעור בנסיבות אשר על פי החוק אינן קשורות בביצוע העבירה ולכן אינן אמורות להשפיע על המתחם. כיוון שבמקרים אלו בית המשפט העליון אינו צריך לקבוע מתחם, התמקדנו ב-206 הערעורים הנותרים, ומהם לא עלה כי בית המשפט העליון אימץ את המתחם.

## 2. תוצאות

### (א) היקף הציות לחוק בבית המשפט העליון

ב-118 מגזרי הדין במדגם, דחה בית המשפט העליון במפורש את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי. למרות זאת ב-69 ערעורים מתוך ה-118 הללו נמנע בית המשפט מלקבוע מתחם חדש וגזר את הדין שלא על פי הוראות תיקון 113. ב-69 מקרים נוספים התערב בית המשפט בעונש בלי לקבוע אם המתחם שקבע המחוזי היה נכון או שגוי, ולפיכך גם כאן הוא נמנע מלקבוע מתחם למרות החובה שבחוק.<sup>84</sup> ברוב אותם מקרים (40 מתוך 69) בית

83 החיפוש נעשה בהליכים מסוג ע"פ בבית המשפט העליון שבהם הופיעה המילה "ערעור" ולא הופיע הביטוי "הערעור נדחה" בתאריכים המפורטים להלן. הובאו בחשבון רק החלטות שסומנו כ"פסק דין" וניתנו בהרכב של שופטים (ולא על ידי דן יחיד). פסקי הדין שעלו בחיפוש נבחנו כדי לראות אם יש לדגום את פסק הדין. פסקי דין שלא היו כפופים לתיקון 113 מכיוון שהכרעת הדין ניתנה לפני כניסת התיקון לתוקף או מכיוון שהנאשם היה קטין בעת ביצוע העבירה, לא נדגמו.

84 כך, במקרים רבים הוא ציין כי חומרת המעשה מחייבת עונש כבד יותר או קל יותר, בלי להתייחס כלל למתחם שנקבע בבית המשפט המחוזי (לדוגמה, ע"פ 5992/13 שרחה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2014); ע"פ 1034/14 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.12.2014)). לעיתים ציין בית המשפט העליון בערבוביה נסיבות קשורות לביצוע העבירה האמורות להשפיע על המתחם, ונסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה האמורות להשפיע על העונש בתוך המתחם או בחריגה ממנו, כשיקולים לקבלת הערעור, ולכן אי-אפשר לדעת עד כמה המתחם שקבע בית המשפט המחוזי היה שגוי (לדוגמה, ע"פ 6006/13 שוריק נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.11.2014); ע"פ 6761/14 מדינת ישראל נ' רכאב (פורסם בנבו, 8.2.2015)). בחלק מהמקרים הוא קבע עונש מחוץ למתחם שנקבע בבית המשפט המחוזי, בלא לקבוע כי הוא חורג מהמתחם (למשל ע"פ 939/13 אכתילאת נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2013); ע"פ 1505/14 לידאוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.11.2014)), ובמקרים אחרים ציין בית המשפט שיקולים שאינם מופיעים בחוק (כגון עקרון ההדרגתיות או עקרון אחידות הענישה) כשיקולים לקבלת הערעור בלי להסביר אם שיקולים אלו משפיעים על המתחם עצמו או על העונש בתוך המתחם, גם אם לעיתים העונש שהוטל חרג מהמתחם שנקבע בבית המשפט המחוזי (ע"פ 6602/13

המשפט העליון לא ציין כלל בהחלטתו את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי, אף לא בתיאור גזר הדין מושא הערעור. שלושה עשר ערעורים נוספים (מתוכם שלושה שנדונו יחדיו) נסבו על גזרי דין שבהם בית המשפט המחוזי לא קבע מתחם. התייחסות בית המשפט העליון למקרים אלו מעניינת במיוחד. בארבעה פסקי דין מתוכם (שעסקו בשישה ערעורים שהתקבלו) ביקר בית המשפט העליון, לעיתים בחריפות, את אי-הציות של בית המשפט המחוזי, וקבע מתחם בעצמו.<sup>85</sup> בשני פסקי דין נוספים מתוך ה-13 הנדונים, בית המשפט העליון גם התעלם מהפרת הדין של בית המשפט המחוזי וגם לא קבע מתחם.<sup>86</sup> אך את העניין הרב ביותר ניתן למצוא בהתנהלות בית המשפט בחמשת פסקי הדין הנותרים מקבוצה זו. בפסקי דין אלו בית המשפט העליון ביקר, לא אחת בחריפות, את בית המשפט המחוזי על הימנעותו מלקבוע מתחם, או על כך שהמתחם שקבע לא היה מוגדר דיו ("מספר שנות מאסר"). ואז, למרות הביקורת על הפרת החוק, בכל חמשת פסקי הדין האלה גזר בית המשפט העליון את העונש בלי לקבוע מתחם כנדרש בחוק.<sup>87</sup> במילים אחרות, בחמישה פסקי דין בית המשפט העליון ביקר את בית המשפט המחוזי על אי-הציות, ובו בזמן באותם פסקי דין נמנע בעצמו מלציית לחוק.

פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.5.2015); ע"פ 707/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.7.2015 ועוד).

85 כך, בע"פ 2674/13 מדינת ישראל נ' הוואש, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 22.1.2014) קבעה השופטת ארבל כי "גזירת הדין, כשנעשית בסטייה מן החוק או תוך יישומו החלקי, יש בה כדי לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט ולהעביר מסר בלתי רצוי ואף מסוכן לפיו החוק החרות אינו מחייב את בתי המשפט"; בע"פ 2148/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' ט"ז לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 16.12.2014) קבע השופט רובינשטיין כי "באי קביעת המתחם, בכל הכבוד, לא נהג כהלכה. מצוות המחוקק היא לקבוע מתחם ענישה, וגם אם בית המשפט אינו מתלהב מכך, עליו למלא את מצוות המחוקק"; בע"פ 5653/13 בידון נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2014) השופט זילברטל הוא שביקר את אי-הציות (ראו פס' 19 לפסק דינו המבהירה כי חובה היה לקבוע מתחם כאמור) אך נמנע מלקבוע מתחם ברור; בע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013), הביקורת נשמעה מפי השופט סולברג (ראו פס' 23 לפסק דינו על החובה החוקית לקבוע מתחם).

86 ע"פ 1186/15 יונס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.11.2016); ע"פ 1497/16 בולוס נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2016).

87 ע"פ 6917/13 טייברג נ' מדינת ישראל, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 23.12.13) ("בהקשר זה אעיר כי מסיבה שאינה ברורה, נמנע בית המשפט המחוזי מקביעת עונשו של המערער בהתאם להוראות תיקון 113 לחוק העונשין (ואין זאת הפעם הראשונה [...]). רואה אני להסב את תשומת הלב לחובת ההנמקה הקבועה בסעיף 40 לחוק"); ע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' אלעוקבי, פס' 12 לפסק דינו של השופט שהם (פורסם בנבו, 1.1.2014) ("הננו חוזרים ומפנים את תשומת הלב להערוותינו אלה, על מנת שיקויים התהליך הקבוע בתיקון 113, כמצוותו של המחוקק"); ע"פ 4741/13 מדינת ישראל נ' נעאמנה, פס' 13-15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מלצר (פורסם בנבו, 10.6.2014) ("בתאריך 1.06.2012 נכנס לתוקף, כידוע, תיקון 113 [...] על פי המתווה שנקבע בתיקון 113 הליך גזירת העונש הוא תלת שלבי [...] שלב השני – על בית המשפט לקבוע את מתחם הענישה [...] במקרה דגן נמנע בית המשפט קמא הנכבד מקביעה של מתחם ענישה [...] יש איפוא מן הצדק בדברי בא-כח המערער הטוען כי לו גזר בית המשפט הנכבד קמא את עונשו של המשיב בהתאם למסלול שהותווה בתיקון 113, קרוב לוודאי שהיה מגיע לתוצאה אחרת"). ראו גם ע"פ 396/13 גבארין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.8.2013); ע"פ 4152/13 ישראלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2014).

בשישה ערעורים נוספים קיבל בית המשפט העליון את הערעור בחלקו, לעניין ההרשעה, ולפיכך הקל גם בעונשם של המערערים לאור קביעה זו. כיוון שבמקרים אלו לא היה ניתן עוד להסתמך על מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי, לאור השינוי בעובדות שנקבע שהוכחו, בית המשפט העליון היה אמור לקבוע מתחם ענישה טרם שיקבע את העונש. אולם בחמישה מתוך השישה התעלם בית המשפט מהחובה האמורה, וגזר את הדין בלא לקבוע מתחם. מסיכום הדברים עולה כי ב־150 מתוך 206 ערעורים שבהם היה בית המשפט העליון חייב לקבוע מתחם, הוא הפר חובה זו. מכאן שהיקף הציות של בית המשפט העליון היה נמוך מאוד, כמפורט גם להלן בטבלה 6, ועמד רק על 28% מהערעורים שבהם היה עליו לקבוע מתחם.

### טבלה 6: ציות בית המשפט העליון לחובה לקבוע מתחמים

| סה"כ | האם העליון קבע מתחם |    | ערעורים שהתקבלו ושבהם בית המשפט העליון היה אמור לקבוע מתחם      |
|------|---------------------|----|---|
|      | לא                  | כן |   |
| 118  | 69                  | 49 | העליון דחה את המתחם של המחוזי                                   |
| 69   | 69                  | 0  | העליון לא התייחס למתחם של המחוזי                                |
| 13   | 7                   | 6  | המחוזי לא קבע מתחם (או שקבע מתחם שהעליון קבע שאינו מוגדר (דיו)) |
| 6    | 5                   | 1  | העליון זיכה חלקית ולכן העובדות שלפיהן הורשע הנאשם השתנו         |
| 206  | 150                 | 56 | סך הכול   |

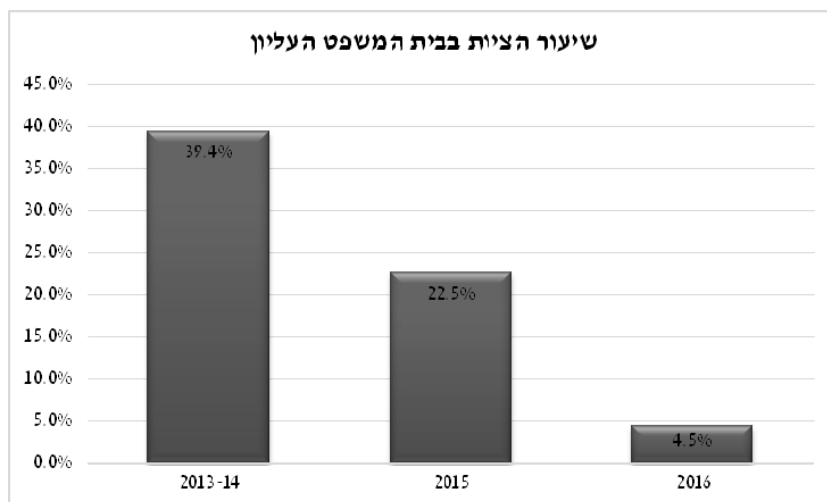
כפי שהראינו לעיל, בכמה מקרים שבהם בית המשפט המחוזי לא ציית לחובה לקבוע מתחמים, בית המשפט העליון נזף בו. לאור ממצאים אלו ייתכן כי למרות רמת הציות הנמוכה של בית המשפט העליון לחוק, דרישתו מהערכאות הנמוכות לציית השפיעה עליהן והביאה לגידול במידת הציות לחוק. מהאמור לעיל עולה כי אף שמידת הציות לחוק בבית המשפט העליון הייתה נמוכה מזו של בתי משפט השלום, ייתכן שהביקורת שמתח בית המשפט העליון על גזרי דין שבהם לא נקבע המתחם הובילה לגידול הדרגתי בציות. יצוין כי בדיקת מידת הציות של 16 השופטים מבית המשפט העליון שבמדגם חושפת כי אין ולו שופט אחד שנוהג דרך קבע לציית לחוק. מידת הציות הגבוהה ביותר היה של שופט שקבע מתחמים בעשרה מתוך 19 הערעורים שבהם הדבר נדרש לפי החוק (53%). המידה הנמוכה ביותר הייתה של שלושה שופטים שלא קבעו מתחמים כלל.<sup>88</sup> עם זאת במדגם התיקים של בית המשפט העליון, המספר הקטן של השופטים והמספר הקטן יחסית של תיקים לשופט בחלק מהמקרים אינם מאפשרים לבחון את השפעת המאפיינים של השופטים על היקפי הציות שלהם.

88 אחד השופטים דן באחד עשר תיקים שבהם היה צריך לקבוע מתחם, אחר – בעשרה, והשופטת השלישית – בשני תיקים כאלה.

**(ב) השפעת חלוף הזמן על מידת הציות בבית המשפט העליון**

לעומת הממצאים מבתי משפט השלום, בבית המשפט העליון הציות לחוק לא גדל אלא דווקא קטן ככל שחלף הזמן. כך, בשנים 2013–2014 קבע בית המשפט העליון מתחם ב-26 מתוך 66 הערעורים שבהם היה עליו לקבעו (39.4%), בשנת 2015 נקבעו מתחמים ב-25 ערעורים מתוך 111 שבהם נדרשה קביעת מתחם (22.5%) ואילו בחודשים שנדגמו משנת 2016 נקבעו מתחמים רק בחמישה מתוך 112 התיקים שבהם נדרש בית המשפט העליון לקבוע מתחם (4.5%), כמומחש בתרשים 5 שלהלן.

**תרשים 5**



בחינת ההשפעה של חלוף הזמן על הסיכוי שבית המשפט העליון יקבע מתחם, באמצעות רגרסיה לוגיסטית, מראה ממצא דומה, המתואר להלן בטבלה 7. בבדיקה זו, המשתנה הבלתי תלוי הוא משתנה רציף של חלוף הזמן בשנים (כל יום מהווה 1/365 של שנה), והמשתנה התלוי הוא קביעת מתחם בבית המשפט העליון (המקבל את הערך 0 אם לא נקבע מתחם, ו-1 אם נקבע).

**טבלה 7: קביעת מתחם בבית המשפט העליון בערעורים לעונש שהתקבלו**

| OR (SE)                   |                      |
|---------------------------|----------------------|
| ***0.297278<br>(0.218223) | הזמן מהתיקון (בשנים) |
| 12.551157<br>(0.625714)   | קבוע                 |

+ p<0.1; \* p<0.05; \*\* p<0.01; \*\*\* p<0.001 N=129

השפעת הזמן נותרה מובהקת גם כאשר הוספנו 15 משתני דמה לצורך התחשבות באפקטים קבועים של 16 השופטים שבמדגם ( $P < 0.001$ ,  $OR = 0.266873$ ) (תוצאות אלו אינן מדווחות כאן).

## ד. דיון

### 1. השפעת גיל או ותק על הציות לחוק

כפי ששיערנו, לגיל הייתה השפעה ברורה על הציות לחוק בשנתיים הראשונות. שיעורי הציות של שופטי השלום שגילם יותר מחמישים היו נמוכים בהרבה משיעורי הציות של השופטים הצעירים יותר. ממצא זה מתיישב עם ממצאיה של פורטילו שלפיהם בעלי משרה מבוגרים יותר חשים חובה פחותה להסתמך על הכללים וההנחיות. הוא מתיישב גם עם מחקרים המראים כי אנשים מבוגרים מתקשים יותר להסתגל לשינויים במקום העבודה.<sup>89</sup> בבחירה בין גיל לוותק, נראה שלגיל השפעה ברורה יותר, אולם אין לשלול את האפשרות שהבדלים בשיעור הציות של השופטים המבוגרים יותר נובעים דווקא מהיותם ותיקים יותר ולא מהיותם מבוגרים יותר.

### 2. מוצא אתני ומין

בניגוד להשערות, לא נמצא ממצא באשר להשפעת המוצא האתני או המין של השופט על מידת הציות לחוק. לפחות באשר למוצאו האתני של השופט, ההסבר יכול להיות טמון בגודל המדגם, שכן נמצאה נטייה רבה יותר של שופטים ערבים לציית לחוק, אף שזו לא הייתה מובהקת.

אשר לנאשמים, נמצא כי הסיכוי שייקבע מתחם לנאשם ערבי מעט גדול יותר מהסיכוי שייקבע מתחם לנאשם יהודי, אם כי תוצאה זו אינה מובהקת. מחקרים קודמים מראים ששופטים, בייחוד שופטים יהודים, מחמירים יותר עם נאשמים ערבים.<sup>90</sup> ייתכן שכאשר שופט או שופטת מעוניינים להקל, הם נשענים פחות על ההליכים הפורמליים הקבועים בחוק, ואילו כאשר הם מחמירים, הם מבקשים להקפיד יותר על הכללים כדי להסביר את החלטתם. עם זאת, כיוון שלא הייתה לנו השערה מוקדמת לביסוס ממצא זה, וכיוון שממצא זה אינו מובהק, יהיה נחוץ מחקר נוסף כדי לבחון אם אין מדובר בממצא מקרי.

89 ראו למשל Niessen, Swarowsky & Leiz, לעיל ה"ש 44.

90 ראו אורן גזל-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627 (2009); ARYE RATTNER & GIDEON FISHMAN, JUSTICE FOR ALL? JEWS AND ARABS IN THE ISRAELI CRIMINAL JUSTICE SYSTEM (1998); Guy Grossman, Oren Gazal-Ayal, Samuel D. Pimentel & Jeremy M. Weinstein, *Descriptive Representation and Judicial Outcomes in Multiethnic Societies*, 60 AM. J. POLIT. SCI. 44 (2016).

### 3. היקפי אי-הציות הגבוהים בשנים הראשונות לאחר החקיקה

כיצד ניתן להסביר את השיעור הגבוה יחסית של אי-הציות של שופטי השלום בשנים הראשונות שלאחר חקיקת החוק? אפשרות אחת היא שאין מדובר באי-ציות אלא בכך שהשופטים לא הכירו את התיקון בתחילת הדרך, וככל שחלף הזמן למדו על החובה לקיימו ואז צייתו לו. אף שיתכן שדובר בתהליך הטמעה, אנחנו סבורים שאיין לייחס את אי-הציות בתחילת הדרך לחוסר מודעות לקיומה של החובה לקבוע מתחמים. תיקון 113 עורר רעש גדול. עם חקיקתו פורסמו מאמרים רבים עליו בעיתונים ובכתבי עת מקצועיים. שופטים עסקו בו, וכפי שהראינו לעיל גם ביקרו אותו, לעיתים בחריפות. עם חקיקתו מונחה ועדה של שמונה שופטים, בראשות השופטת דבורה ברלינר, שהפיצה לכל השופטים מסמך הסבר על החוק שהיה אמור לסייע לשופטים ליישמו. אין מדובר בחוק שכוח-אל ששופטים לא שמעו עליו אלא בחלוף זמן. כל השופטים העוסקים במשפט הפלילי ידעו על חקיקתו, ועל החובה לקבוע מתחמים, שהיא "ליבו ונשמתו של תיקון קשה ומורכב זה".<sup>91</sup> לפיכך לא סביר להניח שהשופטים לא היו מודעים לתיקון ולחובה לקבוע מתחמים.

סביר יותר להניח כי השופטים, או לפחות המבוגרים שבהם, התקשו להסכים לשינוי שיצר החוק, לעומס החדש שהוא הטיל עליהם ולפגיעה שנגרמה שהוא גרם לעצמאותם בקביעת גזרי הדין.<sup>92</sup> סביר גם להניח שבתחילת הדרך ציות לחוק היה כרוך בהשקעת מאמצים רבים, שכן דובר בחוק סבוך, שבלא בקיאות טובה בכלליו החדשים, בחריגים לכללים אלו, ובחריגים לחריגים, יישומו חייב משאבי זמן גדולים שלא היו בידי השופטים. זאת ועוד, בתחילת הדרך הכתיבה על החוק הייתה מוגבלת, ובייחוד לא היו בנמצא פסקי דין של בית המשפט העליון שהדגימו כיצד יש ליישם את הוראותיו. כל אלו הפכו את הציות לחוק להליך סבוך הדורש משאבים רבים, ולפיכך שופטים רבים העדיפו להימנע מכך. ואכן, בחינת אורכי גזרי הדין לפני התיקון לחוק ואחריו מאששת את ההשערה כי ציות לתיקון חייב את השופטים להשקיע משאבים רבים יותר מאלה שחייבה גזירת הדין בשיטה הישנה.<sup>93</sup>

### 5. הגידול בשיעור הציות לחוק בחלוף הזמן בבתי משפט השלום

כיצד אפוא ניתן להסביר את בחירת שופטי השלום לציית לחוק בשיעורים הולכים וגדלים ככל שחלף הזמן? הסבר אפשרי אחד טמון בהשתלמויות שופטים. כך, במהלך השנים 2012–2014 התקיימו מדי שנה שתי השתלמויות שופטים בנושא ענישה והבניית שיקול הדעת בענישה מטעם המכון להשתלמות שופטים.<sup>94</sup> באותה תקופה גם המכון להשתלמות

91 עפ"ג (מחוזי ת"א) 47301-01-14 רשות המסים, היחידה המשפטית אזור מרכז ותיקים מיוחדים נ' פ.מ.מ. בע"מ, פס" 9 לפסק דינה של הנשיאה (כתוארה אז) ברלינר (פורסם בנבו, 16.6.2014).

92 אף שספק אם מדובר בפגיעה ממשית או מדומה, שכן החוק אינו שולל מהשופט את שיקול הדעת אלא רק מכווין אותו באשר לשיקולים ולדרך ההנמקה.

93 ראו וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה"ש 66, בעמ' 235 (מראות גידול של ממש במספר עמודי הפרוטוקול בתיקים שנדונו לאחר כניסת התיקון לתוקף וגידול של ממש במספר עמודי גזר הדין בתיקים שבהם לא נערך הסדר טיעון סגור לעונש).

94 הנתונים על ההשתלמויות נמסרו לכותב על ידי המכון להשתלמות שופטים.



עוזרים משפטיים ערך חמש השתלמויות בנושא הבניית שיקול הדעת בענישה. השתלמויות אלו, שהיו השתלמויות חובה לעוזרים משפטיים של שופטים העוסקים במשפט הפלילי, כללו הדרכות מפורטות על אופן כתיבת גזרי הדין לפי החוק.<sup>95</sup> ייתכן מאוד שהשתלמויות אלו, שהדרכו את השופטים והעוזרים המשפטיים בדבר שלביה השונים של כתיבת גזרי הדין לפי החוק, סייעו להפנמת חשיבות הציות לו. ייתכן גם שלאחר ההשתלמויות, כמו גם לאחר רכישת ניסיון, השופטים התקשו פחות בכתיבת גזר דין לפי החוק, ולכן עלות הציות לחוק הייתה נמוכה יותר מאשר בתחילת הדרך.

הסבר אחר, אך קשור לקודמו, הוא כי הציות לחוק הפך בכללו לפשוט יותר. ככל שחלף הזמן ניתנו פסיקות לדוגמה של בית המשפט העליון שהבהירו כיצד יש ליישם את החוק, והצטברה גם כתיבה אקדמית שהסבירה את הוראותיו, וכך פחתו הקשיים שנבעו ממורכבות החוק.<sup>96</sup> מחקר אחד אכן מלמד שאף שהתיקון הביא לתוספת של כשני עמודים באורך הממוצע של גזרי הדין, בחלוף הזמן גזרי הדין התקצרו, והפער בין אורך גזרי הדין שקדמו לתיקון לאורכם שנה אחרי כניסתו לתוקף עמד עתה על עמוד אחד בלבד.<sup>97</sup> זאת ועוד, אף שמידת הציות לחוק בבית המשפט העליון הייתה נמוכה, בכמה החלטות לדוגמה פירט בית המשפט העליון כיצד יש ליישם את החוק,<sup>98</sup> ובהחלטות אחרות נזף בבתי משפט שנמנעו מלציית לו.<sup>99</sup>

ממצאים אלו מלמדים כי אף שהתנגדותם של שופטים לחקיקה עשויה להביא לאי-ציות, פעולות הטמעה באמצעות השתלמויות והכוונה של ערכאות ערעור יכולות לצמצם תופעה זו ואף להעלימה, ולהבטיח שאי-הציות יהיה תופעה זמנית בלבד.

## 5. היקף הציות בבית המשפט העליון

כאמור, כשנחקק תיקון 113, אחת הטענות המרכזיות נגדו הייתה העומס שיטיל על שופטי בתי משפט השלום. כך, השופטת ברלינר, שכאמור לעיל עמדה בראש הוועדה הפנימית של השופטים שניסתה לסייע לשופטים באמצעות הכנת מסמך הסבר של הוראות התיקון, טענה כי לה לא יהיה קושי להתמודד עם התיקון, שכן בבית המשפט המחוזי היא נדרשת לכתוב רק מספר קטן יחסית של גזרי דין. הדאגה שלה הופנתה לשופטי בתי משפט השלום שכותבים הרבה יותר גזרי דין, ולעומס שהתיקון ייצור אצלם.<sup>100</sup>

אם בבתי המשפט המחוזיים קביעת מתחמים נדרשת רק פעמים מעטות, בבית המשפט העליון לא כל שכן. כפי שהראינו, רק במקרים המעטים שבהם בית המשפט העליון מקבל ערעור על העונש, ונמנע מלאמץ את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי, מוטלת עליו חובה

95 הנתונים על ההשתלמויות נמסרו לכותב על ידי מרכזת ההדרכה במכון עוזמ"ת.

96 ראו למשל ניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413 (2013); אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר 1 (2013).

97 ראו וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה"ש 66, בעמ' 254 (גזר דין ממוצע לפני התיקון השתרע על פני 5.4 עמודים, ואילו מיד אחריו על פני 7.5 עמודים). בחלוף שנה התקצרו גזרי הדין לכ-6.5 עמודים בממוצע).

98 ראו למשל עניין סעד, לעיל ה"ש 63.

99 ראו לעיל ה"ש 85.

100 ראו רז, לעיל ה"ש 56.

לקבוע מתחם ענישה. לפיכך היה ניתן לצפות שבית המשפט העליון יציית להוראות אלו בחוק.

מה אפוא מסביר את שיעורי הציות הנמוכים? ברי כי רבים משופטי בית המשפט העליון לא אהבו, בלשון המעטה, את החוק, כמו רבים מעמיתיהם בערכאות הנמוכות יותר.<sup>101</sup> אולם מדוע שיעור ההימנעות מלציית לחוק בבית המשפט העליון היה גבוה יותר מזה שבבתי משפט השלום, אף שהשפעת התיקון על העומס של שופטי בית המשפט העליון קטנה בהרבה, שכן הם נדרשים לקבוע מתחם רק במקרים מעטים?

ניתן אולי לטעון כי החוק אינו מופנה כלל לבית המשפט העליון וכי שופטיו אינם חייבים לקיימו.<sup>102</sup> לדעתי אין לכך כל בסיס בחוק או בהגיון, ונראה שגם אין בסיס לעמדה כזאת בפסיקת בית המשפט העליון. ייתכן, כמובן, שכאשר בית המשפט העליון מאמץ את המתחם שקבעו הערכאות האחרות, הוא אינו נדרש לבחון מחדש מתחם זה ולנמקו, שכן נימוקי הערכאה הדיונית מספקים. מטעם זה לא דגמנו תיקים שבהם אומץ המתחם של הערכאה דלמטה. אולם באותם מקרים שבהם נמנע בית המשפט מלאמץ את המתחם, חובתו לגזור את הדין על פי הוראות תיקון 113 לשלכיו. אם לא כן, ייווצר מצב שבו דווקא במקרים המעטים יחסית שבהם העונש נקבע בבית המשפט העליון לראשונה, הוא נקבע על פי הדין הישן ולא לפי הוראות החוק המעודכנות. העמדה האמורה גם אינה תואמת את פסיקת בית המשפט העליון עצמו, שבמקרים רבים דווקא קבע מתחמים כאשר סבר שהערכאות האחרות שגו ביישום החוק.

אפשרות אחרת היא לטעון כי אין מדובר בחוסר ציות מכוון אלא ברשלנות של שופטי בית המשפט העליון, או חוסר תשומת לב לחובה לקבוע מתחמים. אולם אנו סבורים שגם הסבר זה אינו סביר. ראשית, שופטי בית המשפט העליון מקבלים לידיהם גזרי דין הכוללים מתחמים, ומזכירים את המתחמים בפסק דינם. ברי כי הם ערים בעת הכתיבה לחובה לקבעם. שנית, כפי שראינו, לא אחת ביקרו שופטי בית המשפט העליון את בית המשפט המחוזי על שלא קבע מתחם עונש הולם, לעיתים בחריפות.<sup>103</sup> שלישית, באחד המקרים שבהם דווקא קבע בית המשפט העליון מתחם, ארבעה ימים אחרי פרסום פסק הדין הוציא ההרכב החלטה מתקנת ובה נכתב כך:

1. עקב תקלה שוחרר לפרסום נוסח מוקדם יותר של פסק הדין.

2. נוכח האמור בפסקה 1 דלעיל, יתוקן פסק הדין באופן שהסיפא בפסקה השניה לסעיף 4 לפסק הדין החל מהמילים "ומתחם הענישה" ועד סוף הפסקה – ימחקו.

101 ראו לעיל טקסט ליד ה"ש 56-60.

102 יצוין כי ממצאים דומים באשר לשיעורי הציות הנמוכים של בית המשפט העליון עולים ממחקר שנערך במקביל למחקר זה ושדק את היקף הציות בערעורים של המדינה בלבד. ראו סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט חברה ותרבות – משפט צדק?: ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 267 (אלון הראל עורך, 2018).

103 ראו לעיל ה"ש 85 ו-87 והטקסט שלידן.

החלטה מודעת זו למחוק את המשפטים שבהם הופיע המתחם בפסק הדין, מלמדת כי היה חשוב לבית המשפט להימנע במכוון מלהיראות כמי שקובע מתחם ענישה כנדרש בחוק.<sup>104</sup> החלטה מתקנת מעין זו היא חריגה למדי. החלטת בית המשפט לפרסמה, אף שלא היה בה כדי לשנות את תוצאת פסק הדין, מלמדת כי לבית המשפט העליון היה חשוב להדגיש שאי-הציות לחובה לקבוע מתחם הוא מכוון.

אם כן, מהם ההסברים האפשריים לאי-הציות של שופטי בית המשפט העליון לחוק? ראשית, גם כאן הגיל עשוי להסביר את הממצא. כמעט כל שופטי בית המשפט העליון הם בני יותר מ-50. כפי שהראינו לעיל, שיעורי הציות של שופטים בגיל זה לחוק נמוכים. שנית, שלא כמו החלטותיהם של שופטי הערכאות האחרות, ההחלטות של שופטי בית המשפט העליון אינן נתונות לערעור. לפיכך ככל ששופטי בתי משפט השלום הושפעו ממנגנון הערעור בהחלטתם לציית לחוק, מנגנון זה לא השפיע על שופטי בית המשפט העליון. הסבר זה משתלב גם בממצא ששופטי השלום מיעטו לציית לחוק כאשר הם אישרו הסדר טיעון לעונש, שאז הם יכלו להניח בסבירות גבוהה שאיש לא יערער על החלטתם.<sup>105</sup> למעשה, באופן פרדוקסלי הביקורת החריפה שהטיח בית המשפט העליון בשופטים שלא צייתו לחוק, השפיעה ככל הנראה על שופטים מכל בתי המשפט, למעט שופטי בית המשפט העליון עצמם. שלישיית, שופטי בית המשפט העליון אינם נוהגים להגיע להשתלמויות שופטים (אלא אם כן הם מוזמנים כמרצים), שלא כעמיתיהם בערכאות הנמוכות. גם מנגנון הטמעה זה של החוק ככל הנראה לא השפיע על הערכאה העליונה. זאת ועוד, העוזרים המשפטיים של שופטי בית המשפט העליון אינם מחויבים להשתתף בהשתלמויות הרלוונטיות, ואכן רק מיעוט מאותם עוזרים משפטיים השתתף באותן השתלמויות.<sup>106</sup> הסברים אלו נותנים מענה גם לשאלה מדוע חלוף הזמן לא הביא להגברת הציות בקרב שופטי בית המשפט העליון. אולם הממצאים מלמדים לא רק כי הציות לא גבר עם הזמן, אלא כי שיעור הציות גם הצטמצם במרוצת הזמן. ייתכן ששופטי בית המשפט העליון סברו שעליהם לקבוע מתחמים בכמה תיקים בתחילת הדרך כדי להבהיר לשופטי הערכאות הנמוכות יותר את חובתם לקיים את החוק, וכאשר החובה הזאת הוטמעה, הם לא מצאו עוד טעם להקפיד על קיום החוק. במילים אחרות, בהיעדר מנגנון ערעור, בית המשפט העליון ציית לחוק רק כל עוד נראה לו שהדבר דרוש להטמעת החוק בקרב שופטי הערכאות הנמוכות, אולם משהוטמע החוק, לא מצאו עוד שופטי בית המשפט העליון טעם להקפיד על קיום הוראותיו.

בין שהסבר זה נכון ובין לאו, הימנעות שופטי בית המשפט העליון מלציית לחוק מעניינת בעיקר לנוכח התפקיד המרכזי של בית המשפט העליון בהטמעת החובה לציית

104 ראו ע"פ 285/13 מוסטפא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.10.2013), והחלטה המתקנת מיום 28.10.2013. על החלטה זו ראו קוגוט, חקאק וגלבפי, לעיל ה"ש 102.

105 ראו לעיל ה"ש 73 והטקסט שלידה.

106 מנתוני מכון עוזמ"ת שנמסרו לכתב עולה כי 11 עוזרים משפטיים של שופטים בבית המשפט העליון היו רשומים להשתלמויות ההדרכה הנוגעות לתיקון 113 בשנים 2012 עד 2016. כיוון שלכל אחד מחמישה עשר שופטי בית המשפט העליון יש שניים-שלושה עוזרים משפטיים, ולנוכח התחלופה הגבוהה יחסית של העוזרים, ברי שמדובר במיעוט קטן יחסית של העוזרים המשפטיים של שופטי בית המשפט העליון. יצוין שכל השופטים בבית המשפט העליון עוסקים גם בגזירת דין בפלילים.

לדין בקרב רשויות השלטון בכלל,<sup>107</sup> ולנוכח הביקורת החריפה שהטיח בשופטי הערכאות האחרות שנמנעו מלציית לחוק בפרט.<sup>108</sup>

## ה. מסקנות

מחקרים המראים כי מידת הציות של פקידות זוטרת לחוק ולדין אינה מלאה, נפוצים זה יותר משלושה עשורים. עם זאת, מחקרנו זה חושף כמה תופעות חשובות שלא נחקרו עד כה בספרות.

ראשית, המחקר מראה כי גם שופטים, כמו בעלי משרה אחרים, עשויים להפר את הדינים המופנים אליהם, ככל שאלו נראים להם שגויים, מטילים עליהם עומס או פוגעים במעמדם הפרופסיונלי, כפי שהם רואים אותו. אמנם גם מחקרים קודמים הראו כי שופטים סוטים לעיתים מהדין באמצעות שימוש נרחב בחריגים שהדין מעניק או באמצעות יישום שנוי במחלוקת של העובדות של כל מקרה ומקרה על פי הדין הקיים. אולם לעומת מרבית המחקרים הקודמים בנושא, מחקר זה מראה כי גם כאשר החוק מפורש וברור ומופנה הישר אליהם, שופטים עשויים להפר אותו במידה נרחבת, אם הוא מכביד עליהם והם אינם שבעי רצון מתוכנו. נראה כי לפחות אצל מיעוט ניכר של השופטים, האתוס המקצועי של כפיפות לחוק חלש יותר מהתפיסה הפרופסיונלית של השופטים בדבר מעמדם ותפקידם בהליך גזירת הדין.

שנית, הממצאים אינם מאששים את מרבית ההשערות בדבר השפעת מרכיבי הזהות של השופט על מידת הציות לחוק. לא נמצא קשר מובהק בין המוצא האתני או המגדר ובין מידת הציות.

שלישית, נמצא קשר חזק בין הגיל והוותק השיפוטי למידת הציות. ממצא זה מעניין לנוכח ההתעלמות של מחקרים קודמים מהקשר האפשרי בין גיל השופטים למידת הציות לכללים. מהמחקר עולה ששופטים צעירים וחדשים יותר מקפידים יותר על יישום הוראות החוק מחברייהם המבוגרים והוותיקים. נראה כי השופטים הוותיקים והמבוגרים חשו חירות גדולה יותר להתעלם מהמחוקק ולהמשיך בגישה המוכרת להם והפשוטה יותר. נראה כי גם הביקורת שלהם על החוק, על הסרבול שהוא גורם ועל העומס שהוא מוסיף לתפקידם, עודדה אותם לוותר על יישומו. ייתכן שהשופטים הצעירים, לעומתם, רצו להוכיח את יכולתם לפתח את הדין ולצלוח את המבוך הסבוך שקבע המחוקק בתיקון החוק החדש.

רביעית, שלא במפתיע, היקף הציות ירד כאשר הצדדים ערכו הסדר טיעון לעונש. כאשר נערך הסדר טיעון לעונש, תוצאת הליך גזירת הדין ידועה פעמים רבות מראש, ולכן קיום הוראות החוק כלשונון עשוי להיראות מיותר גם לשופטים המקפידים במקרים אחרים לציית לחוק. נוסף על כך ייתכן שלהערכת השופטים הסיכוי שיוגש ערעור על גזר הדין קטן יותר

107 ראו למשל עניין דה ס, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק דינו של השופט אור (בית המשפט מבקר בחריפות את העירייה על אי-ציות לדין וקובע ש"אפילו יש ממש בטענות העירייה בדבר הקשיים באכיפתן של עבירות מינהליות של הוראות כאלה ואחרות שבחוק [...] אין צורך לומר שהעירייה אינה יכולה לעשות דין לעצמה ולפעול בניגוד לחוק").

108 ראו לעיל ה"ש 85.

כאשר הצדדים מגיעים להסדר טיעון לעונש, וכי גם מטעם זה הם מקפידים פחות לציית לחוק לאחר הסדר טיעון לעונש. ייתכן גם ששופטים סבורים כי החובה לקבוע מתחמים אינה חלה כאשר הוצג על ידי הצדדים הסדר טיעון לעונש. עם זאת, חשוב לציין כי החוק לא קבע חריג לחובה לקבוע מתחמים במקרים של הסכמה על העונש, וכי עד כה גם בית המשפט העליון הבהיר שהחובה לקבוע מתחמים קיימת גם כאשר הצדדים ערכו הסדר טיעון, שכן השופט צריך לבחון אם לאמץ את העונש המוסכם לאור מתחם העונש ההולם שעליו לקבוע בהתעלם מההסכם.<sup>109</sup>

כאמור, בתיקים שבהם נערך הסדר לעונש, לא מצאנו הבדל במידת הציות לחוק בין שופטים צעירים למבוגרים, אולם ייתכן שבמקרה זה גודל המדגם הקשה מציאת ממצא, שכן רק ברבע מהתיקים במדגם נערך הסדר טיעון לעונש.

חמישית, שלא כפי ששיערנו, בקרב שופטי השלום חלוף הזמן דווקא הגדיל את היקף הציות לחוק. ייתכן שהטמעת החוק, ההשתלמויות שנערכו לשופטים ולעוזרים המשפטיים והנזיפות של בית המשפט העליון בשופטים שלא צייתו לחוק הביאו לידי כך שהיקף הציות הפך בחלוף הזמן לכמעט מוחלט.

מנגד, בקרב שופטי בית המשפט העליון שיעור הציות לחוק היה נמוך, והוא הלך וקטן ככל שחלף הזמן. כנראה, היעדר מנגנון ערעור על החלטות שופטי בית המשפט העליון וחוסר אהדתם להוראות החוק, הובילו לחוסר ציות נרחב לחוק. ייתכן ששיעורי הציות הגבוהים מעט יותר בתחילת הדרך נבעו מרצונו של בית המשפט העליון לפרש את החוק למען הערכאות הדיוניות, ואולי גם להטמיעו בקרב שופטי אותן ערכאות. בחלוף הזמן, משפורסמו ההלכות המרכזיות המפרשות את החוק, בית המשפט העליון מצא פחות צורך להשקיע את המשאבים ביישומו. לחלופין, ייתכן גם שעם כניסת התיקון לתוקף בקול תרועה רמה סברו שופטי בית המשפט העליון כי תשומת הלב הציבורית או האקדמית מחייבת אותם לציית לחוק, ואילו בחלוף הזמן, מששככה הסערה, גם תשומת הלב של בית המשפט העליון לחוק ולחובה לציית לו פחתה. כך או כך, ניכר כי המחויבות הנמוכה מלכתחילה של שופטי בית המשפט העליון לחוק הלכה ופחתה ככל שחלף הזמן.

מחקרים נוספים דרושים כדי להבין את תופעת אי-הציות של שופטים לחוק. במחקר זה בחרנו להתמקד באחת מההוראות הפרוצדורליות של החוק, כיוון שקל יותר להגדיר אי-ציות להוראה זו, אולם אם השופטים נמנעים מלציית להוראות טכניות ברורות, הרי יש חשש שאין הם מצייתים גם להוראות מהותיות יותר. ואכן, מחקרים אחרים מראים כי השופטים מתקשים ליישם את הדרישות החדשות של החוק להימנע מהחמרה בענישה למטרות הרתעה אם לא הוכח סיכוי של ממש שהחמרה תקדם הרתעה, לאפשר חריגה מהמתחם למטרות הגנה על הציבור או לגזור עונשים לפי שיקולי שיקומו של נאשם אם הוכח סיכוי של ממש לשיקום והעבירה אינה בעלת חומרה יתרה.<sup>110</sup> עם זאת, יש להתחשב בכך שמחקרים אלו מבוצעים כיום, בחלוף כחמש שנים מכניסתו של התיקון לתוקף, וייתכן שחלוף הזמן ישפיע על היקף הציות להוראות הדיוניות והמהותיות של התיקון לחוק.

109 ראו לעיל ה"ש 64.

110 לאופן שבו השופטים עוקפים את ההוראות החדשות בדבר מעמדם של ההרתעה, השיקום וההגנה על הציבור בחוק החדש ראו גול-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם", לעיל ה"ש 65.