

הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקה בית-המשפט העליון*

מאת

רות קנאי**

בשיטת-המשפט שלנו השופט קובע את העונש לפי שיקול-דעתו. ההגבלות על שיקול-הדעת בחקיקה מועטות. שמירה על עקרון החוקיות מביאה לחיפוש דרכים להכוונת שיקול-דעתו של השופט. אחת הדרכים היא הדרכת שיקול-הדעת באמצעות הפסיקה של בית-המשפט העליון. במאמר נדונה הפסיקה של בית-המשפט העליון בטוגיות מרכזיות של הענישה, כדי למצוא אם, ובאיזו מידה, יש בה הדרכה לשופט בהפעלת שיקול-דעתו בקביעת העונש. המסקנה היא, כי אין בפסיקה הדרכה מספקת והבעיה העיקרית היא, שאין הכרעה לגבי השיקול המרכזי בענישה ולגבי היחס בין שיקולי הענישה השונים. המאמר בודק גם את הפסיקה האנגלית ואת ההדרכה הניתנת בה לשופטים וכן את התקונים החדשים בחוק האנגלי שיש בהם קביעה של שיקולי הענישה, והדרכה לשופטים בקביעת העונש. נדונה הבעייתיות של הדרכת שיקול-הדעת באמצעות הפסיקה, והמסקנה היא שדרושה התערבותו של המחוקק. המאמר מסיים בקריאה למחוקק לקבוע עקרונות-יסוד בענישה, ובמיוחד את שיקולי הענישה והיחס בין השיקולים השונים. השופט יקבע את העונש לפי שיקול-דעתו, לפי העקרונות שנקבעו.

א. פתיחה. ב. מודל-הענישה בארץ – שיקולי הענישה; 1. שיקול המניעה והשמירה על שלום הציבור; 2. הרתעה כללית; 3. שיקום; 4. תגמול; 5. שקלול מטרות הענישה; 6. סיכום. ג. חומרת העבירה. ד. נסיבות הקשורות בעבריו. ה. ריבוי עבירות. ו. בחירת דרך הענישה. ז. אחידות בענישה. ח. התערבות בית-המשפט שלערוור. ט. ערכאות-ערוור וקביעת הנחיות. י. פסקי-דין מנהלים באנגליה. יא. החוק משנת 1991. יב. הסתכלות אל העתיד.

* ראשיתו של המאמר בפרק קצר בעבודת-הדוקטור שלי, אך הדברים עודכנו, הורחבו, ושנונו. העבודה, "קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול הדעת של השופט בענישה" נעשתה בהדרכתו של פרופ' אהרן אגור והוגשה לסינט של אוניברסיטת בר-אילן באפריל 1991.
לאחר מסירת המאמר למערכת משפטים, תוקן החוק האנגלי הנדון במאמר. הערתי על כך בהערות השוליים. עדכונים נוספים לא נעשו.
** מרצו, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

א. פתיחה

בעשור האחרון אנו עדים לחיפוש אחר דרך נאותה לקביעת מסגרות לשיקול-הדעת של השופט בקביעת גזר-הדין. ההתעניינות הגוברת והעיסוק הרב בנושא זה – בספרות ובחקיקה – נובעים מההכרה, שגם בתחום זה של קביעת גזר-הדין ראוי שתהיה הקפדה על העקרונות של שלטון החוק. על שיקול-הדעת של השופט בקביעת גזר-הדין להיות מוגבל, מונחה ומבוקר, כך שלא יפגע בעקרון החוקיות.¹ מגמה זו של שמירה על עקרון החוקיות בענישה כרוכה גם בשאיפה לצמצם את חוסר-האחידות בענישה.²

הדרך להשגת השמירה על עקרון החוקיות שונה משיטה לשיטה. דרך אחת היא לקבוע הוראות לקביעת גזר-הדין בחקיקה. דרך זו נקטה מדינת קליפורניה בחוק משנת 1976, וזו גם הדרך המוצעת על-ידי פרופ' פלר ופרופ' קרמניצר בהצעתם לחלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש.³ דרך שנייה היא לקבוע הנחיות לקביעת גזר-הדין באמצעות ועדה מיוחדת (sentencing guidelines). בדרך זו הלכו כמה מדינות בארצות-הברית,⁴ ואף החוק הפדרלי הפלילי. הדרך השלישית היא להדריך את החלטות השופטים בקביעת גזר-הדין באמצעות הפסיקה של בתי-המשפט לערעורים. דרך אחרונה זו נקטה השיטה האנגלית עד לחקיקת ה-Criminal Justice Act 1991. החוק האנגלי החדש, שנכנס לתוקפו רק באוקטובר 1992, קובע כמה הוראות בסיסיות ואת השיקול המרכזי בקביעת גזר-הדין, והוראות נוספות יתגבשו בפסיקה. הדרך השלישית היא הנוהגת בארץ.

במאמר זה בדיוני לבדוק שיטה זו, תוך התרכזות בפסיקה של בתי-המשפט העליון בארץ, והשוואה עם יישומה של שיטה זו באנגליה. השוואה זו מעניינת במיוחד בשל השינויים שחלו לאחרונה בחוק האנגלי. נבדוק מה הביא את המחוקק האנגלי לקביעת ההוראות החדשות ונראה אם ראוי לנו ללמוד מהניסיון האנגלי. לפני שנעבור לבדיקת הפסיקה, בעיותיה ומגבלותיה, נסקור את המסגרת הקבועה בחוק. הדבר המעניין ביותר בחוק שלנו הוא מה שאין בו. אין בחוק שום הוראה מפורשת הדנה במטרות המשפט הפלילי, במטרות הענישה או בשיקולי הענישה.⁵ אמנם, ניתן ללמוד על שיקולי ענישה מתוך הוראות חוק שונות, אך הדברים אינם

- 1 ראה (K. C. Davis, *Discretionary Justice* (Louisiana State Univ., 1969); ר' קנאי, קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול הדעת של השופט בענישה, עבודת דוקטור שהוגשה לסנט אוניברסיטת בר אילן, 1991. חלק ראשון, פרק שני.
- 2 ראה י' חסין ומ' קרמניצר, "אחידות בענישה בעבירות חעבורה" משפטים יח (תשמ"ח) 103; וכן ר' קנאי, "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקר משפט י (תשנ"ג) 39.
- 3 "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" משפטים יד (תשמ"ד) 127.
- 4 לשיטה זו של הנחיות ראה ר' קנאי, "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקר משפט ה (תשמ"ז) 234.
- 5 הוראות כאלה יש כיום בחוק האנגלי החדש, וראה בהמשך המאמר. לדוגמה נוספת ראה Penal Code of Finland, Art. 6, s.1.

מסודרים ואינם מצביעים על ראייה כוללת⁶, ולכן לא ניתן ללמוד מהם מהי גישת המחוקק והשקפתו על מטרות הענישה⁷.

דרכי הענישה נקבעו בפרק ו של חוק העונשין⁸. החוק קובע כמובן את העונשים המרביים. הוראות לגבי עונשים מזעריים נדירות למדי, ותקופות-המאסר המזעריות קצרות⁹. בסופו של דבר, כיוון שהעונשים המרביים גבוהים ויש מגוון של דרכי ענישה, הכוח המסור בידי השופט רב מאוד, ואין בחוק הדרכה והנחיה לשופט בהפעלת שיקול-דעתו.

אולם יש לזכור, כי שיקול-הדעת של השופט בענישה נתון לביקורת בערכאת-הערעור. זו נקודה חשובה ביותר ואנו נוטים להתעלם ממנה, מפני שהיא כה מושרשת בארץ. בשיטות-משפט רבות הביקורת השיפוטית על שיקול-הדעת בענישה היא הסדר חדש, שבא כחלק מהניסיון להסדיר את שיקול-הדעת ולהעמידו בדרישות של עקרון החוקיות¹⁰.

ביקורת שיפוטית בעלת ערך תיתכן רק כאשר יש הנחיות להפעלת שיקול-הדעת. רק במצב כזה ניתן לבדוק בערכאת-הערעור אם השופט דמטה הפעיל את שיקול-דעתו כהלכה¹¹. על-כן נבדוק גם באיזו מידה מערכת-הערעור שלנו היא אפקטיבית,

6 למשל: פקודת המבחן (נוסח חדש), תשכ"ט-1969, דנה בצר-מבחן ובתנאיו ואין ספק שהיא מבטאת שיקולים שיקומיים. השיקול השיקומי מוצא ביטוי גם בסעיפים 37 ו-38 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: החוק), הוגים בתסקיר קצין-מבחן. מסעיפים אלה ניתן גם ללמוד אילו נתונים רלבנטיים לדעת המחוקק לצורך קביעת העונש, שהרי נתונים אלה הוזכרו בסעיף; אבל אין שום הוראה ברבר המשקל היחסי של נתונים אלה בקביעת העונש וגם לא בדבר המשקל של שיקולי השיקום בקביעת העונש. כך גם לגבי התחשבות בעבר הפלילי לפי סעיפים 187-188 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982.

7 מטרות הענישה ושיקולי הענישה משפיעים על טיבו והיקפו של שיקול-הדעת של השופט, בבעיה זו דנתי כמאמרי הנזכר לעיל, בהערה 2. כאשר השיקול המרכזי בענישה הוא שיקומי, שיקול-הדעת של השופט הוא מנהלי ביסודו, אך כאשר השיקול המרכזי בענישה הוא תגמולי, שיקול-הדעת הוא שיפוטי. לפיתוח נוסף של הדברים ולהבחנה בין שיקול-דעת מנהלי לשיקול-דעת שיפוטי ראה שם.

8 מפעם לפעם מוסיף המחוקק דרך ענישה נוספת, למשל: שירות לתועלת הציבור, (סעיפים 71-171 לחוק, כפי שהוספו בשנת תשל"ט, ס"ח תשל"ט 43) או צורה נוספת לנשיאת עונש-מאסר: נשיאת מאסר בעבודת-שירות, לפי סעיפים 51-51א לחוק, כפי שהוספו בשנת תשמ"ז, ס"ח תשמ"ז 80. בכך ניתן לבית המשפט מגוון רב יותר של דרכי ענישה, ובמיוחד חלופות למאסר או דרכים חלופיות לנשיאת עונש-מאסר. אין ספק כי יש גם רצון להקל על הצפיפות בבתי-הסוהר. החוק כולל גם הוראות המגבילות את השימוש בדרכי הענישה, למשל: אין להטיל שירות לתועלת הציבור כאשר מוטל מאסר בפועל, ואפילו מאסר קצר: סעיף 71א(א) לחוק. וראה ע"פ 259/81 מדינת ישראל נ' שחר סגל פ"ד לה(4) 313, 328; ע"פ 291/81 פלוני נ' מדינת ישראל פ"ד לה(4) 438, 444. השופט אלון סבור, כי רצוי לאפשר צירוף של מאסר בפועל ושירות לתועלת הציבור כדי לקצר את תקופת המאסר, אבל הוראות מגבילות כאלה אינן רבות.

9 למשל: לפי סעיף 273 לחוק, מי שתוקף שוטר דינו מאסר עד שלוש שנים ולא פחות מתודש ימים; העונש על עבירה רצח הוא מאסר-עולם חובה; סעיף 11 לחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם קובע עונש-מאסר מזערי של 10 שנות-מאסר למי שעבר עבירה על סעיף 1 לחוק בנסיבות מקלות. יש גם הוראות הקובעות עונש של פסילת חובה של רשיון-נהיגה במקרים מסוימים.

10 כך, למשל, במשפט האמריקני הפרדלי. הערעור על שיקול-הדעת בענישה נקבע בחוק משנת 1984 במסגרת השינויים בהליכי קביעת גזר-הדין והקמת הוועדה לקביעת הנחיות למתן גזר-דין. Comprehensive Crime Control Act, 1984. קודם-לכן לא היה ערעור על חומרת העונש, אלא רק ערעור על חוקיות העונש, או על כך שהעונש מנוגד לחוקה (למשל: לתיקון השמיני).

11 לכן בשיטות רבות לא היה ערעור על חומרת העונש, כל עוד לא היו כללים להפעלת שיקול-הדעת.

תוך התחשבות בכך שאין בית-המשפט שלערעור מחליף את שיקול-הדעת של בית-המשפט דמטה בשיקול-דעתו (הדבר כרוך כמוכן בשאלה, כמה מפורטות ההנחיות שיש בפסיקה בארץ).

במקום אחר כבר דנתי בשיטות-משפט, שבהן אין קביעה של מטרות הענישה ושיקולי הענישה ושהן אין הכרעה לגבי מודל הענישה, אלא על השופט לשקלל ולאזן בכל מקרה מחדש בין שיקולי הענישה. ראינו שם, כי בשיטות כאלה יש לשופט שיקול-דעת רחב, לא מונחה ולא מבוקר, וכי שיקול-דעת זה בהכרח מביא לחוסר-אחידות בענישה והוא אינו עומד בדרישות של עקרון החוקיות¹². גם בשיטת-המשפט שלנו המשימה של קביעת מטרות הענישה והאזון בין השיקולים השונים מוטלת על בתי-המשפט. לפיכך, גם בשיטתנו לא יישמר עקרון החוקיות בענישה, אלא אם יש בפסיקת בתי-המשפט העליון די הנחיות לשופטים, היושבים בדיון, כדי יצירת מערכת, שבה שיקול-הדעת הוא מוגבל, מונחה ומבוקר.

הנקודה הראשונה שנבדוק נוגעת ליחס בין שיקולי הענישה השונים, היינו: לשאלה, אם יש בפסיקת בתי-המשפט העליון הכרעה בדבר מודל הענישה. אולם הכרעה כזו אין בה די, והיא רק הצעד הראשון ליצירת מערכת-הנחיות להפעלת שיקול-הדעת בענישה. יש צורך גם בהנחיות הנוגעות לשאלות נוספות, כגון קביעת חומרת העבירה, אילו נתונים הקשורים לעבריו רלבנטיים לענישה, הצטברות וחפיפה של עונשי-מאסר. ברור, כי היעדר הנחיות בשאלות אלה יביא לשיקול-דעת רחב, לחוסר-אחידות ולפגיעה בעקרון החוקיות.

בבדיקת הפסיקה ובניתוחה יש קושי מסוים. קביעת השיקול המרכזי בענישה משפיעה על ההחלטה בשאלות נוספות, כגון ההתחשבות בנסיבות מיוחדות או החפיפה וההצטברות של מאסרים. למשל: אם השיקול המרכזי בענישה הוא תגמולי, ניתן משקל רב לנסיבות המצביעות על חומרת העבירה. אם השיקול המרכזי הוא מניעתי או שיקומי, ניתן משקל רב לנסיבות אישיות של העבריין. יתר על כן: לאותה נסיבה עשויה להיות חשיבות שונה בהתאם לשיקול המרכזי בענישה¹³. למשל: כפי שנראה בהמשך, יש לעבר הפלילי משקל רב יותר כאשר השיקול המרכזי בענישה הוא מניעתי, אך יש לו משקל גם כאשר השיקול המרכזי הוא תגמולי. על-כן, כדי להבין נכון את הפסיקה, יש לראות מהם שיקולי הענישה; ואולם הדיון בשיקולי הענישה אינו ברור תמיד, וכפי שנראה מיד, פעמים רבות כמה שיקולים נדונים יחדיו, ובמיוחד אין הפרדה בין שיקולי התגמול וההרתעה וכן בין שיקולי ההרתעה והשמירה על שלום הציבור בדרך של מניעה.

אין ספק, כי בית-המשפט העליון רואה את קביעת מדיניות הענישה כאחד מתפקידיו ואף רואה בהחלטותיו הנחיה המחייבת את בתי-המשפט¹⁴. במקום אחר

רק במערכת משפטית, שבה יש כללים כאלה, יש משמעות לאפשרות הערעור. ראה L. Palmer, "The Role of Appellate Courts in Mandatory Sentencing Schemes" 26 *UCLA L. Rev.* (1979) 753.

12 ראה מאמרי (לעיל, הערה 2), ליד הערות 230-236.

13 מאמרי המוכר בהערה 2 דן בהרחבה בסוגיא זו. בסעיף 6 של המאמר הוזכר מודגמת ההשפעה שיש לשיקול המרכזי בענישה על ההוראות בדבר הבחירה בין מאסר למבחן.

14 וכך אמר בית-המשפט ברונו במדיניות של התביעה לענין הגשת ערעור על חומרת העונש: "...ואם טענותיה מתקבלות, יורה בית משפט זה הלכה על מנת שפסק דינו ישמש להבא הנחייה המחייבת את

מוסיף בית-המשפט העליון ואומר, כי תפקיד זה ניתן לו על-ידי המחוקק. וכך נאמר בעניין אטיאס:

...לשני שיקולים אלה מיתוסף שיקול נוסף, והוא – קיום מדיניות אחידה, ככל האפשר, שתשמש כקו מנחה וכמורה דרך בעולמה של ענישה. ושיקול אחרון זה יפה הוא במיוחד לפסיקתו של בית-המשפט העליון, שהמחוקק הפקידו על קביעת מדיניות זו¹⁵.

ב. מודל-הענישה בארץ – שיקולי הענישה

מודל הענישה בארץ הוא מודל מעורב, שבו השופטים מתחשבים בכל שיקולי הענישה (שיקום, הרתעה, גמול ומניעה), שבו אין הכרעה בדבר המשקל שיש לתת לכל אחד מהשיקולים ושבו כל שופט צריך לאזן בכל מקרה בין השיקולים השונים. ההצגה הברורה ביותר של מודל הענישה בארץ מצויה בדבריו של השופט ברק בפסק-דינו בעניין "האנס האדיב".

מקובל לציין, בין מכלול השיקולים שיש לקחתם בחשבון, את שיקולי ההרתעה הכללית וההרתעה האינדיבידואלית, את שיקולי המניעה והתגמול, ואת השיקול השיקומי. כל אחד מאלה הוא שיקול לגיטימי.... ביסוד הענישה אינו עומד שיקול אחד ויחיד, אלא מכלול של שיקולים. במלאכת הענישה בכל מקרה ומקרה חייב השופט למצוא את המשקל הראוי שיש להעניק לכל אחד מהשיקולים הנזכרים, תוך שהוא מודע לכך כי לעתים קרובות שיקול אחד בא על חשבון של שיקול אחר. מכאן, שהעונש אשר מוטל בסופו של דבר על הנאשם, אינו אלא תוצאה "משוקללת" – אם תרצה פשרה – של השיקולים השונים שיש להביאם בחשבון. מלאכת "שיקול" זו אינה מלאכה מדעית, אך היא אף אינה מלאכה שרירותית, היא ענין שבשיקול דעת, הנעשה על הרקע הכללי והאינדיבידואלי, במסגרת המדיניות העונשית הכללית כפי שהיא מתבצעת על-ידי בית-המשפט¹⁶.

לפנינו אפוא שיקול-דעת שיש לעשותו "בכל מקרה ומקרה", אך "במסגרת המדיניות העונשית הכללית". אם יש במסגרת זו הנחיות מפורטות, כי אז המדיניות העונשית מציגה מודל ענישה, אלא שאז אין השופט עושה את מלאכת השקלול כולה בכל פעם מחדש. המדיניות הקבועה כבר עשתה חלק מהשקלול, והשופט מיישם אותו למקרה שבפניו.

בתי-המשפט המחוזיים ובתי-המשפט השלום. ע"פ 284/79 מדינת ישראל נ' רוימי, פ"ד לד(3) 527, 531.

וראה גם ע"פ 150/87 מדינת ישראל נ' צייקובסקי, פ"ד מא(4) 492, 496.

15 ע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 170, 174 (ההדגשה שלי – ר"ק).

16 ע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 434.

נבדוק כיצד מסביר ומאפיין בית-המשפט את שיקולי הענישה השונים.

1. שיקול המניעה והשמירה על שלום הציבור

בעבירות חמורות ולגבי עבריינים שיש סכנה כי יחזרו ויפגעו בציבור, מדגיש בית-המשפט שהשיקול המרכזי חייב להיות הגנה על שלום הציבור:

אך למותר לציין כי צדק בית המשפט המחוזי בהעמידו בראש מעייניו ושיקוליו בענין שלפנינו את הצורך להבטיח כי המערער לא יחזור על מעלליו, צורך המעוגן בחובה להגן על שלום הציבור ובטחונו. מרובות הן מטרות הענישה ודרכיה, אך במעשים חמורים כלפנינו, וגודל סכנתם לציבור, לא ייצא בית המשפט ידי חובתו בשיקולי ענישה כגון מתן עונש הולם לחומרת העבירה או... אלא על בית המשפט לעשות, ככל האפשר, להבטחה שהמערער לא יחזור על פשעיו ולשם כך עליו לבודדו מהחברה המתהלכת חופשי¹⁷.

ואכן, בית-המשפט בדק עד מתי יהיה המערער מסוכן לציבור, ובהסתמך על כך קבע את אורך תקופת-המאסר.

שיקולים של הגנה על שלום הציבור גוברים על כל שיקול אחר, כאשר יש סכנה ממשיה לציבור. בית-המשפט רואה בהם שיקול מרכזי בעבירות מין, אינוס ופגיעות מיניות בקטינים¹⁸. גם בעבירות-סמים, כשמדובר בסוחר-סמים, פועל בית-המשפט להרתקת העבריינים וכליאתם לתקופה ארוכה. אך השיקול של הגנה על שלום הציבור מוכא גם בעבירות אחרות¹⁹ והוא מצדיק את שליחת הנאשם למאסר ממושך²⁰.

ענישה לתקופות-מאסר ארוכות מטעמים של מניעה כרוכה בבעיות קשות של ענישה על מה שהעברייני עתיד לעשות, של ניכוי מסוכנות וכיוצא"ב. לא נדון כאן בשאלות אלה²¹. ברצוני רק להעיר, שאין בפסיקה שלנו דיון בבעיות עקרוניות אלה וייתכן שאין גם מקום לדון בהן בפסיקה. אבל היעדר דיון בשאלות עקרוניות עשוי להביא למתן פתרונות מקומיים באשר למקרה הנדון ללא ראייה כללית, והתוצאה

17 שם, בעמ' 425-426 (ההדגשה במקור).

18 למשל: ע"פ 157/88 מדינת ישראל נ' אבו ניע, פ"ד מב (4) 599; ע"פ 308/88 מדינת ישראל נ' שמע, פ"ד מב (4) 774.

19 למשל: לענין שוד קשישים, ע"פ 304/85 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 74. פרישטיק סבור, כי השיקול העיקרי בענישה כארץ הוא ההגנה על הציבור. מ' פרישטיק, "השיפוט של עבריינים צעירים-בוגרים בבית המשפט בישראל" מגמות ל (1987) 60.

20 וכך אומר השופט ח' כהן, בהסבירו את "תורת האינדיווידואליזציה של הענישה", אשר בה הוא תומך ואשר לפיה לא יהסס בית-המשפט להקל בעונשו של העברייני ולנסות לשקמו במקרה ראוי, אך במקרה שהעברייני מסוכן לחברה יש לכולאו לתקופה ממושכת. "בין כל מטרות הענישה אשר בתי המשפט מצווים לשוותן לנגד עיניהם, תופסת מקום בראש ההגנה על שלום הציבור: הצורך להגן על שלום הציבור מפני מסכניו היא המחייבת והמצדיקה את בתי המשפט לשלוח פושעים מסוכנים למאסר לתקופות ארוכות, והיא בגדר הכרח אשר לא ימנע אף אם הוא מביא לידי שליחת חירותו של אדם". ע"פ 724/76 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לב (1) 141, 144.

21 וראה מאמרי הנזכר לעיל, בהערה 2 בדיון במודל ענישה מניעתית.

עלולה להיות פסיקה סותרת ולא עקיבה. אמנם, בנקודה זו של מאסר ממושך לשם הגנה על הציבור דומני שאין בעיה של סתירות וחוסר-עקיבות בפסיקה, הגם שלא נקבעו בפסיקה אמות-מידה. ייתכן שהסיבה לכך היא, שאין עושים שימוש רב בדרך זו ומשתמשים בה רק כאשר מדובר בעבירות חמורות ביותר והרבה פעמים – במקרים של עבירות חמורות חוזרות ונשנות.

בעניין זה תואמת הפסיקה שלנו את הדיון בספרות, אף, שכאמור, אין בפסיקה דיון בשאלות העקרוניות. כך, למשל, לא נמצא מקרה שבו בית-המשפט גזר מאסר ממושך מאוד על נדון שהורשע בעבירות-רכוש קלות – כגון כייסות – אך מרובות. אפשר לטעון שיש להגן על הציבור גם מפני עבריינים כאלה על-ידי כליאתם לתקופה ארוכה. אך מקובל לומר, שכאשר מדובר בעבירות קלות אין להטיל על הנדון מאסר ממושך יותר משמגיע לו לפי חומרת עבירותיו, מטעמים של הגנה על שלום הציבור²². מעניין אפוא לראות, כי כאשר החמיר בית-המשפט העליון בעונשו של פורץ שהורשע במספר רב של פריצות, הוא נימק את ההחמרה בחומרה היתירה של העבירות, כאשר ראה בפחד שהעבירות יצרו בין תושבי האיזור נסיכה המחמירה את העבירה²³.

מעניין לציין, כי גם באנגליה התיקון החדש לחוק, שנדון בו בהמשך המאמר, מאפשר פסיקת עונשי-מאסר ממושכים משיקולים של הגנה על שלום הציבור רק בעבירות-מין ובעבירות אלימות²⁴.

כאשר מדובר בעבירות-מין ואלימות כמשפחה, או בכל מקרה שיש קורבן ספציפי, קל יותר להצדיק פסיקת עונש מאסר ממושך לשם הגנה על הקורבן (כמובן, בתנאי שאין דרך אחרת להגן על הקורבן). במקרים כאלה ניתן לומר, כי זכותו של העבריין שלא להיענש במאסר לתקופה העולה על המגיע לו לפי חומרת העבירה – ומהו העונש "המגיע" נראה בהמשך – נשקלת כנגד הזכות של הקורבן להגנה²⁵.

2. הרתעה כללית

שיקול של הרתעה כללית מצוי הרבה בפסיקה, במיוחד כשמדובר בעבירות נפוצות וכאשר עבירות הופכות ל"מכת מדינה"²⁶. אומר בית-המשפט:

מאחר שמקרים כגון זה שלפנינו אינם יוצאי דופן, מן ההכרח לקבוע

22 ראה שם, שם. וכן ראה 346-359 (London, 1983) A. Ashworth, *Sentencing and Penal Policy*.

23 ע"פ 46/84 מדינת ישראל נ' סבח, פ"ד לח(4) 752. מדובר ב-28 מקרים של התפרצות למטרת גניבה (סעיף 406(ב) לחוק), שכולן נעשו באותו איזור. וראה להלן, בדיון בחומרת העבירה.

24 ראה דיון בחוק האנגלי החדש (לקמן, פרק יא).

25 השיקול הזה קיים בכל מקרה. ראה, למשל, ע"פ 308/79 וייס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 378, באותו עניין היה מדובר במעשים הומוסקסואליים בקטנים, ובית-המשפט ראה מחובתו העיקרית להגן על הקטנים. שיקול זה חזק יותר כשיש קורבן ספציפי, כי אז ניתן להצביע על זכות ספציפית שיש להגן עליה.

26 כאשר היתה בשנות השבעים תופעה של גניבות משקי דואר בנמל-התעופה בן-גוריון, החמירו בתי-המשפט בענישה ואמרו במפורש כי העונשים שהוטלו קודם-לכן לא היו מרתיעים דיים, ולפיכך עליהם להחמיר כדי לשרש את הנגע. ע"פ 898/79 פציחודה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(3) 289; ע"פ 85/80 קטאשוולי נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(4) 57.

אמת מידה עונשית מחמירה, שתגביר את כוח ההרתעה העולה ממנה, בתקווה שיהא בכך כדי להרחיק בעתיד את תאבי הבצע מן העבירה.²⁷

פעמים רבות הפסיקה כורכת את שיקול ההרתעה בשיקול של הגנה על שלום הציבור. כפי שכבר ראינו, בתי-המשפט רואים את תפקידם העיקרי בהגנה על שלום הציבור וכיטחוננו, והם סבורים כי על-ידי פסיקת עונשים חמורים הם ירתיעו עבריינים בכוח מביצוע עבירות, ובכך ישמרו על שלום הציבור.²⁸

לשיקול ההרתעה חשיבות מיוחדת בעבירות-סמים²⁹ בגלל הרווח הרב שיש לעברייני-הסמים.³⁰ בית-המשפט מדגיש שעליו להעניש בכל חומר הדין, "כדי שיוצב מחסום בעל כוח מרתיע מול תאות הבצע שאינה יודעת גבולות ושאינה חסה על איש".³¹

בעבירות-הסמים יש החמרה רבה בענישה, ובית-המשפט מדגיש כי יש לקבוע עונשים המתקרבים לעונשי המקסימום שנקבעו בחוק.³² עבירות של סחר בסמים הן עבירות שבהן יש אולי מקום לשיקול של הרתעה כללית, כיוון שמדובר בעבריינים המחשבים שכר עבירה כנגד הפסדה. אולם הקושי בתפיסת העבריינים מצמצם מאוד את יעילות ההרתעה. לוודאות התפיסה יש כנראה כוח-הרתעה רב יותר מאשר לחומרת העונש.³³

שיקול זה של מתן עונשים חמורים ומרתיעים, כדי להגן על הציבור מפני עבריינים בכוח, מצוי הרבה גם בעבירות-מין, במיוחד בעבירות-אינוס.³⁴

27 ע"פ 108/87 גדילוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 474, 477. החלטה זו דנה בשור קשישים.
28 ראה עניין תורג'מן (לעיל הערה 19). לא אכנס כאן לדיון בשאלה, אם אכן יש לענישה כוח מרתיע, ובוודאי לא לשאלה של תוספת הרתעה על-ידי החמרה בעונש. וראה המקורות המוזכרים להלן, בהערה 33.

29 בעבירות-סמים יש להבחין בין משתמשים בסם ו"דג-רקק" לבין הסוחרים והיבואנים הגדולים. בדברנו על עבירות-סמים חמורות, כוונתנו לסוחרים וליבואנים הגדולים. להבחנה זו ראה גם ד' ביי, "מפצי סם מול צרכניו – דינם של דרגי הביניים" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 215.

30 לעניין זה ראה גם התיקונים שהוכנסו לפקודת הסמים בחוק משנת תשמ"ט והמאפשרים הטלת קנסות גבוהים מאוד וחילוט של הרווחים. חוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (מס' 3), תשמ"ט-1989, ס"ח תשמ"ט 80.

31 ע"פ 685/81 אהרונ' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 673, 695.
32 וכך נאמר בעניין ספדי: "בעבירות כגון אלה שלפנינו העונש ההולם והראוי הוא עונש המתקרב לעונש המירבי שנקבע על ידי המחוקק, ולנסיבות האישיות אין אלא השפעה שולית מאד במדידת מידת העונש. אולי בדרך זו תיעצר התפשטות המגיפה של שימוש וסחר בסמים מסוכנים אלה, המאיימת על כל חלקה טובה בציבור" (ע"פ 179/88 ספדי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 445).

33 לחשיבות של ודאות התפיסה בהרתעה ראה, למשל, ש"ג שוהם וג' שביט, עבירות ועונשים (עם עובד 1990) 93-96; וכן N. Walker, *Sentencing: Theory Law and Practice* (London, 1985) 96. וראה מאמרו של סבה, שאמנם עוסק בהרתעה בעבירות-אינוס, אך מביא מסקנות של מחקרים כלליים יותר, המצביעים על כך שבמדינות שבהן רמת הוודאות גבוהה יותר, רמת הפגיעה נוטה להיות נמוכה יותר. מגמה כזו אינה ניכרת לגבי חומרת העונש (ל' סבה, "מדיניות הענישה בעבירות אונוס" עבריינות וסטיה חברתית (תשל"ט) 187 והערות שם.

34 לעניין עבירות-אינוס אומר בית-המשפט: "לא רק מהותה של העבירה לפנינו חמורה, אלא עלינו לתת את הדעת גם לנפוצותה. בקביעת אמת המידה המרחיקה מן הראוי שבית המשפט יתן דעתו לשאלה אם מדובר על תופעה יוצאת דופן ואין חשש שאחרים יגררו למעשים דומים או שמא מדובר על תופעה הקורה באופן תדיר ומשפיעה על האווירה והמצביות בארצנו. בהקשר זה אין להתעלם מכך כי הפגיעות

שיקולי הרתעה אינם עומדים רק ביסוד החלטות על מתן עונשי מאסר ממושך, אלא גם כנימוק לקביעת עונשי מאסר קצר-מועד, במקום קנסות או מאסרים על-תנאי³⁵ ואף לקביעת מאסר בפועל ממש ולא מאסר בעבודת-שירות³⁶. בעבירות בנייה בניגוד לחוקי התכנון והבנייה ובעבירות-מס ואמר בית-המשפט, כי ראוי להטיל עונשי מאסר בפועל, משום שעונשים אחרים אינם מרתיעים דיים. אפשר לראות כאן מעין קביעת עונשי-מינימום של מאסר קצר בפועל בעבירות כאלה. שיקולים של הרתעה מביאים לקביעת עונשי-מינימום³⁷. אך ברור שמכיוון שמדובר בפסיקה ולא בהוראת חוק, יש כאן הכוונה והדרכה של בתי-המשפט של הערעור לשופטים דמטה, ולא עונשי-מינימום נוקשים. וכך אמר בית-המשפט לעניין עבירות-בנייה:

מדיניות הענישה אשר נקבעה על ידי בית משפט זה מכבר, מורה לבתי המשפט בדרגה הראשונה להחמיר בדינם של עבריינים, המפרים צווי בית המשפט בנושא הבנייה הבלתי חוקית. בדרך כלל העונש הראוי יכלול בין מרכיביו עונש מאסר לריצוי בפועל. הנסיון מלמד, שכל עונש אחר אין בו כוח ההרתעה הדרוש³⁸.

לגבי עבירות-מס אף נקבע, שבהיעדר נסיבות אישיות מיוחדות, אין מקום להסתפק במאסר שרוצה בעבודת-שירות³⁹.

השיקול ההרתעתי והעובדה שמדובר במכת-מדינה מביאים לכך שאין מעניקים משקל לנסיבות מקלות ולשיקולי שיקום, ושיקולי התגמול וההרתעה גוברים⁴⁰. פעמים רבות שיקולי ההרתעה מונעים מבתי-המשפט להקל עם הנאשם, כלומר:

כנערת המזדמנות לקרבנם של בעלי נסיה אלימה ותוקפנית הפכו לנפרצות ביותר וכי בית המשפט חייב לשקול מה האמצעים הדרושים כדי שההחלטה של נערה ברשות הרכים או נסיעה למקומות נופש לא תהפך למסוכנת" (ע"פ 296/79 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד לר (4) 76, 83).

35 השווה L. Schwartz "Options in Constructing a Sentencing System: Sentencing Guidelines Under Legislative or Judicial Hegemony", in M. Torny and F. Zimring (eds.), *Reform and Punishment* (Univ. of Chicago Press, 1983) 71.

36 ע"פ 1156/91 מדינת ישראל נ' פאל אדין (לא פורסם) מדובר בעבירות-מס.

37 עונשי-מינימום מביאים ליתר ודאות בענישה ולכן יש להם חשיבות כמודל-ענישה הרתעתי. וראה בדיון כמודל-ענישה הרתעתי במאמרי הנוכח לעיל, הערה 2.

38 ר"ע 23/83 פור נ' מדינת ישראל, פ"ד לח (1) 534. וראה גם ע"פ 578/78 מדינת ישראל נ' עיסה, פ"ד לז (1) 723.

39 ע"פ 268/89 מדינת ישראל נ' הראל, פ"ד מג (4) 31.

40 לעיין סמים אמר בית-המשפט: "כצדק הצביע השופט המלומד על הסכנה האיומה שבסם זה, סכנת חיים פשוטו כמשמעו, ועל התפשטות נגע הסמים בחברתנו בתקופה האחרונה... ומחובתם של בתי המשפט לתת ידם בהדברת נגע זה על ידי הטלת עונשי מאסר משמעותיים ביותר. אמנם כן, בכל ענישה, וגם בענישה של פשע נתעב של הפצת סם המות למען בצע כסף, יש להביא חשבון נסיבות אישיות מקילות וסיכויי שיקום וחזרה למוטב... אבל עם התגברותה של הפשיעה בתחום עבריינות זה והפיכתו למכת מדינה, נדחקים שיקולי קולא אלה לקרן זוית, וכל עוד לא הודברה מכה זו, עלינו להעמיד בראש שיקולי הענישה על עבירות אלה שיקולי תגמול והרתעה, למען ישמעו וייראו ולא יוסיפו עוד" (ע"פ 329/87 מדינת ישראל נ' בראון, פ"ד מב (1) 382, 387). לשיקולי ההרתעה בעבירות סמים ראה גם ע"פ 575/88 עודה נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (4) 242; ע"פ 257/89 סבג נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (3) 746.

השיקולים אינם מביאים לפסיקת עונש חמור, אך הם ימנעו מבית-המשפט להתחשב בנסיבות מקלות ולהקל בעונש⁴¹. כך, למשל, נאמר בעניין בר-און:

אמנם כן, בכל ענישה, וגם בענישה של פשע נתעב של הפצת סם ממית בשל בצע כסף, יש להביא חשבון נסיבות אישיות מקילות וסיכויי שיקום וחזרה למוטב.... אבל עם התגברותה של הפשיעה בתחום עבריינות זה והפיכתו למכת מדינה, נדחקים שיקולי קולא אלה לקרן זוית⁴².

שאלה קשה היא, אם ראוי לקבוע עונש חמור יותר מהעונש המגיע לפי חומרת העבירה מטעמים של הרתעה. זו שאלה שנדונה הרבה בספרות, ויש נטייה חזקה לסכם ולומר, שאין זה צורך לפסוק עונש חמור יותר מהמגיע משיקולי הרתעה⁴³. עם זאת, רבים אומרים כי בתי-המשפט לא מקבלים מגבלה זו. כך מקובל לומר לגבי הפסיקה האנגלית⁴⁴. קשה לבדוק את הדברים בארץ, שכן אין דיון מפורש בנקודה זו בפסיקה. גם העובדה ששיקולי ההרתעה ושיקולי הגמול באים יחדיו⁴⁵, מקשה להגיע למסקנה ברורה. יש לזכור כי פעמים רבות עצם הצורך בהרתעה מיוחדת עשוי להראות שהעבירה חמורה⁴⁶.

3. שיקום

שיקולי שיקום תפסו מקום רב בפסיקת בית-המשפט העליון. בעניין אברגיל שהוזכר לעיל נאמר:

תורת האינדיווידואליזציה של הענישה, אשר אנחנו דוגלים בה בעידן זה, אינה באה אך ללמדנו שיש להתאים את מידת העונש לטיבו של העבריין המיוחד העומד לפני בית-המשפט ולהפחית עונש זה במקרים ראויים לפי צרכיו של העבריין על אף חומרתה וטיבה של העבירה....⁴⁷

הדברים נאמרו בשנות השבעים. ואכן, במחצית הראשונה של המאה הזו היו

41 ההנחה היא, שיש עונש המגיע לעבירה לפי חומרתה. שיקולי שיקום ושיקולי קולא יביאו לעונש קל יותר, ואילו שיקולי הרתעה יביאו לכך שלא יתחשבו בשיקולי הקולא ובשיקולי השיקום.

42 ע"פ 329/87 בר-און (לעיל, הערה 40). וראה גם דברי השופט בייסקי בע"פ 644/79 מדינת ישראל נ' לבנת, פ"ד (2) 417.

43 ראה J. Andenaes, *Punishment and Deterrence* (Ann Arbor, 1974) ch. 5 pp. 129-151; וכן סיכומם של F. E. Zimring and G. J. Hawkins, *Deterrence* (Univ. of Chicago Press, 1973) 50.

44 ראה דיון בשאלה זו ואסמכתאות אנגליות אצל D. A. Thomas, *Principles of Sentencing* (London, 2nd ed., 1979) 35-37.

45 למשל: ע"פ 1926/90 מדינת ישראל נ' גרדא, פ"ד (3) 87. וראה להלן, בדיון בשיקולן של מטרות הענישה.

46 גנו סבור, כי בהחלטת בית-המשפט המחוזי בעניין ה"אופנובנק" ניתן משקל רב מדי לשיקולי ההרתעה, מעבר לראוי לפי חומרת העבירה בנסיבותיה הספציפיות (ח' גנו, "הטלת העונש המירבי על עבירת שוד" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 187, 192-194).

47 ע"פ 724/76 אברגיל (לעיל, הערה 20); (ההרגשה שלי – ריק).

שיקולי השיקום בעלי חשיבות רבה בשיטות-משפט רבות וגם בארץ. לכך מכוון השופט ח' כהן בדבריו. אולם בסוף שנות השבעים – ויותר מכך, בשנות השמונים – חלה תמורה עמוקה וכיום יש בעולם כולו התייחסות זהירה וחשדנית לשיקולי השיקום. עמדתי על מהפך זה במאמר קודם⁴⁸ ולא אחזור על כך. במדינות רבות היו שינויים מפליגים בהליכי קביעת גזר-הדין, והמשקל המופחת של שיקולי השיקום השתלב בכך⁴⁹.

ההשפעה של שינויים אלה בארץ מורגשת בעוצמה חלשה למדי⁵⁰. עם זאת, ניתן להבחין בשינויים בפסיקה בארץ⁵¹ וכיום הגישה מסויגת יותר מאשר בעשורים הראשונים להקמת המדינה⁵². בפסיקה של השנים האחרונות מודגשת הסתירה בין שיקולי השיקום לשיקולי גמול והרתעה, וכאשר מדובר בעבירות חמורות, יבחר בית-המשפט בדרך ענישה שיקומית רק כאשר מדובר במקרה קיצוני, ובית-המשפט סבור שיש סיכוי רב לשיקומו של העבריין.

כאשר בית-המשפט מעניק עדיפות לשיקולי שיקום, הוא מוכן, ללכת גם בדרך לא-שגרתית כדי להביא לשיקומו של העבריין. כך, למשל, בעניין לוגסי⁵³ דחה בית-המשפט המחוזי את מתן גזר-הדין להציג-שנה, ובאותה עת למד הגדון בישיבה. וגם בית-המשפט העליון אישר דחייה זו מפני ששיקומו של העבריין הוא לטובת הציבור כולו. באורח דומה נקט בית-המשפט בעניין מיארה⁵⁴. כאן הועמד הנאשם במבחן וכדי שלא יהיה צורך להפעיל מאסר על-תנאי קודם, לא הוטל עליו כל מאסר בשל העבירה הנוספת שעבר, בשל העובדה שבשנתיים שבהם היה המשפט תלוי ועומד חל שינוי מוחלט באורח-חייו של הנאשם.

כאמור, כאשר מדובר בעבירות חמורות – כמו עבירות-סמים⁵⁵ – ילך בית-המשפט בדרך שיקומית רק כאשר קיים סיכוי של ממש לשקם את העבריין⁵⁶.

48 ראה מאמרי הנזכר בהערה 2, ובמיוחד בהערה 111 שם. ראה סקירה מעניינת אצל L. Radzinowicz and R. Hood, "The American Volte-Face in Sentencing Thought and Practice" *Crime Proof and Punishment* (London, 1981) 127.

49 ראה מאמרי על ההנחיות הנזכר לעיל, בהערה 4. בחלק השני של עבודת-הדוקטור הנזכרת בהערה 1 דנתי בשינויים שנעשו בכמה שיטות-משפט בארצות-הברית.

50 ייתכן שפרקים 4 ו-5 בהצעה לחלק מקדמי ולחלק כללי חדש של חוק העונשין, הנזכרת בהערה 3, הם חלק מהמגמה הכללית להסדרת שיקול-הדעת בענישה.

51 ראה דברי השופט י' כהן בעניין "האנס האדיב", ע"פ 212/79 (לעיל, הערה 16).

52 עניין שונה ונפרד הוא פיצוי הקורבן. בעניין זה התהליך הוא הפוך, והמגמה של פיצוי הקורבן מתגברת. בשנים האחרונות נעשה שימוש רב יותר בסמכות הנתונה בסעיף 77 לחוק. בשנת תשמ"ח חוקן הסעיף וגם הסכום המירבי לפיצוי הקורבן הועלה מאוד, והוא מתעדכן כיום בצווים לפי סעיף 64 לחוק. לעתים רואים בפיצוי הקורבן חלק מהשיקום (אולי משום-כך אפשרות זו נזכרת במפורש בסעיף 11 לפקודת המבחן (נוסח חדש)). לפיצוי הקורבן יש גם חשיבות במסגרת ההליך של diversion, וגם הליך זה מצוי במגמה של התגברות. נושא זה רחב ואין לדון בו במסגרת זו. בעיקרו של דבר, פיצוי הקורבן חורג מהשיקום ומבטא מגמות נוספות, כגון רצון לשתף את הקורבן בהליך הפלילי.

53 ב"ש 30/81 מדינת ישראל נ' לוגסי, פ"ד לח(2) 477.

54 ע"פ 705/81 מיארה נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(4) 223.

55 גם כאן הכוונה לסותרים וליבואנים הגדולים. ראה לעיל, הערה 29.

56 וכך אמר בית-המשפט: "הקלה כל שהיא בענישה על עבירות כאלה מוצדקת רק כאשר קיים עדיין סיכוי של ממש להציל את העבריין ולהוציאו ממעגל הפשיעה, כי בזה ענין לא רק לעבריין המשתול בכנות לחזור למוטב אלא לציבור כולו" (ע"פ 284/79 ריימי [לעיל, הערה 14], 529).

גם כאשר מדובר בעבירות שבית-המשפט סבור כי נדרשת לגביהן הרתעה מיוחדת, יבחר בית-המשפט בדרך ענישה שיקומית רק כאשר הוא סבור שיש סיכוי של ממש לשקם את העבריין⁵⁷. למשל: בעניין לוי הורשע הנאשם בגרימת חבלה חמורה. המדובר היה באלימות וכשימוש בסכינים תוך כדי מריבה. בית-המשפט מתייחס בחומרה לעבירות כאלה ומדגיש את הצורך בהרתעה כדי לשרש את "תרבות הסכין", אולם בשל העובדה שחל שינוי של ממש בחייו של הנדון והוא התחתן ועובד, היו שני שופטים מוכנים להסתפק בעונש של מאסר בפועל, שירוצה בעבודת-שירות, כתוספת מאסר על-תנאי. השופט ד' לויין מדגיש, כי הוא מוכן ללכת בדרך זו, למרות הצורך בהרתעה, רק משום שיש "תקווה אמיתית" שהנדון ייחלץ ממעגל הפשע, ואז יהיה הציבור נשכר⁵⁸.

בעבירות חמורות הנטייה היא שלא להתאים את העונש לעבריין, אלא לפסוק עונש ההולם את חומרת העבירה. דוגמא קיצונית לסירובו של בית-המשפט לבחור בדרך ענישה שיקומית בעבירה חמורה ביותר היא ההחלטה בעניין זגל⁵⁹. הנאשמת נתפסה כשייבאה לארץ כמות גדולה של הירואין. היא היתה נערה בעלת עבר נקי ונתפתתה להיות בלדרית של הסם. שירות-המבחן התנגד מאוד להכנסתה לבית-סוהר והמליץ על העמדתה במבחן. בית-המשפט הטיל עונש של 7.5 שנות-מאסר בשל חומרת העבירה.

עם זאת, אין לומר כי בעבירה חמורה לעולם לא ילך בית-המשפט בדרך השיקומית. דומה כי יש הבדלים בין השופטים – וגם בבית-המשפט העליון – במידת נכונותם להחליט על דרך ענישה שיקומית גם בעבירות חמורות ביותר. כבר הזכרנו את חילוקי-הדעות בין השופטים בעניין לוי⁶⁰. יש שופטים הדורשים שחומרת העונש תעמוד ביחס סביר לחומרת העבירה ואינם רואים היתר לדרך עונשית מקלה בעבירות חמורות, אפילו כשיש סיכוי לשיקום⁶¹. פעמים רבות נאמר, כי משקל הנסיבות האישיות יקטן בהתחשב בחומרת העבירות ובצורך בהרתעה⁶²; ואולם כפי שכבר ראינו, יש שופטים המוכנים לאפשר לנאשם להשתקם ובוחרים בדרך ענישה שיקומית אפילו בעבירות חמורות, ובלבד שיהיו סיכויים של ממש לשיקום.

השופט אלון מציג גישה זו בעניין אטיאס:

... בנוסף לכל השיקולים האמורים, קיים ועומד השיקול החשוב

57 אחד השיקולים של בית-המשפט העליון, בהפחיתו את תקופת המאסר שהוטלה על ה"אופובנק", היתה צורכי השיקום של המערער. בית-המשפט שוכנע, כי יש סיכוי ממשי לשקם את המערער וכי תקופת-מאסר ממושכת יותר תחבל בשיקום.

58 ע"פ 4434/91 מדינת ישראל נ' לוי, פ"ד מו(1) 429. שופט-המיעוט סבר, כי בשל החשיבות שיש בעקירת "תרבות הסכין", אין מנוס ממחן מאסר בפועל ממש.

59 ע"פ 10/86 זגל נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(2) 668.

60 ע"פ 4434/91 (לעיל, הערה 58).

61 כמו שופט-המיעוט בעניין לוי הנזכר (לעיל, הערה 58). ראה גם דברי השופט ויתקון בעניין לבנת (לעיל, הערה 42), 420.

62 וראה דברי השופט בייסקי בעניין לבנת (לעיל, הערה 42), 418. באותו עניין היתה השופטת בן-פורת במיעוט. היא היתה נכונה ללכת בדרך האינדיבידואליזציה של הענישה ולאשר את ההחלטה של בית-המשפט דמטה, שהקלה עם הנאשם.

והמהותי של תיקונו של הנאשם ושיקומו, ובהתקיים, במקרה מסוים, נסיבות מיוחדות ונכונות, ייתכן ששיקול אחרון זה יגבר על השיקולים האמורים האחרים ויקבע, באותו מקרה מסוים, את מידת העונש וצורתו. "ענישתנו היא ענישה אינדוידואלית של כל עבריין 'באשר הוא שם'" (ע"פ 291/81 (1) בעמ' 442). זאת תורת הגישה האינדוידואלית בתורת הענישה, המקובלת עלינו כקו מנחה בסוגיה קשה וסבוכה זו של הענישה ומטרותיה, ואין אנו רשאים ל"הקל" על עצמנו ולהחמיר עם הנאשם, מתוך הסתמכות על הנימוק והחשש שמא הקלה במקרה מסוים הראוי לכך תשמש תקדים למקרים אחרים שאינם ראויים לכך. חזקה על בית המשפט שיידע להבחין בין מקרה למקרה לגופן של נסיבות ולעיצומם של דברים. ... ואין אנו רשאים לפטור עצמנו מלנהוג כך בכל מקרה שנסיבותיו מצדיקות ומחייבות ענישה אינדוידואלית⁶³.

מכאן, שאפילו בעבירות חמורות, כאשר יש מקרה ראוי יגבר השיקול השיקומי. יתירה מזו: כאשר הנסיבות ראויות חייב בית-המשפט לנהוג כך ואין הוא רשאי "לפטור" עצמו מכך; ואין כאן עניין של "חסד", אלא זו הדרך שראוי שבית-המשפט ילך בה לפי הדין. דברים אלו אמורים כלפי דבריו של השופט אלון בעניין זגל שהזכרנו קודם. לכאורה עמדתו שם אינה מתיישבת עם דבריו בעניין אטיאס. בעניין זגל אמר השופט אלון:

בין יתר דרכי הענישה ומידותיה – ואלה רבות וחשובות הן
— קיים גם עיקרון, שהעונש צריך להתאים לחומרת העבירה. על כך מצווים אנו כשופטים, ואין אנו רשאים לסטות מכך אלא במידה מועטת⁶⁴.

לפי דברים אלה, העיקרון של התאמת חומרת העונש לחומרת העבירה גובר, ואם כך גם בעניין אטיאס לא היה השופט רשאי "לסטות מכך אלא במידה מועטת". ניתן לפרש את דברי השופט אלון תוך הבחנה בין התחשבות בנסיבות אישיות מקלות לבין בחירת דרך ענישה משקמת. כאשר העבירה חמורה, משקל הנסיבות האישיות יקטן ואין להקל בעונש, אלא במידה מועטת. אולם גם בעבירה חמורה, כאשר המקרה מתאים לשיקום, יש לבחור בדרך ענישה משקמת. את דבריו של השופט אלון בזגל יש להגביל לעניין התחשבות בנסיבות מקלות. אלא שיש לשאול, אם בעניין זגל עצמו לא היה נכון לראות בהעמדתה של הנאשמת במבחן, ובמיוחד בהימנעות מהכנסתה לבית-הסוהר, בחירה בדרך ענישה משקמת, ולא התחשבות לקולא בנסיבות אישיות⁶⁵.

חוסר-ההבחנה בין שיקולי שיקום להקלה בעונש בשל נסיבות אישיות כעניין

63 ע"פ 433/89 אטיאס (לעיל, הערה 15), 174-175. מדובר בעבירה של תקיפה מינית של תיירת על-ידי נהג-מונית.

64 ע"פ 10/86 זגל (לעיל, הערה 59), 772.

65 וראה המחלוקת לעניין זה בין השופטים אלון לברק בעניין זגל. ייתכן שהמחלוקת ביניהם נעוצה גם במידת ההתערבות של בית-המשפט שלערוור בהחלטה דמטה.

של רחמים, מצוי הרבה בפסיקה. הקלה בעונש מטעמי רחמים אינה קשורה לשיקום ויש לה מקום גם כאשר העונש נקבע לפי שיקולים אחרים.⁶⁶ הרחבתי מעט בעניין האחרון כדי להראות, שאין הסכמה בין שופטי בית המשפט העליון לעניין המשקל שיש לתת לשיקולי השיקום כאשר הם מתנגשים עם שיקולים של גמול והרתעה. כמצב כזה קשה לבית המשפט העליון לקבוע הנחיות להפעלת שיקול-דעתם של השופטים דמטה.

יתר על כן: אחת הבעיות בקביעת דרך ענישה שיקומית היא ההתייחסות של השופטים לאינפורמציה המובאת בפניהם בדרך-כלל על-ידי קצין-המבחן. כל שופט מעריך באופן שונה את האינפורמציה וכתוצאה מכך מגיעים השופטים להחלטות שונות. דוגמא לכך נמצא בעניין בנימין⁶⁷. הנאשם, נער, הורשע בגרימת חבלה חמורה. השופטים היו חלוקים ביניהם בשאלה, אם הנער מגלה רצון ונכונות להשתקם. הנשיא שמגר וגם השופט אלון הסתמכו על אותם דיווחים ותסקירים על התנהגות הנער בבית-הסוהר, אך הם פירשו אותם באופן שונה ולפיכך היו חלוקים בגזר-הדין. השופט אלון, בדעת-המיעוט שלו, סבר כי הנאשם מגלה נכונות להשתקם ולפיכך רצה לקצר את תקופת-המאסר ולהעמידו במבחן כדי לעזור בשיקומו. הנשיא, שאליו הצטרף השופט גולדברג, סבר כי הנאשם אינו מגלה רצון להשתקם ולפיכך דחה את ערעורו.

הקושי בענישה על סמך שיקולי שיקום הוא בכך שענישה שיקומית שמה לאל את השיקולים האחרים. ראינו שכית-המשפט מדבר על שקלול של מטרות הענישה. אך כאשר בית-המשפט נוקט דרך של ענישה שיקומית, הוא מעדיף מטרה אחת על-פני המטרות האחרות, והעונש המתאים לפי השיקול השיקומי פוגע בשיקולים האחרים.⁶⁸ לעתים אנו מוצאים שבית-המשפט אכן מנסה ל"שקלל" בין השיקום לשיקולים אחרים ולפיכך מקצר את תקופת-המאסר. לדעתי, במקרים כאלה לא מושגת אף אחת ממטרות הענישה. השיקום אינו מושג, כי גם מאסר של שנתיים עשוי לחבל בסיכויי השיקום וגם ההרתעה והגמול אינן מושגות, כשמדובר בעבירה חמורה.⁶⁹

66 לעניין זה ראה מאמרי הנזכר לעיל, בהערה 2, ליר הערות 135-137.

67 ע"פ 885/85 בנימין נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 439.

68 וראה דברי השופט בייסקי בע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 14), 505, לדבריו, אם יוטל על הנאשם עונש של שירות לתועלת הציבור, כדי להימנע ממאסר, תיפגע ההרתעה (האפשרות להטיל עונש-מאסר ולהורות על נשיאתו בעבודות-שירות לא היתה קיימת עדיין).

69 לדוגמא: ע"פ 117/88 חטיב נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(2) 439. מדובר בצעיר ללא עבר פלילי, שהורשע בביצוע שוד באמצעות אקדח-צעצוע. הנאשם נזקק לכסף כדי להחליף עין זכוכית. שירות המבחן המליץ להעמידו במבחן ואמר כי המשך המאסר יפריע לשיקומו. בבית-המשפט המחוזי הוטלו עליו שבע שנות-מאסר בפועל. בערעור הדגיש בית-המשפט את סיכויי השיקום והעמיד את המאסר על ארבע שנים, מהן שנתיים בפועל. ייתכן שיש לראות בהחלטה זו קביעה שעונש זה הוא כעין "רצפה" תגמולית שאין לרדת ממנה. הנמקה כזו תתאים לשיטה הנוהגת משקל מכריע לשיקול התגמולי. וראה הדיון במודל-ענישה תגמולי במאמרי הנזכר לעיל, בהערה 2.

4. תגמול

גם בפסיקה של בית-המשפט העליון נמצא הדים לוויכוח על שיקולי התגמול. בשנות החמישים והשישים אין בפסיקה הסתמכות מפורשת רבה על שיקולי גמול⁷⁰. בשנים מאוחרות יותר אנו שומעים על שלילה של שיקולי הגמול בטענות הצדדים, אך בית-המשפט אינו מקבל גישה זו. בעניין פלוני השופט י' כהן מביא את הביקורת על השיקול התגמולי, אך ממשיך ומביא גם דעות הדוחות את הביקורת ומסכם פרשה זו באומרו:

לדעתי אין עקרון התגמול פסול, כאחד הגורמים במדיניות הענישה, ומן הראוי לא להעלים אותו ולהביאו בחשבון, יחד עם מטרות ענישה אחרות, בעבירות המעוררות רגש סלידה ממעשי העברין⁷¹.

דברים דומים נמצא גם בדברי השופט אלון בעניין בנימין⁷², שבו נדון מקרה טרגי של אב שהרג את בנו. הוא נדון לשבע שנות-מאסר. בערעור טען הסניגור, שהשיקול שהביא לקביעת העונש היה "לגמול למערער ולהיגקם בו על מעשהו הנפשע. ואין להעלות על הדעת כי רגש הנקמה ינחה את בית-המשפט בכואו לשקול מידת עונשו של עברין". השופט אלון דחה את הערעור וגם את דבריו של הסניגור, אלא שהוא העמיד את השיקול התגמולי על נכונותו, כפי שהוא מובן ומקובל בימינו. השיקול התגמולי אינו שיקול של נקמה, אלא בא "לבטא יחס הולם בין חומרת העבירה לחומרת העונש. לא מעשה של נקמה יש כאן אלא הבעת סלידה ושאת נפש ממעשה העבירה"⁷³.

בספרות יש שתי גישות כאשר למשמעות של שיקולי גמול בקביעת מידת העונש. לפי גישה אחת, הגמול קובע את הגבולות של העונש, כלומר: את הרצפה ואת הגג⁷⁴. לפי הגישה השנייה, העונש נקבע לפי חומרת העבירה ולשיקולי הגמול השפעה רבה יותר על מידת העונש⁷⁵. בפסיקה נוכל למצוא הדים לשתי הגישות, ושוב ללא דיון תיאורטי בנושא.

בדברים שהבאנו לעיל ראינו שבית-המשפט רואה בשיקול הגמולי שיקול הקובע את חומרת העונש לפי חומרת העבירה, כפי שאמר השופט ברק בעניין גלעד:

התנהגות חמורה זו מחייבת תגובה עונשית חריפה של החברה המאורגנת, אשר צריכה להעניש את העברין על מעשיו ולהרחיע אחרים מללכת בדרכו. מעשים חמורים מחייבים ענישה חמורה....

70 אך ראה י' בזק, "השיקול התגמולי במדיניות הענישה" הפרקליט כב 240.

71 ע"פ 212/79 האנס האדיב (לעיל, הערה 16).

72 ע"פ 156/80 בנימין נ' מדינת ישראל פ"ד לה (4) 744.

73 דברים דומים נאמרו על-ידי השופט אלון בע"פ 291/81 פלוני (לעיל, הערה 8).

74 הבולט ביותר בגישה זו הוא נורבל מוריס, *N. Morris, Madness and the Criminal Law* (Chicago, 1982).

75 זו הגישה של commensurate desert והבולט בדוגלים בה הוא פון-הירש, למשל, בספרו *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals* (Rutgers Univ. Press, 1985).

הרי חומרתו היתרה של המעשה מחייבת, כאמור, עונש, שישקף במלוא העוצמה את סלידתה של החברה מהתנהגות כגון זו.⁷⁶

בהמשך המאמר נדון ביתר פירוט בקביעת חומרת העבירה, אך נזכיר כבר כאן דברים שאמר בית-המשפט בדונו בעבירת-אינוס:

במעשים חמורים ונפשעים אלה, החותרים תחת עצם קיומה של חברה אנושית תרבותית, שומה על בית המשפט גם להביא בחשבון את עקרון הגמול שבדיני הענישה, שיש בו משום סלידה ושאת נפש ממעשה העבירה.⁷⁷

וכן:

יותר מתחום אחר, גזירת בית המשפט את הדין לגבי מי שהפרו את האמנה הבסיסית שקבעה לעצמה החברה במצוות המחוקק מהווה גישת בית המשפט לערכים המקודשים לחברה ואשר עליהם אין היא מוכנה לוותר. כבודה של האישה וזכותה להלך ללא מורא בקרבנו עומדים בדרגה גבוהה של סולם ערכים זה.⁷⁸

לאינטרס המוגן בעבירת-האינוס יש חשיבות רבה לחברה ולכן פגיעה בו היא עבירה חמורה, הדורשת עונש המותאם לחומרתה.

גם בעבירות-ההמתה אנו מוצאים כי בית-המשפט אינו מוכן להקל בעונש ועומד על כך שהעונש יהיה מותאם לחומרת העבירה. בעניין קוזקוב הורשע הנאשם בעבירה של גרימת מוות בהתרשלות. המוות נגרם עקב טעות של הנאשם, בעת הטיפול בקורבן, כאשר הנאשם עבד כאח בבית-החולים. הנאשם נדון לשלושה חודשי מאסר בפועל (האפשרות לשאתם בעבודת-שירות לא היתה קיימת עדיין) ולמרות הנסיבות האישיות שלו והגם שסדרי העבודה הרשלניים במחלקה תרמו לטעות שלו, סירב בית-המשפט לבטל את המאסר בפועל. דעת-הרוב היתה, שאין להתקין נורמה עונשית מקלה בתחום רגיש זה.⁷⁹ ייתכן שדברים אלה על קביעת נורמה עונשית מקלה מבטאים את הגישה שלפיה אין לגזור עונש קל יותר מהמינימום הנדרש לפי שיקולי הגמול, היינו: הגמול כקובע את גבולות העונש.

5. שקלול מטרות הענישה

אמרנו, כי במודל הענישה בארץ על כל שופט לשקלל ולאזן בין שיקולי הענישה השונים בכל מקרה ומקרה. בעת הדיון בשיקולי הענישה ראינו כמה קשה מלאכה זו. עמדנו על כך שפעמים רבות משמעות השקלול והאיוון היא העדפה של שיקול

76 ע"פ 468/84 מדינת ישראל נ' גלעד, פ"ד לח (4) 614, 616.

77 ע"פ 225/88 מדינת ישראל נ' שורדקר, פ"ד מג (3) 1, 3.

78 ע"פ 125/87 שבתאי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב (2) 811, 816. בדברים אלה כרוכים יחד שיקולים של תגמול ושיקולים של הגנה על שלום הציבור.

79 ע"פ 238/79 קוזקוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (2) 624.

אחד על-פני האחר, תוך דחייתו של השיקול האחר. מקרה קיצוני נדון בעניין צייקובסקי, ובו אמר השופט וינוגרד:

לעתים רחוקות עומד בית המשפט בפני סיטואציה של קוטביות כזו בין חומרת העבירה והצורך בענישה ההולמת חומרה זו מחד גיסא לבין אישיותו של העבריין — אשר כל כולה זועקת להימנע מעונש חמור — מאידך גיסא⁸⁰.

אולי היו הדברים באותו עניין קיצוניים, אבל הדילמה הזו מצויה הרבה בפסיקה⁸¹. עדות לקושי הרב, העומד בפני השופט בעת קביעת גזר-הדין, והשקלול בין שיקולי הענישה, נמצא בעובדה שבמקרים רבים אין השופטים מסכימים ביניהם. יש הבדל גדול בין שופטים שונים לגבי הדרך שבה הם עושים את השקלול, ויש שופטים הנוטים יותר לבחור בדרך השיקומית; בעוד ששופטים אחרים — באותו מקרה עצמו — סבורים כי אין אפשרות לנקוט נורמה עונשית מקלה וכי כאשר שיקולי התגמול והרתעה מחייבים עונש חמור, אין לתת משקל רב לנסיבות האישיות של העבריין. בעניין צייקובסקי עצמו מביע השופט בייסקי, שאליו הצטרפה השופטת נתניהו, את לבטיו הקשים בשל אישיותו של המערער; אולם לדעתו, העניק בית-המשפט דמטה משקל רב מדי לנסיבות האישיות על חשבון המדיניות המקובלת ואינטרס הציבור. פסק-דינו של השופט מעיד על הקושי הרב שעמד בפניו במתן ההחלטה. אין מחלוקת בין השופטים וינוגרד ובייסקי על העובדות, וגם לא על השיקולים עצמם, ואף-על-פי-כן התוצאה שונה לחלוטין, כי השקלול נעשה באופן שונה⁸².

בסקירתנו ראינו מספר רב של מקרים, שבהם היו השופטים חלוקים בשאלת השקלול בין מטרות הענישה. אם זה המצב בין שופטי בית-המשפט העליון, וודאי שיש הבדלים בין השופטים היושבים בדיון בבית-המשפט דמטה. הפסיקה של בית-המשפט העליון צריכה לכוון ולהנחות את בתי-המשפט דמטה, אך כיצד ניתן לקבל הנחיה והדרכה מפסיקה המשקפת דעות שונות וחלוקות של השופטים? אפילו כאשר יש בפסיקה הנחיה, הנראית לכאורה ברורה, יהיו הבדלים ניכרים ביישומה. פעמים רבות נאמר בבית-המשפט העליון, כי ככל שהעבירה חמורה יותר פוחת משקלן של הנסיבות האישיות⁸³. ייתכן שזוהי ההנחיה הברורה והנפוצה

80 ע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 14).

81 ודי שנוכיר שוב את ע"פ 10/86 זגל (לעיל, הערה 59); וע"פ 433/89 אטיאס (לעיל, הערה 15).

82 אמנם השופטים חלוקים גם בשאלה באיזו מידה יתערב בית-המשפט שלעצור בשקלול ובאיזון שנעשה בבית-המשפט דמטה. אך מחלוקת זו נובעת מכך, שהשופט וינוגרד אומר, שאלו ישב בדיון בערכאה הראשונה, "הייתי אולי רואה את שיקולי החומרה כמכריעים במידת מה את הכף", ואינו מתערב בגזר-הדין; ואילו השופט בייסקי סבור כי בבית-המשפט דמטה "הופר האיזון במידה כזו, עד שהתערבות ערכאת הערעור היא מחויבת המציאות", כלומר: מכל-מקום, השופטים חלוקים מהי הדרך הנכונה לאזן בין השיקולים השונים באותו מקרה. השאלה בדבר מידת ההתערבות באיזון שנעשה בבית-המשפט דמטה היא שאלה קשה שאין בה הסכמה בין השופטים, כפי שכבר ראינו בע"פ 10/86 זגל (לעיל, הערה 59). וראה להלן, בדיון בהתערבות בית המשפט שלעצור.

83 למשל: ע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 14), 502; בע"פ 10/86 זגל (לעיל, הערה 59), 772, אומר השופט ברק: "כאשר העבירה חמורה היא בנסיבותיה, אך טבעי הוא שמשקלם של השיקולים האישיים פוחת לעומת השיקולים הציבוריים". הצגה זו של הדברים אינה נקייה ממחלוקת. יש אומרים כי כאשר

ביותר בתחום זה, אבל יישומה כלל לא ברור; וכפי שיש הבדלים גדולים בין שופטי בית-המשפט העליון עצמם ביישומה, כך יהיו הבדלים ניכרים ביישומה בבתי-המשפט דמטה. כאן נעוץ השורש של בעיית חוסר-האחידות בענישה, שנשוב ונודון בה בהמשך.

הכוונה מסוימת לשקלול בין שיקולי הענישה יש בהלכות של בית-המשפט העליון, הקובעות שבסוג מסוים של עבירות, או בנסיבות מיוחדות, יש לתת משקל רב לשיקולי הרתעה. ראינו זאת לגבי עבירות-מס ועבירות-בנייה⁸⁴.

לדעתי, בסופו של דבר, למרות אי-הבהירות, והגם שבית-המשפט חוזר ומדגיש שעל השופט לבדוק כל מקרה לפי נסיבותיו ולשקלל ולאזן בין שיקולי הענישה, מודל הענישה המשתקף בפסיקת בית-המשפט העליון הוא תגמולי-הרתעה ביסודו. השיקול המכריע הוא חומרת העבירה. במקרים מתאימים יכול בית-המשפט לחרוג מהעונש, הראוי לפי שיקולי הגמול וההרתעה, ולבחור בדרך ענישה שיקומית, או במקרה שונה – בדרך ענישה מניעתית, שמטרתה להגן על הציבור מפני העברייני. אבל נראה לי שנקודת-המוצא היא תגמולי-הרתעה, ועל רקע זה קל יותר להבין את הפסיקה. למשל: כאשר נקודת-המוצא היא תגמולי-הרתעה, ככל שחומרת העבירה גדולה יותר פוחת משקלן של הנסיבות האישיות.

שיקולי הגמול וההרתעה באים פעמים רבות ביחד וללא כל הבחנה ביניהם. חומרת העבירה היא נתון חשוב גם בשיקולי הרתעה, כי ככל שהעבירה חמורה יותר, כן נחוץ יותר למנוע אחרים מלעבור אותה⁸⁵. אין בפסיקה שלנו דיון בשאלה של מתן עונש חמור יותר מהמגיע לפי שיקולי גמול בשל הצורך בהרתעה. לכן אין בפסיקה מתח בין שיקולי גמול לשיקולי הרתעה, והם באים פעמים רבות יחד⁸⁶. דוגמא חדשה ניתן למצוא בפסק-הדין בעניין עזרא. הנאשם הורשע בהריגה, אחרי שהפליא מכותיו באשתו, וגרם למותה. בבית-המשפט המחוזי נידון לשבע שנות-מאסר. המדינה והנאשם ערערו על העונש. בית-המשפט העליון קיבל את ערעורה של המדינה והעמיד את העונש על שנים-עשר שנים. בהנמקתו מצביע בית-המשפט על חומרת העבירה:

העבירה של המערער היא חמורה ביותר. ההתפרצות הברוטאלית והאכזרית נגד אשתו המנוחה, התפרצות שגרמה למותה, ראויה לענישה אשר תבטא בחומרתה תגובה עונשית הולמת להתנהגות הבלתי אנושית וחסרת הרסן אותה גילה המערער כלפי אשתו ואם ילדיה⁸⁷.

המקרה ראוי לדרך ענישה שיקומית, טובת הציבור היא לבחור בדרך זו. ואולי "שיקולים אישיים" מוגבלים לנסיבות מקלות כעניין של רחמים. וראה דיוגנו לעיל, ליד הערה 65.

84 ראה לעיל, בדיון בהרתעה.

85 וראה מאמרי, הנוכח בהערה 2, בדיון במודל ההרתעה.

86 ע"פ 225/88 שורדק (לעיל, הערה 77); ע"פ 125/87 שבחאי (לעיל, הערה 78); ע"פ 468/84 גלעז (לעיל, הערה 76); ע"פ 329/87 בראון (לעיל, הערה 40).

87 ע"פ 1594/91 מדינת ישראל נ' עזרא, פ"ד מו(1) 729.

בהמשך הדברים אומר בית-המשפט:

הנני סבור כי ערעור המדינה בדין יסודו. כאמור לעיל, יש הכרח בעיצוב נורמה עונשית מרתיעה, כדי שכל עבריין בכוח יהיה מודע לתגובה החריפה שתבוא בעקבות התפרצותו..... עלינו לנסות ולהחדיר לתודעתו של העבריין בכוח את סלידתה של החברה ממעשי השתוללות והתפרעות כלפי נשים וילדים, שתמצא ביטוייה בתגובה החריפה שתבוא בעקבותיהם.⁸⁸

6. סיכום

עיון בפסיקה של בית-המשפט העליון מגלה שנקודת-המוצא היא חומרת העבירה, והשיקול היסודי הוא תגמולי-הרתעת. בית-המשפט צריך לאזן בין השיקולים השונים בכל מקרה לפי נסיבותיו. השופט ברק מדגיש כי מלאכת ה"שקלול" היא "עניין שבשיקול דעת הנעשה על פי הרקע הכללי והאינדיבידואלי, במסגרת המדיניות העונשית הכללית כפי שהיא מתבצעת על ידי בתי-המשפט"⁸⁹. דוגמא להפעלת שיקול-הדעת והשקלול, כאמור, נמצא בפסק-דינו של השופט וינוגרד בעניין צייקובסקי⁹⁰. השופט מצטט את דברי השופט ברק לעניין השקלול והאיזון שעליו לעשות, ואחר-כך הוא מביא את השיקולים השונים. הוא ממשיך ואומר – בעקבות דבריו של השופט אגרנט – כי עליו לשקול את הנימוקים לחומרה ולקולא, "ולפי מיטב הבנתו לעשות משפט צדק"⁹¹. דברים אלה מצביעים על הקושי הרב שהשופט ניצב בפניו, ועל כך שבסופו של דבר מדובר בשיקול-דעת, שמטרתו עשיית צדק ושאינו מונחה ומוגדר בכללים. בשל ההבדלים הגדולים בין שופטי בית-המשפט העליון עצמם ב"מלאכת השקלול" יקשה על השופט דמטה לפעול לפי ההדרכה וההנחיה של בית-המשפט העליון "במסגרת המדיניות העונשית הכללית".

ג. חומרת העבירה

ראינו כי מרכיב יסודי בקביעת חומרת העונש בארץ הוא חומרת העבירה, ובפסקי-הדין מרובות ההתבטאויות הנוגעות לחומרת העבירה. אך כיצד נקבעת חומרת העבירה? ברור כי העונש המקסימלי שנקבע לעבירה מעיד על חומרתה, ובפסקי-דין רבים נאמר הדבר במפורש⁹². אמנם, ההסתמכות על העונש המרבי שנקבע בחוק אינה משקפת תמיד את החומרה של העבירה. ראשית, העונש המרבי מותאם למקרה הקיצוני, החמור ביותר, ולא למקרה הטיפוסי⁹³. כמו-כן לעתים העונש המרבי נקבע

88 שם, בעמ' 732.

89 ע"פ 212/79 האגס האדיב (לעיל, הערה 16).

90 ע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 14).

91 ע"פ 14/49 ביופסון נ' היועץ המשפטי, פ"ד ב 489, 491.

92 למשל: ע"פ 433/89 אטיאס (לעיל, הערה 15).

93 לעתים יש צורך לקבוע עונש חמור למקרה הקיצוני, אך רוב המקרים אינם חמורים. לא חמד יש אותו

לפני זמן רב, וייתכן שחומרת העבירה נשתנתה מאז. בוודאי שהשוואה בין עבירות לפי העונשים המרביים שנקבעו להם אינה מדויקת, כאשר העונשים נקבעו בתקופות שונות. ייתכן כי שיטה המדרגת את כל העבירות לדרגות אחדות וקובעת עונש לכל דרגה⁹⁴ משקפת טוב יותר את חומרת העבירות. מכל-מקום, בארץ יש להתייחס לעונש המרבי שנקבע בחוק כביטוי לחומרת העבירה.

ראינו כי יש התייחסות ברורה ומפורשת לאינטרס המוגן בעבירה. עבירה שבאה להגן על אינטרס חשוב היא עבירה חמורה. ראינו זאת לגבי עבירות אינוס, הבאות להגן על כבודה של האשה וזכותה להתהלך ברחוב⁹⁵. מכאן גם החומרה הרבה של עבירות ההמתה, כפי שראינו⁹⁶. יסודות נוספים המשפיעים על חומרת העבירה הם המחשבה הפלילית הנדרשת⁹⁷, הפרת אמון⁹⁸, מיהות הקורבן⁹⁹. כל היסודות הללו אמורים לבוא לידי ביטוי בקביעת חומרת העבירה ולהשתקף בעונש המקסימלי שנקבע לה בחוק¹⁰⁰.

הפסיקה אינה דנה רק בחומרת העבירה, כפי שהוגדרה בספר-החוקים, אלא גם — ואולי בעיקר — בחומרת העבירה בנסיבותיה הספציפיות. ההבחנה בין שתי שאלות אלה בולטת בפסק-הדין בעניין ה"אנס האדיב". בית-המשפט מדגיש שם, כי מדובר בעבירות חמורות של אינוס, אבל התנהגות האנס בכל אחת מן העבירות בפני עצמה לא היתה חמורה ואכזרית במיוחד¹⁰¹.

כפי שהראיתי במאמר קודם, יש חשיבות רבה לקביעת חומרת העבירה בנסיבותיה הספציפיות דווקא במודל ענישה תגמולי, שבו חומרת העונש נקבעת לפי חומרת העבירה¹⁰². הנסיבות שיש להתחשב בהן בקביעת חומרת העבירה תלויות בקביעת מודל הענישה. בשיטת-משפט המדגישה שיקולי תגמול ניתן משקל לנסיבות

⁹⁴ יחס בין המקרה הרגיל למקרה הקיצוני. לקביעת עונשי-המקסימום במשפט האנגלי ראה Thomas (לעיל, הערה 44). במשפט האנגלי מרבדים על "normal maximum sentences". כלומר: העונש, אשר 90% של המקרים שיש בהם הרשעה באותה עבירה אינם עולים עליו. מושג זה מתאר נאמנה את החומרה של המקרה הטיפוסי. ראה Ashworth (לעיל, הערה 22), 71-72.

⁹⁵ כך, למשל, ב-Model Penal code סעיף 6.01 מונה שלוש דרגות של felony, ובהמשך מוגדרים העונשים של כל דרגה. סעיף 6.03 קובע את הקנסות, וסעיף 6.06 — את תקופות-המאסר. שיטה דומה יש בחוק הפלילי של מדינת ניו-יורק Penal Law 55.05 מחלק את כל הפשעים (felonies) לחמש דרגות, ואח העונות — לשתי דרגות; ובהמשך נקבעו העונשים לכל אחת מהדרגות.

⁹⁶ ע"פ 225/87 שורדקר (לעיל, הערה 77); ע"פ 125/87 שבתאי (לעיל, הערה 78).

⁹⁷ ע"פ 238/79 קוזקוב (לעיל, הערה 79); ע"פ 156/80 בנימין (לעיל, הערה 72).

⁹⁸ הדבר בא לידי ביטוי ברור בדירוג של עבירות-ההמתה: רצח, הריגה וגרימת מוות ברשלנות.

⁹⁹ ולכן גניבה ממעביר או גניבה של עובד-ציבור חמורה מגניבה רגילה.

¹⁰⁰ תקיפת שוטר חמורה מתקיפה רגילה. אפשר לומר, כי יש כאן אינטרס מוגן נוסף וחשוב.

¹⁰¹ קביעתה של חומרת העבירה במופשת, היינו: לפי הגדרתה בחוק ומכלי להתחשב בנסיבות הספציפיות היא עניין למחוקק, ולא לבית-המשפט. בשיטת-משפט שיש בהן הנחיות לקביעת גזר-הדין, על הוועדה הקובעת את ההנחיות לדרג את העבירות לפי חומרתן, כלומר: לקבוע את חומרת העבירה לפי הגדרתה. וראה הדיון בעבודת הוועדה במינסוטה לעניין דירוג העבירות, בעבודת-הדוקטור (לעיל, הערה 1) חלק שני, פרק ראשון, סעיף 2.

¹⁰² ע"פ 212/79 האנס האדיב (לעיל, הערה 16), דברי השופט אלק, בעמ' 425.

¹⁰³ חומרת העונש נקבעת לפי חומרת העבירה, וכדי לקבוע את חומרת העבירה ראוי להתחשב בנסיבות הספציפיות. לפיתוח נוסף ראה מאמרי הנזכר לעיל, בהערה 2, בדיון במודל התגמולי.

המשפיעות על חומרת העבירה מבחינה תגמולית¹⁰³, למשל: מידת הנזק או מידת האשמה. בעוד שבשיטת-משפט המדגישה שיקולי הרתעה ניתן משקל לנסיבות המשפיעות על חומרת העבירה מבחינה הרתעתית, למשל: נפיצות העבירה או קשיים בתפיסת העבריין. יש שיטות-משפט שבהן המחוקק או ועדה מטעמו קובעים מהן הנסיבות שיש להביאן בחשבון בקביעת חומרת העבירה¹⁰⁴. בשיטתנו גם משימה זו מוטלת על בית-המשפט.

הנסיבות הספציפיות, המשפיעות על חומרת העבירה בארץ, רבות ושונות. ראשית, נזכיר את הנסיבות הקשורות במידת האשמה של העבריין, כפי שהיא משתקפת במחשבה הפלילית שלו.

בשלב זה של קביעת העונש בית-המשפט נכנס להבחנות דקות בבדיקת המחשבה הפלילית ואינו מסתפק בחלוקה בין כוונה, ידיעה, פזיזות ורשלנות. בית-המשפט רואה כנסיבה מקלה פיגור קל של הנאשם¹⁰⁵, ומנגד רואה בית-המשפט כשיקול לחומרה תחכום ותכנון רב מצדו של הנאשם¹⁰⁶. גם מציאות של תנאים היוצרים עילה להגנות, כגון כורח, הגנה עצמית וצורך משמשים שיקול לראיית העבירה כקלה יותר. הכוונה כמובן למקרים שבהם אין הנאשם יוצא זכאי, מפני שלא התקיימו כל תנאי ההגנה¹⁰⁷. יש מדינות שבהן נקבע בחוק כי במקרים כאלה יש להקל בעונש¹⁰⁸. אצלנו יש כעת הוראה בחוק המאפשרת הקלה בעונש לעניין הגנת-צורך והגנה עצמית¹⁰⁹.

מקומו של הנאשם בין השותפים לעבירה גם הוא משפיע על הערכתה של חומרת העבירה בנסיבותיה הספציפיות. כאשר הנאשם הוא היוזם והמבצע העיקרי, העבירה נתפסת כחמורה יותר מאשר לגבי עבריין שנגרר אחריו¹¹⁰. ההבדל בין השותפים נובע גם מהבדלים במחשבה הפלילית שלהם.

האכזריות, שבה פעל הנאשם, מוזכרת כנסיבה מחמירה בעבירות אחדות¹¹¹. למשל: בעניין גדילוב דן בית-המשפט בעבירת-שוד והדגיש את האכזריות שבה פעל הנאשם כיוצרת חומרה מיוחדת, שיש לתת לה ביטוי בענישה¹¹². ייתכן כי יש לראות באכזריות ביטוי למחשבה פלילית חמורה יותר. בהקשר זה ראוי אולי

103 שם, ליד הערות 31-36.

104 ראה, למשל, הנסיבות המנויות בהנחיות לקביעת גזר-הדין במדינת מינסוטה Minnesota Sentencing Guidelines II D. M.S.A. Ch. 244 App. ראה גם סעיפים 164-170 להצעה לחלק מקדמי ולחלק כללי חדש לחוק העונשין (לעיל, הערה 3).

105 ע"פ 507/78 עמר נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 144.

106 למשל: ע"פ 384/78 מדינת ישראל נ' משעלי, פ"ד (3) 245.

107 למשל: ע"פ 962/85 צמח נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(3) 17.

108 כך גם מוצע בהצעה לחלק מקדמי ולחלק כללי חדש לחוק העונשין (לעיל, הערה 3), סעיף 164(1).

109 סעיף 322 לחוק העונשין. למשמעותה של הוראה זו ראה א' אנקר ור' קנאי, "הגנה עצמית וצורך לאחר

תיקון מספר 37 לחוק העונשין" פלילים (תשנ"ג) 5: 23-37.

110 ע"פ 261/89 אוחנה ואח' נ' מדינת ישראל, סביר לה (תש"ן) 325.

111 ניתן להבחין בסוגים שונים של נסיבות מיוחדות, מהן החלות על כל סוגי העבירות, למשל: תפקידו של הנאשם (יוזם העבירה, נגרר); ומהן החלות על סוגי העבירות, למשל: אכזריות בעבירות-אלימות או תחכום בעבירות בלבוליות או מידת הנזק בעבירות-רכוש. וראה מ' קרמניצר, עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות, עבודה לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, ירושלים תש"ס.

112 ע"פ 108/87 גדילוב (לעיל, הערה 27) וראה גם ע"פ 304/85 תורגמן (לעיל, הערה 19).

להזכיר גם את החומרה שרואה בית-המשפט בכך שכמה עבריינים פעלו בצוותא. עשייה בצוותא היא לפעמים עילה להרשעה בעבירה חמורה יותר, למשל: שוד בצוותא לפי סעיף 403(ב) לחוק העונשין, כאשר המחוקק קבע הוראה מיוחדת. אך כאשר אין הוראה כזו, העשייה בצוותא עשויה להיות שיקול להחמרה.

סוג נוסף של נסיבות מחמירות נוגע לפגיעה באינטרס המוגן. בראש-דבראשונה מדובר בהתחשבות בנזק שנגרם. הפסיקה מייחסת בדרך-כלל חשיבות לנזק שנגרם בפועל, גם כאשר יש מידה רבה של מקריות בכך שנגרם נזק רב. בעניין ראוי החמיר בית-המשפט בעונשו של נהג שלא עצר ברמזור וגרם למותם של עשרות אנשים, אחרי שהתנגש במשאית מלאה פועלים¹¹³. מנגד, בעניין קטאשווילי לא הקל בית-המשפט בעונשם של סבלים שגנבו שקי-דואר בנמל-התעופה, אף-על-פי שלא מצאו בהם יהלומים, אלא רק ממתקים וסיגריות¹¹⁴. ייתכן שבית-המשפט התייחס כאן לפגיעה באינטרס המוגן של ביטחון המשלוחים בדואר ולכן לא התחשב בשלל שנמצא למעשה¹¹⁵.

אין בפסיקה דיון מקיף בשאלה העקרונית של המשקל שיש לתת לנזק שנגרם, גם כאשר יש בו מידה רבה של מקריות, וליחס בין המחשבה הפלילית לנזק בהערכת האשמה וחומרת העבירה¹¹⁶. היעדר דיון כזה מונע קביעת הנחיות שיטתיות ועקיבות בסוגייה חשובה זו. בית-המשפט דן במקרים הבאים בפניו ואינו מסדיר את כל הסוגייה בשיטתיות. זוהי אחת המגבלות של קביעת הנחיות להפעלת שיקול-הרעצת בפסיקה.

נסיבה נוספת המביאה את בית-המשפט לראות עבירה כחמורה במקרה הספציפי היא חוסר-הביטחון והפחד שגרמה העבירה. בעניין שבתאי התייחס בית-המשפט לפחד שגרם המערער לחיי הקהילה בשכונה מסוימת, שבה בוצעו מעשי-האינוס שלו¹¹⁷. במקרה אחר התייחס בית-המשפט בחומרה רבה לעבירות-רכוש, אשר בשל מספרן הרב הטילו אימה על החיים בשכונה¹¹⁸. גם כאן הסיבה להחמרה היא

113 ע"פ 531/84 ראוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 103.

114 ע"פ 85/80 קטאשווילי (לעיל, הערה 26).

115 אם כי במקרים אחרים של גניבות משקי דואר בנמל-התעופה התחשב בית-המשפט בערך השלל. ראה, ע"פ 370/80 מירלשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 391.

116 לעניין זה ראה י' בוק, הענישה הפלילית דרכיה ועקרונותיה (דביר, תשמ"א) 61-67; וכן Shacher, "The Fortuitous Gap in Law and Morality" 6 *Crim. Justice Ethics* (1987) 12.

117 ע"פ 125/87 שבתאי (לעיל, הערה 78).

118 אומר בית-המשפט: "כבר הבעתי את דעתי (ראה ע"פ 46/84 (1), עמ' 753), כי נובעת חומרה מיוחדת למעשי התפרצות המבוצעים בסיטונות ובאופן שיטתי באזור מגורים מסוים, הגיע הזמן, שנפסיק לכנות עבירות אלה במונח "עבירות נגד רכוש" גרידא. הצער ועוגמת הנפש הנגרמים לקרבנות המרובים של עבירות אלה והפחד האוחז את תושבי האזור כולו הינם גורמים אשר עולים בחומרתם אף על עצם אובדן הרכוש בשורר כזה או אחר" (ע"פ 498/86 מדינת ישראל נ' זריהן, פ"ד מ(3) 813, 814).

הפגיעה באינטרס המוגן. שיקול דומה גורם להחמרה כאשר היתה הפרת אמון¹¹⁹. גם זו פגיעה באינטרס מוגן, ומכאן חומרתה¹²⁰. המהירות של הקורבן משנה את חומרת העבירה. כך, למשל, שוד קשישים נחשב לחמור במיוחד¹²¹; ופגיעה מינית בילדה צעירה חמורה יותר מפגיעה בנערה בוגרת. גם כאן ניתן לומר, שהחומרה היתירה נובעת מהפגיעה החמורה באינטרס המוגן. ייתכן גם לראות כאן מחשבה פלילית חמורה יותר, המצביעה על אשמה חמורה יותר.

מעניין להשוות את הדיון בנסיבות מחמירות לגבי העונש לדיון בנסיבות מחמירות לעניין עבירת המרמה והזיוף. סעיפים 415 ו-418 לחוק העונשין מבחינים בין מרמה וזיוף לבין מרמה וזיוף בנסיבות מחמירות. ההבדל מתבטא בעונש המרבי שניתן להטיל, אך ההבחנה קיימת כבר בשלב של ההרשעה. לכאורה אפשר היה ללמוד מניתוח שנעשה בסוגייה של הנסיבות המחמירות במרמה ובזיוף גם לסוגייה שלנו. אולם גם בעניין הנסיבות המחמירות במרמה אין בפסיקה דיון עקרוני ושיטתי בטיבן של הנסיבות המחמירות. דיון כזה נמצא במאמרו של ד"ר ביינ¹²². אך – כפי שמדגיש ביינ – יש לשים לב לכך ששם מדובר כבר בשלב של ההרשעה. משום-כך, למשל, בעניין הנסיבות המחמירות במרמה אין להביא בחשבון את המניע, בעוד שהמניע עשוי להיות שיקול לעניין קביעת חומרת העבירה בענישה¹²³. עם זאת, מעיון בפסיקה ומבדיקת הנסיבות שראו אותן כנסיבות מחמירות, בולט הדמיון לסוגייה שלנו. הנסיבות המחמירות שהוזכרו לעניין המרמה הן מאמץ ומזימה שיטתיים, תחכום, היקף גדול, ריבוי המקרים וכן גם ניצול קורבנות תמימים והפרת אמון¹²⁴. כל הנסיבות האלה משמשות גם נסיבות מחמירות לעניין קביעת חומרתה של העבירה לשם קביעת העונש.

ברור כי לא מיציתי כאן את כל הנקודות שבית-המשפט מביא בחשבון, כשהוא

119 כפי שאומר בית-המשפט בעניין לבנת: "מלבד חומרתן של העבירות בהן הורשע המשיב, ואשר לגביהן קבע המחוקק עונשים כבדים, ייחסו בתי המשפט מאז ומתמיד חומרה מיוחדת כאשר עבירות גניבה, מרמה והפרת אמונים בוצעו במוסדות כגון בנקים וכדומה על ידי עובדים, מהם נדרשת מידה גדולה של ישר ואימץ" (ע"פ 644/79, לבנת [לעיל, הערה 42], 419. אם הפרת האמון היא נסיבה מחמירה שהובאה בחשבון כבר בקביעת חומרת העבירה לפי הגדרתה, אין זה ראוי להביאה שוב בחשבון.

120 כמורכב ראה בית-המשפט כנסיבה מחמירה, המצביעה על חומרה מיוחדת של עבירת תקיפה מינית, את העובדה שהנאשם היה נהג-מונית, והקורבן היתה נוסעת במונית. וכך נאמר שם: "אדם המוחזק לנסוע במונית ציבורית זכאי לצפות לכך שנהג המונית ידאג לשלמו ולא יפגע בו". לפיכך דינו של נהג-המונית כדון עובד-ציבור שסרח (ע"פ 433/89 אטיאס [לעיל, הערה 15]).

121 למשל: ע"פ 304/85 תורג'מן (לעיל, הערה 19).

122 ד' ביינ, "עיסין ל"אילוף" הנסיבות המחמירות בעבירות המרמה והזיוף" הפרקליט כו (תש"ל) 378.

123 שם, בעמ' 382-383.

124 ע"פ 35/77 875/76 בור' נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(2) 785; ע"פ 548/82 מילר' נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 347; ע"פ 524/82 ורדר' נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 533, 563. בהחלטה זו בולט הקשר בין הנסיבות המחמירות לעניין הרשעה במרמה בנסיבות מחמירות, לנסיבות מחמירות לעניין קביעת העונש. בית-המשפט מונה אותן נסיבות קודם לעניין ההרשעה, ואחר-כך לעניין העונש. ע"פ 130/88 גרוסמן ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 599; ע"פ 618/88 בן עמי' נ' מדינת ישראל, מד(3) 227; ע"פ 399/88 בלאס ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(4) 705, 741. במקרה אחרון זה, לאחר שנקבע כי יש נסיבות מחמירות, נאמר כי ההסדר הכספי שנעשה בין הנאשם לקורבנות לאחר-מכן עשוי להשפיע על חומרת העונש, אך אינו משפיע על כך שעבירת-המרמה נעברה בנסיבות מחמירות.

קובע את חומרת העבירה בנסיבותיה הספציפיות. הפסיקה מכוונת את בתי-המשפט דמטה, אבל הכוונה זו דלה ביותר, משום שהיא מקרית ואינה פורשת תמונה שלמה, אלא דנה רק בנסיבות שהתעוררו במקרה הנדון. קשה אפילו ללמוד מההחלטות, אם יש נסיבות שראוי להתחשב בהן בסוג מסוים של עבירות. נוסף על כך אין הדרכה לגבי השאלה מהו משקלן של אותן נסיבות שראוי להתחשב בהן ובאיזו מידה הן מחמירות או מקלות.

ד. נסיבות הקשורות בעבריי

עוד פחות הדרכה והכוונה יש בשאלה זו של התחשבות בנסיבות הקשורות בעבריי. כאן יש מספר רב של נסיבות שונות, ובשיטה שלנו אין בחקיקה כל הגבלה לגבי ההתחשבות בהן או הדרכה לגבי משקלן.

יש נסיבות הקשורות בעבריי, אבל משפיעות על חומרת העבירה הנדונה, ובהן כבר דנו למעלה. הכוונה, למשל, למעמדו של העבריי בעבירה, היינו: היותו יוזם או נגד, או היותו סובל מפיגור קל¹²⁵. כאן ברצוני לבדוק, האם יש בפסיקה שלנו הנחיות המכוונות את בית-המשפט דמטה בשאלה, באילו נסיבות הקשורות בעבריי (ולאו דווקא בעבירה) יש להתחשב? מהו משקלן של נסיבות אלו? האם יש הבדל כשאלות אלה בין עבירות שונות? כאמור, יש שיטות-משפט, שבהן החוק (או ההנחיות שנקבעו על-ידי ועדה) נותן תשובות, לפחות חלקיות, לשאלות אלה. בשיטתנו אין הוראות בחוק, ועלינו לבדוק מה נקבע בפסיקה בית-המשפט העליון. ההתחשבות בנסיבות של העבריי תלויה מאוד בשיקולי הענישה. כאשר ניתן משקל לשיקולי שיקום ומניעה, יש להתחשב בנסיבות הקשורות בעבריי ומלמדות על סיכויי השיקום שלו, על הדרך הנאותה לשקמו או, במקרה אחר, על הסיכון שלו והצורך לכולאו לתקופה ארוכה. מנגד, כאשר ניתן משקל לשיקולי הרתעה וגמול, ההתחשבות בנסיבות הקשורות בעבריי הרבה יותר מוגבלת¹²⁶.

אין בפסיקה רשימה של נסיבות שראוי להביאן בחשבון, כשם שאין גם רשימה של נסיבות שאין להביאן בחשבון¹²⁷; אך כמובן ניתן ללמוד מהפסיקה ולראות באילו נסיבות התחשבו. בדיקה כזו מעלה, שיש הרבה מאוד נסיבות שמתחשבים בהן. ננסה לסווגן ולראות מה משקלן. אפשר לדבר על שלושה סוגים של נסיבות הקשורות בעבריי: העבר הפלילי, הנסיבות הסוציו-אקונומיות והתנהגות הנאשם לאחר תפיסתו.

העבר הפלילי תופס מקום רב בשיקולי הענישה בארץ. ההתחשבות בעבר הפלילי

125 כאשר העבירה דורשת מחשבה פלילית. בעבירות של אחריות מוחלטת לא תהיה לכך השפעה על חומרת העבירה.

126 אמנם, ניתן לטעון כי גם כאשר ניתן משקל רב לשיקולי תגמול יש להתחשב בנסיבות הקשורות לעבריי ומלמדות על מידת האשמה שלו. בהמשך נעלה טיעון זה במיוחד לגבי ההתחשבות בנסיבות הסוציו-אקונומיות. אולם דומני כי בפסיקה של בית-המשפט ההתחשבות בנסיבות הקשורות בעבריי נעשית בעיקר במסגרת שיקולי השיקום והמניעה.

127 הוראות כאלה יש במשפט הפרלעי (28 U.S.C.A. 994(d) (west 1991)). הוראה דומה קיימת במינסוטה, Minnesota Sentencing Guidelines II D1, M.S.A. 244 App.

מעוגנת בחוק עצמו. סעיפים 187-188 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982, דנים בהוכחת העבר הפלילי לצורך קביעת העונש, אך אין בחוק דבר באשר למשקלו של העבר הפלילי.

בפסיקה יש מקרים רבים שבהם הובא העבר הפלילי בחשבון בעת קביעת העונש. לעתים נקבע משך המאסר בהתחשב בעבר הפלילי, ולעיתים עצם השליחה למאסר נומקה תוך התחשבות בעבר הפלילי. אנו רואים, שבית-המשפט מהסס לשלוח למאסר אדם שאין לו עבר פלילי, ואפילו מי שיש לו עבר פלילי, אבל טרם היה במאסר. לגבי עבירות תעבורה נאמר:

בית המשפט האמור רשאי להבחין בין מי שעובר עבירה כלשהי לראשונה לבין מי שרשימה ארוכה של הרשעות קודמות מאחוריו, ואך מוכן כי בעל ההרשעות הקודמות ראוי לענישה מחמירה יותר. בית-המשפט גם צריך להביא בחשבון, כי אמצעי הענישה שנקטו בעבר לא השפיעו, ככל הנראה, את השפעתם המרסנת, וכי דרושים אמצעים חריפים יותר כדי לנסות ולהשפיע על דרך התנהגותו של המשיב בעת שהוא נוהג ברכב¹²⁸.

גם בפסיקה אין הוראות רבות באשר למשקל העבר הפלילי. בעבירות חמורות, כאשר משקל הנסיבות האישיות קטן – כפי שראינו – אין גם משקל רב להיעדר עבר פלילי¹²⁹.

הפסיקה מתייחסת לעבר הפלילי כאל אחת מהנסיבות הקשורות לעבריו – נסיבה שניתן ללמוד ממנה על האפשרות לשקם את הנאשם ועל הסכנה הנשקפת ממנו לציבור¹³⁰. ההתחשבות בעבר הפלילי משקפת אפוא גישה שיקומית-מניעתית, ולא גישה תגמולית. משום-כך אין בית-המשפט מהסס לראות בעבר פלילי נסיבה המביאה להחמרה בעונש¹³¹.

שיקולי השיקום בולטים בפסקי-הדין שבהם מתחשב בית-המשפט בכך שמדובר בהרשעה ראשונה או שמדובר בעבריו שטרם נכלא¹³². במקרים אלה מהסס

128 ר"ע 439/85 מדינת ישראל נ' רו, פ"ד לט(3) 225-227 וראה גם החיזוקות בית-המשפט לעבריו שעבר מספר רב של עבירות-תעבורה כ"עבריו תעבורה", שיש להחמיר בעונשו. ע"פ 101/88 מדינת ישראל נ' בורון, פ"ד מב(2) 344.

129 "כאשר מדובר בעבירות-המרדה – שדין גדין עבירות ביטחוניות – המשקל לקולא שניתן להעניק להיעדר עבר פלילי הוא, בדרך-כלל, דל אם לא אפסי" (ע"פ 294/89 עאליה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מג(4) 627, 630).

130 וראה פרישטיק (לעיל, הערה 19).

131 במודל התגמולי יש קושי לראות בעבר הפלילי נסיבה המביאה להחמרה בעונש, שהרי חומרת העונש נקבעת בהתאם לחומרת העבירה. לכן יש גישה תגמולית המתחשבת בעבר הפלילי במידה מצומצמת, ורק כדי להקל בעונש, כאשר אין עבר פלילי או שהעבר הפלילי קל. וראה במאמרי הנזכר לעיל, בהערה 2, בדיון בעבר הפלילי במודל התגמולי.

132 ע"פ 344/79 מג"ד נ' מדינת ישראל, פ"ד לר(2) 93. וראה גם ע"פ 493/88 וויד ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מר(3) 133. אך ראה גם ע"פ 490/89 פלוגי נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 93. בית-המשפט סירב להתחשב בכך שלנאשם לא היו הרשעות קודמות והיה זה מאסרו הראשון, כאשר הוא הורשע בעבירות-מין חוזרות שביצע בבתו הקטנה. וראה בהמשך, בדיון בריבוי עבירות. גם כאשר מדובר בעבירות-סמים חמורה, סירב

בית-המשפט לשלוח את הנדון למאסר והוא עושה כך רק כאשר שיקולים של הרתעה או חומרת העבירה אינם מאפשרים לו להימנע מעונש-מאסר¹³³. מנגד, בית-המשפט נוטה להחמיר בעונש ולקבוע עונש של מאסר בפועל על עבריינים שעברו עבירה בהיותם משוחררים בערובה או נתונים בתקופה של מאסר על-תנאי או משוחררים בתנאים של רשיון חופש לפי פקודת בתי-הסוהר (נוסח חדש)¹³⁴. ההחמרה במקרים אלה עשויה לבטא שיקולים של הרתעה ספציפית. בית-המשפט אומר, שהעונש הקודם לא היה יעיל ולכן עליו לשלוח את העבריין למאסר, אבל ייתכן שהחמרה זו מבטאת שיקולים של הרתעה כללית, ואולי אפילו תגמול. יש להעיר כי החמרה משיקולי תגמול במקרים הנדונים מעוררת בעיות קשות, כיוון שיש כאן החמרה בשל כך שהעבריין אינו "מציית לחוק" ו"מצפצף" על הקביעות של בית-המשפט והחברה, נוסף על העונש שנקבע לעבריין בשל העבירות הספציפיות שביצע¹³⁵.

בפסיקה יש גם התחשבות בכך שהנאשם התחרט על העבירה. החרטה משמשת אינדיקציה לכך שהעבריין אינו מסוכן לציבור ואינו מתכוון לשוב ולעבור עבירות נוספות, אלא מעוניין להשתקם. התחשבות זו בחרטה עולה בקנה אחד עם שיקולי השיקום והמניעה¹³⁶, כפי שאמרה השופטת בן-פורת בעניין לבנת:

הטעם לכך נעוץ לא רק בהבדל הקיים מטבע הדברים בנסיבותיו של כל מקרה לגופו, אלא גם – ולעתים בעיקר – בכנות החרטה

בית-המשפט להקל בעונש המאסר בשל כך שהמעורר מעולם לא נדון למאסר (ע"פ 376/89 לובטון נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 309).

133 במסגרת זו יש להזכיר גם את ההתחשבות בגילו של הנאשם. כאשר מדובר בצעיר, בית-המשפט שואף לתת סיכוי לשיקום ולכן יימנע ממאסר או יקצר במאסר. גם כאן נראה לי, כי השיקול הוא שיקומי, כלומר: אין הקלה בעונש בגלל גילו הצעיר של הנאשם, המלמד על אשמה פחותה, אלא אמונה באפשרות לשקם אותו. ראה, למשל, ע"פ 261/89 אוחנה (לעיל, הערה 110). מנגד סירב בית-המשפט להקל בעונש בשל גילם הצעיר של הנאשמים, כאשר מדובר בעבירות חמורות המבוצעות רחוק על-ידי קטינים, למשל: ע"פ 1263/90, 1140 פלוני נ' מדינת ישראל, סביר לו (תשנ"א) 95. ההרשעה היתה בעבירה של הצתה על רקע לאומני. בית-המשפט מקל בעונש גם בשל גיל מבוגר. כאן מדובר כנראה בהקלה מנימוקים של רחמים, למשל: ע"פ 4616/90 שושן נ' מדינת ישראל, סביר לו 110 (תשנ"א).

134 ע"פ 179/88 ספדי (לעיל, הערה 32). מדובר בעבריין שביצע את העבירה בהיותו משוחרר ברשיון. ע"פ 384/78 משעלי (לעיל, הערה 106). מדובר בעבריין שביצע את העבירה כשהיה בתקופת תנאי. ע"פ 571/89 מדינת ישראל נ' איטח, סביר לו (תש"ן) 351. מדובר בעבריין שביצע את העבירה בהיותו אסיר בחופשה.

135 יש לזכור, כי פרט להחמרה בעונש יופעל המאסר על תנאי ויבוטל רשיון החופש. בעיה דומה מתעוררת במסגרת הגישה התגמולית, כאשר טוענים להחמרה בעונש בשל עבר פלילי. לעניין זה ראה, G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Boston 1978) 460–466.

136 גנו, במאמרו (לעיל, הערה 46) סבור כי החרטה מעידה שלנאשם יש פחות רוע, ולכן – או גם לכן – אין צורך בה חזק להוקיעו וניתן לתת עונש פחות חמור. לא כך הסביר בית-המשפט את התחשבותו בחרטה הקנה של רוני ליבוביץ באותו עניין. בית-המשפט ראה בחרטה עדות לכך, שאין צורך בהרתעה ספציפית, שיש מקום לשיקום ושיש מקום למידת הרחמים (ע"פ 1399/91 ליבוביץ נ' מדינת ישראל טרם פורסם).

והאפשרות להחזיר את הנאשם מדרכו הרעה, לבל יסכן את שלום הציבור.¹³⁷

במיוחד מתחשבים בתי-המשפט בחרטה, כאשר היא מלווה גם בניסיון לתקן את הנזק שנגרם בעבירה ולהשיב את הסכומים שהושגו בעבירה.¹³⁸ לאחרונה הודגשו הדברים בעניין ה"אופנובנק". השופט אלון ראה בהשבת הגזילה עדות חזקה לקיומה של חרטה כנה ונתן לכך משקל רב בקביעת העונש.¹³⁹ אולם אין הוראות מספיקות לגבי המשקל שיש לתת לחרטה ולהשבת הנזק. יתר על כן: לא פעם חלוקים השופטים בעניין זה. כך, למשל, בעניין צור היה השופט כהן נכון לתת משקל רב מאוד להשבה, אבל השופטים האחרים חלקו עליו. לחרטה ולהשבת הגזילה ניתן משקל גם כאשר אין הם מעידים על חרטה אמיתית, אלא על רצון לסיים את המשפט וכיו"ב, אבל ייתכן כי במקרים אלה משקלן מועט יותר.¹⁴⁰ בשיטות-משפט רבות הודאה ועזרה לבית-המשפט, המאפשרת סיום מהיר יותר של ההליך הפלילי, עשויות להביא להקלה בעונש. אין כאן שיקולים הקשורים במטרות הענישה, אלא שיקולים פרגמטיים של ניהול חלק ומהיר יותר של המערכת הפלילית.¹⁴¹

השאלה המעניינת ביותר בהקשר זה היא מידת ההתחשבות בנסיבות הסוציאל-אקונומיות. כפי שכבר הראיתי במקום אחר,¹⁴² שאלה זו עומדת במוקד ההתעניינות בשיטות-משפט רבות, וכמה מהן מגבילות מאוד ואף שוללות התחשבות בנסיבות אלה לצורך קביעת חומרת העונש.¹⁴³ בפסיקה בארץ אין הדים לוויכוח חריף זה. בתי-המשפט בכל דרגיהם מתחשבים הרבה בנסיבות סוציאל-אקונומיות לשם קביעת העונש. אין דיון בשאלה באיזו מידה ראוי לעשות כך, והקביעה היחידה היא — כפי שכבר ראינו — כי ככל שעולה חומרת העבירה כן פוחת משקלן של הנסיבות האישיות. ניתן לומר, כי ההתחשבות בנסיבות האישיות כפופה לשיקול הגמולי-הרתעתי ולכן במקרים חמורים לא יינתן להם משקל רב. ההתחשבות בנסיבות הסוציאל-אקונומיות מבטאת שיקולים שיקומיים ומניעתיים. במסגרת זו יש התחשבות נרחבת במספר רב של נתונים, ואין — כמדומני — פסיקה האוסרת התחשבות בנתונים מסוימים.¹⁴⁴ נכון כי יש כמה החלטות שבהן נקבע כי אין להקל בעונשה של אשה כאשר שאר הנתונים אינם מלמדים על הבדל

137 לעיל, הערה 42, בעמ' 420. וראה גם ע"פ 80/81 קדוש נ' מדינת ישראל, פ"ד (לון) 3(2) 225; וכן פרישטיק (לעיל, הערה 19), העומד על מקומה של החרטה כאינדקציה לכך שאין סכנה לציבור.

138 ע"פ 395/75 צור נ' מדינת ישראל, פ"ד (ל) 2(2) 589.

139 ע"פ 1399/91 (לעיל, הערה 136).

140 אולי כך מבחינת משפט רצוי, אך אין לי אסמכתא לכך במשפט מצוי, ולהיפך: לא כך משתמע מדברי השופט ח' כהן בצור (לעיל, הערה 138).

141 השופט ח' כהן בעניין צור (לעיל, הערה 138) 599. הבעיה אינה קלה, כי יש להיזהר מהחמרה בענישה בשל עמידה על כך שהתביעה תוכיח את העבירה. ראה ע"פ 603/84 גולי נ' מדינת ישראל, פ"ד (לח) 3(3) 469. במשפט הפרדלי בארצות-הברית ההנחיות מאפשרות הקלה בעונש כאשר הנאשם הודה באשמה, ובמיוחד כאשר הוא עזר לתביעה. הוראות אלה הן נושא לדיון בספרות U.S.S.G. 3E1.1, 18 U.S.C.A. App. (west supp. 1991).

142 וראה הדיון בנסיבות הסוציאל-אקונומיות במודל-ענישה תגמולי במאמרי (לעיל, הערה 2).

143 ראה המקורות לעיל, הערה 126.

144 עם זאת ברור כי התחשבות בנזק, לאום או עדה תיפסל. והשווה ע"פ 2610/90 אבו שוב נ' מדינת ישראל,

בינה לבין הגבר שהורשע עמה¹⁴⁵, אבל יש גם החלטות אחרות שבהן הוקל עונשה של אשה בעיקר מטעמים של חסד ורחמים¹⁴⁶. קשה למצוא פסיקה הנוטה לקולא בנסיבות סוציאו-אקונומיות משיקולים של גמול, היינו: הסתכלות על הנסיבות הללו כמלמדות על אשמה פחותה¹⁴⁷. יוצא-דופן הוא פסק-הדין בעניין שפר¹⁴⁸. זו היתה בקשת רשות ערעור של נאשמת שגרמה למוות ברשלנות בתאונת-דרכים, והנשיא שמגר, בדחתו את הבקשה, אמר¹⁴⁹:

כאן המקום להעיר, שאנו דנים בעבירה, שאיננה כרוכה בפגמים מוסריים או בשחיתות, אלא ביטוייה, כידוע לכולנו, באופן התנהגותו של האדם הנוהג ברכב, ומבחינה זו לא יכולים עברו או תכונותיו האישיות של האדם הנוגע בדבר להיות בעלי משקל מכריע. כפי שכולם נוהגים בדרכים, צריכים גם האמצעים העונשיים, שנועדו להכתיב דרך התנהגות מסוימת, לחול על כולי עלמא. כאמור אין בית-המשפט פטור מן ההתאמה של העונש לכל מקרה אינדיוידואלי, אך עליו להשוות נגד עיניו את אמת המידה העונשית, אשר עליה כיוון אותו המחוקק בדברו בסעיף 64 לפקודת התעבורה (נוסח חדש)¹⁵⁰.

ולסיום הדיון בעניין זה של ההתחשבות בנסיבות הקשורות לעבריו נזכיר, כי יש בפסיקה גם התחשבות רבה בנסיבות אלה מטעמים של רחמים. במסגרת זו יש התחשבות במחלות של הנאשם ובני-משפחתו, בנכותו של הנאשם או בפגיעה שהנאשם סבל תוך ביצוע העבירה או לאחר-מכן¹⁵¹. מן הראוי היה שיודגש ההבדל בין הנסיבות האישיות של הנאשם, המלמדות על כך שיש סיכוי לשקמו, ואז ההתחשבות באותן נסיבות בקביעת העונש היא במסגרת מטרות הענישה, והיא לטובת הציבור כולו, לבין התחשבות בנסיבות אישיות כעניין של רחמים¹⁵². הבחנה זו חשובה, כי ההתחשבות בנסיבות אישיות

סביר לו (תשנ"א) 350. שם נתבקשה הקלה בענישה בשל "רקע ודפוסי התנהגות אחרים" של ערבים. הבקשה נדחתה במלים תריפות.

145 ע"פ 301/82 גורן נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 204.

146 ראה, למשל, ע"פ 3692/90 סאבת נ' מדינת ישראל, סביר לו (תשנ"א) 397. ראה גם ע"פ 470/88 מויאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(3) 793. את החלטת הרוב לדחות מתן עונשה של אם לילדים קטינים, בעלת עבר פלילי עשיר בעבירות-רכוש, ניתן לראות כמשקפת שיקולי שיקום. עם זאת ברור, כי לו היה מדובר בגבר לא היו מקבלים את בקשתו. וראה דעת-המיעוט של השופט גולדברג בעניין.

147 וראה הדיון במאמרי (לעיל, הערה 2), ליד הערות 66-58.

148 ר"ע 530/84 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(4) 161.

149 השווה לדברי הנשיא שמגר בע"פ 238/79 קוזקוב (לעיל, הערה 79), 630.

150 בעמ' 163. והשווה להסברם של חסין וקרמניצר לבחירת עבירות-תעבורה בנושא למחקרם על אחידות בענישה (לעיל, הערה 2).

151 ע"פ 433/89 אטיאס (לעיל, הערה 15); ע"פ 392/88 דגואשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 309; ע"פ 291/81 פלתי (לעיל, הערה 8).

152 "כל השיקולים הם בסופו של דבר שיקולים שמטרתם הסופית היא קידום החברה והבטחת שלומה, שגם תיקונו של העבריין הינו אך חלק מהם" (מפי השופט עציוני בע"פ 395/75 צור [לעיל, הערה 138]).

מטעמי רחמים היא מוגבלת, מחד גיסא, אך אינה קשורה בשיקום, מאידך גיסא. לפיכך ניתן להתחשב בנסיבות אישיות מטעמים של רחמים – במידה מוגבלת – גם כאשר אין מקום לקביעת עונש לפי שיקולים שיקומיים¹⁵³. ייתכן שהבחנה זו מצויה בדברי השופט אלון, והיא מקור המחלוקת בינו לבין השופט ברק, לעניין ההתחשבות בשיקולים של חסד בהחלטה בעניין זגל¹⁵⁴. ההתחשבות ברורה בנסיבות אישיות בעניין של רחמים יש גם בהחלטתו של השופט אלון בעניין תוהמי¹⁵⁵. אחרי שהשופט מתאר את המצב הקשה שאליו נקלעו ילדי המערער כתוצאה מהעבירה ומהמאסר שנגזר על המערער, הוא מקל מעט בעונש המאסר בפועל ואומר:

כשופטים מצווים אנו להחליט מהו העונש על פי מידת הדין, ומידה זו יכול שתהיה מהולה במידה מסוימת, של מידת הרחמים; את השימוש במידת החסד הפקיד המחוקק בידה של הרשות החוננת, ואל לנו לערבב את שיקוליה של זו בשיקולינו שלנו¹⁵⁶.

ה. ריבוי עבירות

נושא זה של ענישה בשל מספר עבירות חשוב ביותר, ובעיות עקרוניות של מדיניות-הענישה מוצאות את ביטויין בהסדרתן. ראשית עלינו להבהיר כמה אנו דנים. מדובר במקרה שבו באותו פסק-דין הורשע הנאשם בכמה עבירות, והשופט קובע את גזר-הדין בשל אותן עבירות. אם כל העבירות הללו הן "מעשה אחד", חל סעיף 186 של חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982, ובית-המשפט רשאי להטיל רק עונש אחד¹⁵⁷. אנו מעוניינים כאן באותם מקרים, שבהם יש יותר ממעשה אחד, ולכן בית-המשפט רשאי להטיל יותר מעונש אחד¹⁵⁸. העבירות שבהן הורשע המערער עשויות להיות שונות זו מזו או חזרה על אותה עבירה כמה פעמים. הנקודה החשובה היא, שמדובר בכמה מעשים (בדרך-כלל באירועים שונים), שכולם נדונו באותה הכרעת דין, היינו: כולם נעברו לפני הכרעת הדין הנדונה. אין אנו דנים אפוא בסוגייה של מועדות ושל נאשם בעל עבר פלילי¹⁵⁹.

153 ע"פ 1594/91 עזרא (לעיל, הערה 87).

154 ע"פ 10/86 זגל (לעיל, הערה 59). אינני נכנסת להבחנה שעושה השופט אלון בין מידת הרחמים למידת החסד. נראה לי שכל הנסיבות האישיות שבהן אני דנה בקטע זה מובאות בחשבון במסגרת שיקולי הרחמים לפי מינוחו של השופט אלון. בעניין זגל מדבר השופט אלון על שיקול של חסד, המסור – לדעתו – רק לרשות החוננת.

155 ע"פ 870/85 תוהמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(1) 733.

156 בעמ' 737. אך ראה דברי השופט ברק בעניין זגל הנ"ל, עמ' 772-773.

157 השאלה מתי יש לפנינו מעשה אחד קשה. לדיון בשאלה זו ראה ע"פ 104/89 דרורי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 843. וראה לאחרונה רע"פ 4455/91 פרץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 100. בשאלה זו דנתי באריכות במאמרי, "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" מחקרי משפט ג (תשמ"ד) 247.

לדעה אחרת ראה ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין ג 303-307, 310-312.

158 לעניין האפשרות להטיל פיצוי לפי סעיף 77 על כל עבירה ועבירה ראה ע"פ 4289/91 תנן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם). יודגש, כי באותו עניין לא היה מדובר במעשה אחד.

159 כמובן ייתכן שנוסף על כך יש לנאשם גם עבר פלילי, אך זה אינו נושא הדין.

ההוראה היחידה בחוק בנושא שלנו היא הוראת סעיף 45 של חוק העונשין. הוראה זו דנה בהצטברות וחפיפה של מאסרים והיא קובעת כי באין הוראה אחרת של השופט, המאסרים יהיו חופפים. אין לנו הוראה בדבר הצטברות של עונשים אחרים.¹⁶⁰

יוצא אפוא, כי הענישה במקרה של ריבוי עבירות היא שאלה המסורה לשיקול-דעתו של השופט והיא נקבעת לפי מדיניות-הענישה. יש להדגיש את חשיבותה של שאלה זו. ראשית כול יש לזכור, כי השאלה מתעוררת פעמים רבות. הרשעה בכמה עבירות באותו פסק-דין מצויה ביותר, ודומני כי במקרים רבים יש יותר מהרשעה אחת.¹⁶¹ יחד עם זאת, האפשרות לצבור את העונשים מעניקה לבית-המשפט סמכות לקבוע עונש חמור ביותר ומשום-כך כוחו של בית-המשפט רב יותר מאשר במקרה רגיל, שבו יש לבית-המשפט שיקול-דעת בקביעת העונש עד למקסימום שנקבע בחוק.

סעיף 45 לחוק העונשין קובע, כאמור, כי באין הוראה אחרת, עונשי-מאסר שהוטלו באותו גזר-דין יהיו חופפים. החוק אינו דורש שבית-המשפט ינמק הוראה על הצטברות המאסרים¹⁶², אולם נראה לי שמפאת חשיבותה של השאלה והיותה מרכיב מרכזי בקביעת תומרת העונש – בית-המשפט חייב לנמק החלטה על צבירת העונש כחלק מחובתו לנמק את גזר-הדין.¹⁶³

סעיף 45 האמור אינו נותן שום הכוונה לשופט ואין בו הפרדה בין עבירות הקשורות זו בזו לבין עבירות שאין ביניהן כל קשר. אין בו גם הבחנה בין עבירות שנעברו בסמיכות זמן ומקום לעבירות שנעברו במשך תקופה. בכל המקרים ההנחה היא, שהמאסרים חופפים. יתר על כן: גם כאשר הנדון מרצה עונש-מאסר אחד ונדרן במשפט שני למאסר נוסף, ההנחה היא שהמאסרים יהיו חופפים.¹⁶⁴

לדעתי, ההנחה שנקבעה בחוק אינה מבטאת רק הוראה של ברירת מחדל, אלא מדיניות של המחוקק, שלפיה הכלל הוא חפיפה של המאסרים ועל היוצא מהכלל יש לתת הוראה מפוזרת. ברור שגם בפסיקה רואים בחפיפה את הכלל¹⁶⁵. מעניין

160 אבל ניתן ללמוד מתוך הוראות מפורזות שונות. ברור, למשל, כי כל הקנסות מצטברים. ראה, למשל, ע"פ 70/80 יחיה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 43.

161 לא ראיתי נתינים בארץ, אבל הנתינים באנגליה מגלים שב-62 אחוז של המקרים יש יותר מהרשעה אחת A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* (London, 1992) 195.

162 בע"פ 269/78 חליואה נ' מדינת ישראל, פ"ד לד (1) 396, 402 נאמר, כי "הוראות בית המשפט על נשיאת העונשין, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, טעונה הנמקה מיוחדת". אך, כאמור, הסעיף דורש הוראה ולא הנמקה מיוחדת. ואכן, לאתר-מכן הועמדו הדברים על דיוקם בע"פ 671/83 קוסטור נ' מדינת ישראל (לא פורסם); אך הדברים הוזכרו בח"פ (י-ם) 203/84, מדינת ישראל נ' לבני ואח', פסקים (תש"ן) ג 330, 444. דומני כי בעניין קוסטור אמנם נאמר שאין צורך בהנמקה מיוחדת להצטברות המאסרים, אך עדיין נכון לראות בחפיפה את הכלל, ובהצטברות יוצאת-מן-הכלל. כלל זה מבטא את מדיניות הענישה.

163 יצוין כי בחוק אין חובה לנמק את גזר-הדין. סעיף 193 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), תשמ"ב-1982, אינו מחייב הנמקה גזר-הדין, בעוד שסעיף 182 מחייב לנמק את הכרעת הדין. החובה לנמק את גזר-הדין היא חידוש של הפסיקה עוד בשנים הראשונות של המדינה. ע"פ 14/49 ביופסון (לעיל, הערה 91) וראה ש' אגרנט, התפתחויות במשפט הפלילי עיוני משפט יא (תשמ"ו) 33. הנמקה גזר-הדין היא צעד ראשון וחשוב להסדרת שיקול-הדעת של השופט בקביעת גזר-הדין.

164 הוראה זו שבסעיף 45(ב) עשויה ליצור תוצאות קשות. וראה הנחיות היועץ המשפטי לממשלה מיום 1.8.76, הנחיה מס' 50.051, העוסקת בחישוב תקופת-המאסר.

165 כך, למשל, השופטת בן-פורת בע"פ 237/80 מדינת ישראל נ' קורטאם, פ"ד לד (4) 576, אומרת, "שאז

שסעיף 48 לפקודת החוק הפלילי, 1936, יצא מההנחה ההפוכה, כלומר: באין הוראה אחרת, היו העונשים מצטברים. במשך השנים, במיוחד בשנים האחרונות של המנדט ובשנים הראשונות שלאחר הקמת המדינה, התגבש בפסיקה נוהג להורות בדרך-כלל על חפיפת המאסרים. נוהג זה היה כה מגובש, עד שלמעשה נשתכחה ההוראה ההפוכה שבסעיף 48 הנ"ל, ובדברי ההסבר להצעת החוק משנת תשי"ד, שבה נקבעה ההוראה החלה כיום – נאמר שאין להצעה משנה את המצב הקיים¹⁶⁶. מכל-מקום, מהפסיקה ומההיסטוריה של הסעיף ברור – לדעתי – שהמדיניות של החוק היא כי בדרך כלל יהיו המאסרים חופפים.

הוראת סעיף 45 מבטאת גישה המקלה עם הנאשם. כך מסתבר מדבריה של השופטת בן-פורת בעניין קורטאם¹⁶⁷:

רצה המחוקק לאפשר לו (לנאשם – ר"ק) בדרך כלל לכפר על עוונותיו על ידי ריצוי עונש אחד ויחיד, היינו על העבירה הכבדה ביותר, אלא אם ראה בית משפט טעם מספיק לסטות ממדיניותו ולהורות אחרת.

משכיפר הנאשם על כל עוונותיו, הוא יכול לפתוח דף חדש בחייו. לעומת זאת, צבירת המאסרים נותנת יותר הדגשה על העונש שניתן לכל עבירה ועבירה ולכן היא מתאימה למדיניות ענישה הרתעתית ותגמולית.

היש בפסיקה של בית-המשפט העליון הנחיות מתי ראוי להורות על צבירת העונשים? בעניין חליוואה הנ"ל אומר בית-המשפט, כי טעם מיוחד המצדיק הצטברות המאסרים קיים כאשר הקשר בין העבירות הוא "רופף ומקרי" בלבד. באותו עניין הורה השופט ח' כהן, כי עונש-המאסר בשל עבירות-האינוס השונות שעבר המערער יהיו חופפים, כיוון ש"הן כולן מקשה אחת"; אך המאסרים בשל בריחה ממשמורת חוקית והשגת מכונית באיומים יהיו חופפים זה לזה ומצטברים למאסר בשל האינוס, מפני שאין קשר בין הפרשיות.

נראה לי, שעונש בשל בריחה ממשמורת, כמו גם עונש בשל עבירות אחרות הקשורות בשיבוש הליכי משפט – למשל: בידוי ראיות או הדחת עדים – ראוי שיהיה מצטבר לעונש בשל העבירה נשוא המשפט, שאם לא כן לא תהיה כל הרתעה מעבירות כאלה¹⁶⁸. לדעתי, ראוי גם לקבוע הנחה הפוכה של צבירת המאסרים, כאשר אדם נדון שוב למאסר, בעת היותו במאסר, בשל עבירה שביצע לאחר שכבר נדון למאסר. במקרים כאלה השיקול ההרתעתי מחייב הצטברות של

הכלל הוא שהנאשם לא ישא אלא עונש מאסר אחד והוא לתקופה הארוכה יותר, סעיף 45(ב) לחוק העונשין (ההדגשה שלי – ר"ק).

¹⁶⁶ כך נאמר בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1953, הצ"ח תשי"ד

11. כך גם אומר סלנט אחרי שהוא מביא את הפסיקה המנדטורית והישראלית, ראה א' סלנט סדרי הדין הפלילי, (תל-אביב, מהדורה רביעית, תשי"ח) 120-121. והאסמכתאות המובאות שם.

¹⁶⁷ ע"פ 237/80 קורטאם (לעיל, הערה 165).

¹⁶⁸ אפשר שזו הסיבה להוראה על צבירת העונשים בע"פ 670/80 אבו חצירא נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 681.

העונשים, וזו צריכה להיות נקודת-המוצא. אך, כאמור, זה אינו הדין הקיים, ולפי הדין הקיים גם במקרה כזה הכלל הוא שהמאסרים חופפים.

במדינות רבות מקובל, כי אם הורשע הנדון בכמה עבירות שנעברו בסמיכות זמן ומקום (בטרנסקציה אחת), המאסרים יהיו חופפים¹⁶⁹. אין אצלנו הוראה ברורה כזו. ייתכן שניתן לפרש את הדברים על קשר בין העבירות בעניין חליוואה כמכוונים גם למקרה כזה¹⁷⁰.

בתי-המשפט רואים לעתים בחומרת העבירות עילה לצבירת העונשים¹⁷¹. נראה לי, שכוונתם לכך שסך כל ההתנהגות העבריינית שבה הורשע הנאשם, מחייבת מתן עונש חמור יותר מהעונש שניתן לעבירה החמורה ביותר מבין העבירות שבהן הורשע; כלומר: השיקול המכריע בהחלטה כזו הוא תגמולי-הרתעת. דוגמא לכך נמצא בעניין צור. הנאשם נדון לכמה עונשי-מאסר על העבירות השונות שבהן הורשע, ובחלק מהן – לעונשים המרביים שנקבעו לאותן עבירות. אחר-כך קבע בית-המשפט הצטברות חלקית של המאסרים, כך שתקופת-המאסר נקבעה ל-15 שנים. על כך אמר השופט לנדוי בערעור:

ממילא העונשים אשר הוטלו רחוקים מאלה שאפשר היה להטילם במצטבר על העבירות הכלולות בכל פרט מארכה עשר פרטי האישום. בעונש הכולל שנגזר אני רואה איזון ראוי בין הנימוקים הרבים לחומרה ובין כל מה שאפשר היה לאמר לזכות המערער¹⁷².

יש לציין, כי בעניין צור מדגיש בית-המשפט, שבשל ריבוי העבירות יכול היה בית-המשפט לצבור את כל העונשים, ולפיכך הוראה על צבירה חלקית מבטאת התחשבות בשיקולים הנוטים לקולא. מנגד, במקרים אחרים מדגיש בית-המשפט כי הכלל הוא שגם כאשר יש ריבוי עבירות, העונשים יהיו חופפים; ורק כאשר יש טעם להחמיר, יש להורות על צבירת העונשים¹⁷³. קשה לראות את ההיגיון המבחיין בין המקרים וכוודאי שאין דיון עקרוני בשאלה זו בפסיקה. בהמשך נרחיב בנקודה זו.

בעניין צור קבע בית-המשפט עונש לכל עבירה ועבירה, ואחר-כך קבע את תקופת-המאסר הכוללת שעל הנאשם לרצות במסגרת ההחלטה על הצטברות חלקית. במקרים אחרים אין בית-המשפט קובע עונש לכל עבירה ועבירה, אלא קובע עונש אחיד וכולל על כל העבירות שבהן הורשע הנאשם.

ראוי לציין, כי אין בפסיקה שלנו די כללים מנחים בשאלה מתי יש לקבוע עונש לכל עבירה ועבירה ומתי יש לקבוע עונש כולל. בעיה קשה קיימת לגבי כל המקרים שבהם הורשע הנדון במספר רב של עבירות שחזרו על עצמן באירועים שונים במשך תקופת-זמן, למשל: מספר מקרי-אינוס או מספר מקרי-שוד. במקרים כאלה

169 כך, למשל, במשפט האנגלי. אמנם, הגבולות אינם לגמרי ברורים, ולעתים גם סדרת עבירות דומות ייחשבו לטרנסקציה אחת, במיוחד אם משך הזמן אינו ארוך ומדובר באותו קורבן. ראה Thomas (לעיל), הערה 44 (53; וכן Ashworth (לעיל, הערה 161), 193-195.

170 ראה ע"פ 269/78 חליוואה (לעיל, הערה 162).

171 כך, למשל, נאמר בע"פ 670/80 אבו חצירא (לעיל, הערה 168).

172 ע"פ 395/75 צור (לעיל, הערה 138), 597.

173 למשל: בע"פ 1399/91 ה"אופנובנק" (לעיל, הערה 136).

נקבע לפעמים עונש כולל ולפעמים עונש לכל עבירה, בצירוף הוראה על הצטברות חלקית.

עונש כולל אינו מוסדר כלל בחוק שלנו, וייתכן שלפי הוראות החוק דרך זו אינה קיימת, ובית-המשפט חייב לקבוע קודם-כול עונש לכל עבירה¹⁷⁴ אך ברור, כי דרך זו אומצה בפסיקה כבר שנים רבות. יתר על כן: יש מקרים שבהם הפסיקה מבהירה, שדווקא קביעת עונש כולל, ולא עונש נפרד לכל עבירה, היא הדרך הראויה. עונש כולל מתאים למדיניות ענישה המדגישה שיקולי שיקום ומניעה. אין בו התאמה של העונש לעבירה, אלא לעברייין. היטיב לבטא זאת השופט ח' כהן בעניין אברגיל¹⁷⁵:

לענין העונש נראה לנו שמן הדין הוא להטיל על המערער עונש אחד על כל העבירות שהורשע בהן, ולא להטיל עליו עונשים נפרדים על כל עבירה ועבירה, בין שהעונשים האלה יהיו חופפים ובין שיהיו מצטברים. עבריינותו של המערער, כפי שנתגלתה בהליכים אלה, אינה בביצוע עבירה זו או אחרת דווקא, אשר לפי טיבה וטבעה תוכל לשמש קנה מידה צודק לעונשין אשר הוא ראוי וזקוק להם; אלא העבירות המיוחדות אשר המערער הורשע בהן הינן בגדר סימפטומים בלבד לאותה העבריינות אשר בגינה יש להגן על שלום הציבור מפני המערער.

כאשר מדובר בכמה עבירות, אשר אמנם אינן בגדר מעשה אחד, כמשמעותו בסעיף 186 לחוק סדר הדין, אך כולן מבטאות אותה עבריינות, יקבע בית-המשפט עונש כולל. במקרים כאלה, זיכוי מאחת העבירות בערעור או הרשעה בעבירה נוספת בערעור לא יביאו לשינוי בעונש הכולל¹⁷⁶. עם זאת ברור, כי החלטה על עונש כולל מפחיתה את המשמעות של העונש לכל עבירה ועבירה ואינה מחייבת את השופט לשקול ולהעריך בדיוק מהו העונש שיש להטיל על כל עבירה, והיא מאפשרת מתן עונש אינטואיטיבי. לכן יש שיטות שאינן מאפשרות מתן עונש כולל¹⁷⁷.

דומה כי הבעיה חריפה במיוחד כאשר מדובר בריבוי עבירות שעניינן חזרה של העברייין על אותה עבירה במקרים שונים במשך תקופת-זמן. בנקודה זו נחלקו דעות השופטים בעניין ה"אנס האדיב". השופט אלון עמד על כך, שיש לקבוע קודם-כול את העונש לכל אינוס ואינוס. ברור שגם השופט אלון סבור, כי כאשר מדובר בכמה עבירות שיש ביניהן קשר עובדתי הדוק, יש מקום לקביעת עונש כולל. קשר עובדתי כזה קיים — לדעתו — כשיש סמיכות זמן ומקום, אבל במקרה של ריבוי עבירות במשך תקופת-זמן "וכאשר העבירות חמורות הן ותקופות המאסר

174 וראה פלר (לעיל, הערה 157), 301, 310.

175 ע"פ 724/76 אברגיל (לעיל, הערה 20).

176 ר"צ 30/57 קובי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 757, 787; ע"פ 114/75 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 648; ע"פ 462/80 סגרון נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 286; ע"פ 288/88 גדרון נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(4) 45, 53.

177 ראה סיכום ההלכה ב-C.J.S. Criminal Law 1519, 24. וראה דברי השופט אלון בעניין האנס האדיב (לעיל, הערה 16), 427.

הנגזרות בגינן ארוכות הן", מן הראוי לפרט את העונש הנגזר לכל עבירה. משום-כך באותו עניין קבע השופט אלון עונש לכל אחת מהעבירות, תוך פירוט שיקוליו, ואחר-כך קבע את התקופה הכוללת של המאסר, בעיקר לפי שיקולים של הגנה על הציבור. אולם שני השופטים האחרים, שישבו עמו בדיון, חלקו עליו בנקודה זו, אף שהסכימו לתקופת-המאסר הכוללת שקבע. לדעתם, כאשר מדובר בעבירות מאותו סוג ונסיבותיהן דומות, ראוי לקבוע עונש כולל, המתאים לכל העבירות.

נראה לי כי בסדרת עבירות מאותו סוג, ובנסיבות דומות, הדרך הראויה היא להשקיף על רצף האירועים כמכלול אחד, ולהשית את העונש בהתאם לכך. אם נורה לשופט לנהוג בדרך של פיצול האירועים וקביעת עונשים נפרדים – מהם חופפים ומהם מצטברים – נורה לו לנהוג בדרך לא טבעית, שתוצאתה לא תהיה גיבוש המכלול בעזרת הפרטים, אלא קביעה ראשונית של המכלול וגזירה מלאכותית של הפרטים ממנו¹⁷⁸.

דומני, כי אם בעבר ניכרו הבדלים בין השופטים בשאלה אם ראוי לקבוע עונש כולל במקרים הנדונים¹⁷⁹, היום מקובל לומר כי ההלכה הפסוקה היא שיש לקבוע עונש כולל, ולא עונשים נפרדים המצטברים בחלקם¹⁸⁰. אפילו השופט אלון בעניין ה"אופנובנק" גזר עונש כולל של 14 שנות-מאסר על 22 מקרים של שוד מזוין, שנעברו במשך תקופה של כשנה וחצי, ולא קבע עונש נפרד לכל מקרה ומקרה¹⁸¹. אמנם, ניתן להבחין בין שני המקרים: ב"אנס האדיב" נקבע עונש שעלה על העונש המדבי אשר, ניתן היה להטיל על אחת העבירות; ואילו ב"אופנובנק" העונש הכולל היה פחות מהעונש המרבי שניתן היה להטיל על כל אחת מהעבירות. אבל יצוין, כי השופט אלון אינו עושה הבחנה כזו ואינו מסביר מדוע אינו קובע עונש לכל מקרה של שוד, הגם שההנמקה שלו לקביעת עונשים נפרדים בעניין "האנס האדיב" חלה גם על המקרה של ה"אופנובנק". בולט הדבר שבפסק-דינו של השופט אלון בעניין "האנס האדיב" יש התייחסות לכל אחת מהעבירות, בעוד שבעניין ה"אופנובנק" השיקולים העיקריים בקביעת העונש אינם מתייחסים לעבירה זו או אחרת, אלא למצב שגרם לו להתחיל בשוד מחד גיסא, ולחרטה שלו ולהתנהגותו אחרי שנתפס, מאידך גיסא. אבל יש התייחסות בפסק-הדין לנסיבות של מקרי-השוד השונים, למשל: לשימוש בנשק בחלק מהם, ולכן ניתן היה ללכת בדרך שהשופט אלון הלך ב"אנס האדיב" ולקבוע עונש לכל שוד. משום-כך קשה לי להבין מדוע שינה השופט אלון מדרכו, אלא אם נאמר שהוא העדיף ללכת בדרך שבה הולכים מרבית השופטים כיום. נראה לי כי בסופו של דבר ניתן לומר, שיש הנחיה של בית-המשפט העליון לקבוע עונש כולל בסדרת עבירות מאותו סוג שנעברו במשך

178 שם, בעמ' 435. אמנם, ראוי לציין כי השופט אלון לא גזר את הפרטים מן המכלול. ניכר שקבע עונש לכל עבירה לפי שיקולים שונים. המכלול נקבע כאמור, לפי שיקול של הגנה לגבי שלום הציבור. עם זאת ברור, שבמקרים אחרים יש מקום לחששותיו של השופט ברק.

179 בע"פ 269/78 חליוואה (לעיל, הערה 162) קבע השופט ח' כהן עונש נפרד לכל מעשה של אינוס.

180 בעניין לבני אומר בית-המשפט המחוזי כי בית-המשפט העליון מנחה אותו לקבוע עונש כולל (ת"פ 203/84 [לעיל, הערה 162]).

181 ע"פ 1399/91 (לעיל, הערה 136).

תקופת-זמן בנסיבות דומות¹⁸², אולם אין הנחיות בשאלה כיצד ייקבע אורכה של תקופת-המאסר הכוללת.

שאלה זו קשה ביותר, שכן מהי המשמעות העונשית שיש לריבוי העבירות? אין ספק כי מי שעבר ושנה ושילש, יש להטיל עליו עונש חמור יותר מאשר על מי שעבר רק עבירה אחת. מחד גיסא, יש לומר כי מי שנדון על כמה עבירות, אין לראותו כאדם שמעו פעם אחת. מנקודת-מבט זו צדקו השופטים אשר סברו, שאין להתייחס לעבריין שהורשע בכמה עבירות כאל עבריין ללא עבר פלילי¹⁸³. מאידך גיסא, ברור כי אין זה ראוי שיתייחסו לעבריין כזה כאל עבריין בעל עבר פלילי. יש כאן מצב-ביניים. אמנם, אין לומר כי ייתכן שיש כאן מעידה חד-פעמית שיש להתייחס אליה כאל עניין מקרי הראוי להתייחסות מקלה, אך אין זה עבריין שהוכיח כי הטיפול העונשי שניתן לו בעבר לא הועיל, ויש להחמיר בעונשו¹⁸⁴. מכאן ההצעה של פרופ' פלר, שהעונש המרבי שניתן להטיל על עבריין כזה הוא העונש המרבי שנקבע לעבירה החמורה ביותר שבה הורשע, עם אפשרות לתוספת מסרימת¹⁸⁵.

סוגייה זו של ענישה על כמה עבירות מאותו סוג, שנעברו במשך זמן רב נדונה בהרחבה בספרות האנגלית¹⁸⁶. כאמור, במקרה זה לא חל הכלל שלפיו העונשים יהיו חופפים, מכיוון שלא מדובר באירוע אחד; ואם כך, יש לקבוע לכל עבירה עונש, והעונשים יינשאו במצטבר. מצד אחד, יש שיקולים לקבוע עונש נוסף לכל עבירה נוספת כדי להשיג הרתעה, ובמיוחד כדי שתהיה לעבריין עצמו סיבה טובה שלא להמשיך ולעבור עבירות בטרם נתפס¹⁸⁷. כמובן יש לתת ביטוי עונשי לכך

182 ע"פ 490/89 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 93, וראה גם ע"פ 840/79 גבריאלי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 371. המערערים הורשעו בכמה עבירות של סחר בהירואין ונדונו למאסרים מצטברים לתקופה ארוכה. בית-המשפט דחה את הערעור ומצא כי העונש המצטבר אינו מופרז בחומרתו, אך העיר כי ראוי היה לקבוע עונש כולל ולא מאסרים מצטברים.

183 למשל: שופטי בית-המשפט המחוזי בעניין "האופנובנק", וראה גם השופט אלון בעניין פלוני, ע"פ 490/89 (לעיל, הערה 182). דעה שונה מביע גנו בביקורתו על פסק-הדין המחוזי בעניין האופנובנק (לעיל, הערה 46). יצוין כי בשיטות-משפט תגמוליות ההקלה בשל היעדר עבר פלילי מבוססת דווקא על כך שמדובר במעידה חד-פעמית. וראה מאמרי (לעיל, הערה 2), בדיון בעבר הפלילי במודל תגמולי.

184 בנקודה זו התעוררו בעיות קשות בהפעלת ה-Sentencing Guidelines במדינת מינסוטה. הוועדה קבעה הנחיות, שלפיהן בעבירות-רכוש יוטל מאסר בפועל רק על בעלי עבר פלילי עשיר. התביעה העמידה לדין עברייני-רכוש ללא עבר פלילי במספר רב של עבירות, ובתי-המשפט קבעו את העונש, בהביאם בחשבון את כל העבירות שבהן הורשעו לצורך חישוב העבר הפלילי. ראה מאמרי (לעיל, הערה 4), 254; וכן Minnesota Sentencing Guidelines Commission, The Impact of the Minnesota Sentencing Guidelines (1984) 131 שם מובעת הביקורת של הוועדה על המדיניות של התביעה והצעות לשינוי המצב.

185 פלר (לעיל, הערה 157), 301, 310. פרופ' פלר מבחין בין הצטברות אידיאלית של עבירות כלומר: כמה עבירות שנעברו במעשה אחד, לבין הצטברות מטריאלית של עבירות, כלומר: כמה עבירות שכולן נעברו לפני ההרשעה. במקרה הראשון הוא מציע לאפשר לבית המשפט להטיל תוספת עונש מעל למקסימום הקבוע לעבירה החמורה ביותר שהנדון הורשע בה. במקרה השני על השופט להטיל תוספת כזו. ראה גם סעיף 172 להצעת חלק מקדמי וחלק כללי חדש לחוק העונשין (לעיל, הערה 3).

186 אסתפק בהפניה ליסוסם המקיף של הסוגייה בספרו החדש של Ashworth (לעיל, הערה 161) פרק שמיני. המחבר מיצר על כך שאין בספרות דיון עקרוני בשאלות, אך הדיון הקיים באנגליה בנושא זה בספרות וגם בפסיקה הרבה יותר מקיף ומעמיק ממה שיש לנו בארץ.

187 יש מקום להרהר בחשיבותו של שיקול הרתעה זה. לחשש מפני תפישה בעת ביצוע עבירה נוספת או

שמי שעבר כמה עבירות, ראוי לגינוי חמור יותר ממי שעבר עבירה אחת. שני שיקולים אלה מודגשים בספרות האנגלית. מצד אחד, פיתחה הפסיקה האנגלית את ה"Totality Principle"¹⁸⁸, לפיו על בית-המשפט לבדוק אם העונש כולו אינו חמור מדי בהתייחס למכלול העבירות, ולכן מקובל שהתוספת העונשית בשל כל עבירה נוספת הולכת וקטנה. בספרות מכירים בכך שיש כאן פשרה מסוימת ומתקשים לתת הנחיות באשר למידת התוספת העונשית. בוודאי מצטרף כאן גם השיקול, שכאשר המאסר ממושך מאוד, אין טעם בהארכה נוספת¹⁸⁹.

שיקול נוסף המודגש בספרות האנגלית הוא, שיש לשמור על פרופורציה בין חומרת העבירה לחומרת העונש, אפילו כשמדובר במספר רב של עבירות; ולכן אין לקבוע מאסר של 15 שנה, שהוא מאסר ממושך המתאים לעבירות חמורות ביותר, על עבריין שעבר מספר רב של עבירות קלות או בינוניות. הטענה היא שגם מי שפרץ עשרות פעמים אינו ראוי לעונש המגיע למי שהורשע באינסוף. לכן מוצע גם כלל משני, שלפיו העונש המצטבר לא יעלה בדרך-כלל על המקסימום הקבוע לעבירה, אף שהיו כמה הרשעות באותה עבירה. ברור כי התוצאה היא, שכאשר יש מספר רב של עבירות, אין, או כמעט שאין, תוספת של עונש¹⁹⁰.

Ashworth מביא טבלה המדגימה את התוספת העונשית שראוי להטיל בשל עבירות נוספות¹⁹¹. טבלה זו נקבעה באופן אינטואיטיבי, ומבוססת על השיקולים השונים שהבאנו למעלה. לפי הטבלה, ככל שמתרבות העבירות כן פוחתת התוספת העונשית. בניסיון שעשייתי למצוא נוסחה מתמטית, המבטאת את היחס בין מספר העבירות למשך המאסר, מסתבר כי הטבלה מבטאת, באופן כמעט מדויק, יחס לוגריתמי. משך המאסר מתייחס באופן לוגריתמי למספר העבירות. הדבר מפתיע, כי ברור ש-Ashworth לא חשב על כך ולא היתה לפניו נוסחה. במאה ה"ט מצאו החוקרים ובר ופכנר (Weber and Fechner) כי קיים יחס לוגריתמי בין עוצמת הגירוי לעוצמת התחושה. הם העלו כי התחושה אינה גוברת ביחס ישיר לעוצמת הגירוי, אלא רק ביחס לוגריתמי¹⁹². למשל: הכפלת כמות האור אינה יוצרת תחושה של כמות כפולה של אור, אלא של כמות רבה יותר, אבל לא כפולה. אם מסתכלים על העונש כמבטא את הסלידה ושאת-הנפש של החברה ממעשיו של העבריין, אפשר להבין את היחס הלוגריתמי שבין מספר העבירות למשך תקופת-המאסר¹⁹³.

לאחריו יש יותר כוח מרתיע מאשר להחמרה בעונש. יש לזכור, כי מדובר בתוספת שולית של הרחעה בשל החמרה בעונש, ובעניין זה אין הרבה ידע.

188 Thomas נחשב למי שפיתח את הרעיון של ה"טוטליות". ראה ספרו (לעיל, הערה 44), 61-56. סעיף 28 (2) של החוק החדש מ-1991 מזכיר עיקרון זה במפורש, וקובע שאין בהוראות החוק פגיעה בעיקרון.

189 ראה פלר (לעיל, הערה 157), 310. מכאן גם הצעתו של פרופ' פלר לקביעת "גג" לכל סוג של ענישה. וראה סעיף 80 להצעה לחלק מקדמי ולחלק כללי לחוק עונשין חדש (לעיל, הערה 3), הקובע שהתקופה המרבית של מאסר תהיה 15 שנה (פרט למאסר-עולם).

190 Ashworth (לעיל, הערה 161) מודגש נקודה זו בעמ' 204-205.

191 שם, בעמ' 200. הדוגמא המובאת שם היא עבירה אחת – מאסר שנה, שתי עבירות – 18 חודש, שלוש – 22 חודש, חמש – 25 חודש, עשר – 30 חודש ועשרים – 36 חודש.

192 ראה ערך "תושים" האנציקלופדיה העברית יז 219-220. יצוין כי חוק ובר-פכנר אינו בעל תקפות מחלטת. אולם כוחו יפה בקירוב לגבי גירויים ממוצעים במרבית התושים.

193 אני מתייחסת לעבירה כאל גירוי, והסלידה של הציבור היא התחושה.

אמנם, יש להחמיר בעונשו של מי שעבר כמה עבירות, אבל לא ביחס ישר למספר העבירות. ברור שגם נוסחה זו משמשת רק נקודת-מוצא לקביעת העונש בריבוי עבירות. לעתים קרובות יהיו שיקולים אחרים, שיביאו להחמרה או להקלה¹⁹⁴.

החוק האנגלי החדש מ-1991¹⁹⁵ עשוי להביא לכמה שינויים בסוגייה זו. גם חוק זה הוא פשרה לעניין מידת ההחמרה בשל ריבוי עבירות. לפי חוק זה, לא יוטל עונש-מאסר אלא אם-כן בית-המשפט סבור שעונש קל ממנו אינו מתאים לחומרת העבירה. בקביעה עקרונית זו שבסעיף 1(2) לחוק, העניק המחוקק לשיקול התגמולי משקל מכריע בקביעת העונש; אך בעבירות-מין ובעבירות-אלימות יוטל עונש-מאסר גם כאשר הוא נדרש להגנה על הציבור (אפילו אם חומרת העבירה אינה מצדיקה זאת). לא נעמד כאן על החידוש המהפכני בהוראות אלה, אבל נבדוק את השפעתן על בעייתנו. הוראת הסעיף האמור קובעת כי כדי לקבוע אם חומרת העבירה דורשת עונש-מאסר, יביא בית-המשפט בחשבון את העבירה שבה הורשע הנאשם, או עבירה זו בצירוף עבירה נוספת שבה הורשע. רק אם שתי העבירות החמורות ביותר שבהן הורשע הנאשם מצדיקות מאסר, ניתן להטילו. אם רק הצירוף של כל העבירות שבהן הורשע מצדיק עונש-מאסר, לא ייקבע עונש-מאסר¹⁹⁶.

ההוראות שונות כאשר לקביעת משך המאסר. אף כאן קובע החוק את העיקרון שמשך המאסר ייקבע בפרופורציה לחומרת העבירה, ובעבירות מין ואלימות – לפי צרכי ההגנה על הציבור. אך מדיוק בלשון הסעיף 2(2) ברור, כי לשם קביעת משך המאסר יתחשב בית-המשפט בכל העבירות שבהן הורשע הנאשם. ואולם עדיין חל עקרון הטוטליות, ובית-המשפט יטיל עונש אשר בסופו של דבר אינו חמור מדי ויקפיד שהצטברות המאסרים לא תביא למאסר ממושך מדי אשר אינו מתאים למכלול העבירות שבהן הורשע הנאשם¹⁹⁷.

בדיקת הפסיקה בארץ מראה, שאין הנחיות כלליות כיצד לקבוע את חומרת העונש בריבוי עבירות – פרט להנחיה על מתן עונש כולל – אלא שכל מקרה נדון לגופו. כך, למשל, ב"אנס האדיב" הוטל מאסר של 18 שנה, שעלה על העונש המרבי הקבוע לעבירת-אינוס, משיקולים של הגנה על הציבור. בעניין ה"אופנובנק" נקבע מאסר של 14 שנה, פחות מהעונש המרבי המוטל על שוד מזוין, בעיקר בשל החרטה הכנה והסיכויים הטובים לשקם את הנדון.

עניין אחרון בתחום זה של ריבוי עבירות נוגע להצטברות מאסרי-עולם חובה. גם כאן יש כיום הנחיה ברורה למדי. השאלה הוכרעה לאחרונה בעניין זלום¹⁹⁸. נקבע כי כאשר הורשע אדם בכמה מקרים של רצח, בית-המשפט רשאי לקבוע כי המאסרים – ומדובר כמובן במאסרי-עולם חובה – יהיו מצטברים. יתר על כן: הפסיקה מבהירה, שבמקרים רבים אכן ראוי לקבוע הצטברות כזו. ההצטברות ראויה הן מטעמים של הרתעה הן מטעמים של תגמול. נראה לי כי הטעם האחרון הוא עיקר. מידת ההרתעה של עונשים מצטברים כאלה מוטלת בספק רב, ובמיוחד

194 למשל: שיקולים של הגנת הציבור.

195 Criminal Justice Act, 1991.

196 הגבלה זו בוטלה. Criminal Justice Act, 1993, סעיף 66(1).

197 ראה Ashworth (לעיל, הערה 161), 195-197.

198 ע"פ 399/89 מדינת ישראל נ' זלום, פ"ד מו(2) 187.

ההרתעה השולית. דומני, כי גם בית-המשפט סבור שהטעם העיקרי לצבירה הוא תגמולי. וכך אמר הנשיא שמגר בעניין זלום:

קיפוח חייו של אדם מן הראוי והנכון שימצא ביטוי מפורש, מזוהה ונפרד בצעדים העונשיים. גזירת עונשי מאסר חופפים על מספר מעשי רצח – אף אם מדובר בכאלה שבוצעו ברצף אחד – יש בה מכללא משום מיזעור של הזוועה שבגרם המות הזדוני והמכוון של שורה של אנשים.¹⁹⁹

אמנם, יש כאן הלכה ברורה, אך חשוב לראות כי היא סוטה מהכללים הרגילים. אין כאן עונש כולל, אלא כמה מאסרי-עולם מצטברים.²⁰⁰ בית-המשפט מבקש להדגיש את העונש הניתן בשל כל מעשה של רצח. הדברים חלים במפורש לא רק על שורה של רציחות במשך זמן, כי אם גם על מספר רציחות ברצף אחד. אמנם, הנשיא מזכיר גם אפשרות שהנאשם יורשע רק ברצח אחד הגם שיש כמה קורבנות;²⁰¹ אך נראה כי דברים אלו מכוונים למקרה שמעשה אחד גרם לכמה קורבנות, למשל: הטמנת פצצה. אפילו במקרה כזה אין הנשיא מוציא מכלל אפשרות כמה הרשעות (וכמה מאסרי-עולם מצטברים). יש להניח שאם הנאשם הטמין פצצה בכוונה לרצוח כמה אנשים, יורשע בעבירות אחדות.

הייחוד של הלכה זו לעניין קיפוח חיי אדם בולט. פרופ' פלד מתנגד להלכה זו,²⁰² אבל קיימות גישות אחרות שבהן מקובלת ההבחנה בין עבירות המגנות על חיי אדם לעבירות אחרות לעניין ריבוי העבירות והעונשים.²⁰³ מעניין לראות כיצד תפתח ההלכה אצלנו ומה יהיו גבולותיה. אדם שהורשע בכמה עבירות של הריגה מה דינו? היש חשיבות לשאלת הרצף? האם ראוי לקבוע עונש כולל? או שמא גם כאן יאמר בית-המשפט, שכדי לתת ייחוד לכל מקרה של קיפוח פזיז של חיי אדם ראוי לקבוע כמה עונשי-מאסר מצטברים. ומדוע אין בית-המשפט הולך בדרך זו כאשר מדובר בכמה עבירות של אינוס, כשיש כמה קורבנות?

הארכנו מעט בדיון בריבוי עבירות, אך היתה זו דוגמא לסוגייה סבוכה בענישה, שיש בה כמה הנחיות ברורות. אך עדיין יש לשופטים דמטה משימה קשה ביותר, ואין להם עקרונות מספיקים.

199 שם, בעמ' 192. (ההדגשה במקור). השווה לדיון בפסק-הדין בעניין דרורי (לעיל, הערה 157).

200 ברור שקשה לדבר על עונש כולל כשמדובר בכמה מאסרי-עולם חובה.

201 שם, בעמ' 191.

202 בספרו (לעיל, הערה 157) 288, תוך ביקורת על פסק-הדין בעניין עמי פופר.

203 למשל: במדינת מינסוטה יש הוראות על הצטברות עונשים בעבירות נגר גופו של אדם, כשיש כמה קורבנות. אכנס, אין הוראה מיוחדת לעניין עבירות-המתה. (Minnesota Sentencing Guidelines F.). וראה גם פיתוח של גישה כזו בפסיקה של מדינת קליפורניה, תוך ניתוח סעיף 654 (M.S.A. 244 App.). וראה גם פיתוח של גישה כזו בפסיקה של מדינת קליפורניה, תוך ניתוח סעיף 654 של התוק הפלילי שם, העוסק בריבוי עבירות ועונשים; (Neal v. California 357 P. 2nd., 839 (1960)); Comment, "Statutory Implementation of Double Jeopardy Clauses: New Life to a Moribund Constitutional Guarantee" 65 Yale L. J. 339, 365 (1955).

ו. בחירת דרך הענישה

בדרך-כלל אין השופט מוגבל בבחירת דרך הענישה. מעטות הן ההוראות הקובעות עונשי חובה או עונשי-מינימום²⁰⁴. בדיון בשיקולי הענישה ראינו כיצד שיקולים אלה עשויים להשפיע על בחירת דרך הענישה²⁰⁵. הדבר בולט במיוחד בשאלה של הימנעות ממאסר ומתן צר-מבחן. אך שאלות אלה מתעוררות גם לגבי מתן קנס ולא מאסר או להיפך, כפי שראינו בדיון בהרתעה²⁰⁶.

השאלה של בחירת דרך הענישה חשובה ביותר. לא פעם מגוון האפשרויות רב, במיוחד במקרים של חומרה בינונית. היחס בין קנס, שירות לתועלת הציבור, מאסר על-תנאי, ואולי גם מאסר בפועל שירוצה בעבודת-שירות – אינו תמיד ברור. קשה אפילו לדרג עונשים אלה לפי חומרה, כי הדבר תלוי במרכיבים שונים²⁰⁷. יש שהבחירה פשוטה, למשל: כאשר מדובר במקרה שאינו מצדיק עונש-מאסר, בעיקר מפני שהעבירה אינה חמורה; וכאשר השופט סבור שאין צורך בטיפול של קצין-מבחן, אך רצוי שהנאשם "יחוש" בעונש, ועליו לבחור בין קנס לשירות לתועלת הציבור. כאן עשויים להישקל שיקולים פרגמטיים, כגון זמינות העבודה, מחד גיסא²⁰⁸, ויכולתו של הנאשם לשאת בתשלום קנס, מאידך גיסא²⁰⁹.

קשה יותר הבחירה בין מאסר קצר בפועל, מאסר בפועל שירוצה בעבודת-שירות ומאסר על-תנאי. גם כאן קשה למצוא פסיקה הקובעת כללים, ויש יותר הנחיות נקודתיות. עיון בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 25), התשמ"ו-1986²¹⁰, מלמד שמאסר בעבודת-שירות נועד להקל על הצפיפות בבתי-הכלא וכן לאפשר המרת עונש-מאסר קצר בדרך ענישה שאינה לוקה במגרעותיו ההרסניות של המאסר. לפי דברי ההסבר, דרך זו מיועדת בעיקר לאנשים שאינם מעורים בפשע, ולגביהם ניתן להשיג את מטרותיו העונשיות של המאסר, גם בלי להכניסם לכלא, ובכך למנוע תוצאות מזיקות של המאסר. לפי גישה זו, אין צורך שיהיו נסיבות אישיות מיוחדות שיצדיקו הטלת מאסר בעבודת-שירות, ויהיו מקרים שדרך ענישה זו היא המתאימה להם לפי העבירה והעברין (כלומר: היותו אדם שאינו מעורב בפשע). בפסיקה של בית-המשפט העליון מודגש דווקא קיומן של נסיבות אישיות מיוחדות בהחלטה על מאסר בעבודת-שירות. דומני שההלכה המסתמנת היא כי דרך זו מיועדת

204 הגבלה נוספת אפשר לראות בהוראת סעיף 71א לחוק, שאינה מאפשרת שירות לתועלת הציבור כאשר הוטל מאסר בפועל.

205 וראה מאמרי (לעיל, הערה 2), בדיון בבחירה בין מאסר למבחן.

206 לעיל, ליד הערה 35.

207 ראה דיון בעבודת-הדיוקטור שלי (לעיל, הערה 1), 83-85.

208 עדיין אי-אפשר לתת שירות לתועלת הציבור בכל מקום בארץ. זו בעיה נכבדה בפני עצמה ויש כאן פגיעה ממשית בשוויון, במיוחד כאשר המצב נמשך שנים רבות. וראה בג"צ 889/86 כחן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מא(2) 540. מעבר לכך יש לשקול כמובן את סוג העבודה והתאמתה לנאשם.

209 אין טעם לקבוע קנס למי שאינו יכול לשאת בו. הדבר עשוי לגרום מאסר במקום קנס, גם בשאין לכך הצדקה, כי הנדון חסרי-יכולת. על רקע זה יש להעיר, כי חסרות בחוק שלנו הוראות שיגנו על נדונים חסרי-יכולת לעניין הטלת קנסות ואכיפתן. במידה מסוימת ניתן להתגבר על הקשיים באמצעות הוראות לחשלום קנס בשיעורין.

210 ה"ח תשמ"ו 77.

למקרים שבהם נדרש מאסר בפועל, אך יש נסיבות אישיות המצדיקות הימנעות מכליאת הנאשם²¹¹. כלומר: מדובר במקרים שחומרת העבירה והצורך בהרתעה דורשים שייקבע עונש-מאסר בפועל, אך בשל הנסיבות המיוחדות נקבע שהמאסר ירוצה בעבודת-שירות²¹². במיוחד מודגשת העובדה כי לעונש זה יש "תיוג" של מאסר בפועל. תיוג זה חשוב לשם הרתעה וגם כדי להצביע על חומרת-העבירה. אולם ייתכן שפסקי-דין אלה עוסקים במקרים חמורים-יחסית הדורשים עונש-מאסר בפועל, ולכן רק נסיבות מיוחדות יצדיקו את נשיאתו בעבודת-שירות, אך בעבירות קלות יותר ייגזר מאסר בעבודת-שירות גם כשאין נסיבות מיוחדות כאלה ותוך התאמה רבה יותר למטרת החוק, לפי דברי ההסבר.

שאלה נוספת נוגעת לעונש של פסילת רשיון-הנהיגה. מחקר הראה כי יש הבדל ניכר בין השופטים בשימוש בעונש זה²¹³. קשה לצפות להנחיות מפורטות בפסיקה של בית-המשפט העליון בנקודה זו, מפני שרק מקרים יחידים, שיש בהם ערעור שני יגיעו לבית-המשפט העליון. מקרה כזה יש בפרשת בוארון²¹⁴. כאן היה מדובר ב"עברייני תעבורה" – כלשון שופט-התעבורה – ורשיונו נפסל לחמש שנים. ערעורו לבית-המשפט המחוזי התקבל, ועונש הפסילה הוקל. הערעור של המדינה בבית-המשפט העליון התקבל, עונש הפסילה הושב על כנו, ובית-המשפט העליון אף נזף בערכאה הקודמת. בבית-המשפט העליון הודגש כי עונש הפסילה הוא עונש אפקטיבי ביותר בעבירות-תעבורה²¹⁵.

ז. אחידות בענישה

אחד השיקולים החשובים של בית-המשפט בקביעת גזר-הדין הוא שיקול של אחידות הענישה, כפי שאמר בית-המשפט בעניין פייביש:

כלומר, לדאוג לכך, שבגין עבירה פלוגית לא יקבל עברייני אחד עונש שונה במידה משמעותית מהעונש, המוטל על עברייני אחר בגין עבירה דומה, כשיתר הנסיבות, המשפיעות על שיקולי בית המשפט בבואו לגזור עונש, דומות הן. אמרנו "דומות" ולא "זהות" ולא "שוות" כי לא ניתן למצוא שני מקרים, בהם תהיינה הנסיבות זהות, והייתי אומר אפילו שוות בכל. אך לצורך עקרון אחידות

211 דוגמא טובה לכך, ע"פ 4434/91 לוי (לעיל, הערה 58).

212 ע"פ 41/88 שמשוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מב(3) 730; ע"פ 42/89 מדינת ישראל נ' ועקנין, פ"ד מג(1) 511; ע"פ 1196/91 מדינת ישראל נ' אדין (לא פורסם).

213 ראה מאמרם של חסין וקרמניצר (לעיל, הערה 2).

214 ע"פ 101/88 בוארון (לעיל, הערה 128).

215 לא ברור למה התכוון בית-המשפט באומרו שעונש הפסילה הוא אפקטיבי: האם הכוונה היא שיש בו כדי להרתיע אחרים? או שמא הכוונה לכך שיש בו הגנה על הציבור מפני הנזק המסוכן? מכל-מקום, המתקרים מראים שנהגים רבים ממשיכים לעבור עבירות-תעבורה לאחר שנפסל רשיונם, כמיוחד אם הפסילה היא לחקופה ארוכה. ראה, למשל, ג' שביט "תרומת המחקר הקרימינולוגי לשיקולי שפיטת עברייני תנועה" עיונים בקרימינולוגיה חוברת שניה (1986) 4, 15-12.

הענישה נסתפק בעונשים דומים בחומרתם או בקולתם במקרים שבהם הנסיבות דומות ומעוררות רושם של שוויון.²¹⁶

לצורך האחידות בענישה בודק בית-המשפט גם נסיבות של העבירה וגם נסיבות של העבריין. כפי שנאמר במחקר שבדק את אחידות הענישה בארץ:

האחידות הנשאפת בענישה אינה אחידות מיכנית-פורמליסטית, אלא אחידות ענינית-מהותית החותרת לשוויון בטיפול במקרים שווים באמת, מבחינת כל היבט רלבנטי לענישה.²¹⁷

אולם רק לפי שיקולי הענישה ניתן לקבוע מהן הנסיבות הרלבנטיות לענישה.²¹⁸ אחידות הענישה תלויה אפוא במטרה ובשיקול המרכזי של הענישה. אך בשיטת-המשפט שלנו כל שופט משקלל ומאזן בין השיקולים השונים בכל מקרה, ועל-כן קשה מאוד להגיע לאחידות בענישה. כדי להשיג אחידות בענישה יש להשיג קודם אחידות בדרך שבה השופטים מאזנים ומשקללים בין שיקולי הענישה השונים. אחידות זו כפי שראינו אינה מושגת אפילו בין שופטי בית-המשפט העליון. למרות זאת ברור, שהשופטים מנסים להגיע לאחידות. במיוחד נדרש בית-המשפט לשאלת האחידות בענישה, כאשר ברור שההבדלים בין העונשים נובעים מהרכבים שונים של בית-המשפט, ובמיוחד כאשר מדובר בשותפים לעבירה, שאז קל יותר לעשות השוואה בין המקרים.²¹⁹

בגלל הבדלי הגישות בין השופטים אין אחידות בדרך שבה משקללים ומאזנים בין שיקולי הענישה, ובעונש הנקבע. אפילו כאשר אין בעיה ממשית של שקלול ואיזון ואפילו כאשר אין סתירה וניגוד בין השיקולים השונים, עשויים להיות הבדלים בין השופטים בשאלה עד כמה עבירה מסוימת חמורה.²²⁰ כמובן יש הבדלים בין השופטים בשאלה מהו העונש המתאים מבחינת חומרתו לעבירה

216 ע"פ 419/81 פייביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 701, 706-707.

217 חסין וקרמיצר (לעיל, הערה 2), 103.

218 למשל: בענישה המכוונת לשיקום יש חשיבות לנסיבות של העבריין. בענישה המסתמכת על שיקולי גמול יש חשיבות לנסיבות העבירה. וראה הדין בשוויון במאמרי (לעיל, הערה 2).

219 במקרה אחד, שבו נדון אותו נאשם לעונשים שונים בהרכבים שונים בשל עבירות דומות, אמר בית-המשפט: "יתכן ולא היינו מוצאים מקום להתערבות בגזר הדין של בית המשפט המחוזי לולא הפער שקשה להסבירו, בין העונש שהוטל על המערער בתיק זה לבין העונש שהוטל עליו בתיק הקודם. בשני התיקים הורשע המערער בגניבת דברי דואר מתוך מטען מטוס שהגיע לנמל התעופה בן גוריון וגניבת יהלומים, שהיו באותם דברי דואר, וזה מתוך ניצול עבודתו כסבל כנמל התעופה... הפער בין העונשים בשני התיקים, הנובע ככל הנראה מגישות שונות של ההרכבים השונים, שבפניהם עמד המערער לדין, עלול לעורר תחושה של אי צדק..." (ע"פ 370/80 מירלשווילי [לעיל, הערה 115]). בהרכב אחר העונש היה חמש שנות-מאסר ובשני תשע שנים. וראה גם ע"פ 174/84 אפללו נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 166.

220 יש שופטים הרואים חומרה מיוחדת בעבירות הצווארון הלבן ואחרים – בעבירות-מין. מכאן הקושי בקביעת חומרת העבירה במודל-ענישה תגמולי. ראה גם הדין בהנחיות במשפט הפלילי הפדרלי בעבודת-הדוקטור (לעיל, הערה 1) חלק שני, פרק ראשון, סעיף 3.

מסוימת. כך, למשל, ראינו שיש הבדלים בין השופטים עד כמה ראוי לנקוט דרך של פסילת רשיון-נהיגה בעבירות-תעבורה²²¹.

טענת חוסר-האחידות נטענת בפסיקה, בעיקר כאשר שותפים לעבירה נדונו לעונשים שונים. ואכן, לעתים נענה בית-המשפט ומקל בעונש²²². אולם במקרים רבים נדחית הטענה שיש פער לא-מוצדק בעונשם של שותפים. זאת, כאשר בית-המשפט מוצא כי הגם שמדובר בשותפים, יש הבדל ביניהם. למשל: כאשר אחד היה היוזם²²³ או כאשר רק חלק מהשותפים נהג באכזריות²²⁴ או כאשר לאחד מהם יש נסיבות מקלות²²⁵. אנו רואים כי גם לשם בדיקת האחידות מתחשב בית-המשפט בנסיבות שונות ורכות²²⁶.

כמורכן מדגיש בית-המשפט, כי יש לשמור על אחידות לא רק בין השותפים, אלא "על בית המשפט לקחת בחשבון גם את המדיניות הכללית של הענישה, שתהא תואמת את המקובל בעבירות מאותו סוג"²²⁷.

הודגש בפסיקה כי עקרון אחידות העונשים אינו "עקרון על, שמפניו נדחים כל העקרונות האחרים שבתורת הענישה. מחובתו של בית המשפט לשוות לנגד עיניו, בנוסף לעקרון אחידות העונשים, את מכלול מטרות הענישה ודרכיה"²²⁸. במיוחד מקפיד בית-המשפט העליון להבהיר, כי אחידות הענישה לא תביא להקפאתה של רמת הענישה. בתי-המשפט רשאים לשנות את רמת הענישה ולהעלותה לפי הצורך, גם אם כתוצאה מכך תיפגע אחידות הענישה²²⁹.

221 לעיל. בריון בעניין בוארון (לעיל, הערה 128), וראה חסין וקרמניצר (לעיל, הערה 2) ומסקנתם לעניין זה (שם, בעמ' 129).

222 והשווה ע"פ 268/89 הראל (לעיל, הערה 39); וכן ע"פ 174/84 אפסלו (לעיל, הערה 219).

223 ע"פ 711/85 ניר נ' מדינת ישראל, פ"ד (מ) 45; ע"פ 4950/91 מדינת ישראל נ' ויזל, מו(1) 566; ע"פ 261/89 אוהנה (לעיל, הערה 110).

224 ע"פ 108/87 גדילוב (לעיל, הערה 27).

225 ע"פ 392/88 דנאשווילי (לעיל, הערה 151).

226 בע"פ 603/84 גרילי (לעיל, הערה 141) אומר בית-המשפט: "כל מקרה נבחן על פי נתוניו, והמגמה לאינדיבידואליזציה של העונש אין ביטוייה רק בכך שנותנים את הרעת לנסיבות האישיות של הנאשם אלא גם מעבר לכך, שאין מאמצים בהכרח את המסקנה העונשית, שהוסקה לגבי אדם אחר המעורב בענין, ואשר נתבססה על מערכת נתונים אישית שונה". לפנינו דוגמא לכך שהאחידות נבחנת לפי נקודת-המוצא. אם יש מגמה לאינדיבידואליזציה בענישה, ואם מתחשבים בכל הנסיבות האישיות, יתברר בדרך-כלל כי המקרים אינם דומים ולכן העונש יהיה שונה.

227 ע"פ 392/88 דנאשווילי (לעיל, הערה 151). במלים אחרות: העובדה שלאחד השותפים ניתן עונש חורג, ואולי גם מוטעה, לא חביא להטלת עונש דומה על שאר השותפים כך גם לגבי מקרה שבו נעשתה עסקת-טיעון עם אחד השותפים — האחרים לא יזכו לאותה הקלה בעונש. ע"פ 493/88 ווהד (לעיל, הערה 132), 157.

228 ע"פ 329/87 בראון (לעיל, הערה 40), 388. השווה ע"פ 174/84 אפללו (לעיל, הערה 219). כאן אומר בית-המשפט שאחידות העונשים היא כלל ידוע. אך "אין לתת לכלל זה 'מעמד' של 'עיקרון', שם, בעמ' 168. לגופו של עניין נראה לי, כי יש כאן הבדל במינוח בלבד.

229 ע"פ 101/88 בוארון (לעיל, הערה 128), 348; ע"פ 439/85 רז (לעיל, הערה 128), אך בית-המשפט אמר כי יש להעלות את רמת הענישה בהדרגה. ע"פ 67/80 קלמן נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(2) 551.

ח. התערבות בית-המשפט שלרעור

אין בכוונתי לדון בכל הסוגייה של התערבות בית-המשפט שלרעור בקביעת העונש, אלא רק בהיבטים הקשורים בתפקידו של בית-המשפט בקביעת הנחיות לגזירת העונש בבית-המשפט דמטה.

ברור, שאם ניתן עונש תוך חריגה מסמכות, יתוקן הדבר בערעור. כך גם אם נקבע עונש בניגוד להוראות שבחוק²³⁰. אבל אלה אינם המקרים המעניינים אותנו. דיוננו עוסק במקרים שבהם העונש הוא חוקי, אבל הטענה הנטענת בערעור היא, שזה אינו העונש הראוי. הטענה היא, ששיקול-הדעת לא הופעל כראוי והיה מקום לקבוע עונש שונה.

כדי שערכאת-הערעור תוכל למלא את תפקידה כיאות, יש צורך שגזר-הדין יהיו מנומקים²³¹. בעניין זה כבר אמרנו כי בארץ יש חובה לנמק את גזר הדין²³², אולם בשיטתנו קיימת בעיה אחרת. כאשר יש הנחיות מפורטות לקביעת גזר-הדין, יכול בית-המשפט שלרעור לבדוק אם בית-המשפט דמטה פעל בהתאם להנחיות, גם אם אלה אינן שוללות את שיקול-הדעת, אלא רק מכוונות אותו. לעניין זה אין חשיבות לשאלה מהו מקור ההנחיות (הוראות בחוק, הנחיות של ועדה או הנחיות של בית-משפט). אבל אם אין הנחיות כאלה, אין לבית-המשפט שלרעור קריטריונים לבדיקת שיקול-הדעת של בית-המשפט דמטה²³³. במיוחד קשה הבעיה כאשר אין הוראות בסיסיות בדבר שיקולי הענישה השונים והיחס ביניהם.

ההלכה הבסיסית היא, שהסמכות לגזור את הדין — ועמה סמכות שיקול-הדעת — מסורה לבית-המשפט היושב בדין, ובית-המשפט שלרעור לא יחליף את שיקול-הדעת של בית-המשפט דמטה בשיקול-דעתו²³⁴. רק במקרים קיצוניים, כאשר יש טעות מהותית או סטייה משמעותית מהמידה הסבירה או כאשר יש התעלמות מרכיב חשוב, תתערב ערכאת-הערעור²³⁵. ייתכן שיש הבדלים בין שופטי בית-המשפט העליון לעניין ההתערבות בשיקול-הדעת של בית-המשפט דמטה, אבל ההבדלים הם ביישום ההלכה, כאשר יש הסכמה בהלכה²³⁶.

הגבלת ההתערבות של ערכאת-הערעור עשויה להכביד על בית-המשפט בבואו

230 למשל: ע"פ 1758/91 מדינת ישראל נ' ארד, פ"ד מה(5) 121 (לעניין הסלת מאסר בעבודת-שירות). וראה גם ע"פ 564/88 אדרי נ' מדינת ישראל, פ"ד מר(1) 305.

231 אבל יש לזכור כי לא ההנמקה היא העומדת לערעור, אלא העונש שהוטל. לעתים יאשר בית-המשפט שלרעור את העונש, אף שההנמקה אינה נראית לו; ולעתים נדירות יתערב בעונש, אף שההנמקה נראית לו, אלא שלא יושמה כראוי. השופט ברק ע"פ 344/79 מג"ד (לעיל, הערה 132), 96.

232 לעיל, ליד הערה 163, בדיון בסעיף 45 לחוק העונשין, ברור שטיב ההנמקה משתנה לפי השופט וכוונתו לפי הערכאה, החומרה והנסיבות של המקרה. יש מקרים שבהם אין צורך בהנמקה מפורטת.

233 למשמעותו של הערעור ולחשיבותו של הנחיות להפעלת שיקול-הדעת לעניין הערעור ראה לעיל, הערות 10-11, וכן ראה דיון בערעור בשיטת המשפט הפדרלי. בעבודת-הדוקטור (לעיל, הערה 1), חלק שני, פרק ראשון, סעיף 3.

234 לאחרונה נאמרו הדברים שוב בע"פ 3332/91 מדינת ישראל נ' סבג, פ"ד מו(1) 437.

235 ע"פ 635/88 אדרי, פ"ד מד(4) 227, 243. ראה גם ר"ע 439/85 רז (לעיל, הערה 128), 227; וכן ע"פ 101/88 כוארון (לעיל, הערה 128). לא אחת נוף בית-המשפט העליון בבית-משפט מתחיים, שהחליפו את שיקול-הדעת של בית-המשפט לתעבורה בשיקול-דעתם.

236 אפשר שהבדלים אלה מסבירים במידת-מה את המחלוקת בין השופטים אלון לברק בעניין זגל (לעיל,

לקבוע הנחיות לענישה. לעתים סבור בית-המשפט כי בית-המשפט דמטה חרג מנורמת-הענישה. אך אם החריגה אינה משמעותית, לא יתערב בית-המשפט בעונש. במקרים כאלה יש חשש שהמערכת לא תקבל את ההנחיה הראויה ולכן בית-המשפט העליון קובע את הנורמה הראויה ומדגיש שההחלטה נשוא הערעור אינה ראויה, ובכל-זאת אינו מתערב בעונש²³⁷.

בית-המשפט העליון מדגיש כי קביעת מדיניות הענישה בהתאם לצרכים המ- שתנים מסורה דווקא לערכאה דמטה, כיוון שהיא צרה לנסיבות ולצרכים. הדברים אמורים במיוחד לגבי בית-המשפט לתעבורה, מפני ששופטיו מתמודדים כל הזמן עם הצורך לקבוע נורמות-ענישה אפקטיביות ומרתיעות, וכפי שכבר ראינו – בית-המשפט רשאי להעלות את רמת הענישה לפי הצורך²³⁸. עם זאת, גם כאשר מדובר בערכאה מיוחדת – כמו בתי-משפט לתעבורה, ואפילו בתי-דין צבאיים – יתערב בית-המשפט אם נראה לו שיש סטייה משמעותית ממדיניות הענישה הראויה, ולא יהסס לקבוע קווים מנחים לענישה²³⁹.

ט. ערכאת-ערעור וקביעת הנחיות

הבעיה העיקרית בקביעת הנחיות לענישה על-ידי בית-המשפט העליון היא היעדר שיטתיות, שהרי בית-המשפט פועל בהתאם לבעיות שמובאות בפניו, ולא באופן שיטתי ומסודר מראש²⁴⁰. השאלות מובאות להכרעה באופן מקרי, ויש שאלות חשובות שאינן מגיעות לידי דיון בערעור.

אך יש בעיה נוספת: בהחלטותיו של בית-המשפט העליון נעשות בעת ובעונה אחת שתי פעולות: קביעת העונש הראוי במקרה הספציפי וקביעת נורמת-ענישה. וכך נאמר בעניין צייקובסקי:

בית משפט זה קובע במסקנותיו לא רק אם הענישה שנקבעה מתאימה למקרה הספציפי אלא הוא גם קובע בפסקתו נורמות ענישה, המשמשות מורה דרך לשופטים בכל פסיקה בעתיד²⁴¹.

הערה 59). השופט אלון סבור שאין מקום להתערב בעונש, אף אם לדעתו ניתן היה להקל במקצת מכוח מידת-הרחמים.

237 למשל: בע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 41). שופט-המיעוט סבר כי בית-המשפט דמטה שגה בכך שלא הטיל על הנאשם מאסר בפועל, ולכן הוא מרגיש שהעונש הראוי הוא מאסר בפועל, אך אינו סבור שראוי להתערב בהחלטה.

238 ראה גם ע"פ 101/88 בוארון (לעיל, הערה 128).

239 רע"פ 2302/91 התובע הצבאי הראשי נ' נוה, פ"ד מה(5) 479. אמנם בסופו של דבר לא ניתנה רשות ערעור, אבל בית-המשפט העליון נתן הוראות בדבר מדיניות-הענישה הראויה לגבי בעלי דרגה שהורשעו בעבירות-תעבורה.

240 וראה דבריו המאלפים של עטיה על הסכנה שבמתן החלטות במקרה הקונקרטי ללא תשומת-לב מספקת לעקרונות. הוא מתייחס לקביעת גור-הדין על-ידי בית-המשפט כאנגליה P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law* (London, 1987) 129–130.

241 ע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 14), 496.

הצירוף של שני התפקידים יוצר מתח ומעמיד את בית-המשפט בפני קושי רב²⁴². לעתים, הפתרון הראוי למקרה הספציפי דורש סטייה מהעיקרון הכללי שמבקשים לראותו כהנחיה, אך בית-המשפט מבקש להדגיש דווקא את ההנחיה. כאשר הנורמות הכלליות נקבעות מראש על-ידי גוף אחר – בחקיקה או בהנחיות – אין לבית-המשפט שלרעור קושי רב לסטות מההנחיה הכללית במקרה הראוי²⁴³. אך כאשר בית-המשפט שלרעור הוא הקובע גם את ההנחיה הכללית, יש חשש שסטייתו מהנורמה תפגע בה: לעתים נמנע בית-המשפט מעשיית צדק במקרה הקונקרטי מתוך חשש לפגיעה בנורמה הכללית²⁴⁴. החשש הוא ש"פתרון צודק במקרה חריג עשוי להביא לפתרון לא צודק במקרים דומים שאינם ניתנים לאבחון ממקרה חריג זה"²⁴⁵. במקרים אחרים מזהיר בית-המשפט את עצמו, שלא יימנע מעשיית צדק במקרה הראוי, מתוך חשש שהדבר ישמש תקדים למקרים שאינם ראויים ויפגע בנורמת-הענישה²⁴⁶. לעתים מצליח בית-המשפט לתת פתרון ראוי למקרה המובא בפניו, תוך קביעת כלל-משנה, שהוא חריג להנחיה הכללית²⁴⁷. פעמים רבות בית-המשפט חוזר ומדגיש את הנורמה הכללית ואחר-כך אומר כי המקרה הנדון יוצא-דופן ועל-כן יש לסטות ממנה. בעניין צייקובסקי הנ"ל מציע השופט וינוגרד לקבוע ש"העונש ההולם עבירות כגון אלו שביצע המשיב הוא אכן מאסר בפועל", אך במקרה הנדון לא יתערב בית-המשפט שלרעור בהחלטת השופט דמטה, שנמנע משליחת המשיב למאסר²⁴⁸. יצוין כי השופט וינוגרד היה בדעת מיעוט, והנאשם נשלח למאסר.

המתח בין הצורך לתת תשובה ראויה למקרה הנדון ובין הרצון לקבוע נורמה עונשית ראויה הוא ביטוי לחסרון של בית-המשפט כגוף הקובע את ההנחיות לענישה²⁴⁹. דומני כי בעיה זו של הפעלת שיקול-הדעת, כלומר: המתח בין המקרה הקונקרטי למקרים העתידיים, חזקה במיוחד בתחום הענישה. משום שבתחום זה השופט קובע פתרון קונקרטי על-פי עקרונות-יסוד של המשפט ללא תיווכם של כללים²⁵⁰.

242 השווה א' ברק שיקול דעת שיפוטי (פפירוס 1987), 230-231.

243 אפשרות זו עשויה להיות מוגבלת, במיוחד כאשר הנורמה קבועה בחקיקה, והיא תלויה בניסוחה של הנורמה ובנוקשותה.

244 ייתכן שכך יש להבין את ההחלטה בע"פ 156/80 בנימין (לעיל, הערה 72), שבו נגזרו שבע שנות-מאסר על אב שהרג את בתו.

245 ברק (לעיל, הערה 242), 230.

246 למשל: ע"פ 433/89 אטיאס (לעיל, הערה 15).

247 וראה ברק שם (לעיל, הערה 242).

248 ע"פ 150/87 צייקובסקי (לעיל, הערה 14).

249 יש להבדיל בין הבעיה שבה אנו דנים לבין הנחת המחקר של החוקרים באלבני, שמכלול ההחלטות של בתי-המשפט בענישה מבטא את מדיניות-הענישה של בתי-המשפט. המחקר עסק בגזר-הדין של בתי-המשפט דמטה ולפיכך אינו נוגע לבעיה שלנו. למחקר של אלבני ולהנחת היסוד שלו ראה מאמרי (לעיל, הערה 4), 243-245.

250 ר' דן, "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב (תשכ"ח) 317, 320. ואולי ניתן לומר כי אפילו עקרונות-היסוד אינם מוסכמים, שהרי יש דעות שונות באשר למטרות הענישה, וראה M. Frankel, *Criminal Sentences: Law Without Order* (New York, 1973) 7. ראה גם עבודת-הדוקטור (לעיל, הערה 1), 18-19.

בהמשך נתאר בקצרה את פסקי-הדין המנחים שניתנו באנגליה. הדרך שנקטו שופטי בית-המשפט שלערעור באנגליה לתת הנחיות מפורטות בפסיקה גם למקרים, שאינם עומדים לדיון מאפשרת לבתי-המשפט להדגיש יותר את ההנחיות הכלליות, בלי קשר לתוצאה במקרה הנדון.

י. פסקי-דין מנחים באנגליה

בשנים האחרונות בית-המשפט לערעורים פלילים מחליט מדי פעם בפעם החלטות מנחות (guideline judgments). הכוונה להחלטות הניתנות בדיון בערעור מסוים, ולפעמים בצירוף של כמה ערעורים, הקובעות הנחיות בסוגייה שנדונה בערעור אף מעבר לנדרש לצורכי הערעור. פסקי-דין כאלה ניתנים מאז סוף שנות השבעים, ומספרם רב יותר מאז המחצית השנייה של שנות השמונים.²⁵¹

החלטות אלו עוסקות בענישה בעבירה מסוימת או בשאלות של דרך ענישה מסוימת. למשל: החלטה אחת דנה בענישה הראויה בעבירות של סחר בסמים. בית-המשפט מבחין בין סוגים שונים של סמים ומציע תקופות-מאסר ראויות למורשעים בעבירות לפי סוג הסם וכמותו.²⁵² החלטה אחרת דנה בעבירת-אינוס. בית-המשפט קובע את העונש הראוי למקרה טיפוסי של אינוס, וניתן לראות זאת כנקודת-מוצא לקביעת משך המאסר בגין עבירות-אינוס. אחר-כך ממשיך בית-המשפט וקובע מהן הנסיבות שיש לראותן כמחמירות בעבירה זו ולבסוף הוא מציין את משך המאסר שראוי לקבוע במקרה חמור ביותר של אינוס, היינו: מקרה של אדם שיצא ל"מסע של מעשי אינוס".²⁵³

סוג אחר של החלטות עוסק בדרך ענישה מסוימת והתאמתה לעבירות שונות. למשל: שאלת השימוש במאסר על-תנאי²⁵⁴ או בדהייט העונש²⁵⁵, לסוג זה יש לצרף גם החלטות הדנות בקיצור משך המאסר בפועל או בשימוש באלטרנטיבות למאסר בפועל.²⁵⁶ בהחלטות אלה בית-המשפט לערעורים קורא לקצר את תקופת-המאסר הניתנות בעבירות מסוימות וכן להטיל עונשים שאינם מאסר בפועל בעבירות אחרות.

לעתים יש בהחלטות גם הדרכה לאופן שבו יש להפעיל את שיקול-הדעת. למשל: בעניין Clarke, הדן במאסר על-תנאי, מביא בית-המשפט שורה של שאלות שעל השופט לענות עליהן לפי סדר מסוים, עד שיגיע להחלטה על הטלת מאסר

251 לריון בהחלטות מנחות ראה [1984] "Techniques of Guidance on Sentencing" A. Ashworth, *Crim. L. R.* 519; וכן דיון מקיף בסוגייה במאמרים שפורסמו בספר הכינוס שהיה במצ'סטר בשנת 1985 *Sentencing Reform: Guidance or Guidelines?* Manchester Univ. Press, M. Wasik and K. Pease eds., 1987.

252 Arama, (1983) 76 Cr. App. R. 190

253 Billam, (1986) 82 Cr. App. R. 347

254 Clarke, (1982) 75 Cr. App. R. 119

255 George, (1984) 79 Cr. App. R. 26

256 Upton, (1980) 71 Cr. App. R. 102. Bibi, (1980) 71 Cr. App. R. 360

שחלקו מותנה²⁵⁷. החלטות כאלה אינן שוללות את שיקול-הדעת, אלא מספקות כלים להפעלתו בצורה אחידה²⁵⁸.

המיוחד את ההחלטות הללו הוא שבית-המשפט דן בסוגייה שלמה, ונותן הדרכה בדבר העונש הראוי גם למקרים שלא התעוררו בפניו. בספרות יש לפעמים הרחבה של אותן החלטות וניסיון ללמוד מהן הדרכה אף מעבר לדברים שנאמרו במפורש בהחלטה²⁵⁹. הגם שבהחלטות אלה יש דיון והוראות החורגות מהנדרש למקרה שנדון, אין דיון מעמיק ועקרוני בשיקולי הענישה ואין טיפול שיטתי בבעיות של קביעת העונש²⁶⁰, יש מקריות רבה בבחירת הסוגיות הנדונות, והדבר תלוי כמובן במקרים שהובאו לערעור.

לעתים גם אין בהנחיות הדרכה של ממש, למשל: בפסקי-הדין הקוראים לקיצור תקופות-המאסר בפועל²⁶¹ יש אמנם דוגמאות לעבירות שבהן ניתן לפסוק עונש שאינו מאסר בפועל או לקצר את תקופת-המאסר, אך אין דיון בנסיבות שבהן ראוי לגזור בכל-זאת מאסר בפועל, אף שנאמר במפורש שיש נסיבות כאלה. החלטות כאלה אינן מעניקות הדרכה מספקת, והניסיון מראה שאין להן השפעה רבה²⁶². להחלטות כאלה אפשר למצוא מקבילות גם בפסיקה שלנו, למשל: החלטה הקוראת למאסרים בפועל בעבירות נגד חוק התכנון והבנייה²⁶³.

בעיה נוספת נעוצה בכך, שגם בהחלטות אלה אין בית-המשפט מתייחס להחלטות קודמות הדנות באותה סוגייה, ושהעונש שהוטל בהן אינו תואם את ההנחיות שנותן בית-המשפט²⁶⁴. היה רצוי שבית-המשפט יסביר מדוע מקרים אלה שונים וראוי לקבוע בהם עונש אחר, או לחלופין יציין שהעונש שנקבע בהם אינו עולה בקנה אחד עם ההחלטה הניתנת. התעלמות מפסיקה שונה מותירה את בית-המשפט דמטה במבוכה. יש להדגיש, כי החלטות מנחות אינן מבטלות את שיקול-הדעת, והשופט דמטה רשאי לסטות מהן במקרה ראוי. הן רק מדריכות את שיקול-הדעת ומביאות את השופט לנמק מדוע המקרה שלפניו שונה²⁶⁵.

באנגליה קיימת בעיה נוספת, הכרוכה בכך שלתביעה אין זכות ערעור על קולת העונש, בעוד שלנאשם יש זכות ערעור על חומרת העונש. התוצאה היא שההחלטות המנחות דנות במקרים שבהם בתי-המשפט דמטה הטילו עונשים חמורים, אבל אין

257 ראה Ashworth (לעיל, הערה 251).

258 לחשיבותן של שאלות מכוונות וסדרן בהכוננת שיקול-הדעת ראה: L. J. Galligan, *Discretionary Powers* (Oxford, 1986) ch. 2 and ch. 7.

259 למשל: Ashworth במאמרו (לעיל, הערה 250) וכן L. Harvey and K. Pease "Guideline Judgments and Proportionality in Sentencing" [1987] *Crim. L. R.* 96.

260 A. von Hirsch "Guidance by Numbers or Words? Numerical versus Narrative Guidelines for Sentencing", אשר פורסם בספר הכינוס של מנצ'סטר (לעיל, הערה 251) אולם לעתים יש גם דיון בשיקולי הענישה למשל: בעניין Arama (לעיל, הערה 252) ציין בית-המשפט כי בעבירות-סמים השיקול המרכזי הוא הרתעה. וראה דיון במאמרו של Ashworth (לעיל, הערה 251).

261 לעיל, הערה 256.

262 ראה הביקורת במאמרו של Ashworth (לעיל, הערה 251).

263 לעיל, הערה 38.

264 ראה מאמרו של Ashworth (לעיל, הערה 251).

265 ראה, למשל, ההחלטה וההנמקה בעניין Aliu [1983] *Crim. L. R.* 487 שבה סטה השופט מההנחיות שניתנו לענישה בעבירות-סמים בעניין Arama (לעיל, הערה 252).

החלטות המדריכות את בית-המשפט באותם מקרים שבתי-המשפט דמטה מטילים עונשים קלים מן הראוי. במידת-מה תוקן המצב בשנים האחרונות, באמצעות שימוש רב יותר באפשרות של התביעה לפנות לבית-המשפט שלערוור ולבקש הדרכה, במקרים שהעונש קל מדי, באמצעות ההליך של Attorney General's Reference.²⁶⁶ שאלה נכבדה אחרת, ואף היא מיוחדת יותר לשיטת-המשפט האנגלית, אם כי היא עשויה להתעורר במידה פחותה בארץ, נוגעת ליחס בין ההחלטות המנחות לפסיקה של בית-משפט השלום. הבעיה חמורה באנגליה, משום ששם יש סמכות מקבילה, במקרים רבים, ל-Crown Court ול-Magistrates' Court. יש הבדל רב בין העונשים הניתנים בבתי-המשפט הגבוהים לבין הענישה של שופטי-השלום, ומעניינת ההערה שאילו הלכו שופטי-השלום בעקבות ההנחיות שניתנו בעניין Upton הנ"ל לקיצור תקופת המאסרים בפועל, היה הדבר מביא להארכת תקופת המאסרים הנהוגים בהם.²⁶⁷ נוסף על כך, ההשפעה של ההחלטות של בית-המשפט לערעורים על ההחלטות של שופטי-השלום אינה ברורה. יש אומרים כי אין כמעט השפעה²⁶⁸, ומנגד יש ביקורת על כך ששופטי-שלום פועלים לפי ההנחיות באופן אוטומטי ללא הפעלת שיקול-דעת.²⁶⁹

היתרון הגדול של ההחלטות המנחות הוא, שהן מאפשרות לבית-המשפט שלערוור להיחלץ – לפחות במידה מסוימת – מהמתח בין מתן החלטה צודקת למקרה הנדון וקביעת הנחיות לענישה לעתיד. יש אפשרות גדולה יותר להראות מדוע המקרה הנדון שונה מהמקרה הרגיל ויש אפשרות גדולה יותר להדגיש את ההנחיה הרגילה. נוסף על כך, יש כמובן אפשרות לתת הדרכה ליותר מקרים ולמנוע במידה מסוימת החלטות מקריות, שונות וסותרות. משום-כך נראה לי, שהדרך הזו מביאה יותר הדרכה והנחיה מזו הניתנת בארץ. אף-על-פי-כן בכינוס שהתקיים במנצ'סטר בשנת 1985 היו המשתתפים תמימי-דעים, שאין די הדרכה להפעלת שיקול-הדעת. היו דעות שונות לגבי השאלה מהי הדרך הנאותה, אבל היה מוסכם שיש להביא ליותר הדרכה.²⁷⁰

יא. החוק משנת 1991

ה-Criminal Justice Act 1991 שנכנס לתוקפו באוקטובר 1992, הכניס שינויים מפליגים בחוק האנגלי לעניין קביעת העונש. עדיין קשה להעריך את מלוא

266 סמכות זו הוקנתה לתביעה בסעיף 36 של ה-Criminal Justice Act, 1988. בית-המשפט שלערוור מגביל את התערבותו במקרים אלה. בעניין (1989), Attorney-General's Reference No. 4 of 1989, 11 Cr. App. R. (s.) 517, אמר בית-המשפט כי יתערב ויחמיר בעונש רק כאשר הוא חורג מהסביר, וגם אז הדבר נתון לשיקול-דעתו.

267 B. Harris, Sentencing Guidance in the Magistrate's Court, בספר הכינוס של מנצ'סטר (לעיל), הערה (251).

268 ראה שם.

269 כמו, למשל, בעבירות-תעבורה. ראה Ashworth, במאמרו הנזכר לעיל, הערה 251.

270 וראה הדברים שנאמרו בהקדמה לספר הכינוס במנצ'סטר (לעיל, הערה 251), 5.

המשמעות של החוק, כיוון שאין עדיין די פסיקה שניתנה בהתאם לחוק²⁷¹. לחוק קדם White Paper משנת 1990 — Crime, Justice and Protecting the Public — שבו מרוכזות ומוסכרות ההצעות לתיקון החוק. במסגרת זו ברצוני לעמוד בקצרה על עיקרי החידושים שבחוק והשפעתם על שיקול-הדעת של השופט בקביעת העונש ועל התפקיד של בית-המשפט לערעורים בתחום זה.

השינוי היסודי ביותר הוא, שהחוק קובע את השיקול המרכזי לקביעת העונש²⁷². ראינו, שעד לכניסת החוק לתוקפו, היה השופט עושה את האיוון והשקלול בין שיקולי הענישה. כעת קובע החוק כי השיקול המרכזי בענישה הוא תגמולי, אך בעבירות-אלימות ובעבירות-מין ניתן לעלות על ה"גג" התגמולי ולפסוק עונש חמור יותר, כדי להגן על שלום הציבור. קביעת שיקולי הענישה המרכזיים בחקיקה באה לידי ביטוי בהוראות שונות בחוק, ואעמוד על החשובות שבהן:

סעיף 1(2) קובע שאין להטיל עונש-מאסר, אלא אם בית-המשפט סבור:

"that the offence, or the combination of the offence and one other offence associated with it, was so serious that only such a sentence can be justified for the offence"²⁷⁴.

כלומר: חומרת העבירה היא הקובעת את חומרת העונש. סעיף קטן b של הסעיף הנזכר מאפשר לבית-המשפט לקבוע עונש-מאסר, גם כאשר אינו נדרש לפי חומרת העבירה, אם הוא נדרש "to protect the public from serious harm from him", וזאת כאשר מדובר בעבירות-מין או בעבירות-אלימות²⁷⁵.

במקביל לכך קובע סעיף 2 של החוק, כי משך תקופת-המאסר ייקבע כה-תאמה לחומרת העבירה (commensurate with the seriousness), ובעבירות-מין או בעבירות-אלימות ניתן לקבוע מאסר ממושך יותר, אם הוא נחוץ כדי להגן על הציבור²⁷⁶.

סעיפים אלה אינם מאפשרים לראות בהרתעה עילה להחמרת העונש. הרתעה אינה סיבה להטלת עונש-מאסר, כשחומרת העבירה אינה מצדיקה זאת, וגם לא להארכת תקופת-המאסר מעבר לנדרש לפי חומרת העבירה²⁷⁷. גם לשיקולי השיקום

271 להערכת השינויים ראה ספרו של Ashworth (לעיל, הערה 161); וכן כמה מאמרים הסוקרים את השינויים בחוק בחוברת מאפריל 1992 של Criminal Law Review.

272 London, Home Office, Cm. 965.

273 וראה Ashworth (לעיל, הערה 161), 69.

274 נוסח הסעיף שונה במקצת. ראה לעיל, הערה 196.

275 עבירות-מין ועבירות-אלימות מוגדרות בחוק. Ashworth קורא לפרשנות מצמצמת של האפשרות להחמיר בעונש משיקולים של שמירה על שלום הציבור, בעיקר בשל הבעיות הכרוכות בניכוי של המסוכנות (שם, עמ' 70).

276 לשאלת קביעתו של עונש-מאסר וקביעת משך המאסר, לפי שני הסעיפים הנזכרים, כאשר הנדון הורשע בכמה עבירות. ראה לעיל, בדין בריכוז עבירות.

277 הדברים אף נאמרו במפורש ב-white paper בסעיף 2.8, (לעיל, הערה 272). הדבר עשוי להביא לשינוי של ממש, כיוון שלא יאפשר הטלת עונש-מאסר במקרים של ונדליזם או במקרים של עבירה נפוצה. אך בית-המשפט עשוי לראות בנפישות העבירה שיקול המביא להחמרתה. כך עשה בית-המשפט שלנו בעניין סבח (לעיל, הערה 23). כל עוד אין בחוק הכוונה מדויקת יותר של השיקולים הרלבנטיים לקביעת חומרת העבירה, בית-המשפט רשאי לעשות כך. ראה Ashworth (לעיל, הערה 161), 69 ו-81.

אין כמעט מעמד בקביעת העונש²⁷⁸. אין הם יכולים להצדיק החמרה בעונש. עם זאת, עדיין ייתכן שיביאו להקלה בעונש, במסגרת סעיף 28 לחוק. שאלה קשה בפרשנות ובהבנה של החוק החדש נוגעת להתחשבות בנסיבות מקלות. לכאורה סעיפים 1 ו-2 של החוק, הנותנים משקל מכריע – ואולי בלעדי – לחומרת העבירה (ובעבירות מין ואלמות להגנה על שלום הציבור), אינם מאפשרים להתחשב בנסיבות של העבריין, שאינן משפיעות על חומרת העבירה²⁷⁹. בשלב מסוים הוצע לכלול בסעיף 3 לחוק הוראה מפורשת, שבקביעת עונש-מאסר או משך המאסר יתחשב בית-המשפט בנסיבות ספציפיות המלמדות על חומרת העבירה. סעיף כזה היה יכול לשלול את האפשרות להתחשב בנסיבות שאינן מלמדות על חומרת העבירה, כמו, למשל, חרטה והשבת הגזילה. אך סעיף 3, כפי שהתקבל, בתוספת סעיף 28²⁸⁰, מאפשר לבית-המשפט לשקול גם נסיבות אישיות של העבריין ולהביאן בחשבון, כדי להקל בעונש. אין מקום להתחשבות בנסיבות אלה להחמרה בעונש, מלבד במסגרת שיקולי המניעה בעבירות מין ואלמות. סעיף 28 אינו מתאים לרציונלה שביסוד החוק והוא נחקק בלחצם של השופטים, כדי למנוע הגבלה דרסטית של שיקול-דעתם. רק במסגרת סעיף זה יש אפשרות להקל בעונש בשל הודאה או השבת הגזילה וכו'²⁸¹.

גם ההתחשבות בעבר הפלילי מוגבלת יותר לפי החוק, ובאה להקל בעונשם של מי שאין להם עבר פלילי ולפסוק להם עונש קל יותר מהנדרש לפי חומרת העבירה. סעיף 29 לחוק דן בעבר הפלילי, והוא אינו מאפשר לבית-המשפט לקבוע עונש-מאסר שאינו מתאים לחומרת העבירה, משום שעונשים קלים יותר לא היו אפקטיביים²⁸². אולם ברור שעבר פלילי עשוי להצביע על כך שיש להגן על הציבור מפני הנדון ולהטיל עליו מאסר, או מאסר ממושך יותר, כשחומרת העבירה אינה מצדיקה זאת, בעבירות מין או אלימות²⁸³.

העיקרון הבסיסי של קביעת העונש בהתאם לחומרת העבירה מתבטא בשינויים נוספים שנקבעו בחוק, למשל: בהוראות על קביעת הקנס²⁸⁴. בתחום זה יש שינוי מהפכני בחוק, עם אימוץ השיטה של יחידות-קנס. הקנס נקבע ביחידות-קנס, שמספרן מותאם לחומרת העבירה וערכן מותאם ליכולת הכספית של הנדון. שיטה

278 לפי החוק החדש, לשיקולי השיקום יש חשיבות לעניין הכחירה בין העונשים שאינם עונש-מאסר ולקביעת התנאים בעונשים אלה, למשל: תנאי המבחן.

279 כבר ראינו כי יש נסיבות המשפיעות על חומרת העבירה, כגון פיגור שכלי. ראינו גם, כי יש גישה שלפיה אף נסיבות סוציו-אקונומיות עשויות להשפיע במידה מוגבלת על חומרת העבירה.

280 וזה נוסח הסעיף: (1) Nothing in this Part shall prevent a court from mitigating an offender's sentence by taking into account any such matters as, in the opinion of the court, are relevant in mitigation of sentence.

281 Ashworth (לעיל, הערה 161), 121-122.

282 שם, עמ' 151-152. עניין זה שונה בנוסח החדש של סעיף 29, כפי שנקבע בסעיף 66(6) של ה-Criminal Justice Act, 1993.

283 אך ראה הוראת סעיף 29(2), המאפשרת התחשבות בעבירות קודמות, כשהן נסיבות מתמירות המלמדות על חומרת העבירה. כנראה שהכוונה לאפשר החמרה בעונשם של עבריינים מקצועיים. ראה Ashworth שם, שם.

284 סעיף 18 לחוק. הוראה זו שונתה בסעיף 65 של ה-Criminal Justice Act, 1993.

זו, שמקורה בארצות הסקנדינביות, מביאה ליותר שוויון בענישה²⁸⁵. אגב, שיטה דומה מוצעת גם בהצעה לחלק מקדמי ולחלק כללי לחוק עונשין חדש²⁸⁶. עיקרון זה של קביעת עונש בהתאם לחומרת העבירה מוצא ביטוי גם בהוראות הנוגעות לבחירה בין העונשים שאינם מאסר ולתנאים של עונשים אלה. החוק החדש כולל הוראות רבות לגבי עונשים המבוצעים בתוך הקהילה (community sentences). עונשים אלה נחשבים חמורים יותר מהקנס. הכוונה היא להביא לשימוש רב יותר בדרכי-ענישה אלה במקום עונשי-מאסר, ולשם כך נקבעו תנאי העונשים ביתר קפדנות. גם כאן העיקרון הוא, שככל שחומרת העבירה עולה, יש לבחור בעונש המגביל יותר את החירות; וגם קביעת תנאי העונש מבוססת על אותו עיקרון, שככל שהעבירה חמורה יותר, כן ייקבעו תנאים המגבילים יותר את החירות האישית²⁸⁷. אולם, כפי שכבר נאמר, בקביעת התנאים של העונשים השונים – למשל: תנאי המבחן – ניתן משקל לשיקולי שיקום ויש התחשבות בנסיבות אישיות של העבריין, כדי להתאים את התנאים למקרה הנדון.

החוק כולל גם שינויים חשובים בהוראות על שחרור מן המאסר, אבל אין הם חשובים לנדון כאן. בהוראות לגבי קביעת העונש כשיש מספר הרשעות, דנו כבר לעיל²⁸⁸.

אין ספק כי החוק החדש מכניס שינוי מהותי ועקרוני לשיטת המשפט האנגלי בקביעת גזר-הדין. החוק הוא פשרה בין גישות שונות. יש בו הגבלה והדרכה של שיקול-הדעת, אך לא התקבלו גישות קיצוניות יותר שקראו לקביעה הרבה יותר מפורטת של עקרונות והנחיות בחקיקה. ההנחה היא, שפירוט נוסף של עקרונות לקביעת העונש ייעשה בפסיקה של בית-המשפט לערעורים.

השוואה עם החוק השבדי²⁸⁹, אשר ללא ספק שימש דגם לחוק האנגלי, מראה כי בחוק השבדי יש הרבה יותר פירוט. גם בחוק השבדי אין קביעות מספריות, כלומר: לא נקבעו בו תקופות מדויקות של מאסר וכדו', ואפילו ההפניה בחוק השבדי ל"ערך הפלילי" של העבירה אינה מתבטאת בקביעה מספרית של הערך הפלילי. החוק קובע, כי חומרת העונש תיקבע לפי הערך הפלילי של העבירה וכי הערך הפלילי ייקבע לפי הנזק שנגרם ולפי מידת האשמה של הנדון. הפירוט הרב וההדרכה של שיקול-הדעת מצויים בסעיפים הדנים בנסיבות המחמירות והמקלות. החוק השבדי – שלא כמו החוק האנגלי – מציין שורה של נסיבות מחמירות ומקלות המלמדות על הערך הפלילי של העבירה. הוא דן גם באפשרות להקל בעונש מטעמים של חסד ורחמים, בהתחשבות בחרטה של הנאשם ועוד.

בביקורת שלו על החוק האנגלי מדגיש Ashworth, כי אין בו די הדרכה של שיקול-הדעת. הוא חושש, שבתי-המשפט לא יוכלו לפתח את העקרונות הנוספים

285 הכוונה כמובן לשוויון בהשפעה של הקנס על הנדון, ולא לשוויון נומינלי. לעניין זה של ההבחנה בין שוויון נומינלי לשוויון ב-impact ראה A. Ashworth, *supra* note 22 at pp. 272–298.

286 סעיף 93 להצעה הנזכרת (לעיל, הערה 3).

287 וראה סקירתו של Ashworth על עונשים אלה בחוק החדש בחוברת האמורה של ה-Criminal Law Review (לעיל, הערה 271). הכוונה לצווי-מבחן, שירות לתועלת הציבור ועוד.

288 ראה לעיל, בדיון בריכוזי עבירות, ליד הערת 195–197.

289 החוק נחקק בשנת 1988, עיקרי הוראותיו בשפה האנגלית הובאו אצל A. von Hirsch and Nils Jareborg, "Sweden's Sentencing Statute Enacted", [1989] *Crim. L. R.* 275.

הנדרשים — לדעתו — כדי ששיקול-הדעת יהיה מוגבל ומודרך ועמוד בדרישות עקרון החוקיות²⁹⁰.

יב. הסתכלות אל העתיד

מה ניתן ללמוד מהניסיון האנגלי? נראה לי שהדברים ברורים. אם באנגליה, שבה ניתן על-ידי בית-המשפט לערעורים החלטות מנחות, הורגש צורך להוסיף גם הדרכה בחוק, ודאי שהדבר נדרש גם אצלנו.

דיון מפורט ביתרונות ובחסרונות של הדרכים השונות להסדרת שיקול-הדעת של השופט בענישה הוא נושא למאמר בפני עצמו²⁹¹. במקום אחר כבר עמדתי על כך שלא רצוי לקבוע הוראות מפורטות לקביעת גזר-הדין בחקיקה²⁹², וגם קביעת הנחיות (sentencing guidelines) כמו שנעשה בארצות-הברית אינה מתאימה לשיטת-המשפט שלנו כיום²⁹³. נראה לי — וכך היה נראה לי עוד לפני שתוקן החוק באנגליה — כי עלינו לקבוע כמה עקרונות-יסוד בחקיקה, אך להשאיר את פיתוח ההנחיות המפורטות יותר לפסיקה²⁹⁴.

שיטה זו מתאימה לנו מסיבות אחדות: ראשית, בשל השתלבותה במבנה הקיים של השיטה, שכן אין כאן שינוי קיצוני בחלוקת הסמכויות. השיטה מתבססת על כוחם של בתי-המשפט ועל פיתוח נמשך ומתמיד של הנחיות ועקרונות ענישה בפסיקה. חשוב להפיק תועלת מיכולתם ומנכונותם של בתי-המשפט, ובמיוחד בית-המשפט העליון, לקבוע הנחיות לבתי-המשפט דמטה²⁹⁵.

עם זאת, כפי שראינו לאורך כל המאמר, יש לקבוע כמה עקרונות-יסוד בחוק

290 את הצעותיו של Ashworth לחיקוק המשפט האנגלי ניתן לראות במאמר "Devising Sentencing Guidance for England", שפורסם בספר הכינוס במנצ'סטר, הנוכח (לעיל, הערה 251). לביקורת על החוק האנגלי החדש ראה בפרק האחרון של ספרו הנוכח לעיל (הערה 161).

291 ראה על כך ביתר פירוט בעבודת-הדוקטור (לעיל, הערה 1) וראה גם A. von Hirsch, "Guidance by numbers or words? Numerical versus narrative guidelines for sentencing", בספר הכינוס של מנצ'סטר הנוכח לעיל (הערה 251).

292 יש כמה בעיות באשר לקביעת הוראות מפורטות בחקיקה. הגוף המחוקק חסר מומחיות מספקת בנושא ואינו יכול להקדיש די זמן ללימוד הנושא ולקביעת הוראות מפורטות. יתר על כן; המחוקקים נתונים יותר מדי להחצים של דעת-הקהל ולכן יש חשש לשינויים תכופים בחקיקה — שינויים העשויים להביא להחמרה יתירה, לחקיקה סותרת ומסובכת, ובעיקר לחקיקה חסרת איוון פנימי. הניסיון של החקיקה במדינת קליפורניה ממחיש סכנות אלה. ראה הדיון בעבודת הדוקטור (לעיל, הערה 1) חלק שני, פרק שני, סעיף 2.

293 הכנת הנחיות, כאמור, מחייבת מחקר מכין הדורש זמן, מומחיות ומשאבים כספיים ניכרים. לא נראה לי שיש סיכוי להקצאת משאבים אלה. נוסף על כך הוועדה לקביעת ההנחיות מורכבת מאנשים המייצגים גופים שונים (שופטים, תובעים, קציני-מבחן וכו'). כדי שיגובשו הנחיות טובות, על הוועדה לפעול לטובת העניין, כצוות-מומחים, ולא לפעול רק כנציגי גוף מסוים. ספק בעיני אם הדבר אפשרי בארץ כיום. ולבסוף, אמנם הנחיות מאפשרות גמישות מסוימת והן מדריכות את שיקול-הדעת של השופט ולא שוללות אותו, אך הן מגבילות אותו במידה ניכרת. שיטה של הנחיות תביא לשינוי ניכר של המצב, ואין לה — לדעתי — סיכוי להתקבל, ובוודאי לא לזכות בשיתוף-פעולה של השופטים. בלי שיתוף-פעולה כזה אין סיכוי להצלחה. הדבר מומחש בהשוואה בין המצב במדינת מינסוטה למצב במשפט הפורלי. ראה הדיון בחלק השני של עבודת-הדוקטור (לעיל, הערה 1).

294 וראה ההצעה לחיקוק המצב בארץ, בסוף עבודת הדוקטור שלי (לעיל, הערה 1).

295 פת-הידרש במאמרו הנוכח (לעיל, הערה 291) סבור ששיטה כזו מתאימה לאנגליה. הוא מצביע על כמה

— עובדה שתאפשר לבתי-המשפט לפתח ביתר יעילות עקרונות נוספים. לשם קביעת מערכת של עקרונות ענישה, על המחוקק להיעזר בוועדת-מומחים, שתכין את הצעת החוק. ועדה זו תכין הצעה למודל-הענישה, שבו ייקבע סדר קדימיות בין שיקולי הענישה והוראות בסיסיות לאיזון בין שיקולי הענישה השונים; וכן הצעה להוראות מרכזיות בענישה, הנגזרות ממודל-הענישה שייקבע. לדעתי, ניתן לגבש הצעה כזו וגם להעבירה בחקיקה.

מה ראוי לכלול בעקרונות הענישה שייקבעו בחוק? בראש-ובראשונה את מודל הענישה, כלומר: את נקודת-המוצא ואת האיזון בין שיקולי הענישה השונים. ייתכן שבשאלה זו יהיו ויכוחים רבים, אבל דומני שניתן להגיע להצעה מוסכמת. אפשר להתחיל מנקודת המוצא הקיימת, כלומר: לקבוע מודל-ענישה מעורב בהדגשה זו או אחרת של השיקול התגמולי. אפשר לקבוע נקודת-מוצא שונה בעבירות מסוימות, למשל: הרתעה בעבירות-מס²⁹⁶ או מניעה בעבירות-מין. לפי הבסיס שייקבע יהיה צורך לקבוע מה יהיו המרכיבים שלפיהם תיקבע חומרת העבירה, מה יהיו הנסיבות המיוחדות לחומרה ולקולא²⁹⁷, כיצד ייקבע העבר הפלילי ומה יהיה משקלו; וכן גם עקרונות בסיסיים לבחירה בין דרכי הענישה השונות²⁹⁸.

השאלה כמה מדויקים ומפורטים יהיו העקרונות דורשת דיון נוסף ותלויה גם בשאלה כמה רחב יהיה הבסיס להסכמה בוועדה שתכין את הצעת החוק ומה נראה ריאלי להשגת רוב בכנסת. קביעת עקרונות מפורטים, תוך מתן עדיפות לשיקולים אחדים וקביעת משקלם היחסי, עשויה להיתקל בקשיים, וספק בעיני אם ניתן יהיה לגבש הסכמה ורוב להעברתם בחקיקה. הצלחת השיטה תיבדק לפי היכולת של השופטים להסתייע בעקרונות שנקבעו וליצור פסיקה אחידה יותר. כך נגיע למצב שבו יהיה לשופטים שיקול-דעת בקביעת העונש, אך שיקול-הדעת יהיה מודרך, וגם בתחום זה יישמר העיקרון של Rule of Law ולא Rule of Man.

יסודות הכרחיים להצלחתה של שיטה הבנויה על קביעת עקרונות-יסוד בחקיקה ופיתוחן בפסיקה. בין השאר הוא עומד על חשיבותה של מערכת בתי-המשפט ויכולתם של בתי-המשפט שלערוך לקבוע עקרונות מחד גיסא, ונכונותם של בתי-המשפט דמטה לפעול בהתאם לאותם עקרונות, מאידך גיסא.

296 כך, למשל, בחוק הפלילי הפדרלי, 18 U.S.C.A. App., U.S.S.G. 2T1.1, בשכדיה יש עקרונות מיוחדים המתחשבים בהרתעה לגבי נתינה תחת השפעת אלכוהול. ראה מאמרו של פון-הירש (לעיל הערה 289).

297 למשל: המסגרת שבה ניתן להתחשב בנסיבות סוציו-אקונומיות.

298 ברור, כי הצעתי שונה לחלוטין מההצעה המפורטת והמבוססת לחלק מקדמי ולחלק כללי לחוק עונשין חדש (לעיל, הערה 3) הכוונה לקביעת עקרונות בלבד.
