

ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא

אורן גזל-אייל ורותי לזר*

תקציר

הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה מביאה עימה חידוש שעניינו עונשי מוצא. על פי החוק המוצע, תקום ועדה ציבורית שתקבע מהו העונש ההולם לעבירות שונות, כאשר הן מבוצעות בנסיבות הטיפוסיות. עונשי מוצא נועדו לקדם את האחידות בין גזרי הדין במקרים דומים ולצמצם את המרכיב השרירותי והאקראי בענישה.

אולם המעבר מקביעה מבוזרת של רמות הענישה, באמצעות החלטות שיפוטיות, לקביעה ריכוזית יותר, הנסמכת על ועדה מרכזית צפוי להוביל להעלאה של רמות הענישה הנוהגות, אף שלא זו היתה מטרת מציעי החוק. בהסדר המוצע, הן הניתוק בין ההכרעה על רמות הענישה לבין המקרה של כל נאשם אינדיווידואלי, והן הגידול בהשפעה של פוליטיקאים על מדיניות הענישה, יובילו לקביעת עונשים כבדים יותר, ובייחוד להגדלת השימוש במאסרים ממושכים. ניסיונות דומים בעולם מאששים חשש זה, והתבטאויות המעורבים בהליך החקיקה נותנים לכך חיזוק נוסף. בניגוד לתפיסה המקובלת, החמרת רמות הענישה לא צפויה לקדם משמעותית את הרתעת מערכת המשפט הפלילית ולא תסייע במלחמה בפשיעה.

חשוב מכך, עונשי המוצא לא יצליחו לצמצם את השונות והשרירות בענישה. אמנם, יתכן שהשונות בין ההכרעות השיפוטיות תקטן, אולם כוחה של התביעה להשפיע על העונש בכל מקרה יגדל גם הוא. כיוון שהתביעה אינה כפופה להבניית שיקול הדעת, ואינה מחוייבת לקיים הליך פומבי, לנמק את החלטותיה או להעמידן לערעור, העברת הכוח לתביעה עלולה להגדיל את חוסר האחידות והשרירות בענישה. מגוון האפשרויות של התביעה בהסדרי טיעון יגדל, וכיוון שהכוח להציע הסדרי טיעון נתון בלעדית בידי התביעה, כוחה של התביעה יגדל. המאמר סוקר מחקרים שבוצעו בישראל ובמקומות אחרים המאשרים את המסקנה שהבניית שיקול הדעת השיפוטי מעבירה כוח לתובעים ולא בהכרח מקדמת את האחידות.

על מנת לצמצם את ההשלכות השליליות של אימוץ עונשי המוצא מוצעים במאמר מספר תיקונים שיתמודדו עם החששות המועלים במאמר, ביניהם ניתוק ועדת המומחים לקביעת עונשי מוצא ממעורבות פוליטית, הנחיית הוועדה להתחשב בשיעורי הכליאה ובתקניה, וקביעת הוראה כי מאסר הינו חלופה עונשית אחרונה.

* הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתנו נתונה לרועי בן ארי, יעל יודוביץ, רעות כהן, והדס לביא שסייעו בידינו באיסוף החומר והנתונים הרבים במאמר. תודה מיוחדת לחן אבידוב על הערותיו המועילות והעזרה הרבה במחקר.

תוכן

3	מבוא	א.
5	על תכלית החוק	ב.
6	החמרה בענישה – כיצד היא תתרחש	ג.
7	הפוליטיקה של רמת הענישה	1.
12	השינויים בהצעת החוק	2.
14	שינוי אופי הליך גזירת הדין	3.
16	השפעת עונשי המוצא על גזירת הדין	4.
19	עונשי מוצא: החמרה, ודאות ושיקול דעת	ד.
19	על החמרה והרתעה	1.
22	החמרה, ודאות ושיקול הדעת התביעתי בענישה	2.
35	מחשבות לעתיד	ה.
40	סיכום	ו.

א. מבוא

אחד החידושים המרכזיים בהצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה¹ הינו הקמת הועדה לקביעת עונשי מוצא. על פי החוק המוצע, תקום ועדה ציבורית שתקבע מהו העונש ההולם לעבירות שונות, כאשר הן מבוצעות בנסיבות הטיפוסיות (או, בלשון ההצעה, בנסיבות שאינן חריגות לקולה או לחומרה).²

כיום נדרש בית המשפט לקבוע את העונש בלא כל הכוונה חקיקתית, למעט זו הנובעת מהעונש המרבי שבצד העבירה.³ לאחר שיקבעו עונשי מוצא על פי החוק המוצע ייהנה בית המשפט מהכוונה טובה בהרבה. ביודעו מה העונש המתאים למקרה הטיפוסי של העבירה, כל שיהא על בית המשפט להחליט הוא באיזו מידה (אם בכלל) נדרש הוא לסטות מנקודת מוצא זו לקולה או לחומרה, לאור נסיבותיו המיוחדות של המקרה או של הנאשם שבפניו.

עונשי מוצא אמורים להשיג מספר מטרות. ראשית, **אחידות**. באמצעות הכוונה אחידה של השופטים, עונשי המוצא אמורים להבטיח כי מקרים דומים יזכו לתגובה עונשית דומה ובהתאם הענישה של נאשמים שונים עם נסיבות דומות תהא שוויונית יותר. שנית, **צמצום השרירותיות**. ההכוונה שמעניקים עונשי המוצא תצמצם את מרחב שיקול הדעת השיפוטי, ולכן תקטין את מידת השרירותיות והאקראיות בענישה.⁴

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

¹ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח 241 (להלן: "החוק המוצע").

² שם, בסעיף 40ט.

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

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

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

הכוונת שיקול דעת שיפוטי, תפגע הן ביעילות מערכת המשפט הפלילית ככלי לצמצום העבריינות והן באינטרס המבוקש של התאמת העונש לחומרת העבירה.

בהמשך נראה כי, לא רק שההצעה תשיג תוצאה שאינה רצויה, היא כלל לא תשיג את המטרות לשמן היא הוצעה: קידום האחידות וצמצום שיקול הדעת. אמנם, סביר להניח שלעונשי המוצא תהיה השפעה על שיקול הדעת השיפוטי בענישה, אולם עונשי המוצא לא משפיעים ישירות על שיקול הדעת של התביעה. בעולם שבו הרוב המכריע של התיקים הפליליים החמורים מסתיימים לאחר הודאת הנאשם, לרוב בעקבות הסדר טיעון, השפעת התביעה על רמת הענישה גדולה מהשפעת בית המשפט. למעשה, ההחמרה ברמת הענישה, והיכולת הטובה יותר לצפות את גזר הדין השיפוטי, יובילו לגידול בכוחה של התביעה להשפיע על העונש, שיתבטא, בין היתר, בגידול בהסדרי טיעון. כיוון שהתביעה כלל לא כבולה (ולא יכולה להיות כבולה) לאמצעים להבניית שיקול הדעת השיפוטי, חיזוק השפעתה על גזר הדין, יוביל להרחבה של שיקול הדעת בגזר הדין. לחיזוק השפעתה של התביעה על רמת הענישה השלכות מזיקות נוספות בשל הליך קבלת ההחלטות בתביעה, אשר אינו גלוי ואינו נתון לאותה רמה של ביקורת ציבורית או משפטית כמו החלטות שיפוטיות.

המשך המאמר יערך באופן הבא: בפרק השני נדון ברקע להצעת החוק ובהצעה עצמה. במסגרת זו נעמוד בקצרה על המטרות שביקשה הוועדה להשיג באמצעות החוק המוצע ועונשי המוצא, ונתמקד ביחסה של הוועדה לאפשרות שההצעה תוביל להחמרה בענישה.

בפרק השלישי נראה כיצד נתפסה ההצעה על ידי כוחות פוליטיים שמטרתם להביא להחמרה בענישה. נראה גם כי אף ללא כוונה מפורשת כזו, עונשי מוצא יובילו להחמרה בענישה. בפרק זה נפליג גם אל מעבר לים וניעזר בניסיון של מדינות אחרות עם הבניית הענישה, שחלקו נרכש לאחר שוועדת גולדברג סיימה את תפקידה.

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

בפרק החמישי נציג אלטרנטיבות שתאפשרנה אימוץ עונשי מוצא תוך צמצום החששות האמורים. נראה כי אם תחזק עצמאותה של הוועדה לקביעת עונשי מוצא מהגורמים הפוליטיים, תחויב הוועדה לשקול את תקני הכליאה הקיימים בהחלטותיה והחוק יקבע כי מאסר הינו עונש של מוצא אחרון, יצומצם במידת מה החשש שעונשי המוצא יובילו להחמרה ברמת הענישה, ובדרך זו

יצומצמו גם החששות מחיזוק משמעותי בהשפעתה של התביעה על גזירת הדין. על חשבון כוחו השיפוטי של בית המשפט.

ב. על תכלית החוק

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

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

נקודה זו חשובה לציון בבואנו לדון בהשלכות של הצעת החוק ובייחוד בהשפעות האפשריות של עונשי מוצא על סוגיית ההחמרה בענישה. הוועדה לא שמה לה למטרה לקדם מדיניות של 'חוק וסדר' ולהחמיר בענישה אלא להשיג יתר אחידות ומניעת שרירותיות בגזירת דינם של נאשמים. למרות האמור, אנו סבורים, כפי שיפורט בפרק ג' להלן, כי בעקבות הבניית שיקול הדעת וקביעת עונשי מוצא כפי שנקבע בהצעת החוק, הענישה הפלילית במדינת ישראל תוחמר, זאת בניגוד גמור להלך הרוח שאפיין את הצעת הרוב בוועדת גולדברג.

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

⁶ שם, בעמ' 7 (פסקאות 1-3).

⁷ שם, בעמ' 8 (פסקה 5).

⁸ שם, בעמ' 10 (פסקה 9 לדעת הרוב).

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

¹⁰ שם.

¹¹ שם, בעמ' 121.

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

על מנת להדריך את בתי המשפט ביישום עקרון ההלימה הציעה הוועדה לקבוע עונשי מוצא אשר ישמשו כעוגן ענישתי בבוא בית המשפט לגזור דינו של נאשם. עונש המוצא יבטא את "העונש ההולם הן מבחינת מדיניות הענישה הנוהגת והן מבחינת מדיניות הענישה הראויה במקרה הטיפוסי, השכיח של העבירה".¹² עונש המוצא יהווה נקודת התחלה ממנה יוכל השופט היושב בדין לסטות לקולה או לחומרה, בהתאם לנסיבות המקרה. בעניין זה יודרך השופט על ידי נסיבות חובה ורשות, מחמירות ומקלות שנקבעו אף הן בדוח, אשר תדרכנה את השופט במרחב מתחם ההלימה ותאפשרנה לו להתאים את הענישה לנסיבות שבפניו. עוד המליצה הוועדה לקבוע עונשי מוצא מדורגים לעבירות המאופיינות בקשת סיטואציות מגוון.¹³

עיקרי המלצות הוועדה אומצו בהצעת חוק ממשלתית הנמצאת כעת בהליכי חקיקה לקראת הקריאה השניה והשלישית.¹⁴ אמנם בהצעת החוק הממשלתית אומצו מספר תיקונים להצעת הוועדה, אולם ניכר כי מטרותיה העיקריות של ההצעה בחלק העוסק בעונשי המוצא נותרו ללא שינוי – והן קידום האחידות וצמצום השרירותיות בגזרי הדין.

גם אנו סבורים כי חוק אשר יבטיח, או יציע כלים אשר יבטיחו אחידות ומניעת שרירותיות בענישה הינו חוק רצוי. אולם, כלים חקיקתיים אינם עומדים בפני עצמם ויש לבחון אותם באספקלריית ההליך הפלילי בו הם משתלבים. כפי שנראה בהמשך, עונשי המוצא לא יקדמו משמעותית את רמת האחידות בענישה ומנגד הם צפויים להביא להחמרה בענישה, והגברת השליטה של התביעה בהליך הפלילי.

ג. החמרה בענישה – כיצד היא תתרחש

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

¹² שם, בעמ' 14 (פיסקה 18 לדעת הרוב).

¹³ שם, בעמ' 15-14 (פסקאות 17-19 לדעת הרוב); למשל, הוועדה הציעה לקבוע עונשי מוצא שונים (מדורגים) לאינוס לפי סעיף 345(א) בהתאם ליחסי קירבה בין המתלוננת לנאשם, כאשר הכרות עם הנאשם ואי הכרות עמו ישפיעו על עונשי המוצא השונים. ניתן לחלוק על עמדת הוועדה לפיה מידת הקירבה של המתלוננת לנאשם צריכה לשמש שיקול בענישה במקרה של אונס אולם ישנן עבירות אחרות בהן תהיה הצדקה לעונשי מוצא מדורגים, למשל עבירת ההריגה (שם, בעמ' 15, פסקה 19 לדעת הרוב). אך פסקה 19 לדעת הרוב לא מציעה את נקודת המבט השנייה ("ניתן לחלוק...") ולא מציינת כלל את עבירת ההריגה

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

בחלקו הראשון של הפרק נראה כי בשונה מבתי משפט, יטו נבחר ציבור, ככלל, לפעול להחמרה בחומרת העונשים, ולכן צפויה המעורבות הפוליטית בניסוח החוק, בתיקונו לאורך השנים וביישומו להוביל להחמרה כזו. בהמשך נראה כי החשש האמור אינו מבוסס רק על התבוננות תיאורטית במאפייני התמריצים של נבחר ציבור, אלא גם על ההתבטאויות בפועל של השרים וחברי הכנסת המעורבים בהליך החקיקה. בחלקו השני נראה כי השינויים בין ההצעה הממשלתית להצעה המקורית של ועדת גולדברג חושפים גם הם את המגמה המבקשת להחמיר בענישה. בחלקו השלישי נראה כי גם בלא קשר לכוונות הפוליטיות של מנסחי החוק ובעלי התפקידים האמונים על ביצועו, הליך קביעת עונשי המוצא, המתאפיין בהחלטה ריכוזית המנותקת מנסיבותיו של מקרה קונקרטי, עלול להוביל להחמרה ברמות הענישה המקובלות.

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

1. הפוליטיקה של רמת הענישה

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

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

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

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

¹⁶ בנקודה זו ההצעה הממשלתית אימצה את עמדת ועדת גולדברג, ראו סעיף 40ט(ג) לחוק המוצע.

¹⁷ סעיף 40 לחוק המוצע.

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

ואכן, במרבית שיטות המשפט שאימצו הנחיות לענישה, הסמכות לקבוע את ההנחיות מצויה בידי נציבות או ועדה השייכות לרשות השופטת או מערכת נציגים מרשויות שונות, ובלא מעורבות של הרשות המחוקקת. כך, באנגליה, שייכת מועצת גזירת הדין לרשות השופטת, ומורכבת משמונה שופטים (judicial members) ושישה נציגים אחרים (non-judicial members).¹⁹ מטרת המבנה האמור היא להבטיח שקיפות ואחידות בענישה בלי לפגוע בעצמאות השיפוטית.²⁰ בדומה, בארצות הברית, נציבות גזירת הדין הפדראלית הינה חלק מהרשות השופטת. ניסיון לתקוף את חוקתיות המבנה האמור בארצות הברית, בטענה כי הסדר זה מהווה אצילה אסורה של סמכות חקיקה ראשית ופגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, נדחה. בית המשפט העליון של ארצות הברית קבע כי ההחלטה של הקונגרס ליצור גוף הקובע כללים לגזירת הדין ולמקמו ברשות השיפוטית חוקתית.²¹ יצויין כי לכאורה הקושי באצילת הסמכות לקבוע את ההסדרים משמעותי יותר בארצות הברית ובאנגליה מאשר בישראל. בארצות הברית, קבעה הנציבות כללים מפורטים לגזר דין אשר חייבו שופטים להטיל עונש בטווח מצומצם, ולא רק הבנו את שיקול דעתו. באנגליה, המועצה לגזירת הדין קובעת במסגרת ההנחיות את השיקולים לחומרה ולקולה שיש לשקול, בנוסף לעונש המוצא. למרות זאת, מדינות אלו המאמצות תפיסות דומות לשלנו בנושא עקרון החוקיות, מצאו לנכון להרחיק את האחריות למשימה מהמחוקק.

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

החשש שהחמרה בענישה תזכה תמיד לאהדה ציבורית אינו חשש בעלמא. מחקרים מראים כי הציבור ככלל סבור שהחמרה בענישה תקטין את ממדי הפשיעה.²² לפי מחקרים שנעשו בארה"ב, אנגליה וקנדה תפיסת הציבור את רמת הפשיעה מעידה כי ככלל סבור הציבור שהפשיעה מסלימה

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

¹⁹ ראו אתר המועצה www.sentencingcouncil.org.uk/index.htm.

²⁰ שם.

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

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

עם השנים, תפיסה שאינה תואמת את רמות הפשיעה ושיעוריה במציאות.²³ בדומה, מלמדים סקרים שנערכו בארה"ב, קנדה, אנגליה ואוסטרליה כי הציבור סבור שענישת בתי המשפט 'רחומה' מדי וכי יש להחמירה, למרות רפורמות במדיניות הענישה שהובילו להחמרה משמעותית ברמתה.²⁴ נראה, אם כך, כי התמיכה הציבורית בהחמרת היחס לפשיעה מנותקת במידה רבה מרפורמות חקיקתיות ומהנתונים על רמת הפשיעה.²⁵

אמנם גם בתי המשפט מושפעים מהלכי רוח ציבוריים. השפעה זו מתבטאת גם במדיניות הענישה. עם זאת, כאמור לעיל, לבתי המשפט עדיין יכולת לא מבוטלת לפסוק בניגוד להלכי רוח רגועים,²⁶ בעוד שמערכת התמריצים של פוליטיקאים מקשה עליהם לנהוג בדרך דומה. כנציגי ציבור, יבקשו הפוליטיקאים להשביע רצונותיו של הציבור שבחרם או למצער, לא להיות מוצגים כמי שנוהגים בניגוד לרחשי אותו ציבור.

למעשה, אחת ההצדקות לקיומה של מערכת משפט עצמאית טמונה בצורך בגוף שיוכל לאזן בין זכויות הפרט והאינטרס הציבורי, כפי שזה מפורש על ידי הרוב, בניגוד לעמדות הרוב. כך, תיאורית ההטיה המוסדית גורסת כי אנשים הנושאים במשרות שלטוניות יתנו משקל רב יותר לאינטרס ציבורי על חשבון חריות הפרט, גם אם הם מכירים בחשיבות של חריות אלו.²⁷ החשש של נושאי משרה שלטונית מפני פגיעה באינטרס הציבורי באמצעות מימוש זכויות יסוד יטה את הכף להעדפה של מדיניות המקדמת את האינטרס הציבורי, ובהתנגשות בין האחרון לזכויות יסוד האינטרס הציבורי יגבר. לשם כך, מוטלות החלטות מסוימות על בתי המשפט ולא על הרשויות הנבחרות.

יוצא איפה, שהלך רוח הקורא להחמרה בענישה ומבקר את הענישה הנוהגת כקלה ישפיע באופן ישיר על פוליטיקאים ומעצבי מדיניות. קשה עד בלתי אפשרי יהיה לפוליטיקאים להצדיק עונשי מוצא אשר ייתפסו על ידי הציבור כמקלים, והניסיון מלמד שכמעט כל רמת ענישה נתפסת כמקלה.²⁸ מטעם זה, העברת כוח לקביעת רמת הענישה ממערכת המשפט למערכת הפוליטית, צפויה להוביל להחמרה בענישה, מעבר למידה האופטימאלית.²⁹

²³ שם, בעמ' 22. למשל, ב-1974, 85% מהציבור הקנדי האמין ששיעורי הפשיעה בעליה. ב-1999, 83% מהמשיבים לסקר מטעם המדינה האמינו ששיעור הפשע יציב או בעליה, למרות ששיעורי הפשיעה היו בירידה שבע שנים ברציפות. באנגליה בשנת 1996 ו-1998 סקר גילה שרוב האנשים מאמינים ששיעורי הפשיעה בעליה מתמדת כבר שנתיים כאשר למעשה הייתה ירידה בשיעורי הפשיעה.

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

²⁵ שם, בעמ' 22.

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

²⁷ ראו אורן גזל-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות?" יפורסם במשפטים מא (2010) (בפרק ד. 3. (א) למאמר).

²⁸ ראו טקסט לה"ש 23 לעיל.

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

החשש שמעורבות פוליטית במדיניות הענישה תוביל להחמרה אינו נשען רק על ההנחה שהאוירה הציבורית כנגד ענישה הנתפסת מקלה תשפיע על פוליטיקאים. הוא נשען גם על בחינת עמדותיהם של הגורמים הפוליטיים אשר אמורים לקדם את הצעת החוק או להיות מעורבים במימוש החוק לכשיעבור. כך, בחינת התבטאויותיהם של חברי כנסת בנושא ענישה, ופעולותיהם בתחום מלמדות כי ככלל הם סבורים שרמת הענישה בישראל אינה מספקת ויש להחמירה. הדבר מתבטא, בין השאר, בקריאה לקביעת עונשי מינימום בעבירות שונות.³⁰ דוגמאות נוספות הינן הצעות חוק שונות שהונחו על שולחן הכנסת העוסקות בהחמרת ענישה לנאשמים שהורשו הרשעה חוזרת או הרשעה שלישית בעבירות חמורות או בעבירות אלימות קשה בהתאם.³¹

אינדיקציה טובה נוספת להחמרה הצפויה עקב מעורבות פוליטית ביישום ההצעה ניתן למצוא בהתבטאויות של הגורמים הפוליטיים המעורבים בהליך חקיקה באשר לתכלית ההצעה. למעשה, ההצעה נתפסת על ידי השרים וחברי הכנסת כחקיקה שנועדה להביא להחמרה בענישה. לעיתים ההחמרה בענישה מוצגת על ידי המעורבים כמטרת הצעת החוק (אף שעל פי ניסוחה, דברי ההסבר שלה כמו גם מקורותיה בוועדת גולדברג, זו בוודאי אינה מטרתה). כך, שר המשפטים דאז, חיים רמון, שהציג את הצעת החוק מטעם הממשלה בדיוני הכנסת לקראת הקריאה הראשונה הסביר כי ההצעה: "... תשים קץ גם לסלחנות מופרזת במקרי פשיעה חמורה. תפקיד הממשלה להגן על החברה הישראלית מאלימות הפושה בה ולהבהיר כי לעבריינות יש מחיר."³² גם ח"כ גדעון סער, בדיון בהצעת החוק, אמר: "המגמה הזאת [של קביעת עונשי מוצא – א.ג. ור.ל.], לפי דעתי, צריכה להביא, וטוב שהיא תביא, וזו לפי דעתי גם התחושה בציבור, להחמרה בענישה, ומצד שני – לאחידות בענישה."³³ ובהמשך, בדיון החגיגי שקיימה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת בפתחת הכנת ההצעה לקריאה שניה ושלישית, התמקד שר המשפטים פרופסור יעקב נאמן בתיאור הפשע הפושה במחוזותינו והצורך הדחוף להחמיר בענישה על מנת לטפל בפשיעה.³⁴ גם

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

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

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

³³ שם, בעמ' 1639.

³⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 124 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (21.12.2009) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2009-12-21.html. כך למשל, אמר שר המשפטים נאמן כי "לצערנו הרב, הפשע במדינת ישראל בכלל, והאלימות, הולכים וגוברים. אין יום בלא שאנחנו מתבשרים על עבירות

יו"ר הוועדה חבר הכנסת דוד רותם וכן השר לביטחון פנים יצחק אהרונוביץ' מיקדו דבריהם בפניה האלימים של החברה ובצורך לתת לכך מענה בדמות ענישה מחמירה.³⁵ המסר שנשלח מדיון חגיגי זה אשר פתח את הליך אישור הצעת החוק עסק בחשיבות החמרה בענישה על מנת לטפל בנגעי האלימות העכשוויים והיכולת של הצעת החוק להשיג זאת.³⁶ גם בדיוני העבודה המאוחרים יותר, הדגיש יושב ראש הוועדה את הצורך לקיים את רצון הציבור בענישה מחמירה.³⁷

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

חמורות, פשעים חמורים, בקרב בני משפחה, בין חברים, בין אזרחים שלוקחים את החוק לידם, ואף חמור מכך, הנגעה גם בבני הנוער, שהם דור העתיד שלנו במדינת ישראל. יש לראות בחומרה רבה את הגאות הגוברת והולכת של מעשי פשע, ובכלל זה מעשי האלימות בחברה בישראל. לנו ברור היום, יותר מתמיד, כי אם לא ננקוט מיד בצעדים חמורים, ובמהירות... הפשע ילך ויתגבר, ועלול לחדור כמעט לכל בית במדינת ישראל... אנו מקווים, כי קביעת עונשי המוצא וכן הבניית שיקול הדעת השיפוטי בכלל יביאו לרתיעה מביצוע מעשי פשע ולמיגור הפשע בישראל, כך שתושבי מדינת ישראל יחוו ביטחון בעת שהם מהלכים להנאתם ברחובות הערים, ובפרט בזמן שבו הם שוהים בבתיהם, ולא יחששו לפגיעה בגופם ובקניינם".

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

שם.³⁶

³⁷ באחד מדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט על הצעת החוק, בתשובה לחששות שהעלה פרופ' יורם שחר, לפיהם עונשי המוצא יקבעו על בסיס גישה הרתעתית ומחמירה השיב יו"ר הוועדה: "נעשים מחקרים על ירידת קרנו של בית המשפט בעיני הציבור. וחלק גדול מהמשיבים שם מצביעים על כך שבתי המשפט לא ממלאים את תפקידם כראוי, בין היתר משום שאנשים עוברים עבירות חמורות, כך זה נתפס, לפחות בעיני הציבור, ומקבלים עונשים מצחיקים. אני לא מדבר על עבירות מתוחכמות, על הלבנת הון או דברים מסוג זה, אני מדבר על עבירות של אלימות פשוטה - גניבת רכב וכל הדברים האלה. הציבור לא יכול להיות עם זה. הציבור מביע מורת רוח מההתנהלות הזאת. בתי המשפט לא קוראים מחקרים וסקרים, והציבור, שהוא הריבון במדינה הזאת, בא אל המחוקק ואומר לו: זה לא יכול להימשך. תקרא לזה נקמה, תקרא לזה גמול, תקרא לזה הרתעה, לא מעניין אותי איך אתה קורא לזה, אבל תעשה משהו שאני אדע שכאשר גנבו לי את האוטו, וכשכבר תפסו את הגנב, שהוא ישלם מחיר מסוים. יכול להיות שזה הרגש הנמוך ביותר שיש באדם, רגש הנקמה - נכנסת אלי הביתה, תקבל עונש. איך אני מחבר את מה שאמרת עם כלל הציבור? ... אני רוצה שהציבור ידע שהוא מקבל מה שהוא רוצה". ראו פרוטוקול ישיבה מס' 152 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (1.2.2010) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-02-01.html.

³⁸ ראו את דבריו של השר נאמן, כי "לתופעות אלו יש לשים גבולות ברורים, כך שאדם המועד לבצע עבירה, שהוגדרה כעבירה הנוגעת לתושבי מדינת ישראל, לשמירה על גופם ועל קניינם, יירתע מהעונש המוטל על עבירה זו. אותו עבריון מועד ידע מראש כי סיכוייו לקבל עונש הולם ומרתיע הם גבוהים ביותר". פרוטוקול ישיבה מס' 124 של ועדת החוקה חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (21.12.2009) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2009-12-21.html. ראו בדומה את התבטאותו של השר נאמן בראיון לגלי-צה"ל, בהציעו לקבוע עונשי מוצא עונשי מוצא לעבירות מין: "לתופעה חמורה זו יש לשים גבולות ברורים, כך שאדם שמוגדר כפוגע בחברה **יירתע מראש מעונש המוצא הקבוע בחוק על מה שיעשה**"[הדגשה שלנו, א.ג.א. ור.ל.], www.glz.co.il/NewsArticle.aspx?NewsId=56538. ראו גם דברי השר אהרונוביץ', לעיל ה"ש 35.

בית המשפט כשיקול מרכזי בענישה,³⁹ מוזכר בהצעה רק כשיקול שולי, מבין השיקולים שאינם קשורים בביצוע העבירה, ומטעם זה לא ניתן לסטות מעקרון ההלימה סטייה ניכרת על בסיס שיקול זה. במילים אחרות, בעוד שהשרים שקידמו את ההצעה ציינו את חשיבותה לקידום ההרתעה, הצעת החוק עצמה דווקא דוחקת את שיקול ההרתעה, שכיום מוקנה לו מקום מרכזי בין שיקולי הענישה, אל השוליים.⁴⁰

מהאמור לעיל עולה שהתמיכה הפוליטית בהצעה מניחה, אולי בשל חוסר הבנת פרטי ההצעה, כי ההצעה נועדה לקדם ענישה מרתיעה כדי להביא לצמצום הפשיעה.⁴¹ יחס זה צפוי להשפיע גם על רמת הענישה אליה ישאפו שר המשפטים וועדת החוקה, חוק ומשפט בהפעלת סמכותם על פי החוק המוצע.

נקודה נוספת הרלבנטית לדיון בפוליטיזציה של ההליך והשפעתה על החמרה בענישה בעקבות חקיקת ההנחיות הינה בולטותם של עונשי המוצא. תפיסתם של עונשי המוצא כמפתח להשגת אחידות בענישה עלולה לשמש פוליטיקאים אשר יבקשו להחמיר בעונשי המוצא במטרה להוכיח לציבור את יעילות מערכת אכיפת החוק. עונשי המוצא נתפסים כתיקון ושינוי הענישה הקיימת בחוק העונשין, התשל"ז-1977. גם אם הענישה המירבית לא תשתנה, הרי שבקביעת עונשי המוצא 'מרענן' המחוקק את הקוד הפלילי של מדינת ישראל בכך שהוא מגדיר לראשונה מהי ענישה הולמת (או הנתפסת כהולמת) בצד חלק גדול של העבירות, ענישה שתפקידה להנחות את בית המשפט בבואו לגזור דין. מאחר שעונשי המוצא הינם מרכיב שקל יחסית להתערב בו ולהשפיע עליו, הרי שעונשי המוצא ישמשו כלי חשוב בידי הפוליטיקאים.

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

2. השינויים בהצעת החוק

החשש מהחמרה גובר כאשר בוחנים את הצעת החוק הממשלתית בהשוואה להצעה המקורית של ועדת גולדברג. כפי שנראה מיד מרבית השינויים שנערכו במשרד המשפטים מכוונים להחמרה

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

⁴⁰ ראו החוק המוצע, סעיף 340 ג) (המבחיר כי אין לסטות סטייה ניכרת מהעונש ההולם בשל נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה) וסעיף 140(ה)2) (הקובע כי הרתעה כללית היא נסיבה לחומרה שאינה קשורה בביצוע העבירה).
⁴¹ לדיון בקשר בין החמרה בענישה ובין הרתעה, ראו להלן בפרק ד.

ישירה בענישה או לחיזוק המעורבות הפוליטית בקביעת עונשי המוצא, אשר תוביל בעקיפין להחמרה בענישה.

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

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

⁴² **ועדת גולדברג**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25 (סעיף 8(ב) לנוסח הצעת הרוב).

⁴³ יצויין כי החזרת סעיף 8(ב) להצעת החוק נדונה בדיוני הוועדה. למשל בדיון מיום 25/5/10 נתגבשה עמדה לפיה ינוסח סעיף מטרה שיהווה מעין סעיף דקלרטיבי ברוחו של סעיף 8(ב). ראו פרוטוקול ישיבה מס' 199 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (25.5.10) - http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-05-25-01.html

⁴⁴ **ועדת גולדברג**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 21 (סעיף 3 הקובע כי החמרה כזו אפשרית רק אם הנאשם הורשע שלוש פעמים לפחות בעבירות מאותו סוג בשבע השנים שקדמו להרשעה ורק כלפי רשימה סגורה של עבירות). בהצעה הממשלתית הוסרו שתי המגבלות והתנאי היחיד להחמרה האמורה הוא שבית המשפט סבור שהנאשם מסוכן לציבור לאור סוג העבירה ומועדו ועברו הפלילי. ראו סעיפים 40 ו-41(א) לחוק המוצע, ודברי ההסבר, שם, בעמ' 447-448.

⁴⁵ ראו סעיף 40(ד)(1) לחוק המוצע; סעיף 6(ג)(5) להצעה **בוועדת גולדברג**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 24, וכן רשימת העקרונות המנחים בקביעת חומרת העבירה של המוצעת לגזירת הדין באנגליה, Sentencing Guidelines Council, *Overarching Principles: Seriousness* (2004), www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/Seriousness_guideline.pdf, ובייחוד סעיף 1.25 הקובע את הגיל בין ארבעת הגורמים המצביעים על אחריות נמוכה יותר (יחד עם התגרות של הנפגע, הפרעה נפשית או ליקוי שכלי של הנאשם וחלק קטן של הנאשם בביצוע העבירה).
⁴⁶ ראו לעיל ה"ש 15.

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

3. שינוי אופי הליך גזירת הדין

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

החוק המוצע מורה לוועדה לקביעת עונשי המוצא לקבוע עונש ההולם את העבירה כשזו מבוצעת בנסיבות הטיפוסיות. הוועדה נדרשת לחשוב על העבירה במופשט מעברין ספציפי ונסיבות ספציפיות. במציאות, התמונה האנושית מורכבת, ובמקרים רבים פירוט נסיבותיה של עבירה גם חושף נקודות זכות של העברין וגם מבהיר את השפעתן של חולשות אנושיות טבעיות, שמי ששופט את אותו אדם יכול לגלות כלפיהן אמפתיה. מנגד, תיאור מופשט של עבירה מעלה בעיני השומע דמות אחידה שכל הידוע עליה הוא המעשה הרע שהיא ביצעה. גם מורכבות אופיו של העברין נעלמת בחשיבה מופשטת כזו. כמעט בכל אירוע, גם לעברין עומדות נקודות זכות או שחולשותיו האנושיות זוכות להבנה רבה יותר. טשטוש דמותו של הנאשם והיעלמות נסיבות חייו, אישיותו, משפחתו והשפעת העונש על חייו מהנתונים המשפיעים על עונש המוצא, יטו גם הם את הכף לקביעת עונשי מוצא מחמירים יותר מאלו שהיו נקבעים אם לנגד עיני מעצבי הענישה היתה עומדת דמות של נאשם כלשהו.⁴⁸

בהמשך, נראה כי ההחמרה בעונשי המוצא לא תתוקן לחלוטין באמצעות הסטיות והחריגות של בית המשפט מעונשים אלו.⁴⁹ אולם, מטרתנו בחלק זה להראות כי אכן ההחלטה המתקבלת במנותק מעברין ספציפי תגרור החמרה. אמנם, ישנם חריגים לכלל זה. כך, יתכנו מקרים שפורץ מסויים יעורר בקרב שופט אנטגוניזם גדול יותר מזה שמתקשר ל"פורץ" מופשט, ובעבירות בהן יש נפגע עבירה מידע קונקרטי על הנפגע עשוי להשפיע לחומרה. אולם, נראה כי השפעה זו מוגבלת לתיקים מסויימים. במיוחד, משקלו של היחס האמפטי לנפגע, כשיחס כזה קיים, מוגבל יותר ממשקל היחס לפוגע, מכיוון שהשיפוט המתבצע בהליך גזירת הדין הוא שיפוט מעשיו של הנאשם ולא הנפגע.

ואכן, מחקרים הראו כי ככל שאנשים מקבלים מידע מפורט יותר על מקרה פלילי וככל שחשופים ליותר פרטים על התיק, כך העונש שיקבעו כי הולם יהיה פחות חמור ופחות סטריאוטיפי.⁵⁰ לדוגמה, מחקר שבוצע בקנדה השווה תגובות לענישה של שתי קבוצות אנשים, כאשר הקבוצה הראשונה קראה בעיתון על עונש שניתן בגין תקיפה בעוד שלקבוצה השנייה ניתן סיכום של מסמכי בית המשפט לגבי אותו מקרה. לאחר הקריאה, שתי הקבוצות נשאלו לדעתן באשר לעונש שהוטל. 63% מצרכני המדיה חשבו שהעונש שהוטל הוא קל מדי. מנגד, יותר ממחצית מאלו שקראו את סיכומי ביהמ"ש, שהיו מפורטים יותר וסיפקו פרטים על הנאשם,

⁴⁸ ראו גם Michael Tonry, The Functions of Sentencing and Sentencing Reform, 58 Stan. L. Rev. 37, 45-6 (2005), המסביר כי גם אם האידיאולוגיה שהניעה את חקיקת ההנחיות בארה"ב לא קראה למלחמת חורמה בפשע ולמדיניות עונשית מחמירה, הרי שתעריף ענישתי יוצר הפרדה בין האדם לבין תהליך גזירת הדין ומצייר את הנאשם כחלק מתופעה חברתית מופשטת. באופן זה קל יותר לבתי המשפט להחמיר בענישה מאחר שאינם רואים מול עיניהם אינדיבידואל אלא תופעה.

⁴⁹ ראו חלק ג.4. להלן.

⁵⁰ Tonry, לעיל הערה 48, בעמ' 48.

הביעו עמדה שהעונש הוא חמור מדי.⁵¹ במחקר אחר התבקשו 116 שופטים מאילינוי וכמאתיים אזרחים שאינם שופטים, לגזור עונש בארבעה תיקים שנתוניהם הובאו בפניהם באמצעות צילום הליך הטיעונים לעונש והצגת המסמכים הרלבנטיים. בשניים מארבעת התיקים העונש הממוצע שקבעו הנבדקים שאינם שופטים היה קל יותר מזה שגזרו השופטים, ובשניים האחרים לא היה הבדל. זאת למרות שצינו 66% מהנבדקים שאינם שופטים שהשתתפו במחקר כי לדעתם שופטי אילינוי רחמניים מידי בעונשים שהם מטילים.⁵² מחקרים אלו, כמו גם רבים אחרים,⁵³ מלמדים כי החלטה על עונש המתקבלת במנותק מעבריו ידוע ונסיבות עבירה ידועות תהיה מחמירה יותר מההחלטה המתקבלת בהתבסס על מידע מלא. מכאן, ניתן ללמוד כי מכיוון שהוועדה לקביעת עונשי מוצא תידרש לקבל החלטות שאינן מתייחסות לאירוע ספציפי, או לנאש מסויים, היא צפויה להציע עונשים חמורים יותר מאלו שהיו נקבעים בהליכים פליליים רגילים כאשר הנאש עומד מול בית המשפט.

זאת ועוד, לפי הצעת החוק מושתת עונש המוצא בעיקר על התאמת העונש לעבירה ולא לאדם. אמנם גם מאפייני העבריון אמורים להשפיע על העונש בשלב השני, בעת גזירת הדין, כשבת המשפט מחליט באיזו מידה לסטות מעונש המוצא;⁵⁴ אולם, כפי שנראה בהמשך, צפויה ההשפעה של הנסיבות שאינן קשורות בעבירה לאחר שהצעת החוק תתקבל להיות קטנה יותר מהשפעת אותן נסיבות כיום, ועונש המוצא, שיקבע במנותק ממאפיינים אלו, יהיה בעל השפעה רבה.⁵⁵ לפיכך, ההסתמכות הגדולה על עונשי מוצא שנקבעים במנותק מהאינדיבידואל העומד לדין צפויה להוביל להחמרה ברמת הענישה.⁵⁶

במאמר מוסגר נציין כי הצעת החוק מחלישה עד מאוד את המשקל הניתן לאינדיבידואליזציה בענישה. כיום, עקרון יסוד בתורת הענישה של מערכת המשפט הישראלית הינו כי הענישה הפלילית הינה אינדיבידואלית, קרי ענישה פרסונאלית של כל נאשם ונאשם, על פי נסיבות העבירה הפרטניות ונסיבותיו האישיות של העבריון.⁵⁷ עונש המוצא המתייחס לנסיבות הטיפוסיות של העבירה, מרחיק את בית המשפט מגישה אינדיבידואלית זו. אמנם מתבקש בית המשפט להתאים את העונש ההולם לנסיבות העבירה והוא רשאי להתחשב גם בנסיבות העבריון, אולם התאמות אלו מוגבלות ביותר. ההצעה קובעת כי נסיבותיו האישיות של הנאשם (בשונה מהנסיבות

⁵¹ רוברטס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 30.

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

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

⁵⁴ סעיף 40 לחוק המוצע.

⁵⁵ ראו לעיל, פרק ג.2.

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

⁵⁷ בית המשפט העליון חזר חדשות לבקרים על עקרון זה בפסקותיו. ראו למשל, לאחרונה, דבריה של השופטת פרוקצ'יה בהחלטה על עיכוב ביצוע גזר דין במסגרת ע"פ 965/10 אגא נ' **מדינת ישראל** בפסקה 7 (פורסם בנבו, 24.2.2010): "גם בגדרה של מדיניות ענישה כללית לסוג עבירות מסוים, הענישה נותרת לעולם ענישה אינדיבידואלית, ובצד המדיניות הכללית, נשקלים היבטים אישיים מיוחדים לנאשם"; דבריו של השופט דנציגר בע"פ 3863/09 **מדינת ישראל נ' חסן** (פורסם בנבו, 10.11.2009): "על הענישה להיות אינדיבידואלית ולהביא בחשבון את נסיבותיו המיוחדות של המקרה הבא לפני בית המשפט" (שם, פסקה 9). עוד ראו: ע"פ 10/86 זגל נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מ(2) 769, 772 (1986) וכן רע"פ 3173/09 **פראגין נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 5.5.2009) (שם נקבע כי ענישה תעריפית אסורה וכי היא "ביטוי שכמובן לא יכירנו מקומו במערכת שיפוטית" מכיוון שהענישה חייבת להיות אינדיבידואלית).

הקשורות בביצוע העבירה) יכולות להצדיק רק סטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם. בכך, היא מגבילה מאוד את המשקל שניתן יהיה לתת לנסיבות האינדיבידואליות של כל נאשם. הענישה תהא פחות אינדיבידואלית, ודומה יותר לענישה תעריפית וקבועה מראש האסורה כיום.⁵⁸ בניגוד לשינויים אחרים שקבעה הצעת החוק, נראה כי המעבר מגישה אינדיבידואלית יותר לגישה הדוחקת את ההשלכות האישיות אל השוליים והשלכותיה לא נדונו בהרחבה בדוח ועדת גולדברג ובדברי ההסבר להצעה.

4. השפעת עונשי המוצא על גזירת הדין

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

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

ואכן, מחקרים שבחנו את תופעת העיגון וההתאמה הראו כי תופעה זו משפיעה גם על הליכים שיפוטיים, ובכלל זה על הליך גזירת הדין. כך, במחקר אחד, התבקשו הנבדקים, קבוצה של שופטים ותובעים גרמנים שהתקבצו במסגרת השתלמות שופטים, לגזור את דינו של נאשם שפרטי עניינו הובאו בפניהם בפירוט רב. כל הנבדקים קיבלו מידע זהה למעט בפרט אחד: למחצית מהנבדקים נאמר בשאלון כי בהפסקה שלאחר הטיעונים לעונש פנה אליהם עיתונאי ושאל אותם אם לדעתם העונש צריך להיות גבוה או נמוך משנת מאסר אחת. לחצי השני שאלת העיתונאי התייחסה לעונש של 3 שנים. לכל הנבדקים נאמר כי הם סירבו להתייחס לשאלת העיתונאי והשיחה הסתיימה במהירות. הם התבקשו לקבוע את העונש שהיו מטילים על הנאשם. העוגן (בדוגמה דן שנה ו-3 שנים) השפיע משמעותית: העונש הממוצע שהטילו הנבדקים שנשאלו על

⁵⁸ ענישה תעריפית הינה ענישה המוכתבת במידה רבה על ידי תעריף ענישה אחיד שנקבע לעבירה מסויימת, תוך הגבלת הסטייה מתעריף זה למקרים חריגים, ומתן משקל נמוך להבדלים בין עבריינים ובין נסיבות ביצוע העבירה. כך, בעניין פראגין, שם, טענו המבקשים כי בבית המשפט בבאר שבע נקבעה פרקטיקה של ענישה תעריפית של שלושה חודשי מאסר לעבירה של שהיה בלתי חוקית בישראל. ראו: עניין פראגין, בו נקבע כי הענישה חייבת להיות אינדיבידואלית וכי ענישה תעריפית הינה פסולה (ראו פסקה ט"ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין).

⁵⁹ כאמור הצעת החוק מפרטת נסיבות חובה ונסיבות רשות אשר בית המשפט ישקול אם מבקש לסטות מעונש המוצא לחומרה או לקולה. ראו החוק המוצע, סעיף 740 (שיקום), סעיף 740 (הגנה על שלום הציבור, סעיף 140 (נסיבות מקילות ונסיבות מחמירות) וסעיף 740 (הקובע שרשימת הנסיבות המקילות והמחמירות שבסעיף 140 איננה רשימה סגורה).

⁶⁰ ראו: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCI. ; Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Rational Choice and the Framing of Decisions* ; 1124, 1128-30 (1974) ; 59 J. Bus. 251 (1986).

שלוש שנות מאסר היה 33 חודשי מאסר ואילו הנשאלים שנשאלו על עונש של שנת מאסר אחת הטילו עונש של 25 חודשי מאסר בממוצע. בניסוי דומה נתבקשו הנבדקים, שופטים צעירים מגרמניה, לזרוק קוביה, כאשר המספר שיופיע עליה יקבע את העונש שביקש התובע להטיל על הנאשם. בדרך זו ניתן היה להבטיח שהנבדקים מבינים שהעונש המבוקש נקבע באקראי ולכן לא אמור להיות רלבנטי לעונש ההולם בתיק. גם כאן, קיבלו הנבדקים מידע מקיף ומלא על האירוע והנאשם, ונתבקשו לגזור את דינו; וגם כאן, השפיע העוגן המספרי שהוצב בפניהם – הפעם, בדמות בקשת התובע (שכאמור, נקבעה על ידי הקוביה שהנבדקים זרקו) – באופן מובהק על התוצאה.⁶¹

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

שנית, בקביעת עונשי מוצא יוצא בית המשפט מנקודת פתיחה אחידה לכל הנאשמים בעבירה מסוימת. העונש ההולם צריך להיקבע, על פי ההצעה, רק על פי עונש המוצא ומאפייני העבירה (ה"נסיבות... הקשורות בביצוע העבירה").⁶³ כפי שהראינו, מאפייני הנאשם, כגון: גילו, נסיבות חייו ונסיבותיו האישיות האחרות, יובאו בחשבון רק בשלב השני, כנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. למעמד השולי הניתן לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, השלכה על מידת הסטייה לקולה הצפויה מעונשי המוצא. כיום, משמשים מאפייני העבריין כשיקולים מרכזיים להקלה בדינם של נאשמים, על פי לשון ההנמקות בגזרי הדין.⁶⁴ על פי החוק המוצע, יזכו מאפיינים אלו

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

⁶² באופן תיאורטי ניתן לומר שגם עונשי מקסימום יכולים להוות עוגן ענישתי עבור בתי המשפט בהליך גזירת הדין. אולם בחינת המציאות הענישתית הנוהגת בישראל מראה כי עונשי המקסימום נפסקים לעיתים נדירות מאד וכמעט ואינם מוזכרים על ידי הצדדים בטיעונים לעונש. לפיכך הם אינם משמשים כלל נקודת ייחוס עבור בתי המשפט בבואם לפסוק את העונש. דוגמא מצוינת להשפעתם המשנית של עונשי המקסימום על הענישה הנוהגת ניתן למצוא במחקר של גול-אייל וקנאי, לעיל ה"ש **שגיא**! **הסימניה אינה מוגדרת**... בחינת נתוני המחקר מלמדת כי העונש הממוצע של 189 גזרי הדין בעבירת שוד חמור שנבחנו עמד על כשלוש שנות מאסר. העונש החמור ביותר שהוטל בגין עבירה זו (אם לא נלוו לה עבירות חמורות אחרות) עמד על 10 שנות מאסר. העונש השני בחומרתו עמד על 8 שנות מאסר. במילים אחרות, מבין קרוב למאתיים נאשמים בשוד חמור, אף לא אחד נדון לעונש העולה על מחצית העונש המירבי, והממוצע עמד על פחות מחמישית עונש זה. מבין התיקים בעבירות שוד שלא בנסיבות מחמירות, העונש המירבי שהוטל עמד על 5 שנות מאסר, בעוד שהעונש המירבי הקבוע בצד העבירה הוא 14 שנות מאסר. מכאן שהעונשים המרביים הקבועים בחוק אינם משמשים נקודת ייחוס אמיתית בהליך גזירת הדין. ראו גם **ועדת גולדברג**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 14: "עונש מוצא יבטא רק את העונש ההולם, הן מבחינת מדיניות הענישה הנוהגת והן מבחינת מדיניות הענישה הראויה, במקרה ה**טיפוסי**, השכיח, של העבירה. לא את המקרה החמור ביותר, אליו מכוון העונש המירבי, ולא את המקרה הקל".

⁶³ ראו סעיף 40 לחוק המוצע.

⁶⁴ לבחינת נכונות השערה זו, חיפשנו במאגר נבו את גזרי הדין שניתנו בעשרים הימים שקדמו למועד עריכת הבדיקה ב-27.7.2010. לאחר ניפוי הערעורים נבחנו 50 גזרי דין של בתי משפט השלום והמחוזי בעבירות שונות. בחנו בכל גזר דין באיזה הקשר (אם בכלל) הוזכרו נימוקים הקשורים לעבריין (כגון מצב משפחתי, מצב רפואי, גיל ומצב תעסוקתי/כלכלי) ובאיזה הקשר הוזכרו נימוקים הקשורים לעבירה (הנוק שנגרם ונימוקים אחרים הקשורים לעבירה וחומרתה), וכן את ההקשר בו הוזכר העבר הפלילי (אשר אמנם, כמו השיקולים הקשורים בעבריין, מהווה שיקול המאפשר רק סטייה מהעונש ההולם ולא התאמת העונש ההולם, אולם בשל האפשרות לחרוג מעונש זה בהתבסס על שיקולי הרחקה מן הציבור כשהעבר הפלילי משמעותי, הפרדנו את הבחינה של שיקול זה). הממצאים היו ברורים. השיקולים שאינם קשורים בעבירה, ואשר הצעת החוק מעניקה להם משקל מועט, הוזכרו כמעט תמיד כשיקולים לקולא (מתוך 8 הפעמים שהזכר המצב הרפואי של נאשם הוא הוזכר כשיקול לקולא ב-7 פעמים, בכל 22 הפעמים שהוזכר המצב האישי-משפחתי כשיקול לעונש, הוא הוזכר כשיקול לקולא, הגיל הוזכר כשיקול לקולא ב-16 מתוך 18 איזכורים, והמצב התעסוקתי או הכלכלי הוזכר כשיקול לקולא ב-5 מתוך 5 פעמים). מנגד, מאפייני העבירה והנוק הוזכרו כמעט תמיד כשיקול לחומרה (מאפייני העבירה וחומרתה הוזכרו כשיקול לחומרה, ב-41 מתוך 42 האיזכורים,

למעמד משני, ולא יהיה בהם כדי להצדיק סטייה ניכרת מהעונש ההולם (אשר, כאמור, נקבע על פי עונש המוצא והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה).

בנוסף, סביר כי תפתח בעבירות השכיחות יותר ובעלות נסיבות דומות ענישה אחידה ודומה וכך, 'יתקבעו' עונשי המוצא כענישה הקיימת והצפויה. זאת ועוד, לא ניתן להתעלם מהעובדה ששופטים רבים אינם מעוניינים בהפיכת פסקי דינם בערכאות הערעור. הסתמכות על עונש המוצא והגבלת הסטיות למה שהכרחי מהנסיבות, תקל על השופטים להציג גזר דין מבוסס משפטית, גם אם העונש ייתפס על ידם כחמור ולא הולם.

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

הניסיון במדינות שאימצו הנחיות לענישה כגון ארה"ב ואנגליה עם הבניית הענישה, שחלקו נרכש לאחר שוועדת גולדברג סיימה את תפקידה, מלמד כי חששות אלו שאנו מעלים אינם חששות בעלמא. מחקרים רבים מצביעים כי בשני העשורים וחצי שחלפו מעת חקיקת ההנחיות הפדראליות בארה"ב גדל שיעור האסירים בבתי הכלא בארה"ב באופן ניכר והוחמרה הענישה ביחס לתקופה שלפני חקיקת ההנחיות.⁶⁸ הגידול בשיעור הכליאה והחמרה בענישה רלבנטיים

והנזק שגרמה העבירה הוזכר לחומרה ב-20 מתוך 21 האזכורים). העבר הפלילי, שסיווגו כאמור קשה יותר, הוזכר 17 פעמים כשיקול לקולה ו-9 פעמים כשיקול לחומרה. יצוין כי יחסים אלו נשמרו גם כאשר צמצמנו את הבדיקה והתמקדנו רק בגורמים שברי היה מלשון ההחלטה כי השפיעו משמעותית על רמת הענישה (לעומת גורמים שרק הוזכרו ומידת השפעתם על העונש לא ברורה) (מצב משפחתי השפיע בבירור 4 פעמים ובכולם לקולה, מצב בריאותי השפיע פעם אחת לקולה, הגיל נראה כמשפיע פעם אחת לקולה ופעם אחת לחומרה, והתעסוקה נראתה כשיקול משפיע פעמיים לקולה. מנגד, מאפייני העבירה וחומרתה נראה כי השפיעו ב-28 מקרים לחומרה, ורק פעם אחת לקולה, והנזק הוזכר באופן המלמד על השפעה משמעותית לחומרה ב-10 מקרים ולקולה רק במקרה אחד). אף שהמדגם אינו מייצג, בשל אופן עריכתו, מדובר במגוון רחב של עבירות בערכאות שונות והתוצאות כה חד משמעיות עד כי אין להניח שהן מקריות. מכאן עולה כי הנסיבות הקשורות בעבירה, אשר בהצעה מקבלות מעמד בכורה, משמשות את בתי המשפט כשיקולים לחומרה, ואילו הנסיבות שאינן קשורות בעבירה, שמעמדן על פי ההצעה שולי, משמשות בדרך כלל כשיקולים לקולה, זאת למרות שהחוק כיום לא מבדיל בין נסיבות אלו לעניין העונש

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

⁶⁶ ראו United State Sentencing Commission, Final Report on the Impact of United States v. Booker on Federal Sentencing, p.46 (2006) available at http://www.ussc.gov/booker_report/Booker_Report.pdf

מעניין לציין שגם לפני בוקר וגם אחרי ההחלטה מרבית העונשים שמוטלים נקבעים בהתאם לקצה התחתון של רף הענישה הקבוע בהנחיות לאותה עבירה ונסיבות. ממצא זה עשוי ללמד שהשופטים סבורים שההנחיות מחמירות מידי (ולכן בוחרים בעונש הקל ביותר שההנחיות מתירות) אולם למרות שלאחר בוקר מותר להם גם לסטות כלפי מטה, הם נמנעים מכך, ונצמדים במידה רבה להנחיות.

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

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

במיוחד למערכת הענישה הפדראלית, שם ההנחיות קשורות ומפורטות יותר, אולם תהליך זה לא פסח גם על המדינות השונות.⁶⁹

יצוין כי בשל השוני בין סוגי ההנחיות במדינות השונות בארצות הברית, ישנן שיטות שבהן הוביל אימוץ ההנחיות לריסון מגמת העליה בשיעור הכליאה, מגמה שאפיינה בעשורים האחרונים את ארצות הברית כולה. אולם, נראה כי במדינות בהן הנציבות לגזירת הדין אינה מונחית, בחוק, להתחשב בעלויות מערך הכליאה בהנחיותיה, מובילות ההנחיות לגידול ברמת הכליאה.⁷⁰ לסיכום, הראינו בפרק זה כי אימוץ המנגנון הקבוע בחוק המוצע לקביעת עונשי מוצא צפוי להוביל להחמרה ברמת הענישה המוטלת בבתי המשפט בישראל, זאת בניגוד למטרות שעמדו בבסיס המלצות ועדת גולדברג. האם עלינו לראות תופעה צפויה זו באור שלילי בהכרח? ומה לתופעה זו ולעניין אחידות בגזירת הדין? לסוגיות אלו נפנה כעת.

ד. עונשי מוצא: החמרה, ודאות ושיקול דעת

כאמור בפרק ג' יובילו חקיקת עונשי מוצא והשימוש בהם להחמרת הענישה. כפי שהראינו לעיל, סבורים שרי המשפטים שקידמו את החוק ורבים מחברי הכנסת שתמכו בו כי החמרה זו חיונית לקידום ההרתעה, זאת למרות שההצעה אינה בנויה סביב אלמנט ההרתעה אלא מתמקדת בעקרון ההלימה. בפרק זה נדון בהשלכות של עונשי מוצא חמורים. בחלקו הראשון נראה כי החמרת העונשים אינה צפויה לסייע בקידום ההרתעה וצמצום הפשיעה. העלויות של החמרה זו גבוהות, ותועלתה בצמצום העבריינות קטנה, אם בכלל. בחלקו השני נתמקד בהשלכות של עונשי מוצא על שיקול הדעת בענישה. בחלק זה נראה כי עונשי המוצא עשויים לסייע בהבניית והכוונת שיקול הדעת השיפוטי, אולם הם ירחיבו את היקף שיקול הדעת של התביעה בקביעת העונש, ולכן לא יסייעו בצמצום שיקול הדעת בענישה. עונשי המוצא, בייחוד כאשר הם קובעים רף ענישה גבוה מהנוהג כיום, יגדילו משמעותית את כוחה של התביעה לקבוע את העונש שיוטל על הנאשמים, בהליך סגור, בלא חובת הנמקה ובלא כפיפות לביקורת שיפוטית או ציבורית אפקטיבית.

1. על החמרה והרתעה

נתחיל ראשית עם הקשר בין ענישה מחמירה והרתעה. הטענה המרכזית של המבקשים להחמיר את הענישה בישראל הינה הגידול המתמיד ברמת הפשיעה והצורך להחזיר את ההרתעה למערכת המשפט הפלילית.⁷¹ אלא שטענה זו נשענת על שתי הנחות מוטעות. ראשית, אין בסיס מוצק לטענה כי רמת הפשיעה בישראל עולה. למעשה, מחקרים שבוחנים את מספר התיקים הפליליים ביחס לאוכלוסיה, הן של חוקרים עצמאיים והן של משטרת ישראל, מלמדים דווקא על יציבות ואולי אף ירידה ברמות הפשיעה בישראל בשנים האחרונות.⁷² התחושה כאילו הפשיעה

⁶⁹ Nora V. Demleitner, *Smart Public Policy: Replacing Imprisonment with Targeted Nonprison Sentences* 69 *and Collateral Sanctions*, 58 Stan. L. Rev 339, 339-340 (2005) עם זאת שיעור הכליאה במדינות השונות לא גדל באופן משמעותי כמו במערכת הכליאה הפדראלית

⁷⁰ Sean Nicholson-Crotty, *The Impact of Sentencing Guidelines on State-Level Sanctions: An Analysis Over* 70 *Time*, 50 CRIME & DELINQUENCY 395, 401 (2004) (לאורך זמן, הנחיות לענישה שקושרות את הענישה למשאבי מערך הכליאה מסייעות לרסן את העלייה בשיעור הכליאה בעוד שהנחיות שאינן מתייחסות למשאבי הכליאה נוטות לגרום לעליה בשיעור הכליאה).

⁷¹ ראו לעיל, בפרק ב.1.

⁷² אריה רטנר וגדעון פישמן "דו"ח מחקר סופי ניתוח מיקרו ומאקרו של אלימות בישראל 1980-2007" (2009) (עותק מצוי ברשות הכותבים) (המחקר המסתמך על כלל תיקי האלימות שנפתחו במשטרה בשנים האמורות, ועל סקר נפגעי עבירות, מסיק כי ככלל, שיעורי העבריינות האלימה בישראל בירידה) את תמצית הנתונים ניתן למצוא באתר המשרד לבטחון פנים www.mops.gov.il/BP/NoViolenceCityProject/Kenes+Eilat/Lectures_Eilat2008/ArieRatner1.htm. ראו גם Arye Rattner And Gideon Fishman, *Crime and the Criminal Justice System in Israel-A Socio Historical*

הולכת וגוברת נוצרת במידה רבה נוכח שינוי אופי הסיקור התקשורתי של הפשיעה, הבלטת עבירות חריגות וחמורות בסיקור, ושימוש בפשיעה כסוג של "תוכנית ריאליטי" המאפשרת יצירת דרמה אמיתית בעלויות נמוכות יחסית.⁷³ כך, מחקר אחד הראה כי מספר הידיעות התקשורתיות העוסקות בפשיעה עלה בין שנת 1990 לשנת 2000 ב-133% בעיתון "הארץ" וב-51% בעיתון "ידיעות אחרונות".⁷⁴

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

חשוב מכך, ההערכה כי שימוש בעונשי מאסר ממושכים יותר יקדם את ההרתעה, אינה מבוססת מחקרית.⁷⁸ אכן, האינטואיציה הבסיסית היא כי שכלל שהעונש חמור יותר, כך הוא ירתיע יותר. התיאוריות התועלתניות והכלכליות לחקר הפשיעה מבוססות על ההנחה הבסיסית שהעברין עורך חישובי עלות תועלת פשוטים שבהן משך תקופת המאסר מהווה מרכיב מרכזי בשיקוליו.⁷⁹ אולם הקורפוס המחקרי העצום שבחן את הסוגיה חשף כי אינטואיציה זו מטעה. בעוד שהמיידידות של הסנקציה הפלילית והוודאות בהטלתה משפיעים ככל הנראה על רמת ההרתעה, הרי שלחומרת העונש, בעיקר כשמדובר בעונשי מאסר, אין השפעה כזו.⁸⁰ ניתן לומר בפשטות כי שינויים במשכם של עונשי המאסר (להבדיל משינויים בסיכויים להיתפס או להיאסר) אינם מקדמים את ההרתעה של מערכת המשפט הפלילית.⁸¹

Perspective, 13 J. QUAN. CRIM. 7, 7-28 (1997). נתונים דומים עולים גם מהדוחות השנתיים משטרת ישראל לשנים 2008-2001, www.police.gov.il/MEIDA_LAEZRACH/PIRSOMIM/Pages/statistika.aspx. כך, הנספח הסטטיסטי לדוח השנתי ל-2008 מצביע על ירידה עקבית במספר התיקים שנפתחו בשנים 1998-2008 (למעט השנים 2004-2003, בהן הייתה עליה חריגה), ראו דוח לשנת 2008, שם, בלוח מס' 2: פירוט תיקים לפי עבירות לאורך שנים, בעמ' 181 www.police.gov.il/meida_laezrach/pirsomim/Documents/police_2008.pdf.

⁷³ לסקירה מצוינת בנושא השפעת השינוי בסיקור התקשורתי על התפיסה הציבורית של רמות הפשיעה ראו דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: נקודת הראות הכלכלית" יפורסם בעיוני משפט לב (2010). ראו גם Robert Reiner, *Media-Made Criminality: The Representation of Crime in the Mass Media*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGY 302 (Mike Maguire, Rod Morgan & Robert Reiner eds., 2002).

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

⁷⁵ ראו רוברטס, לעיל ה"ש 22, בעמ' 21-22 הסוקרים מחקרים שנערכו בקנדה, ארה"ב, בריטניה ואוסטרליה המראים כי רוב מכריע בציבור מאמין ששיעורי הפשיעה מצויים בעליה גם בתקופות בהן הפשיעה היא בירידה.

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

⁷⁷ ראו שם, פרק 5, עמ' 76-92.

⁷⁸ ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 18, בעמ' 258.

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

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

⁸¹ ראו Anthony Doob & Cheryl Webster, *Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis*, 30 CRIME & JUST. 143, 173 (2003) (הסוקרים את המחקרים הקרימינולוגיים הרבים שנערכו בשלושים השנים האחרונות בתחום ומראים כי המסקנה המתחייבת מהם היא כי חומרת העונשים לא משפיעה על ההרתעה הכללית).

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

יתרה מכך, עונשי מאסר שאינם מלווים בשיקום וטיפול אפקטיביים במהלך תקופת הכליאה, עלולים להגביר את העבריינות. מרבית המחקרים שמצאו השפעה של סוג העונש על שיעורי המועדות, חשפו כי הסיכוי של נאשמים שנדונו למאסר לחזור ולבצע עבירות, גבוה יותר מהסיכוי של נאשמים שנדונו לעונשים קלים יותר, תוך שליטה ביתר הגורמים (כגון סוג העבירה, מאפייני הנאשם ועוד).⁸⁴ בדומה, מרבית המחקרים שמצאו קשר בין משך המאסר למועדות הראו כי הסיכוי שעבריין יחזור לביצוע העבירה גדול יותר ככל שהעונש שהוטל עליו גדול יותר, בניגוד לצפוי על פי תיאוריית ההרתעה.⁸⁵

אכן, יש קושי לקבל מסקנה המנוגדת כל כך לאינטואיציה. יש להניח כי אם היה מדובר רק במחקרים בודדים, או עשרות בודדות של מחקרים, היה עלינו להיזהר בהסתמכות על מסקנה זו. אולם, הספרות בנושא נשענת כבר על מאות מחקרים שנערכו בשיטות שונות ובמקומות שונים, ובכל זאת מסקנתם כמעט אחידה: בעוד שהגדלת הסיכויים להיתפס מסייעת כנראה בקידום ההרתעה של מערכת המשפט הפלילית, הרי שהחמרת עונשי המאסר המוטלים על מי שנתפס אינה מסייעת להרתעה.

למרות שידוע כיום כי כליאה ממושכת אינה מחזקת את ההרתעה, השיח המחקרי לעיל אינו מחלחל לשיח הציבורי. כך, ממשיכים קובעי המדיניות לפעול על פי ההנחה החברתית כי ענישה מחמירה תקדם הרתעה.⁸⁶ גם בתי המשפט ממשיכים להתייחס להרתעה כאחת המטרות המרכזיות של הענישה, ומזכירים אותה לא אחת כנימוק להחמרה בעונשי המאסר.⁸⁷ תפיסה

⁸² שוהם ואח' **עבירות ועונשים**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 124.

⁸³ ראו למשל: Edward A. Snyder, *The Effects of Higher Criminal Penalties On Antitrust Enforcement* 33 J. Law Econ. 439 (1990) (החמרה בענישה בידי הגבלים עסקיים הובילה, בין השאר, להרמת רף הראיות הדרושות להרשעה); Martha A. Myers, *Rule Departures and Making Law: Juries and their Verdicts*, 13 L. & Soc'y Rev. 781, 793-794 (1979) (בו הגיעה המחברת למסקנה, בין השאר, כי מושבעים נוטים יותר לזכות נאשמים בפשיעה חמורה (אשר בצידה בהתאם גם ענישה מחמירה), אך לא קיימת נטייה דומה כאשר הנזק הפיזי קל. היא מסבירה שנטיה זו יכולה להשתקף גם בדרישת רף הוכחה גבוה יותר בפשעים חמורים (מבחינת ה"קבלה" או ה"הסתפקות" של המושבעים כדי להרשיע ולא מבחינת דרישת החוק ששווה, כמובן, לכל עבירה ועבירה), הסבר נוסף נעוץ בנטייה במקרים רבים להעמיד לדין בגין מס' עבירות מתוך שאיפה להרשיע בפחותות מביניהן, נטייה העשויה להביא לזיכוי, כאמור.); Joanna Shepherd, *Blakely's Silver Lining: Sentencing Guidelines, Judicial Discretion*, 58 HASTINGS L. J. 533, 558-9 (2007) (המחבר עוסק בשיקול הדעת השיפוטי לאור הנחיות הענישה, ועומד, בין השאר, על האפשרות שיעדיף תובע לא להעמיד לדין או יחליטו מושבעים לזכות כאשר העונש בצד עבירה הוא חמור מדי מזה שלשיטתם ראוי לו העבריין לאור מסוכנותו. יש להדגיש כי במחקר זה, הדגש הינו על עונש חמור יותר מאשר ראוי לגזור על הנאשם בנסיבות המקרה, כאשר "כבולה" מערכת המשפט לגזור, ולא על עבירות חמורות או עונשים חמורים מעבר לרף מסוים). ראו גם טליה פישר "ענישה הסתברותית" יפורסם **בעיוני משפט** לב (2010).

⁸⁴ ראו שוהם ואח' **עבירות ועונשים**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 114-118. לסקירת מחקרים נוספים בתחום ראו LIN SONG & ROXANNE LIEB, RECIDIVISM: THE EFFECT OF INCARCERATION AND LENGTH OF TIME SERVED 4-5 (Washington State Institute for Public Policy, 1993).

⁸⁵ לסיכום ממצאים אמפיריים בסוגיה זו ראו MARTIN KILLIAS, PATRICE VILLETZ & ISABEL ZODER, THE EFFECTS OF CUSTODIAL VS. NON-CUSTODIAL SENTENCES ON RE-OFFENDING: A SYSTEMATIC REVIEW OF THE STATE OF KNOWLEDGE (Campbell Systematic Reviews, 2006), available at campbellcollaboration.org/lib/download/108/; ראו גם שוהם ואח' **עבירות ועונשים**, לעיל ה"ש 83, בעמ' 122-124. ראו גם SONG & LIEB, לעיל ה"ש 87, בעמ' 5-6.

⁸⁶ ראו פרק ב.1. לעיל.

⁸⁷ ראו פרשת **ליבוביץ**, לעיל ה"ש 39.

מוטעית זו, המשולבת עם הערכה שגויה בדבר עליה מתמדת בשיעורי הפשיעה, יוצרות אורה ציבורית ופוליטית התומכת בהחמרה מתמדת בענישה.

מן הצד השני אנו למדים על השלכות שליליות רבות של החמרה בענישה. ענישה מחמירה הינה יקרה. לפי נתוני שרות בתי הסוהר עלות הכליאה של אסיר הינה כ-100,000 ₪ לשנה.⁸⁸ בחמש השנים האחרונות, המספר הכולל של אסירים בבתי סוהר בישראל הכפיל את עצמו (מ-10,922 בשנת 2004 ל-22,725 בשנת 2009),⁸⁹ המדינה משקיעה, אם כן, מדי שנה מיליארדי שקלים בהחזקת אסירים. להשקעה הכספית האדירה בבתי סוהר ובאסירים עלויות חברתיות המתבטאות בהפניית משאבים מתקציבי חינוך, רווחה ותרבות לתקציבי כליאה.

בנוסף, ספרות מחקרית ענפה מצביעה על ההשלכות האישיות והחברתיות השליליות של מאסר. מחקרים מצביעים על אימוץ תרבות עבריינית ודפוסי התנהגות אנטי חברתית בשהות בכלא, דבר המוביל להזרתם של האסירים מהחברה עת הם משתחררים ממאסר והישנות ההתנהגות העבריינית.⁹⁰ עוד מצביעה הספרות על השפעות שליליות אישיות קשות, מעבר לאובדן החירות, המכוננות 'מכאובי מאסר' כדוגמת: אבדן האוטונומיה והשליטה, אבדן הביטחון האישי, הדחייה החברתית; התיוג החברתי השלילי; הניתוק מהמשפחה, מהחברים וממקום העבודה; החסכים החומריים והמיניים, החיים במחיצת אנשים זרים. השפעות אלו לא רק מקשות על שיקום האסיר עת משתחרר ממאסר ועל השתלבותו בחברה, אלא מהוות נתיב כמעט וודאי למועדות לפשיעה.⁹¹ חסרון נוסף להחמרה בענישה נוגע למקרים של הרשעות שווא. במקרים אלו, ככל שהענישה מחמירה יותר, גדל העוול שנגרם לפרט וגדלה הפגיעה באמון במערכת המשפט ובאמון שניתן בה.⁹²

2. החמרה, ודאות ושיקול הדעת התביעתי בענישה

(א) השפעת החמרה על שיקול הדעת התביעתי בענישה

בחלק הקודם הסברנו מדוע החמרה בענישה שתושג באמצעות עונשי המוצא לא תקדם את ההרתעה, והשלכותיה השליליות עלולות להיות משמעותיות יותר מהחיוביות. בחלק זה נחשוף כיצד המטרה המרכזית של עונשי המוצא – צמצום השרירותיות בהחלטות השיפוטיות – תסוכל גם היא. נראה כי דווקא משום שההחלטות השיפוטיות תאופיינה ביתר אחידות וודאות, הן תרחבנה את שליטת התביעה בעונש ואת מרחב שיקול הדעת שלה בהחלטות המשפיעות על

⁸⁸ באתר שירות בתי הסוהר מופיעה התייחסות לעלות החזקת אסיר בשנת 2002, והיא עמדה אז על כ-94,250 ₪ לשנה. ראו: אתר שירות בתי הסוהר, www.ips.gov.il/Shabas/QUESTIONS/מהי+עלות+החזקת+אסיר+בשנה+.html

⁸⁹ ראו: www.ips.gov.il/Shabas/TIPUL_PRISONER/Prisoners+Info/prisoners_no.htm

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

⁹¹ לעניין זה, ראוי לציין את הרשעות השווא, אשר גורמות את העוול הגדול ביותר לפרט מקום שמדובר בתיקים שהעונש בצידם הינו עונש מוות. בשל כך, ישנה ביקורת עמוקה בארצות הברית בנושא זה ואף הועלו הצעות לבטל את עונש המוות הן בשל מוחלטותו וחוסר האפשרות ל"תיקון" כאשר מתברר כי מדובר בהרשעה מוטעית, והן בשל חוסר האמינות שלו. ראו, למשל: Arnold H. Loewy, *The Death Penalty in a World Where the Innocent are Sometimes Convicted*, 41 TEX. TECH L. REV. 187 (2008); Michel L. Radelet, *The Role of the Innocent* *Argument in Contemporary Death Penalty Debates*, 41 TEX. TECH L. REV. 199 (2008). להרחבה, ראו את הסימפוזיון שפורסם בנושא ב-TULSA LAW REVIEW בשנת 2006: Lyn Entzeroth *Symposium: The Death Penalty and the Question of Actual Innocence* 42 TUL. L. REV. 205 (2006).

הענישה. כיוון שהעונשים, בעקבות עונשי המוצא, יהיו כבדים יותר מהעונשים הנוהגים כיום, מרחב ההשפעה של התביעה על הענישה יגדל עוד יותר. הרמת הרף הענישתי באמצעות קביעת עונשי המוצא תגדיל את המתחם הענישתי במסגרתו יכולה התביעה להציע הצעות 'טובות יותר' לנאשם במסגרת הסדר טיעון. עם אימוץ עונשי המוצא המחמירים חלק ניכר משיקול הדעת בענישה יועבר מבית המשפט – המקבל החלטות מנומקות, בהליך פומבי ובכפיפות לערעור – לתביעה, שהחלטותיה מתקבלות מאחורי דלתות סגורות, בלא נימוק ובלא כפיפות לערעור.

כדי להבין מדוע עונשי מוצא מחמירים יעבירו לתביעה את שיקול הדעת בענישה יש ראשית להציג את המנגנון הקיים כיום לריסון ובקרה על שיקול הדעת התביעתי. גם כיום לתביעה שיקול דעת רחב. התביעה מחליטה מתי לסגור תיק ומתי להגיש כתב אישום, היא בוחרת את האישומים שיוגשו ואת אלו שישארו מחוץ לכתב האישום, היא בוחרת את העדים והראיות שיוצגו, ולבסוף, חשוב לא פחות, את הטיעון לגזר הדין. כאשר נערך הסדר טיעון, וזה המצב ברוב המכריע של התיקים,⁹³ התביעה, תחת מעטה ההסכמה של הנאשם, מקבלת למעשה את ההחלטה הסופית בדבר תוצאת ההליך, כאשר תחת מעטה האדברסריות, בית המשפט מנוע כמעט לחלוטין מלבקר את החלטתה. אמנם, בפסיקת בית המשפט העליון נקבע כי לבית המשפט הסמכות לבטל הסדר טיעון לעונש,⁹⁴ אולם ככלל, בהתקיים איזון בין טובת ההנאה שמעניק הסדר הטיעון לנאשם, לבין התועלת שיש בעונש המוצע במסגרת ההסדר לאינטרס הציבורי, ובהנחה כי התביעה פעלה בתקינות וכי אינטרס הציפייה של הנאשם, אשר הסתמך על הסדר הטיעון, לא נפגע, מונחה בית משפט לאשר את הסדרי הטיעון.⁹⁵ כפועל יוצא, כמעט כל הסדרי הטיעון מתקבלים בסופו של ההליך המשפטי.⁹⁶

זאת ועוד, יכולתו של בית המשפט לדחות או לשנות הסדרי טיעון, כפי שנקבעה בפסק דין פלוני אינה רלוונטית כשאנו מתייחסים להסדרי טיעון על האישומים. השליטה בכתב האישום,

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

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

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

⁹⁶ ואכן, מספר הסדרי הטיעון שנדחים זעום. במחקר שנעשה לאחרונה נבחנו כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שעסקו בערעור על החלטה של בית משפט מחוזי לדחות הסדר טיעון לעונש מאז הלכת פלוני (שנת 2002) ועד עריכת המחקר (שנת 2009). החוקרים מצאו רק 31 ערעורים כאלו, שעסקו ב-46 נאשמים. כיוון שבתקופה זו נדונו בבתי המשפט המחוזיים למעלה מעשרת אלפים תיקים פליליים (ראו מערכת בתי המשפט בישראל, דו"ח חצי שנתי 1.1.09-30.6.09. elyon1.court.gov.il/heb/haba/dochot/doc/1-6_2009.pdf), וכ-75% מהם הסתיימו בהסדר טיעון (ראו גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 93, בעמ' 115), וכיוון שסביר להניח שבמרבית המקרים בהם נדחו הסדרי טיעון, ערעור הנאשם על החלטה, עולה כי שיעור הדחיות עומד על פחות ממחצית האחוז מההסדרים. בחינת 31 הערעורים שנמצאו מלמדת כי בכ-65% מהם בוטלה החלטת בית המשפט המחוזי, ובית המשפט העליון אישר את גזר הדין שסוכם בין הצדדים בערכאה הדיונית. ראו אורלי אורן ושחר פישיין "ניתוח אמפירי של פסיקת בית המשפט העליון בערעורים על סטייה מהסדר טיעון – בעקבות ע"פ 1958/98 פלוני נ' **מדינת ישראל**" (עבודה סמינריונית, בהנחיית רונן פרי ואורן גזל-אייל, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת חיפה, 2009). משמעות הממצאים היא כי גם במקרים המעטים מאוד בהם דוחה הערכאה הדיונית את הסדר הטיעון, הסדר הטיעון יאושר בסופו של דבר בערכאה הערעור בסבירות גבוהה.

לפחות עד ההקראה, הינה בידי התביעה⁹⁷ וגם לאחר מכן, התביעה יכולה לשנות את האישומים המקוריים ולתקן סעיפי חוק ועובדות כאשר בית המשפט לא יתערב בהסדרים מסוג זה.⁹⁸ יוצא, איפה, שהימנעות בית המשפט מלהתערב בהסדרי טיעון על האישומים יוצרת שליטה משמעותית וכמעט בלעדית של התביעה על אופיו ותוכנו של כתב האישום. על שלב זה אין ביקורת אמיתית שכן הוא מתנהל תחת כנפי התביעה ונוכח מגבלות מידע של בית המשפט בדבר הראיות.

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

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

אם היתה התביעה תמיד מעוניינת בעונש החמור ביותר אותו היא יכולה להשיג בכפוף למגבלות המשאבים שלה, שיקול הדעת שלה היה טכני בעיקרו. במקרה כזה כל שהיה על התובעת לעשות הוא להעריך את העונש המירבי שהנאשם יסכים לקבל, בהסתמך על חומרת העבירה והראיות שבתיק, ולהציע לו את העונש האמור, תוך הפחתת מרווח הביטחון שנועד להבטיח כי מרבית הנאשמים אכן יקבלו את ההצעות. במקרה כזה, למרות שלתביעה שיקול דעת כמעט מוחלט בהחלטות על הסדרי טיעון, ההצעה שלה אינה משקפת את עמדתה העונשית אלא רק את הערכתה בדבר רמת הענישה הצפויה בהליך השיפוטי, והעונש המירבי לו יסכים הנאשם. הסדר

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

⁹⁸ המקרה המפורסם בו נתקף הסדר טיעון על האישומים תקיפה ישירה הינו בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 26.2.2008) (להלן: פרשת קצב). למרות השינוי המשמעותי בסעיפי האישום והמרתם בסעיפי אישום מקלים, קבע בית המשפט העליון קבע כי אין להתערב בהסדרי טיעון לאישומים. בנוסף, במחקר של אורן ופישביין, לעיל ה"ש 96, עלה כי רק ב-31 תיקים מאז החלטת פלוני דחה בית המשפט המחוזי הסדרי טיעון. לפסילת הרכב שופטים שביקר את החלטת התביעה להגיע להסדר על אישומים ראו ע"פ 3971/90 אסיס נ' השופטת ויקטוריה אוסטרובסקי, פ"ד מה(1) 661, 665-666 (1990).

הטיעון נערך בצל ההליך השיפוטי, ושיקול הדעת של התביעה בהליך זה הינו רק שיקול דעת טקטי, באשר לאופן שבו ניתן להשיג את העונש הכבד ביותר.⁹⁹

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

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

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

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

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

¹⁰⁰ חסין וקרמניצר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 546. וכן ראו גזל-איייל וקנאי, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

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

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

ואכן נתונים ראשוניים ממחקר שנערך בנושא בארץ נותנים אינדיקציה לגידול הצפוי בשליטת התביעה בעונש, עקב קיומן של הנחיות מחמירות לענישה. בפרשת **ח'טיב**¹⁰⁵ קבע בית המשפט העליון הנחיה לגבי רמת הענישה בעבירות של הלנה, הסעה והעסקה שלא כדין.¹⁰⁶ באותה החלטה נקבע כי יש לגזור על מי שהורשעו בעבירה זו עונש מאסר בפועל, אפילו אם זו הרשתם הראשונה, אלא אם מתקיימות נסיבות "יוצאות מגדר הרגיל". הנחיה זו, שרוככה במעט כעבור ארבע שנים בעניין **אבו-סאלם**,¹⁰⁷ שימשה כמעין עונש מוצא לעבירה הנדונה. בחינה של כאלף גזרי דין בעבירה מלמדת עד כמה הגדילה ההנחיה את ההשפעה של התביעה על העונש.¹⁰⁸ גם לפני פסק הדין בעניין **ח'טיב**, היתה קורלציה בין בקשת התביעה למאסר בפועל לבין הסיכוי שעונש כזה יוטל. מבין התיקים בהם התביעה ביקשה עונש שאינו כולל מאסר, בית המשפט הטיל מאסר רק על 0.4%

¹⁰¹ על פי ההצעה, בית המשפט אינו רשאי לסטות סטייה ניכרת מהעונש ההולם בשל עבר פלילי נקי. ראו סעיפים 40 (ג) לחוק המוצע (ההתחשבות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה מתירה רק סטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם) וסעיף 40(ד)(4) לחוק המוצע (עברו הפלילי הנקי של הנאשם והתנהגותו החיובית הינן נסיבות מקילות שאינן קשורות לביצוע העבירה).

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

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

¹⁰⁴ ראו ה"ש 96 לעיל, והסקסט הסמוך לה.

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

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

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

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

מהנאשמים. מבין אלו שהתביעה ביקשה שיאסרו, על 22.4% הוטל עונש מאסר. במילים אחרות, שיעור המאסרים בתיקים בהם ביקשה התביעה מאסר בפועל היה גדול בכ-20% משיעורם בתיקים בהם לא היתה בקשה כזו. הנתונים נותנים אינדיקציה לכך שהשפעת התביעה על העונש היתה מוגבלת. על הרוב המכריע של הנאשמים לא הוטל עונש מאסר, בין אם עונש כזה התבקש ובין אם לא.

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

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

הניתוח לעיל מלמד גם כי עונשי המוצא לא יוכלו לצמצם את השרירותיות בענישה ולקדם את האחידות, כאשר שיקול הדעת עובר מבית המשפט לתביעה. אם לפני קביעת עונשי המוצא עיקר החשש היה מפערים ביחס של שופטים לעבירות שונות, הרי שלאחר שיקבעו עונשי המוצא, חוסר האחידות ייווצר עקב השוני ביחס של תובעות שונות לנאשמים ולעבירה. מאחר שאם כיום חובת ההנמקה ומנגנון הערעור מסייעים בצמצום חוסר האחידות בענישה, כשהכוח יעבור לידי התביעה,

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

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

שאינה כפופה לערעור ואינה מחויבת לנמק את הסדרי הטיעון באופן גלוי, מנגנונים אלו יאבדו מכוחם.

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

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

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

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

¹¹² לפני הלכת ח'טיב, ביקשה התביעה מאסר בפועל (לריצוי בכליאה או בעבודות שירות) ב-30% מהתיקים (178 תיקים מתוך 422), מתוכם, רק ב-22.5% (40 תיקים) נענה בית המשפט לבקשה והטיל מאסר בפועל. כאשר התביעה לא ביקשה מאסר בפועל, בית המשפט נמנע כמעט תמיד מהטלת עונש זה (99.5% מבקשות התביעה לעונש שאינו כולל מאסר בפועל נענו, ורק ב-2 מקרים מתוך 422 הוטל מאסר בפועל למרות שלא הייתה בקשה מפורשת של התביעה). לאחר ח'טיב, התביעה ביקשה עונש מאסר ב-65% מהמקרים (328 תיקים מתוך 505), ב-73% מתוכם (240 תיקים) נענה בית המשפט לבקשה. בעוד שההיענות לבקשות התביעה למאסר גדלה משמעותית, לא היה שינוי ניכר ביחס למקרים בהם התביעה לא ביקשה מאסר (96% מבקשות התביעה לעונש שאינו כולל מאסר בפועל נענו, ורק ב-7 מקרים מתוך 177 הוטל מאסר בפועל למרות שלא הייתה בקשה מפורשת לכך מצד התביעה)

¹¹³ John Wooldredge & Timothy Griffin, *Displaced Discretion under Ohio Sentencing Guidelines*, 34 J. CRIM. JUST. 301 (2005) (שיעור הפחתות האישומים גדל מ-54% לפני ההנחיות ל-58% אחריהן).

¹¹⁴ John Wooldredge, Timothy Griffin & Fritz Rauschenberg, *(Un)anticipated Effects of Sentencing Reform on the Disparate Treatment of Defendants*, 39 L. & SOC. REV. 835, 850 (2005). (לאחר שנקבעו ההנחיות, הסדרי טיעון השפיעו יותר על סוג העונש שהוטל).

¹¹⁵ NEAL B. KOUDER & BRYAN J. OSTROM, STATE SENTENCING GUIDELINES: PROFILES AND CONTINUUM 20 (2008), available at www.pewtrusts.org/uploadedFiles/wwwpewtrustsorg/Reports/sentencing_and_corrections/NCSC%20Sentencing%20Guidelines%20profiles%20July%202008.pdf

¹¹⁶ לסקירה של מגוון מחקרים בנושא ראו Rodney L. Engen, *Assessing Determinate and Presumptive Sentencing – Making Research Relevant*, 8 CRIM. & PUB. POL. 323 (2009) (המסכם מחקרים אלו באומרו כי מחקרים שנערכו אחרי קביעת ההנחיות במדינות השונות ובשיטה הפדראלית מאששים את סבירותה של הטענה כי הכוח עבר לתביעה).

¹¹⁷ הדוגמה המובהקת ביותר לשימוש כזה בשיקול הדעת של התביעה הוא כאשר החוק קובע עונשי חובה, כמו למשל חקיקה הקובעת עונשי חובה לעבריינים חוזרים. מחקר בקליפורניה הראה אמפירית כיצד חקיקה שקבעה עונשי

(ב) ההשפעה של הוודאות על שיקול הדעת התביעתי בענישה

לא רק ההחמרה בענישה מגדילה את כוחה של התביעה. גם אם עונשי המוצא לא יובילו להחמרה בעונשים השיפוטיים, חקיקת עונשי המוצא מביאה עמה אלמנט חדש להליך השיפוטי – קשיחות רבה יותר בקביעת העונשים המוטלים בתום הליך שיפוטי. כך, כוחה של התביעה יגדל, אם העונש הצפוי אחרי משפט יהיה ברור יותר ונתון פחות לשיקול דעתו של השופט. בעולם שבו העונשים השיפוטיים קבועים מראש ובהתאם ניתנים להערכה בקלות רבה יותר, לתביעה יהיה קל לשלוט בענישה מכמה סיבות. ראשית, ככל ששיקול דעתם של השופטים מוגבל יותר, פערי ההערכות בין הצדדים מצטמצמים.¹¹⁹ כשפערי ההערכות קטנים, קל יותר לתביעה להבטיח כי נאשמים רבים יותר יסכימו גם להסדרים בהם ההקלה המוצעת בעונש קטנה יחסית. בדרך זו, התביעה תוכל להציע עונשים הקרובים יותר לעונש הצפוי בתום המשפט, בלי לחשוש שנאשמים רבים יסרבו להצעה.

מדוע השונות הקיימת בעונשים כיום, והקושי לצפות אותם בדיוק, מפחיתים מכוחה של התביעה? ראשית, כאשר קשה יותר לחזות את העונש, גם ההערכות של הנאשמים בדבר העונש הממוצע, תהיינה שונות זו מזו במידה רבה. כך, גם אם העונש הממוצע המוטל בגין עבירה מסויימת בנסיבות מסויימות הינו של שלוש שנות מאסר, הרי שנוכח פערי המידע והשונות בענישה יהיו נאשמים שיאמינו שעונשם יהיה רק שנה וחצי מאסר ואילו אחרים יחששו מעונש של ארבע וחצי שנים. מאחר שהתביעה רוצה בעריכת הסדרי טיעון עם מרבית הנאשמים, היא תציע הסדרים שיתקבלו גם על ידי הנאשמים האופטימיים, המאמינים שעונשם יהיה קל יחסית. אם לא תעשה כן, היא תיאלץ לנהל משפט מלא עם שיעור גדול מהנאשמים, דבר ממנו היא חייבת להימנע נוכח מגבלת המשאבים שלה. לפיכך, היא תתאים את הסדרי הטיעון לנאשמים האופטימיים, והעונש אותו היא תדרוש יהיה קרוב יותר לרף התחתון, כך ששיעור הנאשמים שידחו את הצעתה יהיה נמוך.

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

שנית, בתנאי אי-וודאות צפויים נאשמים לדרוש בהסדר עונשים הנמוכים משמעותית מהעונש הממוצע הצפוי בעניינם בשל אופטימיות יתר (over-optimism) והטייה בשירות העצמי (self

מאסר חובה על נאשמים בעבירת פשע שלישית במספר מדינות בארצות הברית, הובילה את התובעים להפחית את האישומים של רבים מהנאשמים הצפויים לעונשים אלו, לעבירות עוון שאינן כפופות לעונש החובה האמור. David Bjerck, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 J.L. & ECON. 591 (2005).

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

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

(serving bias). אופטימיות יתר עניינה בנטייה של אנשים להעריך את הסיכוי לתוצאות טובות כגובה מהצפוי, ולהפחית ממשקלם של סיכונים עתידיים. תופעה זו הינה תוצאה של נקודת המבט של אנשים על ההליך בו הם מעורבים.¹²⁰ אנשים נוטים להתעלם מסטטיסטיקות המתייחסות למקרים דומים וחלף זאת מתמקדים בניסיון להעריך התרחשויות עתידיות בהליך. בהתמקדות זו הם נוטים להערכת חסר של הסיכונים, והערכת יתר של הסיכויים שהדברים יתרחשו כפי שהם מעוניינים. לענייננו, יעריכו נאשמים כי מהלכיהם בהליך יצליחו, ויתנו משקל חסר לאפשרות שמהלכים נגדיים של התביעה אותם הם מתקשים לצפות יביאו להחמרה. מטעם זה הם יעריכו את סיכוייהם לזיכוי, לפחות חלקי,¹²¹ או לעונש קל כטובים יותר מהמוצע.¹²² לפיכך הם יסרבו להסדרי טיעון שאינם משקפים הקלה משמעותית יותר בעונש.

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

אם ייקבעו עונשי מוצא, ניתן יהיה להביאם לידיעת הנאשם ובדרך זו לצמצם משמעותית את ההשפעה של התופעות שפורטו לעיל. השונות בהערכת העונש של נאשמים בעבירה דומה תהיה קטנה באופן משמעותי, על רקע עונשי המוצא. בידיעה שהשופט מונחה על ידי עונשי המוצא, ההשפעה של ההטיות הפסיכולוגיות על הערכת התוצאה תקטן משמעותית. כאשר הערכות הנאשמים מרוכזות יותר סביב עונש המוצא, ולכן גם פחות מוטות לקולה, יכולה התביעה להציע עונשים כבדים יותר מבלי ששיעור ההיענות להצעותיה יפגע.

לכאורה הנאשמים רק ירוויחו מצמצום השפעת ההטיה הגורמת להם להערכת חסר של העונש במשפט. מי שיוזע להעריך טוב יותר את התוצאות של מעשיו מקבל בדרך כלל החלטות טובות יותר. אולם התייחסות כזו לתופעה מתעלמת מהשלכת הרוחב של הטעות. כיוון שחלק גדול מהנאשמים עשוי לסבור שהעונש הצפוי להם נמוך מהעונש האמיתי, וכיוון שהתביעה חייבת להגיע להסדר עם הרוב המכריע של הנאשמים, נוכח משאביה המוגבלים, הטעות המשותפת הזו של מרבית הנאשמים דווקא מגינה עליהם. בזכותה התביעה נאלצת להציע לנאשמים כולם עונשים קלים יותר, כדי שהם יסכימו לערך הסדרי טיעון. במילים אחרות, כשהנאשמים יודעים להעריך טוב יותר מה העונש הצפוי להם לאחר משפט, הם יסכימו לכל הצעה שבה עונש קל במעט

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

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

¹²² ראו דניאל כהנמן ודן לובלו "בחירות זהירות ותחזיות נועזות: נקודת מבט קוגניטיבית על נטילת סיכונים" **דניאל כהנמן ועמיתים – רציונליות הוגנות ואושר, מבחר מאמרים** 104, 117-122 (מיה בן הלל עורכת, 2005) (אנשים מעריכים סיכויים על בסיס ניסיון לחזות את הצפוי בעניינם במקום באמצעות התבוננות סטטיסטית על תוצאות במקרים דומים, והערכה זו לוקה באופטימיות יתר). ראו גם דניאל כהנמן ומרקו ריפי "היבטים בפסיכולוגיה של משקיעים", שם, בעמ' 281, 284-285 (אנשים נוטים להערכת יתר של ההסתברות לתוצאות טובות ולהערכת חסר של ההסתברות של תוצאות גרועות).

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

מעונש. התוצאה היא התביעה יכולה להשתמש בכוחה המונופוליסטי ולקבוע עונשים הקרובים מאוד לעונש הצפוי בתום הליך. מנגד, ממגבלות המידע וההטיות שנסקרו לעיל, מובילים את הנאשמים לדחות הצעות כאלו, מתוך הערכה (מוטעית) שעדיף להם לפנות למשפט. עבור כל נאשם בנפרד, דחיית ההצעה להסדר אולי מהווה טעות, אך מבחינת הנאשמים כקבוצה, צמצום הנכוונות להסדרים משפר את ההצעות אותן הם מקבלים ובכך מצמצם במעט את מעמדה המונופוליסטי של התביעה בהסדרים. מנגד, עונשי המוצא, שיצמצמו את שיעורם של טעויות ההערכה של הנאשמים, יובילו אותם להסכים להסדרים שאחרת היו נדחים, וכך יאפשרו לתביעה להקשיח את עמדתה בהסדרי הטיעון.

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

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

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

התוצאה היא כי מרחב האפשרויות של התביעה גדל. אם קודם לכן היא היתה מוגבלת, בפועל, להסדרים על שנתיים מאסר, כעת היא יכולה להגיע גם להסדרים של ארבע שנות מאסר. תובעות הסבורות כי שנתיים מאסר מספיקות, יציעו הסדר בהתאם (ובמידת הצורך יתאימו את העובדות והאישומים כדי שיתקבל ההסדר). אלו שמעוניינות בעונש של ארבע שנות מאסר – יוכלו

גם כן להשיג את מבוקשן; וכך גם לגבי תובעות שיבקשו להטיל כל עונש אחר עד ארבע שנות מאסר. למעשה, בדוגמה זו, כבילת השופטים שקולה, מבחינת הכוח שהיא מעבירה לתביעה, להחמרה של שנתיים מאסר ברמת הענישה.

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

אולם כאשר שיקול הדעת השיפוטי יושפע הרבה יותר מהאישומים והעובדות, התביעה, בעצם בחירת האישומים, תקבע במידה רבה גם את העונש. הסדר טיעון לאישומים משפיע על עונש המוצא שמוכתב לבית המשפט, ולכן משפיע על העונש יותר משלב הטיעונים לעונש. אם כיום זוכים מרבית הנאשמים להליך שיפוטי משמעותי, בו נשמעים טיעונים (לעונש) ומתקבלת החלטה מנומקת הנתונה לערעור, עונשי המוצא יהפכו גם את ההליך הזה לחשוב פחות, ואת שלב בחירת האישומים למשמעותי הרבה יותר בהשפעתו על העונש.¹²⁶ אם היום יש לתביעה אינטרס להותיר חלק מהמחלוקת (והאחריות) להחלטות בהליך בידי בית המשפט, לאחר שיקבעו עונשי המוצא, כל ההחלטות המשמעותיות יוסדרו בהסדר.

בנוסף גם בקביעת עקרון ההלימה כעקרון המנחה, מקטינה ההצעה את חשיבות שלב הטיעונים לעונש, ומחזקת את האישומים וניסוח כתב האישום. כך, כיישום של עקרון ההלימה, מבחינה הצעת החוק בין נסיבות הקשורות בעבירה לאלו שאינן קשורות בה. בקביעת העונש ההולם מונחה השופט להתייחס רק לעונש המוצא שנקבע לאישום שנבחר ולנסיבות הקשורות לעבירה. נסיבות שאינן קשורות בעבירה יכולות לבסס רק סטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם.¹²⁷ ההכרעה בדבר האישומים והנסיבות הקשורות בעבירה נעשית בדרך כלל בשלב בירור האשמה,¹²⁸

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

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

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

¹²⁷ ראו סעיף 140 (ג) לחוק המוצע.

¹²⁸ ברע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' נואורה (פורסם בנבו, 25.11.2007), קבע השופט רובינשטיין בדעת מיעוט כי חובה להוכיח נסיבות הקשורות לביצוע העבירה כבר בשלב בירור האשמה. השופט ארבל, שכתבה בשם הרוב, קבעה כי

שלב אשר כאמור לעיל מוחלף כיום במרבית המקרים בהודאת נאשם במסגרת הסדר או בלעדיו. מנגד, השפעתו של השלב בו מתקיים הליך שיפוטי בעל ערך – שלב הטיעונים לעונש – מצטמצמת. הטיעונים לעונש עשויים להוביל רק לסטיות שאינן ניכרות מהעונש ההולם. גם מטעם זה, השפעת התביעה על העונש גדלה, והשפעת בית המשפט קטנה.¹²⁹

ממצאי המחקר שבוצע לבקשת משרד המשפטים בהליך הכנת החוק מלמדים עד כמה גדולה שליטת התביעה באישומים.¹³⁰ כך, עולה מהמחקר כי מרבית הנאשמים שהורשעו בשוד, עבירה לפי סעיף 402(א) לחוק העונשין, הודו בעובדות המגבשות עבירה של שוד בנסיבות מחמירות לפי סעיף 402(ב) לחוק העונשין (דהיינו שוד שכלל אלימות, או שימוש בנשק או פעולה בחבורה). התביעה היא זו שהחליטה להסתפק בהרשעה בשוד רגיל באותם מקרים, ולדרוש הרשעה בשוד בנסיבות מחמירות במקרים אחרים. כיום להחלטה זו השפעה מוגבלת. שכן בתי המשפט יכולים להתאים את העונש לעובדות בהן הודה הנאשם. אמנם גם כיום, מגבילה הבחירה בעבירה הקלה יותר את העונש המירבי שבית המשפט רשאי להטיל, אולם כפי שהראינו לעיל,¹³¹ העונש המירבי אינו מהווה הגבלה פרקטית, וברוב המכריע של המקרים העונש המוטל נמוך אפילו ממחצית העונש המירבי. מנגד, לאחר שיקבעו עונשי מוצא שונים לשתי העבירות, להחלטה של התביעה תהיה השפעה גדולה בהרבה על רמת הענישה. בית המשפט יתחיל את הליך גזירת הדין מעונש שונה, וייעזר בעוגן ענישתי שונה, ולכן צפוי להגיע לתוצאה סופית שונה. יצוין כי ממצאי המחקר בעניין עבירות השוד, ממעיטים בהיקף התופעה שכן הם אינם כוללים מקרים בהם המירה התביעה את האישומים לעבירות אחרות שכוללות חלק מיסודות עבירת השוד בנסיבות מחמירות (כגון סחיטה בכוח, סחיטה באיומים, גניבה וכיו"ב), או שינתה את העובדות בכתב האישום כך שהנאשם לא הודה כלל בנסיבות המגבשות את העבירה החמורה יותר, אף שלתביעה היו ראיות לקיומן.

(ג) ההשלכות של הגדלת כוחה של התביעה

להגדלת כוחה של התביעה מספר השלכות שליליות. ראשית, נוכח הגדלת כוחה של התביעה, יכשלו עונשי המוצא בהשגת המטרה המרכזית לשמה הוצעו: צמצום השרירותיות וחוסר האחידות בענישה. גם אם יהיה בהם כדי להגדיל את האחידות בהחלטות השיפוטיות, תפעל ההרחבה בכוחה של התביעה בכיוון ההפוך, כפי שהוצג לעיל. הנתונים על השפעת ההנחיה שקבע בית המשפט העליון ביחס לענישה למסייעים לשוהים בלתי חוקיים מראים כיצד במקרים

"אין לשלול מן התביעה באופן גורף את האפשרות להביא ראיות המתייחסות לנסיבות מחמירות שאפפו את ביצוע העבירה - ושאינן קבועות בחוק - בשלב הטיעונים לעונש" אולם גם היא ציינה כי ככלל "ראוי שתמונת הראיות תתברר בעיקרה בשלב שלפני הכרעת הדין". לפיכך נראה כי ברוב המכריע של המקרים התביעה תבחר, בהתאם להנחיית בית המשפט העליון, להוכיח את נסיבות ביצוע העבירה בשלב בירור האשמה. כיוון שעל פי החוק המוצע העונש יקבע בעיקר על בסיס נסיבות אלו, אשר יוכחו בשלב בירור האשמה (או בהסדר הטיעון), חשיבותו של שלב גזירת העונש תקטן.

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

¹³⁰ ראו גזל-אייל וקנאי, לעיל ה"ש **שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת**..

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

מסוימים עונשי מוצא כאלו יכולים להגדיל את חוסר האחידות.¹³² כפי שהראינו לעיל דווקא אחרי שבית המשפט העליון קבע הנחיות לענישה, גדלה השונות בסוג העונש שהוטל.¹³³ גם הניסיון מהמחקרים האמריקאים, ובייחוד המחקר שהסתמך על ההנחיות באוהיו, הדומות לעונשי המוצא המוצעים כאן, מוביל למסקנה דומה.¹³⁴

יתרה מזאת, אופיו של ההליך התביעתי המתנהל ללא ביקורת שיפוטית, עלול להגדיל את השונות בהחלטות התביעות על חשבון האחידות שתאפיין את החלטות השיפוטיות. אם מעוניין בית המשפט להטיל על נאשם אחד עונש כבד יותר מנאשם אחר, עליו לנמק את ההבדל, והנמקתו תעמוד לערעור. לעומת זאת, אם תציע התביעה הסדר שונה לשני נאשמים דומים, כמעט שאין כל דרך לבקר את החלטתה.¹³⁵ בהעדר חובה לנמק ובהעדר זכות לערער, גדול הסיכוי לחוסר אחידות ושרירותיות בהחלטות התביעה משמעותית מהסיכוי לחוסר אחידות בהחלטות שיפוטיות.

שנית, העברת שיקול הדעת מבית המשפט לתביעה, פוגעת בזכות הנאשם להליך הוגן. הליך קבלת החלטות בתביעה נערך בדלתיים סגורות. השיקולים הנלקחים בחשבון בעת עריכת הסדרי טיעון, המטרות בקבלת החלטה כזו או אחרת והחלטות עצמן אינם נתונים לביקורת שיפוטית או ציבורית. במילים אחרות, בשונה מההליך השיפוטי, מתקבלות החלטות התביעה בלא שלנאשם זכות לטעון את טענותיו או להציג את גירסתו, בלא הנמקה אותה ניתן לבחון ובלא זכות ערעור. חוסרים אלו פוגעים גם בתחושת הנאשם כי ההליך שנערך לו היה הוגן. מחקרים רבים מראים כי מידת ההשתתפות של הנאשם בהליך ומידת הניטרליות של מקבל החלטות הם מהגורמים המרכזיים המשפיעים על נכונותו של הנאשם לקבל את ההליך כהוגן.¹³⁶ העברת הסמכות לתביעה תפגע בנכונות זו.

שלישית, השליטה המלאה של התביעה עלולה להרתיע נאשמים חפים מלכפור באישומים. רבים טוענים, גם כיום, כי נאשמים מודים לא אחת במסגרת הסדרי טיעון המציעים להם הקלה משמעותית.¹³⁷ זאת מכיוון שבהתחשב בסיכוי להרשעה מוטעית במשפט, מעדיפים אותם נאשמים להיענות להצעה שתבטיח להם ענישה מקילה. אמנם יתכן שחשש זה מופרז מעט, שכן נאשמים חפים יירתעו יותר מלערוך הסדר טיעון אף כשהסיכון להרשעה מוטעית גבוה יחסית, וההצעה לה

¹³² ככל שקיימת בעיה של חוסר אחידות בענישה, ואין בסיס מחקרי טוב אשר יציג מה חומרת הבעיה, הבעיה היא השונות הבלתי מוצדקת בענישה, ולא השונות באשר היא. ענישה שוויונית מחייבת עונשים דומים למקרים דומים אך עונשים שונים למקרים שונים כתלות בשונות הרלבנטית ביניהם. ניתן כמובן לטעון כי דווקא השונות הגדולה בעונשים שהתגלתה לאחר פסק הדין בעניין ח'טיב, לעיל ה"ש 105 משקפת גישה ענישתית צודקת יותר, וכי יש שוני בין הנאשמים. אולם מכיוון שהרוב המכריע של הנאשמים חסר עבר פלילי והשוני במאפייני העבירה אינו גדול, טענה זו אינה סבירה. בנוסף, בדיקה ראשונית של מאפייני העבירות לא מצאה כי קיים מתאם משמעותי בין סוג העבירה (אם הלנה, העסקה או הסעה, אם בתמורה או שלא בתמורה וכיו"ב) לבין הסיכוי להיאסר.

¹³³ ראו ה"ש 112 לעיל והטקסט הנלווה לה.

¹³⁴ ראו טקסט נלווה לה"ש 113, לעיל.

¹³⁵ תיאורטית, החלטות התביעה, כמו החלטות של כל רשות שלטונית, כפופות לביקורת בג"ץ, אולם כאשר לנאשם עומדת האופציה לבחור במשפט, קשה מאוד לטעון כי החלטה להציע הסדר כזה ולא אחר הינה כה בלתי סבירה עד כי התערבות בג"ץ מוצדקת. זאת בייחוד נוכח הפסיקה העקבית לפיה התערבות בג"ץ בהחלטות התביעה תהיה נדירה. ראו למשל בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (4) 1 (1996). ואכן, בעוד שהתערבות ערכאת ערעור בעונש הינה עניין של יום יום, עד כה מעולם לא התערב בג"ץ בהחלטות התביעה בהסדרי טיעון. ראו בג"ץ 9209/96 גינזברג נ' פרקליטות מחוז ת"א [מופיע בתק-על 96 (4) 74 (1996)].

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

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

הם זוכים אכן מקילה בהתחשב בסיכון זה.¹³⁸ אולם כאשר העונש הצפוי במשפט חמור בהרבה מזה המוצע בהסדר, הסיכוי שהנאשמים החפים, אף כאלו שיוכלו אולי במשפט לעורר ספק באשמתם, יסכימו להסדר גדל.¹³⁹ כאשר בית המשפט חייב להטיל עונשים כבדים, תובעות תוכלנה בקלות רבה יותר להציע עונשים המשקפים לדעתם את רמת הענישה הרצויה, אך לאיים בעונש כבד בהרבה (שיוטל במשפט) על נאשמים המסרבים להצעות.¹⁴⁰ כשהפערים בין העונש בהסדר והעונש במשפט כה גדולים, החשש שחפים יסכימו להצעות גדול.¹⁴¹

רביעית, התלות בתביעה פוגעת ביכולתו של הסניגור לספק לנאשם את ההגנה הנדרשת באותה נחישות. סניגורים היודעים כי בעלת הסמכות האמיתית היא התובעת, יתמקדו בניסיון לרצות אותה גם על חשבון הניסיון להיאבק עימה בבית המשפט. כך, בבתי המשפט הפדראליים, יכולתו של הסניגור 'להתמקח' על העונש במסגרת משא ומתן על הסדרי טיעון צומצמה כאשר התביעה חולשת כמעט באופן בלעדי על בחירת האישומים ו/או על העונש המוצע. יש אף המגדילים וטוענים כי אופי תפקידו של הסניגור השתנה, שכן ניהול הגנה 'תובענית' (zealous defence) בצל ההנחיות הפדראליות משמעה החמרה בענישה וכך נאלצים הסניגורים לנקוט באופי שונה של הגנה על הנאשם.¹⁴² אין פירוש הדבר כי עוצמת השינוי אצלנו תהיה דומה. ההנחיות הפדראליות לענישה מפורטות הרבה יותר מעונשי המוצא המתוכננים אצלנו, ולכן הן מגבילות את שיקול דעתו של בית המשפט במידה רבה יותר. אולם גם העברה מתונה יותר של כוחות לתביעה צפויה להביא לשינוי בתפקיד הסניגור, אף אם שינוי זה יהיה מתון יותר ממקבילו האמריקאי. מהאמור לעיל עולה כי ספק רב אם המטרה שלשמה נקבעים עונשי המוצא, קידום האחידות בענישה, אכן תושג. מנגד, קביעתם עלולה לקדם שורה של תופעות לוואי שבבסיסן שינוי משמעותי במערך הכוחות בין שחקני ההליך הפלילי, תוך חיזוק מעמדה של התביעה, והחלשה משמעותית של כוחם של השופט והסניגור. שינויים אלו יצמצמו עוד יותר את מקומו של ההליך המשפטי, המוסדר והפומבי, ובמקביל יחזקו את מעמדו של ההליך המינהלי במנגנון קביעת העונש.

ה. מחשבות לעתיד

אין כיום תשובה מחקרית מקיפה לשאלה עד כמה גדולים הפערים הבלתי מוצדקים ברמות הענישה בישראל. בניגוד לחלק מהמדינות בהן נקבעו הנחיות לענישה, הזכות לערער על גזר הדין

¹³⁸ ראו גזל-אייל ותור, לעיל ה"ש 93.

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

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

¹⁴¹ ראו גזל, לעיל ה"ש 137.

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

בישראל מצמצמת חששות לפערים בענישה.¹⁴³ בישראל שני הצדדים רשאים להעמיד את גזר הדין לבחינה של ערכאת הערעור, אם הוא אינו תואם את מדיניות הענישה הכללית, וסוגיות נפוצות בנושא מדיניות הענישה מובאות לא אחת בפני הכרעה עקרונית של בית המשפט העליון.¹⁴⁴ כלל לא ברור אם בנסיבות אלו עונשי המוצא יוכלו לסייע משמעותית בצמצום הפערים הבלתי רצויים בהחלטות השיפוטיות, זאת בייחוד נוכח היעדר הנחיות קונקרטיות באשר למשקל שיש לתת לשיקולים השונים בגזירת הדין. אולם, כפי שהראינו לעיל, גם אם ההצעה תקדם את האחידות בהחלטות השיפוטיות, היא תגדיל את ההשפעה של השונות בהחלטות של התביעה, בלי שיש סיבה להניח שהאחידות הכוללת תגדל. כל זאת במחיר העברת כוחות מבית המשפט לתביעה, וחשש מפני גידול משמעותי בהיקף השימוש במאסרים ומשכס.

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

נתחיל ראשית עם 'פניה' של הועדה לקביעת עונשי מוצא. כפי שצוין בפרק ג', קובעת הצעת החוק כי ועדת המומחים לקביעת עונשי מוצא תמונה על ידי שר המשפטים. הליך מינוי זה לא יפוקח או יבוקר על ידי גורם א-פוליטי, כאשר למעשה הגורם היחידי והבלעדי אשר יהיה אחראי לאיוש ועדת המומחים יהיה שר המשפטים. בנקודה זו סתתה הצעת החוק הממשלתית מהמלצות ועדת גולדברג, שחששה ממעורבות פוליטית רבה מידי בהרכב הוועדה ובהתאם הציעה כי חברי הוועדה לקביעת עונש מוצא ימונו על ידי שר המשפטים באישור נשיא בית המשפט העליון. כאמור, בהצעה הממשלתית הוסר הצורך באישורו של נשיא בית המשפט העליון. בנוסף, החלטות הועדה תהיינה טעונות אישורה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁴⁵ גם בנקודה זו ההצעה מעניקה מעמד מרכזי לגורמים פוליטיים בקביעת מדיניות ענישה, בניגוד למקובל במרבית השיטות שאימצו הנחיות לענישה.

¹⁴³ כך, בארצות הברית, הביקורת של ערכאת הערעור על גזירת הדין מוגבלת ביותר. ראו למשל ARTHUR W. CAMPBELL, LAW OF SENTENCING §14:4 (3rd Ed., 2004) (בארצות הברית העקרון המנחה בסוגיה הוא כי למעט במקרים של הפרת זכות חוקתית או חוקית או של ניצול לרעה של שיקול הדעת (abuse of discretion), גזר הדין אינו נתון לביקורת של ערכאת הערעור). למעשה גם כאשר ערעור על גזר הדין מתקבל בשל טעות כלשהי, המשמעות הפרקטית של קבלת הערעור בארה"ב היא כמעט תמיד החזרת התיק לערכאה הדיונית לתיקון הטעות, והתוצאה היא שגזר הדין מקורי מאושר על ידי השופט תוך תיקון הטעות. ראו שם. בארצות הברית, אין זכות חוקתית לערעור על גזר הדין, ומדיניות רבות מטילות גם מגבלות נוספות על זכות הערעור כגון הגבלת הזכות לערעור רק למקרים בהם עונשי המאסר כבדים או רק לעונשים שהוטלו בהחלטת שופט (ולא מושבעים) או רק בעבירות פשע וכיו"ב (שם, §14:5).

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

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

כפי שהראינו לעיל חלק מהחשש מפני החמרה בענישה נובע מפוליטיזציה של מדיניות הענישה. העליה המתמדת בבולטות התקשורתית והציבורית של בעיית הפשיעה וההתייחסות הפשטנית לענישה כתרופה למיגור התופעה, יוצרים לחץ פוליטי להחמרה בעונשים. אמנם, גם כיום לרשות המחוקקת השפעה על רמת הענישה באמצעות חקיקת העונשים המירביים (ולעיתים רחוקות גם באמצעות חקיקת עונשי מינימום בעבירות מסוימות). עם זאת, השפעה זו מוגבלת שכן שרביט הענישה נמצא בידי בית המשפט. כך, בעוד שכיום קל יותר להרחיק את האחריות לרמת הענישה לבתי המשפט, ובדרך זו להדוף את הלחץ הציבורי להחמיר, הרי שבקביעת עונשי מוצא ההשפעה של קובעי המדיניות על רמת הענישה תהא ישירה ומשמעותית בהרבה.

מטעם זה ראוי להציב את הוועדה לקביעת עונשי מוצא ברשות השופטת, או, לחילופין, לצמצם את ההשפעה הישירה הן של הרשות המבצעת והן של הרשות המחוקקת על החלטותיה. ועדה עצמאית, הנתונה פחות להשפעות של רחשי לב רגועים של הציבור או תגובות מתלהמות בעקבות אירוע זה או אחר, תושפע מעט פחות מהלחצים פוליטיים להחמרה בענישה. מטרה זו ניתן להשיג באמצעות הגדלת המעמד של הרשות השופטת במינוי חברי הוועדה, וביטול הדרישה לאישור עונשי המוצא בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.¹⁴⁶ כאמור לעיל, המגמה הנשקפת מהליך החקיקה הנוכחי היא הפוכה.¹⁴⁷

שנית, בחוק המוצע בולטות היעדרן של הוראות בדבר הצורך שלא להגדיל את שיעורי הכליאה. הוראות מסוג זה, אשר נחקקו במדינות רבות בארה"ב, היוו גורם מרכזי בריסון העלייה במספר הכלואים במדינות בהן הן נקבעו.¹⁴⁸ לנוכח החמרה בענישה וגידול אוכלוסית האסירים משנות ה-1980 ואילך בארה"ב, משאבי כליאה ועלויותיה החלו להוות אלמנטים משמעותיים בעיצוב ההנחיות לענישה. למעשה, משנת 1983 ואילך כל מדינה בארה"ב שאימצה הנחיות לענישה, כללה בהן באופן כזה או אחר מנגנון הבוחן את עלויות הכליאה או מתחשב בהן.¹⁴⁹ הדוגמא המובהקת היא מינסוטה, אשר הייתה המדינה הראשונה שלקחה בחשבון שיקולים אלו בהנחיותיה. אחת מהמטרות המוצהרות של ההנחיות לענישה במינסוטה הינה שילוב בין רמת ענישה ומשאבים כספיים. כך החוק במינסוטה קובע כי בעיצוב ההנחיות לענישה, תשקול הנציבות את משאבי הכליאה ובכלל זה (אך לא רק) את הקיבולת של בתי הסוהר ואת מדיניות הענישה והשחרור הנוהגת.¹⁵⁰ יתרה מזאת, בעיצוב ההנחיות לענישה, שמה לה הנציבות במינסוטה למטרה לא לעלות

¹⁴⁶ החוק המוצע, בסעיף 40 ח.

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

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

¹⁴⁹ ראו Richard S. Frase, *State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues*, 105 COLUM. L. REV. 1190, 1205 (2005).

¹⁵⁰ הנוסח המלא של הפסקה האמורה בסעיף 244.09 לחוק במינסוטה קובע כך (Minn. STAT. Sec. 244.09, subd.)

5 ((2007):

"In establishing and modifying the Sentencing Guidelines, the primary consideration of the commission shall be public safety. The commission shall also consider current sentencing and release practices; correctional resources,

מעבר ל-95% מתפוסת הכליאה בעקבות הענישה.¹⁵¹ דוגמה נוספת הינה מישיגן, בה קיימת ועדה המפקחת על התפוסה בבתי הסוהר, והמחויבת לדווח למושל על חריגה ממכסת הקליטה של בתי הסוהר. כשמידע כזה מתקבל, על המושל להורות לוועדת השחרורים להקדים שחרורם של אסירים.¹⁵² גם החוק בווינגטון כולל בהגדרת מטרות הענישה את השימוש המושכל והזהיר במשאבי הממשלה.¹⁵³ מנגנונים מסוג זה, המחייבים את הנציבויות לשקול שיקולים הקשורים לתקני כליאה ולעלויותיה, הוכחו כמנגנוני ריסון בהחמרה בענישה, שכן במידה רבה הם מגבילים את הלחץ הפוליטי להחמרה מתמדת בענישה. במינסוטה למשל, הגידול באוכלוסית בתי הכלא היה מהקטנים ביחס למדינות אחרות בארה"ב,¹⁵⁴ נתון המיוחס בעיקר להתחשבות במשאבי כליאה ותפוסתה ולשקלולם בעיצוב הנחיות הענישה.¹⁵⁵

שיקולים הקשורים במשאבי כליאה ועלויותיה אינם שיקולים טכניים כפי שנחזים להיות. כפי שבתחום החינוך, הרווחה והבריאות, כמו גם בתחומים אחרים, כל החלטה פוליטית על הרחבת השירותים מתחשבת בעלויותיה, כך גם יש לנהוג כאשר מקודמת חקיקה שיכולה להוביל להחמרה בענישה ולהגדלת האוכלוסיה שמערכת המשפט תשלח לכלא. במילים אחרות, במתכונתה הנוכחית של ההצעה, עלויות הכליאה הגבוהות והצורך במשאבי כליאה אינם נלקחים בחשבון בעת קבלת ההחלטות המגדילות את הכליאה. למעשה, ההשלכות של הצעת החוק אינן נשקלות כלל על ידי מעצבי החוק. כך, בשונה מהחלטות בתחומים אחרים, שיקולי תקציב אינם מהווים גורם מרסן בהחלטות על הרחבת השימוש במאסרים, ובדרך זו משאבים הולכים וגדלים מועברים ממערכות חברתיות אחרות לטובת מערכות הכליאה.¹⁵⁶ אנו מציעים כי יילקח בחשבון מכלול הגורמים הנוגעים לשיעורי כליאה בעת שתקבע הועדה את עונשי המוצא. יתכן, אף כי הדבר אינו נקי מספקות, שהתחשבות בגורמים אלו חורגת מעקרון ההלימה העומד בבסיס הצעת החוק.¹⁵⁷ אולם גם אם כך הדבר, ההתחשבות בגורמים אלו בעת קביעת עונשי המוצא עשויה

including but not limited to the capacities of local and state correctional ..facilities; and the long-term negative impact of the crime on the community"

¹⁵¹ Richard Frase, *Prison Population Growing under Minnesota Guidelines*, in SENTENCING REFORM IN OVERCROWDING TIMES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 40 (Michael H. Tonry & Kathleen Hatlestad eds., 1996).

¹⁵² שוהם ואח' **עבירות ועונשים**, לעיל ה"ש 80 בעמ' 237.

¹⁵³ RCW 9.94A.010 (1981).

¹⁵⁴ Frase, לעיל ה"ש 151, בעמ' 40-41.

¹⁵⁵ החוק במינסוטה הורה להתחשב בעלויות הכליאה בבתי הכלא המדינתיים (prison) שם מרצים את עונשם בעיקר אסירים הנדונים לתקופות של למעלה משנה. החוק לא התייחס למתקני הכליאה המחוזיים (jail) והתוצאה הייתה כי מספר הכלואים בבתי הכלא המחוזיים גדל בשיעור גדול יותר מזה הצפוי על פי המגמות שקדמו לאימוץ ההנחיות. משמעות הדבר היא שבתי המשפט המירו חלק מעונשי מאסר ב-prison לעונשים קלים יותר לריצוי ב-jail. ראו: Stewart J. D'Alessio & Lisa Stolzenberg, *The impact of sentencing guidelines on Jail Incarceration* in Minnesota, 33 CRIMINOLOGY 283 (1995).

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

¹⁵⁷ ניתן לטעון כי עקרון ההלימה מחייב מדרג אורדינאלי נכון של עונשים ביחס לחומרה, אבל הוא אינו כולל קריטריונים קרדינאליים ברורים לקביעת רמת העונש ההולם. לפי גישה זו, שתי שיטות משפט הנסמכות על עקרון ההלימה יכולות להגיע לרמות ענישה שונות, ובלבד שעבירות חמורות יותר מטופלות באמצעות עונשים כבדים יותר. למעשה, מחקרים מראים כי אכן ישנה הסכמה רחבה למדי בין חברות שונות ובין אנשים שונים באשר לחומרה היחסית של עבירות שונות, אולם יש הרבה פחות הסכמה באשר לרמת הענישה ההולמת לרמות החומרה השונות של העבירות. לעניין זה ראו: PAUL. H. ROBINSON, *DISTRIBUTIVE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW: WHO SHOULD BE PUNISHED HOW MUCH?* 154-157,160-161 (Oxford, 2008). ראו גם: רות קנאי "ענישה בריבוי עבירות" **עבריינות**

לבלום את הלחץ הפוליטי להחמיר בענישה ולא ליצור, בסיומו של הליך החקיקה, החמרה בענישה.

גם כיום תקני הכליאה ושיעוריה נלקחים בחשבון על ידי רשויות המדינה. סימן ט1 בפרק ב' לפקודת בתי הסוהר¹⁵⁸ עוסק בשחרור מנהלי של אסירים בהתאם לרמת הצפיפות בבתי הכלא. בהתאם להוראות החוק, פעם בשנה נקבע תקן כליאה המאושר על ידי ועדת הפנים וכאשר שיעור האסירים עובר תקן זה, נציב שרות בתי הסוהר רשאי להורות על שחרור מינהלי של אסירים. מנגנון זה אומץ במטרה לרסן את צפיפות הכליאה, אשר לה השלכות חמורות על זכויות יסוד של אסירים.¹⁵⁹ יוצא איפה שהתחשבות בשיקולים הקשורים למשאבי כליאה ולעלויותיה מהווים כבר היום חלק ממדיניות כוללת. עם זאת הדבר נעשה בהחלטה מינהלית אוטומטית החלה על קבוצות שלמות של אסירים ללא קריטריונים מיוחדים. התחשבות בעלויות הישירות של הכליאה במסגרת החוק תאפשר להמיר את ההחלטה המינהלית האוטומטית במערכת קבלת החלטות מודעת וריכוזית של הוועדה לקביעת עונשי מוצא.

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

נציגי משרד המשפטים הסבירו את ההחלטה למחוק את הסעיף בטוענם כי די בעקרון ההלימה כדי להבטיח שעונשי מאסר לא יוטלו אלא אם הם העונש ההולם.¹⁶² אולם טענה זו מתעלמת מהאפשרות כי הצעת החוק אינה קובעת עונש אחד מדויק ומוגדר המתאים לכל מקרה. ההצעה קובעת כי על השופט להתחשב בעונש ההולם ובשיקולים נוספים האמורים להביא לסטייה מהעונש ההולם. מידת ההתחשבות נתונה לשיקול דעת, ולכן השילוב של חומרת המעשה ואשמו

וסטייה חברתית: תיאוריה ויישום 153, 157 (משה אדד ויובל וולף עורכים, 2003); וה"ש 19, שם. מטעם זה הפחתה פורפורציונאלית ברמות הענישה בכל העבירות אינה פוגעת בהכרח בעקרון ההלימה.

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

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

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

¹⁶¹ ובלשון הסעיף: "The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence". הוראה דומה מצויה באנגליה גם לגבי עונש של community service. ראו סעיף 148 לאותו חוק. בדומה, נציבות גזירת הדין דלאוור מציינת בעמוד הבית שלה כי: "The overall sentencing philosophy of the General Assembly and SENTAC is that offenders should be sentenced to the least restrictive and most cost-effective sanction possible given the severity of the offense, the criminal history of the offender and the focus, which is, above all, to protect the public's safety". cjc.delaware.gov/SENTAC/sentac.04.07.shtml. הוראה דומה מצויה גם בסעיף B5 של ההמלצות של מועצת אירופה ב: Council of Europe, *Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum*, 4(2) CRIMINAL LAW FORUM 355 (1993).

¹⁶² ראו דברי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, רחל גוטליב, בפרוטוקול ישיבה מס' 178 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (16.3.2010) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2010-03-16.html.

של הנאשם יתאים למספר חלופות עונשיות, אשר, לעיתים, חלקן יכללו מאסר וחלקן לא. בסיטואציות מסוג זה, בהן אין זה הכרחי לגזור מאסר (למרות שהמאסר יהווה עונש הולם), עקרון ההלימה יישמר גם אם יוטל עונש שלא יכלול מאסר. כך, בפני בית המשפט עומדת האפשרות לבחור בחלופה עונשית מחמירה פחות אך הולמת את נסיבות המקרה ונסיבותיו של הנאשם. מטעם זה, להשמטת הדרישה להימנע ממאסר כאשר יש עונש אחר האפשרי לפי החוק, תהיה השפעה על היקף השימוש במאסרים. זאת ועוד, מעבר להשפעתו בדין הפורמאלי, צפויה לסעיף גם השפעה פרקטית, בשל העמימות של עקרון ההלימה ומגוון האפשרויות השונות ליישמו. סעיף זה, אף אם הוא היה הצהרתי בלבד, היה יכול להשפיע על בית המשפט ליישם עקרון זה באופן המצמצם את השימוש במאסרים.

1. סיכום

השיח המשפטי נערך פעמים רבות בלא התייחסות ישירה למחקר המדעי בתחום אותו מסדיר המשפט או לדיסציפלינות נוספות הרלבנטיות לתחום. כך גם בתחום הענישה. המחקר האמפירי המקיף והניסיון הרב שנרכש במדינות רבות שאימצו רפורמות במדיניות הענישה שלהם אינם מחלחלים לשיח המשפטי. החלטות מדיניות בתחום הענישה מתקבלות תוך הסתמכות יתר על אינטואיציות ו"הגיון פשוט" ותוך התייחסות מוגבלת למידע שהצטבר במקומות בהן החלטות דומות התקבלו בעבר.

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

הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה מבקשת להסדיר בחקיקה ראשית את השיקולים המנחים בענישה כדי לעמוד בעקרון החוקיות. לו היתה ההצעה מסתפקת בכך, יתכן שחלק גדול מההתנגדות המתגברת לחקיקתה היה נעלם. אולם, בנוסף להנחיות לענישה, ההצעה מבקשת לקבוע עונשי מוצא אותם תקבע וועדה הממונה על ידי שר המשפטים והחלטותיה כפופות לאישור ועדה של הכנסת. המטרה המוצהרת של עונשי מוצא היא לצמצם את השרירותיות ואת הפערים הבלתי רצויים בענישה. תוצאתם, לדעתנו תהיה שונה.

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

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