גמול רך

נתנאל דגן* והדר דנציג־רוזנברג**

מאמר זה יבקש לחשוף, להמשיג ולנתח – לראשונה – מגמה שמסתמנת למן תחילת המאה העשרים ואחת בהתפתחות התיאוריה של הענישה. מגמה זו משתקפת בצמיחתן של גישות גמוליות אשר מגמישות את מושגי הגינוי והאשם, ומצדיקות התחשבות, במסגרת הערכת העונש המידתי, גם בנסיבותיו האישיות של הנאשם – כאלה שאינן קשורות לחומרת העברה בנסיבות ביצועה, כמקובל על־פי עקרון הגמול הקלסי. גישות אלה מתאפיינות אפוא באינדיווידואליזציה של הענישה הגמולית. במאמר זה נכנה אותן בשם הקיבוצי "גמול רך".

מחד גיסא, הגמול הרך חולק עם הגמול הקלסי שימוש ברטוריקה של צדק, התמקדות בהערכה מוסרית של חומרת העברה בנסיבותיה והקניית חשיבות עיקרית לשמירה על מידתיות. מאידך גיסא, הגמול הרך חולק עם הגישה התועלתנית (שיקום, מניעה והרתעת היחיד) את האפשרות להביא בחשבון בעת גזירת הדין – נוסף על חומרת העברה בנסיבות ביצועה – גם שיקולים צופי פני עתיד שעניינם חוויותיו או נסיבותיו האישיות של הנאשם. צמיחתו של הגמול הרך משתקפת, בין היתר, גם בניתוח ובהמשגה של מנגנונים תועלתניים במקורם – דוגמת צו מבחן, שחרור על־תנאי ממאסר, שיקום בקהילה או הליכי צדק מאחה – ככאלה שמוצדקים על בסיס גמול, במנותק מתחשיבים תועלתניים של שיקום או מניעה. המאמר מבקש לערוך ניתוח כולל של גישת הגמול הרך, להציע הסברים אפשריים להתפתחותה, ולהעריך את משמעויותיה האפשריות בשדה הענישה במאה העשרים ואחת.

---

* דוקטור למשפטים; מרצה מן החוץ במכון לקרימינולוגיה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

** מרצה בכירה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר־אילן; מרצה אורחת (2017–2018) וחוקרת אורחת במרכז לחקר המשפט והחברה ובמכון ללימודי ישראל (2016–2018, קיץ 2019), בית־הספר למשפטים של אוניברסיטת ברקלי בקליפורניה.

ברצוננו להודות לשחר אלדר, לאריאל בנדור, לשמואל ברון, לדפנה ברק־ארז, לאנטוני דאף, לדאג יוסאק, ללסלי סבה, לג׳ונתן סיימון, למלקולם פילי, לג׳ון פראט, לכריס קוץ, לרות קנאי, לג׳וליאן רוברטס, לגיל רוטשילד־אליאסי וליורם שחר על ויכוחים והערות מעולות שסייעו לנו בחידוד הטיעונים במאמר. תודה מיוחדת לעילי אהרונסון, עורך **משפט וממשל**, ולחברי המערכת על הערות והצעות מועילות. המחברים תרמו באופן שווה למאמר, ושמותיהם מובאים לפי סדר אלפביתי.

מבוא. א. גמול קשיח: גמול מגיע וגמול מוגבל. ב. גמול רך: 1. הגמשת מושג הגינוי העונשי; 2. הגמשת מושג האשם; 3. הצדקת מנגנונים תועלתניים במונחי גמול. **ג. הערכת מגמת התפתחותו של הגמול הרך ומשמעויותיה**: 1. גמול רך מול גמול מגיע; 2. גמול רך מול תועלתנות; 3. גמול רך מול גמול מוגבל; 4. חסרונות הגמול הרך. **ד. הנהרת מגמות במשפט הישראלי באמצעות הגמול הרך**: 1. התחשבות בנסיבות לקולא בתוך מתחם העונש ההולם; 2. חריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי צדק; 3. שלב יישום העונש; 4. שחרור על־תנאי ממאסר. **ה. סיכום ומבט לעתיד**.

מבוא

אינדיווידואליזציה של הענישה, קרי התחשבות בנתוניו האישיים של העבריין לצורך קביעת עונשו, מזוהה באופן מסורתי עם ענישה תועלתנית. אכן, בענישה תועלתנית – המזוהה עם שיקולים של שיקום, מניעה והרתעת היחיד – קיימת חשיבות רבה להתחשבות בנתוניו האישיים של העבריין, וזאת כדי להתאים את העונש ומידתו למטרה של הפחתת פשיעה עתידית.[1] ענישה שיקומית, מניעתית או הרתעתית אינה מחויבת בהכרח להלום את חומרת העברה שעבר הנאשם. חלף זאת, מוקד הענישה הוא בהתאמת העונש למאפייניו הפרטניים של הנאשם. ענישה תועלתנית מאפשרת, במסגרת קביעת העונש, שיקול־דעת רחב להעריך את הגורמים לעבריינות ולהתחשב בהם, כדי להפחית את הסיכון שהנאשם יעבור עברות נוספות.[2] בניגוד לכך, הגמול, אשר בנוסחו הקלסי כולל את התיאוריה של ״גמול מגיע״ (just desert) ותיאוריות דומות, מאופיין אומנם גם־כן בשיקול־דעת פרטני, אך זה מוגבל להערכת חומרתה של העברה בנסיבות ביצועה, אשר נמדדת בנזק שהיא גרמה ובאשמת הנאשם בעת הביצוע. נסיבותיו האישיות של הנאשם שאינן קשורות במישרין לעברה, דוגמת התנהגותו לאחר ביצוע העברה, נחשבות באופן מסורתי כלא־רלוונטיות להערכת חומרתה של העברה, וממילא אף לא לקביעת העונש הגמולי.[3]

מאמר זה יבקש לחשוף, להמשיג ולנתח – לראשונה – מגמה שמסתמנת למן תחילת המאה העשרים ואחת בהתפתחות התיאוריה של הענישה. לטענתנו, בשנים האחרונות ניתן לזהות מגמה שבמסגרתה הולך ומתהווה סוג חדש של אינדיווידואליזציה של הענישה המבוסס על הרחבת מושגי־יסוד בתיאוריה הגמולית. מגמה זו מרחיבה את גבולותיו המסורתיים של הגמול, ומאפשרת להביא בחשבון, במסגרת קביעת העונש המידתי ההולם את חומרת העברה, גם

---

1 ענישה תועלתנית, ובפרט שיקומית־מניעתית, אשר רווחה עד שנות השבעים של המאה העשרים בארצות־הברית, התאפיינה באינדיווידואליזציה של הענישה על יסוד נתוניו האישיים של הנאשם. הביטוי המובהק של מגמה זו היה המאסר הלא־קצוב. במסגרת שיטה זו נגזר המאסר בטווחים רחבים, לעיתים של עשרות שנים, וגוף מנהלי, דוגמת ועדת השחרורים האמריקאית (Parole Board), היה אחראי לקביעת העונש המדויק על יסוד התקדמותו השיקומית האישית של האסיר. ראו Alice Ristroph, *Desert, Democracy, and Sentencing Reform*, 96 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1293, 1321–1322 (2006).

2 ראו MICHAEL TONRY, SENTENCING FRAGMENTS: PENAL REFORM IN AMERICA, 1975–2025 (2016).

3 ראו על כך בהרחבה להלן בפרק א.

נסיבות הקשורות לעבריין אשר מאוחרות למועד ביצוע העברה. נסיבות שמאוחרות לביצוע העברה נתפסות, במסגרת מגמה זו, כעשויות להשפיע על מידת הגינוי הראוי לעברה או על מידת אשמו של הנאשם. להלן נכנה גישות המשתלבות במגמה זו ״גמול רך״.

במאמר נטען כי עליית הגמול הרך משתקפת בהרחבת מושגי הגינוי והאשָם תוך התמקדות גוברת בנאשם ובנסיבותיו הפרטניות לשם קביעת העונש ההולם. כמו הענישה התועלתנית, גם מהלך תיאורטי זה מתיר להתחשב, במסגרת עיצוב העונש, בנתונים אישיים שנוגעים בעבריין ואשר מאוחרים למעשה העברה, אך הפעם מטעמים **גמוליים** של רצון להשיג **מידתיות** בענישה. הגם שתיאוריות גמוליות קלסיות הכירו בצורך להפעיל שיקול־דעת פרטני בעיצוב העונש, הכרה זו הוגבלה כאמור רק לנתונים הנוגעים בחומרת העברה בנסיבות ביצועה, קרי, לנזק שהיא גרמה ולאשָם הקונקרטי שליווה את ביצועה. החידוש במגמה המתפתחת שננתח בחיבור זה הוא אפוא נטילת נתונים שהוכרו באופן מסורתי כקבילים לצורך קביעת העונש רק במסגרת תיאוריה תועלתנית ואימוצם תחת כנפיה של תיאוריית ענישה גמולית.

כפי שנראה, עליית הגמול הרך משתקפת בהתפתחותן של שתי תיאוריות מרכזיות שהולכות ותופסות מקום בספרות הגמולית של השנים האחרונות: (א) התיאוריה של ענישה קומוניקטיבית (communicative theory), על פרשנויותיה העדכניות; (ב) התיאוריה של ענישה המבוססת על גמול אישיותי (character retributivism theory). גישות אלה מאפשרות, בהשוואה לנוסחים הקשיחים של הגמול, להרחיב את מסגרת הזמן הרלוונטית להערכת העונש הצודק אל מעבר למועד ביצוע העברה.

המאמר יבקש למקם את הגמול הרך על רקע תיאוריות הענישה השונות. כפי שנראה, מחד גיסא, הגמול הרך חולק עם הגמול הקשיח שימוש ברטוריקה של צדק, התמקדות בהערכה מוסרית של חומרת העברה בנסיבותיה והקניית חשיבות עיקרית לשמירה על מידתיות. מאידך גיסא, הגמול הרך חולק עם הגישה התועלתנית (החותרת להשגת שיקום, מניעה או הרתעה אישית) את האפשרות להביא בחשבון בעת גזירת הדין – נוסף על חומרת העברה בנסיבות ביצועה – גם את נסיבותיו האישיות של הנאשם המאוחרות למועד ביצוע העברה. כפועל יוצא מכך הגמול הרך, בדומה לגישות תועלתניות, מאפשר להרחיב את מסגרת הזמנים הרלוונטית להערכת העונש ההולם אל מעבר למועד מתן גזר־הדין. המאמר יטען כי עליית הגמול הרך מבטאת אפוא מגמה של אינדיווידואליזציה של הענישה הגמולית תוך הקניית שיקול־דעת רחב לשופט בקביעת העונש. ביטוי נוסף להתפתחותו של הגמול הרך משתקף בניתוח ובהמשגה של מנגנונים תועלתניים מובהקים במקורם ההיסטורי־העונשי – דוגמת צו מבחן, שחרור על־תנאי ממאסר, שיקום בקהילה או הליכי צדק מאחה – ככאלה שמוצדקים מטעמי גמול, במנותק מהתועלת החברתית הצפויה מהם.

את עליית הגמול הרך ניתן לייחס לשני גורמים. **מצד אחד** ניתן לייחסה לחוסר הנחת מיישום בלתי־ראוי של עקרון הגמול במובנו המסורתי ומאי־התאמתו לניתוח עיוני של חוויות אנושיות מורכבות לצורך קביעת העונש. במסגרת זו נטען כי התפתחויות סוציו־היסטוריות שהתרחשו במשפט האמריקאי במאה העשרים, ובראשן תופעת כליאת ההמונים ומדיניות הענישה המחמירה, גררו ביקורות רבות וכרסמו בכוחן של הצדקות גמוליות מסורתיות, אשר

זוהו עם מגמת ההחמרה בענישה. מושגי ה״צדק״ וה״גמול״, הנהנים מעמימות יחסית, החלו להזמין פרשנויות רחבות המביאות בחשבון גם היבטים המתייחסים לנאשם, ולא רק לעברה, דוגמת תגובתו של הנאשם על העונש או אישיותו המוסרית הכוללת.[4] צמיחתה של גישת הגמול הרך התאפשרה, **מצד אחר**, גם על רקע חסרונותיה של התועלתנות, ובראשם העדר היסוד הייחודי המבחין את מוסד הענישה הפלילית מסוגי סנקציות בענפי משפט אחרים. גמול רך מאפשר לשמר את השימוש ברטוריקה המבוססת על צדק וגמול בד בבד עם התחשבות בשיקולים החורגים מביצוע העברה גרידא, ובכך מכונן תיאוריה חדשה הנשענת על אינדיווידואליזציה של העונש מטעמים של גמול ורצון לשמור על ענישה מידתית.

המאמר עומד על מוקדי החוזק והחולשה של גישה זו, בהשוואה לזרמים המסורתיים המוכרים בפילוסופיה של הענישה. כוח המשיכה של הגמול הרך, כך נטען, נובע מן העובדה שהוא מטשטש הן את חסרונותיו של הגמול הקלסי (בכך שהוא מאפשר ענישה פרטנית על יסוד נסיבותיו האישיות של הנאשם, כולל כאלה המאוחרות למעשה העברה), הן את חסרונותיה של התועלתנות (בכך שהוא מאפשר ענישה המבוססת על אינטואיציה מוסרית) והן את חסרונותיהן של תיאוריות מעורבות המכירות בקבילותן של תכליות הגמול ותכליות התועלתנות גם־יחד. לצד זאת, חולשתו של הגמול הרך טמונה אף היא באופייה ההיברידי של תיאוריה זו.

המאמר מבקש לנתח באופן כולל את התפתחותה של תיאוריית הגמול הרך, להציע לה הסברים אפשריים, ולהעריך את משמעויותיה האפשריות בשדה הענישה במאה העשרים ואחת. חשיבותו של הניתוח המוצע, מעבר לחשיפת המגמה ולהמשגתה, היא ביכולתו לספק בידי תיאורטיקאים ומקבלי החלטות תשתית להבנה מעמיקה יותר של הדיון בתיאוריה של הענישה הפלילית ויישומה, וזאת בשיטה המקנה חשיבות רבה לשיקולי מידתיות, כמקובל בשיטות משפט רבות בעולם המערבי.

מבנה המאמר הוא כדלהלן: בפרק א נציג את הגמול הקשיח, הכולל גישות של גמול מגיע וגמול מוגבל, ונדון באופן תמציתי באילוצים שהוא מציב לקביעת העונש. בפרק ב נתאר את גישת הגמול הרך. במסגרת זו נציג את ההגמשה של מושגי הגינוי והאשָם בתיאוריה של הענישה, תוך התמקדות גוברת בנסיבותיו האישיות של הנאשם. כפי שנראה, הגמול הרך נשען בעיקר על כתיבה גמולית קומוניקטיבית וגמולית אישיותית. כן נדון בביטוי נוסף של התפתחות גישה זו, והוא מנגנונים תועלתניים במקורם המוצדקים כעת דווקא משיקולי גמול. בפרק ג נבקש להעריך את גישת הגמול הרך, נציע הסבר סוציו־היסטורי להתפתחותה ונעמוד על משמעויותיה. בפרק ד נציע בתמצית כיצד תיאוריית הגמול הרך עשויה לסייע בהנהרת מגמות במשפט הישראלי בשלב גזירת הדין ויישום העונש. לבסוף, נסכם את המאמר במבט צופה פני עתיד תוך עמידה על ההשלכות והאתגרים הגלומים בגמול הרך.

---

4 נעיר כי אף שגישות אלה מאפשרות לכאורה גם החמרה בענישה, השפעותיהן המעשיות מכוונות ככלל להקלה בענישה.

א. גמול קשיח: גמול מגיע וגמול מוגבל

הנרטיב המקובל לתיאור התפתחותה של הענישה במאה העשרים מצביע על דומיננטיות רבה שבה זכו גישות עונשיות תועלתניות במחצית הראשונה של המאה, ובפרט הענישה השיקומית, שנשענה על יסוד המודל הרפואי בענישה.[5] אולם למן שלהי שנות השבעים של המאה העשרים עלה קרנה של הגישה הגמולית כהצדקה עקרונית לענישה וכשיקול ענישה מרכזי בשלב גזירת הדין בשיטות רבות בעולם המערבי.[6]

עקרון הגמול בנוסחו הקלסי מוגדר לרוב כך: על חומרת העונש להלום את חומרת העבירה בנסיבות ביצועה. חומרת העבירה נמדדת בנזק שהיא גרמה ובאשם שליווה את ביצועה. בגישה כזו יש חשיבות רבה למידתיות. על העונש להיות מותאם לחומרת העבירה בנסיבות ביצועה באופן מידתי, דהיינו, עליו להיות לא קל מהעונש ההולם את חומרת העבירה אך גם לא חמור ממנו.[7] הגמול בנוסח זה מביא בחשבון לצורך גזירת הדין נתונים צופי פני עבר, ובעיקר, כאמור, את חומרת העבירה בנסיבות ביצועה. בהתאמה, הגמול מתעלם כמעט לחלוטין מנתוניו האישיים של העבריין, כל עוד הם אינם קשורים לעבירה שנעברה, וממילא מן הקורה לאחר גזירת הדין. התחשבות בנתונים אישיים של העבריין שאינם קשורים לחומרת העבירה נתפסת כפוגעת בהגינות ובשוויון, וכמעבירה מסר חברתי שגוי ביחס לחומרתה האמיתית של העבירה.[8]

---

5 ראו, למשל, Francis T. Cullen, *Rehabilitation: Beyond Nothing Works*, 42 CRIME & JUST. 299, 299–314 (2013).

6 עם זאת, בחלק משיטות המשפט האנגלו־אמריקאיות הוחלף עקרון הגמול בענישה מבוססת־מניעה במקרים של עבריינים מין או עבריינים אלימות מועדים. ראו James Q. Whitman, *The Case for Penal Modernism: Beyond Utility and Desert*, 1 CRITICAL ANALYSIS L. 143, 154 (2014) (להלן: Whitman, *Beyond Utility and Desert*); James Q. Whitman, *A Plea Against Retributivism*, 7 BUFF. CRIM. L. REV. 85, 85–89 (2003) (להלן: Whitman, *Against Retributivism*); Matt Matravers, *Is Twenty-First Century Punishment Post-Desert?*, *in* RETRIBUTIVISM HAS A PAST: HAS IT A FUTURE? 30, 30–32 (Michael Tonry ed., 2011).

7 ראו ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE 208 (2015). הדבר נכון גם לגבי נתונים הקודמים לביצוע העבירה. גמולנים חלוקים בשאלה אם יש להתחשב בעבר הפלילי לצורך גזירת הדין ובאיזו מידה. זרם גמולי מרכזי סבור כי יש ליתן לעבר הפלילי משקל נמוך למדי, ואולי אף אפסי, בהליך גזירת הדין. לדיון בגישה זו ובגישות נוספות בהקשר זה ראו ANDREAS VON HIRSCH, DESERVED CRIMINAL SENTENCES 72–73 (2017); Julian V. Roberts, *First-Offender Sentencing Discounts: Exploring the Justifications*, *in* PREVIOUS CONVICTIONS AT SENTENCING: THEORETICAL AND APPLIED PERSPECTIVES 17 (Julian V. Roberts & Andrew von Hirsch eds., 2010).

8 ראו ANDREW VON HIRSCH & KATHLEEN J. HANRAHAN, THE QUESTION OF PAROLE: RETENTION, REFORM, OR ABOLITION? 29 (1979), הטוענים כי שיפוט בעניין חומרתן של עברות הוא שיפוט על־אודות העבר. ברגיל הגמול נגיש במועד מתן גזר־הדין, שכן מהות העבירה ידועה, ועל־כן כאשר מחכים אין לומדים שום דבר חדש. בלשונם: "By waiting longer to fix the time-in-prison, one learns nothing new" (שם). ראו גם Kevin R. Reitz, *Reporter's Study: The Question of Parole-Release Authority*, *in* MODEL PENAL CODE: SENTENCING 121, 127 (tent. drft. No. 2, 2011); Richard A. Bierschbach, *Proportionality and Parole*, 160 U. PA. L. REV. 1745, 1759 (2012); Paul H. Robinson, *Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice*, 114 HARV. L. REV. 1429, 1451 (2001); RICHARD G. SINGER,

עקרון הגמול מקנה לשיקולים תועלתניים לכל־היותר משקל משני,[9] ומאפשר להתחשב בשיקולים של שיקום, מניעה או הרתעה רק בתוך מתחם הענישה שנוצר משיקולי גמול במסגרת מדיניות של גמול מוגבל (limiting retributivism).[10]

מרכזיותו של הגמול מקבלת ביטוי מעשי ברבות מבין מדינות המשפט האנגלו־אמריקאי, ובראשן ארצות־הברית (במסגרת הנחיות ענישה שתוקפן כיום הוא מייעץ)[11] ואנגליה (במסגרת הנחיות שפותחו על־ידי ועדת הענישה (Sentencing Council)), וכן במדינות רבות במערב אירופה (שהמרכזיות מביניהן הן שוודיה ופינלנד).[12] מרכזיותו של הגמול עוגנה לאחרונה גם בישראל עם חקיקת תיקון 113 לחוק העונשין, התשל״ז–1977,[13] הקובע, בין היתר, כי העיקרון המנחה בענישה הוא הלימה בין חומרת מעשה העברה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין חומרת העונש המושת בגין המעשה – עיקרון המבטא יחס של גמול.[14]

עליית הגמול במהלך המאה העשרים והגורמים לעלייה זו נותחו בהרחבה בספרות המשפטית והקרימינולוגית.[15] בתמצית, על־פי הנרטיב ההיסטורי המקובל, משלהי המאה התשע־עשרה ועד לשנות השישים של המאה העשרים הלכה והתפתחה הגישה הפוזיטיביסטית, אשר הניחה כי עבריינות אינה תוצר של בחירה רציונלית, אלא פתולוגיה הניתנת לטיפול ולריפוי באמצעות התמקדות בגורמים האישיים והחברתיים העומדים ביסוד העבריינות. גישה זו ייחסה אפוא חשיבות מְרבּית לשיקום במסגרת מטרות הענישה, ודגלה בקביעת העונש בעיקר – או רק – על יסוד שאלת שיקומו של העבריין, שהיא סוגיה התלויה בעיקר בנסיבותיו האישיות ובתגובתו הצפויה על העונש.[16] בשנות השבעים של המאה העשרים נמתחה ביקורת קשה הן על התיאוריה הקלסית מן המאה השמונה־עשרה, שהדגישה את הנחת הרציונליות והעלתה על נס את עקרון ההרתעה, והן על התיאוריה הפוזיטיביסטית, שביקשה לקדם שיקום. באשר לתיאוריה הראשונה, מחקרים שונים הפריכו את האינטואיציה

JUST DESERTS: SENTENCING BASED ON EQUALITY AND DESERT 111–112 (1979); ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES 3, 7 (2005).

9 ראו Marc L. Miller, *Sentencing Reform "Reform" Through Sentencing Information Systems*, *in* THE FUTURE OF IMPRISONMENT 121, 125 (Michael Tonry ed., 2004) ("Morris... gives a secondary role to rehabilitation and other utilitarian aims").

10 להרחבה על משמעותה של גישת הגמול המוגבל ראו בהמשך פרק זה. גמול מוגבל מכונה לעיתים גם "גמול מגביל". ראו RICHARD S. FRASE, JUST SENTENCING: PRINCIPLES AND PROCEDURES FOR A WORKABLE SYSTEM 13–14 (2013).

11 ראו United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).

12 ראו VON HIRSCH, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 3.

13 חוק העונשין (תיקון מס׳ 113), התשע״ב–2012, ס״ח 102 (להלן: תיקון 113).

14 תיקון 113 הוסיף לחוק העונשין את ס׳ 40ב, הקובע כי העיקרון המנחה בענישה הוא "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו". ראו גם ע״פ 8641/12 **סעד נ׳ מדינת ישראל**, פס׳ 21 לחוות דעתו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 5.8.2013) ("מקרב מטרות הענישה השונות, תיקון 113 מעניק בכורה, אם כי לא בלעדיות, לעקרון ההלימות, הוא – עקרון הגמול").

15 ראו VON HIRSCH, לעיל ה״ש 7; Matravers, לעיל ה״ש 6; TONRY, לעיל ה״ש 2.

16 ראו Matravers, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 30–32.

שלפיה החמרה בענישה, להבדיל משינוי בסיכויי התפיסה, יוצרת הרתעה כללית או אישית;[17] ובאשר לשנייה, מחקרי הערכה שונים שבחנו את תוכניות הטיפול בעבריינים הראו כי תוכניות אלה לא סייעו בצמצום העבריינות החוזרת.[18] ביקורת ניאו־ליברלית התמקדה בחוסר הצדק שגרמה ענישה תועלתנית המבוססת על שיקום ומסוכנות. נטען כי זו יצרה החמרה בלתי־מידתית בענישה על יסוד הנתונים האישיים של הנאשם משיקולי מניעה.[19] גישות גמוליות שהלכו והתפתחו הדגישו במקום זאת את החשיבות של ענישה מידתית המבוססת על חומרת העברה, ואת הצורך לצמצם את שיקול־הדעת השיקומי הרחב, שיצר הפליה על רקע גזעי ומעמדי. כך הלכה הגישה הגמולית ודחקה בהדרגה את מקומם של השיקום, המניעה וההרתעה.[20]

בשלושת העשורים האחרונים שיקולי מניעה תופסים את מקומו של הגמול, בעיקר בשיטה האמריקאית, במסגרת מה שכונה ״הפנולוגיה החדשה״.[21] גישה זו שמה דגש בניהול מסוכנות ובשימוש בכלי ניבוי אקטואריים לצורך פיקוח על אוכלוסיות של עבריינים שנמצאו מסוכנים, תוך מעבר מהתמקדות בעבריין הפרטני לניהול של קבוצות עבריינים. אולם בחלק־הארי של שיטות המשפט המערביות העיקרון המנחה לצורך גזירת הדין, ביחס לרוב העבריינים, הוא עדיין גמול. זאת, בדרך־כלל, במסגרת של גמול מוגבל, כחלק מהנחיות מייעצות או מחייבות הקובעות מתווה טבלאי־מספרי או מילולי של אופי גזירת הדין.[22] בהתאמה, גמול נחשב על־ידי משפטנים ופילוסופים כתיאוריית הענישה הדומיננטית.[23]

נקדים להזהיר כי המונחים ״גמול״ ו״מגיע״, השגורים בחיי היומיום, עלולים להטעות בפשטותם. כפי שהסביר אנטוני דאף (Duff), קיימות גרסאות רבות מאוד של תיאוריות המכנות

---

17 שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת **עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק** 114–118 (מהדורה שלישית, 2009); Cheryl Marie Webster & Anthony N. Doob, *Searching for Sasquatch: Deterrence of Crime Through Sentence Severity*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF SENTENCING AND CORRECTIONS 173, 190 (Joan Petersilia & Kevin R. Reitz eds., 2012).

18 מרטינסון אימץ את התפיסה שלפיה "nothing works". ראו את הדוח המשפיע שלו: Robert Martinson, *What Works? – Questions and Answers About Prison Reform*, 35 PUBLIC INTEREST 22 (1974). לסקירה היסטורית של דוח מרטינסון והשפעתו הרבה ראו חגית לרנאו **עבריינות ואכיפת חוק – תיאוריה, מדיניות, ביקורת** 260–262 (2016). תפיסה זו נותרה בעינה חרף מחקרים מן השנים האחרונות שהראו כי תוכניות שיקום מסוימות, המותאמות לאוכלוסיות מסוימות של אסירים, עשויות לצמצם מועדות. ראו הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים **דין וחשבון** 23–24 (2015) (להלן: **דוח ועדת דורנר**).

19 ראו VON HIRSCH, **לעיל ה״ש 7**; Matravers, **לעיל ה״ש 6**.

20 ראו Cullen, **לעיל ה״ש 5**, **בעמ׳ 299–314**.

21 ראו Malcolm M. Feeley & Jonathan Simon, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*, 30 CRIMINOLOGY 449 (1992); DAVID GARLAND, THE CULTURE OF CONTROL (2001).

22 ראו VON HIRSCH, **לעיל ה״ש 7**, **בעמ׳ 15–16 ו־27**.

23 ראו Ekow N. Yankah, *Republican Responsibility in Criminal Law*, 9 CRIM. L. & PHIL. 457, 458 (2015).

את עצמן ״גמוליות״, עד כדי כך שניתן לתהות אם הן משתייכות בכלל לזרם מחשבה אחד.[24] אולם נדמה כי רבים יסכימו בכל־זאת, כפי שניכר גם בספרות, שמדובר בשם קיבוצי של מכלול רחב של תיאוריות המצדיקות ענישה על יסוד ההנחה המשותפת כי העונש ״מגיע״ לנאשם בגין מעשה העברה, במנותק משיקולים של תועלת עתידית שהוא עשוי להביא לנאשם או לחברה.[25]

גרסה קלסית של הגמול – המכונה ״גמול מגיע״ (just desert) – נוסחה באופן פורמלי על־ידי אנדרו פון־הירש (von Hirsch).[26] עמדתו של פון־הירש מבוססת על הרצון לקדם שיקולים של שוויון ואחידות בהליך גזירת הדין, והיא נותנת משקל רב לדרישה ליחס מידתי בין חומרת העברה לחומרת העונש. לגישתו, הגמול הוא מערכת של גינוי המבוססת על מבט צופה פני עבר. קביעת העונש ההולם מחייבת, לשיטתו, התמקדות בלעדית בחומרת העברה – הנמדדת בנזק ובאשָם – בנסיבות ביצועה.[27] הנתונים המרכזיים בגישה של גמול מגיע לקביעת העונש ההולם קשורים להערכת האשָם, כגון היסוד הנפשי שליווה את ביצוע העברה או קיומן של הגנות. מכיוון שחומרת העברה בנסיבות ביצועה ידועה לרוב במלואה במועד מתן גזר־הדין, ולנוכח העובדה שבחלוף הזמן אין לומדים דבר חדש על חומרת העברה, יש לגזור עונשים דומים על מי שעברו עברות בחומרה ובנסיבות זהות, ללא צורך בהערכה מחודשת של העונש בחלוף הזמן בשל שינויים שהתרחשו לאחר ביצוע העברה.[28] לפי הגישה של גמול מגיע,

---

24 ראו R.A. Duff, *Retrieving Retributivism*, *in* RETRIBUTIVISM: ESSAYS ON THEORY AND POLICY 3 (Mark D. White ed., 2011). ראו גם John Cottingham, *Varieties of Retribution*, 29 PHIL. Q. 238 (1979); Dan Markel, *What Might Retributive Justice Be? An Argument for the Confrontational Conception of Retributivism*, *in* RETRIBUTIVISM: ESSAYS ON THEORY AND POLICY 49 (Mark D. White ed., 2011).

25 ראו, למשל, MICHAEL S. MOORE, PLACING BLAME: A THEORY OF CRIMINAL LAW 153 (1997) (“retributivism is the view that we ought to punish offenders because and only because they deserve to be punished. Punishment is justified, for a retributivist, solely by the fact that those receiving it deserve it”). יוסאק טוען כי גמול הינו מונח כללי המתייחס לכל תיאוריית ענישה הנותנת מקום מרכזי לשיקולים של ״מגיע״ כהצדקה לענישה. ראו Douglas Husak, *The Metric of Punishment Severity: A Puzzle About the Principle of Proportionality* (unpublished paper), *available at* http://www.law.uci.edu/centers/clp/images-pdfs/husak-metric-punishment-severity.pdf.

26 ראו גם ANDREW VON HIRSCH, DOING JUSTICE: THE CHOICE OF PUNISHMENTS (1976). ראו VON HIRSCH & ASHWORTH, לעיל ה״ש 8; VON HIRSCH, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 17–39.

27 גישתם של פון־הירש ואשוורת, כונתה על־ידי מייקל טונרי ״מידתיות במובן החזק״ (strong proportionality principle), בהשוואה לגישת הגמול המוגבל של מוריס. ראו Michael Tonry, *Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments*, *in* WHY PUNISH? HOW MUCH?: A READER ON PUNISHMENT 217, 218 (Michael Tonry ed., 2011).

28 מעניין עם זאת שמאוחר יותר הסכימו גם פון־הירש ואשוורת (VON HIRSCH & ASHWORTH, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 177) – על בסיס גישה מעין־גמולית (quasi-retributive) – להכיר במאמץ ברור של נאשם לתקן את תוצאות העברה כנסיבה מקילה, בהסבירם כי יש סיבה פחותה להעניש את מי שהכיר במעשיו. אולם, כפי שהסבירו אלן מנסון ומלקולם תורברן: “This is a curious argument and it is also one that the authors spend virtually no time defending”. ראו Malcolm Thorburn & Allan Manson, *The Sentencing Theory Debate: Convergence in Outcomes, Divergence in Reasoning*, 10 NEW CRIM. L. REV. 278, 292 (2007). לגישתנו, הריכוך בעמדתם של פון־הירש ואשוורת משתלב יפה בריכוך הגמולי בכלל.

התחשבות בנתונים מאוחרים לרגע ביצוע העברה, כגון תגובתו של הנאשם על העונש, נתפסת כפוגעת בהגינות ובשוויון, וכמעבירה מסר שגוי ביחס לחומרתה האמיתית של העברה.[29] אין אפוא מקום, לפי גישה זו, להביא בחשבון את נסיבותיו האישיות של הנאשם העומד לדין, כל עוד הן אינן קשורות במישרין לחומרת העברה. שאלות שהן בעלות חשיבות רבה בגזירת דין המבוססת על שיקולים של שיקום ומניעה – כגון השפעתו המעשית של העונש על הנאשם, האופן שבו הנאשם חווה ומפנים את העונש או מערכת היחסים שבין נפגע העברה לבין הנאשם לאחר ביצוע העברה – אינן רלוונטיות לגזירת הדין בגישה של גמול מגיע.

בצד הגישה של גמול מגיע נפוצה הגישה של גמול מוגבל, אשר מקובלת בשיטות משפט רבות בעולם המערבי. גישת הגמול המוגבל היא גישה מעורבת (mixed), המקנה חשיבות הן לשיקולי גמול והן לשיקולי תועלת במסגרת עונשית אחת. הגמול המוגבל מניח כי קיימת הסכמה רחבה מהם העונשים הבלתי־הולמים – כאלה שהם חמורים מאוד או קלים מאוד – אך יש קושי להגדיר עונש הולם במדויק. לפיכך קיים מה שמכונה ״מתחם העונש ההולם״, קרי, מתחם ענישה המגודר בסף עליון ובסף תחתון. בתוך המתחם ההולם של עונשים – אלה שאי־אפשר לומר עליהם שהם בלתי־הולמים מבחינה גמולית באופן מובהק – נשקלים שיקולים תועלתניים של מניעה, שיקום והרתעה, וכן שיקולים נוספים, כגון חסכנות בענישה (parsimony), לצורך קביעת העונש המדויק המתאים לנאשם.[30]

גרסאות מוקדמות של גמול מוגבל ראו את הענישה כמוטלת בעיקר משיקולים תועלתניים, כאשר הגמול מטיל רק מגבלות כלליות על חומרת העונש, כדי שלא יהיה בלתי־מידתי.[31] אולם בחלוף הזמן פותחו גרסאות של גמול מוגבל שנתנו מקום מרכזי ביותר לשיקולי גמול, תוך שהן מותירות מתחם צר למדי לסטייה מהעונש המידתי לשם השגת תכליות תועלתניות. בנוסחים מאוחרים אלה התכליות התועלתניות מקבלות משקל משני בלבד, בתוך המתחם ההולם שנקבע, ואילו הגמול זוכה בבכורה.[32] בכל מקרה, לצורך דיוננו נסווג אף גישה זו, בנוסחיה המוקדמים והמאוחרים כאחד, כגישה קשיחה. הכללתו של הגמול המוגבל, לצידו של הגמול המגיע, תחת הכותרת ״גמול קשיח״ נובעת מכך שגם בגישה של גמול מוגבל – ללא קשר לשאלה מהו המקום שהיא נותנת לשיקולי תועלת בתוך המתחם ההולם – אין אפשרות לשקול נתונים המאוחרים לרגע ביצוע העברה משיקולי גמול (אלא רק משיקולי תועלת).[33]

---

29 Julian V. Roberts & Hannah Maslen, *After the Crime: Post-Offence Conduct and Penal Censure*, *in* LIBERAL CRIMINAL THEORY: ESSAYS FOR ANDREAS VON HIRSCH 87, 89 (A.P. Simester, Antje du Bois-Pedain & Ulfrid Neumann eds., 2014).

30 גישה זו מזוהה עם נורוָל מוריס (Morris). ראו NORVAL MORRIS, THE FUTURE OF IMPRISONMENT 60–62 (1974). לדיון בגישתו של מוריס ראו FRASE, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 11–12.

31 ראו Thorburn & Manson, לעיל ה״ש 28, בעמ׳ 287 ; Tonry, לעיל ה״ש 27.

32 ראו FRASE, לעיל ה״ש 10, בעמ׳ 13–14 ; Thorburn & Manson, לעיל ה״ש 28, בעמ׳ 287.

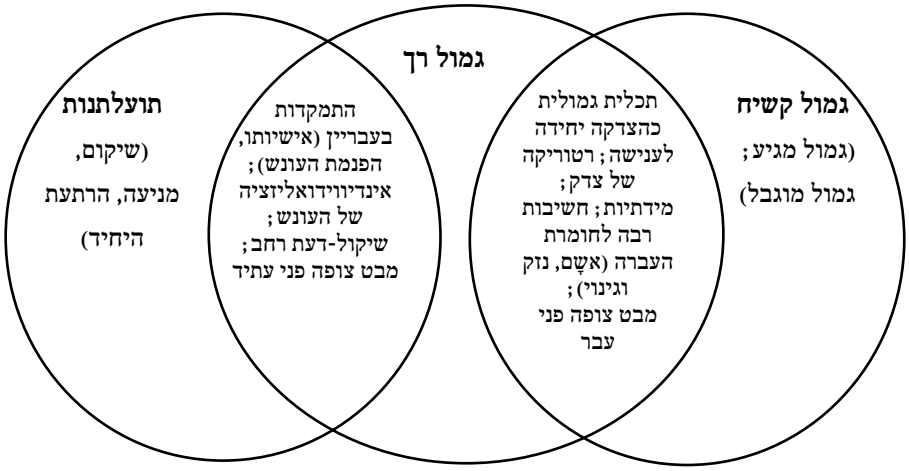
33 ראו Reitz, לעיל ה״ש 8.

ב. גמול רך

״גמול רך״ הוא כינוי שנשתמש בו כדי לתאר תיאוריה המבוססת על הרחבת מושג הגמול תוך טשטוש ההבחנה המעשית בין גמול לתועלתנות כאסכולות מנוגדות אך תוך שמירת יתר ההבדלים ביניהם. תיאוריית הגמול הרך מאמצת מסגרת זמן רחבה וגמישה יותר להערכת הגינוי הראוי או אשמו של הנאשם. ניתן להציג את מערכת היחסים בין גמול קשיח, תועלתנות וגמול רך באמצעות תרשים של שלושה מעגלים (ראו **תרשים 1**) המקיימים ביניהם את יחסי־הגומלין הבאים: גישות של גמול רך חולקות עם הגמול הקשיח (גמול מגיע וגמול מוגבל) את המבט הצופה פני עבר, את עולם המושגים של מידתיות, אשָם, נזק וגינוי, ואת התכלית הגמולית כהצדקה יחידה לענישה; בצד זאת, גישות של גמול רך חולקות עם ענישה תועלתנית את האפשרות להביא בחשבון שיקולים הצופים פני עתיד במסגרת ענישה פרטנית, וזאת באמצעות התמקדות, בין היתר, בעבריין ובנסיבותיו האישיות, לרבות אישיותו ותגובתו על העונש, אך זאת משיקולי מידתיות, והכל בהתאם לתיאוריה הגמולית הרלוונטית כפי שנפרט להלן.

תיאוריות של גמול רך חולקות מאפיין חשוב מרכזי: התמקדות הולכת וגוברת בהתנהגותו של הנאשם לאחר ביצוע העברה לצורך הערכת אשמו או הגינוי המגיע לו. בגישות של גמול רך, כמו בגמול קשיח, יש חשיבות רבה לשמירה על מידתיות בין חומרת העברה בנסיבות ביצועה לבין חומרת העונש, וזאת כנגזרת מהכרה בתכלית הגמולית כהצדקה היחידה לענישה. אולם לשם השגתה של אותה מידתיות יש להתחשב גם בנתונים פרטניים הנוגעים בנאשם, בצד הנתונים הנובעים במישרין מחומרת העברה. גמול רך מנסח אם כן את עקרון המידתיות בענישה באופן הבא: חומרת הגינוי העונשי צריכה להלום את חומרת העברה בנסיבות ביצועה, הנמדדת בנזק ובאשָם, כפי שאלה נלמדים **גם** מנסיבות המאוחרות לביצוע העברה. מכיוון שאשמו של הנאשם והגינוי הראוי לעברה עשויים להשתנות לאחר ביצוע העברה, חומרת העונש המקורי שנגזר על האסיר עלולה ליהפך עם הזמן לבלתי־מידתית, ועל־כן יש הצדקה לבחון את העונש שוב במקרה המתאים לכך.

תרשים 1: היחס בין גמול קשיח, תועלתנות וגמול רך



כדי לעמוד על מגמת התפתחותו של הגמול הרך, נציג להלן בקצרה את הבסיס להרחבת מושגי הגינוי והאשם בכתיבה התיאורטית למן סוף המאה העשרים. במסגרת זו חשובות במיוחד תיאוריית הגמול הקומוניקטיבי[34] ותיאוריית הגמול האישיותי,[35] על התפתחויותיהן העדכניות בספרות. לתיאוריית הגמול הרך עשויות להיות בעתיד השלכות חשובות על גזירת הדין, על יישום העונש ועל פרקטיקות עונשיות שונות, כפי שנראה בהמשך. נדגיש כי אין בכוונתנו להציע כאן סקירה מקיפה וביקורתית של כל התיאוריות, אשר כל אחת מהן מחזיקה ספרות רבה ומעוררת שאלות מגוונות במישורים שונים. כוונתנו היא להציגן רק כדרך להדגמת התפתחותה ומשמעותה של מגמת ההגמשה של מושג הגמול במובנו הקשיח.

1. הגמשת מושג הגינוי העונשי

התיאוריה הקומוניקטיבית של הענישה מקיפה ספרות רבה, והתפתחויותיה העדכניות תופסות חלק מרכזי במגמת צמיחתו של הגמול הרך. יש המטילים ספק בזיהוי הגישה הקומוניקטיבית כתיאוריה גמולית,[36] אולם העמדה המקובלת מזהה גישה זו, לכל־הפחות, כתיאוריה לא־תועלתנית, וככזו המשקפת ערכים גמוליים במובנם הרחב.[37] התיאוריה הקומוניקטיבית חולקת עם יתר התיאוריות הגמוליות את העמדה שהעונש מוצדק כתגובה המגיעה לנאשם בגין העברה שעבר. העונש הוא קומוניקטיבי במובן זה שהוא אינו רק בבחינת נטל המוטל על העבריין, כי אם גם מסר המועבר לו. מה שחשוב הוא אפוא לא רק האפשרות לגינוי חברתי, אלא גם האופי הקומוניקטיבי של העונש הגמולי ומעמדו של הנאשם בדיאלוג העונשי בינו לבין הקהילה.[38] דאף טוען כי העונש מעביר לנאשם, לקהילה ולנפגע העברה מסר מגנה ההולם את חומרת העברה.[39] באמצעות העונש הקהילה מביעה את עמדתה כי מעשה העברה חמור בעיניה. העונש מהווה גם סוג של כפרה א־דתית (secular penance). הוא מהווה אמצעי שדרכו הנאשם יכול להבין ולעכל את חוסר המוסריות (wrongfulness) הטבוע במעשה העברה, לחזור בתשובה

---

34 ראו R.A. Duff, Punishment, Communication, and Community (2001).

35 ראו Jeffrie G. Murphy, Getting Even: Forgiveness and Its Limits (2003).

36 השאלה אם התיאוריה הקומוניקטיבית היא אכן תיאוריה גמולית שנויה במחלוקת. ראו Duff, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 21 ו־27, המתייחס לתיאוריה שלו כאל "species of retributivism", מכיוון שהיא מצדיקה ענישה כתגובה אינטרינזית על עברות. אחרים רואים את התיאוריה הקומוניקטיבית כמשקפת ערכים גמוליים רחבים. ראו Roberts & Maslen, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 103. נציין כי דאף עצמו מודה כי התיאוריה שלו משלבת תכליות גמוליות ותכליות צופות פני עתיד גם־יחד ולכן היא אינה גמולית טהורה. ראו R.A. Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, *in* Punishment, Places and Perpetrators 78, 87 (Gerben Bruinsma, Henk Elffers & Jan de Keijser eds., 2004) ("a 'third way' between retributivism and consequentialism"). לאו זייברט הסביר כי תיאוריה זו דומה לתיאוריה מעורבת (mixed). ראו Leo Zaibert, *Punishment, Liberalism, and Communitarianism*, 6 Buff. Crim. L. Rev. 673, 678–681 (2002).

37 ראו Roberts & Maslen, לעיל ה״ש 29, בעמ׳ 103.

38 ראו Dan Markel, *Executing Retributivism: Panetti and the Future of the Eighth Amendment*, 103 Nw. U. L. Rev. 1163 (2009).

39 ראו Duff, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 28.

(במובן הא־דתי) ולנסות לעבור תיקון מוסרי.[40] לגישתו של דאף, הסבל שהעונש גורם, בהיותו אינטרינזי לעונש, הוא בעל תכלית כפולה: הוא מסייע לנאשם בהליך הכפרה כלפי החברה, תוך מיקוד הנאשם בעברה ובהשלכותיה; ובד בבד הוא מהווה אמצעי לתיקון שהנאשם חב לקהילה ולנפגע העברה. דאף מתאר את הליך הענישה כדיאלוג רציונלי והדדי בין הקהילה לנאשם. הנאשם נתפס כמשתתף פעיל בהליך העונשי, אשר מקבל את המסר המופנה אליו ומגיב עליו. העונש פונה לתבונתו של הנאשם וקורא לו לתקן את מעשיו בתגובה על המסר הגלום בעונש.[41] עם זאת, דאף מדגיש כי הנאשם אינו **חייב** להתחרט או לעבור שינוי מוסרי. ההצדקה לעונש אינה תלויה בסיכויי הצלחתו של המסר המגנה בהנעת הנאשם להגיב באופן חיובי על המסר ולתקן את מעשיו, ובוודאי לא בהצלחתו המעשית. הנאשם חייב אומנם לקלוט את המסר העונשי, אך הוא אינו חייב להקשיב לו או להשתכנע ממנו. לפיכך, ללא קשר להתנהלות הנאשם בתקופת נשיאת העונש, בתום התקופה אנו רואים אותו כמי שסיים את ההליך הדיאלוגי כראוי.[42]

צעד חשוב נוסף לכיוון הגמול הרך נעשה באמצעות גישות המפתחות את תפקידו של הנאשם בענישה הגמולית.[43] האנה מסלן (Maslen) פיתחה את מושג התגובתיות בדיאלוג העונשי המגנה (responsive censure) ואת הצורך של הסמכות המענישה לשוב ולבחון את צעדיה בעקבות תגובתו של הנאשם על העונש. לגישתה, המונח ״דיאלוג״ הוא תגובתי; תגובת

---

40 שם, בעמ׳ xvii. ניתן לזהות בפסיקה האמריקאית שימוש בטיעונים בעלי אופי קומוניקטיבי, וזאת מבלי שבתי־המשפט משתמשים בהכרח במושגיות של תיאוריה זו, אשר נוצרה והתפתחה במקביל – ואולי אף בלא קשר – להתפתחותה של הפסיקה. כך, למשל, בעניין Panetti v. Quarterman, 551 U.S. 930 (2007) פסק בית־המשפט העליון האמריקאי כי הטלת עונש מוות על נאשמים שאינם מבינים, בשל הפרעה נפשית, את הסיבה להטלת העונש ואת ההיבט המגנה הגלום בו אינה חוקתית. בית־המשפט הסביר כי עונש מוות מושת, בין היתר, משום הפוטנציאל שלו לגרום לכך שהנאשם יכיר לבסוף בחומרת מעשיו, וכן כדי לאפשר לקהילה – ובכלל זה לקרוביו של נפגע העברה – לבטא את השיפוט המוסרי שלה בנוגע למידת האשם של האסיר, אשר חמורה דייה להצדיק עונש מוות. כאשר מצבו הנפשי של האסיר מעורער עד כדי כך שמודעותו לביצוע העברה ולהטלת העונש בגינה רופפת ואינה מאפשרת לו להבין את משמעותם של הערכים המשותפים לחברי הקהילה שבה הוא חי, הפוטנציאל של האסיר להכיר בחומרת העברה ובגינוי שהקהילה מבקשת להעביר באמצעות העונש עומד בסימן שאלה. לנו נדמה כי הגישה שבית־המשפט מאמץ משקפת הכרה בתפקידו הקומוניקטיבי של העונש: בנסיבות שבהן הנאשם אינו מסוגל לקלוט ולהבין את המסר המגנה העומד בבסיס העונש, וממילא להגיב עליו (בין בניסיון לעבור תיקון מוסרי ובין בבחירה לא לעבור תיקון כזה), העונש מאבד מתכליתו. במצב דברים זה העונש אינו מאפשר דיאלוג הדדי ורציונלי בין הנאשם לבין הקהילה, ומשום כך נשמטת הקרקע להצדקתו.

41 Duff, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 79.

42 שם, בעמ׳ 28–29 ו־118–119; R. Antony Duff, *Who Must Presume Whom to Be Innocent of What?*, 42 Neth. J. Legal Phil. 170, 190 (2013). לביקורת על התאמת עונש המאסר לענישה קומוניקטיבית ראו Alasdair Cochrane, *Prison on Appeal: The Idea of Communicative Incarceration*, 11 Crim. L. & Phil. 295 (2017).

43 ראו Hannah Maslen, Remorse, Penal Theory and Sentencing (2015); Julian V. Roberts & Netanel Dagan, *The Evolution of Retributive Punishment: From Static Desert to Responsive Penal Censure*, *in* Penal Censure (Antje du Bois-Pedain & Anthony E. Bottoms, forthcoming, 2019).

הנאשם על המסר שהעונש מבטא עשויה לשנות את המסר המקורי שהעונש מעביר.[44] בראייתה של מסלן, הגינוי המועבר על־ידי המסר העונשי הוא תוצר של שלושה שלבים: בשלב הראשון העונש הנגזר מהווה תגובה ראשונית על העברה; בשלב השני הנאשם מגיב בהתנהגותו על המסר העונשי המגנה; ובשלב השלישי הסמכות העונשית עורכת כוונון של עוצמת הגינוי המקורי בהתאם לתגובת הנאשם. מסלן אינה דנה במפורש בהשלכות המעשיות של גישתה ובאפשרות לשלבה במשפט הנוהג (למעט לעניין חרטה). אולם ניתן לעשות שימוש בתיאוריה שהיא מפתחת על־מנת להצדיק עיון מחדש בעונשי מאסר ממושכים במקרים שבהם יש מקום להגמיש את הגינוי. תפיסת הגינוי כמושג רציף ומתפתח, המקיים יחסי משוב עם תגובת הנאשם על העונש, מאפשרת מרחב תמרון בקביעת העונש גם לאחר גזירת הדין, בהתאם לטיב המענה של הנאשם למסר העונשי המגנה.[45] מכל מקום, ברי כי הרחבת הדיאלוג העונשי לשלב יישום העונש משתלבת באופן מסורתי דווקא עם ענישה תועלתנית, ובפרט שיקומית, הממוקדת בנתוני העבריין, ולא רק בעברה.[46] המעבר התיאורטי מגמול מגיע לגמול תגובתי מרחיב אפוא את פרק־הזמן הרלוונטי להערכת העונש ההולם. לפי עמדה זו, בקביעת האשָם יש חשיבות לא רק לנתונים המוקדמים לביצוע העברה (כגון תכנון העברה), אלא גם לנתונים המאוחרים לביצועה. ההנחה היא שככל שהעונש נועד לעודד תגובה ושינוי מוסרי אצל הנאשם, הסמכות המגנה צריכה להיות רגישה לסימנים של התעוררות מוסרית מצד הנאשם. רגישות כזו גם תגביר את הלגיטימיות של המסר המגנה בעיני הנאשם, משום שהוא יראה כי מסר זה נתפר למידותיו.[47] כך, למשל, נטען כי אסיר אשר מבטא חרטה או התנצלות כנה או מתקן את תוצאות העברה ראוי לעיצוב מחדש של עונשו על בסיס הפחתת הגינוי המגיע לו בעקבות מעשיו. אדישות מצד המדינה למאמציו של הנאשם לתקן את תוצאות העברה ולהגיב בצורה חיובית על המסר המגנה עלולה להעביר לנאשם מסר שאינו מכבד את מצבו המוסרי. אל למדינה לשכוח את האסיר לאחר מתן גזר־הדין, ובמקרה של תגובה חיובית שלו על המסר המגנה יש הצדקה להעריך מחדש את העונש, עוד במהלך תקופת נשיאתו, כדי לבחון אם הוא עודנו מידתי.[48]

---

44 ראו MASLEN, לעיל ה״ש 43, בעמ׳ 98–101.

45 ראו Roberts & Dagan, לעיל ה״ש 43.

46 ניק סמית הציע גישה של גמול דיאלקטי (Dialectical Retributivism) כדי להסביר מדוע התנצלות הנאשם רלוונטית כשיקול להקלה בגישה גמולית, כשם שהתנהגות מוקדמת לביצוע העברה, כגון הכנה, רלוונטית להערכת חומרת העברה. ראו Nick Smith, *Dialectical Retributivism: Why Apologetic Offenders Deserve Reductions in Punishment Even Under Retributive Theories*, 44 PHILOSOPHIA 343 (2016) ("...retributivists should endorse the general principle that categorically apologetic offenders deserve less punishment because certain kinds of contrition can revise the very nature of the offense and thereby make it less bad and deserving of less punishment. This claim is symmetrical with the popular view that unapologetic or remorseless offenders deserve more punishment").

47 ראו Roberts & Maslen, לעיל ה״ש 29.

48 ראו Smith, לעיל ה״ש 46; Roberts & Dagan, לעיל ה״ש 43; Anthony Bottoms, *Exploring an Institutionalist and Post-Desert Theoretical Approach to Multiple-Offense Sentencing*, *in* SENTENCING MULTIPLE CRIMES 31 (Jesper Ryberg, Julian V. Roberts & Jan W. de Keijser eds., 2017).

2. הגמשת מושג האשם

תחת תיאוריית הגמול הקשיח, מושג האשם הוא כאמור סטטי, צופה פני עבר וממוקד במועד ביצוע העברה או במועד סמוך לביצועה. גישה של גמול אישיותי (character retributivism), לעומת זאת, מציעה מסגרת שונה להבנת מושגי הגמול והאשם. גמול אישיותי פירושו שמושג האשם הוא פונקציה לא של העברה בלבד, אלא של מכלול אישיותו המוסרית של העבריין. לפי גישה זו, על העונש להיות מידתי ל״רוע הפנימי״ (inner wickedness) של הנאשם.[49] גישה זו תומכת ביצירת סימטרייה בין היכולת לשקול נתונים מוקדמים לביצוע העברה המלמדים על אשם (כגון תכנון מוקדם של העברה, המהווה נסיבה מחמירה) לבין נתונים מאוחרים לעברה, אשר יכולים אף הם ללמד על מידת האשם במסגרת תפיסה הוליסטית ורחבה יותר של האשם.[50]

ראוי להבחין בין שתי גרסאות של תיאוריית הגמול האישיותי המוצגות בספרות הקיימת. לפי גרסה אחת, העונש צריך להביא בחשבון שינויים המאוחרים לרגע ביצוע העברה אשר **משנים** את אישיותו המוסרית של הנאשם בהשוואה לאישיותו ברגע ביצוע העברה. לפי גישה זו, ראיות המעידות כי אישיותו של העבריין כיום מרוככת יותר בהשוואה לאישיות שהייתה לו בעת ביצוע העברה רלוונטיות להערכת עונשו ההולם.[51] מרטין גרדנר (Gardner) מסביר כי גישה זו אינה מסתפקת, כלשונו, ב״רגע החולשה״ של ביצוע העברה לבדו, כי אם מחייבת לבחון את מכלול האישיות של העבריין לשם קביעת העונש ההולם.[52] הצער שבחרטה ובנטילת האחריות מצד הנאשם עשויים ללמד על שינוי שהתחולל באישיותו והפך אותו לאדם שראוי לגינוי מופחת.[53] היטיב לנסח זאת ניק סמית (Smith):

> Character retributivism... makes a broader judgment about the totality of – or at least a wider swathe of – the offender's moral being. The character

---

49 ראו B. Douglas Robbins, *Resurrection from a Death Sentence: Why Capital Sentences Should Be Commuted upon the Occasion of an Authentic Ethical Transformation*, 149 U. PA. L. REV. 1115, 1123–1124 (2001) ("because character affects desert, and as the wrongdoer changes his character he necessarily changes the punishment he is owed"); John Tasioulas, *Repentance and the Liberal State*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 487, 503 (2007) ("'evil people are to be punished in proper proportion to their inner wickedness'... [I]f since committing the wrong [the wrongdoer] has shown genuine signs of repentance... he deserves to be punished less severely than he might have been but for his repentance").

50 ראו Roberts & Maslen, לעיל ה״ש 29; Smith, לעיל ה״ש 46.

51 ראו Bierschbach, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 1758–1759.

52 Martin R. Gardner, *The Renaissance of Retribution – An Examination of Doing Justice*, 1976 WIS. L. REV. 781, 805. ראו גם Stephen P. Garvey, *"As the Gentle Rain from Heaven": Mercy in Capital Sentencing*, 81 CORNELL L. REV. 989, 1025 (1996), הטוען כי תיאוריית האישיות מרחיבה את מסגרת הזמן הרלוונטית לעונש ומגדילה את טווח הנסיבות המקילות אל מעבר לחומרת העברה, באשר נסיבות אלה מלמדות על אישיותו המוסרית של הנאשם.

53 ראו Michael A. Simons, *Born Again on Death Row: Retribution, Remorse, and Religion*, 43 CATH. LAW. 311, 331 (2004) ("the repentant defendant actually transforms himself into a meaningfully different person, one who deserves less punishment").

> retributivist calibrates punishment according to the desert of the *person*, considered holistically, rather than merely her singular criminal act. From this perspective, a categorically apologetic offender rather obviously demonstrates a transformation that indicates an improvement in character from the time of offense.[54]

לפי הגרסה האחרת של תיאוריית הגמול האישיותי, העונש צריך להיות מידתי לחומרת העברה בלבד, אולם לצורך הערכת האשָם הגלום בביצוע העברה ייתכן שמידע שנוצר לאחר ביצוע העברה יגלה כי אישיותו של הנאשם **ברגע ביצוע העברה** לא הייתה כה בלתי־מוסרית כפי שביצוע העברה מלמד לכאורה. נתונים אישיותיים רלוונטיים אפוא למידת האשָם כאשר הם עשויים לצייר את אישיותו של הנידון או האסיר בצורה מרוככת יותר בהשוואה להערכה המסתמכת רק על **זמן ביצוע העברה**. ההנחה היא שמעשים המאוחרים לביצוע העברה עשויים לחשוף את אישיותו הפנימית ה״אמיתית״ של הנאשם.[55] כך, למשל, תרומה של הנידון לחברה או חרטה שהוא גילה לאחר ביצוע העברה הן נתונים רלוונטיים לקביעת העונש ההולם, משום שהן עשויות ללמד כי אישיותו של הנאשם חיובית יותר למעשה מכפי שמצטייר מהתבוננות רק על רגע ביצוע העברה.[56] בניגוד לגרסה הראשונה, הגרסה השנייה אינה מניחה שחל שינוי באישיותו של הנאשם לאחר ביצוע העברה, אלא רק מסיקה מההתנהגות המאוחרת על האישיות שהייתה לו בזמן הביצוע, ואשר צדדיה החיוביים טרם נחשפו אז. בעוד הגרסה השנייה עולה בקנה אחד עם תפיסה של גמול קשיח, הגרסה הראשונה משקפת תפיסה של גמול רך.

גמול אישיותי במובנו הרך מרחיב אפוא את מושג האשָם, ובכך מאפשר להביא בחשבון נסיבות ועובדות מקילות הנלמדות ממכלול התנהגותו של האסיר לאחר ביצוע העברה. בנסיבות שבהן האסיר משקיע מאמץ לתקן את דרכיו, שינוי חיובי זה באישיותו צריך לגרור התחשבות גם בקביעת העונש ההולם. כך, למשל, מודל של גמול אישיותי מעניק משקל רב לחזרה בתשובה של העבריין – אסיר שחזר בתשובה מגלה אישיות טובה יותר מאשר אסיר שלא עשה כן. אם האישיות משפיעה על הגמול הראוי לעברה, אזי שינוי באישיות רלוונטי לקביעת העונש ההולם.

לסיכום, הן הרחבת מושג הגינוי העונשי והן הרחבת מושג האשָם, חרף השוני העיוני ביניהן, חולקות מאפיין משותף חשוב המצדיק את הכללתן תחת מסגרת תיאורטית אחת: התמקדות גם בהתפתחויות הנוגעות בנאשם שהתרחשו לאחר ביצוע העברה וראייתן כרלוונטיות לקביעת עונשו המידתי. ההתחשבות בתגובת הנאשם על העונש כחלק מהדיאלוג העונשי כמו־גם באישיות המוסרית הכוללת של הנאשם נעשית כחלק מהדיון הגמולי וכחלק מהחתירה לעונש צודק, וזאת ללא קשר הכרחי להפחתת פשיעה עתידית או לתכלית תועלתנית

---

54 Smith, לעיל ה״ש 46, בעמ׳ 348.

55 ראו Jeffrie G. Murphy, *Remorse, Apology, and Mercy*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 423, 443 (2007) (“states of character, if truly present, will be viewed as revealing an inner character that is much less vicious than the character present in the unrepentant criminal”).

56 ראו Bierschbach, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 1758 ; Reitz, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 127.

אחרת המְמָרבת את התועלת החברתית הכוללת. בכך גישות אלה סוטות מההתמקדות המסורתית והדווקנית של הגמול הקשיח בהערכה הצופה פני עבר תוך שקילת חומרת העברה בנסיבותיה בלבד ותוך תחימת פרק־הזמן הרלוונטי להערכת העונש ההולם למועד ביצוע העברה או סמוך מאוד לכך. בד בבד, אינדיווידואליזציה זו של העונש היא חדשה משום שהיא משעינה את ההתחשבות בנתוניו האישיים של העבריין על טעמים של מידתיות. זאת, להבדיל מן התיאוריה התועלתנית, המכירה אף היא באינדיווידואליזציה של הענישה בדמות התחשבות בנתוניו האישיים של העבריין, אך זאת רק מטעמים של קידום תכליות תועלתניות, כגון שיקום, מניעה או הרתעת היחיד.

3. הצדקת מנגנונים תועלתניים במונחי גמול

לדיון התיאורטי יש השלכה מעשית על אפיון וסיווג של דרכי ענישה ומנגנונים פנולוגיים שונים. יישומים של גישת הגמול הרך ניתן לראות בפרשנות גמולית המיוחסת לדרכי ענישה שמקובל לראותן כתועלתניות במהותן. מדובר בדרכי ענישה המכוּוונות להשגת תכליות תועלתניות מובהקות במקורן, לרוב של שיקום, אשר בספרות העוסקת בגמול הרך מקבלות פרשנות או הצדקה שאינן תועלתניות. באופן זה, בעוד גישות גמוליות קשיחות נוטות לדחות את השימוש במנגנונים אלה, גישות של גמול רך עשויות לתמוך בהן.

בהקשר זה מקובל במיוחד להשתמש בתיאוריה הקומוניקטיבית של הענישה לשם הצדקת מנגנונים תועלתניים במונחים גמוליים. כך, למשל, יש הסבורים כי את צו המבחן – עונש שנתפס באופן מסורתי כשיקומי ולעיתים אף כחלופה לעונש – ניתן להצדיק באמצעות הגישה הקומוניקטיבית. לפי תפיסה זו, הנבחן מגיב על תנאי המבחן ומעביר באמצעות תגובתו מסר של כפרה וחזרה בתשובה במובנה הא־דתי. ייתכן שיש בכך כדי להסביר גם את הדגשת הרכיב הפיקוחי בעונש זה ואת השפעתו העונשית על הנבחן.[57] אחרים הציעו כי הפיקוח על משוחררים על־תנאי – אמצעי שפּוּתח אף הוא על בסיס מניעתי ושיקומי – מהווה חלק ממערכת מסרים נורמטיביים שמועברים מהאסיר המשוחרר לקהילה ובחזרה.[58] כותבים נוספים הציעו לראות את המאסר הבלתי־קצוב, שנתפס כפסגת הענישה השיקומית, כמוצדק דווקא על יסוד הטענה שהוא מכונן מערכת של ענישה קומוניקטיבית המבוססת על התנהגות האסיר במאסר. כך, ביצוע עברות משמעת במאסר מבטא דחייה של המסר העונשי על־ידי האסיר, ועל־כן מצדיק החמרה בענישה.[59] עוד הוצע כי עיון מחודש בעונש לאחר גזירת הדין יכול להיות מוצדק על בסיס הטענה כי תגובת הנאשם על העונש עשויה להפחית את הגינוי במסגרת

---

57 ראו Beth Weaver, *Communicative Punishment as a Penal Approach to Supporting Desistance*, 13 THEORETICAL CRIMINOL. 9, 23 (2009).

58 ראו Netanel Dagan & Dana Segev, *Retributive Whisper: Communicative Elements in Parole*, 40 LAW & SOC. INQUIRY 611 (2015).

59 ראו Michael M. O'Hear, *Beyond Rehabilitation: A New Theory of Indeterminate Sentencing*, 48 AM. CRIM. L. REV. 1247, 1269 (2011) (להלן: O'Hear, *Beyond Rehabilitation*) הטוען כי כללי בית־הסוהר יכולים להיתפס כמעבירים לאסירים מסר. על־כן הפרה רצונית ושיטתית של כללי בית־הסוהר מצדיקה סנקציה קומוניקטיבית בדומה להפרת צו מבחן. לא נדון כאן בקשיים שגישה זו מעוררת.

הדיאלוג המתמשך והדינמי בין הנאשם לקהילה, בפרט מקום שהנזק שנגרם בעקבות העברה הופחת על־ידי האסיר.[60] בכל הדוגמאות הללו, שמעוררות בוודאי שאלות רבות, דרכי ענישה שנתפסות במקורן כתועלתניות וכצופות פני עתיד מקבלות פרשנות בעלת מימד גמולי, המדגיש את השתלבותן במסגרתו של עונש צודק, והכל תוך שימוש ברטוריקה גמולית קומוניקטיבית.

השפעת עלייתו של הגמול הרך אינה מתמצית רק בהגמשת קנה־המידה להערכת מידתיותם של עונשי מאסר או ביציקת משמעות חדשה או בסיס תיאורטי חדש לדרכי ענישה תועלתניות. ניתן לזהות את השפעתה גם על הפרשנות המוקנית להליכים חלופיים או משלימים להליך הפלילי המסורתי, אשר הלכו והתפתחו בעשורים האחרונים. הליכי צדק מאחה הם דוגמה מעניינת, בהקשר זה, להסברת דרכי ענישה תועלתניות בעיקרן במונחים גמוליים. בצד הדומיננטיות הגמולית בדיני הענישה בשנים האחרונות מתקיימת מגמה מקבילה – בלתי־קשורה לכאורה – של עליית הצדק המאחה כחלופה להליך הפלילי הקלסי או כהליך משלים במסגרתו. הגישה המאחה תופסת את מעשה העברה כפגיעה אישית בצדדים הנוגעים בדבר ובמערכות היחסים שביניהם.[61] הליכים אלה, שצמחו על רקע האכזבה מההליך הפלילי המסורתי, מבקשים לתת מענה לצרכים של נפגע העברה, של הקהילה ושל הפוגע, במטרה לאחות את הפגיעות שנגרמו בעקבות ביצוע העברה. תוכנית האיחוי נקבעת על־ידי הצדדים עצמם, בהסכמה, לאחר תהליך של הידברות המתקיים בנוכחות נציג של המדינה, המלווה את ההליך.[62] הכתיבה השיקומית הרבתה להדגיש את הרציונל התועלתני העומד ביסודה של גישה זו. הגישה המאחה מתוארת כצופה פני עתיד, וכמכוונת להשגת תכליות תוצאתניות של הרתעה, שיקום, מניעה, איחוי הפגיעות והעצמת חברי הקהילה שבקרבה התחולל הפשע.[63] כותבים שיקומיים ביקשו להצדיק את הגישה המאחה, ולהציגה כעדיפה על הגישה העונשית הקלסית, בטענה שהליכי צדק מאחה מנביעים תגובה תועלתנית, רציונלית ואפקטיבית יותר על פשיעה.[64] ספרות אמפירית ענפה התמקדה בניסיון להוכיח את יעילותה של הגישה המאחה בצמצום פשיעה, במטרה לשכנע כי יש לוותר על הדחף ה״פרימיטיבי״ להשיב לעבריין כגמולו או לנקום בו, ובמקום זאת לבחור בדרך האפקטיבית של העצמת הצדדים להליך, ובראשם נפגעי העברה.[65]

---

60 ראו Roberts & Dagan, לעיל ה״ש 43.

61 ראו HOWARD ZEHR, CHANGING LENSES: A NEW FOCUS FOR CRIMINAL JUSTICE (1990).

62 ראו John Braithwaite, *Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts*, 25 CRIME & JUST. 1 (1999).

63 להרחבה ראו טלי גל והדר דנציג־רוזנברג ״צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי״ **משפטים** מג 779 (2013).

64 ראו, למשל, Lode Walgrave, *Restorative Justice for Juveniles: Just a Technique or a Fully Fledged Alternative?*, 34 HOW. J. CRIM. JUST. 228 (1995).

65 מחקרים הצביעו על יעילות דומה או גבוהה של הליכי צדק מאחה בהשוואה להליכים עונשיים בהפחתת שיעורי עבריינות חוזרת בעברות רכוש ואלימות. ראו LAWRENCE W. SHERMAN & HEATHER STRANG, RESTORATIVE JUSTICE: THE EVIDENCE (2007); Jeff Latimer, Craig Dowden & Danielle Muise, *The Effectiveness of Restorative Justice Practices: A Meta-Analysis*, 85 PRISON J. 127 (2005).

במבט ראשון נדמה אפוא כי עליית הגמול ועליית הצדק המאחה הן לכל־הפחות מגמות אדישות זו לזו, אם לא מגמות סותרות. מודל הענישה הגמולי, בהיותו צופה פני עבר וממוקד בגרימת כאב וגינוי, נדמה כסותר את המודל המאחה, ולכן מפתיע לכאורה לגלות כי שתי המגמות החלו במקביל פחות או יותר. אולם עם התפתחות הכתיבה התיאורטית על גישת הצדק המאחה ניתן לזהות מגמה השואפת לזהות יסודות גמוליים במסגרת הגישה המאחה.[66] כך, למשל, הודגש כי צעדי האיחוי המוסכמים כוללים במקרים רבים מרכיבים המהווים נטל על הפוגע. אלה נקבעים, בין היתר, בהתחשב בחומרת המעשה ובנסיבותיו.[67] לפיכך נטען כי נכון לתארם לא כחלופה לענישה, אלא כענישה חלופית, שפשוט לובשת צורה של ריפוי, תיקון והטבת נזקים.[68] בזכות הדיון הפרטני במקרה עצמו, בהשלכותיו ובאחריותו של הפוגע, הליך הצדק המאחה נתפס הן על־ידי נפגעים והן על־ידי פוגעים כמשיג גמול מידתי והוגן יותר מאשר עונש הנגזר על־ידי סמכות חיצונית כופה כבית־המשפט.[69] נוסף על כך, דאלי (Daly) הציעה לראות הליכים מאחים ככאלה המשרתים גם תכליות קומוניקטיביות.[70] לתפיסתה, ההליך המאחה כרוך בגינוי קומוניקטיבי של הפוגע, המוביל בתורו לחרטה, להתבוננות על העברה ועל הנזק שנגרם בעקבותיה, וכן ליצירת תיקון (making amends) – יסודות המוכרים כתכליות חשובות של ענישה קומוניקטיבית.[71]

לבסוף, מגמה המזהה רכיבים גמוליים במנגנונים שנתפסים באופן מסורתי כתועלתניים משתקפת בפרשנות שהוצעה לרציונל העומד בבסיס פעולתם של בתי־המשפט לסמים. בתי־משפט מיוחדים אלה מהווים וריאציה של מודל בתי־המשפט פותרי הבעיות.[72] מטרתם היא לאתר את בעיות־השורש שבעטיין נאשמים מכורים לסמים מעורבים בביצוע עבירות, ולהציע טיפול־עומק שיסייע בקטיעת ״המעגל השוטה״ שבמסגרתו מכורים נשפטים לעונשי מאסר, יושבים בכלא, משתחררים, עוברים שוב עבירות, נשפטים שוב למאסר וחוזר חלילה. באמצעות עבודת צוות המונחית על־ידי השופט נבנית תוכנית שיקום לכל נאשם בהתאם למאפייניו,

---

66 לדיון ראו, למשל, Hadar Dancig-Rosenberg & Tali Gal, *Restorative Criminal Justice*, 34 CARDOZO L. REV. 2313 (2013).

67 ראו ZEHR, לעיל ה״ש 61, בעמ׳ 210; Kathleen Daly, *Does Punishment Have a Place in Restorative Justice?* (unpublished paper presented to the Australia and New Zealand Society of Criminology Annual Conference, 1999); Lode Walgrave, *Restoration in Youth Justice*, 31 CRIME & JUST. 543 (2004).

68 ראו R.A. Duff, *Alternatives to Punishment – or Alternative Punishment?*, *in* RETRIBUTIVISM AND ITS CRITICS 43 (Wesley Cragg ed., 1992).

69 ראו SHERMAN & STRANG, לעיל ה״ש 65; Joanna Shapland et al., *Does Restorative Justice Affect Reconviction? The Fourth Report from the Evaluation of Three Schemes* (Ministry of Justice Research Series 10/08, 2008).

70 ראו Daly, לעיל ה״ש 67, בעמ׳ 4, המסבירה כי תוכניות צדק מאחה "...are concerned with censuring past behaviour and with changing future behaviour; they are concerned with sanctions or outcomes that are proportionate and that also 'make things right' in individual sense".

71 שם.

72 ראו Greg Berman & John Feinblatt, *Problem Solving Courts: A Brief Primer*, 23 LAW & POL'Y 125 (2001).

לבעיותיו וליכולותיו, והצוות המשפטי מפקח ועוקב בצורה קפדנית אחר יישומה של תוכנית השיקום. אף שמודל בתי־המשפט פותרי הבעיות נתפס באופן מסורתי כמודל תועלתני, הצופה פני עתיד ומתמקד בשיקום, היו שהציעו למקמו דווקא בגדריה של תיאוריית הגמול הקומוניקטיבי. כך, הצעדים המוטלים על נאשמים במסגרת תוכנית השיקום הנתפרת להם תוארו כסוג של עונש קומוניקטיבי שתכליתו למקד את תשומת־ליבו של הנאשם לַפסוּל שבהתנהגותו ולמה שעליו לעשות על־מנת לחולל תיקון. מטרתם של צעדים אלה, כך נטען, היא לקדם כפרה ״חילונית״ – תשובה ופיוס עם הקהילה.[73]

לאחר שהצגנו את מגמת התועלתנות, על כמה מהשפעותיה המעשיות, נעבור לבחינת הסברים לעליית הגמול הרך בראייה פנולוגית רחבה, תוך השוואה בין הגמול הרך לבין תיאוריות הענישה השונות, ובשים לב לתהליכים חברתיים הקשורים לכך.

ג. הערכת מגמת התפתחותו של הגמול הרך ומשמעויותיה

כיצד ניתן להסביר את עלייתו של הגמול הרך בשנים האחרונות, ומהן השלכותיה? בפרק זה נבקש להעריך מגמה זו ולעמוד על משמעויותיה בהקשר פנולוגי רחב. עלייתה של המגמה, כך נדמה לנו, היא פרי תהליכים סוציו־היסטוריים מורכבים שהתחוללו – ועודם מתחוללים בחלקם – במשפט האנגלו־אמריקאי. לא נתיימר למצות את הדיון בכל הגורמים האפשריים למגמה זו. תחת זאת נציע היפותזה שעשויה להוות לדעתנו הסבר אפשרי מסתבר.

על־פי ההיפותזה שנציג, צמיחתו של הגמול הרך באה על רקע חלל שנוצר בעקבות דעיכתו של הגמול הקשיח, מחד גיסא, ולנוכח חסרונותיה של התיאוריה התועלתנית, מאידך גיסא. גישה זו מספקת הצדקה לתיאוריית ענישה מסוג חדש, אשר מאפשרת ליהנות הן מיתרונות הרטוריקה הגמולית והן מיתרונות הפרקטיקה התועלתנית, תוך טשטוש החסרונות היחסיים של כל אחת מהגישות. כפי שנסביר, הגמול הרך מאפשר ״ליהנות מכל העולמות״, ובכך יש בו כדי להציע תיאוריית ענישה חלופית אטרקטיבית המאפשרת להרחיב את הלגיטימציה שבבסיס ההחלטה העונשית. בשורות הבאות נבקש לעמוד על היתרונות והחסרונות היחסיים הגלומים בגמול הרך בהשוואה לכל אחת משלוש התיאוריות המסורתיות המשמשות להצדקת הענישה:

---

73 ראו Michael M. O'Hear, *Drug Treatment Courts as Communicative Punishment*, *in* RETRIBUTIVISM HAS A PAST: HAS IT A FUTURE? 234, 235–236 (Michael Tonry ed., 2011), המסביר כי אף שבתי־משפט לסמים מוצדקים בדרך־כלל על בסיס תכליות צופות פני עתיד, איכויותיו הקומוניקטיביות עשויות להצדיקו על בסיס גמולי צופה פני עבר. לצד זאת הדגיש O'Hear כי הוא ער להיבטים מסוימים של מודל בתי־המשפט לסמים אשר עולים פחות בקנה אחד עם הרציונל של תיאוריית הגמול הקומוניקטיבי, כגון גישה שמדגישה את ההתמכרות כסוג של מחלה, תוך טשטוש היסוד הרצוני הכרוך בשימוש בסמים, כמו־גם מדיניות מחמירה החורגת מדרגות ראויות של מידתיות עונשית (שם, בעמ׳ 235). לפקפוק בהתאמתו של מודל בתי־המשפט לסמים לתיאוריית הגמול הקומוניקטיבי ראו גם Douglas Husak, *Retributivism, Proportionality, and the Challenge of the Drug Court Movement*, *in* RETRIBUTIVISM HAS A PAST: HAS IT A FUTURE? 214 (Michael Tonry ed., 2011).

גמול מגיע, תועלתנות וגמול מוגבל (כמייצג גישה מעורבת). טבלה 1 שלהלן מרכזת את עיקרי ההבדלים בין התיאוריות, בחתך של פרמטרים שונים, ובמהלך הדיון נסתייע בה.

טבלה 1: הבדלים בין תיאוריות הענישה

	גמול מגיע	**תועלתנות**	**גמול מוגבל**	**גמול רך**
ההצדקות לענישה	גמול – מידתיות בין חומרת העברה בנסיבות ביצועה על־ידי הנאשם לבין חומרת העונש	מֶרוּב תועלות חברתיות כגון שיקום, מניעה והרתעה	גמול (מידתיות) + מֶרוּב תועלות חברתיות כגון שיקום, מניעה, הרתעה	גמול – מידתיות בין חומרת העברה בנסיבות ביצועה על־ידי הנאשם לבין חומרת העונש
התחשבות בנתוני העבריין שאינם קשורים לחומרת העברה	אינה אפשרית	אפשרית	אפשרית בתוך המתחם ההולם	אפשרית
הטעמים לאינדיווידואליזציה	–	טעמים תועלתניים של הפחתת פשיעה	טעמים תועלתניים של הפחתת פשיעה (בתוך המתחם ההולם)	טעמים של **מידתיות** (גינוי מגיע ואשמה)
היקף ההקלה האפשרית בשל נתונים אשר קשורים לעבריין ומאוחרים לביצוע העברה	–	כעיקרון, בלתי־מוגבל	מוגבל, רק בתוך המתחם ההולם	אינו מוגבל למתחם כלשהו, אך המוקד הוא בעיקר בחומרת העברה
נתונים מרכזיים לקביעת העונש	חומרת העברה (נזק ואָשם בלבד)	נתונים שרלוונטיים להערכת סיכויי השיקום או להפחתת מוּעדוּת	חומרת העברה (נזק ואָשם) + נתונים שרלוונטיים לשיקולי תועלת בתוך המתחם ההולם	חומרת העברה (נזק ואָשם); חרטה, התנצלות; קבלת אחריות לביצוע העברה ופיצוי הקורבן
מסגרת הזמן הרלוונטית לקביעת העונש הראוי	בשלב גזירת הדין בלבד	בשלב גזירת הדין, תוך אפשרות לשינוי בתקופת יישום העונש	בדרך־כלל בשלב גזירת הדין	בשלב גזירת הדין, תוך אפשרות לשינוי בתקופת יישום העונש

1. גמול רך מול גמול מגיע

ההיפותזה שנציע בשורות הבאות גורסת, בתמצית, כי עליית הגמול הרך התחוללה, בין היתר, על רקע דעיכתה של תיאוריית הגמול המגיע. זאת, לנוכח תוצאות מעשיות קשות של החמרה

בענישה, אשר קיבלה השראה, בין היתר, מתיאוריית הגמול המגיע, אך נבעה בעיקרה מניצול לרעה של רטוריקת הגמול המגיע לצורכי ענישה בלתי־מידתית.

בבסיס ההיפותזה שהצגנו זה עתה מונחת הנחה שיש לבארה. קו הטיעון שהוצג מניח כי תיאוריית הגמול המגיע סיפקה השראה להחמרת הענישה. הנחה זו עלולה להישמע תמוהה, שכן גמולנים רבים, ובראשם תיאורטיקאים של גמול מגיע, הדגישו כי גמול כתיאוריה דורש הקפדה על מידתיות, ובכך מהווה דווקא **בלם** מפני ענישה מחמירה מדי.[74] פון־הירש (von Hirsch) הדגיש כי ההחמרה בענישה שהתחוללה בארצות־הברית בשנות השבעים של המאה העשרים נוצרה בשל **חריגה** משמירה על המידתיות, ומכאן שספק רב, לדבריו, אם תיאוריית הגמול היא שסיפקה השראה להחמרה בענישה.[75] אולם הטענה כי לתיאוריה הגמולית הייתה תרומה פוזיטיבית להחמרה בענישה אינה חדשה. מלומדים מצאו קשר בין מדיניות הענישה המחמירה בארצות־הברית לבין תיאוריית הגמול. ג׳יימס ויטמן (Whitman) טען כי גמולנים שפכו שמן למדורת הענישה האמריקאית, כהגדרתו, ועל־כן אין זה מקרה שהגמול ליווה את ההחמרה בענישה בארצות־הברית למן שנות השבעים.[76] צ׳ד פלנדרס (Flanders) העמיק בהסברים אפשריים לעמדתו זו של ויטמן: הגמול עוסק, מעצם טיבו, באשם ובנזק, ונותן מקום לתגובה חברתית רגשית על העברה; כמו־כן, גמולנים רבים רואים בעונש דבר חיובי כשלעצמו, ואף כזכות העומדת לנענש, וזאת מטעמים של שוויון וכיבוד האוטונומיה שלו; ועל כך יש להוסיף את העובדה שתיאוריית הגמול המגיע מרוחקת, מעצם טיבה, מנשיאת העונש עצמה ומהשלכותיה המעשיות הקשות.[77] ניקולה לייסי והאנה פיקרד (Lacey & Pickard) זיהו תיאוריה של גמול מגיע עם החמרה בענישה בשל הקושי הרב, המעוגן אמפירית, לקבוע כיצד יש לעגן את סולם הענישה הגמולי (מידתיות קרדינלית). במצב זה, כך נטען, היכולת של עקרון המידתיות בגישה של גמול מגיע להציע אמת־מידה מהותית משמעותית להתאמת העונש היא מוגבלת, ובפועל טמון בכך פוטנציאל החמרה.[78] וינסנט צ׳יאו (Chiao) הוסיף כי תיאוריות דאונטולוגיות אינן יכולות להסביר מה בלתי־צודק בתופעת כליאת ההמונים. זאת, אף שכליאת ההמונים נתפסת – גם בקרב התומכים בתיאוריות דאונטולוגיות – כבלתי־צודקת.[79] לבסוף,

---

74 כפי שציין אשוורת: "...proportionality theory did not fail to produce penal moderation, because it was not implemented as intended". ראו Andrew Ashworth, *Prisons, Proportionality and Recent Penal History*, 80 MOD. L. REV. 473, 486 (2017). אכן, גמולנים קלסיים קראו באופן עקבי לריסון בשימוש בעונשי מאסר, להגבלת אורכם ולהקפדה על זכויות אסירים, וזאת בעיקר בהתייחס למדיניות הענישה האמריקאית המחמירה. ראו, למשל, שם, בעמ׳ 484; DUFF, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 150–151; VON HIRSCH & HANRAHAN, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 61.

75 ראו VON HIRSCH, לעיל ה״ש 7, פרק 10. ראו גם DUFF, לעיל ה״ש 34, בעמ׳ 150–151.

76 ראו Whitman, *Against Retributivism*, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 88, 94–95.

77 ראו במיוחד Chad Flanders, *Retribution and Reform*, 70 MD. L. REV. 87, 89–90, 98–100 (2010).

78 ראו Nicola Lacey & Hanna Pickard, *The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems*, 78 MOD. L. REV. 216, 219 (2015).

79 ראו Vincent Chiao, *Mass Incarceration and the Theory of Punishment*, 11 CRIM. L. & PHIL. 431 (2017).

מייקל אוהיר (O'Hear) טען כי כשלונם של הגמולנים להציב בלמים לפרקטיקות העונשיות המחמירות עשוי להיות קשור לנטייתם להתמקד בפרקטיקות אלה, במקום במנגנוני ענישה שאינם מבוססי־מאסרים.[80]

אך אולי יהיה נכון יותר להיות זהירים ולומר כי **הרטוריקה** הגמולית נוצלה להחמרה בענישה בלא הקפדה דקדקנית על דרישותיה של התיאוריה המקורית. בלשונו של ג׳פרי מרפי (Murphy), קל לדלג מתיאוריית הגמול המגיע, הממוקדת במידתיות, אל יישומה המחמיר בפועל. לדבריו, קיים מדרון חלקלק – המאפיין את דפוסי המחשבה של קובעי מדיניות ושופטים – מן הקביעה של הגמול המגיע כי ״בגלל מעשה העברה, שלווה יסוד נפשי בזמן ביצוע העברה, הנאשם אשם וראוי לעונש הולם״ אל העמדה שלפיה ״לנאשם יש אישיות בלתי־מוסרית״, וממנה אל התפיסה כי ״לנאשם יש אישיות אכזרית״, ומשם לקביעה כי ״הנאשם מרושע מיסודו״ – מסקנה המצדיקה למעשה השתת כל עונש עליו, לרבות המחמיר ביותר.[81] בהקשר זה הסביר אקו יאנקה (Yankah) כי גמול מפשיט באופן מלאכותי את העבריין מן ההקשר החברתי שלו, ובכך גורם לעניין המודחק של הציבור באופיו של העבריין לבוא לידי ביטוי ״ברבות מהפרקטיקות המכוערות ביותר שקיימות במשפט הפלילי״.[82]

אכן, התחזקותן של מגמות ניאו־ליברליות בארצות־הברית למן שנות השישים, על־חשבון מדיניות של penal-welfarism, העצימה תפיסות הרואות בפשיעה תוצר של בחירה ואחריות אישית, ולא תוצאה של מערך חברתי מורכב העומד ביסודה של תופעת העבריינות. תפיסות אלה גררו אחריהן, בין היתר, רטוריקה גמולית של קריאה להחמרה בענישה, אשר תורגמה בפועל למדיניות של כליאת המונים. חוקרים שונים קישרו בין המדיניות העונשית המחמירה

---

80 ראו O'Hear, *Beyond Rehabilitation*, לעיל ה״ש 59, בעמ׳ 1286.

81 ראו JEFFRIE G. MURPHY, PUNISHMENT AND THE MORAL EMOTIONS: ESSAYS IN LAW, MORALITY, AND RELIGION 85–87 (2012). גזר־דינו של ברנרד מיידוף, שנידון לעונש של מאה וחמישים שנות מאסר בגין הונאת צווארון לבן בהיקף עצום, הוא דוגמה קלסית לענישה מחמירה שניתנה על בסיס הצדקות של גמול מגיע. ראו Transcript of Sentencing Hearing at 47, United States v. Madoff, No. 09-0213 (S.D.N.Y. June 29, 2009), שם קבע השופט דני צ׳ין (Chin) כך: "One of the traditional notions of punishment is that an offender *should be punished in proportion to his blameworthiness*. Here, the message must be sent that Mr. Madoff's crimes were *extraordinarily evil*... the message must be sent that in a society governed by the rule of law, Mr. Madoff will *get what he deserves*, and that he will be *punished according to his moral culpability*" (ההדגשות הוספו). דוגמה נוספת מהעת האחרונה היא גזר־דינו של לארי נסאר, רופא נבחרת המתעמלות האולימפיות של ארצות־הברית, שהורשע בגין התעללות וניצול מיניים של יותר ממאה וחמישים ילדות ונערות, חברות הנבחרת, במשך כשני עשורים. נסאר נידון לעונש של עד מאה שבעים וחמש שנות מאסר. השופטת רוזמרי אקווילינה (Aquilina) השתמשה בלשון גמולית מפורשת בגזר־הדין, כאשר אמרה: "I believe that the sentence is proportionate to the seriousness of the circumstances surrounding the offenses..." ראו Eric Levenson, *Larry Nassar Sentenced to Up to 175 Years in Prison for Decades of Sexual Abuse*, CNN (Jan. 25, 2018), https://www.cnn.com/2018/01/24/us/larry-nassar-sentencing/index.html. מבחינה זו הגמול המגיע אינו מייצג גישה שולית שמקומה רק במאמריהם של פילוסופים העוסקים בחקר הענישה. גישה זו מקובלת ומיושמת גם בפסיקה, כפי שהודגם בפרשות מיידוף ונסאר.

82 Yankah, לעיל ה״ש 23, בעמ׳ 459.

שגברה בארצות־הברית לבין שינויים פוליטיים שהתחוללו שם בשנות השישים והשבעים.[83] דייוויד גרלנד (Garland) הצביע על משבר אמון של הציבור ברשויות השלטון, אשר נבע מגל של משברים כלכליים ותרבותיים שגרם להתנפצותה של אשליית מדינת הרווחה. בעקבות זאת המיר הציבור את הציפייה לקבלת שירותי רווחה בציפייה בסיסית יותר לקבלת הגנה מ״איומי חוץ״, ובעיקר מפני פשיעה. סדר פוליטי חדש זה פינה את הבמה למדיניות המקדמת גמול ומניעה, ודחק לקרן־זווית מדיניות שיקומית.[84] תיאודור קפלו (Caplow) וג׳ונתן סיימון (Simon) הסבירו את נטייתם של פוליטיקאים בתקופה זו להתמקד במלחמה בפשיעה בצמיחתה של ״פוליטיקה של זהויות״ ("identity politics"): מכיוון שנושאים כגון הפלות או זכויות אזרח היו טעונים ושנויים במחלוקת, וככאלה היו עלולים להרחיק קהל של מצביעים פוטנציאליים, העדיפו פוליטיקאים להדגיש נושאים שמצויים בקונסנזוס, דוגמת הצורך לנקוט יד קשה נגד עבריינות, וכך למָרֵב את מספר התומכים המזדהים עם מדיניותם, והכל תוך שימוש ברטוריקה של צדק עונשי מחמיר.[85] העלייה במעמדם של נפגעי עברה השתלבה אף היא בתהליך רחב יותר של העברת העיסוק מהגורמים לפשיעה אל תוצאותיה.[86] הרטוריקה המשפטית, החברתית והפוליטית, אשר עשתה שימוש במינוח של צדק וגמול, הדגישה את המלחמה בפשיעה באמצעות תפיסות של ״חוק וסדר״ ותוך חיזוק מעמדם של הנפגעים. בהקשר זה נטען גם כי האחדת האינטרסים הללו ליוותה את הרטוריקה של תנועת נפגעי העברה בארצות־הברית, ונוצלה על־ידי גורמים פוליטיים לחיזוק מדיניות נוקשה של ענישה מחמירה, אשר זוהתה כמשקפת ענישה גמולית.[87] כך, גורמים אלה ואחרים הפכו את הרטוריקה הגמולית – במובן של ענישה מחמירה הממוקדת בגינוי אקספרסיבי חריף של העברה – לפופולרית.

---

83 מתוך הכתיבה הענפה הקיימת בנושא ראו, למשל, אסופת מאמרים בעריכת דייוויד גרלנד הסוקרת מהיבטים שונים את הגורמים והתוצאות של תופעת כליאת ההמונים בארצות־הברית: MASS IMPRISONMENT: SOCIAL CAUSES AND CONSEQUENCES (David Garland ed., 2001).

84 ראו GARLAND, לעיל ה״ש 21. כותבים נוספים העלו הסברים דומים: Michael Tonry, *Rethinking Unthinkable Punishment Policies in America*, 46 UCLA L. REV. 1751, 1781 (1999); BERT USEEM & ANNE MORRISON PIEHL, PRISON STATE: THE CHALLENGE OF MASS INCARCERATION (2008); John Pratt, *Beyond 'Gulags Western Style'? A Reconsideration of Nils Christie's Crime Control as Industry*, 5 THEORETICAL CRIMINOL. 283 (2001).

85 ראו Theodore Caplow & Jonathan Simon, *Understanding Prison Policy and Population Trends, in* PRISONS 63, 71 (Michael Tonry & Joan Petersilia eds., 1999). קתרין בקט הלכה צעד נוסף קדימה והציעה כי השימוש ברטוריקת ה־tough-on-crime לא נעשה כתגובה על פחד של הציבור מפני פשיעה, אלא כדי לנטוע בציבור פחד כזה מלכתחילה, על־מנת להסיט את תשומת־ליבו מהבעיות האמיתיות אל עבר ״אויב משותף״. ראו KATHERINE BECKETT, MAKING CRIME PAY: LAW AND ORDER IN CONTEMPORARY AMERICAN POLITICS 23 (1997). בספרות הוצעו גורמים נוספים, כגון עליית כוחה של התביעה במסגרת הסדרי־טיעון. ראו John F. Pfaff, *The Micro and Macro Causes of Prison Growth*, 28 GA. ST. U. L. REV. 1239 (2012).

86 לרנאו, לעיל ה״ש 18.

87 ראו MARKUS DIRK DUBBER, VICTIMS IN THE WAR ON CRIME: THE USE AND ABUSE OF VICTIMS' RIGHTS (2006).

הקישור בין ענישה מחמירה לרטוריקה גמולית אינו מפתיע. יתרונותיה של הרטוריקה הגמולית בהקשר זה ברורים. תיאוריות גמוליות עושות שימוש תדיר במושג הצדק[88] – מושג עמום ורב־משמעי, שמשמעותו המעשית שנויה במחלוקת.[89] הגמול מבוסס על אינטואיציה מוסרית הקיימת בהקשרים אחרים בחיי האדם.[90] נוסף על כך, בעולם פוסט־מודרני ורב־תרבותי, שקיימים בו פערים חברתיים בין קבוצות שונות באוכלוסייה, תפיסת הצדק היא חמקמקה ובלתי־מוגדרת. במציאות כזו מושגים כגון ״צדק״ או ״גמול מגיע״ נהנים מיתרון סימבולי, בהיותם כלים רטוריים רבי עוצמה, בעלי חשיבות פוליטית וכוח שכנוע פנימי המופנה להמון, אשר מחד גיסא אינם דורשים הוכחת תוצאה מעשית, ומאידך גיסא מאפשרים פרשנויות שונות, ובפרט יישומים שונים. בעוד התיאוריה הגמולית עוסקת באופן מופשט בכך שעונש מוצדק בשל מה שמגיע לעבריין, תוך מתן תוקף לרגשות גמוליים מצד אחד אך גם למידתיות מצד אחר, הציבור תופס זאת באופן פשטני כאישור מוסרי לשנוא עבריינים ולהטיל עליהם עונשים מחמירים. תיאורטיקאים גמולנים מתעקשים כי מדובר בפרשנות שגויה של כוונתם.[91] אולם, כפי שהצביעו אחרים, העדר הגדרה מוסכמת של פתרונות ספציפיים הנובעים מתיאוריית הגמול מותיר מושגים מופשטים כגון ״צדק״, ״מגיע״ ו״מידתיות״ פתוחים לפרשנות באופן ההולם אקלים ציבורי הקורא להחמרה בענישה.[92] יתרה מזו, ענישה גמולית, מעצם טיבה, אינה תלויה בתוצאות של הפחתת הפשיעה, כך שאפשר לטעון בעד אימוצה ללא כל התחייבות לתוצאה מעשית מוכחת.[93] הגמול נתפס גם כמבוסס על היגיון בריא, המשקף את חוכמת ההמון, וזאת בניגוד לשיח האקדמי המרוחק, שנתפס ככזה שאינו משקף את רגשות הציבור ה״אמיתיים״.[94] בכך השיח הגמולי מאפשר למחוקקים לבטא בפתיחות רגש עונשי מבלי להיתפס כלא־רציונליים, והכל תוך עטיית כסות ניאו־ליברלית. ג׳ון ברייתווייט ופיליפ פטיט (Braithwaite & Pettit) הסבירו כי השיח הגמולי הוא השדה הפוליטי של מדיניות ענישה מחמירה של ״חוק וסדר״. לדבריהם, כאשר יש הסכמה כי הגמול הוא ההצדקה לענישה, החזון הליברלי של גמולנים ליברליים הולך ונעלם, ובו־בזמן דעת־הקהל מורגלת לענישה מחמירה, שמתורגמת למדיניות כליאה צפופה וקשה.[95] ג׳וש קליינפלד (Kleinfeld) הטעים כי אחרי גל

---

88 ראו Christopher Slobogin, *Prevention as the Primary Goal of Sentencing: The Modern Case for Indeterminate Dispositions in Criminal Cases*, 48 SAN DIEGO L. REV. 1127, 1160 (2011).

89 ראו Ristroph, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 1308; Monica M. Gerber & Jonathan Jackson, *Retribution as Revenge and Retribution as Just Deserts*, 26 SOC. JUST. RES. 61 (2013).

90 ראו VON HIRSCH & HANRAHAN, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 50, המסבירים כי הטיעון הגמולי מבוסס על מושג ששגור בחיי היומיום – גינוי.

91 ראו, למשל, VON HIRSCH, לעיל ה״ש 7, בעמ׳ 27, 118; LEO ZAIBERT, PUNISHMENT AND RETRIBUTION 106–110 (2016).

92 ראו Flanders, לעיל ה״ש 77, בעמ׳ 100.

93 ראו JOHN PRATT, PENAL POPULISM 128–129 (2007).

94 ראו GARLAND, לעיל ה״ש 21, בעמ׳ 9: “The language of condemnation and punishment has re-entered official discourse and what purports to be the ‘expression of public sentiment’ has frequently taken priority over the professional judgement of penological experts”.

95 ראו JOHN BRAITHWAITE & PHILIP PETTIT, NOT JUST DESERTS: A REPUBLICAN THEORY OF CRIMINAL JUSTICE 6–7 (1990).

הפשיעה של מחצית המאה הקודמת, אימצו מטיפי מוסר אמריקאיים דפוס חשיבה שלפיו עבריינים מסוימים הם רשעים חסרי־תקנה, ולפיכך חשוב להכיר ברוע שהללו גורמים ולגנותו באופן חריף באמצעות ענישה.[96]

בשלב זה הקוראת עשויה לתהות כיצד איבד אפוא הגמול המגיע את בכורתו. מה אירע בעקבות התהליכים הסוציו־היסטוריים האמורים שהובילו לנפילתה של רטוריקת הגמול המגיע ולצמיחתו של הגמול הרך? נדמה כי נקודת מפנה חשובה אירעה בשנים האחרונות עם התגברות ההכרה בתוצאותיה ההרסניות של מדיניות הענישה המחמירה בארצות־הברית. ההבנה כי רטוריקה גמולית היא ששירתה את מדיניות הענישה המחמירה שאומצה עד תחילת המאה העשרים ואחת יצרה סדקים בכוח השכנוע של רטוריקה זו, וכתוצאה מכך גם בכושר השכנוע של תיאוריית הגמול עצמה. כליאת ההמונים בארצות־הברית הוגדרה בעיה קשה, וגררה משבר לגיטימציה חריף של מערכת המשפט הפלילי.[97] ידע רב הצטבר על אופייה המפלה והגזעני של מערכת המשפט הפלילי,[98] על התנאים הירודים במתקני הכליאה ואופני פעולה שפוגעים בזכויות־יסוד של אסירים ובכבודם, ועל הקושי שלהם להגן על זכויותיהם.[99] כל אלה גררו ביקורות רבות על תחלואיה של השיטה, וכרסמו בכוחן של הצדקות גמוליות מסורתיות, המזוהות (בין אם בצדק ובין אם לאו) עם החמרה בענישה.

אכן, מושגים כגון ״צדק״, ״אשמה״, ״גינוי״ ו״גמול״ – דווקא משום היותם עמומים ובעלי רקמה פתוחה – החלו להזמין פרשנויות רחבות יותר, המביאות בחשבון גם היבטים המתייחסים לנאשם ומאוחרים לביצוע העברה אשר מאפשרים הקלה בענישה. בשנים האחרונות הולכת וגוברת ההכרה כי התמקדות בנאשם מגשימה את מושג הצדק בצורה מלאה ושלמה יותר, לעומת התמקדות בעברה בלבד תוך התעלמות מנסיבותיו האישיות של הנאשם.[100] יש לכך גם ביטוי אמפירי בממצאים מחקריים המלמדים כי עונש הנתפס כהוגן הוא כזה שאינו מביא בחשבון רק את מידת האשָם, חומרת העברה והצורך בגינוי, אלא מכניס למשוואה גם נתונים הקשורים לעברם של העבריין והנפגע, חרטה, בושה, רחמים, השלכות

---

96 ראו Joshua Kleinfeld, *Two Cultures of Punishment*, 68 STAN. L. REV. 933, 1028 (2016).

97 ראו JONATHAN SIMON, MASS INCARCERATION ON TRIAL: A REMARKABLE COURT DECISION AND THE FUTURE OF PRISONS IN AMERICA (2014).

98 ראו NICOLE GONZALEZ VAN CLEVE, CROOK COUNTY: RACISM AND INJUSTICE IN AMERICA'S LARGEST CRIMINAL COURT (2016).

99 לתיאור הפגיעה בזכויות אסירים בבתי־כלא בקליפורניה ראו KITTY CALAVITA & VALERIE JENNESS, APPEALING TO JUSTICE: PRISONER GRIEVANCES, RIGHTS, AND CARCERAL LOGIC (2014). למצב בישראל ראו דוחות שנתיים של הסנגוריה הציבורית – www.justice.gov.il/Units/SanegoriaZiborit/DohotRishmi/Pages/dohot.aspx.

100 ראו Whitman, *Beyond Utility and Desert*, לעיל ה״ש 6, בעמ׳ 154. מחקרים אמפיריים מצביעים על קושי פסיכולוגי שיש לשופט להתעלם מנסיבותיו האישיות של הנאשם ומאישיותו המוסרית הכוללת, ולהתמקד אך ורק בחומרת העברה. ראו Janice Nadler & Mary-Hunter McDonnell, *Moral Character, Motive, and the Psychology of Blame*, 97 CORNELL L. REV. 255 (2012); Janice Nadler, *Blaming as a Social Process: The Influence of Character and Moral Emotion on Blame*, 75 LAW & CONTEMP. PROBS. 1 (2012); Avani Mehta Sood, *Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review*, 9 ANN. REV. L. & SOC. SCI. 307, 311 (2013).

היקפיות של ההרשעה על משפחת העבריין, היסטוריה תעסוקתית, מצב משפחתי וכיוצא באלה נתונים נוספים. ככלל, הציבור תופס את נסיבות העבריין כבעלות משקל ורלוונטיות רבים יותר מאשר נסיבות העברה בעיצובו של עונש צודק.[101]

על רקע האמור מתבהר כיצד הלך וצמח הגמול הרך. תפיסה המביאה בחשבון גם היבטים של גמול החורגים מביצוע העברה גרידא מאפשרת לשמר את השימוש במושג האינטואיטיבי של הגמול וברטוריקה מבוססת־צדק. זאת, בד בבד עם ריכוך התוצאות המעשיות הקשות שנלוו לאימוץ מושג הגמול הקשיח או לכל־הפחות לשימוש ברטוריקה הגמולית. גמול רך מאפשר אפוא לתת מענה לתפיסות פסיכולוגיות־חברתיות משתנות הקוראות להביא בחשבון גם היבטים הנוגעים בנאשם ואף בגורמים נוספים המושפעים מביצוע העברה.

2. גמול רך מול תועלתנות

מצידו האחר של המטבע, גמול רך מאפשר להתגבר גם על חסרונות שונים של התועלתנות. גמול רך, כמו תועלתנות, אומנם ממוקד בנתוני העבריין המאוחרים לביצוע העברה, ופרק־הזמן הרלוונטי לקביעת העונש גולש, גם לפי תיאוריה זו, אל מעבר לשלב גזירת הדין, אל תוך תקופת נשיאת העונש. אולם בצד זאת קיימים בין השניים הבדלים מהותיים. גמול רך מתמקד באותן התפתחויות מאוחרות הנוגעות בעבריין על בסיס רציונל גמולי. בהתאם לכך, הנתונים העיקריים לקביעת העונש אינם קשורים לסיכויי שיקומו של העבריין או להפחתת המוּעדוּת העתידית שלו, שהם גורמים המחייבים אימות אמפירי, אלא לשינוי אישיותי חיובי או להפנמת המסר המגנה שהתרחשו אצל העבריין בתקופת נשיאת העונש. נוסף על כך, בעוד הקלה בענישה המבוססת על גמול רך היא מוגבלת יחסית, שכן יש עדיין חשיבות לנזק ולאשָם הגלומים בביצוע העברה, בגישה תועלתנית ניתן ככלל לשקול, בכפוף למגבלות חוקתיות, כל נתון המצביע על העלאת הסיכויים להפחתת מוּעדוּת עתידית (ראו לעיל את ההשוואה בין תיאוריית התועלתנות לבין תיאוריית הגמול הרך בטבלה 1).

כיצד ניתן אפוא להסביר את עליית הגמול הרך ביחס לענישה תועלתנית? לכאורה, הצדקות תועלתניות היו אמורות לזכות בבכורה, בהיותן מנותקות מיסודות ערכיים, רגשיים וסמליים, ולנוכח הישענותן על בסיס אמפירי.[102] יתרה מזו, בחברה רב־תרבותית, גלובלית

---

101 ראו Austin Lovegrove, *Proportionality Theory, Personal Mitigation, and the People's Sense of Justice*, 69 CAMBRIDGE L.J. 321, 344–345 (2010). המסביר כי "[t]he public do not view personal mitigation through a proportionalist's eyes. There is more to their sense of justice than strict proportionality... The public's view of culpability is much broader too. The offending is relevant, but they also rely on factors which proportionality would see as indirectly related or even unrelated to the seriousness of the offending". אליס ריסטרוף מראה, על יסוד סקירת מחקרים אמפיריים של דעת־הקהל, כי בעוד אנשים נוטים לתמוך בגמול במישור העקרוני (ולהצדיק באמצעותו ענישה מחמירה), הם מעצבים את העונש בפועל בהתאם לשיקולים תועלתניים במקרה הספציפי. ראו Ristroph, לעיל ה״ש 1, בעמ׳ 1310.

102 לא בכדי ניכרת בשנים האחרונות מגמה גוברת של שימוש בכלים אמפיריים לשם ביסוס מסקנות מחקריות בשדה המשפט, לרבות במשפט הפלילי. ראו, למשל, אריאל בנדור ויפעת הולצמן־גזית ״מחקר אמפירי של המשפט בישראל – ממצאים ומשמעויות״ **עיוני משפט** לד 351 (2011). מגמה דומה חורגת משדה המחקר ומשתרעת גם אל עבר קבלת החלטות הכרוכות בגיבוש חקיקה

ואינדיווידואליסטית היכולת להעביר מסרים נורמטיביים באמצעות ענישה עומדת בסימן שאלה. אולם מתברר כי גם הרטוריקה התועלתנית הטהורה לא נמצאה משכנעת מספיק לבדה. פילוסופים של ענישה, מחוקקים, שופטים, מושבעים והציבור בכללותו נוהים – אולי בעקבות דחף אינטואיטיבי מושרש – לחפש את היסוד הייחודי, האידיוסינקרטי לענישה הפלילית; את אותו מאפיין שמבחין את מוסד הענישה הפלילית מסנקציות המושתות בענפי משפט אחרים. בעוד סנקציות לבר־פליליות מושתות גם הן על־מנת להשיג הרתעה, מה שמייחד את הסנקציה הפלילית הוא ״המגיע הגמולי״ שהיא נועדה להשיג, נוסף על המטרות התועלתניות.[103] על־כן אין להתפלא שגם לגבי מוסדות תועלתניים מטיבם, כגון צדק מאחה או בתי־משפט פותרי בעיות, אשר ביקשו לזנוח את מודל הגמול המגיע ולהתמקד בהשגת תוצאות בשטח, נשמעות בשנים האחרונות קריאות המבקשות לזהות בבסיסם מימד העולה בקנה אחד עם תפיסות של גמול וצדק. הדברים מודגשים במיוחד, כאמור, ביחס לדרכי ענישה שיקומיות, כגון צו מבחן או שחרור על־תנאי ממאסר, אשר הצדקתן על בסיס גמולי היא היפוך גמור של ההצדקה ההיסטורית המקורית ליצירתן.

ומדיניות במערכת אכיפת החוק, על בסיס אימוץ גישה של מדיניות מבוססת־ממצאים (evidence-based policy). בהקשר הישראלי ראו, למשל, **דוח ועדת דורנר**, לעיל ה״ש 18, הקובע במסקנותיו כי אין בהחמרת הענישה כדי לקדם הרתעה, תוך הישענות על מחקרים רבים שבחנו את האפקטיביות ההרתעתית של דרכי ענישה ואת הרכיבים המשפיעים עליה. כן המליצה הוועדה להקים יחידה למחקר ולמידע במשרד המשפטים אשר תעסוק בנושא אכיפת החוק, תוך שימת דגש במדיניות הענישה, השיקום וגזירת הדין. תפקידיה של היחידה יהיו לאסוף מידע סטטיסטי, נתונים משווים ומידע אחר על הענישה, השיקום וגזירת הדין, על היקפי התופעה העבריינית והשלכתם על הענישה, כמו־גם על השפעותיה של הענישה לסוגיה ועל יחס העלות–תועלת של רמות הענישה השונות. נזכיר עוד את המלצות הוועדה המייעצת לשרת המשפטים בתחום סדר הדין הפלילי ודיני הראיות, בראשות השופטת (בדימוס) עדנה ארבל, לעניין תיקון חקיקה בנושא הודאות חוץ של נאשם, אשר נשענות, בין היתר, על מחקרים אמפיריים שנערכו בארץ ובעולם בנוגע להיקף התופעה של הודאות־שווא ולגורמיה. לשימוש של בית־המשפט במידע אמפירי לשם קביעת מדיניות הענישה הנוהגת בעברה של כניסה לישראל לא כדין ראו, למשל, רע״פ 3677/13 **אלהרוש נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.12.2014). למחקר האמפירי המלווה על בתי־המשפט הקהילתיים בישראל, אשר מתעד ומנתח בכלים איכותניים וכמותניים את תהליך הקמתם והפעלתם של בתי־המשפט הקהילתיים הראשונים שהוקמו, ואשר כולל המלצות לקראת המשך הפעלתו והרחבתו של הפרויקט, ראו טלי גל והדר דנציג־רוזנברג **בתי משפט קהילתיים בישראל – מחקר מלווה** (2017) (להלן: גל ודנציג־רוזנברג **בתי משפט קהילתיים בישראל**). אולם יש הטוענים כי מקבלי ההחלטות במערכת האכיפה והמשפט הפלילית מסתייגים ככלל מקבלת החלטות מבוססות־ממצאים, ומתבססים במקרים רבים על החלטות אינטואיטיביות. ראו, למשל, אורן גזל־אייל ״שאינו צריך ראיה – מחקר וידע אמפירי בהליך הפלילי״ **הסניגור** 234, 54, 54 (2016): ״ההנחות ש[ב]בסיס רבות מההחלטות במערכת האכיפה והמשפט הפלילית מתקבלות בלי שיש אפילו ניסיון לבחון את תקפותן... לעיתים נראה שההתעלמות מהמחקר ומהידע היא כמעט אידאולוגיה, ושופטים מקדשים אותה גם כשידע מבוסס נמצא זמין״. גזל־אייל קורא להתבסס על מחקר וידע אמפירי בתחום החקיקה, המדיניות והפסיקה במשפט הפלילי, ולנטוש את הנהייה אחר החלטות אינטואיטיביות, המבוססות על ניסיון או רגש.

103 ראו ANDREW ASHWORTH & JEREMY HORDER, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 17 (7th ed. 2013); A.P. SIMESTER ET AL., SIMESTER AND SULLIVAN'S CRIMINAL LAW: THEORY AND DOCTRINE 2–3 (6th ed. 2016).

הנהייה אחר התגלמותו של ה״צדק״ העונשי, שאינו תלוי בהכרח בהוכחות אמפיריות, עולה בקנה אחד גם עם חיזוק המגמה של עליית השיח החוקתי במשפט הפלילי האנגלו־אמריקאי החל בשנות התשעים של המאה העשרים. השיח החוקתי מדגיש את ערכם האינטרינזי של ערכים וזכויות מסוימים – ערך שאינו מותנה בהוכחות אמפיריות של תועלת ויעילות. עליית חשיבותם של ערכים דוגמת כבוד האדם, חירות, שוויון, מניעת הפליה – ערכים שדוחקים במקרים רבים שיקולי תועלת – לימדה על חשיבותם ומקומם של שיקולים אלה בקבלת החלטות בהקשרים שונים בשדה המשפט הפלילי. דוגמאות לכך קיימות למכביר בשנים האחרונות: ההתנגדות להפרטת בתי־סוהר גם כאשר הדבר עשוי לתרום למֵרוּב התועלת;[104] הדיון בדבר חשיבותו של כבוד האדם, אשר הולך וצובר תאוצה גם במשפט האמריקאי;[105] הפסיקה האמריקאית שלפיה הטלת עונש מאסר־עולם על קטינים אינה חוקתית, גם אם יוכח כי היא יעילה;[106] שחרור מוקדם ממאסר בהיקף רחב בארצות־הברית משיקולים של צפיפות בתי־הסוהר הפוגעת באיסור החוקתי החל על ענישה אכזרית ובלתי־רגילה[107] – כל אלה מדגימים כיצד הנרטיב התועלתני ה״טהור״ אינו משמש עוד בסיס יחיד להפללה ולהצדקת הענישה. בהקשר הספציפי של ענישה נטען כי גישה חוקתית ראויה רואה בשיקולים הנוגעים בכבוד האדם, לרבות שיקום או השפעת העונש על הנאשם, חלק בלתי־נפרד מהדרישה למידתיות חוקתית. אנטייה דו־בואה פדיין (du Bois-Pedain) כינתה גישה זו ״מידתיות חוקתית במובן הרחב״ (thick constitutional proportionality). גישתה מציעה להתמקד גם בנסיבותיו האישיות של הנאשם, כחלק מתפיסת האחריות של המעניש כלפיו ומתוך הבאת רווחתו בחשבון, וזאת כדי לבטא את כבודו של הנאשם כחבר בקהילה.[108] ביטוי מעשי לכך ניתן למצוא, לטענתה, במשפט האירי, למשל, שבו הדרישה למידתיות חוקתית כוללת התמקדות בנסיבותיו האישיות של הנאשם, לנוכח העובדה שלנאשם עומדת זכות חוקתית שאשמתו תישקל בצד נסיבותיו האישיות.[109] כך הוסברה הדרישה למידתיות חוקתית גם בקנדה.[110]

---

104 ראו בג״ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ׳ שר האוצר**, פ״ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין **הפרטת בתי־הסוהר**).

105 ראו Michael Tonry, *Equality and Human Dignity: The Missing Ingredients in American Sentencing*, 45 CRIME & JUST. 459 (2016).

106 ראו Graham v. Florida, 130 S.Ct. 2011 (2010).

107 ראו Brown v. Plata, 563 U.S. 493 (2011).

108 ראו Antje du Bois-Pedain, *Punishment as an Inclusionary Practice: Sentencing in a Liberal Constitutional State*, *in* CRIMINAL LAW AND THE AUTHORITY OF THE STATE 199, 218, 221 (Antje du Bois-Pedain, Magnus Ulväng & Petter Asp eds., 2017). לטענתה, התמקדות ברגע העברה בלבד, תוך הזנחת הגורמים לעברה, שקולה לאי־ראיית הנאשם כסוכן מוסרי, דבר שלשיטתה אינו ראוי בשיטה חוקתית. לדבריה, עונש אשר מגיב רק על העברה שהעבריין עבר אינו רואה את העבריין בשלמותו, כסוכן אנושי בעל ביוגרפיה, ואינו מכבד את האנושיות שבו, משום שהוא עורך רדוקציה של אישיותו רק לעברה שעבר.

109 ראו Pudliszewski v. District Judge John Coughlan, The Director of Public Prosecutions [2005 No. 687 J.R.] (“The accused person has a constitutional right which guarantees that his trial would not shut out a sentence appropriate to his degree of guilt and relevant personal circumstances”).

110 ראו את הדיון במשפט האירי ובמשפט הקנדי אצל du Bois-Pedain, לעיל ה״ש 108, בעמ׳ 217.

עליית הגמול הרך יכולה להיות מוסברת גם על רקע קשיים מעשיים שענישה תועלתנית מעוררת. בגישה תועלתנית קשה עד בלתי־אפשרי להעריך במועד גזירת הדין אם מטרות הענישה הושגו. דבר זה יכול להימדד רק בדיעבד – בחלוף זמן, לעיתים רב, מרגע הטלת העונש לראשונה – ולמעשה רק לאחר סיומה של תקופת נשיאת העונש. עם חזרתו של הנאשם לקהילה בחלוף הזמן (אם מדובר במאסר) ניתן לבחון אם העונש השיג את מטרתו, כלומר, שהנאשם אכן הורתע, השתקם, וכבר אינו מסוכן לשלום הציבור. לעומת זאת, ענישה גמולית, ככלל, היא אקט חד־פעמי שאינו נזקק להערכה מתמשכת. איכותה נמדדת על־פי יכולתה לשקף במדויק שיפוט מוסרי אשר ״מקפיא״ את הנזק והאשם ברגע ביצוע העברה. השאלה אם העונש המוטל על הנאשם אכן הולם את חומרת העברה נבחנת ברגע גזירת הדין עצמו, שכן בשלב זה, ככלל, יש לשופט כל המידע הנדרש לשם הכרעה בשאלה זו, והוא אינו זקוק להערכה או לניבוי עתידי.[111]

על רקע כל אלה בולטים יתרונותיו של הגמול הרך. מחד גיסא, ובדומה לתועלתנות, גמול רך מקנה משקל משמעותי לשיקולים הנוגעים גם בנאשם עצמו, לרבות לאחר רגע ביצוע העברה, במסגרת הפעלת שיקול־דעת פרטני רחב. בכך גמול רך הופך את הענישה לתהליך שהצלחתו אינה נמדדת כבר ברגע גזירת הדין. מאידך גיסא, הטעם לאינדיווידואליזציה של הענישה לפי תיאוריית הגמול הרך הוא גמולי, קרי הרצון להשיג ענישה מידתית משיקולי גמול, וזאת בניגוד לתועלתנות, אשר התמקדותה בנסיבותיו האישיות של הנאשם מונעת מטעמים של שיקום, מניעה או הרתעת היחיד. כפועל יוצא מזה, גמול רך אינו ממוקד בשאלה מהי **תוצאת** הענישה עצמה, העשויה להימדד רק בחלוף פרק־זמן משמעותי לאחר סיום נשיאת העונש. בפרט, חזרה של הנאשם לפשיעה אינה מפורשת בהכרח ככישלון של העונש הגמולי הרך, שהרי מטרתו היא השגת צדק, במובנו הרחב, ולא בהכרח הפחתת הפשיעה.

3. גמול רך מול גמול מוגבל

הצגנו את יתרונותיו של הגמול הרך על כל אחת מן התיאוריות הקלסיות בנפרד. אולם ניתן לתהות מהם יתרונותיו של הגמול הרך על הגמול המוגבל, בהינתן שגמול מוגבל מהווה גרסה של תיאוריית ענישה מעורבת, ובכך מאפשר ליהנות הן מיתרונותיה של תיאוריית הגמול המגיע והן מיתרונותיה של התיאוריה התועלתנית. שאלה זו מתחדדת ביתר שאת לנוכח העובדה שמלומדים רבים, כמו־גם שיטות ענישה רבות במשפט האנגלו־אמריקאי, תומכים בתיאוריה מעורבת של ענישה, ולא באימוץ בלעדי של תיאוריית הגמול המגיע או של תיאוריית התועלתנות בלבד.[112]

---

111 ראו Bierschbach, לעיל ה״ש 8, בעמ׳ 1759.

112 קיימות גרסאות שונות של תיאוריות ענישה המשלבות הן תכליות גמוליות והן תכליות תועלתניות. לפי תיאוריות מסוימות, הגמול מהווה נקודת מוצא, ובתוך המתחם הגמולי ניתן לשקול שיקולי תועלת. הגמול המוגבל הוא דוגמה לתיאוריה כזו, ודיוננו בחלק זה מתמקד בה. תיאוריות מעורבות אחרות מניחות כי תכליתה של הענישה היא תועלתנית, אלא שיש להגבילה באמצעות עקרונות לא־תועלתניים. הידועה מביניהן היא תיאוריית ה־limited consequentialism של הרט. ראו H.L.A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY: ESSAYS IN THE PHILOSOPHY OF LAW (1968).

ובכן, חרף הדמיון המעשי, קיים הבדל עקרוני בין גמול רך לבין תיאוריות מעורבות, לרבות תיאוריית הגמול המוגבל. הבדל זה נעוץ **בהצדקה** להתחשבות בנתוניו המאוחרים של העבריין. בעוד גמול רך מאפשר להתחשב בנתוניו של העבריין משיקולי **מידתיות**, תיאוריות מעורבות מאפשרות להתחשב בנתוניו האישיים של העבריין משיקולים תועלתניים ומערכתיים. כך, למשל, תיאוריית הגמול המוגבל מאפשרת להתחשב בנתוני העבריין, בתוך המתחם ההולם, כאשר יש הצדקות תועלתניות להתחשבות זו. הצדקות תועלתניות תלויות בעיקר בקיומן של הוכחות אמפיריות, תוך הכרה כי אף שהדבר אינו עומד בקנה אחד עם הקפדה על שיקולים של שוויון והגינות, יש בכל־זאת מקום, בתוך המתחם ההולם, לשונות בין נאשמים שעברו עברות דומות, וזאת משיקולים תועלתניים.[113] לעומת זאת, גמול רך אינו מכיר בהתחשבות בנתוני העבריין על יסוד שיקולים תועלתניים, אך הוא מאפשר להביא בחשבון נתונים הקשורים לעבריין מטעמים גמוליים של מידתיות, גם מבלי שיש אינדיקציות אמפיריות מוכחות לקשר בין נתונים אלה לבין תכליות תועלתניות, דוגמת שיקום.

להבדל זה יש גם השלכות מעשיות. טלו, למשל, מקרה של נידון שהביע חרטה או נטל על עצמו לשלם פיצויים לקורבן העברה. הבעת החרטה או תשלום הפיצויים עשויים להוות נתונים מרכזיים בקביעת העונש לפי תיאוריית הגמול הרך, משום שיש בהם כדי להשפיע על הערכת העונש המידתי ההולם את חומרת העברה. זאת, גם אם מדובר בנתונים שאינם מנבאים בהכרח הפחתת עבריינות חוזרת.[114] לעומת זאת, לפי גישה של גמול מוגבל, חרטה או תשלום פיצויים לקורבן לא יובאו בחשבון בתוך מתחם העונש ההולם, אלא אם כן יוכח כי יש בהם כדי לקדם השגת תכליות תועלתניות של הפחתת פשיעה עתידית. הבדל זה מקנה לגמול הרך גמישות רבה יחסית, וזאת מבלי להיזקק לראיות אמפיריות בדבר קשר בין נתוני העבריין לבין השגת תכליות תועלתניות, ותוך הקניית שיקול־דעת רחב לגזירת הדין משיקולי מידתיות. נוסף על כך, גמול רך מאפשר להתחשב בנתוני העבריין, במקרים המתאימים לכך, ללא הגבלה במתחם. הגם שהתחשבות כזו נעשית באופן מצומצם יחסית להתחשבות האפשרית במסגרת ענישה תועלתנית, היא נעשית באופן רחב יותר מאשר בגישה מעורבת של גמול מוגבל. מהבדלים אלה נובעת גם הבחנה כללית יותר: בעוד על־פי גישת הגמול הרך תקופת נשיאת העונש היא שלב חשוב במסגרת קביעת העונש המידתי, בגישה של גמול מוגבל קביעת העונש ממוקדת בשלב גזירת הדין[115] (ראו לעיל את ההשוואה בין תיאוריית הגמול המוגבל לבין תיאוריית הגמול הרך בטבלה 1).

---

113 ראו Zehr, לעיל ה״ש 61; Richard S. Frase, *Limiting Retributivism*, *in* The Future of Imprisonment 83 (Michael Tonry ed., 2004); John Braithwaite, *A Future Where Punishment Is Marginalized: Realistic or Utopian?*, 46 UCLA L. Rev. 1727 (1999).

114 ראו, למשל, Michael M. O'Hear, *Appellate Review of Sentences: Reconsidering Deference*, 51 Wm. & Mary L. Rev. 2123, 2144 (2010) ("Despite the conventional wisdom that present feelings of remorse predict future desistance from crime, very little research has been done to substantiate the remorse-recidivism connection").

115 ראו Reitz, לעיל ה״ש 8.

4. חסרונות הגמול הרך

לצד האמור לעיל, ברי כי גישת הגמול הרך אינה חפה מקשיים ומבעיות. כגישה הממוקמת באזור התפר שבין גמול קשיח לתועלתנות, היא לוקה הן בחסרונותיו של הגמול הקשיח והן בחסרונותיה של התועלתנות. ראשית, גמול רך מתאפיין בגמישות כרונולוגית ובהעדר אמות־מידה נוקשות או מגבלות ברורות בנוגע לקביעת חומרת העונש – דבר המקשה את יישומו המעשי בשיטה השואפת לצמצם שונות בלתי־רצויה בענישה. שנית, ובמובחן מגמול קשיח, גמול רך יוצר שונות רבה בענישה בין נאשמים שעברו עבירות דומות בנסיבותיהן, וזאת רק בשל משתנים אישיותיים. כך עלולה להיווצר סכנה של שרירותיות וסובייקטיביות בעיצוב העונש הראוי.[116] בה־בעת, בדומה לגמול הקשיח ובניגוד לענישה תועלתנית, גמול רך אינו חותר להביא בהכרח לידי הפחתת פשיעה עתידית, ובכך ״אינו מספק את הסחורה״ מבחינת אלה הנוהים אחר תוצאות המגובות בהוכחות אמפיריות של יעילות.

נוסף על כך, המשקל המשמעותי שהתיאוריה נותנת להפנמת המסר ולחרטה מצד הנאשם מגביר את משקלן של מגבלות אפיסטמיות בזיהוי ״חיצוני״ של מהות החרטה ומידת החרטה של הנאשם, לרבות כתוצאה ממניפולציות אפשריות של הנאשם ומהשפעתן של הטיות קוגניטיביות על קבלת ההחלטות בנושא.[117] כך, קיים חשש שמא נאשמים יפעלו לזייף חרטה כעניין טקטי, על־מנת להשיג הקלה בעונש.[118] כמו־כן, ככל שמדובר בחרטה שמובעת לאחר גזירת הדין, תוך כדי נשיאת העונש, הגמול הרך מאפשר להפחית מהעונש המקורי בכל נקודת זמן לאחר מתן גזר־הדין. אומנם, גם ועדות שחרורים רשאיות להביא בחשבון הבעת חרטה כנה של הנאשם מטעמים תועלתניים. אולם שחרור על־תנאי על־ידי ועדת השחרורים אפשרי רק לאחר נשיאת שני שלישים מהעונש שנגזר, וזאת להבדיל מגישת הגמול הרך, שמאפשרת הפחתה של העונש גם בנקודות זמן מוקדמות יותר. הבדל זה עלול להשליך על ודאות העונש מבחינתם של נפגעי עבירה – שייאלצו לחיות בחשש שמא קיצור עונשו של העבריין ייערך בכל אחת מנקודות הזמן שלאחר תחילת נשיאת העונש – וכן לפגוע בלגיטימיות הכללית של החוק הפלילי.

חשש נוסף עולה בעקבות האפשרות לפרש את גישת הגמול הרך ככזו שעשויה לתמוך גם בהחמרת הענישה כלפי הנאשם. פרשנות זו נראית אפשרית לפי תיאוריית הגמול האישיותי. ככל שמְאמצים את הרציונל העומד בבסיס אחת מגרסאותיו של הגמול האישיותי, שלפיו בעת הערכת העונש המגיע לנאשם יש להביא בחשבון שינויים שחלו באופיו לאורך זמן כפי שהם נלמדים מהתנהגותו, ניתן להצדיק החמרה בענישה כאשר האינדיקציות העולות מהתנהגותו של

---

116 יצוין כי סיכון זה קיים, וביתר שאת, גם בהליך השחרור המוקדם הנוהג כיום. הליך זה, הנערך על־ידי ועדת השחרורים, הוא הליך פרטני וסובייקטיבי. יתרה מזו, החלטותיה של הוועדה שקופות פחות מהחלטותיו של שופט, אשר מחויב לפחות בהנמקה.

117 ראו איתי ליפשיץ ורינת קיטאי סנג׳רו ״מקומה הראוי של החרטה בענישה הפלילית״ **מחקרי משפט** כח 69, 89 (2012).

118 אולם ביקורת זו אינה ייחודית לגישת הגמול הרך, שכן היא רלוונטית גם בהקשרים אחרים שבהם מביאים בחשבון חרטה בהליך הפלילי (הן בשלבים של בירור האשמה והן בשלבים של גזר־הדין ונשיאת העונש).

הנאשם בזמן נשיאת העונש מעידות כי גזר־הדין דווקא הקל עימו יתר על המידה. הקלה כזאת עשויה להתרחש, למשל, בשל הערכת־יתר ראשונית של מידת החרטה שלו. האפשרות להשתמש בתיאוריה על־מנת להצדיק החמרה מאוחרת בעונש עלולה להיות מנוצלת לרעה על־ידי הדוגלים במדיניות ענישה מחמירה.[119] אולם ניתן לטעון כי פרשנות זו עשויה דווקא להיטיב עם נאשמים בטווח הארוך. זאת, משום שגישת הגמול הרך מאפשרת באופן עקרוני להעמיד את העונש בשלב גזירת הדין על רף נמוך, ולאחר־מכן לבדוק בנקודות זמן מאוחרות יותר אם יש מקום להכביד את העונש בהתאם להתנהגות או לנסיבות הקשורות לנאשם.

שאלה נוספת מתעוררת ביחס לרוחב תחולתה והתפרשותה של גישת הגמול הרך. האם גישת הגמול הרך מגבילה את עצמה רק לשלב נשיאת העונש או שמא יש מסקנות העשויות להילמד, על בסיס הרציונל המידתי, גם אחרי נשיאת העונש והשחרור מבית־הסוהר? לכאורה אפשר לטעון כי גם לאחר שהעבריין סיים לשאת את עונשו ניתן לגלות בדיעבד שהעונש היה נמוך מדי ולכן יש להגדילו. לחלופין ניתן לטעון, על בסיס אותו היגיון, כי אם ניווכח בדיעבד שהנאשם נכלא לפרק־זמן ארוך מן הראוי, יהיה מקום לפצותו. ככל שטענות אלה נכונות, הדבר עלול ליצור קושי מבחינת סופיות הדיון. לדעתנו, גישת הגמול הרך אכן מגבילה את עצמה לשלב נשיאת העונש בלבד, משום שתקופת הנשיאה היא המסגרת שבה המחוקק והחברה מגדירים את הדיאלוג הקומוניקטיבי ככזה שמתרחש בין הצדדים. הדיאלוג העונשי אינו אינסופי אפוא; בתום תקופת הנשיאה הוא מסתיים. המדינה היא שקובעת את תנאי הדיאלוג, וחלק מהם הוא המסגרת שבה דיאלוג זה מתנהל, דהיינו, תקופת נשיאת העונש.

כך או כך, מטרת דיוננו בפרק זה אינה לשכנע כי מבחינה נורמטיבית גמול רך הוא אכן התיאוריה האולטימטיבית. כל שביקשנו הוא לנתח שינוי מרתק המתרחש בפתחה של המאה הנוכחית, להציע היפותזה באשר לצמיחתו, ולהציג לקוראת את מערך השיקולים המגוון שיעמוד לפתחם של בתי־המשפט בעתיד במלאכת גזירת הדין, ככל שתיאוריה זו אכן תלך ותתבסס.

ד. הנהרת מגמות במשפט הישראלי באמצעות תיאוריית הגמול הרך

מטרתו של פרק זה היא לעשות שימוש בתיאוריית הגמול הרך ככלי להנהרת מגמות במשפט הישראלי. אף שאי־אפשר לתאר במונחים של סיבתיות את הקשר שבין עלייתו של הגמול הרך לבין ההתפתחויות שיתוארו, ניתן להנהיר התפתחויות אלה באמצעות עקרונותיו, כלומר לספק

---

119 נציין כי פרשנות המאפשרת החמרה בעונש אינה עולה בקנה אחד עם הרציונל העומד בבסיסה של תיאוריית הגמול הקומוניקטיבי. החמרת הענישה בגין התנהגות שלילית של הנאשם בשלב נשיאת העונש פירושה כפיית המסר העונשי על הנאשם, וכפייה כזאת אינה קבילה לפי התיאוריה הקומוניקטיבית, בהיותה תיאוריה ליברלית. כפי שמסביר דאף, המדינה מעבירה מסר לנאשם באמצעות העונש, אך הנאשם אינו חייב להפנים את המסר ולהגיב עליו בהתנהגות חיובית שמעידה על שינוי. הנאשם חייב לקבל את המסר במובן זה שעליו לשאת את העונש שנגזר עליו, אך הוא אינו חייב לשנות את דרכיו בעקבותיו. העדר התנהגות המעידה על הפנמה ושינוי דרך אינו שולל את עצם העברת המסר הגלום בעונש.

להן הסבר באמצעות הרציונלים העומדים בבסיס התיאוריה, ובכך להדגים את פוטנציאל הרלוונטיות של התיאוריה במישור המעשי.

בפתח הדברים נציין כי במשפט הישראלי מסתמנת בשנים האחרונות מגמה דואלית: מצד אחד, ניכרת נכונות לאמץ מדיניות המסתייגת מענישה מחמירה, תוך הרחבת השימוש במנגנוני ענישה שיקומיים; אך מן הצד האחר, ובאותה נשימה, משתמרת בכורתו של הגמול כעיקרון מנחה בענישה. כך, במקביל לעיגונו של עקרון ההלימה במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין,[120] אימצה הממשלה את מסקנותיה של ועדת דורנר, שקראו להפחתת השימוש במאסרים ולהגברת השימוש בפרקטיקות ובמנגנונים שיקומיים.[121] נוסף על כך, בשנים האחרונות הוקמו בתי־המשפט הקהילתיים, שתכליתם להציע ענישה שיקומית במקום עונשי מאסר.[122] במקביל, פסיקתו של בית־המשפט העליון מן העת האחרונה בעניין הצפיפות בבתי־הכלא העלתה לפני המדינה דרישה להרחיב את שטח המחיה המוקצה לאסיר, ובכך העלתה על הפרק את האפשרות לשקול שחרור של אסירים ולהפחית את השימוש במדיניות ענישה מחמירה במסגרת טיעונים לעונש.[123] מציאות דואלית זו מדגימה כיצד גם בישראל, לצד ההחלטה לשמר את עליונותו של הגמול ב״מסלול המרכזי״ של הענישה, מתפתחים ערוצים עוקפי ענישה גמולית שקוראים עליו תיגר. במציאות כזאת אימוץ גישה של גמול רך כבסיס אפשרי לעיצובן של החלטות עונשיות ולפיתוח מנגנוני ענישה בישראל עשוי לספק לקובעי מדיניות ולשופטים הצדקה תיאורטית מתוחכמת להשגת מטרות או תוצאות עונשיות מגוּוונות.

באופן ספציפי ניתן לזהות במשפט הישראלי התפתחויות שאפשר להנהיר באמצעות תפיסה רחבה יותר של מושגי האשָם והגינוי הגמולי. מגמות אלה, כאמור, אינן פרי יישום מודע של התיאוריה, אך ניתן להבינן במונחיה. להלן נציג, בתמצית ומבלי להתיימר למצות את הדברים, דוגמאות אחדות לניתוח הסדרים קיימים בישראל בכלים של גמול רך בשלבי גזר־הדין ויישום העונש.

1. התחשבות בנסיבות לקולא בתוך מתחם העונש ההולם

הדוגמה הראשונה היא מתן הצדקה לשקילת נסיבות שונות בתוך מתחם העונש ההולם. תיקון 113 קובע כי קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העברה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש המוטל על הנאשם ומידתו הוא העיקרון המנחה בענישה. גבולותיו של מתחם העונש ההולם ייקבעו על־פי עקרון הלימה זה, ורק לפי הנסיבות הקשורות לביצוע

---

120 תיקון 113 קובע כי קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העברה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש המוטל על הנאשם ומידתו הוא העיקרון המנחה בענישה. עיקרון זה מכונה ״עקרון ההלימה״, והוא מהווה ייצוג של עקרון הגמול. ראו ס׳ 40ב לחוק העונשין.

121 ראו לעיל ה״ש 18 והספרות המאוזכרת שם.

122 ראו ג׳וינט ישראל אשלים **בתי משפט קהילתיים: סיכום פעילות – שנת המשפט תשע״ז** (2017); גל ודנציג־רוזנברג **בתי משפט קהילתיים בישראל**, לעיל ה״ש 102.

123 ראו בג״ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ׳ השר לביטחון פנים** (פורסם בנבו, 13.6.2017).

העברה.[124] עם זאת, תיתכן חריגה לקולא ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום, ותיתכן גם חריגה לחומרא מטעמים של הגנה על שלום הציבור בתנאים המפורטים בחוק.[125]

חוק העונשין קובע עוד כי בעת גזירת העונש המתאים לנאשם, במסגרת מתחם העונש ההולם, השופט רשאי להתחשב בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה. עם נסיבות אלה ניתן למנות: ״נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב״;[126] ״מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה״;[127] ״שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק״;[128] ״התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה״;[129] וכן ״חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה״.[130] כפי שהסבירה דפנה ברק־ארז, ״האיזון בין הפן הכללי של המשפט לבין ההתחשבות בנסיבותיו של מבצע העבֵרה בא לידי ביטוי גם בשלב של גזירת הדין. למעשה, בשלב זה יש מקום רב יותר, באופן יחסי, לשקילת הפן האישי. עם זאת, גם אז הפן האישי של הנאשם אינו בלעדי״.[131] לדבריה, תיקון 113 נחשב חוק שמעדיף את ההסדרה הכללית, באמצעות קביעה של מתחמי ענישה, מתוך מגמה לחתור לשוויוניות בענישה. עם זאת, הוא מותיר מקום נכבד גם למימד האישי בגזירת הדין, באמצעות התייחסות לנסיבותיו האישיות של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם.[132]

לנו נדמה כי ברמה הנורמטיבית, בצד האפשרות להסביר את ההתחשבות בנסיבות אלה על־ידי שיקולים תועלתניים, ניתן להסבירה גם באמצעות הגמשת פרק־הזמן הרלוונטי להערכת האשָם והגינוי. הדבר אמור במיוחד לגבי השיקול של תרומת הנאשם לחברה – נסיבה אשר אין לה קשר ישיר לשיקולי שיקום אך יש לה חשיבות בקביעת האשָם על־פי תיאוריית הגמול האישיותי. יתר הנסיבות עשויות להשתלב היטב עם הרעיון של דיאלוג עונשי חיובי בין המדינה לנאשם, שבמסגרתו הנאשם מבטא את הפנמת המסר העונשי המגנה, ומידת הגינוי הראוי פוחתת בהתאמה.

מעניין שמסקירה של פסיקות בתי־המשפט בשנים 2012–2014 מסתמנת נטייה של בתי־המשפט להימנע מחריגה לקולא מהמתחם ההולם משיקולי שיקום. זאת, גם כאשר מדובר בנאשמים בני שיקום ובעברות שאינן מתאפיינות בחומרה יתרה.[133] מנתונים אלה עולה לכאורה שבית־המשפט מעדיף לצמצם את ההתחשבות בנתונים חיצוניים לעברה גופא. ממצא זה עשוי להשליך גם על פוטנציאל ההסתייגות של בית־המשפט מהתייחסות לנתונים

---

124 ראו ס׳ 40ב ו־40ג לחוק העונשין.
125 ראו ס׳ 40ד ו־40ה לחוק העונשין.
126 ס׳ 40יא(4) לחוק העונשין.
127 ס׳ 40יא(5) לחוק העונשין.
128 ס׳ 40יא(6) לחוק העונשין.
129 ס׳ 40יא(7) לחוק העונשין.
130 ס׳ 40יא(10) לחוק העונשין.
131 דפנה ברק־ארז ״פתח־דבר: לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במשפט״ **עיוני משפט** לט 5, 34 (2016). ראו גם ע״פ 6637/17 **קרנדל נ׳ מדינת ישראל**, פס׳ 25 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארז (פורסם בנבו, 18.4.2018).
132 ראו עניין **קרנדל**, שם, פס׳ 25 לפסק־דינה של השופטת ברק־ארז.
133 ראו אורן גזל־אייל ״התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2012–2014״ **דין ודברים** ט 517, 543–544 (2016).

שחיצוניים לעברה גם במסגרת הדיון בהתחשבות בנסיבות לקולא בתוך המתחם ההולם. כיום נדמה כי נתונים חיצוניים לעברה גופא מזוהים כשיקולים שעניינם להצביע על מידת מסוכנותו העתידית של הנאשם. ייתכן שאימוץ שיקולים אלה כחלק מתפיסה של גמול רך יאפשר לבית־המשפט להביאם בחשבון באופן משמעותי יותר, וזאת לא על בסיס הרציונל של מֵרוּב התועלת ומניעת פשיעה, אלא על בסיס הרצון להשית עונש מידתי.

2. חריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי צדק

נוסחו הנוכחי של תיקון 113 אינו מאפשר חריגה מהמתחם ההולם משיקולי צדק, כגון במקרים של מצב רפואי קשה. בספרות הובעה על כך ביקורת.[134] הפסיקה אף היא עמדה על כך, תוך שהיא מדגישה את ההיבט הפרטני של מושג ההלימה. תיאר את הדברים השופט עוזי פוגלמן בעניין **קלנר**:

> ...החוק מעגן את עקרון ההלימה כעקרון מנחה. בגדר האמור, על העונש להיות מידתי ביחס לחומרת מעשיו של הנאשם ולאשמו. במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין הנחה המחוקק את בתי המשפט להתחשב בשיקולים פרטניים המאפיינים את הנאשם וזאת כחלק אינטגרלי מהליך גזירת העונש. הנחייה זו מקורה בתפיסה כי על הענישה להתאים לנסיבותיו הפרטניות של הנאשם כחלק מהתייחסות הוליסטית למכלול נסיבות חייו, מתוך השאיפה שהפגיעה שבשימוש בסנקציה הפלילית תיעשה במידה שאינה עולה על הנדרש... להשקפתי, עקרון המידתיות בענישה, שעקבותיו ניכרים לא אחת באופן שבו הותווה שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העונש במסגרת התיקון, על השלבים השונים הקבועים בו, צריך להנחותנו גם באותם מקרים חריגים וקיצוניים שבהם ראוי יהיה – בגדר הדין הקיים וכל עוד לא שונה – לחרוג ממתחם הענישה נוכח שיקולי צדק.[135]

אכן, הצעת חוק חדשה מציעה, בין היתר, כי בית־המשפט יהיה רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם אם מצא כי מתקיימת נסיבה מיוחדת ויוצאת־דופן, שאינה קשורה לביצוע העברה, המצדיקה חריגה ממתחם העונש ההולם כדי למנוע עיוות דין. להלן כמה דוגמאות לנסיבה

---

134 ראו, למשל, רות קנאי ״לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות״ **הסניגור** 196, 4, 9 (2013); אורן גזל־אייל ״חריגה ממתחם העונש ההולם״ **ספר דורית ביניש** 539 (קרן אזולאי, איתי בר־סימן־טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018); יובל ליבדרו ״חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק״ **הסניגור** 197–198, 4 (2013) (המציין כי ״סוגיה זו היא שמעוררת את הקשיים המשפטיים המשמעותיים ביותר והיא שגורמת ללבטים יותר מכל סוגיה אחרת בשלב גזירת הדין עקב התיקון״); חגית לרנאו וישי שרון ״שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה״ **הסניגור** 183, 14 (2012); נתנאל דגן ״התחשבות בחוויה הסובייקטיבית של העונש: הערות לדין הרצוי והמצוי״ **קרימינולוגיה ישראלית** ה 55 (2016).

135 ע״פ 4456/14 **קלנר נ׳ מדינת ישראל**, פס׳ 216 לפסק־דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.12.2015). ראו גם ע״פ 5833/12 **פלונית נ׳ מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.9.2013); ת״פ (מחוזי ת״א) 1392-08 **מדינת ישראל נ׳ פרידריך** (פורסם בנבו, 13.2.2013).

כזאת: ״(1) הפגיעה של העונש בנאשם עלולה להיות קשה במיוחד בשל מצבו הבריאותי החריג; (2) כתוצאה מביצוע העבירה נגרמה לנאשם או לקרוב משפחתו פגיעה גופנית חמורה; (3) התנהגות רשויות אכיפת החוק עמדה בסתירה מהותית לעקרונות של צדק והגינות משפטית; (4) חלף פרק זמן ארוך במיוחד מעת ביצוע העבירה״.[136] בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר כי ״התקופה שחלפה מאז כניסתו לתוקף ותחילת יישומו של תיקון מס׳ 113 הביאה להבנה כי קיימים מקרים חריגים בנסיבותיהם, שבהם עלולה ענישתו של נאשם, הגם שהיא בתוך מתחם העונש ההולם, להיות לא מידתית ולהגיע לכדי עיוות דין״.[137] אף שרוח הדברים מגלמת עמדה של גמול סובייקטיבי, הממוקד בהשפעתו המעשית של העונש על הנאשם,[138] ניתן לומר כי המגמה המשתקפת בהצעת החוק ובפסיקה מבטאת את התובנה כי תיקון 113 בנוסחו הנוכחי אינו מספק את המשאבים הנדרשים כדי לשמור על הלימה במקרים שונים. גישה של גמול רך, המגמישה את מושגי האשָם והגינוי, משתלבת היטב בצורך לחרוג מהמתחם ההולם שנקבע על בסיס חומרת העבירה משיקולי צדק, תוך מתן משקל רב יותר, במקרים המתאימים, לנסיבות כגון ״נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב״[139] או ״מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה״.[140] מקרים חריגים, שבהם נסיבות אלה מתקיימות בעוצמה רבה, עשויים לאפשר חריגה לקולא מהמתחם ההולם.

3. שלב יישום העונש

שלב יישום העונש מהווה מופע חשוב לתיאוריות של גמול רך, מכיוון שבמסגרתו נבחנת שאלת תגובתו של הנאשם על העונש והתפתחויות מאוחרות באישיותו המוסרית אשר עשויות להצדיק עיצוב מאוחר של העונש. בהקשר של המשפט הישראלי אפשר לזהות אמירות של בית־המשפט המכירות ברעיון שלפיו משטר בית־הסוהר הוא חלק בלתי־נפרד מהעונש הנגזר על האסיר. כך, למשל, בעניין **הפרטת בתי־הסוהר** הכיר בית־המשפט בכך ש״המשימות המוטלות על האסירים בבית הסוהר, כחלק מ׳ניהול הכליאה׳, אף הן חלק בלתי נפרד מן העונש שנגזר עליהם״.[141] ניתן לזהות באמירה זו הכרה בהתנהגות האסיר בין כותלי בית־הסוהר כמשתלבת בדיאלוג העונשי שהחל בגזירת הדין. נוסיף כי בבתי־כלא שונים מקובלת הפרקטיקה שלפיה אסירים העומדים בתנאים מסוימים, לרבות התנהגות טובה במשך תקופה משמעותית בין כותלי הכלא, זוכים ליטול חלק בפעילויות מיטיבות ומעצימות. כך, למשל,

---

136 ס׳ 2 להצעת חוק העונשין (תיקון מס׳ 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע״ו–2016, ה״ח הממשלה 1078 (להלן: הצעת תיקון 128 לחוק העונשין), המציע להוסיף לחוק העונשין את ס׳ 41יא1.

137 דברי ההסבר להצעת תיקון 128 לחוק העונשין, בעמ׳ 1079.

138 ראו Adam J. Kolber, The Subjective Experience of Punishment, 109 COLUM. L. REV. 182 (2009).

139 ס׳ 40יא(4) לחוק העונשין.

140 ס׳ 40יא(5) לחוק העונשין.

141 עניין **הפרטת בתי־הסוהר**, לעיל ה״ש 104, פס׳ 5 לפסק־דינה של השופטת נאור. ראו גם O'Hear, *Beyond Rehabilitation*, לעיל ה״ש 59.

במתחם כלא איילון פועל מרכז חינוך המאפשר לאסירים הנמצאים ראויים ליהנות מזכות־יתר זו ללמוד וליטול חלק בחוגי העשרה שונים. פרויקט זה מבקש לייצר בין כותלי הכלא ״אווירה אחרת״, ולאפשר לאסירים שהתנהגותם מלמדת על תיקון, בעקבות תהליך חיובי של הפנמת המסר העונשי, לעבור חוויה מעצימה המעניקה להם תקווה לעתיד. הציפייה היא שחוויה זו – המשקפת תגובה חיובית מצד הסמכות המענישה על תהליך התיקון שהאסיר עובר – תגביר, בתהליך של משוב, את המוטיווציה של האסיר להמשיך בתהליך התשובה ולקדם פיוס עם הקהילה. הדברים מודגשים ביתר שאת במקרים שבהם האסיר מביע חרטה, מתנצל או מפצה את נפגע העברה, מה שעשוי להסביר גם את היחס לשיקולים אלה בפסקי־דין שעוסקים בשלב השחרור על־תנאי ממאסר, ואשר יוצקים לשיקוליה של ועדת השחרורים משמעות גמולית, כמפורט בחלק הבא.[142]

4. שחרור על־תנאי ממאסר

הֶקשר אחר שבו הוזכרו שיקולי גמול רך לצד שיקולי שיקום הוא סוגיית השחרור המוקדם ממאסר. בתיק שנדון לאחרונה בבית־המשפט העליון התעוררה שאלת משקלה של הכחשת העברה על־ידי אסיר־עולם שעניינו הובא לפני ועדת שחרורים מיוחדת לצורך החלטה בבקשה לשחרור מוקדם.[143] האסיר ישב בכלא עשרים ותשע מתוך שלושים השנים שנגזרו עליו בגין חטיפה ורצח של הנער דני כץ ז״ל. ועדת השחרורים דחתה את בקשתו לשחרור מוקדם חרף התנהגותו הטובה בכלא, ואף שחלק־הארי של נשיאת העונש הסתיים, וזאת לנוכח חומרת העברה ועמדתם של בני משפחת המנוח, ולנוכח העובדה שהאסיר המשיך להכחיש את ביצוע העברה. האסיר הגיש בקשת רשות ערעור לבית־המשפט העליון על פסק־הדין של בית־המשפט לעניינים מנהליים, שבגדרו נדחתה עתירתו נגד החלטתה של ועדת השחרורים המיוחדת. השופט יצחק עמית דחה את הבקשה, בקובעו, בין היתר, כך:

> במישור העקרוני, ניתן לראות את הכחשת ביצוע העבירה כשיקול רלוונטי לצורך החלטה בבקשה לשחרור מוקדם משני טעמים: כאינדיקציה למסוכנות עתידית, בהיעדר חרטה על מעשי העבר; ובשל היעדר שינוי פנימי־מוסרי של האסיר. בעוד שהטעם הראשון צופה פני עתיד, הטעם השני מדגיש שיקול בעל אופי ״גמולי״ יותר, במובן זה שהוא מתחשב במאפייניו של העבריין ולא בסיכון החברתי הנשקף ממנו... החשש ממסוכנות הוא שיקול רלוונטי בכל המקרים שמובאים בפני ועדת שחרורים, בעוד שההתחשבות באותו ״שינוי פנימי״ איננה מובנת מאליה וספק אם היא רלוונטית לשאלת שחרורו של כל אסיר באשר הוא...[144]

השופט עמית הבהיר כי המשקל השלילי שיש להעניק להכחשה משתנה בהתאם לטעמים העומדים בבסיסו, כפי שהם משתקפים במקרה הקונקרטי הנדון בוועדת השחרורים. אולם

---

142 ראו Roberts & Dagan, לעיל ה״ש 43.

143 ראו רע״ב 3340/16 **גנאמה נ׳ ועדת השחרורים המיוחדת**, פס׳ 10 (פורסם בנבו, 22.5.2016).

144 שם, פס׳ 10 לפסק־דינו של השופט יצחק עמית.

במקרה של אסיר־עולם ההתחשבות בהכחשה מעוגנת במפורש בסעיף 10(ב) לחוק שחרור על־תנאי ממאסר, התשס״א–2001 (להלן: חוק שחרור על־תנאי), שקובע כי ״ועדת שחרורים מיוחדת, בבואה להחליט בענין שחרור על־תנאי של אסיר עולם, תשקול, נוסף על שיקולים אחרים האמורים בחוק זה, האם חל באסיר שינוי בולט וממשי מבחינת הבנת חומרת מעשיו ומבחינת מוכנותו להשתלב בחברה ולתרום לה״. השופט עמית דן בפרשנותו של סעיף 10(ב) לחוק שחרור על־תנאי, וקבע כי הוא נחקק על־מנת להוסיף שיקול מהותי למכלול השיקולים שהוועדה רשאית להתחשב בהם ולכן אין הוא מתמצה רק בהיבט של סיכויי השיקום. סעיף 5 סיפא לחוק שחרור על־תנאי קובע עוד כי ״לא תשחרר ועדת השחרורים המיוחדת אסיר עולם כאמור, אלא אם כן שוכנעה כי האסיר ראוי לשחרור וכי שחרורו אינו מסכן את שלום הציבור״. לדעתו של השופט עמית, מדובר בשני תנאים מצטברים, דהיינו, השאלה אם האסיר ראוי לשחרור עומדת בנפרד משאלת המסוכנות. וכך סיכם השופט את דבריו:

> המחוקק הנחה את ועדת השחרורים המיוחדת, הדנה בבקשה לשחרור מוקדם של אסיר עולם, להתחשב בשיקולים נוספים, החורגים מסוגיית המסוכנות לשלום הציבור, ובהם גם עמדתו של האסיר ביחס למעשים בהם הורשע. בהעדר ״שינוי בולט וממשי מבחינת הבנת חומרת מעשיו״ – ייזקף נתון זה לחובתו של האסיר גם אם התנהגותו בתקופת המאסר היא ללא דופי...[145]

הגם שפסק־הדין אינו ממשיג באופן מוצהר את הפרשנות שבית־המשפט מקנה לסעיפים 10(ב) ו־5 לחוק שחרור על־תנאי ממאסר במונחים של גמול רך, נראה כי בפועל בית־המשפט מכיר ברציונל העומד ביסודה של תיאוריית הגמול הרך, ומקנה פרשנות גמולית לשיקולים חיצוניים לעברה המאפיינים את התנהגותו של הנאשם לאחר ביצועה. פסק־הדין מדגים כיצד ועדות השחרורים עצמן, בבואן לקבל החלטה בשאלת השחרור המוקדם של אסירים, עשויות להביא בחשבון שיקולים אשר עולים במהותם בקנה אחד עם תיאוריית הגמול הרך.

ד. סיכום ומבט לעתיד

מאמר זה ביקש לחשוף, לתאר ולנתח שינוי מרתק המתרחש בפתחה של המאה העשרים ואחת במפת התיאוריה של הענישה במשפט האנגלו־אמריקאי. השינוי משתקף בתהליך של אינדיווידואליזציה של הענישה הגמולית, ובעקבותיו במגמה של טשטוש ההפרדה המסורתית, בהיבטים מסוימים, בין מאפיינים מעשיים של גמול ותועלתנות. ביטויה העיקרי של מגמה זו הוא צמיחתה של תיאוריית **הגמול הרך**, שבבסיסה הגמשת מושגי הגינוי העונשי והאשָם הגמולי תוך הרחבת פרק־הזמן הרלוונטי לקביעת העונש ההולם.

קשה לחתום רשימה זו מבלי להרהר מה צופן העתיד להתפתחותו של הגמול בכלל ושל הגמול הרך בפרט. השאלות הן רבות: האם עלייתו של הגמול הרך היא תופעה מקומית, הרלוונטית לתקופה קצרה, או שמא היא צפויה להתחזק בעתיד? האם צפויים לה מופעים

---

145 שם, פס׳ 15 לפסק־דינו של השופט יצחק עמית.

נוספים? האם הטמעתם של שיקולי גמול רך תלך ותתבסס בפסיקה האנגלו־אמריקאית או שמא היא תיוותר מגמה שעיקרה במישור העיוני בלבד? האם יעמיק הדיון התיאורטי בביסוס ההבחנה בין גמול רך לבין הזרמים המסורתיים בתיאוריות הענישה – הגמול המגיע והגמול המוגבל, מחד גיסא, והתועלתנות, מאידך גיסא – או שמא יישמעו ביקורות על התיאוריה החדשה, המערערת על הדיכוטומיה המסורתית? אילו השלכות מעשיות צופנת עלייתו של הגמול הרך? האם וכיצד תיישם הפסיקה את גישותיה השונות של תיאוריה זו? עד כמה תיקלט תיאוריה זו בדין הנוהג בישראל?

מבלי להסתכן בניחושים ניתן להעלות רק השערות. **מצד אחד**, כפי שהראינו, תיאוריית הגמול הקשיח, אשר אמורה במקורה להיות נאמנה למידתיות, נוצלה בפועל והוטתה באמצעים רטוריים לתמיכה בהחמרת הענישה. ההפחתה ברמות הענישה בארצות־הברית בעקבות משבר הלגיטימציה שיצרה כליאת ההמונים עשויה לבלום את התפתחותו של הגמול הרך, שכן הצורך במציאת תחליף לגמול הקשיח צפוי להתייתר לנוכח שובו של רף הענישה לממדים סבירים ומידתיים. לצד זאת, ומאותו כיוון, במדינות רבות בעולם נרשמת בשני העשורים האחרונים האצה בשילוב מנגנונים תועלתניים בבסיסם בהליך גזירת הדין, והדבר מנביע תוצאות חיוביות (כגון הפחתת שיעורי עבריינות חוזרת וחיסכון בעלויות). במצב דברים כזה ספק אם תידרש בעתיד הצדקתם גם באמצעות רטוריקה של צדק, כחלק ממה שתיארנו כחוסה תחת מגמת עלייתו של הגמול הרך. אחרי הכל, כאשר המספרים ״מספקים את הסחורה״, הדבר מדבר בעד עצמו. **מצד אחר**, בעידן שבו הפחתת הענישה בגזירת הדין נפגשת עם צמיחתם של מנגנונים כגון צדק מאחה ובתי־משפט פותרי בעיות, הצורך בשימור היסוד האידיוסינקרטי המאפיין את המשפט הפלילי הולך וגובר. צורך זה עשוי לחזק את שרידותו של הגמול הרך, בהיותו כלי המאפשר לצקת לתוך מנגנונים תועלתניים את המימד הגמולי, הייחודי כל־כך למשפט הפלילי.

כך או כך, מבלי להכריע נורמטיבית אם ובאילו נסיבות שיקולי גמול רך עדיפים על התיאוריות הקלסיות המוכרות, ברי כי צמיחתו של הגמול הרך העשירה את ארגז הכלים השיפוטי הקיים כיום בגזירת הדין. לזיהוי מגמת עלייתה של תיאוריית הגמול הרך יש חשיבות עיונית, פילוסופית, סוציולוגית והיסטורית, אולם מעבר לכך עשויה להיות לו גם משמעות מעשית, בדמות השפעה על מדיניות הענישה העתידית והתשתית התיאורטית העומדת ביסודה. גמול רך מוסיף על מערכת השיקולים הקיימת שיקולים נוספים שהשופט יכול להביאם בחשבון בעת גזירת הדין, ובכך הוא מגדיל את הגיוון והגמישות בשיקולי הענישה. אכן, לגמול רך יש יתרונות רבים המאפשרים להתגבר על חסרונותיהם של הגמול הקשיח והתועלתנות גם־יחד, אך יש לתיאוריה זו גם חסרונות, כפי שנוכחנו. השאלה המעניינת מבחינה מעשית היא מתי ובאילו נסיבות יהיה נכון ומתאים ליישם שיקולי גמול רך. שאלה זו, החורגת מהיקפו של מאמר זה, ראויה לדיון ולפיתוח במחקרי־המשך, אשר יעמדו על שילובם של שיקולי גמול רך במסגרת מדיניות ענישה הדורשת שיטתיות, הגינות ושוויון בהליך קביעת העונש.

הניתוח התיאורטי שהצענו במאמר זה מבקש לספק תשתית להבנה מעמיקה יותר של הדיון בענישה. על מקבלי ההחלטות להיות מודעים למגוון השיקולים העומדים בבסיסן של הצדקות הענישה, כמו־גם לנסיבות שניתן להביא בחשבון בעת גזירת הדין על־פי כל גישה, ולזהות מתי הם מצויים במגרש הגמולי הקשיח, מתי הם עוברים לזירת הגמול הרך, ומתי הם חוצים לזירת התועלתנות. היכולת לקבל החלטות מושכלות יותר במלאכת גזירת הדין גוברת ככל שההבחנה בין הזירות ברורה יותר וככל שהמודעות ליתרונותיהם ולחסרונותיהם של השיקולים החוסים

תחת כל אחת מהזירות גבוהה יותר. מאמר זה מבקש אפוא להניח אבן־דרך ראשונה בשרטוט גבולות הגזרה שבין גמול מגיע, גמול מוגבל, גמול רך ותועלתנות, ובחשיפת החוזקות והחולשות העומדות בבסיס מערכת השיקולים שכל זרם בתיאוריה של הענישה מייצג.