

על האחידות בענישה (הערות למחקרם של חסין וקרמניצור)

מאת

אברהם טננבוים*

במחקר חדש על אחידות הענישה לגבי פורצים שפריצתם היא עבירתם הראשונה, קובעים המחברים כי אחידות הענישה בישראל פגומה, ומציעים דרכים לשיפור המצב. למרות חדשנותו של המחקר, בסיסו התיאורטי וביצועו הטכני מעוררים ספקות לגבי תקפותן של המסקנות. דרך אלטרנטיבית הנראית ריאלית יותר מוצעת כתחליף.

א. הקדמה

שופטים העוסקים במשפט הפלילי חייבים להטיל עונשים, שבהכרח יגרמו כאב וסבל לאלו שהעונש נגזר עליהם. אולי כדי להצדיק זאת, מרבים בתי-המשפט לציין את מטרת הענישה ואת השפעת העונש שהם גוזרים. זאת הם עושים הן בהתייחס למקרה ספציפי הן בהתייחס לחברה בכללותה. פעמים רבות יופיעו בגזר-דין קביעות, כגון "כדי להגן על החברה יש צורך לשלוח את הנאשם למאסר" (ו/או קנס/ מאסר על-תנאי/ עבודות שירות). משפטים אופייניים אחרים הם כרי "ללמד את הנאשם לקח אין מנוס מלשולחו למאסר" ו/או "יש צורך לשלוח מסר חד-משמעי לנאשם ולאנשים כמותו" וכד'.

ייתכן אולי (וזהו אולי גדול) שחלק מקביעות אלו הן נכונות, אך ייתכן גם שאינן. קביעות אלו בדרך כלל אינן יותר מאשר אינטואיציה המבוססת על השקפת עולם, ולא על ידע המבוסס על עובדות מוצקות. רוב השופטים אינם יודעים מהו העונש שיושט על עבריין דומה בבית-משפט אחר, או אפילו באולם הסמוך. אפילו אם ידע שופט פלוני את דעתו של שופט אלמוני על העונש הרצוי, ספק אם ישנה הדבר את החלטתו אם יגיע מקרה כזה לפניו. אשר לידיעתו של השופט את הנעשה עם העבריין לאחר שגזר את דינו, זו פשוט איננה קיימת. אם בכלל ידע דבר נוסף עליו, יהיה זה רק כאשר אותו עבריין יובא לפניו פעם נוספת בעניין

* מרצה, המחלקה לקרימינולוגיה, אוניברסיטת בראילן. המחבר מבקש להודות ליעל חסין, לאלון הראל, לרות קנאי, למשה טלגם ולחברי מערכת משפטים על הערותיהם המועילות לגירסה קודמת של מאמר זה.

אחר. שאלות כגון עתידו של העבריין, חזרתו למוטב או המשך עיסוקו כפשעה, הזמן שבילה בכלא למעשה (האם נוכח שליש ממאסרו?) הן מסוג העובדות שאין לשופטים מושג כלשהו עליהן. הקשר בין מטרות הענישה המוצהרות למציאות הוא מסוג הקשרים שמציאותם נמצאת בספק. מבחינות מסוימות ניתן אפוא לדמות את מעשה הענישה כירייה באפלה לכיוון שבו מסתתר (אולי) זאב, ותקווה מעורפלת שהירייה תפגע בזאב, או לפחות תפחידו.

מחקרים לא מועטים נעשו במדינות אחרות כדי לקבל ידע אמפירי על הליך השפיטה, אולם מחקרים כאלו כמעט שלא נעשו בארץ¹. במצב ענינים שכזה, כל מחקר אמפירי שיש בו ניסיון כלשהו לספק עובדות כלשהן על הליך השפיטה הוא מחקר מבורך. בגלל הדלות המחקרית הקיימת, כל ידיעה יש בה כדי לקדם את הבנתנו, ואולי גם לבחון שיפורים אפשריים. לו רק מבחינה זו ראוי לשבח את מחקרם האחרון של יעל חסין ומרדכי קרמניצר (להלן: "המחברים"). לפני שנעבור לביקורת מפורטת, מן הראוי להציג בקצרה את הרעיונות המרכזיים במאמרם כדי שהן צדדיו הענייניים של מחקר זה הן נקודות התורפה שלו יובנו כהלכה.

ב. מחקרם של חסין וקרמניצר

במחקרם זה ניסו השניים לבדוק את המשתנים המשפיעים על ענישה, ובמיוחד את הסיבות לענישה שונה לעבירות שלפחות פורמלית הן דומות². כדי להקל את השוואת העבירות בחרו המחברים בעבירות ההתפרצות המתבצעת על-ידי עבריינים מבוגרים (מעל גיל 18) שזו להם העבירה הראשונה ואשר נשפטו בירושלים ובתל-אביב. בתקופה בת ארבע שנים (1981-1984) נמצאו סה"כ 125 איש אשר התאימו לאפיוני המחקר. המחברים אספו מידע על 83 משתנים וניסו לבדוק אם ישנם משתנים כלשהם המאפשרים לחזות את ההסתברות שיוטל עונש מאסר. לטענתם, בדיקת הנימוקים כפי שהופיעו בתיקי בת-המשפט העלתה ששלושה משתנים

1 הספרות הכתובה על נושא זה היא רבה ועצומה. לסיכום הנושא ראה A. Blumstein, J. Cohen, S. Martin, and M. Tonry (Eds.) *Research on Sentencing - The Search for Reform*. 2 Vols. (Washington, D.C. 1983).

לאחרונה ממש הוקדשו חמש חוברות של כתבי-עת משפטיים לסימפוזיונים הדנים באספקטים אמפיריים שונים של הענישה. ריכזו זה מעיד על החשיבות המודעת לנושא בחו"ל. ראה: 101 *Yale L. J.* (no. 8); 66 *Univ. of Southern California L. Rev.* (no. 1); 25 *Univ. of California Davis L. Rev.* (no. 3); 28 *Wake Forest L. Rev.* (no. 2); 64 *Univ. of Colorado L. Rev.* (no. 3).

על הנושא בארץ ראה: "על ענישה בתעבורה" עיונים בקרימינולוגיה 2' א' (מהד' 2 1992); "ענישה ומחשוב" עיונים בקרימינולוגיה 5 (1995, בדפוס).

2 "חסין ומ' קרמניצר" עבירות ההתפרצות — המשתנים המשפיעים על מירת האחידות בענישה" משפטים כב (1993) 533 (להלן: "המחקר"). מחקר זה הוא השני בסדרת מחקריהם על הנושא. המחקר הראשון נסב על אחידות הענישה בעבירות תנועה: "חסין ומ' קרמניצר" אחידות בענישה בעבירות תעבורה" משפטים יח (1988) 103.

בלבד מבחינים הבחנה סטטיסטית מובהקת בין עונש מאסר לבין הטלת עונש מסוג אחר. משתנים אלו היו מעצר לפני משפט, דרישת התובע לעונש וערכאת השיפוט שלפניה התנהל הדיון (בית-משפט מחוזי או בית-משפט שלום). לטענתם, משתנים אלו אינם מהותיים, ואסור שישיעו על הליך הענישה. העובדה שהענישה איננה אחידה בגלל משתנים אלו, היא – לטענתם – תעודת עניות למערכת השיפוט הישראלית, ויש צורך בשינוי המצב. המחברים אף נותנים כמה הצעות לכיוון שיש ללכת בו.

למרבה הצער, ישנן כמה בעיות מהותיות במחקר זה שלא ניתן להתעלם מהן. בעיות אלו מתפרסות על התחום התיאורטי שהם מציגים, על הבסיס האמפירי לרעיונותיהם ועל השיטות הטכניות שהוצגו במחקר. התוצאה הסופית היא, שספק רב הוא אם המסקנות שהמחברים מגיעים אליהן אכן יכולות לעמוד בקנה אחד עם העובדות שבהן השתמשו.³ כמובן אין בדבר כדי לפגום בעמדות האידיאולוגיות שהשניים מציגים (הנתמכות על ידי רבים אחרים), אולם יש בכך להטיל ספק בבסיס האמפירי של השקפתם. כדי להבהיר את הבעיות שבשיטתם נטפל תחילה בבסיס התיאורטי של רעיון האחידות בענישה, ולאחר מכן נדון במחקר לגופו.

ג. בקורת תיאורטית

1. אחידות בענישה, האם ערך עליון?

(א) מסגרות שונות לדיון בענישה

לפני כל דיון ספציפי בענישה, עלינו להגדיר מסגרות שונות של התייחסות. המסגרות הן שונות, משום שהן עונות על שאלות אחרות, ונוח ביותר יהיה לטפל בהן בנפרד. כפי שכבר צוין על-ידי Garland,⁴ ישנן שלוש דרכים שבאמצעותן ניתן לדבר על הענישה ומטרותיה. הראשונה היא מה שמכונה הפילוסופיה של הענישה, ומקובל למקמה במסגרת תורת המוסר; השנייה היא השמירה על הסדר החברתי; והשלישית היא הסוציולוגיה של הענישה שהיא חרשה יחסית. המסגרת הראשונה של הפילוסופיה של הענישה היא ההשקפה המנסה לראות את הענישה כבעיה מוסרית. נקודת המוצא היא, שענישה כשלעצמה איננה דבר חיובי ואיננה דבר מותר, ועל כן אנו צריכים למצוא לה הצדקה. הענישה היא הליך העונה על השאלה "מה צודק" – הליך שמטרתו המופשטת היא לרדוף צדק, כמובן בהנחה שיש לנו איזושהי ידיעה מהו צדק. מעיקרון זה נובעות גם השאלות בהן מתעסקת בדרך כלל הפילוסופיה של הענישה: מהי ההצדקה להטלת

3 בעיה קשה זו של מסקנות המבוססות על עובדות חלקיות איננה ייחודית למחברים. יש הטוענים, שאי-יכולת להסיק מסקנות עקב חוסר בעובדות מלאות היא כיום אחת הבעיות המרכזיות בקרימינולוגיה. ראה Telos 92 "The Crisis in Criminology" A. Tennenbaum (Summer 1992) 51-62.

4 D. Garland "Sociological Perspectives in Punishment", in M. Tonry (ed.), 14 *Crime and Justice - A Review of Research* (Chicago, 1991) 115-165.

עונש? על מי מוצדק להטיל עונש? מהו העונש הצודק? וכו'. שוב, מרכז הכובד של גישה זו הוא היחס בין הענישה לצדק.

המסגרת השנייה של הענישה היא השמירה על הסדר החברתי או המלחמה בפשיעה. על פי גישה זו, הענישה הפלילית היא מערכת שנועדה לתכלית ספציפית ומוגדרת, צמצום הפשיעה ככל האפשר. העונש דרוש כדי ששאר האוכלוסייה הלא עבריינית תוכל לחיות בשלווה וכביטחון מרביים. הענישה היא בעיקר כלי לסיכול עבריינות. השאלות הנשאלות במסגרת המלחמה בפשיעה אינן שאלות של צדק, אלא של יעילות. אילו עונשים ירתיעו עבריינים? אלו עונשים ימנעו מהם מלעבור עבירות? והאם ואיך ניתן לשקם עבריינים? וכו'. שאלות כגון האם חוק מסוים צודק או מהו העונש הצודק, אינן רלבנטיות כאן.

המסגרת השלישית היא הסוציולוגיה של הענישה. שתי המסגרות הקודמות – הפילוסופיה של הענישה והמלחמה בפשיעה – התעלמו מעובדה בסיסית הקשורה לענישה: מקורה של הענישה הפלילית. המציאות ההיסטורית היא, שהחברה והשלטון הענישו סוטים ופושעים כבר משחר הציביליזציה. הענישה הפלילית היתה כבר קיימת אלפי שנים לפני שנולדו הפילוסופים שניסו להצדיקה. במלים פשוטות: הענישה כבר קיימת, ורק אחרי שהיא קיימת באים פילוסופים ומשפטנים ומנסים למצוא לה צידוקים. בעל כורחם יהיו הסברים אלו לוקים בחסר משום שהם מתעלמים מהשפעות חברתיות והיסטוריות על הענישה. הסוציולוגיה של הענישה מנסה להתגבר על בעיה זו על ידי התרכזות בשאלות של חברה וענישה והקשר ביניהן. המסגרת הסוציולוגית מנסה למוג ולפרש את העובדות ההיסטוריות הידועות על הענישה בחברה ספציפית עם החברה בכללותה. היא מנסה ללמוד כיצד הוסברו עונשים בתוך המסגרת האידיאולוגית הרשמית ומהן לאמיתו של דבר הסיבות האמיתיות לעונשים אלו. השאלות הנשאלות על-ידם קשורות אפוא ליחס שבין חברה לבין הענישה הפלילית שבה. האם יש קשר בין המבנה החברתי לענישה? האם מקרי הוא שרוב הנענשים שייכים למעמד הנמוך? כיצד הענישו בחקופות שונות? ועוד.

משפטנים יכולים לראות כיצד ניתן לסווג בקלות את מטרות הענישה הקלסיות (גמול, הרתעה, מניעה ושיקום) על פי שתי המסגרות הראשונות. גמול הוא נושא השייך לפילוסופיה של הענישה, בעוד ששלוש המטרות האחרות שייכות למסגרת של המלחמה בפשיעה⁵. קל גם מאוד לראות, שמטרות הענישה יכולות לסתור זו את זו משום שמסגרות הדיון שהגדרנו אינן עולות בקנה אחד. ניתן כמובן לטעון על הליך ענישה מסוים שהוא יעיל וגם צודק, אך המציאות מלמדת כי לא כל מה שצודק הוא גם יעיל. לדוגמא: עצם הגררת ה"הרתעה" כמטרת ענישה בוקרה קשות על ידי פילוסופים לא מעטים שטענו כי אין זה צודק להעניש אדם אחד כדי

5 המסגרת השלישית, הסוציולוגיה של הענישה היא חדשה יחסית ופותחה (כפי ששמה מלמד) בעיקר על-ידי סוציולוגים. רוב המשפטנים העוסקים בענישה מחעלמים ממנה למרות יעילותה בניתוח המצב הקיים, ויש להצטער על כך. לסיכום מעולה וחדשני של עיקרי גישה זו ראה D. Garland *Punishment and Modern Society* (Chicago, 1990).

שאחרים יימנעו מפשיעה⁶. החברה מנסה אפוא למצוא שיווי משקל בין יעילות הענישה להצדקתה. עקרונית, שתי דרישות אלו משמשות (לפעמים בערכוביה) כעקרונות מנחים בכל מערכת ענישה מודרנית. פרימורץ ניסח קונפליקט זה בין שתי הגישות, כשקבע כי:

If one proposed to justify legal punishment, one had to choose between the claims of justice and desert, and those of the common good; one had to present punishment either as retribution, or as an indispensable means for attaining socially desirable objectives. No synthetic theory seemed possible, for each side in the debate totally repudiated the basic contentions of the other.⁷

יש להדגיש, כי חלוקה זו של המסגרות השונות איננה מתיימרת ואיננה יכולה להיות ממצה ומדויקת. קווי הגבול בין המסגרות השונות מטושטשים לפעמים, ואינם לגמרי ברורים. כך, למשל, ישנם הוגים רבים במסגרת הפילוסופיה של הענישה הרואים בתועלתנות את הצדקת הענישה⁸. העולה מזה הוא, כי הגם שהוגים אלו מסכימים בנקודות רבות עם אלו הרואים בענישה מלחמה בפשיעה, ההצדקה לכך היא מוסרית בעיקרה. התועלת בסיווג זה היא ביכולת לתת לנו קני מידה להשוואה ולהתייחסות לתורות שונות של ענישה.

בכל דיון תיאורטי על ענישה יש אפוא צורך להגדיר מראש את המסגרת שבה נדון בטענותינו. תיחום זה יש בו צורך להבהרת המושגים והטענות ולמניעת מצב שבו הצדדים ידברו בקולות שאינם נפגשים זה עם זה. אם צד אחד לדיון מתרכז בהשגת הצדק, והאחר בהשגת יעילות, שום קריטריון משותף היכול לבדוק את נכונות טענותיהם איננו קיים. כל צד בודק את טענותיו בדרך אחרת, והסכמה משותפת איננה אפשרית. אשר על-כן, לפני כל דיון בכל נושא הקשור לענישה יש לבחור את המסגרת המתאימה לו.

(ב) מקומה של דרישת האחידות בענישה

כדי לשבח את דרישת האחידות, מן הראוי להרחיב את הדיבור במסגרת שכינינו אותה "הפילוסופיה של הענישה", ולחדד את ההבדל בינה לבין המלחמה בפשיעה. הפילוסופיה של הענישה פונה לעבר ומדגישה את מעשי העברין בעבר.

- 6 המפורסם מבין מבקרי רעיון ההרתעה היה עמנואל קאנט. ראה: I. Kant *Metaphysical Elements of Justice* (Translated by John Ladd. Indianapolis, 1965) par. 331-333
לתיאוריה גמולית חדשה יחסית שגם היא איננה אהדת את ההרתעה ראה M. S. Moore *Justifying Retributivism* 27 *Isr. L. Rev.* (1993) 15
- 7 I. Primoratz "The middle way in the philosophy of punishment". In R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy - The Influence of H. L. Hart* (1987, Oxford) 193.
- 8 כדוגמא לאסכולה זו, ראה למשל J. J. C. Smart "Utilitarianism and Punishment" 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 360.

אשר על כן, מעשי הנאשם בעבר ישמשו בסיס עיקרי להצדקת ענישתו. לעומת זאת, המלחמה בפשיעה פונה לעתיד ומדגישה כיצד יתנהג עובר העבירה ו/או אחרים בעתיד. קל לראות, שהררישה של אחידות הענישה נובעת יותר מהשקפה המבקשת צדק בענישה מאשר יעילות במניעת פשע.

כמובן, בעיה קשה במסגרת הפילוסופיה של הענישה היא הגדרת המושג "צדק"⁹. כדי להתגבר במקצת על בעיה בלתי פתורה זו התחילו כמה מלומדים להתמקד בשאלות צורניות שאינן מתחבטות בשאלה המרכזית. כך, למשל, מבלי להיכנס להגדרת הצדק, נוכל לטעון שאסור לשופט להיות בעל דעה קדומה, ועליו תמיד לשמוע את שני הצדדים לפני שיגיע למסקנה כלשהי. דרישת האחידות בענישה איננה אלא אחת מאותן דרישות צורניות. הבסיס המוסרי של דרישת האחידות נובע מהרעיון שמידת העונש צריכה להלום את חומרת הפשע. התגובה על פשע אכזרי חייבת להיות קשה יותר מאשר על עבירה פשוטה. מכיוון שכך, אנשים שביצעו את אותו פשע, חייבים להיענש בצורה זהה. תכונתה המושכת של דרישה זו היא, שנקל להסכים לה גם אם אין הסכמה קולקטיבית לגבי מקור ההצדקה לעונש באופן כללי¹⁰. Andrew Von-Hirsch, אחד מגדולי המטיפים לריפורמות בשפיטה ולאחידות בענישה, הטיב לנסח גישה זאת כשקבע:

A sentencing system should seek to be just – or at least, to be as little unjust as possible. Claims about fairness, not crime-control effectiveness, underlie the requirements of proportionality.¹¹

אין ספק, שגישה ענישתית הרואה את עיקר ייעודה כמלחמה בפשיעה תראה את ההדגשה על האחידות בענישה כמכשול. אם ברצוננו לשקם אנשים או להתרועעם, הרי העונש צריך להיות תלוי יותר בהשפעתו על עוברי העבירה, ופחות – בסוג העבירה שביצעו. במקרים רבים סביר להניח כי אם יישלחו אנשים בעלי טיפוס אישיות מסוים למאסר, פשיעתם רק תגבר ברגע שישתחררו ממנו. לגבי אחרים ברור, כי רק מאסר ימנע מהם להמשיך לפשוע, גם אם עבירתם המקורית לא היתה חמורה במיוחד. אם אנו רואים את הענישה כמכשיר לצמצום פשיעה, הנימוק היחיד לאחידות הוא יכולתה להילחם בפשיעה טוב יותר מאשר מערכת ענישה לא אחידה¹².

- 9 על הקשיים בהגדרת "צדק" ועל הקשר בין הגישה המשפטית לפילוסופית כניתוח המושג ראה ח' פרלמן על הצדק – מסות על המוסר ועל המשפט (תשמ"א).
- 10 מבחינה זו יש לציין, כי המחברים מתייחסים (בעמ' 535-536) למגוונים "אחידות בענישה" ו"שוויון בפני החוק" כמגוונים זהים, ולא היא בהכרח. שוויון בפני החוק פירושו, שאין החוק מפלה נאשם זה על פני נאשם אחר. אבל בהחלט תיתכן מערכת משפט שבה קיימים עונשים שונים לאותה עבירה, אך אין פגיעה בעקרון של שוויון לפני החוק.
- 11 A. von Hirsch *Censure and Sanctions* (Oxford University Press, 1993) 103
- 12 ניתן, למשל, לטעון ואף נטען, כי מערכת ענישה לא-אחידה גורמת לרגשות זעם תסכול והתמרמרות בין האסירים ומעוררת אותם להתפרעויות ולמעשי פשע נוספים. בענין זה ראה ש' ג' שוהם וג' שביט עבירות ועונשים – מברא לפנולוגיה (תש"ן) 110.

עם השנים פותחו תיאוריות שונות שעניינן לנסות לפשר בין הדרישות השונות של יעילות ואחידות. הגישה המקובלת ביותר טוענת, כי מטרת הענישה היא אכן לחימה בפשיעה, אולם הדרכים ללחימה זו מוגבלות בשיקולים שונים של צדק, וביניהם הדרישה לאחידות¹³. למרות הפופולריות של גישה זו, היא איננה משיבה על הבעיה המעשית המרכזית, כיצד יש להתייחס לניגודים המתעוררים בין דרישות הצדק לדרישות היעילות, ובתוך כך – הניגודים בין יעילות לאחידות¹⁴. המחברים היו ערים לקונפליקט שבין יעילות הענישה לאחידותה, לפחות לגבי עניין ההרתעה. בעניין זה קיימת טענה, כי יש ערך לקיומה של קשת עונשים רחבה בחוק, אפילו אם בפועל גוזרים בתי-המשפט עונשים קלים יותר. הטענה היא, כי עצם העובדה שעונש חמור יותר יכול להיות מוטל, אפילו אם איננו מוטל בדרך כלל, הוא גורם מרתיע. כאשר לטענה זו מודים המחברים, כי אחידות הענישה "עולה להיות כרוכה באובדן מסוים של הערך המרתיע (את הרכיב) של הנורמה זאת בשל צמצום היכולת להפתיע", אך – לטענתם – היא עדיפה משום שהדרכה בחקיקה "היא לא רק האסטרטגיה המוסרית ביותר, אלא גם זו המשתלמת יותר לטווח ארוך" (עמ' 563). הגם שיהיה זה נעים להניח כי המחברים צודקים, אין ביסוס אמפירי לטענה זו. ממחקרים קרימינולוגיים שנעשו נראה, כי בתנאי אי-ודאות מניחים אנשים את ההגחות הרעות מכחינתם ומתנהגים בהתאם לכך¹⁵. העולה מכך הוא, כי מערכת ענישה שבה קיימים עונשים שונים יכולה לנצל לטובה את האיום שבעונשים החמורים יותר מבלי להפעיל למעשה. במציאות החיים, השופטים מנסים למצוא את שיווי המשקל המתאים ולפשר בין הגישות השונות במקרים ספציפיים. לעתים יגבר נימוק המדגיש את המלחמה בפשיעה (הרתעה או שיקום), ולפעמים – הנימוק המדגיש את התגמול. מכל זה עולה בבירור, כי אין להתייחס לאחידות הענישה כערך עליון העולה על כל שאר מטרות הענישה, אלא כמטרה אחת מני רבות שלצערנו הן סותרות, ואין מנוס מדי פעם מלזות על אחת מהן למען האחרות.

13 ראה, למשל, י' בזק הענישה הפלילית (דביר, השמ"א) 68. הגם שהדבר לא נאמר במפורש, נראה שהשקפתם של המחברים נוטה לכיוון זה. לבירור גישה זו ראה את מאמרה של ר' קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י (תשנ"ג) 39; וכן את דבריהם של הארט ופון-הירש בעניין: H.L.A. Hart *Punishment and Responsibility* (Oxford, 1968) 8-12; A. von Hirsch "Proportionality in the Philosophy of Punishment - from 'why Punish?' to 'how Much?'" 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 549.

14 פרימורץ (לעיל הערה 7) מסקר ומסכם את הדעות השונות אשר ניסו למצוא פשרה בין שני כיוונים נוגדים אלו של הצדקת הענישה ומציע נסיך סתתזיה משלו. לביקורת על רעיון הסתתזיה שלו עצמו ראה מאמריהם (באותו ספר) של Thomas Morawetz ויורם שחר.

15 חוקרים שונים אף הציעו דרכים לניצול אפקט זה במערכת אכיפת החוק. לדין מפורט בנושא זה ראה L.W. Sherman "Police Crackdowns - Initial and Residual Deterrence", in M. Tonry & N. Morris (eds.) 12 *Crime and Justice - A Review of Research* (Chicago II. 1990) 121-168.

2. המצב בישראל ובארה"ב

במקומות אחדים מציינים המחברים (עמ' 535, 537), שהשאלה איננה מפותחת בישראל וכי המצב בארץ כיום דומה למצב בארה"ב בראשית שנות השבעים. במובלע עולה מכך, כי אנו מפגרים אחרי החידושים והשינויים בארה"ב שראוי להנהיגם בארץ, אך לא זהו המצב לאשורו.

ראשית, המצב המשפטי בארץ איננו זהה למצב בארה"ב, ומעולם לא היה. עד ראשית שנות השבעים שלטה בארה"ב הגישה השיקומית, ועל פיה נוהלו למעשה רובם המוחלט של בתי-הסוהר. על פי עקרונות אלו, המאסר איננו אלא אמצעי שיקומי שיש להשתמש בו עד אשר ישוקם האסיר. העולה מכאן הוא, כי רוב האסירים לא נשפטו למאסר לזמן מוגדר אלא לתקופות שלפעמים נעו בין "שנה לעשרים שנה". שחרורו של האסיר היה מותנה בהתנהגותו בבית-הסוהר ובחוות דעתם של שלטונות בית-הסוהר על "שיקומו" והצלחתו בחברה שמחוץ. מערכת מסובכת של נהלים ותקנות שלטה בהליך ה"שיקום" והשחרור. העונש הפורמלי שנגזר על ידי השופטים לא היה יותר מאשר רישום על הנייר שלא שיקף את המצב בפועל. לא היה לשופטים כל מידע על פרק הזמן שהאסיר בילה בבית-הסוהר ולא היתה שום אפשרות לנבא זאת מראש. במצב עניינים זה המאסר בפועל שהוטל על אסירים אשר ביצעו עבירות דומות אכן נע לפעמים משנה עד עשרים שנה. אין פלא אפוא שיחד עם ההתפכחות הכללית בשנות השבעים מרעיון השיקום קמה התקפה חזיתית על כל שיטת הענישה האמריקנית והוצעו רפורמות רבות¹⁶. לעומת זאת, בשיטה הישראלית תמיד שלטו השופטים על תקופת המאסר (להוציא ה"שליש" שגם נוהלו ידועים למדי). יתירה מזו: התנהגות האסיר בבית-הסוהר לא העלתה ולא הורידה לגבי משך זמן מאסרו, כך שגם אם היו פערים בגזרי-הדין, אין כל השוואה בין פערים אלו למצב בארה"ב.

מעבר לכך, רפורמות שבוצעו בארה"ב בכיוון שהמחברים מדברים עליו לא הביאו לשיפור המקווה. רפורמות אלו ניתנות להתחלק לשני סוגים – עונשי מינימום ומדריכי שפיטה. עונשי מינימום אלו נקבעו בעיקר לעבירות סמים, ובגלל חומרתם של העונשים היו אלה בדרך כלל גם עונשי המקסימום. אשר למדריכי השפיטה, צורתם ועקרונותיהם נעו ממדריך למדריך. בצורתם המינימלית מדריכי השפיטה קובעים את עונשי המקסימום והמינימום ככל עבירה כאשר השופטים חופשיים שלא לכבד את המדריכים על פי שיקול דעתם. בצורתם המקסימלית

16 בשנות השבעים תקפו מחקרים רבים את רעיון השיקום, ראה The American Friends Service Committee *Struggle for Justice* (Philadelphia, 1971); N. Kittrie *The Right to be Different* (Baltimore, 1971); R. Martinson "What Work? - Questions and Answers about Prison Reform" 35 *The Public Interest* (1974) 22-54; F. A. Allen *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose* (New Haven, 1981)

קובעים המדריכים באילו נימוקים יכולים השופטים להתחשב ובאיזה לא. כל שיקול מקבל ניקוד משלו ואחרי חישוב הניקוד הסופי השופט בודק את משך המאסר שהוא יכול להטיל על פי המדריך. חופש התמרון של השופט במדריכים כאלו יכול להיות מצומצם מאוד לפעמים¹⁷.

מחקרים רבים נעשו לגבי הערכתם של ריפורמות אלו, ורובם הגדול לא הראה שיפור של ממש באחידות הענישה ולא בהשפעה כלשהי על הפשיעה. מסקנותיהם של רוב החוקרים נעות אפוא בין הקביעה שהריפורמות לא שינו רבות לבין ביקורת נוקבת הטוענת שהמצב רק החריף וכי הריפורמות החטיאו את עיקר הבעיה¹⁸. כמעט שאין חוקרים הטוענים כי ריפורמות אלו הצליחו הרבה יותר במקום שנכשלה השיטה הקודמת¹⁹. Ashworth, שסקר במחקר מקיף את הריפורמות השונות שהוצעו למערכת השפיטה, הגיע למסקנה שאין שום אפשרות להמליץ על שיטה זו או אחרת מבלי להתייחס למערכת הפוליטית המשפטית הספציפית:

so much depends on the legal and political situation in each jurisdiction that there can be no universal recommendation of "what works best".²⁰

- 17 לרוך מפורט במדריכי שפיטה ראה את עבודת הדוקטורט של ר' קנאי קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול הרעת של השופט בענישה (אוניברסיטת בראון, תשנ"א).
- 18 ראה, למשל, B. Hudson *Justice through Punishment - A Critique of the 'Justice' Model* (1987) of Corrections (Macmillan Education, 1987). בעברית ראה: מרדכי ירושלמי, סדקים ב"מודל הצדק", בתוך עבריינות ועבודה סוציאלית: ידע והתערבות עורכים: וזנר, מ. גולן, מץ חובב (רמות, תשנ"ד).
- 19 בענין זה ישנו הבדל בין עונשי המינימום למדריכי השפיטה למיניהם. עקרתית, ישנה תמימות דעים בין רוב החוקרים לגבי הכישלון של עונשי המינימום כעונשים מרתיעים וצדקים. ראה לסיכום M. Tonry "Mandatory Penalties" 16 *Crime and Justice - A Review of Research* (Chicago, 1992).
- לגבי מדריכי השפיטה למיניהם הרי ישנה מחלוקת למידת כשלונם/ הצלחתם, כאשר את עיקר הבקורת ספג מדריך השפיטה הפרלי; אולם גם המצדדים בהם מדדים, כי הם לא הגשימו את התקוות שנתלו בהם בראשיתם. לסקירה כללית עדכנית של נושא מדריכי השפיטה ראה A. Ashworth "Sentencing Reform Structures", in M. Tonry (ed.) 16 *Crime and Justice - A Review of Research* (Chicago, 1991) 181-241. M. Tonry "Sentencing Commissions and their Guidelines" in M. Tonry (ed.) 17 *Crime and Justice - A Review of Research* (Chicago, 1993) 137-195. בעברית ראה ר' קנאי הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט ה (חשמ"ז) 234.
- 20 לעיל הערה 19, בעמ' 236. אך יש לציין, ש-Ashworth עצמו תומך עקרתית בניסיון לצמצם את הפערים בענישה. ראה בענין זה הספר שערך יחד עם A. von Hirsch *Principled Sentencing* (Boston, 1992).

אלא ששלוש תוצאות חוזרות שוב ושוב בעקבות ריפורמות אלו. הראשונה היא אחוז גדל והולך של אסירים בבתי-הסוהר בארה"ב. עונשי המינימום ומדריכי השפיטה אכן גרמו ליתר שוויון מבחינה זו שאחוז גבוה יותר של נדונים נשלח לבתי-הסוהר ולתקופות ארוכות יותר. כיום ארה"ב היא המדינה ה"מובילה" מבחינת כמות האנשים הנשלחים לבתי-הסוהר בהפרש ניכר מהשנייה בתור (דרום אפריקה). בשנים 1991-1992 שהו בבתי-כלא בארה"ב 455 איש לכל 100 אלף. לשנייה בתור, דרום אפריקה, היו 311 אסירים וברוב מדינות המערב – פחות ממאה²¹. הריפורמות בשפיטה אינן הסיבה היחידה לעלייה זו, אך אין ספק שתורמתם הוסיפה רבות.

התוצאה השנייה של ריפורמות אלה היא השפעתם הבלתי-פרופרציונית על מיעוטים בארה"ב (בעיקר שחורים). שוב ושוב עולה הטענה, כי כל הריפורמות בענישה פוגעות בעיקר במיעוטים. החלשת שיקול הדעת השיפוטי גורמת לכך, שהחלטה עוברת פעמים רבות מידי השופט לידיים אחרות – המשטרה, ובעיקר התביעה. הקבוצה החזקה של האוכלוסייה יכולה לדון ביתר קלות עם התביעה, ופעמים רבות מגיעה אתה לעסקת טיעון שבה יבוטלו או יוחלפו הסעיפים החמורים. התוצאה היא, שהמיעוטים המיוצגים על-ידי עורכי-דין מנוסים פחות מגיעים לפחות עסקות טיעון נוחות מבחינתם. טענות אלה מוכחות בדרך כלל על ידי ראשי המערכת אולם קשה להתעלם מהן²².

תוצאה שלישית היא חוסר שביעות הרצון הבולטת של השופטים שעליהם לגזור את הדין על פי ריפורמות אלו. כל מערכת שיפוטית מתנגדת לכל התערבות וצמצום בשיקול דעתה. שופטים רבים בארה"ב התפטרו על רקע הצמצום בשיקול דעתם, ואחרים סירבו ומסרבים לדון בענינים מסוימים (בעיקר סמים)²³.

העולה מכל זה הוא, כי יש להיזהר מאוד מלהשוות בין ישראל לארה"ב. ראשית, סוג הבעיות שהיו קיימות שם אינן קיימות כאן. שנית, הפתרונות שהוצעו ויושמו בארה"ב לא הצליחו אפילו במקום הולדתם, ואין שום סיבה שיצליחו דווקא בישראל. ייתכן כמובן, שלמרות ההבדלים יש מקום בארץ לשינוי המצב, אולם ארה"ב איננה צריכה ואיננה יכולה להיות הדוגמא לשינויים.

- 21 על המספר הגדול של אסירים בארה"ב ועל הסיבות לכך ראה, למשל, D. K. Gilliard "Prisoners in 1992" (Washington D.C., May 1993); J. Smolowe "Lock 'em up and Throw Away the Key – Outrage over Crime has America Talking Tough" *Time* (7.2.94) 54-59.
- 22 ביקורת זו מושמעת בעיקר כנגד המערכת הפדרלית. ראה, למשל, T. Thompson "Studies Find Criminals Getting Longer Sentences - Race Disparities Remain" *Washington Post* (23.8.91) A6; M. Tonry "The Failure of the U.S. Sentencing Commission's Guidelines" 39 *Crime and Delinquency* (1993) 131-149.
- 23 ראה, לדוגמא, S. Torry "Some Federal Judges Just Say No to Drug Cases" *Washington Post* 17.5.1993.

ד. ביקורת טכנית

המחקר הנוכחי סובל גם מכמה בעיות טכניות חמורות שאין להתעלם מהן. בעיות אלו קשורות לסוג העבירה, למדגם שנבחר, למשתנים שנבדקו ולניתוח הסטטיסטי. נדון בהן אחד לאחד.

1. סוג העבירה

המתכבים העדיפו לבדוק את עבירת ההתפרצות שבוצעה על-ידי מבוגרים מעל גיל 18, שזו להם עבירתם הראשונה. כפי שצוין על דם בצדק, רק מיעוט שבמיעוט מתאים לפרופיל זה. רוב עבירות ההתפרצות בארץ ובעולם מבוצעות על ידי קטינים בגיל העשרה, ורק מיעוטם – על ידי בוגרים. מבין בוגרים אלו רובם בעלי עבר פלילי, ומיעוט קטן הוא חסר עבר פלילי²⁴. הסיבה היא, שאנשים בוגרים חסרי עבר פלילי ממעטים לקום לפתע יום אחד ולפרוץ למקום זה או אחר. נטיות עברייניות מתגלות בדרך כלל בגיל צעיר בהרבה, ואם לא בוטאו עד גיל 18 לא יתגלו אחר כך ברוב המקרים²⁵. הבעיה בבחירה זו היא, שהמדגם נוטה להיות הטרוגני יתר על המידה. מכיוון שהתופעה נדירה, המניעים לה והאנשים המעורבים שונים מהותית ממקרה למקרה. בחירה זו של "מתפרצים פעם ראשונה" לצורך "אחידות בענישה" נראית אפוא בעייתית²⁶.

2. היקף המדגם

בעיית מיעוט המקרים במדגם קשורה לבעיה זו. סך הכל מדובר ב-85 (תיקים) וכ-125 מורשעים. קבוצה זו חולקה לשניים: 19 איש שעליהם הוטל עונש מאסר ר-106 שעליהם הוטל עונש אחר. בשלב מאוחר יותר במאמרם (בעמ' 550) הם מציינים, כי ארבעה אנשים נבדלים מהאוכלוסייה הנבדקת כך שהקבוצה הולבנטית שנשלחה למאסר מורכבת מ-15 אנשים בלבד. כל הכללה מקבוצה של

24 לסיכום מפורט וממצה של הידע האמפירי הקיים בקשר לעבירת ההתפרצות ראה N. Shover "Burglary" in M. Tonry (ed.) 14 *Crime & Justice - A Review of Research* (Chicago, 1991) 73-114.

25 לעניין הקשר הידוע בין גיל לפשע ועל התפתחות "קריירה עבריינית" בגיל צעיר יחסית ראה D. Farrington "Age and Crime" In M. Tonry & N. Morris (Eds.) *Crime & Justice - An Annual Review of Justice* (Chicago, 1986) pp. 189-250; A. Blumstein, J. Cohen & D. Farrington "Criminal Career Research - Its Values for Criminology" 26 *Criminology* (1988) 1-35; M. R. Gottfredson & T. Hirschi *A General Theory of Crime* (Stanford, 1990) 123.

26 נראה שאחת הסיבות לבחירה זו היא העובדה, שבעבירות לא ראשונות קשה מאוד למצוא מדגם דומה. אנשים בעלי עבר פלילי שונים מאוד בעבירותיהם. האם עבר פלילי של אלימות חמור יותר/ פחות מעבר על עבירות רכוש? האם שוד אחד שקול כנגד שלוש גניבות? וכו'. עובדה זו רק ממחישה שוב את הבעייתיות בניסיון להשוות בין עבריינים זהים שעברו עבירות דומות – בעייתיות שלא נראה כי יש לה פתרון משביע רצון.

15 איש מעוררת ספקות קשים. כשהמחברים מתייחסים להבדלי האחוזים שבין הקבוצות השונות, הדבר בעייתי אפילו יותר. אחרי ככלות הכול, כל אחד מהאנשים בפני עצמו הוא כ-7% אחוז מהקבוצה!²⁷

3. המשתנים הנבדקים

המחברים חילקו את הקבוצות לאנשים שנדונו למאסר ולאנשים שנדונו לעונשים אחרים. ההנחה המובלעת היא, שמאסר הוא תמיד עונש החמור מכל עונש אחר. דבר זה נכון בדרך כלל, אך לא תמיד. מתוך 19 האנשים שנשלחו למאסר, נעו עונשי המאסר בין חודש וחצי לבין עשרה חודשים (המחברים אינם מציינים בשום מקום את ממוצעי עונש המאסר או העונשים האחרים). לא ברור כלל, לדוגמא, שעונש מאסר של חודש וחצי בפועל חמור יותר מעונש מאסר על תנאי של שנתיים עם קנס של 10,000 שקלים. מעשים של יומיום הם בבית-המשפט שאנשים יושבים במאסר במקום לשלם את הקנס המושג עליהם משום שאין בידיהם לשלם את הקנס או משום שהם מעדיפים ישיבה קצרה מתשלום הקנס שבעיניהם הוא גבוה מדי. חלוקה דוגמטית זו של "נדונו למאסר" לעומת "לא נדונו למאסר" תוך התעלמות משאר אמצעי הענישה, נראית קיצונית מעט

4. הניתוח הסטטיסטי

בשלב ראשון אספו המחברים 83 משתנים מתוך תיקי בית המשפט. המחברים עיבדו את הנתונים בשתי רמות: ברמה הראשונה בדקו את הקשר בין כל משתנה בנפרד לבין סוג העונש. בשלב שני נבדקו המשתנים שנמצאו משפיעים במודל מאוחד²⁸. בשלב הראשון השתמשו המחברים במבחן χ^2 וכך הגיעו לשלושה משתנים המשפיעים על ההחלטה לשלוח למאסר או לא, ולעוד שלושה משתנים המצביעים על מגמה, אך בעלי מובהקות נמוכה יחסית, כמשפיעים. בשלב שני השתמשו במודל של רגרסיה לוגיסטית רב משתנית כדי לנסות לאמוד את השפעת המשתנים.

27 יש לציין, שהמחברים התייחסו כקצרה לבעייתיות שבהיקף המדגם (עמ' 539), אולם לא הרגישו די את הסכנה בהסקת מסקנות ממדגם שכוה. מדגם קטן זה גם מעורר ספקות קשים לגבי מידת התקפות של המסקנות הסטטיסטיות שעליהן מתבססים המחברים. בעייתיות זאת מתחזקת שבעתים כאשר ניסו המחברים לבנות פרופילים שונים של מתפרצים (עמ' 549) וצמצמו את הקבוצות עוד יותר. לפרטים על בעיות טכניות אלו ראה H. C. Kraemer & S. Thiemann *How Many Subjects? - Statistical Power Analysis in Research* (Newbury Park, 1987).

28 יש לברך את המחברים על כך שניסו לפשט את הניתוח הסטטיסטי ככל האפשר. לדאבונו, משפטים נוטים להתרחק בדרך כלל ממאמרים המכילים ניתוח סטטיסטי, ואם הם מעינים בהם בכלל – הם נוטים לדלג לתוצאות הסופיות. אך נדמה, שבמקרה דגן הלכו המחברים לכיוון השני והמעיטו במידע הטכני שנמסר. הניתוח הסטטיסטי יכל להיות מוסבר בצורה בהירה יותר, ולו רק כדי שיהיה ברור לקורא על מה מתבססות התוצאות.

הבעיה בשני מודלים אלו היא, שהללו מניחים בדרך כלל חוסר קשר בין המשתנים המסבירים²⁹. כפי שנראה אחר כך, הנחה זו נראית מפוקפת בנסיבות הקיימות.

ה. בקורת מסקנות המחקר

בעיה עקרונית הרבה יותר היא, שדרך הסקת המסקנות על ידי המחברים נראית תמוהה. אפילו אם נסכים לגיחוח הסטטיסטי מתחילתו ועד סופו הרי התוצאות ניתנות להתפרש בדרך שונה לחלוטין מהדרך שהמחברים בחרו בה. אינטרפרטציה שונה יכולה להינתן הן לגבי המשתנים המשפיעים על הענישה, הן לגבי אחידות הענישה, הן לגבי המסקנה הכוללת, והן לגבי הדרכים המוצעות לשינוי המצב.

1. המשתנים המשפיעים על הענישה

המחברים מסיקים, כי שלושה משתנים משפיעים באורח ממשי על ההחלטה לשלוח למאסר אם לאו. משתנים אלו הם מעצר לפני משפט, דרישת התובע למאסר, ובית המשפט שהדיון מתנהל לפניו. המחברים סוברים, כי אלו הם משתנים שרירותיים שאין להם דבר עם חומרת העבירה, אולם ישנה השערה חלופית. מדוע לא ניתן להניח, ששלושת משתנים אלו הם רק סימפטומים למצב מהותי יותר? קרי: המקרה הנתון חמור יותר מבחינת נסיבותיו. במקרה כזה, המשטרה תעדיף להעביר את התיק לבית המשפט המחוזי שהתיקים החמורים יותר אמורים להידון לפניו, הפרקליטות/התביעה המשטרית תנסה לעצור את הנאשם עד תום ההליכים, התובע יבקש להטיל עונש מאסר בפועל והעונש אכן יהיה חמור יותר³⁰.

הבעיה היא, שלצערנו אין תיקי בתי המשפט משקפים תמיד את חומרת המקרה ואת מכלול הנסיבות הרלבנטיות. המחברים עצמם מציינים בפליאה (עמ' 546), שההנמקה הרשומה איננה משקפת באופן מלא את הנתונים שהם לכל הדעות בעלי השפעה ברורה על העונש. כך למשל, עברו הנקי של הנאשם הוזכר בנימוק מקל רק ב-75% מהמקרים בלבד. אם נימוק זה, שהוא לכל הדעות השיקול

29 להנחות הדרושות במקרה של שימוש ברגסיה ראה, למשל, R. Pindyck & D. Rubinfeld *Econometric Models and Economic Forecasts* (New York, 3rd ed., 1991) 101; E. Hanushek & J. Jackson *Statistical Methods for Social Scientists* (Orlando, 1977) 45. שימוש בפקטור אנליסיס (factor analysis) כדי לבדוק את הקשר הפנימי בין המשתנים הנבדקים יכול לתת תשובה חלקית לפחות לבעיה. בדיקה זו לא נעשתה על ידי המחברים. לעיון בשיטה זו ראה J. Kim & C. Mueller *Introduction to Factor Analysis - What it is and how to do it?* (Newbury Park, 1978).

30 אמנם, המחברים ניסו (בעמ' 548) לזהות מקרים חמורים יותר מבחינת נסיבותיהם, אך לטענתם לא ניתן היה לראות זאת מהתיקים. שוב, הבעיה היא המדגם הקטן מדי שבו השתמשו. הפרופילים שבהם השתמשו המחברים (בעמ' 548) הם של קבוצות קטנות מדי מכדי שאפשר יהיה להסיק מהם.

המרכזי לענישה לקולא, לא נרשם ברבע מהמקרים, מי לדינו יתקע שהמצב זהה לגבי נימוקים אחרים? אם אכן זהו המצב, ייקשה מאוד להעריך מדוע פסקו השופטים את אשר פסקו במקרים ספציפיים. הביקורת היא אפוא על העובדה שתיקי בית-המשפט אינם משקפים את המתרחש בפועל בצורה משביעת רצון, ולא על מידת האחידות בענישה.

2. אחידות הענישה

אפילו אם נניח את כל הבעיות שהוזכרו עד עתה ונסכים עם כל טענות המחברים, מסקנתם שקיים פער גדול בענישה נראית תמוהה. חוק העונשין (סעיפים 406-407 לחוק העונשין, תשל"ז-1977) מאפשר לבתי-המשפט לשפוט אנשים לתקופות של עד חמש שנים (406א) או 407א)) או עד שבע שנים (406ב), או 407ב)). אם אכן היו מראים המחברים כי סקלת העונשים נעה מנוזיפה שאין עמה ממש עד למאסר של שבע שנים, היה אולי מקום לטענותיהם, אך לא זהו המצב. מתוך 125, כמעט 90% קיבלו (N = 106, 87.6%) עונש שאיננו מאסר, וכמעט תמיד – מאסר על תנאי בתוספת עונשים נלווים. על 12% (N = 14, 12.3%) נגזרו עונשי מאסר לתקופות קצרות שבין חודש וחצי לעשרה חודשים. ניתן לומר אפוא, שישנה אחידות די גבוהה במערכת הענישה הישראלית. "התעריף המקובל" לעבירת התפרצות, שהיא עבירה ראשונה לעבריין מבוגר, הוא מאסר על תנאי, כאשר במיעוט קטן מהמקרים תיתכן גם תקופת מאסר קצרה של חודשים אחדים. מערכת שלפחות תיאורטית יכולה להטיל עונשים בלתי פרופרציוניים אך מטילה רסן על עצמה ומגיעה לאחידות כה גבוהה, ראויה לשבח ולא דווקא לביקורת³¹.

3. הדרך המוצעת לשינוי

המחברים אינם מציעים דרך מוגדרת לשיפור המצב מעבר להצעה כללית המדברת על "הדרכה והכוונה חקיקתית שתתבסס על המלצות ועדה צבורית-מקצועית, כבודת משקל, רבתי-יוקרה, שבין חבריה יהיו שופטים" (עמ' 562). נוסף על כך, הם יוצאים חוצץ נגד מתן משקל מכריע לגורמים שהם מכנים "בלתי בדוקים", כגון "חרטה, התפרצות בלתי מתוכננת, חלק קטן בעבירה, אישיות חיובית, חוות דעת

31 לאור זאת, יש להמוה על המחברים שהשתמשו בביטויים נוקבים כדי להגדיר את המצב כפי שהם רואים זאת:

אין לנו אלא לקבוע בצער, כי בחלק מן המקרים (וחאת, בלשון המעטה) שבהם הוטלו עונשי מאסר בפועל יכולה להיות לנידונים טרוניה מבוססת כלפי מערכת-המשפט על אפליה לרעה (עמ' 561)... נראה לנו כי זהו מצב פגום, ולדעתנו – אף בלתי נסבל. לא יתכן שהחברה לא תוכל לשאת פניה ולהישיר את מבטה לעבר מי שגרון למאסר בפועל... (עמ' 562).

נדמה שהתוצאות רחוקות מלהיות חד-משמעיות, ובוודאי אינן מצדיקות לשון חריפה שכזאת.

טובות.. עובד ומשחכר" (עמ' 564)³². אם הבנתי נכונה את המודל המבוקש על ידי המחברים, הכוונה היא למעורבות של המחוקק במידת הענישה בסגנון האמריקני המקובל של Sentencing Guidelines. כפי שצוין קודם לכן, השיטה האמריקנית לא נחלה הצלחה במקום הולדתה, ולא נראה מדוע יש להעתיקה לישראל.

גם לו היתה הדרכה כזאת קיימת, אין זה ברור כלל שהמצב בפועל היה שונה. רוב מדריכי השפיטה הקיימים משאירים שיקול דעת מסוים לשופט היושב בדין. סביר להניח, שאפילו בקיצונים שבהם נשארה לשופט הבחירה אם לשלוח פורצים (אפילו פעם ראשונה) לכלא לזמן קצר או לאו. במקרה כזה היינו מקבלים התפלגות עונשים דומה למצב כעת. המחברים מציינים, שסטייה מן התעריף המקובל היתה מחייבת נימוק – חובה שאינה קיימת היום. ייתכן שיש צדק בטענתם וייתכן אפילו שמן הראוי היה לחייב את בתי-המשפט לגמק יותר את פסקי-הדין, אולם אין טענה זו קשורה לתלונות על אחידות הענישה.

ו. דרך אלטרנטיבית – מערכת מידע מסייעת

הביקורת על המחברים התרכזו בשלוש טענות עיקריות: הראשונה, כי הללו הדגישו את האחידות על חשבון מטרות נוספות. השנייה, כי העובדות שהציגו אינן מוכיחות את טענתם על הפער הגדול בענישה בישראל. והשלישית, כי הצעת המחברים להקים ועדה אשר תקבע את ה"תעריף" הרצוי בענישה לא תגרום בהכרח ליתר אחידות, ובוודאי לא ליותר צדק. כמובן, ביקורת זו אין בכוחה ואין כוונתה לפגוע בקביעה הכללית כי אחידות בענישה היא מטרה רצויה, שאף כותב שורות אלו סבור כי יש לשאוף גם אליה.

בנקודה זו מן הראוי היה להציע דרך אלטרנטיבית – דרך שאנו קוראים לה "מערכת מידע מסייעת בשפיטה". בשורות הבאות נתאר בקצרה את הדרך המוצעת ונסביר מדוע – לדעתנו – דרך זו צודקת יותר ואף יעילה יותר מדרכים אחרות.

1. הדרך המוצעת

דרך זו מנוגדת בתכלית לניסיון המקובל להדריך ולצמצם את שיקול הדעת השיפוטי בענישה. להיפך: המטרה היא לנסות לספק מידע חיוני לשופטים העוסקים בדין. מידע זה יסייע להליך השפיטה, ואחת ההשלכות תהיה – לדעתי – יתר אחידות בענישה. ההבדל הוא, שהכיוון לא יהיה "מלמעלה למטה" –

32 מבלי להיכנס לוויכוח עמוק על הרלבנטיות של גורמים, כגון "עובד ומשחכר", נראה בכיורו שדעת המחברים נוטה לדיעה שמטרת הענישה היא לרדוף צדק ולא להשליט סדר ולהלחם בפשיעה. זכותם כמובן לתמוך בדיעה זו, אך אין ספק שרבים וטובים אינם מסכימים אִתם בנקודה זו.

קרי: הנחיות מגבוה – אלא "מלמטה למעלה", צירופם של ההחלטות שהתקבלו בענינים דומים יהיה מה שיקבע את התעריף המצוי. בבסיס שיטה זו תמצא מערכת מידע ממוחשבת של גורי-דין. מערכת זאת תתן תשובה על השאלה, מהו העונש שנגזר על עבירה וזה בנסיבות דומות בבתי המשפט בישראל? המערכת תהיה מבוססת על גורי-הדין שניתנו בעבר, וגורי-הדין הנוכחי יצטרף גם הוא אל מאגר הנתונים אחרי ההחלטה. עקרונית, עדיף כי הנתונים במערכת מידע זו יהיו אך ורק נתונים היכולים להיקבע בבירור, ולא נתונים ייחודיים למקרה הספציפי. לדוגמא: נתונים כמו גיל, מין, עבר פלילי וכדו' אשר הם נתונים הקלים למדידה, ואין עליהם מחלוקת. נתונים אחרים, כגון המלצות על אישיותו החיובית של העבריין הם מיוחדים למקרה הספציפי ולכן קשה להביאם בחשבון. העונש הממוצע לא יחייב את השופט, והוא יוכל לגזור את הדין כאשר ימצא לנכון על פי הנסיבות המיוחדות של המקרה ועל פי שיקול דעתו בהתאם לחוק.

הקמתה של מערכת מעין זו איננה רעיון חדש. עוד בראשית שנות השבעים, כשטכנולוגיית המחשב היתה עדיין בראשית התפתחותה, כבר הועלו רעיונות בכיוון זה. ההצעה המגובשת והבולטת ביותר היתה של מחבר קנדי בשם John Hogarth אשר העלה אותה על הכתב עוד בשנת 1971³³. על פי הצעתו, יוזנו מחשבים באינפורמציה רלבנטית לעבירה הפלילית – אינפורמציה שתהיה אובייקטיבית ככל האפשר. בפני השופט יהיו לא רק העונשים שקיבלו עבריינים אחרים על עבירה דומה, אלא גם ההסתברויות שאותו עבריין יורשע ויעונש שוב בעתיד. ההסתברויות יחושבו לכל עונש בנפרד, כך שהשופט יוכל להעריך את השפעתו של כל עונש על עבריינות עתידית של המורשע. במלים פשוטות: מערכת סיוע זו "תאמר" לשופט כי אם יגזור עונש מסוים (מאסר, לדוגמא), הסיכויים הם X שירשע שנית תוך פרק זמן קצוב. אם יגזר עליו קנס, הסיכויים הם Y. אם יגזר מאסר על תנאי, הסיכויים הם Z וכו'. חישוב ההסתברויות ייעשה על פי המידע הקיים ויעודכן כל הזמן בהתאם לתוצאות בשטח. המטרה היא כמובן לכתור את העונשים שעל פי הניסיון מצליחים להפחית את רמת הפשיעה בעתיד.

אפילו לדעתו של כותב שורות אלה, הצעה מוקדמת זו היתה מרחיקת לכת. הבעיה הראשונית היא טכנית. למרות ההתקדמות המרובה בבניית מערכות מומחה, תחזיתו של המחבר לפיה ניתן יהיה לנבא את השפעות דרכי הענישה נראית אופטימית מדי אפילו כיום. ישנם יותר מדי משתנים ייחודיים מכדי שניתן יהיה להגיע להסתברויות תקפות. הבעיה השנייה והיותר חמורה היא ערכית. הצעתו המקורית של Hogarth הדגישה יתר על המידה את המודל השיקומי ומתעלמת מהיבטים אחרים, כגון תגמול והרתעת הרבים.

הצעות אלו לא נשארו על הנייר בלבד. Hogarth עצמו הקים בסיס מידע הכולל את החלטות בתי המשפט הפלילים בקולומביה הבריטית שבקנדה³⁴. מערכת נסיונית אחרת הוקמה אף היא בקנדה על ידי Park ו-Doob, והיא מבוססת על מידע שנמסר על ידי השופטים עצמם³⁵. עדיין מוקדם מדי להעריך את יעילותן ותרומתן של מערכות אלה³⁶, אולם העובדה היא שהן כבר קיימות, ואין סיבה לפקפק באפשרות לבנייתן. בגלל שטחה הגיאוגרפי הקטן של ישראל והריכוזיות המשפטית הרבה נראה, שבארץ בנייתה של מערכת כזו תהיה עניין פשוט הרבה יותר.

2. מדוע צודקת דרך זו יותר מהצעת המחברים?

לפחות לדעתו של כותב שורות אלו, ישנו מכשול עקרוני במסגרת הפילוסופיה של הענישה הקשור לדרישה לאחידות. כפי שכבר צוין, הדרישה לאחידות מניחה שקיים עונש צודק אחד. אם העונש איננו צודק, העובדה שהוא מוטל בצורה זוהי על עבריינים דומים רק מחמירה את כמות איה הצדק הכללית. אם מספר עונשים צודקים אפשריים, מדוע הטלתם במקביל איננה משאירה את כולם צודקים? מדוע יש צורך בבחירה של אחד מהם כאמצעי היחיד? יתירה מזו: לא ידוע לי על כל דרך הגיונית שבעולם שבה ניתן לבחור ולהחליט בצורה חד משמעית על העונש הראוי לעבירה פלוגית יחסית לעבירה אלמונית. כיצד ניתן לקבוע האם תקיפה שגרמה לפגיעה פיזית קשה מחייבת ענישה חמורה/ פחותה מאשר שוד זוג קשישים שגרם לאיבוד משקלם הנפשי? אפילו במסגרת אותה עבירה הבעייתיות

34 J. Hogarth *Sentencing Database System (User's Guide, Fourth Draft, April 1988)* יש לציין שלמרות הצעתו המקורית הגורפת. מטרת מערכת מידע זו היתה מצומצמת הרבה יותר, וקרובה לרוח ההצעה שהועלתה כאן. הוא קובע בפתח המדריך:

The Sentencing Database System is designed to aid judges and lawyers in the sentencing process by providing the following information:

- (1) The range of trial sentences in cases possessing similar characteristics;
- (2) Court of Appeal judgments which lay down general principles and specific factors that should guide the sentencing judge...

The user should note that the Sentencing Database System was not designed to provide a "recommended" or "optimal" sentence. Rather, the system provides the user with data necessary to make informed decisions. The system does not, and should not, replace the discretion of the sentencing judge or a practitioner's experience.

35 A. N. Doob & N. W. Park "Computerized Sentencing Information for Judges - An Aid to the Sentencing Process" 30 *Criminal L. Quarterly* 54-72

36 הבעיה העיקרית שהתעוררה מיד היתה סוג האינפורמציה שיש לשלב במערכת המידע (ראה Park ו-Doob, לעיל הערה 35, בעמ' 55). נראה שלסוג המידע הנבחר להיות משולב במערכת ישנם השלכות לגבי המסקנות. מובן גם שהשאלה מהו סוג המידע הראוי להיות מושם היא ערכית ולכן סובייקטיבית. בכל מקרה, הואיל וכל הנסיונות מסוג זה הם בראשית דרכם, התקווה היא שפותרונת נאותים ימצאו עם הזמן.

דומה. האם דינו של בוגר שפרץ פעם ראשונה יכול להיות תמיד זהה? איזו עבירה חמורה יותר – פריצה לבית-ספר שגרמה להשבתת הלימודים לטווח ארוך או פריצה לחנות שהרסה את בית-העסק? והאם שתיהן זהות לעובד שפוטר וכל פריצתו היתה כדי לקחת את כליו האישיים שנשארו במקום ללא שנגרם כל נזק כלכלי? על כורחך אתה נאלץ להסכים למתן שיקול דעת. לא ברור לי מדוע שיקול הדעת של אותה "ועדה" המוצעת על ידי המחברים עדיף על שיקול הדעת המופעל כיום על ידי בתי-המשפט. אין זה ברור כי דרך זו תגדיל את האחידות, ובוודאי אין זה ברור שדרך זו צודקת יותר. בנקודה זו נראית יותר דעתם של שחר ולדרמן הטוענים, כי:

תהא זו אשלייה לייחס לרשות המחוקקת, בהקשר זה, תפקיד אמיתי של מי שמייצגים את רצון העם. נקודת הכובד בהליך המורכב מאין כמוהו של הענישה לא תעבור לפיכך מן השופט אל המחוקק אלא מן השופט אל המומחה, ובמעבר כזה עלול לאבד צדו החשוב ביותר של ההליך – צד הבקרה הערכית. צד זה איננו צד למומחיות, שכן אין בו אמיתות אוניברסליות ואין בו רק אמת אנליטית אחת או מציאות נכונה לכל זמן ולכל מקום.³⁷

בעיה זו איננה קיימת בשיטת המידע המלא שהזכרנו. היתרון במערכת זו הוא, שבניגוד לחקיקה או להמלצות ועדה כלשהי היא אינה פרי החלטה חד פעמית. זהו הליך ממושך וארוך ששותפים לו שופטים רבים אשר לפניהם הובאו מקרים רבים ושונים. שופטים אלו מייצגים השקפות עולם שונות, מסורות משפטיות וחינוכיות שונות, וגוונים שונים בציבור הישראלי. ככלל, קשה למצוא דרך כלשהי שבה רצון העם יבוטא בהחלטות המערכת השיפוטית, אך דרך המידע המלא נראית כמשקפת את דעת הציבור יותר מכל דרך אחרת.³⁸

3. מדוע תהיה דרך זו יעילה יותר מהצעת המחברים?

כפי שכבר צוין, לא מומלץ להעניק לעונש הממוצע תוקף חוקי כלשהו, אך יש להניח שהתוצאה תלקח כרצינות רבה על ידי שופטים וחוקרים כאחד. יכול שופט לטעון לגבי חקיקה חד-פעמית או לגבי הנחיות ועדה כלשהי, כי שיקול דעתו

37 א' לדרמן ר" שחר "הערות לפרקים ד-ה להצעת חלק מקדמי חלק כללי לחוק עונשין חדש" הפרקליט לו (תשמ"ו) 499, 500.

38 מן המוצעה לקרימינולוגיה שליד שרי המשפטים והמשטרה נמסר (לאחר מכירת המאמר לרפוס) כי מערכת כזו נמצאת בשלבי הקמה לפי יזמה של נשיא בית המשפט העליון המוצעה. המרכז למחשוב ומשפט באוניברסיטת בר-אילן שותף להקמת מערכת זו. המערכת אמורה להתבסס על המאגר הפלילי המשטרחי, המלקט ממילא את מרבית גורי הדין בישראל, בתוספת מידע הערכתי ערכי שילוקט מן השופטים. נשאר רק לקוות כי המערכת תושלם במהרה, ואכן תופק ממנה התועלת המצופה.

איננו נופל משיקול דעתם של חברי הוועדה. טענה מעין זו איננה יכולה להיטען כלפי החלטה המשקפת את דעת ציבור השופטים. להתלטה ממוצעת זו יש תוקף מוסרי רב יותר מאשר הנחיות חקיקתיות מחייבות, ונדמה לי שהיא תשפיע יותר על שיקולי בתי המשפט.

יתרון מהותי נוסף של הצעה זו הוא האפשרות הריאלית להגשמתה. במדינת ישראל כוחם הפוליטי והחברתי של השופטים הוא מעל ומעבר לכוחם בארה"ב, אם לא מעבר לכוחם בכל מדינה מערבית שהיא³⁹. בהתחשב בכך, ספק רב הוא אם יש סיכוי לכל ריפורמה חוקתית שתגביל את שיקול דעתם. גם אם תתקבל ריפורמה כזו, לא ברור אם ואיך תיושם זאת על ידם. במצב עניינים כזה עדיף אולי לבחור אסטרטגיה שתפעל בשיתוף השופטים להשגת מטרות קבילות על ידי האקדמיה והשופטים כאחד. זו אולי לא תהיה האסטרטגיה האידיאלית, אך בוודאי היותר פרקטית.

סביר להניח שיהיו כאלה אשר הצעה זו לא תמצא חן בעיניהם מהנימוק שאין להכניס את הליך השפיטה לסדר נוקשה של ממוצע וסטיית תקן. בכל מקרה יש לדון לגופו, ומערכת מחשב איננה המכשיר המתאים לשפיטה. אין דעתנו כזאת, משום ששיטתנו גורסת כי תפקידה של המערכת הוא לתת לשופט עוד כלי במכלול הכלים העוזרים לו בהליך השפיטה, ולא להחליפו במערכת מומחה. יתירה מזו: האלטרנטיבה להצעה זו פירושה הנצחת המצב הקיים שבו אין לשופט שום ידע על הקריטריונים שעמיתיו השופטים משתמשים בהם להטלת עונש זה או אחר. המערכת המשפטית שלנו מלאה חוקים נוקשים וברורים, שמטרתם להסדיר ולפקח על הליך חשיפת העובדות. לדאבונו, אין דרך לבנות שיטה מקבילה לגבי הליך הענישה, אך אין אנו פטורים מלהשתדל. מוזר אפוא, שאין אנו מנסים לפחות לשפר את הליך קביעת העונש ככל האפשר⁴⁰. בהתחשב בטכנולוגיות האפשריות כיום ובהתחשב בעובדה שמחשוב מערכת בתי-המשפט הוא תהליך שכבר החל, המערכת אפשרית ורצויה. תקוותי היא, שעקרונות אלו ייושמו במהירות האפשרית.

ז. סיכום

הענישה הפלילית היא מוסד בעל מטרות רבות ומנוגדות, המושפע רבות מהליכים היסטוריים ופוליטיים. אנו מנסים לרדוף צדק, להילחם בפשיעה, להשליט סדר, להרתיע את הציבור, לתקן את העברייני ועוד (אם למנות רק חלק מן המטרות).

39 השאלה, האם תופעה זו רצויה אם לאו אינה רלבנטית לנושא מאמר זה. העובדה הרלבנטית היא, שכוחם זה קיים ואין אפשרות להתעלם ממנו. על התפתחות כוחו של בית-המשפט ראה: מ' מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (מעגלי דעת, תשנ"ג).
40 ראה, למשל Grainger, התמה על העובדה שלא נעשה שימוש יעיל בטכנולוגיית המחשבים בהליך השפיטה: B. Grainger "Hard Times and Automation - Should Computers Assist Judges in Sentencing Decisions?" 26 *Canadian J. of Criminology* (April 1984) 231-233.

במסגרת בלתי אפשרית ורבת מטרות זו אנו מנסים גם להגיע לאחידות סבירה בענישה. לכן יש צורך לשמור על שיווי משקל סביר בין אחידות הענישה לשאר המטרות מבלי להגזים בחשיבותה של מטרה זו או אחרת. מחקרם של המתכרים לא הראה כל בסיס להניח כי אחידות סבירה זו אינה קיימת. אבל חשיבותו הגדולה של מחקר זה, היא בהיותו סנונית נוספת בדרך הנכונה של התענינות אמפירית בהליך הענישה. יש צורך להפוך את הענישה הפלילית מעניין המושפע יותר מאידיאולוגיות ומהשקפות עולם להליך שבו עובדות ומידע רלבנטי רב ככל האפשר עומדים לרשות כל המעורבים. מבחינה זו צודקים המתכרים בכיוון שבו הם הולכים, והתקווה היא שגם אחרים ילכו בעקבותיהם.