

תיקון 113 לחוק העונשין: מקומם של העונש המרבי והענישה הנהוגה בקביעת מתחם העונש ההולם

חנן רביב, * שרון אדרי **

תקציר

תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שנחקק בשנת 2012, הסדיר לראשונה בישראל את התמהיל של מטרות הענישה. בראשן מיקם התיקון את שיקול ההלימה, המנחה את קביעת מתחם העונש ההולם. בשל הבחירה בעיקרון זה, היו שחששו כי התיקון יוביל להחמרה בענישה. בסופו של יום הובהר כי תיקון 113 לא בא לעולם כדי להוביל להחמרה גורפת בענישה, אך הצפי היה – וזו גם הייתה כוונת המחוקק – שהסדרה זו תוביל להתאמת הענישה הנהוגה לתמהיל שנקבע בתיקון, לעיתים לחומרא ולעיתים לקולא. אולם הספרות הרלוונטית מצביעה על כך שתיקון 113 לא הוביל לשינוי משמעותי בענישה, ובוודאי לא להחמרתה. למעשה, תיקון 113 הנציח את הענישה הנהוגה תוך שינוי של שיטת ההנמקה. לדעתנו, ניתן להסביר זאת בהסתמכותם של בתי-המשפט על הענישה הנהוגה בבואם לקבוע את מתחם העונש ההולם, עקב הצורך באמת-מידה מספרית לשם יציאת תוכן מעשי לעקרונות הכלליים שהתווה התיקון. למעשה, יש שצפו זאת עוד לפני כניסת התיקון לתוקפו.

במאמר זה נטען כי יש אומנם מקום להסתמכות על הענישה הנהוגה, אך אמת-המידה המספרית שצריכה להנחות את בתי-המשפט בהתאמת מתחם העונש ההולם לשיקול ההלימה היא העונש המרבי שקבוע לצד

* עורך-דין, בעל תואר ראשון ותואר שני במשפטים (האוניברסיטה העברית בירושלים).
** עורך-דין, פרקליט במחלקה הפלילית במחוז חיפה של פרקליטות המדינה, בעל תואר ראשון ותואר שני במשפטים (מכללת נתניה ואוניברסיטת בר-אילן, בהתאמה).
תודתנו מסורה לחברי מערכת כתב-העת מאזני משפט ולעורך הלשוני גיא פרמינגר על הערותיהם היסודיות והמועילות.

העברה. בית-המשפט העליון – גם בישראל וגם במקומות אחרים – קבע לאורך השנים כי קביעת עונש זה המחוקק מביע את עמדתו בנוגע לעונש הראוי במופעים החמורים ביותר של העברה, וכי ניתן לגזור ממנו גם למקרים חמורים פחות. במאמר זה נציע מודל מעשי לעשיית שימוש בעונש זה כדי לקבוע את מתחם העונש ההולם, בשים לב לחומרה היחסית של המעשה שבית-המשפט דן בו וכן לענישה הנהוגה. אנו סבורים כי בדרך זו יגדל הסיכוי שהליך גזירת הדין ימלא אחר מצוות המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בתיקון 113.

מבוא

א. תיקון 113 לחוק העונשין

1. הרקע לתיקון ועיקריו
 2. מטרת התיקון
 3. השפעתו של התיקון על הענישה
 4. הסברים להעדף שינוי ברמת הענישה
 - (א) אמת-המידה להתערבות ערעורית
 - (ב) הצורך באמת-מידה מספרית
 5. מבט משווה
- ב. קביעת מתחם העונש ההולם בעזרת העונש המרבי
1. העונש המרבי כאמת-מידה מספרית
 2. החומרה היחסית וגזירת המתחם מהעונש המרבי
 - (א) רזולוציה של חומרה
 - (ב) היחס בין נקודת המכוון למתחם הענישה
 3. תפקידה של הענישה הנהוגה
 - (א) ענישה שיורית כבלם מפני החמרה
 - (ב) ענישה גמולנית כאינדיקציה לעונש הראוי
 4. יישום: קביעת מתחם העונש ההולם
 5. ביקורות אפשריות

סיכום

מבוא

מטרתו של מאמר זה היא להציע מודל מעשי לגזירת הדין תוך שימוש באמת-המידה המספרית שהמחוקק מספק לצורך זה – העונש המרבי הקבוע לצד העברה. במאמר נציע כיצד להשתמש באמת-מידה זו לצורך קביעת מתחם העונש ההולם בהתאם למודל שמתווה תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.¹

בשנת 2012 נכנס לתוקפו תיקון 113 לחוק העונשין. בסעיף הראשון שהוסף לחוק במסגרת התיקון – סעיף 40א – נקבע כי מטרת התיקון היא "לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה". אכן, במסגרת התיקון הסדיר המחוקק לראשונה את היחס בין תכליות הענישה השונות, אשר עד אותה עת שימשו את בתי-המשפט בערכוביה בלתי-סדורה. בראשן העמיד המחוקק את תכלית ההלימה (גמול). נוסף על כך התווה התיקון לבית-המשפט הליך מובנה לגזירת הדין: תחילה על בית-המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם את מעשה העברה בנסיבותיו, ולאחר-מכן עליו לקבוע את העונש הספציפי המתאים לנאשם. אין חולק כי תיקון 113 לא בא לעולם כדי להביא לידי החמרה גורפת בענישה. מטרתו של המחוקק הייתה להביא לידי התאמה בין הענישה לבין שיקול ההלימה. על-כן, לנוכח מעמד הבכורה שניתן לשיקול זה, בשונה מהמעמד שניתן לו בחלק גדול מהענישה שקדמה לתיקון, היו צפויים שינויים כלשהם בענישה, לעיתים לחומרא ולעיתים לקולא. אולם מהספרות עולה כי תיקון 113 הוביל בעיקר לשינוי בהנמקה, ללא שינוי משמעותי בחומרת הענישה, ומבלי להסביר בצורה מספקת כיצד הדבר עולה בקנה אחד עם שיקול ההלימה. לדעתנו, ניתן להסביר זאת בהסתמכותם של בתי-המשפט בעיקר על הענישה הנהוגה בבואם לקבוע את מתחם העונש ההולם, וזאת עקב הצורך באיתור אמת-מידה מספרית לשם יציקת תוכן מספרי-מעשי לעקרונות שהתיקון מתווה.

במאמר זה נטען כי אמת-מידה זו מצויה אומנם בענישה הנהוגה, אך גם (ואולי בעיקר) בעונש המרבי שקבוע לצד העברה. נציע מודל מעשי לעשיית שימוש בעונש זה כדי לקבוע את מתחם העונש ההולם, בשים לב לחומרה היחסית של המעשה שבית-המשפט דן בו וכן לענישה הנהוגה. אנו סבורים כי בדרך זו ייקבעו מתחמי ענישה הולמים התואמים את תכליתו של תיקון 113 ואת מעמד הבכורה שניתן במסגרתו לשיקול ההלימה.

1 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102 (להלן: תיקון 113 לחוק העונשין או תיקון 113).

בפרק הראשון נסקור את הרקע לחקיקת תיקון 113, את מטרתו ועיקריו, ואת הספרות שמתייחסת להשפעת התיקון על הענישה. נטען כי את העדר השינוי המשמעותי בענישה ניתן להסביר בהמשך הסתמכותם של בתי-המשפט על הענישה הנהוגה שקדמה לתיקון 113, גם כאשר זו לא תאמה את המדרג הנורמטיבי שנקבע בתיקון. כך, מתחמי הענישה שנקבעו על-ידי בתי-המשפט לאחר תיקון 113 הנציחו למעשה את הענישה הנהוגה. בפרק השני ניישם את טיעוננו העקרוני על תיקון 113. נטען כי יש להשתמש בעונש המרבי כאמת-מידה לקביעת מתחם העונש ההולם, אשר יכול לכל מקרה בהתאם לנסיבותיו. בנוגע לענישה הנהוגה נטען כי על השימוש בה לשקף את השיקולים שבבסיסה. לעיתים תשמש הענישה הנהוגה אינדיקציה מהותית לעונש הראוי, ולעיתים היא תשמש אך בלם מפני החמרה בלתי-מידתית בענישה. נסיים פרק זה בהתייחסות לביקורות אפשריות על הצעתנו. אנו סבורים כי יישום המודל שהצענו יוביל להגשמת המדרג הנורמטיבי שנקבע בתיקון 113, קרי, לקביעת מתחם ענישה ההולם כל עברה בנסיבותיה בהתאם לחומרה שהמחוקק מייחס לה.

א. תיקון 113 לחוק העונשין

1. הרקע לתיקון ועיקריו

תחילתו של תיקון 113 בקריאות שונות למחוקק הישראלי להנחות את שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין. אלה הובילו להקמת ועדת גולדברג, שמונתה לבחון דרכים להבנות את שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין, ואשר מסקנותיה התפרסמו בשנת 1997.² המלצות הוועדה עברו דיונים רבים נוספים בוועדות הכנסת, עד שבשנת 2012 נחקק התיקון.³ לפי הקבוע בתיקון, מטרתו "לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה".⁴ במסגרת זו התיקון קובע כי העיקרון המנחה את הענישה הוא קיומו של יחס הולם בין העברה לבין

2 דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997) (להלן: דוח ועדת גולדברג).

3 ענת הורוויץ "החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" (מיזם שורשים במשפט, משרד המשפטים 2.4.2019); <https://did.li/t05w5>; ליאור בן-דוד, אורלי פישמן ודינה צדוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – סקירה משווה 3–5 (הכנסת, מחלקת מידע ומחקר 2006) <https://did.li/iHrrl>.

4 ס' 40 לחוק העונשין.

העונש.⁵ כפי שהוסבר בהצעת החוק, יחס זה מבטא את עקרון הגמול.⁶ משמעות הדבר היא שיש לשאוף להתאמה מוסרית בין מעשה העברה לבין העונש שהוטל: על מעשה חמור יש לגמול לנאשם בעונש חמור; על עברה קלת-ערך יש לגמול בעונש קל; וכך, על טווח זה, נעים המעשים והעונשים שבצידם.⁷ לשם ביצוע משימה זו, התיקון מתווה מודל דו-שלבי.⁸ בשלב הראשון, על-פי התיקון, על בית-המשפט לקבוע מתחם עונש ההולם את מעשה העברה. לשם כך עליו לשקול את הערך המוגן בעברה, את מידת הפגיעה בערך זה, את מדיניות הענישה הנהוגה, וכן נסיבות נוספות הקשורות לביצוע העברה.⁹ בשלב השני על בית-המשפט לגזור את העונש המתאים לנאשם, קרי, "לתפור" עונש ספציפי המתאים לנאשם.¹⁰ זאת יש לעשות בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה,¹¹ וכן בשיקולי ענישה נוספים, כגון הרתעה, שיקום והגנה על הציבור.¹² ככלל, שיקולים אלו

- 5 ס' 40ב לחוק העונשין. כפי שהבהיר בית-המשפט העליון, תיקון 113 העניק לעיקרון זה את הבכורה. ראו ע"פ 1964/20 אספה נ' מדינת ישראל, פס' 12 (נבו 12.8.2020).
- 6 דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 446, 447 (להלן: הצעת החוק לתיקון 113). ראו גם ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 772, פס' 21 לפסק-הדין של השופט סולברג (2013). כן ראו בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר?" עלי משפט ה 247, 269 (2006).
- 7 עמי קובו "מבחן הולם למערכת המשפט" עורך הדין 22, 76, 78 (2014).
- 8 התיקון קובע כי במקרה שבו בוצעו מעשים המקימים כמה עברות, יש לקבוע תחילה אם מדובר באירוע אחד או יותר (ס' 40ג לחוק העונשין). במקרים אלו, כך קבע בית-המשפט העליון, התיקון מתווה מודל תלת-שלבי. ראו פרשת סעד, לעיל ה"ש 6, בפס' 22 לפסק-הדין של השופט סולברג. למעשה, במקרה של ריבוי אירועים ניתן גם לומר כי התיקון מתווה מודל בעל ארבעה שלבים, שבמסגרתו בשלב הרביעי על בית-המשפט לקבוע, לפני גזירת העונש, אם הוא גוזר עונש אחד לכל האירועים או עונש נפרד לכל אירוע (ס' 40ג(ב) לחוק העונשין). הובעה גם דעה שלפיה האפשרות לסטות ממתחם העונש שנקבע מוסיפה שלב נוסף. ראו, למשל, אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו 1, 4 (התשע"ג) <https://lawjournal.huji.ac.il/article/24/1268> (להלן: גזל-אייל "מתחמים לא הולמים"). לשם הפשטות, המאמר עוסק במקרה ה"קלסי" של מעשה אחד המהווה עברה אחת, כך שמדובר באירוע אחד. ממילא, לחלוקת המודל לשלבים יש חשיבות אינסטרומנטלית בלבד ליישום נכון של הוראות התיקון, והדיון שנערוך יפה גם למודל מרובה שלבים.
- 9 ס' 40ג(א) לחוק העונשין. החוק מונה כמה נסיבות הקשורות לביצוע העברה (ס' 40ט), אך מורה גם כי אין מדובר ברשימה סגורה (ס' 40ב).
- 10 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 12724-11-19 מדינת ישראל נ' ג'בארין 13 (נבו 29.11.2021).
- 11 נראה כי הגורם המשותף למרבית הנסיבות הללו, המפורטות בס' 40א לחוק העונשין, הוא שהן מתמקדות בהשתלשלות העניינים לאחר מועד ביצוע העברה.
- 12 ס' 40ג(ב) לחוק העונשין.

מכתיבים את גזירת העונש בתוך המתחם, אם כי הם מאפשרים לסטות ממנו במקרים חריגים שבהם הדבר נדרש.¹³ משמעות הדבר היא שיש חשיבות מכרעת לקביעת מתחם העונש ההולם, שכן ככלל מתחם זה מכתיב את המסגרת שכתוכה ייגזר בסופו של יום דינו של הנאשם.

2. מטרת התיקון

לאורך תקופת התגבשותו עורר תיקון 113 פולמוסים לא-מעטים בנוגע להשפעתו על הענישה. נדמה כי החשש המרכזי שהעלו המבקרים במהלך הדיונים בהצעת החוק היה שהחוק יביא לידי החמרה בלתי-מידתית ובלתי-נחוצה בענישה – הן עקב ההצעה להקים ועדה שתציע עונשי-מוצא והן עקב מעמד הבכורה שניתן לשיקול הגמול.¹⁴ אף שיש הסוברים כי תיקון 113 נועד להביא לידי החמרה בענישה,¹⁵ לא הייתה כל כוונה מוצהרת כזו.¹⁶ ההפך הוא הנכון, שהרי בדוח ועדת גולדברג נרשם במפורש כי אין מטרת החוק להביא לידי החמרה בענישה.¹⁷ נוסף על כך, בשל החששות שהושמעו החליט המחוקק לזנוח את עונשי-המוצא, ובנוסף הסופי של החוק שהתקבל נמחקה גם ההבחנה בין "המדיניות הראויה"

13 סטייה לקולא אפשרית משיקולי שיקום, וסטייה לחומרא אפשרית משיקולי הגנה על שלום הציבור. ראו ס' 140 ו-140ה לחוק העונשין, בהתאמה.

14 הורוויץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 3. עוד ראו את דבריו של אורן גול-אייל שלפיהם קודם לתיקון שימשו שיקולי הענישה השונים בערבוביה (גול-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 4), וכי בעקבות מעמד הבכורה שניתן לשיקול ההלימה, הביעו רבים חשש, במסגרת תהליכי החקיקה של התיקון, מפני החמרה בענישה – חשש שנראה כי גם הוא היה שותף לו (שם, בעמ' 3). למעשה, סנטימנט זה, המקשר בין עקרון הגמול לבין ענישה חמורה יותר מזו המתחייבת מעקרונות אחרים, אינו ייחודי לישראל. בארצות-הברית, למשל, מקובל להאשים את התפיסה הגמולנית בשיעורי הכליאה הגבוהים מדי במדינה, בטענה שהיא מובילה להטלת עונשים חמורים מדי. Douglas Husak, *Retributivism and Over-Punishment*, 41 LAW & PHIL. 169, 169 (2022).

15 השופט רובינשטיין, למשל, הביע את דעתו כי ברור שהכיוון הכללי של תיקון 113 הוא אל עבר החמרה בענישה: "מה ניתן ללמוד מן המכלול, ובמיוחד מתפיסת הגמול וההלימה של 'מידה כנגד מידה' זו היא לכאורה גישתו הבסיסית של התיקון בקביעת מתחם הענישה, והיה בה כאמור מעיקרא מסר של החמרה..." (פרשת סעד, לעיל ה"ש 6, בפס' יח לפסק-הדין של השופט רובינשטיין). גם השופט דבורה ברלינר טענה כי אף אם הדבר לא נקבע במפורש, מבין שורתיו של תיקון 113 נושבת החמרה. ראו חן מענית "מני מזוז: 'רמת הענישה בישראל נמוכה מדי ובלתי הולמת'" גלובס (21.5.2012) <https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000750821>.

16 קובו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 80; הורוויץ, לעיל ה"ש 3.

17 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9.

לבין "המדיניות הנהוגה". הדברים מלמדים כי מטרתו המוצהרת של התיקון הייתה לקדם אחדות בענישה בהתאם לעקרון ההלימה.¹⁸ האם בכך יצר המחוקק הסדר שלילי לגבי יצירת שינוי בענישה אשר אינו בגדר יצירת אחדות בלבד? דהיינו, האם מה שרצה תיקון 113 לעשות הוא אך ורק להפחית את השונות בין עונשים במקרים דומים תוך שמירה על אותה רמת ענישה ממוצעת, גם אם רמת הענישה הקיימת אינה תואמת את עקרון ההלימה? לדעתנו, התשובה לכך שלילית. אין חולק כי התיקון נועד ליצור אחדות, אולם מטרתו הייתה גם ליצור התאמה בין הענישה הפלילית לבין המדרג הנורמטיבי שנקבע בתיקון, ובראשו עקרון ההלימה. כפי שיפורט להלן, מטרה זו נלמדת מפרשנות תכליתית של החוק, קרי, מהתחקות אחר כוונתו ה"סובייקטיבית" וה"אובייקטיבית" של המחוקק.¹⁹

18 יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 414, 437 (2013).

19 על שני אלה אנו למדים הן מנוסחו של החוק והן ממקורות חיצוניים לו. לעניין ההתחקות אחר התכליות האובייקטיבית והסובייקטיבית כאחד ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ב: פרשנות החקיקה 201–205 (1993). ראו גם בג"ץ 4455/19 עמותת טבקה – צדק ושוויון ליוצאי אתיופיה נ' משטרת ישראל (נבו 25.1.2021). יובהר כי במסגרת ההתחקות אחר תכלית החוק יש לבחון גם את ההיסטוריה החקיקתית של החוק. ראו ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, פס' 32 (1991); ע"פ 2149/20 מרזן נ' מדינת ישראל, פס' 15 (נבו 22.7.2021); ברק, שם, בעמ' 352: "הפנייה להיסטוריה החקיקתית צריכה להיעשות בכל מקרה. בצד העיון באופציות הלשוניות שהטקסט מעלה, בא העיון בתכלית החקיקה. תכלית זו נלמדת מלשון החוק על רקע מקורותיה – החיצוניים והפנימיים גם יחד". אכן, לא אחת פנה בית-המשפט העליון גם להיסטוריה החקיקתית כדי להכריע בנוגע לתכליתו של דבר חקיקה. ראו ע"פ 5806/22 מדינת ישראל נ' גריפאת, פס' 11 (נבו 20.11.2022); ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 353 (1996); רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פ"ד סה(2) 563 (2012); דנ"א 3768/98 קריית בית הכרם בע"מ נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ירושלים, פ"ד נו(5) 49, 122 (2002); רע"פ 4105/06 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס' י (נבו 2.1.2007). למעשה, גם כאשר נדרש בית-המשפט העליון לפרש את תיקון 113 באופן ספציפי, הוא עשה זאת לאור ההיסטוריה החקיקתית, לרבות דיוניה של ועדת גולדברג (ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2) ודברים שנאמרו בדיונים בוועדות הכנסת. ראו, למשל, ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (נבו 29.10.2014); דנ"א 7480/18 קרצמר נ' פקיד שומה ירושלים (נבו 31.10.2021); פרשת סעד, לעיל ה"ש 6, בפס' י וייד לפסק-הדין של השופט רובינשטיין. גם גזל-אייל עשה שימוש בהיסטוריה החקיקתית של תיקון 113 כדי לפרש את היחס בין התיקון לבין הסדר-טיעון, ובפרט כדי להצדיק את האפשרות לחרוג ממתחם העונש ההולם כדי לאשר הסדר-טיעון. ראו אורן גזל-אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית ביניש 539, 555 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים 2018).

ראשית, חוק העונשין קובע אומנם כי על בית-המשפט לשקול גם את הענישה הנהוגה בעת גזירת הדין, אולם שיקול זה אינו בודד במערכה, ואף נמנה במקום השלישי מבין ארבעה.²⁰ אך העיקר הוא השינוי הנורמטיבי היסודי מאוד שעשה התיקון. במסגרת תיקון 113 הבהיר המחוקק הישראלי לראשונה את מטרות הענישה בדין הישראלי, ואף הוסיף וקבע במפורש מדרג נורמטיבי הממקם את שיקול הגמול בראשו.²¹ בטרם נחקק תיקון 113, ובהעדר הוראה חוקית, שימשו שיקולי הענישה במעין ערבוביה בלתי-סדורה,²² אשר בתוכה נראה כי שיקול ההרתעה תפס מקום מרכזי.²³ אין זה סביר שהענישה המבוססת על כליל הרתעתית זה הובילה באופן מקורי לענישה דומה שאליה מוביל המדרג הנורמטיבי שנקבע בתיקון 113.²⁴ המחוקק קבע לראשונה קביעה נורמטיבית חשובה, אשר לא שיקפה את הענישה שקדמה לתיקון, וברור כי בכך הוא התכוון גם להביא לידי שינוי בענישה שיתאם קביעה זו. למעשה, בית-המשפט העליון ציין כי ברור מלשון החוק שתיקון 113 בהחלט בא לעולם כדי לעשות שינוי בענישה.²⁵ ודוק, שינוי אינו שקול להחמרה,²⁶ אלא משמעו עריכת התאמות תלויות-הקשר בשים לב לשיקולי הענישה

- 20 ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט המפנה אליה. אומנם, לסדר שבו החוק מונה את שיקולי הענישה אין חשיבות פורמלית, אולם הוא בוודאי אינו מצביע על כך שיש לייחס חשיבות גדולה יותר לשיקולים המנויים אחרונים. נוסף על כך, בפועל לסדר מניית הדברים יש לעיתים משקל. לטענה זו ראו סקירה שפורסמה על-ידי מועצת גזירת הדין הסקוטית: *Scottish Sentencing: A Brief Overview* 9 (2017), <https://did.li/NOagT>.
- 21 ראו לעיל ה"ש 5–6 והטקסט המפנה אליהן. הגישה שלפיה שיקול הגמול קובע את המסגרת אבל בתוכו ניתן לתת ביטוי לשיקולים אחרים מכונה "limiting retributivism". ראו ANDREW ASHWORTH, *SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE* 89 (5th ed. 2010).
- 22 אורן גזל-אייל "תג מחיר העונשים" עורך הדין 14, 88 (2012).
- 23 אורן גזל-אייל, חיים אזולאי ואיתי המר "האם שופטים מציינים לחוק?" משפטים מז 327, 340 (2018); פרשת ג'בארין, לעיל ה"ש 10; ע"פ 5535/12 כבארי נ' מדינת ישראל (נבו 1.5.2013); הועדה הציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים דין וחשבון, עמ' ג (2015) (להלן: דוח ועדת דורנר).
- 24 עמדה דומה הובעה על-ידי בגריק, אשר טען כי בהינתן אי-הבהירות שנוטה לאפיין את גזירת הדין בנוגע למטרות הענישה, יידרש צירוף מקרים אדיר כדי ליצור מערכת ענישה ראויה. MIRKO BAGARIC, *PUNISHMENT AND SENTENCING: A RATIONAL APPROACH* 5 (2001).
- 25 "דומה כי בשימוש במונחי ההלימה והגמול ביקש מציע הצעת החוק מתחילה לאותת לבתי המשפט – לבד מן המסר המרכזי של שוויון ואחידות ככל הניתן בענישה, הטבוע ברעיון ההבניה – כי אינו שבע רצון מן הענישה הקיימת." פרשת סעד, לעיל ה"ש 6, בפס' ז לפסק-הדין של השופט רובינשטיין.
- 26 רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 196, 4 (2013)

האחרים ששימשו במקרה הספציפי, לעיתים לחומרה ולעיתים לקולא. אין הכרח ששיקול הגמול יכוון תמיד לעמדה מחמירה יותר משיקולים אחרים, אלא לעיתים הוא עשוי להחמיר, לעיתים להוביל לאותה תוצאה,²⁷ ולעיתים אף להכתיב הקלה בעונש.²⁸

(להלן: קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113"). ראו בפרט את דבריה שם, בעמ' 5, ה"ש 11. אומנם, שיקול הגמול מתבונן בעיקר על חומרת המעשה (על כך ראו להלן בתת-פרק 11), ומעורר באופן אינטואיטיבי קונוטציה של תגובה עונשית חמורה. אך צידה האחר של מידת החומרה הוא מידת הקלות. מטבע דר-צדדי זה – בדמות עקרון המידתיות – הוא אשר מונח ביסודו של שיקול הגמול ומהווה נדבך מרכזי בו. חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14, 16 (2012); Husak, *Retributivism and Over-Punishment*, לעיל ה"ש 14. כפי שמציין אשוורת, מידתיות היא "אבן-הבוחן" של עקרון הגמול. לראיה, הניסיון במדינות אחרות שאימצו את שיקול הגמול כשיקול מרכזי אינו תומך בטענה לקשר בין גמול להחמרת ענישה. ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 89.

27 ייתכנו למשל מקרים שבהם שיקול הגמול ושיקול ההרתעה יובילו לאותה תוצאה עונשית, וזאת כאשר יש התאמה בין חומרת המעשה לבין מידת הצורך בהרתעה מפני עשייתו.

28 כך, למשל, במקרים שבהם הנטייה החוזרת לעבור עברות (אשר מצריכה הרתעה) גדולה מהחומרה של העברה עצמה. ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 78. לטענה כי שיקולי גמול, בניגוד לדעה הרווחת, עשויים דווקא להצדיק ענישה מקילה בהשוואה לשיקולי ענישה אחרים, ראו Husak, *Retributivism and Over-Punishment*, לעיל ה"ש 14. עקרון השיקום, למשל, מתבונן בעיקר על הצרכים של העבריין כדי לחזור למוטב (ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 86). לפיכך הוא עשוי להצדיק את החזקתו של הנאשם במשמורת חוקית לזמן ארוך יותר מזה המוצדק לפי שיקול הגמול בלבד (שם, בעמ' 87). דברים ברוח זו נכתבו גם באופן ספציפי ביחס לדין הישראלי. כפי שכותב גזל-אייל ביחס לעברת השהייה הבלתי-חוקית בישראל, מקום שאין מחלוקת כי הכניסה לישראל נועדה לצרכים כלכליים בלבד, ברור שחומרת העברה של הנאשם הספציפי נמוכה יחסית. לעומת זאת, ייתכן כי יש צורך ממשי להרתיע תושבים זרים מפני כניסה בלתי-חוקית לישראל, וכי אם לא תיגזר ענישה מוחשית בגין עברה זו, ימשיכו תושבים זרים להיכנס לישראל כדי להתפרנס (גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8). באופן דומה, נראה כי גם בלדרות סמים מאילוצים כלכליים היא עברה המתאפיינת בפער משמעותי בין חומרת המעשה לבין הצורך בהרתעה מפני ביצועו. על-כן, ככל שלפני תיקון 113 הוטלו על בלדרים עונשים תוך הדגשת שיקולי הרתעה (ראו, למשל, ע"פ 1274/12 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 17 (נבו 4.7.2013); ע"פ 179/88 ספדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 445 (1989)), שם מדגיש בית-המשפט שיקולים של הרתעה כללית והגנה על שלום הציבור מפני עברות סמים), נדמה כי תיקון 113 מכתיב דווקא הקלה בחומרת הענישה בעברות מסוג זה. אומנם, בית-המשפט העליון קבע כי אין להקל עם בלדרים רק בשל הצורך להחמיר עם נאשמים שמקומם גבוה יותר בשרשרת ההספקה של הסם (ע"פ 4008/11 גוארדיה נ' מדינת ישראל (נבו 6.3.2012)), ואכן ברור כי אין להקל עימם בשל הצורך להחמיר עם אחרים. אולם השאלה אינה זו, אלא אם יש להקל עימם בשל השינוי הנורמטיבי במדרג שיקולי הענישה, בלי קשר לענישה הנגזרת על אחרים.

שנית, לטענתנו בדבר השינוי שתיקון 113 היה צפוי לגרום ניתן למצוא תימוכין הן בדברי ההסבר לחוק והן בהיסטוריה החקיקתית שקדמה להם.²⁹ בדברי ההסבר להצעתה של ועדת גולדברג נרשם במפורש כי "אין מטרתו של עיקרון ההלימה כדי להביא להחמרה לשם החמרה בענישה", ובהמשך לכך נכתב במפורש כי אין מניעה שתהיה החמרה אם הדבר תואם את עקרון ההלימה: "עונש חמור בעבירות שאינן חמורות, אינו מקיים את עיקרון ההלימה... אם אמנם תהיה החמרה בענישה עקב יישום עיקרון ההלימה, אין זאת אלא משום שזו תהיה התגובה העונשית ההולמת למעשה חמור".³⁰ גם בדיוני הכנסת נאמרו דברים דומים.³¹ נוסף על כך, בדברי ההסבר לתיקון לחוק מצוין במפורש כי "ככל שהמדיניות הנוגעת משקפת את עקרון ההלימות היא מהווה אינדיקציה לקביעת העונש ההולם, ואילו כאשר יש פער בינה לבין המדיניות הראויה, תועדף המדיניות הראויה".³² אומנם, אין מדובר בקריאה פוזיטיבית לשינוי הענישה הנהוגה, אך יש כאן לכל-הפחות הכרה מפורשת בכך שעשוי להיות פער בין המדיניות הראויה (בהתאם לעקרון ההלימה) לבין הענישה הנהוגה. נוסף על כך, בדיוני הכנסת בולטת אי-שביעות-הרצון מהענישה הקיימת, ולא רק מהעדר האחידות שבה, אלא גם מרמת החומרה.³³ גישה דומה הביעה פרופ' רות קנאי. לשיטתה, תיקון 113 מחייב לא לגזור גזרה שווה מהענישה הקיימת, אלא להקדיש תשומת-לב רבה יותר לשיקולים ערכיים של האינטרס המוגן, מידת הפגיעה ומידת האשמה.³⁴ נראה כי גם בית-המשפט ער לכך שתיקון 113 יצר הבחנה בין הענישה הראויה לענישה הנהוגה.³⁵ בפרשת חסן, למשל, ציין

29 על-אודות הצורך בפנייה להיסטוריה החקיקתית כדי לפרש דבר חקיקה, וכן לדוגמאות של שימוש בהיסטוריה החקיקתית כדי לפרש את תיקון 113 עצמו, ראו לעיל ה"ש 19.

30 דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 9 (ההדגשה הוספה).

31 ראו את דבריו של חבר הכנסת דוד רותם, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט (דאז): "החוק הזה הוא לא כדי להחמיר את הענישה" (פרוטוקול ישיבה 475 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 35 (21.11.2011)); "החוק הזה – לא מטרתו להחמיר בעונש, אבל הוא גם לא מתכוון להקל בעונש, הוא מתכוון שיהיה עונש אמיתי" (פרוטוקול ישיבה 495 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 20 (12.12.2011)).

32 דברי ההסבר להצעת החוק לתיקון 113, לעיל ה"ש 6, בעמ' 447.

33 חבר הכנסת רותם, למשל, השמיע בבירור טרוניה על ענישה מקילה (פרוטוקול ישיבה 124 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 3 (21.12.2009)). אכן, נראה כי אי-שביעות-הרצון התמקדה בעיקר בקולת הענישה והניחה צורך בהחמרה. עם זאת, כפי שתיארנו, עקרון הגמול אינו מכתיב בהכרח החמרה. אך בין כך ובין כך, מדיוני הכנסת עולה כי המחוקק התכוון להביא לידי שינוי כלשהו ברמת הענישה.

34 קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113", לעיל ה"ש 26, בעמ' 5.

35 אומנם, אין בפסיקת בתי-המשפט דיונים רבים בעניין זה, וממילא לא מצאנו להם יישום

בית-המשפט העליון כי מדיניות הענישה הנהוגה ומדיניות הענישה הראויה (כפי שמשקפת במתחם העונש) אינן בגדר מושגים זהים. לדבריו, מתחם העונש מגלם הכרעה מוסרית על בסיס שיקולים שונים, שהענישה הנהוגה מהווה רק אחד מהם.³⁶ נוסף על כך, בפרשת איבגי ציין בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע כי ייתכן פער בין הענישה הנהוגה לענישה הראויה לפי תיקון 113, והביע מורת-רוח על כך שבת-המשפט אינם ששים לתקן את הפער כאשר הם נתקלים בו.³⁷ הדברים מלמדים על הכרה בכך שתיקון 113 מכתיב לעיתים שינוי בענישה.

שלישית, המשאבים הרבים שהשקיע המחוקק בתיקון 113 תומכים בסברה שהוא התכוון לערוך שינוי של ממש בענישה עצמה. יש לזכור כי תיקון 113 היה תיקון משמעותי מאוד – למעשה, התיקון החשוב ביותר לחוק העונשין למן תיקון 39 הנודע³⁸ – ולפיכך מדובר בתיקון שדרש השקעת משאבים אדירים מצד המחוקק. כידוע, חזקה היא שהמחוקק אינו משחית מילותיו לריק.³⁹ אותה חזקה תקפה לדידנו גם לגבי משאביו. אומנם, יש גם חשיבות לשוויון, להגברת האחידות ולהבהרת ההנמקה,⁴⁰ אך מדובר בעניין של מידה, קרי, לא כל מטרה מצדיקה כל

בגזירת הדין (וזו אולי חלק מהבעיה שאנו עומדים עליה במאמר זה), אך הדבר אינו פוגע בתוקפם.

36 ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 5.6.2013). מובן שאין מדובר בעניין סמנטי, שהרי כידוע, בית-המשפט עוסק אך ורק בעניינים שיש להם משמעות מעשית, ולא בדיונים תאורטיים בלבד.

37 בית-המשפט כתב, בין היתר, כי "כאשר אין אינדיקציה ברורה כי יש טעות במדיניות הענישה הנהוגת, הרי שהיא ראויה לשמש אמת מידה טובה לרמת הענישה המתאימה לעבירה קונקרטית... [אולם] רמת הענישה המקובלת היא רק אחת האינדיקציות לענישה הראויה, ואם יש שגיאה במדיניות הענישה ראוי לתקנה". עתפ"ב (מחוזי ב"ש) 70661-03-19 איבגי נ' ועדה מקומית לתכנון ובניה קרית גת, פס' 53 ו-105 (נבו 23.12.2019).

38 כאמור, תחילת התיקון בוועדת גולדברג, אשר הוקמה בשנת 1996 ופרסמה את מסקנותיה בשנת 1997; והמשכו בדיונים שנערכו בוועדות הכנסת במשך שש שנים, לרבות ימי עיון ויותר מעשרים דיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, בהשתתפות אנשי-מקצוע ומומחים אין-ספור, עד לקבלתו כחוק. ראו בהקשר זה את דבריו של חבר הכנסת רותם בעת הדיונים על הצעת החוק ואישורה בקריאות השנייה והשלישית: "אציין כי ועדת החוקה קיימה יום עיון ו-22 דיונים בהצעה זו, במשך יותר משנתיים, שבהם השתתפו מומחים ואנשי מקצוע רבים ומגוונים" (פרוטוקול ישיבה 303 של הכנסת ה-18, 213 (2.1.2012)). עוד ראו אצל הורוויץ, לעיל ה"ש 3.

39 בית-המשפט העליון עושה שימוש בחזקה זו בכואו לפרש דבר חקיקה, על-מנת לשלול פרשנות שאין לה משמעות אופרטיבית. ראו, למשל, פרשת קרצמר, לעיל ה"ש 19, בפס' 44 לפסק-הדין של השופט פוגלמן וההפניות שם; ע"א 9111/08 הקופה לתגמולים ופנסיה של עובדי הסוכנות היהודית לא"י נ' מנהל מס שבח מקרקעין אזור ירושלים, פס' טז (נבו 19.5.2011).

40 הרי ידוע כי חובת ההנמקה היא אבן-יסוד של הצדק הטבעי, בפרט בהחלטות הפוגעות

כמות של משאבים. כשם שערכאת הערעור בוחנת אם להקדיש ממשאביה על בסיס "השורה התחתונה" (מידת הסטייה מהענישה הנהוגה),⁴¹ כך ניתן להניח שגם המחוקק לא היה מקדיש זמן כה ניכר לעריכת שינוי כה מקיף של החוק אילו סבר כי רמת החומרה של הענישה הקיימת היא ראויה, אם כי בעלת שונות גדולה מהרצוי. יש לזכור כי גם במצב שקדם לתיקון לא היו בתי-המשפט מנותקים לגמרי זה מזה ומהענישה הקיימת. ממילא כולם היו כפופים לערכאות הערעור, ואמת-המידה להתערבות – מידת החריגה מהענישה הנהוגה – מצביעה על כך שגם לפני התיקון הייתה אחידות כלשהי. אין זה סביר שהמחוקק ישקיע משאבים כה רבים אך ורק כדי להזיז את הענישה הקיימת לכיוון הממוצע.

לסיכום, תכליתו המוצהרת של תיקון 113 הייתה לקדם אחידות בענישה, אולם הן מתוכנן החוק שהתקבל (אשר קבע לראשונה מדרג נורמטיבי של שיקולי ענישה) והן ממקורות חיצוניים לחוק עולה כי תכליתו הייתה גם להביא לידי שינוי בענישה, למצער בחלקה. כעת נבחן אם שינוי כזה אכן התרחש.

3. השפעתו של התיקון על הענישה

בהנחה שתיקון 113 רצה (או למצער היה צפוי) ליצור שינוי בענישה, עולה השאלה אם שינוי זה אכן קרה. לנוכח הספרות והפסיקה הקיימות קשה לתת לכך תשובה ניצחת, אולם הרושם המתקבל מהן הוא כי לא התרחש שינוי בענישה. ליתר דיוק, גם אם התרחש שינוי כלשהו, הוא לא נבע מהסיבות ה"נכונות", קרי מביצוע "התאמה נורמטיבית" של הענישה, אלא מסיבות אחרות.

מחקר ראשוני שבחן גזרי-דין שניתנו בשנה שלאחר כניסת התיקון לתוקפו מצא כי לא הייתה החמרה בענישה (בניגוד לחששות/ציפיות ולניסיון במדינות

בחירויות הפרט (Ashworth), לעיל ה"ש 21, בעמ' 370). היא גם מגבירה את השקיפות (שם, בעמ' 34) ואת האמון במערכת המשפט ("פסיקה עקבית וארוכת-שנים של בית המשפט העליון הדגישה את חשיבותה של חובת ההנמקה, על נדבכיה השונים, ודומה, כי במרוצת הזמן הפכה חובה זו לאחד מסימני-ההיכר של שיטת המשפט הישראלי, עת דומני, כי אין צורך להכביר מילים על הרציונליים המצויים בבסיסה" (רמ"ש (מחוזי חי') 11137-06-21 א"ב נ' ג"ב, פס' 13 (נבו 5.8.2021)), מאפשרת ומקילה ביקורת של ערכאת הערעור (ע"פ 5653/13 ביידון נ' מדינת ישראל, פס' 7 (נבו 21.8.2013); Ashworth, לעיל ה"ש 21, בעמ' 372), ואף מגדילה את הסיכוי לקבלת החלטות שקולות, בלתי-מוטות וקוהרנטיות מבחינה עקרונית-משפטית (שם). לעניין היכולת הפוטנציאלית לצמצם הטיות קוגניטיביות באמצעות חשיבה סדורה ראו חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות: אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" שערי משפט ה' 177, 237–240 (2009).

41 על כך ראו להלן בתת-פרק ב1.

אחרות) אך חלה עליה באחידות הענישה.⁴² לפי ההסבר שהציעו החוקרים, ייתכן שהדבר נבע מכך שבישראל, בניגוד למדינות אחרות, הותיר המחוקק בידי בית המשפט את שיקול-הדעת לא רק בגזירת העונש הסופי, אלא גם בקביעת המתחם.⁴³ עם זאת ציינו החוקרים כי מדובר בממצאים ראשוניים לאחר תקופה קצרה בלבד מאז נכנס החוק לתוקפו, ולכן בכוונתם לערוך מחקר-המשך.⁴⁴ אכן, במחקרן המקיף מצאו וינשל-מרגל וגלון כי תיקון 113, בניגוד למצופה, לא הביא לידי שינוי משמעותי בענישה, אלא בעיקר לאחידות גדולה יותר (למעשה, נמצאה אפילו הקלה מסוימת בענישה, אך היא לא הייתה מובהקת מבחינה סטטיסטית).⁴⁵ החוקרות הציעו לכך הסברים אחדים, אך כאלה שאינם קשורים לשינוי המהותי שבתיקון 113, אלא להעדפות ולהרגלי העבודה של השחקנים השונים ושל בית-המשפט. ראשית, הן הצביעו על כך שתיקון 113 הוביל לעלייה במספר הסדריי-הטיעון ה"סגורים",⁴⁶ אולי בשל אי-רצונם של הצדדים ובית-המשפט לפעול בהתאם לתיקון 113. שנית, הן הראו כי הן בתי-המשפט והן הצדדים טוענים לפניהם מסתמכים גם על הענישה הנהוגה שמלפני כניסתו של תיקון 113 לתוקף.⁴⁷ אומנם, מדובר במחקר שנערך לאחר שחלפו רק שנים ספורות מאז נכנס התיקון לתוקפו, ולכן יש להתייחס לממצאים בזהירות המתבקשת, אך נראה כי הדברים משתלבים גם עם מה שכתבו מלומדים אחרים, ובראשם הדר מסורי ואורן גזל-אייל.

הדר מסורי ערך מחקר איכותני שנועד לבחון את יישום תיקון 113, כפי שהוא נתפס על-ידי בעלי התפקידים השונים – תובעים, סנגורים ושופטים. רוב המרואיינים במחקרו הביעו את העמדה כי התיקון לא שינה את התוצאה בגזירת הדין, אלא רק את הרטוריקה.⁴⁸ מסקנתו של מסורי היא שבתי-המשפט גוזרים

42 קטרין בן-צבי, תומר כרמל, קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "הבניית שיקול הדעת השיפוטי: השפעת תיקון מס' 113 לחוק העונשין על אורכי המאסר הנגזרים על מורשעים" צוהר לבית הסוהר 16, 12 (2014) <https://did.li/I2CTY>.

43 שם, בעמ' 20.

44 שם.

45 קרן וינשל-מרגל וענבל גלון "ההשפעה של תיקון החוק בעניין הבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" עיוני משפט לח 221, 251 (2016).

46 הסדריי-טיעון שבמסגרתם הצדדים מציגים לבית-המשפט עונש מוסכם, להבדיל מהסדריי-טיעון "פתוחים", שבהם הצדדים טוענים לפני בית-המשפט לעניין העונש.

47 הסבר זה נתמך גם על-ידי טענתו של אשוורת כי יישומן של הנחיות לגזירת הדין מושפע, בין היתר, מטענות הצדדים ומן המידה שבה התביעה מפנה להנחיות אלו. ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 30.

48 הדר מסורי "תיקון 113 – מצליח לתקן?" המשפט כד 11, 26, 28, 30 (2018).

למעשה את הדין בהתעלם מתיקון 113 מבחינה מהותית.⁴⁹ אומנם, מדובר במחקר איכותני המתבסס על דעות של מרואיינים, על כל המגבלות שבדבר.⁵⁰ אולם העובדה שהעמדה כי תיקון 113 לא שינה את התוצאה הובעה באופן נחרץ במיוחד על-ידי שופטים, קרי על-ידי אלה המיישמים בפועל את הוראות התיקון, היא בהחלט בעלת משקל. משמעות הדברים היא כי גם מחקרו של מסורי תומך בטענה כי תיקון 113 לא גרם לשינוי בענישה.

גם מאמרו של גזל-אייל תומך במסקנה זו.⁵¹ לפי הביקורת שהשמיע, במקום שבת-המשפט יבחנו איזה חלק מהענישה הנהוגה תואמת את עקרון ההלימה בתיקון 113 וצריכה לשמש לקביעת המתחם, הם עושים שימוש אוטומטי בענישה הקיימת כדי לקבוע את מתחמי הענישה. לדבריו, בתי-המשפט נטלו את הענישה הנהוגה, אשר הדגישה במפורש את שיקולי ההרתעה, והסתמכו עליה לשם קביעת המתחם לפי תיקון 113, מבלי להסביר כיצד אותה ענישה הרתעתית מתיישבת עם התיקון.⁵² משמעות הדברים הללו – למצער ביחס לעברת השהייה הבלתי-חוקית בישראל, שבה עסק גזל-אייל במאמרו – היא שבחסות תיקון 113 הנציחו למעשה בתי-המשפט את הענישה הנהוגה שקדמה לתיקון תוך צביעתה בצבעים של גמול. הספרות שהוצגה מצביעה על כך שככל שתיקון 113 גרם לשינוי בענישה, התבטא הדבר בעיקר בהגברת אחידותה. ייתכן שהתיקון הוביל גם להקלה לא-משמעותית בענישה, אך נראה שזו אינה נובעת משיקולים מהותיים שקשורים למדרג הנורמטיבי שהתיקון קובע.⁵³ מסורי מצביע במאמרו על שני היבטים של

49 שם, בעמ' 12.

50 להרחבה על-אודות הבעיות והאתגרים במחקר כמותני ראו, למשל, Ali Alsaawi, *A Critical Review of Qualitative Interviews*, 3(4) EUR. J. BUS. & SOC. SCI. 149 (2014); André Queirós, Daniel Faria & Fernando Almeida, *Strengths and Limitations of Qualitative and Quantitative Research Methods*, 3(9) EUR. J. EDUC. STUD. 369 (2017); Looi Theam Choy, *The Strengths and Weaknesses of Research Methodology: Comparison and Complimentary between Qualitative and Quantitative Approaches*, 19(4) IOSR J. HUMAN. & SOC. SCI. 99 (2014).

51 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8.

52 שם, בעמ' 16, 21 ו-23.

53 מעניינת בהקשר זה טענתו של גלעד משולם כי בשונה מבתי-המשפט הפליליים, בבתי-הדין לתעבורה גם לא חל שינוי ברמת האחידות של הענישה. לדבריו, ניתן להסביר את התגברות האחידות בענישה בבתי-המשפט הפליליים בכך שעקב ההפניה של תיקון 113 לענישה הנהוגה, הוא "מכריח" למעשה את בתי-המשפט לקרוא פסיקה של בתי-משפט אחרים בישראל. בבתי-הדין לתעבורה – כך לדבריו – היו השופטים מצויים ממילא בפסיקתם של בתי-דין אחרים. גלעד משולם "הבניית הענישה בדיני התעבורה בראי משפט וחברה" 31–33

הפסיקה אשר תומכים לדבריו בטענתו כי בתי-המשפט לא הפנימו מבחינה מהותית את תיקון 113 לחוק – האופי הטכני של הדיון בפסקי-הדין והנפח הקטן המוקדש ליישום מהותי של הוראות התיקון.⁵⁴ אנו סבורים כי עיון בפסיקה תומך בהחלט בדבריו של מסורי, כמו-גם בטענתנו כי בתי-המשפט פונים אל הענישה הנהוגה – אשר תיקון 113 מונה אותה רק כאחד השיקולים – כאל מקור מרכזי לכימות מתחם העונש ההולם.

ראשית, אין בפסיקה הדיון המתבקש בנוגע למשקלה של הענישה הנהוגה לאחר תיקון 113, בשים לב להבדלים בשיקולי הענישה. אומנם, העדר דיונים רציניים בנוגע לחשיבותה של הענישה הנהוגה אינו מלמד על מעמדה של ענישה זו. אולם, כשם שגזל-אייל ציפה למצוא דיון כזה ביחס לעברת השהייה הבלתי-חוקית,⁵⁵ כך היה מצופה שייערכו דיונים מסוג זה גם בעברות אחרות; וכשם שסיגל קוגוט ועמיתיה ציפו למצוא דיון כזה בערכאות הערעור,⁵⁶ ציפינו אנו למצוא דיון כזה בערכאה הדיונית. הרי שיקול ההרתעה תפס במשך שנים מקום מרכזי ביותר במערך השיקולים שהנחו את ענישת בתי-המשפט,⁵⁷ ובתיקון 113 הוא נדחק למקום שולי יחסית. לנוכח שינוי נורמטיבי משמעותי זה היה מצופה שבתי-המשפט ידונו בהשלכתם של שינויים אלו על הענישה. אמירות כגון זו של בית-המשפט המחוזי בבאר-שבע בפרשת איבגי⁵⁸ מהוות חריג בנוף המשפטי, וגם בה לא ירד בית-המשפט לרזולוציה גבוהה של זיקוק הענישה הנובעת משיקולי ענישה שונים. אומנם, בפרשת ג'בארין ציין בית-המשפט המחוזי כי הענישה הנהוגה בעברות אלימות נוטה להתבסס על שיקולי הרתעה, אולם הוא לא קבע מה ההשלכה של עניין זה על משקלה של הענישה הנהוגה בגזירת הדין לאחר תיקון 113.⁵⁹ גם בפרשת כבארי כתב בית-המשפט העליון כי החמרת הענישה

(האוניברסיטה העברית בירושלים 2017) <https://did.li/UQagT>. אומנם, אין מדובר במחקר שיטתי, אלא אך ברושם של המחבר, אך ראינו לנכון לציין את הדברים למען שלמות התמונה.

54 מסורי, לעיל ה"ש 48, בעמ' 31 ו-34.

55 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8.

56 סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 267, 287 (משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך 2017).

57 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 19; רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית-המשפט העליון" משפטים כד 97, 103–105 (1994) (להלן: קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין").

58 ראו לעיל ה"ש 37 והטקסט המפנה אליה.

59 היפוכו של דבר, בית-המשפט אפילו השתמש בנימוק זה כדי להצדיק את גזר-דינו, שבו הוא נתן משקל גם לשיקולי הרתעה. פרשת ג'בארין, לעיל ה"ש 10.

בעברת השוד התבססה בעבר על שיקולי הרתעה, אך זאת מבלי לדון בהשלכות הדבר על קביעת מתחם העונש ההולם בהתאם לתיקון 113.⁶⁰ למעט החלטות אלו לא מצאנו בחיפושנו גזר-דין אשר זיקק מתוך הענישה הנהוגה את שיקולי הענישה שבבסיסה, ובוודאי לא גזר-דין שקבע כי מכיוון ששיקולי הענישה הנהוגה שונים מאלה שהותו בתיקון 113 יש לתקנה או לייחס לה משקל מועט.⁶¹ שתיקתם של בתי-המשפט בעניין זה היא רועמת, ועשויה להעיד – כפי שהתרשמו גזל-אייל ומסורי – כי בתי-המשפט משתמשים למעשה בענישה הנהוגה שקדמה לתיקון 113 כאמת-מידה מרכזית לקביעת מתחם העונש ההולם.

שנית, בדומה לטענתו של מסורי, גם אנו מתרשמים כי סקירת הענישה הנהוגה תופסת בגזר-הדין של בתי-המשפט חלק גדול במידה משמעותית מזה המוקדש לדיון בכל יתר השיקולים.⁶² אומנם, נפח הדיון בעניין מסוים אינו ראייה מכרעת

60 פרשת כבארי, לעיל ה"ש 23, בפס' 20 לפסק-הדין של השופט דנציגר. מעניין שאף-על-פי שבית-המשפט מציין כי שיקול הענישה המנחה לאחר תיקון 113 הוא שיקול ההלימה, הוא מאשר החמרה בענישה מעבר למתחם הענישה המקובל בנסיבות דומות. על פני הדברים, משמעות הדבר היא שניתן להביא בחשבון שיקולי הרתעה לשם החמרת המתחם, דבר שמשמע ממנו קשר בין היקף התופעה לבין חומרת המעשה של הנאשם הספציפי. יצוין כי לא הצלחנו להעלות על דעתנו קונסטרוקציה סבירה לטענה בדבר קשר בין שכיחות התופעה לבדה לבין חומרת העברה הספציפית (דהיינו, שהעובדה שעברה מסוימת היא בגדר תופעה רחבה הופכת גם כל מעשה ומעשה כשלעצמו לחמור יותר), וגם לא מצאנו טענה כזו בספרות הרלוונטית. נראה כי עקרון הגמול דורש להתבונן על מעשה ספציפי במנותק מהשאלה אם הוא נעשה גם על-ידי אחרים.

61 חיפשונו בכל הערכאות גזר-דין עם הביטויים הבאים: (1) "שיקולי הענישה הנוהגת/הנהוגה" – התקבלו 172 תוצאות; (2) "שיקולי הענישה" וגם "עקרונות הענישה" וגם "רף הענישה" – התקבלו 139 תוצאות. יצוין כי את כל החיפושים ערכנו באתר המרשתת נבו (<https://www.nevo.co.il/>).

62 בפרשת פיצ'חדזה, למשל, מנה בית-המשפט את השיקולים שעליו לשקול בעת קביעת מתחם העונש ההולם, בהתאם לחוק, ולאחר-מכן דן בכל שיקול. את החלק הרחב ביותר בדיון הוא הקדיש לסקירת הענישה הנהוגה, ובתוך כך אזכר גם פסקי-דין לא-מעטים שניתנו לפני תיקון 113, וזאת מבלי לדון בשיקולי הענישה באותם פסקי-דין. ראו ת"פ (מחוזי ת"א) 809-09-18 מדינת ישראל נ' פיצ'חדזה, פס' 9-16 (נבו) 31.10.2019. כך נעשה גם בת"פ (מחוזי ב"ש) 43009-08-20 מדינת ישראל נ' אבו גאמע (נבו) 21.11.2021, שבו הקדיש בית-המשפט 287 מילים לדיון בנסיבות ביצוע העברה ובפגיעה בערכים המוגנים ו-817 מילים לסקירת הענישה הנהוגה; בתפ"ח (מחוזי נצ') 57555-01-21 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 9.12.2021, שבו הקדיש בית-המשפט 562 מילים לדיון בנסיבות ביצוע העברות ובמידת הפגיעה בערכים המוגנים ו-2,126 מילים לסקירת הענישה הנהוגה; בת"פ (מחוזי חי') 30051-10-20 מדינת ישראל נ' ג'בארין (נבו) 9.12.2021, שבו הוקדשו 616 מילים לדיון בנסיבות ובפגיעה בערכים המוגנים ו-1,366 מילים לסקירת הענישה הנהוגה; בת"פ (מחוזי ב"ש) 2243-12-19 מדינת ישראל נ' בנאיון (נבו) 9.12.2021, שבו הוקדשו 543 מילים לבחינת הנסיבות והערכים המוגנים

לחשיבות העניין, אך נדמה כי הדיון בסוגיית הנצחתה של הענישה הנהוגה אינו יכול להתעלם מהמקום הרב שמוקדש לעיסוק בענישה זו בגזירת הדין.⁶³ הדברים שלעיל מצביעים על אפשרות סבירה, ואפילו מסתברת, שלאחר תיקון 113 הבנו אומנם בתי-המשפט את גזרי-הדין בהתאם לאמור בתיקון, אך מבלי לדון בצורה רצינית במשמעותם של השינויים הנורמטיביים שבתיקון, ולכן מבלי לערוך את השינויים המהותיים הנדרשים בענישה הנהוגה. נציע כעת שני הסברים לתופעה זו – האחד מעשי והאחר עקרוני – אם כי הם קשורים זה לזה.

4. הסברים להעדר שינוי ברמת הענישה

כאמור לעיל, הספרות המחקרית לא מצאה כי חל שינוי ברמת הענישה באופן התואם את הדיונים בגזרי-הדין בבתי-המשפט. אין הכרח שתיקון 113 יוביל לשינוי ברמת הענישה, אולם נראה כי לכל-הפחות היה צריך להתקיים דיון בדבר ההשלכה של המדרג הנורמטיבי שנקבע בתיקון על משקלה של הענישה הנהוגה בקביעת המתחם. לדעתנו, הסברים סבירים להעדרו של דיון כזה ניתן למצוא באמת-המידה

63 ר-1,166 מילים לסקירת הענישה הנהוגה; בת"פ (מחוזי ת"א) 20-08-15059 מדינת ישראל נ' טולנטינו (נבו 6.12.2021), שם הוקדשו 187 מילים לדיון בנסיבות ובפגיעה בערכים המוגנים ר-589 מילים לסקירת הענישה הנהוגה; בת"פ (מחוזי מ"ר) 20-09-54630 מדינת ישראל נ' הולר (נבו 17.11.2021), שם הוקדשו 554 מילים לדיון בנסיבות ובפגיעה בערכים המוגנים ר-848 מילים לסקירת הענישה הנהוגה; וכן בת"פ (שלום נת) 19-04-48623 מדינת ישראל נ' אהרונוב (נבו 9.11.2021), שם הוקדשו 365 מילים לדיון בנסיבות ובפגיעה בערכים המוגנים ר-763 מילים לסקירת הענישה הנהוגה. אם כן, בכל הדוגמאות שהבאנו הקדישו בתי-המשפט חלק גדול יותר לענישה הנהוגה בהשוואה ליתר השיקולים. אומנם, אין מדובר במחקר כמותני שיטתי, ולכן אין בדברים האמורים כדי לבסס מגמה חד-משמעית. אולם, לאחר שעיינו בגזרי-דין אין-ספור, דעתנו היא כי הדוגמאות שהובאו מייצגות בהחלט את הכלל. ממילא, מדובר בנדבך אחד אשר בכל מקרה אין בו כדי לשנות מהטיעון העקרוני.

63 יש גם בסיס לסברה כי אורך הטיעון בנושא מסוים קשור לחשיבותו, למצער בגזירת הדין. הרי מקובל לומר כי חובת ההנמקה נועדה, בין היתר, לשפר את ההחלטה כתוצאה מתהליך של משוב בין ההנמקה לבין ההחלטה. Mathilde Cohen, *When Judges Have Reasons Not to Give Reasons: A Comparative Law Approach*, 72 WASH. & LEE L. REV. 483, (2015) 511–513. על כך יש להוסיף את העומס האדיר המוטל על בתי-המשפט. על-כן ניתן לסבור כי ככל שבתי-המשפט אכן מבקשים לשפר את החלטותיהם ולקיים את אותו משוב בין התוצאה להנמקה בצורה יעילה, הם יקדישו את עיקר זמנם להנמקות שמספיעות בצורה משמעותית יותר על ההחלטה. טענתנו נתמכת גם בטענתה של כהן כי החלטות מנומקות הן החלטות בסיכון נמוך, היות שבהחלטות מסוג זה יש סיכוי נמוך יותר שהערעור יתקבל, גם אם ההנמקה שגויה (שם, בעמ' 492). כאמור, דברים אלו אינם מהווים ראייה מכרעת לטענתנו בנוגע להנצחת הענישה הנהוגה, אך הם משתלבים היטב בתמונה הכללית של העדר שינוי (למצער משמעותי) בענישה לאחר תיקון 113.

להתערבות ערעורית, וכן בעובדה שתיקון 113 הותיר בידי בית-המשפט את מלאכת קביעתם של מתחמי הענישה, מבלי להפנות במפורש לאמות-מידה מספריות כלשהן.

(א) אמת-המידה להתערבות ערעורית

המבחן העיקרי להתערבות של ערכאת הערעור בגזר-הדין הוא מידת הסטייה מהענישה המקובלת, ומבחן זה נותר כשהיה גם לאחר תיקון 113.⁶⁴ יתר על כן,

64 בית-המשפט העליון הבהיר כי עיקרון זה של התערבות ערעורית רק אם העונש הסופי חורג במידה ניכרת מהענישה הנהוגה שריר וקיים גם לאחר תיקון 113. ראו ע"פ 6958/18 מצלאח נ' מדינת ישראל, פס' 19 (נבו 22.1.2020). רק לאחרונה חזר בית-המשפט העליון וציין כי אף כאשר "מתחם הענישה שנקבע חורג לקולא... ערכאת הערעור בוחנת בעיקרו של דבר את התוצאה העונשית הסופית". ע"פ 126/22 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 15 (נבו 27.4.2022). עוד ראו, למשל, ע"פ 8543/10 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 6.3.2013), שם הקל בית-המשפט העליון בעונשו של המערער לאחר שקבע כי העונש שהוטל עליו סטה מרף הענישה הנהוגה, וזאת תוך הסתמכות על פסיקה שניתנה עובר לכניסתו לתוקף של תיקון 113; ע"פ 2079/22 חוג'יראת נ' מדינת ישראל, פס' 9 (נבו 13.8.2023): "כלל ידוע הוא כי בית המשפט ייטה שלא להתערב בעונש שהושת על ידי הערכאה הדיונית אלא במקרים שבהם ניכרת חריגה קיצונית ממדיניות הענישה הנהוגת במקרים דומים..."; ע"פ (מחוזי נצ') 41376-05-19 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 10.12.2019), שם התערב בית-המשפט המחוזי במתחם שנקבע בבית-משפט השלום וקבע כי הוא מחמיר, וזאת בשים לב לרף הענישה בלבד; עפ"ג (מחוזי חי') 37357-11-19 מדינת ישראל נ' עראבי (נבו 2.1.2020), שם קיבל בית-המשפט המחוזי את ערעור המדינה וקבע כי מתחם העונש שנקבע בבית-משפט השלום מקל מדי, אך נמנע מלקבוע מתחם חדש, והסתפק בהטלת עונש חמור יותר במסגרת המתחם בהסתמך על מדיניות הענישה הנהוגה; ע"פ 2247/21 מג'אהד נ' מדינת ישראל (נבו 10.11.2021), שם הטיל בית-המשפט המחוזי עונש החורג לקולא מתחתית המתחם שהוא עצמו קבע, מבלי שנימק את הסטייה, ואף שבית-המשפט העליון ציין זאת, הוא לא דן בכך לגופו של עניין; ע"פ 3136/20 אבו עאיש נ' מדינת ישראל (נבו 24.5.2021), שם העלו המערערים טענות נגד מתחמי הענישה שנקבעו בבית-המשפט המחוזי, ולמרות זאת נמנע בית-המשפט העליון מלדון במתחמים לגופם והסתפק בקביעה כללית כי המתחמים ראויים, תוך שהוא מבסס את עיקר הכרעתו על מדיניות הענישה הנהוגה ועל העיקרון שלפיו ערכאת הערעור לא תתערב בעונש אלא במקרה של סטייה חריגה ממדיניות הענישה; עפ"ג (מחוזי חי') 40594-07-21 מדינת ישראל נ' קעדאן (נבו 2.11.2021), שם ביקרה ערכאת הערעור את סקירת הענישה הנהוגה שנעשתה על-ידי הערכאה הדיונית ואת החריגה ממנה. לדוגמאות נוספות ראו ע"פ 3579/14 אטקלטה נ' מדינת ישראל (נבו 3.1.2016); ע"פ 2185/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 (נבו 9.2.2014); ע"פ 5316/13 מסאלחה נ' מדינת ישראל, פס' 6 (נבו 9.2.2013); ע"פ 5143/15 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 19-20 (נבו 31.1.2016); ע"פ 6086/15 רשיד נ' מדינת ישראל, פס' 7-9 (נבו 17.7.2016); ע"פ 4302/18 בוקשטיין נ' מדינת ישראל, פס' 8-9 (נבו 21.1.2019); רע"פ 7570/21 אבו סוילם נ' מדינת ישראל (נבו 11.11.2021); רע"פ 4930/21 קורן נ' מדינת ישראל (נבו 4.8.2021); ע"פ 201/20 ליברטי נ' מדינת ישראל, פס' 26 (נבו 3.2.2022); ע"פ 8404/11 אסיאלוב נ' מדינת ישראל (נבו 12.6.2012).

ערכאת הערעור נוטה לשנות את העונש בלבד, מבלי לדון באופן מעמיק באופן קביעת המתחם, אם בכלל.⁶⁵ אומנם, בחירתה של ערכאת הערעור להתערב רק במקרים של סטייה ממדיניות הענישה הנהוגה נטועה, בין היתר, בשיקולים מעשיים,⁶⁶ ולפיכך, לכאורה, המבחן שערכאת הערעור מפעילה אינו מלמד בהכרח מבחינה קונספטואלית על חשיבותה היחסית של הענישה הנהוגה בקביעת מתחם העונש ההולם.⁶⁷ אולם, כפי שקוגוט ועמיתיה מסבירים בהרחבה, השאלה אם סביר שהתערבות ערעורית תביא לידי שינוי בתוצאה וכן האומדן של מידת "מיצוי" הדין עם הנאשם מצריכים בחינה של הפער בין העונש שנגזר עליו לבין העונש שהיה ראוי לגזור עליו.⁶⁸ כמו־כן נראה כי בהמשיכה להשתמש בענישה הנהוגה כאמת־מידה להתערבות, ערכאת הערעור מפספסת תפקיד משמעותי בהתוויית הענישה הראויה בהתאם למדרג הנורמטיבי שקבע המחוקק בתיקון 113.⁶⁹

מדוע ערכאת הערעור בוחרת לשים ב"משבצת" העונש הראוי את הענישה הנהוגה, ולא את הענישה שהיה צריך לגזור לפי שיקולים אחרים?⁷⁰ נדמה לנו כי הבחירה בענישה הנהוגה כאמת־מידה להתערבות ערעורית נטועה, למצער בחלקה,

65 קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש 56, בפרקים ד ו-ה, בפרט בעמ' 290, 294 ו-295.
66 דהיינו, בית־המשפט עוסק בסוגיות קונקרטיות בעלות משמעות מעשית, ולכן אין מקום להתערבות אם ממילא לא יהיה שינוי בתוצאה; זאת, בשילוב עם הכלל שאין זה ראוי שערכאת הערעור תמצה את הדין עם הנאשם. ע"פ 6348/05 מדינת ישראל נ' תלאווי, פס' 7 (נבו) 1.8.2005; רע"פ 513/21 יהושע נ' מדינת ישראל, פס' 4 (נבו) 4.3.2021; ע"פ 5579/19 מדינת ישראל נ' מלחם, פס' 13 (נבו) 9.2.2020.

67 לכאורה, בדומה להסבר האפשרי למרכזיותה של הענישה הנהוגה בהחלטותיה של הערכאה הראשונה, גם את מרכזיותה בערכאת הערעור ניתן להסביר ברצון להגן על ההחלטה מפני ביקורת ערעורית. אולם החלטותיה של ערכאת הערעור חשופות פחות לביקורת שיפוטית בהשוואה להחלטות של הערכאה הדיונית. נוסף על כך, אם ערכאת הערעור מגינה על החלטותיה על-ידי הסתמכות על הענישה הנהוגה, משמע שהערכאה שמעליה בוחנת גם היא את הענישה הנהוגה כדי לקבוע אם להתערב. אם כך, אזי בסופו של יום ברור כי הענישה הנהוגה (והסטייה ממנה) היא המדד המרכזי להתערבותם של בתי־המשפט לערעור. כמו־כן, ניתן לכאורה להסביר את יישומו של מדד זה על-ידי ערכאת הערעור לא בחשיבות ה"אמיתית" של הענישה הנהוגה, אלא באותן הטיות קוגניטיביות ושיקולי עלות-תועלת שצוינו לעיל בה"ש 63. אולם ניתן להניח כי ערכאת הערעור – שבה יושבים שופטים מיומנים ומנוסים יותר, שלרשותם עומד זמן רב יותר כדי לדון בסוגיות לעומקן – נתונה פחות להשפעות אלו.

68 קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש 56, בעמ' 283.

69 שם.

70 אומנם, יש שאיפה לענישה שוויונית, אבל עקרון השוויון אינו היחיד, ולעיתים עליו לסגת מפני שיקולים אחרים. ממילא, אין מקרה אחד זהה למשנהו, כך שבמקרים רבים ניתן לערוך הבחנות רלוונטיות בין מקרים דומים.

באותו גורם שממנו נובעת ההתמקדות בענישה הנהוגה מצידם של בתי-המשפט של הערכאה הדיונית – הצורך באמת-מידה מספרית לכימות העקרונות שתיקון 113 מתווה. צורך זה הוא שמוביל את בתי-המשפט להסתמך על הענישה הנהוגה כמדד מרכזי לכימות מתחם העונש ההולם.⁷¹ כעת נרחיב על צורך זה.

(ב) הצורך באמת-מידה מספרית

כיצד על בית-המשפט לדעת מה מתחם העונש ההולם את המעשה שעשה הנאשם? אילו היינו בשיטת משפט גמולנית אמיתית כמוכח המילולי של "עין תחת עין ושן תחת שן", אשר אינה שוקלת גם שיקולים אחרים, היה המענה לשאלות אלו קל יותר. נאשם אשר סטר לקורבנו, למשל, ייענה גם הוא בסטירה בעוצמה דומה.⁷² אך במציאות המשפטית העונש לובש צורה שונה ממעשה העברה שבגיננו הוא נגזר. דהיינו, העברה אינה מכתובה עוד את העונש בצורה ברורה,⁷³ אלא יש להמיר את המעשה שעשה הנאשם בעונש מספרי כלשהו, קרי, במספר חודשי מאסר (בין בפועל, בין בעבודות-שירות ובין על-תנאי).⁷⁴ המרת עקרונות כלליים שהמחוקק מתווה למתחם מספרי היא משימה קשה.⁷⁵ יתר על כן, לא רק שגזירת הדין מחייבת

71 מעניין שגזל-אייל, אשר מבקר את ההסתמכות המשמעותית על הענישה הנהוגה, טוען כי אף שאין לענישה זו ערך כשלעצמה, עליה להוות כלי-עזר בידי בית-המשפט (גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 9). אך אם אין לה ערך כשלעצמה, לא ברור מדוע עליה לשמש כלי-עזר. נדמה אם כן כי גם לאלה המכירים בכך שהענישה הנהוגה אינה בהכרח הראויה יש צורך באמת-מידה מספרית, ולכן קשה לא לפנות אל הענישה הנהוגה.

72 יש לציין כי כבר בתקופת חז"ל סוג עיקרון זה ממוכח המילולי, והובהר כי יישומו ייעשה בדרך של תשלום ממון. ראו פרשת סעד, לעיל ה"ש 6, בפס' טז לפסק-הדין של השופט רובינשטיין.

73 Sharon Dolovich, *Legitimate Punishment in Liberal Democracy*, 7 BUFF. CRIM. L. REV. 307, 313 (2004).

74 כפי שמתאר זאת אשוורת, בגזירת הדין בית-המשפט ממיר למעשה את חומרת המעשה ומתרגם אותה ל"מטבע ענישתי" (penal currency) המשקף את התפיסות המקובלות באותה עת (ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 74). אומנם, ניתן לתהות לגבי האופן שבו בית-המשפט ממיר את עקרונות הענישה לעונש מספרי בכל שלב של גזר-הדין, קרי, לא רק בקביעת מתחם העונש ההולם, אלא גם בקביעת העונש הסופי. למעשה, אם תינתן לבית-המשפט "נוסחת המרה" אשר מתייחסת כבר לעונש הסופי, לא יהיה כל צורך במתחם. אולם, כפי שנפרט להלן בפרק ב, דעתנו היא שגם אם ניתן להכווין את שיקול-דעתו של בית-המשפט, יש לעשות זאת ברזולוציה שאינה גבוהה מדי. על-כן בחרנו לעסוק במתחם העונש ההולם, הוא השלב הראשון אשר מצמצם את הטווח שבתוכו בית-המשפט גוזר את העונש, ומותר לבית-המשפט די שיקול-דעת להתחשב בנסיבות אחרות.

75 כפי שכתבה רות קנאי, התבססותם של בתי-המשפט על הענישה הנהוגה נובעת מכך שתיקון 113 מתווה את שיקול-הדעת השיפוטי על-ידי "עקרונות והוראות פתוחות ללא כימות" (קנאי

המרה כזו, היא גם כפופה לאילוצים שונים, ביניהם עקרון אחידות הענישה⁷⁶ ועקרון המידתיות.⁷⁷ מדובר במשימה מורכבת מאוד מבחינה קונספטואלית. ניתן להמחיש את השיקולים הרבים שמעורבים בגזירת הדין באמצעות המודל הרציונלי לקבלת החלטות על-סמך התועלת הצפויה,⁷⁸ ואנו מניחים כי זה המודל

"לקראת יישום ראוי של תיקון 113", לעיל ה"ש 26, בעמ' 4). להרחבה על-אודות קשיי כימות במקרים המצריכים המרה מסולם אחד לאחר ראו איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" משפט ועסקים יט 57, 77–86 (2015). היוסק כותב כי גם אם נסכים לקבל חלק גדול מהנחות-היסוד להצדקת שיקולי גמול בענישה, ניותר בוודאי לא-בטוחים בנוגע ליישום הקונקרטי של השיפוט המוסריים. לדבריו, אחת הטענות המרכזיות המשמשות את מבקריה של תאוריית הגמול היא חוסר היכולת להצביע על נתון מספרי בכל מקרה קונקרטי. Douglas Husak, *Retributive Desert and Deterrence: How Both Cohere in a Single Justification of Punishment*, in THE ROUTLEDGE HANDBOOK OF CRIMINAL JUSTICE ETHICS 113, 117 (Jonathan Jacobs & Jonathan Jackson eds., 2016). יש אף שהציעו כי לנוכח חוסר היכולת לכמת בצורה טובה את העונש שיש לתת לאדם, ייתכן שעדיף להותיר משימה זו לבורא עולם. כך כתב פלנדרס, למשל, בסוף התייחסותו לספר אשר כל מטרתו היא עיסוק בעקרון המידתיות בתורת הגמול ובענישה הפלילית: Chad Flanders, Michael Tonry, ed., *One-Eyed and Toothless Miscreants* (Oxford: Oxford University Press, 2020) ix 249 pp, 15 CRIM. L. & PHIL. 515, 520 (2021).

76 להרחבה על עיקרון זה, על יישומו ועל האיזון בינו לבין שיקולים אחרים ראו רע"פ 4600/12 יאשיב נ' מדינת ישראל (נבו 13.6.2012); ע"פ 6544/16 ניסנצויג נ' מדינת ישראל (נבו 21.2.2017). כן ראו Ashworth, לעיל ה"ש 21, בעמ' 155.

77 משמעות הדבר היא שיש לבחור בעונש הפוגעני פחות, קרי, בזה המקדם אומנם את שיקולי הענישה (ובראשם הגמול) אך אינו פוגע בנאשם יותר מהמינימום הנדרש. ראו, למשל, את דבריו של פרופ' לסלי סבה במסגרת הדיונים בהצעת החוק (פרוטוקול ישיבה 475 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44–45), וכן את דבריה של עו"ד חגית לרנאו באותו הקשר (פרוטוקול ישיבה 495 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 19). עוד ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 10, פס' 9 (דברי הפתיחה). עיקרון זה מקובל גם בדין הפלילי בארצות-הברית, שבו החוק קובע כי על בית-המשפט לבחור בעונש הקל ביותר המקדם את תכליות הענישה: "The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth..." 18 U.S.C. § 3553(a). ראו Husak, *Retributivism and Over-Punishment*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 180.

78 להרחבה על-אודות מודל זה (Expected Utility Theory) וההצדקות העיקריות לו ראו R.A. Briggs, *Normative Theories of Rational Choice: Expected Utility*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Sep. 18, 2023), <https://plato.stanford.edu/entries/rationality-normative-utility/>; FRANZ EISENFÜHR, MARTIN WEBER & THOMAS LANGER, *RATIONAL DECISION MAKING* (2010); KEN BINMORE, *RATIONAL DECISIONS* (2011).

הראוי לקבלת החלטות באופן כללי ולגזירת הדין בפרט.⁷⁹ לפיו, על המחליט לקבוע אילו מטרות הוא מעוניין לקדם (התועלת), ולבחור באפשרות שיש לה ההסתברות הגדולה ביותר לְמַרְב את קידומן.⁸⁰ דהיינו, מדובר בהחלטה המורכבת משני רכיבים: פונקציית התועלת ופונקציית ההסתברות.⁸¹ פונקציית התועלת מצריכה כימות (מתן "ניקוד") של מצבים עובדתיים שונים כדי לאפשר השוואה ביניהם, בשים לב למערך המטרות שהמחליט מעוניין לקדם ולמשקלן היחסי.⁸² דהיינו, מדובר בפונקציה הכוללת בחירת מטרות, בחינת נסיבות, וכימות הערך של כל מציאות שתיווצר בעקבות ההחלטה. בקשר לענישה הפלילית, מקובל לדבר באופן

79 והרי בסופו של יום גזירת הדין היא מקרה פרטי של קבלת החלטות (ASHWORTH), לעיל ה"ש 21, בעמ' 50). אומנם, בעשורים האחרונים איבד מודל זה מכוחו התיאורי ביחס להחלטות אנושיות, בעקבות מחקרים רבים שהראו כי הנחות-יסוד בסיסיות של רציונליות אינן מתקיימות במציאות. ראו Eyal Zamir & Doron Teichman, *Introduction, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW* xi (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014); Lara Buchak, *Normative Theories of Rational Choice: Rivals to Expected Utility*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (May 16, 2022), <https://plato.stanford.edu/entries/rationality-normative-nonutility/>. ליתר דיוק, נראה כי על-מנת שהנחות-יסוד אלו יצליחו בתיאור החלטות אנושיות, יש לזקק אותן או לצרף אליהן הנחות-יסוד נוספות. ראו Rahul Bhui, Lucy Lai & Samuel J. Gershman, *Resource-Rational Decision Making*, 41 CURRENT OPINION BEHAV. SCI. 15 (2021); GERD GIGERENZER, *SIMPLY RATIONAL: DECISION MAKING IN THE REAL WORLD* 8 (2015). אולם כוחו כמודל נורמטיבי שריר וקיים. אנחנו מניחים כי הרוב יסכימו כי גזיר-הדין של בתי-המשפט צריכים להיות רציונליים. יובהר גם כי המונח "רציונלי" אינו מחייב שלילת האפשרות להביא בחשבון רגשות ונתונים סובייקטיביים. משמעותו של המונח הוא אך שבהינתן מערך של מטרות מסוימות, ההחלטה מתקבלת על-סמך בחינת הסיכויים של חלופות שונות לקדם את אותן מטרות.

80 Benjamin Djulbegovic et al., *Rational Decision Making in Medicine: Implications for Overuse and Underuse*, 24 J. EVALUATION CLINICAL PRAC. 655, 656 (2018); Gonglong Shi & Qian Wang, *The Application of Utility Theory in the Decision-Making of Marketing Risk Management*, 62 AEBMR 303, 304 (2018).

81 Briggs, לעיל ה"ש 78.

82 מבחינה תאורטית מדובר במשימה פשוטה המצריכה אך ורק בחינה של נסיבות עובדתיות ו"הלבשתן" על הערכים של המחליט. אולם מבחינה מעשית מדובר במשימה קשה מאוד. ראשית, יש להניח כי פונקציית התועלת של רוב המחליטים כוללת כמה מטרות, ולא מטרה אחת בלבד. שנית, אף שבחינת הנסיבות נראית כמשימה עובדתית בלבד, היא מתבצעת על רקע ההכרעה הנורמטיבית. דהיינו, מטרות שונות עשויות להכתיב התחשבות בנסיבות שונות, והקישור בין המטרה לבין הנסיבה שיש להתמקד בה אינו קל תמיד. שלישית, כימות ההשפעה של כל נסיבה על תמהיל המטרות אינו פשוט כלל ועיקר, ועשוי להיות מאתגר הן מבחינה עובדתית והן מבחינה נורמטיבית.

מסורתי על ארבע מטרות מרכזיות: גמול, הרתעה, הרחקה ושיקום.⁸³ לצידה של כל מטרה יש הצדקות כבודות-משקל משלה.⁸⁴ הבחירה ביניהן, שלא לומר קביעת משקלן היחסי, הן סוגיות מורכבות של מדיניות המציבה מסגרת כללית לענישה הפלילית ומגדירה את הכיוון הכללי שאליו היא חותרת.⁸⁵ גם הבחינה הנסיבתית של השפעת העונש על המציאות אינה פשוטה. אומנם, גזר-דין ניתן בתגובה על עברה שנעברה, אך כל מטרה עשויה לדרוש התחשבות בהיבטים שונים של העברה והעברייני.⁸⁶ לבסוף, הכימות בגזירת הדין מצריך הערכה של האופן שבו כל עונש יקדם את מטרות הענישה. הדבר מחייב התבוננות על פרמטרים רבים ביותר, שמתייחסים הן לעברייני הספציפי והן לחברה בכללותה.⁸⁷ יובהר גם כי אף ששיקול הגמול מתמקד בעברייני הספציפי ובחומרת מעשיו, הוא מצריך הערכות סבוכות לא פחות ממטרות הענישה האחרות.⁸⁸ הרכיב השני של המודל – פונקציית הסתברות – נועד להתאים את קבלת ההחלטה למצבים של חוסר ודאות, בין שהיא קיימת מבחינה אובייקטיבית ובין שהיא קיימת בשל מגבלות סובייקטיביות של המחליט. פונקציה זו מעריכה את האופן שבו כל החלטה שתתקבל תשפיע על המציאות, על כל מורכבותה, ואת ההסתברות לכל תרחיש.⁸⁹

83 אם כי יש בשנים האחרונות גם טענות המדגישות היבטים אחרים ותכליות נוספות. ראו Ashworth, לעיל ה"ש 21, בעמ' 78–95.

84 שם, בעמ' 78–94.

85 שם, בעמ' 157.

86 כפי שמציינין אשוורת, על הנסיבות העובדתיות שיש לשקול להלום את מטרות הענישה שנבחרו ולנבוע מאותו מקור שממנו הן נובעות (שם, בעמ' 191–192). תכלית הגמול, למשל, מצריכה התבוננות בעיקר על חומרת העברה, כפי שהיא נקבעת בנסיבותיה; תכלית השיקום מכתובה התבוננות בעיקר על צורכי העברייני (שם, בעמ' 86); תכלית ההרחקה מצריכה אומדן של הסיכון העתידי הנשקף מהעברייני (שם, בעמ' 84); ותכלית ההרתעה מתבוננת בעיקר על התגובה האישית והחברתית הכללית שתיצור הענישה במקרה הקונקרטי (שם, בעמ' 79).

87 כך, למשל, שיקול ההרתעה מצריך הערכות סבוכות שנוגעות בעיקר באופן שבו כל עונש ספציפי ישפיע על הנטייה – הן של העברייני הספציפי והן של החברה בכללותה – לעבור עברות נוספות.

88 הוא בוחן אומנם מעשה שנעשה בעבר, אך הוא מחייב בחינה של האופן שבו ישפיע העונש (בעתיד) על העברייני, ומחייב גם להכריע אילו השפעות ראוי להביא בחשבון – כל זאת בהנחה ששיקול הגמול מבקש להשיג תוצאה שווה מבחינה מהותית. כפי שמציינין אשוורת, השאיפה ליחס שווה בענישה מכוון להשיג "אימפקט" שווה על הנאשם (Ashworth, לעיל ה"ש 21, בעמ' 99).

89 למשל, אם אוכל ארוחת צהריים בשרית, אהיה שבע בצורה המיטבית, ולכן עליי לנסוע למסעדת הבשרים הקרובה לביתי ולאכול אומצה. אולם איני בטוח שהמסעדה פתוחה כעת, שכן מדובר בשעת לילה מאוחרת יחסית. פונקציית ההסתברות מביאה בחשבון את ההסתברות שהמסעדה

משימה זו מחייבת מומחיות רבה – הן בחישובים סטטיסטיים והן בתחום הספציפי שבו מתקבלת ההחלטה. בגזירת הדין יש להעריך את ההסתברויות של אופן ההשפעה של כל עונש (או הימנעות ממנו) על הנאשם ועל החברה בכללותה. הערכות אלו – הן במסגרת פונקציית ההסתברות והן במסגרת פונקציית התועלת – הן מורכבות מאוד, ומצריכות מומחיות בתחומי דעת מגוונים, כגון אקטואריה, סוציולוגיה, פסיכולוגיה, כלכלה, קרימינולוגיה, סטטיסטיקה ועוד.⁹⁰

ציינו, למשל, כי גזל-אייל סבור ששיקול הגמול מצדיק הפחתה ברמת הענישה של שוהים בלתי-חוקיים. הוא מציע להעמיד את מתחם הענישה על עונש שבין מאסר על-תנאי לבין ארבעה חודשי מאסר בפועל.⁹¹ אולם, גם בהנחה ששיקול הגמול מצדיק הקלה בענישה, לא ברור מהו המקור הנורמטיבי שממנו שואב גזל-אייל את גבולות המתחם שהוא מציע. מדוע, למשל, הוא סבור שדווקא ארבעה חודשי מאסר הם הגבול העליון הראוי למתחם, ולא חמישה חודשים או שלושה חודשים? נדמה לנו שהדברים ממחישים היטב את המורכבות בגזירת הדין, החל בבחירת מטרות הענישה וקביעת משקלן היחסי ועד למתן ביטוי בפועל למטרות

תהיה פתוחה. ייתכן שבסופו של יום, היות שהסתברות זו נמוכה מאוד, עדיף לי לאכול את הארוחה החלבית המצויה במקרר ביתי. אומנם, אהיה שבע פחות, אבל יש כמעט ודאות שאת הארוחה הזו אשיג.

90 על-אודות ריבוי השיקולים שיש להביא בחשבון בעת גזירת הדין ומורכבותם ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 43–44. כפי שמציין היוסק, אי-אפשר ליישם את תורת הגמול יחד עם עקרון המידתיות שבה ללא אמת-מידה קונקרטי. Douglas Husak, *The Metric of Punishment Severity: A Puzzle About the Principle of Proportionality*, in *OF ONE-EYED AND TOOTHLESS MISCREANTS* 97 (Michael Tonry ed., 2019). נמחיש את הדברים: תכלית ההרתעה, למשל, מצריכה אומנם בחינה סבוכה של דרכי ההשפעה של עונשים שונים, אולם אם השפעות אלו יהיו ידועות, כימות העונש יהיה משימה עובדתית בעיקרה. נניח, למשל, כי ידוע שעונש מסוים יניא מספר מסוים של אנשים מלעבור עברות מסוימות אשר גורמות נזק בהיקף ידוע. במקרה זה יהיה אפשר לאתר את העונש שמקדם את ההרתעה בצורה הרבה ביותר. ברגע שהתקבלה הכרעה נורמטיבית שתכלית ההרתעה היא התכלית הנבחרת, הקושי בכימות העונש נובע בעיקר מהקושי להעריך את אופני ההשפעה השונים של עונשים שונים. ביחס לתכלית הגמול, לעומת זאת, הקושי הוא רב יותר. הסיבה היא שאין בנמצא מדד אובייקטיבי כלשהו המאפשר לאתר עונש הגומל לעבריין בצורה ההולמת את מעשיו. לראיה, הגם שאנשים נוטים להסכים על החומרה היחסית של עברות שונות, יש שונות גדולה מאוד בנוגע לעונש המספרי שכל עברה מצדיקה. דהיינו, גם אם הכרענו ששיקול הגמול הוא השיקול המרכזי בענישה, וגם אם הכרענו בנוגע לנסיבות שיש להביא בחשבון בעת מדידת הנטל שיטיל העונש על הנידון, נותרת עדיין בעינה השאלה בדבר כימות העונש – סוגיה שההכרעה בה היא נורמטיבית. נזכיר כי הגמול כפוף באופן אינהרנטי גם לכלל המידתיות, דבר המסבך עוד יותר את סוגיית הכימות.

91 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 27.

אלו בדרך של גזירת העונש הספציפי.⁹² יש אף שאמרו כי משימת גזירת הדין היא הקשה ביותר מבין המשימות המוטלות על השופט.⁹³ אין פלא אפוא שבתיה המשפט תרים אחר אמת-מידה מספרית להמרת שיקולי הענישה הכלליים לכלל עונש קונקרטי – אמת-מידה שאותה הם מוצאים בענישה הנהוגה שתיקון 113 מפנה אליה. הרי בהעדר אמת-מידה המצויה מחוץ לענישה הנהוגה, כיצד יבצעו את אותה משימה מורכבת ויבחנו את מידת ההתאמה בין ענישה זו לבין עקרון ההלימה המנחה את קביעת מתחם העונש ההולם? בסופו של יום, בשיטתנו ובעת הנוכחית, המדינה נוקטת כלפי עבריינים תגובה עונשית אשר מצריכה כימות מספרי. על-כן על המחוקק לספק לבית-המשפט את הכלים לכך.

לפני שנציג את עמדתנו – שלפיה אמת-מידה זו מצויה בעונש המרבי הקבוע לצד העברה – נפנה לבחון כיצד בחרו המחוקקים באנגליה ובארצות-הברית להתוות את שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין. בשתי המדינות הדבר נעשה

92 כפי שהדגיש בית-המשפט העליון כבר לפני זמן רב, גזירת הדין היא משימה קשה ביותר. ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 423 (1979). ראו גם אמירות נוספות של בית-המשפט העליון ברוח זו: "התווית מדיניות ענישתית קוהרנטית, המיושמת הלכה למעשה במקרים קונקרטיים, וההולמת את חומרתן של העבירות, אינה משימה פשוטה" (ע"פ 7014/06 מדינת ישראל נ' לימור, פס' 74 (נבו 4.9.2007)); "בכל תחום של עבריינות... מלאכת גזירת הדין היא מלאכה מורכבת וסבוכה" (רע"פ 402/01 אבו גאנם נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 138, 142 (2002)); "גזירת הדין היא מלאכה מורכבת, הבנויה ממארג סבוך של שיקולים המחייבים איזון ביניהם – שיקולי אינטרס ציבורי, ובהם הצורך במיצוע ההליך הפלילי לצורך השגת גורמי ההרתעה, המניעה והגמול ודרישת האכיפה השוויונית של החוק, אל מול עניינו של הנאשם כפרט, המחייב התייחסות לנסיבות אינדיבידואליות וקונקרטיות, ובהן – טיב העבירה וחומרתה, עבר פלילי של הנאשם, והיבטים כגון גיל, ומצב בריאות" (ע"פ 779/08 מוסלי נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה (נבו 1.4.2009)). בארצות-הברית, כבר לפני עשרות שנים, כתב בית-המשפט לערעורים בווינגטון כך: "השלב שלאחר ההרשעה הוא השלב הכי פחות מובן, המלא ביותר בסתירות לא-רציונליות והנוקק ביותר לשיפור בהשוואה לכל שלב אחר בהליך הפלילי" (בצדק) (להליך גזירת הדין את התואר הלא-מחמיא "האיבר המדולדל של ההליך הפלילי" (ראו את דבריה של הורוויץ בכנס לשכת עורכי-הדין אשר קדם לכניסת התיקון לתוקף, כפי שהובאו אצל מענית, לעיל ה"ש 15)). דרך אגב, וכראיה נוספת, גול-אייל מבקר את בית-המשפט בשל הסתמכות גדולה מדי על הענישה הנהוגה מבלי לבחון אם היא מתאימה למדרג הנורמטיבי של תיקון 113, אולם נראה כי גם המתחם שהוא עצמו מציע אינו תולדה של בחינת ההתאמה בין הענישה הנהוגה לעקרון ההלימה, אלא הפחתת הענישה הנהוגה במעט בשל בחינת מידת האשם הטיפוסית הנלווית לעברת שהייה הבלתי-חוקית לצורכי פרנסה (גול-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 27).

93 ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 413.

בצורה שונה, אך המשותף להן (בשונה מישראל) הוא שההנחיות מפנות את בתי- המשפט במפורש לנתון מספרי כלשהו בהתאם לנסיבות המקרה – אם למתחם ענישה (ארצות-הברית) ואם לעונש-מוצא (אנגליה).

5. מבט משווה

בארצות-הברית הדין הפדרלי קובע כי על הענישה הפלילית לשרת ארבע תכליות: הרתעה, הרחקה, גמול וחינוך/הכשרה של הנידון.⁹⁴ באנגליה הדין קובע כי מטרות הענישה הן גמול, הרתעה, שיקום, הגנה על הציבור וצדק מאחה.⁹⁵ הדין במדינות אלו אינו קובע במפורש מדרג נורמטיבי בין התכליות השונות, ואינו קובע את המשקל היחסי של כל אחת מהן.⁹⁶ אולם נקבעו הנחיות מפורטות לגזירת הדין. הנחיות אלו מדריכות את השופט אילו שיקולים להביא בחשבון בבחינת נסיבות העברה, ומובילות אותו אל עבר מסגרת מספרית מצומצמת יחסית שבתוכה עליו לגזור את העונש הסופי, קרי, מתחם ענישה.

בארצות הברית ההנחיות הפדרליות⁹⁷ מספקות טבלה המפרטת מתחמי ענישה שונים.⁹⁸ מתחם הענישה הוא פונקציה של שני גורמים עיקריים – מידת החומרה של העברה שעבר הנאשם בהתאם לנסיבות ביצועה⁹⁹ ולהיקף עברו הפלילי.¹⁰⁰ לאחר שהשופט איתר את מתחם הענישה, עליו לגזור את העונש המתאים בהתחשב בשיקולים שונים, שמנויים גם הם בהנחיות, ואשר עיקרם נסיבות שאינן קשורות ישירות לעברה, כגון מאפיינים ספציפיים של הנאשם ושיקולי מדיניות נוספים.¹⁰¹ החוק מטיל על בית-המשפט גם חובת הנמקה: על בית-המשפט לנמק

94 18 U.S.C. § 3553(a)(2); Sentencing Reform Act 1984

95 Sentencing Act 2020, c. 17, § 57(2)

96 על כך אף נמתחה ביקורת לא-מעטה. ראו רות קנאי "בין אמנות למדע: גזירת הדין כאומנות" עלי משפט ח 217, 232 (2010) (להלן: קנאי "בין אמנות למדע").

97 ההנחיות הראשונות פורסמו בשנת 1987. להנחיות החדשות, שפורסמו בשנת 2021, ראו UNITED STATES SENTENCING COMMISSION, GUIDELINES MANUAL 2021 (2021), <https://www.ussc.gov/guidelines/2021-guidelines-manual-annotated> (להלן: ההנחיות הפדרליות).

98 שם, בעמ' 407.

99 על סולם המתחיל ב-1 (לנסיבות הקלות ביותר) ומסתיים ב-43 (לנסיבות החמורות ביותר).
100 על סולם I עד VI. מעניין שיש חפיפה בין מתחמים קרובים, וזאת עקב ההכרה בכך שאין מדובר במדע מדויק, וכדי למנוע התדיינויות ברזולוציה גבוהה. ראו ההנחיות הפדרליות, לעיל ה"ש 97, בעמ' 12 (פרק 1, חלק A, פס' (1)(4)).

101 שם, בעמ' 17 (פרק 1, חלק B, פס' (1B1.1(b))).

באופן מובנה מדוע בחר בעונש שבחר, וכיצד בחירה זו עולה בקנה אחד עם ההנחיות לעברה הספציפית, אם ישנן.¹⁰² בהעדר הנחיה לעברה הספציפית הנדונה לפני בית-המשפט, על בית-המשפט לגזור עונש הולם בשים לב לשיקולי הענישה שצוינו לעיל, להנחיות הענישה בעברות דומות ולהצהרות המדיניות של הנציבות האמריקאית לגזירת דין (United States Sentencing Commission).¹⁰³

יודגש כי מדובר בהנחיות ברזולוציה גבוהה מאוד. לכל עברה ההנחיות קובעות מעין "ניקוד חומרה" בסיסי, אשר עובר לאחר-מכן התאמות – אם לחומרא ואם לקולא – בהתאם לנסיבות שונות שעשויות להיות רלוונטיות לאותה עברה. ההנחיות מפרטות לבית-המשפט בדיוק אילו נסיבות עליו לשקול, וגם כמה "נקודות" עליו להוסיף לנוכח כל נסיבה.¹⁰⁴ ניתן לומר כי זוהי גישה כמעט מתמטית, המגבילה מאוד את מרחב התמרון שיש לשופט. אומנם, לבית-המשפט יש שיקול-דעת רחב לקבוע אם מתקיימת נסיבה מסוימת אם לאו, אבל ברגע שנקבעת קיומה של נסיבה, ההנחיות מכתיבות את משקלה ולבסוף את העונש. ביקורת רבה נמתחה על מידת מורכבותן של הנחיות גזירת הדין בכלל ועל מספר קטגוריות החומרה בפרט.¹⁰⁵ שופטים מצאו את עצמם נאלצים למצוא דרכים יצירתיות כדי להתאים את ה"ניקוד" במקרה הקונקרטי לנסיבות שלפניהם. נראה כי זה היה המניע להחלטת בית-המשפט בפרשת *Booker* (בשנת 2005), שבה קבע כי ההנחיות הפדרליות לגזירת הדין אינן חוקתיות, ובכך הפך אותן למעשה להמלצה בלבד.¹⁰⁶ בפסקי-דין מאוחרים הסבירו בתי-המשפט כי משמעות הדבר היא שעל השופטים לתת משקל לעונש המוצע לפי ההנחיות, אך עליהם לשקול גם את

102 18 U.S.C. § 3553(c); 28 U.S.C. § 994(w)(1)(B). טופס מובנה המתווה את ההנמקה ראו באתר המרשתת של בתי-המשפט בארצות-הברית: <https://www.uscourts.gov/forms/criminal-judgment-forms/judgment-criminal-case-statement-reasons>.

103 18 U.S.C. § 3553(b)(1).

104 למשל, גנבה של סכום בין 6,500 דולר ל-15,000 דולר תקבל ניקוד של 8. ניקוד זה מפנה לקבוצה של מתחמים שמתחילה ב-0–6 חודשים (למי שיש לו עד הרשעה אחת) ומגיעה עד 18–24 חודשים (למי שיש לו יותר משלוש-עשרה הרשעות). לעומת זאת, גנבה של בין \$95,000 ל-\$150,000 תגדיל את הניקוד ל-14, מה שמפנה לקבוצת מתחמים המתחילה ב-15–21 חודשים ומגיעה עד 37–46 חודשים; וכן הלאה. ראו ההנחיות הפדרליות, לעיל ה"ש 97, בעמ' 82 ו-407.

105 ראו, למשל, Peter B. Hoffman, *Simplifying the U.S. Sentencing Commission's Offense Scale*, 44 St. Louis U. L.J. 365 (2000), אשר מציע להפחית בחצי את מספר קטגוריות החומרה.

106 *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). למן אותה החלטה רק הנחיות מדריכות הן תקפות. ראו קנאי "בין אמנות למדע", לעיל ה"ש 96, בעמ' 228.

התבחינים הבסיסיים המנויים בחוק – קרי, תכליות הענישה, חומרת העברה ונסיבותיה – וכן נסיבות אישיות של העבריין.¹⁰⁷

באנגליה הנחיות גזירת הדין מותרות לבית-המשפט מקום רב יותר לשיקול-דעת, אם כי גם הן עושות שימוש באמות-מידה מספריות.¹⁰⁸ ההנחיות מתוות מהלך תלת-שלבי. בשלב הראשון על בית-המשפט לקבוע את קטגוריית החומרה שאליה שייכת העברה, בעיקר על-סמך מידת הנזק שהיא גרמה או הייתה צפויה לגרום ומידת האשם של הנאשם. התבחינים הספציפיים לאומדן הנזק והאשם קבועים בהנחיות ספציפיות לכל עברה.¹⁰⁹ ההצלבה של שני אלה – מידת האשם ומידת הנזק – מכוונים את השופט אל עונש-מוצא, אשר מצוי בתוך מתחם ענישה שנקבע בהנחיה.¹¹⁰ בשלב השני על בית-המשפט לבחון נסיבות נוספות הקשורות לעברה ולעבריין, ולהזיז את נקודת המוצא בהתאם, אם לחומרה ואם לקולא, עד שלבסוף מתקבל העונש הטנטטיבי המתאים לנאשם בנסיבות העניין. ההנחיות מונות מגוון

107 שם, בעמ' 223–229. מעניין שעמדתה של המחלקה הפלילית בלשכת עורכי-הדין האמריקאית היא כי ראוי שהמחוקק יתווה את שיקול-הדעת השיפוטי על-ידי פירוט הנסיבות שיש להביא בחשבון באומדן החומרה של המעשה, אך זאת מבלי לרדת לרזולוציה של ניקוד או קביעת המשקל היחסי של כל נסיבה. ראו סטנדרטים 18-2.6 ו-18-3.2 לעמדת המחלקה האמורה, כפי שפורסמה באתר המרשתת של המחלקה בתאריך 23.8.2017: <https://www.americanbar.org/groups/criminal-justice/publications/criminal-justice-section-archive/crimjust-standards-sentencing-blk/> (להלן: הסטנדרטים של ה-ABA).

108 כפי שמציין אשוורת, ההנחיות נוגעות יותר בהבניית שיקול-הדעת, ולמעט הפחתת עונש כתוצאה מהוראה של הנאשם, הן אינן כוללות תחשיב מספרי. לעניין זה ולסקירה היסטורית של התפתחות ההנחיות באנגליה ראו ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 27–33.

109 לרוב העברות השכיחות יש הנחיה ספציפית. ראו באתר המרשתת של המועצה האנגלית לגזירת דיין: Sentencing Council Guidelines – Common Offences, <https://www.sentencing-council.org.uk/outlines/>.

110 להנחיות כלליות על אופן השימוש בהנחיות ראו *Using Sentencing Council Guidelines*, SENTENCING COUNCIL, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/explanatory-material/magistrates-court/item/using-the-mcsg/using-sentencing-council-guidelines/> (להלן: הנחיות השימוש). ההנחיה הנוגעת בעברת הגנבה, למשל, קובעת כי מידת האשם נאמדת על-פי חלקו של הנאשם בביצוע העברה, מידת התחכום והתכנון, אם הנאשם הפעיל כוח או איום, מידת האמון שניצל הנאשם לשם ביצוע העברה, ומידת הפגיעות של הקורבן שבו בחר הנאשם. בהתאם לכך על בית-המשפט לקבוע את מידת האשם על סולם תלת-שלבי: נמוך–בינוני–גבוה. בנוגע למידת הנזק בעברת הגנבה ההנחיה קובעת כי על בית-המשפט למקם את העברה על סולם של 1–4 בהתאם לשווי הגנבה. ראו *Theft—General*, SENTENCING COUNCIL, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/crown-court/item/theft-general/> (להלן: ההנחיות בדבר עברת הגנבה). יצוין כי מעיון בעונש-המוצא והמתחמים השונים נראה כי ככלל עונש-המוצא מצוי מעט מתחת לאמצע המתחם.

רחב יחסית של נסיבות, ומציינות כי אין מדובר ברשימה סגורה.¹¹¹ לבסוף על בית- המשפט לשקול כמה שיקולים שאינם קשורים ישירות לעברה,¹¹² ולגזור על הנאשם את העונש המתאים.¹¹³

לרוב העברות השכיחות יש הנחיות ספציפיות.¹¹⁴ אולם יש גם הנחיה כללית שנועדה לעברות שאין לגביהן הנחיה ספציפית.¹¹⁵ ההבדל הוא בעיקר בשלב הראשון של איתור עונש-מוצא ומתחם ענישה. בדומה להנחיות הספציפיות, בשלב זה על בית-המשפט לאמוד את מידת האשם של הנאשם (בהתאם לחלקו בביצוע העברה ומידת התחכום והתכנון) ואת מידת הנזק שנגרם,¹¹⁶ אולם אין בסוף

111 הנחיות השימוש, לעיל ה"ש 110. כך, למשל, על בית-המשפט לבחון את העבר הפלילי של הנאשם, אם העברה נעברה על רקע מניע גזעני, כמה זמן נמשכה העברה, את זהותו של קורבן העברה, אם נעשה ניסיון להעלים ראיות, את הרווח שהפיק הנאשם מהעברה, אם העברה בוצעה בצוותא עם אחרים ומה חלקו של הנאשם בביצועה, אם נעשה שימוש בכלי- נשק לביצוע העברה, מידת התכנון, שיתוף-הפעולה של הנאשם עם רשויות החקירה, גיל, קיומה של מוגבלות שכלית, מצב בריאותי, מאמצים לפיצוי הקורבן ועוד. ראו ההנחיות בדבר עברת הגנבה, לעיל ה"ש 110.

112 ההנחיות קובעות כי בשלב זה על בית-המשפט לבחון אם שיתוף-הפעולה של הנאשם עם הרשויות מצדיק הפחתה בעונש (נסיבה זו מנויה גם בשלב השני, וההנחיות מבהירות כי על בית-המשפט להביאה בחשבון פעם אחת בלבד), להפחית מהעונש אם הנאשם הודה בעברה, לוודא כי העונש שהוא מתכוון לגזור על הנאשם הוא מידתי ועולה בקנה אחד עם הוראות הנוגעות בעברות חמורות מסוימות, להחליט אילו הוראות משלימות יש לתת (כגון פיצוי לקורבן), לשקול את התנאים המגבילים שבהם שהה הנאשם במהלך משפטו, ולבחון את מידת מסוכנותו של הנאשם. לבסוף, על בית-המשפט לנמק את החלטתו.

113 הנחיות השימוש, לעיל ה"ש 110.

114 ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 114. ראו, לשם המחשה, יישום הנחיות בעברות אלימות במשפחה – R. v. Turpin [2022] Central Criminal Court; בעברות בילוש והטרדה – R. v. Belfield [2022] Nottingham Crown Court; בעברות הפרת צווי בתי-משפט – Chief Constable v. Werie [2002] Birmingham County Court; בעברת קבלת דבר במרמה R. v. Wilsher [2022] – בעברות שוד – R. v. Noble [2022] St Albans Crown Court – בעברת Covertory Crown Court; R. v. Strickland [2022] Cardiff Crown Court; בעברת הריגה – R. v. Oliver [2022] Central Criminal Court; ובעברות סחר בסמים ונשק – R. v. Zaheer [2022] Manchester Crown Court.

115 להסבר כללי על-אודות ההנחיה השירית ראו *General Guideline for Offences Without Specific Guidelines*, SENTENCING COUNCIL, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/blog/post/general-guideline-for-offences-without-specific-guidelines/> להנחיה השירית גופה ראו *General Guideline: Overarching Principles*, SENTENCING COUNCIL, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/general-guideline-overarching-principles/>.

116 שם. נראה אם כן שההנחיה הכללית מונה שיקולי ענישה הדומים לאלה שתיקון 113 מונה.

התהליך הפניה אל עונש-מוצא ומתחם ספציפיים. על בית-המשפט לקבוע אותם תוך שקילת העונש המרבי הקבוע בחוק, גזרי-דין של בית-המשפט לערעורים וכן הנחיות ספציפיות בעברות דומות. דהיינו, בדומה לתיקון 113, הנחיה כללית זו מפנה את בתי-המשפט גם אל הענישה הנהוגה (כפי שבאה לידי ביטוי בבית-המשפט לערעורים). מעניין אם כן לבחון את פסיקתם של בתי-המשפט האנגליים באותם מקרים שבהם אין הנחיה ספציפית. האם נראה שגם הם מסתמכים על הענישה הנהוגה באותו היקף כפי שמצטייר לגבי בתי-המשפט בישראל?¹¹⁷ כאמור, לרוב העברות השכיחות יש הנחיות ספציפיות, אך הצלחנו לאתר גזרי-דין אחדים מן העת האחרונה בעברות שאין להן הנחיה ספציפית. בגזרי-דין אלו בתי-המשפט מתמקדים בעיקר באומדן של מידת האשם ומידת הנזק שגרמה העברה, ונוקבים לבסוף עונש מספרי בשים לב, בין היתר, לאומדן זה ולעונש המרבי שקבוע לעברה. הענישה הנהוגה אינה מוזכרת כמעט.¹¹⁸ מובן שגם הבדל זה

117 ראו לעיל ה"ש 62. אם ההסתמכות על הענישה הנהוגה נובעת בעיקר משיקולי עלות-תועלת, אזי יש להניח שגם במדינות אחרות שבהן בתי-המשפט מופנים אל הענישה הנהוגה במסגרת גזירת הדין הם נוהגים בצורה דומה.

118 הקורא המתעניין מוזמן לעיין בגזרי-הדין (sentencing remarks) הזמינים באתר המרשתת של הרשות השופטת הבריטית (<https://www.judiciary.uk/judgments/>). להלן מדגם של גזרי-דין מן העת האחרונה: בפרשת *Stephenson*, למשל, הורשע הנאשם בעברה של ניסיון ליצירת תקשורת בעלת אופי מיני עם קטין – עברה שאין לגביה הנחיות ספציפיות. לנוכח הודאתו הטיל עליו בית-המשפט עונש מאסר למשך שנים-עשר חודשים וכן עונשים נלווים. בערעור טען הנאשם כי העונש חמור מדי, וכי בשל נסיבות מקילות שונות היה ראוי להטיל עליו עבודות-שירות בלבד. בפתח דבריו ציין בית-המשפט שלערעור כי בהעדר הנחיה ספציפית הנוגעת בעברה המדוברת, ובהתאם להנחיות הכלליות, על בית-המשפט לשקול את העונש המרבי על העברה (שנתיים במקרה זה), את מידת האשם ואת הנזק (בפועל או הצפוי) הגלום בעברה. לנוכח נסיבות מקילות שונות, ומבלי להתייחס כלל לענישה הנהוגה או לגזרי-דין קודמים, קיבל בית-המשפט את הערעור והפחית את העונש. ראו *Stephenson v. R.* [2019] EWCA Crim 2418 [11], [14]-[17] (Eng.)

בפרשת *Ladbroke* הורשע הנאשם בעברה של תקיפת בת-זוג ובשתי עברות של העברת מסר פוגעני – עברה שאין לגביה הנחיות ספציפיות – ונדון לשישה-עשר חודשי מאסר. בתחילת ניתוחו ציין בית-המשפט שלערעור את השיקולים שיש לשקול בהתאם להנחיה הכללית. לאחר-מכן הוא ציין את העונש המרבי על העברה, ולא התייחס לענישה הנהוגה, בנימוק שהצדדים לא הפנו כלל לכזו. לבסוף, לנוכח נסיבות העברה, הנסיבות המקילות של הנאשם והודאתו, קיצר בית-המשפט את העונש לשנים-עשר חודשי מאסר. ראו *Ladbroke v. R.* [2022] EWCA Crim 113 [17], [18], [32], [33] (Eng.)

בפרשת *Jarvis* הורשע הנאשם בעברה של הסגת גבול בנסיבות מחמירות. מאחר שאין בעניינה של עברה זו הנחיות ספציפיות לגזירת הדין, גזר בית-המשפט את הדין בהתאם להנחיות הכלליות. בית-המשפט ציין כי העונש המרבי בגין העברה הוא שלושה חודשי

בין הפסיקה הישראלית לזו האנגלית אינו מלמד בהכרח על הבדלים בחשיבותה של הענישה הנהוגה.¹¹⁹ אולם הנחה סבירה אחת היא ששיטת משפט שקיימות בה הנחיות מספריות קונקרטיות מפחיתה את משקלה של הענישה הנהוגה כאמת-מידה מספרית גם במקרים שבהם אין הנחיה ספציפית.¹²⁰

מאסר, וכי הוא הגיע לעונש הטנטטיבי ללא היזקקות להנחיות לגבי עברות דומות או להחלטות של בתי-המשפט מעל, שכן לדבריו אין כאלה. בית-המשפט העריך את מידת האשם של הנאשם כגבוהה מאוד, וזאת בהתאם לנסיבות ביצוע העברה, וסקר את הנזק שהעברה גרמה או הייתה צפויה לגרום. בהמשך סקר בית-המשפט את נסיבותיו האישיות של הנאשם, והגיע למסקנה כי בשים לב לעונש המרבי והחומרה היחסית של המעשה, עליו להטיל עונש מאסר על-תנאי וכן עונשים נלווים. ראו R. v. Jarvis [2022] Croydon Magistrates Court, esp. paras. 6–7, 13–17.

בפרשת *Becker* הורשע הנאשם בעברות במסגרת הליכי פשיטת-רגל אשר אין בענייני הנחיות ספציפיות. בית-המשפט ציין כי הוא הופנה על-ידי הצדדים להחלטות של בית-המשפט, אך לא מצא בהן סיוע (ולמעשה לא אזכר אותן כלל) היות שהן שונות בנסיבותיהן. עם זאת ציין בית-המשפט כי הוא למד מאותן החלטות עיקרון כללי שלפיו על פושט-רגל להיצמד להליכי פשיטת-הרגל, וכי עברה על הליכים אלו צריכה להוביל לעונש מאסר. בתחילת גזירת הדין העריך בית-המשפט את חומרת העברות תוך ניתוח הנסיבות הקשורות לביצוע העברה ובזיקה להנחיות בעברות דומות – עברה אחת הוא העמיד על רף חומרה גבוה, ואת יתר העברות הוא העמיד על רף בינוני – ואז קבע עונש-מוצא, שאותו הטיל לבסוף כעונש הסופי. ראו R. v. Becker [2022] Southwark Crown Court, esp. paras. 23–27.

גזר-הדין היחיד שמצאנו שבו סקר בית-המשפט את הענישה הנהוגה באופן המזכיר גזרי-דין בישראל ניתן בפרשת *Perry-Smith*. באותו מקרה הורשע הנאשם בעברות של הפרת אמונים (התנהגות לא-נאותה בתפקיד ציבורי) – עברה שאין בצידה הנחיות ספציפיות ואשר העונש המרבי בגינה הוא מאסר-עולם. בית-המשפט ציין כי הצדדים הפנו אותו לארבע החלטות קודמות של בתי-המשפט, וניתח החלטות אלו בקצרה, אך העיר כי בסופו של דבר כל מקרה ונסיבותיו. בית-המשפט קבע כי אחד מבין ארבעת גזרי-הדין הללו אינו רלוונטי כלל, ולכן נותר עם שלושת האחרים. בראשון הוטל עונש של שלוש שנות מאסר; בשני נקבעה נקודת מוצא של ארבעים ושמונה חודשי מאסר והוטל עונש של שלושים ושניים חודשי מאסר; ובשלישי – אשר לו הקדיש בית-המשפט את מרבית הדיון בענישה הנהוגה – הוערכה מידת האשם כגבוהה, ובית-המשפט קבע כי נקודת המוצא היא ארבע שנות מאסר וגזר על הנאשם שלושים ושישה חודשי מאסר. בתום סקירה זו חזר בית-המשפט אל המקרה שלפניו, ניתח את נסיבות ביצוע העברה, הפנה לנקודות דמיון בפרשה השלישית שצוינה לעיל, וקבע עונש-מוצא של חמש שנות מאסר. לבסוף, לנוכח נסיבות מקילות שונות שאינן קשורות לעברה, וכן לנוכח הודאתו של הנאשם, הטיל עליו בית-המשפט שלוש שנות מאסר. ראו R. v. Perry-Smith [2022] Reading Crown Court, esp. paras. 21–27, 46, 54.

119 ייתכן, למשל, שבאנגליה הענישה הנהוגה היא ידועה ומושרשת עד כדי כך שאין צורך לאזכרה כלל.

120 מדובר כמובן בהנחה אפשרית אחת בלבד, אולם ניתוח היסטורי-סוציולוגי של התופעה הוא נושא למאמר בפני עצמו, וקצרה היריעה מלעסוק בו במאמר זה.

המבט המשווה מעלה, אם כן, כי בארצות-הברית סיפק המחוקק הפדרלי הנחיות מספריות המפנות את בתי-המשפט אל מתחם ענישה, אולם הוא המשיך וקבע גם הנחיות מחייבות מפורטות ברזולוציה גבוהה מאוד. דבר זה עורר ביקורת, אילץ את בתי-המשפט למצוא פתרונות יצירתיים, ואף הוביל לפסילה חוקתית של הנחיות אלו על-ידי בית-המשפט. באנגליה יש הנחיות המפנות את בתי-המשפט אל עבר טווח ענישה הכולל עונש-מוצא, אך זאת תוך מתן שיקול-דעת רחב למדי לבית-המשפט בכל מקרה ומקרה. הרושם המתקבל הוא כי במציאות האנגלית, גם במקרים של עברות ללא הנחיות ספציפיות, בתי-המשפט פונים פחות אל הענישה הנהוגה בהשוואה לישראל, ויותר לנסיבות המקרה ולעונש המרבי. דהיינו, גם בארצות-הברית וגם באנגליה הנחיות גזירת הדין מספקות אמת-מידה מספרית בדמות מתחם ענישה, וכן מתוות נסיבות שיש להתחשב בהן על-מנת למקם את המקרה במשבצת החומרה המתאימה בהנחיה. נוסף על כך, מהניסיון שם ניתן ללמוד כי אף שיש צורך בהכוונה מספרית, על זו להיעשות ברזולוציה שאינה גבוהה מדי, אלא באופן המותיר לבית-המשפט די שיקול-דעת בבחירת העונש הסופי.¹²¹

121 נדמה כי הצורך להכווין את שיקול-הדעת ברזולוציה שאינה גבוהה מדי נלמדת גם מהמחלוקת בנוגע לשאלה אם ניתן בכלל להנחות את שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין. במענה לסוגיה זו הובעה הדעה כי גזירת הדין דומה לאומנות, וככזו אינה ניתנת להנחיה באמצעות כללים. עמדה זו מניחה כי אומנות אינה ניתנת לאומדן אובייקטיבי. אבל גם אם נסכים שאין יופי אובייקטיבי – קביעה שאינה בלתי-שנויה במחלוקת (ראו, למשל, Crispin Sartwell, *Beauty*, STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Mar. 22, 2022), <https://plato.stanford.edu/entries/beauty/#ObjSubj>; Christopher Mole, *Real Objective Beauty*, 56 BRIT. J. AESTHETICS (2015) 526; Kristin Lynn Sainani, *Objective Beauty*, 526 NATURE S16 (2016) 367) – לא משתמע מכך שאי-אפשר להעריך אומנות בהתאם לתבחינים או תכליות מסוימים. גם אומנות ניתנת למדידה בכפוף לתבחינים מסוימים, אם כי ניתן להתווכח על הלגיטימיות שלהם. לפיכך, גם אם גזירת הדין דומה לאומנות, היא ניתנת בכל-זאת לאומדן ולהנחיה בהתאם לתבחינים מסוימים. נראה כי גם אשוורת שותף לדעה זו. לדבריו, יש טיעונים רבים בנוגע לקשיים לא-מבוטלים בגזירת הדין, אולם טיעונים אלו תקפים עד לגבול מסוים, ולא נובע מהם שאי-אפשר להנחות את גזירת הדין או שיש לצמצם הנחיה זו ככל האפשר (ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 48–49). ברור גם שהשאלה אינה אם ניתן מבחינה מעשית להנחות את יצירת האומנות, אלא אם ראוי לעשות זאת. על כך יש להשיב כי ממילא השאיפה ליצירה בלתי-מוגבלת אינה מציאותית, שכן לעולם יהא האומן מוגבל במגבלות פנימיות וחיצוניות כאחד. לא ברור מדוע מגבלות אלו אינן מונעות את היצירה מלהיחשב אומנות, בעוד מגבלות אחרות – כגון הנחיות של גוף כלשהו – מונעות אותה מלהיחשב אומנות. כך גם לגבי גזירת הדין. גם היא תהא לעולם מוגבלת על-ידי העונש המרבי שהמחוקק מאפשר להטיל, על-ידי סמכויות בית-המשפט ועל-ידי אפשרויות הענישה הקיימות. דהיינו, מגבלות קיימות תמיד. נדמה אם כן שהשאלה היא עניין של רזולוציה. כפי שמנסח זאת אשוורת, השאלה היא כיצד לאזן בין שיקול-הדעת של בית-המשפט לבין המגבלות שהנחיות מציבות (שם, בעמ' 417). נדמה כי המורם מן האמור

לסיכום, בפרק זה הצגנו את תיקון 113 לחוק העונשין כתיקון אשר הצהיר כי הוא מבקש להביא לידי אחידות בענישה. טענו כי בשל הקביעות הנורמטיביות החדשניות שבו, היה התיקון צפוי להוביל גם לשינוי בענישה (או למצער לדיון שיפוטי בסיבה להעדר שינוי), וזאת בשל מעמד הבכורה שניתן לשיקול ההלימה. הראינו כי מהספרות הקיימת עולה כי תיקון 113 לא גרם לשינוי בענישה. ציינו כי בשל ראשוניותם של הממצאים יש להתייחס אליהם בזהירות הראויה, אולם טענו כי הם משתלבים היטב בגישה של השחקנים השונים אל התיקון לחוק, וכן בהסתמכותם של בתי-המשפט (הדיוניים והערעוריים) על הענישה הנהוגה, וזאת בשל הצורך המובן והטבעי שלהם באמת-מידה מספרית לשם המרת שיקולי ענישה אמורפיים לענישה קונקרטי. סיימנו חלק זה בבחינת המצב בארצות-הברית ובאנגליה, והראינו כי בשתיהן ההנחיות מספקות אמת-מידה מספרית בדמות מתחם ענישה, אשר בית-המשפט מגיע אליו תוך התחשבות בנסיבות שההנחיות מתוות.

בפרק הבא נראה כי גם המחוקק הישראלי מספק למעשה לבית-המשפט אמת-מידה מספרית – בדמות העונש המרבי הקבוע לצד העברה – ונפרט כיצד יש לעשות בה שימוש בקביעת מתחם העונש ההולם.

ב. קביעת מתחם העונש ההולם בעזרת העונש המרבי

גזירת הדין מחייבת שימוש באמת-מידה מספרית לשם המרת שיקולי ענישה העקרוניים לעונש קונקרטי או למצער למתחם עונשים. נראה כי בתי-המשפט עושים שימוש בענישה הנהוגה כאמת-מידה זו. אולם טענתנו היא כי אמת-המידה שהמחוקק הישראלי מספק לבתי-המשפט לשם קביעת מתחם העונש ההולם הוא העונש המרבי הקבוע לצד העברה. תחילה נבסס טענה זו, ולאחר-מכן נסביר כיצד היא משליכה על תפקידה של הענישה הנהוגה. לבסוף נדגים את המודל.

הוא ששיקול-הדעת של בית-המשפט צריך להיות מובנה ומוכוון, אך ההכוונה אינה צריכה להיות ברזולוציה גבוהה מדי. גם אשוורת בדעה כי בשל היכולת המוגבלת להתאים מראש כללים לכל מצב עובדתי, יש להנחות את גזירת הדין ברזולוציה שאינה רחבה מדי ואינה צרה מדי, תוך מתן אפשרות לבית-המשפט לבחון את נסיבות המקרה בהתאם לתפיסה הנורמטיבית שאומצה (שם, בעמ' 23, 41–42 ו-54). כפי שנראה מסקירת המצב כעת, דברים אלו מקבלים ביטוי גם בהנחיות גזירת הדין באנגליה ובארצות-הברית, וכן בהתפתחויות הדין בארצות-הברית בהקשר זה.

1. העונש המרבי כאמת-מידה מספרית

כאמור, בארצות-הברית ובאנגליה הנחיות גזירת הדין מפנות אל מתחם ענישה קונקרטי שנקבע בהתאם לנסיבות המאפיינות קשת רחבה של מצבים. בישראל, במסגרת תיקון 113, בחר המחוקק בסופו של יום להותיר בידי בית-המשפט את מלאכת קביעת המתחם. אולם אין משמעות הדבר שבת-המשפט נותרו ללא הכוונה מספרית וללא אותה אמת-מידה הנדרשת כדי לצקת תוכן מעשי להכרעות הערכיות – זו מצויה בעונש המרבי הקבוע לצד העברה.

כבר בשנת 1978 כתב השופט וינוגרד כי יש גישה – אשר הוא בין המחזיקים בה – שלפיה העונש המרבי שלצד העברה משמש "כעונש ההולם את המקרה החמור ביותר".¹²² ובשנת 1995 כתב השופט קדמי כך: "עונש מרבי הקבוע בחוק נועד ליישום הלכה למעשה... במקרים מסוג זה, תקרת העונש שקובע המחוקק צריכה להיות 'נקודת המוצא', שממנה יוצא בית המשפט לדרך הקשה של קביעת העונש ההולם את המקרה שלפניו... הותרת עונש מרבי בגדר 'הלכה ואין מורין כן', עומדת בניגוד להנחייתו המפורשת של המחוקק...".¹²³

אומנם, הדברים הללו נכתבו כשני עשורים לפני תיקון 113, אך לא נס לחם; למעשה, ההפך הוא הנכון. לראיה, בשנים האחרונות ניתן למצוא בפסיקת בית-המשפט העליון אמירות דומות, וכעת בקשר ישיר לתיקון 113 ולקביעת מתחם העונש ההולם. השופט הנדל, למשל, כתב כי "קביעת העונש המרבי בגין עבירה מסוימת לא רק תוחמת את סמכותו של בית משפט אלא גם מבטאת את עמדת המחוקק בדבר חומרת העבירה".¹²⁴ גם בדוח ועדת דורנר נכתב כי בקובעו עונש מרבי המחוקק מסמן לבית-המשפט את החומרה היחסית שבה הוא רואה את העברה המדוברת, וכי עונש זה נועד לאפשר לבית-המשפט להטיל עונש ההולם נסיבות מחמירות במיוחד.¹²⁵ דבריו של השופט הנדל צוטטו מאוחר יותר בפרשת אספה,

122 מצוטט בע"פ 79/212, לעיל ה"ש 92, בעמ' 424.

123 ע"פ 93/2620 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מט(3) 1, חוות-דעתו של השופט קדמי (1995) (לפסק-דין המאזכרים פסק-דין זה ראו להלן ה"ש 181). ואם כך היו פני הדברים כבר אז, קל וחומר בחקיקה שלאחר "המהפכה החוקתית", אזי חזקה היא כי עמדת המחוקק עולה בקנה אחד עם עקרון המידתיות. דהיינו, גם לפי הגישה שעקרון ההלימה הוא למעשה עקרון המידתיות – ואנו מסכימים עם גישה זו – יש מקום של ממש להתחשב בעונש המרבי לצד העברה. לטענה כי הלימה היא מידתיות ראו לרנאו ושרון, לעיל ה"ש 26.

124 ע"פ 5735/18 גודובסקי נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק-הדין של השופט הנדל (נבו 9.12.2019). ראו גם ת"פ (מחוזי חי') 24118-06-19 מדינת ישראל נ' מוסראתי, פס' 21 (נבו 5.1.2022); ע"פ 5262/21 אבו סבילה נ' מדינת ישראל, פס' 11 (נבו 16.5.2022).

125 דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 23, בעמ' 30.

שם גזר בית-המשפט המחוזי את עונשו של הנאשם מהעונש המרבי, בקובעו כי ראוי שעונשו של הנאשם יעמוד על שליש מהעונש המרבי.¹²⁶ השופט סולברג כתב גם הוא כי "בקבעו את העונש המרבי, ביקש המחוקק להביע עמדה... המבטאת את רף הענישה ההולם בנסיבות החמורות ביותר".¹²⁷ ובמקרה אחר – בפרשת סעד – כתב השופט רובינשטיין דברים דומים על-אודות תיקון 113, זמן קצר לאחר שנחקק: "הנה קבע המחוקק עונש מרבי, הנה נסיבות הפרשה ויחסן לעונש מרבי זה, והנה מתחם הענישה שהוא 'הגמול הנקי'".¹²⁸ דברים אלו משמעם לא רק שהעונש המרבי נועד למקרים החמורים ביותר, אלא שמעונש זה בצירוף נסיבות העברה הספציפית ניתן לגזור את מתחם הענישה ההולם לכל מקרה ומקרה. באופן דומה כתב גם השופט שטיין כי עונשי מאסר מרביים "מבטאים את רמת הענישה הראויה במקרים החמורים ביותר של ביצוע העבירה שבה עסקינן, ומהם ניתן וראוי לגזור את מתחם העונשים עבור מקרים פחות חמורים... בזיקה עניינית לחומרת העבירה, כפי שנקבעה על ידי המחוקק שאת דברו אנו מקיימים".¹²⁹ עוד הדגיש השופט שטיין כי העמדה המחייבת את בתי-המשפט ביחס לעונש הראוי היא עמדת המחוקק, אשר נתן את דעתו למידת הגמול הראויה במקרים החמורים ביותר באמצעות העונש המרבי הקבוע לצד כל עברה. במקרים החמורים ביותר – כך הנחה השופט שטיין – נקודת המוצא היא שהעונש המרבי הוא העונש הראוי; בנסיבות בעלות חומרה בינונית נקודת המוצא היא כי ראוי להטיל על הנאשם את מחצית העונש המרבי; ובנסיבות קלות יש להקל בעונשו של הנאשם בהתאם.¹³⁰ גם

126 אומנם, בית-המשפט העליון התערב בגזר-הדין והפחית את העונש, אך זאת לא בשל שגיאה קונספטואלית בגזירת העונש הראוי מהעונש המרבי, אלא בעיקר בשל סטייתו המשמעותית של בית-המשפט המחוזי מהענישה הנהוגה, ומכך שהדבר נעשה לאחר קביעת המתחם, ולא במהלך קביעתו. פרשת אספה, לעיל ה"ש 5, בפס' 15. כפי שיפורט להלן, החלק השני בתפקידה של הענישה הנהוגה הוא לשמש בלם מפני החמרה בלתי-מידתית.

127 ע"פ 6767/18 מדינת ישראל נ' אייה, פס' 12 (נבו 7.10.2019).

128 פרשת סעד, לעיל ה"ש 6, בפס' יח לפסק-הדין של השופט רובינשטיין. כפי שהדגיש גם גזל-אייל, המתחם, להבדיל מהעונש הסופי, נגזר רק ממידת החומרה של העברה (גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 8). יצוין כי בדיונים שנערכו בכנסת הייתה התייחסות קצרה לנושא הקשר בין מתחם העונש ההולם לבין העונש המרבי, וצוין שם במפורש כי במקרים חמורים יהיה מקום למתוח את מתחם העונש ההולם אפילו עד לעונש המרבי. ראו את דבריו של עו"ד רביד דקל בפרוטוקול ישיבה 495 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 3.

129 ע"פ 147/21 מדינת ישראל נ' ביטון, פס' 8 (נבו 14.2.2021).

130 ע"פ 3124/18 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 16 (נבו 14.8.2019). ראו גם ת"פ (שלום רח') 40495-02-21 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 31.5.2021). במקרה זה, אף שהתביעה הגבילה את

בפרשת גאבר כתב השופט שטיין כי העונש המרבי שלצד העברה מסמך את העונש הראוי במקרים החמורים ביותר.¹³¹ השופט אלרון כתב לאחרונה כי "גישת נקודת המוצא" טרם קנתה אחיזה בפסיקה, וכי הוא מעדיף גישת-ביניים שלפיה "העונש המרבי... יהווה נקודת מכוון... בכך שיסמך עבור בית המשפט את תקרת מתחם העונש במקרים החמורים ביותר".¹³² אך בין שמדובר ב"נקודת מוצא" ובין שמדובר ב"נקודת מכוון", משמעות הדברים דומה.¹³³ הם מכירים בכך שבאמצעות קביעת עונש מרבי לצד העברה המחוקק משמיע את עמדתו ביחס לעונש הראוי במופעים החמורים ביותר של אותה עברה. זו אמת-המידה המספרית שהמחוקק נותן, ואשר ממנה יש לגזור הכוונה לענישה במקרים החמורים פחות.¹³⁴ גם בדיוני

עצמה למתחם מסוים ולעונש באמצע המתחם, השית בית-המשפט את העונש כרף העליון של המתחם שאליו עתרה התביעה, תוך קביעה כי היה ראוי לקבוע מתחם גבוה יותר, וכי בכל מקרה, כאשר מדובר במקרה החמור ביותר לאותו סוג עברה, יש להשית את העונש שבקצה העליון של המתחם. עוד ראו ת"פ (שלום ראשל"צ) 21073-11-17 מדינת ישראל נ' סקידה, פס' 6 (נבו 27.10.2019); ת"פ (נוער מחוזי י-ם) 47734-06-18 מדינת ישראל נ' ש' (קטיץ), פס' 67 (נבו 26.8.2021), שם דובר אומנם במי שהיה קטיץ בעת ביצוע העברות, ולכן נדון לפי חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, אך לעצם טענתנו יפים הדברים שנאמרו שם; ת"פ (מחוזי י-ם) 50841-09-19 מדינת ישראל נ' סלאימה, פס' 53 (נבו 20.5.2021); ע"פ 2240/21 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 21 (נבו 8.11.2021).

131 ע"פ 4344/18 גאבר נ' מדינת ישראל, פס' 4 (נבו 16.8.2019). במקרה זה דובר בעברה של גרימת חבלה חמורה בכוונה מחמירה.

132 ע"פ 5617/19 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 24 לפסק-הדין של השופט אלרון (נבו 26.8.2021).

133 למען הנוחות, בהמשך המאמר נעשה שימוש בביטוי "נקודת מכוון".

134 יצוין כי הפסיקה שאוזכרה לעיל (למעט בפרשת ביטון, לעיל ה"ש 129, ובפרשת גאבר, לעיל ה"ש 131) עוסקת בעברות מין. השופט אלרון, אשר העדיף כאמור את גישת "נקודת המכוון", אף כתב כי הוא מעדיפה בקשר לעברות מין, אולם הדברים יפים בקשר לכל עברה שהיא. איננו רואים סיבה להגביל את הדברים לעברות מין בלבד או אפילו אך ורק לעברות חמורות. ראשית, בפרשת ביטון, לעיל ה"ש 129, כתב השופט שטיין את דבריו גם בהקשר של עברות נשק. נוסף על כך, דבריו של השופט שטיין בע"פ 3124/18, לעיל ה"ש 130, צוטטו על-ידי ערכאות נמוכות יותר גם בעברות אלימות ורכוש, חלקן במדרג חמורה נמוך יחסית. ראו, למשל, עניין סלאימה, לעיל ה"ש 130, אשר עסק בעברות אלימות ורכוש; עניין ש' (קטיץ), לעיל ה"ש 130, אשר עסק בעברות רכוש; ת"פ (מחוזי י-ם) 11073-12-20 מדינת ישראל נ' עמירה (נבו 24.8.2021), אשר עסק בעברות אלימות ורכוש; וכן עניין סקידה, לעיל ה"ש 130, שבו הזכיר בית-משפט השלום את הצורך להתחשב בעונש המרבי בהתאם לפסיקת בית-המשפט העליון האמורה, ואף לשקול אותו כרף עליון בנסיבות קיצוניות, גם בעברת רכוש מסוג עוון. גם בית-המשפט המחוזי בחיפה ציין במקרה של עברת הוראה חוקית ועברת תקיפת בת-זוג כי על רמת הענישה הראויה ניתן ללמוד בראש ובראשונה מהעונש המרבי הקבוע לצד העברה. עפ"ג (מחוזי חי') 26397-07-21 מדינת ישראל נ' עואד, פס' 7 (נבו 14.12.2021). שנית ועיקר, כשם שהעונש המרבי משמיע את קולו של המחוקק

הכנסת מצאנו עדות לתפיסה זו שלפיה יש קשר בין שינוי בעונש המרבי לבין שינוי ברמת החומרה של מתחמי הענישה.¹³⁵

אולם, כפי שמצאו וינשל-מרגל וגלון, התקרה הממוצעת של מתחמי הענישה שבת-המשפט קובעים עומדת על פחות ממחצית העונש המרבי, וברובם המוחלט של המקרים העונש שנגזר לבסוף ממוקם על החלק התחתון של המתחם.¹³⁶ ייתכן אומנם שרוב העברות נעברות בנסיבות קלות יחסית (בהשוואה לכלל האפשרויות לביצוע אותה עברה). דבר זה מצריך בדיקה אמפירית. אולם על פני הדברים קשה להלום שמופעים חמורים של עברות הם דבר נדיר עד כדי כך. ייתכן שהעובדה שהמתחמים נקבעים כה רחוק מהעונש המרבי תומכת גם היא בטענה כי שופטים מסתמכים בצורה משמעותית על הענישה הנהוגה. כפי שכתב בזמנו השופט כהן, העונשים שנחקקו על-ידי המחוקק בישראל הושפעו בעיקרם מ"עקרון התגמול".¹³⁷

אולם, אם הפסיקה קידמה בליל בלתי-מוסדר של שיקולי ענישה, הרלוונטיות של העונש המרבי לענישה זו אינה ברורה; בוודאי אין מדובר ביחס ישר בין הדברים. אולם, באמצעות ההוראה המפורשת של תיקון 113 כי על מתחם הענישה להיקבע בהתאם לעקרון הגמול, הבהיר המחוקק את היחס בין מתחם הענישה לבין העונש המרבי. משמעות הדברים היא כי הקביעות של בתי-המשפט בעבר שלפיהן העונש המרבי נועד למקרים החמורים ביותר, וכי יש לגזור מעונש זה למקרים חמורים פחות, קיבלו משנה תוקף במסגרת תיקון 113. נראה אם כן כי במופעים החמורים ביותר של העברה יש להעמיד את התקרה של מתחם הענישה על עונש זה (או למצער קרוב אליו), וכי במקרים חמורים פחות יש להפחית את המתחם בהתאם. לא נעלמה מעינינו הטענה כי העונש המרבי אינו משקף בהכרח את עמדת המחוקק בנוגע לחומרת העברה, מכיוון שהמחוקק אינו מקפיד תמיד על התאמה בין חומרת העברה לבין העונש. הרי עברות שונות נחקקות בתקופות שונות, ועם הזמן מתרחשים שינויי תפיסה, אשר לא תמיד מוצאים ביטוי בשינויים בעונשים

בדבר העונש הראוי במקרים החמורים ביותר של עברות מין, כך הוא משמיע את קולו גם ביחס ליתר העברות. החומרה האינהרנטית הנלווית לעברות מין באה לידי ביטוי בגובה העונשים המרביים, ובכך שלצד חלק מעברות המין קבועים גם עונשים מזעריים. החלת מעין כלל החמרה דווקא על עברות שממילא קבועים לצידן עונשים גבוהים יותר מהווה מעין כפל החמרה, שאינו מוצדק.

135 כך, למשל, חבר הכנסת אופיר כץ ציין כי אם בתי-המשפט קבעו מתחמי ענישה, אזי על-מנת להחמירם הם זקוקים לשינוי שיערוך המחוקק בעונש שלצד העברה (פרוטוקול ישיבה 251 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 5, 19 (6.4.2022)).

136 וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה"ש 45, בעמ' 251.

137 ע"פ 212/79, לעיל ה"ש 92, בעמ' 433.

המרכיבים של עברות.¹³⁸ אולם עמדתה של פרופ' קנאי היא כי למרות זאת יש להתייחס לעונש המרבי כאל מדד לחומרת העברה.¹³⁹ גם אנו סבורים כמוה. אומנם, השימוש בעונש המרבי כאמת-מידה לחומרת העברה אינו מושלם, אך הוא הטוב ביותר (או הכי פחות גרוע) מבין האפשרויות הלא-מושלמות, ביניהן השימוש בענישה הנהוגה כאמת-מידה. כפי שפירטנו לעיל, גזירת דין רציונלית מצריכה מומחיות רב-תחומית והערכות עובדתיות והסתברותיות מורכבות ביותר, יחד עם גושפנקה לקביעת מכנה מספרי משותף אשר מייצג את השיקולים הנורמטיביים השונים המעורבים בענישה ומאפשר השוואה בין האפשרויות השונות. נדמה כי המחוקק – הן בשל היותו הגורם הייצוגי הנבחר במדינה והן בשל המשאבים הרבים העומדים לרשותו¹⁴⁰ – הוא גורם מתאים יותר מבית-המשפט לביצוע משימות מורכבות כאלה, למצער ברזולוציה נמוכה של מתחם ענישה הולם.¹⁴¹ יש לזכור גם כי בית-המשפט העליון, בפסיקות שאליהן הפנינו לעיל,¹⁴² הוא שצייץ כי העונש המרבי הוא גם העונש הראוי למקרים החמורים ביותר, ולפיכך זו העמדה המחייבת את בתי-המשפט.

באופן מעניין, השימוש בעונש המרבי כאמת-מידה לקביעת מתחם העונש

138 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 19; קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין", לעיל ה"ש 57, בעמ' 116.

139 שם.

140 למשל, מחלקת המחקר והמידע של הכנסת. ראו באתר הכנסת: <https://main.knesset.gov.il/Activity/Info/Research/Pages/about.aspx>

141 הרי ידוע כי בעבודת בתי-המשפט יש קושי מובנה, הנובע מהצורך להגיע לתוצאה הצודקת בכל מקרה קונקרטי אגב קביעת נורמות כלליות שיתאימו גם למקרים אחרים (קוגוט, חקאק וגלבפי, לעיל ה"ש 56, בעמ' 290–291). היות שיש לעיתים שקלול תמורות (trade-off) בין הדברים, והיות שקשה לקבוע באופן ודאי אם התוצאה הותאמה לנורמה או להפך, נראה כי בלתי-נמנע שהדבר יוביל למידה מסוימת של חוסר קוהרנטיות. לראיה, כפי שכותב בגריק, גזירת הדין על-ידי בתי-המשפט התפתחה לרוב ללא הסתמכות על בסיס עיוני איתן, אלא על-סמך ניתוח עובדתי של מקרים ספציפיים, עיבודם באמצעות מערכת משתנים שאינה מוגדרת כראוי, והכרעה לפי מערכת של עקרונות סותרים שמשקלם היחסי לא נקבע (BAGARIC), לעיל ה"ש 24, בעמ' 5). אכן, עמדת המחלקה הפלילית של לשכת עורכי-הדין בארצות-הברית היא כי בשל מורכבות הדבר והיותו כרוך בהכרעות נורמטיביות סובייקטיביות, על המחוקק להגדיר את מטרות הענישה, סוגיה ומסגרותיה, ועל בתי-המשפט למצוא את העונש המתאים לכל מקרה ספציפי. עוד ממליצה המחלקה על הקמת "גוף-ביניים" שיהיה מופקד על תרגום ההכרעות הנורמטיביות המופשטות יחסית של המחוקק לכלל הנחיות קונקרטיות להתוויית שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין. ראו הסטנדרטים של ה-ABA, לעיל ה"ש 107, סטנדרטים מס' 1.2-18, 1.3-18-1.4.

142 ראו לעיל בה"ש 122–135 ובטקסט המפנה אליהן.

ההולם על-סמך אומדן של חומרת המעשה עשוי אף להגדיל את האחידות בענישה, וזאת בהתאם למטרה המוצהרת של תיקון 113. הסיבה לכך היא שמתברר כי אנשים נוטים להעריך באופן דומה את מידת החומרה היחסית של מעשים בנסיבות דומות (מדרג אורדינלי), אך נוקבים עונשים מספריים שונים מאוד (מדרג קרדינלי).¹⁴³ מכאן שניתן להניח כי שופטים שונים ייטו לדרג מעשים דומים באופן דומה, ואם כלל השופטים ישתמשו באותה אמת-מידה – העונש המרבי – אזי ניתן לשער שיתקבלו מתחמי ענישה דומים, גם אם לא זהים.¹⁴⁴

שימוש בעונש המרבי לצורך "קריאת כיוון" בנוגע למתחם העונש ההולם את המקרה בהתאם לנסיבותיו, וכד בבד הותרת די שיקול-דעת לבית-המשפט לבחור בעונש המתאים לנאשם הספציפי שלפניו, מביאים לידי ביטוי את היתרונות היחסיים של המחוקק ובתי-המשפט – כל אחד בתחמומו. יש לזכור גם כי העונש המרבי הקבוע לצד העברה מפנה גם להסדרים אחרים בחוק, כגון התיישנות העברה,¹⁴⁵ זכות היידוע והשימוע לפני הגשת כתב אישום,¹⁴⁶ זכויות נפגעי עברה,¹⁴⁷ זכויות חשודים בחקירה,¹⁴⁸ האפשרות לערוך הסדר מותנה¹⁴⁹ ועוד. על-כן נדמה כי שיקולי מדיניות מצדיקים את ההנחה כי העונש המרבי קרוב יותר לעמדת המחוקק בנוגע לחומרת העברה מאשר הענישה הנהוגה, אשר גם היא אינה מתאימה את עצמה במהירות לשינויי התפיסות בחברה.¹⁵⁰

מתברר גם כי הדברים שכתב בית-המשפט בישראל על העונש המרבי, כמצוטט לעיל, אינם ייחודיים למערכת המשפט הישראלית. גם במדינות אחרות נקבע כי העונש המרבי הוא האופן שבו המחוקק מביע את עמדתו בנוגע לעונש שיש להטיל

143 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 7; Husak, *Retributivism and Over-Punishment*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 180; ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 47.

144 גם אם במקרים דומים יקבעו שופטים מתחמים שונים מעט, בהינתן חפיפה מסוימת בין המתחמים, העונש הסופי עשוי להיות דומה. כך המצב גם באנגליה ובארצות-הברית, שבהן ההנחיות מכוונות את גזרי-הדין אל מתחמים אשר חופפים בחלקם זה את זה. כך, גם אם שופטים שונים אינם מעריכים בהכרח את מידת החומרה של המעשה באופן זהה, בהנחה שהערכותיהם קרובות זו לזו, העונש הסופי עשוי להיות דומה.

145 ס' 9 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חסד"פ).

146 ס' 60 לחסד"פ.

147 ס' 2 לחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001.

148 ס' 17(1) לחוק סדר הדין הפלילי (חקירת חשודים), התשס"ב-2002.

149 ס' 67 לחסד"פ.

150 לעמדה דומה ראו Felicity Stewart, Hilary Little & Donald Ritchie, *Maximum Penalties: Principles and Purposes* 21, 24 (Preliminary Issues Paper, Sentencing Advisory Council, 2010), <https://did.li/Ytxaa>.

במקרים החמורים ביותר, וכי ניתן לגזור ממנו את העונשים במקרים חמורים פחות. כך, למשל, בנייר עמדה של המועצה המייעצת של מדינת ויקטוריה (אוסטרליה) ביחס לגזירת הדין נכתב כי העונש המרבי לא רק מגדיר את הגבול העליון של הענישה, אלא גם מסמן את נקודת-המבט הנורמטיבית של הפרלמנט ומספק הכוונה לבתי-המשפט בנוגע לחומרה היחסית של העברה.¹⁵¹ בהתאם לכך קבע בית-המשפט העליון של אוסטרליה כי בנוקבו את העונש המרבי סיפק המחוקק אמת-מידה לגזירת הדין, וכי על בתי-המשפט לשים לב לאמת-מידה זו.¹⁵² כך קבע גם בית-המשפט העליון של קנדה. לדבריו, העונש המרבי שקבוע לצד העברה משקף את העונש הראוי במקרים החמורים ביותר, וניתן לגזור ממנו מדרג עונשים למקרים קלים יותר.¹⁵³ גם באנגליה קבעו בתי-המשפט כי העונש המרבי נועד למקרים החמורים ביותר,¹⁵⁴ ובתי-המשפט אכן פונים אל העונש המרבי במקרים המתאימים. בפרשת *Su*, למשל, ציין בית-המשפט האנגלי כי בקביעת העונש יש לתת את הדעת לעונש המרבי.¹⁵⁵ בפרשת *Rasool* יישם בית-המשפט עיקרון זה. לאחר שקבע כי נסיבות אי-הציות והנזק שנגרם מעמידים את העברה על מידת חומרה גבוהה, הוא הטיל את העונש המרבי, וציין כי הוא לא מצא נסיבות המצדיקות הפחתה של העונש.¹⁵⁶ בפרשת *Noble* גזר בית-המשפט האנגלי עשר שנות מאסר (כגובה

151 שם, בעמ' vii ו-10–11. מעניין שבמדינת ויקטוריה החוק מונה את השיקולים שעל השופט לשקול בגזירת הדין, ביניהם גם העונש המרבי והענישה הנהוגה, אך מכין שני אלה העונש המרבי נחשב שיקול חשוב יותר, ואמור לשמש את השופט כמעין "מגדלור" בנווטו את גזירת הדין, גם אם יעדו אינו המגדלור עצמו (שם, בעמ' 4).

152 ראו את הסקירה וההפניות בספר ההנחיות לגזירת הדין של מועצת המשפט של מדינת ניו-סאות'וויילס באוסטרליה, כפרט בעמ' 5501 (<https://jirs.judcom.nsw.gov.au/public/assets/>) 5501 (benchbooks/sentencing/).

153 *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, para. 36 (Can.). באותו מקרה ציין בית-המשפט כי מכיוון שהעונש המרבי שמור למקרים החמורים ביותר (ובהנחה שהמופע החמור ביותר של העברה אינו מחזה נפוץ), בתי-המשפט מטילים עונש זה לעיתים נדירות.

154 בתי-המשפט הבהירו גם כי אין הכרח שהעונש המרבי יהיה שמור רק לאותו מקרה אחד הכי חמור שניתן להעלות על הדעת, אלא ניתן להטילו בטווח רחב של מקרים המתאפיינים במידת חומרת דומה (ASHWORTH, לעיל ה"ש 21, בעמ' 25).

155 *Lakatamia Shipping Company Ltd v. Su* [2021] EWCA Civ 1355 [19] (Eng.). בפרשה זו דובר בהליכים שנקטו בגין בזיון בית-המשפט עקב אי-ציות לצווים שניתנו. העונש המרבי עמד על מאסר של שנתיים. בית-המשפט הבהיר כי יש עברות שבהן טווח רחב יחסית של מקרים ראויים להיחשב החמורים ביותר. על-כן, גם אם שופט יכול להעלות על דעתו מקרים חמורים מזה שלפניו, לא נובע מכך שבמקרה שלפניו אין זה ראוי להטיל עונש מרבי או קרוב אליו.

156 *Paddington Garden Company One Ltd. v. Rasool* [2022] EWHC 2081 (QB) (Eng.)

העונש המרבי באותה עת) בגין גרימת מוות בנהיגה בנסיבות חמורות במיוחד.¹⁵⁷ על-כן, כפי שטען אשוורת, היות שהעונש המרבי בחוק הוגדל בהמשך לארבע-עשרה שנים, ברור כי אילו נדון המקרה כיום, הוא היה מסתיים בעונש חמור יותר.¹⁵⁸ גם בית-המשפט לערעורים – בפרשת *Richardson* – הכיר בכך שהגדלת העונש המרבי משמעותה הגדלת העונש שניתן לגזור באותם מקרים הכי חמורים.¹⁵⁹ יתר על כן, בית-המשפט לערעורים הביע באותו מקרה את דעתו – אשר גם אשוורת היה שותף לה – כי הגדלת העונש המרבי משמעה לא רק הגדלת העונש במקרים החמורים ביותר, אלא ראוי שהיא תגרוור אחריה החמרה בענישה גם במקרים החמורים פחות הנופלים לגדר העברה.¹⁶⁰ לבסוף, בפרשת *Nugent* דן בית-המשפט האנגלי בשאלה מה על בית-המשפט לעשות מקום שהמחוקק שינה את העונש המרבי אבל ההנחיות לגזירת הדין טרם עודכנו בהתאם. בית-המשפט קבע כי במקרה זה על בית-המשפט להחמיר את העונש שבהנחיות בהתאם, למצער במקרים החמורים יותר.¹⁶¹ הקביעות הללו של בתי-המשפט – גם בישראל וגם במקומות אחרים – מלמדות כי בקביעת העונש המרבי הביע המחוקק את עמדתו בנוגע לעונש הראוי במקרים החמורים ביותר, וכי מעמדה זו ניתנת לגזור למקרים חמורים פחות בהתאם למידת החמורה.

למעשה, גזירה מתוך העונש המרבי אל הענישה במקרים קלים יותר היא פרקטיקה שנקט גם המחוקק עצמו. את זאת הוא עשה בחלק מהעברות בחוק העונשין שלצידן קבוע גם עונש מזערי. בעברות אלו קבע המחוקק כי העונש שיוטל על הנאשם "לא יפחת" משיעור כלשהו מתוך העונש המרבי.¹⁶² מן הסתם, העונש

יצוין כי במקרה זה הפנה בית-המשפט לשני גזרי-דין כדי להדגים כי עונשי מאסר במקרים דומים הם ראויים ומקובלים (שם, בפס' 21).

R. v. Noble [2003] 1 Cr. App. R(S) 312 (Eng.) 157.

ASHWORTH 158, לעיל ה"ש 21, בעמ' 125.

R. v. Richardson [2006] EWCA Crim 3186 [13] (Eng.) 159.

ASHWORTH; לעיל ה"ש 21, בעמ' 124.

R. v. Nugent [2021] EWCA Crim 1535 [24] (Eng.) 161. בית-המשפט שלערעור קבע כי לנוכח החמרת העונש המרבי היה על בית-המשפט דלמטה להטיל עונש חמור יותר (שם, בפס' 35–36).

162 ברוב המקרים נקבע עונש מזערי של רבע מהעונש המרבי. כך בעברות נשק (ס' 144(ז) לחוק העונשין), בחלק מעברות המין החמורות (ס' 355(א) לחוק העונשין), בעברות של החזקה בתנאי עבדות וסחר בבני-אדם (ס' 377(ב) לחוק העונשין) ובעברה של גביית דמי חסות (ס' 428(א) לחוק העונשין). בשתי עברות – חבלה בכוונה מחמירה כלפי בן משפחה (ס' 329(א)(ב) לחוק העונשין) והתעללות בקטין בידי אחראי (ס' 1368(ב) לחוק העונשין) – קבע המחוקק כי העונש המזערי יעמוד על חמישית מהעונש המרבי.

המזערי נועד למופעים הכי פחות חמורים של העברה. דהיינו, למעט במקרים חריגים שבהם נקב המחוקק עונש מזערי מספרי,¹⁶³ קשר המחוקק בין העונש המזערי לבין העונש המרבי – ישתנה העונש המרבי, ישתנה בעקבותיו באופן אוטומטי גם העונש המזערי.¹⁶⁴ איננו רואים סיבה לשנות מהיגיון זה בעברות שבהן לא קבוע לעברה עונש מזערי.¹⁶⁵ אישוש לקשר בין העונש המרבי לענישה בפועל אפשר למצוא בדברים שכתב השופט שטיין, ולפיהם כאשר המחוקק מפחית את העונש המרבי, על הדבר להוביל להפחתה בענישה.¹⁶⁶

לסיכום, כפי שכתב גזל-אייל, "למעט העונש המרבי הקבוע לעבירה (ולעיתים רחוקות גם עונש מזערי הקבוע לה), המחוקק לא קבע כל הנחיה לשופטים באשר לחומרת העונש".¹⁶⁷ דהיינו, העונש המרבי הוא הכלי העיקרי שבאמצעותו המחוקק מביע עמדה נורמטיבית לגבי העונש הראוי לעברה במופעה החמורים ביותר. הכרעה זו מגלמת בחובה את כל אותם שיקולים עובדתיים ונורמטיביים סבוכים הנדרשים לקבלת החלטה רציונלית. בכך המחוקק מספק אמת-מידה מספרית לקביעת מתחם העונש ההולם במקרים חמורים פחות, בהתאם למידת החומרה היחסית של המקרה. בחלק הבא נבהיר כיצד על בית-המשפט לקבוע את אותה חומרה יחסית ולגזור בעזרתה את המתחם.

2. החומרה היחסית וגזירת המתחם מהעונש המרבי

גמולנות מתייחסת לקבוצה של תאוריות מוסריות שהמכנה המשותף להן הוא שהגמול משמש הצדקה (לאו דווקא בלעדית) להטלת עונש.¹⁶⁸ גמול משמעו להשיב

163 בעברות כלפי שוטרים נקב המחוקק עונשים מזעריים של שבועיים (בעברה של הפרעה לשוטר לפי ס' 275 לחוק העונשין), חודש ימים (תקיפת שוטר לפי ס' 273 לחוק העונשין) ושלושה חודשי מאסר (תקיפת שוטר בנסיבות מחמירות לפי ס' 274 לחוק העונשין).

164 יצוין כי במקרים מסוימים בחר המחוקק לגזור מהעונש המרבי הקבוע לעברה ה"רגילה" את העונש המרבי בנסיבות מחמירות. כך, למשל, בס' 335(א) לחוק העונשין נקבע כי אם העברות שבס' 333 ו-334 נעברו בנסיבות מחמירות, יוכפל עונשן המרבי. שיטה דומה נקט המחוקק בסעיף 382 לחוק העונשין, אשר מכפיל את העונש המרבי של העברות שבס' 379 ו-380.

165 מעניין שלאחרונה ציין בית-המשפט העליון כי דווקא העונש המזערי משמש "אמת-מידה כללית של המחוקק לקביעת תקופת המאסר" (ע"פ 450/21 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 9 (נבו 23.6.2022)). אולם נראה כי כוונתו של בית-המשפט הייתה כי היה ראוי לגזור על הנאשם לכל-הפחות את העונש המזערי בגין כל אחת מהעברות שבהן הורשע, דבר שהיה מוביל להטלת עונש כפול מזה שהוטל עליו.

166 ע"פ 4802/18 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו 29.1.2019).

167 גזל-אייל "תג מחיר העונשים", לעיל ה"ש 22, בעמ' 88.

168 Husak, *Retributivism and Over-Punishment*, לעיל ה"ש 14, בעמ' 173.

לנאשם באופן ההולם את חומרת המעשה.¹⁶⁹ על-כן תכלית זו מצריכה, בראש ובראשונה, אומדן של חומרת המעשה בנסיבותיו.¹⁷⁰ חוק העונשין מורה כי לשם קביעת מתחם העונש ההולם על בית-המשפט להתחשב בארבעה פרמטרים: הערך החברתי שנפגע מביצוע העברה, מידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות הקשורות לביצוע העברה.¹⁷¹ בחינת הערך החברתי שנפגע מביצוע העברה אינה מסייעת בקביעת החומרה היחסית של מעשים שונים במסגרת אותה עברה,¹⁷² שכן כל המעשים המקיימים עברה מסוימת נוטים לפגוע באותו ערך מוגן. הפרמטר השני – מידת הפגיעה בערך המוגן – הוא למעשה אותה חומרה יחסית שאנו מבקשים לבחון. גם מדיניות הענישה הנהוגה אינה מסייעת די בבחינת החומרה,¹⁷³ שכן על בית-המשפט לתור אחר ענישה במקרים בעלי חומרה דומה. דהיינו, לפני שבית-המשפט בוחן את הענישה הנהוגה, עליו לקבוע מהן הנסיבות הרלוונטיות לקביעת קיומו של דמיון ומה מידת החומרה שאחריה הוא תר,¹⁷⁴ מה שמוביל אותנו אל הפרמטר הרביעי שיש להביא בחשבון – הנסיבות הקשורות לביצוע העברה.

169 עקרון המידתיות נחשב למעשה חלק אינהרנטי מתאוריות גמולניות (שם, בעמ' 180).
 170 כפי שמציין היוסק, עקרון הגמול מכתוב שהעונש הראוי צריך להיות פונקציה של מידת החומרה של המעשה (שם, בעמ' 176). גם באנגליה קבע המחוקק כי בגזורו את הדין על בית-המשפט לאמוד את חומרת המעשה, בשים לב למידת האשמה ולנזק שהיה צפוי להיגרם (Sentencing Act 2020, c. 17, § 63). תכליות אחרות עשויות להכתיב התמקדות בפרמטרים אחרים. כך, למשל, תכלית השיקום אינה מחייבת התבוננות על חומרת המעשה אלא ככל שחומרה זו משליכה על סיכויי שיקומו של הנאשם.

171 ס' 40ג(א) לחוק העונשין.

172 זאת, בשונה מהחומרה הטיפוסית של מעשים המקימים את העברה בהשוואה למעשים המקימים עברות אחרות. אך כפי שהסברנו, ממילא המחוקק מבחין בין דרגות חומרה בעברות שונות, בין היתר על-ידי קביעת העונש לצד כל עברה, כך שאין צורך לעשות שימוש נוסף בערך המוגן של כל עברה.

173 כפי שטענה דעת הרוב מקרב חברי ועדת גולדברג, גם אם הענישה הנהוגה נותנת ביטוי מסוים לחומרת העברה, אומדן חומרת העברה מצריך "הכרעה נורמטיבית בדבר מידת החומרה המושגית של העבירה". דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15, פס' 21.

174 למעלה מכך, עיון בענישה הנהוגה לפני עריכת שיפוט מוסרי בדבר חומרת המעשה עלול אף לפגום בשיפוט. זאת, בשל תופעה הקרויה "אפקט העיגון" (anchoring), שלפיה כאשר מציגים לאנשים מספר לפני שהם עורכים שיפוט מספרי, הם נוטים לערוך את השיפוט על-ידי ביצוע התאמות מהמספר המקורי שהראו להם, אשר שימש להם עוגן. בדרך-כלל התוצאה היא שהשיפוט מוטת לכיוון העוגן. יצוין כי הטיה זו משפיעה הן על הדיוטות והן על מומחים, לרבות שופטים. ראו זמיר וטייכמן, לעיל ה"ש 75, בעמ' 80–81. בהתאם, הענישה הנהוגה עלולה להוות נקודת עוגן שאליה ייקשר שיקול-דעתו של בית-המשפט, גם אם ענישה זו אינה עולה בקנה אחד עם תיקון 113 ותכליות הענישה שהוא מכתוב.

הנסיבות שהחוק קובע כי יש להתחשב בהן בעת אומדן של חומרת המעשה¹⁷⁵ כוללות את מידת התכנון, את חלקו של הנאשם, את הנזק שהיה צפוי להיגרם והנזק שנגרם בפועל, ושיקולים נוספים מסוג זה.¹⁷⁶ מבלי להיכנס להבחנה בין תורות מוסר שונות, נראה כי שיקולים אלו אכן מסייעים ככלל בקביעת החומרה היחסית של המעשה ושל מידת אשמו של הנאשם.¹⁷⁷ גם הנחיות גזירת הדין בארצות-הברית ובאנגליה, כפי שפורטו לעיל,¹⁷⁸ מפנות בעיקר לשיקולים מעין אלה. אכן, בדיונים בהצעת החוק הובעה הדעה כי את מידת האשם יש לקבוע לפי נסיבותיה של העברה.¹⁷⁹ באופן דומה, גם גזל-אייל מציין במאמרו כי כדי לסייע לשופט בקביעת חומרת המעשה, החוק כולל כלי-עזר בדמות רשימה של נסיבות הקשורות לביצוע העברה.¹⁸⁰ עמדה זו אומצה גם בשורה של פסקי-דין שקבעו כי התבחינים שסעיף 40ט לחוק העונשין מונה נועדו לסייע לשופט באפיון החומרה היחסית של המעשה.¹⁸¹

משמעות הדבר היא שכדי לגזור מהעונש המרבי את "נקודת המכוון",¹⁸² על

175 כפי שכותבת דולוביץ', בחירת הפרמטרים שלפיהם יש להעריך את חומרת העברה היא בין הבחירות החשובות בענישה הפלילית ובהבטחת הלגיטימיות שלה (Dolovich), לעיל ה"ש 73, בעמ' 402), ולכן טוב שכן עשה המחוקק הישראלי.

176 ס' 40ט לחוק העונשין. כפי שמציין היוסק, רוב הכותבים נוטים לבחון את מידת החומרה היחסית באופן אינטואיטיבי למדי (Husak, *Retributivism and Over-Punishment*), לעיל ה"ש 14, בעמ' 182). על-כן טוב שבמסגרת תיקון 113 הפנה המחוקק את בית-המשפט אל עבר השיקולים שיש לשקול לשם ביצוע משימה זו.

177 בכפוף ליכולתו של בית-המשפט לשקול גם שיקולים נוספים שהוא רואה לנכון (ס' 40יב לחוק העונשין).

178 ראו לעיל בתת-פרק 5.

179 ראו את דבריו של עו"ד רביד דקל במסגרת הדיונים בהצעת החוק: "יש לך הנחיה איך אתה קובע את החומרה ואת האשם – אתה קובע את זה על סמך הנסיבות" (פרוטוקול ישיבה 495 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 31, בעמ' 3).

180 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 5.

181 לפסקי-דין המכילים קביעות כי הנסיבות שהסעיף מונה משליכות על חומרת המעשה, וכי תיקון 113 מחייב בחינה של נסיבות המעשה, ראו, למשל, ע"פ 1523/10 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' יז (נבו 18.4.2012); פרשת מלחם, לעיל ה"ש 66, בפס' 6; ע"פ 7702/10 כהן נ' מדינת ישראל, פס' 66 לפסק-הדין של השופט שהם (נבו 29.5.2014); תפ"ח (מחוזי חי') 16-11-30838 מדינת ישראל נ' חנוכייב, פס' 19 (נבו 30.4.2018). ראו גם ע"פ 1456/01 חדד נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 609, פס' 3-5 (2001); ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, פס' 31 (נבו 2.8.2006); ת"פ (מחוזי חי') 171/01 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 4 (נבו 26.11.2001).

182 כפי שציינו לעיל, מונח זה – יחד עם המונח "נקודת מוצא" – שימש את בית-המשפט העליון כדי לתאר את הנקודה הנגזרת מהעונש המרבי בהתאם למידת החומרה של העברה

בית-המשפט להעריך תחילה את החומרה היחסית של מעשה העברה שלפניו על-פני סולם מופשט של מעשים המקימים את העברה – מהקל ביותר עד לחמור ביותר. את זאת עליו לעשות תוך הסתייעות בנסיבות הקשורות לביצוע העברה. כך, למשל, אם נסיבות ביצוע העברה מעמידות את מידת החומרה היחסית של העברה על 25%, והעונש המרבי שלצד העברה עומד על 10 שנות מאסר, ייקבע מתחם בהתייחס לנקודת מכוון של 2.5 שנות מאסר.¹⁸³

בעניין זה נבקש להעיר שתי הערות – האחת נוגעת ברזולוציה של מידות חומרה, והאחרת נוגעת ביחס בין נקודת המכוון לתקרת המתחם.

(א) רזולוציה של חומרה

באיזו רזולוציה על בית-המשפט לקבוע את מידת החומרה? לכאורה, אם נשתמש באחוזים שלמים, ייתכנו מאה דרגות חומרה לכל עברה. לדעתנו, מצב כזה אינו רצוי. כפי שהניסיון בארצות-הברית מלמד, לקביעות ברזולוציה גבוהה יש עלות גבוהה עם יעילות המוטלת בספק, ויש שקראו להפחית במידה משמעותית את מספר המתחמים.¹⁸⁴ אנו סבורים כי ממילא היכולת "לתפור" ענישה המתאימה ברמת דיוק מתמטית לכל מקרה ומקרה, תוך עריכת הבחנות רלוונטיות בין המקרים ויישום של עקרון האחידות והמידתיות, היא מוגבלת מאוד. ואם כך בנוגע לעונש הסופי, כך על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בקביעת המתחם, אשר מבוסס על בחינת נסיבות הקשורות לביצוע העברה, ולא על נסיבות הקשורות לנאשם. ממילא קביעת המתחם מותרת לבית-המשפט די שיקול-דעת למצוא את העונש המתאים

שלפני בית-המשפט (ראו לעיל ה"ש 132 והטקסט המפנה אליה). בהמשך המאמר נדון במשמעות האופרטיבית של נקודה זו וביחס בינה לבין מתחם העונש ההולם.

183 כך גם משתמע מדברי השופט וינוגרד שלפיהם העונש המרבי נועד למקרים החמורים ביותר, "ולמקרים קלים יותר – יש... לתת עונש קל יותר בהתאם לנסיבות המקילות של כל מקרה ומקרה" (מצוטט בע"פ 212/79, לעיל ה"ש 92, בעמ' 424). ניתן אומנם לטעון כי קביעת נקודת המכוון כאחוז מסוים מהעונש המרבי היא שרירותית. לכאורה כך סברו גם רוב חברי ועדת גולדברג. אולם נושא הדיון שם היה קביעה נוקשה של עונש לגבי כל עברה, מבלי להתחשב בנסיבות ביצוע העברה – מה שאין כן בענייננו. ראו דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 15, פס' 20. אולם כל טענה ביחס לשרירותיות הגזירה מהעונש המרבי תהיה נכונה גם לעצם גובהו של העונש המרבי, ואף ביחס לענישה הנהוגה. בסופו של יום, אין מגוס מקביעת אמת-מידה כלשהי כנקודת מוצא, על משקל האמירה הנודעת של רוברט ג'קסון, שופט בית-המשפט העליון בארצות-הברית: "החלטותינו אינן סופיות בשל היותן צודקות, אלא הן נחשבות צודקות בשל היותן סופיות" (Richard J. Lazarus, *The (Non)Finality of Supreme* (Court Opinions), 128 HARV. L. REV. 540, 540 (2014)).

184 ראו Hoffman, לעיל ה"ש 105.

בתוכו. נוסף על כך, כשם שכתב גזל-אייל, יצירת מתחמים רבים מדי תיצור חפיפה רבה מדי ביניהם, ומצב זה אינו רצוי. לדבריו – וזו גם עמדתנו – המגוון המאפיינ עברות יבוא לידי ביטוי בעיקר בתוך המתחם שנקבע.¹⁸⁵ מוצע, אם כן, שבתיה- המשפט יקבעו את החומרה היחסית של מעשי הנאשם על סולם הכולל מספר מוגבל של שלבים, שלכל אחד נקודת מכוון שונה.¹⁸⁶ ניתן כמובן לקבוע מספר שלבים משתנה בהתאם לסוג העברה ולעונש המרבי, אולם יש להימנע מקביעת דרגות חומרה רבות מדי.

(ב) היחס בין נקודת המכוון למתחם הענישה

האם נקודת המכוון צריכה להימצא בתחתית המתחם, בחלקו העליון או במרכזו? כפי שתיארנו, באנגליה עונש-המוצא מצוי במרכזו של המתחם. אולם הנחיות גזירת הדין שם מפנות באופן ב-זמני אל מתחם יחד עם נקודת מוצא, כך שלא ברור אם הראשון נגזר מהשני או להפך.¹⁸⁷ באופן דומה, גזל-אייל מציע שהמתחם ייקבע סביב נקודת האמצע שתואמת את הנסיבות הממוצעות של העברה, וזאת כדי שהעונשים יתפזרו באופן שווה על-פני המתחם.¹⁸⁸ על פני הדברים, דבריו תומכים במיקום נקודת המכוון באמצע המתחם. הגם שאפשרות זו סבירה בהחלט, נטייתנו היא להעדיף את גישתו של השופט אלרון,¹⁸⁹ כך שנקודת המכוון תהיה תקרתו של מתחם העונש ההולם. ראשית, במקרים החמורים ביותר העונש המרבי הוא גם נקודת המכוון וגם תקרת המתחם. היות שאנו טוענים לגזירה מתוך

185 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 8.

186 להלן דוגמה לסולם בן שבעה שלבים, עם שבע דרגות חומרה שונות, כשלצד כל דרגת חומרה צמודה נקודת מכוון/מוצא שונה, אשר נגזרת מהעונש המרבי ומהווה את תקרת המתחם: חומרה מזערית – 10% מהעונש המרבי; חומרה קלה – 25%; חומרה קלה-בינונית – 40%; חומרה בינונית – 50%; חומרה מוגברת – 65%; חומרת משמעותית – 80%; חומרה מרבית – 100% (העונש המרבי).

187 ממילא אין חובה לאמץ את השיטה הזו כמות שהיא. יצוין כי הקמתה של ועדת עונשי-המוצא, שנדונה על-ידי ועדת גולדברג, נדחתה לבסוף בשל התנגדות ציבורית עזה, שנבעה מחשש שעונשי-המוצא יובילו להחמרה בלתי-מידתית בענישה, מחד גיסא, ולזיכויים לא בצדק של נאשמים רק כדי להימנע מגזירת עונשים חמורים מדי, מאידך גיסא (ראו, למשל, את דבריהם של חברי הכנסת רובי ריבלין ויעקב מרגי בפרוטוקול ישיבה 124 של הכנסת ה-17, 103–104 (19.6.2006)). הוחלט לפצל מהצעת החוק את החלק הנוגע בוועדת עונשי-המוצא, ולקדם את חקיקת החלק שנועד לקדם את העקרונות החשובים לענישה. ראו את דבריו של חבר הכנסת דוד רותם, יושב-ראש ועדת החוקה, חוק המשפט, בדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאות השנייה והשלישית (פרוטוקול ישיבה 303 של הכנסת ה-18, 211 (2.1.2012)).

188 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 33.

189 ראו לעיל ה"ש 132 והטקסט המפנה אליה.

העונש המרבי, נראה כי כך ראוי גם מקום שנקודת המכוון נמוכה יותר. שנית, הדבר גם עולה בקנה אחד עם העיקרון של נטיית ההליך הפלילי לטובת הנאשם.¹⁹⁰ לסיכום, ראינו כי העונש המרבי הוא אמת-מידה מספרית שקבע המחוקק אשר מאפשרת קביעת מתחם ענישה במקרים חמורים פחות בהתאם למידת החומרה. את מידת החומרה יש לבחון בהתאם לנסיבות הקשורות לביצוע העברה, על-פני סולם שאינו כולל דרגות רבות מדי. את מידת החומרה שנקבעה יש לכפול בעונש המרבי על-מנת להגיע ל"נקודת המכוון", אשר תמוקם בחלקו העליון של מתחם הענישה ההולם.

נשאלת אם כן השאלה: אם מטרתו של תיקון 113 היא להתאים את הענישה למדרג הנורמטיבי שנקבע בו, ואם המחוקק סיפק אמת-מידה מספרית לקביעת מתחם העונש ההולם בהתאם למידת החומרה של העברה, מה מקומה של הענישה הנהוגה? על שאלה זו נשיב כעת.

3. תפקידה של הענישה הנהוגה

כאמור, תיקון 113 הבהיר במפורש כי על מתחם העונש ההולם להיקבע תוך התחשבות, בין היתר, במדיניות הענישה הנהוגה.¹⁹¹ ברור אם כן כי יש לענישה הנהוגה תפקיד. אולם מהו בדיוק תפקיד זה? דעתנו היא כי יש להבחין בין התפקידים שהענישה הנהוגה ממלאת בהתאם לשיקולי הענישה שבבסיסה. ענישה נהוגה המבוססת בעיקרה על עקרון הגמול (ענישה גמולנית) תמלא תפקיד מרכזי יותר מענישה שאינה כזו (ענישה שירות). כפי שהסביר המחוקק בדברי ההסבר לתיקון 113, ענישה גמולנית מהווה "אינדיקציה" לקביעת העונש ההולם.¹⁹² דהיינו, המחוקק הבחין בין ענישה גמולנית לבין ענישה שירות. אך מה

190 עיקרון זה קיבל ביטוי בחוק העונשין, בין היתר בהוראה שלפיה לאחר שינוי חוק, אף אם טרם ניתן פסק-דין, הדין שחל על הנאשם הוא הדין המקל עימו (ס' 5(א) לחוק העונשין). עוד ראו בעניין עיקרון זה, אם כי בהקשר אחר, עופר גוט עיוות דין בהליך הפלילי 74–77 (2008).

191 ס' 140(א) לחוק העונשין.

192 ראו לעיל ה"ש 32 והטקסט המפנה אליה. לא ברור מה משקלה של "אינדיקציה", אך המונח מצביע על כך שהענישה הנהוגה לעולם אינה קונקלוסיבית ואינה מכתיבה את העונש במקרים מאוחרים. גם העדרה של הענישה הנהוגה מרשימת השיקולים המנויים במפורש בחובת ההנמקה של גזר-הדין (ס' 40(ד) לחוק העונשין קובע כי בית-המשפט יפרט בגזר-דינו, בין היתר, את "קביעת מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שבהן התחשב לצורך קביעת מתחם העונש ההולם") מצביע על כך שענישה זו אינה שיקול ראשון במעלה, ואולי אף לא שיקול שווה בין שווים.

משמעותה של "אינדיקציה" לעונש, ומה התפקיד שנועד לענישה השירית, אם בכלל? להלן נענה תחילה על השאלה השנייה, ואחר כך נפנה אל הראשונה.

(א) ענישה שירית ככלם מפני החמרה

כלל ידוע הוא כי "לא ענש אלא אם כן הזהיר".¹⁹³ דהיינו, אין להעניש אדם על מעשה שעשה אם לא הוזהר קודם לכן כי מעשה זה אסור. על האזהרה לכלול לא רק את עצם האיסור, אלא גם את הסנקציה הצפויה.¹⁹⁴ חובת האזהרה מניחה למעשה כי אדם רשאי להחליט אם לעבור עברה או לא. כפי שתיארנו לעיל, פונקציית התועלת ופונקציית ההסתברות הן חלק הכרחי מקבלת החלטה רציונלית,¹⁹⁵ שכן אדם אינו יכול לקבל החלטה מושכלת אמיתית אם אין הוא יודע מהן ההשלכות האפשריות של מעשיו ומה הסיכוי להתממשותה של כל אפשרות. אין ספק שהענישה הנהוגה מהווה שיקול בפונקציות אלו, ולכן גם בהחלטתו של אדם אם לעבור עברה אם לאו.¹⁹⁶ כפי שכתב אשוורת, מרכיב ראשוני הכרחי להצדקת

193 בבלי, סנהדרין נו, ע"ב; או בלשון שגורה אחרת: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".
194 זו, למשל, אחת ההצדקות שניתנו לחזרות בתורה על האיסורים לצד העונשים הנלווים להם (ראו, למשל, שם).

195 ראו לעיל ליד ה"ש 81–90.

196 ברור כי ההנחה שאנשים שוקלים בצורה רציונלית כזו אם לעבור עברה אינה משקפת בהכרח את המציאות, בוודאי לא בכל העברות. אולם סביר להניח כי היא מהווה חלק מההחלטה אם לעבור עברות מסוג מסוים – למשל, עברות בעלות אופי כלכלי או שמטרתן השגת רווח כספי. האזהרה כתנאי לעונש מבוססת, למצער בחלקה, על הנחה קונספטואלית של שקילה כזו. לשם המחשה, נניח כי אדם כלשהו שוקל אם לעבור עברה ומתייעץ לשם כך עם עורך-דין. יש להניח כי הייעוץ שעורך-הדין יעניק לו לא יתבסס אך ורק על העונש המרבי שקבוע לצד העברה, אלא יתייחס גם לענישה הנהוגה. כך, אם לקוח מסוים של עורך-הדין שוקל למכור סם מסוכן מסוג קנבוס בכמויות קטנות למספר קטן של קונים ובאופן חד-פעמי, בשל מצב כלכלי קשה שאליו נקלע, לא יהיה זה סביר שאותו אדם יתעלם מהפער האדיר בין העונש המרבי הקבוע לצד העברה – עשרים שנות מאסר (ס' 13 ו-19 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973) – לבין הענישה שצפוי כי תושת עליו אם יתפס, העומדת על מספר דו-ספרתי קטן של חודשי מאסר לכל-היותר (ראו, לדוגמה, ת"פ (שלום) 27495-05-20 מדינת ישראל נ' גפרי (נבו 3.4.2022); ת"פ (שלום ב"ש) 20931-12-20 מדינת ישראל נ' דהן (נבו 29.9.2021), וכן סקירת הענישה הנהוגה שם). ניתן אפילו לטעון כי ייעוץ משפטי שלא יתייחס לענישה הנהוגה יהא בגדר ייעוץ רשלני, אשר שולל מאותו עבריין פוטנציאלי את היכולת לקבל החלטה מדעת. דברים אלו נכונים גם לגבי הצד האחר של המתרס, דהיינו, אם אותו אדם ייעצר על-ידי המשטרה לאחר שמכר גרמים ספורים של קנבוס למספר קטן של אנשים ויגיע לבית-המשפט, אין זה סביר שהשופט יתעלם מהענישה הנהוגה. ברור שאם בית-המשפט יטיל על אותו אדם עונש מאסר של עשרים שנה, יוגש ערעור, אשר יתקבל. אומנם, גזר-הדין ניתן בגדר סמכותו הפורמלית של בית-המשפט, אבל גם בית-המשפט

הענישה הוא שהציבור ידע מהי החומרה של העונש הצפוי,¹⁹⁷ דהיינו, לא רק של העונש שבית-המשפט יכול להטיל עליו באופן עקרוני, אלא גם של העונש שבית-המשפט צפוי להטיל עליו.¹⁹⁸

אומנם, נפסק כי אין לנאשם "זכות קנויה" שיושת עליו עונש שאינו חמור מרמת הענישה הנהוגה בעת ביצוע העברה,¹⁹⁹ ובית-המשפט הבהירו כי מדיניות הענישה הנהוגה בעת ביצוע העברה אינה יוצרת אינטרס הסתמכות לגיטימי למבצע העברה.²⁰⁰ אולם נדמה כי יש לקרוא את הדברים בהקשר שבו נאמרו. עיון בפסקי-הדין שאזכרו מלמד כי במקרים רבים נאמרו הדברים בנסיבות שבהן בית-המשפט בערכאה הראשונה החמיר רק במעט ביחס לענישה הנהוגה והנאשם ביקש להשוות את מצבו לזה של קודמיו רק בטענה שאין זה ראוי להחמיר עימו; והיו גם מקרים שבהם ציין בית-המשפט כי העונש שהוטל על הנאשם אינו חמור למעשה מהענישה שהייתה נהוגה בעת ביצוע העברה.²⁰¹ נדמה, אם כן, שיהיה זה מדויק יותר לומר כי רמת הענישה הנהוגה בעת ביצוע העברה יוצרת אינטרס הסתמכות לגיטימי אך בעל כוח מוגבל, שכן הוא כפוף לאפשרותו של בית-המשפט להחמיר בענישה בצורה

אינו יכול (ואינו צריך) להתעלם מהענישה הנגזרת במקרים דומים – זו למעשה מהותו של עקרון אחידות הענישה (ראו לעיל ה"ש 76).

197 Ashworth, לעיל ה"ש 21, בעמ' 79.

198 אומנם, קשה לתחם את קו הגבול המדויק שמגדיר אזהרה לגיטימית, אך נדמה כי קושי זה הוא "בקצוות", וכי הענישה שבית-המשפט גוזרים מהווה ללא ספק חלק ממנו. ראו, למשל, ת"פ (כלכלית ת"א) 8256-05-11 מדינת ישראל נ' קדן 10 (נבו 6.9.2012), שם ציין בית-המשפט המחוזי כי החמרת הענישה על-ידי בית-המשפט צריכה להיעשות באופן הדרגתי, על-מנת שהציבור יוכל להפנים את השינוי ולהכווין את צעדיו בהתאם. נדמה כי גם דבריו של בית-המשפט העליון בפרשת אסד תומכים בדברים אלו: "העונש הקבוע לצד העבירה והעונש המוטל באופן קונקרטי על הנאשם מבטאים את התייחסות החברה לעבירה ולחומרתה" (דנ"פ 1558/03 מדינת ישראל נ' אסד, פ"ד נח(5) 547, פס' 15 לפסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה (2004) (ההדגשה הוספה)).

199 רע"פ 3612/16 אסור נ' מדינת ישראל, פס' 7 (נבו 15.5.2016).

200 ע"פ 6799/14 אופיר נ' מדינת ישראל, פס' 11 (16.3.2015); ת"פ (מחוזי י-ם) 21629-10-15 מדינת ישראל נ' מצגר, פס' 84 (23.2.2017); ת"פ (מחוזי י-ם) 28662-02-15 מדינת ישראל נ' גיוסי, פס' 33 (15.2.2016); ת"פ (שלום ת"א) 3933-08-10 מדינת ישראל נ' טי.אר.די אינסטרומ. בע"מ, פס' 20 (7.11.2018).

201 ע"פ 3625/11 פלונית נ' מדינת ישראל, פס' 7 (נבו 6.11.2012): "...ועוד לפני האזהרה שהשמיע בית המשפט המחוזי בעניין [דומה אחר] כבר נהגה ענישה מחמירה מזו שנוקטה שם"; ע"פ 4603/17 אדרי נ' מדינת ישראל, פס' 13 (נבו 16.7.2019): "...גם בתקופה של ביצוע העבירות השיתו בתי המשפט על מורשעים בדין עונשי מאסר בפועל, בחלק מהמקרים אף נגזרו על נאשמים בעבירות אלו תקופות ממושכות מאחורי סורג ובריח".

הדרגתית ומידתית. עמדה זו, שלפיה על החמרה בענישה להיעשות בצורה הדרגתית, הובעה גם על-ידי בית-המשפט העליון בכמה החלטות, חלקן אף ממש מן העת האחרונה.²⁰² גם פרופ' קנאי כתבה כי לענישה הנהוגה יש תפקיד חשוב במניעת החמרה ניכרת בענישה במקרים שבהם יתר השיקולים – הערך המוגן, מידת הפגיעה בו ונסיבות הקשורות לביצוע העברה – תומכים במתן ענישה חמורה.²⁰³

לסיכום, המחוקק לא ציין אומנם מה תפקידה של הענישה השיורית, אך נדמה כי גם לענישה נהוגה מסוג זה יש תפקיד חשוב, והוא מניעת החמרה בלתי-מידתית (מהירה מדי או גדולה מדי) בענישה.²⁰⁴ כדי לצקת תוכן למונח "מידתי" וליצור אחידות בין בתי-המשפט, נציע כי מתחם העונש ההולם ייקבע כך שתחתיתו תמוקם בממוצע הענישה הנהוגה השיורית, גם אם מן הפסיקה הקיימת בדבר רוחב

202 למשל, בפרשת כבארי, לעיל ה"ש 23, בפס' 21 לפסק-דינו, כתב השופט דנציגר כי "גם החמרה ברף הענישה צריך שתעשה באופן מדוד, מתון והדרגתי"; ובפרשת אדרי, לעיל ה"ש 201, בפס' 13, נכתב כי "לשאלת המדיניות הנהוגת בעת ביצוע העבירה יש לתת משקל. ברם... בית משפט זה אינו כבול לרף הענישה הנהוג, ובלבד שהחמרה עולה בקנה אחד עם הכלל בדבר העלאה מדורגת של רמת הענישה". כן ראו פרשת אספה, לעיל ה"ש 5, בפס' 13 ו-18. בפרשת מצלאח, לעיל ה"ש 64, ציינו הנאשמים כי על החמרת הענישה להתבצע באופן הדרגתי. בית-המשפט ציין ביחס לעברה הרלוונטית כי במשך שנים מספר נעשתה החמרה הדרגתית בענישה, כך שעקרון ההדרגתיות כבר יושם, וניתן להטיל על הנאשמים עונש בהתאם למגמה זו (שם, בפס' 22). לדוגמאות נוספות מן העת האחרונה ראו ע"פ 4246/23 מדינת ישראל נ' אבו שאח (נבו 13.7.2023); ע"פ 3867/23 מדינת ישראל נ' שנקור (נבו 11.7.2023); פרשת חוגיראת, לעיל ה"ש 64.

203 קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113", לעיל ה"ש 26, בעמ' 5. דוגמה נוספת הממחישה את תפקידה הבולם של הענישה הנהוגה ניתן למצוא בפרשת קירשנבאום, שעסקה בעברות רבות של טוהר המידות של עובדי ציבור (שוחד וכולי). בית-המשפט המחוזי נתן משקל משמעותי לעונש המרבי הקבוע לצד העברה ולכך שהעונש הוחמר לאחרונה על-ידי המחוקק, אולם בסופו של דבר ציין כי הוא מגביל את עצמו בגזר-דינו רק בשל כך ש"מן הראוי שהחמרה תעשה באופן הדרגתי ולא בצורה חדה" (ת"פ (מחוזי ת"א) 16512-08-17 מדינת ישראל נ' קירשנבאום, פס' 319 (נבו 14.7.2021)). בסופו של דבר הטיל בית-המשפט המחוזי עונש מאסר של עשר שנים, מאסר על-תנאי וכן עונשים כספיים. יצוין כי ערעור שהגישה קירשנבאום על גזר-הדין התקבל, ועונשה הופחת לשבע וחצי שנות מאסר, וזאת בעיקר בשל עונשים נמוכים יותר שנגזרו על מעורבים אחרים בפרשה (ע"פ 5405/21 כהן נ' מדינת ישראל (נבו 24.8.2022)).

204 אנו סבורים כי אין דינה של החמרה בעונש בהשוואה לענישה הנהוגה כדין הקלה. בעוד אין לאפשר החמרה בלתי-מידתית, אין לדעתנו מניעה להקל בצורה ניכרת ביחס לענישה הנהוגה, וזאת בהתאם לעיקרון של נטיית ההליך הפלילי לטובת הנאשם. בעניין עיקרון זה ראו לעיל ה"ש 190.

המתחם²⁰⁵ עולה כי הדבר יצריך קביעת מתחם שתקרתו נמוכה מנקודת המכוון (דהיינו, ב"תחרות" בין נקודת המכוון כתקרת המתחם לבין החובה לא להחמיר בענישה בצורה בלתי-מידתית ידה של האחרונה על העליונה). כעת נפנה לשאלה בדבר משמעות היותה של הענישה הגמולנית "אינדיקציה לעונש הראוי".

(ב) ענישה גמולנית כאינדיקציה לעונש הראוי

כפי שציין המחוקק, ענישה גמולנית מהווה "אינדיקציה" בנוגע לעונש הראוי. אנו מבינים מדברים אלו כי ענישה זו, בשונה מענישה שירית, מהווה שיקול מהותי בעת קביעת מתחם העונש ההולם. לפיכך, במקרה של פער גדול בינה לבין נקודת המכוון שהשופט נוטה אליה (הנגזרת מהעונש המרבי בשילוב עם חומרת המעשה), עליו להיזהר ולהזכיר לעצמו כי קודמיו, אשר שקלו גם הם שיקולי הלימה, סברו כי דרגת החומרה של המעשה שונה. עליו להטיל ספק במידת החומרה היחסית שהוא קבע ובנקודת המכוון הנגזרת ממנה. על ספק זה לבוא לידי ביטוי בשני אופנים: ראשית, על בית-המשפט לבחון אם הוא עצמו העריך נכונה את דרגת החומרה של המעשה בשים לב לנסיבות הקשורות לעברה – ייתכן שלאחר קריאת פסקי-דין אחרים ולאחר עיון חוזר בנסיבות שלפניו יגיע בית-המשפט למסקנה כי עליו לערוך אי-אלה התאמות בהערכת מידת החומרה של העברה, אולי משום שהוא לא העניק משקל ראוי לנסיבה רלוונטית כלשהי או אף התעלם ממנה כליל;²⁰⁶ שנית, על בית-המשפט לבחון אם הוא איתר פסקי-דין שאכן מהווים ענישה גמולנית, ואם לא, עליו לתור אחר ענישה כזו. לאחר תהליך זה, אם יש קרבה בין הענישה הגמולנית לבין נקודת המכוון, על בית-המשפט לקבוע את המתחם בשים לב לשני אלה. לעומת זאת, אם הענישה הגמולנית נותרה רחוקה מנקודת המכוון, על בית-המשפט לוודא שאין

205 ראו, למשל, ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל, פס' 213 לפסק-הדין של השופט פוגלמן (נבו 29.12.2015), שם נאמר כי "מתחמים רחבים מדי מחלישים את מעמדו של עקרון ההלימה כעקרון מנחה בענישה, ומעניקים משקל רחב לשיקולים האחרים הרבה מעבר לדרוש"; ע"פ 1079/16 מדינת ישראל נ' נחמן, פס' 19 (נבו 1.8.2016), שם נכתב – בהקשר של קביעת מתחם שנע מארבע שנות מאסר שכולן יכולות להיות על-תנאי ועד לשש שנות מאסר בפועל – כי "מתחם עונש כה רחב, אשר בפועל אינו קובע רף תחתון ממשי, מאיין את תכליתה של קביעת מתחם עונש הולם בהבניית שיקול הדעת בענישה ואינו יכול לעמוד". עוד ראו בעניין זה קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113", לעיל ה"ש 26, בעמ' 7-8 וההפניות שם. מעניין גם שבארצות-הברית החוק מגביל את רוחב המתחם בכך שהגבול העליון שלו אינו יכול להיות גדול מהגבול התחתון ביותר מ-25% או 6 חודשים (הגדול מבין השניים) (28 U.S.C. § 994(b)(2)).

206 יש לזכור כי רשימת הנסיבות שחוק העונשין מונה אינה "רשימה סגורה" (ס' 40יב לחוק העונשין).

מדובר בחריגה בלתי-מידתית מענישה זו. במקרה זה, מכיוון שהמחוקק קבע כי ענישה נהוגה גמולנית מהווה "אינדיקציה לעונש הראוי", נציע כי המתחם ייקבע כך שמרכזו יהיה ממוצע הענישה הנהוגה הגמולנית (להבדיל מממוצע הענישה הנהוגה השיורית, אשר יסמן את תחתית המתחם).²⁰⁷ כלומר, במקרה שבו איתר בית-המשפט ענישה גמולנית, ייקבע המתחם כך שענישה זו תמוקם בין מרכזו לבין תקרתו. כאן המקום לשאול אם קיימת בכלל אפשרות מעשית להבחין בגזרי-הדין בין ענישה גמולנית לענישה שיורית. אנו סבורים כי אף שמדובר במשימה לא-פשוטה כלל ועיקר, למצער בעת הנוכחית, התשובה לכך חיובית. ניתן לאתר בגזרי-דין – גם אם לא כדבר שבשגרה – אמירות המצביעות על שיקולי הענישה העיקריים שהיו מונחים בבסיס גזירת הדין.²⁰⁸ לראיה, הספרות שאליה הפנינו לעיל מצאה בפסיקה תימוכין לטענתה כי מרבית הענישה שהושתה לפני תיקון 113 הייתה

207 דעתנו היא שעל התהליך המחשבתי שתיארנו לקבל ביטוי בהנמקה בגזרי-הדין, גם אם לא באריכות. הורוויץ, למשל, טענה כי גם אם תיקון 113 לא הוביל לשינוי בענישה, ואף אם הוא לא הצליח ליצור אחידות, "הוא כפה על בתי המשפט להאט בשלב גזירת הדין, לשקול את נסיבות העבירה ואת מאפייני העברייני ולשקוד על ניסוח ראוי של נימוקי גזר הדין ודי בכך כדי לחולל רפורמה חשובה בהליך הפלילי" (הורוויץ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 6). עוד על-אודות חשיבותה של ההנמקה ראו לעיל בה"ש 40.

208 להלן דוגמאות אחדות של פסקי-דין מלפני תיקון 113 שבהם ניתן לאתר את השיקול המרכזי בגזרי-הדין. הרתעה: ע"פ 6048/09 מדינת ישראל נ' מוצטפא, פס' 6 (א) (נבו 11.2.2009): "בהעדר נסיבות מיוחדות לקולא, יש להחמיר עמם כדי להרתיע אותם ושכמותם..."; רע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל, פס' 12 (נבו 12.2.2006): "ומכאן ששיקולי הרתעה... עדיין שיקולים הם ממעלה עליונה... מתוך תקווה כי יעלה בידינו להרתיע מי שמועדים לדבר..."; ע"פ 3863/09 מדינת ישראל נ' חסן, פס' 21 (נבו 10.11.2009): "קיים אינטרס ציבורי מובהק וחד משמעי בהרתעת היחיד והרתעת הרבים מפני נקיטה בדרך של כוח ואלמות... מן הראוי שידע כל איש ותדע כל אישה כי אם יבחרו בדרך האלימות...". הרחקה מהציבור: ע"פ 104/89 דרורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 843, פס' 12 (1990): "העונש אשר הוטל עליהם היה חייב להשיג את המטרה של הרחקתם מן הציבור לתקופה ארוכה..."; ע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 885, פס' 24 (2005): "...אין ספק כי מסוכנותו הרבה של המערער מצדיקה את הרחקתו מן הציבור לתקופה ממושכת ביותר"; ע"פ 6029/03 מדינת ישראל נ' שמאי, פ"ד נח(2) 734, פס' 8 (2004): "...יש להמשיך במאבק... ולהטיל ענישה משמעותית על אלה, כדי להשיג מטרה כפולה: הרתעת אחרים... וניתוקם מהחברה לתקופות משמעותיות, של אלה שפשעו...". גמול: ע"פ 156/80 בנימין נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 746, 744 (1981), שם קבע בית-המשפט כי יש להעדיף את שיקול הגמול על שיקול הרתעה. שיקום: רע"פ 5066/09 אוחיון נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק-הדין של השופט ג'ובראן (נבו 22.4.2010): "...במקרה הנדון ועל אף השיקולים לחומרה... יש מקום לתת משקל יתר לפן השיקומי..."; ע"פ 5641/09 מדינת ישראל נ' ברזינסקי, פס' 12 (נבו 22.3.2010): "השיקולים הפרטניים... מצדיקים במקרה הנוכחי את העדפת השיקול השיקומי-טיפולי".

הרתעתית.²⁰⁹ אך גם אם נניח כי בשלב זה אי-אפשר לזקק מתוך הענישה הנהוגה את הענישה הגמולנית, אם בתי-המשפט יפעלו כפי שאנו מציעים במאמר זה, אזי מדובר במצב זמני, שכן עם הזמן ייווצר מאגר של פסקי-דין שבהם מתחמי העונש ההולם ישקפו גישה גמולנית.²¹⁰

כאן המקום לציין כי בשנת 2016 הונחה על שולחן הכנסת הצעה לתיקון מס' 128 לחוק העונשין,²¹¹ אשר נועדה לערוך אי-אלה שינויים בתיקון 113. אחד השינויים שהוצע היה להקים ועדה מייעצת לענייני ענישה, אשר תפקידה יהא לערוך מחקרים ולפרסם ממצאים ביחס לרמת הענישה הנהוגה בפסיקת בתי-המשפט. הצעת החוק קובעת כי ממצאים אלו ישמשו את בתי-המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם,²¹² על-מנת "להבטיח שמעשים דומים יזכו לתגובה עונשית דומה וכך לסייע ביצירת שוויון בענישה".²¹³ הקמת ועדה כזו, ככל שהיא תתרום לאחידות בענישה, היא אכן

209 ראו את המקורות לעיל בה"ש 23 ו-52.

210 ניתן לטעון כי כשם שיש להבחין בין ענישה נהוגה גמולנית לענישה נהוגה שאינה כזו, כך יש להבחין גם בין ענישה קרבית שנקבעה משיקולים גמולניים לבין כזו שנקבעה משיקולים אחרים. דהיינו, בכל עברה שבית-המשפט עוסק בה יש לנתח את השיקולים שהנחו את המחוקק בקביעת העונש המרבי, ולתת לעונש זה משקל משמעותי רק מקום ששיקולי המחוקק עולים בקנה אחד עם תמהיל השיקולים שבתיקון 113 ועם עקרון ההלימה. נראה כי טענה זו עולה בקנה אחד גם עם המלצתה של ועדת דורנר כי בטווח הארוך תיערך בחינה מחודשת של העונשים המרביים הקבועים בחוק העונשין והם יותאמו לשיקול ההלימה (דוח ועדת דורנר, לעיל ה"ש 23, בעמ' ד ובעמ' 31). למשל, בעת האחרונה התקבל תיקון לחוק העונשין שעניינו החמרת הענישה בעברות נשק (חוק העונשין (תיקון מס' 140 – הוראת שעה), התשפ"ב-2021, ס"ח 472). מדברי ההסבר להצעת התיקון שהונחה על שולחן הכנסת לדיון מוקדם עולה כי הוא הונע בעיקר משיקולי הרתעה: "החזקתו של נשק בלתי חוקי הוא היום בגדר 'מכת מדינה'... מוצע לקבוע עונש מינימום בעבירה זאת על מנת להילחם מלחמת חורמה ב'מכת מדינה' זו" (דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון – עונש מינימום על החזקת נשק בלתי חוקי), התשפ"א-2021, פ/55/24). מדובר ברטוריקה מובהקת של הרתעה (ראו גם פס' 1 למכתב מהסנגוריה הציבורית ליושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט (26.7.2021) <https://fs.knesset.gov.il/24/Committees/24-cs-bg-605140.pdf>). על-פי הטענה, מכיוון ששיקולי הרתעה אינם "השיקול המנחה בענישה" לפי תיקון 113, יש לייחס להחמרת הענישה משקל נמוך יחסית. דעתנו היא כי סבירותה של טענה זו מצריכה דיון מעמיק, אשר חורג מגדר מאמר זה, אך גם אם טענה זו נכונה, אין משמעותה שהמשקל של העונש המרבי במקרים מסוג זה הוא זניח. על פני הדברים, היא משליכה לכל-היותר על היחס בין העונש המרבי (והעונש הנגזר ממנו למקרים חמורים פחות) לבין התקרה של מתחם העונש ההולם.

211 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה 1078 (להלן: הצעת תיקון 128).

212 שם, ס' 1(1) ו-6.

213 שם, דברי ההסבר לס' 1(א). כן ראו את דברי השרה איילת שקד בדיון שהתקיים במליאת

מעשה ראוי. אולם להצעה להקים ועדה כזו יש משמעות כפולה ביחס לתופעה שאנו עומדים עליה במאמר זה: ראשית, הבחירה להקים ועדה שעיקר עיסוקה יהיה בענישה הנהוגה משקפת את העובדה שהענישה הנהוגה מהווה גורם מרכזי אשר מעסיק את מערכת המשפט ומשפיע בצורה ניכרת על גזירת הדין; שנית ועיקר, לא רק שאין בוועדה כזו כדי לתת מענה לבעיית ההסתמכות המוגברת על הענישה הנהוגה בלי קשר לשיקולי הענישה שבבסיסה, אלא שהיא עלולה להנציח את המצב הקיים, וכך למעשה להנציח ענישה המשקפת שיקולים שאינם תואמים את תיקון 113. מקריאת ההצעה משתמע כי ועדה זו תבנה למעשה מאגר מידע אחיד ונגיש, שבו יוכלו בתי-המשפט השונים לאתר נתונים על הענישה הנהוגה כדי לשקול אותם בקובעם את מתחם העונש ההולם. לא מצאנו זכר לכך שמאגר המידע והנתונים שתציע הוועדה יבחינו בין ענישה גמולנית לענישה שיורית. להפך, היא תעסוק בענישה הנהוגה בנסיבות השכיחות של העברות, ולא תיתן כלל את דעתה לשיקולי הענישה שהנחו את הענישה האמורה.²¹⁴ מכיוון שהענישה לאחר תיקון 113 המשיכה למעשה את מגמת הענישה לפני התיקון, התמקדותה של הוועדה בניתוח סטטיסטי של הענישה לאחר תיקון 113 צפויה למעשה לתת גושפנקה לפרקטיקה של בתי-המשפט – אומנם תוך הדגשת האחידות בענישה, אך תוך דחיקת שיקול ההלימה לשוליים. אומנם, בדברי ההסבר לסעיף 6 להצעת תיקון 128 נאמר כי ממצאי הוועדה המייעצת בעניין רמת הענישה הנהוגה יוכלו לשמש את בית-המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם "ככל שהדבר מתאים למעשה העבירה שבפניו". כלומר, ברובד ההצהרתי מוסבר כי הענישה הנהוגה היא רק שיקול אחד שיש להתחשב בו, וגם זאת רק במקרים המתאימים. אולם דברים אלו הוסברו ממילא גם במסגרת תיקון 113, והסברתם שנית אינה צפויה לשנות את המצב.²¹⁵

הכנסת לקראת הקריאה הראשונה על הצעת החוק: פרוטוקול ישיבה 141 של הכנסת ה-20, 40 (4.7.2016).

214 ראו את דברי ההסבר לס' 6 להצעת תיקון 128. יצוין כי נראה שמדובר בתפקיד שונה מזה שיועד לוועדת עונשי-המוצא שהוצעה על-ידי ועדת גולדברג, שהייתה אמורה לקבוע עונשי-מוצא לעברות מסוימות במקרים הטיפוסיים (דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 2, בעמ' 25–26). דהיינו, הצעתה של ועדת גולדברג לא הייתה להנציח את הענישה הנהוגה, אלא לבחון מחדש את הענישה הראויה בהתאם לשיקולים שהותוו על-ידיה, ולהציע ענישה זו כענישת-מוצא לבתי-המשפט.

215 הצעת תיקון 128 אושרה בקריאה הראשונה בתאריך 4.7.2016 (ראו פרוטוקול ישיבה 141 של הכנסת ה-20, לעיל ה"ש 213, בעמ' 48). כמו-כן, חודש אחר כך החליטה הממשלה על אימוץ ההצעה להקים ועדה כזו (החלטה 1840 של הממשלה ה-34 "ייעול מדיניות הענישה ושיקום האסירים בישראל" (11.8.2016)). אולם מאז לא השתנה דבר, והצעת החוק עודנה ממתנה לקריאות השנייה והשלישית.

לסיכום, הענישה הנהוגה הגמולנית משמשת כלי מהותי לזיקוק השיפוט המוסרי של בתי-המשפט בנוגע לחומרה היחסית של עברות ולשיפור ההנמקה. בכל מקרה, בין אם בית-המשפט מצליח לזקק את המרכיב הגמולני בענישה הנהוגה ובין אם לאו, הענישה הנהוגה משמשת בלם מפני החמרה בלתי-מידתית. אם בית-המשפט איתר ענישה שיווית בלבד, בלם זה יהיה "חלש" יחסית ויקבע את תחתית המתחם. לעומת זאת, אם בית-המשפט איתר ענישה גמולנית, עוצמת הבלימה שלה תהיה חזקה יותר, כך שממוצע ענישה זו יסמן את מרכז המתחם.²¹⁶ כעת, לאור כל האמור, נסכם ונדגים כיצד על בית-המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם.

4. יישום: קביעת מתחם העונש ההולם

המורם מן האמור הוא שהשלב הראשון בגזירת הדין – קביעת מתחם העונש ההולם – מורכב גם הוא מבחינה קונספטואלית מכמה שלבים. בשלב א על בית-המשפט לקבוע את החומרה היחסית של המעשה שעשה הנאשם (בשים לב לנסיבות הקשורות לביצוע העברה), ולגזור ממנה את נקודת המכוון בזיקה לעונש המרכיב הקבוע לצד העברה.²¹⁷ בשלב ב על בית-המשפט לאתר גזרי-דין (ענישה נהוגה) שניתנו במקרים בעלי מידת חומרה דומה. כאמור, אם נקודת המכוון נמוכה מהענישה הנהוגה, אין מניעה להקל ולקבוע מתחם ענישה שממוקם כולו מתחת לממוצע הענישה הנהוגה. הקושי העיקרי הוא במקרה שבו נקודת המכוון גבוהה מהענישה הנהוגה. במקרה כזה על בית-המשפט לעבור לשלב ג. עליו לנסות לזקק מתוך גזרי-הדין את הענישה הגמולנית.²¹⁸ אם הוא לא הצליח, אזי יש להתייחס לענישה זו כאל "ענישה שיווית". במקרה זה על בית-המשפט לוודא כי

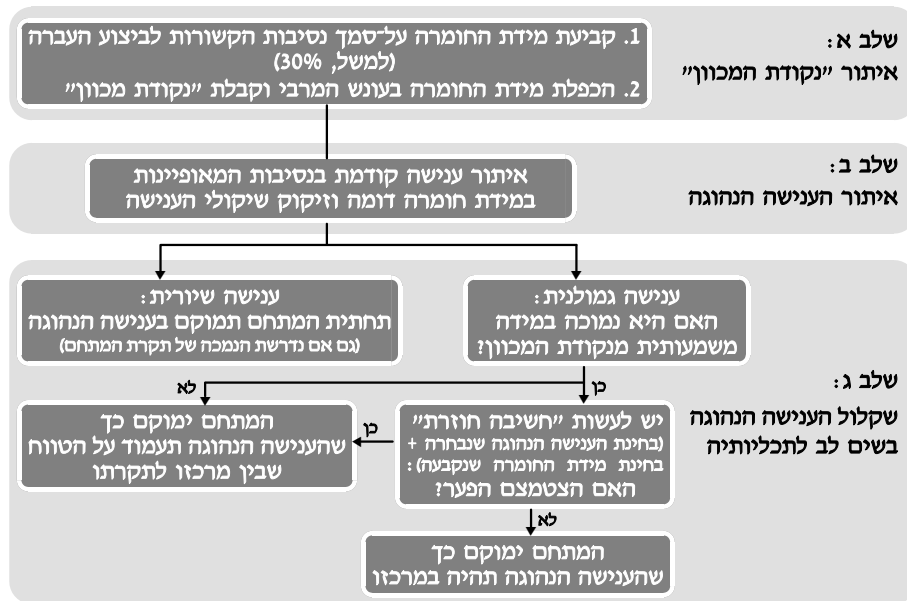
216 עשויים להיווצר מצבים שבהם הבלם שהענישה השיווית יוצרת והבלם שהענישה הגמולנית יוצרת מולידים מתחמים שונים. כך, למשל, ייתכן מקרה שבו ממוצע הענישה הגמולנית קורא להחמרה של המתחם לעומת זה שהיה מתקבל אילו איתר בית-המשפט ענישה שיווית בלבד. ככל שיווצרו מקרים מסוג זה, נציע כי בית-המשפט יסתמך על הענישה הגמולנית, וזאת בשל התפקיד המרכזי שיעד המחוקק לענישה מסוג וכן בהתאם לחשיבותו של עקרון הגמול בתיקון 113.

217 המקרה היחיד שמצאנו שבו קבע בית-המשפט העליון את החומרה היחסית של מעשה העברה הוא בעניין גאבר, לעיל ה"ש 131, שם קבע השופט שטיין כי "מדובר במקרה חמור שנסיבותיו בוודאי מגיעות לדרגת חומרה בינונית" (שם, בפס' 4). אולם דובר בערעור בבית-המשפט העליון, ועל-כן הדברים התמקדו בעונש הסופי שהוטל על הנאשם, ולא בא בעקבותיהם דיון על משמעותה של חומרה זו לגבי מתחם העונש ההולם.

218 גם ואקי ורכין בדעה כי לפני שבית-המשפט גזור מהענישה הנהוגה את מתחם העונש במקרה שלפניו, עליו לבחון תחילה אם ענישה זו התבססה על עקרון ההלימה, קרי, אם מדובר בענישה גמולנית בעיקרה אם לאו (ואקי ורכין, לעיל ה"ש 18, בעמ' 437).

המתחם שהוא קובע אינו חורג כלפי מעלה בצורה בלתי-מידתית. דהיינו, על בית- המשפט להעמיד את תחתיתו של מתחם העונש ההולם על ממוצע רמת הענישה הנהוגה או נמוך מכך (גם אם הדבר יחייב הזזה של תקרת המתחם כך שהיא תהיה נמוכה מנקודת המכוון). אם הצליח בית-המשפט לזקק מגזרי-הדין את הענישה הגמולנית, עליו לבחון אם היא מצויה בקרבת נקודת המכוון אם לאו. אם כן, עליו לקבוע מתחם ענישה בשים לב לנקודת המכוון ולענישה הנהוגה. דהיינו, המתחם ייקבע כך שתקרתו תהיה נקודת המכוון והענישה הנהוגה הגמולנית תעמוד במקום כלשהו בין מרכזו לתקרתו. אם לא – קרי, אם הענישה הנהוגה הגמולנית רחוקה מנקודת המכוון באופן המצריך מתיחה מוגזמת של רוחב המתחם – על בית- המשפט לשקול אם יש מקום "לתקן" את מסקנותיו. אם בסופו של תהליך ייוותר פער משמעותי בין הענישה הנהוגה הגמולנית לבין נקודת המכוון, על בית-המשפט לקבוע מתחם ענישה שמרכזו בממוצע הענישה הנהוגה הגמולנית (גם אם הדבר מצריך הורדה של תקרת המתחם אל מתחת לנקודת המכוון). לעומת זאת, אם בעקבות "החשיבה החוזרת" יצטמצם הפער בין הענישה הנהוגה הגמולנית לבין נקודת המכוון, אזי על בית-המשפט לקבוע מתחם ענישה בשים לב לנקודת המכוון ולענישה הנהוגה כאמור לעיל, קרי, לקבוע את המתחם כך שנקודת המכוון תמוקם בתקרתו והענישה הנהוגה תמוקם בין מרכזו לתקרתו.

תרשים 1: גזירת הדין לפי המודל המוצע



נמחיש את הדברים באמצעות דוגמה מספרית:²¹⁹ נניח שנאשם הורשע בעברת גנבה. הנאשם תכנן את המעשה יחד עם חבריו במשך כמה שעות, אך הוא לא היה המרכזי שבחבורה. במהלך הגנבה, אשר נמשכה כשלוש דקות, נעל הנאשם את בעל החנות בתוך מחסן החנות, ופתח את המחסן בסיוע הגנבה. בסופו של יום גנב הנאשם מהחנות סחורה בשווי 250 ש"ח, ולא נגרם כל נזק נוסף.

בשלב א על בית-המשפט לבחון את החומרה היחסית של מעשי הנאשם על סולם מופשט של מעשים המקיימים את עברת הגנבה הרגילה. לאור הנסיבות שתוארו, בית-המשפט מעמיד את מידת החומרה של מעשי הנאשם על שליש מהחומרה המרבית. מכיוון שהעונש המרבי על עברת הגנבה עומד על שלושים ושישה חודשי מאסר, נקודת המכוון תעמוד על שנים-עשר חודשי מאסר. לפיכך, אם נביא בחשבון את נקודת המכוון בלבד, על המתחם להיקבע כך שתקרתו תהא שנים-עשר חודשי מאסר – למשל, מתחם של שישה עד שנים-עשר חודשי מאסר.

בשלב ב על בית-המשפט לבחון את הענישה הנהוגה בנסיבות חומרה דומות, ולזקק מתוכה את הענישה הגמולנית. לאחר-מכן, בשלב ג, עליו לתת לענישה זו את תפקידה בהתאם לממצאים. נניח כי בית-המשפט מאתר בפסיקה ענישה בעברת גנבה בנסיבות דומות, ואף מוצא כי פסיקה זו התבססה בעיקרה על שיקולי גמול. בית-המשפט מוצא גם כי ענישה זו עומדת על כחמישה חודשי מאסר (ככל שיחלוף הזמן, ואם ייכתבו פסקי-דין בהתאם למתווה שאנו מציעים, יוכל בית-המשפט פשוט לאתר פסיקה שקבעה כי מידת החומרה היחסית היא שליש). דהיינו, נראה כי יש פער שאינו זניח בין נקודת המכוון לבין הענישה הנהוגה הגמולנית. בית-המשפט חוזר ובוחן את אומדן החומרה שערך, ונוכח כי הוא התעלם מאחת הנסיבות שקשורות לביצוע העברה – העובדה שהמעשה בוצע על רקע מצוקה כלכלית ממשית – ואשר מאפיינת גם חלק ניכר מהענישה הנהוגה שמצא. לנוכח זאת בית-המשפט מתקן את אומדנו וקובע כי מידת החומרה היחסית של מעשי הנאשם היא שישית מהחומרה המרבית. הערכה זו מעמידה את נקודת המכוון על שישה חודשי מאסר, באופן הדומה לענישה הנהוגה. לפיכך על בית-המשפט לקבוע מתחם בהתאם – למשל, חודשיים עד שישה חודשי מאסר.

נניח כעת כי בית-המשפט חוזר ובחן את הערכתו בנוגע לחומרת המעשה ואת הפסיקה הנהוגה הגמולנית, ומצא כי אין מקום לערוך שינויים – לא בהערכת

219 יש לציין כי הדוגמה נועדה רק להמחיש את העקרונות שעליהם עמדנו בעניין היחס בין המתחם לבין העונש המרבי; היא אינה מביאה בחשבון את הדין בנוגע לרוחב הראוי של המתחם. כפי שכבר הסברנו, אין מניעה שהענישה הנהוגה תמשוך את המתחם כלפי מטה, כך שתקרתו תהיה נמוכה מ"נקודת המכוון".

החומרה שערך ולא בענישה הנהוגה שאיתר. במקרה כזה הוא נותר כשבידיו נקודת מכוון של שנים-עשר חודשי מאסר וענישה נהוגה גמולנית בגובה של שישה חודשים. במצב זה עליו לקבוע מתחם ענישה שמרכזו (פחות או יותר) בממוצע הענישה הנהוגה – למשל, מתחם של ארבעה עד שמונה חודשים.

לבסוף, נניח כי בית-המשפט מצא רק ענישה שיווית או לא הצליח לזקק את שיקולי הענישה שבבסיס הענישה הנהוגה. במקרה כזה בית-המשפט נותר כשבידו ענישה נהוגה שיווית בגובה של שישה חודשים ונקודת מכוון של שנים-עשר חודשים. במצב זה עליו לקבוע מתחם ענישה שתחתיתו אינה מעל הענישה הנהוגה – למשל, מתחם של שישה עד תשעה חודשי מאסר.

מובן שהמספרים והמתחמים שלעיל הם לשם המחשה בלבד, אך בסופו של יום משמעות הדבר היא זו – נקודת המכוון מסמנת באופן טנטטיבי את תקרתו של מתחם העונש ההולם, אך סימון זה כפוף לאילוצים הנובעים מהענישה הנהוגה: מצא בית-המשפט ענישה שיווית, יודא כי רצפת המתחם אינה גבוהה ממנה, גם אם הדבר יחייב קביעת מתחם שתקרתו נמוכה מנקודת המכוון; מצא בית-המשפט ענישה גמולנית, יודא כי נקבע מתחם שבו ענישה זו מצויה בין מרכזו לבין תקרתו; לבסוף, אם נקודת המכוון נמוכה מהענישה הנהוגה, אין כמובן מניעה לקבוע מתחם חמור פחות מהענישה הנהוגה.

5. ביקורות אפשריות

לפני סיום נתייחס בקצרה לכמה ביקורות אפשריות על הצעתנו. ביקורת אפשרית אחת היא כי השימוש בעונש המרבי כאמת-מידה מספרית אינו ראוי, שכן שינויים נורמטיביים המתרחשים לאורך הזמן אינם מקבלים תמיד ביטוי בשינוי העונש המרבי הקבוע לצד העברה. לביקורת זו התייחסנו בהרחבה לעיל.²²⁰ נזכיר רק כי עמדתנו היא כי אף שהשימוש בעונש המרבי כאמת-מידה מספרית אינו נקי מקשיים, הוא האפשרות הטובה ביותר מבין האפשרויות העומדות לרשות בתי-המשפט בעת הנוכחית. לראיה, זו למעשה גם עמדתו של בית-המשפט העליון, אשר הדגיש כי עונש זה הוא גם העונש הראוי במקרים החמורים ביותר.

ביקורת נוספת עשויה לגרוס כי הגם שהצעתנו היא ראויה מבחינה תאורטית-אנליטית, היא נעדרת משמעות מעשית, וזאת משתי סיבות עיקריות. הסיבה האחת היא שלמרות האופן שבו גזרי-הדין של בתי-המשפט כתובים, בפועל התוצאה קודמת להנמקה, דהיינו, השופט מחליט תחילה באופן אינטואיטיבי מה העונש

220 ראו לעיל ליד ה"ש 138-150.

שהוא גזור, ורק לאחר-מכן מנמק זאת. אם כך הדבר, אזי שינוי הקשור להנמקה אינו צפוי לשנות את התוצאה.²²¹ גם אם דברים אלו נכונים, הם נכונים ביחס לכל ניסיון להכווין את שיקול-הדעת השיפוטי. אומנם, ניתן לנסות להילחם בתופעה על-ידי קביעת הנחיות מספריות קשיחות, אולם כפי שהסברנו לעיל, וכפי שהניסיון בארצות-הברית מלמד, צמצום רב מדי של שיקול-הדעת של בית-המשפט בגזירת הדין אינו ראוי, וצפוי להיתקל בקשיים משלו. ממילא, גם במציאות של הנחיות מספריות קשיחות יש לבית-המשפט שיקול-דעת בקביעה אילו נסיבות מתקיימות במקרה שלפניו, ואף יש לעיתים אפשרות למצוא דרכים לחרוג מההנחיה. נדמה, אם כן, כי מי שיבקש לצמצם עד-מאוד את שיקול-הדעת של בתי-המשפט בגזירת הדין ימצא את עצמו כשידו על התחתונה או יוביל למציאות שבה ניתנים גזרי-דין לא-צודקים. בהנחה שחובת ההנמקה משפרת את תהליך קבלת ההחלטה,²²² ושלעולם קיים משוב בינה לבין התוצאה,²²³ נדמה כי שינוי בהנמקה עשוי בהחלט להוביל גם לשינוי בתוצאה, גם אם לא במידה המקווה ולא בכל מקרה. הסיבה האחרת לקושי המעשי בהצעתנו היא שאין אפשרות מעשית להבחין בין ענישה גמולנית לענישה שיורית. גם לכך התייחסנו במהלך הדיון לעיל.²²⁴ טענו כי גם אם הדבר אינו פשוט תמיד, יש בהחלט גזרי-דין שניתן לאתר בהם את שיקולי הענישה שהנחו את בית-המשפט. ממילא, מדובר בקושי זמני המאפיין רק את "תקופת המעבר" בין גזרי-הדין שניתנו לפני תיקון 113 לבין גזרי-הדין שיינתנו בהתאם למודל שהתיקון מתווה. נקודה זו מובילה אותנו אל ביקורת אפשרית נוספת.

ביקורת אפשרית שלישית היא שגם אם הצעתנו ראויה ומעשית, מדובר בהצעה מסורבלת מדי. ידוע כי בתי-המשפט כורעים תחת עומס עבודה אדיר. על-כן יש לשיקול היטב כל הצעה שמוסיפה ומסבכת את עבודת השופט במקום לפשט אותה. לראיה, כפי שמצא מסורי, חלק ניכר מהביקורת שהושמעה על תיקון 113 עוסקת בדיוק בנקודה זו.²²⁵ אולם נדמה כי הביקורת הושמעה על רקע הסברה כי המאמץ המושקע ממילא לא יוביל לשינוי בתוצאה. אם השחקנים השונים יסברו כי המאמץ שלהם יישא פרי בדמות שינוי בענישה, למצער בחלק מהמקרים, הם עשויים לסבור גם כי מאמץ זה ראוי. נוסף על כך, כפי שציינו, הצורך לזקק מתוך הענישה הנהוגה את שיקולי הענישה הוא צורך זמני, אשר יפחת עם הזמן, ככל שיגדל מאגר

221 ראו, למשל, מסורי, לעיל ה"ש 48, בעמ' 24–27.

222 בעניין זה ראו לעיל בה"ש 40.

223 ראו לעיל בה"ש 63.

224 ראו לעיל ליד ה"ש 209–210.

225 מסורי, לעיל ה"ש 48.

פסקי-הדין שמשקפים את שיקול ההלימה. או-אז תוחלף המלאכה הסיזיפית של זיקוק שיקולי הענישה במלאכה קלה הרבה יותר של איתור פסקי-דין בדרגות חומרה דומות למקרה שלפני בית-המשפט (משימה הניתנת כיום לביצוע באמצעות מערכות טכנולוגיות). יש לזכור גם כי הצעתנו אינה מגבילה הקלה בענישה בהשוואה לענישה הנהוגה, אלא רק החמרה בלתי-מידתית. לפיכך, גם אם יוותרו בתי-המשפט על זיקוק שיקולי הענישה ויתייחסו אל כלל הענישה הנהוגה כענישה שיורית, וגם אם התזוזה בענישה תהיה איטית יותר בשל כך, עדיין ייווצר עם הזמן אותו מאגר גמולני של פסקי-דין.

לסיכום, הגם שהצעתנו אינה נקייה מקשיים, נדמה כי כך יהיה נכון לומר לגבי כל הצעה שעניינה בהכוונת שיקול-הדעת השיפוטי בגזירת הדין. האתגר הוא להגשים את תכלית החוק תוך איוון נכון בין הקשיים השונים. אנו סבורים כי נכון למצב המשפטי הקיים בישראל כיום, הצעתנו מצליחה לעשות זאת.

סיכום

מאמר זה נולד לאחר שנתקלנו בספרות שלפיה תיקון 113 לא שינה בצורה משמעותית את רמת החומרה של הענישה. אין פסול בדבר זה כשלעצמו, בפרט לנוכח העובדה שתיקון 113 לא נועד להביא לידי החמרה בענישה. אולם, כפי שנכתב בדברי ההסבר של ועדת גולדברג להצעתה, אשר הולידה לימים את תיקון 113, התיקון אומנם לא נועד להביא לידי "החמרה לשם החמרה", אולם יש מקום להחמרה ככל שהדבר נועד לשרת את תכלית ההלימה. דהיינו, התיקון נועד להביא לידי הלימה, ואם הלימה מחייבת שינוי בענישה, אזי התיקון נועד להוביל לאותו שינוי בשל עקרון ההלימה.

תחילה הצגנו את עיקרי התיקון, והפנינו לספרות שלפיה התיקון לא הוביל לשינוי משמעותי בענישה. טענו כי הדבר תמוה, וזאת לנוכח הקביעות הנורמטיביות הסדורות בתיקון 113, בניגוד לבליל התכליות הבלתי-מוסדר ששימש הצדקה לענישה לפני התיקון. טענו כי סביר שהדבר נובע מהסתמכות של הפסיקה על הענישה הנהוגה בקביעת מתחם העונש ההולם, וכי הסתמכות זו נעוצה בשני מקורות: האחד הוא המבחן להתערבות ערעורית – מידת הסטייה מהענישה הנהוגה – אשר מדרבן המשך הסתמכות על הענישה הקיימת; והאחר – שהוא המקור העיקרי ואשר יש בו גם כדי להסביר את המקור הקודם – הוא הצורך באמת-מידה מספרית לכימות העונש.

בחלק השני הצענו כי אמת-המידה המספרית אשר ראוי שתשמש את בתי-המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם היא העונש המרבי שקבוע לעברה. הפנינו

לספרות ולפסקי-דין של בית-המשפט העליון שבהם נקבע כי העונש המרבי נועד למופעים החמורים ביותר של העברה, וכי מכך ניתן לגזור "נקודת מכוון" למקרים חמורים פחות, על-סמך הנסיבות הקשורות לביצוע העברה. עוד הסברנו כי בתצורה זו תמלא הענישה הנהוגה תפקיד של אינדיקציה מהותית לבחינת שיקול-דעתו של בית-המשפט בקביעת נקודת המכוון ומתחם הענישה, או לכל-הפחות בלם מפני החמרה בלתי-מידתית במתחם הענישה. לבסוף, מתחם העונש ההולם ייקבע בשים לב לנקודת המכוון ולענישה הנהוגה וטיבה.

לדעתנו, המודל המוצע מבנה את שיקול-הדעת של בית-המשפט בגזירת הדין תוך שמירה על מתחם שיקול-דעת רחב מספיק בידי בית-המשפט להתאים את העונש לכל מקרה שלפניו. אם הדבר יוביל לשינוי בענישה – בין לחומרא ובין לקולא (בהתאם לעברה ולנסיבות) – יהיה זה בשל התאמת הענישה לתכלית ההלימה כתכלית העיקרית, כפי שמתווה תיקון 113.