

ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא

אורן גזל-אייל* ורותי לזר**

הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה מביאה עמה חידוש שעניינו עונשי מוצא. על פי החוק המוצע תקום ועדה מרכזית שתקבע מהו העונש ההולם לעברות שונות כאשר הן מבוצעות בנסיבות הטיפוסיות. עונשי מוצא נועדו לקדם את האחידות בגזרי הדין במקרים דומים ולצמצם את המרכיב השרירותי והאקראי שבענישה.

אולם המעבר מקביעה מבוזרת של רמות הענישה – באמצעות החלטות שיפוטיות – לקביעה ריכוזית יותר הנסמכת על ועדה מרכזית צפוי להוביל להעלאת רמות הענישה הנוהגות אף שלא זו הייתה מטרת מציעי החוק. בהסדר המוצע יובילו הן הניתוק בין ההכרעה על רמות הענישה לבין המקרה של כל נאשם אינדיווידואלי והן הגידול בהשפעה של פוליטיקאים על מדיניות הענישה לקביעת עונשים כבדים יותר, ובייחוד להגדלת השימוש במאסרים ממושכים. ניסיונות דומים בעולם מאששים חשש זה, והתבטאויות המעורבים בהליך החקיקה מוסיפות ומחזקות זאת. בניגוד לתפיסה המקובלת, החמרת רמות הענישה איננה צפויה לקדם משמעותית את הרתעת מערכת המשפט הפלילית ולא תסייע במלחמה בפשיעה. חשוב מכך, עונשי המוצא לא יצליחו לצמצם את השונות ואת השרירות שבענישה. אמנם ייתכן שהשונות בין ההכרעות השיפוטיות תקטן, אולם כוחה של התביעה להשפיע על העונש בכל מקרה יגדל גם הוא. כיוון שהתביעה אינה כפופה להבניית שיקול הדעת ואינה מחויבת לקיים הליך פומבי, לנמק את החלטותיה או להעמידן לערעור, העברת הכוח לתביעה עלולה להגדיל את חוסר האחידות והשרירות בענישה. מגוון האפשרויות של התביעה בהסדרי טיעון יגדל, וכיוון שהכוח להציע

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. המאמר נכתב במסגרת השתלמות לפוסט דוקטורט בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה.

תודתנו נתונה לרועי בן ארי, יעל יודוביץ, רעות כהן והדס לביא, שסייעו בידינו באיסוף החומר והנתונים הרבים במאמר. תודה מיוחדת לחן אבידוב על הערותיו המועילות ועל העזרה הרבה במחקר.

הסדרי טיעון נתון בלעדית בידי התביעה, כוחה של התביעה יגדל. המאמר סוקר מחקרים שבוצעו בישראל ובמקומות אחרים המאשרים את המסקנה שהבניית שיקול הדעת השיפוטי מעבירה כוח לתובעים ואיננה בהכרח מקדמת את האחידות. כדי לצמצם את ההשלכות השליליות של אימוץ עונשי המוצא מוצעים במאמר כמה תיקונים שיתמודדו עם החששות המועלים במאמר, ובהם ניתוק ועדת המומחים לקביעת עונשי מוצא ממעורבות פוליטית, הנחיית הוועדה להתחשב בשיעורי הכליאה ובתקניה וקביעת הוראה כי מאסר הוא חלופה עונשית אחרונה.

א. מבוא. ב. על תכלית החוק. ג. החמרה בענישה – כיצד היא תתרחש;
 1. הפוליטיקה של רמת הענישה; 2. השינויים בהצעת החוק; 3. שינוי אופיו של הליך גזירת הדין; 4. השפעת עונשי המוצא על גזירת הדין.
 ד. עונשי המוצא: החמרה, ודאות ושיקול דעת; 1. על החמרה והרתעה;
 2. החמרה, ודאות ושיקול הדעת התביעתי בענישה. ה. מחשבות לעתיד.
 ו. סיכום.

א. מבוא

אחד החידושים המרכזיים בהצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה¹ הינו הקמת הוועדה לקביעת עונשי מוצא. על פי החוק המוצע, תקום ועדה ציבורית שתקבע מהו העונש ההולם לעבירות שונות, כאשר הן מבוצעות בנסיבות הטיפוסיות (או, בלשון ההצעה, בנסיבות שאינן חריגות לקולה או לחומרה)². כיום נדרש בית המשפט לקבוע את העונש בלא כל הכוונה חקיקתית, מלבד זו הנובעת מהעונש המרבי שבצד העברה.³ לאחר שייקבעו עונשי מוצא על פי החוק המוצע, ייחנה בית המשפט מהכוונה טובה בהרבה. בידעו מה העונש המתאים למקרה הטיפוסי של העברה, כל

1 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו–2006, ה"ח הממשלה 446 (ההתייחסות להלן תהיה לחוק המתוקן על פי הצעה זו).

2 שם, בסעיף 40ט.

3 בכמה חיקוקים קבועים נוסף על העונש המרבי גם עונשים מזעריים (אף כי על פי מרביתם נותרת לבית המשפט הסמכות להטיל עונש נמוך מהמזערי מטעמים מיוחדים שירשמו. ראו למשל סעיפים 273, 274, 275, 329, 355 ו-377ב לחוק העונשין, התשל"ז–1977. בעברת הרצח קבוע גם עונש חובה. ראו סעיף 300א) לחוק העונשין. אולם הוראות מעין אלו חריגות למדי, ובדרך כלל בית המשפט מוגבל בעונש מרבי בלבד.

שיהא על בית המשפט להחליט הוא באיזו מידה (אם בכלל) נדרש הוא לסטות מנקודת מוצא זו לקולה או לחומרה, לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה או של הנאשם שבפניו. עונשי מוצא אמורים להשיג כמה מטרות: ראשית, אחידות – באמצעות הכוונה אחידה של השופטים עונשי המוצא אמורים להבטיח כי מקרים דומים יזכו לתגובה עונשית דומה, וכך ענישתם של נאשמים שונים עם נסיבות דומות תהא שוויונית יותר. שנית, צמצום השירותיות – ההכוונה שעונשי המוצא מעניקים תצמצם את מרחב שיקול הדעת השיפוטי, ולכן תקטין את מידת השירותיות והאקראיות שבענישה.⁴

למרות יתרונות נחזים אלו אנו סבורים שההצעה מעוררת קשיים. אמנם מטרת ההצעה הייתה צמצום שיקול הדעת בענישה וקידום האחידות בענישה, אך תוצאתה העיקרית עלולה להיות שונה בתכלית. לעונשי המוצא פוטנציאל ממשי להוביל להחמרה משמעותית בתקופות המאסר המוטלות על נאשמים, ולכן גם להגדלת מספר האסירים בישראל. אף שוועדת גולדברג,⁵ שהציעה את החוק המוצע, לא ביקשה להביא לידי החמרה ברמות הענישה המקובלות, הכוחות הפוליטיים המקדמים את ההצעה עושים זאת מתוך כוונה מפורשת להוביל באמצעותה להחמרה בעונשי המאסר. תוצאה זו תושג מכיוון שהטיות פסיכולוגיות תכוונה את הוועדה לקביעת עונשי מוצא להציע עונשים חמורים יחסית, וכן מכיוון שבולטותם של עונשי המוצא, והיכולת לשלוט באמצעותם על רמת הענישה באופן ריכוזי, יעודדו לחץ פוליטי – ישיר ועקיף – להחמרתם ובדרך זו להחמרת הענישה. אנו נראה כי מגמה זו, שכבר התרחשה במדינות אחרות שאימצו מנגנונים דומים של הכוונת

4 שיקולים כגון זהותו האתנית של הנאשם או השופט, מחוז השיפוט, זהות הסנגור, היות הנאשם עצור או משוחרר בעת מתן גזר הדין וכיו"ב, הם שיקולים הזרים למטרות הענישה, אך הם נמצאו משפיעים על רמת הענישה במחקרים רבים בארץ ובעולם. ראו למשל, יעל חסין ומרדכי קרמניצר "עבירת ההתפרצות – המשתנים המשפיעים על מידת האחידות בענישה" משפטים כב 533 (1993). לסקירת מאמרים נוספים בארץ ובעולם המצביעים על השפעת שיקולים חוץ-משפטיים על הענישה, ראו אורן גול-אייל, רענן סוליציאנו-קינן, גל עינב ועטאללה שובאש "ערבים ויהודים בהליכי הארכת מעצר ראשוני" משפטים לח 627 (2008). על הקשר (והמתח) בין שיקול הדעת החזק והבלתי מונחה לבין החשש מפני שירותיות, ראו רות גביון שיקול דעת מנהלי באכיפת החוק – הסמכות לעכב הליכים פליליים ולחדשם 54 – 57 (1991). יצוין, כי יש קשר בין שתי המטרות שלעיל. כאשר הענישה שירותית יותר, החשש שמקרים דומים יטופלו כל אחד טיפול שונה גדול יותר. בדומה, כאשר מקרים דומים מטופלים כל אחד טיפול שונה, מרכיב השונות הוא פעמים רבות מרכיב שירותי, עם זאת אין זהות בין המטרות. שירותיות תיתכן גם בענישה של אדם בודד ובאין אחר שדומה לו. מנגד, חוסר אחידות מתקיים רק כאשר קיימים שני מקרים דומים הזוכים כל אחד ליחס שונה.

5 הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין-דין-וחשבון (1997) (להלן: ועדת גולדברג).

שיקול דעת שיפוטי, תפגע הן ביעילות מערכת המשפט הפלילית ככלי לצמצום העבריינות והן באינטרס המבוקש של התאמת העונש לחומרת העברה. בהמשך נראה כי לא רק שההצעה תשיג תוצאה שאינה רצויה, היא לא תשיג כלל את המטרות שלשמן היא הוצעה: קידום האחידות וצמצום שיקול הדעת. אמנם סביר להניח שלעונשי המוצא תהיה השפעה על שיקול הדעת השיפוטי בענישה, אולם עונשי המוצא אינם משפיעים ישירות על שיקול הדעת של התביעה. בעולם שבו הרוב המכריע של התיקים הפליליים החמורים מסתיימים לאחר הודאת הנאשם, לרוב בעקבות הסדר טיעון, השפעת התביעה על רמת הענישה גדולה מהשפעת בית המשפט. למעשה, ההחמרה ברמת הענישה והיכולת הטובה יותר לצפות את גזר הדין השיפוטי יובילו להגברת כוחה של התביעה להשפיע על העונש, שיתבטא בין היתר בריבוי הסדרי טיעון. כיוון שהתביעה איננה כבולה (ואיננה יכולה להיות כבולה) כלל לאמצעים להבניית שיקול הדעת השיפוטי, חיזוק השפעתה על גזר הדין יוביל להרחבה של שיקול הדעת בגזר הדין. לחיזוק השפעתה של התביעה על רמת הענישה השלכות מזיקות נוספות בשל הליך קבלת החלטות בתביעה, אשר אינו גלוי ואינו נתון לאותה רמה של ביקורת ציבורית או משפטית כמו החלטות שיפוטיות.

המשך המאמר ייערך כך: בפרק השני נדון ברקע להצעת החוק ובהצעה עצמה. במסגרת זו נעמוד בקצרה על המטרות שביקשה הוועדה להשיג באמצעות החוק המוצע ועונשי המוצא ונתמקד ביחסה של הוועדה לאפשרות שההצעה תוביל להחמרה בענישה. בפרק השלישי נראה כיצד תפסו את ההצעה כוחות פוליטיים שמטרתם להביא להחמרה בענישה. נראה גם כי אף ללא כוונה מפורשת כזו עונשי מוצא יובילו להחמרה בענישה. בפרק זה נפליג גם אל מעבר לים וניעזר בניסיון של מדינות אחרות בהבניית הענישה, שחלקן נרכש לאחר שוועדת גולדברג סיימה את תפקידה.

בפרק הרביעי נציג את ההשלכות של ההחמרה בענישה. ההחמרה בענישה אינה פועלת בחלל ריק. בעולם של הסדרי טיעון החמרה בענישה יוצרת מרחב תמרון עצום לתביעה ומחזקת את שליטתה בהליך הפלילי. פרק זה יתמקד במשמעות של הסדרי טיעון, הן על האישומים והן על העונש, בדוננו בהשפעות האפשריות של עונשי מוצא. במציאות הקיימת, כאשר מרבית התיקים הפליליים מסתיימים בהסדרי טיעון, החמרה בענישה רק תחזק מגמה זו, תוך הגברה ניכרת של כוח התביעה לשלוט על ההליך על חשבון כוחו של בית המשפט. בחלק זה נסקור גם את הספרות המקיפה המסבירה מדוע החמרה בתקופות המאסר אינה מקדמת ביעילות את מטרות המשפט הפלילי, ונראה גם כיצד עצם צמצום שיקול הדעת השיפוטי, אפילו בלא החמרה, יוביל להגדלת שליטתה של התביעה בעונש. בחלק זה יוצגו גם ממצאים ראשוניים של מחקר אמפירי מתהווה, המראה כי הנחיות לענישה שקבע בית המשפט העליון בעבירות לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל הגדילו את השפעתה של התביעה על העונש, אך לא הגדילו כלל את האחידות בענישה.

בפרק החמישי נציג אלטרנטיבות שתאפשרנה אימוץ עונשי מוצא תוך צמצום החששות האמורים. נראה כי אם תחזוק עצמאותה של הוועדה לקביעת עונשי מוצא מהגורמים הפוליטיים, תחויב הוועדה לשקול את תקני הכליאה הקיימים בהחלטותיה, והחוק יקבע כי מאסר הוא עונש של מוצא אחרון, יצומצם במידת מה החשש שעונשי המוצא יובילו להחמרה ברמת הענישה, ובדרך זו יצומצמו גם החששות מחיזוק משמעותי בהשפעתה של התביעה על גזירת הדין על חשבון כוחו השיפוטי של בית המשפט.

ב. על תכלית החוק

ועדת גולדברג הוקמה בשנת 1996 כדי לבחון את הצורך שבהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דינו של אדם, זאת על רקע חוסר שביעות הרצון משיקול הדעת הרחב והבלתי מוכוון המצוי בידי שופטים בגזרם את הדין. בפתח דבריה הצהירה הוועדה כי לשיטתה המצב המצוי בישראל בכל הנוגע לשיקול דעת שיפוטי בגזירת דינו של אדם אינו המצב הרצוי, וכי יש צורך בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין בדרך של חקיקה.⁶ לכן שמה לה הוועדה למטרת-על לקבוע את גודל שיקול דעתם של השופטים היושבים בדין כדי להבטיח אחידות בפסיקת השופטים השונים וכפועל יוצא השגת ודאות, בהירות וצפיות מראש.⁷

בהדגישה כי אין מקום למתן משקל שווה למטרות הענישה השונות קבעה דעת הרוב בוועדה את עקרון ההלימה כעיקרון מנחה בגזירת הדין והוא קיומו של יחס הולם בין חומרת העברה ואשמו של הנאשם לבין חומרת העונש. פסקה שלמה הוקדשה בדוח להבהרת סוגיית ההחמרה בענישה ולהצהרה ברורה כי אין באימוצו של עקרון ההלימה כעקרון-על כדי להצביע על רצון בהחמרה בענישה, וכי למעשה יישומו אינו מחייב החמרה בענישה. נהפוך הוא, קובעת הוועדה, "עונש חמור בעבירות שאינן חמורות אינו מקיים את עקרון ההלימה".⁸

נקודה זו חשובה לציון בבואנו לדון בהשלכות של הצעת החוק, ובייחוד בהשפעות האפשריות של עונשי מוצא על סוגיית ההחמרה בענישה. הוועדה לא שמה לה למטרה לקדם מדיניות של "חוק וסדר" ולהחמיר בענישה, אלא להשיג יתר אחידות ומניעת שרירותיות בגזירת דינם של נאשמים. למרות האמור אנו סבורים, כפי שיפורט בפרק ג להלן,

6 שם, בעמ' 7 (פסקאות 1-3).

7 שם, בעמ' 8 (פסקה 5).

8 שם, בעמ' 10 (פסקה 9 לדעת הרוב).

כי בעקבות הבניית שיקול הדעת וקביעת עונשי מוצא כפי שנקבע בהצעת החוק, הענישה הפלילית במדינת ישראל תחמר, בניגוד גמור להלך הרוח שאפיינ את הצעת הרוב בוועדת גולדברג.

חשש זה הביע פרופסור קנת מן בהסתייגותיו מדעת הרוב. פרופסור מן מציין כי הצלחת הצעת הוועדה תהא תלויה באופן שבו היא תשפיע על חומרת העונשים. אם ההצעה תיצור החמרה בענישה הרי שבעיית אי-האחידות המאפיינת את הענישה בישראל תוחלף בבעיה אחרת.⁹ מן מדגיש כי אם הרכב ועדת המומחים לקביעת עונשי מוצא יושפע מלחצים פוליטיים ויאופיין באנשים פוליטיים, הרי שהלחץ לרצות את הציבור יגרום לקביעת עונשי מוצא מחמירים מאלו הנוהגים כיום.¹⁰ גם עו"ד יאיר גולן, בדעת המיעוט שלו, הביע חשש שתוצר לוואי שלילי של ההבניה יהיה החמרה בענישה.¹¹ כפי שיפורט בהמשך, אנו סבורים שחשש זה צפוי להתממש אם תקבל הצעת החוק בנוסחה הנוכחי.

עוד נקבע בדוח, כי סטייה מעקרון ההלימה תתאפשר בשתי סיטואציות בלבד: האחת כאשר החריגה דרושה לצורך הגנה על שלום הציבור מפני הנאשם והשנייה כאשר הסטייה נועדה לצורך שיקום הנאשם. הרתעה כללית כמטרת ענישה איננה באה לידי ביטוי בחריגות ספציפיות אלו, כאשר הוועדה מדגישה כי החמרה בעונש לשם הרתעה כללית אסורה, שכן היא אינה מתיישבת עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מהאמור לעיל עולה בבירור שדעת הרוב בדוח הוועדה לא כיוונה לעונשים מחמירים מאלו הנוהגים, וכי יעדיה של ההצעה היו רק השגת אחידות ובהירות בענישה.

כדי להדריך את בתי המשפט ביישום עקרון ההלימה הציעה הוועדה לקבוע עונשי מוצא אשר ישמשו עוגן ענישתי בבוא בית המשפט לגזור דינו של נאשם. עונש המוצא יבטא את "העונש ההולם הן מבחינת מדיניות הענישה הנוהגת והן מבחינת מדיניות הענישה הראויה במקרה הטיפוסי, השכיח של העבירה".¹² עונש המוצא יהיה נקודת התחלה שממנה יוכל השופט היושב בדיון לסטות לקולה או לחומרה, לפי נסיבות המקרה. בעניין זה יודרך השופט על ידי נסיבות חובה ורשות, מחמירות ומקלות, שנקבעו אף הן בדוח, אשר תדרכנה את השופט במרחב מתחם ההלימה ותאפשרנה לו להתאים את הענישה לנסיבות שבפניו. עוד

9 שם, בעמ' 36 (פסקה 2 להסתייגות של פרופ' קנת מן מדעת הרוב).

10 שם.

11 שם, בעמ' 121.

12 שם, בעמ' 14 (פסקה 18 לדעת הרוב).

המליצה הוועדה לקבוע עונשי מוצא מדורגים לעברות המאופיינות בקשת סיטואציות מגוונות.¹³

עיקרי המלצות הוועדה אומצו בהצעת חוק ממשלתית הנמצאת כעת בהליכי חקיקה לקראת הקריאה השנייה והשלישית.¹⁴ אמנם בהצעת החוק הממשלתית אומצו כמה תיקונים להצעת הוועדה, אולם ניכר כי מטרתיה העיקריות של ההצעה בחלק העוסק בעונשי המוצא נותרו ללא שינוי – והן קידום האחידות וצמצום השרירותיות בגזרי הדין. גם אנו סבורים כי חוק אשר יבטיח, או יציע כלים אשר יבטיחו, אחידות ומניעת שרירותיות בענישה הוא חוק רצוי. אולם כלים חקיקתיים אינם עומדים בפני עצמם ויש לבחון אותם באספקלריית ההליך הפלילי שבו הם משתלבים. כפי שנראה בהמשך, עונשי המוצא לא יקדמו בהרבה את רמת האחידות בענישה, ומנגד הם צפויים להביא להחמרה בענישה ולהגברת השליטה של התביעה בהליך הפלילי.

ג. החמרה בענישה – כיצד היא תתרחש

בפרק ד נראה מדוע החמרה בענישה, באמצעות עונשי מוצא, תפגע במערכת המשפט הפלילית. במסגרת זו נעמוד על העלויות הגבוהות של עונשי המאסר, על הספרות הקרימינולוגית הרחבה המראה כי הארכת תקופות המאסר אינה מסייעת ביצירת הרתעה ועל ההשלכות של עונשי מוצא מחמירים על חלוקת הכוחות בין התביעה לבית המשפט. אולם כפי שצינו לעיל, ההצעה של ועדת גולדברג לא נועדה להביא להחמרה בענישה. לפיכך בשלב ראשון עלינו להסביר מדוע עונשי המוצא צפויים להביא להחמרה ברמת העונשים בישראל. בכך יעסוק פרק זה.

בחלקו הראשון של הפרק נראה כי בשונה מבתי משפט ייטו נבחרי ציבור, ככלל, לפעול להחמרה בחומרת העונשים, ולכן צפויה המעורבות הפוליטית בניסוח החוק, בתיקונו עם השנים וביישומו, להוביל להחמרה כזו. בהמשך נראה כי החשש האמור אינו מבוסס רק על התבוננות תאורטית במאפייני התמריצים של נבחרי ציבור אלא גם על ההתבטאויות בפועל

13 שם, בעמ' 14–15 (פסקאות 17–19 לדעת הרוב); למשל, הוועדה הציעה לקבוע עונשי מוצא שונים (מדורגים) לאינוס לפי סעיף 345(א) על פי יחסי קרבה בין המתלוננת לנאשם, כשהיכרות עם הנאשם ואי-היכרות עמו ישפיעו על עונשי המוצא השונים. אפשר לחלוק על עמדת הוועדה שלפיה מידת הקרבה של המתלוננת לנאשם צריכה לשמש שיקול בענישה במקרה של אונס, אולם קיימות עברות אחרות שבהן תהיה הצדקה לעונשי מוצא מדורגים. ראו על כך, אורן גול-אייל ורות קנאי "כיצד קובעים עונשי מוצא?" חוקים ג 155 (2011).

14 ראו לעיל, ה"ש 1 וכן ראו, ד"כ י 1634 (התשס"ו).

של השרים וחברי הכנסת המעורבים בהליך החקיקה. בחלקו השני נראה כי השינויים בין ההצעה הממשלתית להצעה המקורית של ועדת גולדברג חושפים גם הם את המגמה המבקשת להחמיר בענישה. בחלקו השלישי נראה כי גם בלא קשר לכוונות הפוליטיות של מנסחי החוק ובעלי התפקידים האמונים על ביצועו של הליך קביעת עונשי המוצא, המתאפייין בהחלטה ריכוזית המנותקת מנסיבותיו של מקרה קונקרטי, עלול להוביל להחמרה ברמות הענישה המקובלות.

החלק הרביעי יעסוק בהעלאת רף הענישה בעקבות עונשי המוצא ויראה כי עונשי מוצא יובילו להחמרה בגזרי הדין שיוטלו לאחר ההליך השיפוטי. על רקע תפקידם של עונשי מוצא כעוגן ענישתי שממנו יוצאים השופטים בכואם לגזור דין ייטו השופטים להיצמד לעונשי המוצא המחמירים וימעטו לסטות מהם לקולה. אנו נראה כי מגמה זו של היצמדות להנחיות ענישתיות, גם אם אינן מחייבות, אינה חדשה ונצפתה גם בארצות הברית.

1. הפוליטיקה של רמת הענישה

כפי שהראינו, הצעת החוק של ועדת גולדברג לא נועדה לגרום להחמרה בענישה. מטרת החוק הייתה להבנות את הליך גזירת הדין, להגדיר בחקיקה את השיקולים המנחים בקביעת העונש ולצמצם את הפערים הבלתי מוצדקים בענישה.

עם זאת, הליך חקיקת החוק הוא הליך פוליטי. החוק המוצע גם מותיר שיקול דעת רחב לגורמים פוליטיים, ובהם שר המשפטים וועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. על פי ההצעה ימנה שר המשפטים את הוועדה לקביעת עונשי מוצא. בנקודה זו סטתה הצעת החוק הממשלתית מהמלצות ועדת גולדברג, שחששה ממעורבות פוליטית רבה מדי בהרכב הוועדה. לפי ההצעה של ועדת גולדברג, חברי הוועדה לקביעת עונשי מוצא ימונו על ידי שר המשפטים באישור נשיא בית המשפט העליון. בהצעה הממשלתית הוסר הצורך באישורו של נשיא בית המשפט העליון.¹⁵

15 החשש כי הרכב הוועדה, אופייה והחלטותיה יושפעו מהאידאולוגיה הפוליטית של השר, עלה גם בדיונים בכנסת על הצעת החוק. אומר חבר הכנסת אריה אלדר, למשל: "ממה אני מודאג? בחוק כתוב שהשר מרכיב ועדה, והוועדה הזאת, שיש בה מן האקדמיה ושופטים בדימוס, ומהמשרד ומהציבור, ועדה נרחבת – הוועדה הזאת היא זו שצריכה להמליץ על טווח הענישה הראוי. אני חושש שהשר ירכיב ועדה שהיא לצורך העניין בצלמו וכדמותו. לצורך העניין, אם יש לנו שר שקיבל מתנה אסורה ומסרב עד היום להחזיר אותה, הוא, חס וחלילה, עלול להרכיב ועדה שמתנות אסורות אינן נחשבות בעיניה לעבירה, ונמצאנו מקלקלין במקום שאנחנו מתקנין". ראו שם, בעמ' 1639.

מלבד זאת החלטות הוועדה תהיינה טעונות אישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁶ גם בנקודה זו ההצעה מעניקה מעמד מרכזי לגורמים פוליטיים בקביעת מדיניות ענישה,¹⁷ אף כי גם כיום הכנסת מעורבת בקביעת מדיניות הענישה, במסגרת קביעת העונשים המרביים לעברות השונות, מעורבות זו תהפוך משמעותית בהרבה עם חקיקת החוק המוצע. השר יוכל לבחור נציגים התומכים במדיניות הענישה שאותה הוא מנסה לקדם, והוועדה תוכל להשפיע על חומרתם של עונשי המוצא באמצעות מעמדה בהליך אישור העונשים.

אפשר לטעון כי מעורבות ועדת החוקה נדרשת בשל עקרון החוקיות ועקרון הפרדת הרשויות. עונשי המוצא, לפי גישה זו, מהווים הסדר חקיקתי ראשוני, ולכן אין זה ראוי כי המחוקק יתנער מכל מעמד בקביעת הסדר זה.¹⁸ אולם לדעתנו אין מניעה כי הכנסת תאצול סמכות זו לוועדה מקצועית ככל שהדבר דרוש להבטחת מערכת ענישה טובה יותר. החוק המוצע קובע בפירוט רב את השיקולים המשליכים על העונש ההולם, ולכן יישום שיקולים אלו בקביעת עונש המוצא אינו חייב להיעשות על ידי המחוקק הראשי.

ואכן, במרבית שיטות המשפט שאימצו הנחיות לענישה, הסמכות לקבוע את ההנחיות מצויה בידי נציבות או ועדה השייכות לרשות השופטת או מערכת נציגים מרשויות שונות, ובלא מעורבות של הרשות המחוקקת. באנגליה למשל, שייכת מועצת גזירת הדין לרשות השופטת, ומורכבת משמונה שופטים (judicial members) ושישה נציגים אחרים (non-judicial members).¹⁹ מטרת המבנה האמור היא להבטיח שקיפות ואחידות בענישה בלי לפגוע בעצמאות השיפוטית.²⁰ בדומה, בארצות הברית נציבות גזירת הדין הפדרלית היא חלק מהרשות השופטת. ניסיון לתקוף את חוקתיות המבנה האמור בארצות הברית בטענה כי הסדר זה הוא אצילה אסורה של סמכות חקיקה ראשית ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, נדחה. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי ההחלטה של הקונגרס ליצור גוף הקובע כללים לגזירת הדין ולמקמו ברשות השיפוטית היא החלטה חוקתית.²¹ יצוין כי לכאורה הקושי באצילת הסמכות לקבוע את ההסדרים משמעותי בארצות הברית ובאנגליה

16 בנקודה זו ההצעה הממשלתית אימצה את עמדת ועדת גולדברג. ראו סעיף 40ט(ג) לחוק המתוקן על פי ההצעה.

17 שם, בסעיף 40ח.

18 לספקות ברוח זו ראו בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה)", תשס"ה-2005 "עלי משפט ה-247, 271 (2006), וכן דעת המיעוט בוועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 45.

19 ראו אתר המועצה www.sentencingcouncil.org.uk.

20 שם.

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

יותר מאשר בישראל. בארצות הברית קבעה הנציבות כללים מפורטים לגזר דין אשר חייבו שופטים להטיל עונש בטווח מצומצם, ולא רק הבנו את שיקול דעתו. באנגליה המועצה לגזירת הדין קובעת במסגרת ההנחיות את השיקולים לחומרה ולקולה שיש לשקול מלבד עונש המוצא. למרות זאת, מדינות אלו, המאמצות תפיסות דומות לשלנו בנושא עקרון החוקיות, מצאו לנכון להרחיק את האחריות למשימה מהמחוקק.

קיימות סיבות טובות להעדיף מבנה עצמאי זה. יש חשש כבד כי חיזוק המעורבות הפוליטית במדיניות הענישה, כפי שמוצע בהצעת החוק הממשלתית, יוביל להחמרה במדיניות זו, לפחות ככל שאמור הדבר בפשיעה הקלאסית. להבדיל מהרשות השיפוטית אשר יכולה להתנתק במידה מסוימת מרחשי לב רגועים של הציבור, הרשות המחוקקת והרשות המבצעת מתקשות יותר להתעלם מרחשי לב רגועים כאלו, וגם אם יסכימו חבריהן עם הטענה שגדולה עלותה של ההחמרה בענישה מתועלתה, הם עלולים להעדיף את השובר הפוליטי שבצד עמדה פשטנית הנתפסת כקשיחות נגד הפשיעה.

החשש שהחמרה בענישה תזכה תמיד לאהדה ציבורית אינו חשש בעלמא. מחקרים מראים כי הציבור ככלל סבור שהחמרה בענישה תקטין את ממדי הפשיעה.²² לפי מחקרים שנעשו בארצות הברית, אנגליה וקנדה, תפיסת הציבור את רמת הפשיעה מעידה כי ככלל הציבור סבור שהפשיעה מסלימה עם השנים, תפיסה שאינה תואמת את רמות הפשיעה ושיעוריה במציאות.²³ בדומה, מלמדים סקרים שנערכו בארצות הברית, קנדה, אנגליה ואוסטרליה, כי הציבור סבור שענישת בתי המשפט "רחומה" מדי וכי יש להחמירה, למרות פורומות במדיניות הענישה שהובילו להחמרה ניכרת ברמתה.²⁴ נראה אפוא כי התמיכה

JULIAN V. ROBERTS ET AL., PENAL POPULISM AND PUBLIC OPINION: LESSONS FROM FIVE COUNTRIES 22–23 (2003)

22 שם, בעמ' 22. למשל, ב-1974, 85% מהציבור הקנדי האמין ששיעורי הפשיעה בעלייה. ב-1999, 83% מהמשיבים לסקר מטעם המדינה האמינו ששיעור הפשע יציב או בעלייה אף על פי ששיעורי הפשיעה היו בירידה שבע שנים ברציפות. באנגליה בשנת 1996 ו-1998 גילה סקר שרוב האנשים מאמינים ששיעורי הפשיעה בעלייה מתמדת כבר שנתיים, אך למעשה הייתה ירידה בשיעורי הפשיעה.

24 שם, בעמ' 26–29. עם זאת רוברטס ושותפיה מצביעים על הפער שבין סקרי דעת קהל המצביעים על גישה ענישתית מחמירה של הציבור ובין מחקרים "מורכבים" יותר, שבהם ניתן מידע וספקו פרטים על מקרים שונים לקהל הנבדקים. מחקרים אלו לימדו כי גישת הציבור אינה כה ענישתית ואינה כה מחמירה כפי שנחזית להיות על פי הסקרים. שם, בעמ' 29–31. להרחבה בסוגיה זו ראו להלן בחלק ג.1.

הציבורית בהחמרת היחס לפשיעה מנותקת במידה רבה מרפורמות חקיקתיות ומהנתונים על רמת הפשיעה.²⁵

אמנם גם בתי המשפט מושפעים מהלכי רוח ציבוריים. השפעה זו מתבטאת גם במדיניות הענישה. עם זאת כאמור לעיל, לבתי המשפט עדיין יכולת לא מבוטלת לפסוק בניגוד להלכי רוח רגועים,²⁶ ולעומת זאת מערכת התמריצים של פוליטיקאים מקשה עליהם לנהוג בדרך דומה. כנציגי ציבור יבקשו הפוליטיקאים להשביע רצונותיו של הציבור שבחרם, או למצער לא להיות מוצגים כמי שנוהגים בניגוד לרחשי הלב של אותו ציבור. למעשה, אחת ההצדקות לקיומה של מערכת משפט עצמאית טמונה בצורך בגוף שיוכל לאזן בין זכויות הפרט לאינטרס הציבורי, כפי שזה מפורש על ידי הרוב, בניגוד לעמדות הרוב. תאוריית ההטיה המוסדית למשל גורסת כי אנשים הנושאים במשרות שלטוניות ייתנו משקל רב יותר לאינטרס ציבורי על חשבון חירויות הפרט, גם אם הם מכירים בחשיבותן של חירויות אלו.²⁷ החשש של נושאי משרה שלטונית מפני פגיעה באינטרס הציבורי באמצעות מימוש זכויות יסוד יטה את הכף להעדפת מדיניות המקדמת את האינטרס הציבורי, ובהתנגשות בין האחרון לזכויות יסוד האינטרס הציבורי יגבר. לשם כך מוטלות החלטות מסוימות על בתי המשפט ולא על הרשויות הנבחרות.

יוצא אפוא שהלך רוח הקורא להחמרה בענישה ומבקר את הענישה הנוהגת כקלה ישפיע ישירות על פוליטיקאים ומעצבי מדיניות. יהיה קשה עד בלתי אפשרי לפוליטיקאים להצדיק עונשי מוצא אשר ייתפסו על ידי הציבור כמקלים, והניסיון מלמד שכמעט כל רמת

25 שם, בעמ' 22.

26 ראו למשל: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), שבהם קבע בית המשפט העליון כי היותה של עברה "מכת מדינה" איננה, מניה וביה, עילה מספקת למעצרו של עבריין עד תום ההליכים (וממילא אין אופייה האמור של העברה מצביע על מסוכנותו כעילה למעצרו); בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010), שבו ביטל בית המשפט סעיף מחוק סדר הדין הפלילי שאפשר למנוע מעצור החשוד בעברות ביטחוניות להיפגש עם עורך דינו ובכך אפשר להאריך את מעצרו שלא בפניו (ולאחר כאמור שלא נפגש כלל עם עורך דינו, ונוכחותו של האחרון בדיון הארכת המעצר הייתה אפוא כקליפת השום שכן לא הוענקה לעצור הגנה של ממש בשל חוסר היכרותו של עורך הדין עם לקוחו).

27 ראו אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" (עתיד להתפרסם במשפטים מא, 2011) (בפרק ד3(א) למאמר).

ענישה נתפסת כמקלה.²⁸ מטעם זה העברת כוח לקביעת רמת הענישה ממערכת המשפט למערכת הפוליטית צפויה להוביל להחמרה בענישה, מעבר למידה האופטימלית.²⁹ החשש שמעורבות פוליטית במדיניות הענישה תוביל להחמרה אינו נשען רק על ההנחה שהאווירה הציבורית נגד ענישה הנתפסת מקלה תשפיע על פוליטיקאים. הוא נשען גם על בחינת עמדותיהם של הגורמים הפוליטיים אשר אמורים לקדם את הצעת החוק או להיות מעורבים במימוש החוק לכשיעבור. כך, בחינת התבטאויותיהם של חברי כנסת בנושא ענישה ופעולותיהם בתחום מלמדות כי ככלל הם סבורים שרמת הענישה בישראל אינה מספקת ויש להחמירה. הדבר מתבטא בין השאר בקריאה לקביעת עונשי מינימום בעברות שונות.³⁰ דוגמאות אחרות הן הצעות חוק שונות שהונחו על שולחן הכנסת העוסקות בהחמרת ענישה לנאשמים שהורשעו הרשעה חוזרת או הרשעה שלישית בעברות חמורות או בעברות אלימות קשה בהתאם.³¹

אינדיקציה טובה אחרת להחמרה הצפויה עקב מעורבות פוליטית ביישום ההצעה, אפשר למצוא בהתבטאויות הגורמים הפוליטיים המעורבים בהליך חקיקה באשר לתכלית ההצעה. למעשה, ההצעה נתפסת על ידי השרים וחברי הכנסת כחקיקה שנועדה להביא להחמרה בענישה. לעתים ההחמרה בענישה מוצגת על ידי המעורבים כמטרת הצעת החוק (אף שעל פי ניסוחה, דברי ההסבר שלה ומקורותיה בוועדת גולדברג, זו בוודאי אינה מטרתה). כך שר המשפטים דאז חיים רמון, שהציג את הצעת החוק מטעם הממשלה בדיוני

28 ראו טקסט לה"ש 23 לעיל.

29 מובן שרמת הענישה בשלב מסוים לא תגדל עוד שכן העלויות הגבוהות של הענישה המחמירה והתועלת הנמוכה של החמרה נוספת לקידום ההרתעה, יחזקו כוחות המבקשים לבלום את תהליך ההחמרה בענישה למרות הלחץ הציבורי.

30 דבריו של חבר הכנסת דוד רותם בדיונים בהצעות החוק השונות שהציע לתיקון פקודת הסמים מלמדים על המסר הפוליטי שהוא מנסה להעביר: "ואני רוצה להעביר את המסר. המסר הזה הוא לא רק לבית המשפט, המסר הזה הוא גם לציבור. הציבור צריך לדעת שהמחוקק רואה בחומרה את העניין של סחר בסמים, ולכן הוא מנחה את בתי המשפט שבעניין הזה חלק מהעונש חייב להיות בפועל. לזה יש חשיבות מבחינת ההרתעה והמסר שהחוק הפלילי צריך להעביר לתושבי המדינה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 588 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17 (30.8.2008) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2008-06-30-02.html.

31 ראו למשל הצעת חוק העונשין (תיקון – ענישה מוגברת בשל שלוש עבירות אלימות), התשס"ט–2009, אשר הונחה על שולחן הכנסת במאי 2009 על ידי חבר הכנסת יוחנן פלסנר, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/1022.rtf. כמו כן ראו הצעת חוק העונשין (תיקון – ענישה לעבירה חוזרת), התש"ע–2009, אשר הונחה על שולחן הכנסת בנובמבר 2009 על ידי חברי הכנסת יעקב כץ, אורי אורבך ושי חרמש, www.knesset.gov.il/privatelaw/data/18/1805.rtf.

הכנסת לקראת הקריאה הראשונה, הסביר כי ההצעה: "...תשים קץ גם לסלחנות מופרזת במקרי פשיעה חמורה. תפקיד הממשלה להגן על החברה הישראלית מאלימות הפושה בה ולהבהיר כי לעבריינות יש מחיר".³² גם ח"כ גדעון סער אמר בדיון בהצעת החוק: "המגמה הזאת [של קביעת עונשי מוצא – אג"א ור"ל], לפי דעתי, צריכה להביא, וטוב שהיא תביא, וזו לפי דעתי גם התחושה בציבור, להחמרה בענישה, ומצד שני – לאחידות בענישה".³³ ובהמשך, בדיון החגיגי שקיימה ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בפתיחת הכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית, התמקד שר המשפטים פרופ' יעקב נאמן בתיאור הפשע הפושה במחוזותינו ובצורך הדחוף להחמיר בענישה כדי לטפל בפשיעה.³⁴ גם יו"ר הוועדה חבר הכנסת דוד רותם והשר לביטחון פנים יצחק אהרונוביץ' מיקדו דבריהם בפניה

32 הפירוש שנתן רמון (שכיהן אז כשר המשפטים) לעונשי המוצא מלמד כי לדעתו הם יכולים לשמש גם אמצעי להחמרה עם עבריינים מועדים ולקביעת סוג של "כלל העברה השלישית" (three strikes law) בגרסה ישראלית. בלשונו: "הרשו לי לתת דוגמה כדי להדגים למה אני מתכוון בעונש מוצא. למשל, 70% מהעבירות היום הן עבירות רכוש, ותחושת האי-ביטחון של האזרחים היא קשה מאוד. למשל, יכולה הוועדה לקבוע, שבעבירת הרכוש הראשונה בית-המשפט יוכל להקל מאוד. יכולה אחר כך הוועדה לקבוע, שגם בעבירת הרכוש השנייה, למשל פריצה לבית מגורים, גנבה וכדומה, גם אז העונש יהיה קל יחסית, ויהיה שיקול דעת נרחב לבית-המשפט. אבל יכולה הוועדה, לדעתי היא גם צריכה, לקבוע שבעבירה שלישית של פריצה – ו-70% מהעבירות הפליליות היום הן עבירות רכוש – ייקבע עונש מוצא של ארבע או חמש שנים. נכון, הדבר יביא להחמרת הענישה". ראו: ד"כ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 1635. יצוין כי נוסח הצעת החוק אינו מאפשר לקבוע עונשי מוצא המדורגים לפי עברו הפלילי של הנאשם, ועקרון ההלימה מחייב דווקא את הקטנת משקלו של העבר הפלילי בשיקולי הענישה ואינו מאפשר קביעת עונשי מוצא שונים לפי עברו הפלילי של הנאשם. שם, בעמ' 1639.

33 פרוטוקול ישיבה מס' 124 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (21.12.2009) 34
www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2009-12-21.html. שר המשפטים נאמן אמר למשל כי "לצערנו הרב, הפשע במדינת ישראל בכלל, והאלימות, הולכים וגוברים. אין יום בלא שאנחנו מתבשרים על עבירות חמורות, פשעים חמורים, בקרב בני משפחה, בין חברים, בין אזרחים שלוקחים את החוק לידם, ואף חמור מכך, הנגע פשה גם בבני הנוער, שהם דור העתיד שלנו במדינת ישראל. יש לראות בחומרה רבה את הגאות הגוברת והולכת של מעשי פשע, ובכלל זה מעשי האלימות בחברה בישראל. לנו ברור היום, יותר מתמיד, כי אם לא ננקוט מיד בצעדים חמורים, ובמהירות... הפשע ילך ויתגבר, ועלול לחדור כמעט לכל בית במדינת ישראל... אנו מקווים, כי קביעת עונשי המוצא וכן הבניית שיקול הדעת השיפוטי בכלל יביאו לרתיעה מביצוע מעשי פשע ולמיגור הפשע בישראל, כך שתושבי מדינת ישראל יחשו ביטחון בעת שהם מהלכים להנאתם ברחובות הערים, ובפרט בזמן שבו הם שוהים בכתיים, ולא יחששו לפגיעה בגופם ובקניינם".

האלימים של החברה ובצורך לתת לכך מענה בדמות ענישה מחמירה.³⁵ המסר שנשלח מדיון חגיגי זה, אשר פתח את ההליך של אישור הצעת החוק, עסק בחשיבות ההחמרה בענישה כדי לטפל בנגעי האלימות העכשוויים וביכולת של הצעת החוק להשיג זאת.³⁶ גם בדיוני העבודה המאוחרים מדיון זה הדגיש יו"ר הוועדה את הצורך לקיים את רצון הציבור בענישה מחמירה.³⁷

35 שם. חבר הכנסת רותם אמר למשל כי "בשנים האחרונות במדינת ישראל חל כרסום בהרגשת הביטחון האישי של האזרח – מעשי אלימות, שוד, גניבה, דקירות ורצח הפכו למעשה של יום-יום. ואם נחבר לכך את התמשכות ההליכים המשפטיים, החקירה, הדיון המשפטי והזמן עד שניתן פסק דין, נבין מדוע האזרחים במדינת ישראל איבדו את ביטחונם האישי וגם את ביטחונם במערכת המשפט... בשנים האחרונות נערכו מספר סקרים והוכח, כי... חוסר האחידות בענישה, ולעתים גם העונשים הקלים שמטיל בתי המשפט, הם חלק מהגורמים לאובדן האמון של הציבור במערכת המשפט". בדומה, אמר השר אהרונוביץ כי "הנושא של תופעות האלימות – עבריינות, פשיעה מאורגנת, שחיתות ציבורית – נתפס כיום כאיום החמור ביותר על אושיות המדינה והחברה במדינת ישראל, וניתן להגדיר את האיום הזה כפוגע ומוחשי הרבה יותר מהאיומים החיצוניים על מדינת ישראל... חייבים להסיר את הכפפות מכל המערכת שנלחמת באותם פושעים, באותה עבריינות, באותם אנשים אלימים, ולייצר מערכת הרתעתית שתיתן מענה... חלק ממטרת הענישה היא גם ליצור הרתעה". ובהמשך: "הנושא של הטיפול בתופעות... שהזכרתי, אינו מסתכם רק בהיבט האכיפה... דרושה גם החוליה המרכזית, שהיא גם רמת הענישה. [החקיקה, שכרגע אנחנו עוסקים בה, יוצרת הרתעה, אבל היא לא מספיקה, ונדרשת גם ענישה מרתיעה והכרחית כלפי העבריינים". בדיון שהתקיים לאחר מכן ציינה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה כי מטרת החוק אינה להביא להחמרה בענישה, ובתגובה אמר יו"ר הוועדה חבר הכנסת רותם: "אז השאלה אם צריך לדון בזה בכלל". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 135 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (5.1.2010) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-01-05.html

36 שם.
37 באחד מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט על הצעת החוק, בתשובה לחששות שהעלה פרופ' יורם שחר שלפיהם עונשי המוצא ייקבעו על יסוד גישה הרתעתית ומחמירה, השיב יו"ר הוועדה: "נעשים מחקרים על ירידת קרנו של בית המשפט בעיני הציבור. וחלק גדול מהמשיבים שם מצביעים על כך שבתי המשפט לא ממלאים את תפקידם כראוי, בין היתר משום שאנשים עוברים עבירות חמורות, כך זה נתפס, לפחות בעיני הציבור, ומקבלים עונשים מצחיקים. אני לא מדבר על עבירות מתוחכמות, על הלבנת הון או דברים מסוג זה, אני מדבר על עבירות של אלימות פשוטה – גניבת רכב וכל הדברים האלה. הציבור לא יכול לחיות עם זה. הציבור מביע מורת רוח מההתנהלות הזאת. בתי המשפט לא קוראים מחקרים וסקרים, והציבור, שהוא הריבון במדינה הזאת, בא אל המחוקק ואומר לו: זה לא יכול להימשך. תקרא לזה נקמה, תקרא לזה גמול, תקרא לזה הרתעה, לא מעניין אותי איך אתה קורא לזה, אבל תעשה משהו שאני אדע שכאשר גנבו לי את האוטו, וכשכבר תפסו את הגנב, שהוא ישלם מחיר מסוים. יכול להיות שזה הרגש הנמוך ביותר שיש באדם, רגש הנקמה – נכנסת אלי הביתה, תקבל עונש. איך אני מחבר את מה שאמרת עם כלל הציבור? ... אני רוצה שהציבור

מעניין כי במקרים רבים נשענת התמיכה הפוליטית בהצעת החוק על ההנחה שהצעת החוק תוכל לקדם עונשים מרתיעים. שר המשפטים נאמן והשר לביטחון פנים אהרונוביץ' למשל ציינו בדיון האמור כי להצעה חשיבות רבה בקידום ההרתעה.³⁸ זאת בניגוד מוחלט לנוסח ההצעה, הקובע כי השיקול המרכזי בענישה הוא הלימה, וכי חריגה מהעונש ההולם מותרת רק לקידום השיקום או ההרחקה מן החברה ולא לצורך הרתעה. שיקול ההרתעה הכללית, שכיום משמש את בית המשפט כשיקול מרכזי בענישה,³⁹ מוזכר בהצעה רק

ידע שהוא מקבל מה שהוא רוצה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 152 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (1.2.2010) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-02-01.html.

38 ראו את דבריו של השר נאמן, כי "לתופעות אלו יש לשים גבולות ברורים, כך שאדם המועד לבצע עבירה, שהוגדרה כעבירה הנוגעת לתושבי מדינת ישראל, לשמירה על גופם ועל קניינם, יירתע מהעונש המוטל על עבירה זו. אותו עברייך מועד ידע מראש כי סיכויי לקבל עונש הולם ומרתיע הם גבוהים ביותר", פרוטוקול ישיבה מס' 124 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (21.12.2009) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2009-12-21.html. ראו בדומה את התבטאותו של השר נאמן בריאיון לגלי צה"ל, בהציעו לקבוע עונשי מוצא לעבירות מין: "לתופעה חמורה זו יש לשים גבולות ברורים, כך שאדם שמוגדר כפוגע בחברה יירתע מראש מעונש המוצא הקבוע בחוק על מה שיעשה" [הדגשה שלנו, אג"א ור"ל], www.glz.co.il/NewsArticle.aspx?NewsId=, ראו גם דברי השר אהרונוביץ', לעיל ה"ש 35.

39 ראו למשל ע"פ 1399/91 ליבוביץ' נ' מדינת ישראל, מז(1) 177, 179 (1993), שבו הטעים המשנה לנשיא אלון כי אחת ממטרותיה של הענישה היא "הצורך בהרתעתו של העברייך שהורשע ובהרתעתם של עבריינים בכוח". במקרה זה ביקשה באת כוח המדינה "להחמיר בדיון של המערער" בשל "הצורך בהרתעת עבריינים בכוח מביצוע מעשים דוגמת אלו שבוצעו המערער" (שם, בעמ' 181). המשנה לנשיא אלון המשיך והדגיש כי "הצורך בהשחתת עונש חמור על המערער נובע גם מהשיקול החשוב של הרתעת הרבים מלבצע מעשים דוגמת אלו של המערער. מעשי שוד מזוין רעה חולה הם, ויש לשרשם מן החברה על-ידי ענישה תקיפה: ... ובערת הרע מקרבך; והנשארם ישמעו ויראו ולא יסיפו לעשות עוד כדבר הרע הזה בקרבך" (דברים, יט, יט-כ [ד]) (שם, בעמ' 188). הדוגמאות לשימוש בשיקול הרתעת הרבים בפסיקה רבות מספור. למספר מצומצם מהעת האחרונה ראו ע"פ 2333/07 תענך נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.7.2010) ("הענישה בעניינים של המערערים אינה מצטמצמת ליסוד הגמול על מעשיהם הקשים. עליה לבטא גם יסוד הרתעה מובהק כלפי כלל עובדי השירות הציבורי"); ע"פ 5817/09 גמהור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2010) ("שילוב זה של מעשה אלימות בנשק קר המלווה בפגיעה קשה, המכוונת כלפי איש חוק, מחייב ענישה מחמירה, שיהא בה הן מיסוד הגמול על הפגיעה הקשה בערכים המוגנים בנורמה הפלילית, והן מיסוד הרתעת הרבים מפני היוקקות לכח ולאלימות כלפי אנשי מרות"); ע"פ 211/09 אזולאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.2010) ("על העונש להעביר מסר חד-משמעי של הרתעה

כשיקול שולי מבין השיקולים שאינם קשורים בביצוע העברה, ומטעם זה אי אפשר לסטות באופן ניכר מעקרון ההלימה על יסוד שיקול זה. במילים אחרות, לעומת השרים שקידמו את ההצעה וציינו את חשיבותה לקידום ההרתעה, הצעת החוק עצמה דווקא דוחקת את שיקול ההרתעה, שכיום מוקנה לו מקום מרכזי בין שיקולי הענישה אל השוליים.⁴⁰ מהאמור לעיל עולה שהתמיכה הפוליטית בהצעה מניחה, אולי בשל חוסר הבנת פרטי ההצעה, כי ההצעה נועדה לקדם ענישה מרתיעה כדי להביא לצמצום הפשיעה.⁴¹ יחס זה צפוי להשפיע גם על רמת הענישה שאליה ישאפו שר המשפטים וועדת החוקה, חוק ומשפט בהפעלת סמכותם על פי החוק המוצע.

נקודה אחרת הרלוונטית לדיון בפוליטיזציה של ההליך ובהשפעתה על ההחמרה בענישה בעקבות חקיקת ההנחיות היא בולטותם של עונשי המוצא. תפיסתם של עונשי המוצא כמפתח להשגת אחדות בענישה עלולה לשמש פוליטיקאים אשר יבקשו להחמיר בעונשי המוצא כדי להוכיח לציבור את יעילות מערכת אכיפת החוק. עונשי המוצא נתפסים כתיקון ושינוי הענישה הקיימת בחוק העונשין, התשל"ז–1977. גם אם הענישה המרבית לא תשתנה, הרי שבקביעת עונשי המוצא המחוקק "מרענן" את הקוד הפלילי של מדינת ישראל בכך שהוא מגדיר לראשונה מהי ענישה הולמת (או הנתפסת כהולמת) בצד חלק גדול של העברות, ענישה שתפקידה להנחות את בית המשפט בבואו לגזור דין. מאחר שעונשי המוצא הם מרכיב שקל יחסית להתערב בו ולהשפיע עליו, הרי שעונשי המוצא ישמשו כלי חשוב בידי הפוליטיקאים.

אם נסכם חלק זה של הדיון, הטענה היא כי גם ללא כוונה מפורשת להחמיר בענישה, ויתרה מזאת: על אף כוונתה של ועדת גולדברג שלא להחמיר בענישה, הרי שההנחיות לענישה בכלל וקביעת עונשי מוצא בפרט, תובלנה להחמרה בענישה בשל הלך הרוח הציבורי והכוחות הפוליטיים המושכים בחוטי התהליך. טענתנו היא אפוא שהמעורבות הפוליטית בעיצוב הצעת החוק ובקביעת עונשי המוצא, תוביל לקביעת עונשי מוצא מחמירים ולהעלאה של רמת הענישה.

ביחס לעבריינים פוטנציאליים, ולשמש אות אזהרה אפקטיבי לכל מי שמתכוון לקחת חלק במערכת ההעברות והסחר בסמים".

40 ראו סעיף 40ג(ג) לחוק המתוקן על פי ההצעה (המבהיר כי אין לסטות סטייה ניכרת מהעונש ההולם בשל נסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה) וסעיף 140(ה)(2) (הקובע כי הרתעה כללית היא נסיבה לחומרה שאינה קשורה בביצוע העברה).

41 לדיון בקשר שבין החמרה בענישה ובין הרתעה ראו להלן בפרק ד.

2. השינויים בהצעת החוק

החשש מהחמרה גובר כאשר בוחנים את הצעת החוק הממשלתית בהשוואה להצעה המקורית של ועדת גולדברג. כפי שנראה מיד, מרבית השינויים שנעשו במשרד המשפטים מכוונים להחמרה ישירה בענישה או לחיזוק המעורבות הפוליטית בקביעת עונשי המוצא, אשר תוביל בעקיפין להחמרה בענישה.

ועדת גולדברג הציעה למשל לקבוע בחוק הוראה שלפיה "לא יגזור בית המשפט עונש מאסר בפועל אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לא מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר".⁴² הוראה זו, שהייתה יכולה לצמצם את החשש מפני החמרה בענישה המוצעת, הוסרה מההצעה שהממשלה הגישה לכנסת.⁴³ גם השינוי שהוכנס במסגרת ההצעה הממשלתית בנוגע לנאשמים מועדים מרמז על כיוון דומה. אף שגם ועדת גולדברג הציעה לאפשר לבית המשפט להטיל על נאשמים מועדים עונש הכבד מהעונש ההולם, נקבעו בהצעתה סייגים משמעותיים לסמכות זו. סייגים אלו הוסרו בהצעה של הממשלה.⁴⁴ מלבד זאת מציינת ההצעה הממשלתית את גילו של החשוד רק כנסיבה שאינה קשורה בביצוע העברה, ולכן גילו הצעיר של הנאשם יוכל להצדיק רק סטייה שאינה מהותית מהעונש ההולם. זאת בניגוד להצעת ועדת גולדברג ולגישה הנוהגת באנגליה, שלפיהן גילו הצעיר של הנאשם הוא שיקול הקשור בביצוע העברה, ולכן השפעתו על העונש גדולה בהרבה.⁴⁵

- 42 ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25 (סעיף 8(ב) לנוסח הצעת הרוב).
- 43 יצוין כי החזרת סעיף 8(ב) להצעת החוק נדונה בדיוני הוועדה. למשל בדיון מיום 25.5.2010 נתגבשה עמדה שלפיה ינוסח סעיף מטרה שיהווה מעין סעיף דקלרטיבי ברוחו של סעיף 8(ב). ראו פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (25.5.2010) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-05-25-01.html.
- 44 ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21 (סעיף 3, הקובע כי החמרה כזו אפשרית רק אם הנאשם הורשע שלוש פעמים לפחות בעברות מאותו סוג בשבע השנים שקדמו להרשעה ורק כלפי רשימה סגורה של עברות). בהצעה הממשלתית הוסרו שתי המגבלות, והתנאי היחיד להחמרה האמורה הוא שבית המשפט סבור שהנאשם מסוכן לציבור בשל סוג העברה ומועדו ועברו הפלילי. ראו סעיפים 140 ו-140א לחוק המתוקן על פי ההצעה ודברי ההסבר, שם, בעמ' 447-448.
- 45 ראו סעיף 40(ד)(1) לחוק המתוקן על פי ההצעה; סעיף 6(ג)(5) להצעה בוועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24, וכן רשימת העקרונות המנחים בקביעת חומרת העברה של המועצה לגזירת הדין באנגליה, Sentencing Guidelines Council, Overarching Principles: Seriousness (2004), www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/Seriousness_guideline.pdf וכייחוד סעיף 1.25, הקובע את הגיל בין ארבעת הגורמים המצביעים על אחריות נמוכה יותר

נוסף על כך, כפי שהראינו לעיל הוסרה בהצעה הממשלתית הדרישה שלפיה יזדקק שר המשפטים לאישור של נשיא בית המשפט העליון במינוי חברי הוועדה לקביעת עונשי מוצא, דרישה שהייתה עשויה למתן את השפעתו של השר על רמת הענישה.⁴⁶ שינויים אלו, המסירים חלק ממנגנוני הריסון מפני החמרה בענישה אשר הופיעו בהצעה המקורית, נקבעו עוד לפני הדיונים בוועדת החוקה, שבהם יש חשש שיוסרו עוד מנגנונים. כך למשל הבהיר בדיון יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט כי לדעתו תוכל גם ועדת החוקה לקבוע את עונשי המוצא, במנותק מהמלצות הוועדה העצמאית לקביעת עונשי מוצא, וכי הוא יפעל לשינוי ההצעה בהתאם.⁴⁷ עמדה זו משקפת שאיפה להעמיק את המעורבות הפוליטית בקביעת עונשי המוצא, אשר כפי שהראינו לעיל, צפויה להוביל להחמרה ברמת הענישה.

3. שינוי אופיו של הליך גזירת הדין

עד כה הדגשנו את השפעת הפוליטיזציה של מדיניות הענישה על רמת הענישה כגורם להחמרה הצפויה בענישה. אולם גם בלי קשר למעורבות הפוליטית המעבר מהליך אינדיווידואלי להליך שבתחילתו עומד עונש מוצא הנקבע במנותק מן הפרט העומד לדין, עלול גם הוא להוביל להחמרה בענישה.

החוק המוצע מורה לוועדה לקביעת עונשי המוצא לקבוע עונש ההולם את העברה כשזו מבוצעת בנסיבות הטיפוסיות. הוועדה נדרשת לחשוב על העברה במופשט מעברייני ספציפי ונסיבות ספציפיות. במציאות התמונה האנושית מורכבת, ובמקרים רבים פירוט נסיבותיה של עברה גם חושף נקודות זכות של העברייני וגם מבהיר את השפעתן של חולשות אנושיות טבעיות, שמי ששופט את אותו אדם יכול לגלות כלפיהן אמפתיה. מנגד תיאור מופשט של עברה מעלה בעיני השומע דמות אחידה שכל הידוע עליה הוא המעשה הרע שהיא ביצעה. גם מורכבות אופיו של העברייני נעלמת בחשיבה מופשטת כזו. כמעט בכל אירוע גם לעברייני

(לצד התגרות של הנפגע, הפרעה נפשית או ליקוי שכלי של הנאשם וחלק קטן של הנאשם בכיצוע העברה).

46 ראו לעיל ה"ש 15.

47 בלשונו: "סעיף 40 א' – אני כבר אומר לכם שיש לי מחלוקת גדולה על הסעיף הזה, כי בסופו של דבר, העונשים, זה לא הוועדה [לקביעת עונשי מוצא – אג"א ור"ל] באישור ועדת החוקה. לדעתי, גם הוועדה [ועדת החוקה, חוק ומשפט – אג"א ור"ל] תהיה רשאית לקבל המלצות ותיקח מומחים משלה. זה עניין שהוא שיקול דעתו של המחוקק יותר מאשר של ועדה מקצועית, אבל נגיע לזה כשנגיע לסעיף 40 ח". פרוטוקול ישיבה מס' 142 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (18.1.2010) / www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/ (18.1.2010) / www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/ 2010-01-18.html.

עומדות נקודות זכות או שחולשותיו האנושיות זוכות להבנה רבה יותר. טשטוש דמותו של הנאשם והעלמות נסיבות חייו, אישיותו, משפחתו והשפעת העונש על חייו, מהנתונים המשפיעים על עונש המוצא, יטו גם הם את הכף לקביעת עונשי מוצא מחמירים מאלו שהיו נקבעים אילו לנגד עיני מעצבי הענישה הייתה עומדת דמות של נאשם כלשהו.⁴⁸

בהמשך נראה כי ההחמרה בעונשי המוצא לא תתוקן לחלוטין באמצעות הסטיות והחריגות של בית המשפט מעונשים אלו.⁴⁹ אולם מטרתנו בחלק זה להראות כי אכן ההחלטה המתקבלת במנותק מעברייני ספציפי תגרוור החמרה. אמנם קיימים חריגים לכלל זה. למשל, ייתכנו מקרים שפורץ מסוים יעורר בקרב שופט אנטגוניזם גדול מזה שמתקשר ל"פורץ" מופשט, ובעברות שבהן יש נפגע עברה עשוי מידע קונקרטי על הנפגע להשפיע לחומרה. אולם נראה כי השפעה זו מוגבלת לתיקים מסוימים. במיוחד משקלו של היחס האמפתי לנפגע, כשיחס כזה קיים, מוגבל יותר ממשקל היחס לפוגע מכיוון שהשיפוט המתבצע בהליך גזירת הדין הוא שיפוט מעשיו של הנאשם ולא של הנפגע.

ואכן, מחקרים הראו כי ככל שאנשים מקבלים מידע מפורט יותר על מקרה פלילי וככל שהינם חשופים ליותר פרטים על התיק, כך העונש שיקבעו כהולם יהיה חמור פחות וסטראוטיפי פחות.⁵⁰ לדוגמה, מחקר שבוצע בקנדה השווה תגובות לענישה של שתי קבוצות אנשים: הקבוצה הראשונה קראה בעיתון על עונש שניתן בגין תקיפה, ואילו לקבוצה השנייה ניתן סיכום של מסמכי בית המשפט לגבי אותו מקרה. לאחר הקריאה נשאלו שתי הקבוצות לדעתן באשר לעונש שהוטל. 63% מצרכני המדיה חשבו שהעונש שהוטל הוא קל מדי. מנגד, יותר ממחצית מאלו שקראו את סיכומי בית המשפט, שהיו מפורטים יותר וסיפקו פרטים על הנאשם, הביעו עמדה שהעונש הוא חמור מדי.⁵¹ במחקר אחר התבקשו 116 שופטים מאילינוי וכמאתיים אזרחים שאינם שופטים לגזור עונש בארבעה תיקים שנתוניהם הובאו לפנייהם באמצעות צילום הליך הטיעונים לעונש והצגת המסמכים הרלוונטיים. בשניים מארבעת התיקים העונש הממוצע שקבעו הנבדקים שאינם שופטים היה קל מזה שגזרו השופטים, ובשניים האחרים לא היה הבדל. זאת אף על פי ש-

48 ראו גם Michael Tonry, *The Functions of Sentencing and Sentencing Reform*, 58 STAN. L. REV. 37, 45-46 (2005), המסביר כי גם אם האידאולוגיה שהניעה את חקיקת ההנחיות בארצות הברית לא קראה למלחמת חרמה בפשע ולמדיניות עונשית מחמירה, הרי שתעריף ענישתי יוצר הפרדה בין האדם לבין תהליך גזירת הדין ומצייר את הנאשם כחלק מתופעה חברתית מופשטת. באופן זה קל יותר לבתי המשפט להחמיר בענישה מאחר שאינם רואים מול עיניהם אינדיווידואל אלא תופעה.

49 ראו חלק ג.4 להלן.

50 Tonry, לעיל ה"ש 48, בעמ' 48.

51 ROBERTS ET AL., לעיל ה"ש 22, בעמ' 30.

66% מהנבדקים שאינם שופטים שהשתתפו במחקר אמרו, כי לדעתם שופטי אילינוי רחמניים מדי בעונשים שהם מטילים.⁵² מחקרים אלו, כמו גם רבים אחרים,⁵³ מלמדים כי החלטה על עונש המתקבלת במנותק מעבריין ידוע ומנסיבות עברה ידועות, תהיה מחמירה מההחלטה המתקבלת על סמך מידע מלא. מכאן אפשר ללמוד כי מכיוון שהוועדה לקביעת עונשי מוצא תידרש לקבל החלטות שאינן מתייחסות לאירוע ספציפי או לנאשם מסוים, היא צפויה להציע עונשים חמורים מאלו שהיו נקבעים בהליכים פליליים רגילים כאשר הנאשם עומד מול בית המשפט.

זאת ועוד, לפי הצעת החוק, עונש המוצא מושתת בעיקר על התאמת העונש לעברה ולא לאדם. אמנם גם מאפייני העבריין אמורים להשפיע על העונש בשלב השני, בעת גזירת הדין, כשכית המשפט מחליט באיזו מידה לסטות מעונש המוצא,⁵⁴ אולם כפי שנראה בהמשך, ההשפעה של הנסיבות שאינן קשורות בעברה לאחר שהצעת החוק תתקבל צפויה להיות קטנה מהשפעת אותן נסיבות כיום, ועונש המוצא, שייקבע במנותק ממאפיינים אלו, יהיה בעל השפעה רבה.⁵⁵ לפיכך ההסתמכות הגדולה על עונשי מוצא שנקבעים במנותק מהאינדיווידואל העומד לדין צפויה להוביל להחמרה ברמת הענישה.⁵⁶ במאמר מוסגר נציין כי הצעת החוק מחלישה עד מאוד את המשקל הניתן לאינדיווידואליזציה בענישה. כיום עקרון יסוד בתורת הענישה של מערכת המשפט הישראלית הוא כי הענישה הפלילית היא אינדיווידואלית, קרי ענישה פרסונלית של כל נאשם ונאשם, על פי נסיבות העברה הפרטניות ונסיבותיו האישיות של העבריין.⁵⁷ עונש

52 Shari Seidman Diamond & Loretta J. Stalans, *The Myth of Judicial Leniency in Sentencing*, 7 BEHAV. SCI. & L. 73, 73-81 (1989).

53 לסקירה של עוד מחקרים המראים כי אנשים שאינם שופטים פוסקים עונשים קלים יותר או דומים לאלו שפוסקים שופטים כשמובאים בפניהם נתונים של תיק מסוים, אף שהדעה הרווחת בציבור היא כי שופטים מקלים מדי, ראו Jennifer K. Robbennolt, *Evaluating Juries by Comparison to Judges: A Benchmark for Judging?* 32 FLA ST. U. L. REV. 469, 500 (2005).

54 סעיף 40 לחוק המתוקן על פי ההצעה.

55 ראו לעיל, פרק ג2.

56 על המתח בין הגישה המתמקדת באינדיווידואליזציה של הליך הענישה ובין הגישה השמה את עקרון החוקיות במרכז ההליך ראו Hugo Adam Bedau, *Classification Based Sentencing: Some Conceptual and Ethical Problems*, 10 NEW ENG. J. CRIM. & CIV. CONFINEMENT 1, 4 (1984).

57 בית המשפט העליון חזר חדשות לבקרים על עיקרון זה בפסיקותיו. ראו למשל, לאחרונה, דבריה של השופטת פרוקצ'יה בהחלטה על עיכוב ביצוע גזר דין במסגרת ע"פ 965/10 אגא נ' מדינת ישראל בפסקה 7 (פורסם בנבו, 24.2.2010): "גם בגדרה של מדיניות ענישה כללית

המוצא המתייחס לנסיבות הטיפוסיות של העברה מרחיק את בית המשפט מגישה אינדיווידואלית זו. אמנם בית המשפט מתבקש להתאים את העונש ההולם לנסיבות העברה והוא רשאי להתחשב גם בנסיבות העבריינין, אולם התאמות אלו מוגבלות ביותר. ההצעה קובעת כי נסיבותיו האישיות של הנאשם (שלא כמו הנסיבות הקשורות בביצוע העברה) יכולות להצדיק רק סטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם. בכך היא מגבילה מאוד את המשקל שיהיה אפשר לתת לנסיבות האינדיווידואליות של כל נאשם. הענישה תהא אינדיווידואלית פחות ודומה יותר לענישה תעריפית וקבועה מראש האסורה כיום.⁵⁸ בניגוד לשינויים אחרים שקבעה הצעת החוק נראה כי המעבר מגישה אינדיווידואלית יותר לגישה הדוחקת את ההשלכות האישיות אל השוליים והשלכותיה לא נדונו בהרחבה ברוח ועדת גולדברג ובדברי ההסבר להצעה.

4. השפעת עונשי המוצא על גזירת הדין

מהאמור לעיל עולה כי עונשי המוצא צפויים להעמיד רף ענישה גבוה יחסית לזה המקובל לפני חקיקתם. עם זאת אפשר לטעון כי למרות עונשי המוצא החמורים יחסית, אין צפויה החמרה בגזרי הדין שיוטלו לאחר ההליך השיפוטי. על פי ההצעה, אין בית המשפט מחויב להטיל את עונש המוצא. כל שקובע החוק המוצע הוא שעונש המוצא ישמש מעין נקודת התחלה בהליך החשיבה, ושגזר הדין יוטל לאחר שבית המשפט שקל את כל הנסיבות המיוחדות של כל מקרה.⁵⁹ אם תהיינה הסטיות לקולה רבות וגדולות מהסטיות לחומרה, ייתכן שבממוצע לא תשתנה רמת הענישה על אף ההחמרה בעונשי המוצא.

לסוג עבירות מסוים, הענישה נותרת לעולם ענישה אינדיבידואלית, ובצד המדיניות הכללית, נשקלים היבטים אישיים מיוחדים לנאשם"; דבריו של השופט דנציגר בע"פ 3863/09 מדינת ישראל נ' חסן (פורסם בנבו, 10.11.2009): "על הענישה להיות אינדיבידואלית ולהביא בחשבון את נסיבותיו המיוחדות של המקרה הבא לפני בית המשפט" (שם, פסקה 9). עוד ראו: ע"פ 10/86 זגל נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 769, 772 (1986) וכן רע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2009) (שם נקבע כי ענישה תעריפית אסורה, וכי היא "ביטוי שכמובן לא יכירנו מקומו במערכת שיפוטית" מכיוון שעל הענישה להיות אינדיווידואלית). ענישה תעריפית היא ענישה הנקבעת במידה רבה על ידי תעריף ענישה אחיד שנקבע לעברה מסוימת תוך הגבלת הסטייה מתעריף זה למקרים חריגים, ומתן משקל נמוך להבדלים בין עבריינים ובין נסיבות ביצוע העברה. בעניין פראגין למשל טענו המבקשים כי בבית המשפט בבאר שבע נקבעה פרקטיקה של ענישה תעריפית של שלושה חודשי מאסר לעברה של שהייה בלתי חוקית בישראל. ראו: עניין פראגין, שבו נקבע כי על הענישה להיות אינדיווידואלית, וכי ענישה תעריפית פסולה (ראו פסקה ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

58 כאמור, הצעת החוק מפרטת נסיבות חובה ונסיבות רשות אשר בית המשפט ישקול אם הוא מבקש לסטות מעונש המוצא לחומרה או לקולה. ראו החוק המתוקן על פי ההצעה, סעיף 140

ייתכן, אך אין זה סביר. ראשית, כיוון שעונש המוצא ישמש עוגן חשיבתי בהליך גזירת הדין. המחקרים פורצי הדרך של כהנמן וטברסקי ומחקרים של רבים אחרים אחריהם מראים כי כאשר אדם מתבקש להעריך תוצאה מספרית מסוימת (ובכלל זה עונש ראוי), הוא שוקל מספר המובא לפניו (בענייננו עונש המוצא). המחקרים מראים כי המספר משמש כמעין עוגן בהליך החשיבה שלו, ובדרך זו הוא משפיע מאוד על החלטתו הסופית. הסטייה מן העוגן (עונש המוצא בענייננו) בשל מידע רלוונטי נוסף (נסיונות מקלות ומחמירות) תהיה בדרך כלל קטנה מזו הצפויה אלמלא הוצב העוגן בהליך החשיבה.⁶⁰

ואכן, מחקרים שבחנו את תופעת העיגון וההתאמה הראו כי תופעה זו משפיעה גם על הליכים שיפוטיים, ובכלל זה על הליך גזירת הדין. במחקר אחד למשל התבקשו הנבדקים, קבוצה של שופטים ותובעים גרמנים שהתקבצו במסגרת השתלמות שופטים, לגזור את דינו של נאשם שפרטי עניינו הובאו לפנייהם בפירוט רב. כל הנבדקים קיבלו מידע זהה למעט בפרט אחד: למחצית מהנבדקים נאמר בשאלון כי בהפסקה שלאחר הטיעונים לעונש פנה אליהם עיתונאי ושאל אותם אם לדעתם העונש צריך להיות גבוה או נמוך משנת מאסר אחת. לחצי השני שאלת העיתונאי התייחסה לעונש של שלוש שנים. לכל הנבדקים נאמר כי הם סירבו להתייחס לשאלת העיתונאי והשיחה הסתיימה במהירות. הם התבקשו לקבוע את העונש שהיו מטילים על הנאשם. העוגן (בדוגמה דנן שנה ושלוש שנים) השפיע מאוד: העונש הממוצע שהטילו הנבדקים שנשאלו על שלוש שנות מאסר היה 33 חודשי מאסר, ואילו הנשאלים שנשאלו על עונש של שנת מאסר אחת הטילו עונש של 25 חודשי מאסר בממוצע. בניסוי דומה נתבקשו הנבדקים, שופטים צעירים מגרמניה, לזרוק קובייה, והמספר שיופיע בפאתה העליונה יקבע את העונש שביקש התובע להטיל על הנאשם. בדרך זו היה אפשר להבטיח שהנבדקים מבינים שהעונש המבוקש נקבע באקראי, ולכן איננו אמור להיות רלוונטי לעונש ההולם בתיק. גם כאן קיבלו הנבדקים מידע מקיף ומלא על האירוע ועל הנאשם ונתבקשו לגזור את דינו; גם כאן השפיע העוגן המספרי שהוצב לפנייהם – הפעם

(שיקום), סעיף 40ה (הגנה על שלום הציבור, סעיף 140 (נסיונות מקילות ונסיונות מחמירות) וסעיף 140 (הקובע שרשימת הנסיונות המקילות והמחמירות שבסעיף 140 איננה רשימה סגורה).

ראו: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Sci. 1124, 1128-1130 (1974); Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions*, 59 J. Bus. 251 (1986).

בדמות בקשת התובע (שכאמור נקבעה על ידי הקובייה שהנבדקים זרקו) – באופן מובהק על התוצאה.⁶¹

במילים אחרות, העוגן שהובא לפני השופטים במחקרים שצוינו לעיל השפיע על החלטתם, ואף שנתוני התיק הובילו לסטייה מעוגן זה, לא ביטלה הסטייה את השפעתו של העוגן. בדומה, המשקל שיינתן לנסיבות המאפשרות סטייה מעונש המוצא צפוי להיות קטן מהמשקל שניתן להן כיום, כשעונשי מוצא אינם מעגנים את הליך החשיבה של השופטים. עונשי מוצא כבדים יובילו אפוא להחמרה ברמות הענישה.⁶²

שנית, בקביעת עונשי מוצא יוצא בית המשפט מנקודת פתיחה אחידה לכל הנאשמים בעברה מסוימת. העונש ההולם צריך להיקבע, על פי ההצעה, רק על פי עונש המוצא ומאפייני העברה (ה"נסיבות... הקשורות בביצוע העבירה").⁶³ כפי שהראינו, מאפייני הנאשם כגון גילו, נסיבות חייו ונסיבותיו האישיות האחרות, יובאו בחשבון רק בשלב השני כנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה. למעמד השולי הניתן לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה השלכה על מידת הסטייה לקולה הצפויה מעונשי המוצא. כיום משמשים מאפייני העברייני שיקולים מרכזיים להקלה בדינם של נאשמים, על פי לשון ההנמקות בגזרי

61 ראו Birte English, Thomas Mussweiler & Fritz Strack, *Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making*, 32 PER. & SOC. PSY. BULL. 188–200 (2006).

62 באופן תאורטי אפשר לומר שגם עונשי מקסימום יכולים להיות עוגן ענישתי לבתי המשפט בהליך גזירת הדין. אולם בחינת ה"מציאות הענישתית" הנוהגת בישראל מראה כי עונשי המקסימום נפסקים לעתים נדירות מאוד וכמעט שאינם מוזכרים על ידי הצדדים בטיעונים לעונש. לפיכך הם אינם משמשים כלל נקודת ייחוס לבתי המשפט בבואם לפסוק את העונש. דוגמה מצוינת להשפעתם המשנית של עונשי המקסימום על הענישה הנוהגת אפשר למצוא במחקר של גזל-אייל וקנאי, לעיל ה"ש 13. בחינת נתוני המחקר מלמדת כי העונש הממוצע של 189 גזרי הדין בעברת שוד חמור שנבחנו עמד על כשלוש שנות מאסר. העונש החמור ביותר שהוטל בגין עברה זו (אם לא נלוו לה עברות חמורות אחרות) עמד על עשר שנות מאסר. העונש השני בחומרתו עמד על שמונה שנות מאסר. במילים אחרות, מבין קרוב למאתיים נאשמים בשוד חמור אף לא אחד נדון לעונש העולה על מחצית העונש המרבי, והממוצע עמד על פחות מחמישית עונש זה. מבין התיקים בעברות שוד שלא בנסיבות מחמירות העונש המרבי שהוטל עמד על חמש שנות מאסר, ואילו העונש המרבי הקבוע בצד העברה הוא 14 שנות מאסר. מכאן שהעונשים המרביים הקבועים בחוק אינם משמשים נקודת ייחוס אמיתית בהליך גזירת הדין. ראו גם ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14: "עונש מוצא יבטא רק את העונש ההולם, הן מבחינת מדיניות הענישה הנוהגת והן מבחינת מדיניות הענישה הראויה, במקרה הטיפוסי, השכיח, של העבירה. לא את המקרה החמור ביותר, אליו מכוון העונש המירבי, ולא את המקרה הקל".

63 ראו סעיף 40 לחוק המתוקן על פי ההצעה.

הדין.⁶⁴ על פי החוק המוצע יזכו מאפיינים אלו למעמד משני, ולא יהיה בהם כדי להצדיק סטייה ניכרת מהעונש ההולם (אשר כאמור נקבע על פי עונש המוצא והנסיבות הקשורות בביצוע העברה).

מלבד זאת, סביר כי תפתח בעברות השכיחות יותר ובעלות נסיבות דומות ענישה אחידה ודומה, וכך "יתקבעו" עונשי המוצא כענישה הקיימת והצפויה. זאת ועוד, אי אפשר להתעלם מהעובדה ששופטים רבים אינם מעוניינים בהפיכת פסקי דינם בערכאות הערעור. הסתמכות על עונש המוצא והגבלת הסטיות למה שהכרחי מהנסיבות יקלו על השופטים להציג גזר דין מבוסס משפטית, גם אם יתפסו את העונש כחמור ולא הולם.

64 לבחינת נכונות השערה זו חיפשנו במאגר נבו את גורי הדין שניתנו בעשרים הימים שקדמו למועד עריכת הבדיקה ב-27.7.2010. לאחר ניפוי הערעורים נבחנו 50 גורי דין של בתי משפט השלום והמחוזי בעברות שונות. בחנו בכל גזר דין באיזה הקשר (אם בכלל) הוזכרו נימוקים הקשורים לעברייני (כגון מצב משפחתי, מצב רפואי, גיל ומצב תעסוקתי/כלכלי) ובאיזה הקשר הוזכרו נימוקים הקשורים לעברה (הנוק שנגרם ונימוקים אחרים הקשורים לעברה וחומרתה) וכן את ההקשר שבו הוזכר העבר הפלילי (אשר אמנם כמו השיקולים הקשורים בעברייני הוא שיקול המאפשר רק סטייה מהעונש ההולם ולא התאמת העונש ההולם, אולם בשל האפשרות לחרוג מעונש זה על סמך שיקולי הרחקה מן הציבור כשהעבר הפלילי משמעותי, הפרדנו את הבחינה של שיקול זה). הממצאים היו ברורים. השיקולים שאינם קשורים בעברה, ואשר הצעת החוק מעניקה להם משקל מועט, הוזכרו כמעט תמיד כשיקולים לקולה (מתוך 8 הפעמים שהוזכר המצב הרפואי של נאשם הוא הוזכר כשיקול לקולה ב-7 פעמים, בכל 22 הפעמים שהוזכר המצב האישי-משפחתי כשיקול לעונש, הוא הוזכר כשיקול לקולה, הגיל הוזכר כשיקול לקולה ב-16 מתוך 18 אזכורים, והמצב התעסוקתי או הכלכלי הוזכר כשיקול לקולה ב-5 מתוך 5 פעמים). מנגד מאפייני העברה והנוק הוזכרו כמעט תמיד כשיקול לחומרה (מאפייני העברה וחומרתה הוזכרו כשיקול לחומרה ב-41 מתוך 42 האזכורים, והנוק שגרמה העברה הוזכר לחומרה ב-20 מתוך 21 האזכורים). העבר הפלילי, שסיווגו כאמור קשה יותר, הוזכר 17 פעמים כשיקול לקולה ו-9 פעמים כשיקול לחומרה. יצוין כי יחסים אלו נשמרו גם כאשר צמצמנו את הבדיקה והתמקדנו רק בגורמים שברי היה מלשון ההחלטה כי השפיעו מאוד על רמת הענישה (לעומת גורמים שרק הוזכרו ומידת השפעתם על העונש לא ברורה) (מצב משפחתי השפיע בכירור 4 פעמים ובכולם לקולה, מצב בריאותי השפיע פעם אחת לקולה, הגיל נראה כמשפיע פעם אחת לקולה ופעם אחת לחומרה, והתעסוקה נראתה כשיקול משפיע פעמיים לקולה). מנגד מאפייני העברה וחומרתה נראה כי השפיעו ב-28 מקרים לחומרה ורק פעם אחת לקולה, והנוק הוזכר באופן המלמד על השפעה רבה לחומרה ב-10 מקרים ולקולה רק במקרה אחד). אף שהמדגם אינו מייצג, בשל אופן עריכתו, מדובר במגוון רחב של עברות בערכאות שונות והתוצאות כה חדר-משמעיות עד כי אין להניח שהן מקריות. מכאן עולה כי הנסיבות הקשורות בעברה, אשר בהצעה מקבלות מעמד בכורה, משמשות את בתי המשפט כשיקולים לחומרה, ואילו הנסיבות שאינן קשורות בעברה, שמעמדן על פי ההצעה שולי, משמשות בדרך כלל שיקולים לקולה, זאת למרות שהחוק כיום לא מבדיל בין נסיבות אלו לעניין העונש.

נטייה פסיכולוגית זו של היצמדות להנחיות נצפתה במערכת הפדרלית בארצות הברית. שם בתחילת הדרך היו ההנחיות שנקבעו קשוחות ומחייבות. אולם בפסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בעניין *Booker*⁶⁵ בוטל אופיין המחייב של ההנחיות, ונקבע כי הן תהיינה רק הנחיה או המלצה שמותר לשופטים לסטות ממנה. למרות זאת המשיכו בתי המשפט הפדרליים לדבוק במרבית פסיקותיהם בהנחיות ולגזור דין על פיהן.⁶⁶ במילים אחרות, למרות העובדה כי תוקפן המחייב של ההנחיות (שאותן ביקרו מרבית השופטים באופן שיטתי) בוטל, נצמדו בתי המשפט ברוב המכריע של המקרים להנחיות. לא זו אף זו, מגמת ההחמרה בענישה המיוחסת להנחיות הפדרליות לא השתנתה גם לאחר שההנחיות הפכו ממחייבות למנחות, ושיעורי הכליאה הגבוהים שאפיינו את הענישה בתקופה שלפני פס"ד בוקר לא השתנו.⁶⁷

הניסיון במדינות שאימצו הנחיות לענישה, כגון ארצות הברית ואנגליה, עם הבניית הענישה, שחלקן נרכש לאחר שוועדת גולדברג סיימה את תפקידה, מלמד כי חששות אלו שאנו מעלים אינם חששות בעלמא. מחקרים רבים העלו כי בשני העשורים וחצי שחלפו מעת חקיקת ההנחיות הפדרליות בארצות הברית, גדל שיעור האסירים בבתי הכלא בארצות הברית גידול ניכר והוחמרה הענישה לעומת התקופה שלפני חקיקת ההנחיות.⁶⁸ הגידול

65 United States v. Booker, 125 S. Ct. 738 (2005).

66 ראו United State Sentencing Commission, Final Report on the Impact of United States v. Booker on Federal Sentencing, p.46 (2006), available at www.ussc.gov/booker_report/Booker_Report.pdf. מעניין שגם לפני בוקר וגם אחרי ההחלטה מרבית העונשים שמוטלים נקבעים לפי הקצה התחתון של רף הענישה הקבוע בהנחיות לאותה עברה ונסיבות. ממצא זה עשוי ללמד שהשופטים סבורים שההנחיות מחמירות מדי (ולכן בוחרים בעונש הקל ביותר שההנחיות מתירות), אולם אף על פי שלאחר בוקר מותר להם לסטות גם כלפי מטה, הם נמנעים מכך ונצמדים במידה רבה להנחיות.

67 ראו שם, בעמ' 46 וכן: Lynn Adelman & Jon Deitrich, *Improving the Guidelines Through Critical Evaluation: An Important New Role for District Courts*, 57 *DRAKE L. REV.* 575, 581–590 (2009).

68 CASSIA SPOHN, HOW DO JUDGES DECIDE? THE SEARCH FOR FAIRNESS AND JUSTICE IN PUNISHMENT 270–271 (2009); ראו גם KATE STITH AND JOSE A. CABRANES, FEAR OF JUDGING: SENTENCING GUIDELINES IN THE FEDERAL COURTS 62 (1998). המחברים מציינים כי לפני חקיקת ההנחיות הפדרליות כמעט 50% מהנאשמים במערכת הפדרלית נדונו למאסר על תנאי בלבד, ו-11 שנים לאחר חקיקת ההנחיות, בשנת 1998, מספר הנאשמים שנדונו למאסר על תנאי בלבד עמד על 15% בלבד. ראו גם סנג'רו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 262.

בשיעור הכליאה וההחמרה בענישה רלבנטיים במיוחד למערכת הענישה הפדראלית, שם ההנחיות קשוחות ומפורטות יותר, אולם תהליך זה לא פסח גם על המדינות השונות.⁶⁹ יצוין כי בשל השוני בין סוגי ההנחיות במדינות השונות בארצות הברית, קיימות שיטות שבהן הוביל אימוץ ההנחיות לריסון מגמת העלייה בשיעור הכליאה, מגמה שאפיינה בעשורים האחרונים את ארצות הברית כולה. אולם נראה כי במדינות שבהן הנציבות לגזירת הדין אינה מונחית, בחוק, להתחשב בעלויות מערך הכליאה בהנחיותיה, מובילות ההנחיות לגידול ברמת הכליאה.⁷⁰

לסיכום, הראינו בפרק זה כי אימוץ המנגנון הקבוע בחוק המוצע לקביעת עונשי מוצא צפוי להוביל להחמרה ברמת הענישה המוטלת בבתי המשפט בישראל, בניגוד למטרות שעמדו בבסיס המלצות ועדת גולדברג. האם עלינו לראות תופעה צפויה זו באור שלילי בהכרח? ומה לתופעה זו ולעניין אחידות בגזירת הדין? לסוגיות אלו נפנה כעת.

ד. עונשי מוצא: החמרה, ודאות ושיקול דעת

כאמור בפרק ג, תוביל חקיקת עונשי מוצא והשימוש בה להחמרת הענישה. כפי שהראינו לעיל, שרי המשפטים שקידמו את החוק ורבים מחברי הכנסת שתמכו בו סבורים כי החמרה זו חיונית לקידום ההרתעה, אף על פי שההצעה אינה בנויה סביב אלמנט ההרתעה אלא מתמקדת בעקרון ההלימה. בפרק זה נדון בהשלכות של עונשי מוצא חמורים. בחלקו הראשון נראה כי החמרת העונשים אינה צפויה לסייע בקידום ההרתעה ובצמצום הפשיעה. העלויות של החמרה זו גבוהות, ותועלתה בצמצום העבריינות קטנה, אם בכלל. בחלקו השני נתמקד בהשלכות של עונשי מוצא על שיקול הדעת בענישה. בחלק זה נראה כי עונשי המוצא עשויים לסייע בהבנייתו והכוונתו של שיקול הדעת השיפוטי, אולם הם ירחיבו את היקף שיקול הדעת של התביעה בקביעת העונש, ולכן לא יסייעו בצמצום שיקול הדעת בענישה. עונשי המוצא, בייחוד כאשר הם קובעים רף ענישה גבוה מהנוהג כיום,

69 Nora V. Demleitner, *Smart Public Policy: Replacing Imprisonment with Targeted Nonprison Sentences and Collateral Sanctions*, 58 STAN. L. REV. 339, 339–340 (2005)

עם זאת שיעור הכליאה במדינות השונות לא גדל גידול ניכר כמו במערכת הכליאה הפדרלית. Sean Nicholson-Crotty, *The Impact of Sentencing Guidelines on State-Level Sanctions: An Analysis Over Time*, 50 CRIME & DELINQUENCY 395, 401 (2004) (עם הזמן, הנחיות לענישה שקושרות את הענישה למשאבי מערך הכליאה מסייעות לרסן את העלייה בשיעורי הכליאה, ואילו הנחיות שאינן מתייחסות למשאבי הכליאה נוטות לגרום לעלייה בשיעורי הכליאה).

יגבירו הגברה ניכרת את כוחה של התביעה לקבוע את העונש שיוטל על הנאשמים, בהליך סגור, בלא חובת הנמקה ובלא כפיפות לביקורת שיפוטית או ציבורית אפקטיבית.

1. על החמרה והרתעה

נתחיל בקשר שבין ענישה מחמירה להרתעה. הטענה המרכזית של המבקשים להחמיר את הענישה בישראל היא הגידול המתמיד ברמת הפשיעה והצורך להחזיר את ההרתעה למערכת המשפט הפלילית.⁷¹ אלא שטענה זו נשענת על שתי הנחות מוטעות: ראשית אין בסיס מוצק לטענה כי רמת הפשיעה בישראל עולה. למעשה, מחקרים שבוחנים את מספר התיקים הפליליים ביחס לאוכלוסייה, הן של חוקרים עצמאיים והן של משטרת ישראל, מלמדים דווקא על יציבות ואולי אף על ירידה ברמות הפשיעה בישראל בשנים האחרונות.⁷² התחושה כאילו הפשיעה הולכת וגוברת נוצרת במידה רבה בשל שינוי אופי הסיקור התקשורתי של הפשיעה, הבלטת עברות חריגות וחמורות בסיקור, ושימוש בפשיעה כסוג של "תכנית ריאליטי" המאפשרת יצירת דרמה אמתית בעלויות נמוכות יחסית.⁷³ למשל, מחקר אחד הראה כי מספר הידיעות התקשורתיות העוסקות בפשיעה עלה בין שנת 1990 לשנת 2000 ב-133% בעיתון "הארץ" וב-51% בעיתון "ידיעות אחרונות".⁷⁴

71 ראו לעיל, בפרק ב.

72 אריה רטנר וגדעון פישמן "דו"ח מחקר סופי ניתוח מיקרו ומאקרו של אלימות בישראל - 1980-2007" (עותק מצוי ברשות הכותבים) (המחקר המסתמך על כלל תיקי האלימות שנפתחו במשטרה בשנים האמורות ועל סקר נפגעי עברות, מסיק כי ככלל שיעורי העבריינות האלימה בישראל (בירידה) את תמצית הנתונים אפשר למצוא באתר המשרד לביטחון פנים www.mops.gov.il/BP/NoViolenceCityProject/Kenes+Eilat/Lectures_Eilat2008/ArieRatner1.htm ראו גם Arye Rattner & Gideon Fishman, *Crime and the Criminal Justice System in Israel – A Socio Historical Perspective*, 13 J. QUAN. CRIM. 7, 7-28 (1997). נתונים דומים עולים גם מהדוחות השנתיים של משטרת ישראל לשנים 2001-2008, www.police.gov.il/MEIDA_LAEZRACH/PIRSOMIM/Pages/statistika.aspx. כך, הנספח הסטטיסטי לרוח השנתי ל-2008 מצביע על ירידה עקיבה במספר התיקים שנפתחו בשנים 1998-2008 (חוץ מהשנים 2003-2004, שבהן הייתה עליה חריגה), ראו דוח לשנת 2008, שם, בלוח מס' 2: פירוט תיקים לפי עברות במשך השנים, בעמ' 181 [www.police.gov.il/meida_laetzrach/pirsomim/ 181 Documents/police_2008.pdf](http://www.police.gov.il/meida_laetzrach/pirsomim/Documents/police_2008.pdf).

73 לסקירה מצוינת בנושא השפעת השינוי בסיקור התקשורתי על התפיסה הציבורית של רמות הפשיעה ראו דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: נקודת הראות הכלכלית" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט לב, 2011). ראו גם Robert Reiner, *Media-Made Criminality: The Representation of Crime in the Mass Media*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGY 302 (Mike Maguire, Rod Morgan & Robert Reiner eds., 2002).

74 ראו רון שוביץ "המעצמה השביעית" מראות המשטרה 177, 3 (2000).

אין מדובר בתופעה ישראלית. מחקרים במדינות מערביות רבות מלמדים כי גם בתקופות של ירידה ברמות הפשיעה יש תחושה ציבורית כי הפשיעה גוברת.⁷⁵ כמו בארץ, גם במדינות מערביות אחרות השתנה מאוד היחס הציבורי לפשיעה בשנות ה-1990, ובניגוד לשנים עברו הגדירו שיעורים גבוהים מאוד בציבור את הפשיעה כבעיה החמורה ביותר של המדינה.⁷⁶ גם במדינות אלו הסיקור התקשורתי הוא מן הגורמים המרכזיים המשפיעים על ההערכה השגויה של רמות הפשיעה.⁷⁷

חשוב מכך, ההערכה כי שימוש בעונשי מאסר ממושכים יותר יקדם את ההרתעה, אינה מבוססת מחקרית.⁷⁸ אכן, האינטואיציה הבסיסית היא כי שכלל שהעונש חמור יותר כך הוא ירתיע יותר. התאוריות התועלתניות והכלכליות לחקר הפשיעה מבוססות על ההנחה הבסיסית שהעבריינין עורך חישובי עלות-תועלת פשוטים שבהם משך תקופת המאסר הוא מרכיב מרכזי בשיקוליו.⁷⁹ אולם הקורפוס המחקרי העצום שבחן את הסוגיה חשף כי אינטואיציה זו מטעה. לעומת המיידיות של הסנקציה הפלילית והוודאות שבהתלטה, המשפיעות ככל הנראה על רמת ההרתעה, הרי שלחומרת העונש, בעיקר כשמדובר בעונשי מאסר, אין השפעה כזו.⁸⁰ אפשר לומר בפשטות כי שינויים במשכם של עונשי המאסר

75 ראו ROBERTS ET AL., לעיל ה"ש 22, בעמ' 21-22 הסוקרים מחקרים שנערכו בקנדה, ארצות-הברית, בריטניה ואוסטרליה המראים כי רוב מכריע בציבור מאמין ששיעורי הפשיעה מצויים בעלייה גם בתקופות שבהן הפשיעה היא בירידה.

76 ראו שם, בעמ' 23 (בכל הסקרים עד 1991, שיעור האנשים שסברו כי הפשיעה היא הבעיה המרכזית של ארצות הברית עמד על פחות מ-5%, ולעומת זאת מאז 1993 שיעור האנשים הסוברים כך נע בין 10% לבין 50% בסקרים השנתיים).

77 ראו שם, פרק 5, עמ' 76-92.

78 ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 258.

79 ראו JEREMY BENTHAM, THE RATIONALE OF PUNISHMENT 19 (Robert Heward, London, 1830) וכן A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, 38 J. ECON. 45 (2000).

80 מרבית הספרות המחקרית העוסקת בענישה מצביעה על היעדר קשר חיובי בין החמרה במשך עונשי המאסר להקטנת היקף העבריינות. יתרה מזאת, מחקרים רבים מעידים כי החמרה בענישה רק מגבירה את העבריינות החוזרת. ראו שלמה ג' שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק 118 (מהדורה שלישית, מורחבת ומעודכנת, 2009) (להלן: שוהם ואח' עבירות ועונשים) וכן לסלי סבה "הקלה בעונש כאמצעי להרתעה?" עבריינות וסטייה חברתית ז 125 (1980).

(להבדיל משינויים בסיכויים להיתפס או להיאסר) אינם מקדמים את ההרתעה של מערכת המשפט הפלילית.⁸¹

זאת ועוד, שינויים בסיכויים להיתפס ולהיענש נמצאו לא אחת משפיעים על רמת ההרתעה (בניגוד לשינויים בחומרת העונש).⁸² אולם הסיכויים להיענש קטנים כאשר הענישה חמורה יותר. שופטים נוטים למצוא ספק סביר בקלות רבה יותר כאשר העונש הצפוי לנאשם אם יורשע כבד יותר.⁸³ כפועל יוצא מכך ההסתברות להרשעה ומכאן ההסתברות לגזירת עונש יורדת וההרתעה נפגעת.

יתרה מכך, עונשי מאסר שאינם מלווים בשיקום וטיפול אפקטיביים בתקופת הכליאה עלולים להגביר את העבריינות. מרבית המחקרים שמצאו השפעה של סוג העונש על שיעורי המועדות חשפו כי הסיכוי של נאשמים שנדונו למאסר לחזור ולבצע עברות גבוה מהסיכוי של נאשמים שנדונו לעונשים קלים יותר תוך שליטה ביתר הגורמים (כגון סוג העברה,

81 ראו Anthony Doob & Cheryl Webster, *Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis*, 30 CRIME & JUST. 143, 173 (2003) (הסוקרים את המחקרים הקרימינולוגיים הרבים שנערכו בשלושים השנים האחרונות בתחום ומראים כי המסקנה המתחייבת מהם היא כי חומרת העונשים איננה משפיעה על ההרתעה הכללית).
82 שוהם ואח' עבירות ועונשים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 124.

83 ראו למשל: Edward A. Snyder, *The Effects of Higher Criminal Penalties on Antitrust Enforcement*, 33 J.L. ECON. 439 (1990) (החמרה בענישה בדיני הגבלים עסקיים הובילה בין השאר להרמת רף הראיות הדרושות להרשעה); Martha A. Myers, *Rule Departures and Making Law: Juries and their Verdicts*, 13 L. & SOC'Y REV. 781, 793-794 (1979) (שבו הגיעה המחברת למסקנה בין השאר כי מושבעים נוטים יותר לזכות נאשמים בפשיעה חמורה (אשר בצדה בהתאם גם ענישה מחמירה), אך אין קיימת נטייה דומה כאשר הנזק הפיזי קל. היא מסבירה שנטייה זו יכולה להשתקף גם בדרישת רף הוכחה גבוה יותר בפשעים חמורים (מבחינת ה"קבלה" או ה"הסתפקות" של המושבעים כדי להרשיע ולא מבחינת דרישת החוק ששווה, כמובן, לכל עברה ועברה). הסבר אחר נעוץ בנטייה במקרים רבים להעמיד לדין בגין כמה עברות בשאיפה להרשיע בפחותות שבהן, נטייה העשויה להביא לזיכוי, כאמור); Joanna Shepherd, *Blakely's Silver Lining: Sentencing Guidelines, Judicial Discretion, and Crime*, 58 HASTINGS L.J. 533, 558-559 (2007) (המחבר עוסק בשיקול הדעת השיפוטי לאור הנחיות הענישה ועומד בין השאר על האפשרות שתובע יעדיף לא להעמיד לדין או מושבעים יחליטו לזכות כאשר העונש בצד עברה הוא חמור מזה שלשיטתם העברייני ראוי לו בשל מסוכנותו. יש להדגיש כי במחקר זה מודגש עונש חמור מזה שראוי לגזור על הנאשם בניכונות המקרה ושמערכת המשפט "כבולה" לגזור, ולא על עברות חמורות או עונשים חמורים מעבר לרף מסוים). ראו גם טליה פישר "ענישה הסתברותית" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט לב, 2011).

מאפייני הנאשם ועוד).⁸⁴ בדומה, מרבית המחקרים שמצאו קשר בין משך המאסר למועדות הראו כי הסיכוי שעבריינין יחזור לביצוע העברה גדול יותר ככל שהעונש שהוטל עליו גדול יותר, בניגוד לצפוי על פי תאוריית ההרתעה.⁸⁵ אכן, יש קושי לקבל מסקנה המנוגדת כל כך לאינטואיציה. יש להניח כי אם היה מדובר רק במחקרים בודדים, או עשרות בודדות של מחקרים, היה עלינו להיזהר בהסתמכות על מסקנה זו. אולם הספרות בנושא נשענת כבר על מאות מחקרים שנערכו בשיטות שונות ובמקומות שונים, ובכל זאת מסקנתם כמעט אחידה: הגדלת הסיכויים להיתפס מסייעת כנראה בקידום ההרתעה של מערכת המשפט הפלילית, ואילו החמרת עונשי המאסר המוטלים על מי שנתפס אינה מסייעת להרתעה.

אף על פי שידוע כיום כי כליאה ממושכת אינה מחזקת את ההרתעה, השיח המחקרי לעיל אינו מחלחל לשיח הציבורי. וכך קובעי המדיניות ממשיכים לפעול על פי ההנחה החברתית כי ענישה מחמירה תקדם הרתעה.⁸⁶ גם בתי המשפט ממשיכים להתייחס להרתעה כאחת המטרות המרכזיות של הענישה ומזכירים אותה לא אחת כנימוק להחמרה בעונשי המאסר.⁸⁷ תפיסה מוטעית זו, המשולבת עם הערכה שגויה בדבר עלייה מתמדת בשיעורי הפשיעה, יוצרות אווירה ציבורית ופוליטית התומכת בהחמרה מתמדת בענישה.

מנגד אנו למדים על השלכות שליליות רבות של החמרה בענישה. ענישה מחמירה היא יקרה. לפי נתוני שירות בתי הסוהר עלות הכליאה של אסיר היא כ-100,000 ₪ לשנה.⁸⁸ בחמש השנים האחרונות המספר הכולל של אסירים בבתי סוהר בישראל הכפיל את עצמו (מ-10,922 בשנת 2004 ל-22,725 בשנת 2009).⁸⁹ המדינה משקיעה אפוא מדי שנה

- 84 ראו שוהם ואח' עבירות ועונשים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 114-118. לסקירת עוד מחקרים בתחום ראו LIN SONG & ROXANNE LIEB, RECIDIVISM: THE EFFECT OF INCARCERATION AND LENGTH OF TIME SERVED 4-5 (Washington State Institute for Public Policy, 1993).
- 85 לסיכום ממצאים אמפיריים בסוגיה זו ראו MARTIN KILLIAS, PATRICE VILLETZ & ISABEL ZODER, THE EFFECTS OF CUSTODIAL VS. NON-CUSTODIAL SENTENCES ON RE-OFFENDING: A SYSTEMATIC REVIEW OF THE STATE OF KNOWLEDGE (Campbell Systematic Reviews, 2006), available at campbellcollaboration.org/lib/download/108/; שוהם ואח' עבירות ועונשים, לעיל ה"ש 80, בעמ' 122-124. ראו גם SONG & LIEB, לעיל ה"ש 84, בעמ' 5-6.
- 86 ראו פרק ב1 לעיל.
- 87 ראו פרשת ליבוביץ, לעיל ה"ש 39.
- 88 באתר שירות בתי הסוהר מופיעה התייחסות לעלות החזקת אסיר בשנת 2002, והיא עמדה אז על כ-94,250 ₪ לשנה. ראו אתר שירות בתי הסוהר, www.ips.gov.il/Shabas/QUESTIONS/, html/מהי+עלות+החזקת+אסיר+בשנה+.
- 89 ראו: www.ips.gov.il/Shabas/TIPUL_PRISONER/Prisoners+Info/prisoners_no.htm.

מיליארדי שקלים בהחזקת אסירים. להשקעה הכספית האדירה בבתי סוהר ובאסירים עלויות חברתיות המתבטאות בהפניית משאבים מתקציבי חינוך, רווחה ותרבות לתקציבי כליאה. גם ספרות מחקרית ענפה מצביעה על ההשלכות האישיות והחברתיות השליליות של מאסר. מחקרים מצביעים על אימוץ תרבות עבריינית ודפוסי התנהגות אנטי-חברתית בשהות בכלא, דבר המוביל להדרתם של האסירים מהחברה עת הם משתחררים ממאסר והישנות ההתנהגות העבריינית.⁹⁰ עוד מצביעה הספרות על השפעות שליליות אישיות קשות, מלבד אבדן החירות, המכוננות "מכאובי מאסר", כדוגמת אבדן האוטונומיה והשליטה, אבדן הביטחון האישי, הדחייה החברתית; התיוג החברתי השלילי; הניתוק מהמשפחה, מהחברים וממקום העבודה; החסכים החומריים והמיניים; החיים במחיצת אנשים זרים. השפעות אלו לא רק מקשות על שיקום האסיר עת הוא משתחרר ממאסר ועל השתלבותו בחברה, הן גם מהוות נתיב כמעט ודאי למועדות לפשיעה.⁹¹ חיסרון אחר להחמרה בענישה נוגע למקרים של הרשעות שווא. במקרים אלו ככל שהענישה מחמירה יותר גדל העוול שנגרם לפרט וגדלה הפגיעה באמון שניתן במערכת המשפט.⁹²

2. החמרה, ודאות ושיקול הדעת התביעתי בענישה

(א) השפעת ההחמרה על שיקול הדעת התביעתי בענישה

בחלק הקודם הסברנו מדוע ההחמרה בענישה שתושג באמצעות עונשי המוצא לא תקדם את ההרתעה, ונוזקה צפוי לעלות על תועלתה. בחלק זה נחשוף כיצד המטרה המרכזית של עונשי המוצא – צמצום השרירותיות בהחלטות השיפוטיות – תסוכל גם היא. נראה כי דווקא משום שההחלטות השיפוטיות תאופיינה ביתר אחידות וודאות, הן תרחבנה את

90 CRAIG HANEY, THE PSYCHOLOGICAL IMPACT OF INCARCERATION: IMPLICATIONS FOR POST-PRISON ADJUSTMENT (2001), aspe.hhs.gov/hsp/prison2home02/Haney.htm

91 שם.

92 לעניין זה ראוי לציין את הרשעות השווא אשר גורמות את העוול הגדול ביותר לפרט מקום שמדובר בתיקים שהעונש בצדם הוא עונש מוות. בשל כך קיימת ביקורת נרחבת בארצות הברית בנושא זה ואף הועלו הצעות לבטל את עונש המוות, הן בשל מוחלטותו וחוסר האפשרות ל"תיקון" כאשר מתברר כי מדובר בהרשעה מוטעית והן בשל חוסר האמינות שלו. ראו למשל: Arnold H. Loewy, *The Death Penalty in a World Where the Innocent are Sometimes Convicted*, 41 TEX. TECH L. REV. 187 (2008); Michel L. Radelet, *The Role of the Innocence Argument in Contemporary Death Penalty Debates*, 41 TEX. TECH L. TULSA LAW REVIEW 199 (2008). להרחבה, ראו את הסימפוזיון שפורסם בנושא ב-TULSA LAW REVIEW בשנת 2006: Lyn Entzeroth, *Symposium: The Death Penalty and the Question of Actual Innocence*, 42 TUL. L. REV. 205 (2006).

שליטת התביעה בעונש ואת מרחב שיקול הדעת שלה בהחלטות המשפיעות על הענישה. כיוון שבעקבות עונשי המוצא יהיו העונשים כבדים מהעונשים הנוהגים כיום, מרחב ההשפעה של התביעה על הענישה יגדל עוד יותר. הרמת הרף הענישתי באמצעות קביעת עונשי המוצא תגדיל את המתחם הענישתי שבמסגרתו יכולה התביעה להציע הצעות "טובות יותר" לנאשם במסגרת הסדר טיעון. עם אימוץ עונשי המוצא המחמירים, חלק ניכר משיקול הדעת בענישה יועבר מבית המשפט – המקבל החלטות מנומקות, בהליך פומבי ובכפופות לערעור – לתביעה, שהחלטותיה מתקבלות מאחורי דלתות סגורות, בלא נימוק ובלא כפיפות לערעור.

כדי להבין מדוע עונשי מוצא מחמירים יעבירו לתביעה את שיקול הדעת בענישה, יש ראשית להציג את המנגנון הקיים כיום לריסון ובקרה על שיקול הדעת התביעתי. גם כיום לתביעה שיקול דעת רחב. התביעה מחליטה מתי לסגור תיק ומתי להגיש כתב אישום, היא בוחרת את האישומים שיוגשו ואת אלו שיישארו מחוץ לכתב האישום, היא בוחרת את העדים והראיות שיוצגו ולבסוף, חשוב לא פחות – את הטיעון לגזר הדין. כאשר נערך הסדר טיעון, וזה המצב ברוב המקרים של התיקים,⁹³ התביעה, במעטה ההסכמה של הנאשם, מקבלת למעשה את ההחלטה הסופית בדבר תוצאת ההליך, ובית המשפט, במעטה האדוורסריות, מנוע כמעט לחלוטין מלבקר את החלטתה. אמנם בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי לבית המשפט הסמכות לבטל הסדר טיעון לעונש,⁹⁴ אולם ככלל, בהתקיים

93 ראו לילך תמיר "עבירות מין, הסדרי טיעון ומה שבניהם – מחקר בנוגע לשתי השאלות המרכזיות שעלו מ'פרשת קצב'" (עבודה סמינריונית, אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2007) וכן שרון שכנר-ביתן ורחל אבישר-אבלס "הסדרי טיעון פרקליטות מחוז תל-אביב מול פרקליטות מחוז מרכז" (עבודה סמינריונית, אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, 2006). שני המחקרים הללו בחנו את כל התיקים הפליליים שנדונו בבתי המשפט המחוזיים בחיפה ובתל אביב (כולל מחוז מרכז) בשנה אחת (הראשון ב-2004 והשני ב-2002) והראו כי בשני בתי המשפט 77% מהתיקים מסתיימים בהסדר טיעון. מנגד רק 14% (בתל אביב) או 19% (בחיפה) מהתיקים מסתיימים בהכרעת דין לאחר שמיעת ראיות מלאה. יתר התיקים הסתיימו בצורות שונות, כגון הודאה בלא הסדר של הנאשם, ביטול הליכים מסיבות שונות, אי-כשירות לעמוד לדין ועוד). בבתי משפט השלום שיעור התיקים שבהם נערך משפט ראיתי מלא, ככל הנראה קטן הרבה יותר. ראו אורן גזל-אייל ואבישלום תור "השפעת החפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות" משפטים לט 115, 116 (2009).

94 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002) (להלן: ע"פ פלוני). שם נקבע כי בחינת הסדר טיעון עיקרה בעריכת איוון בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם לבין התועלת שיש בעונש המוצע במסגרת ההסדר לאינטרס הציבורי. כאשר אין מתקיים איוון זה ייטה בית המשפט לבטל את הסדר הטיעון על העונש.

איזון בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם לבין התועלת שיש בעונש המוצע במסגרת ההסדר לאינטרס הציבורי, ובהנחה כי התביעה פעלה בתקינות וכי אינטרס הציפייה של הנאשם, אשר הסתמך על הסדר הטיעון, לא נפגע, מונחה בית משפט לאשר את הסדרי הטיעון.⁹⁵ כפועל יוצא מכך, כמעט כל הסדרי הטיעון מתקבלים בסופו של ההליך המשפטי.⁹⁶

זאת ועוד, יכולתו של בית המשפט לדחות הסדרי טיעון או לשנותם, כפי שנקבעה בפסק דין פלוני, אינה רלוונטית כשאנו מתייחסים להסדרי טיעון על האישומים. השליטה בכתב האישום, לפחות עד ההקראה, היא בידי התביעה,⁹⁷ וגם לאחר מכן התביעה יכולה לשנות את האישומים המקוריים ולתקן סעיפי חוק ועובדות, ובית המשפט לא יתערב בהסדרים מסוג זה.⁹⁸ יוצא אפוא שהימנעות בית המשפט מלהתערב בהסדרי טיעון על האישומים

95 שם, בעמ' 605–606. השופטת ביניש שכתבה את דעת הרוב מדגישה בפסק הדין את חשיבותו של מוסד הסדרי הטיעון ואת הצורך לכבדו ולשמרו.

96 ואכן, מספר הסדרי הטיעון שנדחים זעום. במחקר שנעשה לאחרונה נבחנו כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שעסקו בערעור על החלטה של בית משפט מחוזי לדחות הסדר טיעון לעונש מאז הלכת פלוני (שנת 2002) ועד עריכת המחקר (שנת 2009). החוקרים מצאו רק 31 ערעורים כאלו, שעסקו ב-46 נאשמים. כיוון שבתקופה זו נדונו בכתי המשפט המחוזיים למעלה מעשרת אלפים תיקים פליליים (ראו מערכת בתי המשפט בישראל, דו"ח חצי שנתי הסתיימו בהסדר טיעון (ראו גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 93, בעמ' 115), וכיוון שסביר להניח שבמרבית המקרים שבהם נדחו הסדרי טיעון ערער הנאשם על החלטה, עולה כי שיעור הדחיות עומד על פחות ממחצית האחוז מהסדרים. בחינת 31 הערעורים שנמצאו מלמדת כי בכ-65% מהם בוטלה החלטת בית המשפט המחוזי, ובית המשפט העליון אישר את גזר הדין שסוכם בין הצדדים בערכאה הדיונית. ראו אורלי אורן ושחר פישביין "ניתוח אמפירי של פסיקת בית המשפט העליון בערעורים על סטייה מהסדר טיעון – בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל" (עבודה סמינריונית, בהנחיית רונן פרי ואורן גזל-אייל, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת חיפה, 2009). משמעות הממצאים היא כי גם במקרים המעטים מאוד שבהם הערכאה הדיונית דוחה את הסדר הטיעון, הסדר הטיעון יאושר בסופו של דבר בערכאת הערעור בסבירות גבוהה.

97 ראו לעניין זה סעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982, העוסק בסמכותו הבלעדית של תובע לחזור בו מאישום: "תובע רשאי, בכל עת שלאחר תחילת המשפט, לחזור בו מאישום שבכתב האישום, נגד נאשם אחד או יותר; אולם לא יעשה כן אם הודה הנאשם, בין בכתב על-פי סעיף 123 ובין בתשובתו לאישום, בעובדות שיש בהן כדי להרשיעו באותו אישום; לא היה בעובדות שהודה בהן כדי הרשעתו, רשאי התובע לחזור בו מן האישום ברשות בית המשפט" (ההדגשות שלנו – אג"א ור"ל).

98 המקרה המפורסם שבו הותקף הסדר טיעון על האישומים תקיפה ישירה הוא בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008) (להלן: פרשת קצב). למרות

יוצרת שליטה משמעותית וכמעט בלעדית של התביעה על אופיו ותוכנו של כתב האישום. על שלב זה אין ביקורת אמיתית שכן הוא מתנהל תחת כנפי התביעה ונוכח מגבלות מידע של בית המשפט בדבר הראיות.

אז מה בכל זאת מרסן את התביעה מלהיות הגורם היחיד בגזירת הדין? התשובה מצויה בצורך של התביעה לקבל את הסכמת הנאשם להסדר המוצע, הסכמה הניתנת בצל ההחלטה הצפויה של בית המשפט. כשהתביעה והנאשם דנים בהסדר טיעון, החלטתם מושפעת מהעונש שהם צופים שבית המשפט יטיל. הנאשם מעוניין בעונש קל ככל האפשר. לפיכך הוא יסכים רק לעונש הנמוך, ולו במעט, מהעונש שהוא מעריך שיוטל על ידי בית המשפט. אם לדעתו יש לו גם סיכוי לזיכוי, העונש שיסכים לו יהיה נמוך עוד יותר, כתלות בגודל הסיכוי לזיכוי. אם כן, התביעה יכולה להציע לנאשם כל עונש שבין אפס (שאותו ניתן להשיג באמצעות סגירת התיק והימנעות מאישום) לבין העונש המרבי שלו יסכים הנאשם, עונש התלוי בהערכה של הנאשם את סיכויי ההרשעה, ביחסו של הנאשם לסיכון בהרשעה ובחומרת העונש שהשופט צפוי להטיל.

כיוון שהתביעה אינה יודעת מהו בדיוק העונש המרבי שלו יסכים הנאשם, וכיוון שנוכח מגבלת המשאבים היא צריכה להבטיח שמרבית הנאשמים יקבלו את ההצעות להסדר, היא תיקח מרווח ביטחון מסוים ותציע עונש קל במידה מסוימת מהעונש המרבי שלו יסכים הנאשם. וכך אם התביעה מעריכה, על יסוד האישומים וחומר הראיות, שהעונש המרבי שנאשם ממוצע יסכים לו בתיק מסוים הוא ארבע שנות מאסר, היא עשויה להציע עונש של שלוש שנות מאסר או אף של שנתיים מאסר כדי להבטיח שגם מרבית הנאשמים שנכונותם להסדר נמוכה מהממוצע יסכימו להסדר. מובן שככל שהמשאבים שבידי התביעה מוגבלים יותר, וככל שהיא תלויה יותר בהסדרי טיעון, כך יגדל "מרווח הביטחון" האמור, יגדלו ההקלות שמהן ייהנו נאשמים שמסכימים להסדר טיעון, ובדרך זו יגדל שיעור הסדרי הטיעון.

אם הייתה התביעה תמיד מעוניינת בעונש החמור ביותר שאותו היא יכולה להשיג בכפוף למגבלות המשאבים שלה, שיקול הדעת שלה היה טכני בעיקרו. במקרה כזה כל שהיה על התובעת לעשות הוא להעריך את העונש המרבי שהנאשם יסכים לקבל בהסתמך

השינוי המשמעותי בסעיפי האישום והמרתם בסעיפי אישום מקלים קבע בית המשפט העליון כי אין להתערב בהסדרי טיעון לאישומים. מלבד זאת במחקר של אורן ופישביין, לעיל ה"ש 96, עלה כי רק ב-31 תיקים מאז החלטה בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 94, דחה בית המשפט המחוזי הסדרי טיעון. לפסילת הרכב שופטים שביקר את החלטת התביעה להגיע להסדר על אישומים ראו ע"פ 3971/90 אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי, פ"ד מה(1) 661, 665-666 (1990).

על חומרת העברה והראיות שבתיק, ולהציע לו את העונש האמור תוך הפחתת מרווח הביטחון שנועד להבטיח כי מרבית הנאשמים אכן יקבלו את ההצעות. במקרה כזה הגם שלתביעה שיקול דעת כמעט מוחלט בהחלטות על הסדרי טיעון, ההצעה שלה אינה משקפת את עמדתה העונשית אלא רק את הערכתה בדבר רמת הענישה הצפויה בהליך השיפוטי ובדבר העונש המרבי שלו יסכים הנאשם. הסדר הטיעון נערך בצל ההליך השיפוטי, ושיקול הדעת של התביעה בהליך זה הוא רק שיקול דעת טקטי באשר לאופן שבו אפשר להשיג את העונש הכבד ביותר.⁹⁹

באופן פרדוקסלי הבעייתיות בשיקול הדעת התביעתי מתעוררת דווקא כשהתביעה מעוניינת להקל עם נאשמים, דהיינו כשהיא אינה מעוניינת בעונש הכבד ביותר שאותו היא יכולה להשיג. אם לדעתה העונש הצפוי לאחר משפט כבד מדי, היא תמיד יכולה להציע לנאשם עונש קל יותר. לעתים יהיה עליה לשנות את העובדות או האישומים לצורך כך, אך במערכת האדוורסרית אין בכך כל קושי. במקרה כזה התוצאה תהיה כי הנאשם יסכים לכל עונש שהתביעה תציע – שכן העונש הצפוי לו לאחר משפט צפוי להיות כבד יותר. במקרה זה שיקול הדעת של התביעה אינו טכני בלבד, זהו שיקול דעת מהותי ורחב. תובעת המעוניינת להקל עם הנאשם תוכל להציע לו עונש קל יותר. תובעת מחמירה תוכל להחמיר (עד לסף העליון התלוי בעונש הצפוי לאחר משפט). ההחלטה איזה עונש לבחור בתוך המתחם האמור נתונה באופן בלעדי לתביעה.

במצב המשפטי השורר כיום, כאשר בית המשפט אינו מחויב לעונשי מוצא מכבידים, אין לצפות כי העונש הצפוי בתום הליך שיפוטי ייראה לתביעה מכביד מדי במרבית המקרים. שיקול הדעת השיפוטי בענישה, שאינו מוגבל על ידי הנחיות חיצוניות, אינו צפוי להיות שונה בהרבה משיקול הדעת של התביעה, אם בכלל. סביר להניח שהתביעה תהיה מעוניינת בעונשים כבדים מאלו שמטילים שופטים בשל ההטיה המוסדית שלה כמי שמצויה בקשר עם היחידות החוקרות ועם המתלוננים, ולכן מזדהה יותר עם התפיסות של גורמים אלו. לפיכך במרבית המקרים התביעה תשאף להשיג בהסדר עונש קרוב ככל האפשר לעונש הצפוי בתום משפט, דהיינו תשאף לעונש הכבד ביותר שהיא יכולה להשיג.

99 להצגת אופן פעולת הסדרי הטיעון בצל המשפט ולביקורת עליה ראו Stephanos Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117 HARV. L. REV. 2463 (2004); William J. Stuntz, *Plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow*, 117 HARV. L. REV. 2548 (2004). Oren Gazal-Ayal & Limor Riza, *Plea-bargaining and Prosecution*, in CRIMINAL LAW AND ECONOMICS 145, 150–153 (Nuno Garoupa ed., 2009).

מנגד, לאחר שייקבעו עונשי מוצא מחמירים ייתכנו מצבים שבהם השופטים והתובעות יסברו שרמת הענישה החדשה מחמירה מדי. השופטים יהיו כבולים במידה רבה נוכח הבניית שיקול הדעת, עונש המוצא, מנגנון הערעור והביקורת השיפוטית, ולא יוכלו להציע הקלות משמעותיות במקרים הטיפוסיים. מנגד התובעות, שבכוהן להשמיט אישומים ועובדות מכתב האישום ולטעון לעונש בחופשיות יחסית, תוכלנה להציע לנאשמים עונשים קלים יותר. השאלה עד כמה להקל תהיה תלויה רק בשיקול דעתה הבלתי מוגבל של התובעת בכל תיק ותיק, ואי אפשר יהיה לערער על החלטתה.

הדוגמה הבאה עשויה להמחיש תופעה זו. העונש המקובל כיום לעברה של התפרצות לדירה לנאשם ללא עבר פלילי הוא מאסר על תנאי.¹⁰⁰ במרבית המקרים התובעות מעוניינות בעונש כזה ואולי אף במחמיר יותר. כיוון שנאשמים בהתפרצות חסרי עבר פלילי המיוצגים כראוי לא יסכימו להסדר טיעון הכולל עונש מאסר בפועל בידעם כי בית המשפט אינו צפוי להטיל מאסר בפועל, תציע התביעה הסדרים המשקפים את העונש הצפוי במשפט (עם הקלה מסוימת שנועדה להבטיח את הסכמתם להצעה), ולכן תובעות מחמירות ותובעות מקלות כאחת יציעו הסדרים הכוללים מאסר על תנאי בלבד. לשיקול הדעת התביעתי במקרה כזה תהיה השפעה מוגבלת יחסית.

אולם מצב זה ישתנה אם ייקבע לעברה זו עונש מוצא הכולל מאסר בפועל לתקופה משמעותית, וכך ואי אפשר יהיה להטיל על נאשם בעברה זו עונש שאינו כולל מאסר בלא שתהיה בכך סטייה ניכרת מעונש המוצא. כיוון ש"עבר פלילי נקי" הוא נסיבה לקולה שאינה קשורה בביצוע העברה, החוק המוצע אוסר על סטייה ניכרת מהעונש ההולם רק בשל התקיימות נסיבה זו.¹⁰¹ במקרה כזה ידעו נאשמים כי צפוי להם עונש מאסר אם יורשעו בלא הסדר. תובעות מחמירות תעמודנה על עונש מאסר (אף אם קל מזה הצפוי בתום המשפט) גם בהסדר טיעון. תובעות מקלות, שתסבורנה כי מדיניות הענישה הישנה הייתה מוצדקת יותר, תוכלנה להציע לנאשמים עונש מאסר על תנאי במסגרת ההסדר, לעתים בשינוי האישומים כדי להבטיח את אישורו של הסדר זה. שיקול הדעת של התובעת יהפוך להיות מרכזי הרבה יותר נוכח עונש המוצא המחייב את בתי המשפט (ולא את התביעה) להחמיר.

100 חסין וקרמניצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 546. כן ראו גזל-אייל וקנאי, לעיל ה"ש 13.
 101 על פי ההצעה, בית המשפט אינו רשאי לסטות סטייה ניכרת מהעונש ההולם בשל עבר פלילי נקי. ראו סעיפים 40ג(ג) לחוק המתוקן על פי ההצעה (ההתחשבות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העברה מתירה רק סטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם) וסעיף 140(ד)(4) לחוק המתוקן על פי ההצעה (עברו הפלילי הנקי של הנאשם והתנהגותו החיובית הן נסיבות מקלות שאינן קשורות לביצוע העברה).

אמנם הסדרי הטיעון כפופים לביקורת שיפוטית, אולם כפי שצינו לעיל, ביקורת זו אינה אפקטיבית מכיוון שהשליטה המלאה בניסוח העובדות (הקובעות את חומרת המעשה), בבחירת סעיפי האישום ובטיעון לעונש נותרת בידי התביעה. בית המשפט גם לא יתקשה לקבל הסדר אף אם האישומים והעובדות לא שונו, מכיוון שהסכמת הצדדים מבטיחה לו שהחלטתו לא תותקף בערעור. התביעה ממירה פעמים רבות את עברת הרצח בעברה קלה יותר, וכך מונעת את החובה להטיל על הנאשם מאסר עולם, לפעמים משום שלדעתה המעשה אינו מצדיק עונש זה¹⁰² ולפעמים בשל קשיים בראיות.¹⁰³ כפי שראינו לעיל, כמעט כל הסכמה עונשית של הצדדים מכובדת בסופו של הליך.¹⁰⁴

ואכן, נתונים ראשוניים ממחקר שנעשה בנושא בארץ נותנים אינדיקציה לגידול הצפוי בשליטת התביעה בעונש עקב קיומן של הנחיות מחמירות לענישה. בפרשת ח'טיב¹⁰⁵ קבע בית המשפט העליון הנחיה בדבר רמת הענישה בעברות של הלנה, הסעה והעסקה שלא כדין.¹⁰⁶ באותה החלטה נקבע כי יש לגזור על מי שהורשעו בעברה זו עונש מאסר בפועל אפילו אם זו הרשעתם הראשונה, אלא אם מתקיימות נסיבות "יוצאות מגדר הרגיל". הנחיה זו, שרוככה במעט כעבור ארבע שנים בעניין אבו-סאלם,¹⁰⁷ שימשה כמעין עונש מוצא לעברה הנדונה. בחינה של כאלף גזרי דין בעברה מלמדת עד כמה הגדילה ההנחיה את השפעת התביעה על העונש.¹⁰⁸ גם לפני פסק הדין בעניין ח'טיב הייתה קורלציה בין בקשת התביעה למאסר בפועל לבין הסיכוי שעונש כזה יוטל. מבין התיקים שבהם ביקשה התביעה עונש שאינו כולל מאסר הטיל בית המשפט מאסר רק על 0.4% מהנאשמים. מבין אלו שהתביעה ביקשה שיאסרו, על 22.4% הוטל עונש מאסר. במילים אחרות, שיעור המאסרים

102 המקרה המובהק והמפורסם ביותר לגישה זו נמצא בע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל פ"ד מט(3) 647 (1995) (שבו אישה שבעקבות התעללות ממושכת של בן זוגה בה ירתה 31 כדורי רובה והרגה אותו, הועמדה לדין בגין הריגה ולא בגין רצח מכיוון שהפרקליטות סברה (ובצדק רב לדעתנו) שעונש החובה בגין רצח אינו מוצדק בנסיבות האירוע. יצוין כי פסק הדין ניתן לפני שבית המשפט הוסמך בסעיף 300א(ג) לחוק העונשין להטיל עונש מופחת בנסיבות דומות.

103 למעשה, כ-75% מכתבי האישום ברצח מסתיימים בהסדר שבו מסתפקת התביעה באישום קל יותר (הנתונים מסתמכים על מחקריהן של תמיר ושל שכנר-ביתן ואבישר-אבלס, לעיל ה"ש 93).

104 ראו ה"ש 96 לעיל, והטקסט הסמוך לה.

105 רע"פ 5198/01 ח'טיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 769 (2001).

106 עברה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

107 רע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.2.2006).

108 הנתונים מתוך מחקר שנערך בימים אלה בידי אורן גזל-אייל, גדעון פישמן וחגית תורג'מן בנושא הבניית שיקול הדעת בעבירות של הלנה, העסקה והסעה של שוהים שלא כדין.

בתיקים שבהם ביקשה התביעה מאסר בפועל היה גדול בכ- 20% משיעורם בתיקים שבהם לא הייתה בקשה כזו. הנתונים נותנים אינדיקציה לכך שהשפעת התביעה על העונש הייתה מוגבלת. על הרוב המכריע של הנאשמים לא הוטל עונש מאסר, בין שעונש כזה התבקש ובין שלא.

מנגד, לאחר ההנחיות בעניין ח'טיב (ולפני ריכוך בפרשת אבו-סאלם) היה אפשר לראות מתאם גדול בהרבה בין בקשת התביעה לבין החלטת בית המשפט: עונשי מאסר הוטלו רק על 3.9% מהנאשמים שהתביעה לא ביקשה בעניינם מאסר, ולעומת זאת הם הוטלו על 73% מהנאשמים שהתביעה ביקשה בעניינם מאסר.¹⁰⁹ במילים אחרות, שיעור המאסרים כשהתביעה ביקשה מאסר בפועל היה גדול בכ- 70% משיעורם בהיעדר בקשה כזו. יצוין כי ברוב המכריע של התיקים האמורים לא היה קושי בהוכחת האשמה, ולכן הנאשם הודה בלא שהיה צורך בהסדר טיעון. למרות זאת במקרים רבים החליטו התובעות, בניגוד להנחיית הפסיקה וכנראה גם בניגוד להנחיות הפנימיות שקיבלו, להימנע מלבקש מאסר, ככל הנראה משום שהרגישו שעונש זה חמור מדי. נתונים אלו נותנים אינדיקציה לכך שבשיעור גדול מן המקרים ההחלטה אם יוטל מאסר בפועל הייתה למעשה בידי התביעה לאחר שנקבעה ההנחיה לענישה בפרשת ח'טיב.¹¹⁰

109 המספרים המלאים הינם כדלקמן: לפני הלכת ח'טיב, מתוך 424 נאשמים שהתביעה לא ביקשה בעניינם מאסר בפועל, הוטל עונש של מאסר בפועל על שני נאשמים. מתוך 178 נאשמים שהתביעה ביקשה כי יוטל עליהם מאסר בפועל, הוטל מאסר בפועל על 40 נאשמים בלבד. אחרי הלכת ח'טיב, התביעה נמנעה מלבקש מאסר בפועל ב-177 תיקים, ובתי המשפט הטילו מאסר בפועל רק על 7 מתוך הנאשמים הללו (למרות ההנחיה בח'טיב). מנגד, על 240 מתוך 328 הנאשמים שהתביעה ביקשה שידונו למאסר בפועל, הוטל העונש שהתבקש. הנתונים הינם נתונים ראשוניים המתייחסים להחלטות הערכאה הראשונה בלבד, מתוך המחקר שנערך בימים אלו על ידי גזל-אייל, פישמן ותורג'מן, לעיל ה"ש 108.

110 יובהר, הטענה אינה כי ריבוי עונשי המאסר מהווה אינדיקציה לגידול כוחה של התביעה. שיעור הנאשמים שנדונו למאסר לאחר הלכת ח'טיב הוא תוצאה ישירה של ההנחיה של בית המשפט העליון. הטענה היא כי לאחר ההנחיה, לתביעה ניתן כוח שלא היה בידה קודם לכן: לקבוע מי ידון למאסר ומי לעונש קל יותר. לאחר הלכת ח'טיב, ורק לאחר ח'טיב, כשהתביעה ביקשה מאסר, היא לרוב קיבלה מאסר, וכשהיא ביקשה עונש קל יותר, היא קיבלה עונש קל יותר. בגלל שבית המשפט היה כבול בהנחיה של הלכת ח'טיב, הוא לא יכול היה להקל עם נאשמים בניגוד לדעתה של התביעה, אך הוא יכול היה לעשות זאת אם התביעה היתה מעוניינת בכך. ניתן אמנם לטעון כי גם כשלבית המשפט היה שיקול דעת רחב, לפני הלכת ח'טיב, יכלה התביעה להציע הקלות. כך, אם העונש המקובל היה מאסר על תנאי, יכולה היתה תובעת מקילה להציע לנאשם הסדר במסגרתו יוטל עליו קנס סימלי בלבד. אולם בשיטה שבה בית המשפט אינו מונחה להטיל עונשים כבדים, יהיו רק מקרים מעטים בהם התובעת תרצה להציע עונש קל בהרבה מזה שבית המשפט צפוי להטיל.

אפשר כמובן לטעון כי ההנחיה בעניין ח'טיב הייתה קשוחה מעונשי המוצא והגבילה יותר את בית המשפט, ולכן הגדילה את שליטת התביעה בעונש. ואכן, יש להניח כי ככל שההנחיות ישפיעו פחות על ההכרעות השיפוטיות כך תקטן השפעתן על העברת הכוח לתביעה. אם השפעת עונשי המוצא על הענישה השיפוטית תהיה שולית, העברת הכוח לתביעה תהיה שולית גם היא. אולם בכך אין כדי לקדם את האינטרסים של התומכים בעונשי המוצא. ככל שעונשי המוצא ישפיעו יותר ויובילו לענישה אחידה צפויה (וכפי שהראינו גם מחמירה יותר), תגדל השפעת התביעה על העונש שיוטל במסגרת ההסכמים שייערכו בצ'לם.

הניתוח לעיל מלמד גם כי עונשי המוצא לא יוכלו לצמצם את השרירותיות שבענישה ולקדם את האחידות כאשר שיקול הדעת עובר מבית המשפט לתביעה. אם לפני קביעת עונשי המוצא עיקר החשש היה מפערים ביחס של שופטים לעברות שונות, הרי שלאחר שייקבעו עונשי המוצא חוסר האחידות ייווצר עקב השוני ביחס של תובעות שונות לנאשמים ולעברה. מאחר שאם כיום חובת ההנמקה ומנגנון הערעור מסייעים בצמצום חוסר האחידות בענישה, כשהכוח יעבור לידי התביעה, שאינה כפופה לערעור ואינה מחויבת לנמק את הסדרי הטיעון באופן גלוי, יאבדו מנגנונים אלו מכוחם.

גם הנתונים שהבאנו לעיל מלמדים שהנחיה מחמירה לענישה איננה מקדמת את האחידות בענישה. עברת ההלנה, הסעה והעסקה שלא כדין היא עברה פשוטה, ואין שונות רבה בין חומרת מקרה אחד למשנהו או שוני רלוונטי משמעותי בין הנאשמים. לפיכך אין לצפות לשונות רבה בסוגי העונשים המוטלים.¹¹¹ ואכן, הנתונים מלמדים כי לפני ההנחיה היה העונש ברוב המכריע של התיקים מאסר על תנאי (ורק 6.9% מהעונשים סטו מענישה אחידה זו). עם זאת, אחרי הלכת ח'טיב נדונו כמחצית מהנאשמים (48.9%) למאסרים בפועל וכמחצית נדונו למאסרים על תנאי בלבד. רמת השונות בענישה גדלה מאוד עקב ההנחיה.¹¹²

111 כל הנאשמים במאגר היו בגירים, ורק ל-20% מהם היה עבר פלילי, במרבית המקרים עבר שאינו מכביד.

112 לפני הלכת ח'טיב ביקשה התביעה מאסר בפועל (לריצוי בכליאה או בעבודות שירות) ב-30% מהתיקים (178 תיקים מתוך 422), מתוכם רק ב-22.5% (40 תיקים) נענה בית המשפט לביקשה והטיל מאסר בפועל. כאשר לא ביקשה התביעה מאסר בפועל, נמנע בית המשפט כמעט תמיד מהטלת עונש זה (99.5% מבקשות התביעה לעונש שאינו כולל מאסר בפועל נענו, ורק ב-2 מקרים מתוך 422 הוטל מאסר בפועל אף על פי שלא הייתה בקשה מפורשת של התביעה). לאחר ח'טיב ביקשה התביעה עונש מאסר ב-65% מהמקרים (328 תיקים מתוך 505), ב-73% מתוכם (240 תיקים) נענה בית המשפט לביקשה. לעומת בקשות התביעה למאסר שההיענות להן גדלה מאוד, במקרים שבהם לא ביקשה התביעה מאסר לא היה שינוי ניכר בהיענות (96%)

בחינת ההשפעה של ההנחיות לענישה בחלק ממדינות ארצות הברית מלמדת כי החששות להעברת כוח לתביעה ולכישלון הניסיון לצמצם את חוסר האחידות מבוססים. כך הראה מחקר שבחן את השפעת ההנחיות לענישה באוהיו, כי אימוץ ההנחיות הביא לגידול מובהק בשיעור החלטות התביעה על הפחתה באישומים משלב המעצר לשלב המשפט.¹¹³ מלבד זאת השפעת הסדרי הטיעון לאחר קביעת ההנחיות גדלה.¹¹⁴ מחקר זה רלוונטי במיוחד לישראל, שכן ההנחיות באוהיו מאפשרות לשופט חופש פעולה רחב מזה שמאפשרים עונשי המוצא בישראל. השופט באוהיו אינו צריך למשל לנמק את סטייתו מההנחיות, והסטייה אינה כפופה לערעור.¹¹⁵

באופן טבעי, ככל שההנחיות מגבילות יותר את השופט, כך החשש מהעברת הכוח לתביעה גדול יותר. ואכן, מחקרים רבים שנעשו בבתי המשפט הפדרליים והמדינתיים הראו כיצד לתביעה שליטה גדולה על העונש לאחר ההנחיות באמצעות השליטה באישומים.¹¹⁶ מאחר שבמקרים רבים התביעה לא הייתה מעוניינת בענישה כה מחמירה כפי שנקבעה בהנחיות, היא למעשה "עקפה" את ההנחיות בעריכת הסדרי טיעון שבמסגרתם שינתה את עובדות כתב האישום והתאימה את סעיפי האישום באופן שיביא לענישה מקלה יותר.¹¹⁷ בכך יכלה התביעה לקבוע עונש קל מזה שהיה נפסק על ידי בית המשפט.¹¹⁸

-
- מבקשות התביעה לעונש שאינו כולל מאסר בפועל נענו, ורק ב-7 מקרים מתוך 177 הוטל מאסר בפועל אף על פי שלא הייתה בקשה מפורשת לכך מצד התביעה).
- John Wooldredge & Timothy Griffin, *Displaced Discretion under Ohio Sentencing Guidelines*, 34 J. CRIM. JUST. 301 (2005) 113
(שיעור הפחתות האישומים גדל מ-54% לפני ההנחיות ל-58% אחריהן).
- John Wooldredge, Timothy Griffin & Fritz Rauschenberg, *(Un)anticipated Effects of Sentencing Reform on the Disparate Treatment of Defendants*, 39 L. & SOC. REV. 835, 850 (2005) 114
(לאחר שנקבעו ההנחיות הסדרי טיעון השפיעו יותר על סוג העונש שהוטל).
- Neal B. Kouder & Bryan J. Ostrom, *State Sentencing Guidelines: Profiles and Continuum* 115
20 (2008), available at www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/sentencing_and_corrections/NCSC%20Sentencing%20Guidelines%20profiles%20July%202008.pdf.
- Rodney L. Engen, *Assessing Determinate and Presumptive Sentencing – Making Research Relevant*, 8 CRIM. & PUB. POL. 323 (2009) 116
(המסכם מחקרים אלו באמרו כי מחקרים שנעשו אחרי קביעת ההנחיות במדינות השונות ובשיטה הפדרלית מאששים את סבירותה של הטענה כי הכוח עבר לתביעה).
- 117 הדוגמה המובהקת ביותר לשימוש כזה בשיקול הדעת של התביעה הוא כאשר החוק קובע עונשי חובה, כמו למשל חקיקה הקובעת עונשי חובה לעבריינים חוזרים. מחקר בקליפורניה הראה אמפירית כיצד חקיקה שקבעה עונשי מאסר חובה על נאשמים בעברת פשע שלישיית

(ב) השפעת הוודאות על שיקול הדעת התביעתי בענישה

לא רק ההחמרה בענישה מגדילה את כוחה של התביעה. גם אם עונשי המוצא לא יובילו להחמרה בעונשים השיפוטיים, חקיקת עונשי המוצא מביאה עמה רכיב חדש להליך השיפוטי – קשיחות רבה יותר בקביעת העונשים המוטלים בתום הליך שיפוטי. כך יגדל כוחה של התביעה, אם העונש הצפוי אחרי משפט יהיה ברור יותר ונתון פחות לשיקול דעתו של השופט.

בעולם שבו העונשים השיפוטיים קבועים מראש ולפיכך ניתנים להערכה בקלות רבה יותר, לתביעה יהיה קל לשלוט בענישה מכמה סיבות: ראשית, ככל ששיקול דעתם של השופטים מוגבל יותר, פערי ההערכות בין הצדדים מצטמצמים.¹¹⁹ כשפערי ההערכות קטנים, קל יותר לתביעה להבטיח כי נאשמים רבים יותר יסכימו גם להסדרים שבהם ההקלה המוצעת בעונש קטנה יחסית. בדרך זו תוכל התביעה להציע עונשים הקרובים יותר לעונש הצפוי בתום המשפט בלי לחשוש שנאשמים רבים יסרבו להצעה.

מדוע השונות הקיימת בעונשים כיום והקושי לצפות אותם בדיוק מפחיתים מכוחה של התביעה? ראשית, כאשר קשה יותר לחזות את העונש, גם הערכות הנאשמים בדבר העונש הממוצע תהיינה שונות זו מזו במידה רבה. לכן גם אם העונש הממוצע המוטל בגין עברה מסוימת בנסיבות מסוימות הוא של שלוש שנות מאסר, הרי שנוכח פערי המידע והשונות בענישה יהיו נאשמים שיאמינו שעונשם יהיה רק שנה וחצי מאסר, ואילו אחרים יחששו מעונש של ארבע שנים וחצי. מאחר שהתביעה רוצה בעריכת הסדרי טיעון עם מרבית הנאשמים, היא תציע הסדרים שיתקבלו גם על ידי הנאשמים האופטימיים, המאמינים

בכמה מדינות בארצות הברית, הובילה את התובעים להפחית את האישומים של רבים מהנאשמים הצפויים לעונשים אלו לעברות עוון שאינן כפופות לעונש החובה האמור. David Bjerk, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 J.L. & ECON. 591 (2005).

118 ראו למשל Stephanos Bibas, *The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial Power to Plea Bargain*, 94 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 295 (2004) (מתאר כיצד תיקון חוק שמשמעותו החמרת העונשים ששופטים נדרשים להטילם על פי ההנחיות מרחיב את כוחה של התביעה בגזירת הדין).

119 ראו George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1, 16 (1984) (הטוענים שכאשר הפערים בהערכת תוצאות ההליך על ידי הצדדים גדולים, הסיכוי לפשרה קטן); Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution*, 27 J. ECON. LITERATURE 1067, 1076–1078 (1989) (המראים כיצד פערים בהערכת הצדדים את תוצאות ההליך פוגעים ביכולתם להגיע לפשרה).

שעונשם יהיה קל יחסית. אם לא תעשה כן, היא תיאלץ לנהל משפט מלא עם שיעור גדול מהנאשמים, דבר שהיא חייבת להימנע ממנו נוכח מגבלת המשאבים שלה. לפיכך היא תתאים את הסדרי הטיעון לנאשמים האופטימיים, והעונש שהיא תדרוש יהיה קרוב יותר לרף התחתון, וכך שיעור הנאשמים שידחו את הצעתה יהיה נמוך.

אולם אם ייקבע עונש מוצא של שלוש שנות מאסר לעברה בנסיבות הטיפוסיות, יצמצם עונש זה את השונות בהערכות. כעת מרבית הנאשמים ידעו כי העונש הצפוי להם לא יסטה בהרבה משלוש שנות מאסר. מטעם זה גם הנאשמים האופטימיים יסכימו לעונשים כבדים יותר, הקרובים יותר לעונש המוצא. לפיכך התביעה תוכל להציע עונשים כבדים יותר בלי שהדבר יפגע בשיעור ההיענות להצעותיה.

שנית, בתנאי אי-ודאות צפויים נאשמים לדרוש בהסדר עונשים הנמוכים בהרבה מהעונש הממוצע הצפוי בעניינם בשל אופטימיות-יתר (over-optimism) והטיה בשירות העצמי (self serving bias). אופטימיות-יתר עניינה בנטייתם של אנשים להעריך את הסיכוי לתוצאות טובות כגבוה מהצפוי, ולהפחית ממשקלם של סיכונים עתידיים. תופעה זו היא תוצאה של נקודת המבט של אנשים על ההליך שבו הם מעורבים.¹²⁰ אנשים נוטים להתעלם מסטטיסטיקות המתייחסות למקרים דומים, וחלף זאת מתמקדים בניסיון להעריך התרחשויות עתידיות בהליך. בהתמקדות זו הם נוטים להערכת-חסר של הסיכונים ולהערכת-יתר של הסיכויים שהדברים יתרחשו כפי שהם מעוניינים. לענייננו, יעריכו נאשמים כי מהלכיהם בהליך יצליחו וייתנו משקל-חסר לאפשרות שמהלכים נגדיים של התביעה שאותם הם מתקשים לצפות יביאו להחמרה. מטעם זה הם יעריכו את סיכוייהם לזיכוי, לפחות חלקי,¹²¹ או לעונש קל כטובים יותר מהממוצע.¹²² לפיכך הם יסרבו להסדרי טיעון שאינם משקפים הקלה גדולה יותר בעונש.

120 לסקירת ספרות בנושא אופטימיות-יתר והשלכתה על פשרות בהליכים משפטיים ראו: Russell B. Korobkin & Thomas S. Ulen, *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, 88 CAL. L. REV. 1051, 1092 (2000).

121 זיכוי מלא מכל העברות נדיר למדי במערכת המשפט הפלילית. ראו השנתון הסטטיסטי לישראל 2009, טבלה 11.4, www.cbs.gov.il/shnaton61/diag/11_04.pdf, 11.4, טבלה 11.4, 98.5% אחוז מהמשפטים מסתיימים בהרשעה).

122 ראו דניאל כהנמן ודן לובלו "בחירות זהירות ותחזיות נועזות: נקודת מבט קוגניטיבית על נטילת סיכונים" דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנת ואושר, מבחר מאמרים 104, 117–122 (מיה בן הלל עורכת, 2005) (אנשים מעריכים סיכויים על יסוד ניסיון לחזות את הצפוי בעניינם במקום באמצעות התבוננות סטטיסטית בתוצאות במקרים דומים, והערכה זו לוקה באופטימיות-יתר). ראו גם דניאל כהנמן ומרקו ריפי "היבטים בפסיכולוגיה של

תופעה קשורה היא "הטיה בשירות העצמי". אנשים נוטים לפרש את המציאות פירוש המתאים יותר למציאות שבה הם מעוניינים. בהערכת חומרת האירוע ייטו נאשמים לתת משקל-יתר לשיקולים לקולה ומשקל-חסר לשיקולים לחומרה ולהאמין שגם השופט יראה את הדברים באור דומה.¹²³ גם מטעם זה הנאשמים מעריכים שעונשם יהיה קל יחסית, ועקב כך התביעה נאלצת להציע להם עונשים קלים מאלו המשקפים נכונה את תוצאות המשפט, כדי להבטיח שרוב התיקים יסתיימו בהסדר טיעון.

אם ייקבעו עונשי מוצא, יהיה אפשר להביאם לידיעת הנאשם ובדרך זו לצמצם מאוד את ההשפעה של התופעות שפורטו לעיל. השונות בהערכת העונש של נאשמים בעברה דומה תהיה קטנה בהרבה על רקע עונשי המוצא. בידיעה שהשופט מונחה על ידי עונשי המוצא, השפעת ההטיות הפסיכולוגיות על הערכת התוצאה תקטן מאוד. כאשר הערכות הנאשמים מרוכזות יותר בעונש המוצא, ולכן גם מוטות פחות לקולה, התביעה יכולה להציע עונשים כבדים יותר ושיעור ההיענות להצעותיה לא ייפגע.

לכאורה הנאשמים רק ירוויחו מצמצום השפעת ההטיה הגורמת להם להערכת-חסר של העונש במשפט. מי שיודע להעריך טוב יותר את התוצאות של מעשיו מקבל בדרך כלל החלטות טובות יותר. אולם התייחסות כזו לתופעה מתעלמת מהשלכת הרוחב של הטעות. כיוון שחלק גדול מהנאשמים עשוי לסבור שהעונש הצפוי להם נמוך מהעונש האמתי, וכיוון שהתביעה חייבת להגיע להסדר עם הרוב המכריע של הנאשמים נוכח משאביה המוגבלים, הטעות המשותפת הזו של מרבית הנאשמים דווקא מגנה עליהם. בזכותה התביעה נאלצת להציע נאשמים כולם עונשים קלים יותר, כדי שהם יסכימו לערוך הסדרי טיעון. במילים אחרות, כשהנאשמים יודעים להעריך טוב יותר מה העונש הצפוי להם לאחר משפט, הם יסכימו לכל הצעה שבה עונש קל במעט מהעונש הצפוי. התוצאה היא שהתביעה יכולה להשתמש בכוחה המונופוליסטי ולקבוע עונשים הקרובים מאוד לעונש הצפוי בתום הליך. מנגד מגבלות המידע וההטיות שנסקרו לעיל מובילות את הנאשמים לדחות הצעות כאלו מתוך הערכה (מוטעית) שמוטב להם לפנות למשפט. אולי לכל נאשם בנפרד דחיית ההצעה להסדר היא טעות, אך מבחינת הנאשמים כקבוצה צמצום הנכונות להסדרים משפר את ההצעות שהם מקבלים ובכך מצמצם במעט את מעמדה המונופוליסטי של התביעה בהסדרים. מנגד עונשי המוצא, שיצמצמו את שיעורן של טעויות ההערכה של הנאשמים,

משקיעים", שם, בעמ' 281, 284–285 (אנשים נוטים להערכת-יתר של ההסתברות לתוצאות טובות ולהערכת-חסר של ההסתברות של תוצאות גרועות).

123 ראו George Loewenstein et al., *Self-serving Assessments of Fairness and Pretrial* 135 (1993) *Bargaining*, 22 J. LEGAL STUD. 165. ראו גם Gazal-Ayal & Riza, לעיל ה"ש 99, בעמ' 165.

יובילו אותם להסכים להסדרים שאחרת היו נדחים, וכך יאפשרו לתביעה להקשיח את עמדתה בהסדרי הטיעון.

התוצאה היא, כי עונשי המוצא יאפשרו לתביעה להגיע להסדרי טיעון מחמירים מאלו הנהוגים כיום כאשר כוחה של התביעה מוגבל יותר. מבחינה זו הם משפיעים על היקף שיקול הדעת של התביעה בדיוק כפי שמשפיעה ההחמרה שבה עסקנו בחלק הקודם. כפי שהראינו שם, התביעה לא תמיד מעוניינת בהחמרה זו. תובעת שמעוניינת לנצל את הכוח המיוחד שייתנו לה עונשי המוצא, תעשה זאת. תובעת שתסבור כי אפשר להסתפק בעונש הקל יותר, תוכל להסתפק גם בעונש זה. מתחם העונשים שתוכל התביעה להציע בדיעה שהצעו תיענינה יגדל, ואתו יגדל כוחה להשפיע על גזר הדין. שיקול הדעת להקל במקרה מסוים, שיקול דעת המצוי כיום בידי בית המשפט, יעבור במידה רבה לתביעה.

נדגים את הדברים באמצעות דוגמה מספרית פשוטה. נניח כי התביעה מעריכה על סמך ניסיונה מתיקים דומים כי העונש הצפוי בתיק מסוים, אם יתנהל משפט מלא, יהיה חמש שנות מאסר בקירוב. עם זאת העונש יכול להיות כבד הרבה יותר או קל הרבה יותר, מכיוון שהתביעה אינה יודעת כיצד יתפתחו הדיונים ואיזה משקל ייתן בית המשפט לנסיבות השונות. חוסר הוודאות הזה יוביל נאשמים לאופטימיות-יתר, וייתכן שהערכת העונש של נאשמים בתיק מסוג זה תהיה בממוצע ארבע (במקום חמש) שנות מאסר. מלבד זאת חוסר הוודאות יגרום לשונות גדולה בהערכות אלו. יהיו נאשמים שיאמינו שצפוי להם עונש של שש שנות מאסר, ואחרים יניחו שהעונש הצפוי הוא שנתיים. אם משאבי התביעה המוגבלים מחייבים אותה לערוך הסדרים עם כשמונים עד תשעים אחוז מהנאשמים, היא תיאלץ להתאים את העונשים המוצעים לרף התחתון של הנאשמים ולהציע עונש של שנתיים בקירוב.

מנגד אם ייקבע עונש מוצא של חמש שנות מאסר לעברה (המשקף את ממוצע רמת הענישה בדוגמה הקודמת), והנסיבות הטיפוסיות יהיו דומות לאלו שבמקרה זה, הנאשם ידע שאין צפויה סטייה רבה מעונש של חמש שנות מאסר וכך אופטימיות-היתר תשפיע הרבה פחות. בדומה, השונות בהערכות של נאשמים שונים העומדים בפני אישום דומה לא תהיה גדולה. הם ידעו כי העונש צפוי להיות בסביבות חמש שנים, עם סטיות מוגבלות הנובעות מנסיבות המקרה. סביר כי גם במקרה כזה תידרש התביעה להציע הקלה כדי להבטיח שרוב הנאשמים יסכימו להצעתה, אולם הקלה זו תהיה קטנה בהרבה מזו ההכרחית להגיע לאותה רמת הסכמה בשיטה שבה לשופטים שיקול דעת רחב. וכך למשל העונש שהתביעה תציע בנסיבות אלו עשוי להיות בסביבות ארבע שנות מאסר (במקום שנתיים לפני קביעת עונש המוצא).

התוצאה היא, כי מרחב האפשרויות של התביעה גדל. אם קודם לכן היא הייתה מוגבלת, בפועל, להסדרים על שנתיים מאסר, כעת היא יכולה להגיע גם להסדרים של ארבע שנות מאסר. תובעות הסבורות כי שנתיים מאסר מספיקות יציעו על פי זה הסדר (ובמידת הצורך

יתאימו את העובדות והאישומים כדי שיתקבל ההסדר). אלו שמעוניינות בעונש של ארבע שנות מאסר – יוכלו גם הן להשיג את מבוקשן, וכך גם אשר לתובעות שיבקשו להטיל כל עונש אחר עד ארבע שנות מאסר. למעשה, בדוגמה זו כבילת השופטים שקולה, מבחינת הכוח שהיא מעבירה לתביעה, להחמרה של שנתיים מאסר ברמת הענישה.

שליטת התביעה בעונש תגדל עוד מטעם אחד: כיום חלק גדול מהסדרי הטיעון שעורכת התביעה מתמקד בסעיפי האישום ולא בעונש.¹²⁴ גם חלק גדול מן ההסדרים הכוללים הסכמה כלשהי אינם הסדרים לעונש מוסכם אלא רק הסדרים שבהם נקבעים פרמטרים מוסכמים לעונש כמו הסכמה לעניין סוג העונש שיוטל (מאסר על תנאי, עבודות שירות וכיו"ב) או טווח ענישה מוסכם (למשל הסכמה של התביעה לבקש עונש מסוים ושל הנאשם לבקש עונש אחר). למעשה, התביעה מונחית להעדיף הסדרים מסוג זה מכיוון שהם מותירים לבית המשפט שיקול דעת אפקטיבי להשפיע על העונש.¹²⁵ לרוב הדבר גם איננו מנוגד לאינטרסים של התביעה. התביעה מעוניינת לחסוך את הליך בירור האשמה היקר והמסורבל, אולם היא נרתעת הרבה פחות מניהול שלב הטיעונים לעונש, המהיר והזול בהרבה. מטעם זה, למרות השתלטותם של הסדרי הטיעון על ההליכים הפליליים, הנאשמים עדיין זוכים להליך שיפוטי בעל משמעות בשלב הטיעונים לעונש.

אולם כאשר שיקול הדעת השיפוטי יושפע הרבה יותר מהאישומים ומהעובדות, התביעה – בעצם בחירת האישומים – תקבע במידה רבה גם את העונש. הסדר טיעון לאישומים משפיע על עונש המוצא שמוכתב לבית המשפט, ולכן משפיע על העונש יותר משלב הטיעונים לעונש. אם כיום מרבית הנאשמים זוכים להליך שיפוטי משמעותי, שבו נשמעים טיעונים (לעונש) ומתקבלת החלטה מנומקת הנתונה לערעור, עונשי המוצא יהפכו

124 ראו שכנר-ביתן ואבישר-אבלס, לעיל ה"ש 93, בנספח ב' (מראות כי בשנת 2002 בבית המשפט המחוזי בתל אביב 25% מההסדרים היו לאישומים בלבד, 18% היו הסדרים לעונש בלבד, והיתר הסדרים שכללו הן שינוי של האישומים והן הסכמה לעניין העונש). ראו גם גילי חן ותומר נגולה "הסדרי טיעון – סטטיסטיקה ומאפיינים, השוואה בין בית-המשפט המחוזי חיפה לבין בית-המשפט המחוזי נצרת" 17 (עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "מערכת המשפט הפלילית" בהנחיית אורן גזל-אייל, אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים 2007) (כ-40% מהסדרי הטיעון בבית המשפט המחוזי בחיפה וכ-45% מהסדרי הטיעון בבית המשפט המחוזי בנצרת הם הסדרים על האישומים בלבד. בין 11% (חיפה) ל-4% (נצרת) מההסדרים עוסקים בעונש בלבד).

125 ראו ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577, 612 (2002) (השופטת ביניש: "ככל האפשר, מועדפים הסדרי טיעון שבהם נקבע בין הצדדים טווח ענישה הנע בין עונש מזערי מוסכם לעונש מרבי מוסכם. טכניקה זו של הסדרי טיעון מותירה בצד ההסכמה בין הצדדים יתר מרחב לשיקול-הדעת השיפוטי").

גם את ההליך הזה לחשוב פחות ואת שלב בחירת האישומים למשמעותי הרבה יותר בהשפעתו על העונש.¹²⁶ אם היום יש לתביעה אינטרס להותיר חלק מהמחלוקת (והאחריות) להחלטות בהליך בידי בית המשפט, לאחר שייקבעו עונשי המוצא, כל ההחלטות המשמעותיות יוסדרו בהסדר.

כמו כן גם בקביעת עקרון ההלימה כעיקרון המנחה ההצעה מקטינה את חשיבות שלב הטיעונים לעונש ומחזקת את האישומים ואת ניסוח כתב האישום. וכך כיישום של עקרון ההלימה מבחינה הצעת החוק בין נסיבות הקשורות בעברה לאלו שאינן קשורות בה. בקביעת העונש ההולם השופט מונחה להתייחס רק לעונש המוצא שנקבע לאישום שנבחר ולנסיבות הקשורות בעברה. נסיבות שאינן קשורות בעברה יכולות לבסס רק סטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם.¹²⁷ ההכרעה בדבר האישומים והנסיבות הקשורות בעברה נעשית בדרך כלל בשלב בירור האשמה,¹²⁸ שלב אשר כאמור לעיל מוחלף כיום במרבית המקרים בהודאת נאשם במסגרת הסדר או בלעדיו. מנגד, השפעתו של השלב שבו מתקיים הליך שיפוטי בעל ערך – שלב הטיעונים לעונש – מצטמצמת. הטיעונים לעונש עשויים להוביל רק לסטיות שאינן ניכרות מהעונש ההולם. גם מטעם זה השפעת התביעה על העונש גדלה, והשפעת בית המשפט קטנה.¹²⁹

מצאיי המחקר שבוצע לבקשת משרד המשפטים בהליך הכנת החוק מלמדים עד כמה גדולה שליטת התביעה באישומים.¹³⁰ עולה מהמחקר למשל, כי מרבית הנאשמים

126 השו"ג, Stephanos Bibas, *Apprendi and the Dynamics of Guilty Pleas*, 54 STAN. L. REV. (2001) 311 (המראה כיצד מהלך המחייב הוכחת נסיבות לעונש במקרים רבים בפני מושבעים (לרוב בשלב בירור האשמה) במקום בהליך גזירת הדין בפני שופט, פגע בנאשמים שאמנם מודים בשלב בירור האשמה אך יכלו עד כה לקבל הליך שיפוטי אמתי בשלב גזירת הדין).

127 ראו סעיף 340 ג (ג) לחוק המתוקן על פי ההצעה.

128 ברע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' נואורה (פורסם בנבו, 25.11.2007) קבע השופט רובינשטיין בדעת מיעוט כי חובה להוכיח נסיבות הקשורות לביצוע העברה כבר בשלב בירור האשמה. השופטת ארבל, שכתבה בשם הרוב, קבעה כי "אין לשלול מן התביעה באופן גורף את האפשרות להביא ראיות המתייחסות לנסיבות מחמירות שאפפו את ביצוע העבירה – ושאין קבועות בחוק – בשלב הטיעונים לעונש" אולם גם היא ציינה כי ככלל "ראוי שתמונת הראיות תתברר בעיקרה בשלב שלפני הכרעת הדין". לפיכך נראה כי ברוב המקרים של המקרים התביעה תבחר, לפי הנחיית בית המשפט העליון, להוכיח את נסיבות ביצוע העברה בשלב בירור האשמה. כיוון שעל פי החוק המוצע ייקבע העונש בעיקר על יסוד נסיבות אלו, אשר יוכחו בשלב בירור האשמה (או בהסדר הטיעון), חשיבותו של שלב גזירת העונש תקטן.

129 ראו דיון בסוגיה זו בהקשר האמריקני: Jeffrey Standen, *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines*, 81 CAL. L. REV. 1471, 1502–1517 (1993).

130 ראו גול-אייל וקנאי, לעיל ה"ש 13.

שהורשעו בשוד, עברה לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין, הודו בעובדות המגבשות עברה של שוד בנסיבות מחמירות לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין (דהיינו שוד שכלל אלימות או שימוש בנשק או פעולה בחבורה). התביעה היא שהחליטה להסתפק בהרשעה בשוד רגיל באותם מקרים ולדרוש הרשעה בשוד בנסיבות מחמירות במקרים אחרים. כיום להחלטה זו השפעה מוגבלת, שכן בתי המשפט יכולים להתאים את העונש לעובדות שבהן הודה הנאשם. אמנם גם כיום הבחירה בעברה הקלה יותר מגבילה את העונש המרבי שבית המשפט רשאי להטיל, אולם כפי שהראינו לעיל,¹³¹ העונש המרבי אינו מהווה הגבלה פרקטית, וברוב המקרים העונש המוטל נמוך אפילו ממחצית העונש המרבי. מנגד לאחר שייקבעו עונשי מוצא שונים לשתי העברות, להחלטה של התביעה תהיה השפעה גדולה בהרבה על רמת הענישה. בית המשפט יתחיל את הליך גזירת הדין מעונש שונה וייעזר בעוגן ענישתי שונה, ולכן צפוי להגיע לתוצאה סופית שונה. יצוין כי ממצאי המחקר בעניין עברות השוד ממעיטים בהיקף התופעה, שכן הם אינם כוללים מקרים שבהם המירה התביעה את האישומים לעברות אחרות שכוללות חלק מיסודות עברת השוד בנסיבות מחמירות (כגון סחיטה בכוח, סחיטה באיומים, גנבה וכיו"ב), או שינתה את העובדות בכתב האישום באופן שהנאשם לא הודה כלל בנסיבות המגבשות את העברה החמורה יותר אף שלתביעה היו ראיות לקיומן.

(ג) ההשלכות של הגברת כוחה של התביעה

להגברת כוחה של התביעה כמה השלכות שליליות: ראשית, נוכח הגברת כוחה של התביעה ייכשלו עונשי המוצא בהשגת המטרה המרכזית שלשמה הוצעו: צמצום השרירותיות וחוסר האחידות בענישה. גם אם יהיה בהם כדי להגדיל את האחידות בהחלטות השיפוטיות, תפעל ההרחבה בכוחה של התביעה בכיוון ההפוך, כפי שהוצג לעיל. הנתונים על השפעת ההנחיה שקבע בית המשפט העליון באשר לענישה למסייעים לשוהים בלתי חוקיים מראים כיצד במקרים מסוימים עונשי מוצא כאלו יכולים להגדיל את חוסר האחידות.¹³² כפי שהראינו לעיל, דווקא אחרי שבית המשפט העליון קבע הנחיות לענישה

131 ראו ה"ש 62 לעיל. למעשה, כפי שעולה מהאמור באותה הערה, העונש הכבד ביותר שהוטל בגין שוד בנסיבות מחמירות מבין התיקים במדגם (עשר שנות מאסר) היה עדיין נמוך מהעונש המרבי שניתן להטיל בגין שוד בלא נסיבות מחמירות (ארבע-עשרה שנות מאסר). העונש הממוצע בגין שוד בנסיבות מחמירות עומד על שלוש שנות מאסר. בסיטואציה זו ברי כי העונש המרבי אינו מטיל מגבלה אפקטיבית על גזרי הדין של בית המשפט.

132 ככל שקיימת בעיה של חוסר אחידות בענישה ואין בסיס מחקרי טוב אשר יציג מהי חומרת הבעיה, הבעיה היא השונות הבלתי מוצדקת בענישה, ולא השונות באשר היא. ענישה שוויונית

גדלה השונות בסוג העונש שהוטל.¹³³ גם הניסיון מהמחקרים האמריקאיים, ובייחוד המחקר שהסתמך על ההנחיות באוהיו, הדומות לעונשי המוצא המוצעים כאן, מוביל למסקנה דומה.¹³⁴

יתרה מזאת, אופיו של ההליך התביעתי המתנהל ללא ביקורת שיפוטית עלול להגדיל את השונות בהחלטות התביעיות על חשבון האחידות שתאפיין את ההחלטות השיפוטיות. אם בית המשפט מעוניין להטיל על נאשם אחד עונש כבד יותר משהטיל על נאשם אחר, עליו לנמק את ההבדל, והנמקתו תעמוד לערעור. לעומת זאת אם תציע התביעה הסדר שונה לכל אחד משני נאשמים דומים, כמעט שאין כל דרך לבקר את החלטתה.¹³⁵ בהיעדר חובה לנמק ובהיעדר זכות לערער, הסיכוי לחוסר אחידות ולשרירותיות בהחלטות התביעה גדול בהרבה מהסיכוי לחוסר אחידות בהחלטות שיפוטיות.

שנית, העברת שיקול הדעת מבית המשפט לתביעה פוגעת בזכות הנאשם להליך הוגן. הליך קבלת ההחלטות בתביעה נערך בדלתיים סגורות. השיקולים המובאים בחשבון בעת עריכת הסדרי טיעון, המטרות בקבלת החלטה כזו או אחרת וההחלטות עצמן אינם נתונים לביקורת שיפוטית או ציבורית. במילים אחרות, שלא כמו ההליך השיפוטי, החלטות התביעה מתקבלות בלא שלנאשם זכות לטעון את טענותיו או להציג את גרסתו, בלא הנמקה שאפשר לבחנה ובלא זכות ערעור. חוסרים אלו פוגעים גם בתחושת הנאשם כי ההליך שנערך לו היה הוגן. מחקרים רבים מראים כי מידת השתתפותו של הנאשם בהליך ומידת

מחייבת עונשים דומים למקרים דומים אך עונשים שונים למקרים שונים – כתלות בשונות הרלוונטית ביניהם. ניתן כמובן לטעון כי דווקא השונות הגדולה בעונשים שהתגלתה לאחר פסק הדין בעניין ח'טיב, לעיל ה"ש 105, משקפת גישה ענישתית צודקת יותר, וכי יש שוני בין הנאשמים. אולם מכיוון שהרוב המכריע של הנאשמים חסר עבר פלילי, והשוני במאפייני העברה אינו גדול, טענה זו אינה סבירה. מלבד זאת בדיקה ראשונית של מאפייני העברות לא מצאה כי קיים מתאם משמעותי בין סוג העברה (אם הלנה, העסקה או הסעה, אם בתמורה או שלא בתמורה וכיו"ב) לבין הסיכוי להיאסר.

133 ראו ה"ש 112 לעיל והטקסט הנלווה לה.

134 ראו טקסט נלווה לה"ש 113, לעיל.

135 תאורטית, החלטות התביעה, כמו ההחלטות של כל רשות שלטונית, כפופות לביקורת בג"ץ, אולם כאשר לנאשם עומדת האופציה לבחור במשפט, קשה מאוד לטעון כי ההחלטה להציע הסדר כזה ולא אחר היא כה בלתי סבירה עד כי התערבות בג"ץ מוצדקת. זאת בייחוד נוכח הפסיקה העקיבה שלפיה התערבות בג"ץ בהחלטות התביעה תהיה נדירה. ראו למשל בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990) וכן בג"ץ 3425/94 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 1 (1996). ואכן, לעומת היותה של התערבות ערכאת ערעור בעונש עניין של יום-יום, עד כה מעולם לא התערב בג"ץ בהחלטות התביעה בהסדרי טיעון. ראו בג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א (פורסם בנבו, 25.12.1996).

הניטרליות של מקבל ההחלטות הן מהגורמים המרכזיים המשפיעים על נכונותו של הנאשם לקבל את ההליך כהוגן.¹³⁶ העברת הסמכות לתביעה תפגע בנכונות זו. שלישית, השליטה המלאה של התביעה עלולה להרתיע נאשמים חפים מלכפור באישומים. רבים טוענים, גם כיום, כי נאשמים מודים לא אחת במסגרת הסדרי טיעון המציעים להם הקלה משמעותית.¹³⁷ זאת מכיוון שבהתחשב בסיכוי להרשעה מוטעית במשפט מעדיפים אותם נאשמים להיענות להצעה שתבטיח להם ענישה מקלה. אמנם ייתכן שחשש זה מופרז מעט, שכן נאשמים חפים יירתעו יותר מלערוך הסדר טיעון אף כשהסיכון להרשעה מוטעית גבוה יחסית וההצעה שלהם זוכים אכן מקלה בהתחשב בסיכון זה.¹³⁸ אולם כאשר העונש הצפוי במשפט חמור בהרבה מזה המוצע בהסדר, הסיכוי שהנאשמים החפים, אף כאלו שיוכלו אולי במשפט לעורר ספק באשמתם, יסכימו להסדר – גדל.¹³⁹ כאשר בית המשפט חייב להטיל עונשים כבדים, תובעות תוכלנה בקלות רבה יותר להציע עונשים המשקפים לדעתן את רמת הענישה הרצויה אך לאיים בעונש כבד בהרבה (שיוטל במשפט) על נאשמים המסרבים להצעות.¹⁴⁰ כשהפערים בין העונש שבהסדר לעונש שבמשפט כה גדולים, החשש שחפים יסכימו להצעות גדול.¹⁴¹

רביעית, התלות בתביעה פוגעת ביכולתו של הסגור לספק לנאשם את ההגנה הנדרשת באותה נחישות. סנגורים היודעים כי בעלת הסמכות האמתית היא התובעת יתמקדו בניסיון לרצות אותה גם על חשבון הניסיון להיאבק עמה בבית המשפט. בבתי המשפט הפדרליים

136 לסקירת הספרות בנושא ראו Tom R. Tyler, *Social Justice: Outcome and Procedure*, 35 INT'L J. PSYCHO. 117 (2000).

137 לסקירת הספרות בנושא ראו אורן גזל "הסדרי טיעון ובעיית החף" משפטים לה 1, 35–27 (2006).

138 ראו גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 93.

139 ראו: Stephen J. Schulhofer & Ilene H. Nagel, *Negotiated Pleas under the Federal Sentencing Guidelines: The First Fifteen Months*, 27 AM. CRIM. L. REV. 231, 274 (1989).

140 השוו Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978), שם הציע תובע לנאשם שזייף שיק על סך 88 דולר עונש של חמש שנות מאסר ואיים כי אם הנאשם יסרב לעונש זה, הוא יציין בכתב האישום את היות העברה עברה שלישית, דבר שיחייב הטלת מאסר עולם לפי חוקי קנטקי באותה עת. הנאשם סירב, נדון למאסר עולם, ובית המשפט העליון האמריקאי אישר את הפרקטיקה התביעתית להציע הסדרים בצל העונש הכבד הצפוי לאחר משפט. לניתוח פסק הדין והשלכתו על התפשטות הסדרי הטיעון בארצות הברית ראו William J. Stuntz, *Bordenkircher v. Hayes, Plea Bargaining, and the Decline of the Rule of Law*, in CRIMINAL PROCEDURE: CASE STORIES 351 (Carol Steiker ed., 2006).

141 ראו גזל, לעיל ה"ש 137.

למשל יכולתו של הסנגור "להתמקח" על העונש במסגרת משא ומתן על הסדרי טיעון צומצמה והתביעה חולשת כמעט באופן בלעדי על בחירת האישומים ו/או על העונש המוצע. יש אף המגדילים וטוענים כי אופי תפקידו של הסנגור השתנה, שכן ניהול הגנה "תובענית" (zealous defense) בצל ההנחיות הפדרליות משמעה החמרה בענישה, וכך נאלצים הסנגורים לנקוט אופי שונה של הגנה על הנאשם.¹⁴² אין פירוש הדבר כי עצמת השינוי אצלנו תהיה דומה. ההנחיות הפדרליות לענישה מפורטות הרבה יותר מעונשי המוצא המתוכננים אצלנו, ולכן הן מגבילות את שיקול דעתו של בית המשפט במידה רבה יותר. אולם גם העברה מתונה יותר של כוחות לתביעה צפויה להביא לשינוי בתפקיד הסנגור אף אם שינוי זה יהיה מתון ממקבילו האמריקאי.

מהאמור לעיל עולה כי ספק רב אם המטרה שלשמה נקבעים עונשי המוצא – קידום האחידות בענישה – אכן תושג. מנגד קביעתם עלולה לקדם כמה תופעות לוואי שבבסיסן שינוי ניכר במערך הכוחות בין שחקני ההליך הפלילי תוך חיזוק מעמדה של התביעה והחלשה ניכרת של כוחם של השופט והסנגור. שינויים אלו יצמצמו עוד יותר את מקומו של ההליך המשפטי, המוסדר והפומבי, ובד בבד יחזקו את מעמדו של ההליך המנהלי במנגנון קביעת העונש.

ה. מחשבות לעתיד

אין כיום תשובה מחקרית מקיפה לשאלה עד כמה הפערים הבלתי מוצדקים ברמות הענישה בישראל גדולים. בניגוד לחלק מהמדינות שבהן נקבעו הנחיות לענישה, הזכות לערער על גזר הדין בישראל מצמצמת חששות לפערים בענישה.¹⁴³ בישראל שני הצדדים

142 Margareth Etienne, *The Declining Utility of the Right To Counsel in Federal Criminal Courts: An Empirical Study on the Diminished Role of Defence Attorney Advocacy under the Sentencing Guidelines*, 92 CAL. L. REV. 425 (2004) (המתאר את השינוי באופי תפקיד ההגנה ומהותו תחת ההנחיות בארצות הברית).

143 כך בארצות הברית הביקורת של ערכאת הערעור על גזירת הדין מוגבלת ביותר. ראו למשל ARTHUR W. CAMPBELL, *LAW OF SENTENCING* §14:4 (3rd ed. 2004) (בארצות הברית העיקרון המנחה בסוגיה הוא כי חוץ מבמקרים של הפרת זכות חוקתית או חוקית או של ניצול לרעה של שיקול הדעת (abuse of discretion) גזר הדין אינו נתון לביקורת של ערכאת הערעור). למעשה גם כאשר ערעור על גזר הדין מתקבל בשל טעות כלשהי, המשמעות הפרקטית של קבלת הערעור בארצות הברית היא כמעט תמיד החזרת התיק לערכאה הדיונית לתיקון הטעות, והתוצאה היא שגזר הדין המקורי מאושר על ידי השופט תוך תיקון הטעות. ראו שם. בארצות הברית אין זכות חוקתית לערעור על גזר הדין, ומדינות רבות מטילות עוד

רשאים להעמיד את גזר הדין לבחינה של ערכאת הערעור אם הוא אינו תואם את מדיניות הענישה הכללית, וסוגיות נפוצות בנושא מדיניות הענישה מובאות לא אחת בפני הכרעה עקרונית של בית המשפט העליון.¹⁴⁴ לא ברור כלל אם בנסיבות אלו יוכלו עונשי המוצא לסייע משמעותית בצמצום הפערים הבלתי רצויים בהחלטות השיפוטיות, בייחוד נוכח היעדר הנחיות קונקרטיות באשר למשקל שיש לתת לשיקולים השונים בגזירת הדין. אולם כפי שהראינו לעיל, גם אם ההצעה תקדם את האחידות בהחלטות השיפוטיות, היא תגדיל את השפעתה של השוונות בהחלטות של התביעה ללא סיבה להניח שהאחידות הכוללת תגדל. כל זאת במחיר העברת כוחות מבית המשפט לתביעה וחשש מפני גידול משמעותי בהיקף השימוש במאסרים ובמשכם.

נוסף על צמצום הפערים הבלתי מוצדקים בענישה, סברה ועדת גולדברג שהצעת החוק נדרשת גם כדי לספק הנחיה לבתי המשפט בהחלטות על ענישה. אמנם אפשר לטעון כי לצורך כך די בחלקו הראשון של החוק המוצע, הקובע את השיקולים בענישה ואת היחס ביניהם, אולם יהיו שיסברו שהנחיה זו אינה מספקת, וראוי להשלימה בקביעת עונשי מוצא שיאפשרו קבלת החלטות עקרוניות בדבר מדרג העברות וחומרתן בצורה ריכוזית. בחלק זה נציע כמה הצעות שתאפשרנה לקבוע עונשי מוצא תוך צמצום החששות שעונשים אלו יובילו להחמרת יתר, ובדרך זו גם צמצום העברת הכוח מבית המשפט לתביעה. שלוש ההצעות המרכזיות שנסקור כאן הן ניתוק ועדת המומחים לקביעת עונשי מוצא ממעורבות פוליטית, התחשבות בשיעורי הכליאה ובתקניה והחזרת סעיף המפנה למאסר כחלופה אחרונה.

נתחיל ראשית ב"פנייה" של הוועדה לקביעת עונשי מוצא. כפי שצוין בפרק ג, הצעת החוק קובעת כי ועדת המומחים לקביעת עונשי מוצא תמונה על ידי שר המשפטים. הליך מינוי זה לא יפוקח או יבוקר על ידי גורם אפוליטי, ולמעשה הגורם היחיד והבלעדי אשר יהיה אחראי לאיוש ועדת המומחים יהיה שר המשפטים. בנקודה זו סטתה הצעת החוק הממשלתית מהמלצות ועדת גולדברג, שחששה ממעורבות פוליטית רבה מדי בהרכב הוועדה, ולכן הציעה כי חברי הוועדה לקביעת עונשי מוצא ימונו על ידי שר המשפטים

מגבלות על זכות הערעור, כגון הגבלת הזכות לערעור רק למקרים שבהם עונשי המאסר כבדים או רק לעונשים שהוטלו בהחלטת שופט (ולא מושבעים) או רק בעברות פשע וכיו"ב (שם, §14:5).

144 ראו לדוגמה עניין פראגין, לעיל ה"ש 57 (הכרעה בדבר "רמת הענישה בעבירות שהיה בלתי חוקית בישראל של תושבי הרשות הפלסטינאית" לנוכח פערי הענישה בין ערכאות שונות); פרשות ח'טיב, לעיל ה"ש 105 ואבו-סאלם, לעיל ה"ש 107, מדיניות הענישה בעברות של הלנה, העסקה או הסעה של שוהים שלא כדין).

באישור נשיא בית המשפט העליון. כאמור, בהצעה הממשלתית הוסר הצורך באישורו של נשיא בית המשפט העליון. מלבד זאת החלטות הוועדה תהיינה טעונות אישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁴⁵ גם בנקודה זו ההצעה מעניקה מעמד מרכזי לגורמים פוליטיים בקביעת מדיניות ענישה, בניגוד למקובל במרבית השיטות שאימצו הנחיות לענישה.

כפי שהראינו לעיל, החשש מפני החמרה בענישה נובע בין היתר מפוליטיזציה של מדיניות הענישה. העלייה המתמדת בבולטות התקשורתית והציבורית של בעיית הפשיעה וההתייחסות הפשטנית לענישה כתרופה למיגור התופעה יוצרות לחץ פוליטי להחמרה בעונשים. אמנם גם כיום לרשות המחוקקת השפעה על רמת הענישה באמצעות חקיקת העונשים המרביים (ולעתים רחוקות גם באמצעות חקיקת עונשי מינימום בעברות מסוימות). עם זאת השפעה זו מוגבלת שכן שרביט הענישה נמצא בידי בית המשפט. וכך לעומת המצב היום שבו קל יותר להרחיק את האחריות לרמת הענישה לבתי המשפט ובדרך זו להדוף את הלחץ הציבורי להחמיר בענישה, בקביעת עונשי מוצא ההשפעה של קובעי המדיניות על רמת הענישה תהא ישירה ומשמעותית בהרבה.

מטעם זה, ראוי להציב את הוועדה לקביעת עונשי מוצא ברשות השופטת או לחלופין לצמצם את ההשפעה הישירה הן של הרשות המבצעת והן של הרשות המחוקקת על החלטותיה. ועדה עצמאית, הנתונה פחות להשפעות של רחשי לב רגעיים של הציבור או לתגובות מתלהמות בעקבות אירוע זה או אחר, תושפע מעט פחות מהלחצים הפוליטיים להחמרה בענישה. מטרה זו אפשר להשיג באמצעות הגדלת מעמדה של הרשות השופטת במינוי חברי הוועדה וביטול הדרישה לאישור עונשי המוצא בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁴⁶ כאמור לעיל, המגמה הנשקפת מהליך החקיקה הנוכחי היא הפוכה.¹⁴⁷ שנית, בחוק המוצע בולט היעדרן של הוראות בדבר הצורך שלא להגדיל את שיעורי הכליאה. הוראות מסוג זה, אשר נחקקו במדינות רבות בארצות הברית, היו גורם מרכזי בריסון העלייה במספר הכלואים במדינות שבהן הן נקבעו.¹⁴⁸ לנוכח ההחמרה בענישה ולנוכח גידול אוכלוסיית האסירים משנות ה־1980 ואילך בארצות הברית, משאבי כליאה

145 בנקודה זו ההצעה הממשלתית אימצה את עמדת ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5; כן ראו החוק המתוקן על פי ההצעה, בסעיף 40ט(ג).

146 החוק המתוקן על פי ההצעה, בסעיף 40ח.

147 ראו לעיל טקסט נלווה לה"ש 15 וטקסט נלווה לה"ש 47.

148 ראו Nicholson-Crotty, לעיל ה"ש 70, בעמ' 401. ראו גם Thomas B. Marvell & Carlisle E. Moody, *Determinate Sentencing and Abolishing Parole: The Long-Term Effects on Prison and Crime*, 34 CRIMINOLOGY 107, 118–121 (1996).

ועלויותיה החלו להיות רכיבים חשובים בעיצוב ההנחיות לענישה. למעשה, משנת 1983 ואילך כל מדינה בארצות הברית שאימצה הנחיות לענישה, כללה בהן באופן כזה או אחר מנגנון הבוחן את עלויות הכליאה או מתחשב בהן.¹⁴⁹ הדוגמה המובהקת היא מינסוטה, אשר הייתה המדינה הראשונה שהביאה בחשבון שיקולים אלו בהנחיותיה. אחת מהמטרות המוצהרות של ההנחיות לענישה במינסוטה היא שילוב של רמת ענישה עם משאבים כספיים. וכך החוק במינסוטה קובע כי בעיצוב ההנחיות לענישה תשקול הנציבות את משאבי הכליאה ובכלל זה (אך לא רק) את הקיבולת של בתי הסוהר ואת מדיניות הענישה והשחרור הנוהגת.¹⁵⁰ יתרה מזאת, בעיצוב ההנחיות לענישה שמה לה הנציבות במינסוטה למטרה לא לעלות מעבר ל-95% מתפוסת הכליאה בעקבות הענישה.¹⁵¹ דוגמה אחרת היא מישיגן, שבה קיימת ועדה המפקחת על התפוסה בבתי הסוהר והמחויבת לדווח למושל על חריגה ממכסת הקליטה של בתי הסוהר. כשמידע כזה מתקבל, על המושל להורות לוועדת השחרורים להקדים שחרורם של אסירים.¹⁵² גם החוק בווישינגטון כולל בהגדרת מטרות הענישה את השימוש המושכל והזהיר במשאבי הממשלה.¹⁵³ מנגנונים מסוג זה, המחייבים את הנציבויות לשקול שיקולים הקשורים לתקני כליאה ולעלויותיה, הוכחו כמנגנוני ריסון בהחמרה בענישה, שכן במידה רבה הם מגבילים את הלחץ הפוליטי להחמרה מתמדת בענישה. במינסוטה למשל הגידול באוכלוסיית בתי הכלא היה מהקטנים ביחס למדינות אחרות בארצות הברית,¹⁵⁴ נתון המיוחס בעיקר להתחשבות במשאבי כליאה ותפוסתה ולשקלולם בעיצוב הנחיות הענישה.¹⁵⁵

- Richard S. Frase, *State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues*, 105 COLUM. L. REV. 1190, 1205 (2005) 149
- הנוסח המלא של הפסקה האמורה בסעיף 244.09 לחוק במינסוטה קובע כך (Minn. STAT.) 150
- "In establishing and modifying the Sentencing ((2007) Sec. 244.09, subd. 5 Guidelines, the primary consideration of the commission shall be public safety. The commission shall also consider current sentencing and release practices; correctional resources, including but not limited to the capacities of local and state correctional facilities; and the long-term negative impact of the crime on the community"
- Richard Frase, *Prison Population Growing under Minnesota Guidelines, in SENTENCING REFORM IN OVERCROWDING TIMES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 40 (Michael H. Tonry & Kathleen Hatlestad eds., 1996) 151
- שוהם ואח' עבירות ועונשים, לעיל ה"ש 80 בעמ' 237. 152
- RCW 9.94A.010 (1981) 153
- Frase, לעיל ה"ש 151, בעמ' 40-41. 154
- החוק במינסוטה הורה להתחשב בעלויות הכליאה בבתי הכלא המדינתיים (prison) שם מרצים את עונשם בעיקר אסירים הנדונים לתקופות של למעלה משנה. החוק לא התייחס למתקני 155

שיקולים הקשורים במשאבי כליאה ועלויותיה אינם שיקולים טכניים כפי שהם נחזים להיות. כפי שבתחום החינוך, הרווחה והבריאות וגם בתחומים אחרים כל החלטה פוליטית על הרחבת השירותים מתחשבת בעלויותיה, כך יש לנהוג גם כאשר מקודמת חקיקה שיכולה להוביל להחמרה בענישה ולהגדלת האוכלוסייה שמערכת המשפט תשלח לכלא. במילים אחרות, במתכונתה הנוכחית של ההצעה עלויות הכליאה הגבוהות והצורך במשאבי כליאה אינם מובאים בחשבון בעת קבלת ההחלטות המגדילות את הכליאה. למעשה, מעצבי החוק אינם שוקלים כלל את ההשלכות של הצעת החוק, וכך שלא כמו החלטות בתחומים אחרים שיקולי תקציב אינם גורם מרסן בהחלטות על הרחבת השימוש במאסרים, ובדרך זו משאבים הולכים וגדלים מועברים ממערכות חברתיות אחרות לטובת מערכות הכליאה.¹⁵⁶ אנו מציעים כי יובאו בחשבון מכלול הגורמים הנוגעים לשיעורי כליאה בעת שהוועדה תקבע את עונשי המוצא. ייתכן אף כי הדבר אינו נקי מספקות, ושהתחשבות בגורמים אלו חורגת מעקרון ההלימה העומד בבסיס הצעת החוק.¹⁵⁷ אולם גם אם כך הדבר, ההתחשבות בגורמים אלו בעת קביעת עונשי המוצא עשויה לבלום את הלחץ הפוליטי להחמיר בענישה ולא ליצור – בסיומו של הליך החקיקה – החמרה בענישה.

הכליאה המחוזיים (jail), והתוצאה הייתה כי מספר הכלואים בבתי הכלא המחוזיים גדל בשיעור גדול מזה הצפוי על פי המגמות שקדמו לאימוץ ההנחיות. משמעות הדבר היא שבתי המשפט המירו חלק מעונשי מאסר ב-prison לעונשים קלים יותר לריצוי ב-jail. ראו: Stewart J. D'Alessio & Lisa Stolzenberg, *The Impact of Sentencing Guidelines on Jail Incarceration in Minnesota*, 33 CRIMINOLOGY 283 (1995).

156 כבר כיום, עוד לפני אישורה של הצעת החוק, צופה השב"ס כי מצבת העצורים והאסירים הפליליים צפויה לגדול ביותר מ-8,000 כלואים עד 2025. ראו: www.ips.gov.il/Shabas/KATAVOT_OLD/2009/April-04/jailing+seats+2025.htm.

157 אפשר לטעון כי עקרון ההלימה מחייב מדרג אורדינלי נכון של עונשים ביחס לחומרה, אבל הוא אינו כולל קריטריונים קרדינליים ברורים לקביעת רמת העונש ההולם. לפי גישה זו, שתי שיטות משפט הנסמכות על עקרון ההלימה יכולות להגיע לרמות ענישה שונות, ובלבד שעברות חמורות יותר מטופלות באמצעות עונשים כבדים יותר. למעשה, מחקרים מראים כי אכן קיימת הסכמה רחבה למדי בין חברות שונות ובין אנשים שונים באשר לחומרה היחסית של עברות שונות, אולם יש הרבה פחות הסכמה באשר לרמת הענישה ההולמת לרמות החומרה השונות של העברות. לעניין זה ראו: PAUL. H. ROBINSON, *DISTRIBUTIVE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW: WHO SHOULD BE PUNISHED HOW MUCH?* 154–157, 160–161 (2008). ראו גם: רות קנאי "ענישה בריבוי עבירות" עבריינות וסטייה חברתית: תיאוריה ויישום 153, 157 וה"ש 19 (משה אדר ויובל וולף עורכים, 2003). מטעם זה הפחתה פרופורציונלית ברמות הענישה בכל העברות אינה פוגעת בהכרח בעקרון ההלימה.

גם כיום רשויות המדינה מביאות בחשבון את תקני הכליאה. סימן ט 1 בפרק ב' לפקודת בתי הסוהר¹⁵⁸ עוסק בשחרור מנהלי של אסירים על פי רמת הצפיפות בבתי הכלא. על פי הוראות החוק, פעם בשנה נקבע תקן כליאה המאושר על ידי ועדת הפנים, וכאשר שיעור האסירים עובר תקן זה, נציב שרות בתי הסוהר רשאי להורות על שחרור מנהלי של אסירים. מנגנון זה אומץ כדי לרסן את צפיפות הכליאה, אשר לה השלכות חמורות על זכויות יסוד של אסירים.¹⁵⁹ יוצא אפוא שהתחשבות בשיקולים הקשורים למשאבי כליאה ולעלויותיהם הם כבר היום חלק ממדיניות כוללת. עם זאת, הדבר נעשה בהחלטה מנהלית אוטומטית החלה על קבוצות שלמות של אסירים ללא קריטריונים מיוחדים. התחשבות בעלויות הישירות של הכליאה במסגרת החוק תאפשר להמיר את ההחלטה המנהלית האוטומטית במערכת קבלת החלטות מודעת וריכוזית של הוועדה לקביעת עונשי מוצא.

שלישית, ריסון מסוים בשיעור הגידול בשימוש בכליאה אפשר להשיג גם באמצעות החזרת הסעיף המפנה למאסר כחלופה אחרונה. כאמור לעיל, ועדת גולדברג הציעה לקבוע בחוק הוראה שלפיה "לא יגזור בית המשפט עונש מאסר בפועל אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לא מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר".¹⁶⁰ סעיף דומה קיים גם במדינות אחרות. באנגליה למשל סעיף 152 ל-Criminal Justice Act, 2003 (Eng.) קובע שבית המשפט לא יטיל מאסר אלא אם העברה היא כה חמורה עד כי אי אפשר להצדיק עונש קל יותר. מלבד זאת נקבע בסעיף 153 לאותו חוק כי מאסר צריך להיות לתקופה המינימלית העומדת בהלימה עם חומרת העברה.¹⁶¹ בהצעת החוק הממשלתית סעיף זה נמחק.

158 פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971.

159 ראו למשל: הסנגוריה הציבורית "תנאי המאסר והמעצר במתקני הכליאה של משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר לשנת 2008", בעמ' 8, www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/6F94FF05-3A76-4A73-A409-A0028F402F9B/15102/DohKliaa2009.pdf.

160 ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25 (סעיף 8(ב) לנוסח הצעת הרוב). לחשיבות הוראה זו ראו גם סנג'רו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 270.

161 "The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion : justified for the offence" that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be community של "service". ראו סעיף 148 לאותו חוק. ברומה, נציבות גזירת הדין דלאוור מציינת בעמוד הבית שלה כי: "The overall sentencing philosophy of the General Assembly and SENTAC is : that offenders should be sentenced to the least restrictive and most cost-effective sanction possible given the severity of the offense, the criminal history of the offender and the focus, which is, above all, to protect the public's safety". cjc.delaware.gov/

נציגי משרד המשפטים הסבירו את ההחלטה למחוק את הסעיף בטענם כי די בעקרון ההלימה כדי להבטיח שעונשי מאסר לא יוטלו אלא אם הם העונש ההולם.¹⁶² אולם טענה זו מתעלמת מהאפשרות כי הצעת החוק אינה קובעת עונש אחד מדויק ומוגדר המתאים לכל מקרה. ההצעה קובעת כי על השופט להתחשב בעונש ההולם ובשיקולים אחרים האמורים להביא לסטייה מהעונש ההולם. מידת ההתחשבות נתונה לשיקול דעת, ולכן השילוב של חומרת המעשה ואשמו של הנאשם יתאים לכמה חלופות עונשיות אשר לעתים מקצתן יכללו מאסר ומקצתן לא. בסיטואציות מסוג זה, שבהן אין זה הכרחי לגזור מאסר (הגם שהמאסר יהיה עונש הולם), עקרון ההלימה יישמר גם אם יוטל עונש שלא יכלול מאסר. כך בפני בית המשפט עומדת האפשרות לבחור בחלופה עונשית מחמירה פחות אך הולמת את נסיבות המקרה ואת נסיבותיו של הנאשם. מטעם זה תהיה להשמטת הדרישה להימנע ממאסר כאשר יש עונש אחר האפשרי לפי החוק השפעה על היקף השימוש במאסרים. זאת ועוד, מלבד השפעתו בדין הפורמלי צפויה לסעיף גם השפעה פרקטית בשל העמימות של עקרון ההלימה ומגוון האפשרויות השונות ליישמו. סעיף זה, אף אם הוא היה הצהרתי בלבד, היה יכול להשפיע על בית המשפט ליישם עיקרון זה באופן המצמצם את השימוש במאסרים.

1. סיכום

השיח המשפטי נערך פעמים רבות בלא התייחסות ישירה למחקר המדעי בתחום שאותו מסדיר המשפט או לדיסציפלינות אחרות הרלוונטיות לתחום. כך גם בתחום הענישה. המחקר האמפירי המקיף והניסיון הרב שנרכש במדינות רבות שאימצו רפורמות במדיניות הענישה שלהן אינם מחלחלים לשיח המשפטי. החלטות מדיניות בתחום הענישה מתקבלות תוך הסתמכות יתיר על אינטואיציות ו"היגיון פשוט" ותוך התייחסות מוגבלת למידע שהצטבר במקומות שבהם התקבלו החלטות דומות בעבר.

SENTAC/sentac.04.07.shtml. הוראה דומה מצויה גם בסעיף B5 של ההמלצות של מועצת

אירופה ב: Council of Europe, *Consistency in Sentencing: Recommendation to Member*

States and Explanatory Memorandum, 4(2) CRIMINAL LAW FORUM 355 (1993).

162 ראו דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, רחל גוטליב, בפרוטוקול ישיבה מס' 178 של

ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (16.3.2010) www.knesset.gov.il/protocols/

data/html/huka/2010-03-16.html

ברשימה זו ניסינו לנקוט גישה אחרת ולהאיר את הנושא תוך הסתמכות על המידע הרב שהצטבר, בארץ ובעולם, בדבר השפעתה של מדיניות ענישה הנקבעת בהנחיות ריכוזיות. לפיכך סמכנו את עמדתנו על שני סוגי מקורות עיקריים: האחד מחקרים אמפיריים ומידע סטטיסטי אחר המציגים את המציאות במקום הסתמכות על ניחושים והערכות מבוססות פחות. השני בחינת השיח הפוליטי של מעצבי המדיניות, המבסס את המגמות שאותן מעצבי מדיניות מבקשים להגשים. כל אלו מובילים אותנו למסקנה כי עונשי מוצא, למרות יתרונותיהם הנחזים, יביאו נזק יותר מתועלת.

הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה מבקשת להסדיר בחקיקה ראשית את השיקולים המנחים בענישה כדי לעמוד בעקרונות החוקיות. לו הסתפקה ההצעה בכך, ייתכן שחלק גדול מההתנגדות המתגברת לחקיקתה היה נעלם. אולם מלבד הנחיות לענישה ההצעה מבקשת לקבוע עונשי מוצא שאותם תקבע ועדה שתמונה על ידי שר המשפטים ושהחלטותיה תהיינה כפופות לאישור ועדה של הכנסת. המטרה המוצהרת של עונשי המוצא היא לצמצם את הרטרוריות ואת הפערים הבלתי רצויים בענישה. תוצאתם, לדעתנו, תהיה שונה.

עונשי מוצא אלו יוכלו לקבוע רמת ענישה חדשה. בשל הניתוק של ההוראות הקובעות את רמת הענישה מנאשם ומאירוע ספציפי ובשל חיזוק ההשפעה הפוליטית הישירה על רמת הענישה, שינויים אלו יובילו להחמרה ברמת הענישה. החמרה זו, שתחבור לצמצום שיקול הדעת השיפוטי בהתאמת העונש למכלול נסיבות המקרה והעברייני, תגדיל מאוד את השפעתה של התביעה על העונש. שיקול הדעת השיפוטי לא יצטמצם אלא יועבר – מבית המשפט לרשויות התביעה. תוצר לוואי של ההליך יהיה הפניית משאבים הולכים וגדלים לצורך מאסר עבריינים, משאבים שהיה אפשר להפנות לשיפור האכיפה. השימוש הגובר במאסר ככלי חברתי ישיג תוצאות מוגבלות ביותר, בעלות עצומה לאסירים ולחברה.

כדי להימנע מכל זאת יהיה אפשר לוותר על עונשי המוצא ולהסתפק בהבניית שיקול הדעת השיפוטי באמצעות קריטריונים לענישה. לחילופין, אפשר לצמצם את נזקיהם באמצעות תיקונים משמעותיים שיקטינו את החשש משימוש עודף במאסר, כדלקמן: הרחקת ההחלטות בדבר עונשי המוצא מהמוקדים הפוליטיים, הנחיית הגוף המחליט (הוועדה לקביעת עונשי מוצא) להתאים את רמת הכליאה לתקן הכליאה שנקבע בנפרד והבהרה בחוק כי אין להטיל עונש מאסר אם ניתן להטיל עונש הולם אחר. תיקונים אלו יוכלו לבלום את ההחמרה הצפויה בענישה ובדרך זו גם לצמצם את היקף השליטה של התביעה בעונש.