

## פרק 38

# הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה

1. מבוא: מדו"ח ועדת גולדברג ועד תיקון מס' 113 לחוק העונשין
2. העקרונות והשיקולים שבמרכזו של הפרק על הבניית שיקול הדעת בענישה
3. העיקרון המנחה בענישה: עקרון ההלימה
4. שלבי הליך גזירת הדין
  - א. שלב ראשון: קביעתו של מתחם העונש ההולם
    - (1) מתחם העונש ההולם
    - (2) רוחב המתחם
    - (3) השיקולים המשמשים לקביעת מתחם העונש ההולם
    - (4) מתחם הכולל עונש של קנס
    - (5) היחס בין עונשי מקסימום ומינימום למתחם העונש ההולם
    - (6) קביעת מתחם עונש הולם (וגזירת הדין) במקרים של ריבוי עבירות
  - ב. שלב שני: חריגה ממתחם העונש ההולם
    - (1) חריגה לקולא משיקולי שיקום

- (2) חריגה לחומרה משיקולי הגנה על שלום הציבור
- (3) היחס בין עקרון השיקום לבין עקרון ההגנה על שלום הציבור
- ג. שלב שלישי: גזירת העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם
- (1) נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה
- (2) הרתעה אישית והרתעה כללית
5. השפעות הגומלין בין השלבים של הליך גזירת הדין
- א. השפעת שיקולי שיקום ושיקולי הגנה על שלום הציבור בגדרי מתחם העונש ההולם
- ב. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על מידת החריגה מן המתחם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור
- ג. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על קביעת מתחם העונש ההולם
6. היבטים ראיתיים ודיוניים
- א. הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה
- ב. חובת הנמקה
- ג. תחולת החוק על ענישת קטינים
- ד. היחס בין החוק לבין המוסד של הסדרי הטיועון
7. האם תיקון מס' 113 השיג את מטרתו המוצהרות?
8. סיכום
9. לאחר סיכום: הבניית שיקול הדעת השיפוטי – האם נדרשים תיקוני חקיקה?
- א. הביקורת המופנית כלפי תיקון מס' 113 לחוק העונשין
- ב. החרגת התיקון באשר לעבירות קלות
- ג. תיקון ההסדר בנושא "ריבוי עבירות"

- ד. מתן מענה הולם לנסיבות אישיות חריגות של הנאשם
- ה. חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמים של "מכת מדינה"



”דע כי גודל העונש וחומר פגיעתו או קטנו וקלות סבילותו, יהיה בבחינת ארבעה דברים: האחד, חומר העבירה. כי המעשים אשר תוצאותיהם הפסד גדול עונשן חמור, והמעשים אשר תוצאותיהם הפסד קל ומועט עונשן קל. והשני, ריבוי מציאותן. שהדברים המצויים יותר צריך למונען בעונש חמור, אבל מעטי המציאות – הרי עונש קל עם מיעוט מציאותן מספיק במניעתן. והשלישי, גודל ההעזה שבדבר. כי הדבר שיש לאדם העזה לעשותו, אם מפני שהתאוה מושכת אליו מאד או לתוקף ההרגל או לגודל הצער שבעזיבתו, הרי לא ימנע ממנו אם כי חשש דבר גדול. והרביעי, קלות עשיית אותה הפעולה בהעלם ובהסתתר כדי שלא ירגישו בו אחרים, הרי ההרתעה מזה לא תהא כי אם בחשש עונש קשה וחמור.”<sup>1</sup>

## 1. מבוא: מדו"ח ועדת גולדברג ועד תיקון מס' 113 לחוק העונשין

סימן א'1 לפרק ו' של חוק העונשין, התשל"ז-1977<sup>2</sup> שנחקק בתיקון מס' 113,<sup>3</sup> מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בענישה באמצעות קביעת עקרונות ושיקולים מנחים. קביעתם נועדה לשים קץ למצב שהיה קיים בטרם נחקק תיקון מס' 113, שבו גזרו שופטים את הדין לפי השקפת עולמם ורחשי לבם.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> מורה נבוכים, חלק ג, פרק מא. מובא בפסק דינו של השופט סולברג בע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פדאור 13(67) 321 (2013) (להלן: פרשת סעד).

<sup>2</sup> חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח התשל"ז, בעמ' 226 (להלן: חוק העונשין או החוק).

<sup>3</sup> חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח התשע"ב, בעמ' 102 (להלן: תיקון מס' 113).

<sup>4</sup> יפים לעניין זה דבריו של השופט חיים כהן: "מסימני ההתנשאות הוא [...] אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושקילות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מיד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא עניין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש" – ראו חיים כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א 9, 21 (1990). לעומת הגישה הרואה טעם לפגם בענישה אינטואיטיבית, ישנן גם גישות אשר אינן שוללות אינטואיציה בהקשר זה. לדיון מעמיק בשאלת מיקומו של הליך גזר הדין על הציר שבין מלאכה

התיקון נשען על המלצות "הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי", בראשות השופט (בדימ') אליעזר גולדברג.<sup>5</sup> הוועדה, שמונתה בשנת 1996, התבקשה לגבש המלצות שתשמשנה בסיס לחקיקה בנושא. בדו"ח הוועדה נקבע שהמצב ששרר לפני תיקון מס' 113 לחוק, בכל הנוגע לשיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, אינו המצב הרצוי, ויש להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בדרך של חקיקה.<sup>6</sup>

על בסיס המלצות הוועדה, פורסמה בשנת 2006 הצעת החוק הממשלתית.<sup>7</sup> על הצעה זו נמתחה ביקורת חריפה. עיקר הביקורת הופנה כלפי הניסיון להבנות את

אינטואיטיבית לבין עבודה מדעית ראו רות קנאי "בין אמנות למדע: גזירת הדין כאומנות" **עלי משפט** ח 217 (2010). לגישה שונה מזו שמציגה קנאי ראו עפר ברטל "על אודות החוק החדש להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **הסניגור** 184, עמ' 12, 13 (2012). כך הוא כותב: "הח"מ יוצא באולמות בתי המשפט, במשך יותר מעשרים השנים האחרונות. למדתי בתקופה זו, שהעונש בא 'מהבטן' ולא מהראש והוא תוצאה של איזונים וחוש משפטי, שנצבר במשך שנים".

<sup>5</sup> משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997) (להלן: דו"ח ועדת גולדברג). ראוי לציין שאמנם ניסוח החוק נשען על דו"ח ועדת גולדברג, אולם ההכרה בצורך ליתן בידי השופט כלים שיסייעו לו בשלב גזירת הדין אינה חדשה וליוותה את המשפט הישראלי שנים רבות. ראו: יעקב בזק "השיקולים לקביעת אופי העונש ומידתו" **הפרקליט** (ג3) 308 (1981); יעקב בזק **הענישה הפלילית** 201–207 (מהדורה מתוקנת, 1998); דב לוין "גוזרים את הדין" **המשפט** א 185 (1993). על הקושי הניצב בפני השופט בגזירת הדין כתב ד' לוין כן, בעמ' 186: "דומה, עם זאת, כי המשימה הקשה מכל, מבחינה אנושית ומצפונית, מבחינת האחריות הציבורית ומבחינת ציפיות הציבור, היא זו שבפניה ניצב שופט בבואו לגזור דינו של אדם. זו החלטה שיכולה להדיר שינה מעיניו של שופט, שהרי בכוחו לשלול חירותו של בן אנוש, לצוות על כליאתו מאחורי סורג ובריח למשך חודשים ושנים, בתנאים, שכפי שידוע ברבים, הם למרבה הצער קשים, מכבידים ולא אחת מבישים ומשפילים". לצד הכתיבה האקדמית, נעשה גם ניסיון להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בהצעת החוק לתיקון החלק המקדמי והחלק הכללי לחוק העונשין, באמצעות קביעת מנגנון של עונשי מינימום. ניסיון זה נכשל, והצעת החוק נתקבלה בלעדיו. לפירוט ההיסטוריה התחקית של הבניית שיקול הדעת בענישה בישראל ראו לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" **חוקים** ג 99, 113–115 (2011) (להלן: סבה וויינריב).

<sup>6</sup> דו"ח ועדת גולדברג, שם, בעמ' 6.

<sup>7</sup> הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח-הממשלה התשס"ו, בעמ' 241 (להלן: הצעת החוק).

שיקול הדעת באמצעות קביעת מנגנון של עונשי מוצא.<sup>8</sup> על רקע דברי הביקורת הועברה הצעת החוק להמשך דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (להלן:

<sup>8</sup> על פי הצעת החוק, עתידה הייתה לקום ועדת מומחים מקצועית שתהיה אחראית לקביעתו של עונש מוצא לצד כל עבירה. עונש המוצא היה אמור לבטא את החומרה המושגית של העבירה, בנסיבות עשייתה הטיפוסיות. הוא אמור היה לשמש כנקודת עיגון לבית המשפט שממנה יוכל לסטות לקולא או לחומרה, לפי שיקול דעתו שהובנה אף הוא בהצעת החוק, ובהתחשב בחומרת המעשה בנסיבותיו הקונקרטיות ובמידת אשמו של הנאשם. מטרתו הייתה להעניק לשופט נקודת עיגון ראשונית שתסייע לו להעריך, ביתר דיוק, את מידת החומרה של מעשי הנאשם ולגזור את עונשו בהתאם. לעיון בסעיפי החוק המסדירים את נושא עונשי המוצא ראו הצעת החוק, שם, בסעיפים 40-40. לשאלה כיצד קובעים עונשי מוצא ראו אורן גול-אייל ורות קנאי "כיצד קובעים עונשי מוצא?" חוקים ג 155 (2011). על המנגנון של קביעת עונשי מוצא נמתחה ביקורת חריפה. לדעת המבקרים, יחששו בתי המשפט לסטות מעונשי המוצא, מחשש לערעור על גזר דינם. לפיכך, עונשי המוצא יהפכו, דה-פקטו, לעונשי חובה. מציאות זו תביא בעקבותיה שלוש תוצאות בלתי רצויות. האחת, החמרה בענישה – עונש הנשען על הערכה מושגית של חומרת העבירה הוא תמיד קשה יותר מזה הבוחן את הנסיבות הקונקרטיות שבהן התבצעה העבירה. השנייה, פגיעה בעקרונות האינדיווידואליזציה המחייב לגזור את העונש בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות בכל מקרה ומקרה. השלישית, חיזוק שיקול דעתה של התביעה על חשבון שיקול דעתו של בית המשפט. מכיוון ששיקול דעתו של בית המשפט יהיה כבול לענישה מחמירה, תיטה הפרקליטות לערוך עסקאות טיעון מקילות כדי לאון את המצב שנוצר. לדיון ביקורתי במנגנון לקביעת עונשי המוצא ראו: בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת בענישה", תשס"ה-2005 "עלי משפט" ה 247 (2005) (להלן: סנג'רו); אורן גול-אייל ורות לזר "ההשלכות הצפויות לעונשי מוצא" חוקים ג 41 (2011); ענת הורוויץ, דניאל אוחנה, מירי גור-אריה, דורון טייכמן, לסלי סבה ויצחק קוגלר "נייר עמדה של פורום ירושלים לחקר המשפט הפלילי בנוגע להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-1996" חוקים ג 19, 35-36 (2011); דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: נקודת-הראות הכלכלית" עיוני משפט לב 649, 683-694 (2011). על פי טייכמן, סיבת ההחמרה בענישה אינה נעוצה בעונשי המוצא, כשלעצמם, אלא במבנה המוסדי של הוועדה האמונה על קביעתם. לפי הצעת החוק, מסורה לשר המשפטים סמכות למנות את חברי הוועדה על פי שיקול דעתו המלא. הקשר הגורדי בין חברי הוועדה לבין הדרג הפוליטי עורר חשש ל"פוליטיזציה" של הוועדה, שהייתה עלולה לבוא לידי ביטוי בעונשי מוצא מחמירים כדי לספק את "רעבונו" של הציבור להחמרה בענישה. וראו גם: Paul H. Robinson, *Comments on Proposal for Structuring Judicial Discretion in Sentencing*, 3 HUKIM 5 (2011).

ועדת החוקה).<sup>9</sup> בסופו של דבר, הוחלט לפצל את הצעות החוק ולהשאיר את החלק של עונשי המוצא לדין מאוחר יותר.<sup>10</sup> בתום הדיונים אושרה הצעת החוק על ידי הכנסת, והיא תיקון מס' 113 לחוק העונשין.

ברקע ההחלטה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי, באמצעות חוק, עמדו שלוש סיבות עיקריות:<sup>11</sup>

(1) **עקרון החוקיות:** סעיף 1 לחוק העונשין, שכותרתו "עקרון החוקיות", קובע: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". מעקרון החוקיות מתבקש שבית המשפט יפעל בשיטתיות ובאחידות ככל האפשר. עקרון החוקיות מחייב את הבניית שיקול דעתו של בית המשפט כדי להבטיח יתר ודאות, בהירות וצפיות של העונש שבית המשפט עתיד לגזור על הנאשם.<sup>12</sup>

(2) **עקרון השוויון:** במצב שהיה קיים בטרם נחקק תיקון מס' 113, גזרו שופטים את הדין בלא כל הנחיה, ונפערו פערי ענישה גדולים בין גזרי דין של נאשמים שעמדו לדין בגין אותן עבירות ואשר נעברו בנסיבות דומות.<sup>13</sup> לפיכך, נוצר הרושם שבית המשפט פועל ברירות, ועקרון השוויון מופר. נטען שהסטייה מעקרון השוויון יצרה חוסר אחידות בענישה וכרסמה באמון הציבור במערכת המשפט הפלילי.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> הפרוטוקולים ניתנים לאיתור באתר הכנסת. זמין ב- [www.knesset.gov.il/protocols/search.asp?vaada=6](http://www.knesset.gov.il/protocols/search.asp?vaada=6) (נבדק לאחרונה ב-25.8.2013).

<sup>10</sup> החוק כולל כמה שינויים נוספים (לעומת הצעת החוק) שעליהם נעמוד בהמשך.

<sup>11</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7-9.

<sup>12</sup> אחידות זו לא הייתה ניתנת להשגה על בסיס החוק בנוסחו הקודם (טרם תיקון מס' 113 לחוק). עונשי המקסימום הקבועים בחוק משקפים את מעשה העבירה בנסיבותיו הקשות ביותר, נסיבות הבאות לידי ביטוי רק במקרים קיצוניים שהם נדירים מטבעם, ולפיכך אין בהם כדי לשמש כלי יעיל להבניית שיקול הדעת השיפוטי. ראו דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7.

<sup>13</sup> טייכמן מציין שהמחקר העוסק בחוסר אחידות הענישה בישראל אינו מקיף ומלא. עם זאת, הוא מביא ממצאים ממחקר שנערך בנושא על ידי מרדכי קרמניצר ויעל חסין. המחקר בחן את השונות בענישה בגין עבירה "טכנית" בעיקרה של אי ציות לרמזור אדום. אף על פי כן, נמצא חוסר אחידות בענישה הנובע, בין השאר, משונות בין השופטים. להרחבה ראו: טייכמן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 658-659; יעל חסין ומרדכי קרמניצר "אחידות בענישה בעבירות תעבורה" משפטים יח 103 (1988).

<sup>14</sup> לדיון בשאלה אם תיקון מס' 113 לחוק העונשין קידם שוויון ואחידות בענישה ראו להלן בטקסט שליד ה"ש 169.



(3) הפן המוסרי של שיקולי הענישה: להכרעה בשאלת הענישה נודעת חשיבות ערכית ומוסרית מן המעלה הראשונה. הענישה הפלילית היא הכלי הקשה ביותר שחברה דמוקרטית וליברלית נוקטת כלפי חבריה. ראוי שעקרונות הענישה ייקבעו מתוך ראייה רחבה המייצגת את עמדות הציבור, ולא יהיו נתונים להכרעה פרטנית של כל שופט ושופט לפי השקפת עולמו האישית.

תיקון מס' 113 מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בשלושה מישורים: מהותי, דיוני וראייתי.<sup>15</sup> במישור המהותי, החוק קובע את עקרונות הענישה, בהתייחסו למשקלם היחסי, לאיזון הראוי ביניהם וכן לנסיבות הרלוונטיות לעונש.<sup>16</sup> במישור הדיוני, החוק קובע הליך תלת-שלבי לשם גזירת הדין, וחובת הנמקה מפורטת בצידו. החוק גם מבנה את דרך הענישה הראויה במקרים של ריבוי עבירות. במישור הראייתי, החוק מסדיר לראשונה את נטלי ההוכחה המוטלים על כל אחד מן הצדדים הטוענים לעונש. באמצעות הבניית שיקול הדעת האמור ביקש המחוקק לקדם ערכים של שוויון ושל אחידות בענישה.

חשוב להדגיש שהואיל ומדובר בחקיקה חדשה, הפסיקה שניתנה בעניינה עדיין מצומצמת. גם השימוש בהיסטוריה התחיקתית – כלומר בהצעת החוק, בדברי ההסבר לה ובפרוטוקולים של הדיונים בכנסת – צריך שיעשה בזהירות רבה בשל השינויים שחלו בנוסח הסופי של החוק. נראה שתחלופנה עוד כמה שנים בטרם תתעצבנה המגמות הפרשניות של החוק.

מטרתנו אינה להכריע בסוגיות הדורשות הכרעה, אלא לאפשר לקורא הבנה ראשונית של עקרונות החוק ושל דרך יישומו על ידי בתי המשפט. הדיון בסעיפי התיקון לחוק ייעשה באופן הבא: תחילה, נעמוד בהרחבה על המטרות, העקרונות והשיקולים המנחים הקבועים בו. לאחר מכן, נציג את שלביו של הליך הבניית העונש. הסדר של השלבים אינו חופף בהכרח את הסדר הכרונולוגי של סעיפי החוק. לבסוף, נידרש בקצרה לסוגיות נוספות העולות מן החוק, כגון תחולתו על ענישת קטינים והיחס בינו לבין המוסד של הסדרי הטיעון.

<sup>15</sup> אורן גזל-אייל "תג מחיר העונשים" עורך הדין 14, בעמ' 88-89 (2011) (להלן: גזל-אייל "תג מחיר העונשים").

<sup>16</sup> אף שמדובר ברשימה פתוחה (ראו סעיף 40 לחוק).

## 2. העקרונות והשיקולים שבמרכזו של הפרק על הבניית שיקול הדעת בענישה

סעיף 40א לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "מטרה", קובע כך:<sup>17</sup>

"מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה".

כעולה מן הסיפא, הנמען העיקרי של החוק הוא בית המשפט. החוק פונה אל השופט ומורה לו כיצד עליו לגזור את עונשו של הנאשם.<sup>18</sup> במרכזו של תיקון מס' 113 עומדות ארבע מטרות: האחת, קביעת העקרונות והשיקולים המנחים בענישה – העקרונות שבמרכזו החקיקה הם: גמול, שיקום, הגנה על שלום הציבור והרתעה (אישית וכללית). החוק מעגן את שיקולי הענישה שהיו מקובלים בפסיקה הישראלית שנים רבות;<sup>19</sup> השנייה, קביעת המשקל היחסי שיש לתת לכל אחד מן העקרונות והשיקולים – החוק אינו מסתפק בעיגון עקרונות

<sup>17</sup> סעיף זה לא הופיע בהמלצותיה של ועדת גולדברג, ואף לא בהצעת החוק של הממשלה משנת 2006. הוא נוסף לראשונה במהלך הדיונים בוועדת חוקה, חוק ומשפט – ככל הנראה, בשל חשש שהתעורר שמא אחת ממטרות החוק היא להביא להחמרה ברמת הענישה בישראל. ראו: חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסיניגור 183, בעמ' 14–15 (2012) (להלן: לרנאו ושרון).

<sup>18</sup> ראו ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 4.12.2013), בסעיף 14 לפסק דינו של השופט מלצר: "נמעני התיקון הם שופטים ולכן נראה שיפה לכאן ההבחנה בין 'כללי הכרעה' לבין 'כללי הכוונת התנהגות' [...] תיקון 113 הוא 'כלל הכרעה' מובהק, שאינו נועד לכוון התנהגות של הציבור, אלא להדריך שופטים כיצד יש לפסוק". להבחנה הקלסית בין "כללי הכרעה" ל"כללי התנהגות", שאליה כיוון השופט מלצר, ראו: Meir Dan-Cohen, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law* 97 HARV. L. REV. 625 (1983–1984).

<sup>19</sup> ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 170, 174 (1979) (להלן: פרשת האנס הנדיב), שבו ניתן למצוא מפיו של השופט ברק (כתוארו אז) ביטוי פסיקתי בהיר בנוגע לעקרונות הענישה אשר שימשו את בית המשפט לפני תיקון מס' 113: "מקובל לציין, בין מכלול השיקולים שיש לקחתם בחשבון, את שיקולי ההרתעה הכללית וההרתעה האינדיבידואלית, את שיקול המניעה והתגמול, ואת השיקול השיקומי. כל אחד מאלה הוא שיקול לגיטימי".

הענישה, אלא קובע גם את משקלם היחסי של העקרונות ויוצר מדרג היררכי ביניהם. משקלם הנבדל של העקרונות בא לידי ביטוי באופן שבו נדרש בית המשפט להפעילם וביחס ביניהם. במטרה זו גלום חידוש של ממש. לפני התיקון, לא השכילה הפסיקה הישראלית להתוות דרך חשיבה אנליטית ומסודרת שתגדיר את אופן יישומם של עקרונות הענישה. במקום זאת שימשו העקרונות בערבוביה ובלא הנחיה ברורה;<sup>20</sup> השלישית, קביעתו של מתחם עונש הולם לעבירה – בליבתו של תיקון מס' 113 עומדת ההבחנה בין מתחם ענישה הולם לעבירה לבין העונש המתאים למבצעה. קביעתו של מתחם עונש הולם לעבירה משמעה קביעה נורמטיבית-ערכית מצד בית המשפט של העונש המתאים לעבירה, בנסיבות ביצועה,<sup>21</sup> ובהתעלם מנסיבותיו האישיות של מבצעה. את המתחם יש לקבוע לפי עקרון ההלימה, ועל פיו יש להביא בחשבון את הערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה ואת מידת הפגיעה בו, את מדיניות הענישה הנהוגה וכן את הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה; הרביעית, קביעת העונש המתאים לנאשם בנסיבות המקרה – במטרה זו בא לידי ביטוי עקרון האינדיווידואליזציה בענישה. המחוקק ביקש להתרחק מהתפישה של שוויון פורמלי, המדגישה את ההתאמה בין חומרת העבירה למידת בעונש, ובחר לחזק את התפישה של שוויון מהותי אשר מביאה בחשבון גם את הנסיבות האישיות של הנאשם שאינן קשורות לביצוע העבירה. מקומם של הרכיבים האינדיווידואליים ניכר כבר בסעיף המטרה המדגיש את התאמת העונש הן לנאשם הן לנסיבות העבירה.<sup>22</sup>

ראוי לציין שבמדינות אחרות, ובראשן ארצות-הברית, אומצו מודלים של הבניית הענישה באמצעות טבלאות ענישה וכימות מספרי מדויק של העונש לפי הנסיבות השונות.<sup>23</sup> לעומתם, בחר המחוקק הישראלי מודל גמיש יותר. חברי הרוב

<sup>20</sup> רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים כד 97 (1994) (להלן: קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון").

<sup>21</sup> בניגוד להצעת החוק, אשר דיברה על עונשי מוצא, מביאה ההתייחסות לנסיבות ביצוע העבירה על ידי הנאשם לידי ביטוי מידה של אינדיווידואליזציה כבר בשלב זה. כך, ניתן משקל רב לעקרון ההלימה לצד התחשבות אינדיווידואלית במקרה הקונקרטי. כפי שנראה, עקרון האינדיווידואליזציה יבוא לידי ביטוי גם – ובעיקר – בשלב הבא של קביעת העונש המתאים לנאשם בנסיבות המקרה.

<sup>22</sup> לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 15-16.

<sup>23</sup> הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446. שם, בדברי ההסבר, נכתב כי בארצות-הברית, למשל, יש ועדות לקביעת עונשים – Sentencing Commissions – הקובעות הנחיות מדויקות, עד כדי כימות מספרי של העונש לנסיבות השונות (ההנחיות הפדרליות הן

בוועדת גולדברג תמכו במודל הבניה שאינו נוקשה מדי. נקבע שלהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה די בקביעת עקרונות בסיסיים להפעלתו, ואלה מספיקים כדי להדריך את השופט ביישוב המתח שבין השוויון לבין האינדיווידואליזציה שבענישה.<sup>24</sup> על פי גישה זו, שיקול הדעת, בגדר העקרונות, נותר בידי השופט.<sup>25</sup>

### 3. העיקרון המנחה בענישה: עקרון ההלימה

סעיף 40ב לחוק העונשין קובע כך:

”העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו”.

סעיף זה משקף את עקרון הגמול הנגזר מתפישת המוסר הדאונטולוגית. עקרון הגמול צופה פני עבר. על פיו, מטרת העונש היא לגמול לעבריינין על המעשה הרע שעשה, במנותק מן השאלה אם יש בעונש כדי לקדם מטרות חברתיות חיצוניות שאינן קשורות לנאשם עצמו.<sup>26</sup>

מכוח פרק 58 ל-USC, title 28). לסקירה של התפתחות הענישה המובנית במדינות העולם, ובעיקר בארצות-הברית ובאנגליה, ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 106–113. ראו סקירה משווה של הסדרים חוקיים והצעות לרפורמה הנוגעים להבניית שיקול הדעת בענישה בישראל, באוסטרליה, בבריטניה, בניו-זילנד, בגרמניה ובפינלנד, שהוכנה על ידי "מחלקת מידע ומחקר של הכנסת". זמין ב- [www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01800.pdf](http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01800.pdf) (נבדק לאחרונה ב-25.8.2013).

<sup>24</sup> גישה זו, המדגישה פיתוח סטנדרטים יותר מאשר פיתוח כללים מדויקים לענישה, מכונה על ידי המלומד האנגלי Duff גישה "דיסקורסיבית", להבדיל מהנחיה "כמותית" או "מספרית". לשיטתו, הטלת עונשים אחידים לפי סוגי עבירות אינה מביאה בחשבון הבדלים מהותיים חשובים בין עבריינים העומדים לדין בגין אותה עבירה. על כן, עדיפה שיטה המותירה בידי השופט מידה של שיקול דעת שתאפשר לו להביא הבדלים אלה בחשבון. ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 131.

<sup>25</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 8–9.

<sup>26</sup> מקובל לסווג את מטרות הענישה הכלליות לפי תפישות המוסר שביסודן. המטרה הגמולנית נגזרת מתפישת המוסר הדאונטולוגית. על פי תפישה זו, מוסריות המעשה נגזרת מערכו הפנימי (אינטריוזי), ובמנותק מן התוצאות שהוא מסב. תפישה זו גם רואה באדם סוכן מוסרי, תבוני ורציונלי, המשמש מטרה לעצמה, ולעולם לא אמצעי יחיד להשגת מטרה חיצונית. על פי גישה זו, ענישת הפושע היא פרי חובה מוסרית הנובעת מן

מתוך עקרון הגמול נגזר גם עקרון ההלימה שמשמעו דרישת יחס הולם בין מידת הרע שעשה העבריין לבין העונש שיושת עליו.<sup>27</sup> מידת העונש חייבת אפוא להלום את מידת הרע שעשה הנאשם ואת מידת אשמתו – לא פחות ולא יותר.

הרוע הגלום במעשה עצמו. צידוק העונש אינו יכול להתבסס על מטרות תועלתניות, אלא על דרישת הצדק. כלומר, יש להטיל עונש על הפרט אך ורק בשל כך שביצע עבירה. תפישת מוסר נוספת, המתחרה בתפישה הדאונטולוגית, היא התפישה התועלתנית. על פי תפישה זו, מוסריות המעשה נגזרת מתוצאותיו. המטרה העליונה של המעשה המוסרי היא להגדיל את הרווחה המצרפית של החברה כולה, ולא של האדם היחיד. המעשה המסב את מירב האושר לחברה הוא המעשה המוסרי. לפיכך, תפישה זו, שלא כתפישה הדאונטולוגית, תצדיק למשל הריגה של אדם אחד כדי להציל את הרבים. מתפישת המוסר התועלתנית נגזרות מטרות ענישה, כגון הרתעה, שיקום ומניעה. מערכת המשפט הפלילי נועדה להפחית, ככל האפשר, את תופעת הפשיעה הפוגעת בחברה, ולהגביר בכך את אושרה המצרפי. לכן, מטרות הענישה צופות פני עתיד. עניינן אינו המעשה הרע שביצע העבריין, אלא הניסיון להבטיח שמעשים אלה לא יחזרו ויישנו בעתיד. חסידי התפישה הדאונטולוגית יטענו בגנותן של מטרות הענישה התועלתניות, שהן עושות שימוש בעבריין בתור אמצעי להשגת מטרה חברתית, חיית קרקס שיש לרסנה, ולא בתור סוכן תבוני המסוגל להבין את הרע שבמעשיו. מנגד, יטענו חסידי התפישה התועלתנית שענישת העבריין בגין המעשה הרע שעשה אינה אלא נקמה של החברה בעבריין, במקום לצפות לעתיד ולנסות להביא לשיפור המצב החברתי. על הקשר שבין תפישת הגמול לנקמה ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115–128. לדעתם של האחרונים, התפישה הגמולנית אינה עשויה מקשה אחת, וניתן לזהות לפחות תשע תפישות גמולניות נבדלות. חלקן מבקש לנקום בעבריין על מעשיו, ואילו אחרות מדגישות מטרות אחרות, ובעיקר העברת מסרים לציבור המאשררים את המחויבות של המדינה לתפישותיו המוסריות. לדיון נוסף בתפישות הגמול ומטרותיהן ראו: Paul H. Robinson, *Competing Conceptions of Modern Desert Vengeful, Deontological, and Empirical*, 67(1) C.L.J. 145 (2008). לשיטתו של Robinson. לתפישת גמול המונעת מנקמה אין חלק בתפישת המוסר הדאונטולוגית. יש להעיר כי ההצדקות שפורטו לעיל הן הצדקות כלליות לענישה, בשונה מהדיון העיוני על מידת העונש שיש להטיל על העבריין.

<sup>27</sup> על הקשר בין עקרון ההלימה לעקרון הגמול ראו: Andrew Von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, 16 CRIME AND JUSTICE 55 (1992) (להלן: Von Hirsch). הרעיון שביסוד עקרון המידתיות הוא שהסנקציה, כדי שתהיה הוגנת, חייבת להלום את אשמו של המבצע. הדרישה להוגנות קשורה לדרישה של עקיבות מוסרית – לתגמל אדם בהתחשב במעשיו ובאשמתו. אין לה שום עניין בניסיון למנוע עבירות לעתיד לבוא. עם זאת, ניתן לקשור אותו לתיאוריות תועלתניות מורכבות הרואות בהוגנות כלי ההפחתת האלימות בחברה ולאמוץ ערכי המוסר ביתר יעילות. ראו: Von Hirsch, שם, בעמ' 75.

הדרישה ליחס הולם נובעת מעקרונות בסיסיים של צדק והוגנות, אשר, בין השאר, מביאים לידי ביטוי את התחושה האנושית שעונשים המדורגים על פי חומרת העבירה הם הוגנים יותר.<sup>28</sup> מלבד היבט הצדק, משרת עקרון ההלימה שתי מטרות נוספות. ראשית, הוא תורם להגברת אמון הציבור במערכת המשפט, שכן תגובה עונשית שתיחשב לקלה מדי או לחמורה מדי, עשויה ליצור תחושת ניכור בקרב החברה כלפי מערכת המשפט הפלילי.<sup>29</sup> שנית, עקרון ההלימה מציב מודל ענישה ברור – "מידה כנגד מידה". בכך מתאפשרת השגת המטרות של אחידות ושוויון בין נאשמים.<sup>30</sup> עם זאת, עקרון ההלימה לא נועד להביא להחמרה בענישה, ועונש העולה בחומרתו על חומרת המעשה שעשה העבריין פוגע במטרות הגמול.<sup>31</sup> לבית

<sup>28</sup> שם, בעמ' 69–75. לתיאור שורשיו של עקרון הגמול במשפט העברי ובמקורות היהדות ראו פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקאות ט"ז–י"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>29</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 10. כך נכתב בדו"ח: "עיקרון ההלימה משקף את סלידת הציבור ממעשה העבירה, ומבטא באופן הראוי את מורת הרוח החברתית מהפגיעה בערכים חברתיים. כך מתגבר אמון הציבור במערכת אכיפת החוק". המלומד Robinson מכנה תפישה גמולנית המבקשת לשקף את הרגשות הציבוריים בשם "גמולנות אמפירית". לדעתו, תפישה זו נבדלת מתפישת הגמולנות הדאונטולוגית, הבוחנת את מידת אשמו של הנאשם על פי ערכים ועקרונות פילוסופיים, ומסתייגת מבחינתה על פי תפישות המוסר הרווחות בקרב הציבור. ראו: Paul H. Robinson, *Empirical Desert*, CRIMINAL LAW CONVERSATIONS, 29 (Gravery & Ferzan eds., 2009). לשיטתו של Robinson, מודל "גמולני אמפירי" משרת גם מטרות תועלתניות. אם החוק הפלילי יצור לעצמו מוניטין של חוק אמין המשקף את מערכת האמונות והדעות של החברה שבקרב הוא פועל, הוא יוכל להשיג ביתר קלות את המטרה של הפחתת הפשיעה. במצב שבו תפישת המוסר והחוק הפלילי מתיישבים היטב זה עם זה, אנשים יירתעו מלבצע עבירות פליליות יותר מאשר במקרים שבהם המוסריות של החוק שנויה במחלוקת בקרב הציבור. להרחבה ראו גם: Paul H. Robinson & John M. Darley, *The Utility of Desert*, 91 Nw. U. L. REV. 453 (1997).

<sup>30</sup> רות קנאי "יחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39, 84–88 (1993) (להלן: קנאי "יחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש"). שם נכתב: "במודל ענישה תגמולי מבוססת ההחלטה על העונש על שיקולים מוגדרים היטב. ההחלטה מהווה יישום של נורמות מוגדרות, ושיקול הדעת המופעל הוא שיקול דעת שיפוטי ביסודו. קביעת כללים מראש, והפעלת שיקולים מוגדרים היטב מביאה לאחידות בענישה ולשמירה על הזכות לשוויון, ומכאן הטענה, כי ראוי לבחור במודל ענישה גמולי משום שבו ניתן למלא באופן הטוב ביותר אחר הזכות היסודית לשוויון".

<sup>31</sup> ואכן, ממחקר שהתפרסם באפריל 2014 עולה כי רמת הענישה לא הוחמרה בעקבות

המשפט אסור להתעלם מרחשי לבו של הציבור, אך – באותה נשימה – עליו גם לדעת לשמור על עצמאות שיקול דעתו ולדחות את דרישתה של החברה להשית על הנאשם עונש חמור מכפי שמגיע לו.<sup>32</sup>

הסעיף מונה ארבעה רכיבים, והוא דורש יחס ההולם בין שני הרכיבים הראשונים לבין שני האחרונים. נעמוד להלן על הרכיבים הללו:

(1) **חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו:** רכיב זה מתחלק לשני חלקים. חלקו הראשון: "חומרת מעשה העבירה" – זוהי החומרה המושגית-מופשטת של מעשה העבירה. החומרה המושגית נבחנת בהתחשב ביסודות העבירה, שבגינה עומד הנאשם לדין;<sup>33</sup> חלקו השני: "בנסיבותיו" – אלה הן הנסיבות הקונקרטיות. מדובר בנסיבות שהן "חיצוניות" ואינן קשורות להגדרת העבירה.<sup>34</sup> נסיבות אלה הן שמבדילות בין נאשמים שונים זה מזה העומדים לדין בגין אותה עבירה, למשל – כאשר אחד הנאשמים, שלא כאחרים, ביצע את מעשה העבירה באכזריות יוצאת דופן כלפי נפגע העבירה, או ניצל לרעה את כוחו או את מעמדו ביחסיו עם נפגע העבירה.<sup>35</sup>

(2) **מידת אשמו של הנאשם:** מדובר במונח רחב אשר עשוי למצוא את ביטויו בדרכים רבות ומגוונות, מהן שנוגעות להיבט הפיסי של ביצוע העבירה, כגון חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה, ומהן שנוגעות להיבט הנפשי של הנאשם בביצוע העבירה. חשוב שבית המשפט ייתן דעתו על ההבחנה שבין חומרת המעשה לבין אשמו של הנאשם, ועל כך שייתכן, למשל, מצב שבו מעשה העבירה חמור אך אשמו של הנאשם אינו רב.<sup>36</sup>

(3) **סוג העונש:** רכיב זה מורה לנו שבית המשפט נדרש לשקול את כל סוגי הענישה העומדים לרשותו, ובהם: מאסר, עבודות שירות, שירות לתועלת

התיקון לחוק. ראו להלן, הטקסט שליד ה"ש 167.

32 דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5.

33 שם, בעמ' 14-16. נזכיר כי על פי מתווה הוועדה, חומרתה המושגית של העבירה הייתה אמורה לבוא לידי ביטוי בעונשי מוצא שייקבעו על ידי ועדה מיוחדת. על פי המתווה שהתקבל בחוק, הן החומרה המושגית הן החומרה הקונקרטית נבחנת על ידי בית המשפט. שם.

34 ככל שנסיבות אלה אינן חלק מהגדרת העבירה.

35 עמי קובו "פירוש לתיקון 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" עלון השופטים ע"ש השופט ברוך ז"ל 14, בעמ' 2 (2012).

הציבור, מאסר מותנה, קנס והתחייבות להימנע מעבירה. עונש המאסר בפועל אינו צריך שיהא ברירת המחדל העונשית.<sup>37</sup>

(4) **מידת העונש:** לאחר שבית המשפט בחר את סוג העונש הרצוי, עליו ליתן דעתו גם על מידת העונש, הכול לפי חומרת מעשה העבירה, נסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם.

לסיכום חלק זה, עקרון ההלימה הוא העיקרון המנחה בענישה – כלומר, עקרון העל שעל פיו חייב השופט לבחון את העונש אשר יושת על הנאשם. בבחירה של עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה, העדיף המחוקק את הגישה העקרונית הבוחנת את המעשה על פי ערכו הפנימי, על פני הגישה התועלתנית שמטרתה לקדם מטרות חיצוניות, כגון הפחתתה של רמת הפשיעה.<sup>38</sup> עם זאת, כפי שנראה בהמשך, במודל הענישה שנקבע הושאר גם מרחב מסוים לשיקולים תועלתניים.

#### 4. שלבי הליך גזירת הדין

עד עתה פירטנו את השיקולים ואת העקרונות שחוק העונשין נשען עליהם. כעת נפנה לבחון כיצד יש ליישם שיקולים אלה הלכה למעשה. החוק מבנה את שיקול דעתו של השופט באמצעות יצירת הליך תלת-שלבי של גזירת הדין: **בשלב הראשון**, קובע בית המשפט מתחם עונשי הולם, לפי העיקרון המנחה בענישה – עקרון ההלימה. **בשלב השני**, נדרש בית המשפט לבחון אם יש מקום לסטות מן המתחם שקבע. סטייה לקולא מותרת רק מטעמים של שיקום, וסטייה לחומרה

<sup>37</sup> לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 16. בהצעה המקורית אף נקבע במפורש כי "לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר". ראו דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25. בימינו קשה לתאר מערכת ענישה בלא מאסר בפועל, אך יש לזכור שהשימוש התדיר בעונש זה הוא חדש יחסית – כמאתיים שנים. על רקע חסרונותיו הגדולים של עונש המאסר בפועל קמה התנועה "האבולוציוניסטית" אשר אחת ממטרותיה היא להביא לביטולו. ראו: סנג'רו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 257-260; אברהם טננבוים "הגישה האבולוציוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית?" **שערי משפט** ב(3) 261 (2001); טלי גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" **משפטים** מג(2) 775 (2013).

<sup>38</sup> עמד על כך בית המשפט באומרו כי "מקרב מטרות הענישה השונות, תיקון 113 מעניק בכורה, אם כי לא בלעדיות, לעקרון ההלימות, הוא – עקרון הגמול". דברים אלה נאמרו בפרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקה 21 לפסק דינו של השופט סולברג.



מותרת רק מטעמים של הגנה על שלום הציבור. אם מצא שאין מקום לסטות מן המתחם, נדרש בית המשפט לעבור לשלב השלישי ובו הוא מצווה לקבוע את העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם, בהתבסס על שיקולי הרתעה אישית או כללית ועל מגוון שיקולים ונסיבות שאינם קשורים לביצוע העבירה ואשר אינם משליכים על חומרת העבירה הנדונה.<sup>39</sup> הקפדה על הפרדה בין השלבים השונים היא חשובה. היא נועדה להגשים את תכליתו של התיקון בקידום ערכים של שוויון, עקביות ואחידות בענישה. עמד על כך השופט פוגלמן בפרשת דבס: "כדי שהתיקון יגשים את תכליתו, נודעת חשיבות רבה להפרדה בין השלבים. בעוד שהשלב הראשון משקף אמת מידה נורמטיבית-אובייקטיבית, שני השלבים האחרים מביאים בחשבון את מאפייניו הסובייקטיביים-אישיים של הנאשם. הפרדה זו נועדה לאפשר התפתחות הדרגתית של מתחם ענישה הולם המתמקד בנסיבות העבירה, שניתן יהיה ליישמו באופן אחיד, עקיב ושוויוני בנסיבות עבירה דומות, באופן שעולה בקנה אחד עם עקרון הענישה".<sup>40</sup>

#### א. שלב ראשון: קביעתו של מתחם העונש ההולם

סעיף 40ג(א) לחוק העונשין קובע כך:

"בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט".

סעיף זה מתחלק לשניים. החלק הראשון מורה לבית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם לפי העיקרון המנחה בענישה. החלק השני קובע את השיקולים שבית המשפט נדרש לשקול לשם קביעת המתחם. שיקולים אלה הם פירוט של שני הרכיבים

<sup>39</sup> ראו גם ע"פ 2918/13 דבס נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 18.7.2013), פסקה 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (להלן: פרשת דבס). ניתן גם להשקיף על תהליך הענישה כעל הליך דו שלבי, כאשר בשלב הראשון יש לקבוע את מתחם הענישה. בשלב השני יש לבחון אם לסטות מהמתחם או לקבוע עונש בתוכו. נוסף לכך, בפרשת סעד, עמד השופט סולברג על קיומו של שלב מקדמי שבו נדרש בית המשפט לבדוק ולהכריע אם מדובר במקרה הנדון באירוע אחד או שמא בכמה אירועים נפרדים. אם מדובר באירוע אחד, יש להמשיך בהתאם לשלבים המתוארים לעיל. לתרשים הממחיש באופן בהיר את שלבי גזירת הדין, ראו שם, בפסקה 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

<sup>40</sup> פרשת דבס, שם.

הראשונים שעליהם עמדנו בעת הדיון בסעיף 40א לחוק העונשין: "חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו" ו"מידת אשמו של הנאשם", בתוספת שיקול נוסף שהוא "מדיניות הענישה הנהוגה". את הדיון בסעיף 40ג נערוך לפי חלוקה כדלקמן: תחילה נעמוד על משמעות הביטוי "מתחם עונש הולם", על ההיגיון שבבסיסו, על רוחבו ועל העונשים הכלולים בתוכו. לאחר מכן נעבור לבחון כל אחד מן השיקולים המשמשים לקביעת המתחם.

### (1) מתחם העונש ההולם

סעיף 40ג(א) לחוק מורה לבית המשפט לקבוע מתחם של עונש הולם. המונח "מתחם" מלמד שאין מדובר במידה מדויקת של עונש אלא בטווח של ענישה. בית המשפט נדרש לקבוע רף עונשי עליון ורף עונשי תחתון, וביניהם – לגזור את העונש המתאים לנאשם. כלומר, עקרון ההלימה עשוי לבוא לידי ביטוי באמצעות מנעד של עונשים שיבואו בתחומו ושייחשבו כולם לעונש הולם.<sup>41</sup> עולה השאלה מדוע בחר המחוקק לבטא את עקרון ההלימה באמצעות מתחם עונשי. שאלה זו מתחדדת לנוכח העובדה שהצעת החוק הורתה על קביעת עונש הולם לנאשם, ולא על יצירת מתחם הולם.<sup>42</sup> ניתן למנות כמה סיבות להחלטה זו. ראשית, העיקרון שלפיו יש להשית על הנאשם עונש ההולם את חומרת מעשיו ברור אולי ברמה העיונית, אך אין זה ברור כיצד ניתן ליישמו בקביעת עונש מדויק. קשה לקבוע איזה סוג של עונש ואיזו מידה של עונש הולמים בדיוק את העבירה. לפיכך, נכון יותר להורות על מתחם ולא על עונש מדויק.<sup>43</sup> שנית, יצירת מתחם מאפשרת לבית המשפט להביא

<sup>41</sup> לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 17.

<sup>42</sup> סעיף 40ג(א) להצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446.

<sup>43</sup> לשיטה של קביעת מתחם או טווח קיים גם עיגון בספרות העיונית. ניתן למצוא שלוש גישות אפשריות לבעיה זו: הגישה הראשונה, שבה בחר המחוקק הישראלי, היא גישת הטווח. לפי גישה זו, עקרון ההלימה, מעצם מהותו, אינו יכול לספק לנו יותר מגבולות ענישה הולמים. בתוך הגבולות יש לגזור את העונש המתאים לנאשם בהתבסס על שיקולים אחרים; לפי הגישה השנייה, באמצעות שימוש בעקרון ההלימה ניתן לגזור לנאשם עונש מדויק; גישה שלישית, מבקשת להבחין בין שני אופני דירוג ענישה – "קרדינלי" ו"אורדינלי". הראשון בוחן את מידת החומרה המוחלטת של מעשה עבירה נתון, והאחרון בוחן את מידת החומרה היחסית של מעשה העבירה, ביחס לעבירות אחרות. בניית "תפריט" ענישה לעבירות חייבת להתחיל בבחינה קרדינלית. בשלב הראשון, כל העבירות "נקיות" ממספר עונשי הנקוב לצידן, ולכן קביעת העונש הראשון אינה יכולה להיעשות בהשוואה לעונשים הנקובים לצד עבירות אחרות. נקודת העיגון העונשית הראשונה – "הקרדינלית" – היא שרירותית בהכרח, ומשתנה לפי הקונבנציה

בחשבון שיקולים חשובים נוספים בקביעת העונש. ישנם שיקולים נוספים שראוי וצודק להתחשב בהם, אך אי אפשר להביאם לידי ביטוי באמצעות עקרון ההלימה.<sup>44</sup> יצירתו של מתחם עונשי הולם מאפשרת להביא שיקולים אלה בחשבון בתוך גבולותיו של מתחם העונש ההולם.<sup>45</sup>

כאמור, לפי הוראת הסעיף, את מתחם העונש ההולם יש לקבוע לפי חומרת העבירה ולפי מידת אשמו של הנאשם בנסיבות המקרה. אין מדובר במתחם הנגזר רק מחומרתה המושגית של העבירה כהגדרתה בחוק, אלא במתחם הנקבע לפי חומרת העבירה בנסיבות ביצועה. עמד על כך השופט שהם: "לא ניתן, לטעמי, לקבוע אפריורית מתחם ענישה הולם אחיד לכל עבירה ועבירה, וגם לא יהיה נכון לנסות וללכת בדרך זו, שכן היא חותרת תחת הוראותיו, נוסחו ורוחו של תיקון 113,"<sup>46</sup> והוסיף השופט סולברג: "אין זה מן הנמנע כלל, שלאותה עבירה יהיו כמה מתחמי ענישה שונים הנגזרים מן הנסיבות הספציפיות שבהן נעברה".<sup>47</sup>

לפיכך, יש לקבוע מתחם עונש הולם אשר יביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות של ביצוע העבירה. מתחם העונש ההולם יכול שייקבע באופן כללי בכל הנוגע לעבירות זהות המתבצעות בנסיבות דומות. על השפעתן של נסיבות ביצוע העבירה

---

החברתית השלטת באותה העת. לעומת זאת, הדירוג היחסי בין העבירות – "האורדנלי" – המתאפשר לאחר בחירתה של נקודת העיגון הראשונית, הוא "מדויק", במובן זה שהוא מצליח לאתר איזו עבירה חמורה מרעותה ולקבוע את עונשה בהתאם. להרחבה ראו: Von Hirsch, לעיל ה"ש 27, בעמ' 75–85; סבה וויינריב, לעיל ה"ש 5, בעמ' 115–128; Norval Morris, *Desert as a Limiting Principle*, in *PRINCIPLED SENTENCING* 201, 201–206 (Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 1992); Andrew Von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment: From "Why Punish?" To "How Much?"*, 25 ISRAEL L. REV. 549 (1991).

<sup>44</sup> רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147, 154–158 (1999) (להלן: קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג").

<sup>45</sup> מודל שבו רק הרף העליון והתחתון נקבעים לפי שיקולים גמוליים, ואילו שיקולי ענישה נוספים באים בחשבון בגדרי המתחם, מכונה "גמולנות מגבילה". ראוי לציין שהחוק הישראלי סוטה במידת-מה ממודל הגמולנות המגבילה, שכן – כפי שנראה בהמשך – ניתן בנסיבות מסוימות לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל טעמים של שיקום או של הגנה על שלום הציבור (שיקולים שאינם גמולניים).

<sup>46</sup> רע"פ 4088/13 הדרי נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 11.6.2013), פסקה 6 לפסק דינו של השופט שהם.

<sup>47</sup> פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקה 23 לפסק דינו של השופט סולברג.

על עיצוב מתחם העונש ההולם עמדה השופטת ארבל: "דומני כי רוחב המתחם שייקבע תלוי במורכבות העבירה הנדונה, כלומר במידת השונות שבנסיבות ביצועה. ככל שתהיינה יותר נסיבות רלבנטיות, המשליכות על חומרת המעשה, הרי שהמתחם יעוצב בצורה פרטנית, קונקרטית ומדויקת יותר בהתאם לנסיבות אלה".<sup>48</sup> השופט ג'ובראן גם הוא הדגיש את הצורך לקבוע מתחם בהתחשב בנסיבות ביצועה של העבירה: "אין לקבוע מתחם ענישה כללי, הכולל קשת רחבה מאוד של מעשים אפשריים [...] עלינו לזהות את מתחם הענישה הראוי לקבוצות מעשים הדומים בנסיבותיהם".<sup>49</sup> ובדומה, הדגיש השופט פוגלמן כי קביעת מתחם המתייחס לסוג העבירה ולא לנסיבותיה חוטאת לתכליתו של תיקון מס' 113.<sup>50</sup>

למתחם העונש ההולם נודעת השפעה מכרעת על העונש הסופי אשר ייגזר על הנאשם. גבולות המתחם הם הרף התחתון והרף העליון לעונש שייגזר על הנאשם, וכפי שיפורט בהמשך, הם שיכתיבו את המשקלות היחסיים אשר יינתנו לכל אחד מהשיקולים הרלוונטיים לעונש. זאת ועוד, גם סוג העונש אשר ייגזר על הנאשם תלוי במישרין בסוגי העונשים אשר ייקבעו במתחם. נמצא שמתחם העונש ההולם מכתוב הן את סוג העונש שייגזר על הנאשם והן את מידתו.

בהתאם לסעיף 40 לחוק, עקרון ההלימה מחייב לבחון לא רק את "מידת העונש", אלא גם את "סוג העונש". בחוק העונשין אין כל הגבלה על סוגי העונשים אשר ניתן לקבועם כחלק ממתחם העונש ההולם. לאור כך, המתחם עשוי לכלול את כל סוגי העונשים, כגון צו מבחן, צו שירות לתועלת הציבור, התחייבות להימנע מעבירה, קנס, מאסר על-תנאי, מאסר בעבודות שירות ומאסר בפועל. המתחם עשוי להיות מורכב מרכיב אחד של ענישה, למשל מאסר בפועל לפרק זמן שבין שנתיים לארבע שנים, או מרכיבי ענישה אחדים,<sup>51</sup> למשל בין חצי שנה של עבודות

<sup>48</sup> ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 5.6.2013), פסקה 8 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>49</sup> ע"פ 7655/12 פייסל נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 4.4.2013), פסקה 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. פסק דין זה הוסיף והדגיש שיש להימנע ממצב "שבכל מקרה ומקרה יומצא הגלגל מחדש".

<sup>50</sup> פרשת דבס, לעיל ה"ש 39, בפסקה 7 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

<sup>51</sup> ראו למשל: ת"פ (שלום כפ"ס) 10-07-34044 מדינת ישראל נ' שבי (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 24.4.2012). בפרשה זו נקבע מתחם ענישה שבין מאסר על-תנאי של שישה חודשים לבין שישה חודשי עבודות שירות בגין שתי עבירות של איומים על עובד ציבור; ת"פ (שלום רמלה) 11-02-50491 מע"מ רמלה נ' ביטון (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 4.6.2012). בפרשה זו נקבע שמתחם העונש ההולם בגין 21 עבירות של אי הגשת דו"ח

שירות לבין שנתיים של מאסר בפועל, או, למשל, בין מאסר על-תנאי למשך שנה וקנס בסך 5,000 ש"ח לבין שישה חודשי מאסר בעבודות שירות וקנס בסך 1,000 ש"ח.

מתעוררות שאלות באשר לאמצעים הבאים לידי ביטוי בגזירת הדין אך אינם מוגדרים כ"עונש" ואם הם אמורים להוות חלק ממתחם העונש ההולם או מהעונש המתאים לנאשם במסגרתו:

(1) **אי הרשעה** – אי הרשעה אינה עונש.<sup>52</sup> האפשרות להימנע מהרשעה אינה מנויה בפרק ו' לחוק העונשין, שכותרתו "דרכי ענישה", אלא בחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.<sup>53</sup> השיקול העיקרי המנחה את בית המשפט בהחלטה שלא להרשיע את הנאשם הוא יחס בלתי מידתי בין התועלת שבהרשעת הנאשם לבין הנזק שעתיד להיגרם לו כתוצאה מכך.<sup>54</sup> שיקול זה אינו חלק ממערך השיקולים המנחה את השופט בקביעת מתחם העונש ההולם. לכאורה, השיקולים המשמשים ליצירת המתחם שונים מהשיקולים המשמשים להחלטה באשר לאי הרשעה. אולם בית המשפט, בהחלטתו להימנע מהרשעה, חייב ליתן דעתו על העיקרון המנחה ועל שאר העקרונות הקבועים בחוק. ככל שמעשה העבירה חמור יותר, וככל שמידת אשמו של הנאשם רבה יותר, כך החשיבות של הטלת עונש ששייב לנאשם כגמולו לפי עקרון ההלימה גוברת גם היא. על כך יש להוסיף את העובדה שהכרעה של אי הרשעה כובלת את בית המשפט לגזירת עונשים מסוימים בלבד – כגון שירות לתועלת הציבור – ומונעת ממנו להטיל עונשי מאסר או קנס. בכך ניתן לזהות קיומם של יחסי תלות בין ההכרעה בדבר אי הרשעה להכרעה בדבר קביעת המתחם ההולם.<sup>55</sup>

לפי חוק מס ערך מוסף, התשל"ו-1975, ס"ח התשל"ו, בעמ' 52, נע בין מאסר על-תנאי לבין עונש של מאסר בפועל בן 12 חודשים.

<sup>52</sup> ראו את דבריו של השופט קרשן בת"פ (שלום כפ"ס) 51799-12-10 מדינת ישראל נ' זגדון (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 19.3.2013), פסקה 7 לפסק דינו.

<sup>53</sup> האפשרות מצוינת בסעיף 192א לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח התשמ"ב, בעמ' 43.

<sup>54</sup> ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337 (1997).

<sup>55</sup> ניתן להשקיף על יחסי תלות אלה גם מנקודת מבט שונה, ולפיה המתחם, או הפעלת החריג לו, הוא זה שמאפשר לבית המשפט במקרים מסוימים לבחון אי הרשעה. כך או כך, ההכרעה בדבר אי הרשעה קשורה קשר הדוק להכרעה בדבר קביעת המתחם ההולם.

- (2) **חילוט ופיצויים** – שני אמצעים אלה אינם בגדר עונש.<sup>56</sup> באשר לחילוט, נקבע שהוא "אינו עונש במשמעותו המובהקת של מושג זה ותכליתו אינה 'עונשית'".<sup>57</sup> באשר לפיצוי לפי סעיף 77 לחוק העונשין, נקבע שתכליתו ומהותו הן אזרחיות ואין הוא בגדר "עונש".<sup>58</sup> חרף זאת, מתעוררת השאלה אם חילוט ופיצויים משפיעים בדרך כלשהי על קביעתו של מתחם העונש ההולם. לדעתנו, נראה כי, בעקיפין, יש בהם כדי להשפיע. הטעם לכך הוא שגובה הקנס (שהוא עונש שנשקל כחלק ממתחם העונש ההולם) תלוי לעתים בקיומו של פיצוי ובגובהו, וניתן להניח שמתקיימים ביניהם יחסי תלות הדדיים. דברים דומים ניתן לומר גם באשר לחילוט.
- (3) **הפעלת מאסר על-תנאי** – בפרשת חמזה נדונה שאלת השפעתו של עונש מאסר על-תנאי, שעמד נגד הנאשם, על מתחם העונש ההולם.<sup>59</sup> לטענת הסניגור, טעה בית המשפט דלמטה בכך שלא הביא בחשבון את עונש המאסר על-תנאי שהיה תלוי ועומד נגד המערער ועתיד להתווסף לעונש בגין העבירה הנוכחית. בית המשפט המחוזי דחה את הטענה וקבע שקיומו של מאסר על-תנאי אין בו כדי להשפיע על עיצובו של המתחם: "מאסר על תנאי הוא נתון שהמערער או אחרים במצבו סוּחב על שכמו, ואין לו קשר למתחם הענישה בתיק הספציפי שדובר בו". לשיטתנו, לא יכול להיות חולק על כך כי אין מדובר בנסיבה האמורה להשפיע על המתחם עצמו, אך ייתכן שיהיה בה כדי להשפיע על העונש המתאים בתוך גבולותיו של המתחם. זאת, כיוון שמדובר למעשה בעבר פלילי עם מאסר על-תנאי תלוי ועומד. עם זאת, העובדה שיופעל תנאי המאסר, אינה נסיבה רלוונטית לעניין העונש המתאים לעבירה החדשה שאותה

<sup>56</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25. בסעיף 8(א) להצעת הרוב לא נכללו סעיפים אלה כרכיבי ענישה.

<sup>57</sup> ע"פ 7475/95 מדינת ישראל נ' בן שטרית, פ"ד נב(2) 385, 410 (1998).

<sup>58</sup> רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418 (2002); וראו רע"פ 9727/05 גליקסמן נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(2) 802, פסקה 13 לפסק דינה של השופטת ביניש (2007) (להלן: פרשת גליקסמן), אשר בו היא מציינת כי הקביעה שמדובר בהליך "אזרחי" אינה כה פשוטה, והתשובה לה אינה חדה וברורה. לשיטתה, מדובר בהוראת חוק מורכבת, שהיא בעלת היבטים עונשיים לצד מאפיינים אזרחיים.

<sup>59</sup> עפ"ג (מחוזי ת"א) 12-12-37323 מדינת ישראל נ' חמזה (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 18.2.2013).

ביצע הנאשם ויש לדון בה בשלב ההכרעה בשאלת החפיפה או צבירת העונשים.

## (2) רוחב המתחם

להגדרת רוחבו של מתחם העונש ההולם – לרבות קביעת סוגי העונשים שבמתחם – נודעת השפעה מכרעת על סוגו של העונש הסופי ועל מידתו. חרף זאת, אין בחוק כל הנחיה באשר לרוחבו הרצוי של המתחם או הגבלה באשר להיקפו.<sup>60</sup> ככל שמתחם העונש צר יותר, כך גדל משקלו של עקרון ההלימה בנוגע לשיקולי הענישה בתוך המתחם, ולהיפך. לשם המחשה נציג דוגמה: נניח שבעבירת התפרצות ממוצעת ייקבע מתחם עונש הולם שינוע בין שנת מאסר לשנתיים וחצי שנות מאסר. במצב כזה, המשקל שיהיה ניתן לתת לשיקולים מקילים, כגון הפגיעה של העונש בנאשם או במשפחתו, חזרתו למוטב של הנאשם וקבלת אחריות למעשיו, יהיה מוגבל ולא יאפשר לבית המשפט להטיל עונש הנופל משנת מאסר. לעומת זאת, אם ייקבע מתחם עונשי הולם רחב יותר, נניח בין עונש של שישה חודשי מאסר שניתן לרצותם בעבודות שירות לבין שלוש שנות מאסר בפועל, יוכל בית המשפט ליתן משקל רב יותר לנסיבות המקילות (שאינן קשורות לביצוע העבירה), ולגזור על הנאשם עונש המתחשב יותר בנסיבותיו האישיות של הנאשם. ההכרעה בעניין רוחב המתחם אינה פשוטה. מצד אחד קבע המחוקק את עקרון ההלימה כעיקרון המנחה בענישה. קביעת מתחם רחב מדי עשויה לרוקן עיקרון זה מכל תוכן ממשי. מצד אחר, הגדרה צרה מדי של המתחם עלולה לפגוע בעקרון האינדיווידואליזציה בענישה המחייב התייחסות פרטנית לכל נאשם ונאשם. נמצא אפוא שרוחב המתחם צריך שיהא צר באופן שיאפשר מתן ביטוי הולם וממשי לחומרת העבירה ולאשמו של הנאשם. בו בזמן עליו לאפשר התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה והתאמת העונש למידותיו האישיות של הנאשם ולנסיבותיו הפרטניות. כך גם עולה מפסיקתו של בית המשפט העליון לגבי רוחבו הרצוי של המתחם:

”החוק אינו מגדיר את היקפו הרצוי של מתחם העונש, אך ברי כי מתחם רחב מדי, המסוגל להכיל שלל מעשים ונסיבות, כך שכל תוצאה עונשית 'תיתפס' בתוכו, איננו מתחם ראוי, שכן הוא ירוקן

<sup>60</sup> רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 196, בעמ' 4, 7 (2013), ציינה, שגם נורבל מוריס (Norbel Morris), שפיתח את הרעיון של "מתחם העונש ההולם", לא הגדיר את רוחב המתחם.

מתוכן את תכלית החוק [...] במקביל, ניכרת בפסיקה מגמה המתנגדת גם לקביעת מתחם צר מדי, לבל ניאלץ 'להמציא את הגלגל' בכל פעם מחדש",<sup>61</sup> ובפרשה אחרת: "המחוקק אמנם לא התייחס להיקפו הרצוי של מתחם הענישה, [...] ברי כי מתחם רחב מאוד לא ישרת את תכליתו של תיקון 113".<sup>62</sup>

### (3) השיקולים המשמשים לקביעת מתחם העונש ההולם

סעיף 40ג(א) לחוק העונשין מונה שלושה רכיבים שבית המשפט נדרש להתחשב בהם בקביעתו של מתחם העונש ההולם: הערך החברתי שנפגע ומידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות הקשורות לביצוע העבירה. משיקולים אלה ניתן לגזור שלושה רכיבי פעולה לשם קביעת המתחם. **רכיב ראשון** – קביעת החומרה המושגית של מעשה העבירה באמצעות בחינת הערך החברתי המוגן; **רכיב שני** – קביעת החומרה הקונקרטית של העבירה באמצעות בחינת הנסיבות הקשורות לביצועה; **רכיב שלישי** – שמירה על מידת-מה של רצף עונשי על ידי התחשבות במצב שקדם לחקיקת תיקון מס' 113 באמצעות בחינתה של מדיניות הענישה הנהוגה.

כפי שנפסק, מתחם העונש ההולם הוא "אמת-מידה נורמטיבית" המשקללת מגוון שיקולים לצורך קביעת היקפו של המתחם וסוגי העונשים אשר ייכללו בו. מחד גיסא, מתחם העונש אינו מיועד להביא בחשבון נסיבות שאינן קשורות לביצוע

<sup>61</sup> פרשת חסן, לעיל ה"ש 48.

<sup>62</sup> פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקה 24 לפסק דינו של השופט סולברג. וראו גם עניין פלוני, לעיל ה"ש 18, בסעיף 21 לפסק דינו של השופט מלצר: "לאותה עבירה בספר החוקים ייתכנו מספר תת-מתחמי-ענישה, אולם לא מתבקש כי בכל מקרה ומקרה ייקבע מתחם נקודתי, שיחול רק במקרים זהים לחלוטין. מצד שני יש להיזהר מהכללה רחבה מדי, או צרה מדי, ואבהיר: הכללה צרה מדי תיווצר כאשר ההתבוננות שתיעשה לגבי כל מקרה ומקרה תראה בו כבעל נסיבות ייחודיות, כך שלכל עבירה בספר החוקים ייווצרו עשרות רבות של תתי-מתחמי-ענישה. מתוצאה זו יש להימנע – כדי להשיג אחידות, אשר לשמה נחקק תיקון 113, שכן במידה וכל מקרה יאובחן כשונה מנסיבותיהם של יתר המקרים שכבר נידונו בפסיקה, אזי יש חשש כי בכל עניין יקבע מתחם ענישה פרטני, שאינו שונה רבות מגזירת דין ספציפית בכל מקרה – ללא כל מתחם ענישה. הכללה רחבה מדי – תיווצר מן העבר השני, כאשר מתחם הענישה יקבע רק על פי מספר הסעיף בחוק. לכן דרושה חלוקה, ולו בסיסית, לסוגי המקרים הבאים בקרבו של הסעיף" (ההדגשות במקור).



העבירה, ובכללן נסיבותיו האישיות של הנאשם. מאידך גיסא, "אין בכך כדי לגרוע מהצביון האינדיבידואלי [של המתחם]", שכן הוא נקבע, בין השאר, בהתחשב בנסיבות הקונקרטיות של ביצוע העבירה ובהתייחס למידת אשמו של הנאשם המסוים באותו מקרה.<sup>63</sup>

**רכיב ראשון: קביעת החומרה המושגית של מעשה העבירה באמצעות בחינת הערך החברתי המוגן – בבחינת הערך החברתי המוגן ומידת הפגיעה בו באה לידי ביטוי חומרתה המושגית של העבירה לפי הגדרתה.**<sup>64</sup> לבחינת הערך החברתי המוגן נודעת חשיבות רבה בקביעתו של מתחם העונש ההולם. אין דומה נאשם שביצע עבירה, שהערך המוגן שבבסיסה הוא הגנה על חיי אדם, לנאשם שביצע עבירה שהערך המוגן שבבסיסה הוא הגנה על רכושו של אדם.<sup>65</sup> את חומרת העונש יש למדוד תחילה לפי חומרת העבירה המושגית, ולאחריה יובאו בחשבון גם הנסיבות הקונקרטיות ומידת אשמו של הנאשם בכל מקרה ומקרה. על משמעו של הערך החברתי המוגן שביסוד העבירה עמד בית המשפט בפרשת פלוני:<sup>66</sup>

"ערך מוגן הוא אינטרס חברתי, ערך שהחברה מבקשת להגן עליו באמצעות המשפט הפלילי, ואשר הפגיעה בו היא מהותה של העבירה. מכאן שהגרעין של כל עבירה הוא פגיעה בערך המוגן – הוא סיבת העבירה – ופשר קיומה. תכלית השמירה על הערכים המוגנים היא הבטחת התנאים הדרושים לקיומה ולהתפתחותה של החברה על ידי הגנה על האינדיבידואל, מהווה את גרעינה של החברה. כלל יסוד בדיני העונשין הוא שההתנהגות המוגדרת כעבירה פלילית תהיה אסורה לא רק משום שהמחוקק מאיים בעונש על ביצועה, אלא משום שאינה מתיישבת עם תודעת הציבור וערכיו. למרות זאת דיני העונשין אינם מקיפים את כל כללי החברה והמחוקק רשאי להגדיר התנהגות מסוימת כעבירה פלילית רק אם ההתנהגות פוגעת או מסכנת ערך חברתי חשוב וחיוני לתפקודה התקין של החברה ולהתפתחותה."

<sup>63</sup> פרשת גליקסמן, לעיל ה"ש 58, פסקה 7 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>64</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 15-16.

<sup>65</sup> שם.

<sup>66</sup> תפ"ח (מחוזי י-ם) 667/09 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-מח 2012(1) 17709, פסקה 97 לפסק דינו של השופט דרורי (2012).

על הערך החברתי המוגן שביסוד העבירה וחשיבותו לפי תפישת החברה ניתן ללמוד מלשון העבירות, ממיקומן בחקיקה הפלילית ומהעונש שנקבע בצידן.<sup>67</sup> בבחינת הערך החברתי המוגן נדרש בית המשפט להביא בחשבון כמה שיקולים:

- (1) הנזק שנגרם לערך המוגן או הסיכון לנזק, הכול לפי הגדרת העבירה: מבחן זה נועד להבחין בין רמות חומרה נבדלות של עבירות הבאות להגן על אותו אינטרס. יסוד הנזק מסביר, למשל, את ההבדל בחומרה בין עבירת תקיפה שבה יסוד הנזק הוא ערטיילאי ואינו נמנה עם היסודות העובדתיים של העבירה, לבין גרימת חבלה שבה יסוד הנזק הוא ממשי ונמנה עם יסודות העבירה (כרכיב תוצאתי הנובע מההתנהגות).
- (2) מיהות הקרבן: ההגנה על קרבנות מיוחדים, כגון קטינים או קשישים, מוסיפה לחומרת העבירה. הכוונה היא לאותם מקרים שבהם הקרבן המיוחד מוגדר כחלק מיסודות העבירה,<sup>68</sup> שאם לא כן המיהות המיוחדת תיחשב לנסיבה מחמירה.
- (3) היסוד הנפשי הנדרש בעבירה: מבחן זה, בדומה למבחן הנזק, נועד להבחין בין רמות חומרה נבדלות של עבירות הבאות להגן על אותו אינטרס, באמצעות בחינת היסוד הנפשי. עבירות הדורשות כוונה הן חמורות יותר מעבירות המסתפקות בפזיזות, ואלה חמורות יותר מעבירות המסתפקות ברשלנות. הבחנות דקות יותר בכל הנוגע למידת האשם אינן מופיעות בהגדרת העבירה, וייבחנו על בסיס הנסיבות הקונקרטיות.
- (4) המניע המצוין בהגדרת העבירה: למניע אשר הביא לביצוע ההתנהגות האסורה יש השפעה על חומרת העבירה. כך, לדוגמה, יש לראות בחומרה יתרה עבירה שנעשתה מתוך מניע של גזענות.<sup>69</sup>

חשוב להדגיש שלעתים יסודות עובדתיים הקבועים בעבירה, והמגדירים את חומרתה המושגית, ישמשו גם כנסיבות הקשורות לביצוע העבירה שאינן נמנות עם יסודותיה והנבחנות בשלב בדיקת החומרה הקונקרטית. אמנם יסוד עובדתי, שיובא

<sup>67</sup> שם, בפסקה 98 לפסק דינו של השופט דרורי. לכך יש להוסיף כי לצד העונש המירבי הקבוע בעבירה, גם לעונש המינימום, אם קבוע לעבירה, יש חשיבות והשפעה על חומרת העבירה.

<sup>68</sup> ראו, למשל, את העבירה של תקיפת קטין או חסר ישע לפי סעיף 3368 לחוק העונשין, או העבירה של התעללות בקטין או בחסר ישע לפי סעיף 3368 לחוק העונשין.

<sup>69</sup> סעיף 1144 לחוק העונשין.

בחשבון בשלב בחינת החומרה המושגית של העבירה, לא יבחן שוב בשלב שבו נבחנות הנסיבות הקונקרטיות. מסקנה אחרת תביא להחמרה בלתי מוצדקת עם הנאשם. אולם עשויים להיות מקרים שבהם תידרש בחינה כפולה. אלה הם מקרים שבהם הנסיבה הקונקרטית היא כה חמורה עד שיש לומר כי לא הובא מלוא חומרתה בחשבון במהלך הבחינה המושגית. לדוגמה, כאשר נאשם עומד לדין בגין עבירה של אינוס קטינה,<sup>70</sup> גיל הקרבן – קטינה שטרם מלאו לה 14 שנים – הוא חלק מן היסוד העובדתי של העבירה וישפיע על הערכת החומרה כבר בשלב המושגי. עם זאת, תהיה חשיבות לגיל המסוים גם בשלב הנסיבות הקונקרטיות. יש להניח שבבחינה המושגית של יסוד הקטינות שבעבירה, השופט משווה לנגד עיניו נסיבות "רגילות" לביצועה, כגון מקרים שבהם הקטינה היא בת 13 או 12 שנים. כאשר גיל הקטינה נמוך במיוחד – למשל, כאשר מדובר בקטינה בת שלוש – יש מקום להתחשב בנתון זה פעם נוספת בשלב בחינת הנסיבות הקונקרטיות.<sup>71</sup>

**רכיב שני: קביעת החומרה הקונקרטית של העבירה באמצעות הנסיבות הקשורות לביצועה** – סעיף 40ט לחוק העונשין, שכותרתו "נסיבות הקשורות בביצוע העבירה", קובע כך:

"בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40א(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם".

בשלב הראשון, בוחן בית המשפט את החומרה המושגית של מעשה העבירה. בשלב השני, נדרש בית המשפט לבחון את חומרת העבירה הקונקרטית באמצעות שלל נסיבות שאינן נמנות עם יסודות העבירה והמפורטות בסעיף 40ט לחוק. אף שרשימת הנסיבות המנויה בסעיף היא רשימה פתוחה (כאמור בסעיף 40יב לחוק), יש לשים לב שעניינה הוא רק בנסיבות הקשורות לביצוע מעשה העבירה. נסיבות שאינן קשורות לביצוע מעשה העבירה, ובראשן "נסיבות אישיות", לא ינחו את בית המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> בהתאם לסעיף 345א(3) לחוק העונשין.

<sup>71</sup> קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 44, בעמ' 175-178.

<sup>72</sup> שם, בעמ' 157.

הואיל ומתחם העונש ההולם נגזר גם מהחומרה המסוימת של העבירה, ייתכנו מקרים שבהם יקבעו מתחמי ענישה נבדלים לעבירות זהות. כך יקרה כשחומרת המעשה הקונקרטי ואשמו של הנאשם ישתנו ממקרה למקרה. ייתכנו גם מצבים שבהם ייקבעו מתחמים נבדלים של עונש הולם לנאשמים שביצעו בצוותא אותה עבירה ממש. מנגד, ייקבעו מתחמים דומים במצבים שבהם לא תימצא שונות רלוונטית בחומרת מעשי העבירות, באשם של הנאשמים ובנסיבות הקשורות לביצוע כל אחד מהמעשים. זאת ועוד, וכעולה מן הסיפא של הסעיף, על בית המשפט להתחשב בנסיבות אלה ככל שהן משפיעות על חומרתו של מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם. אם אחת הנסיבות נבחנה בשלב של בדיקת החומרה המושגית, הרי שהיא אינה משפיעה עוד על החומרה הקונקרטית, ואין להתחשב בה שנית.

לסיכום, ניתן לשקול בשלב זה כל נסיבה הקשורה לביצוע העבירה, גם אם אין היא מנויה ברשימה שבסעיף 40ט לחוק העונשין, אם יש בה כדי להשפיע על חומרת המעשה ועל מידת האשם של הנאשם.

כאמור בסעיף 40ט(ב) לחוק העונשין, הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א) מתחלקות לשלוש קבוצות: הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א)(1) עד 40ט(א)(5) לחוק הן נסיבות העשויות לשמש הן לקולא והן לחומרה; הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א)(6) עד 40ט(א)(9) לחוק עשויות לשמש לקולא בלבד; הנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א)(10) ו-11 לחוק עשויות לשמש לחומרה בלבד.

להלן פירוט הנסיבות אחת לאחת:

(1) "התכנון שקדם לביצוע העבירה" – אדם שפוגע בערך החברתי המוגן מתוך שיצרו גבר עליו, אינו דומה לאדם המתכנן את מעשיו בקפידה ובקור רוח. ככל שקדם למעשה העבירה תכנון רב יותר, כך מידת אשמו של הנאשם גדולה יותר.

(2) "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם" – נסיבה זו מתחלקת לשני חלקים. החלק הראשון עוסק בחלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה. ככל שחלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה גדול יותר, כך גם אשמו גדול. ככל שחלקו של הנאשם בביצוע העבירה קטן יותר, כך מידת אשמו פחותה.<sup>73</sup> החלק השני עוסק

<sup>73</sup> ראו גם הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 449. בדברי ההסבר לסעיף 140(ב)(6) להצעה, שנוסחו: "בביצוע העבירה השתתפו מבצעים אחדים, וחלקו של הנאשם בביצועה היה קטן מחלקם של האחרים", נכתב כך: "מוצע לקבוע כי חלקו של הנאשם בעבירה שיש בה

במידת ההשפעה של אחר על הנאשם. למשל, נאשם שביצע את מעשה העבירה בעקבות מעשה שידול של אחר, או נאשם שיכולתו להבין את מעשיו הוגבלה במידה ניכרת, אך שאינה מספיקה כדי להיחשב לכלי בידיו של אחר (לפי סעיף 29(ג) לחוק העונשין).<sup>74</sup>

(3) "הנזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה" – ניטול לדוגמה, רוצח שכיר על אופנוע, היורה בקרבן בעיבורה של עיר באופן אשר היה בו כדי לסכן עוברי אורח תמימים. הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה במקרה זה הוא פגיעה בחפים מפשע. שאלה היא אם כדי להתחשב באמת מידה זו של נזק, שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה בקביעת המתחם, יש להוכיח צפיות סובייקטיבית (צפיות של הנזק על ידי הנאשם) או די להוכיח צפיות אובייקטיבית לנזק (צפיות של הנזק על ידי אדם מן היישוב). שאלה זו לא התעוררה עדיין בפסיקה.

(4) "הנזק שנגרם מביצוע העבירה" – הנזק שנגרם מביצוע העבירה יכול שיהא נזק שהוא תוצאת הפגיעה באינטרס המוגן והוא יכול שיהא נזק ממשי אחר ונוסף הנגרם מביצוע העבירה. לכאורה, ניתן לטעון כי בחינת הנזק המושגי צריך שתיעשה בשלב בדיקת החומרה המושגית של העבירה ואילו נזק קונקרטי אחר הנגרם מביצוע העבירה ייבחן בשלב זה (קביעת החומרה הקונקרטית של העבירה באמצעות הנסיבות הקשורות בביצועה). עם זאת, מכיוון ששני השלבים הללו שייכים לשלב קביעת המתחם ההולם על ידי בית המשפט, ניתן להניח שההבחנה ביניהם היא תיאורטית והשופט יכריע לגביהם בו-זמנית ובמשולב.

---

משתתפים אחדים ישמש כנסיבה מקלה ככל שהוא קטן יותר וכנסיבה מחמירה ככל שחלקו גדול יותר".

<sup>74</sup> שם, בעמ' 449, בדברי ההסבר לסעיף 140(ב)(5) להצעה, שנוסחו: "הנאשם היה נתון לפיקוחו להשגחתו או למרותו של אחר שהיה גם הוא צד לעבירה, והוא ביצע את העבירה בשל יחסי התלות או המרות כאמור". יש לשים לב שבחוק הוסרה הדרישה כי "האחר" יהיה בעצמו צד לעבירה. ראו גם סעיף 140(ב)(7) להצעה, שנוסחו: "העבירה נעברה בנסיבות שבהן היה לסוכן מדיח חלק משמעותי בהתהוותה ובביצועה", ודברי ההסבר: "שימוש בשוטרים סמויים הכרחי לעתים לגילוי עבריינים, למשל בעבירות סמים. עם זאת, העובדה שבמקרה הספציפי יש לשידולי השוטר הסמוי השפעה ניכרת על ביצוע העבירה הוכרה בפסיקה כנסיבה מקלה". ניתן לקרוא נסיבה זו גם לתוך הנסיבה שבסעיף 40א(9) לחוק הקובע "התנהגות רשויות אכיפת החוק". נראה שסניגורים יעדיפו להשתמש בה דווקא דרך סעיף 40ט כדי להשפיע על גבולותיו של מתחם העונש ההולם.

- (5) "הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה" – בהצעת החוק יחד סעיף זה לפירוט מניעים שליליים לביצוע עבירות, כגון גזענות, עוינות או שנאה אידיאולוגית.<sup>75</sup> לפיכך, היה מדובר בנסיבה מחמירה. אולם הנוסח שנקבע, בסופו של דבר, בחוק הוא כללי ומאפשר להביא בחשבון גם סיבות ומניעים נוספים, שליליים או חיוביים. לפי הנוסח הכללי שהתקבל, יש להתחשב גם בנסיבה מקילה, כגון גניבה של לחם מחמת רעב, אשר תפחית את מידת אשמו של הנאשם.
- (6) "יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו" – לעומת סייגים של "אי שפיות" או "קטינות", המקנים פטור מאחריות פלילית,<sup>76</sup> הרי שכמעט "אי שפיות" או כמעט "קטינות" מהוות נסיבה המפחיתה את אשמו של הנאשם. נאשם שיכולתו להבין את המעשה או את הפסול שבמעשהו מוגבלת מסיבה נפשית או בשל גילו הצעיר, במצבים שבהם אינו נהנה מפטור מלא מאחריות פלילית בגינם, מידת האשם שלו פחותה ממידת אשמו של נאשם שבו לא התקיימו נסיבות כאלה.<sup>77</sup>
- (7) "יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה" – נסיבה זו עוסקת במקרים של קנטור ושל כמעט "היעדר השליטה". גם היא, בדומה לקודמתה, מציבה תנאים מקילים יותר מאלה הקבועים בסייג עצמו.<sup>78</sup> כן הודגש שאבדן השליטה עשוי להיגרם עקב התגרות מצד נפגע העבירה, ולא דווקא עקב בעיה פיסולוגית שהביאה לאבדן שליטה של הנאשם בתנועות גופו.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> שם, בהצעת החוק, בסעיף 140(ג)(15) נכתב: "העבירה נעברה מתוך מניע של גזענות או של עוינות כלפי ציבור כאמור בסעיף 1144(א)".

<sup>76</sup> סעיפים 34 ח 1 ו-134 לחוק, בהתאמה.

<sup>77</sup> קובו, לעיל ה"ש 36, בעמ' 8. יודגש שחוסר יכולת להבין את המעשה או את הפסול שבמעשה יכול שינבע מהפרעה נפשית חמורה כאמור בסעיף 300א(א) לחוק, ובהתמלא שאר התנאים הקבועים בסעיף זה, היא מאפשרת שלא להטיל על הנאשם את העונש המנדטורי של "מאסר עולם" בעבירה של רצח. קביעה זו היא כאמור גם נסיבה מקילה לצורך קביעת המתחם ההולם של העונש המופחת בעבירת הרצח.

<sup>78</sup> סייג הקבוע בסעיף 134 לחוק.

<sup>79</sup> כאמור לעיל בה"ש 78, נסיבות אלה מאפשרות שלא להטיל על הנאשם את העונש המנדטורי של "מאסר עולם" בעבירה של רצח, הן מכוח סעיף 300א(א) והן מכוח דוקטרינת הקנטור הקבועה בסעיף 301 לחוק העונשין. הן מהוות גם נסיבה מקילה לצורך

- (8) "מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה" – נסיבה זו נועדה לאפשר הקלה בענישה במקרים שבהם פעל הנאשם מתוך מצוקה נפשית בעקבות התעללות שחוה מצד נפגע העבירה. דוגמה לכך ניתן למצוא בפרשת בוחבוט. במקרה מפורסם זה, הורשעה כרמלה בוחבוט בהריגת בעלה לאחר שנים רבות של התעללות מצידו. טענת ההגנה העצמית נשללה ממנה משום שהמעשה שביצעה לא היה דרוש "באופן מייד" להדיפת תקיפה.<sup>80</sup> נסיבה זו תאפשר התחשבות במצבים כאלה.<sup>81</sup> שאלה מעניינת היא מה הדין אם ביצע הנאשם את העבירה בשל התעללות באדם קרוב לו, כגון בן ההורג את אביו משום שהאחרון התעלל באמו. החוק אמנם מציין התעללות בנאשם עצמו, אך ייתכן שגם מקרים מסוג זה יחסו בצילו על פי פרשנות רחבה של הסעיף.<sup>82</sup>
- (9) "הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1" – שלא כהצעת החוק, אשר קבעה חריגה במידה מועטה משלושה סייגים בלבד – הגנה עצמית, צורך וכורח<sup>83</sup> – מכיר החוק שהתקבל בקירבה לכל אחד מן הסייגים לאחריות הפלילית כבנסיבה מקילה ובלי לציין את מידת הקירבה הנדרשת.<sup>84</sup> היעדר הוראה בדבר מידת הקירבה לסייגים מעניק לשופט מידה רבה של שיקול דעת באשר למקרים שיצדיקו הקלה בעונש. כך למשל, בעניין חבה, החליטו שופטי בית המשפט העליון להפחית את

---

קביעת המתחם ההולם של העונש המופחת בעבירת הרצח (בעונש מופחת) ובעבירת ההריגה (בהתאמה).

<sup>80</sup> ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995).

<sup>81</sup> יודגש שמצוקה נפשית שנגרמה בעקבות התעללות בנאשם על ידי נפגע העבירה כאמור בסעיף 300א(ג) לחוק, ובהתמלא שאר התנאים הקבועים בסעיף זה, מאפשרת שלא להטיל על הנאשם את העונש המנדטורי של "מאסר עולם" בעבירה של רצח. קביעה זו היא כאמור גם נסיבה מקילה לצורך קביעת המתחם ההולם של העונש המופחת בעבירת הרצח.

<sup>82</sup> קובו, לעיל ה"ש 36, בעמ' 8.

<sup>83</sup> הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 448. ראו התייחסות בדברי ההסבר לסעיף 140(ב) להצעת החוק.

<sup>84</sup> מעיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה עולה שלא נערך דיון באשר להחלת הסעיף על סייגים נוספים מלבד אלה שנמנו בהצעת החוק המקורית. ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 442 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (2.8.2011).

- עונש המאסר בפועל מעשר שנות מאסר לשבע שנות מאסר, בשל הקירבה לסייג של הגנה עצמית.<sup>85</sup>
- (10) "האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו" – למשל, עבירת שוד שנעשית תוך כדי שימוש באלימות יוצאת דופן או תוך כדי ניצול חולשתו של קרבן העבירה מהווה נסיבה מחמירה לצורך קביעתו של מתחם העונש ההולם.
- (11) "הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה" – למשל, ניצול יחסי מרות או קירבה משפחתית בין הנאשם לבין נפגע העבירה, כאשר אינם נמנים עם היסודות העובדתיים של העבירה, הוא נסיבה מחמירה בקביעת מתחם העונש ההולם.

רכיב שלישי: בחינתה של מדיניות הענישה הנהוגה – בהצעת החוק נקבע כי יש להתחשב "במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה". בדברי ההסבר להצעת החוק נאמר שהשימוש במדיניות הענישה הנהוגה ייעשה "ככל שהמדיניות הנהוגה משקפת את עקרון ההלימות [...] ואילו כאשר יש פער בינה לבין המדיניות הראויה, תועדף המדיניות הראויה".<sup>86</sup> אלא שבנוסח הסופי של החוק הושמט הביטוי "מדיניות הענישה הראויה". לדעתנו, השמטה זו אינה משנה דבר, שכן "מדיניות הענישה הראויה" משמעה ענישה בהתאם לעקרון ההלימה, שממילא היא מחויבת. לאור כך, אם מצא בית המשפט שגזר הדין שניתן לפני התיקון (מדיניות הענישה הנהוגה) מבטא את עקרון ההלימה, יעשה בו שימוש כדי לגזור את מתחם העונש ההולם. אם מצא בית המשפט שגזר הדין שניתן לפני התיקון מבטא עיקרון אחר, עליו להתעלם ממנו ולקבוע מתחם על פי המדיניות הראויה הנגזרת מעקרון ההלימה. נמצא אפוא שהמדיניות הנהוגה נועדה לשמש כלי עזר לקביעת המתחם רק כאשר היא ניתנה מתוך גישה גמולנית.<sup>87</sup> כפי שהודגש בפרשת חסן, "אין זהות בין מתחם העונש לבין טווח הענישה המקובל", שכן טווח הענישה המקובל מבטא

<sup>85</sup> ע"פ 9062/12 חבה נ' מדינת ישראל, בסעיף 25 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 10.6.2014).

<sup>86</sup> הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 447. ראו התייחסות בדברי ההסבר לסעיף 40א) להצעת החוק.

<sup>87</sup> אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר 1 ו 1 (2013). גזל-אייל סבור כי "רמת הענישה הנהוגה אמורה רק לסייע לבירור רמת הענישה ההולמת, ואין לה ערך בפני עצמה".



את מדיניות הענישה הנהוגה, וזו, כאמור, התחשבה רק במקצת השיקולים המשפיעים על עיצובו של המתחם.<sup>88</sup>

יתרה מזו, בבחינתה של מדיניות הענישה הנהוגה יש לתת את הדעת על כך שבפסיקה שנקבעה לפני תיקון מס' 113 אין לעתים פירוט על אודות משקלו של עקרון ההלימה. מן הפסיקה עולה שבית המשפט נהג לכרוך יחדיו שיקולים גמולניים ושיקולים תועלתניים, כגון שיקולי הרתעה, בלי לעמוד על ההבחנה הנדרשת בין השניים.<sup>89</sup> לעומת זאת, במצב החוקי היום, מקומם של שיקולי ההרתעה הוא רק בתוך מתחם העונש ההולם ולא בשלבי יצירתו. כמו כן, בפסיקה – עובר לתיקון החוק – התחשב בית המשפט בשיקולים שאין להביאם כיום בחשבון לצורך קביעת המתחם, ובכללם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, כגון עברו הפלילי של הנאשם. לפיכך, אין ברור איזה משקל יש לתת למדיניות הענישה שנקטה בעבר.

קושי נוסף להסתמך על מדיניות הענישה הנוהגת קשור לכך שבפסיקה שקדמה לתיקון החוק אין, לעתים קרובות, הבחנה לעניין העונש בין העבירות שבהן הואשם הנאשם. ודאי שאין הבחנה כזו בין האירועים העולים ממעשיו של הנאשם, הבחנה אשר נדרשת כיום בחוק במפורש. על כן, קשה לחלץ מפסיקה ישנה, שכרכה לעניין העונש כמה עבירות וכמה אירועים, מדיניות ענישה שתהיה רלוונטית לקביעת מתחם העונש ההולם לאחר תיקון מס' 113.

כל הבעיות המפורטות לעיל בקשר ל"מדיניות הענישה הנהוגה" נוגעות לפרק זמן קצר לאחר כניסתו של תיקון מס' 113 לתוקף, שבו "מדיניות הענישה הנהוגה" נוגעת לפסיקה שניתנה, רובה ככולה, לפני כניסת התיקון לתוקף. ככל שיחלוף הזמן ויצטברו גורי דין שניתנו לפי הוראותיו של תיקון מס' 113, יהיה אפשר לראות בגורי דין אלה את "מדיניות הענישה הנהוגה" ולהתחשב בהם לקביעת מתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף 40ג(א) לחוק העונשין. ככל שתצטבר פסיקה מסוג זה, שבה ייקבעו מתחמים לפי הוראות החוק ועל אדני העקרונות הקבועים בו, תלך ותפחת חשיבותה של מדיניות הענישה שקדמה לתיקון. את מקומה יתפסו מתחמי הענישה שנקבעו במקרים דומים, ואלה ישמשו "מדיניות הענישה הנהוגה".

<sup>88</sup> פרשת חסן, לעיל ה"ש 48, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

<sup>89</sup> קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 20, בעמ' 114.

**(4) מתחם הכולל עונש של קנס**

סעיף 40ח לחוק העונשין, שכותרתו "קנס", קובע כך:

"קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א), במצבו הכלכלי של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם".

אם קבע בית המשפט שמתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, עליו לשקול, בין השאר, את מצבו הכלכלי של הנאשם. הערכת מצבו הכלכלי של הנאשם תיעשה בהתחשב בשווי נכסיו, בהכנסתו הממוצעת וכן בהשפעה שתהיה לתשלום הקנס על יכולתו של הנאשם לפצות את קרבן העבירה על הנזק שנגרם לו.<sup>90</sup> מצבו הכלכלי של הנאשם עשוי לפעול גם כשיקול לחומרה – למשל, כשמדובר בנאשמים בעלי אמצעים ועתירי ממון או בתאגידי גדולים.

יובהר שמצבו הכלכלי של הנאשם אינו קריטריון יחיד בהחלטה בעניין מתחם הקנס ההולם. לפי לשון הסעיף, מלבד מצבו הכלכלי של הנאשם, על בית המשפט להביא בחשבון גם את שאר השיקולים המנויים בסעיף 40ג(א) לחוק העונשין, ובהם הערך החברתי המוגן שנפגע מביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו והנסיבות הקשורות לביצוע העבירה. המשמעות היא שבנסיבות המתאימות, ייתכן שבית המשפט יטיל קנס כבד על מי שאינו בעל ממון, או קנס קל על בעל ממון, הכול כמתחייב מעקרון ההלימה.<sup>91</sup>

לצורך קביעת מתחם הקנס ההולם יש להידרש לעונש הקנס המקסימלי הקבוע לעבירה בסעיפים 61 ו-63 לחוק העונשין או בהוראת חוק ספציפית הקובעת עונש אחר, ככל שיש כזו, ועונש זה ישמש נקודת ייחוס למתחם אשר ייקבע במקרה הספציפי. בפרשת מנע התחשב בית המשפט המחוזי בהוראת סעיף 63 לחוק הקובעת שניתן להטיל על הנאשם עונש של קנס פי ארבעה משווייה של טובת ההנאה שהושגה בעבירה, ולאחר שהתחשב גם במצבו הכלכלי של אותו נאשם, קבע שמתחם הקנס ההולם נע בין פי אחד וחצי לבין פי שלושה מטובת ההנאה שקיבל הנאשם.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 19.

<sup>91</sup> ת"פ (מחוזי מרכז) 50614-07-12 מדינת ישראל נ' מנע (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 7.4.2013) (להלן: פרשת מנע). במקרה זה אימץ בית המשפט את מתחם הקנס ההולם שהציעה התביעה ואשר מתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם. ראו גם עפ"ג (מחוזי י-ם) 13-01-3544 מדינת ישראל נ' קניבי (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 29.4.2013).

<sup>92</sup> פרשת מנע, שם.

ניתן לראות בסעיף 40 לחוק העונשין, המאפשר להתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בעת קביעת "מתחם ההולם", סטייה מהעיקרון שבבסיס תיקון מס' 113 אשר לפיו, בעת קביעת המתחם ההולם, יש ליתן משקל מכריע לעקרון ההלימה ולנסיבות ביצועה של העבירה ולא לנסיבותיו האישיות של הנאשם. לפי גישה אחרת, יישום מהותי ומלא של עקרון ההלימה מחייב השפעה שוויונית של העונש על נאשמים (בגין אותה עבירה שנעברה בנסיבות דומות). לכן יש להתחשב בגזירת העונש גם בהשפעתו על הנאשם הקונקרטי וכן בסבלו האישי של הנאשם מהעונש הנגזר עליו. לאור גישה זו, סעיף 40 אינו סוטה מעקרון ההלימה אלא מיישמו. לשון אחר, גישת המחוקק, שלפיה ביטוי הנכון של עקרון הגמול נגזר גם ממידת ההשפעה של העונש עליו, מאמצת אל החוק את ההשקפה שיכולתו הכלכלית של הנאשם משנה את השפעת עונש הקנס על הנאשם.

**(5) היחס בין עונשי מקסימום ומינימום למתחם העונש ההולם**

מן הראוי לתת את הדעת גם על השפעתם של העונשים הקבועים בצד העבירות – עונשי מקסימום ועונשי מינימום – על מתחם העונש ההולם, אף שאין הם נמנים עם השיקולים הקבועים בסעיף 40 האמור.

**עונשי מקסימום:** לצד כל עבירה בחוק העונשין נקוב העונש המירבי שבית המשפט רשאי להטיל על הנאשם. במצב שקדם לתיקון מס' 113, היה העונש המירבי המגבלה היחידה שהוטלה על שיקול דעתו של השופט. ברי שגם כיום אין בית המשפט רשאי לקבוע עונש העולה על העונש המירבי. השאלה היא כיצד, אם בכלל, העונש המירבי אמור להשפיע על שיקול דעתו של בית המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם. כאן יש להבדיל בין עבירות חדשות, או כאלה שתוקנו בשנים האחרונות, לבין עבירות ישנות מתקופת המנדט הבריטי (שריד לפקודת החוק הפלילי משנת 1936). ככל שהדבר נוגע לעבירות שנחקקו (או שתוקנו) על ידי המחוקק הישראלי, העונש המירבי אמור לשקף את הנסיבות החמורות ביותר האפשריות לביצוע העבירה. מטבע הדברים, נסיבות אלה אמורות להיות נדירות ביותר, ורובם המכריע של המעשים המהווים עבירות אינו עונה על נסיבות אלה.<sup>93</sup> מה באשר לעבירות שהן שריד מתקופת המנדט הבריטי? כידוע, החלק הספציפי של חוק העונשין הוא מיושן<sup>94</sup> וכולל עבירות רבות שלא תוקנו מאז

<sup>93</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 7.

<sup>94</sup> גם כיום עבירות רבות בחלק הספציפי עדיין דומות מאוד לאלה שירשנו מהמנדט הבריטי. על כך ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 8, בעמ' 248. לדין בהיסטוריה התחקית של חוק העונשין

חקיקתן על ידי הנציב העליון (או שתוקנו תיקון שולי בלבד). בעבירות אלה, העונשים המירביים אינם משקפים בהכרח ענישה ראויה גם כאשר מדובר בנסיבות החמורות ביותר לביצועה של העבירה. בדרך כלל, לא תימצא בהן התאמה בין קביעת הרף העליון של המתחם לבין העונש המירבי הקבוע לעבירה. הטעם לכך הוא שהחקיקה הפלילית מימי המנדט הבריטי התאפיינה בעונשי מקסימום מוגזמים.

**עונשי מינימום:** לצד חלק מן העבירות קבע המחוקק גם עונשי מינימום. אין בתיקון מס' 113 התייחסות כלשהי לעונשי מינימום, ומתעוררת השאלה מה היחס בין עונש מינימום לבין מתחם העונש ההולם. לשיטתנו, קיומו ומידתו של עונש מינימום מהווים מדד לחשיבותו של הערך הנפגע ולמידת הפגיעה בו בעבירה הנדונה, וככזה – יש להביאו בחשבון בעת קביעת המתחם. עם זאת, אין בעונשי המינימום כדי לשקף בהכרח את הרף התחתון של מתחם העונש ההולם כפי שהיה אמור להיגזר מעקרון ההלימה.<sup>95</sup> בכמה פסקי דין שבהם נדונה סוגיה זו, קבעו בתי משפט של ערכאות נמוכות כי עונש המינימום אינו קובע את הרף התחתון של מתחם העונש אלא עוסק בתוצאה הסופית. זאת אומרת, אין הוא מדד מחייב לעניין הרף התחתון של המתחם ויש להתייחס אליו כאל שיקול לקביעת חומרת העבירה וכשיקול נוסף, ביחד עם אחרים, לקביעת מתחם העונש ההולם.<sup>96</sup> סוגיה זו לא הוכרעה עדיין בבית המשפט העליון. עם זאת, השופט מלצר הביע את דעתו, בהערת אגב, כי אין הוא מקבל גישה זו וכי, לדידו, עונשי המינימום משקפים את הרף התחתון של מתחם הענישה ההולם.<sup>97</sup>

ראו לעיל, בכרך א', בעמ' 12–20.

<sup>95</sup> לאפשרות לחרוג מעונש המינימום ראו סעיף 35א(א) לחוק העונשין. לעתים האפשרות לחרוג מעונש המינימום קבועה בסעיף ספציפי. ראו, לדוגמה, סעיף 355א(א) לחוק העונשין.

<sup>96</sup> תפ"ח (מחוזי חי') 31800-06-11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 20.12.2012); תפ"ח (מחוזי חי') 11386-05-12 מדינת ישראל נ' חאג' מוחמד (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 26.12.2012); תפ"ח (מחוזי חי') 5100/12 מדינת ישראל נ' עבדאללה (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 11.6.2013); ת"פ (מחוזי י"ם) 51898-02-13 מדינת ישראל נ' מאיה, (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 4.4.2013); ת"פ (מחוזי י"ם) 20690-10-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 10.7.2013); ת"פ (שלום ת"א) 8493-08-11 מדינת ישראל נ' שני (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 8.8.2013).

<sup>97</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 18, בסעיף 16 לפסק דינו: "דומה בעיני כי קיומו ומידתו של עונש מינימום יש בו כדי לשמש אינדיקציה לחשיבותו של הערך הנפגע ולמידת הפגיעה בו בעבירה הנדונה. בכך אני מסכים עם דעתם של ואקי ורבין [...] עם זאת אין אני סבור

**(6) קביעת מתחם עונש הולם (וגזירת הדין) במקרים של ריבוי עבירות**  
סעיף 40 יג לחוק העונשין, שכותרתו "ריבוי עבירות", יוצר הסדר חדש ומפורט בכל הנוגע לאופן גזירת הדין במקרה של ריבוי עבירות. דומה שמטרת הסעיף היא להנחות את בית המשפט להעניק משקל ראוי לכל אירוע עברייני בנפרד, יותר משהיה מקובל עד היום בפסיקה.<sup>98</sup> עם זאת, החוק מאפשר גם גזירת עונש כולל לכל האירועים, ובכך הוא מאפשר, הלכה למעשה, לסטות מהוראות החוק ומהתכליות שביסודו.

ההסדרים הקבועים בסעיף תלויים בסיווג מעשי העבירה לאחד משני מונחים משפטיים חדשים הקבועים בחוק: "אירוע אחד" ו"כמה אירועים". נעמוד תחילה על משמעותם של מונחים אלה, ולאחר מכן נבהיר את ההסדרים הנגזרים מהם.

"אירוע אחד" או "כמה אירועים"? – חרף חשיבותה של הוראה זו, אין בתיקון מס' 113 הגדרה למונח "אירוע" ואין בו קריטריונים להבחנה בין "אירוע אחד" לבין "כמה אירועים".<sup>99</sup> יתרה מזו, לא מצאנו שימוש במונח "אירוע" בהוראות חוק אחרות, גם לא באלה שעוסקות בנושא דומה. סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], למשל, נוקט את המונחים "מעשה" ו"עבירה" ועוסק במצב של ריבוי עבירות שיש להן רכיב התנהגותי משותף – מצב שבו אדם מבצע מעשה אחד המצמיח כמה עבירות. החוק קובע שבמקרה כזה ניתן להעמיד אדם לדין ולהרשיעו

---

כמותם כי עונשי המינימום אינם צריכים לשקף בהכרח את הרף התחתון של מתחם הענישה ההולם, שהרי הן לפי ההוראה הכללית הקבועה בסעיף 35א(א) לחוק העונשין והן, למשל, לפי הוראת סעיף 35 לחוק העונשין הספציפית – ניתן אמנם לסטות מהעונשים המזעריים מטעמים מיוחדים שירשמו, ואולם חריגה שכזו היא עניין לנסיבות מקלות פרטניות, מעבר למתחם הענישה ההולם" (ההדגשות במקור).

<sup>98</sup> מסקנה זו מתבקשת מן ההנחיה לקבוע מתחמי ענישה נפרדים ומביטולו של סעיף 45(א) לחוק העונשין אשר קבע שאם בית המשפט לא נתן הוראה אחרת, יהיו עונשי מאסר שהוטלו בשל עבירות שונות חופפים (סעיף 45(א) שבוטל קבע: "מי שנידון במשפט אחד לענשי מאסר בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שישאם, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר").

<sup>99</sup> מעיון בדיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, אשר דנה בהצעת החוק הממשלתית בנושא הבניית שיקול הדעת בענישה, עולה כי הוועדה הייתה ערה, כבר בשלב הדיונים וטרם חקיקת החוק, לקושי שבהגדרת ה"אירוע" כבסיס לקביעת העונש. בסופו של דבר, נותר שיקול הדעת להגדרת "אירוע" בידי השופט, האמור לשים לנגד עיניו, בין היתר, את עקרון ההלימה העומד ביסוד התיקון לחוק (ראו פרוטוקול דיוני הוועדה מיום 20.6.2011, בעמ' 26, ו-29; פרוטוקול מיום 21.11.2011, בעמ' 56).

בגין כל אחת מן העבירות בנפרד, ואולם אין להשית עליו עונש יותר מהעונש המירבי הקבוע לעבירה החמורה ביותר.<sup>100</sup> סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] נוקט אף הוא מונחים דומים, של "מעשה" ו"עבירה", והוא קובע שאין מעמידים אדם לדין על מעשה שזוכה ממנו או הורשע בו.<sup>101</sup> לא יכול להיות ספק שהמונח "אירוע" רחב יותר מהמונח "עבירה", ובוודאי גם מהמונח "מעשה" הקבועים בסעיף 186 ובסעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי.<sup>102</sup>

לדעתנו, לעניין פרשנותו של הביטוי "אירוע אחד", ראוי לאמץ את המבחנים שנקבעו בפסיקה לצורך ההבחנה בין עבירה רבת פריטים לבין מעשים המקימים עבירות נפרדות.<sup>103</sup> אמנם דוקטרינה זו, של עבירה רבת פריטים, עוסקת במצבים שבהם מדובר בפריטים מאותו סוג (כאשר כל אחד מהפריטים מקיים את כל התנאים הדרושים ויכול שייחשב לעבירה בפני עצמה), ואילו "אירוע" עשוי לכלול עבירות מכמה סוגים. ואולם ההיגיון שבסיס כל אחת מההבחנות הוא אותו היגיון. לאור כך, "אירוע" משמעו מכלול עברייני המתבצע בכמה שלבים וזמנים, על פי תכנית אחת כוללת ומלוכדת. מדובר במסכת של עבירות (דומות או שונות) אשר יש להן רקע נפשי אחד המאחד אותן לאירוע אחד. יהיה אפשר לראות בריבוי עבירות אירוע עברייני אחד שעה שהן נעשו במתכונת של אירוע עברייני לכיד מבחינה נפשית ועובדתית.<sup>104</sup>

מכאן שלצורך ההבחנה בין "אירוע אחד" לבין "אירועים נפרדים" ניתן להשתמש במבחן הצורני-עובדתי וכן במבחן של האינטרס המוגן שנקבעו בהקשר

<sup>100</sup> לפירוט על אודות סעיף 186 ומצבים נוספים של חפיפה בין מעשים ועבירות, ראו לעיל, בכרך א', בעמ' 367–377.

<sup>101</sup> לפירוט ראו שם.

<sup>102</sup> לפי המובן הלשוני של כל אחד מהמונחים וגם מלשונו של סעיף 40ג(א) לחוק העונשין, העוסק ב"מספר עבירות המהוות אירוע אחד".

<sup>103</sup> להרחבה ראו לעיל, בכרך א', בעמ' 346–357.

<sup>104</sup> נראה שכך גם סבר בית המשפט המחוזי בתפ"ח (מחוזי ת"א) 49290-05-12 מדינת ישראל נ' ג'אבר (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 26.6.2013). שם נכתב: "זיהוי והפרדה בין 'אירועים' לצורך קביעת מתחם ענישה צריך להיות מוכרע בהתאם למספר קריטריונים: רציפות המעשים, משך הזמן שנמשכו יחדיו וכל אחד בפני עצמו, הזיקה העניינית ומידת הדמיון שביניהם – כל זאת בהתאם לאופי העבירות והערך המוגן שנפגע". לאור זאת, קבע בית המשפט שכמה מקרים של מעשי אונס, מעשי סדום ומעשים מגונים שנעשו כלפי שני קרבנות ברצף אחד, ובכללם עבירת גניבה שבוצעה כלפיהם באותה מסכת, ייחשבו לאירוע אחד.

של הדוקטרינה בדבר "עבירת רבת הפריטים"<sup>105</sup>. המבחן הצורני-עובדתי בוחן אם מדובר בפעולה יחידה נמשכת, שאי אפשר לפצלה לתת-פעולות, או בשרשרת פעולות עוקבות, שכל אחת מהן היא חוליה נפרדת. לפי מבחן זה, המאפיין את האירוע האחד הוא מחשבה פלילית אחת ותכנון פלילי אחד המקיפים את הרצף כולו וסוגרים עליו. "אירוע אחד" מתאפיין בסדרה של מעשים או של עבירות שהם ביטוי לדחף עברייני אחד. מדובר במבחן של שכל ישר: מסכת של מעשים ועבירות תוגדר "אירוע אחד" בכל אותם מצבים שבהם ההסתכלות באירוע העברייני תביא את המתכונן למסקנה שפיצולם יהיה מלאכותי וכי, לאמיתו של דבר, מדובר במכלול אחד המבוסס על פריטים אחדים. לפי מבחן זה תישקל, בין השאר, סמיכות הזמן והמקום. לכן, בדרך כלל, רצף עברייני בזמן ובמקום ייחשב לאירוע אחד. עם זאת, מבחן הסמיכות אינו חף מקשיים. עיקר הביקורת על מבחן זה הוא שהוא טכני, ולפעמים חסר הצדקה מבחינה נורמטיבית. נמחיש זאת בדוגמה: נניח ששמעון נאשם בביצוע שוד בנק. במהלך המנוסה, תקף שוטר שניסה לעצרו. שמעון עומד לדין בגין עבירות של שוד ושל תקיפת שוטר. לפי מבחן הסמיכות, ייחשבו עבירות אלה ל"אירוע אחד". לעומת זאת, נניח שראובן נאשם בביצוע שוד בנק, וימים מספר לאחר מכן תקף שוטר שעלה על עקבותיו והגיע למקום מחבואו. האם מידת אשמו של ראובן גדולה ממידת אשמו של שמעון רק בשל הבדלי הסמיכות בזמן ובמקום? נראה שהתשובה על שאלה זו היא שלילית.

מבחן נוסף המועיל להבחנה בין אירוע אחד לכמה אירועים הוא מבחן האינטרס החברתי המוגן. מבחן זה בודק את הנזק שהסבה התנהגותו של המבצע, והוא מתמקד בנפגעי העבירה ובמהות האינטרסים המוגנים שנפגעו. מבחן זה מתחשב

<sup>105</sup> נראה כי גישתנו זו אומצה בעפ"ג (מחוזי ב"ש) 39844-08-13 מדינת ישראל נ' אבו רקייק, בסעיף 3 לפסק הדין (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 26.12.2013), שבו התקבל ערעור על בית המשפט השלום ונקבע כי כמה עבירות סמים שנדונו שם מהוות "אירועים נפרדים" בנסיבות העניין. נוסף לכך, אומצה גישתנו גם בעפ"ג (מחוזי חי') 46246-02-14 מדינת ישראל נ' בלביץ (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 11.6.2014), שבו קבע השופט ג'וסי כי כמה עבירות מרמה מהוות בנסיבות העניין "אירועים נפרדים" (פסק דינו אינו מחולק לפסקאות). בכך צירף דעתו לדעתו של השופט גרשון. השופט שרעבי נותר בדעת מיעוט בהקשר זה, לאחר שקבע כי בנסיבות העניין מדובר ב"אירוע אחד". וראו גם: ת"פ (מחוזי מרכז) 36216-09-12 מדינת ישראל נ' ברבי (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 29.5.2014), בסעיף 17 לפסק דינה של השופטת מרוז; ת"פ (מחוזי חי') 28834-03-12 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 23.3.2014), בסעיף 15 לפסק דינו של השופט גלעד; עפ"ג (מחוזי ב"ש) 31724-10-13 מלכם נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 8.1.2014), בסעיף 8 לפסק דינה של השופטת יפה-כ"ץ.

בחומרת האשם הפלילי של הנאשם ובאופי הפגיעה בנפגע העבירה ובחומרתה. על פי מבחן זה, ריבוי נפגעים עשוי להשפיע על הסיווג הראוי. כך, יהיה אפשר לקבץ רצף של עבירות נפרדות לכדי אירוע אחד כאשר מדובר בפגיעה קלה באינטרס מוגן או כשמדובר בקרבן אחד. ואילו כאשר האינטרס החברתי המוגן הוא אינטרס רב עוצמה, וקיימים כמה קרבנות, תופרד כל עבירה ותיחשב לאירוע בפני עצמו.<sup>106</sup> סעיף 40(א) לחוק העונשין, הנוגע לענישה בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, קובע כך:

”הרשיע בית המשפט נאשם במספר עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40(א) לאירוע כולו ויגזור עונש כולל לכל העבירות באותו אירוע.”

במקרה של “אירוע” אחד, נדרש בית המשפט לקבוע מתחם של עונש הולם ולגזור מתוכו עונש כולל לכל העבירות שבאותו אירוע. המונח “עונש כולל” מורה לנו ש”הצטברות” עונשים או “חפיפת עונשים” אינן רלוונטיות לענישה באירוע אחד. זו הסיבה לכך שההוראה לעניין הצטברות עונשים קבועה רק בסעיף 40(ב) לחוק העונשין הדן בריבוי אירועים. עם זאת, הרף העליון של מתחם העונש ההולם עלול להיות חמור יותר מהעונש המקסימלי לעבירה יחידה (מתוך סך העבירות שבהן הורשע באותו אירוע) או שהוא עשוי לנבוע מצירוף של עונשי מקסימום של שתיים או יותר מהעבירות שבהן הורשע (המהוות אירוע אחד).<sup>107</sup> בתוך מתחם העונש ההולם יקבע בית המשפט את העונש המתאים לפי הוראותיו של סעיף 40(ג), שבו נדון בהמשך.

<sup>106</sup> ראו גם: רות קנאי “ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד” מחקרי משפט ג 247 (1984).

<sup>107</sup> ע”פ 1127/13 גברזגיי נ’ מדינת ישראל (פורסם ב”נבו”, ניתן ביום 15.1.2014), בסעיף 23 לפסק דינו של השופט ג’ובראן: “אחת השאלות המרכזיות בהקשר זה, היא כיצד יש לקבוע את מתחם הענישה כאשר לפני בית המשפט מספר עבירות המהוות אירוע אחד. לטעמי, גם בעניין זה, הכלל המנחה הוא שמירת ההלימה בין חומרת המעשה וגובה העונש, זאת בהתחשבות בערך החברתי שמגלות כל העבירות יחדיו; מדיניות הענישה הנוהגת של כל אחת מן העבירות ולבסוף גם הנסיבות של כל העבירות. ייתכן ובמקרה אחד, עבירה אחת תהיה הדומיננטית, והעבירות האחרות יהיו קשורות באותה העבירה. במקרה מסוג כזה, ייתכן ויהיה ראוי לומר כי מתחם הענישה ההולם את העבירות, מבוסס בעיקרו על העבירה הדומיננטית. אך כאמור, אין תשובה אחת ויחידה לעניין זה, וכל מקרה ידרוש הנמקה יסודית.”



סעיף 40ג(ב) לחוק העונשין נוגע לענישה בגין כמה עבירות המהוות כמה אירועים. סעיף זה קובע כך:

”הרשיע בית המשפט נאשם במספר עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים, גזר הבית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.”

סעיף זה, הדין במקרה של כמה אירועים, קובע מנגנון תלת-שלבי לגזירת הדין: בשלב הראשון, יש לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע בנפרד. הוראה זו מדגישה את חשיבותו של עקרון ההלימה ואת הצורך ליתן משקל לכל אחד מן האירועים בפני עצמו. ”המחוקק מצא לנכון לחייב את בית המשפט לקבוע מתחם שונה לכל אירוע, בין היתר מתוך החשש שמא קביעת מתחם אחד למכלול אירועים יגרום לכך שחלק מהאירועים ”יבלעו” בעת גזירת העונש, והנאשם לא ייענש בגינם. בדרך זו ביקש המחוקק, בין היתר, לוודא, כי כל אירוע יזכה להתייחסות נפרדת של בית המשפט בהליך גזירת עונשו של נאשם.”<sup>108</sup> בשלב השני, יש לגזור עונש נפרד או כולל לכל האירועים. כלומר, לאחר קביעת המתחם, נדרש בית המשפט להחליט אם לגזור עונש כולל בגין האירועים כולם או לגזור עונש נפרד לכל אירוע;<sup>109</sup> בשלב השלישי, אם גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, עליו לקבוע את מידת החפיפה או ההצטברות בין העונשים.<sup>110</sup>

סעיף 40ג(ג) לחוק העונשין קובע הנחיות מיוחדות לגזירת הדין במקרה של ריבוי עבירות. סעיף זה קובע כך:

”בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין

<sup>108</sup> עניין אבו רקייק, לעיל ה”ש 105, בסעיף 3 לפסק הדין.

<sup>109</sup> שם: ”אכן, ניתן לקבוע עונש אחד כולל למכלול האירועים [...] אך רק לאחר שקילת כל אירוע ואירוע בנפרד, וקביעת מתחם עונש הולם לכל אירוע ואירוע. כך, סבר המחוקק, כי כל אירוע יקבל את המשקל הראוי לו בעת קביעת העונש, כאשר ביהמ”ש יעבור לשלב השלישי של גזירת העונש.”

<sup>110</sup> לעומת המצב שקדם לחוק, שקבע ברירת מחדל של חפיפה. לתרשים זרימה מאיר עיניים על אודות שלבי גזירת הדין במצב של כמה אירועים, ראו פרשת סעד, לעיל ה”ש 1, פסקה 29 לפסק דינו של השופט סולברג.

חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת".

כעולה מלשון הסעיף, הכללים רלוונטיים לגזירת העונש. עם זאת, לתדירות העבירות ולזיקה ביניהן עשויה להיות השפעה גם על סיווג העבירות לקטיגוריה של "אירוע אחד" או של "כמה אירועים", כפי שהראינו לעיל. הסעיף נוקט לשון דומה ללשון של סעיף 40ב לחוק העונשין הקובע את עקרון ההלימה, אך יש לשים לב שעניינו של סעיף 40ג(ג) אינו יצירת המתחם אלא גזירת העונש בתוכו. יש לשים לב כי הסעיף דורש לשמור על היחס ההולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, וזאת – דווקא בשל החשש מפגיעה בהלימה במצבים של ריבוי עבירות.

### ב. שלב שני: חריגה ממתחם העונש ההולם

לאחר שנקבע מתחם העונש ההולם, יש לבחון אם יש מקום לסטות ממנו. סטייה לקולא מהמתחם אפשרית משיקולי שיקום בלבד. סטייה לחומרה מהמתחם אפשרית רק משיקולי הגנה על שלום הציבור. ברם, החריגה מן המתחם בשל שיקולים אלה אינה מסורה לשיקול דעתו המוחלט של השופט. החוק מגדיר את התנאים שעל פיהם ניתן להביא שיקולים אלה בחשבון. להלן נעמוד על התנאים הללו ועל ההיגיון שבבסיסם.

#### (1) חריגה לקולא משיקולי שיקום

מודל ענישה שיקומי, להבדיל ממודל גמולני, צופה פני עתיד. המטרה אינה להשיב לנאשם כגמולו על המעשים הרעים שביצע אלא להביא לשילובו מחדש בחברה כאזרח שומר חוק המכיר בערכי החברה ובמוסכמותיה ואינו מסכן אותם עוד.<sup>111</sup> מדובר במטרה תועלתנית של תיקון ושיקום העבריין. לפי מטרה זו, תכליתו של המשפט הפלילי היא לגרום לשינוי באישיותו של מבצע העבירה ולהופכו לאזרח

<sup>111</sup> מעניין לציין שבמחצית הראשונה של המאה ה-20 הייתה לשיקולי השיקום חשיבות ציבורית רבה בשיטות משפט רבות וגם בארץ. אולם, מסוף שנות ה-70 ואילך ירדה קרנו של עקרון השיקום וכיום ננקטת כלפיו גישה זהירה וחדשנית. ראו קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 20, בעמ' 107. עוד על הביקורת שנמתחה על שיקולי השיקום ראו אצל: FRANCIS A. ALLEN, THE DECLINE OF THE REHABILITATIVE IDEAL, PENAL POLICY AND SOCIAL PURPOSE (YALE UNIVERSITY PRESS, PP. XII) 132 (1981).

מתפקד ומועיל. בהתאם לכך, מטרה חשובה של הענישה הפלילית היא לקדם את שילובו של העבריין בחברה כאזרח שומר חוק. המודל השיקומי מחייב, מעצם טיבו, הענקת שיקול דעת רחב לשופט כדי שיוכל לבחור באמצעי הטוב ביותר להחזרתו של הנאשם למוטב.<sup>112</sup> בשל כך החוק קובע מרחב של גמישות לבית המשפט, בעיקר בכל הקשור למידת החריגה המותרת ממתחם העונש ההולם. הוראה זו מאפשרת לבית המשפט, במקרים המתאימים, להעדיף את עקרון השיקום על פני עקרון ההלימה. רוצה לומר שבמקרים אלה ניתן להחליף את עקרון ההלימה בעקרון השיקום.<sup>113</sup>

<sup>112</sup> "תפקידו של השופט בקביעת העונש במודל ענישה שיקומי שונה באופיו מתפקידיו הרגילים של השופט. על השופט להכריע בשאלה מסובכת הדורשת ידע ומומחיות. הוא נדרש להיעזר בתיאוריות ובהשערות על גורמי העבריינות ועל הדרך הטובה לשיקום. לכן קשה לו להיעזר באנלוגיה, ועליו לנקוט עמדה ולהעריך מהו הפתרון האופטימלי לבעייתו של העבריין שלפניו. לכן גם שיקול הדעת שעליו להפעיל כדי להגיע להחלטה הראויה אינו שיקול דעת שיפוטי רגיל [...] לכן גם אם לאחר מחקר מתאים יהיה ניתן לבנות מודל שיקומי, שבו יודרך שיקול הדעת של השופט, גם אז תהיה לשופט מידה רבה של חופש ביישום ההנחיות, ונקודת האיזון בין שיקול דעת לכללים תטה לטובת שיקול הדעת". קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש", לעיל ה"ש 28, בעמ' 58-64.

<sup>113</sup> פסק דינו של השופט ג'ובראן בע"פ 7781/12 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 25.6.2013) פסקה 49 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (להלן: פרשת פלוני). שם נדון מקרה שתיקון מס' 113 לא חל עליו (כיוון שהכרעת הדין ניתנה עובר לכניסת התיקון לתוקף), של נאשם בן 18 ושלושה חודשים בעת ביצוע העבירה. בקבלו את הערעור הקל השופט ג'ובראן בעונשו של הנאשם ועמד בהרחבה על עליונותו של עקרון השיקום על פני עקרון הגמול וההרתעה בענישתם של נאשמים "בגירים צעירים" בשל קירבתם לגיל הקטינות. בסקרו את הוראות החוק הנוגעות לענישת קטינים ול"בגירים צעירים", ציין השופט ג'ובראן כי: "בכל הנוגע למדיניות הענישה, יצר המחוקק מבנה מדורג, שבו ככל שגילו של נאשם צעיר יותר, כך יהווה הדבר שיקול משמעותי יותר להעדפת שיקולי השיקום על פני שיקולי ההרתעה והגמול". עם זאת, ראו את הסתייגותו של השופט עמית, אשר עמד על כך שגילו הצעיר של הנאשם היה מאז ומתמיד אחד משיקולי הענישה. ואולם, לשיטתו, אין מקום לסווג "בגירים צעירים" ל"קטיגוריה" חדשה ונפרדת. כן ראו דבריו של השופט רובינשטיין בפרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקה י"ט לפסק דינו: "אין רוח התיקון [מס' 113], החל על כלל הענישה, דוחקת כל עיקר את רגלי השיקום, ואדרבה, במקרים המתאימים לכך כל המשקם הרי זה משובח". השופט ג'ובראן חזר על דעתו גם בע"פ 452/14 דבוש נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 3.4.2014), בסעיף 13 לפסק דינו. אך ראו את הסתייגותם של השופטים חיות וסולברג מההבחנה בין "בגירים" ל"בגירים צעירים" (שם). ראו, למשל, אצל סולברג (שם), בסעיף 2 לפסק דינו:

סעיף 40 לחוק העונשין, המעגן את עקרון השיקום, מתחלק לשני סעיפי משנה. סעיף 40(א) עוסק במצב של חריגה מן המתחם במקרים של עבירות שחומרתן "רגילה". סעיף זה קובע כך:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקמו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו למבחן לפי סעיפים 82 או 86 או לפי פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969".

סעיף זה כולל שני תנאים חלופיים לחריגה ממתחם העונש ההולם. התנאי הראשון הוא שהנאשם "השתקם" – כלומר, בעת המשפט כבר עבר בהצלחה הליך של שיקום. התנאי השני הוא ש"יש סיכוי של ממש שישתקם". לגבי התנאי השני, נדרש שלגבי השיקום תתקיים אפשרות אמיתית המעוגנת במציאות.<sup>114</sup> סיכויים בעלמא

"החוק אינו מגדיר 'בגיר-צעיר' כקטגוריה נפרדת; ודומני כי גם אינו מותיר מקום לבית המשפט לעשות כן".

<sup>114</sup> לפסק דין המפרט את הנתונים שמהם ניתן ללמוד על סיכויי השיקום, ושבן השתכנע בית המשפט כי קיים פוטנציאל שיקומי שמצדיק חריגה לקולא ממתחם העונש ההולם, ראו ע"פ 1903/13 עיאשה נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 14.7.2013). בסעיף 12 לפסק דינה של השופטת ארבל: "יש מקום להתערבות בעונש שנגזר על המערער בגדרי השלב השני, שמהותו בחינת קיומן של נסיבות המצדיקות סטייה מן המתחם. לעמדתו, במקרה הנדון קיימים נתונים רבים המעידים על פוטנציאל שיקומי גבוה במיוחד באופן המצדיק חריגה ממתחם העונש שנקבע בהתאם לסעיף 40(א) לחוק. עברו של המערער נקי לחלוטין, וכאמור עד לאירוע הנדון הוא ניהל אורח חיים נורמטיבי. תסקיר המבחן בעניינו של המערער מגלה פוטנציאל שיקומי ממש, תוך קביעה כי הסיכוי לביצוע עבירות נוספות בעתיד הוא נמוך ביותר. שירות המבחן המליץ כזכור להשית על המערער עונש מאסר שיבוצע בעבודות שירות. כמו כן, מהתנהלות המערער בתקופת מעצרו, ומאסרו עד כה, ניתן ללמוד על שיתוף פעולה אמיתי עם רשויות אכיפת החוק ובמיוחד עם שירות המבחן, מה שמעיד על רצונו להשתקם, וכן דומה כי למערער משפחה שיכולה לספק לו תמיכה משמעותית לשם כך. התסקיר אף מלמד כי מאסרו של המערער עלול להביא להידרדרות במצבו ולפגוע קשות בסיכויי שיקומו, חשש המתגבר ככל שמדובר במאסר ממושך יותר. כל אלו, לצד החרטה שהביע על מעשיו, מביאים למסקנה כי למערער סיכוי של ממש להשתקם, באופן המצדיק לחרוג מהמתחם שנקבע".

בלבד להשתקם – לא סג'י. עם זאת, לא נדרש סיכוי קרוב לוודאי.<sup>115</sup> לפי סעיף זה, בית המשפט רשאי להורות על אמצעים שיקומיים שיינקטו כלפי הנאשם. למשל, הוא רשאי להורות על שליחת הנאשם למוסד גמילה או על העמדתו למבחן. הוראה זו אינה מגבילה את מידת החריגה מעקרון ההלימה. היא מותרת בידי בית המשפט שיקול דעת מלא לאמץ את הסיכוי לשיקום כשיקול ענישה עיקרי, והיא מאפשרת לו להחליט על המשקל היחסי שיש לתת לו לעומת העיקרון המנחה, לרבות האפשרות של חריגה מוחלטת ממתחם העונש ההולם.<sup>116</sup> סעיף המשנה השני, סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין, עוסק בחריגה מן המתחם בעבירות שנודעת להן "חומרה יתרה". סעיף זה קובע כך:

"היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגור הדין".

ההסדר הקבוע בסעיף מותנה בהתקיימותם של שני תנאים מצטברים: התנאי הראשון הוא שמעשה העבירה יהיה בעל חומרה יתרה. התנאי השני הוא שגם אשמו של הנאשם יהיה בעל חומרה יתרה. חומרתם היתרה של מעשה העבירה ושל אשמו של הנאשם מתייחסת הן לחומרה המושגית של העבירה (רצח חמור יותר מגניבה), והן לנסיבות הקונקרטיות של ביצועה – ביחד. הואיל ומדובר בתנאים מצטברים, קשה לחזות מראש את המקרים שיחסו תחת כנפיו של סעיף זה. עם זאת, נראה שעבירות חמורות מטבען הן, למשל, עבירות רצח, אינוס, סחר בבני אדם, שוד בנסיבות מחמירות,<sup>117</sup> סחר רחב היקף בנשק או סחר רחב היקף בסמים מסוכנים.

<sup>115</sup> ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 221 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (15.6.2010). יודגש שהדרישה ל"סיכוי של ממש" נדרשת גם לעניין שיקולי ההרתעה הקבועים בסעיפים 140 ו-140 לחוק העונשין.

<sup>116</sup> לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 18.

<sup>117</sup> ראו, למשל, ת"פ (מחוזי חי') 53603-06-13 מדינת ישראל נ' שינאוי (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 30.12.2013). הנאשם במקרה זה עמד לדין בגין שוד בנסיבות מחמירות של קשישה (שהייתה גם סבתו), וכן בעבירות נוספות. לעניין השוד קבע השופט שפירא כך: "הגם שסבור אני כי אשמו של הנאשם הוא בעל חומרה יתרה, או קרוב להגדרה זו, כמשמעו בהוראות סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין, הרי שגם ל'חומרה יתרה' קיימות דרגות. נראה כי

עבירות מסוג זה, גם כשאין מתלוות אליהן נסיבות קונקרטיות מחמירות, מקימות חזקה בדבר חומרת אשמו של הנאשם. עם זאת, ישנם מקרים שבהם החזקה ניתנת לסתירה. גם עבירות רגילות – שאינן חמורות מעצם טבען – עשויות להיחשב לבעלות חומרה יתרה בשל נסיבות ביצוען. כך, למשל, כאשר מתלווה למעשי העבירה מידת אלימות או אכזריות יוצאת דופן. מידת האלימות או האכזריות משפיעה הן על חומרת מעשה העבירה והן על מידת אשמו של הנאשם.

בהתקיים שני התנאים שצוינו לעיל, ברירת המחדל היא שלא לאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם אף אם הנאשם השתקם או שיש סיכוי של ממש שישתקם, כאמור בתנאים הקבועים בסעיף קטן (א). אם למעשה העבירה ולמידת אשמו של הנאשם נודעת חומרה יתרה, האינטרס הציבורי לגמול לנאשם על מעשיו גובר על הצורך לשקמו. ובכל זאת, גם במצב זה החוק אינו סוגר לחלוטין את הדלת בפני שיקום הנאשם, אך מתנה אותו בשלושה תנאים מצטברים: (1) נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן הקשורות לעבירה או לעבריין;<sup>118</sup> (2) בית המשפט שוכנע שהנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם. בכך באה לידי ביטוי עליונותו של מתחם העונש ההולם במקרים מסוג זה, ונטל השכנוע הוא על המבקש לסטות ממנו; (3) על בית המשפט לפרט בגזר הדין את הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן שבגינן הורה על שיקום הנאשם, ולציין מדוע הוא משוכנע שיש בהן כדי לגבור על הצורך לקבוע את עונשו על פי עקרון ההלימה.<sup>119</sup> בסעיף קטן זה, בדומה לאמור בסעיף קטן (א), אין הגבלה של מידת החריגה ממתחם העונש ההולם, ובית המשפט רשאי לגזור את הדין משיקולי שיקום בלבד. הטעמים לכך הם הצורך לאפשר לשופט שיקול דעת רחב לקבוע את האמצעי הטוב ביותר לשיקומו של הנאשם.

בנסיבות אלו, ניתן לסטות במידת-מה ממתחם העונש שקבעתי, באופן שייתן לנאשם שצעיר בגילו אור בקצה מנהרת הענישה, ויסייע בידו להשתקם בעתיד".

<sup>118</sup> ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 221 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (15.6.2010); פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (29.6.2010).

<sup>119</sup> דוגמה להחלטה לסטות ממתחם העונש ההולם בשל סיכויי שיקום בנסיבות של "חומרה יתרה" ראו בעניין שינאווי, לעיל ה"ש 117.

מעניין לציין כי בדיונים בכנסת הובעה הדעה שלפיה עונש מאסר ושיקום אינם מתיישבים זה עם זה,<sup>120</sup> אולם בפסיקה נקבע כי שיקום ומאסר אינם סותרים בהכרח.<sup>121</sup>

(2) חריגה לחומרה משיקולי הגנה על שלום הציבור  
סעיף 40 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "הגנה על שלום הציבור", קובע כך:

"קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית".

סעיף זה מעגן בחוק את עקרון ההגנה על שלום הציבור, המוכר יותר בשם עקרון ה"מניעה".<sup>122</sup> עיקרון זה מבקש להפסיק את התנהגותו הבלתי חוקית של העבריין על ידי הרחקתו מהחברה והגבלת יכולתו הפיסית לבצע עבירות נוספות. הואיל ובמרכז המודל המניעתי עומדים שיקולים של טובת החברה והגנה על שלום הציבור, הרי שמטרה זו שייכת לבית המדרש של הגישה התועלתנית. על פי רוב,

<sup>120</sup> פרוטוקול מיום 29.6.2010, לעיל ה"ש 118.

<sup>121</sup> עניין שינאוי, לעיל ה"ש 117: "מסקנה כי קיים סיכוי של ממש שנאשם ישתקם, כמשמעו בסעיף 40ד(א) לחוק אינה מובילה בהכרח למסקנה, כי אין מקום לגזור עליו עונש של מאסר במתקן כליאה. סיכויי השיקום מובילים אל האפשרות לחרוג ממתחם הענישה ואולם אין להסיק מכך בהכרח כי ייגזר עונש קל שאינו כולל רכיב של מאסר במתקן כליאה. לעניין זה נזכיר כי גם במסגרת שב"ס פועל מערך שיקומי, וחזקה על נציג שב"ס שיפעל בהתאם לסמכותו כאמור בסעיף 111ד' לפקודת בתי הסוהר ויבחן אפשרות לשיקומו של הנאשם, ובעיקר כאשר נקבע ע"י בית המשפט שראוי לעשות כן". נקבע כי מתחם הענישה במקרה זה אמור לעמוד בטווח שבין ארבע שנות מאסר לשמונה שנות מאסר. אלא שבשל שיקולי השיקום, חרג השופט שפירא ממתחם הענישה ההולם וגזר על הנאשם ארבע שנות מאסר, מהן רק שלוש שנות מאסר לריצוי בפועל, ושנה אחת של מאסר מותנה.

<sup>122</sup> קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון", לעיל ה"ש 20, בעמ' 102.

ה"מניעה" מושגת באמצעות עונש מאסר בפועל שמונע מהעברייני לבצע עבירות כל עוד הוא נתון במאסר. עקרון המניעה מעורר כמה קשיים, הן ברמה המוסרית והן ברמה המעשית. הקושי המוסרי מקורו בכך שעקרון המניעה שולל את חירותו של אדם לא בשל העבירה שכבר ביצע, אלא בשל עבירה שהוא עלול לבצע בעתיד. ברמה המעשית, שיקול ההגנה על שלום הציבור רלוונטי רק כאשר יש חשש ממשי שאותו עברייני אכן ישוב לבצע עבירות, אלא שיש לזכור ברקע הדברים את הקושי הברור לנסות לנבא את העתיד, ומחקרים רבים מצביעים על שיעור גבוה של ניבוי יתר.<sup>123</sup> קושי זה מצדיק את התנאים הנוקשים הקבועים בסעיף לסטייה ממתחם העונש ההולם.

כדי לחרוג ממתחם העונש ההולם מטעמים של הגנה על שלום הציבור יש לוודא שהתמלאו שני תנאים מצטברים שהסעיף דורש. התנאי הראשון הוא שיהיה חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות. ודוק: אין די בחשש בעלמא ויש להוכיח חשש ממשי. את החשש הממשי יש לבחון, בין השאר, על פי טיב העבירה ונסיבות ביצועה, אולם – שלא כאמור בהצעת החוק – בנסיבות הביצוע כשלעצמן אין כדי לקבוע חשש ממשי. ההערכה צריך שתיעשה על סמך מסוכנותו הסובייקטיבית של הנאשם. החוק נוקט לשון "עבירות" ("יחזור ויבצע עבירות"). עולה השאלה אם מדובר באותו סוג של עבירות שבגינן עומד הנאשם לדין. הצעת החוק הגדירה עברייני "מועד" כך: מי שביצע בעבר עבירה מסוג העבירה שבשלה מוטל העונש.<sup>124</sup> החוק שהתקבל נמנע מלאמץ הגדרה זו. על כן, נראה שהתשובה על כך שלילית. גם מדיוני ועדת החוקה עולה שאין נדרש דמיון ואין נדרשת זהות בין העבירות, שכן החשש הנדרש הוא מפני העושה ולא מפני המעשה.<sup>125</sup> התנאי השני הוא שהרחקתו של הנאשם נדרשת כדי להגן על שלום הציבור. גם אם מצא בית המשפט שיש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות נוספות, עליו ליתן דעתו על השאלה אם הרחקתו נדרשת כדי להגן על שלום הציבור. להבדיל מהתנאי הראשון, המתמקד בבחינה סובייקטיבית-מנטלית של אישיות העברייני ומבקש

<sup>123</sup> להרחבה ראו יעל חסין "ניבוי קליני לעומת ניבוי סטטיסטי" עבריינות וסטייה חברתית יב 51 (1984).

<sup>124</sup> הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 447-448, בדברי ההסבר לסעיף 40(ב). זאת ועוד, נאשם הוגדר כ"עברייני מועד" אם ביצע את העבירה שבשלה מוטל העונש לאחר שנשא בעבר עונש מאסר בפועל או במהלך נשיאת עונש כאמור (שם).

<sup>125</sup> ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 274 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (22.11.2010), ופרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010).



לבחון אם הוא נמנה עם קבוצת העבריינים המועדים, מתמקד התנאי השני דווקא בבחינה אובייקטיבית של סוגי העבירות שבגינן יש להרחיק את הנאשם כדי להגן שלום הציבור. ככל שחומרת העבירה פחותה – ברמה המושגית וברמה הקונקרטיית – כך על בית המשפט להסתפק בקביעת עונש בתוך גבולות המתחם, גם במחיר ביצוען של עבירות נוספות בעתיד. ההבחנה בין שני התנאים לא תמיד היא ברורה, ופעמים רבות העבירה עצמה מלמדת הן על החשש מפני ביצוען של עבירות נוספות והן על הצורך להרחיק את הנאשם מן החברה. למשל, מדברי ההסבר להצעת החוק עולה שהמחוקק התכוון בעיקר לעבירות מין או אלימות בתוך המשפחה.<sup>126</sup> מקובל להניח שבעבירות אלה, הנמנות עם הגרעין הקשה של החוק הפלילי, החשש שהנאשם יחזור לסורו רב יותר.<sup>127</sup>

החוק אינו מסתפק במבחן נורמטיבי-מופשט מסוג "חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות" אלא מגדיר את האמצעים הראייתיים להוכחת מסוכנותו של הנאשם: האמצעי הראייתי הראשון הוא קיומו של עבר פלילי משמעותי. קשה לקבוע מהו "עבר פלילי משמעותי". נראה, שאין מדובר רק במבחן כמותי הבוחן את מספר העבירות הקודמות. יש לשים לב גם לסוג ההרשעות, לתדירותן, לעונש שנגזר בגין כל אחת ואחת מהן, לשאלת ביצוען של עבירות בעת שמאסר על-תנאי היה תלוי ועומד, וכדומה. ודוקו, חשוב לעמוד לא רק על חומרת העבירות הקודמות אלא גם על העונשים שנגזרו על הנאשם בגינן. ככל שמדובר בעונשי מאסר חוזרים כך מתחזקת המסקנה שהנאשם לא הורתע, ויש צורך להרחיקו מן הציבור כדי שלא יבצע עבירות נוספות. האמצעי הראייתי השני הוא חוות דעת מקצועית, כגון הערכת מסוכנות, תסקיר של שירות מבחן, חוות דעת פסיכיאטרית או כל חוות דעת מקצועית אחרת. לבסוף, על פי הסעיף, חריגה לחומרה ממתחם העונש ההולם בשל הגנה על שלום הציבור אינה יכולה להיות ניכרת. אלא שהביטוי "החמרה ניכרת" הוא מושג עמום המשאיר שיקול דעת רחב לבית המשפט.<sup>128</sup> יש לציין שהגבלה זו נוספה במהלך הדיונים בוועדת החוקה משום החשש שהחמרה ניכרת תערער את הרציונל הגמולני שהחוק נשען עליו ולא תעמוד במבחניה של פסקת ההגבלה.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> שם, פרוטוקול מיום 20.12.2010, בעמ' 26.

<sup>127</sup> דו"ח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 5, בעמ' 11; קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 44, בעמ' 160.

<sup>128</sup> ת"פ (שלום ת"א) 76-12 מדינת ישראל נ' צרפתי (פורסם ב"פדאור" ניתן ביום 10.1.2013). שם קבע השופט שגיאה שחריגה של שישה חודשים ממתחם הנע בין שמונה ל-28 חודשי מאסר אינה בגדר החמרה ניכרת.

<sup>129</sup> ראו לעיל ה"ש 9 וה"ש 125, פרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט,

(3) היחס בין עקרון השיקום לבין עקרון ההגנה על שלום הציבור לסיכום חלק זה, נבקש לתת את הדעת על שאלת היחס בין עקרון השיקום, מחד גיסא, לבין עקרון ההגנה על שלום הציבור, מאידך גיסא. שני השיקולים מאפשרים לבית המשפט לסטות ממתחם העונש ההולם. השאלה היא אם מעמדו של האחד גבוה מזה של האחר או שהם ניצבים על אותה מדרגה נורמטיבית.

הדעות בשאלה זו חלוקות. על פי דעה אחת, רומם החוק את מעמדו של עקרון השיקום והציב אותו במקום השני בחשיבותו אחרי עקרון ההלימה.<sup>130</sup> דעה זו מסתמכת הן על מיקומו של סעיף החוק והן על הבדלים בין התנאים המתבקשים ליישום כל אחד מן העקרונות הנזכרים לעיל. עקרון השיקום, להבדיל מעקרון ההגנה על שלום הציבור, מתיר לבית המשפט לגזור על הנאשם עונש הסוטה במידה ניכרת ממתחם העונש ההולם, עד כדי התעלמות ממנו. יתרה מזו, בית המשפט אינו נדרש לתת תימוכין ראייתיים להחלטתו להורות על שיקום, כפי שהוא נדרש לעשות לפי עקרון ההגנה על שלום הציבור. דעה שנייה, היא שמעמדם של שני העקרונות זהה.<sup>131</sup> ההבדלים הרעיוניים ביניהם, ולא מעמדם השונה, הם שמכתיבים את התנאים הנבדלים. עקרון השיקום, כפי שכבר ציינו, אינו עולה בקנה אחד עם ענישת הנאשם והוא מחייב הענקת שיקול דעת רחב בידי השופט כדי שיוכל לבחור את אמצעי השיקום המתאים לנאשם העומד לפניו. לכן, יש לאפשר לשופט לסטות מן המתחם סטייה ניכרת ולהעניק לו שיקול דעת שלא יוגבל בדרישות ראייתיות. לעומת זאת, יישום עקרון ההגנה על שלום הציבור מחייב פסיקת עונשי מאסר בפועל. הפגיעה הקשה בחירותו של הנאשם מחייבת הצרה ניכרת יותר של שיקול דעת השופט.

לעניות דעתנו, במידת-מה מדובר במחלוקת "לשם שמיים" שאינה עתידה לעורר קשיים מעשיים ביישום הדין. קשה להעלות על הדעת מקרה שבו בית המשפט ייאלץ לדרג את מעמדם של שני העקרונות. אמות המידה להרחקת הנאשם

הכנסת ה-18 (20.12.2010).

<sup>130</sup> לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 17-18. נדמה גם כי זו גם דעתו של השופט רובינשטיין, אשר מנמק זאת: "בהצבת השיקום בסעיף 140ג, מייד לאחר העיקרון המנחה" ולאור הדיונים שהתקיימו במהלך חקיקת החוק אשר אופיינו כ"מאבק להעלות את השיקום למקום כבוד בסעיף 140 בסמוך לאחר העיקרון המנחה של ההלימה" – פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקאות י"ג-י"ד לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

<sup>131</sup> לדעה זו ראו דבריו של השופט שהם ברע"פ 3711/13 הושיאר נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 16.7.2013), פסקה 8 לפסק דינו של השופט; עפ"ת (מחוזי ת"א) 50181-10-12 ברוך נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 6.12.2012).

מן החברה כדי להבטיח את שלומה – עבר פלילי, חוות דעת מקצועית התומכת בכך, העבירה וחומרה מהסוג המסכן את שלום הציבור ומסוכנותו הסובייקטיבית של הנאשם – ממילא שוללות "סיכוי ממשי" לשקם אותו. מנגד, ההחלטה להורות על שיקום הנאשם מלמדת שבית המשפט לא מצא מקום לחשש מפני השבת הנאשם לחיק החברה. נוסף לכך, חשוב להזכיר שהגופים המגישים לבית המשפט את חוות הדעת בכל הנוגע למסוכנות הנאשם הם גם אלה שממליצים פעמים רבות על שיקומו. כל החלטה שלהם, לכאן או לכאן, מבטיחה שגם האפשרות השנייה נשקלה על ידיהם, ונשללה.

### ג. שלב שלישי: גזירת העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם

בשלב השלישי, אם מצא שאין מקום לסטות ממתחם העונש ההולם, יקבע בית המשפט את העונש המתאים לנאשם בתוך גבולות המתחם. כזכור, מתחם העונש ההולם אינו קובע את עונשו של הנאשם אלא מבטיח את תיחומו באמצעות יצירת רף עונשי עליון ורף עונשי תחתון. כדי לקבוע את עונשו של הנאשם בתוך גבולות מתחם העונש ההולם, נדרש בית המשפט להביא בחשבון שני שיקולים עיקריים: האחד, נסיבות הקשורות לעבריו אך שאינן קשורות לביצוע העבירה ואינן משפיעות על חומרת העבירה הנדונה; השני, הצורך להרתיע את העבריין ואת הציבור מפני ביצוע עבירות נוספות.

#### (1) נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה

סעיף 40א לחוק העונשין, שכותרתו "נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה", קובע כך:

"בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

הנסיבות הקבועות בסעיף 40א לחוק העונשין מתמקדות בעבריו ולא בעבירה. הן אינן מלמדות על חומרת המעשה או על מידת האשם, ולפיכך אין בהן כדי להשפיע על גבולות המתחם, אלא רק על העונש שייגזר בגדרו. הבחירה של המחוקק לתת לנסיבות אלה משקל במהלך קביעת עונשו של הנאשם מלמדת על הכרעה ערכית

שנפקותה אימוץ נקודת ראות כוללת המחשיבה את מכלול נסיבות חייו של הנאשם, נקודת ראות רחבה יותר מההשקפה הגמולנית הצרה שאינה רואה אלא את העבירה עצמה. הכרעה זו עולה בקנה אחד עם עקרונותיה של פסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיה פגיעה בזכות חוקתית – ובמקרה זה, הזכויות החוקתיות לחירות (מאסר) או לקניין (קנס) – גם כשהיא נעשית לתכלית ראויה, צריך שתיעשה במידה שאינה עולה על הנדרש.<sup>132</sup>

התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה היא אפשרות, אך לא חובה, כעולה מלשון הסעיף: "רשאי בית המשפט להתחשב" (לעומת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה אשר בהן בית המשפט חייב להתחשב). הסעיף מונה 11 נסיבות. לפי סעיף 40 לחוק, מדובר ברשימה פתוחה, וניתן לצרף נסיבות נוספות בתנאי שהן אינן קשורות לביצוע העבירה. רבות מהנסיבות משמשות שיקול לקולא, אולם אי התקיימות נסיבה אינה אמורה לשמש כשיקול לחומרה. למשל, הפגיעה הצפויה של העונש במשפחתו של הנאשם משמשת כשיקול לקולא, אך היעדר פגיעה כזו אינו נזקף לחובת הנאשם.

נעבור כעת לבחינת הנסיבות, תוך סיווגן לארבע קבוצות. נציין שחלוקה זו אינה קבועה במפורש בסעיף אך היא מתחייבת מהגיונו, וייתכן שתאפשר בעתיד דירוג פנימי של משקל הנסיבות האישיות.

**קבוצה ראשונה: נסיבות של חסד ורחמים** – בקבוצה הראשונה ארבע נסיבות. שלוש הנסיבות הראשונות נוגעות להשפעת ההליך על הנאשם. הנסיבה הרביעית נוגעת להתחשבות בנסיבות חייו. מדובר בנסיבות של חסד ורחמים שבהן החמלה הציבורית מאפשרת המתקה של העונש. ניתן לומר שכל אחת מנסיבות אלה מכבידה על הנאשם, ולכן עשויה להצדיק הקלה בעונש המוסדי המושת עליו:

(1) "הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו" – לדוגמה, הפגיעה של העונש בנאשם בשל מחלה או נכות או פגיעה בנאשם בשל גילו, קרי: פגיעה בשל היותו מבוגר או בשל היותו צעיר.<sup>133</sup>

(2) "הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם" – לדוגמה, מקרים שבהם הנאשם הוא המפרנס היחיד או העיקרי, והעונש יקשה עליו להמשיך לפרנס.

<sup>132</sup> לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 17, בעמ' 20-21.

<sup>133</sup> כפי שיידון בהמשך, תיקון מס' 113 אינו חל על ענישתם של קטינים. בפרשת פלוני, לעיל ה"ש 113, שעסק במקרה שעליו לא חל תיקון מס' 113, עמד השופט ג'ובראן על כך שככל שגילו של הנאשם צעיר יותר, כך משמש הדבר כשיקול חזק יותר להקלה בעונש.

- (3) "הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשתתו" – נזק שנגרם לו מהעבירה, לדוגמה כאשר הוא עצמו נפגע באותה תאונה, או נזק מעצם ההרשעה, לדוגמה, השפעה על עתידו המקצועי של הנאשם בעקבות הרשתתו בפלילים (כגון אי יכולתו של הנאשם להמשיך ולהתפרנס כעורך דין בשל הרחקתו מלשכת עורכי הדין).
- (4) "נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה" – מדובר בנסיבות חיים כלליות של הנאשם. עם זאת, יש להוכיח שלנסיבות אלה הייתה השפעה על ביצוע מעשה העבירה.

**קבוצה שנייה: התנהגות הנאשם לאחר ביצוע העבירה** – בקבוצה זו שלוש נסיבות. המשותף לשלושתן הוא שמדובר בהתנהגות חיובית של הנאשם לאחר ביצוע העבירה (אשר, במקרים מסוימים, מעידה גם על חרטה):<sup>134</sup>

(1) "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב" – הנסיבה כוללת שני תנאים חלופיים. התנאי הראשון הוא שהנאשם חזר למוטב – כלומר, בעת מתן גזר דינו כבר חזר הנאשם למוטב. התנאי השני הוא שהנאשם נמצא בעיצומו של תהליך חזרה למוטב.

(2) "מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה" – התנהגות חיובית כזו, שבהתאם לחוק הנוכחי אינה מאפשרת לסטות לקולא ממתחם העונש ההולם, היוותה מאז ומתמיד שיקול לקולא בעונש. בפסק דין שניתן שנים רבות לפני תיקון מס' 113 לחוק העונשין, סיכם השופט כהן את עמדתו של המשפט הישראלי בנושא זה במילים אלה:<sup>135</sup> "כבר לימדונו קדמונינו שהמתודה על חטא ואינו חוזר בו לשלם את הגזל, כמוהו כטובל ושרץ בידו [...] אבל מי שעושה להשבת הגזילה, וידו וידוי וחרטתו חרטה. ושוב: אפילו הניעו את העבריין מניעים תועלתיים ואנוכיים גרידא, אין בהם כדי לגרוע מערכה של החזרת הגזילה כעילה להמתקת דינו. עיקר תכליתם של דיני העונשין הוא להשליט את החוק; משהופר החוק במעשה גזילה, ראשית השלטתו היא בהשבת הגזילה. נוטה אני לומר שדיני הנפשות הולכים

<sup>134</sup> אשר למקומה של החרטה כנתון לקולא בעונש ראו איתי ליפשיץ ורינת קיטאי-סנג'רו "מקומה הראוי של החרטה בענישה הפלילית" מחקרי משפט כח 1, 69 (2012).

<sup>135</sup> אף שלעניין התוצאה הוא נותר בדעת מיעוט.

אחר דיני הממונות, כמו שהיושר הולך אחר הדין. משבאו דיני הממונות על סיפוקם, שוב דיני הנפשות אינם תבענים ואינם תאוותניים כולי האי; לא באו על סיפוקם, יקומו דיני העונשין ויעשו את שלהם לגדור הפרצות ולחזק בדק החוק. פשיטא שמדיניות בתי-המשפט בפלילים צריכה להיות, לעודד נאשמים שיתקנו את המעוות שעיוותו במעשה עבירתם: ואין עידוד אלא בידיעה שמה שיתקנו יותר, ימתיק עליהם בית-המשפט את דינם יותר, וכך אמנם מנהג נהוג בבתי-המשפט שלנו מימים ימימה, שאין לך עילה להקלת העונש, טובה ויעילה ומרשימה מעילת השבת הגזילה או שיפוי הניזוק. וכן להיפך: עילה טובה וסבירה להחמרת העונש היא שהגזולן לא השיב מאומה, בין שבזכו את הגזילה ובין שהוא אוגר אותה לכשישוחרר. אין אני יכול להעלות על דמיוני אף מקרה אחד אשר אף בנסיבותיו המיוחדות לא יתחשב בית-המשפט בהחזרת הגזילה או בתיקון הנזק כעילה להמתקת הדין; ומקום שלא הוחזר או תוקן הכל, יתחשב בית-המשפט במקצת (תרתו משמע)<sup>136</sup>.

(3) "שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו" – שיתוף פעולה של הנאשם עם הרשויות לאכיפת החוק עשוי ללבוש מגוון דרכים, כגון הודאה במהלך החקירה, סיוע לרשויות החוק במהלך החקירה

<sup>136</sup> ע"פ 395/75 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 589, 599 (1976). וראו גם ע"פ 1399/91 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 177, 184-185 (1993): "דנתי גם דנתי בשודדים משודדים שונים, מקצתם מודים ואינם מביעים חרטה ומקצתם מודים ומתחרטים, אך מעולם לא בא לפניי שודד, המשיב, תוך ימים ספורים מרגע הודאתו וחרטתו, את כל הכספים שגזל לבעליהם, בליווי מכתב אישי לכל נגזל ונגזל (שהובא וצוטט לעיל), שבו מכה הוא על חטא ושב מביקש הוא להסביר לנגזליו כיצד בא לכלל מעשי השוד החמורים". ובהמשך: "אכן, במקרה דנן מילא המערער אחר מאמרו – משאלתו של החכם מכל אדם (משלי, כח, יג): 'מכסה פשעיו לא יצליח ומודה ועזב ירחם'. המערער, משנתפס, לא כיסה על פשעיו, הודה בהם ועזב אותם על-ידי שהשיב את כל הגזלה שגזל, לרבות זו שלא ידועה הייתה למשטרה. מקרה כגון זה ראוי הוא שכאשר אנו באים להחליט מהו העונש על-פי מידת הדין, שמידה זו תהא מהולה במידת הרחמים, כי מודה ועוזב ירוחם", וכן: ע"פ 125/75 מדינת ישראל נ' מרץ, פ"ד כט(2) 649, 650 (1975); ע"פ 9788/03 מדינת ישראל נ' גולן, פ"ד נח(3) 245, 252-253 (2004); ע"פ (מחוזי חי') 1593/04 קופרמן-סגל נ' מדינת ישראל (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 7.7.2005), בסעיף 5 לפסק דינו של השופט שפירא.

והמשפט שהתנהלו בקשר לעביר ה<sup>137</sup> וקבלת אחריות מצד הנאשם למעשיו.<sup>138</sup> אשר לחיסכון בזמן שיפוטי, גם אם הוא נובע פעמים רבות משיתוף פעולה של הנאשם עם הרשויות, ספק רב אם יש בו, כשלעצמו, כדי לשמש כנסיבה מקילה.<sup>139</sup> מסקנה זו מתחזקת לאור הסיפא של הסעיף, הקובע שכפירה באשמה וניהול המשפט לא יזקפו לחובת הנאשם,<sup>140</sup> שכן מדובר בזכות טבעית של נאשם בהליך פלילי.<sup>141</sup>

**קבוצה שלישית:** התנהגות הנאשם לפני ביצוע העבירה. בקבוצה זו שתי נסיבות. הצד השווה לשתייהן הוא התנהגותו של הנאשם לפני ביצוע העבירה. בכך בא לידי ביטוי הרצון לבחון את מכלול אישיותו של הנאשם, לאו דווקא בהקשר לעבירה הספציפית.

(1) "התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה" – עקרון הגמול מבטא גם את מידת הסלידה הציבורית ממעשיו של הנאשם ואת הרצון לבוא עימו חשבון. אם הנאשם פעל בעבר למען החברה, יש מקום להקל בעונשו.

<sup>137</sup> הצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 452; דברי ההסבר לסעיף 140(ד)(5).  
<sup>138</sup> ראו, למשל, עניין ליבוביץ, לעיל ה"ש 136, בעמ' 183 (פסק הדין ניתן לפני תיקון מס' 113 לחוק).

<sup>139</sup> ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 424 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (5.7.2011).

<sup>140</sup> קובו, לעיל ה"ש 36, בעמ' 11-12.

<sup>141</sup> לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 199: "אכן אם הודה נאשם בעובדות שיוחסו לו והורשע על-פי הודאתו, ומדברי ההודאה, וממילתו האחרונה ומראיות אחרות המובאות בפני בית המשפט למדים כי הוא מיצר על המעשה שעשה ומביע חרטה, אין ספק כי ראוי הוא להתחשבות ולהקלה מסוימת במידת העונש. אולם לא מקובל עלי שמידת הקלה זו תהיה פועל יוצא מכך שכאילו חסך מזמנו היקר של בית המשפט. נימוק זה עלול להתפרש בעיני הציבור כמעודד נאשמים להודות, אפילו לא בלב שלם, שאם לא כן, אם לא יחסוך מזמנו של בית המשפט, ואם יקיים את הדיון עד תום ודינו יוכרע, כי אז יחמירו עמו מעבר למידה על שום שהכביד על בית המשפט. ידוע כי קיימת תחושה כזו אצל חלק מהציבור ולגבי בתי משפט מסוימים, במיוחד כאשר מדובר בעבירות שכיחות כגון בעבירות תעבורה או עבירות על חוקי עזר. נאשם זכאי לכך שיהא לו יומו בבית המשפט שיתנו לו ימי הדיון הדרושים להצגת עמדתו, אפילו אם כתוצאה מכך ייגזל זמן יקר שאפשר היה להקדישו לשמיעת משפטים אחרים."

(2) "עברו הפלילי של הנאשם" – הקביעה שהעבר הפלילי של הנאשם אינו מחמיר בהכרח את עונשו מסמלת שינוי של ממש בהשוואה למצב שקדם לתיקון מס' 113. עד לתיקון נהגו השופטים להעניק משקל רב לעברו הפלילי של הנאשם.<sup>142</sup> גישה זו ספגה ביקורת קשה בספרות בטענה שאין הצדקה להחמרה רבה בשל העבר הפלילי.<sup>143</sup> בהצעת החוק נעשה ניסיון לומר שלא כל עבר פלילי מביא לידי החמרה בעונש, ולכן הוזכר בהצעה עבר פלילי שהוא: "מסוג העבירה שנעברה" או "עבירה מסוג אחר שיש בה הצדקה להחמיר בדינו". נוסח זה הושמט מן החוק, אך גם היום עבר פלילי לא ישפיע בהכרח על חומרת העונש. כך, למשל, עבר פלילי שאינו קשור כלל לעבירה שבגינה הנאשם עומד לדין, או עבר פלילי שמקורו במעשה שהתרחש שנים רבות לפני העבירה הנדונה. חשוב לזכור שלעבר הפלילי עשוי להינתן משקל רב יותר באותם מקרים שהחמרה מעבר למתחם העונש ההולם מותרת בהם, מטעמים של הגנה על שלום הציבור. באותה מידה, עבר "נקי" עשוי לקבל משקל רב יותר בשיקולי השיקום.

**קבוצה רביעית: נסיבות שאינן קשורות לנאשם.** בקבוצה זו שתי נסיבות. מה שמייחד אותן בהשוואה לנסיבות האחרות הוא שהן אינן מתמקדות בנאשם עצמו אלא בהתנהגות הרשויות או בחלוף הזמן:

(1) "התנהגות רשויות אכיפת החוק" – לתוך תיבה כללית זו עשויים להיכנס מקרים רבים הנוגעים להתנהגות המשטרה ולהתנהגות התביעה, כגון השפעתו של סוכן מדיח על ביצוע העבירה. במובן זה, נסיבה זו מקבילה לטענה המקדמית של "הגנה מן הצדק" הקבועה בחוק סדר הדין

<sup>142</sup> קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 44, בעמ' 166-171.

<sup>143</sup> משה בר-ניב וצבי ספרא "יעילות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בהחמרה עם עבריינים חוזרים" ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה 583, 589 (2009) (להלן: בר-ניב וספרא). המחברים מציעים מודל המבוסס על ניתוח כלכלי של המשפט הפלילי. עולה ממנו שמדיניות הענישה, שעל פיה יש להחמיר בעונשו של עבריין חוזר, לא תמיד היא יעילה ויש להעדיף על פניה דווקא מדיניות המגדילה את הקנסות הראשונים. הרתעה מירבית תושג על ידי השתת קנס על העבירה הראשונה "עד מלוא עושרו של העבריין" (שם, בעמ' 597). אולם, יש לשים לב לכך כי הגדלת הקנסות על העבירה הראשונה עלולה להוות "החמרת יתר" מנקודת מבטו של עקרון ההלימה.



הפלילי [נוסח משולב] ואשר עשויה להביא לביטול כתב האישום.<sup>144</sup> בפרשת בורוביץ', שנפסק לפני עיגון ה"הגנה מן הצדק" בחקיקה, קבע בית המשפט שהטענה עשויה להצמיח גם סעדים מתונים ומידתיים יותר מביטול כתב האישום כולו, כגון הקלה בעונשו של הנאשם (אם יורשע).<sup>145</sup>

(2) "חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה" – ככל שפרק הזמן בין מועד ביצוע העבירה לבין מועד גזר הדין ארוך יותר, כך ניתן להקל יותר בעונשו של הנאשם.

## (2) הרתעה אישית והרתעה כללית

הרתעה היא אחת ממטרות דיני העונשין. מקובל להבדיל בין שני סוגים של הרתעה: הרתעה אישית והרתעה כללית. ההרתעה האישית מתמקדת בנאשם העומד לדין. המטרה היא להטיל עליו עונש שירתיע אותו מלבצע בעתיד עבירות נוספות. במישור של ההרתעה האישית יש משקל רב לאישיות הנאשם – אם ניתן להרתיעו, ואם כן – כיצד. המטרה השנייה, ההרתעה הכללית, אינה מתמקדת בנאשם אלא בציבור הרחב. המטרה היא להטיל על הנאשם עונש למען יראו וייראו. במישור של ההרתעה הכללית, יש משקל רב לסוג העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר או נפוצה יותר, כך גדל הצורך לנקוט ענישה מחמירה שתרתיע עבריינים פוטנציאליים. מלבד "הפחדה", יש לשיקול בדבר הרתעת הרבים גם מטרה רחבה יותר, חיובית, של חינוך הציבור והטמעת ערכי החברה. ענישה מחמירה מעבירה לציבור מסר חינוכי ומאשררת את חשיבותם של הערכים החברתיים המוגנים באמצעות החוק הפלילי.<sup>146</sup>

על אף חשיבותם של שיקולי ההרתעה, נמתחה עליהם ביקורת רבה מצד מלומדים. במישור המוסרי נטען שהרתעה, ובעיקר הרתעת הרבים, מתעלמת מהיות האדם תכלית לעצמו ומשתמשת בו כאילו היה אמצעי להשגת מטרות אחרות, חיצוניות. במישור המעשי נטען שלא נמצא אישוס אמפירי להנחה

<sup>144</sup> סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

<sup>145</sup> ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 808 (2005). וראו גם ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 492-493 (מהדורה שנייה, 2009): "גם לאחר עיגונה של ה'הגנה מן הצדק' כטענה מקדמית חקוקה אין מניעה, לדעתי, להתחשב בשיקולים העומדים בבסיסה כנימוק להקלה בעונשו של הנאשם".

<sup>146</sup> קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 44, בעמ' 158-161.

שהחמרה בענישה, להבדיל מהגדלת הסיכוי להיתפס, מקדמת את הרתעת העבריין.<sup>147</sup> לאור ביקורות אלה נדחקה ההרתעה אל תחתית המדרג של שיקולי הענישה הקבועים בחוק, ובהתאם לחוק כיום היא עשויה לשמש רק לשם תנועה בתוך מתחם העונש ההולם.

**הרתעת אישית – סעיף 140 לחוק העונשין, שכותרתו "הרתעה אישית", קובע כך:**

"מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בכואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

התנאים לתחולת ההרתעה האישית: בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולי ההרתעה רק כשיש "סיכוי של ממש" שהטלת עונש מסוים תצליח להרתיעו. מדובר במבחן גמיש המותיר מידה רבה של שיקול דעת לבית המשפט. שלא כמו בשיקולי ה"הגנה על שלום הציבור", הסתפק כאן המחוקק בקביעת מבחן נורמטיבי בלי לציין את האמצעים הראייתיים הדרושים להוכחתו. נראה שהצורך בתימוכין ראייתיים פחות משום ששיקולי ההרתעה אין בכוחם להביא לחריגה ממתחם העונש ההולם. יש לשים לב גם לרישא של הסעיף: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם". פעמים רבות אין צורך להחמיר עם הנאשם כדי להרתיעו מביצוע של עבירות נוספות בעתיד. הרישא מכוון בעיקר כלפי עבריינים רצידיביסטים בעלי "עבר פלילי" שממנו עולה כי הנאשם חזר לסורו אף שנענש בעבר, ועל כן נחוץ בעניינו עונש מרתיע.<sup>148</sup>

סוג העבירה: לפי לשון החוק, אין נדרשת זהות בין העבירה שהנאשם עומד לדין בגינה לבין העבירה שבית המשפט מבקש להרתיעו מפניה. הסעיף מתמקד בעושה ולא במעשה. עם זאת, לא כל עבירה מצדיקה החמרה בענישה לצורכי הרתעה. ככל שהעבירה נפוצה יותר, או ככל שסיכויי העבריין להיתפס נמוכים יותר, כך גדל הצורך בהרתעה. שיקול נוסף שעשוי להשפיע על הצורך בהרתעה הוא "חומרת"

<sup>147</sup> שם, בעמ' 164.

<sup>148</sup> לדעה, הגורסת שהחמרת הענישה של עבריינים "חוזרים" אינה מחזקת את ההרתעה, ראו בר-ניב וספרא, לעיל ה"ש 143. להסתייגות נוספת ראו השופט רובינשטיין, בפרשת סעד, לעיל ה"ש 1, פסקה ט"ו לפסק דינו: "לטעמי ההרתעה האישית היא בחיי המעשה 'שיקול בעירבון מוגבל'".

מעשה העבירה. כאשר הפגיעה היא בליבת הערכים המוגנים בחוק, נקיטת אמצעים שירתיעו את העבריין מלשוב לסורו נחוצה יותר.

סוג העונש: המחוקק השתמש במילים "הטלת עונש מסוים", להבדיל מ"החמרה בעונשו". להבדיל מסוג העונש במקרי הגנה על שלום הציבור, הרתעה אינה מחייבת דווקא מאסר בפועל. ככל שניתן להרתיע את העבריין באמצעי שפגיעתו פחותה, הרי שיש לבכרו על פני עונש מאסר. במקרים רבים דווקא עונש של "מאסר על-תנאי" עשוי להיות אפקטיבי יותר מעונש של מאסר בפועל.<sup>149</sup> גם כאשר מוטל עונש של מאסר בפועל, אין להניח מראש שעונש מאסר ארוך יהיה יעיל יותר מעונש של מאסר קצר. האפקט המרתיע במאסר מקורו בעיקר בגנאי החברתי הנלווה לו. גנאי זה נלווה גם לעונשי מאסר קצרים. יש גם חשש ששהייה ממושכת של הנאשם בחברת אסירים אחרים תביא להפנמת ערכים עברייניים ותגדיל את הנטייה לפשיעה חוזרת ונשנית מצד הנאשם.<sup>150</sup>

הרתעת הרבים – סעיף 140 לחוק העונשין, שכותרתו "הרתעת הרבים", קובע

כך:

"מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

<sup>149</sup> ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010). ופרוטוקול ישיבה מס' 302 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (27.12.2010).

<sup>150</sup> לוי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 190: "בהקשר זה של מידת העונש, כעונש מרתיע, מטרידה את השופטים ואת המתעמקים בתורת הענישה שאלה נכבדה נוספת. ככל שמדובר בעונש מאסר מתי יהא העונש אפקטיבי יותר, האם כשהמאסר הוא לתקופה ארוכה או אולי היפוכו של דבר, כשממשך המאסר הוא קצר (לא קצר מדי), שמשאיר את רישומו על העבריין. יש הסוברים שמאסר לתקופה קצרה יחסית משיג תוצאה חיובית יותר, שהרי הסבל הכרוך במאסר, ההשפלה הנלווית טעם ובסטיגמת הגינוי דבקים בו. באלה הועבר המסר, מאלה יפיק העבריין את לקחו. הסוברים כך חוששים שאם יוסיף העבריין לשהות לאורך זמן מאחורי סורג ובריח הוא עלול להתרגל למציאות החדשה, להסתגל אליה, להתחבר עם עבריינים מועדים חסרי תקנה ואז בסיום תקופת המאסר יצא מהכלא אדם מר נפש, שאינו מפיק לקחים ואינו מוצא טעם בשנוי דפוסי התנהגותו. נהפוך הוא, יצא מהכלא כעבריין מושלם שאל נכון יחזור לסורו וביתר שאת".

סוג העבירה: שלא כמו בשיקול של הרתעה אישית, מדובר בהרתעה מפני "ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם". הרציונל להבדל – ברור. במקרה של הרתעה אישית, החשש של הנאשם להיענש בשנית ירתיע אותו גם מפני ביצוע עבירות אחרות. אולם הציבור עצמו אינו נושא בעונש, ולכן עונש קשה בגין עבירה מסוג אחד לא ירתיע את הציבור מפני עבירה מסוג אחר. זאת ועוד, שכחות העבירה חשובה יותר בשיקול הרתעת הרבים. המטרה היא לאותת לעבריינים פוטנציאלים שעבירה מסוג זה אינה משתלמת והיא תטופל בחומרה.

סוג העונש: בהרתעת הרבים יש מקום רב יותר להטלת עונשי מאסר בפועל ולמשך פרק זמן ממושך יותר. הרתעת הרבים, שאינם נושאים בעצמם בעונש, דורשת מטבעה ענישה קשה יותר. ענישה זו כפופה כמובן לעקרון ההלימה – אם אין בחומרת מעשיו של העבריין ובמידת אשמו כדי להביא לקביעת מתחם ענישה הכולל עונש מאסר. אי אפשר להטיל עונש מסוג זה משיקולי הרתעה בלבד.

## 5. השפעות הגומלין בין השלבים של הליך גזירת הדין

מפשוטו של החוק נראה ששלושת השלבים של גזר הדין מיושמים בזה אחר זה: כל שלב נשקל במקומו, עם העקרונות והנסיבות המייחדים אותו, ואינו "פולש" לגבולו של האחר. בשלב הראשון, נבחן עקרון ההלימה; בשלב השני, נבחנים עקרונות השיקום וההגנה על שלום הציבור; בשלב השלישי, נבחנים שיקולי ההרתעה לצד נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. אלא שהמציאות מורכבת יותר, ויש לעתים מקום לבחון את שלושת השלבים בו בזמן. יש להניח שסוגיה זו עוד תונח לפתחו של בית המשפט העליון. לפיכך, נבקש להציג דיון ראשוני וכללי בלבד בהשפעות השלבים זה על זה.

### א. השפעת שיקולי שיקום ושיקולי הגנה על שלום הציבור בגדרי מתחם העונש ההולם

בבואו לבחון אם יש מקום לסטות ממתחם העונש ההולם, על בית המשפט לשיקול שיקולים של שיקום ושיקולי הגנה על שלום הציבור. אולם אלה עשויים לשמש את בית המשפט גם בשלב קביעת העונש המתאים לנאשם. מסקנה זו מתבקשת בדרך של קל וחומר. אם יש בכוחם של עקרונות אלה כדי לגבור על עקרון ההלימה, ודאי שיש בכוחם כדי להשפיע על קביעת עונשו של הנאשם בגבולות העונש ההולם.<sup>151</sup>

<sup>151</sup> ראו לעיל ה"ש 9, פרוטוקול ישיבה מס' 219 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18

כך, למשל, אם מצא בית המשפט שהסיכוי להביא לשיקומו של הנאשם אינו "סיכוי ממשי" כנדרש לצורכי חריגה מהמתחם, הוא יוכל להתחשב בו בקביעת עונשו. זאת ועוד, חלק מן הנסיבות המשמשות לקביעת מתחם העונש ההולם תומך גם הוא במסקנה זו. למשל, הנסיבה הקבועה בסעיף 40א(4) "נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב" או הנסיבה הקבועה בסעיף 40א(5) "מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה", מעידות שהנאשם הפנים את הפסול שבמעשיו והוא מבקש לחזור למוטב.

### **ב. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על מידת החריגה מן המתחם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור**

כשבת המשפט מורה על חריגה ממתחם העונש ההולם, הוא רשאי לתת משקל לנסיבותיו "האישיות" של הנאשם, תוך שמירה על מעמדן המשני, לצורך הקביעה של מידת הסטייה.<sup>152</sup> למשל, מידת הפגיעה של העונש בנאשם או במשפחתו עשויה להשפיע על מידת הסטייה מן המתחם בשל שיקולים של הגנה על שלום הציבור. מובן שמידת ההתחשבות תלויה בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. ככל שמידת הסכנה מן הנאשם רבה יותר, כך יהיה משקלן של הנסיבות האישיות קטן יותר, אם בכלל.

### **ג. השפעת נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על קביעת מתחם העונש ההולם**

כאמור לעיל, שלב קביעתו של מתחם העונש ההולם לעבירה הוא שלב עיקרי בדרך לקביעת העונש המתאים לנאשם. לפי לשון החוק, העונש המתאים אינו יכול לפרוץ את גבולות המתחם אך בשל נסיבותיו האישיות של הנאשם. הוראות החוק מלמדות על רצונו של המחוקק להביא למצב שבו ייקבעו בפסיקה מתחמי ענישה הולמים לעבירות למיניהן לפי חומרתו של מעשה העבירה ובהתחשב באשמו של הנאשם.<sup>153</sup>

(29.6.2010).

<sup>152</sup> גזל-אייל "תג מחיר העונשים", לעיל ה"ש 15, בעמ' 92.

<sup>153</sup> עם זאת, כאמור לעיל (בחלק שעוסק בקביעת מתחם של קנס), ניתן לזהות השקפה אחרת ככל שמדובר בעונש הכולל קנס. לפי הוראת סעיף 40ח, ניתן להביא בחשבון – בקביעת מתחם הקנס ההולם – גם את יכולתו הכלכלית של הנאשם. על כן, ניתן לטעון שהוראה זו מאמצת אל החוק, הלכה למעשה, את ההשקפה שלפיה ההשפעה הגמולית של העונש משתנה לפי מידת השפעתו של העונש על הנאשם האינדיווידואלי. בהתאם לגישה זו, מדובר ביישום מהותי ומלא של עקרון ההלימה אשר מחייב השפעה שוויונית של העונש

לצורך הגשמת מטרה זו הסיג המחוקק את ההתחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם לשלב האחרון במלאכת גזירת הדין, לאחר שכבר נקבע מתחם העונש ההולם, והגביל את השפעתן לקביעת העונש המתאים בתוך גבולות המתחם. לכן, באופן כללי, בית המשפט העליון אינו מאפשר לסטות ממתחם העונש ההולם בשל נסיבות אישיות שאינן קשורות לביצוע העבירה.<sup>154</sup> עם זאת, מתעוררת השאלה כיצד יש להתמודד עם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובמיוחד עם נסיבות אישיות חריגות ויוצאות דופן, אשר התחשבות בהן תציב את העונש מחוץ למתחם העונש ההולם. כך, למשל, ייתכנו מצבים שבהם מתחם העונש ההולם יחייב עונש מאסר, ואילו התחשבות בנסיבותיו האישיות החריגות של הנאשם תצדיק הימנעות מענישה הכוללת מאסר או, לכל הפחות, הפחתתו. בעיה זו זכתה לתשומת לב בפסיקה ובספרות, ואנו נעסוק בה בהרחבה בהמשך, בפרק אשר דן בתיקונו האפשרי של ההסדר.

## 6. היבטים ראיתיים ודיוניים

### א. הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה

סעיף 40 לחוק העונשין, שכותרתו "הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה",<sup>155</sup>

על נאשמים (בגין אותה עבירה שנעברה בנסיבות דומות). ולכן, יש להתחשב בגזירת העונש גם בהשפעתו על הנאשם הקונקרטי וכן בסבלו האישי של הנאשם מהעונש הנגזר עליו.

<sup>154</sup> ראו, למשל, ע"פ 5956/13 מדינת ישראל נ' אבו נגמה (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 28.11.2013), בסעיף 6 לפסק דינה של השופטת חיות: "חשוב להדגיש כי על פי הוראות סימן א' 1 בפרק ו' לחוק העונשין, אשר התווסף לחוק בשנת 2012 במסגרת תיקון מס' 113, נסיבותיו האישיות של נאשם אינן מובאות במניין השיקולים בעת קביעת מתחם הענישה עצמו אלא אך בשלב קביעת עונשו של הנאשם בתוך אותו המתחם. [...] אכן, נסיבותיו האישיות של המשיב, ובכלל זה מצבו הבריאותי, הינם שיקול אחד מבין השיקולים שרשאי היה בית המשפט לשקול לצורך גזירת עונשו של המשיב, אך זאת בתוך המתחם שקבע ולא בחריגה ממנו".

<sup>155</sup> החוק אינו מתייחס לדרך הוכחת הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובמסגרת זו הוא מותיר לפסיקה לגבש את המבחן הראייתי. נראה כי לאור אופיין של נסיבות אלה, כאשר מדובר בנסיבות הנוגעות לעבר, כגון תרומתו של הנאשם לחברה, יהיה צורך להוכיחן במאזן ההסתברויות. מנגד, כאשר מדובר בנסיבות הקשורות לספקולציות עתידיות, כגון האפשרות שהנאשם ישתקם או החשש שמא ישוב הנאשם לבצע עבירות, ייקבעו בפסיקה מבחנים הסתברותיים פרטניים לכל נסיבה בנפרד. ראו גול-אייל "תג

שונה במהותו מיתר הסעיפים הקבועים בחוק. בעוד שהחוק עוסק בענף המהותי של דיני העונשין, עוסק סעיף זה בנושאים מתחום סדר הדין והראיות. במקור, לא היה סעיף זה חלק מהצעת החוק והוא נוסף במהלך דיוניה של ועדת החוקה. הטעם להוספתו היה הרצון להסדיר בחוק נושאים הקשורים קשר הדוק לגזירת הדין, ובשל כך שהחוק נותן לנסיבות הללו משקל רב בקביעת העונש.<sup>156</sup> הסעיף מתחלק לארבע פסקאות. שתי הפסקאות הראשונות מגדירות את השלב הדיוני שבו נדרשים הצדדים להציג את ראיותיהם. הפסקה השלישית קובעת את רף ההוכחה הנדרש, והפסקה הרביעית מורה על אופן ניסוחם של כתבי האישום. נעמוד עליהן כסדרן:

**סעיף קטן (א) – הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה בשלב בירור האשם – סעיף 40(א) לחוק העונשין קובע כך:**

”בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות לביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.”

כקבוע בחוק, הראיות בדבר נסיבות הקשורות לביצוע העבירה יובאו לפני בית המשפט כבר בשלב בירור האשמה, ולא בשלב גזירת הדין. הוראה זו מחייבת את שני הצדדים למשפט. לפי לשון הסעיף, כפשוטה, בית המשפט אינו חייב להכריע בדבר התקיימות הנסיבות כבר בשלב הראשון, אך נראה לנו שזוהי הדרך הנכונה לפרשו. תכלית הסעיף היא לאפשר לצדדים לדעת מראש את הנסיבות שאיתן יאלצו להתמודד בשלב הטיעונים לעונש, כדי שיוכלו להיערך מבעוד מועד.

**סעיף קטן (ב) – הוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש – סעיף 40(ב) לחוק העונשין קובע כך:**

”על אף האמור בסעיף קטן (א) –

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות לביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש,

מחיר העונשים”, לעיל ה”ש 15, בעמ’ 92.

<sup>156</sup> ראו לעיל ה”ש 9, פרוטוקול ישיבה מס’ 396 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (30.5.2011); פרוטוקול ישיבה מס’ 410 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.6.2011).

אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".

הסעיף קובע שלושה חריגים לכלל האמור בסעיף קטן (א) לעיל, ואותם ניתן לחלק לשלוש קבוצות: ראיות מטעם הנאשם; ראיות על פי חיקוק; חריגים ברשות בית המשפט.

בהתאם לחריג הראשון (ראיות מטעם הנאשם), מלבד ראיות שהציג בשלב בירור האשם, רשאי הנאשם להביא ראיות מטעמו גם בשלב הטענות לעונש. מטרת החריג היא לאפשר לנאשם להוכיח נסיבות מקילות אשר לא היה בידו להעלותן בשלב בירור האשם, כיוון שהיו פוגעות בקו הגנתו. זכותו של הנאשם על פי סעיף זה אינה מותנית באישור בית המשפט, אך הוא אינו רשאי להעלות טענות הסותרות טענות שטען בשלב בירור האשמה. מהי טענה סותרת? התשובה על שאלה זו לא תמיד היא פשוטה והיא תוכרע על ידי בית המשפט. כך, למשל, נאשם שטען טענת אליבי בשלב המשפט, לא יהא רשאי לטעון בשלב העונש שיש לו קירבה לאחד מן הסייגים לאחריית הפלילית. שאלה אחרת היא מה יהיה דינו של נאשם שטען טענת אליבי בשלב הכרעת הדין, ובשלב הטענות לעונש טוען שסבל התעללות מצד הקרבן.

בהתאם לחריג השני (ראיות על פי חיקוק), מאפשר החוק להביא ראיות שהדין קובע שניתן להביאן בשלב הטענות לעונש. כך, למשל, "תסקיר קורבן עבירה" לפי סעיף 187(ב) וסעיף 191א(ג) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], העוסק בהוכחת מצבו של נפגע העבירה והנזק שנגרם לו; "תצהיר נפגע עבירה" לפי סעיף 18 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, וכן סעיף 63(ד) לחוק העונשין. סעיף זה, המאפשר לגזור על הנאשם קנס בשיעור פי ארבעה משווי הנזק שנגרם, או מטובת ההנאה שהושגה על ידי העבירה, מורה על הערכת גובה הנזק או טובת ההנאה לפי ערכם ביום ביצוע העבירה או ביום מתן החלטתו של בית המשפט, לפי הגבוה שבהם.

בהתאם לחריג השלישי (חריגים שברשות בית המשפט), רשאי בית המשפט להורות על הבאת ראיות בשלב גזירת הדין בהתקיים שני תנאים חלופיים. התנאי האחד הוא "אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה". למשל, אם נתגלתה נסיבה חדשה שלא הייתה ידועה בשלב בירור האשמה, או אם הנאשם מודה בעובדות כתב האישום בשלבים הראשונים של המשפט, ואחד הצדדים רוצה להביא ראיה מטעמו בשלב הטענות לעונש. התנאי השני הוא "אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין". חריג זה, המנוסח בלשון כללית, מותיר בידי בית



המשפט מידה רבה של שיקול דעת. הביטוי "עיוות דין" נוגע, בדרך כלל, לעניינו של הנאשם אך עשוי להיות קשור גם לאינטרס הציבורי. למשל, אם עקב טעות מסוימת לא הביאה התביעה בשלב הבאת הראיות ראייה הקשורה לביצוע העבירה, וזו עשויה להשפיע השפעה רבה על הערכת חומרת העבירה או על מידת אשמו של הנאשם, תותר הבאתה בשלב גזירת הדין.

**סעיף קטן (ג) – רף ההוכחה הנדרש – סעיף 40(ג) לחוק העונשין קובע כך:**

"בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי".

נסיבות מחמירות יש להוכיח מעבר לכל ספק סביר. נסיבות מקלות יש להוכיח במאזן ההסתברויות, כמקובל במשפט האזרחי. מה דינן של הנסיבות הניטרליות, דהיינו אלה שיכולות להתפרש לשני הצדדים? התשובה על שאלה זו תוכרע ממקרה למקרה, לפי נסיבותיו. אם יבקש הנאשם להשתמש בהן לשם הקלה בעונשו, הוא יידרש להוכיחן במאזן הסתברויות. אם תבקש התביעה להשתמש בהן, כדי להביא להחמרה בעונש, היא תידרש להוכיח אותן מעבר לכל ספק סביר.

**סעיף קטן (ד) – אופן ניסוח כתבי האישום – סעיף 40(ד) לחוק העונשין קובע**

כך:

"מבלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה".

הסעיף מורה על אופן ניסוחם של כתבי האישום בעידן שלאחר תיקון מס' 113. הואיל והוכחתן של נסיבות העבירה נדרשת לפני הכרעת הדין, על התביעה להיערך לאפשרות שהנאשם יודה בעובדות כתב האישום לפני הכרעת הדין, בלי לתאם עימה מראש את עמדתו. כאמור לעיל, תכליתן של הוראות חוק אלה היא שאדם לא ייענש על סמך עובדות שלא הודה בהן או שלא הוכחו. במצב דברים זה יש לוודא שכתב האישום יכלול את כל הנסיבות שעליהן תבקש התביעה להסתמך בשלב הטיעונים לעונש. אם התביעה לא תעשה כן, והנאשם יודה בעובדות כתב האישום, היא לא תוכל להתבסס בטיעוניה לעונש על הנסיבות שהושמטו, אלא כפוף לאמור בסעיף קטן (ב)(2) לחוק.

## ב. חובת הנמקה

סעיף 40 יד לחוק העונשין, שכותרתו "חובת הנמקה", קובע כך:

- "בית המשפט יפרט וינמק בגזר הדין, בין השאר, את אלה:
- (1) קביעת מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שבהם התחשב לצורך קביעת מתחם העונש ההולם;
  - (2) גזירת העונש המתאים לנאשם והנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שבהן התחשב לצורך גזירת העונש;
  - (3) חריגה ממתחם העונש ההולם לשם שיקומו של הנאשם או לשם הגנה על שלום הציבור, ככל שהיתה, והטעמים לחריגה;
  - (4) הדרך שבה גזר את דינו של הנאשם לאחר הרשעה במספר עבירות המהוות כמה אירועים".

הסעיף מעגן, לראשונה בחוק, חובת הנמקה של גזר הדין. החובה משתרעת על פני כל השלבים של גזירת הדין – קביעת מתחם העונש ההולם והנסיבות הקשורות לביצוע העבירה שעליהן הסתמך בית המשפט בעת קביעת המתחם; גזירת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם והנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה שהביאו לקביעת עונש זה. אם מצא בית המשפט שיש מקום לחרוג מן המתחם, הוא חייב לפרט את הטעמים לחריגה ולנמקם. יתרה מזו, בית המשפט חייב לנמק את הדרך שבה גזר את דינו של מי שהורשע בכמה עבירות המהוות כמה אירועים. יודגש שהסעיף אינו מורה על נימוק השפעתם של שיקולי הרתעה על קביעת העונש המתאים, או על האופן שבו החליט בית המשפט לסווג כמה עבירות ל"אירוע אחד" או ל"כמה אירועים", אך השכל הישר מורה לנו שגם אלה חייבים לבוא בגדרי הנמקתו של בית המשפט. נוסף לכך, יש לשים לב כי הביטוי "בין השאר" בסעיף 40 יד רישא מרמז כי רשימת השיקולים המובאת בסעיף, שעליה חלה חובת הנמקה, היא בגדר רשימה פתוחה. לדעתנו, יש לקבוע כי כדי להבין את גזר הדין וכדי שניתן יהיה לערער עליו, יש להחיל את חובת הנמקה על כל רכיביו, והרשימה המובאת בסעיף כוללת דוגמאות בלבד.<sup>157</sup> מידת ההנמקה תיקבע ממקרה

<sup>157</sup> על חשיבות ההקפדה על הנמקת גזר הדין, ראו פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, בפסקה 31 לפסק דינו של השופט סולברג. ככל שמדובר בעונש הניתן על פי הסדר טיעון, הביע דעתו השופט אינפלד – לעניין חובת ההנמקה – כי "חשוב שבית המשפט ידגיש, במקרים המתאימים, ולו בקיצור נמרץ, כי מדובר בענישה החורגת ממתחם העונש הראוי, או

למקרה, לפי מורכבות התיק ונסיבותיו. בית המשפט אינו נדרש לפרט בכל תיק ותיק את רשימת כל הנסיבות הקבועות בחוק אלא להידרש רק לנסיבות הרלוונטיות למקרה שלפניו.

### ג. תחולת החוק על ענישת קטינים

סעיף 40טו לחוק העונשין, שכותרתו "ענישת קטין", קובע כך:

- "(א) על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.
- (ב) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה, תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר שראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה".

סעיף זה מסדיר את תחולתו של החוק על ענישת קטינים. ברירת המחדל הקבועה בסעיף קטן (א) היא שאין להחיל את עקרונות החוק, ובייחוד את עקרון ההלימה, על ענישת קטינים. כוונת המחוקק הייתה אפוא להימנע משינוי המצב המשפטי הנוהג, ולשמור על עליונותו של עקרון השיקום המשמש עיקרון המנחה את בית המשפט בענישתם של קטינים.<sup>158</sup>

---

אפילו חורגת במידה ניכרת, בשל הסדר הטיעון. ראוי שיאמר כי לו נדרש היה לקבוע המתחם לפי תיקון 113, הייתה הענישה חמורה הרבה יותר [...] כמו כן ראוי, מן הצד השני, במקרים בהם הענישה היא בתוך המתחם, לציין זאת. אך הוסיף כי: "אין חובה לרשום ולנמק את מלוא המתווה המפורט בתיקון 113, שכן ממילא אין העונש הנגזר נובע ממנו. די בכך שבית המשפט מסביר את ההחלטה לכבד ההסדר, באיזון קצר בין השיקולים המונחים ביסוד הסדר הטיעון, לבין תמצית הערכתו ביחס למתחם וסוג העונש המשוער אשר היה ניתן ללא ההסדר על פי נסיבות המקרה. [...] יחד עם זאת, במקרים בהם בוחר בית המשפט שלא לכבד את ההסדר, או כאשר הדברים גבוליים וטעונים הבהרה מיוחדת, אין מנוס מנימוק מפורט יותר, על פי תיקון 113, ובחינת העונש ההולם אל מול שיקולי ההסדר" – ת"פ (מחוזי ב"ש) 5093-02-10 מדינת ישראל נ' גיאמי (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 18.2.2013), פסקאות 40 ו-42 לפסק דינו של השופט אינפלד (להלן: פרשת גיאמי); ראו גם מ"ת (מחוזי י-ם) 27512-06-12 מדינת ישראל נ' אבו חארתיה (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 21.6.2012) (להלן: פרשת אבו חארתיה).

<sup>158</sup> עיקרון זה אף עוגן בשנת 2009 לאחר שנכנס לתוקפו חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) (תיקון מס' 14), התשס"ח-2008 (ס"ח התשס"ח, בעמ' 688). ראו סעיף 1א(א) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, הקובע: "מימוש זכויות של

עם זאת, סעיף קטן (ב) מתיר לבית המשפט, על פי שיקול דעתו, להחיל את עקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי המנויים בחוק העונשין גם על קטינים, ככל שהוא סבור שיש לתת להם משקל בנסיבות המקרה. החלת העקרונות תיעשה תוך כדי התאמתם לענישת הקטין – כלומר, תוך איזון נכון בינם לבין עקרון השיקום, שהוא עקרון העל בכל הנוגע לענישת קטינים. ברי שנקודת איזון זו שונה מן הקבוע בחוק, המציב במרכזו את עקרון ההלימה. נראה שבית המשפט יידרש להחלת העקרונות על קטינים, בעיקר במקרים שבהם: נעברה עבירה חמורה במיוחד, הנאשם קרוב לבגירות או יש לו עבר פלילי מכביד המחייב ליתן משקל גם לשיקולי הרתעה, וכדומה.

#### ד. היחס בין החוק לבין המוסד של הסדרי הטיעון

כתבי האישום המוגשים בישראל מסתיימים ברובם בהסדרי טיעון בין הצדדים. עם זאת, המחוקק של תיקון מס' 113 לא הסדיר במפורש את שאלת היחס בין הבניית שיקול הדעת בענישה לבין מוסד הסדרי הטיעון. עולה השאלה מה היחס ביניהם, וביתר פירוט" מה חייבת להיות מידת ההתחשבות בעקרונות החוק בעת גיבוש הסדר טיעון ואישורו.

כאמור לעיל, אין בתיקון מס' 113 כל התייחסות להסדרי טיעון. ניתן להניח שהדבר נעשה במכוון. חרף הביקורות המופנות כלפי המוסד של הסדרי הטיעון, שורר היום כמעט קונצנזוס באשר לנחיצותו.<sup>159</sup> ביטולו של מוסד הסדרי הטיעון, או שינויו הניכר, מחייב אמירה מפורשת של המחוקק, דבר שלא נעשה. עם זאת, ראוי

קטין, הפעלת סמכויות ונקיטת הליכים כלפיו יעשו תוך שמירה על כבודו של הקטין, ומתן משקל ראוי לשיקולים של שיקומו, הטיפול בו, שילובו בחברה ותקנת השבים, וכן בהתחשב בגילו ובמידת בגרותו". וראו גם פרשת פלוני, לעיל ה"ש 113, בפסקה 58 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. שם, בהדגישו את עליונותו של עקרון השיקום בענישת קטינים, דן בהרחבה השופט ג'ובראן בענישתם של "בגירים צעירים" וקבע שיש ליתן משקל רב יותר לשיקולי שיקום בענישתם של נאשמים "בגירים צעירים", כיוון שהשפעת הענישה על המשך חייהם שונה מהשפעת הענישה על בגירים.

<sup>159</sup> לתמורות שחלו בגישה למוסד הסדרי הטיעון, ראו בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) 550 (2008), פסקה 44 לפסק דינו של השופט לוי: "מדימיו ל'גידול פרא שצמח בערוגות המטופחות היטב של סדר הדין הפלילי' [...] ומן הכינוי עסקת טיעון ששיווה לו מימד של 'מקח וממכר מכוער, המזכיר אולי את דרכיהם של סוחרי סוסים' [...] הפך המוסד של הסדרי טיעון לחלק אינטגרלי מן המשפט הפלילי ולאמצעי לגיטימי ליישומו".

לציין בהקשר זה את ההצעה לתיקון חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] המתגבשת בימים אלה בוועדת החוקה, ומטרתה לעגן בחוק את הסדרי הטיעון.<sup>160</sup> סעיף 220יא להצעת החוק קובע כך:

” (א) הציגו בעלי הדין בפני בית המשפט הסדר טיעון הנוגע לעונש או לתוצאות משפט אחרות ינחה עצמו בית המשפט בגזירת הדין לפי הסדר הטיעון;  
(ב) על אף הוראות סעיף קטן (א) בית המשפט יחרוג מהסדר הטיעון אם מצא כי מתן גזר הדין לפי ההסדר יפגע מהותית בטובת הציבור.”

הוועדה לסדר דין פלילי וראיות (האמונה על גיבוש ההמלצות להצעת החוק בשאלת היחס בין הבניית שיקול הדעת בענישה לבין מוסד הסדרי הטיעון) קבעה, על דעת רוב חבריה, שיש לתת את הבכורה להסדרי הטיעון ולהעדיף את האמור בהצעת החוק על פני האמור בפרק הבניית שיקול הדעת שיפוטי בענישה (סימן א' 1 לפרק ו' לחוק העונשין).

השיקולים לעריכת הסדר טיעון שונים מהשיקולים הקבועים בחוק לעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי. עריכת הסדר טיעון עשויה לנבוע ממגוון שיקולים, ובהם קשיים ראייתיים בתיק, רצון שלא להעמיד את קרבן העבירה על דוכן העדים, רצון שלא לחשוף חומרי חקירה חסויים וחסיון במשאבי התביעה ובזמן שיפוטי.<sup>161</sup> שיקולים אלה אינם מתיישבים עם ענישה לפי עקרונותיה של הבניית שיקול הדעת, כפי שנקבעו בחוק. שיקולים אלה כלל אינם ביטוי בתיקון מס' 113 ולכן אי אפשר – ואין זה ראוי – להחילו על הסדרי הטיעון.<sup>162</sup> זאת ועוד, חלק מן הנסיבות

<sup>160</sup> הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדרי הטיעון), התש"ע-2010, ה"ח התש"ע, בעמ' 536.

<sup>161</sup> לעניין הסדרי הטיעון נפסק כי גם אם העונש שעליו הוסכם בהסדר הטיעון אינו ראוי לפי מבחן ההלימה – יש עדיין לכבד את ההסדר, אם התביעה ערכה איזון מתאים בין ההקלה שניתנה לנאשם לבין התועלת הציבורית שהייתה כרוכה בעריכת ההסדר. ראו ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577 (2002), שנפסק עוד קודם לתיקון מס' 113 לחוק העונשין.

<sup>162</sup> לנימוק נוסף ראו אורן גול-אייל "העונש ההולם לא תמיד הולם" עורך הדין 70, בעמ' 72 (אוקטובר 2013): "בשיטה הישראלית מושגות כמחצית מההרשעות בעקבות הסדרי הטיעון המכילים גם הסכמות לעניין העונש. קשה להניח שהמחוקק ביקש לעשות רוויזיה כה משמעותית בהליך הפלילי בדרך אגב, בלי לכתוב זאת מפורשות. לפיכך, גם לאחר

המשמשות לקביעת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם משפיע על קביעת הטווח של הסדרי הטיעון, וכל ניסיון של בית המשפט להחיל את החוק על הסדר הטיעון המוצג לפניו עתיד להיתקל בקשיים רבים. עמד על כך השופט מלצר בעניין פלוני:<sup>163</sup>

**”טווח ענישה מוסכם במסגרת הסדר טיעון – שונה ממתחם הענישה**  
[לפי תיקון מס' 113 – הוספה שלגון] בשני מובנים עיקריים:  
(א) **ברמה הטכנית** – טווח ענישה מוסכם בהסדר טיעון נקבע על ידי הצדדים, בעוד שמתחם ענישה נקבע על ידי בית המשפט, בעקבות הנחיות המחוקק.  
(ב) **ברמה המהותית** – טווח ענישה מוסכם בהסדר טיעון הוא תוצאה של מיצוי כוח המיקוח של כל אחד מהצדדים להליך, בשם לב לכלל נסיבות התיק ולכן הוא משקף בעיקר את האינטרסים המידיים של שני הצדדים (תוך התחשבות בעובדה כי רשויות התביעה מייצגות אינטרס ציבורי רחב יותר).  
**מתחם הענישה**, משקף לעומת זאת, קביעה נורמטיבית של בית המשפט בדבר האיזון הראוי בעיני החברה בין כלל השיקולים הרלבנטיים על פי המתכונת הקבועה בחוק. ככזה, מתחם הענישה אינו תלוי איפוא בכוח המיקוח של מי מהצדדים, או בהעדפותיהם (האישיות או המוסדיות)” (ההדגשות במקור).

עם זאת, ברי שהסדר טיעון אינו יכול להתעלם לחלוטין מתיקון מס' 113, ועליו להתיישב עם העקרונות ועם השיקולים המנחים שנקבעו בו.<sup>164</sup> העונש שנקבע בהסדר הטיעון חייב לאזן כראוי את מכלול השיקולים שבבסיסו של תיקון מס' 113

התיקון יש לבחון את הסדרי הטיעון על פי מבחני פלוני” (עניין פלוני, שם).

<sup>163</sup> עניין פלוני, לעיל ה”ש 18, בסעיף 17 לפסק דינו של השופט מלצר.

<sup>164</sup> ראו את התוספת שהמליצה ועדת החוקה, חוק ומשפט להוסיף לסעיף 220א להצעת החוק (לעיל ה”ש 160), לגבי שיקול הדעת שעל בית המשפט ליישם בעת אישורו של הסדר טיעון: ”לשם כך יבחן בית המשפט האם קיים איזון הולם בין ההקלה בעונש הניתנת לנאשם במסגרת הסדר הטיעון לבין התועלת שבהסדר הטיעון לאינטרס הציבור; לעניין זה, ’ההקלה בעונש’ – הפער שבין העונש שהיה נקבע לנאשם לפי עקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, המנויים בסימן א’ 1 לפרק ו’ בחוק העונשין, התשל”ז-1977, לבין העונש שעליו הוסכם בהסדר הטיעון”.

יחד עם השיקולים הרלוונטיים המצדיקים את גיבושו של הסדר טיעון.<sup>165</sup> עמד על כך השופט מלצר בעניין פלוני: "במקרים שיש בהם ספק אם ההסדר עומד במבחני

<sup>165</sup> סוגיה זו נדונה בפרשת רוזנפלד, שם נקבע כי: "ניתן להדגים חלק מהקשיים בהחלת מלוא הכללים הקבועים בתיקון 113 על הסדרי טיעון לעניין העונש בעזרת המקרה שבפניי: הסדר טיעון שהוצג הוא הסדר מסוג רף עליון, במסגרתו עתרה התביעה לעונש של 3 שנות מאסר, ואילו ההגנה טענה כראות עיניה. התובעת, כמקובל בסוג זה של הסדרים, עמדה על הנימוקים השונים לחומרה, תוך שביקשה לאמץ את הרף העליון של ההסדר על בסיס אותם נימוקים. כך מנתה התובעת, בין היתר, את גילה הצעיר של הקטינה ואת הנזק שנגרם לה כתוצאה ממעשיו של הנאשם. ניסיון להחלה מלאה של תיקון 113 על המקרה שלפניי היה יוצר, כבר בתחילת הדרך, קושי הגדרתי, והיה יוצר בהמשך – אף קושי בגזירת הדין. לכאורה, ואם בית המשפט היה רואה בהסדר טיעון שהוצג ככזה המשקף מתחם עונש הולם (כהגדרתו בתיקון 113) הנע בין 3 שנות מאסר לבין מאסר על-תנאי בלבד, לא ניתן היה להתחשב במצב הקורבן כשיקול לגזירת הדין בתוך מתחם העונש הולם, שכן על פי לשון התיקון, הנזק לקורבן העבירה הוא חלק משיקולי קביעת המתחם (כלומר, שוקלל אף במסגרת הרף התחתון של מתחם העונש). באותה מידה צריך היה לנהוג אף בשיקול כגון תכנון מוקדם, שאף הוא שיקול לקביעת המתחם, ואמור לשקף את שני קצוות המתחם. זאת ועוד, ברי כי הרף העליון של ההסדר נקבע, על ידי הצדדים, גם לאחר שקלול הודייתו של הנאשם (תוך מתן אפשרות לכל אחד מצדדים לטעון באשר למשקל הממתן של ההודיה על העונש), אולם הודיה היא נתון שאינו רלבנטי לקביעת המתחם, אלא לגזירת הדין בתוך המתחם או מחוצה לו (כשיקול לקולא בלבד). נניח לרגע כי בית המשפט היה צועד במתווה הקבוע בתיקון 113, וקובע מתחם עונש הולם, ונניח לרגע, לשם ההדגמה בלבד, כי המתחם היה נע בין 20 חודשי מאסר לבין 40 חודשי מאסר. בסיטואציה מעין זו, ניתן היה, ללא נסיבות מיוחדות או חריגות, להטיל עונש בהתאם לרף העליון של המתחם, אלא שמהלך כזה מהווה, הלכה למעשה, דחיית הסדר טיעון, שאמור להיעשות רק במקרים חריגים" – ת"פ (שלום ת"א) 38431-04-12 מדינת ישראל – פרקליטות מחוז תל-אביב נ' רוזנפלד (פורסם ב"פדאור", ניתן ביום 3.2.2013), בעמ' 7 לפסק דינו של השופט שגיא. בפרשת גיאמי עמד השופט אינפלד על כך ש"הסדר טיעון אינו מבטל כליל את תיקון 113, ואין הוא מאפשר לבית המשפט להתעלם מהשיקולים המנויים בתיקון מס' 113. מבחינה מהותית, בהתקיים הסדר טיעון, הדרך שיש לילך בה היא להחיל את הלכת פלוני על הסדר טיעון ולבחון אם העונש המבוקש על פי ההסדר מאזן היטב בין העונש הראוי לפי מכלול שיקולי הענישה על פי תיקון 113, לבין התמורה שנתן הנאשם במסגרת הסדר טיעון או האינטרס הציבורי האחר העומד ביסודו" – פרשת גיאמי, לעיל ה"ש 157, בפסקה 41 לפסק דינו של השופט אינפלד. באשר לחובת ההנמקה הקבועה בתיקון מס' 113 לעניין הסדר טיעון, ראו לעיל ה"ש 157. ראו גם פרשת אבו חאריתה, לעיל ה"ש 143.

האיזון, מצווה כיום בית המשפט לקבוע הן את מתחם הענישה ואת העונש בתוך המתחם שהיה נקבע אלמלא ההסדר, על פי נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. לאחר מכן עליו להשוות את העונש המוסכם לזה שצפוי היה להיות מוטל על נאשם ללא ההסדר, כדי לבחון מה מידת ההקלה שהנאשם זכה לה ולהכריע אם הקלה זו עומדת במבחן האיזון. כאשר יאושר טווח ענישה מוסכם בדרך זו, יקבע בית המשפט בשלב השלישי את העונש המדויק בתוך הטווח בהתחשב במלוא שיקולי הענישה, כמו גם בהסדר הטיעון ובאינטרס הציבורי שהוביל לעריכתו.<sup>166</sup>

### 7. האם תיקון מס' 113 השיג את מטרותיו המוצהרות?

באפריל 2014 התפרסם מחקר ראשוני לגבי השפעת הפרק בדבר הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה (תיקון מס' 113) על גזירת עונשי מאסר.<sup>167</sup> המחקר נועד לבחון באופן אמפירי את השפעת התיקון על ידי בחינת שתי שאלות: האם התיקון הביא לשינוי – החמרה או הקלה – בגזירת דינם של מורשעים למאסר? האם התיקון הביא להאחדה בעונשי מאסר הנגזרים בעבירות ובנסיבות דומות?<sup>168</sup> מהמחקר עולות שתי מסקנות:

**אחידות בענישה** – אחת ממטרות החוק הייתה קידום השוויון בענישה והשגת אחידות. המחקר מעלה כי מטרה זו הושגה. מהמחקר עולה כי "השוונות בענישה בין אישומים דומים אכן קטנה לאחר החלת התיקון לחוק, לעומת תקופה דומה לפני החלתו".<sup>169</sup>

**החמרה בענישה** – החמרה בענישה לא הייתה אחת ממטרות החוק, אך היה חשש שמא, מסיבות שונות, יוביל החוק להחמרה בלתי מכוונת. מהמחקר עולה כי רמת הענישה לא הוחמרה בעקבות החוק.<sup>170</sup>

<sup>166</sup> עניין פלוני, לעיל ה"ש 18, בסעיף 19 לפסק דינו של השופט מלצר. דברים אלה הם, למעשה, ציטוט בהסכמה מתוך מאמרו של גזל-אייל, לעיל ה"ש 162, בעמ' 72.

<sup>167</sup> קרן וינשל-מרגל וענבל גלון השפעת תיקון החוק בעניין הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, אפריל 2014).

<sup>168</sup> שם, בעמ' 2.

<sup>169</sup> שם, בעמ' 37.

<sup>170</sup> שם, שם.



כפי שמצהירות הכותבות, המחקר מוגבל בשל כמה סיבות, לרבות בשל העובדה כי מאז תחילתו של התיקון לחוק חלפה תקופת זמן קצרה בלבד. כדי להתמודד עם מגבלות אלה נערך בימים אלה מחקר המשך.<sup>171</sup>

## 8. סיכום

תיקון מס' 113 הביא עימו חידוש של ממש בהליך גזירת הדין. התיקון מספק הדרכה לשופט בהפעלת שיקול דעתו בגזירת העונש, והוא נועד, בין היתר, לקדם את האחידות בגזרי הדין במקרים הדומים. עד לתיקון מס' 113 לא הגדיר חוק העונשין באופן מפורש את מטרותיו של המשפט הפלילי ואת מטרות הענישה. עם זאת, ניתן היה למצוא התייחסות עקיפה למטרות דיני העונשין בהסדרים ספציפיים ובפסיקתו של בית המשפט העליון, אשר אימצה גישה מעורבת. בפסיקה הובאו זה לצד זה שיקולים תועלתניים ושיקולים גמולניים – הרתעה, שיקום, מניעה וגמול – ולא היה ברור לאיזה שיקול ניתנת הבכורה או מהם סדרי העדיפות בין המטרות השונות. באין הכוונה בחוק, נמסרה מלאכת קביעתו של העונש לשיקול דעתו הרחב מאוד של השופט, ובהיעדר הכרעה מוסכמת בדבר מטרות הענישה, נדרש כל שופט לשקלל בעצמו את המטרות השונות על פי תפישתו ושיקול דעתו. התוצאה הייתה חוסר אחידות. על רקע מצב דברים זה חוקק תיקון מס' 113 שבו נקבע כי מטרת החוק היא לכוון את שיקול דעתו של השופט בגזירת הדין ולעגן בחוק העונשין את עקרונות הענישה.<sup>172</sup>

החלק הכללי של חוק העונשין בנוי משני נדבכים. הנדבך האחד קובע את העקרונות הכלליים של האחריות הפלילית (סעיפים 1 עד 34כד). הנדבך השני קובע את דרכי הענישה (סעיפים 35 עד 90). עם חקיקתו של תיקון מס' 113 לחוק העונשין הושלם תהליך הקודיפיקציה של החלק הכללי של חוק העונשין אשר החל עם חקיקתו של תיקון מס' 39.<sup>173</sup> אלה הם שני תיקונים יסודיים, ישראליים מקוריים, בעלי אופי קודיפיקטיבי המשלימים זה את זה והמעמידים חלק כללי שלם לחוק העונשין.<sup>174</sup>

<sup>171</sup> שם, בעמ' 39.

<sup>172</sup> דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 7, בעמ' 446.

<sup>173</sup> כפוף לאפשרות לתקן בעתיד מספר סעיפים אחדים בפרק דרכי הענישה שלא תוקנו בתיקון מס' 113, אשר ערכם העקרוני פחות.

<sup>174</sup> כמובן, החלק בחוק העונשין הכולל את העבירות כולל עדיין פרקים וחלקים ישנים –

תיקון מס' 113 נוקט גישה מקורית של גמולנות מעורבת למטרות דיני העונשין. החוק קובע עיקרון מנחה של עונש הולם, המביא לידי ביטוי את עקרון הגמול, אך לצידו קיימת הכרה בשיקולים תועלתניים – כגון שיקום העבריין או הגנה על שלום הציבור – שבהם רשאי בית המשפט להתחשב בעת מלאכת גזירת הדין, ואשר מאפשרים לשופט לחרוג ממתחם העונש ההולם. כן רשאי בית המשפט לשקול שיקולים תועלתניים נוספים, כגון הרתעה אישית או הרתעת הרבים, אך זאת – רק בגדריו של מתחם העונש ההולם.

## 9. לאחר סיכום: הבניית שיקול הדעת השיפוטי – האם נדרשים תיקוני חקיקה?

א. הביקורת המופנית כלפי תיקון מס' 113 לחוק העונשין נכון לכתיבת שורות אלה, כשנתיים לאחר תחילת יישומו, מעורר תיקון מס' 113 שלל שאלות שטרם התלבנו בפסיקה. אף כי מוקדם להעריך או לנבא את השפעותיו של החוק, ואם יש בו כדי להגשים את מטרותיו, נראה כי ההסדר אינו חף מבעיות. חוסר שביעות הרצון מבעיות שונות הקיימות בהסדר כבר מתעוררות ועולות בדיון האקדמי, בכנסים מקצועיים ובפסיקת בתי המשפט. שופטי בית המשפט העליון ברובם נקטו עד כה עמדה מתונה וזהירה ויחס של כבוד לחוק, בהדגישם כי נדרש זמן כדי להעריך את תרומתו. וכך מצאו הדברים ביטוי במילותיו של השופט רובינשטיין:

"[תיקון מס' 113] עודו צעיר בימים [...] והלקחים הימנו עודם בחיק העתיד. הדעת נותנת כי לימים ייבדק מה פעל התיקון מבחינת 'עשיית הסדר' בנושא הענישה, הן באשר להאחדה ככל הניתן בגזירת הדין בבתי המשפט והן במעגל הפנימי של התיקים. ייבחן אז בוודאי האם ההשקעה הגדולה של משאבי זמן שיפוטי ושל משאבי חשיבה שהוליד התיקון היא מוצדקת, או שמא בסופו של יום 'מפטיירין כדאשתקד', ו'עולם כמנהגו נוהג'".<sup>175</sup>

רבים מהם מתקופת המנדט הבריטי – אשר ממתניים ליום שבו יוחלפו בחלק חדש ומודרני. על כך ראו לעיל, בכרך א', פרק 1.

<sup>175</sup> פרשת סעד, לעיל ה"ש 1, בפסקה ו' לפסק דינו של השופט רובינשטיין. וראו גם בעניין פלוני, לעיל ה"ש 18, בסעיף 14 לפסק דינו של השופט מלצר: "אין אני נכנס כאן לסוגיה

לצד אמירות אלה, היו שהשמיעו ביקורת פומבית מפורשת נגד התיקון והקשיים שהוא מעורר, גם אם הדברים לא מצאו את ביטויים בפסיקת בית המשפט.<sup>176</sup> בפסיקת בתי המשפט המחוזיים, אשר מיישמים את תיקון מס' 113 – הן כערכאה ראשונה והן כבתי משפט של ערעור – הביקורת כבר מצאה את דרכה אל תוך פסקי הדין. דברי ביקורת נוקבים מפי שופט של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, השופט דוד רוזן, זכו לתהודה בעיקר בשל כך שנכתבו בגזר הדין רב ההתעניינות שניתן בעניינו של ראש הממשלה לשעבר אהוד אולמרט. וכך כתב השופט רוזן:<sup>177</sup>

”לא נראה כי המחוקק ביקש להורות לבתי-המשפט לשיקול בדרך קרה וטכנית עונשו של אדם, באמצעות שילוב ובניית מסגרות המולבשות ומורכבות זו על זו וזו בתוך זו, כרשום עלי חוק. נראה כי תיקון החוק בנוסחו היום מחייב שינוי.”

ובהמשך הדברים:<sup>178</sup>

”יבוא או אימוץ 'שיקולי צדק' על-ידי בית המשפט הינו בבחינת 'פתרון סל'. 'פתרון סל' המעיד, ככלל, על מצוקה של בית המשפט בפירוש החוק, או ליתר דיוק, חיסרון מובנה בחוק שבדיון. לדעתי, על בית-המשפט, בבואו לגזור את הדין, לשוות לנגד עיניו כל עקרונות הענישה הקבועים על-פי מקומם ומעמדם בתיקון החוק, להבדיל משקלול מסגרת-י-כמותי מוגדר ונוקשה. על בית-המשפט לגזור את הדין על בסיס העקרונות שהותוו ופורטו בתיקון החוק, תוך הפעלת

---

האם תיקון 113 השיג את מטרתו וכן לקשיים שהוא מעורר ולביקורת, שנמתחת עליו הן באקדמיה והן בפרקטיקה, שהרי אנו כפופים כמובן, למצוות המחוקק, שהיא בבחינת 'גזירת הכתוב'.”

<sup>176</sup> ראו, למשל, הדיווח מכנס ה-14 של לשכת עורכי הדין בישראל שנערך באילת: איתמר לויין "ליבאי: תיקון 113 לא הוגן ולא מעשי" News 1 – מחלקה ראשונה, 26.5.2014: "שופט בית המשפט העליון, אורי שהם [...] אמר כי השופט נאלץ לבצע תמרון מלאכותי אם ברצונו להכניס שיקולים אנושיים לענישה. לדבריו, השופט יצטרך לקבוע שהמתחם לאותו נאשם הוא נמוך יותר ואז לקבוע בו את עונשו. שהם הוסיף, כי אכן קיימת בעיה כאשר מדובר בריבוי נאשמים וזוהי אחת הבעיות בתיקון המצריכות פתרון". דעה דומה הביע שר המשפטים לשעבר, פרופ' דוד ליבאי (שם).

<sup>177</sup> ת"פ (מחוזי ת"א) 10291-01-12 מדינת ישראל נ' צ'רני (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 13.5.2014), בסעיף 13 לפסק הדין.

<sup>178</sup> שם, בסעיף 14 לפסק הדין.

שיקול דעת, ולא דווקא על-פי המסגרות הנוקשות המוגדרות בתיקון החוק. גזירת-הדין הינה מלאכה עדינה, הנעשית על בסיס החוק, העקרונות והשיקולים המותווים בהלכה הפסוקה, תוך שימוש בשכל ישר, השזור בתחושת צדק, חסד, רחמים ותבונת אדם".

אכן, הביקורת על תיקון מס' 113 כבר אינה סמויה מן העין. לשיטתנו ולהערכתנו, ביטולו של תיקון מס' 113 אינו עומד ואינו צריך שיעמוד על הפרק. מאז החלה ועדת גולדברג את עבודתה<sup>179</sup> עבר המשפט הישראלי כבר דרך ארוכה. חזרה לעידן של היעדר הבניה כלשהי של שיקול הדעת השיפוטי אמנם אפשרית אך אינה רצויה, בשל הסיבות המוצדקות העיקריות שעמדו בבסיס השינוי. לדעתנו – במקום ביטולו של ההסדר – יש לקיים שיח מקצועי לגבי האפשרויות לתקנו. בשלב ראשוני יהיה זה חשוב "למפות" את הבעיות השונות ולמקד את תשומת הלב בפתרונות האפשריים להן, באמצעות התיקונים הנדרשים. להלן נסקור את הבעיות השונות הכלולות בהסדר המצדיקות, לטעמנו, תיקוני חקיקה.

## ב. החרגת התיקון באשר לעבירות קלות

תיקון מס' 113 לחוק אינו מסווג בדרך כלשהי לגבי סוגים של דיונים או סוגים של עבירות. לפיכך, הוא חל, לכאורה, על גזרי דין בכל סוגי העבירות, לרבות עבירות מסוג חטא, עבירות מסוג עוון ועבירות מסוג פשע,<sup>180</sup> וזאת – גם לגבי אלה הממוקמות בחוק העונשין, וגם לגבי אלה הממוקמות מחוצה לו (כגון עבירות תעבורה לפי פקודת התעבורה [נוסח חדש]).<sup>181</sup>

אין חולק כי ההסדר, גם בהנחה שמקדם מטרות ראויות וחשובות כמתואר לעיל, מאריך את ההליך המשפטי ומסרביל אותו. הליך הבניית שיקול הדעת השיפוטי של העונש הוא תהליך תלת-שלבי, המחייב הפעלת שיקול דעת זהיר כמתחייב מהליך אשר טמון בו פוטנציאל לפגיעה בחירותם של נאשמים.<sup>182</sup> כזכור, מתחם העונש ההולם אינו נקבע באופן כללי בהתייחס לעבירה פלונית, אלא באופן פרטני, לכל עבירה לפי נסיבותיה. לפיכך, הבניית שיקול הדעת לעניין העונש

<sup>179</sup> לעיל ה"ש 5.

<sup>180</sup> ראו הסיווג לחטא, לעוון ולפשע בסעיף 24 לחוק העונשין.

<sup>181</sup> התחולה של פרק "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" – סימן א' 1 לפרק ו' בחוק העונשין – על עבירות חיצוניות לחוק העונשין היא מכוח סעיף 34 לחוק העונשין.

<sup>182</sup> שלושת השלבים הם כזכור: (1) קביעת מתחם העונש ההולם; (2) החרגה ממנו מטעמים של שיקום או הגנה על שלום הציבור; (3) גזירת העונש בתוך מתחם העונש ההולם.

כפופה לדיון פרטני בכל עבירה לגופה. בכל מקרה, מתבקשים הצדדים להציג את עמדתם באשר להבניית העונש (בהתייחס לכל שלושת השלבים). ההליך כפוף לחובת הנמקה מפורטת,<sup>183</sup> וכל התהליך מראשיתו ועד סופו כפוף לערעור. לכך יש להוסיף כי במשפטים, העוסקים בנאשמים החשודים בעבירות אחדות, ההליך מורכב עוד יותר. הכרעה שיפוטית (לפי סעיף 40ג), ולפיה מדובר "בכמה עבירות המהוות כמה אירועים", מחייבת קביעת מתחם של עונש הולם לכל אירוע בנפרד (ולכל נאשם בנפרד). התוצאה היא כי במשפט אחד יכול התהליך התלת-שלבי להיעשות מספר רב של פעמים. הליך מורכב זה – אשר תואר בהרחבה בגופו של פרק זה – גובה את מחירו במונחים של זמן שיפוטי, של כסף (עלות עורכי הדין של הצדדים), וכן של עומס על המערכת.

לאור כל האמור, יש, לדעתנו, להחריג את התיקון בהתייחס לעבירות קלות, כגון עבירות מסוג חטא, או בהתייחס לסוגי עבירות כגון עבירות תעבורה. בעבירות מסוג חטא, אשר בהן העונש המירבי אינו עולה על שלושה חדשי מאסר, מתחם העונש ההולם הוא צר ממילא והוא יכול להשתרע כמעט על כל מנעד האפשרויות – לדוגמה, ממאסר על-תנאי ועד מאסר לשלושה חדשים. הטעם העיקרי העומד בבסיס הצעה זו נעוץ בטעמי יעילות. כידוע, עבירות מסוג חטא הן, בדרך כלל, בעלות אופי רגולטורי, ובמצבים רבים הן נדונות באופן "סיטונאי". שמירה על גמישות, על מהירות השפיטה במצבים שבהם, בבוקרו של יום דיונים, אולם בית המשפט "מלא נאשמים" – כפי הנהוג בבתי המשפט לתעבורה – כל אלה מצדיקים לקבוע את אי התחולה של ההסדר על עבירות מסוג חטא<sup>184</sup> או על סוגי עבירות קלות, כגון עבירות תעבורה.

<sup>183</sup> לפירוט לגבי חובת הנמקה מכוח סעיף 40יד לחוק ראו הדיון לעיל.

<sup>184</sup> מעניינת בהקשר זה ההשוואה להסדר של אחריות קפידה שבסעיף 22 לחוק העונשין. אמנם, באופן פורמלי, ההסדר מוחל על כל סוגי העבירות, ולא רק על עבירות מסוג חטא, אך מקובל – ובצדק – לקבוע משטר של אחריות קפידה רק לעבירות קלות, בעלות אופי רגולטורי, כגון עבירות תעבורה, עבירות תכנון ובנייה, עבירות בנושא איכות הסביבה, עבירות תברואה, ועבירות של בטיחות בעבודה, וכדומה. גם הטעמים העומדים ביסוד המשטר של אחריות הקפידה נעוץ, בדומה לענייננו, בטעמי יעילות. על עבירות מסוג של אחריות קפידה ראו לעיל, בכרך א', פרק 15.

### ג. תיקון ההסדר בנושא "ריבוי עבירות"

ההסדר בנושא גזירת הדין במקרים של ריבוי עבירות – הקבוע בסעיף 40ג לחוק – הוא אחת הבעיות הקשות בתיקון מס' 113. זאת, בעיקר משני טעמים: האחד, האפשרות הקבועה בסעיף 40ג לפסוק עונש כולל לכלל העבירות באותו אירוע מעוררת חשש אמיתי לפגיעה בעקרון ההלימה. השני, ברוב כתבי האישום מיוחסת לנאשם יותר מעבירה אחת, ולכן השפעתו של סעיף 40ג היא רבה מדי, שכן הוא רלוונטי לשיעור גבוה מאוד של המקרים המתבררים בכתבי המשפט. לדעתנו, הפתרון שנחקק – והכוונה להבחנה בין "כמה עבירות המהוות אירוע אחד"<sup>185</sup> לבין "כמה עבירות המהוות כמה אירועים"<sup>186</sup> – אינו ברור דיו והוא קשה ליישום. בפסיקה כבר התעוררו מחלוקות פרשניות בקשר למשמעות של ביטויים אלה. הצענו להתגבר על הקשיים הפרשניים הנ"ל באמצעות שימוש במבחן "הצורני-עובדתי" וכן במבחן "האינטרס המוגן" שנקבעו בהקשר של הדוקטרינה בדבר "עבירת רבת הפריטים". הצעתנו זו נקלטה בפסיקת בתי המשפט המחוזיים.<sup>187</sup> לדעתנו, יש לעגן בחוק מבחן זה, בשינויים המחויבים. החלטה של בית משפט כלשהו לסווג כמה עבירות כ"אירוע אחד", ללא שקיים מבחן ברור המסייע בסיווג, תפגע בעיקרון ההלימה, תכניס מימד של חוסר אחידות בפסיקה, ואגב כך – יפגע גם עקרון השוויון בין נאשמים שונים. לפיכך, לדעתנו, הטיפול בחוסר הבהירות המוצגת, בדרך של תיקון חקיקה, עדיף על פני פיתוח ההלכה הפסוקה.

### ד. מתן מענה הולם לנסיבות אישיות חריגות של הנאשם

השלב שבו נקבע מתחם העונש ההולם לעבירה הוא שלב עיקרי בדרך לקביעת העונש המתאים לנאשם. לפי לשון החוק, העונש המתאים אינו יכול שיפרוץ את גבולות המתחם אך בשל נסיבותיו האישיות של הנאשם. הוראות החוק מלמדות על רצונו של המחוקק להביא למצב שבו ייקבעו בפסיקה מתחמי ענישה הולמים לעבירות למיניהן, לפי חומרת מעשה העבירה ובהתחשב באשמו של הנאשם.<sup>188</sup>

<sup>185</sup> שבסעיף 40ג(א) לחוק.

<sup>186</sup> שבסעיף 40ג(ב) לחוק.

<sup>187</sup> ראו הפסיקה המפורטת לעיל, בה"ש 105.

<sup>188</sup> עם זאת, כאמור לעיל (בחלק שעוסק בקביעת מתחם של קנס), ניתן לזהות השקפה אחרת ככל שמדובר בעונש הכולל קנס. לפי הוראת סעיף 40ח, בקביעת מתחם הקנס ההולם ניתן להביא בחשבון גם את יכולתו הכלכלית של הנאשם, ועל כן ניתן לטעון שהוראה זו מאמצת אל תוך החוק, הלכה למעשה, את ההשקפה שלפיה ההשפעה הגמולית של העונש משתנה לפי מידת השפעתו על הנאשם האינדיווידואלי. בהתאם לגישה זו, מדובר

לצורך הגשמת מטרה זו הסיג המחוקק את ההתחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם לשלב האחרון במלאכת גזירת הדין, לאחר שכבר נקבע מתחם העונש ההולם, והגביל את השפעתן לקביעת העונש המתאים בתוך גבולות המתחם. מתעוררת השאלה כיצד יש להתמודד עם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובמיוחד נסיבות אישיות חריגות ויוצאות דופן, אשר התחשבות בהן תציב את העונש מחוץ למתחם העונש ההולם. כך, למשל, ייתכנו מצבים שבהם מתחם העונש ההולם יחייב עונש מאסר, ואילו התחשבות בנסיבותיו האישיות החריגות של הנאשם תצדיק הימנעות מענישה הכוללת מאסר או, לכל הפחות, הפחתתו. דוגמאות למצבים כאלה ניתן למצוא בפסיקת בית המשפט העליון<sup>189</sup> וכן בפסיקת

ביישום מהותי ומלא של עקרון ההלימה אשר מחייב השפעה שוויונית של העונש על נאשמים (בגין אותה עבירה שנעברה בנסיבות דומות) ולכן יש להתחשב בגזירת העונש גם בהשפעתו על הנאשם הקונקרטי וכן בסבלו האישי של הנאשם מהעונש הנגזר עליו.<sup>189</sup> דוגמה למקרה חריג שכזה – שאירע לפני תיקון מס' 113 לחוק העונשין ובשל כך התיקון לא הוחל עליו – נדון בע"פ 5833/12 פלונית נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 10.9.2013). במקרה זה נדון עניינה של מערערת, שהואשמה בשוד ונידונה ל-15 שנות מאסר, ואשר לגביה הודקרה נסיבה אישית מיוחדת וחריגה: היא נולדה כנקבה, אך תחושתיה כלפי עצמה ונטיותיה היו כשל זכר. בעת הערעור הייתה המערערת מצויה בתהליך לשינוי מינה ואף עברה ניתוח לשם כך. השופט הנדל, אשר קיבל את הערעור על חומרת העונש, ביסס את קביעתו להקל בעונש על נסיבותיה האישיות החריגות של המערערת (בסעיף 7 לפסק דינו): "נסיבותיה האישיות של מערערת 1 בשלב זה של חייה אינן שגרתיות או נפוצות, אלא חריגות. עניין לנו במלאכת מחשבת ולא במלאכת מחשבו. אין נוסחא אלגברית שעשויה לכוון את בית המשפט הכיצד לשקלל את הנתון האישי האמור של מערערת 1. נדמה שאף בית המשפט המחוזי סבר כי מאסר בתנאי הפרדה הינו שיקול שיש מקום לקחתו בחשבון, ואולם נכון לאותה העת לא הניח כי באופן מנדטורי תאלץ מערערת 1 לשהות בתנאי הפרדה. משנתקבלו נתונים חדשים בהקשר זה, משעולה כעת כי הדרך בה תוכל המערערת לרצות את עונשה בכתלי שב"ס הינה בהפרדה, ומשאף הגורמים האחראיים בשירות בתי הסוהר מודעים לקשיים המיוחדים שילוו את מערערת 1 בריצוי עונש מאסרה, סבורני כי יש מקום להקלה נוספת בעניין העונש. לנוכח חומרת העבירה, איזון הדברים אינו יכול לעמוד בנקודה לפיה ייגזר על המערערת עונש מאסר לריצוי בעבודות שירות. המערערת אחראית למעשיה, וההחלטה לבצע שוד מזוין בצוותא מחייבת ענישה מאחרי סורג ובריח. עיקרון ההלימה בענישה אינו מתיישב עם תוצאה מקלה מדי בנסיבות המקרה. עם זאת, ועל רקע כל האמור, סבורני כי נכון יהיה להפחית במידת מה את עונשה, כך שיעמוד על עשרה חודשים, במקום 15 שנגזרו בבית המשפט המחוזי". על פסק דין זה ועל הקושי בכליאת נאשם טרנסג'נדר ראו: נורה גרינברג "משפטו של אדם בלתי-נראה: אי-הכרה בזהותו של עבריין טרנסג'נדר כמחיקת

בתי המשפט של הערכאות הנמוכות.<sup>190</sup> בעיה זו יכולה לבוא על פתרונה בכמה דרכים. נדון להלן בכל אחת מהן ונעמוד על הפתרון שאותו יש, לדעתנו, לאמץ. **קביעת מתחמי ענישה רחבים** – לגבולות המתחם ולרכיבי הענישה שייקבעו במסגרתו נודעת השפעה מכרעת על סוג העונש ובוודאי על מידתו. גם לרוחבו של המתחם יש השפעה מכרעת על המשקל שיהיה ניתן ליתן לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובכללן נסיבות האישיות של הנאשם. ככל שרוחבו של המתחם צר יותר, כך הסיכוי להשפעה של הנסיבות האישיות על העונש הסופי יהיה קטן יותר. לפיכך, לכאורה, ניתן היה לתת מענה לקושי המתואר באמצעות קביעת מתחמי ענישה רחבים דיים שיאפשרו התחשבות גם בנסיבות אישיות חריגות. ואולם, לקביעת רוחבו של המתחם נודעות השפעות מעשיות על יישומו של תיקון מס' 113, ובפרט על הגשמתו של עקרון ההלימה כעיקרון מהותי בענישה. ככל שהמתחם יהיה רחב יותר, כך יילך ויפחת משקלו של עקרון ההלימה בגזירת העונש המתאים.

לכן אנו סבורים שאל לו למתחם הענישה להיות רחב יתר על המידה. המתחם אמנם צריך שיהא גמיש דיו באופן שהעונש יותאם לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. ואולם, בה בעת, יש להימנע מקביעת מתחם רחב אשר יעשה את תיקון מס' 113 פלסטר. רוחב מתחם אשר נועד לאפשר התחשבות בכל מגוון הנסיבות, גם הקיצוניות והגדירות, ידחק, הלכה למעשה, את שיקולי הענישה הנגזרים מעקרון ההלימה ויחליף אותם במנעד של שיקולים אחרים שאינם קשורים לביצוע העבירה. לשון אחר, קביעת מתחם רחב מדי, באופן שמאפשר התחשבות מרובה בנסיבות

קיומו " המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון מבזקי הארות פסיקה 26, בעמ' 5 (2014); עידו קטרי "שונות מגדרית בפסק הדין פלוני(ת) – בין שמרנות לחדשנות" המשפט ברשת: זכויות אדם – כתב עת מקוון מבזקי הארות פסיקה 26, בעמ' 32 (2014). למקרה נוסף העוסק בנסיבות אישיות חריגות, אשר אירע לפני תיקון מס' 113 לחוק (אף שנדון לאחריו), ראו רע"פ 223/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם ב"נבו", ניתן ביום 13.11.2013), בסעיף 32 לפסק דינו של השופט דנציגר: "אין בנסיבותיו האישיות של המבקש לאיין את חומרת המעשה. ואולם, גם אם חומרת העבירה שבביצועה הורשע המבקש מצדיקה במצב אחר את עונש המאסר בפועל אשר נגזר עליו, יש לאזנה למול הנזק שחוללה הימשכות ההליכים למבקש ולמשפחתו ולמול נסיבותיו המשפחתיות הייחודיות [...] במקרה זה מצדיקות הנסיבות התערבות בגזר הדין אשר הושת על המבקש, כך שלא ישא בעונש מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריח".

<sup>190</sup> למשל, מקרה שבו הנאשם איים על המתלונן ופצע אותו, ולאחר מכן הותקף על ידי המתלונן ונגרמה לו נכות קשה בתקיפה זו (ת"פ פ (שלום חדרה) 12-09-21200 זריהון נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 7.3.2013)).



שאינן קשורות בביצוע העבירה, יוצרת מצב שבו שיקולים אחרונים אלה הם הקובעים את המתחם.

**קביעת מתחם עונש הולם מיוחד** – פתרון אחר לנסיבות שתוארו יכול שיהא בדרך של קביעת מתחם עונש הולם מיוחד. בהתאם לכך, אין מדובר בחריגה ממתחם העונש ההולם אלא בקביעת מתחם עונש הולם מיוחד. יוער, כי מעיון בדיוני הוועדה שקדמו לחקיקת החוק, כמו גם בפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט, עולה שלא נערך דיון מפורש בסוגיה זו, וההצעה לאפשר סטייה ממתחם הענישה משיקולים של צדק לא זכתה לדיון מקיף. במצב דברים זה, ניתן לסבור ששתיקתו של החוק בעניין זה אינה בגדר הסדר שלילי, ויהיה ניתן ליישמה גם בלא תיקון לחוק. על פי הצעה זו, יהא בית המשפט רשאי לקבוע שבמקרים קיצוניים שבהם נסיבותיו האישיות של העבריין הן קשות במיוחד, עד שיש לומר כי מידת הסבל עקב העונש תהיה שונה ממידת סבלו של אדם מן היישוב, יש מקום להתחשב בהן כבר בשלב קביעתו של מתחם העונש ההולם. התעלמות מן הנסיבות האישיות בשלב זה, ודחיקתן לשלב העונש המתאים, תיאלץ את בית המשפט להטיל עונש חמור בלא הצדקה. הצעה זו עשויה להתיישב עם תפישה רחבה כלפי עקרון ההלימה, אשר עומד בליבו של תיקון מס' 113 ואשר מבקש להטיל על הנאשם סבל השקול לזה שגרם – תפישה אשר מבקשת להתחשב בסבל הקונקרטי שנגרם לנאשם ולהביאו בחשבון בעת שיקולי הגמול של העונש. לפי גישה זו, יישום מהותי ומלא של עקרון ההלימה מחייב השפעה שוויונית של העונש על נאשמים (בגין אותה עבירה שנעברה בנסיבות דומות). לכן, יש להתחשב בגזירת העונש גם בהשפעתו על הנאשם הקונקרטי וכן בסבלו האישי של הנאשם מהעונש הנגזר עליו.<sup>191</sup> בהתאם לכך, מתחייבת המסקנה שיש לבחון את סבלו של הנאשם הספציפי בנסיבותיו הקונקרטיות,<sup>192</sup> ולקבוע בעניינו מתחם עונש הולם מיוחד. ודוק, אין

<sup>191</sup> ככל שמדובר במתחם הכולל עונש של קנס, הקבוע בסעיף 40 ח – ולפיו "קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40(א), במצבו הכלכלי של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם" – אין הוא סוטה מעקרון ההלימה אלא מיישמו. לשון אחר, גישת המחוקק, שלפיה ביטוי הנכון של עקרון הגמול נגזר גם ממידת ההשפעה של העונש עליו, מאמצת לתוך החוק את ההשקפה שיכולתו הכלכלית של הנאשם משנה את השפעתו של עונש הקנס על הנאשם.

<sup>192</sup> בדרך זו הלך בית המשפט בעניין פרידריך. שם, הנאשם, יליד 1949, עיוור מאז שירותו הצבאי ועובד סוציאלי בהכשרתו, הורשע בביצוע מעשה מגונה בקטינות. בשל גילו המבוגר של הנאשם, מוגבלותו הפיסית, היעדר עבר פלילי והיותו בעל משפחה, גזר בית המשפט על הנאשם עונש של עבודות לתועלת הציבור בלבד – ת"פ (שלום אש') 1392-08

מדובר בחריגה ממתחם העונש ההולם אלא בקביעת מתחם הולם מיוחד המותאם לנסיבותיו של הנאשם – מתחם עונש אשר הולם את "האימפקט" שלו על הנאשם המסוים.<sup>193</sup>

**חקיקת עילה חדשה שתאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם משיקולי צדק** – דרך אחרת להתמודד עם הבעיה היא תיקונו של החוק והוספתה של עילה חדשה (פרט לשיקולי שיקום), אשר תאפשר חריגה לקולא ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק, בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, אשר תפורטנה בפסק הדין. תיקון המוסף סמכות כזו – סמכות שקיימת, למשל, באנגליה<sup>194</sup> – יכול שיהיה מפורט או כללי. תיקון מפורט יכול לפרט את רשימת הנסיבות האישיות החריגות אשר תאפשר לסטות ממתחם העונש ההולם, וזאת – כדי שהחריג לא יהפוך לכלל. תיקון כללי יוכל לאפשר סטייה ממתחם העונש ההולם על בסיס עילות כלליות, כגון "נסיבות אישיות חריגות" או "טעמי צדק", בדומה לקבוע בסעיף 40(ב) לחוק באשר לחריגה מהמתחם בשל שיקולי שיקום: "היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם [...] אלא

מדינת ישראל נ' פרידריך (פורסם באתר הרשות השופטת, ניתן ביום 13.2.2013).  
<sup>193</sup> רות קנאי סבורה שיש לצדד בפתרון זה על אף הקושי המעשי שבו: "דרך זו מאפשרת מתן עונש צודק תוך שמירה מלאה על עיקרון ההלימה, אשר נקבע בחוק כעיקרון המנחה בענישה. ההתחשבות בסבל הסובייקטיבי של הנאשם בקביעת מתחם העונש ההולם משקפת גישה של גמול סובייקטיבי. בספרות יש דיון בגישת הגמול הסובייקטיבי. גם התומכים בה עומדים על הקושי הרב ביישומה הלה למעשה, בין היתר בשל הצורך לשוות את מידת הסבל הסובייקטיבי של נאשמים שונים [...] על רקע הפסיקה הקובעת מתחמים מיוחדים של עונש הולם לנאשם שסבלם בכלא שונה באופן קיצוני מהסבל של נאשמים אחרים. [...] לדעתי, על אף הקשיים, קביעת מתחם עונש הולם המותאם לנאשם שנסיונותיו האישיות חריגות ביותר, עדיפה על פרשנות רחבה, ואף בלתי אפשרית, של הסטייה ממתחם העונש ההולם מטעמים של שיקום. היא עדיפה גם על קביעת מתחם עונש רחב ביותר, שיאפשר התחשבות בנסיבות החריגות. סטייה מהמתחם במקרים האמורים וקביעת מתחם רחב, אינם ממלאים אחר דרישות החוק. יתר על כן, הם עלולים להביא לפריצה רחבה יותר של דרישות החוק. קביעת מתחם מיוחד בנסיבות חריגות ביותר, נותנת משמעות מלאה לעיקרון ההלימה. גם כאן יש להיזהר משמוש נרחב בדרך זו, ויש להקפיד על כך שהיא תעשה רק במקרים חריגים ביותר" – רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 196, בעמ' 4, 9-10 (2013).

<sup>194</sup> גול-אייל, לעיל ה"ש 162, המפנה במאמרו לסעיף 125 של ה-Coroners and Justice Act 2009, של אנגליה וויילס, הקובע כי כל שופט חייב לגזור את הדין לפי הנחיות לגזירת דין, שבהן נקבעו מתחמי ענישה, אלא אם כן הוא שוכנע שהדבר סותר את הצדק.

בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן".

לדעתנו, תיקון החוק בהקשר זה – נדרש. אם יתוקן החוק, יש להעדיף הוספתן של עילות כלליות, כגון "נסיבות אישיות חריגות" ו"שיקולי צדק" (להבדיל מרשימת נסיבות מיוחדות), וזאת – כדי להשאיר לבית המשפט את שיקול הדעת במצבים מיוחדים שהמחוקק אינו מסוגל לחזות מראש. על אפשרות כזו הצביעו למשל גזל-אייל,<sup>195</sup> ליבדרו<sup>196</sup> וכן השופטת ברלינר.<sup>197</sup>

יש להעיר כי התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובמיוחד נסיבות אישיות חריגות ויוצאות דופן, בשלב של גזירת הדין, אינה האפשרות היחידה לפתרון הבעיה. לדעתו של דגן, אף שניתן להתחשב בנסיבות אישיות חריגות בשלב גזירת הדין, הוא מצביע על היתרונות הגלומים בכלי של שחרור מוקדם בכל הנוגע לשקילת חוויה סובייקטיבית חריגה של העונש כחלק ממדיניות ענישה גמולית. יתרונות אלה נובעים מנקודת הזמן המאוחרת שבה פועלת ועדת השחרורים במורד הרצף העונשי וכן בשל שיקול הדעת והסמכות המיוחדים המאפיינים אותה.<sup>198</sup>

#### ה. חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמים של "מכת מדינה"

פרט לנסיבות אישיות חריגות, תיתכנה נסיבות אחרות, שאינן קשורות לביצוע העבירה, אשר ראוי שישפיעו על עצם קביעת המתחם ולא רק על העונש המתאים, כגון עבירות שהפכו ל"מכת מדינה". מקומה הטבעי של נסיבה זו ("מכת מדינה") הוא כמובן כחלק משיקולי הרתעת הרבים,<sup>199</sup> אשר – כפי שצוין לעיל – נשקלים

<sup>195</sup> אורן גזל-אייל הביע את דעתו כי אף שעילה של טעמי צדק אינה מצויה בחוק, הרי שבפועל יש מקרים שהשופטים חורגים משיקולים של צדק, וראוי שעילה כזו תיקבע בחוק (השתלמות פרקליטים בנושא הבניית שיקול הדעת השיפוטי, מעלה החמישה, 13.6.2013).

<sup>196</sup> יובל ליבדרו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסניגור 8-197, בעמ' 4, 7 (2013).

<sup>197</sup> ע"פ (מחוזי ת"א) 728-05-11 מחלקת חקירות מכס ומע"מ חיפה נ' וינגוט (ניתן ביום 16.6.2014), בסעיפים 9, 10 לפסק דינה.

<sup>198</sup> נתנאל דגן "החוויה הסובייקטיבית של העונש: הערות לדין הרצוי והמצוי" קרימינולוגיה ישראלית (עתיד לראות אור ב-2014), וראו גם נתנאל דגן "קריאה הרמונית של רצף הענישה בישראל (עם החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה ובעקבותיו)" מחקרי משפט ל(1) (עתיד לראות אור ב-2014).

<sup>199</sup> ראו גם דבריו של השופט רובינשטיין, בפרשת סעד, לעיל ה"ש 1, בפסקה ט"ו לפסק דינו

לצורך קביעת העונש המתאים (ואין בהם כדי להשפיע על המתחם עצמו). אולם, ניתן לטעון שעצם קיומה של מכת מדינה בעבירה מסוימת יוצר פגיעה קשה יותר בערך המוגן, ולכן קיומה צריך שימצא את ביטויו בעצם קביעת המתחם לעבירה. אף שנראה כי השפעה זו היא מסוימת בלבד, יש לשקול את תיקון החוק והוספת עילה המאפשרת לחרוג מהמתחם לחומרה בשל עבירות שמהוות "מכת מדינה".

---

נכתב: "הרתעה כללית עשויה להיות יעילה יותר [...] בנושאים שהם 'מכת מדינה', שבהם עובר מפה לאוזן מסר ההחמרה".