נגד הנחיות לענישה

אורן גזל-אייל*

תקציר

---

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודה ליואב ספיר, עמי קובו, רות קנאי, ... תודה גם לנעם מסטבוים שעזרה לי בכל שלבי המחקר.

א. מבוא. ב. שיקול דעת מובנה בעולם של הסדרי טיעון. 1. ההנחה שבבסיס ההנחיות לענישה – גזר דין שיפוטי; 2. הליך גזירת הדין בעולם של הסדרי טיעון; 3. הנחיות לענישה והסדרי טיעון; **ג. הנחיות לשופטים וחירות לתובעים.** 1. הגדלת שליטת התביעה; 2. קביעת עונשי מוצא מחמירים והשפעתה על שליטת התביעה על גזר הדין; 3. התממשות החששות – הלכת ח'טיב; 4. החסרונות הדיוניים של העברת שיקול הדעת לתביעה; **ד. סיכום.**

א. מבוא

שופטים מחזיקים כיום בשיקול דעת רחב ביותר בגזירת הדין. בצד רוב העבירות בחקיקה הפלילית נקבע רק עונש מרבי. במקרים ספורים ביותר נקבע גם עונש מינימום או עונש חובה. בתוך הטווח הרחב שנוצר השופט רשאי להחליט כראות עיניו. מבנה זה יוצר חוסר אחידות בענישה וחשש משרירותיות. על רקע זה, אימוץ מסגרת של הנחיות לגזירת הדין נתפס בעיני רבים כדבר רצוי, אולי אף הכרחי, על פי עקרונות של שלטון החוק.

בשיטות משפט רבות, חששות אלו הובילו ליצירת כללים המבנים את שיקול הדעת, בין אם באמצעות הנחיות הנקבעות על ידי ערכאות שיפוטיות גבוהות ובין אם בהנחיות שנקבעות מכוח חקיקה.[1] גם בישראל, בעקבות דו"ח ועדת גולדברג שבחנה את הנושא, הוחלט לפעול להבניית שיקול הדעת בגזירת הדין. עיקרי המלצות הוועדה אומצו בתזכיר חוק שהוציא לאחרונה משרד המשפטים[2] (להלן: הצעת החוק). בהצעת החוק נקבע, בין היתר, כי תוקם ועדה שתקבע "עונשי מוצא" אשר ידריכו את השופט בהטלת העונש בעבירות השונות. הוועדה רשאית גם לקבוע עונשי מוצא מדורגים אשר ישקפו את התאמת מידת העונש למקרים טיפוסיים של העבירה.

אין מדובר בעונשים מחייבים. עונשי המוצא יותאמו רק למקרה הטיפוסי בכל עבירה. בית המשפט יהיה רשאי להטיל עונש קל יותר או כבד יותר מעונש המוצא, על בסיס שקילת נסיבות המקרה. עם זאת, בית המשפט יהיה חייב לנמק את הנסיבות לחומרה ולקולא אותם הוא שקל ואשר הביאו אותו להטיל עונש שונה מעונש המוצא. זאת ועוד, החלטתו תהא כפופה לערעור. החובה לנמק כל סטייה מעונש המוצא ומנגנון הערעור יבטיחו כי לעונשי המוצא יהיה משקל

---

[1] בארצות הברית יש הנחיות לענישה בשמונה עשרה מדינות, בוושינגטון הבירה ובמערכת המשפט הפדראלית. ראו Richard S. Frase, *Theories and Policies Underlying Guidelines Systems: State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus and Unresolved Policy Issues,* 105 COLUM. L. REV. 1190. באנגליה, נקבעו לאחרונה כללים להבניית שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין ב-Criminal Justice Act 2003. החוק הקים גם מועצה לגזירת דין ופאנל מייעץ למועצה. המועצה קובעת הנחיות לגזירת דין אשר בית המשפט חייב להתייחס אליהם ולנמק סטייה מהן. ראו סעיפים 172 ו-174 לחוק.

משמעותי בגזר הדין. הם יסייעו ביצירת מערכת ענישה שוויונית יותר, יאפשרו לצדדים לחזות בדיוק רב יותר את תוצאות ההליך ויקטינו את השרירותיות שלו. או, כך לפחות מאמינים יוזמי הצעת החוק.

במאמר זה אציג תחזית אחרת. קביעת עונשי המוצא לא תקדם את השוויון ולא תצמצם את השרירותיות בענישה. יש חשש גדול שהיא אף תגרום לתוצאה הפוכה. הצעת החוק תעביר חלק משיקול הדעת הרחב בענישה מבית המשפט לתביעה ולכך תהיה השלכה גדולה על חלוקת התפקידים בהליך הפלילי. במדינה שבה 99.8% מהכרעות הדין מסתיימות בהרשעה,[3] המאבק העיקרי של מרבית הנאשמים הוא על העונש שיוטל עליהם. ככל שתוצאות מאבק זה יהיו צפויות יותר, כך הטעם בניהולו יפחת. במצב זה התביעה תוכל בקלות רבה להציג בפני הנאשם את העונש הצפוי לו בתום ההליך ולהציע לו עונש קל יותר במסגרת הסדר טיעון. כאשר הסיכויים לזיכוי נמוכים, כל עונש הנמוך מהעונש הצפוי בבית המשפט, יהיה אטרקטיבי עבור הנאשם. התביעה תוכל לכן להציע לו עונש הנמוך במעט מהעונש הצפוי לו במשפט. אך היא תוכל גם להציע לו עונש הנמוך בהרבה מהעונש הצפוי, תוך התאמת סעיפי האישום או תיאור הנסיבות הרלבנטיות במסגרת הסדר הטיעון. ייתכן ששיקול הדעת של בית המשפט יובנה, אך שיקול דעתה של התביעה לא.

התוצאה תהיה העברת שיקול הדעת שאינו כפוף להבניה מבית המשפט לתביעה. עבור התביעה, העונש הצפוי להינתן בהליך שיפוטי רגיל ישמש כמעין עונש מקסימום, אך היא תוכל להציע לנאשם עונש נמוך מכך לפי שיקול דעתה. ככל שההנחיות יקבעו עונשים ברורים יותר וכבדים יותר, כך תגבר השפעת התביעה על העונש. באמצעות התאמת סעיפי האישום והטיעון לעונש ובהסתמך על המשקל הרב שבית המשפט מחויב לתת להסדרי טיעון, הצעת התביעה תהיה חסינה כמעט לחלוטין מביקורת. מבחינת הנאשם, היודע את הצפוי לו בבית המשפט, מדובר למעשה בהצעה שאין לסרב לה.

ברשימה זו אציג את החשש האמור ואציע כיווני מחשבה ראשונים להתמודדות עם חשש זה. אין בכוונתי במסגרת רשימה זו לעסוק במכלול מרכיבי הצעת החוק. ברשימה זו אתמקד בהצעה לקבוע עונשי מוצא, על רקע השימוש הנרחב בהסדרי טיעון, כאשר יתר המרכיבים יוזכרו רק ככל שהם רלבנטיים לנושא זה.

בחלק השני של הרשימה, לאחר המבוא, אציג את ההמלצות העיקריות של ועדת גולדברג, ואשר אומצו בהצעת החוק. הוועדה המליצה להבנות את שיקול הדעת כדי לגרום לייתר וודאות וצפיות מראש וכדי לשפר את האחידות בענישה. אולם הוועדה הניחה כי די להבנות את שיקול הדעת השיפוטי כדי להשיג מטרות אלו. בחלק זה אראה כי הוועדה התבססה על ההנחה המוטעית לפיה העונש נקבע על פי שיקול דעתו של בית המשפט. בפועל, התביעה משפיעה על הענישה לא פחות,

---

[2] תזכיר חוק העונשין (תיקון – הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ה-2005.

[3] ראו הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, **שנתון סטטיסטי לישראל** 56 (2005) 404 (לוח 11.3).

וככל הנראה יותר מבית המשפט, באמצעות בחירת אישומים ועריכת הסדרי טיעון. כיוון שההצעה לא מצמצמת את כוחה של התביעה בתחומים אלו, היא לא תוכל לקדם את האחידות ולצמצם את השרירות בענישה.

בחלק השלישי אציג את ההשפעה הצפויה של הצעת החוק על כוחה של התביעה. לא רק ששליטת התביעה בעונש לא תקטן אם תתקבל ההצעה, היא צפויה לגדול. לכך שתי סיבות עיקריות: האחת, עונשי המוצא יקלו על הצדדים לחזות את העונש הצפוי בהעדר הסדר טיעון והשיפור בוודאות יקל על הצדדים להגיע להסדר. שנית, הבניית שיקול הדעת השיפוטי עשויה להוביל להחמרה בענישה, וככל שהעונש הצפוי בתום הליך שיפוטי מלא חמור יותר כך גדל מתחם העונשים שהתביעה תוכל להציעה בהסדרי טיעון, בלא חשש שההצעה תדחה. בהמשך החלק השלישי אראה כיצד החששות המתוארים לעיל התממשו כאשר בית המשפט העליון קבע בפסק דין הנחיה לענישה מחמירה בעבירות הלנה, העסקה והסעה שלא כדין לפי חוק הכניסה לישראל.

לסיכום אציג מספר אמצעים העשויים לאפשר הישענות על עונשי מוצא תוך צמצום החשש שעונשים אלו ישמשו להעברת שיקול הדעת הבלתי מובנה מבית המשפט לתביעה.

ב. שיקול דעת מובנה בעולם של הסדרי טיעון

1. ההנחה שבבסיס ההנחיות לענישה – גזר דין שיפוטי

הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, בראשות השופט אליעזר גולדברג, (להלן: וועדת גולדברג) פתחה את הדו"ח שכתבה בתיאור שיקול הדעת הרחב הנתון לשופט בקביעת העונש. "שלטון החוק בענישה", קבעו חברי הוועדה, "אינו מתיישב עם מצב דברים זה".[4] חברי הוועדה קבעו כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ועקרון החוקיות המעוגן בו, "מחייב לקבוע את גדרי שיקול דעתו של השופט בהפעלת הדין כשהוא גוזר את הדין, כדי לגרום ליתר ודאות, בהירות, וצפיות מראש, וכדי להקטין את הפערים בענישה בין שופטים שונים וחוסר שוויון בפסיקתם".[5] בין חברי הוועדה התגלעה אמנם מחלוקת באשר לאופן ישום עקרונות אלו, אולם על כולם הוסכם כי שלטון החוק מחייב קביעת הנחיות לענישה.

דעת הרוב בוועדה המליצה, לכן, להגדיר את השיקולים אותם אמור לשקול השופט בהחליטו על העונש, ובראשם "ההלימה" בין חומרת העבירה והעונש. הוועדה קבעה גם שורה של נסיבות אותם

---

[4] **הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין - דין וחשבון**, (התשנ"ח – 1997), (להלן: דו"ח ועדת גולדברג), עמ' 7.

[5] שם, עמוד 8. ענישה תחשב שוויונית כאשר מקרים דומים (מבחינת העובדות הרלבנטיות) יזכו ליחס דומה. השאלה אילו עובדות הן רלבנטיות ואילו לא היא כמובן מכרעת, והתשובה לה תשתנה בהתאם לשיקולי הענישה המנחים את בית המשפט בכל שיטה. ראו רות קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש", **מחקרי משפט י"ז** (תשנ"ג - 1993) 39, 92-84.

חייב בית המשפט לשקול בקובעו מהו מתחם הענישה שיהלום את חומרת העבירה, וכן פירטה שורה של נסיבות נוספות אותן הוא רשאי לשקול בקביעת העונש בתוך המתחם.[6]

לעניין רשימה זו חשובה במיוחד ההמלצה להקים וועדה שתקבע עונשי מוצא ועונשי מוצא מדורגים לעבירות שונות. על פי ההמלצה, עונשי המוצא ישקפו את העונש ההולם במקרה הטיפוסי, כאשר בית המשפט יתבקש להתאים את העונש שיוטל בכל מקרה ומקרה בהתאם לרשימת נסיבות החובה ונסיבות הרשות אשר פורטו בהצעה.[7]

עיקרי עמדת הרוב אומצו בהצעת החוק[8]. כמו דו"ח וועדת גולדברג, גם דברי ההסבר להצעה מדגישים את הצורך לצמצם את הפערים בענישה ואת השרירותיות בקביעת העונש. ברור כי השרירותיות וחוסר האחידות בגזירת הדין הן שתי הבעיות העיקריות שהטרידו את מנוחת חברי הוועדה ומנסחי ההצעה.[9] אולם התעלמות ההצעות מהאופן בו מיושם ההליך הפלילי הלכה למעשה מונע כל אפשרות שהצעותיהם יוכלו להשיג מטרה זו.

הקושי של ההצעה נובע מהנחת המוצא של המציעים. הן ההצעות של הרוב והמיעוט בוועדת גולדברג והן הצעת החוק מתייחסים רק לשיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין. הנחת מוצא סמויה של כולם היא כי גזר הדין נקבע על ידי בית המשפט. לפיכך די בהגבלת שיקול הדעת של בית המשפט כדי לצמצם את השרירותיות ואת אי השוויון בענישה.

הנחה זו שגויה. מרבית הנאשמים בהליך הפלילי מורשעים על פי הודאתם בבית המשפט. לעיתים ההודאה באשמה באה ביוזמתם ולעיתים במסגרת הסדר טיעון. אין בכך רבותא. שיעור הזיכויים בישראל צנח בשנים האחרונות למימדים אפסיים והוא עומד נכון לשנת 2003 על 0.2% מהכרעות הדין.[10] מרבית הנאשמים העומדים לדין יודעים כי הסיכוי שיזוכו אפסי. אולי אין בכך בהכרח כדי ללמד על כשלון מערכת המשפט. יתכן כי בשל עומס העבודה התביעה מגישה רק תיקים חזקים במיוחד, בהם אין לנאשם סיכוי משמעותי לעורר ספק סביר. אולם מבחינת הנאשמים, משמעות הנתון לעיל היא שאין טעם לכפור בכל האישומים. עדיף להם להגיע להסדר טיעון. במצב זה, כל

---

[6] לצורך רשימה זו אין בכוונתי לנתח לעומק את המלצות הוועדה. לניתוח מצויין של המלצות הרוב ראו רות קנאי, "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש – בעקבות דו"ח ועדת גולדברג", **מחקרי משפט** טו (תשנ"ט - 1999) 147.

[7] ראו שם,בעמ' 149.

[8] לעיל ה"ש 2.

[9] הוועדה מציינת בפתח הדבר את הקושי הקיים במצב בו גזירת העונש הינו עניין לתחושה בלבד, בלא הנחיות ואת החשש ממראית עין של שרירותיות. נקודה זו הייתה כמעט הדבר היחיד שצוין כעמדה משותפת של הרוב ושל המיעוט בוועדה. ראו דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 4, עמ' 8-7. יצויין כי שיקול נוסף שניתן היה להביא להצדקת ההצעה הוא הצורך להבטיח שהסדרים ראשוניים הנוגעים לענישה יקבעו על ידי המחוקק. בהקשר זה יש חשיבות מיוחדת לקביעת שיקולי הענישה והמדרג ביניהם בחוק, תוך הותרת היישום להחלטות שיפוטיות. עם זאת, שיקול זה לא אוזכר בדברי ההסבר להצעה ובכל מקרה ניתן להגשימו באמצעות קביעת השיקולים לענישה בלבד, ובלא קביעת עונשי מוצא.

[10] שיעור הזיכויים ירד בהתמדה מ-30.5% ב-1951, 22.2% ב-1961, 7.7% בשנת 1981, 4.6% בשנת 1990, עד ל-0.2% בשנת 2003. ראו **שנתון סטטיסטי לישראל** 16 (1965) עמ' 621 ו**שנתון סטטיסטי לישראל** 56 (2005) עמ' 404.כמובן שלשיעור הזיכויים ולשיעור ההודאות השפעה הדדית שכן כששיעור הזיכויים נמוך לנאשמים יש תמריץ קטן יותר לכפור באשמות, ובמקביל, ככל שיותר נאשמים מודים כך גדל שיעור המורשעים.

הסדר טיעון בו מוצע לנאשם עונש קל יותר מזה הצפוי לו בלא ההסדר, עדיף מבחינתו. ההחלטה עד כמה להקל עם הנאשם נתונה בידי התביעה.

2. הליך גזירת הדין בעולם של הסדרי טיעון

על פי חוק סדר הדין הפלילי, ועל פי המיתוס המקובל בציבור, הליך גזירת הדין מתחיל רק לאחר שבית המשפט הכריע באילו אישומים להרשיע את הנאשם. משנקבעו האישומים שהתביעה הצליחה להוכיח, שומע בית המשפט את טענות הצדדים, אוסף נתונים נוספים, מקציו המבחן למשל, ועל בסיס כל אלו מחליט איזה עונש להטיל.[11]

במרבית המקרים, הליך גזירת הדין שונה בתכלית מהמתואר לעיל. ראשית מכיוון שבמקרים רבים הענישה מתבססת על הסדר טיעון לעונש. במקרים אלו התביעה מגבילה עצמה, במסגרת ההסדר, לעונש אותו היא תבקש להטיל. אמנם, בית המשפט רשאי לדחות את המלצת התביעה ולהטיל עונש כבד יותר, אולם על פי הנחיית בית המשפט העליון רק במקרים חריגים יסטה בית המשפט מהמלצה זו. [12]

שנית, מכיוון שהתביעה משפיעה על העונש בהחליטה לערוך הסדר טיעון לעניין האישומים. כאשר התביעה מסכימה למחוק או לשנות חלק מסעיפי כתב האישום בתמורה להסדר, היא יכולה להביא לשינויים מפליגים בענישה הצפויה לנאשם. בניגוד להסדרים על ענישה, במקרה של הסדרים על האישומים אין בכוחו של בית המשפט להתערב בהחלטה.[13]

כך, למשל, במקרה אחד, החליטה התביעה כי נסיבותיה האישיות של נאשמת בעבירות חמורות של שלילת כושר התנגדות לשם ביצוע עבירה, עבירות שדינן 20 שנות מאסר, מצדיקות עונש של שלוש שנות מאסר בלבד, ולכן נמנעה מלהוכיח את העבירות החמורות והסתפקה בהוכחת עבירות שהעונש בצידם הינו שלוש שנות מאסר בלבד. את ההסדר לאישומים שילבה התביעה עם הסדר לעונש. אף שהעונש המצטבר שניתן היה להטיל בתום ההליך היה גבוה יותר, הסכימה התביעה

---

[11] ראו חוק סדר הדין [נוסח משולב] תשמ"ב-1982, (להלן: **חוק סדר הדין הפלילי**) סעיפים 193-187.

[12] ע"פ 1958/98 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(1) 577 (להלן: "ע"פ **פלוני**"). באותו עניין נקבע כי סטייה מהעונש שהצדדים ביקשו במסגרת ההסדר מותרת רק כאשר לא נתקיים איזון בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם, לבין התועלת שיש בעונש המוצע במסגרת ההסדר לאינטרס הציבורי. השופטת בינייש שכתבה את פסק הדין בהרכב המורחב, מדגישה בפסק הדין את חשיבותם של הסדרי טיעון והצורך לכבדם כדי לקדם מוסד זה. זאת ועוד, לפני שיחליט על דחיית ההסדר, בית המשפט, מונחה להתחשב בעוד שני שיקולים. ראשית, על בית המשפט להניח כי התביעה עומדת בחזקת התקינות והכשרות ולכן, בהעדר נתונים לסתור, לכבד את המלצתה. כיוון שבהסדר טיעון גם הנאשם מעוניין באימוץ עמדת התביעה, נדיר שיובא לפני בית המשפט מידע המלמד שחזקת התקינות נסתרת. שנית, על בית המשפט להתחשב בציפייה של הנאשם, שבשלב ההחלטה על קבלת ההסדר כבר הודה ושינה את מצבו לרעה. גם מטעם זה על בית המשפט מדחיית הסדרי טיעון. על רקע טעמים אלו נוצר מצב שרק במקרים חריגים ביותר ידחה בית המשפט את המלצת הצדדים בהסדר טיעון.

[13] ראו אורן גזל, "הסדרי טיעון ובעיית החף", **משפטים** לה (1) (תשס"ה – 2005) 1, 11-10 (לבית המשפט אין אמצעי אפקטיבי לפקח על הסדרי טיעון לעניין העונש).

בהסדר לעונש של שלוש שנות מאסר בלבד, אשר למרות קולתו אושר בבית המשפט העליון.[14] מקרה זה יוצא דופן מכיוון שהוא הגיע לבית המשפט העליון בנסיבות יוצאות דופן. אולם מבחינה מהותית אין מדובר במקרה חריג כלל. פעמים רבות מחליטה התביעה, משיקולים שונים, להמיר סעיפי אישום בעבירות רצח לסעיפים קלים בהרבה, המאפשרים הטלת עונש של שנות מאסר ספורות במקום מאסר עולם.[15] במקרים אחרים ממירה התביעה אישומים באונס בעבירות אלימות קלות בהרבה באופן שמאפשר הסדר במסגרתו לא מוטל עונש מאסר בפועל.[16] וכאשר מדובר בעבירות קלות יותר, בבית משפט שלום התופעה נפוצה עוד יותר. אף שאין מחקרים מוסמכים בנושא, יש בסיס להנחה שבמרבית התיקים בבית משפט השלום מסכים הנאשם להודות בתמורה להבטחה כלשהי לעניין האישומים או העונש.[17]

כמובן שבמקרים רבים העונש המוטל במסגרת הסדר טיעון אינו נמוך במידה משמעותית מהעונש שהיה מוטל לו הנאשם היה מורשע על פי כתב האישום המקורי ובהליך מלא. במרבית המקרים כשישנן ראיות טובות חזקות ואין סיבה מיוחדת להקל עם הנאשם, התביעה נמנעת משינוי משמעותי בכתב האישום. עם זאת, השאלה אינה מתי מחליטה התביעה להציע הסדרים מקילים מאוד עם הנאשמים אלא מי הגורם המחליט מתי להקל. טענתי היא שהסדרי טיעון מעבירים חלק גדול מהשליטה בעונש מבית המשפט לתביעה. במקום בית המשפט, התביעה הופכת להיות הגורם המרכזי השוקל את השיקולים השונים, הן שיקולים הקשורים לחומרת העבירה, והן שיקולי מדיניות ושיקולים טקטיים, ומציעה עונש בהתאם.

3. הנחיות לענישה והסדרי טיעון

מה יקרה כאשר שיקול הדעת השיפוטי יהיה מונחה באמצעות עונשי מוצא? אפשרות אחת היא שהניסיון לקדם את האחידות יכשל, ובתי המשפט לא יתנו משקל רב לעונשי המוצא. במקרה כזה לעונשי המוצא לא תהיה השפעה רבה, שכן הסדרי הטיעון יערכו, כמו שהם נערכים היום, בצילו של הליך שתוצאתו אינה ידועה. במקרה כזה החששות משליטת התביעה יתבדו, אולם גם מטרת המחוקק להגדיל את האחידות הצפיות והוודאות בענישה לא תושג.

---

[14] להתפתחות האירועים ראו ע"פ 3971/90 **אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי** פ"ד מה(1) 661 וכן ע"פ 442/91 **אסיס נ' מדינת ישראל** (לא פורסם).

[15] ראו למשל ע"פ 6353/94 **בוחבוט נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 647 (לאור ההתעללות של הנרצח בנאשמת, התביעה המירה אישום ברצח באישום בהריגה ועל המערערת נגזרו שלוש שנות מאסר במקום עונש מאסר עולם חובה); אחיה רעב"ד, "מאסר ל-2 עבריינים מחדרה על קשירת קשר לרצח", YNET (18.12.05) http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3186187,00.html, (הסדר טיעון במסגרתו שונה האישום מרצח לקשירת קשר והעונש שנגזר היה חמש שנות מאסר, בשל קשיים בראיות).

[16] פרקליטת מחוז תל אביב תיארה סיטואציה זו בהרצאת אורח שהעבירה בקורס בדיון פלילי בו אני מרצה ב-15.12.05. מדובר בעבירות אונס שמבצע גבר בבת זוגתו. במקרים רבים בשל האישום בגינן נאסר על הנאשם להתקרב לביתו ולמקום עבודתו בשלב הדיונים, במסגרת תנאי שחרורו ממעצר. לאור התמשכות ההליכים, הנפגעת, פעמים רבות מבקשת מהתביעה לסייע בהשבת הנאשם לביתו, הן בשל הצורך שלה בנאשם כמפרנס והן משום שלטענתה היא סלחה לו ורוצה אותו עם המשפחה. כאשר התביעה נכנעת ללחץ היא לא מוצאת עוד טעם להמשיך ולנהל את ההליך בעבירות האונס ולצפות מהנפגעת להעיד נגד בעלה כדי שכעבור שנים, כשההליך יסתיים, יוטל עליו עונש מאסר. במקרים אלו, קורה שהפרקליטות, כדי שלא להוסיף סבל לנפגעת, משנה את כתב האישום לעבירות קלות יותר, באופן שמאפשר לה להגיע להסדר טיעון שאינו כולל מאסר בפועל.

אולם נניח לצורך הדיון שלנו כי עונשי המוצא יצליחו אכן להבטיח רמת אחידות וודאות גבוהה הרבה יותר מזו הקיימת כיום. העונש שיוטל על ידי בתי המשפט יהיה הרבה פחות שרירותי. נאשמים ותובעים יוכלו לצפות בדיוק רב יחסית, מה יהיה העונש שיוטל אם יוכחו עובדות מסוימות, שכן הם יידעו מהו עונש המוצא וכיצד ישפיעו הנסיבות השונות שיוצגו בפני בית המשפט. ההחלטה על העונש לא תהיה תלויה כל כך בהחלטתו השרירותית לכאורה של השופט היושב בדין. מקום בו בית המשפט יסטה מסטנדרט הענישה המתבקש לאור עונש המוצא והנסיבות, ערכאת הערעור תתקן את החלטתו.[18] האם במקרה כזה, עונשי המוצא יוכלו להבטיח אחידות רבה יותר בענישה ?

בעולם שבו מרבית ההליכים מסתיימים בהסדרי טיעון התשובה לשאלה זו שלילית. הנחיות המופנות לבית המשפט בלבד אינן יכולות לקדם את האחידות ולצמצם את השרירותיות בענישה כל עוד התביעה, שהיא הגורם הדומיננטי בגזירת הדין, אינה כפופה להנחיות אלו. הסדרי טיעון יכולים לשמש את התביעה לעקיפת ההנחיות בכל עת שהיא תחפוץ בכך.[19] כדי לבחון כיצד צפויים להשפיע עונשי המוצא על האחידות בענישה ועל החשש מפערים שרירותיים, יש לבחון כיצד יפעלו הסדרי טיעון לעונש ולאישומים בצל עונשי המוצא.

(א) <u>הסדרי טיעון לעונש בצל עונשי המוצא</u>

הסדר טיעון לעונש הינו הסכם במסגרתו מתחייבת התביעה לטעון לעונש בצורה מוסכמת בתמורה להודאת הנאשם. לעיתים גם הנאשם מתחייב לטיעון מוסכם לעונש. במרבית המקרים, התביעה מסכימה שלא לבקש עונש כבד יותר מהעונש המסוים עליו הוסכם בהסדר.

העונש שהתביעה מבקשת אינו מחייב את בית המשפט. בית המשפט רשאי לדחות את המלצת הצדדים ולהטיל עונש כבד יותר. מטעם זה קל יחסית להתמודד עם החשש שמעוררים הסדרי טיעון לעונש בחקיקה המבנה את שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין. חקיקה כזו או ההנחיות מכוחה יכולים לקבוע באילו מקרים יקל בית המשפט בעונשו של נאשם בשל הודאתו בהסדר, ובאילו מקרים הבקשה תדחה. מקום בו המלצת הצדדים לא תתאם את העונש המתבקש לאור עונשי המוצא והנסיבות, בית המשפט יוכל לדחות המלצה זו וכך למנוע את עקיפת ההנחיות.

ואכן, בחלק מהשיטות שאימצו הנחיות לענישה, ישנן הוראות שתכליתן העיקרית היא להשפיע על גזר הדין במקרה של הודאות או הסדרי טיעון. כך, בשיטה הפדראלית בארצות הברית, בית המשפט מונחה להפחית שתיים עד שלוש דרגות חומרה בטבלת הענישה לנאשם אשר קיבל

---

[17] ראו אורן גזל **ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה – שם החוג אליו הוגשה העבודה ,תשס"ב - 2002), 207.

[18] ראו רות קנאי, "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית המשפט העליון", **משפטים** כד (תשנ"ד - 1994) 97, 99 (המציגה את חשיבות ההנחיות לענישה ככלי המאפשר לבית משפט שלערעור לבדוק את שיקול דעתה של הערכאה הדיונית).

[19] רות קנאי, "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" **מחקרי משפט** ה (תשמ"ז-1986) 234, 250 (להלן : רות קנאי " הנחיות לשופט ").

אחריות למעשיו.[20] מבלי להעמיק כאן את הדיון באופן פעולת ההנחיות הפדראליות לענישה, אומר רק כי המשמעות הפרקטית של הנחיה זו היא שמי שהודה באשמה יזכה בהפחתה בעונש השקולה לכ-25% עד 35% מהעונש.[21] גם באנגליה נקבע כי יש להפחית עד 33% מהעונש למי שהודה, כאשר מידת ההפחתה תלויה במועד ההודאה, באישומים ובנתונים נוספים המפורטים בחוק ובהנחיות לגזירת הדין.[22] הוראות מעין אלו מאפשרות לקובעי ההנחיות להבטיח כי הודאה באשמה תזכה ליחס אחיד במקרים שונים ולצמצם את החשש כי הסדרים על ענישה ישמשו אמצעי להתחמקות מן ההנחיות. בדרך זו ההוראות הקובעות את שיעור ההפחתה תמורת הודאה מצמצמות את החשש מפני גזרי דין שרירותיים. במידה רבה הוראות אלו חוסכות לצדדים את הצורך להגיע להסדרים על העונש במקרים רבים, שכן הנאשם יכול באמצעות הודאתו לזכות בהפחתה מוגדרת בעונש גם בלא הסכם עם התביעה.

על רקע זה מפתיע שהצעת החוק לא מתייחסת כלל להשלכת הודאות והסדרי טיעון על הענישה. ההצעה קובעת אמנם כי עמדתו הכנה של הנאשם במהלך החקירה והמשפט, עשויה לשמש שיקול לקולא,[23] וכן כי בית המשפט רשאי לשקול שיקולים נוספים לקולא או לחומרה.[24] על בסיס הוראות כלליות אלו יכול בית המשפט לתת משקל מסויים גם להודאת הנאשם ולהסדר הטיעון. אולם משקל זה מוגבל מאוד. זאת מכיוון שנסיבות אלו מוגדרות בהצעה כנסיבות רשות, אשר ההתחשבות בהן מותרת רק כל עוד היא לא מובילה לענישה החורגת מהתגובה העונשית ההולמת.

כדי להבין מגבלה זו יש לעמוד בקיצור על דרך הבניית שיקול הדעת הקבועה בצעת החוק. על פי ההצעה, מקום בו נקבעו עונשי מוצא, על בית המשפט לקבוע את העונש בהתאם לעונש המוצא ובכפוף לסטייה לאור הנסיבות לחומרה ולקולה. אולם בעוד שהנסיבות המוזכרות כנסיבות חובה יכולות להוביל את בית המשפט לסטייה משמעותית מעונש המוצא, משקלן של נסיבות הרשות מוגבל הרבה יותר. הן יכולות להשפיע על העונש רק כל עוד העונש שיקבע לא יחרוג מהתגובה העונשית ההולמת. את התגובה העונשית ההולמת יש לקבוע רק על בסיס עונש המוצא ונסיבות החובה. כך שגם אם נאמר שהסדר טיעון יכול לשמש נסיבת רשות, מכיוון שרשימת נסיבות

---

[20] ראו U.S. Sentencing Guidelines Manual § 3E1.1 (2005).

[21] אמנם קבלת אחריות אינה שקולה לחלוטין להודאה באשמה, אולם בפועל בתי המשפט מעניקים הקלה זו רק למי שהודה. ראו Ronald F. Wright, *Trial Distortion and the End of Innocence in Federal Criminal Law*, 154 U. PA. L. REV 79 (2005). (כ-94% מהנאשמים המודים באשמה מקבלים הפחתת עונש על פי הוראה זו ורק כ-8% המנהלים משפט זוכים בהפחתה). למעשה, ישנן טכניקות נוספות שמאפשרות לתביעה להציע עונש מופחת בשיטה הפדראלית. בין היתר התביעה יכולה לבקש ענישה בקצה התחתון של רף הענישה שנוצר לאחר הפחתת רמת חומרת העבירה או לבקש סטייה מההנחיות מקום בו לטענתה הנאשם סייע לחקירה או תביעה של אחרים. ראו U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5K1.1 (2005) . לאחרונה, בעקבות פסיקת בית המשפט העליון האמריקאי לפיה ההנחיות לענישה הינן מנחות בלבד, ולא מחייבות, התביעה יכולה לבקש מבית המשפט לחרוג מההנחיות גם בלא עילה כזו. לדיון בפסיקה זו ראו הערה 54, להלן.

[22] ראו סעיף 144 ל-Criminal Justice Act 2003 וכן את ההנחיות בדבר הפחתה בעונש למודים באשמה מיום 16.12.2004. ההנחיות פורסמו ב-www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/Guilty_plea_guideline.pdf באנגליה אמנם הסדרי טיעון לעונש אינם נהוגים אך ההפחתה הקבועה בחוק משמשת תחליף להסדרים אלו ככלי לעידוד הודאות.

[23] ראו סעיף 40ח (ג) (1) להצעה.

[24] סעיף 40ח (ד) להצעה.

הרשות אינה סגורה, השפעתו מוגבלת למתחם ההלימה שאמור להיווצר עקב עונש המוצא ונסיבות החובה בלבד.[25] כאשר השפעת הסדר הטיעון היא כה מינורית, הוא בלאו הכי לא מעורר קושי ממשי. הבעיה היא עם אותם הסדרי טיעון בהם העונש המוצע נמוך משמעותית מהעונש שיקבע על פי מבחני ההלימה. בהצעה אין כל התייחסות להסדרי טיעון אלו, ולכן לא ברור מה יהיה דינם לאחר קבלתה.

יובהר כי על פי הדין הנוהג כיום בית המשפט מצווה לאשר הסדרים גם כאשר העונש המוצע במסגרתם קל משמעותית מהעונש ההולם. במקרים רבים התביעה מציעה הקלה משמעותית בעונש במסגרת הסדר טיעון בשל קשיים בראיות,[26] הרצון להיטיב עם נפגע העבירה, [27] קשיי משאבים[28] או שיקולים אחרים שאינם נוגעים כלל לחומרת העבירה. על פי המבחן שנקבע בהלכת **פלוני**, על בית המשפט להתחשב בשיקולים אלו בהחליטו אם לאשר הסדר טיעון. זאת ועוד, בית המשפט נדרש לתת משקל גם לצורך לעודד נאשמים להסכים להסדרי טיעון, כשיקול בפני עצמו, וגם לעובדה שהנאשם שינה מצבו לרעה בעקבות הסדר הטיעון. לאור שיקולים אלו, קבע בית המשפט העליון בהלכה המנחה בתחום זה כי על השופט להתייחס להסדר הטיעון כאל שיקול מרכזי בגזירת הדין, וברוב המקרים הוא נדרש לאשרו גם כאשר העונש המוצע בו נמוך משמעותית מהעונש ההולם.[29] לאור התעלמות זו של ההצעה מהסדרי טיעון, לא ברור אם קבלתה תוביל לביטול הלכת **פלוני** או שהפסיקה תקבע כי החוק לא התכוון לשנות את הדין הנוהג בעניין הסדרי טיעון.

לדוגמא, נניח שבמקרה כמו זה שבפרשת **פלוני**, התביעה תסכים להקלה בעונשו של נאשם בעבירות מין בתמורה להודאתו, מכיוון שההודאה חשובה לשיקום הילדה שנפגעה ממנו, ומכיוון שבלי עדות הילדה יש קושי להביא להרשעתו. האם במקרה כזה רשאי יהיה בית המשפט, לאחר שההצעה תהפוך לחוק, לאמץ את ההסדר מכיוון שנערך איזון הולם בין טובת ההנאה שניתנה לנאשם לבין האינטרס הציבורי שבהודאת הנאשם? האם גם אחרי חקיקת החוק נוכל לומר שהסדר הטיעון שביקשה התביעה לאשר הינו שיקול מרכזי בגזירת הדין?[30]

אם התשובה תהיה חיובית, והוראות החוק המוצע לא ישנו את מידת היענות בית המשפט להסדרי טיעון, הרי שהלכת פלוני תקבע בפועל מה הם השיקולים לענישה בחלק גדול מהמקרים, ואלו יהיו שונים בתכלית מהשיקולים הקבועים בחוק. כל ניסיון להבטיח אחידות בענישה במקרה

---

[25] רשימת נסיבות החובה נועדה להקל על בית המשפט בהערכת חומרת המעשה, כגון גילו הצעיר של הנאשם, חלקו בביצוע העבירה וכיוב'. ההצעה מאפשרת לשופט לשקול גם שיקולים אחרים אשר יכולים להשפיע על הערכת חומרת המעשה ואשמו של הנאשם. (סעיף 40ז (ה) להצעה). אולם שיקולים דיוניים, כגון עריכתו של הסדר טיעון, לא יכולים לבוא במסגרת זו.

[26] ראו ע"פ 6675/95 **שילוח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(2) 672, 678, 680-681

[27] ע"פ **פלוני**, לעיל ה"ש 12, בעמ' 621.

[28] ע"פ 1289/93 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(5) 158, 163.

[29] ראו ע"פ **פלוני**, לעיל הערה 12, בעמ' 607-606. לניתוח פסק הדין ראו גזל, לעיל הערה 13, 24-14. ראו גם רע"פ 2806/05 **דיין נ' מדינת ישראל** (טרם פורסם) (קבלת הסדר טיעון שנערך בשלב הערעור אף שההסדר לא חסך זמן מבית המשפט ואף שהעונש שהוצע בו "מופרז עד מאוד לקולא", רק בשל הסתמכות הנאשם על ההסדר).

כזה נדון לכישלון. התביעה תוכל לקבוע, כפי שהיא עושה כיום, על אילו עונשים היא ממליצה ובאילו מקרים, ובית המשפט יהיה חייב לתת להסדר הטיעון משקל מכריע במרבית המקרים, כפי שנקבע בעניין פלוני.

אם התשובה לשאלה תהיה שלילית, ולאחר קבלת ההצעה הסדרי טיעון לא יהוו שיקול מרכזי בגזירת הדין, לא ניתן יהיה במקרים כמו פרשת פלוני, להשתמש בהקלות בעונש כדי להגן על נפגעי עבירות, לעודד נאשמים לסייע למשטרה בחשיפת אשמתם של אחרים, לחסוך משאבים וכיוצא בזאת. משמעות הדבר הוא כי הצעת החוק תבטל למעשה את ההלכה שקבע בית המשפט העליון בהרכב המורחב בפרשת פלוני.[31] כיוון שההצעה מתעלמת לחלוטין מהסדרי טיעון, ספק בעיני אם פירוש זה הינו סביר. ספק גם אם פירוש זה הינו פירוש רצוי שכן אימוצו יגביל משמעותית את יכולתה של התביעה לערוך הסדרי טיעון לעונש דווקא באותם מקרים בהם היא זקוקה להם יותר מכל. סבורני כי יש מקום לקבוע בחוק המוצע הסדר מפורש לעניין מעמדה של ההודאה באשמה כנסיבה בגזירת הדין, כנסיבת חובה המתירה חריגה מוגבלת לקולא בשל הודאת הנאשם, כפי שמקובל באנגליה ובהנחיות הפדראליות בארצות הברית.[32]

(ב) <u>הסדרי טיעון על אישומים בצל עונשי המוצא</u>

יהא אשר יהא מעמדה של הלכת **פלוני** לאחר חקיקת החוק, התביעה תמשיך ותשלוט בגזר הדין בכל מקרה שבו היא תהיה מעוניינת בכך. הסיבה לכך פשוטה: התביעה ממשיכה לשלוט בעובדות כתב האישום ובסעיפי העבירה, ויכולה להתאים את סעיפי האישום והעובדות המוסכמות לעונש אותו היא מבקשת להשיג.[33] לפיכך, גם לאחר שיקבעו עונשי מוצא, לא כל תיק דומה יזכה ליחס דומה, שכן דבר לא ימנע מתובעת אחת להמיר את סעיפי האישום בקלים יותר במסגרת הסדר טיעון ומאחרת להותירם ללא שינוי. בסופו של דבר, ההנחיות לא יוכלו להפחית משמעותית את שליטת התביעה על תוצאת ההליך באמצעות הסדרי טיעון. קבלת הצעת החוק תצמצם (אולי) את הפערים בין העונשים המוטלים על נאשמים שהורשעו בעבירות דומות ובהסתמך על נסיבות דומות, אך השליטה בחומרת העבירות ובנסיבות שיוצגו בפני בית המשפט תיוותר במידה רבה בידי התביעה.

ניתן לטעון כי אף אם ההנחיות לענישה אינן משפרות משמעותית את המצב, לפחות הן אינן מריעות אותו. שיקול הדעת של בית המשפט מובנה יותר, ואילו השפעתה של התביעה על גזר הדין,

---

[30] ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 606-607.

[31] למעשה, יהיה בכך אימוץ של עמדת השופט גולדברג ביחס להסדרי טיעון שלפיה אין לכבדם מקום בו העונש המוצע בהם אינו הולם את חומרת העבירה. לעמדה זו ראו ע"פ 4722/92 **אסיס נ' מדינת ישראל** (לא פורסם) ("העדר יחס, במידה משמעותית, בין העונש המוסכם והעונש הראוי, דיו כדי להצדיק דחייתו של הסדר טעון. והעדר היחס במקרה זה, בולט על פניו"). לניתוח עמדה זו ודחייתה ראו ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 12, בעמ' 596-598.

[32] ראו, טקסט להערות 20 עד 22 לעיל.

[33] ראו גזל, לעיל ה"ש 13, 78-75 (הסדרים לעניין האישומים מאפשרים לתביעה בישראל לעקוף את הפיקוח השיפוטי המוטל על הסדרים לעניין העונש ומעוררים שורה של קשיים נוספים). ראו גם David Bjerk, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 J.L. & ECON. ,

כך על פי הטענה, נותרת בלא שינוי. אלא שיש סיבות טובות להניח שהשלכת ההנחיות רחבה מזו. אין מדובר רק בצמצום שיקול הדעת של בית המשפט בגזירת הדין. ההנחיות שמצמצמות את השפעתו של בית המשפט על גזר הדין מגדילות במקביל את כוחה של התביעה להשפיע על העונש. החלטות התביעה המתקבלות בהליך שמעולם לא נקבע בחוק, צפויות להיות שרירותיות יותר, ושוויוניות פחות מהחלטות בית המשפט. לפיכך, בלא התמודדות עם הסדרי טיעון, ההצעה לא רק שלא תשיג את מטרתה, אלא תשיג מטרות הפוכות. היא תפגע עוד יותר ביכולת להבטיח רמת ענישה אחידה, תגביר את השרירותיות בגזירת הדין ותפגע בזכותו של הנאשם להליך הוגן. השלכות אלו של ההנחיות לענישה יוצגו בפרק הבא.

ג. הנחיות לשופטים וחירות לתובעים

1. הגדלת שליטת התביעה

עד כה טענתי כי הצעת החוק צפויה להיכשל בהבטחת אחידות בענישה שכן היא לא תצמצם את שליטת התביעה בגזר הדין. בחלק זה אראה כי לא רק ששליטת התביעה בגזר הדין לא תצומצם, ההנחיות לענישה ירחיבו שליטה זו. למעשה, בהיעדר מנגנונים מרסנים, ככל שההנחיות לענישה יצליחו יותר בצמצום השרירותיות והגדלת האחידות בפעולת השופטים, כך תגבר שליטת התביעה על גזרי הדין. צמצום שיקול הדעת השיפוטי יגדיל את שליטת התביעה על גזר הדין משני טעמים. ראשית, מכיוון שהוא ישפר את יכולתם של הצדדים להעריך נכונה את העונש הצפוי בתום הליך משפטי, ולכן יקל עליהם להגיע להסכמות בצילו. שנית, מכיוון שאימוץ עונשי מוצא עלול להביא להחמרה ברמת הענישה הכללית בבית המשפט, וכאשר העונשים הצפויים בבית המשפט כבדים יותר, קל יותר לתביעה להגיע להסדרים בצילם. בחלק זה אסביר את השלכות הוודאות על שליטת התביעה על העונש, ובחלק הבא אציג את החשש מהחמרה בענישה.

הנחיות לענישה נועדו להבטיח אחידות בענישה ולצמצם את השרירותיות. אם כיום שופטים פועלים בעיקר על פי תחושותיהם, ולכן מגיעים לעיתים קרובות לתוצאות שונות בתכלית במקרים דומים, בעזרת ההנחיות יוכל כל שופט להגיע לגזר דין דומה יותר לזה שהיה ניתן על ידי שופטת אחרת אם היא היתה דנה באותו התיק.

כמובן שההנחיות מפורסמות, ולכן גם הצדדים יכולים להעריך טוב יותר מה יהיה גזר הדין בכל מקרה ומקרה. למעשה, ככל ששיקול הדעת של בית המשפט מובנה יותר, תובעים ונאשמים יכולים להעריך בדיוק רב יותר את העונש שבית המשפט יטיל לאור עובדות המקרה. כאשר רמת הוודאות גדלה, התביעה תוכל, בקלות יחסית, לדעת אילו עונשים יסכים הנאשם לקבל על עצמו בהסדר טיעון ואילו לא. גם הנאשם במקרה זה יטעה פחות בהחלטותיו, והסיכוי שידחה הצעה

(2005) 591 (מציג נתונים אמפיריים לפיהם תובעים במדינות ארצות הברית משתמשים בהסדרים לאישומים כדי לעקוף עונשי מינימום הקבועים בחוק).

לעונש קל יחסית יקטן. בדרך זו, היכולת לצפות את גזר הדין השיפוטי, מגדילה את הסיכוי להסכמות.

וודאות מסייעת לתביעה לשלוט בענישה מכמה סיבות. ראשית, מכיוון שככל שהעונש וודאי יותר החשש שכל צד יעריכו אחרת קטן יותר. פערים בהערכת העונש הצפוי עשויים לגרום לנאשם לדחות את העונש שהתביעה מציעה לו, כאשר הוא מעריך שבית המשפט יטיל עונש קל יותר. כאשר לצדדים הערכה דומה לגבי ההליך, הנאשם והתביעה יהיו שותפים להערכות ולכן יהיה להם קל יותר להגיע להסכמה.[34]

שנית, הטיות פסיכולוגיות מגדילות עוד יותר את החשש שחוסר וודאות יקשה על הצדדים להגיע להסכמה על העונש. מחקרים רבים, ובכלל זה מחקרים שבדקו את התנהגותם של צדדים להליך משפטי, מראים כי גם כאשר אנשים מחזיקים באותו מידע בדיוק, כל צד נוטה להאמין שסיכוייו טובים יותר ממה שיעריך בודק אובייקטיבי (over-optimism).[35] בנוסף אנשים נוטים לפרש את העובדות באופן התואם את האינטרס שלהם (self-serving bias).[36] לעניינו, הטיות אלו עלולות לגרום לנאשמים להעניק משקל נמוך יחסית לנסיבות מחמירות או משקל רב לנסיבות מקלות.[37] כתוצאה מכך, בשל הטעויות בהערכה, נאשמים עשויים לדחות הצעות שכדאי היה להם לקבל. גם אם התביעה צפויה לטעות פחות בשל ניסיונה, עדיין קיים חשש משמעותי שהנאשם יטעה. הערכת יתר של סיכויי ההצלחה בבית המשפט מקטינה את יכולתם של הצדדים להסכים על הסדר שיחליף את המשפט.

קשיים אלו ימותנו אם עונשי המוצא יצליחו לצמצם את חוסר הוודאות. כאשר יקל על הצדדים להעריך נכונה מה תהיה החלטת בית המשפט, יקל על התביעה גם לדעת מהו טווח העונשים שהנאשם יסכים לקבל בהסדר ולהציע לו להודות תמורת עונש בתוך אותו טווח על פי שיקול דעתה.

חשוב לציין כי גם במצב הקיים כיום, ולמרות חוסר הוודאות, הצדדים יכולים להגיע במרבית המקרים להסדר טיעון. טענתי העיקרית אינה שמספר הסדרי הטיעון יגדל עם הבניית שיקול הדעת השיפוטי (למרות שגם תופעה זו תתכן). טענתי היא שסוג ההסדרים שיערכו יהיה אחר. כיום, פערים בהערכת הצדדים את גישת בית המשפט, אופטימיות יתר והטיית האינטרס העצמי

---

[34] ראו George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1, 16 (1984) (הטוענים שכאשר הפערים בהערכת תוצאות ההליך על ידי הצדדים גדולים, הסיכוי לפשרה קטן); Robert D. Cooter & Daniel L. Rubinfeld, Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution, 27 J. ECON. LITERATURE 1067, 1076-78 (1989) (המראים כיצד פערים בהערכת הצדדים את תוצאות ההליך פוגעים ביכולתם להגיע לפשרה).

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

[36] שם, בעמ' 1093.

[37] להשלכת ההטיות האמורות על הסדרי טיעון ראו Stephanos Bibas, *Plea Bargaining Outside the Shadow of Trial*, 117 HARV. L. REV. 2463, 2496 (2004).

מובילים לא אחת לכך שהצדדים מצליחים להגיע רק להסדר טיעון חלקי, כגון הסדר על אישומים בלבד בלא הסכמה על העונש או הסדר עונשי במסגרתו כל צד רשאי לטעון לעונש בטווח מסוים המוסכם מראש.

לתביעה אין קושי להסכים להסדרים אלו מכיוון שהאינטרס העיקרי שלה הוא לחסוך את שלב הראיות להוכחת האשמה. הנאשם נהנה בהסדר כזה מהקלה מסוימת, אף אם לא מוגדרת, בעונש הצפוי, בלא שהוא נדרש לקבל את הערכות התביעה באשר לחומרת העונש שיוטל עליו. מצב זה לפחות מבטיח כי נתח משמעותי מההכרעה בדבר גזר הדין נותר בידי בית המשפט. בדרך זו, הנאשם זוכה לכך שחלק נכבד מהעונש בו הוא נושא נקבע בהליך שיפוטי, בו נשמעו טענותיו כדין, ואשר ההחלטות הניתנות במסגרתו מנומקות וכפופות לערעור.

כך, למשל, בשל הקושי להעריך את גזר הדין, הנאשם עשוי לסבור כי לאחר שהופחתו האישומים כמוסכם העונש שיוטל עליו לא יכלול מאסר בפועל בעוד שהתביעה תחשוב אחרת. במקרה כזה הם יכולים להגיע להסדר על הפחתת האישומים תוך הותרת ההחלטה בעניין העונש לבית המשפט או, לחילופין, הסכמה שהתביעה תבקש עונש מאסר של שנה אחת ואילו הנאשם יבקש עונש מאסר על תנאי בלבד ובית המשפט יכריע בתוך הטווח המוסכם. הסדרי טיעון כאלו אפשריים מכיוון שכל צד מאמין שהתוצאה השיפוטית תיטה יותר לטובתו. אך תוצר לוואי שלהם הוא שההחלטה הסופית בדבר העונש המדויק ניתנת על ידי בית המשפט, גם במקום בו נערך הסדר טיעון.

אולם אם עונשי המוצא יצליחו לקדם את הוודאות בענישה, הם יאפשרו לצדדים גם לדעת בדיוק רב יותר כיצד ישפיע ההסדר על העונש. במקרה כזה התביעה תוכל לשלוט בדיוק רב יחסית בעונש באמצעות שינוי האישומים והעובדות המוסכמות והנאשם ידע בדיוק רב יחסית כיצד משפיעים השינויים על גזר הדין. לא יהיה עוד ערך רב בעריכת הסדרים המותירים לבית המשפט שיקול דעת, כאשר ידוע לצדדים כיצד שיקול דעת זה יופעל.[38] כך תוכל התביעה לתמרן את העובדות והאישומים באופן שיאפשר לה להציע את העונש בו היא מעוניינת.

כמובן, שגם במצב זה לצילו של בית המשפט תהיה השפעה. העונש הצפוי בבית המשפט, מופחת בהתאם להסתברות שהליך מלא יסתיים בזיכויי מלא או חלקי, יתחום את אפשרויות התביעה. עונש צפוי זה יהווה גבול עליון, והתביעה תדע כי הצעות שתוצאתם תהיה עונש חמור ממנו, ידחו. אולם בתוך הטווח שיוצר, היא תוכל לשלוט בעונש, ולקבוע עד כמה ברצונה להקל, בלא ששיקול דעתה מונחה או מוגבל בדרך כלשהי.[39] עקב כך, שליטתה על העונש תגדל.

---

[38] התביעה מונחית אמנם להעדיף הסדרים הקובעים טווח ענישה אולם גם הסדרים הקובעים עונש מסויים מותרים. ראו ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 11, 612.

[39] השופטת בינייש סבורה כי החשש שהתביעה תתאים את העובדות וסעיפי האישום לעונש אותו היא מבקשת להשיג אינו גדול. בע"פ פלוני, לעיל ה"ש 11, היא אמרה: "ספק בעיני אם בדרך-כלל אמנם קיים חשש רציני כי שיקול כזה ינחה את התביעה הכללית בניסוח כתבי-אישום. מוסכם על הכל כי חובתה של התביעה לפעול בתום-לב בעריכת הסדרי הטיעון. על-פי מדיניות ראויה, מצווה התביעה להקפיד על כך שהעובדות המתוארות בכתב-האישום ישקפו את המעשים המיוחסים לנאשם כהוויתם ללא שינוי מהותי מאופן התרחשותם בפועל, ובלבד שיש ראיות לתשתית העובדתית הנטענת. כלל זה הוא הבסיס הנדרש כדי שבית-המשפט לא יוטעה, ועל-מנת שירשיע את הנאשם על-פי מעשיו ולא על-פי מסכת עובדתית שאינה משקפת את המציאות בהתאם לראיות שבידי התביעה." אולם הניסיון

כיוון שהוודאות בדבר העונש השיפוטי הצפוי היא מרכיב מרכזי ביכולתה של התביעה לקבוע עונש מדויק כרצונה, כוחה של התביעה גדל ככל שההנחיות קשיחות יותר. כך, הנחיות לענישה שמונעות מבית המשפט לסטות מטווח ענישה מוגדר ומצומצם, כמו אלו שנהגו בשיטה הפדראלית בארצות הברית עד שנת 2005, הופכות את השפעת התביעה על גזר הדין לכמעט מוחלטת.[40] מנגד, עונשי מוצא, המותירים לבית המשפט שיקול דעת רחב בהרבה בקביעת העונש, מעבירים לתביעה נתח קטן יותר של ההשפעה על גזר הדין. מטעם זה נכונה הייתה עמדת הרוב בוועדת גולדברג, אשר בניגוד לדעת המיעוט, שללה קביעת עונשי מינימום בהצעתה.[41]

ניתן לכן לטעון כי על פי הצעת החוק, שיקול הדעת של בית המשפט לא יוגבל באופן ניכר, ולכן החשש שההנחיות יחזקו את שליטת התביעה על הענישה אינו משמעותי.[42] עם זאת, השאלה כאן היא אך שאלה של מידה ודרגה. גם הנחיות הקובעות עונשי מוצא בלבד, כובלות במידה מסוימת את בית המשפט. הן מחייבות את בית המשפט להטיל את עונש המוצא במקרים הטיפוסיים. הן מחייבות אותו להטיל עונש חמור ממנו במקרים שהנסיבות המחמירות יגברו על המקילות. חובות אלו ניתנות לאכיפה באמצעות מנגנון הערעור. זאת ועוד, יש להניח שבעבירות נפוצות אשר נסיבותיהן הרלבנטיות דומות במקרים רבים, תיווצר תוך זמן קצר מדיניות שיפוטית אחידה, שתקבע על ידי ערכאות הערעור, והשלכתה לא תהיה שונה במידה ניכרת מההשלכה של הנחיות מחייבות או מפורטות יותר.[43] לכן גם הנחיות אלו מאפשרות לצדדים להעריך במקרים רבים מהו העונש הצפוי במשפט, ומהו הטווח במסגרתו תוכל התביעה להציע הצעה שלא תדחה.

חשוב להבהיר, טענתי אינה כי המחיר שנשלם עקב אימוץ עונשי המוצא גדול מהתמורה שתושג באחידות. לו זו הייתה הטענה, היה מקום לבחון האם התועלת מקידום האחידות מצדיקה את המחיר של הגדלת השליטה של התביעה על העונש. טענתי היא כי במצב שבו התביעה לא מונחית לפעול על פי ההנחיות לענישה, לא ניתן כלל לקדם את האחידות באמצעותן. כל עוד התביעה רשאית לסטות מעונשי המוצא באמצעות הסדרי טיעון בלא מגבלות בחוק ובלא פיקוח שיפוטי, ההשלכה היחידה של "הצלחתם" של עונשי המוצא תהיה בהעברת השליטה לתביעה. אין מקום לדבר על איזון בין תמורה (אחידות) ומחיר (שליטת התביעה) שכן מדובר במחיר בלבד. מטעם זה הטענה שעונשי המוצא "חלשים" יחסית להנחיות אחרות לענישה, ולכן לא מחזקים משמעותית

מראה כי התביעה אינה סבורה שהפחתת האישומים אסורה, גם כאשר בידה ראיות לאישומים חמורים יותר, אם היא סבורה שראוי להקל עם הנאשם. ראו טקסט להערות 14 עד 17 לעיל.

[40] Jeffrey Standen, *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines*, 81 CALIF. L. REV. 1471 (1993). לביטול אופיין המחייב של ההנחיות ראו United States v. Booker, 125 S. Ct. 738 (2005).

[41] ראו דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 17. ראו גם קנאי, לעיל ה"ש 6, 189

[42] ראו Frase, לעיל ה"ש 1, 1229-1231 (הטוען שהחשש מפני העברת הכוח לתביעה להחליט על העונש בלא הסדרה קטן יותר בהנחיות המדיניתיות שמותירות לבית המשפט שיקול דעת רחב יחסית); Albert W. Alschuler, *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation*, 58 U. CHI. L. REV. 901 (1991), (מציע שהנציבות לגזרי הדין תקבע עונש מוצא על פי הנסיבות הסטנדרטיות, תוך התחשבות במאפיינים של הנאשמים הסטנדרדים בעבירות אלו, ובתי המשפט יתייחסו לקביעה כאל תקדים אשר מותר לאבחן אותו כשהנסיבות שונות ולגזור עונש שונה בהתאם)

[43] ראו Standen, לעיל ה"ש 40, 1536-7 (הטוען כי עונשי מוצא יובילו רק ליותר ערעורים ולפסיקה סבוכה יותר, אך לא יפחיתו משמעותית את כוחו של התובע להשפיע על העונש באמצעות הסדרים על אישומים).

את התביעה, אינה ממין העניין. כל עוד עונשי המוצא לא מקדמים את האחידות בענישה ולא מצמצמים את מידת השרירותיות, אין כל טעם בתשלום "המחיר" של העברת השליטה לתביעה, קל ככל שמחיר זה יהיה. בסופו של דבר מדובר במשחק סכום אפס. כל עוד שיקול דעתה של התביעה בעריכת הסדרים אינו מוגבל, ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי אינה מקדמת את האחידות בענישה, בלא קשר למידת הקשיחות של ההבניה. מידת ההגבלה על שיקול הדעת השיפוטי רק קובעת באיזו מידה יהיה זה בית המשפט שישלוט בענישה, ובאיזו מידה תהיה זו התביעה.

יובהר עוד כי איני טוען שקידום האחידות וצמצום השרירותיות בענישה אינם מטרות חשובות. הטענה היא רק שהבניית שיקול הדעת השיפוטי, היא כשלעצמה, לא תקדם מטרות אלו אלא רק תעביר את הכוח לקבוע גזרי דין מבית המשפט לתביעה.

2. קביעת עונשי מוצא מחמירים והשפעתה על שליטת התביעה על גזר הדין

הנחיות לענישה עלולות לשמש כלי להחמרה בענישה. בארצות הברית, כבילת שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין הובילה פעמים רבות לתוצאה זו. במערכת הפדראלית, בתי המשפט נדרשו לא אחת להטיל עונשים כבדים על פי ההנחיות.[44] העונשים שנקבעו על ידי הנציבות לגזירת הדין היו פעמים רבות גבוהים מהעונש הממוצע שהיה מקובל לפני קביעת ההנחיות, גם כאשר לא היתה מטרה מוצהרת להחמיר בענישה.[45] גם במדינות רבות בארצות הברית, הנחיות לענישה, עונשי מינימום, וכללים המחייבים מאסרים ממושכים מאוד לעבריינים רצידיביסטים, הובילו לתוצאה דומה.[46] עקב כך העונשים הוחמרו ואוכלוסיית האסירים גדלה משמעותית.[47]

אולם הגידול באוכלוסיית האסירים לא היה התוצאה העיקרית של ההנחיות המחמירות. תוצאה נוספת של החמרה זו, חשובה לא פחות, הייתה העברת נתח נוסף מהשליטה בענישה לתובעים.[48] במרבית המקרים העונשים הכבדים שקבעו החוקים או ההנחיות לא הוטלו כלל על הנאשמים. כיוון שעונשים אלו היו כבדים כל כך, לרוב התביעה כלל לא הייתה מעוניינת בהטלתם. גם מערכת הכליאה לא הייתה ערוכה לקליטת כל האסירים אם עונשים אלו היו באמת מוטלים על כל מי שניתן היה להרשיעו בביצוע עבירה.[49] לפיכך, לכולם היה עניין בענישה מקילה יותר. הסדרי טיעון

---

[44] ראו Albert W. Alschuler, *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation*, 58 U. CHI. L. REV. 901,929-937 (1991).

[45] ראו Marc L. Miller & Ronald F. Wright, *Your Cheatin' Heart(land): The Long Search for Administrative Sentencing Justice*, 2 BUFF. CRIM. L. REV. 723 (1999)

[46] ראו למשל Robert J. Lewis, *The Kansas Sentencing Guidelines Act*, 38 Washburn L.J. 327 (1999) at 331. לדיון כללי בתופעה והשלכתה ראו Stuntz, לעיל ה"ש 53.

[47] Robert L. Misner, *Recasting Prosecutorial Discretion*, 86 J. CRIM. LAW & CRIMINOLOGY 717 (1996), 723

[48] ראו למשל Stephanos Bibas, *The Feeney Amendment and the Continuing Rise of Prosecutorial* Power to Plea Bargain", 94 J. CRIM. LAW & CRIMINOLOGY 295 (2004) (מתאר כיצד תיקון חוק שמשמעותו החמרת העונשים אותם שופטים נדרשים להטיל על פי ההנחיות מרחיב את כוחה של התביעה בגזירת הדין)

[49] Marc L. Miller, *Domination & Dissatisfaction: Prosecutors as Sentencers*, 56 STAN. L. REV. 1211 (2004), 1262 (מראה שאם ההנחיות לענישה היו מקוימות כנדרש על ידי התובעים הפדראליים מספר מקומות הכליאה צריך היה לגדול פי כמה). אחד הקשיים שנוצרים הוא שהתביעה, שלמעשה שולטת במידת ישום ההנחיות, לא מפנימה את

שכללו הסכמות על אישומים ועובדות המשפיעות על העונש אפשרו לתביעה להציע כל עונש שתרצה, ופעמים רבות היא רצתה עונש קל בהרבה מהעונש המחייב על פי ההנחיות. כך, העונש הצפוי למי שיורשע בבית המשפט איבד מהרלבנטיות שלו כסטנדרט ענישה. הוא נותר רק כאיום קיצוני ואפקטיבי ביותר שלא ממומש אלא כלפי אותם יחידים שלא קיבלו את הצעתה הנדיבה של התביעה.[50]

הדוגמאות הקיצוניות ביותר מארצות הברית עוסקות בשימוש התביעה בכוחה מקום בו העונש הצפוי הוא מאסר עולם חובה. מחקרים מראים כי במדינות בהן נוהג הכלל המחייב מאסר עולם על עבירת פשע שלישית, תובעים עוקפים כלל זה במקרים רבים באמצעות המרת סעיפי האישום.[51] החשש ממאסר עולם לאחר הרשעה מבטיח שהרוב המכריע של הנאשמים יסכימו לאישומים ולעונש שמציעה התובעת, וגורלם של המסרבים עלול להיות מר.[52] עונשי מאסר עולם הם דוגמא קיצונית, אולם גם במקרים קיצוניים פחות קיימת תופעה דומה, כאשר עונשי מינימום כבדים או הנחיות מחמירות לענישה מקנים לתביעה כוח נרחב לקבוע מתי להקל עם הנאשם ועד כמה, באמצעות הסדרי טיעון לאישומים.[53]

כאשר רמת הענישה בהנחיות דומה לרמת הענישה הנתפסת כראויה על ידי השחקנים המשתתפים בהליך הפלילי, העונשים השיפוטיים מרסנים את כוחה של התביעה. התביעה אמנם יכולה להציע כראות עיניה עונשים קלים יותר מהנדרש על פי ההנחיות, אולם לרוב היא אינה מעוניינת להקל ולכן תסתפק בהקלה המינימאלית הנדרשת להבטיח שהנאשם יודה. אמנם, גם כאן, יתכן שמפעם לפעם תובעת מסוימת תסבור שראוי להקל עם הנאשם מעבר לעונש המקובל, ואז היא תוכל לקבוע עד כמה להקל בלא מגבלה. לתביעה עדיין יש כוח להביא לסטיה מההנחיות. אולם במרבית המקרים, צילו של בית המשפט ישמש מגבלה אפקטיבית על כוחה של התביעה לקבוע עונש כראות עיניה.

מנגד, כאשר הנחיות לענישה קובעות רמת ענישה הנתפסת כחמורה, השפעת התביעה על העונש מתרחבת. טווח העונשים שהנאשם יסכים לקבל גדל, ולכן יכולתה האפקטיבית להכתיב עונש כראות עיניה גדלה גם כן. במצב זה, ירבו המקרים בהם התביעה תסבור שהעונש הראוי נמוך מהעונש אותו מונחה בית המשפט להטיל, והיא תוכל לכפות את העונש הראוי לדעתה על הנאשם.

העלויות של שליחת אדם לכלא, מבחינת עלויות הכליאה, ולכן עשויה להעמיד לדין יותר מידי עבריינים או להימנע מהצעת הקלות שנדרשות כדי למנוע גידול מוגזם באוכלוסית האסירים. לבעיה זו ולהצעה לפתרונה ראו נוצר להשפעת הענישה המחמירה על אוכלוסיית האסירים, ולהצעה להתמודדות עם בעיה זו ראו Misner, לעיל הערה 47.

[50] להיעלמותו של המשפט במערכת הפלילית הפדראלית בארצות הברית ראו Albert W. Alschuler, *Disparity*: *The Normative and Empirical Failure of the Federal Guidelines*, 58 STAN. L. REV. 85, 85 (2005), 112. מראה כיצד שיעור ההרשעות המושגות באמצעות הודאה באשמה עלה מ-87% לפני כניסת ההנחיות לתוקף ל97%.

[51] ראו Bjerk, לעיל ה"ש 33.

[52] במקרה מפורסם אחד סירובו של אדם שזייף שיק של 88$ להסכים לעונש של חמש שנות מאסר בפועל במסגרת הסדר טיעון, הוביל לחיובו במאסר עולם לאחר שבעקבות הסירוב הפעיל התובע את כלל העבירה השלישית. ראו Bordenkircher v. Hayes, 434 U.S. 357 (1978)

[53] ראו William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505 (2001), 519, וכן Misner, לעיל הערה 47, בעמ' 748-749, Miller, לעיל ה"ש 49.

אם העונשים הקבועים בהנחיות כבדים מאוד, שליטת התביעה בענישה הופכת להיות מוחלטת. הנאשם יודע שכל עונש שהתובעת מציעה לו לקבל קל מהעונש הצפוי בבית משפט, לפעמים קל בהרבה, ולכן יסכים לכל הצעה. במצב זה, הקביעה איזה עונש רצוי ונכון להטיל בכל מצב עוברת לחלוטין לידיה של התביעה. כך, במקומות רבים בארצות הברית, ההנחיות לענישה ועונשי המינימום שנקבעו בחוק, השפיעו ישירות רק במיעוט קטן של המקרים, אותם מקרים ספורים בהם נאשם התעקש לעמוד על זכותו לנהל משפט. בכל יתר המקרים, השפעתם הייתה בעיקר על ההחלטה מי יגזור את הדין. מדיניות הענישה המחמירה שנכפתה על בתי המשפט העבירה לתובעים את הכוח לקבוע בפועל מה יהיה גזר הדין, לפי ראות עיניהם.[54]

אין פירוש הדבר שתופעה דומה בחומרתה צפויה בישראל לאחר קבלת הצעת החוק, וזאת מכמה סיבות. ראשית, בניגוד לעמדת המיעוט בוועדת גולדברג, ההצעה אינה כוללת עונשי מינימום, אלא עונשי מוצא בלבד, ולכן לבית המשפט נותר עדיין שיקול דעת רחב בקביעת גזר הדין.[55] לפיכך, גם אם יקבעו עונשי מוצא מחמירים יחסית לעבירות השונות, אין הכרח שעונשים אלו ישקפו באמת את רמת הענישה הממוצעת באותן עבירות. אמנם עונש המוצא נועד, על פי ההצעה, לשקף את רמת הענישה במקרה הרגיל, כאשר נסיבות העבירה "אינן חריגות לקולה או לחומרה".[56] אולם בתי המשפט יוכלו בקלות יחסית לעקוף הנחיה זו באמצעות מתן משקל רב יותר לנסיבות המקילות על פני המחמירות בכל מקרה ומקרה, וליצור מדיניות ענישה מקילה יותר מזו שהתבקשה על ידי הוועדה.

שנית, יתכן שבישראל הוועדה הקובעת את עונשי המוצא לא תקבע עונשים חמורים מהמקובלים כיום. אימוץ ההנחיות לענישה בארצות הברית השתלב בתקופה שבה התחזקה האווירה הציבורית המחייבת התמודדות תקיפה עם הפשיעה, ויש הסבורים שזו הסיבה לחוליי השיטה שם.[57]

אולם אין גם להתעלם מהחשש שתופעות דומות לאלו שקרו בארצות הברית, גם אם במידה שונה, עלולות להתרחש גם בישראל. ככל שההנחיות לענישה יאכפו בקפדנות רבה יותר על ידי ערכאות הערעור[58] וככל שהשופטים ירגישו כבולים יותר לענישה צפויה וידועה לכל, כך יורחב כוחה של

---

[54] לתיאור תופעה זו ראו למשל William J. Stuntz, *Plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow*, 117 HARV. L. REV. 2548 (2004); וכן Miller, לעיל ה"ש 49. לאחרונה חל שינוי מסויים בדין האמריקאי בעקבות פסקי הדין שהגבילו את כוחו של המחוקק והנציבויות לגזירת הדין, לקבוע שעובדות המתבררות בהליך גזירת הדין שנערך בפני שופט (ולא חבר מושבעים) יחייבו את בית המשפט להחמיר בעונש. ראו Blakely v. Washington, 124 S. Ct. 2531 (2004) שם נקבע שהתיקון השישי לחוקה, המחייב משפט בפני מושבעים, מחייב שמושבעים (ולא מותב שיפוטי) יקבעו עובדות קביעתן מחייבת את בית המשפט להחמיר בעונש הקבוע בהנחיות לענישה, ראו גם United States v. Booker, 125 S. Ct. 738 (2005) המחיל את הלכת Blakely גם על ההנחיות הפדראליות וקובע כי בעקבות זאת להנחיות אלו יהיה תוקף מנחה בלבד, ולא כופה). בעתיד ניתן יהיה לראות אם פסיקות אלו החזירו מעט מהכוח לקבוע את גזר הדין לבית המשפט ועד כמה.

[55] ראו קנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 189

[56] סעיף 40א להצעה.

[57] ראו Alschuler, לעיל ה"ש 44, 934 (המציג את הלחץ הפוליטי להחמרה בענישה שנילווה לאימוץ ההנחיות)

[58] ראו קנאי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151.

התביעה להשפיע על העונש בכפוף למגבלת העונש השיפוטי הצפוי. יש לזכור כי בניגוד למקומות רבים בארצות הברית,[59] היקף התערבות של ערכאת הערעור בגזרי דין בישראל גדול יחסית,[60] והסיכוי שערעורים יכתיבו הקפדה רבה יותר על עונשי המוצא במקרים הטיפוסיים, אינו קטן.[61] לאחר שערכאות הערעור יבטיחו רמת ענישה יחסית אחידה במקרים הטיפוסיים הן יוכלו, בהדרגה, לקבוע גם עד כמה צריכות להשפיע הנסיבות השונות לקולא ולחומרה וכך ליצור וודאות יחסית גבוהה באשר לעונש הצפוי במקרים רבים.

גם החשש שעונשי המוצא שתקבע הוועדה יהיו חמורים מאלו ששופטים מטילים כיום אינו זניח. ראשית, הרקע ההיסטורי להקמת וועדת גולדברג ודו"ח הוועדה, נותנים אינדיקציה לכך כי האפשרות שעונשי המוצא ישמשו גם להחמרה בענישה. וועדת גולדברג הוקמה על רקע הביקורת הציבורית על קולת העונשים שמטילים שופטים.[62] זה גם היה הרקע להזהרה שהשמיעו חברי המיעוט בוועדה מפני מצב שבו עונשי המוצא יגררו החמרה בענישה.[63]

גם חברי הרוב לא הכחישו כי יתכן שההנחיות יובילו להחמרה בענישה, בעיקר מכיוון שעונשי המוצא (כמו גם הענישה שלא על פי עונשים אלו) יקבעו על פי עקרון ההלימה, וכלל לא ברור עד כמה עיקרון זה מנחה את בתי המשפט כיום. לגישתם, "אם אמנם תהיה החמרה בענישה עקב יישום עקרון ההלימה, אין זאת אלא משום שזו תהיה התגובה העונשית ההולמת למעשה חמור".[64] אולם גם אם ההחמרה בענישה מתבקשת לאור עקרון ההלימה, היא עדיין מגדילה את שליטת התובעים על העונש.

זאת ועוד, התיקונים המעטים שהכניס משרד המשפטים להצעה של וועדת גולדברג מלמדים גם הם על הנטייה להחמיר בענישה. כך, לדוגמא, הוועדה הציעה לקבוע בחוק הוראה לפי "לא יגזור בית המשפט עונש מאסר בפועל אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לא מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר".[65] הוראה זו, שהייתה יכולה לצמצם את החשש מפני החמרה בענישה המוצעת, הוסרה מההצעה של משרד המשפטים. גם השינוי שהוכנס במשרד המשפטים ביחס לנאשמים מועדים מרמז על כיוון דומה. אף שגם וועדת גולדברג הציעה לאפשר לבית המשפט

---

[59] לסקירת הסטנדרטים החלים במדינות ארצות הברית לפיהם בוחנות ערכאות ערעור את התאמת גזרי הדין להנחיות ראו Frase, לעיל ה"ש 1, בעמ' 1199.

[60] אם כי גם בישראל, בית המשפט שלערעור לא יתערב אם החריגה של בית המשפט קמא מנורמת הענישה לא היתה משמעותית. ראו רות קנאי, "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** כד (1) 71 (תשנ"ד-1994), 140-139.

[61] אחד הנימוקים להתנגדות חברי המיעוט בוועדת גולדברג לעונשי המוצא היה החשש שעונשים אלו ישמשו "מהבחינה המעשית כעונשי מינימום, חמורים בהרבה מן הראוי". ראו דו"ח ועדת גולדברג, לעיל הערה 4, עמ' 45. אם תחזית זו תתממש, שליטת התביעה בענישה בוודאי תגדל משמעותית. אולם גם אם חשש זה אינו מבוסס, ועונשי המוצא אכן ישמשו כמתוכנן רק כמעין עונש ממוצע לעבירה אשר סוטים ממנו בכל מקרה שאינו טיפוסי, הם יוכלו לסייע לקידום הוודאות ולכן להעביר חלק מן השליטה בגזר הדין לתביעה.

[62] ראו קנאי , לעיל הערה 6, בעמ' 147.

[63] ראו דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 4, עמ' 45 וכן דעת המיעוט של עו"ד י' גולן, בעמ' 124-123.

[64] שם, בעמ' 10.

[65] סעיף 8(ב) להצעת הוועדה בדו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 4, עמ' 25.

להטיל על נאשמים מועדים עונש הכבד מהעונש ההולם, בהצעתה נקבעו סייגים משמעותיים לסמכות זו. סייגים אלו הוסרו בהצעה של משרד המשפטים.[66]

החשש שהוועדה שתמונה לקביעת עונשי המוצא תקבע רמת ענישה גבוהה יותר מהמקובלת כיום נובע גם מהשינוי באופן קביעת סטנדרט הענישה. כיום העונש נגזר על ידי שופט אשר התרשם מן הנאשם באופן בלתי אמצעי. על פי ההצעה, השופט יושפע גם מהחלטות של וועדה אשר בחנה את מדיניות הענישה במנותק ממקרה מסויים. בדרך כלל השלכת הניתוק מובילה להחמרה. כשלנאשם אין זהות, שם או פנים, קל הרבה יותר להחמיר בעונשו.[67] הדבר נכון במיוחד בעבירות ללא נפגע, כגון עבירות סמים, או במקרים בהם הנפגע אינו פורש את סבלו בבית המשפט, כפי שקורה במרבית המקרים בהם הנאשם מודה בביצוע העבירות. אולם גם בעבירות שבהן יש נפגע, ענישה אינדיווידואלית מובילה לגישה מקילה יותר מענישה מצרפית.[68]

התוצאה היא כי בית המשפט כבול, לפחות חלקית, למדיניות מחמירה שנקבעה בתנאי מעבדה, ואילו התביעה, שאינה כפופה להנחיות, מקבלת את החלטתה כלפי הנאשם, האדם, שבפניה. נטייתה לסבור כי העונש הראוי במקרה שלו קל יותר מזה המומלץ על ידי הוועדה תהיה גדולה. הפער הזה, בין העונש שצפוי להטיל בית המשפט המיישם את ההנחיות, לעונש שהתביעה מעוניינת בהטלתו, מאפשר לתביעה לשכנע את מרבית הנאשמים לקבל את העונש שהיא רואה כראוי. ההחלטה מהו העונש הראוי, ובכמה קל עונש זה מהעונש הצפוי לנאשם בבית המשפט, נתונה לשיקול דעתה המוחלט של התביעה, בלא שההנחיות מגבילות אותה.

3. התממשות החששות – הלכת ח'טיב

דוגמא להשפעת הנחיות לענישה ניתן למצוא בעבירות של הלנה והסעה של שוהים זרים בלא היתר, עבירה לפי סעיף 12א לחוק הכניסה לישראל.[69] עד שנת 2000 הייתה עבירה זו עבירה מנהלית, אולם עם השינוי במצב הביטחוני בוטל אופייה המנהלי של העבירה שהעונש המרבי בצידה הוא שנתיים מאסר.[70] בית המשפט העליון נדרש לקביעת רמת הענישה התואמת עבירה זו

---

[66] סעיף 3 להצעה של וועדת גולדברג קבע כי החמרה כזו אפשרית רק אם הנאשם הורשע שלוש פעמים לפחות בעבירות מאותו סוג בשבע השנים שקדמו להרשעה ורק כלפי רשימה סגורה של עבירות. בהצעה של משרד המשפטים הוסרו שתי המגבלות והתנאי היחיד להחמרה האמורה הוא שבית המשפט סבור שהנאשם מסוכן לציבור לאור סוג העבירה ומועדותו/עברו הפלילי. ראו סעיף 40ג להצעה.

[67] ראו Michelle D. St Amand & Edward Zamble, *Impact of Information About Sentencing Decisions on Public Attitudes Toward the Criminal Justice System*, 25 L. & Hum. Behav. 515, 525 (2001) (discussing research showing that, when surveyed regarding sentencing, "people tend to think of hardened and vicious criminals rather than the typical offender")

[68] ראו Alschuler, לעיל ה"ש 44, 939-937 (המסביר מדוע החלטות של מחוקקים או ועדות לגזירת דין יטו להחמיר ביחס להחלטות ענישה שיתקבלו על בסיס אינדיווידואלי ומציג אינדיקציות לנכונות הטענה); ראו גם קנאי, לעיל הערה 6, המציינת כי עונשי המוצא נועדו הן להשגת יתר אחידות, והן "לקביעה הערכית של יחס החברה לעבירות השונות". הכרעות ערכיות אלו, המנותקות מאירוע מסויים, נוטות כאמור לרמת ענישה גבוה מהמקובל בהכרעות אינדיווידואליות.

[69] תשי"ב-1952.

[70] להשתלשלות החקיקה ראו רע"פ 5198/01 **ח'טיב נ' מ"י**, פ"ד נו(1) 769 (להלן: "עניין **ח'טיב**").

בעניין ח'טיב לאחר שהתברר כי קיימים פערים גדולים בעונשים המוטלים על מי שעוברים עבירה לפי סעיף זה.[71] בפסק דינו קבע בית המשפט את ההנחיה הכללית הבאה:

> "אם אין עומדות לעבריין נסיבות יוצאות מגדר הרגיל, יש לגזור עליו – ואפילו הוא אדם מן היישוב שעשה מעשיו מתוך תמימות או מחמת צורך דוחק כלשהו – עונש מאסר לריצוי בפועל בלי מתן אפשרות להמירו בעבודות שירות. אשר לאורך תקופת המאסר, חלקי עם המחמירים."[72]

בעקבות הנחיה זו ניתן היה לצפות לרמת ענישה אחידה יחסית. אף שדובר בעבירה יחסית קלה – עבירה מסוג עוון אשר היתה עד לאחרונה עבירה מינהלית[73] - בתי המשפט הונחו להטיל במקרה הטיפוסי עונש של מספר חודשי מאסר לריצוי בפועל, בלא אפשרות המרה לעבודות שירות. ואכן, עיון קצר במדיניות הענישה העולה מגזרי הדין שפורסמו במאגרים המשפטיים עולה כי מדיניות זו יושמה בקפדנות רבה,[74] למעשה בקפדנות רבה מידי, עד כי לאחרונה בית המשפט העליון נדרש אליה שוב ומיתן את הנחיותיו.[75] כך, אדם בן שמונים, שמצבו הבריאותי קשה, אשר הורשע בהלנה חד פעמית של שני פלסטינאים, נידון לשלושה חודשי מאסר.[76] או אחר, גם הוא בן שמונים המטפל בילד ובאישה הסובלים משיתוק מוחין, נדון לשני חודשי מאסר בפועל.[77] אדם שלישי אשר נתפס במפגש רומנטי ברכבו עם ארוסתו ששהתה בארץ בלא אישור, נידון ל-21 ימי מאסר.[78] כאשר בית

---

[71] "סקירת העונשים שגזרו בתי משפט השלום ובתי המשפט המחוזיים במהלך השנים 1996 - 2001, על עבירות לפי סעיף 12א לחוק הכניסה, מראה שאין אחידות בעונשים שנגזרו. בצד גזרי דין שבהם הוטלו מאסרים על תנאי בלבד - בלי מאסר לריצוי בפועל - בצרוף קנסות, ניתן למצוא גזרי דין שבהם הוטלו עונשי מאסר לריצוי בפועל לתקופות של ימים ספורים, שבועיים ימים, 30 ימים, שלושה חודשים, ארבעה חודשים ואף שמונה חודשים, בצרוף מאסרים על תנאי וקנסות". שם בעמ' 775-774.

[72] שם, בעמ' 775.

[73] העבירה קבועה כהוראת שעה אשר מידי מספר שנים המחוקק מחדש את תוקפה, לעיתים תוך שינויים. לאחרונה שונתה ההוראה והוארכה בשנת 2005. בכל אותה תקופה לא שונה העונש במירבי שבצידה.

[74] למספר דוגמאות ליישום קפדני של הלכת ח'טיב ראו רע"פ 10730/04 **גמאל אדויאת נ' מדינת ישראל** (בית המשפט המחוזי גזר עונש מאסר בפועל על הנאשם, ובכך הפך את החלטת בית משפט השלום שהטיל על הנאשם עונש מותנה בלבד בשל שורה של נסיבות מקילות ביניהן היות הנאשם אדם נורמטיבי שזו לו עבירה ראשונה, וכן מכיוון שהוא היה בזמן העבירה נהג מונית והדרישה שיבדוק את תעודות כל אחד מנוסעיו קשה לישום). רע"פ **10632/04 שלמה קלפה ויעקב בן ישי נ' מדינת ישראל** (ההחלטה שלא להטיל עונש מאסר על נאשמים שהורשעו בהעסקת תושבי שטחים, נהפכה בעקבות ערעור לבית המשפט המחוזי). לדוגמאות דומות נוספות ראו רע"פ 10706/04 **מנצור סאלם נ' מדינת ישראל**; רע"פ 2191/04 **מאג'ד חביש נ' מדינת ישראל**; רע"פ **10993/04 עבידיה מחמד נ' מדינת ישראל**; רע"פ 3812/05 **מחאמיד מוחמד עווד נ' מדינת ישראל**; רע"פ 6434/05 **גורג' אמרזיאן נ' מדינת ישראל**.

[75] ראו רע"פ 3674/04 אבו-סאלם נ' מדינת ישראל (טרם פורסם) (להלן: עניין אבו-סאלם). כבר קודם לשינוי הלכת ח'טיב בפרשת אבו סאלם, ניסה בית המשפט העליון לסייג את ההלכה בפסקי דין שהשפעתם על הענישה בתחום היתה מועטה. ראו למשל רע"פ 496/01, 402/01 **אבו גנאם נ' מ"י**, פ"ד נו(3) 138, 142-143 שם התייחס בית המשפט העליון להלכת ח'טיב באומרו "עם זאת, הוסיף בית משפט אמירה שבעיני היא בעייתית, היינו, שרק במקרים חריגים ביותר יימנע בית המשפט מגזירתו של מאסר בעבירות אלו. השתמשתי במילה 'בעייתית', הואיל ואם נסיבותיו של המקרה הנוכחי אינן נכנסות לגדרם של אותם 'מקרים חריגים' בהם פוטרים ממאסר ממש, אזי מנקר בי החשש כי מדובר במדיניות ענישה השוללת מהערכאה הדיונית, כמעט לחלוטין, את שיקול הדעת ביחס למהות העונש, ומותירה בידה רק לקצוב את משכו."

[76] עניין אבו-סאלם, לעיל הערה ~~74~~75, פסקה 18 לפסק הדין.

[77] שם, פסקה 20 לפסק הדין.

[78] שם, פסקה 26 לפסק הדין.

משפט השלום סטה ממדיניות זו שלא לבקשת התביעה, התביעה יכלה להחליט אם לערער, ועערוריה, כשאלו הוגשו, התקבלו כמעט תמיד.[79]

אולם, מרבית המקרים בהם מגיעים הצדדים להסדר טיעון כלל לא מתפרסמים. יש מספר אינדיקציות לכך שבחלק גדול מהתיקים בעבירות הנדונות הסכימה התביעה להסדר טיעון הפוטר נאשמים ממאסר בפועל, גם לפני צמצומה של הלכת ח'טיב.[80] אינדיקציה אחת לכך היא דבריו של השופט דב מגד מבית משפט השלום בבאר שבע אשר ציין באחד מפסקי הדין בנושא כי בשנתיים שחלפו מאז קבלת ההחלטה בעניין ח'טיב הוא דן בכתבי אישום רבים בעבירה הנדונה, ובחלק הארי של המקרים התביעה לא ביקשה עונש מאסר בפועל בין אם בשל הסדר טיעון ובין אם בלעדיו.[81]

המקרים הרבים אליהם התייחס השופט מגד לא פורסמו כאמור שכן הסדרי טיעון בעבירות קלות אשר מכובדים על ידי בית המשפט לא זוכים לרוב להיכנס למאגרים המשפטיים. אולם במקרים חריגים גם הסדרים כאלו מתפרסמים, והם נותנים לנו הזדמנות לראות את המשפט הסמוי מן העין בעבירות אלו.[82]

מקרה אחד כזה היה בפרשת שוורצבוים, שם הנאשם הורשע הן בעבירה לפי חוק הכניסה לישראל והן בגרימת מוות ברשלנות, שכן הנוסע שהסיע היה מחבל מתאבד שרצח ארבעה אנשים. למרות התוצאה הקשה של המעשה, המדינה הגיעה להסדר טיעון במסגרתו נגזר על הנאשם לרצות עונש מאסר בעבודות שירות בלבד, בניגוד להלכת ח'טיב. בית המשפט, אף שלא היה שבע רצון מההסדר, כיבד אותו.[83] במקרה אחר, הסדר טיעון שנערך קודם לדיון בבית המשפט העליון הביא לפרסום ההסדר. באותו מקרה הסכימו הצדדים על ביטולו של עונש מאסר בפועל, והעונש הוחלף במאסר על תנאי.[84] במקרה שלישי הבהיר בית המשפט המחוזי בחיפה שכל עוד לא ביקשה התביעה, במסגרת הסדר טיעון, להטיל עונש קל מהנדרש על פי הלכת ח'טיב, על בית המשפט להטיל עונש מאסר.[85] וישנם מקרים נוספים שפורסמו.[86]

---

[79] ראו למשל רע"פ 6434/05 **אמרזיאן נ' מדינת ישראל** (המדינה ערערה לבית המשפט המחוזי על גזר דין שלא כלל מאסר בפועל, למרות עברו הנקי של הנאשם, וערעורה התקבל); רע"פ 4996/05 **געברי נ' מדינת ישראל** (ערעור המדינה על קולת העונש התקבל); ע"פ 1612/04 **מדינת ישראל נ' מחמיד מוחמד** (מחוזי – חיפה) (לא פורסם) (ערעור המדינה על קולת העונש התקבל).

[80] ראו למשל ע"פ 1612/04 לעיל הערה ~~78~~79, שם נדון ערעורה של המדינה על קולת העונש שהוטל על מי שהורשע בהעסקת עובדים מהשטחים. שם קבע בית המשפט המחוזי כי אם התביעה היתה מבקשת להקל בעונש בשל קשיי ראיות היה מקום לעשות זאת "אלא שבמקרה זה לא הודיעה התביעה על כל טעם חריג ויתירה מזו, התביעה ביקשה במפורש להטיל על הנאשם עונש של מאסר בפועל, בהתאם להלכת חטיב ופסקי הדין הרבים שבאו אחריה." בית המשפט קבע פעמים רבות כי עברו הנקי של נאשם אינה עילה לסטות מהוראות הלכת ח'טיב. ראו למשל רע"פ 9074/05 **סלח נ' מדינת ישראל** (למרות עברו הנקי של נאשם, גילו ומצבו המשפחתי, ציון השופט א' לוי כי העונש של עבודות השירות שהוטל עליו סוטה לקולא מרף הענישה הנהוג).

[81] ת"פ (באר-שבע) 3052/03 **מדינת ישראל נ' סעיד**.

[82] בהשאלה ממנחם מאוטנר, "המשפט הסמוי מן העין", **אלפיים** 16 (תשנ"ח – 1998) 45.

[83] ת"פ (מחוזי – ת"א-יפו) 40015/04 **מדינת ישראל נ' שוורצבוים**.

[84] רע"פ 12/04 **רפאל נ' מדינת ישראל**.

[85] ע"פ 1612/04 לעיל ה"ש ~~78~~79.

השפעת התביעה על העונש מושגת גם בדרך אחרת, באמצעות מדיניות ערעור סלקטיבית. כך, במקרה אחד שבו ערערה התביעה על גזר דין שלא כלל מאסר בפועל טען הנאשם, שזו לו היתה ההרשעה הראשונה, כי אין להטיל עליו את העונש הקבוע על פי הלכת ח'טיב בשל מדיניות ערעור סלקטיבית. שופטי הרוב דחו טענה זו וקבעו כי "גם אם לא אוכפת הרשות את הדין באופן שווה על כלל מפירי החוק, אין בכך כדי להוות עילה כנגד עצם הגשת כתב אישום או לענין ענישה".[87] שופט המיעוט גרס כי מדיניות הערעורים הסלקטיבית מלמדת שהפרקליטות השלימה עם סטיה מהלכת ח'טיב, ולכן סבר שיש לדחות את ערעור המדינה.[88]

עניין ח'טיב נתן לנו עם כן, הזדמנות ייחודית לבחון כיצד משפיעה הנחיה לענישה בייחוד כאשר ההנחיה מבקשת לקבוע עונש חמור יותר מזה שנהג קודם לקביעתה, ואשר נתפס, לפחות בחלק מהמקרים ועל ידי חלק מהתובעים כחמור מידי. הדוגמא מלמדת שהשליטה בעונש עברה לידי התביעה.

יש להניח שהדוגמא אף לא משקפת את מלוא חומרת הבעיה. בהחלט יתכן שאימוץ עונשי מוצא מחמירים בעבירות אחרות יגדיל את שליטת התביעה על העונש באותן עבירות עוד יותר מאשר הלכת ח'טיב הגדילה בעבירה הלנה, העסקה והסעה שלא כדין. זאת מכיוון שיש קושי רב לערוך הסדר טיעון לאישומים כאשר מדובר בעבירה זו, נוכח יחודיות העבירה והקושי למצוא עבירות אחרות, קלות יותר, שבוצעו אגב ביצועה. קושי זה מונע מהתביעה לערוך הסדרים על האישומים. בנסיבות אלו כל שביכולתה להציע לנאשם הוא הסדר לעניין העונש, והסדר כזה נתון לפיקוח מסויים של בית המשפט, גם אם בעקבות הלכת **פלוני** פיקוח זה מוגבל.

שליטת התביעה לאחר שיאומצו עונשי מוצא בעבירות אחרות לא תהיה כפופה להגבלה דומה. בעבירות פליליות אחרות, כגון עבירות אלימות, סמים או רכוש, מגוון הסעיפים בחוק העונשין הוא כה רב, עד כי שליטתה באישומים מאפשרת לה להתאים את העבירה לעונש הרצוי לה בקלות רבה ובלא להיות תלויה בפיקוחו של בית המשפט. התביעה יכולה בקלות רבה יחסית לבחור בין עבירות של חבלה בכוונה מחמירה, פציעה, תקיפה בנסיבות מחמירות, תקיפה הגורמת חבלה

---

[86] ראו למשל פ 4961/01 שלום - חדרה) ("התחבטתי אם לאשר את עיסקת הטיעון וזאת מאחר שספק בעיני אם אכן במקרה שבפניי התקיימו נסיבות חריגות שמקימות בסיס לעיסקה כגון זו. אני סבורה כי במקרה שבפניי, שבו לא נטען לקושי ראייתי, ורק נסיבותיו האישיות של הנאשם הן שהיוו שיקול היה מקום שהתביעה תשקול ביתר כובד ראש אם אכן יש מקום להגיע לעיסקת טיעון כגון זו, וזאת לנוכח חומרת העבירות בכלל ובזמנים הללו בפרט. בסופו של דבר החלטתי לכבד את שיקולי התביעה ולתת משקל גם לאינטרס הציבורי שבאישור עיסקאות הטיעון שיש בהן כדי לייעל את ההליכים ולחסוך מזמנו של ביהמ"ש".) ראו גם ע"פ 2236/04 **מדינת ישראל נ' פלוני** (שלום- עכו) (קבלת הסדר טיעון למאסר על תנאי וקנס); פ 1347/04 **מדינת ישראל נ' מלאך** (שלום –רמלה) (קבלת הסדר טיעון למאסר על תנאי וקנס); פ 2078/02 **מדינת ישראל נ' יעקובי** (שלום - כפר-סבא) (קבלת הסדר טיעון למאסר על תנאי וקנס).

[87] שם, פסקה 6 לפסק הדין.

[88] שופט המיעוט הכיר בכך שלמעשה הפרקליטות, ולא בית המשפט העליון, היא המפקחת על קיום מדיניות הענישה. לגישתו, מכיוון שבמרבית המקרים התביעה מסתפקת בעונש המקל ולא מערערת, אין מדובר אך באכיפה סלקטיבית אלא בהשלמה של הפרקליטות עם סטיה מהלכת ח'טיב. מטעם זה לדעתו היה מקום לדחות את ערעורה של המדינה על קולת העונש.

ממשית, תקיפה ועוד מגוון רב של עבירות דומות, שהעונשים שבצידן שונים בתכלית.[89] זאת ועוד, במקרים רבים לתביעה ראיות כי הנאשמים ביצעו שורה של עבירות שונות ובכוחה להשמיט חלק מסעיפי האישום בהתאם לעונש אותו היא שואפת להשיג בהסדר הטיעון. מטעם זה יש להניח כי הנחיות לענישה בעבירות אלו יקנו לתביעה שליטה טובה יותר על תוצאה ההליך מאשר ההנחיות שקבע בית המשפט העליון בפרשת ח'טיב.

4. החסרונות הדיוניים של העברת שיקול הדעת לתביעה

עונשי המוצא, ככל שהם יהיו אפקטיביים, יעבירו חלק גדול יותר של השליטה בקביעת העונש מבית המשפט לתביעה. לכאורה הנזק בכך אינו גדול. התביעה אינה יכולה לכפות על הנאשם עונש כבד מזה שיש להטיל עליו על פי ההנחיות, כך שלכל היותר חלק מהנאשמים ייהנו מהקלה מסוימת בעונש. אם אנו סבורים שההנחיות משקפות את העונש הראוי במקרה הרגיל, כל שביכולתה של התביעה לעשות הוא להקל בעונש זה. בלי ההנחיות יכול היה בית המשפט להבטיח הקלה זו. אמנם עונשי המוצא יכשלו בהבטחת אחידות בענישה ובצמצום השרירותיות, אך, כך לפחות ניתן לטעון, המצב לא יהיה חמור מזה השורר כיום, בהעדרם.

אלא שטענה זו מתעלמת מההבדל העצום בין ההליך המתנהל בפני התביעה להליך גזירת הדין בבית המשפט. ראשית, הליך קבלת ההחלטות בתביעה אינו מוסדר בחוק. בניגוד לבית המשפט התביעה אינה חייבת לשמוע את הנאשם,[90] אינה נדרשת לאפשר לו להציג ראיות ואינה כפופה למגבלות דיוניות כלשהן בהחלטתה. בהליך כזה עלולה התביעה לסבול מחוסר במידע לביסוס החלטותיה. וגם אם כל המידע ימצא, הנאשם שרק קיבל את ההסדר שנערך עם סניגורו יחוש שטענותיו לא נשמעו והאמון שלו בהליך יפגע.[91]

---

[89] לדוגמא כאשר קבוצת אנשים זורקת אבנים במסגרת התקהלות אסורה על כלי רכב, ואחת האבנים פוצעת נוסע ברכב, ניתן להרשיע את זורק האבן על פי שורה ארוכה של סעיפי אישום שהעונש בצידם יכול לנוע מ-20 שנות מאסר ועד שנת מאסר אחת. בית היתר ניתן להאשימו בעבירות לפי הסעיפים הבאים לחוק העונשין: סעיף 332, סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה, שדינו 20 שנות מאסר; סעיף 335, חבלה או פציעה בנסיבות מחמירות, שדינו שש שנות מאסר; סעיף 382 תקיפה בנסיבות מחמירות, ארבע שנות מאסר; סעיף 379, סעיף 334, פציעה, שדינו שלוש שנות מאסר; תקיפה, שנתיים מאסר; סעיף 151 התקהלות אסורה, שנת מאסר אחת. ראו גם Stuntz, לעיל ה"ש 54, 2563-2566 (בעבירות סמים ואלימות בארצות הברית יש לתובע מרחב גדול לתמרון סעיפי האישום לצורך התאמת העונש לרצונותיו).

[90] בכפוף לחובה מוגבלת ביותר לאפשר לחשוד להציג טענותיו בכתב בפני תובע במקרים מסויימים. ראו סעיף 60א לחוק סדר הדין הפלילי, לעיל ה"ש 11, המגביל את הזכות לחשודים בעבירות פשע בלבד, שאינם שוהים במעצר. גם מקום בו קמה זכות הטיעון היא מוגבלת ביותר מכיוון שהחשוד אינו זכאי לעיין בראיות לפני טענותיו וכי דחיית הטענות נעשית בלא הנמקה.

[91] בהליך גזירת הדין לנאשם הזדמנות להשמיע קולו ואף למסור הודעה בלא להיחקר עליה. ראו סעיף 189 לחוק סדר הדין הפלילי, לעיל ה"ש 11. מנגד, בהסדר טיעון, התביעה בישראל מתנגדת, ברוב המקרים, להשתתפות הנאשם במשא ומתן. לפיכך, קולו של הנאשם לא נשמע על ידי הגורם הקובע למעשה את עונשו. מחקרים רבים מראים כי לאפשרות להשמיע קול השפעה גדולה על תחושת הנאשם בדבר הגינות ההליך. ראו Jonathan D. Casper, *Having Their Day in Court: Defendant Evaluations of the Fairness of Their Treatment*, 12 LAW & SOC'Y REV 237 (1978); Jonathan D. Casper, Tom R. Tyler, & Bonnie Fisher, *Procedural Justice in Felony Cases*, 22 LAW & SOC'Y REV. 483.

שנית, בשונה מבית המשפט, התביעה לא נדרשת לנמק החלטותיה. החלטת התביעה להציע הסדר אחד במקום הסדר אחר נתונה למעשה לשיקול דעתה המוחלט והיא לא נדרשת להסבירה לאיש. בהעדר הנמקה, החשש מהחלטות שרירותיות גדול בהרבה.

שלישית, לא ניתן לערער על החלטות של התביעה. בעוד שערכאת ערעור יכולה לבחון את גזרי הדין שקובע בית המשפט, ובדרך זו לצמצם טעויות ולקדם את האחידות, אין דרך פרקטית לערער על גזרי דין הנערכים בהסכמה. הסכמת הנאשם להודות בעובדות הרלבנטיות משליכה על גזר הדין בלא שלנאשם אמצעי אפקטיבי לטעון כנגד ההליך. אמנם הוא יכול לדחות את הצעת התביעה, אולם, כאמור לעיל, אם ההצעה נמוכה מהעונש הצפוי בבית המשפט זו אינה אופציה מעשית. גם מטעם זה, רמת האחידות של גזרי הדין תהיה נמוכה יותר.

רביעית, התביעה היא צד להליך. היא מגיעה אליו עם המטען של חומר החקירה אשר ברוב המקרים הוא חד צדדי למדי. היא לא אחת שומעת את נפגע העבירה במהלך הדברים. מנגד, הנאשם אינו משמיע קולו בפניה. אמנם, בהליכי ההתדיינות לקראת הסדר טיעון הסניגור יכול לטעון טענות בשמו, אולם גישה זו לקולו של הנאשם היא מוגבלת ומאוחרת מידי כדי שתהיה לה השפעה הוגנת.

מכל הטעמים הללו, העברת החלק המשמעותי בשיקול הדעת בגזירת הדין מבית המשפט לתביעה תגדיל את השרירותיות, תפגע באחידות הענישה ותקטין את הרציונאליות בענישה. בהעדר מנגנון שיבטיח כי לא ניתן יהיה לעקוף את ההנחיות לענישה באמצעות הסדרי טיעון, הנחיות לענישה יכולות להשיג רק תוצאה הפוכה מזו שלה הן נועדו.

ג. סיכום

יתכן והחששות המועלים ברשימה זו מופרזים. יתכן שהמנגנון המוצע של עונשי מוצא הינו כה חלש, עד כי לא יהיה בו כדי להגדיל משמעותית את האחידות בענישה ואת היכולת של הצדדים לצפות, ולכן לא יעבירו את שיקול הדעת לתביעה. אכן, הנחיות המבוססות רק על עונשי מוצא מותירות לבית המשפט שיקול דעת רחב ביותר. אם משרד המשפטים היה מאמץ את עמדת המיעוט בוועדה, שחבריו הציעו קביעת מתחם של עונש מזערי ומרבי לכל עבירה, החשש מפני התופעה המתוארת כאן היה גדול הרבה יותר, בשל יכולתה של התביעה לשנות באמצעות האישומים את עונש המינימום לו חשוף הנאשם.

אולם ככל שעונשי המוצא יצליחו לכוון את שיקול הדעת של השופטים ויאפשרו לצדדים לחזות בדיוק רב יותר את תוצאת ההליך השיפוטי, כך יגדל כוחה של התביעה להשפיע על גזר הדין באמצעות הסדרי טיעון. רק אם עונשי המוצא יכשלו בצמצום השרירותיות וחוסר האחידות, יוותר מאזן הכוחות בין התביעה לבית המשפט בלא שינוי. במילים אחרות, מידת העברת השליטה על גזר הדין מבית המשפט לתביעה, תלויה במידת הצלחתם של עונשי המוצא להשיג את המטרות שלשמם הם נקבעו. אולם גם אם השפעתם תהיה מוגבלת, חשוב להראות כי ההשפעה בה מדובר אינה בהכרח הגדלת האחידות וצמצום השרירותיות בענישה, אלא העברת הסמכות להחליט בשרירותיות ובלא הנחיות מבית המשפט לתביעה.

כיצד אם כן ניתן להבנות את שיקול הדעת בגזירת הדין בלא ליפול למלכודת זו? הניסיון האמריקאי מלמד כי המשימה קשה, ובמערכת אדברסרית אולי אף בלתי אפשרית. מטעם זה יש הסבורים כי הפתרון היחיד הינו לוותר כליל על כבילת שיקול הדעת השיפוטי בענישה ולהסתפק בהספקת מידע לשופטים על מדיניות הענישה המקובלת במקרים שונים, בלא שהמידע יהווה עונש מוצא בעל תוקף משפטי.[92] עם זאת, ישנם מספר אמצעים היכולים לצמצם משמעותית את החשש שהתביעה תרבה להשתמש בכוחה לעקוף את ההנחיות לענישה באמצעות הסדרי טיעון.

ראשית, ניתן לקבוע בהצעת החוק הוראה המבטיחה הקלה בעונש בשיעור מסוים לאותם נאשמים הבוחרים להודות. הוראה כזו מצויה בהנחיות לענישה במקומות רבים, והיא מאפשרת לתעל חלק גדול מהצורך בהודאות להליך מוסדר זה. אם תקבע הוראה כזו יוכלו רוב הנאשמים לזכות בהקלה מסויימת בעונש גם בלא הסדר עם התביעה, והתובעים יוכלו במרבית המקרים להסתמך על הוראה זו כאמצעי מרכזי להשגת הודאות, בלא צורך לערוך הסדר טיעון לאישומים. הוראה כזו תפגע במידה מסוימת באחידות הענישה, בהנחה שהשוני בין נאשם שהודה לנאשם שכפר באשמה אינו נתפס כשוני רלבנטי המצדיק פערי ענישה. אולם פגיעה זו תהיה לכאורית בלבד כי כאמור לעיל גם בלעדיה התביעה הייתה מציעה הקלות למודים בהסדרי טיעון. באמצעות ההוראה ניתן יהיה לכל הפחות להבטיח כי במרבית המקרים הפערים בענישה יהיו קצובים וברורים, כאשר המחוקק מגדיר את גובהם והנאשם, לא התביעה, קובע מתי הם יוענקו.

שנית, יש לפעול כך שעונשי המוצא לא יהיה חמורים מידי. כפי שהראיתי לעיל, החמרה שעשויה להיגרם עקב אימוץ הנחיות לענישה היא האמצעי שמחזק יותר מכל את כוחה של התביעה לשלוט בעונש המוטל. ניתן לנקוט במספר אמצעים שיקטינו את החשש מפני החמרה זו. כך, רצוי לקבוע, כפי שהציעה וועדת גולדברג, כי מאסר בפועל יינתן רק באין עונש הולם אחר.[93] כן ניתן לקבוע בחוק כי הוועדה לקביעת עונשי המוצא תהיה חייבת להתחשב בנוהגי הענישה המקובלים כיום וככלל יהא עליה להימנע מלקבוע עונשי מוצא כבדים מהעונשים המקובלים. אין לכחד כי הנחיה כזו היא בעייתית שכן גם השיקולים שיילקחו בחשבון בעת בדיקת רמת הענישה המקובלת עשויים להשפיע על ההנחיות.[94] עם זאת, הנחיה כזו לפחות תחייב בחינה כלשהי של רמת הענישה הקיימת ותקטין את החשש שההחלטה המנותקת ממקרה ספציפי תוביל באופן שיטתי להחמרה בענישה. בנוסף החוק יכול להנחות את הוועדה לשקול גם את הצורך שלא להגדיל את אוכלוסיית האסירים. הנחיה מעין זו במינסוטה ובמדינות נוספות אחרות סייעה לצמצם את החשש מהחמרת יתר.[95]

---

[92] ראו Standen, לעיל ה"ש 40, 1537.

[93] ראו לעיל הע"ש 65 והטקסט לה.

[94] לעניין ההבדל בין הנחיות דיסקריפטיביות והנחיות נורמטיביות ראו רות קנאי " הנחיות לשופט" , לעיל ה"ש 19 , בעמ' 245-252.

[95] Frase, לעיל ה"ש 1,בעמ' 1205.

כמו כן ניתן לצמצם את החשש מהחמרה אם תובטח לוועדה עצמאות רבה ככל האפשר מפני התערבות של המחוקק בענישה. הניסיון האמריקאי מלמד כי התערבות הקונגרס בהנחיות לגזירת הדין הייתה כמעט תמיד בכיוון של החמרת העונשים וחיזוק עמדת המיקוח של התביעה. נדיר שנוצר לחץ ציבורי או פוליטי להקלה בענישה. גם בארץ ניתן לראות מגמה ברורה, אף אם ראשונית יותר, של ניסיונות התערבות של המחוקק בשיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין באמצעות עונשי מינימום.[96]

אימוץ עונשי מוצא עלול ליצור לחצים פוליטיים להחמרה בענישה, גם אם עונשים אלו רק ישקפו מדיניות ענישה קיימת. הסיבה לכך נעוצה במרכיבים הגלויים והסמויים של עונשי המוצא. כיום, גזרי הדין של בתי המשפט לא מגיעים, במרבית המקרים, לידיעת הציבור. גם באותם מקרים בהם גזרי הדין מתפרסמים, המידע מגיע יחד עם מאפייני המקרה והנאשם, כך שהציבור יכול להזדהות עם המרכיבים האינדיבידואלים שהובילו את בית המשפט להימנע מהחמרה. כאשר יקבעו עונשי מוצא, הציבור יקבל מידע מלא וברור בדבר העונש שיוטל במקרה של עבירה טיפוסית, בלא לשמוע דבר על נאשם ספציפי ומאפייניו. כאשר העונש נגיש כך לציבור, אך המאפיינים של העבירה והנאשם נגישים הרבה פחות, יש נטייה חזקה לראות בעונש המקובל כמקל יתר על המידה. התוצאה היא שהענישה הקבועה בעונשי המוצא עלולה להיראות מקילה יתר על המידה, גם בעיני מי שהיו מסכימים איתה לו היו מכירים את פרטי העבירות והנאשמים עליהם מוטל עונש המוצא בפועל. מסיבה זו הנחיות לענישה עלולות לגרור לחצים ציבוריים ופוליטיים להחמרה במדיניות הענישה. הצלחתם של לחצים אלו והחמרה בעונשי המוצא, לא בהכרח תביא להחמרה ברמת הענישה שכן השלכתה צפויה בעיקר להעביר לתביעה את הכוח לקבוע את מידת ההקלה בעונש. מטעם זה, יש לעודד התייחסות מעין שיפוטית לוועדה כדי לעודד את המחוקק לנהוג בריסון הדומה לזה הנוהג כלפי שינוי תוצאת פסקי דין בחקיקה, ולהימנע מלשנות את החלטותיה של הוועדה באמצעות חקיקה.

אמצעי שלישי שניתן לנקוט כדי לתקן את חוסר האיזון שיוצרות ההנחיות בכוחותיהם של בית המשפט והתביעה, הוא לחייב הוצאת הנחיות גם לתביעה. הנחיות כאלו יכולות להיות מסוגים שונים. כך, התובעים הכלליים של ארצות הברית הוציאו מידי מספר שנים הנחיות המחייבות את התובעים להעמיד נאשמים לדין באישומים החמורים ביותר להם יש בסיס ראייתי ולהימנע

---

[96] בשנים האחרונות התקבלו בכנסת מספר הצעות חוק שקבעו עונשים מזעריים לעבירות שונות, לרוב עבירות אלימות במשפחה ועבירות מין. ראו סעיפים 329(ב) ו-(ג) ו-355 לחוק העונשין, תשל"ז-1977. מהדיונים בהצעת החוק עולה כי מטרת ההוראות היתה לחייב את בתי המשפט לנקוט בגישה מחמירה יותר. ראו דברי ח"כ יעל דיין שהציגה את אחת מהצעות החוק בנושא בדיון בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 55), (החלת עונש מזערי בחבלה בכוונה מחמירה של בן משפחה), התש"ס-2000 רשומות (הצעות חוק, חוב' 2839), שפורסם בד"כ 15, 4316 (תש"ס) ("..מה פירוש הדבר? פירוש הדבר שהנורמה שלנו היא נורמה גבוהה יותר מאשר מוכחת לנו על ידי בית המשפט המחוזי. אלא שאנחנו צריכים את הטרטור הכפול ואנחנו צריכים את משך הזמן כדי שקודם כול שופט רחום וחנון ישפוט לקולא, ואחר כך זה יגיע לעליון, ואחר כך תהיה החמרה. מובן שאין צורך בזה, אם מראש יהיה עונש.."). ראו גם דברי ח"כ דיין בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 51), תש"נח-1998, (קריאה שנייה וקריאה שלישית), שפורסמו בד"כ 34, 9164 (תשנ"ח) ("...המערכת כולה איננה מענישה, איננה מרתיעה, וההצטברות הנוראה של שפיטה וגזרי-דין לקולא יצרה מצב שהפך להיות בלתי אפשרי .. ")

מהסדרי טיעון על הנסיבות לחומרה ולקולא, העלולים לסייע בעקיפת ההנחיות.[97] אולם הנחיות אלו כשלו בהשגת התוצאה, לאור החריגים הקבועים בהם ובהעדר מנגנוני פיקוח ובקרה.[98] בניו ג׳רסי כפה בית המשפט על התביעה להוציא הנחיות מפורטות יותר, ועמידת התביעה בהנחיות נתונה לביקורת שיפוטית.[99] בהולנד, התביעה בהציעה עסקאות, ובית המשפט בהטילו עונשים, פועלים על פי אותן הנחיות הקובעות רמת ענישה לעבירות שונות לפי מאפיינים שונים.[100]

אולם כאן כדאי לסייג המלצה אחרונה זו. פיקוח על שיקול דעתה של התביעה במערכת האדברסרית לרוב אינו אפקטיבי. יש הטוענים, במידה רבה של צדק, שהוא נדון לכישלון.[101] הקושי לפקח על התביעה נובע מהליך קבלת ההחלטות שלה, אשר נעשה מאחורי דלתיים סגורות, מהקושי להגדיר כללים ברורים ופשוטים להפעלה שיצמצמו משמעותית את שיקול הדעת ומכך שלא אחת אין אף גורם מעוניין בעל מידע היכול לתקוף את החלטותיה, בייחוד החלטות המקלות עם נאשמים במסגרת הסדרי טיעון. פיקוח מלא על שיקול דעתה של התביעה יחייב גם משאבים רבים שכן כל החלטה של התביעה שתותקף תחייב התדיינות והנמקה שתאריך את ההליך הפלילי, תטיל מעמסה נוספת על התביעה ובית המשפט ולכן תלחץ אותם להגדיל עוד יותר את שיעור הסדרי הטיעון. לאור האפקטיביות המוגבלת של מערך פיקוח כזה ספק רב אם עלותו הגדולה מוצדקת.

יהא אשר יהא הפתרון לחוסר האחידות בענישה והשרירותיות, התעלמות מהסדרי טיעון אינה יכולה להיות הפתרון. בהעדר פתרון אחר, עדיף לוותר לחלוטין על השימוש בעונשי מוצא. הצעת החוק הקובעת את השיקולים האמורים להנחות את בית המשפט, יכולה לעמוד כשלעצמה גם בלי שיקבעו לעבירות עונשי מוצא. בלא פתרון מספק להסדרי הטיעון, כל ניסיון להגדיל את הוודאות והאחידות בגזירת הדין נדון לכישלון.

סוף

---

[97] ההנחיות האחרונות הוצאו על ידי התובע הכללי אשקרופט. ראו John Ashcroft, *Justice Department Policy Concerning Charging Criminal Offenses, Disposition of Charges and Sentencing*, memo issued (U.S. Dep't of Justice Sept. 29, 2003)

[98] ראו Miller, לעיל ה״ש 49,בעמ׳ 1257.

[99] ראו Ronald F. Wright, *Sentencing Commissions as Provocateurs of Prosecutorial Self-Regulation*, 105 COLUM. L. REV. 1010,1035-6 (2005).

[100] ראו אורן גזל-אייל, ״הסדרי ענישה״ (טרם פורסם).

[101] Standen, לעיל ה״ש 40, 1521-1528. ראו גם ראו David Boerner & Roxanne Lieb, Sentencing Reform in the Other Washington, 28 CRIME & JUST. 71, 82 (הנחיות שאינן מחייבות לא מסייעות בצמצום פערי הענישה כי הציות להן מצומצם).