# חריגה ממתחם העונש ההולם

איזכור: אורן גזל אייל, "חריגה ממתחם העונש ההולם", **יפורסם בספר דורית ביניש** (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2016)

אורן גזל-אייל*

**מבוא ..... 2**

**הליך גזירת הדין בהתאם לתיקון 113 ..... 4**

קביעת המתחם ..... 5
ההחלטה אם לחרוג מהמתחם ..... 6
קביעת העונש בתוך המתחם ..... 7
דירוג השיקולים על פי תיקון 113 ..... 7

**חריגות ממתחם העונש ההולם בהתאם לחוק ..... 9**

חריגה למטרות שיקום ..... 11
*התנאי: סיכוי של ממש לשיקום (או סיכוי של ממש להרתעה)* ..... *11*
*הסמכות – סמכות רשות* ..... *14*
*החריג: חומרה יתרה* ..... *15*
*התחשבות בשיקולי הלימה גם כאשר סוטים מהמתחם מטעמי שיקום* ..... *18*
חריגה לצורך הרחקה מן הציבור ..... 20

**חריגה מהמתחם מסיבות שאינן קבועות בחוק ..... 22**

האם תיתכן? ..... 22
חריגה לצורך הסדרי טיעון ..... 22
*הלכת הסדרי הטיעון* ..... *22*
*בחינת הסדרי טיעון סגורים לאחר תיקון 113* ..... *25*
*מדוע להתיר חריגה מהמתחם בהסדרי טיעון* ..... *29*
*בחינת הסדרי טווח* ..... *31*
חריגה מטעמי צדק ..... 34

**סיכום ..... 41**

* פרופ' מן המניין, סגן הדיקן וראש המרכז לחקר משפט, פשיעה וחברה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. הרשימה מבוססת על ההרצאה שניתנה בכנס לכבוד פרישתה של נשיאת בית המשפט העליון השופטת דורית ביניש ביום 22.4.2013. תקציר הדברים הופיע ברשימה "העונש ההולם לא תמיד הולם", שהתפרסמה בעורך הדין 21, 70 (2013). תודה לעורכי הכרך ולקורא/ת החיצוני/ת. תודה מיוחדת לענבל כבירי שסייעה רבות בעריכת הדברים. בלי עזרתה המעולה, רשימה זו לא הייתה רואה אור.

**מבוא**

אני חושב שעד היום, התקופה המאושרת ביותר שהייתה לי במקום עבודה הייתה במהלך ההתמחות בהנחייתה של השופטת דורית ביניש. קודם כול מבחינה אישית. כמי שרק סיים את לימודיו, ויודע שהוא ממש לא יודע הכול (או אולי נכון יותר, יודע כמעט כלום) קיבלנו ממנה, אני וכל המתמחים האחרים, את ההרגשה שהיא באמת רוצה לשמוע את דעתנו, שחשוב לה לדעת מה אנחנו חושבים. זו הייתה הרגשה נפלאה. גם מבחינה מקצועית, היא לימדה אותי לא רק משפטים. היא לימדה אותי שהעיקר בתיק זה הצדדים ולא ההלכות, העובדות ולא המשפט. הכל מתחיל ונגמר בעובדות, הייתה המנטרה שחזרה תמיד, ואף על פי שלנו, העוזרים והמתמחים שלה, היה הרבה יותר זמן להקדיש לכל תיק שהיה באחריותנו, היא תמיד הכירה את העובדות טוב מאתנו. גם אחרי שנים, במסיבת הפרֵדה ממנה, כשכל אחד מעשרות העוזרים והמתמחים נזכר בתיק מסוים, היא הצליחה לזכור יותר עובדות ויותר פרטים על כל אותם תיקים מרובנו. כמי שזכה שהשופטת ביניש גם תנחה אותו בעבודת הדוקטורט (יחד עם פרופ׳ אריאל בנדור), אני יודע שאני חב לה חלק גדול מהיכולת שלי כיום לחקור ולהבין את מערכת המשפט הפלילית.

תיקון 113 לחוק העונשין[1] (להלן – תיקון 113) קבע לראשונה בחקיקה הנחיות לבית המשפט בגזירת הדין. מטרתו של התיקון הייתה ״לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה״[2]. עד לחקיקת תיקון 113 לא הייתה כל התייחסות בחקיקה לשיקולים שעל בית המשפט לשקול בגזירת העונש. בפסיקה אוזכרו השיקולים הקלסיים של

[1] חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב- 2012, ס"ח 102 (להלן – חוק העונשין).
[2] סעיף 40א לחוק העונשין.

גמול, הרתעה, שיקום ומניעת יכולת[3], כמו גם שיקולים אישיים של הנאשמים (בעיקר התחשבות במצבם ומצב משפחתם) ושיקולים דיוניים (כגון הקלות למי שהודה, למי ששיתף פעולה עם הרשויות, למי שהודה בעקבות הסדר טיעון). ואולם, גם בפסיקה לא נקבע באופן ברור מתי יש לשקול שיקול זה או אחר, ובחירת השיקולים, כמו גם המשקל שניתן לכל אחד מהם, היו נתונים לשיקול דעתו של בית המשפט. הדבר יצר חשש שמעשי עבירה דומים זוכים לתגובה ענישתית שונה. המצב המשפטי הקודם עורר ביקורת לא רק נוכח הפגיעה החמורה בשוויון, אלא גם בשל הפגיעה בעקרון החוקיות, המחייב כי ההנחיות לענישה ייקבעו בחקיקה ראשית.[4] הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת בענישה, בראשות השופט אליעזר גולדברג, המליצה בשנת 1997 לקבוע בחקיקה קריטריונים ברורים יותר לענישה.[5] תיקון 113 נחקק בהתבסס על המלצות הוועדה לעגן בחוק העונשין את השיקולים שעל בית המשפט לשקול בבואו לגזור את דינו של הנאשם ואת סדר הבאתם בחשבון.

על פי התיקון, על בית המשפט לקבוע בשלב הראשון את מתחם העונש ההולם לעבירה. מתחם זה צריך להיקבע על פי שיקול אחד בלבד - שיקול ההלימה. על המתחם להלום את חומרתו של מעשה העבירה על נסיבותיו. ככלל, שיקולי ענישה אחרים אמורים להשפיע רק על בחירת העונש המדויק במסגרת המתחם.

עם זאת, החוק מציין מפורשות שני שיקולים העשויים להצדיק הטלת עונש שלא במסגרת המתחם. בתנאים מסוימים רשאי בית המשפט לגזור את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, גם אם העונש השיקומי יסטה ממתחם העונש ההולם. נוסף על כך, בתנאים מסוימים

[3] ראו למשל: ע"פ 1399/91 **ליבוביץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(1), 177 (1993).

[4] הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין, **דין וחשבון**, 7 (1997) וכן רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש: בעקבות דו"ח ועדת גולדברג", **מחקרי משפט** טו (1999) 147, בעמ' 152.

[5] שם (דוח גולדברג), בעמ' 4.

רשאי בית המשפט לחרוג מהמתחם לצורך הגנה על שלום הציבור, ובלבד שהחריגה מהמתחם למטרה זו לא תהיה ניכרת.

השאלה היא אם יש גם מצבים אחרים שבהם רשאי בית המשפט להטיל עונשים שלא במסגרת מתחם העונש ההולם, או שמא שני השיקולים לחריגה מהמתחם המוזכרים בחוק הנם רשימה סגורה. במאמר זה אטען כי אין מדובר ברשימה סגורה וכי יש שני שיקולים נוספים, שאינם מצוינים בחוק, המתירים לבית המשפט להטיל עונש תוך חריגה ממתחם העונש ההולם: הראשון, בית המשפט רשאי להטיל עונש על פי הסדר טיעון שנערך בין הצדדים גם בחריגה ממתחם העונש ההולם; השני, בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם כאשר שיקולי צדק מחייבים חריגה כזו.

המשך המאמר ייערך באופן הבא – בפרק הראשון אפרט את שלושת השלבים בהליך גזירת הדין בהתאם לחוק העונשין לאחר התיקון: קביעת מתחם העונש ההולם, ההחלטה אם לחרוג מהמתחם וקביעת העונש בתוך המתחם. בפרק הבא ייסקרו בתמצית שתי המטרות שלשמן ניתן כיום לחרוג ממתחם העונש ההולם – שיקום והרחקה מן הציבור. לאחר מכן אציג את טענתי שלבית המשפט סמכות לחרוג ממתחם העונש ההולם משתי סיבות שאינו מפורטות בחוק - לצורך הסדר טיעון ולמען הצדק.

**הליך גזירת הדין בהתאם לתיקון 113**

על פי תיקון 113 על בית המשפט לקבוע את העונש בשלושה שלבים.[6] בשלב הראשון עליו לקבוע את מתחם העונש ההולם, בשלב השני לקבוע אם לחרוג ממתחם זה, ואם החליט שלא לחרוג מהמתחם, בשלב השלישי, לקבוע את העונש בתוך המתחם.

## קביעת המתחם

כאמור, בשלב הראשון על השופט לקבוע את מתחם העונש ההולם, לפי העיקרון המנחה בענישה והוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג העונש המוטל עליו ומידתו.[7] מתחם העונש ההולם הוא טווח של עונשים אשר כל עונש שבתוכו יעמוד בעיקרון המנחה וייחשב הולם. כך, למשל, יכול בית המשפט לקבוע שבמקרה מסוים יהיה מתחם העונש ההולם בין מאסר על תנאי לבין מאסר של ארבעה חודשים, או בטווח שבין שנתיים בפועל לבין חמש שנים, או בין קנס של 1,000 ש״ח לבין של״ץ של עד 100 שעות.[8] מתחם העונש ההולם צריך כאמור להיקבע בהתאם לחומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם.[9] אין מדובר במתחם שנקבע לעבירה באשר היא; אין מתחם עונש לעבירת השוד.[10] המתחם ישתנה ממעשה עבירה אחד לאחר, בהתאם לחומרתו, ומנאשם אחד לאחר, בהתאם לאשמו. לדוגמה, שני נאשמים שביצעו יחד שוד מזוין עשויים להידון לפי מתחמי ענישה שונים אם חלקו של האחד בייזום המעשה וביצועו היה גדול מחלקו של האחר.

[6] אורן גזל-אייל, "תג מחיר העונשים", **עורך הדין** 14, 88 (2012).

[7] סעיפים 40ב ו-40ג לחוק העונשין.

[8] החוק אינו מבהיר כיצד נקבע המתחם כאשר העונש מורכב ממרכיבים שונים, וגם הפסיקה לא עסקה בכך. רוב השופטים קובעים במקרה כזה מתחם רק למרכיב העיקרי של העונש. כאשר נשקל, למשל, עונש מאסר – נקבע מתחם רק למאסר, בעוד יתר המרכיבים (קנס, התחייבות וכיו"ב) מוטלים בלי קשר למתחם האמור.

[9] סעיף 40ג(א) לחוק העונשין.

[10] ע"פ 7655/12 **פייסל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.4.13).

כדי להבהיר מה ייחשב חלק מהרכיבים של חומרת מעשה העבירה והאשם ומה לא ייחשב חלק מהם, החוק מפרט דוגמאות לשיקולים המשפיעים על החומרה. כך, תכנון העבירה, חלקו הייחסי של הנאשם בביצועה ומידת השפעתו על אחרים, הנזק שהעבירה גרמה או צפויה הייתה לגרום, המניע לעבירה, יכולתו של הנאשם להבין את הפסול שבמעשה או את משמעות המעשה, לרבות בשל גילו, יכולתו להימנע מביצוע המעשה לרבות בשל התגרות או קנטור ומידת האכזריות בביצועה – כל אלה הם שיקולים לחומרת מעשה העבירה. מנגד, נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה יהיו הנזק שהעבירה גרמה לנאשם או למשפחתו, הנזק שהעונש יגרום לנאשם או למשפחתו, התנהגותו הכללית של הנאשם ותרומתו לחברה, קבלת אחריות של הנאשם ומאמציו לתיקון הנזקים, נסיבות חייו, התנהגות רשויות האכיפה בעניינו, חלוף הזמן מאז ביצוע העבירה ועברו הפלילי. אין אלה רשימות סגורות, אלא דוגמאות שנועדו להמחיש אֵילו נסיבות ייחשבו כמרכיבות את חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם, ולכן ישפיעו על המתחם, ואֵילו לא ייחשבו ככאלה. בית המשפט מונחה לשקול בסופו של איזון את חומרתם של מעשה העבירה ואשמו של הנאשם גם תוך התחשבות במדיניות הענישה הנוהגת, ובהתאם למכלול זה לקבוע את מתחם העונש ההולם.

## ההחלטה אם לחרוג מהמתחם

בשלב השני, בית המשפט מתבקש להחליט אם לחרוג מן המתחם.[11] זה השלב שבו מתמקד מאמר זה. החוק כיום מתיר במפורש רק שתי חריגות מהמתחם: לצורכי שיקום[12] או לשם הרחקה מן הציבור,[13] וגם אז בתנאים מגבילים למדי. כאמור במבוא, במאמר זה אטען שיש שני חריגים נוספים שאינם קבועים בחוק ואשר מאפשרים הטלת עונש שלא במסגרת

[11] סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין.
[12] סעיף 40 ד לחוק העונשין.
[13] סעיף 40ה לחוק העונשין.

המתחם: כאשר העונש מוטל במסגרת הסדר טיעון וכאשר החריגה מהמתחם נדרשת מטעמי צדק.

## קביעת העונש בתוך המתחם

בשלב השלישי, בית המשפט נדרש להכריע מה יהיה העונש בתוך מתחם הענישה.[14] לצורך זה הוא רשאי לשקול נסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ואם מצא שיש סיכוי של ממש שרמת הענישה תשפיע על ההרתעה האישית או הכללית, רשאי הוא גם לשקול את השפעת העונש על ההרתעה.[15]

## דירוג השיקולים על פי תיקון 113

אם כן, תיקון 113 קבע מדרג ברור של שיקולים. העיקרון המנחה והעיקרי הוא עקרון **ההלימה**, שנגזר במידה רבה מהתפיסה הגמולית.[16] על פי שיקול זה, יש לוודא שמתקיים יחס הולם בין חומרת המעשה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש שמוטל עליו ומידתו.[17] זהו השיקול שאותו מפעיל השופט בשלב הראשון של הליך גזירת הדין, ועל פיו נקבע מתחם העונש ההולם. עקרון **השיקום** יכול להחליף את עקרון הגמול אם הנאשם השתקם או ניתן לשקמו באמצעות חריגה ממתחם ההלימה, אלא אם כן מעשה העבירה הוא בעל חומרה יתרה, שאז תיתכן החלפה בין שני השיקולים רק בנסיבות יוצאות דופן.[18] עקרון ה**הגנה על שלום הציבור** יכול לבוא לידי ביטוי רק באמצעות חריגה לחומרה, שאינה ניכרת,

[14] סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין.
[15] סעיפים 40ו, 40ז לחוק העונשין.
[16] עם זאת, יש הסבורים כי ניתן לגזור את עקרון ההלימה גם מתפיסה תועלתנית. ראו Paul Robinson and John Darley, *The utility of desert*, NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW 91 (1997) 453-499.
[17] סעיף 40ב לחוק העונשין.
[18] סעיף 40ד לחוק העונשין.

ממתחם העונש ההולם.[19] שיקול **ההרתעה** - הרתעת היחיד והרתעת הרבים – יכול כיום להישקל רק בתוך מתחם העונש ההולם ורק אם נמצא שיש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעה. מדובר בשינוי מהותי לעומת המצב טרם חקיקת התיקון, שכן ההרתעה הייתה שיקול מרכזי מאוד בענישה עד אז. ההחלטה לדחוק את ההרתעה לתחתיתה של רשימת השיקולים נבעה גם מהקושי החוקתי הטמון בהחלטה להשתמש באדם ובפגיעה בחירות הפרט שלו ככלי ליצירת השפעה על התנהגותם של אחרים,[20] אך בעיקר מההבנה שאין ראיות לכך שהחמרה בענישה תורמת להרתעה.[21] הדרישה ששיקול ההרתעה ישפיע על הענישה רק כאשר יימצא כי יש סיכוי של ממש שהחמרה תסייע להרתעה נועדה, אם בית המשפט יישמה כלשונה, להפוך את השימוש בשיקול זה לנדיר, גם בתוך המסגרת המוגבלת של מתחם העונש ההולם.[22] ואכן, לאחרונה קבעה הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, בראשות השופטת דליה דורנר, כי " המחקרים הרבים שבחנו את תיאוריית ההרתעה לא מצאו קשר בין חומרת הענישה להרתעה".[23] לפיכך הוועדה המליצה כי "בהעדר מידע אחר באשר להשפעת המאסר בנסיבות מסוימות, אין טעם בניסיון לקדם את ההרתעה האישית או הכללית באמצעות הרחבת השימוש במאסרים או באמצעות

[19] סעיף 40 ה לחוק העונשין.

[20] גם ועדת גולדברג עמדה על כך שספק אם החמרה בעונש למטרות הרתעה כללית מתיישבת עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו **דין וחשבון**, לעיל הערה 4, בעמ' 12.

[21] אורן גזל-אייל, רותי לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" **חוקים** ג 41, 67 (2011). לסקירה מקיפה של מחקרים שמלמדים על כך שבניגוד לדעה הרווחת, ההנחה לפיה חומרת העונש משפיעה על ההרתעה הכללית היא מאוד לא סבירה Charyl M. Webster and Anthony N. Doob, Searching for Sasquatch: Deterrence of Crime Through Sentence Severity, THE OXFORD HANDBOOK FOR SENTENCING AND CORRECTION, 173, 190 (2012). גם ועדת גולדברג עמדה על כך כי לאור המחקרים בנושא ספק אם קיים קשר רציונלי בין החמרת הענישה לבין הרתעה – **דין וחשבון**, לעיל הערה 4, בעמ' 12. ראו גם טקסט להערות 35 - 39.

[22] כפי שציין השופט רוזן, בגזר הדין בעניין הולילנד (ת"פ (ת"א) 10291-01-12 **מדינת ישראל נ' צ'רני ואח'**, (פורסם בנבו, 13.5.2014), המאשימה תתקשה להוכיח כי קיים סיכוי סביר שהחמרה בענישה תסייע להרתעה, ולכן נדיר ששיקול זה יבוא לידי ביטוי בקביעת העונש (פסקה 14 לגזר הדין). כפי שאראה בהמשך, בתי המשפט מתקשים להפנים שינוי זה בשוקלם את שיקול ההרתעה.

[23] ראו הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים, **דין וחשבון** (נובמבר 2015) זמין באתר http://goo.gl/q1EeDx, בעמ' 19.

שימוש במאסרים ממושכים יותר".[24] ביחד עם ההרתעה, גם נסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה (כגון חרטה של הנאשם, שיתוף הפעולה שלו עם הרשויות, הנזק שהעבירה גרמה לו, נסיבות חייו ועברו הפלילי) יכול שישפיעו על העונש רק בתוך המתחם ההולם.

**חריגות ממתחם העונש ההולם בהתאם לחוק**

את הדיון בשיקולים המאפשרים חריגה מן המתחם מקדימה שאלה תאורטית יותר - האם זה בכלל משנה מה קובעים הכללים? הטענה המועלית לעתים היא שהשופטים יוכלו להטיל כל עונש שירצו בכל מקרה, ואין חשיבות לקביעה אם מותר להם לחרוג מהמתחם אם לאו.[25] האפשרות שכך יהיה נראית סבירה במיוחד נוכח אי-שביעות הרצון הגלויה שמביעים שופטים רבים מחקיקת התיקון, שאף כונה בידי אחד משופטי בית המשפט העליון "תקלה חקיקתית".[26] בישראל, בניגוד לשיטות משפט אחרות שאימצו הנחיות לענישה, המתחם נקבע על ידי השופטים עצמם, ולא על ידי ועדה חיצונית.[27] אם שופטת רוצה להטיל עונש קל, היא תוכל לקבוע מראש מתחם שיכלול את העונש הקל. אם היא מעוניינת בעונש כבד, היא תוכל לקבוע את המתחם בהתאם. במילים אחרות, לפי גישה זו, שופטים יחליטו קודם כול מה העונש שהם רוצים להטיל ורק אז יקבעו את מתחם העונש ההולם. את ההנמקה הם יבצעו להפך, כפי שדורש החוק.

[24] שם, בעמ' 22.

[25] אליהו מצא, "מהפיכת העונשים", **עורך הדין** 16, 10 (2012).

[26] ראו דברי השופט אורי שוהם בהרצאה שנשא בכנס באילת, שלפיהם התיקון לחוק העונשין יצר חוסר אחידות והכבדה על הערכאה הדיונית וערכאת הערעור ב- http://www.news1.co.il/Archive/001-D-349092-00.html. ביקורת על חוסר הגמישות של תיקון 113 הביע גם השופט דוד רוזן מבית המשפט המחוזי בתל אביב בגזר הדין בפרשת הולילנד, לעיל הערה 22, פסקה 14 לגזר הדין.

[27] באנגליה ובוויילס, למשל, הוקמה על פי החוק האנגלי מועצה לקביעת קווים מנחים לענישה. בית המשפט חייב להתייחס לקווים המנחים שהמועצה קובעת (Coroners and Justice Act, 2009 c.25 §§118, 125). גם בניו זילנד הומלץ להקים מועצה דומה (Sentencing Council Act 2007).

**אני סבור, שלמרות האפשרות שכך יקרה מדֵי פעם, במרבית המקרים לא יהיה לבית המשפט חופש מוחלט בקביעת המתחם. מתחם העונש ההולם צריך להיקבע, כאמור, לפי חומרתם של מעשה העבירה והאשם. אם יקבע בית המשפט מתחם מחמיר מדי במקרה אחד, כדי להטיל עונש כבד, אזי לכשיגיע אליו מקרה נוסף שחומרתו דומה, הוא לא יוכל לקבוע מתחם שונה לחלוטין רק בשל רצונו להטיל עונש קל יותר.**[28] **לדוגמה: בפני שופט תעבורה עומד עבריין רצידיביסט שכבר ביצע עבירות רבות והורשע כעת בגרימת מוות של פעוט, בכך שנסע לאחור מבלי להביט במראת הרכב. רצונו של השופט להחמיר אתו עשוי להובילו לקבוע מתחם של שנת מאסר אחת עד ארבע שנים, למשל. אם לאחר מכן תעמוד בפני אותו שופט אֵם זהירה ונורמטיבית לחלוטין, ללא כל עבר פלילי ותעבורתי, שברשלנותה דרסה באותו אופן, בנסיעה לאחור מבלי להביט במראת הרכב, את בנה הפעוט - השופט לא יוכל לקבוע שבמקרה זה המתחם אינו מחייב עונש מאסר. החלטה כזו תסתור בצורה מפורשת מדי את ההחלטה הקודמת וקל יהיה לערער עליה. המתחם שייקבע במקרה המחמיר יהיה אפוא תקדים למתחם שייקבע במקרה המקל. זה ללא ספק המצב כאשר אחד המתחמים נקבע על**

[28] גישה שונה במקצת הובעה על ידי כב' הש' שהם ברע"פ 4088/13 **אחמד בן שחאדה הדרי נ' מדינת ישראל**, שניתן ביום 11.6.2013 ולפיה "[...] לא ניתן, לטעמי, לקבוע אפריורית מתחם ענישה הולם אחיד לכל עבירה ועבירה, וגם לא יהיה נכון לנסות וללכת בדרך זו, שכן היא חותרת תחת הוראותיו, נוסחו ורוחו של תיקון 113 [...] בדבריי אלה, אין כדי לקבע את מתחם הענישה אשר אוזכר על ידי בית המשפט המחוזי, שכן קביעת המתחם הינה תלוית נסיבות אותן יש לבחון, בכל מקרה ומקרה". הגם שלדעתי מתחמים נקבעים באופן פרטני, יש מעשי עבירה שיש בהם דמיון רב, כמו המקרה שנדון בפסק הדין המצוטט לעיל - שהיה שלא כדין למטרות פרנסה. זו הייתה גם עמדת בית המשפט העליון מפי השופט ג'ובראן בע"פ 7655/12 **פייסל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 4.4.2013) – "ברי, כי אין משמעות הדבר שבכל מקרה ומקרה 'יומצא הגלגל מחדש', ויקבע מתחם ענישה המותאם לנסיבות הספציפיות של ההליך. קביעה שכזאת הייתה מרוקנת מתוכן את סעיף החוק והיא נוגדת את תכליתו. מאידך, אין לקבוע מתחם ענישה כללי, הכולל קשת רחבה מאוד של מעשים אפשריים. ככל שעסקינן בעבירות דוגמת עבירת השוד, בה ניתן להצביע על מדרג של חומרה, עלינו לזהות את מתחם הענישה הראוי לקבוצות מעשים הדומים בנסיבותיהם".

ידי ערכאה גבוהה יותר בעלת סמכות תקדימית. אם כן, הדרך היחידה להקל עם הנאשמת במקרה השני אינה באמצעות שינוי המתחם, אלא על ידי חריגה ממנו.[29]

כאמור לעיל, לדעתי יש ארבע הצדקות לחריגה מן המתחם: שיקום, הרחקה מן הציבור, הסדר טיעון ושיקולי צדק. כיוון ששתי ההצדקות הראשונות מופיעות בחוק במפורש, אקדיש את עיקר היריעה לשתי ההצדקות האחרונות.

## חריגה למטרות שיקום

אף על פי שהחוק קובע שהעיקרון המנחה בענישה הנו עקרון ההלימה, לבית המשפט ניתנה בחוק סמכות כמעט בלתי מוגבלת להחליף אותו בשיקולי שיקום, כל עוד אין חומרה יתרה במעשה העבירה ובמידת אשמו של הנאשם. סעיף 40ד קובע כי אם יש סיכוי של ממש שהנאשם ישתקם או כבר השתקם רשאי בית המשפט לחרוג מהמתחם ולקבוע את העונש לפי שיקולי שיקומו של הנאשם. כתנאי לחריגה על הנידון להראות שקיים פוטנציאל שיקומי של ממש.[30] אם הוצג פוטנציאל כזה, בית המשפט רשאי להחליף את עקרון ההלימה בשיקולי השיקום. בדרך זו ניתן להטיל על נאשם צו מבחן, של"ץ או עונש שיקומי אחר, גם כאשר מתחם העונש ההולם מחייב מאסר.[31]

<u>התנאי: סיכוי של ממש לשיקום (או סיכוי של ממש להרתעה)</u>

מתי נאמר שיש **סיכוי של ממש** שהנאשם ישתקם או כבר השתקם? אין די בהתרשמות כללית לשם ביסוס קיומו של "סיכוי של ממש" לשיקום, כפי שלא ניתן רק על בסיס התרשמות

[29] לדיון בדוגמה זו ראו פסקה 14 לפסק דינו של השופט רוזן בפרשת הולילנד, לעיל הערה 22.
[30] ראו ע"פ 4425/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (25/11/14).
[31] יניב ואקי ויורם רבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא", **הפרקליט** נב, 413, 447 (תשע"ג) וכן חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקות חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, בעמ' 18.

כללית לבסס טענה שיש סיכוי של ממש שההחמרה תסייע להרתעה.[32] סיכוי של ממש לשיקום, כמו כל טענה עובדתית אחרת בהליך הפלילי, צריך להוכיח. הכלי הנגיש ביותר לביסוס טענה זו הוא תסקיר המבחן, הגם שבית המשפט רשאי להסתמך על חוות דעת מקצועית אחרת או ראיות אחרות.[33] כיוון ששירות המבחן מופקד זה מכבר על בירור סיכויי השיקום של הנאשם, הדרישה לבסס את סיכויי השיקום ולא להסתמך על תחושות בלבד אינה מעוררת קושי מעשי. עם זאת, אין מניעה כמובן להוכיח סיכוי של ממש לשיקום בדרכים אחרות.

יצוין כי הדרישות הראייתיות לביסוס אפשרות לשיקום ואפשרות להרתעה דומות. כמו לעניין השיקום, גם בטרם יחמיר בית המשפט בעונש לצורך הרתעה עליו למצוא כי קיים **סיכוי של ממש** שהתוצאה תושג, דהיינו שההחמרה תסייע להרתעה. כפי שציינו ואקי ורבין, סיכוי של ממש משמעו "אפשרות אמתית המעוגנת במציאות", ואף שאין צורך להראות סיכוי קרוב לוודאי להרתעה, אין די ב"סיכויים בעלמא".[34] בהקשר זה, יוער כי לפחות בתחילת הדרך נראה היה שבית המשפט העליון נשען על שיקול ההרתעה בלא שהוכח בפניו "סיכוי של ממש" שההחמרה אכן תגביר את ההרתעה, כנדרש בתיקון.[35] לדעתי, מדובר ביישום שגוי של שיקול ההרתעה, ובשני המקרים, הן לביסוס טענת ההרתעה והן לביסוס טענת השיקום,

[32] ראו הערה 21 לעיל והטקסט לה.

[33] ראו ע"פ 1903/13 **עיאשה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 14.7.2013) וכן ואקי ורבין, לעיל הערה 31, 1494.

[34] ואקי ורבין, לעיל הערה 31, בעמ' 446.

[35] ראו למשל דברי השופט רובינשטיין בע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.4.2013): "אציין אגב אורחא, כי לטעמי ההרתעה האישית (סעיף 140) היא בחיי המעשה 'שיקול בעירבון מוגבל'; אומר כאן רק, כי ספק אם מי ש'נתחמם' ונתלהט כלפי זולתו בשל סכסוך כזה או אחר ובא לעבור עבירה, לעתים חמורה, יזכור באותו רגע כי נענשים על כך בחומרה; אמנם הרתעה כללית (הרתעת הרבים – סעיף 140) עשויה להיות יעילה יותר בנושאים כלכליים הכרוכים בענישה ממונית ואחרת, למשל, או בנושאים שהם 'מכת מדינה', שבהם עובר מפה לאוזן מסר ההחמרה". גם השופטת ארבל התיחסה לשיקול ההרתעה כנימוק בעל משקל לדחיית ערעור על קולת ענש בעבירה של סיוע לשוד מזוין: "סלמאן סייע לאמג'ד לשדוד את המתלונן. אופי העבירה מלמד על תכנון מוקדם. בנסיבות אלו, יש חשיבות למסר שבית המשפט מעביר בענישה מחמירה ומרתיעה, כמו גם בהדגשת האינטרס הציבורי שבהגנה על נהגי מוניות" (ע"פ 5944/13 **סלמאן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.2.2014). ראו גם רע"פ 74/13 **חלידו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.3.2013) וע"פ 2194/14 **בן שמעון נ. מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 10.9.2014) שיידון בהערה 45 להלן.

יש צורך בכלי ראייתי ואין די בתחושות. משמעות הדרישה החקיקתית לבסס את קיומו של סיכוי סביר להשפעה על ההרתעה, ולא להסתפק ברטוריקה סתמית, היא שמספר המקרים שבהם שיקול הרתעת הרבים יוכל לשמש כשיקול לחומרה יצטמצם מאוד, בייחוד כשמדובר בעונש מאסר בפועל. כפי שציינתי לעיל, כמעט כל המחקרים שבחנו זאת הסיקו שלא ניתן למצוא קשר בין חומרת העונש להרתעה.[36] לאחרונה ממצאים אלו גם אומצו פה אחד על ידי הוועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה (ועדת דורנר), בה היו חברים גם נציגים של הפרקליטות, היעוץ המשפטי לממשלה, המשטרה ושירות בתי הסוהר.[37] עיקרי המלצות הוועדה אף אומצו לאחרונה על ידי ממשלת ישראל.[38] יש לקוות כי לאור האימוץ הרישמי של התובנות המדעיות בדבר היעדר ההשפעה של חומרת העונש על ההרתעה, הסתמכות בתי המשפט על אינטואיציות שגויות בדבר תיאוריית ההרתעה תשתנה. אכן, בהיעדר ראיות מחקריות לכך שהחמרה בענישה התורמת להרתעה (למעט אולי בהקשר של מאסר על תנאי, העשוי לתרום להרתעה אישית),[39] ייתכנו רק מקרים מעטים מאוד שבהם ימצא בית המשפט שיש "סיכוי של ממש" לכך שהארכת תקופת המאסר בפועל שאותה הוא שוקל תסייע להרתעה. ואולם, אחד החידושים בתיקון לחוק מצוי בדרישה שבתי המשפט יימנעו מרטוריקה לא מבוססת ויסתמכו על שיקול כלשהו, כגון הרתעה או שיקום, רק כשיש יסוד סביר להניח שקיים קשר רציונלי בין אותו האמצעי למטרה.

[36] ראו טקסט לה"ש 21 עד 24 לעיל הערה 23.

[37] ראו הוועדה לבחינת מדיניות הענישה, לעיל הערה 23.

[38] ראו חן מענית, "הממשלה תנסה לצמצם את מספר האסירים הכלואים בישראל", גלובס (12/08/2016) http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001145815

[39] Francesco Drago, Roberto Galbiati and Pietro Vertova, *The deterrent effects of prison: Evidence from a natural experiment* 117 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 257 (2009).

<u>הסמכות – סמכות רשות</u>

סעיף 40ד קובע כי כאשר הוכח סיכוי של ממש לשיקום, בית המשפט **רשאי** לגזור את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו. הוא אינו חייב לעשות כן. שאלה היא, כיצד יקבע בית המשפט אם להפעיל את סמכותו לפי סעיף 40ד? בפסיקה עדיין אין התייחסות לשיקולים האמורים להנחות את בית המשפט בהחליטו אם לגזור על הנאשם עונש לפי שיקולי שיקומו. לדעתי, כל עוד אין מדובר בעבירה שחומרתה יתרה, הרי שככלל יש להעדיף גזר דין הניתן לפי שיקולי שיקומו של הנאשם, כאשר הוכח סיכוי של ממש לשיקום. כדי לצמצם עבריינות בחר המחוקק להעדיף שיקולי שיקום משיקולי הלימה, כאשר יש סיכוי של ממש לשיקום ואין בעבירות חומרה יתרה. מנגד, הנחת המוצא מתהפכת מקום שבו יש בעבירה חומרה יתרה. במקרה זה מצווה המחוקק להעדיף את שיקולי ההלימה, ורק במקרים חריגים ויוצאי דופן לחרוג מהמתחם למטרות שיקום.[40]

עם זאת, ייתכנו מקרים שבהם יש להעדיף שיקולים אחרים, גם כשסיכויי השיקום ממשיים. ראשית, מקום שבו יש חשש מפני מסוכנותו של הנידון, יכול חשש זה להצדיק הימנעות מעונש שיקומי של הנידון, שלא ירחיק אותו מהציבור.[41] שנית, ניתן לשקול גם את הפגיעה העלולה להיגרם לנפגע העבירה מהעדפת שיקולי השיקום, אם יש ביסוס ראייתי לאפשרות כזאת.[42] אם יש שיקולים נגד הענישה השיקומית, יש לאזנם עם שיקולי השיקום, ולבחור אילו שיקולים גוברים. במסגרת איזון זה ניתן לשקול גם את מידתם של סיכויי השיקום ושל הנזק שתגרום ענישה בהתאם למתחם ההלימה לשיקומו של הנאשם. ואולם, אם נמצא כי יש סיכוי של ממש לשיקום, הרי שבהיעדר שיקולים מיוחדים, כגון מסוכנות או נזק צפוי לנפגע העבירה, יש להעדיף ככלל את הליך השיקום. זהו אחד החידושים הבולטים בתיקון 113,

[40] ראו סעיף 40ד (ב) לחוק, וכן להלן.
[41] ראו למשל ע"פ 5938/13 פלוני נ' מדינת ישראל (06/04/14).
[42] ראו שם, שם.

וראוי שבתי המשפט יתנו משקל לשינוי זה בדיני הענישה, שנראה כי עדיין לא הופנם עד תום.

<u>החריג: חומרה יתרה</u>

כאמור, סעיף 40ד(ב) מסייג את חריג השיקום וקובע כי כאשר חומרת העבירה ואשמו של הנאשם הם בעלי חומרה יתרה, חריגה לצורכי שיקום תהיה רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן. שאלה מעניינת אחת היא עד כמה חריגות יהיו הנסיבות שידרוש בית המשפט בהקשר של סעיף זה. אין ספק כי תכלית הסעיף היא להגביל מאוד את החריגה מהמתחם באותם מקרים שחומרתם יתרה.[43] אם במקרים הרגילים, שבהם אין למעשה חומרה יתרה, מקנה המחוקק לבית המשפט שיקול דעת רחב בהחלטה אם לחרוג מהמתחם, הרי שבאותם מקרים שבהם חומרת המעשה יתרה, אין די להראות כי קיים סיכוי של ממש לשיקום. יש להראות סיבה נוספת, שמשקלה רב, כדי להצדיק את החריגה. ואולם, ההחלטה להותיר את האפשרות להחליף את שיקול ההלימה בשיקום גם במקרים אלו מלמדת כי גם לגישת המחוקק לא בכל מקרה תיקוב ההלימה את השיקום; כשהאינטרסים העומדים על הפרק כבדי משקל, ניתן אף להימנע מהטלת עונש מאסר בפועל במקרים בעלי חומרה יתרה, למטרות שיקום.

חשובה לא פחות השאלה מתי ייקבע שמדובר במעשים בעלי חומרה יתרה. ואקי ורבין סבורים כי על הטוען לקיומה של חומרה יתרה להראות שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון, שמעשה העבירה הנו בעל חומרה יתרה; התנאי השני, שאשמו של הנאשם הוא בעל חומרה יתרה. הם מציינים עוד שכיוון שמדובר בתנאים מצטברים, קשה לחזות מראש את המקרים שייכנסו לגדר סעיף זה. עם זאת, לדעתם עבירות חמורות כמו רצח, אינוס, סחר בבני

[43] פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת חוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 1 (29.6.2010).

אדם וסחר רחב היקף בנשק או בסמים מסוכנים מקימות חזקה שקיימת חומרה יתרה גם באשמו של הנאשם.[44]

לדעתי, אין מדובר כאן בשני תנאים מצטברים אלא בבדיקת חומרתם של מעשה העבירה ואשמו של הנאשם כמכלול אחד. גם בשלב של קביעת המתחם אין מפרידים בין חומרתו של מעשה העבירה לבין מידת אשמו של הנאשם, אלא שוקלים אותם יחדיו כדי לקבוע מה מתחם העונש ההולם המתאים להם. גם בשלב השני, לצורך ההכרעה אם לחרוג מהמתחם למטרות שיקום, יש להתייחס לחומרתו של מעשה העבירה (על נסיבותיו) ולאשמו של הנאשם במשותף ולא כתנאים נפרדים שיש להוכיח בנפרד. שקלול שני הגורמים הללו, שלעתים קשה להפרידם, משמש הן לקביעתו של מתחם העונש ההולם בשלב הראשון והן לקביעת החומרה היתרה בשלב השני של גזירת הדין.

האם יש מקום למבחני חומרה שונים לעבירות שונות? לדעתי התשובה לכך בשלילה. כיוון שאותם שיקולים מנחים את בית המשפט בהחלטה על מתחם העונש ההולם ועל קיומה או אי-קיומה של "חומרה יתרה", ניתן לדעתי לקבוע, לפחות תאורטית, פתרון מספרי ברור לשאלה מהי חומרה יתרה, שיחול על כלל העבירות. במילים אחרות, את חומרת המעשה ניתן לגזור ממתחם העונש ההולם שנקבע לו, שכן מתחם זה נקבע בהתאם לחומרתו של מעשה העבירה ולמידת האשם. כך, ניתן לקבוע כי כל מעשה עבירה שהרף התחתון של המתחם שלו עומד, לדוגמה, על שלוש שנות מאסר או יותר ייחשב מעשה עבירה בעל חומרה יתרה. אפשר כמובן לקבוע מספר אחר, ומהדוגמאות שהביאו ואקי ורבין למקרים בעלי חומרה יתרה (רצח, אינוס וסחר בבני אדם) נראה כי לדעתם הרף הדרוש כדי שייקבע שיש במעשה "חומרה יתרה" נמצא גבוה יותר. אפשר גם להחליט כי נכון יותר להסתמך על הרף העליון של המתחם או על אמצעו בקביעת החומרה היתרה. ואולם, הטענה המרכזית כאן היא

[44] ואקי ורבין, לעיל הערה 34, בעמ' 447.

**שמידת החומרה ניתנת להכרעה מספרית פשוטה - באמצעות התבוננות במתחם העונש ההולם שנקבע בשלב הראשון של גזר הדין, ובחינה אם חומרתו של עונש המאסר על פי המתחם האמור עברה רף מסוים. כיוון שלצורך חריגה מהמתחם משיקולי שיקום משתמשים באותו מדד של חומרה הן לקביעתו של מתחם העונש ההולם והן לקביעת קיומה או היעדרה של חומרה יתרה, אין צורך בבחינה כפולה של חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם.**[45] **ייתכן שבתי המשפט יעדיפו שלא להגדיר רף מספרי לדרישת החומרה היתרה, כדי להותיר גמישות ועמימות מכוונת, אולם מבחינה תאורטית, כיוון שהקריטריונים לקביעת המתחם ולקביעת קיומה של חומרה יתרה הם אותם קריטריונים, ניתן להכריע אם "חומרת מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה".**

[45] יצוין כי בתי המשפט אינם מקפידים לנמק בהחלטותיהם אם מדובר במקרים בעלי חומרה יתרה אם לאו. כך, בת"פ 38953-11-13 **מדינת ישראל נ' פלונית** הטיל בית המשפט המחוזי בחיפה (סגן הנשיא רון שפירא) עונש של עבודת שירות בלבד בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה (הנאשמת הורשעה כי חתכה את צווארו של בן זוגה בסכין בעת שישן ולאחר מכן הכניסה את הסכין לפיו ושברה את אחת משיניו). הוא קבע, לאור נסיבות המקרה, כי מתחם העונש ההולם עומד על שלוש עד תשע שנות מאסר, אולם מטעמי שיקום יש להטיל על הנאשמת עונש שאינו כולל מאסר בפועל. בית המשפט לא התייחס לשאלה אם יש במקרה "חומרה יתרה". לדעתי, במקרה זה יש חומרה יתרה, ולכן היה על בית המשפט לציין אם התקיימו "נסיבות חריגות ויוצאות דופן" המצדיקות הטלת עונש שיקומי. לעומת זאת, בע"פ 2194/14 **בן שמעון נ. מדינת ישראל** (10.9.2014) דן בית המשפט בעניינו של אדם שהורשע בגידול סם מסוג קנביס. באותו מקרה המליץ שירות המבחן בשני תסקירים להימנע מעונש מאסר. בתסקירים צוין כי המערער שיתף פעולה באופן מלא עם הליך הגמילה, ולכן הסיכוי להישנות ביצוען של עבירות בתחום הסמים מצד המערער הוא נמוך, אך אם יוטל עליו עונש מאסר בפועל יש חשש לנסיגה בתהליך שיקומו ולפגיעה בהישגיו עד כה. בית המשפט דחה את המלצת השירות. הוא אמנם הפחית את עונשו של הנאשם (מ-27 ל-20 חודשי מאסר), אולם הפחתה זו בוצעה בתוך מתחם העונש ההולם שנקבע בערכאה הדיונית (בין 18 ל-30 חודשי מאסר). גם כאן, בית המשפט נמנע מלקבוע אם סירובו להטיל את העונש לפי שיקולי השיקום נבע מקיומה של "חומרה יתרה" אם לאו. יצוין כי הכרעה זו בעייתית במיוחד, שכן השיקול היחיד לסירובו של בית המשפט לסטות מהמתחם היה שיקול ההרתעה. בית המשפט קבע כי "ככלל כאשר בעבירות סמים עסקינן השיקולים הנוגעים לנסיבותיו האישיות של הנאשם נסוגים מפני האינטרס הציבורי שבהרתעת הרבים ומפני הצורך למיגור נגע זה". לדעתי, מכיוון ששיקול ההרתעה אינו יכול להצדיק חריגה מהמתחם, אין מקום להצדיק באמצעותו הימנעות מהטלת עונש לפי שיקולי שיקומו של הנאשם, מה גם שבמקרה זה בית המשפט כלל לא קבע כי הוכח שיש סיכוי של ממש שההחמרה תקדם את ההרתעה הכללית, כנדרש בחוק. ראו גם ע"פ 3102/14 מונגד אבו חאטר נ' מדינת ישראל (17.11.2014), שבו דחה בית המשפט את המלצת שירות המבחן לגזור על המערער עונש בהתאם לשיקולי שיקומו בשל חומרת המעשה, אף שכנימוק לכך ציין את סעיף 40ד (א) לחוק ולא את ההוראה המתייחסת למעשים בעלי חומרה יתרה בסעיף 40ד (ב), באומרו "גם לו סברתי כי המשיב עונה על התנאים הקבועים בסעיף 40ד(א) לחוק העונשין, גם אז לא הייתי רואה מקום לחרוג לקולה ממתחם הענישה, בשים לב לחומרת מעשיו של המשיב [...]".

התחשבות בשיקולי הלימה גם כאשר סוטים מהמתחם מטעמי שיקום

גם כאשר מחליט בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם לצורכי שיקום, אין מקום לזנוח לחלוטין את שיקול ההלימה. המחוקק בחר להנחות את בית המשפט לגזור עונש לפי שיקולי שיקומו של הנאשם, כיוון שסבר שהנזק שייגרם לנאשם ולחברה כתוצאה של הוויתור על השיקום גובר על עקרון ההלימה. ואולם, אם ניתן להטיל עונש הקרוב יותר לעונש ההולם **מבלי לפגוע** בשיקומו של הנאשם, יש להעדיף עונש זה מעונש קל יותר. ראו לדוגמה נאשם אשר הרף התחתון של מתחם העונש ההולם בענייננו הוא שנתיים מאסר בפועל. נניח שנמצא כי יש סיכוי של ממש שהנאשם ישוקם, אך כליאתו מאחורי סורג ובריח תפגע בסיכויי השיקום. במקרה כזה יש להטיל עליו עונש של מאסר לריצוי בדרך של עבודות שירות (בהנחה שעונש זה אינו פוגע בשיקום) ולא להסתפק בצו מבחן או בענישה קלה אחרת, אף שגם ענישה מקלה יותר תתאים לדרישה שהעונש יוטל לפי שיקולי שיקומו של הנאשם. אם ניתן להשיג את עקרון ההלימה בלי לפגוע במצוות המחוקק להטיל עונש לפי שיקולי שיקומו של הנאשם, יש לנסות לעשות זאת.[46] בדומה, בעבירות חמורות שבהן תקופת המאסר ממושכת ייתכן, ולו במקרים חריגים, שגם בבית הכלא ניתן לתת מענה שיקומי **הדומה באיכותו** למענה שניתן לקבל מחוצה לו; במקרה כזה ייתכן שאין מניעה להטיל עונש מאסר כשעונש זה מתחייב ממתחם ההלימה, ובלבד שסיכויי השיקום, אם יוטל אמצעי שיקומי אחר, אינם גבוהים יותר.[47]

[46] ראו למשל ע"פ 452/14 **ניסים דבוש נ' מדינת ישראל** (3.4.2014), שם נדחתה בקשת המערער לבטל את עונש עבודת השירות שהוטל עליו ולהמירו בצו מבחן, בין היתר מהטעם שאין מדובר בחריגה של ממש מהמלצות שירות המבחן באשר לאפיקי השיקום הנכונים למערער.

[47] השוו גזר דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה (השופט רון שפירא) ת"פ 53603-06-13 **מדינת ישראל נ' שינאוי** (פורסם בנבו, 30.12.2013), שבו נקבע, במקרה שבו נמצאה חומרה יתרה, כי הפוטנציאל השיקומי יכול שימוצאשימוצה במסגרות השיקום הקיימות בשב"ס. יצוין עם זאת כי בדיוני ועדת החוקה הייתה הסברה שאמצעי שיקומי יהיה בדרך כלל אמצעי בפיקוח שירות המבחן, ואף חשבו להגדיר זאת במסגרת הוראת החוק. ההחלטה שלא לקבוע שאמצעי שיקומי הוא אמצעי בפיקוח שירות המבחן נבעה מהחשש שהגדרה כזו תמנע מבית המשפט

**מנגד, מקום שבו נקבע כי יש סיכוי של ממש לשיקום והוחלט לחרוג מהמתחם מטעם זה, אין לבחור בעונש שיפגע פגיעה של ממש בשיקום רק כדי לעמוד חלקית בעקרון ההלימה. כפי שציין בית המשפט העליון, "ככל שעולה כי השמת הנידון מאחורי סורג ובריח עלולה לאיין את ההליך השיקומי או לפגוע בו באופן ניכר, יש לבכר את שיקולי השיקום".[48] משהופעל סעיף 40ד, על בית המשפט להעדיף את השיקום מההלימה ולגזור את העונש לפי שיקולי השיקום.[49] גישה זו עולה גם מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, שהכינה את החוק לקריאה שנייה.[50] בדוגמה שהצגתי לעיל, כשהרף התחתון של מתחם העונש ההולם הוא שנתיים מאסר, אין מקום לגזור על הנאשם עונש מאסר של שנה מטעמי שיקום. אם עצם קיומו של עונש מאסר בפועל פוגע בשיקום, הרי ששנת מאסר אינה עונש שנגזר לפי שיקולי שיקומו של הנאשם כמצוות החוק. אין גם טעם בענישה כזו. עונש מאסר כזה גם לא יסייע לשיקומו**

להפנות נידונים לשיקום במסגרת תכניות אחרות, כגון תכניות עירוניות. ברי מהדיונים בוועדה כי הנחת המוצא הייתה שכליאה אינה אמצעי שיקומי. פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (29 ביוני 2009).

[48] ראו ע"פ 4425/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (25.11.2014).

[49] ראו גם יורם רבין ויניב ואקי, **דיני עונשין** (מהדורה שלישית, כרך ג', 2014) 1493 ("הוראה זו מאפשרת לבית המשפט, במקרים המתאימים, להעדיף את עקרון השיקום על פני עקרון ההלימה. רוצה לומר שבמקרים אלה ניתן להחליף את עקרון ההלימה בעקרון השיקום").

[50] ראו למשל דברי היועצת המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת בדיון מיום 25.05.2010, בהסבירה את הסיכום שאליו הגיעה הוועדה בנוגע למקרים שבהם יש סיכוי ממשי לשיקום: "זה הופך להיות לשיקול מוביל בענישה. אנחנו אומרים את זה. אנחנו לא משתמשים בסטיות. אנחנו אומרים: ברגע שזה המצב, זה הופך לשיקול מוביל בענישה". יצוין כי כל הדוברים בדיון הניחו כי מטרת סעיף השיקום היא לקבוע שבמקרים שבהם יש סיכוי של ממש לשיקום, יש לגזור את העונש לפי שיקולי השיקום ולא לאזן בינם לבין שיקול ההלימה. עם זאת, בוועדה התפתח ויכוח אם במקרה של עבירות בעלות חומרה יתרה יש לאמץ גישה שונה. עו"ד רחל גוטליב, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, סברה כי בעבירות בעלות חומרה יתרה יש לאזן בין שיקולי השיקום להלימה, ולהתיר רק סטייה שאינה ניכרת מעקרון ההלימה. עמדה זו נדחתה בוועדה, ורוב הדוברים הסכימו שאין טעם באיזון כזה שכן אז אין משיגים לא גמול ולא שיקום. ואכן, בסופו של דבר החליטה הוועדה שגם בעבירות חמורות יחליף שיקול השיקום את שיקול ההלימה (ולא ייעשה איזון בין השיקולים), אולם רק בנסיבות חריגות ויוצאות דופן. פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (25.05.2010). ואכן, בדיון העוקב הסכימה גם המשנה ליועץ המשפטי לממשלה גוטליב כי גם בעבירות חמורות אין טעם לאזן בין שיקולי השיקום וההלימה, ואם הוחלט להפעיל את הוראת השיקום, הרי ששיקולי ההלימה נדחים. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 211 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, (15 ביוני 2009).

של הנאשם (אלא ככל הנראה יפגע בשיקומו) וגם לא יעמוד בעקרון ההלימה.[51] אם החליט בית המשפט כי הנאשם האמור השתקם או יש סיכוי של ממש שישתקם, ולכן החליט להטיל עליו עונש לפי שיקולי שיקומו, עליו להטיל עליו עונש שאינו כולל מאסר בפועל כלל.

## חריגה לצורך הרחקה מן הציבור

אפשרות נוספת שקובע החוק לחריגה מהמתחם היא הצורך בהרחקה מהציבור. סעיף 40ה מאפשר חריגה לחומרה מהמתחם כאשר בית המשפט מגיע למסקנה, בהתבסס על "עבר פלילי משמעותי" של הנאשם או על חוות דעת מקצועית, שיש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וההחמרה נדרשת לצורך הגנה על הציבור.

עד כה, השימוש שנעשה בסעיף זה מצומצם מאוד. מחקר אמפירי שבחן 143 גזרי דין של בתי המשפט המחוזיים, שכללו עונשי מאסר, לא מצא ולו מקרה אחד שבו הוחלט על חריגה מהמתחם לצורך הרחקה מהציבור.[52] ייתכן שהסיבה לכך היא שהמתחמים שנקבעים מחמירים ממילא, כך שהרף העליון שלהם גבוה למדי ובתי המשפט אינם נזקקים לחריגה מהם לחומרה. בחינה אמפירית של רמות הענישה בתוך המתחמים מאששת מסקנה זו.[53]

יצוין בהקשר זה כי לשם הרחקה מן הציבור מאפשר החוק רק החמרה שאינה ניכרת מהמתחם. החריגה לצורכי שיקום אינה מוגבלת בסייג דומה. מכאן יוצא שהחוק מתיר להחליף לחלוטין את עקרון ההלימה בשיקולי שיקום ("לקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו"), אך לא ניתן להחליף לחלוטין את עקרון ההלימה בשיקולי הגנה על הציבור.

[51] ראו שם.

[52] קרן וינשל-מרגל וענבל גלון, השפעת תיקון החוק בעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים, מחלקת המחקר של הרשות השופטת (2014).

[53] המחקר שבחן את גזרי הדין של בתי המשפט המחוזיים בשנת 2013 מצא כי כמעט מחצית מהעונשים (47%) מוטלים בשליש התחתון של המתחם, עוד כ-40% בשליש האמצעי ורק 13% מעונשי המאסר נקבעו בשליש העליון של המתחם. במצב זה הצורך בחריגה מהמתחם לחומרה אינו צפוי להתעורר לעתים קרובות.

נקודה שחשוב לשים אליה לב היא שכמעט בכל מקום בעולם שבו נקבעה הבניה של שיקול דעת שיפוטי ניתן לעבר הפלילי משקל נכבד. בארצות הברית מבוססות טבלאות הענישה על ציר אחד שעוסק בחומרת העונש וציר אחר שעוסק בחומרת העבר הפלילי, והעונש נקבע בהתחשב בשני השיקולים[54]. באנגליה, ההנחיות אינן קובעות מתחמים שונים בהתאם לעבר הפלילי, אך קובעות מפורשות שעבר פלילי קל או מחמיר הוא שיקול לחריגה מהמתחם.[55] בישראל, עבר פלילי יכול להשפיע רק בתוך המתחם. ההחלטה להגביל את משקלו של העבר הפלילי נבעה מהתפיסה שעקרון ההלימה אינו מתיישב עם מתן משקל רב לשיקול זה. זה שינוי משמעותי, כיוון שההוראה מקטינה מאוד את המשקל שניתן לתת לעבר הפלילי. סעיף 40ה מקל מעט את המגבלה החדשה ומאפשר במקרים מסוימים חריגה שאינה ניכרת מהמתחם בשל עבר פלילי - כאשר העבר הפלילי מלמד על מסוכנות לשלום הציבור.[56] נוכח הפרקטיקה המקובלת בעולם, לתת משקל נכבד לעברו הפלילי של הנאשם בהחלטות על העונש (שכאמור רווחה גם בארץ עד לתיקון), ניתן היה לצפות שייעשה שימוש תדיר יותר באפשרות לחרוג מהמתחם למטרות הגנה על הציבור. ייתכן שעם חלוף הזמן ירחיבו שופטים את נכונותם להכיר בצורך בחריגה מהמתחם למטרה זו.

[54] U.S.S.G. §5A United States Sentncing Guidelines - HTTP://WWW.USSC.GOV/GUIDELINES/2012/2012-CHAPTER5MANUAL.

[55] ראו Julian V. Roberts, *Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developements and Emerging Issues* 76 LAW AND CONTEMPORARY PROBLEMS 1, 6 (2013).

[56] ראו למשל דברי עו"ד רחל גוטליב: "לפי המוצע, במודל המוצע בהצעת החוק הממשלתית - זה מתבסס על ועדת גולדברג ועל תפישות של קרימינולוגים בעולם - העבר הפלילי הקודם לא נלקח בחשבון בקביעת העונש ההולם. כיון שראוי שיילקח, ודאי כאשר מדובר בעבר פלילי מכביד, זו מטרת הסעיף הזה. אם, נניח, נוציא אותו והוא לא יהיה קיים, יהיה קיים שיקום ולא יהיה זה, מה התוצאה? - שבסיפור של טוני העונש ההולם לפורץ הוא 18 חודשים. רואה בית-המשפט בפניו שיש לו 60 עבירות קודמות מאותו סוג וכל מה שהוא יכול לתת לו זה את המכסימום שזה 18 חודשים". פרוטוקול ישיבה מס' 238 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, (29 ביולי 2010).

## האם תיתכן?

השאלה העיקרית הנדונה במאמר זה היא אם שיקום והרחקה מן הציבור הם שני המקרים היחידים שבהם מותר לחרוג מהמתחם. אם נסתמך על לשון החוק, התשובה המתבקשת היא חיובית. החוק קובע קטגורית שאת העונש יש להטיל במסגרת המתחם, וחריגה ממנו מותרת רק מטעמי שיקום או הרחקה מהציבור.

סעיף 40 (ב) קובע כך:

> בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה.

למרות זאת יש, לדעתי, שני מצבים נוספים, שאינם מצוינים בחוקר, אשר בהם מותרת חריגה ממתחם העונש ההולם: האחד - הסדרי טיעון, והאחר - כאשר אינטרס הצדק מחייב זאת.

## חריגה לצורך הסדרי טיעון

### <u>הלכת הסדרי הטיעון</u>

את ההלכה החשובה ביותר בתחום הסדרי טיעון קבעה השופטת ביניש (כתוארה אז), בשם הרכב של תשעה שופטים, בע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל** (להלן "הלכת הסדרי הטיעון").[57] באותו מקרה דחה בית המשפט המחוזי הסדר טיעון, כיוון שהעונש שהצדדים הסכימו עליו היה נמוך בהרבה מהעונש ההולם את חומרת העבירה. בית המשפט המחוזי

[57] פורסם בנבו, 25.12.2002.

אימץ את אחת העמדות שהיו מקובלות בפסיקה עד לאותו דיון - עמדת השופט גולדברג[58] - שלפיה בית המשפט אינו רשאי לאשר הסדר שבמסגרתו העונש חורג באופן ניכר מהעונש ההולם את מאפייני העבירה, גם אם עונש זה מוסכם בהסדר טיעון.

בבית המשפט העליון נדחתה עמדה זו. השופטת ביניש, בהסכמת יתר חברי המותב, קיבלה את הערעור וגזרה על הנאשם את העונש שהוסכם בין הצדדים בהסדר הטיעון. היא קבעה כי בעת ההחלטה אם לאשר הסדר טיעון שכולל הקלה ניכרת בעונש על בית המשפט לבחון לא רק את ההתאמה בין חומרת העונש למעשה, אלא גם את מידת הוויתור שוויתר הנאשם נוכח סיכויי ההרשעה או הזיכוי אלמלא ההסדר, וכן את השיקולים שהנחו את התביעה להגיע להסדר המקל. שיקולים ענייניים של התביעה כוללים, בין היתר, את הקשיים הצפויים בניהול המשפט (לרבות ריבוי עדים), את הצורך בגביית עדויות מעדים שאינם בארץ, התחשבות בנפגע העבירה והצורך לחסוך ממנו עדות וחקירות, האינטרס הציבורי שבהשגת הודייתו של הנאשם ובקבלת אחריותו למעשיו, החיסכון בזמן השיפוטי ובמשאבי התביעה והצורך בהשגת ראיות נוספות להעמדת עבריינים נוספים לדין.

כל הרשימה האמורה כוללת שיקולים המכונים כיום בחוק "נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה".[59] לפי פסק הדין של השופטת ביניש בפרשת פלוני, מותר לתביעה לשקול את כל השיקולים הללו, ואם היא איזנה נכונה בין השיקולים לבין ההקלה שניתנה לנאשם - מותר לבית המשפט להטיל עונש על פי ההסדר. לאמתו של דבר, במקרה כזה הוא חייב להטיל עונש בהתאם להסדר.

[58] גישת "העונש הראוי" כפי שהובעה על ידי השופט גולדברג בשורת פסקי דין. ראו למשל ע"פ 442/91 **אסיס נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו 11.7.1991), ע"פ 1289/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 158, ע"פ 6675/95 **שילוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 672.

[59] סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין.

משמעותה של הלכת פלוני בהקשר של תיקון 113 היא ההנחיה שניתנה לבית המשפט לאשר גם עונש החורג ממתחם ההלימה, על בסיס נסיבות שאינן קשורות לביצוע, אם התביעה ביקשה חריגה מהמתחם במסגרת הסדר שמאזן נכונה בין השיקולים. אלא שתיקון 113 אינו מכיר בחריג כזה לעקרון ההלימה. האם הביא אפוא תיקון 113 למותה של הלכת פלוני? התשובה, לדעתי, היא שלילית. בישראל, כ-80% מההרשעות מושגות בהסדר טיעון וכ-60% מהסדרי הטיעון כוללים הסכמה כלשהי על העונש.[60] מכאן שכמחצית מההרשעות מושגות בעקבות הסדר טיעון לעניין העונש. ואולם, תיקון 113 מעולם לא התכוון לעשות רביזיה כה מרחיקת לכת בפרקטיקה המובילה למחצית מההרשעות בישראל. אפשר ללמוד זאת גם מההיסטוריה החקיקתית. בד בבד עם הצעת החוק בעניין תיקון 113 נדונה גם הצעת החוק הממשלתית בנושא הסדר טיעון בוועדת חוקה, חוק ומשפט.[61] הצעת החוק בעניין הסדר טיעון כללה סעיף מפורש המאמץ את הלכת פלוני וקובע כי בית המשפט יחרוג מהסדר טיעון לעונש רק אם מצא שגזר הדין יפגע מהותית בטובת הציבור. היה ברור שהצעת חוק זו, שנדונה בו-זמנית, תעסוק גם בהשפעותיו של הסדר טיעון על העונש. אלא שהדיון בהצעת החוק לעניין הסדר טיעון לא הושלם, שכן הכנסת התפזרה קודם לדיון בהצעה זו. על רקע זה סבורני שאין לפרש את התיקון כאילו שינה מהיסוד את ההלכה בעניין הסדרי טיעון.

ואכן, לאחר שתקציר הדברים המופיעים במאמר זה התפרסם,[62] אימץ בית המשפט העליון את העמדה האמורה לעיל. בע"פ 512/13[63] קבע בית המשפט כי מקום שבו מוצג לבית המשפט הסדר טיעון לעונש, עליו לבחון אם ההסדר עומד במבחן האיזון שנקבע בהלכת

[60] אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל, "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים", באתר מחלקת המחקר של הרשות השופטת (2012).

[61] הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65)(הסדר טיעון), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 536.

[62] אורן גזל-אייל, העונש ההולם לא תמיד הולם, **עורך הדין** 21, 70 (2013).

[63] **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.12.2013).

הסדרי הטיעון; אם התשובה חיובית, עליו לפעול על פיו גם אם העונש המוצע בו סוטה ממתחם העונש ההולם.

<u>בחינת הסדרי טיעון סגורים לאחר תיקון 113</u>

אם כן, כיצד צריך בית המשפט לבחון הסדר טיעון לעונש במצב החדש? נתחיל בבחינת הסדר טיעון סגור, דהיינו הסדר שבו שני הצדדים מבקשים מבית המשפט שיטיל על הנאשם עונש מסוים ומוסכם. כפי שאראה בחלק זה, אם העונש המוצע בהסדר הטיעון עומד לכאורה במבחן האיזון, ניתן לאשרו בלא קביעת מתחם ובחינת העונש על פיו. מנגד, כאשר יש ספק אם העונש עומד במבחן האיזון, על בית המשפט לבחון בשלב ראשון מה העונש שהיה צריך להטיל על פי כללי תיקון 113, ואז לבחון אם החריגה מעונש זה, כמוצע בהסדר, עומדת בתנאי מבחן האיזון. ההכרעה אם העונש עומד במבחן האיזון תיעשה תוך השוואת העונש המוסכם לעונש שבית המשפט היה מטיל על הנאשם לו הופעלו הכללים הקבועים בתיקון, ובחינת משקלם של השיקולים שהוצגו בהסדר המצדיקים הקלה בעונש זה. אפרט עמדה זו להלן:

ככלל, בשלב הראשון של הליך גזירת הדין על בית המשפט לקבוע מה העונש שהיה מוטל על הנאשם על פי העובדות שבהן הודה, אלמלא ערכו הצדדים הסדר טיעון. לצורך כך עליו לבחון מהו מתחם העונש ההולם, וכאשר אין מקום לחרוג ממנו, עליו לקבוע גם מהו העונש בתוך המתחם שאותו היה מטיל על פי הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כפי שנקבעו (לרוב בהתבסס על העובדות שהוסכמו על ידי הצדדים להסדר). לאחר בחינה זו עליו לבחון אם העונש שהצדדים מציעים עומד במבחן האיזון, דהיינו אם מתקיים יחס ראוי בין האינטרס

הציבורי הפרטני והאינטרס הציבורי הרחב שהתביעה מייצגת, מצד אחד, לבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם מהצד האחר.[64]

בתהליך זה עשוי העונש המוסכם להימצא בתוך המתחם, והוא עשוי גם להימצא מחוצה לו. ואולם, בעצם העובדה שהעונש המוסכם חורג מהמתחם אין כדי לשלול את התאמתו למבחן האיזון. במילים אחרות, ייתכן בהחלט כי העונש המוסכם יחרוג מהמתחם ועדיין יעמוד במבחן האיזון שנקבע בהלכת הסדרי הטיעון. מכאן עולה כי בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם כאשר החריגה נעשית בהתאם להסדר טיעון העומד במבחן האיזון. כך לדוגמה, כאשר התביעה מסכימה לבקש עונש מופחת בתמורה לסיוע ממשי של הנאשם בהשגת ראיות כנגד נאשם אחר (הסדר עד מדינה), או כאשר הפחתה ניכרת בעונש היא הכלי היחיד להשגת הודאה באשמה שתייתר את הצורך לחשוף את נפגעת העבירה לחקירה נגדית, מקום שבו חקירה כזו תפגע בה קשות. במקרים אלו ייתכן שהעונש המוסכם יהיה נמוך בהרבה מהעונש המתאים לפי הוראות תיקון 113 לחוק העונשין, ואף ייתכן שהוא יהיה נמוך באופן ניכר מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם. ואולם, עונש כזה יעמוד בכללים של מבחן האיזון, ולכן על בית המשפט לקבלו.

ייתכן כמובן גם כי הסדר הטיעון יוביל לחריגה מוסכמת מהמתחם, מקום שבו החריגה מוצדקת גם בלא הסדר. כך לדוגמה, במקרה שבהסדר מוסכם לגזור על הנאשם עונש החורג מהמתחם לפי שיקולי שיקומו של הנאשם, כאשר הנאשם שוקם או יש סיכוי של ממש שהעונש המוסכם יוביל לשיקומו. במקרה זה החריגה מהמתחם מוצדקת גם בלי קשר להסדר הטיעון, מן הטעם שהעונש תואם את העונש שיש להטיל לפי תיקון 113.

ייתכן גם מקרה הפוך, שלפיו העונש המוסכם יהיה בתוך המתחם אך ההקלה שתהיה גלומה בו ביחס לעונש הסופי שיש להטיל, לפי מכלול השיקולים, עדיין אינה עומדת במבחן האיזון.

[64] הלכת הסדרי הטיעון, לעיל הערה 57, פסקה 24 לפסק דינה של השופטת ביניש.

לדוגמה, ייתכן מצב שבו מתחם העונש ההולם הוא בין שנתיים לחמש שנות מאסר, העונש המתאים בתוך המתחם, אלמלא הסדר הטיעון, היה חמש שנות מאסר (ברף העליון) בשל נסיבות מחמירות רבות (כגון עבר פלילי עשיר של הנאשם), והצדדים הסכימו על עונש של שנתיים מאסר בלא שהייתה סיבה המצדיקה הפחתה כה גדולה. במקרה כזה, אף על פי שהעונש המוסכם עומד במתחם העונש ההולם, על בית המשפט לדחות את ההסכמה מכיוון שהעונש אינו עומד במבחן האיזון. עם זאת, סביר להניח כי לאור שיקול הדעת הרחב שיש לתביעה בהסדרי טיעון והנטייה של בית המשפט לכבדם, נדירים ביותר יהיו המקרים שבהם עונש מוסכם המצוי בתוך מתחם העונש ההולם ישקף הקלה גדולה עד כדי כך שתצדיק דחייה של הסדר הטיעון.

מבחינה פרקטית, כאשר הצדדים מסכימים על "הסדר סגור", **וניכר בו שהוא עומד בדרישות מבחן האיזון**, אין לדעתי מניעה שבית המשפט יוותר על השלבים המפורטים לעיל, יאמץ את ההסדר ויקבע כי הוא עומד במבחן האיזון. במרבית המקרים ההקלה הגלומה בהסדר הטיעון אינה גדולה, ואין כל ספק שהעונש המוסכם בו עומד במבחן האיזון. יש לזכור כי מבחן האיזון מנחה את בית המשפט להעניק לתביעה שיקול דעת רחב וכי ההתערבות בהסדרי טיעון על פיו נדירה למדי.[65] כיוון שאחת המטרות בעריכת הסדרי טיעון היא ייעול ההליך השיפוטי ופישוטו, נראה כי דיון מפורט בקביעתו של מתחם העונש ההולם, וקביעת העונש הראוי בתוך המתחם, אינם רצויים כשאין ספק שהעונש המוסכם יאומץ. צפוי שתתפתח באופן טבעי פרקטיקה שלפיה אין קובעים מתחמים ועונשים מתאימים כשמוצע לבית המשפט הסדר טיעון סגור, שכן מקום שבו בית המשפט מאמץ הסדר טיעון סגור, לא יהיה

[65] ראו אורלי אורן ושחר פישביין, ניתוח אמפירי של פסיקת בית המשפט העליון בערעורים על סטייה מהסדר טיעון, עבודת גמר בסמינר "מחקר אמפירי" בהנחיית רונן פרי ואורן גזל-אייל, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה (2009). לפירוט ממצאי המחקר ראו אליהו מצא, "הסדרי טיעון – עבר ועתיד", **הסניגור** 171, 4, בעמ' 11 (2011).

לאף אחד מהצדדים עניין לערער, ולכן לא יהיה לבית המשפט כל תמריץ לעסוק בבחינה תאורטית של מתחם הענישה. ואכן, כפי שהראו ויינשל וגלון, בתי המשפט נמנעים מקביעת מתחם כאשר מוצג בפניהם הסדר טיעון סגור לעונש.[66] ואולם, גם אם נתעלם מגישה ראליסטית זו באשר לאופן פעולתם של בתי המשפט, נראה שככלל אין טעם בניסיון מלאכותי לערוך דיון במתחמי ענישה ובעונש ההולם כששני הצדדים שואפים להשיג מטרה משותפת. במצב כזה לא מתקיים דיון אדוורסרי ובו עמדות מנוגדות, המסייעות לבית המשפט לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולהגיע למסקנה מושכלת בדבר המתחם והעונש שהיה צריך לגזור במסגרתו אלמלא ההסדר. אם יעסקו בתי המשפט בניסיון תאורטי לקבוע מה העונש הנכון אלמלא ההסדר כשאין בפניהם טיעון מסודר, החשש שיגיעו למסקנה מוטעית גדול יותר. לפיכך, כל עוד אין ספק בדבר התאמת ההסדר למבחני האיזון, מוטב שבתי המשפט יימנעו מניסיון עקר לקבוע את מתחם העונש ההולם ואת העונש המתאים בתוכו.[67]

אימוץ הסדר טיעון סגור ייעשה במרבית המקרים בלא קביעה מפורשת של מתחמים, אך כאשר יש ספק בדבר עמידת העונש המוסכם במבחן האיזון, בית המשפט מחויב לבחון את ההסדר לגופו. במקרה כזה, למרות הקשיים, על בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם ואת העונש המתאים בתוך המתחם (או מחוצה לו, אם יש לחרוג מהמתחם לצורכי שיקום או

[66] וינשל-מרגל וגלון, לעיל הערה 52, פסקה ג.3.א.

[67] לא ברור אם הפסיקה אימצה עמדה זו. בעניין פלוני, לעיל ה"ש 63, ציטט השופט מלצר בהסכמה את מאמרי שהוזכר לעיל ה"ש 62, בו נאמר ש"**במקרים שיש בהם ספק אם ההסדר עומד במבחני האיזון**, מצווה כיום בית המשפט לקבוע הן את מתחם הענישה והן את העונש בתוך המתחם שהיה נקבע אלמלא היה הסדר". אולם בפסקי דין אחרים נאמרו דברים המרמזים שהחובה לקבוע מתחם אינה מוגבלת למקרים בהם יש ספק אם ההסדר עומד במבחן האיזון. ראו למשל ע"פ 9246/12 **עמר חמאיסה נ' מדינת ישראל**, פס' ח' לפסק דינו של השופט רובינשטיין (24.3.2014) ("קביעת מתחם הענישה היא מצוות המחוקק בכל תיק"), ע"פ 5953/13 **מדינת ישראל נ' דוידי**, פס' 20 לפסק דינו של השופט דנציגר (6.7.2014) ("על בית המשפט לקבוע תחילה את מתחם הענישה בהתאם להוראות הדין ולמדיניות הענישה הנוהגת, בשלב הבא, להשוותו לטווח הענישה עליו הסכימו הצדדים, וככל שהטווח מאושר - לקבוע את העונש בהתחשב בהסדר הטיעון").

הרחקה מהציבור).[68] רק לאחר קביעת כל אלו יוכל בית המשפט לבחון אם ההקלה המוצעת במסגרת ההסדר, דהיינו הפער בין העונש המתאים בתוך המתחם לעונש שנקבע בהסדר, מוצדקת על פי מבחן האיזון שנקבע בהלכת הסדרי הטיעון.[69]

<u>מדוע להתיר חריגה מהמתחם בהסדרי טיעון</u>

ניתן לטעון שראוי לנצל את החוק לצמצום השימוש העודף בהסדרי טיעון. לפי הטענה, הגם שהמחוקק לא התכוון מפורשות להסדיר במסגרת תיקון 113 מגבלות על הסדרי טיעון, ראוי לקבוע שגם בהסדר טיעון אין לחרוג ממתחם העונש ההולם. בדרך זו יצומצם הפער הבעייתי בין העונש המוטל בהסדרים לעונש המוטל במשפט, בייחוד באותם מקרים בעייתיים שבהם התביעה מסכימה להסדרים מקלים במיוחד מטעמים ראייתיים.

ואכן, בכמה מקומות הבעתי את עמדתי נגד הסדרים הנערכים בתיקים שבהם הראיות חלשות. פעמים רבות מציעה התביעה לנאשמים הקלות ניכרות במסגרת הסדרי טיעון בשל חולשת הראיות והחשש שלה מזיכוי. בהלכת הסדרי הטיעון נקבע כי התביעה רשאית להעניק הקלות ניכרות בהסדר הטיעון כאשר יש קושי ראייתי בהוכחת האשמה.[70] לדעתי, הלכה זו יוצרת סיכון להרשעת חפים.[71] כשהראיות חלשות, יש סיכוי גדול יותר שהנאשם אינו אשם, ועידודו להודות באמצעות הקלות ניכרות מגדיל מאוד את החשש להודאות ולהרשעות של חפים. סבורני אפוא שיש מקום להגביל את הפערים בין העונשים המוטלים בהסדר לעונשים

[68] בשני פסקי דין נוספים אימץ השופט מזוז בדעת יחיד את העמדה שהובאה כאן, שלפיה כאשר סבירות ההסדר אינה ברורה מאליה, על בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם בטרם יבחן אם העונש המוסכם עומד בתנאי מבחן האיזון. מנגד, השופטים זילברטל ועמית בחרו להשאיר סוגיה זו ב"צריך עיון". ראו ע"פ 6799/14 **אופיר נ' מדינת ישראל** (16.3.2015) (להלן עניין **אופיר**) וע"פ פלילי 4301/15 **יאשיהו פינטו נ' מדינת ישראל** (5.1.2016) (להלן: עניין **פינטו**).

[69] הלכת הסדרי הטיעון, לעיל הערה 57, בעמ' 610.

[70] שם, בעמ' 593.

[71] אורן גזל-אייל, "הסדרי טיעון ובעיית החף", **משפטים** לה (1), 1 (2005).

המוטלים לאחר משפט, ולאסור על ההסדרים המגלמים הקלה רבה מדי מכיוון שהראיות חלשות. סברתי כי איסור על מתן הקלות כאלה בהסדר טיעון יוביל לכך שבתיקים שבהם הראיות חלשות, לא ניתן יהיה לערוך הסדרי טיעון והתביעה תצטרך לבחור בין ניהול המשפט לבין הימנעות מהעמדה לדין. בדרך זה החשש מהרשעות מוטעות בהסדרי טיעון יקטן.

למרות עמדתי זו, סבורני שתיקון 113 אינו הכלי לצמצום השימוש בהסדרים שבהם ההקלות גדולות. ראשית, מכיוון שלעתים יש הצדקות אחרות למתן הקלות גדולות, שאינן קשורות לראיות, כגון הסכמי עד מדינה, צרכים ביטחוניים או ציבוריים אחרים המחייבים הימנעות מהליך ראייתי או אינטרסים מיוחדים של נפגעי עבירה. הגבלה גורפת על הסדרי טיעון המגלמים הקלות גדולות עשויה לפגוע בשיקולים אלו. שנית, וזה העיקר, הגבלת הענישה המוסכמת למתחם הענישה לא תביא להגבלה אפקטיבית אמתית על ההקלות הניתנות בהסדרי טיעון. כל עוד התביעה רשאית לוותר על אישומים כרצונה ולהתאים את העובדות וכתב האישום לעונש שאותו היא מבקשת להשיג בהסדר הטיעון, הגבלות מסוג זה על הסדרי הטיעון יגרמו רק לעלייה בשימוש בהסדרים לאישומים במקום הסדרים לענישה. לאמתו של דבר, כבר כיום מקפידים הצדדים לשנות את עובדות כתב האישום מקום שבו העונש שאותו הם מעוניינים להשיג אינו הולם על פי כתב האישום המקורי. את הדוגמה הידועה ביותר להתאמות כאלו ניתן למצוא בפרשת קצב, שם עובדות כתב האישום וסעיפי האישום שונו כדי שבית המשפט יקבל הסדר שבמסגרתו לא יַרצה הנאשם מאסר בפועל.[72] לאחר שהנאשם חזר בו מההסכמות וההליך התנהל על פי כתב האישום המקורי, הוא נדון לשבע שנות מאסר

[72] מיד לאחר שנחתם הסדר הטיעון הוגשו שש עתירות לבג"ץ כנגד היועץ המשפטי לממשלה ואחרים - בג"ץ 5699/07 **פלונית (א') כנגד היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(3) 550.

בפועל.[73] תופעה זו, כפי שהראיתי במקום אחר, אינה חריגה כלל. בבתי המשפט המחוזיים, כמחצית מהסדרי הטיעון לאישומים כוללים ויתור של התביעה על סעיף האישום החמור ביותר.[74] התוצאה היא שהגבלות על הסדרים לעניין העונש, בלא הגבלות על הסדרים לאישומים, לא יוכלו לפתור את הבעיה שנובעת מהסדרים שההקלה הגלומה בהם גדולה מדי.[75] כיוון שהנזק מהסדרים לאישומים גדול מהנזק שגורמים הסדרים לעונש, מכיוון שהסדרים אלו פוגעים במהימנותה של הכרעת הדין ובהתאמת הקלון למעשים שבוצעו,[76] מוטב שלא להטיל מגבלות חדשות על הסדרים לענישה בלי הגבלות מקבילות על הסדרים לאישומים.

<u>בחינת הסדרי טווח</u>

עד כה עסקתי בהסדרים סגורים. ואכן, תיקון 113 הביא לעלייה ניכרת בהיקף השימוש בהסדרים סגורים עד כי בבתי המשפט המחוזיים, לאחר חקיקתו, הרוב המכריע של ההסדרים הכוללים הסכמה לעניין העונש הנם הסדרים סגורים.[77] רק כעשרה אחוזים מהסדרי הטיעון לעונש וכחמישה אחוזים מכלל הסדרי הטיעון בבתי המשפט המחוזיים הנם הסדרים של טווח ענישה. הסדרים אלו נערכים כאשר התביעה מתחייבת בהסדר לבקש עונש ספציפי או עונש שיימצא בטווח מסוים, וההגנה מבקשת עונש אחר, ובית המשפט מתבקש להכריע בתוך הטווח שנוצר.

[73] דנ"פ 864/12 **משה קצב נ' מדינת ישראל**, החלטה מיום 13.5.2012.
[74] גזל-אייל ואח', "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים", לעיל הערה 60, בעמ' 16.
[75] גזל-אייל, "הסדרי טיעון ובעיית החף", לעיל הערה 71, בעמ' 51 וכן אורן גזל-אייל ואבישלום תור, "השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תובנות פסיכולוגיות, והשלכות נורמטיביות", **משפטים** לט (1) 115, 140 (2009).
[76] שם, "הסדרי טיעון ובעיית החף", בעמ' 64.
[77] וינשל-מרגל וגלון, לעיל הערה 52.

בהסדרים אלו מתבקש בית המשפט לקבל שתי הכרעות – האחת, אם לקבל את ההסדר, והאחרת, אם ההסדר מתקבל, איזו עונש להטיל בתוך הטווח המוסכם. זו הכרעה סבוכה יותר מההכרעה בדבר הסדרים סגורים.

חשוב להבהיר כי ההסכמה על טווח אינה הופכת את הטווח המוסכם למתחם ההלימה. כפי שקבע בית המשפט בעניין פלוני,[78] מתחם ההלימה נקבע **על ידי בית המשפט** על פי **מבחן נורמטיבי** של חומרת מעשה העבירה, ואילו הטווח המוסכם נקבע **על ידי הצדדים** ועל פי מכלול שיקולי הענישה (לא רק ההלימה) יחד עם השיקולים הרלוונטיים להסדר הטיעון (כגון הרצון לחסוך את ההליך השיפוטי, הקושי הראייתי, שיקולים הנוגעים לנפגע העבירה ועוד). מטעם זה, קיומו של טווח מוסכם אינו פוטר את בית המשפט מקביעת מתחם העונש ההולם.[79]

נשאלת השאלה כיצד יקבע בית המשפט את העונש בתוך הטווח המוסכם. ניתן לטעון כי משנקבע טווח ענישה מוסכם רשאי בית המשפט להטיל כל עונש בתוך הטווח האמור, מכיוון שהצדדים הסכימו שבית המשפט יכריע בתוך טווח ענישה זה. אני סבור שאין לקבל עמדה זו. לדעתי, על בית המשפט להטיל, ככל האפשר במסגרת הסדר הטיעון, את העונש שהיה מוטל בהתאם להוראות תיקון 113. אם לאחר קביעת מתחם העונש ההולם והעונש המתאים בתוך המתחם נמצא שהעונש המתאים נמצא גם בתוך הטווח המוסכם, יש להטיל

[78] ע"פ 512/13, לעיל הערה 63.

[79] להבדל בין טווח הענישה המוסכם למתחם העונש ההולם ראו גם ע"פ 3912/14 **אחמד נאסר נ' מדינת ישראל** (6.11.14). אך ראו עמדה אחרת בע"פ 227/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (3.12.2014), שם נקבע כי בנסיבות שבהן הסכימו הצדדים על מתחם ענישה "אין מקום לדרוש מבית המשפט לנמק מהוא מתחם הענישה הראוי בעיניו". מאמירה זו עולה כי הצדדים רשאים לקבוע בעצמם מתחם ענישה (ולא רק טווח ענישה בהסדר טיעון) ואם הם עשו זאת, בית המשפט יקבל את המתחם האמור בלי צורך בנימוק. לדעתי, הצדדים יכולים להסכים בהסדר על טווח הענישה ולא על המתחם. קביעת המתחם היא בסמכותו של בית המשפט בלבד (ראו ע"פ 512/13, לעיל הערה 63, בפסקה 14). לפיכך הצדדים יכולים להסכים על טווח הענישה, אולם הסכמה כזו אינה פוטרת את בית המשפט מקביעת המתחם, נימוקה, ובחינת הטווח לאור המתחם האמור.

את העונש המתאים בהתאם לכללי החוק.[80] מנגד, אם העונש שנמצא מתאים בתוך מתחם ההלימה גבוה מהרף העליון של טווח הענישה המוסכם, על בית המשפט להטיל את העונש הקבוע בקצה הטווח, בהתאם לבקשת התביעה. בדרך זו יכבד בית המשפט את הסדר הטיעון, אגב פגיעה מזערית בעקרונות הענישה הקבועים בחוק העונשין.[81]

עם זאת, בקובעו את העונש המתאים בתוך המתחם על בית המשפט להתחשב, כחלק משיקוליו, גם בהסדר הטיעון ובוויתורים של הנאשם במסגרת הסדר זה. שיקולים אלו אינם יכולים להביא לחריגה ממתחם העונש ההולם, אך הם עשויים להצדיק בחירה בעונש קל מזה שהיה מוטל אלמלא נערך הסדר טיעון. במקרים שבהם יש חפיפה מסוימת בין טווח העונש ההולם ובין המתחם יש אפוא לבחור בעונש שנמצא הן בתוך הטווח והן בתוך המתחם; העונש המדויק ייקבע על פי מכלול הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובכללן הסדר הטיעון והשיקולים שהביאו לעריכתו.

זאת ועוד, בית המשפט רשאי לגזור גם עונש קל יותר, הנמוך הן מהרף התחתון של מתחם הענישה והן מהרף העליון של הטווח המוסכם, באותם מקרים שבהם היה רשאי לחרוג מהמתחם מסיבות אחרות, כגון מטעמי שיקום או טעמי צדק. במקרים אלו, הבחירה בעונש המקל אינה עומדת בסתירה להוראות תיקון 113. ואולם, לדעתי, מקום שבו הסיבה היחידה לחריגה מהמתחם היא הסדר הטיעון, על בית המשפט לבחון בעונש הקרוב ביותר למתחם שעדיין עומד בתנאי ההסדר, כדי שלא לחרוג מהמתחם מעבר לדרוש.

[80] ראו למשל עניין **אופיר**, לעיל הערה 68.

[81] השוו ע"פ 5953/13 **מדינת ישראל נ' מרדכי אביטל** (6.7.2014) ("על בית המשפט לקבוע תחילה את מתחם הענישה בהתאם להוראות הדין ולמדיניות הענישה הנוהגת, בשלב הבא, להשוותו לטווח הענישה עליו הסכימו הצדדים, וככל שהטווח מאושר – לקבוע את העונש בהתחשב בהסדר הטיעון"). ראו גם עניין **פינטו**, לעיל הערה 68, שם הטיל בית המשפט את העונש המרבי שנקבע בטווח הענישה המוסכם בהסדר הטיעון (שנת מאסר אחת), לאחר שקבע שהרף התחתון של מתחם העונש ההולם עולה על הרף העליון של טווח הענישה המוסכם.

לאחר כתיבת דברים אלו, בית המשפט העליון נדרש לסוגיה, ואימץ גישה שונה מזו שהבעתי לעיל, בע"פ **איוון שפרנוביץ נ' מדינת ישראל** (8.9.2016). באותו מקרה הצדדים הסכימו בהסדר טיעון כי העונש לא יעלה על 9 וחצי שנות מאסר בפועל, ואילו בית המשפט קבע כי הרף העליון של מתחם הענישה עומד על 12 שנים, ולבסוף, לאור הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה הטיל על הנאשם 9 שנות מאסר בפועל. בבית המשפט העליון התקבל ערעורו של הנאשם. נקבע כי בית המשפט המחוזי לא פעל על פי רוחו של הסדר הטיעון כשקבע שהרף העליון של מתחם העונש ההולם גבוה מהרף העליון של הטווח המוסכם, "שכן דבר זה עשוי להטות את העונש שנגזר כלפי מעלה, וכך להוביל להחמרה בעונש אותו היה הנאשם רשאי לצפות בעת עריכת הסדר הטיעון". לפיכך, נקבע, כי את הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ישקלו ביחס לרף העליון בטווח המוסכם ולא ביחס לרף העליון של המתחם שהיה נקבע אלמלא ההסדר. מטעם זה עונשו של הנאשם הופחת לשבע וחצי שנות מאסר בפועל.

### חריגה מטעמי צדק

האם נוסף על הסדרי טיעון יש להכיר גם בכלל המאפשר חריגה מהמתחם? כמעט בכל שיטות המשפט האחרות שאימצו הנחיות לענישה יש חריג כללי המאפשר להטיל עונשים מחוץ למתחם הענישה מטעמי צדק. באנגליה, המועצה לגזירת הדין קובעת מתחמי ענישה, אך בית המשפט רשאי לחרוג מהם בכל מקרה שבו הטלת עונש במסגרת המתחם נוגדת את אינטרס הצדק.[82] גם ההצעה להנחיות ענישה בניו זילנד קובעת כי בית המשפט רשאי לחרוג לקולה או לחומרה אם העונש על פי ההנחיות סותר את האינטרס הציבורי, ובמסגרת זו

[82] Coroners and Justice Act, 2009, c. 25, §125(1) (Eng.).

נכללת גם חריגה מטעמי צדק.[83] בארצות הברית, חלק מהשיטות שאימצו הנחיות לענישה קבעו מבחנים מחמירים יותר. כך, במינסוטה צריך השופט להציג בגזר הדין "substantial and compelling reasons" לסטייה מההנחיות.[84] בשיטה הפדרלית אמנם החריג מצומצם יותר, אולם מאז פסק הדין בעניין Booker[85] הפכו ההנחיות למייעצות בלבד, ובית המשפט רשאי לחרוג מהן בכל מקרה שהוא מוצא לנכון.

האם יש צורך בחריג כזה גם בישראל? מבחינה מסוימת, החריג האמור נדרש יותר בשיטות שבהן יש הנחיות מספריות לענישה. באנגליה, בשיטה הפדרלית האמריקנית ובמדינות של ארצות הברית שאימצו הנחיות, מתחם העונש (או העונש המוצע) נקבע על ידי ועדה חיצונית, בין שהיא מכונה נציבות לגזירת דין, מועצה לגזירת דין או בשם אחר. כאן, המתחם נקבע על ידי השופט. לכאורה אין צורך בחריגה מהעונש שהשופט קבע כהולם. ואולם, לדעתי חריג כזה הכרחי. יש מקרים שבהם המתחם שנקבע לפי חומרת העבירה יוצר עונש מופרז, מזיק ובלתי הוגן. יש מקרים שבהם הנסיבות שאינן קשורות לעבירה מחייבות עונש קל יותר. לאור החובה לפגוע בחירות ממאסר רק במידה שאינה עולה על הנדרש, יש לאפשר לבתי המשפט לחרוג מהמתחם כאשר עונש שייקבע בתוך המתחם יפגע בחירות ממאסר במידה העולה על הנדרש.

אציג כמה דוגמאות:

[83] ראו ההצעה ב-
http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/publications/2006/08/Publication_126_338_R94.pdf

[84] Minnesota Sentencing Guidelines & Commentary (1.8.2013) http://mn.gov/sentencing-guidelines/images/2013%2520Guidelines.pdf.

[85] United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).

נאשם נהג ברשלנות חמורה, התנגש בעץ וגרם לעצמו נכות קשה.[86] הוא מרותק לכיסא גלגלים. נניח כי מתחם העונש ההולם בענייננו הוא בין תשעה חודשי מאסר לבין שנתיים מאסר, על בסיס מקרים דומים בעבר. עם זאת, ברור כי לאדם בעל נכות הקושי להסתגל לכלא קשה בהרבה מהקושי של מי שאינו בעל נכות. נוסף על כך, תוצאת המעשה תורמת להרתעה האישית והכללית יותר מכל עונש. אלא שאלו אינם שיקולים המשפיעים על המתחם. האם חייב בית המשפט לשולחו למאסר? ניתן לסבך את השאלה עוד יותר. נניח שהנאשם בתאונה גרם למותה של בת זוגו, המפרנסת העיקרית במשפחה, ולפציעה קשה של שני בניהם, וכעת הוא נדרש לטפל בהם. האם במקרה כזה לא תעלה מידת הפגיעה של המאסר על הנדרש?

מקרה אחר - נאשם שרוי בסכסוך מתמשך עם המתלונן, שהתבטא גם במעשי אלימות הדדיים.[87] באירוע נשוא כתב האישום הוא תקף את המתלונן בסכין ופצע אותו, פציעות שמהן נשארו למתלונן צלקות. למחרת היום הגיע המתלונן לנאשם, הכה אותו ופגע בו פגיעה קשה שהותירה אותו עם 100% נכות. השופטת קבעה כי המתחם ההולם למעשה העבירה הוא בין שישה ל-24 חודשי מאסר. האם מותר בנסיבות אלה להטיל עליו עונש קצר יותר? באותו מקרה קבע בית המשפט שהדבר אכן מותר, אך לא נימק את קביעתו. דוגמה דומה שהובאה בפסק הדין בעניין הולילנד[88] – עובד ציבור שנטל שוחד וסובל ממחלה קשה וסופנית שמותירה לו זמן קצר ביותר לחיות. כשמתחם הענישה אינו מאפשר הטלת עונש

[86] המקרה מבוסס על עובדות תד (צפת) 2192-12-12 **מדינת ישראל נ' מתיאס נדר** (פורסם בפדאור, 20.2.2013). כתב אישום דומה מאוד בנסיבותיו, שבוטל מחמת הגנה מן הצדק על ידי השופט קנדלפת מבית המשפט לתעבורה בצפת, הוא פל(צפת) 69-09-11 **מדינת ישראל נ' מונג'ד עוידאת**. ערעור התביעה על החלטה זו התקבל על ידי בית המשפט המחוזי, באומרו כי "נראה בעיניי, ובכך אסכם את דבריי, כי הגשתו של כתב אישום מתבקשת בנסיבות העניין שלפנינו, משום האינטרס הציבורי שבהעמדה לדין של מי שנהג בלא רישיון נהיגה, והמענה לטענת ההגנה, הנגזרת ממצבו הגופני הקשה בעקבות התאונה, יהא בהקלה שהוא עשוי לקבל בעונשו, משום הפגיעה הגופנית הקשה שהוא הביא על עצמו בכך שנהג בלא רישיון" (עפ"ת (נצרת) 43868-03-14 **מדינת ישראל נ' עוידאת** (טרם פורסם, 20.7.2014).

[87] המקרה מבוסס במידת מה על עובדות ת"פ 21200-09-12 (חדרה) **זריהן נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם, 7.3.2013).

[88] עניין הולילנד, לעיל הערה 26, בעמ' 10.

אחר מלבד מאסר בפועל, האם יהיה בית המשפט כבול לעונש זה? דוגמאות נוספות ניתן למצוא גם במאמרו של ד"ר יובל ליבדרו בנושא.[89]

פתרון אפשרי הוא לסמוך על התביעה שתערוך הסדרי טיעון הולמים במקרים חריגים מעין אלו. ואולם, אין זה סביר שהנאשם ישליך את יהבו על התביעה. יש לאפשר לבית המשפט להשית עונש הוגן בנסיבות המקרה ולא לסמוך על התביעה. איסור על חריגה מהמתחם מטעמי צדק יוביל לכך שכאשר התובע יסכים לחריגה, ויערוך הסדר טיעון עם הנאשם, רק אז ייעשה הצדק. הסתמכות כזו על התביעה תפגע קשות בכללי הצדק הטבעי, שכן בניגוד לגזר הדין של בית המשפט, החלטת התביעה אינה מנומקת, אינה כפופה לזכות הטיעון הרחבה שהנאשם זכאי לה ואינה נתונה לערעור.

ניתן לטעון כי גם אם יש צורך בהסמכת בתי המשפט לחרוג מהמתחם כשהדבר דרוש לעשיית הצדק, אין סמכות לעשות זאת בהיעדר הסמכה מפורשת של המחוקק. לדעתי, אין לקבל עמדה זו. ראשית, מאסר ממושך במקרים כאלו יפגע בחירות ממאסר מעבר לדרוש. פגיעה כזו לא תעמוד במבחן חוקתי.[90] לכן, יש להעדיף פירוש המאפשר חריגה מהמתחם כשהדבר דרוש לעשיית הצדק. שנית, אם מותר לבית המשפט לקבוע חריג להסדרי טיעון, אין לדעתי מניעה גם לקבוע חריג לעניין עשיית הצדק. נראה שהמחוקק לא התכוון למנוע הסדר טיעון וכן לא חשב על החריגים שבהם הצדק מחייב חריגה מהמתחם, ולכן יש לאפשר זאת. יצוין כי בתי המשפט כבר נוהגים בדרך זו, באמצעים פרשניים שונים.[91] כך, בחלק מהמקרים נקבע כי יש לתת פירוש רחב למונח "שיקום", כדי לאפשר חריגה לקולה במקרים חריגים

[89] ראו יובל ליבדרו, "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק", **הסניגור** 8-197, 4 (2013).

[90] להשפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על הוראות חוק העונשין הפוגעות בחירות ראו ע"פ 4424/98 **סילגדו ואח' נ' מ"י**, פ"ד נו (5) 529 (2002).

[91] לדיון בדרכים המובאות להלן להתמודד עם הצורך בחריגה מהמתחם מטעמי צדק ראו ליבדרו, לעיל הערה 89.

כשהדבר דרוש.[92] פרשנות כזאת מעוררת קושי, משום שבמרבית המקרים אין מדובר כלל בשיקום. אם הסיבה להקלה היא שהנאשם כבר סבל מהעבירה או הכלא יגרום לו סבל בלתי מידתי, שימוש במונח "שיקום" יהיה מתיחת-יתר של המונח. יתר על כן, הרחבת השימוש במונח זה עלולה להביא לפיחות במעמדו, שעה שהמחוקק דווקא התכוון לחזקו.[93]

פתרון אחר, אשר כמו הקודם הוזכר גם כן במאמרו של ד"ר ליבדרו, הוא בהרחבת מתחם הענישה באופן שיכלול נסיבות שונות של נאשמים שונים, וכך גם מגוון עונשים ולא רק מאסר בפועל.[94] ואולם, מתחמי ענישה רחבים מדי מחלישים את מעמדו של עֶקרון ההלימה כעיקרון מנחה בענישה ומעניקים משקל רחב לשיקולים האחרים, הרבה מעבר לדרוש כדי לפתור את הקושי החריג שנוצר כששיקולי צדק מחייבים הקלה בעונש.[95]

[92] ראו לדוגמה ת"פ (שלום באר שבע) 36886-09-12 **מדינת ישראל נ' נבאהין** (טרם פורסם, 06.01.13) ואת דברי הש' ליפשיץ בת"פ 23887-01-13 (שלום, חיפה) **מדינת ישראל נ' גידאן** (פורסם בנבו, 26.2.2013) – "אוסיף כי בדרך דומה הלך בית המשפט השלום בבאר שבע בשני מקרים [ת.פ. (שלום ב"ש) 36886-09-12 מ"י נ' נבאהין, ניתן בתאריך 6/1/2013; ות"פ שלום ב"ש 15410-11-12 מ"י נ' דרביע, ניתן בתאריך 27/1/2013; שניהם על ידי כב' השופט יואל עדן. במקרה הראשון מדובר היה בתושב חבל עזה שחדר לישראל והועמד לדין לפי חוק מניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), תשי"ד -1954; ובמקרה השני מדובר היה במי שהועמד לדין לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952. בשני המקרים מצא בית המשפט נסיבות חריגות ביותר הפועלות לטובת כל אחד משני הנאשמים - במקרה הראשון נסיבות אישיות חריגות ובמקרה השני נסיבות משפחתיות-רפואיות חריגות. בשני המקרים, מצא בית המשפט לחרוג לקולא ממתחם הענישה ההולם, וכך ציין: "לטעמי, שיקול הדעת של בית-המשפט במסגרת שיקולי השיקום הנורחב. עקרון הענישה האינדיבידואלית יש בו כדי להקרין על פרשנות תיקון 113 לחוק העונשין, וכפועל יוצא מכך, מכח עיקרון זה יש לתת משקל של ממש לנסיבותיו של הנאשם. מידת החסד השלובה במידת הדין, לא נעלמה מהעולם עם תיקון 113, והתיקון לא התיימר לכך. לטעמי, גם לא צומצמה היא לגדרי תחומי מתחם העונש ההולם, שאם לא תאמר כן, במקרים רבים יקשה להפעילה כפי שיקול הדעת של השופט היושב בדין [...] הפרשנות התכליתית של הדיבר 'שיקום' במסגרת תיקון 113 צריך להיות רחב ויש לראות בו ככולל גם את מידת החסד והרחמים. שאם לא תאמר כן נימצא מבטלים או מצמצמים את הפעלת ויישום מידת החסד השלובה במידת הדין" (פסקה 8 לפסק הדין).

[93] יובל ליבדרו, "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק", **לעיל הערה 89, בעמ'** 6.

[94] כך למשל נקבע בעניין עויס, שהורשע בשלוש עבירות של שהייה בלתי חוקית בישראל - "מסקנתי האמורה לעיל, לפיה ראוי לקבוע מתחמי ענישה רחבים דיים על מנת שיוכלו לאפשר לקשת של נאשמים, בעלי נתונים שונים ונסיבות חיים שונות, לחסות בצל קורתם, היא מסקנה כללית המהווה את נקודת המוצא להמשך הדיון, אשר יתמקד כעת בפרמטרים הרלוונטיים לקביעת מתחם העונש ההולם בעבירה של שהיה בלתי חוקית" (ת"פ (ת"א) 57968-01-13 מדינת ישראל נ' אוסמה עויס (פורסם בנבו, 19.2.2013).

[95] ראו רבין וואקי, לעיל הערה 49, בעמ' 1530-1.

פתרון נוסף, שהוצע על ידי פרופ׳ רות קנאי, הוא לקבוע מתחם נפרד לכלל האנשים ומתחם אחר, מקל יותר, לאנשים שהעונש יפגע בהם יותר.[96] פרופ׳ קנאי סבורה שהתחשבות בסבלו של הנאשם היא ביטוי לעקרון ההלימה ויוצרת שוויון באימפקט, דהיינו בהשפעה שיש לעונש על הנאשם. כך, בעניין פרידריך, אדם עיוור שהורשע בעבירה של מעשה מגונה בשתי קטינות, קבע השופט מתחם שבין ארבעה חודשי מאסר בעבודות שירות לבין שנתיים מאסר בפועל, ואילו לנאשם עיוור, שאינו יכול לבצע עבודות שירות, 21 ימים עד חמישה חודשי מאסר בפועל.[97] אלא שפתרון זה נותן מענה רק לחלק מהמקרים שבהם יש צורך בחריגה משיקולי צדק – המקרים שבהם סבלו הייחודי של הנאשם מהעונש הוא העילה להקלה. שיקולי צדק עשויים להיות גם שיקולים אחרים, כפי שהראיתי בדוגמאות בראשית מאמר זה. נוסף על כך, הפתרון שמציעה פרופ׳ קנאי אינו מתיישב בנקל עם לשונו של החוק, שכן סעיף 40יא(1) מבהיר מפורשות כי הפגיעה שהעונש יגרום לנאשם צריכה להישקל רק במסגרת בחירת העונש בתוך המתחם ולא במסגרת קביעת המתחם עצמו. המחוקק קבע כי לצורך מתחם העונש ההולם הכולל קנס יש להתחשב גם במצבו הכלכלי של הנאשם,[98] אולם לא התיר התחשבות דומה בהשפעה של העונש על הנאשם ביחס לסוגי עונשים אחרים.

מטעמים אלו מוטב לדעתי לומר בכנות שיש כאן חריג נוסף, פרט לחריג שהוכר כבר בעניין הסדרי טיעון, לחובה לפסוק עונש במסגרת המתחם. על פי חריג זה, הדרוש מטעמים חוקתיים כמו גם מטעמי צדק, רשאי בית המשפט להטיל עונש החורג מן המתחם כאשר הדבר הכרחי מטעמי צדק.[99]

[96] רות קנאי, "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות", **הסניגור** 196 4, 9 (2013).
[97] ת"פ (ק. גת) 1392-08 **מדינת ישראל נ' פרידריך** (טרם פורסם, 13.2.2013).
[98] ראו סעיף 40ח לחוק העונשין.
[99] ליבדרו, שם, בעמ' 8 מציע עיגונים חקיקתיים שונים לחריגה מהמתחם מטעמי צדק, עד שהתיקון יתוקן בחקיקה. כך למשל, הוא מציע פרשנות הנתמכת בסעיף 35(א) לחוק העונשין, המתיר לבית המשפט להטיל כל עונש שאינו עולה על העונש שקבוע בחוק או בהגנה מן הצדק, המסמיכה את בית המשפט לבטל כתב אישום בשל

עם זאת, יש מקום לקבוע בחקיקה את האפשרות לחריגה מטעמי צדק.[100] כך, ניתן להוסיף בין סעיף 40ד לסעיף 40ה סעיף נוסף, המגביל את הכפיפות למתחם לשיקולים חוקתיים. מוצע כי סעיף כזה יקבע כך:

> קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הטלת עונש במסגרת המתחם מחמירה עם הנאשם במידה העולה על הנדרש, יטיל בית המשפט עונש שחומרתו אינה עולה על הנדרש.

לחלופין, ניתן לקבוע בחוק הוראה המתייחסת במישרין לחריגה מטעמי צדק, כפי שנקבע בחקיקה באנגליה ובמדינות אחרות. הוראה כזו תחייב את בית המשפט לחרוג מהמתחם כאשר הטלת עונש במסגרת המתחם סותרת שיקולי צדק. קביעת הוראה, בנוסח כזה או אחר, המותירה לבית המשפט גמישות בהטלת העונש היא רצויה, אולם אין בהיעדרה של הוראה כזו כדי למנוע מבתי המשפט להתחשב בשיקולים החוקתיים ובשיקולי הצדק בענישה כבר כיום.

לאחר כתיבת הדברים לעיל אימץ בית המשפט העליון עמדה זו בערעורו של ראש עיריית ירושלים לשעבר, אורי לופוליאנסקי, בפרשת הולילנד.[101] באותו מקרה קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם עומד על שנתיים עד חמש שנות מאסר. ואולם, כיוון שהמערער סובל ממחלה קשה והשהות בכלא תקצר את תוחלת חייו, הוטלו עליו שישה חודשי מאסר לריצוי בעבודת שירות. בית המשפט, מפי השופט פוגלמן, דוחה את החלופות הדוקטרינריות

שיקולים של צדק. ובהתאם הוא פסק בעניין שלאלפה: "אינני סבור כי תיקון 113 בא לשלול את יכולתו של בית המשפט לגזור את הדין, במקרה המתאים, לפנים משורת הדין. פרשנות שכזו לתיקון 113 עלולה להחטיא את מטרת התיקון ולהוביל לקביעת מתחמי ענישה בעלי שולי ביטחון רחבים מהנדרש, אך כדי לאפשר ענישה נמוכה במקרה המתאים שלא משיקולי שיקום" (ת"פ (ב"ש) 58005-11-12 **מדינת ישראל נ' סלימאן שלאלפה ואח'** (פורסם בנבו, 23.1.2003).

[100] ראו גם רבין וואקי, לעיל הערה 49, בעמ' 1533-4.

[101] ראו ע"פ 5669/14 **אורי לופוליאנסקי נ' מדינת ישראל** (29.12.2015) פסק הדין ניתן יחד עם ערעורים נוספים של נאשמי אותה פרשה, אך ההפניות להלן מתייחסות לפסקאות מפסק הדין בעוסקות במערער לופוליאנסקי.

שאומצו עד כה על ידי הערכאות הנמוכות. הוא מאמץ בפסק הדין את העמדה שהוצגה בטיוטת מאמר זה, שלפיה השיקול החוקתי, האוסר על פגיעה בחירות ממאסר מעבר לנדרש, מחייב הכרה בהיתר לחרוג מהמתחם מטעמי צדק כאשר הטלת עונש במסגרת המתחם אינה מידתית.[102]

**סיכום**

תיקון 113 חולל שינוי יסודי בהליך גזירת הדין של נאשם שהורשע. כיום שיקול הדעת של בית המשפט מובְנה, ועליו לגזור את הדין בשלושה שלבים מוגדרים ולנמק כל אחד משלבי פסיקתו. גם השיקולים שבית המשפט רשאי להתחשב בהם נקבעו על פי סדר חשיבות, תחת העיקרון המנחה של ההלימה בין חומרת העבירה ומידת אשמתו של הנאשם לבין סוג העונש שמוטל עליו ומידתו. רק לאחר מכן בית המשפט רשאי לשקול שיקולים של שיקום הנאשם ושל הגנה על שלום הציבור, כאשר הוא מחליט אם לחרוג מהמתחם. שיקולים נוספים, כגון הרתעת היחיד או הרבים, יכולים לבוא בחשבון רק במסגרת מתחם העונש ההולם.

הגם שהתיקון מזכיר מפורשות רק שיקולים המצדיקים חריגה ממתחם העונש ההולם שנקבע לעבירה – הגנה על הציבור ושיקום הנאשם – הראיתי במאמר זה גם מקרים נוספים שבהם רשאי בית המשפט לחרוג מהמתחם. בית המשפט רשאי לחרוג מהמתחם ולהטיל עונש אחר כאשר ההסדר מקיים יחס ראוי בין האינטרס הציבורי לבין טובת ההנאה שניתנה לנאשם. הוא גם רשאי (ולעתים חייב) לחרוג מהמתחם כאשר חריגה כזו הכרחית מטעמי צדק. יש להניח שבתוך שנים אחדות ייחשף היקף השימוש בסמכויותיו אלו של בית המשפט, וניתן יהיה להעריך מחדש עד כמה נפוצה החלטת בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם בהליכים הפליליים.

[102] ראו פסקאות 196–225 לפסק דינו של השופט פוגלמן בעניינו של לופוליאנסקי, שם.