

מדיניות הפעלת המאסר על תנאי – מחקר אמפירי

מאת: ניבין עמנואל

תקציר

המטרה העיקרית של המחקר הנוכחי, היא לבחון את מדיניות ההפעלה של המאסר על תנאי בישראל ולבדוק באיזו מידה בתי המשפט מפעילים את התנאי בהתאם לכוונת המחוקק.

לשם בחינה זו הצגנו שתי שאלות מחקר: השאלה הראשונה ביקשה לבדוק אם קיומו של מאסר על תנאי תלוי ועומד משפיע על העונש שבית המשפט גוזר על העבירה הנוספת. שאלה זו מתמקדת ביישום הוראת סעיף 56 לחוק העונשין, אשר מסדירה את סמכות בתי המשפט להורות על הארכת התנאי תחת הפעלתו בתנאים שנקבעו בחוק. סמכות זו הוענקה לראשונה בשנת 1963, במטרה למצוא פתרון עבור כל אותם מקרים שבהם עבירה מינורית בחומרתה גוררת אחריה הפעלת מאסר על תנאי ארוך ובלתי מידתי. על מנת להבטיח כי סמכות זו תיעשה במשורה ורק במקרים חריגים, קבע המחוקק תנאים מגבילים ומצטברים שרק בהתקיימם מוסמך בית המשפט להורות על הארכת התנאי. אחד התנאים הוא שבית המשפט (במשפט תוכן שפותח במילה "ש" שניתן להמירה במילה "כ"י", ניתן להקדים את הנושא לנשוא גם בזמן עבר, והדבר נעשה לשם הטעמה, למשל: "מגיד שהקריאה קדמה לדיבור". זה לא הכרחי, לדעתי זה נשמע טוב יותר. לשיקולך. לא הטיל עונש מאסר בגין העבירה הנוספת. דרישה זו באה כדי להבטיח כי ייעשה שימוש בסמכות זו רק כאשר העבירה הנוספת היא קלה בחומרתה ואינה מצדיקה עונש מאסר בגינה. מחקרים קודמים, שעסקו בהגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה על ידי הנהגת עונשים מזעריים, הראו כי בתי המשפט מסתייגים מחוקים שמגבילים את שיקול דעתם בקביעת העונש, במיוחד כאשר יישום הוראות אותם חוקים יביא לתוצאה בלתי צודקת ויגרום לעיוות דין ולכן הם ינסו לעקוף חוקים אלה. בהתבסס על מחקרים אלו, שיערנו כי לא רק שהשופטים ישתמשו בסמכות זו בשיעור גדול של מקרים, אלא ובעיקר שהם יימנעו מגזירת עונש מאסר בפועל בגין העבירה הנוספת, הגם שעונש זה הוא העונש הראוי בגינה, על מנת לעקוף את החובה בהפעלת התנאי. משמעות הדבר היא, שאצל נבדקים עם עבר פלילי אך ללא מאסר על תנאי תלוי ועומד, ההסתברות להידון למאסר בפועל תהיה גדולה יותר מזו של נבדקים עם מאסר על תנאי תלוי ועומד, בהיעדר הבדלים אחרים. לבדיקת השערה זו, השוינו בין קבוצות של נאשמים ישראלים בגירים עם מאסר על תנאי בר הפעלה (דהיינו לבית המשפט יש סמכות להורות על הארכת התנאי) ובלעדיו, שהורשעו בבתי משפט השלום וגזר הדין בעניינם ניתן בשנים 2014-2016. על מנת למזער את ההטיות בתוצאות בשל השונות בין שתי הקבוצות, השתמשנו בשיטת השוואת ציוני היתכנות Propensity Score Matching)) והתאמנו זוגות נבדקים משתי הקבוצות, שההבדל בציון ההיתכנות (PS) ביניהן הוא עד למרווח "רוחב פס" שנקבע מראש. הממצאים מלמדים, כי כאשר כללנו בנייתו את כל העבירות ביחד, ההסתברות שיוטל עונש מאסר על נאשמים עם מאסר על תנאי בר הפעלה הייתה גדולה פי 1.2 מההסתברות שיוטל עונש כזה על נאשמים ללא מאסר על תנאי בר הפעלה. ממצא זה עולה בקנה אחד עם הדעה לפיה קיומו של מאסר על תנאי אמור להגדיל את הסיכוי למאסר בפועל כאשר הנאשם מפר את התנאי על ידי ביצוע עבירה נוספת. אך כאשר כללנו את משתנה האינטראקציה בין המשתנה חומרת העבירה העיקרית בתיק (Offense Severity) והמשתנה קיומו של מאסר על תנאי, נמצא כי בעבירות חמורות ($OS \geq 0.66$), שלרוב העונש בגינן הוא מאסר בפועל, ההסתברות לעונש מאסר קטנה פי 1.5 אם תלוי ועומד נגד הנאשם עונש מאסר על תנאי בר הפעלה. לעומת זאת, כאשר העבירה היא מינורית בחומרתה, שלרוב העונש בגינה אינו כולל מאסר בפועל, לנבדקים ללא מאסר על תנאי בר הפעלה סיכוי טוב יותר לחמוק מהכלא. בכך השערת המחקר אוששה עבור עבירות חמורות.

ההשלכות העיקריות של תוצאה ספציפית זו הן, כי עונשי מאסר על תנאי נכשלו להשיג הלימה בין חומרת העבירה לחומרת העונש. בעוד שהיה מצופה שככל שהעבירה היא חמורה יותר כך גדלה הסבירות שיוטל עונש חמור יותר, מאסרים על תנאי ממתנים ומחלישים השפעה זו. בנוסף, בעוד מאסרים על תנאי אמורים להיות כחבר המונחת על צווארו של הנאשם, מחקר זה מראה כי מאסר על תנאי לא בהכרח מגביר את ההרתעה האישית. למעשה, הוא עשוי לערער אותה ולחתור תחתיה, כאשר נמצא כי נאשם עם מאסר על תנאי בר הפעלה שהורשע בעבירה חמורה, הסבירות שיידון למאסר היא קטנה מנאשם ללא מאסר על תנאי בר הפעלה, בהעדר הבדלים אחרים.

מסקנה עיקרית נוספת היא, כי הסבירות ששופטים יטילו עונש מאסר בפועל עשויה לקטון כאשר הנאשמים עומדים בפני עונש מזערי (בענייננו קיומו של מאסר על תנאי) לפחות באותם מקרים שבהם השופטים יכולים להימנע כליל מגזירת עונש מאסר.

בשאלת המחקר השנייה, ביקשנו לבדוק את ההשפעה של אורכו של המאסר על תנאי על מדיניות ההפעלה. בהתאם למחקרים שמצאו כי ככל שתקופת המאסר המזערי שעתיד היה לשאת העבריין ארוכה יותר כך תקופת ההנחה שקיבלו במשך מאסרם הייתה גדולה יותר, ההשערה היא כי ככל שהמאסר על תנאי הוא ארוך יותר הנטייה של בית המשפט להימנע מגזירת עונש מאסר (כלומר, להורות על הארכת התנאי) היא גדולה יותר. עוד שיערנו, כי אם החליט בית המשפט על הפעלת המאסר, ההפעלה תהיה לפי הריג לכלל, קרי: הפעלה בחפיפה מלאה או חלקית. ממצאי הניתוחים של רגרסיה לוגיסטית ורגרסיה מולטינומית איששו ההשערות, כאשר נמצא כי ככל שעולים בקטגוריית אורך המאסר על תנאי, כך קטנה ההסתברות שיוטל מאסר בפועל וקטנה ההסתברות שבתי המשפט יורו על הפעלת התנאי במצטבר. מגמה זו נצפתה בכל אחת מהרמות השונות של חומרת העבירה העיקרית בתיק.

המסקנה העיקרית מתוצאות שאלה זו היא, שהניסיון להחמיר עם העונשים המזעריים (כאשר מאסר על תנאי שמתבקשת הפעלתו נחשב לסוג של עונש מזערי) עשוי להביא לתוצאה הפוכה ולהוליד עונש מקל יותר ולא חמור. ההסבר לכך הוא רצון השופטים להימנע מגזירת עונש מאסר שנחשב בעיניהם כבלתי מידתי ובלתי צודק בנסיבות המקרה.

ניתוח סטטיסטיקה תיאורית של המדגם העלה גם, כי מדיניות הפעלת התנאי על ידי בתי המשפט הייתה לפי הריג לכלל, כאשר נמצא כי החלופה הפחות שכיחה הייתה הפעלת התנאי במצטבר. שיעור ההפעלה במצטבר עמד במוצע על 13% בעוד החלופה השכיחה ביותר הייתה הארכת התנאי, כאשר שיעור ההארכה במדגם עמד במוצע על 37%.

אם נסכם: מניתוח ממצאי המחקר עבור שתי שאלות המחקר, המסקנה המתבקשת היא שמדיניות הפעלת המאסר על תנאי בישראל נעשית בניגוד לכוונתו הברורה של המחוקק. במקרים רבים נמצא כי במקום שהמאסר על תנאי יופעל בעקבות הפרת התנאי ויביא לנשיאת הנאשם, לכל הפחות, את תקופת המאסר המותנית מאחורי סורג וברית, יוצא שהמאסר על תנאי מיטיב עם הנאשם ולכן הוא נחשב כפרס במקום עונש.

למדיניות זו השלכה שלילית על גזירת הדין בישראל, במיוחד משום שהיא גורמת להטייה במדיניות הענישה. הטייה זו טמונה בפגיעה בעיקרון ההלימה, שמחייב מידתיות בין חומרת העבירה לחומרת העונש שנגזר, וגם על ידי פגיעה בהוגנות הליך גזירת הדין, כאשר היא גורמת לאפליה בין סוגי נאשמים בהסתברות להידון למאסר, רק בשל היותם נבדלים בקיומו או העדרו של מאסר על תנאי בר הפעלה.

בניגוד לשיטות משפט אשר הורו על ביטול עונש המאסר על תנאי מספר החוקים, ההמלצה העיקרית במחקר זה היא שניתן לצמצם את התופעות השליליות במדיניות הפעלת התנאי על ידי שינוי בדפוסי החשיבה של השופטים בגזירת עונש המאסר על תנאי בישראל. אבני הדרך לכך תוארו בהרחבה בפרק האחרון של עבודה זו.

מסקנות

מבוא

העונש השכיח ביותר המוטל על ידי בתי המשפט בישראל הוא המאסר על תנאי¹. עונש המאסר על תנאי הוא עונש מאסר, שהנידון יישא אותו מאחורי סורג ובריח רק אם יפר את התנאי, על ידי ביצוע עבירה נוספת בתוך תקופת התנאי ויורשע בגינה. יותר מ-85% מגזרי הדין שמוטלים בישראל כוללים עונש מאסר על תנאי כעונש יחיד או בשילוב עם עונשים אחרים, כמו מאסר בפועל או קנס².

המטרה של מחקר זה היא לבחון את מדיניות ההפעלה של המאסר על תנאי בישראל ולבדוק באיזו מידה בתי המשפט מפעילים את התנאי בהתאם לכוונת המחוקק. במסגרת בחינה זו, ביקשנו לבדוק אם קיומו של המאסר על תנאי ואורכו משפיעים על העונש שייגזר על הנאשם לאחר הרשעתו בעבירה שמפעילה את התנאי. הממצא המרכזי של מחקר זה, מלמד כי מאסר על תנאי, לעיתים קרובות, מיטיב עם הנאשמים במקום להחמיר עמם. נמצא, כי כאשר השופטים נדרשים להפעיל את התנאי, הם לעיתים קרובות מתחמקים מהוראת החוק על ידי הימנעות מגזירת עונש מאסר בפועל בגין העבירה הנוספת. בדרך זו הם עוקפים את החובה להפעיל את התנאי. כתוצאה מכך, לפחות בעבירות חמורות, נמצא כי מורשעים ללא מאסר על תנאי בר הפעלה נידונים למאסר בפועל, בעוד שמורשעים עם מאסר על תנאי בר הפעלה, נידונים לעונשים קלים יותר, בהיעדר הבדלים אחרים ביניהם. התוצאה היא, שלעיתים קרובות מאסר על תנאי הוא בבחינת פרס ולא עונש.

כיצד עונש שמטרתו להרתיע את הנאשם הספציפי מפני ביצוע עבירה חדשה, דווקא מביא לתוצאה הפוכה של הקלה בעונשם של הנאשמים בעקבות ההפרה? כדי להבין איך עובד המנגנון של המאסר על תנאי, נתאר את הכללים אשר חלים על המאסר על תנאי ואת דרכי הפעלתו (השאלה היא למה את מתכוונת בדרכי ההפעלה – אם לדרכי ההפעלה של הכללים, שאז זה ברבים "דרכי הפעלתם" או לדרכי ההפעלה של המאסר על תנאי, שאז זה אכן ביחיד. לי היה נשמע שהכוונה היא לכללים, ייתכן שטעית).

מאסר על תנאי הונהג בישראל ולראשונה בשנת 1954.³ סעיף 52 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע כי כאשר בית המשפט מטיל עונש מאסר הוא רשאי להתנות את כל התקופה או חלקה, והשופט חייב לקבוע שלושה תנאים מצטברים אלה: את משך המאסר המותנה, את עבירת התנאי אשר בהפרתה מביאה להפעלת התנאי ואת תקופת התנאי, שנעה בין שנה לשלוש שנים.

מסגרת חוקית זו משמעה, כי כאשר בית המשפט מטיל את עונש המאסר על תנאי וקובע את תנאיו, הוא למעשה קובע עונש מאסר מזערי, אשר בית המשפט (מפעיל התנאי) יהיה מחויב להפעילו, במיוחד אם העונש בגין העבירה הנוספת מצדיק עונש מאסר.

במקור, בנוסחו המקורי של המאסר על תנאי, לבית המשפט לא היה שיקול דעת בשאלת הפעלת התנאי. כך שכל הפרה גררה אחריה הפעלה מנדטורית של המאסר על תנאי. רק בשנת 1963, בתיקון משנת התשכ"ג,⁴ העניק המחוקק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית כדי לתת מענה לאותם מקרים שבהם עבירה מינורית בחומרתה מביאה להפעלת מאסר על תנאי ארוך ובלתי מידתי. מכאן, שמאז התיקון, בחלק מהמקרים, כאשר בית המשפט מפעיל התנאי (להבדיל מבית המשפט אשר הטיל את עונש

¹ אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" 19-21 (2012) (מחלקת מחקר של הרשות השופטת, מאי 2012) elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/Research1.pdf. (להלן "גזל-אייל, גלון ווינשל מרגל").

² שם.

³ חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, ס"ח 234 (להלן: תיקון התשי"ד).

⁴ חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) (תיקון מס' 5), התשכ"ג-1963, ס"ח עמ' 80 (להלן: תיקון התשכ"ג).

המאסר על תנאי) סבור כי הפעלת התנאי עלולה להביא לתוצאה קשה מדי, במיוחד כאשר העבירה הנוספת היא קלה בחומרתה אך המאסר על תנאי שתלוי ועומד הוא ארוך מדי, שופטים עשויים להאריך את התנאי תחת הפעלתו, כדי להימנע ממצב קשה זה. עם זאת, הענקת סמכות לבית המשפט להאריך את התנאי, גם במקרים אלה, עלולה לפגוע באפקט ההרתעתי המיוחס למאסר על תנאי. לפיכך, על מנת להבטיח כי בתי המשפט ישתמשו בסמכות זו במשורה ורק במקרים נדירים, קבע המחוקק תנאים מגבילים שרק בהתקיימם ניתן להאריך את התנאי. אחד התנאים הוא, שסמכות ההארכה מוקנית פעם אחת בלבד ורק כאשר העבירה הנוספת היא עבירה מינורית בחומרתה, כזו שאינה מצדיקה עונש מאסר בגינה (לרבות לא מאסר על תנאי).

מחקרים קודמים הראו, כי בתי המשפט אינם "מתלהבים" מחוקים שמחייבים אותם לאכוף עונש שהם מאמינים שהוא עונש קשה מדי. לרוב מדובר בעונשים מזעריים (עונשי מינימום) כאשר בתי המשפט מוצאים דרכים כדי לעקוף את החובה שבהטלתם.⁵ ההנחה הייתה, כי הנהגת עונשים מזעריים, הגבירה את המתח שבין חובתם של השופטים לפעול בהתאם לחוקי המדינה ל (לדעתי האבחנה בין השניים לא מספיק ברורה רק מהאות "ל". אם את לא רוצה להשתמש ב"בין לבין", אז הכי טוב יהיה להשתמש ב- "בין ובין" שוב, לשיקולך) חובתם לעשות צדק, במיוחד כאשר עונשים אלה ידועים בחומרתם, העדר גמישותם ונוקשותם שלא מאפשרים ל"עצב" את העונש שיתאים לעבריין ולעבירה תוך התחשבות בשיקולים משפטיים ולבר משפטיים. מתח זה, כך נטען בספרו של Tonry,⁶ הביא לכך ששופטים נאלצו לבחור בין השבועה שלהם לאכוף את החוק, בידעם שעונשים אלה הם בלתי צודקים, לחובתם לעשות צדק על ידי התחמקות במכוון מהוראת החוק. בין שני צידי המתרס, קרי אכיפת החוק או עשיית צדק, לעיתים קרובות, בחרו בחלופה האחרונה.⁷ התיאוריה שנבנתה הייתה, כי חקיקה הקובעת עונשים מזעריים או הנחיות מחייבות לענישה, אשר מטרתן הייתה, בעיקר, הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה והחמרה בענישה, משפיעות על התנהלות השחקנים הראשיים בהליך הפלילי. ההשערה הייתה, כי הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בחקיקה, גררה אחריה שינוי בהתנהלות השחקנים הראשיים בהליך הפלילי ובפרט השופטים והתובעים, כך שאם סברו כי העונשים המזעריים, במקרים ספציפיים, חורגים מרמת הענישה שרואים אותה כהוגנת, הדבר עשוי להניעם לנסות ולעקוף אותם. לפי התיאוריה, שופטים עשויים לזכות נאשמים שאשמתם הוכחה מעבר לספק סביר, או לחרוג לקולה ממתחם העונש שנקבע תוך ניצול מנגנוני השסתום שקבע המחוקק, רק על מנת להימנע מלהטיל עונש שנתפס על ידיהם כלא הוגן. בדומה, תובעים עשויים להימנע מלהאשים חשודים, בעבירות שעשויות להפעיל את העונשים המזעריים, אף שקיים סיכוי סביר להרשעתם, ותחתם להאשימם בעבירות חמורות פחות שלא קבועים לצידן עונשים מזעריים, אם הם

⁵ Tonry במאמרו מהשנה הנוכחית ציין, כי שלוש מאות שנות ניסיון ויובל שנים של מחקרים הצביעו על כך שעונשים מזעריים אינם מיושמים באופן עקבי (ראו 48 *Michael Tonry, Fifty Years of American Sentencing Reform: Nine Lessons, in* CRIME AND JUSTICE: AMERICAN SENTENCING: WHAT HAPPENS AND WHY? 1, 16 (Michael Tonry ed., 2019) (להלן: Tonry, 2019). אחת הדרכים להימנע מהטלת עונשים חמורים הייתה על ידי ביטולם. ביטול במשמעות של אי יישום, הוא מונח שעושים בו שימוש מזה ממעלה ממתניים שנה, ומתמצת את התהליך שבו שופטים מסרבים לאכוף חוקים לא צודקים. הגרסאות הקיצוניות ביותר של "ביטול" ועקיפת עונשי חובה ועונשים מזעריים, הייתה במיוחד באותם מקרים שבהם נתבקשו השופטים לאכוף עונשים חמורים על עבירות מינוריות – קלות בחומרתן, וזאת כדי להבטיח הלימה בין חומרת העבירה לחומרת העונש. כך היה באנגליה במאה השמונה-עשרה, המושבעים לעיתים קרובות סירבו להרשיע בעבירות רכוש שהעונש לצידן הוא הוצאה להורג. במישוגן בשנות החמישים של המאה הקודמת, השופטים סירבו להטיל עונשי מאסר מזעריים של 20 שנה על מכירת סמים (ראו *Michael Tonry, The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of* Consistent Findings, 38(1) CRIME & JUST. 65, 71, 105 (2009) (להלן: Tonry, 2009).

⁶ MICHAEL TONRY, SENTENCING MATTERS: MANDATORY PENALTIES (1996) (להלן: TONRY, 1996).

⁷ שם, בעמ' 14. Roscoe Pound שיבח את הכוח של חבר המושבעים להפחית או לרכך את לשון החוק בשם הצדק כ: "the great corrective of law in its actual administration". מדובר במקרים שבהם העדיף חבר המושבעים ל"ביטול" את כוחו של החוק על ידי החלטה לזכות נאשמים באותם מקרים שבהם האמינו שישומו יהיה בלתי צודק (ראו Roscoe Pound, *Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12, 18 (1910)).

סבורים כי בסוף ההליך ממתין לאותם חשודים עונש לא הוגן.⁸ התובעים אף יכולים לעקוף את הפעלת עונשי המינימום באמצעות חתימה על הסדרי טיעון עם ההגנה – הסדר שלא כולל את האישום המקורי שמיוחס לנאשם.

בהתאם לתיאוריה, מחקרים הראו כי שופטים וחבר מושבעים נהגו לזכות נאשמים למרות שאשמתם הוכחה מעבר לספק סביר, רק כדי לעקוף את החובה באכיפת העונש המזערי, שלגביו האמינו כי אינו הולם את חומרת העבירה ואשמו של הנאשם.⁹ באופן דומה, מחקרים הראו כי השופטים ניצלו את מנגנוני השסתום שנקבעו בחקיקה, שהעניקו להם סמכות להטיל עונש מקל מהעונש המזערי או מהנחיות מחייבות לענישה, גם במקרים שבהם לא התקיימו התנאים לכך.¹⁰

כפי שכבר צוין, המשמעות של המסגרת החוקית של המאסר על תנאי שקבועה בסעיף 52 לחוק העונשין היא, שבקביעת תקופת המאסר במסגרת גזר הדין הראשון, בית המשפט קובע למעשה עונש מאסר מזערי, אשר הנאשם יהיה חייב לשאת לאחר שיורשע בעבירה הנוספת שמביאה להפעלת התנאי. כאמור, בתיקון משנת התשכ"ג, העניק המחוקק לשופטים פתח מילוט שבמסגרתו ניתן להימנע מהפעלת התנאי. פתח מילוט זה, שקבוע כיום בהוראת סעיף 56 לחוק העונשין, אפשרי רק בהתקיים התנאים המגבילים והמצטברים שנקבעו בו, שאחד מהם הוא שבית המשפט לא הטיל עונש מאסר בגין העבירה הנוספת. קבע בית המשפט כי העונש הראוי הוא מאסר – במצב זה חזר המחוקק למצב המקורי, לפיו הפעלת המאסר המותנה היא מנדטורית. מקרה אחרון זה מתייחס למצב שבו המאסר על תנאי הוא עונש מזערי בהעדר "פתח מילוט" מיוחד שמאפשר אי הפעלתו.

אמנם לפי לשון סעיף 56 לחוק העונשין השופטים נדרשים לקבוע את העונש ללא קשר למאסר על תנאי שתלוי ועומד, אולם בהתאם למחקרים שקשורים לעונשים המזעריים, אנו משערים, כי בכל אותם מקרים שבהם השופטים מאמינים כי הפעלת התנאי אינה צודקת בנסיבות המקרה, הם יסרבו לגזור עונש מאסר, הגם שעונש זה הוא העונש הראוי בנסיבות המקרה, וכל זאת כדי לעקוף את הוראת החוק שמחייבת הפעלה מנדטורית של המאסר על תנאי. במילים אחרות, קיומו של המאסר על תנאי עשוי להשפיע על העונש שיוטל בגין העבירה הנוספת. במחקרו של Sebbא משנות השישים המאוחרות של המאה הקודמת, הוא סבר שאין אינדיקציה לכך שבתי המשפט עשו שימוש רחב בהוראה זו.¹¹

לשם בדיקת השערה זו, יצרנו מדגם שכולל נאשמים ישראלים בגירים עם מאסר על תנאי בר הפעלה¹² ונאשמים עם עבר שלא תלוי ועומד נגדם מאסר על תנאי, שהורשעו בבתי משפט השלום וגזר הדין בעניינם

⁸ Tonry במאמרו משנת 2019, מוסיף כי כבר במחקר של לשכת עורכי הדין בארה"ב שנערך בשנות החמישים של המאה הקודמת, הם למדו כי התובעים מיישמים חוקים אלה באופן סלקטיבי וכי שופטים ומושבעים סירבו להרשיע כאשר העונשים נראו חמורים מדי. Tonry אף ציטט מדבריו של Frank Remington, מי שניהל את הפרויקט וצפה כי: "Legislative prescription of a high mandatory sentence for certain offenders is likely to result in a reduction in charges at the prosecution stage, or if this is not done, by a refusal of the judge to convict at the adjudication stage. This issue... thus is not solely whether certain offenders should be dealt with severely, but also how the criminal Error: Reference source not found, Tonry, 2019) "justice system will accommodate to the legislative charge found, בעמ' 7).

⁹ להרחבה ראו Tonry, 2009, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, שם.

¹⁰ במחקרם של Kramer & Ulmer, העלו הממצאים כי מנגנוני השסתום שמאפשרים חריגה ממתחם העונש שנקבע בהנחיות, מהווים מעין מד לחץ – שמשקף את רצון השחקנים הראשיים בהליך הפלילי (השופטים והתובעים כאחד) לתקן את ההנחיות באותם מקרים של העדר התאמה בין העונש שקובעות ההנחיות לבה שהם רואים כעונש הולם את נסיבות המקרה (ראו John H. Kramer & Jeffery T. Ulmer, *Downward Departures for Serious Violent Offenders: Local Court "Corrections" to Pennsylvania's Sentencing Guidelines*, 40 CRIMINOLOGY 897, 925-926 (2002) (להלן: Kramer & Ulmer).

¹¹ Leslie Sebbא, *Penal Reform and Court Practice: The Case of the Suspended Sentence*, in 21 STUDIES IN CRIMINOLOGY 133, 161 (Israel Drapkin ed., 1969) (להלן: "Sebbא, 1969").

¹² כאשר המאסר על תנאי הוא בר הפעלה לבית המשפט יש שיקול דעת בשאלת הפעלת התנאי.

ניתן בשנים 2014-2016. המטרה היא להשוות בין שתי הקבוצות כדי לבדוק אם ההסתברות להטיל מאסר בפועל היא קטנה אצל נבדקים עם מאסר על תנאי בר הפעלה.¹³ על מנת למזער את ההטיות בתוצאות שעשויות להתרחש בשל השונות בין שתי הקבוצות, מה שידוע כהטיית הבחירה (selection bias), השתמשנו בשיטת השוואת ציוני היתכנות (Propensity Score Matching) והתאמנו זוגות נבדקים משתי הקבוצות שההבדל בציון ההיתכנות (PS) הוא עד למרווח "רוחב פס" שנקבע מראש.

מהניתוח עולה, כי על ידי הגבלת הסמכות להאריך את התנאי רק כאשר העבירה הנוספת אינה מצדיקה עונש מאסר, התוצאה הייתה כי המחוקק למעשה מעודד את השופטים להתייחס לעבירה חמורה כאל עבירה מינורית – קלה בחומרתה. הממצאים מראים, כי דווקא בעבירות חמורות, אצל נבדקים עם מאסר על תנאי בר הפעלה ההסתברות להטיל מאסר בפועל היא קטנה מההסתברות אצל נבדקים ללא מאסר על תנאי, בהעדר הבדלים אחרים.

בשלב הבא, ביקשנו לבדוק אם העקיפה של הוראת החוק על ידי הימנעות מגזירת עונש מאסר בפועל קשורה קשר הדוק לאורכו של המאסר על תנאי, ואם כן האם ההשפעה של אורך המאסר על תנאי על ההסתברות להטיל מאסר בפועל, היא שונה ברמות השונות של חומרת העבירה הנוספת. במילים אחרות, ביקשנו לבדוק אם קיימת אינטראקציה בין המשתנה אורך המאסר על תנאי ל (שוב, לדעתי עדיף בין ובין מאשר בין ...), זה פשוט מובן יותר כך, יש הבחנה ברורה בין שני המשתנים) חומרת העבירה הנוספת.

ההחלטה לבדוק את ההשפעה של משתנה חומרת העבירה הנוספת על ההסתברות להטיל מאסר בפועל ואת משתנה האינטראקציה, התבססה על שלושה טעמים: הראשון, כאשר המחוקק החליט להעניק לבית המשפט סמכות להורות על הארכת התנאי, המטרה בכך הייתה מציאת פתרון עבור אותם מקרים שבהם עבירה מינורית שאינה מצדיקה עונש מאסר גוררת אחריה הפעלת מאסר על תנאי ארוך ובלתי מידתי. במקרים כאלה, בית המשפט מוסמך להורות על הארכת התנאי, אך תוך שימת דגש שהכוונה הייתה לשימוש בסמכות זו במקרים נדירים וחריגים. מכאן, שהמחוקק צפה קיומם של יחסי גומלין בין חומרת העבירה הנוספת לאורך המאסר על תנאי בשאלת העונש שיושג בגין העבירה הנוספת. הטעם השני מבוסס על גישת השיקולים המרכזיים (הידועה בשם ה-Focal Concerns),¹⁴ לפיה ההחלטה מתייחסת השופט יעקוף את העונשים המזעריים תלויה, בין היתר, בשני משתנים: חומרת העבירה שבה הורשע הנאשם ואשמו. כך, ככל שאשמתו של הנאשם והעבירה שבה הורשע הן חמורות יותר, הנטייה של השופטים לעקיפה תהיה פחותה יותר בהשוואה לנאשמים שלגביהם חומרת העבירה ואשמתם הן קלות יותר. באופן דומה, אם העקיפה הייתה תוך שימוש במנגנוני השסתום, הרי ההנחה במשך המאסר שלה יזכו אותם נאשמים תהיה קטנה יותר בהשוואה לנאשמים שלגביהם חומרת העבירה ואשמתם הן קלות יותר. להשערות אלו נמצא תימוכין במחקרם של Cano & Spohn.¹⁵ הטעם השלישי הוא, שלאחר תיקון 113 לחוק

¹³ למרות שהוראת החוק מתנה את הארכת התנאי רק כאשר בית המשפט לא הטיל מאסר, לרבות לא מאסר על תנאי, את ההשוואה בין סוגי הנאשמים הוחלט לצמצם למקרים שבהם בית המשפט הטיל או לא הטיל מאסר בפועל. במילים אחרות, בכל אותם מקרים שבהם הנאשם נידון לעונש מאסר על תנאי בלבד או לעונש פחות חמור מעונש מאסר בפועל, נקבע כי הנאשם לא נידון למאסר בפועל – איפה נקבע? במחקר שלד? כדאי להבהיר זאת, זה לא משתמע בצורה ברורה. אפילו אם רק תכתבי "קבענו" במקום נקבע, זה יספיק לדעתי.

¹⁴ גישת השיקולים המרכזיים פותחה במקור כהסבר להבדלים בעונשים על בסיס מגדר. הגישה הציעה, כי הבדלים ברמת הענישה נובעים ממידת האשמה המיוחסת לנאשם, הנלמדת ממשתני חומרת העבירה והעבר הפלילי. מכאן, שרמת מעורבות הנשים בעבירות פליליות נמוכה בדרך כלל מזו של גברים ולכן מידת האשמה ששופטים נוטים לייחס לנשים נמוכה יותר, מה שמוביל לענישה מקלה יותר בהשוואה לגברים (ראו Darrell Steffensmeier, *Assessing the Impact of the Women's Movement on Sex-Based Differences in the Handling of Adult Criminal Defendants*, 26(3) CRIME & DELINQ. 344 (1980) (להלן: Steffensmeier, 1980). ראו גם Darrell Steffensmeier, John Kramer and Cathy Streifel, *Gender and Imprisonment Decisions*, 31(3) CRIMINOLOGY 411 (1993) (להלן: Steffensmeier, Kramer & Streifel).

¹⁵ Mario V. Cano and Cassia Spohn, *Circumventing the Penalty for Offenders Facing Mandatory Minimums, Revisiting the Dynamics of "Sympathetic" and "Salvageable" Offenders*, 39 (2) CRIM. JUSTICE BEHAV. 308, 326 (2012) (להלן: Cano & Spohn).

העונשין¹⁶ וקביעת עיקרון ההלימה כעיקרון המנחה – ההשערה היא שכאשר לא קיימת הלימה בין אורך המאסר על תנאי שבית המשפט מתבקש להפעיל לעונש שבית המשפט מבקש להשית על העבירה הנוספת בנסיבותיה (שמשקפת את חומרת העבירה הנוספת ואשמו של הנאשם), הנטייה תהיה שהשופטים ינסו לעקוף את חובת הפעלת התנאי. במקרים כאלה, גובר המתח בין חובתם המוסרית של השופטים לשפוט משפט צדק על ידי הטלת עונש מידתי שהולם את חומרת העבירה ונסיבותיה, לחובה לציית לחוק על ידי חובת הפעלת התנאי כאשר העבירה מצדיקה עונש מאסר בפועל ולו לימים בודדים, גם כאשר אורך המאסר על תנאי שמתבקשת הפעלתו הוא בלתי מידתי. מחקרים שקשורים לעונשים מזעריים הראו, כי בין שני צידי המתרס, קרי אכיפת החוק או עשיית צדק, היו שופטים שהעדיפו קיום חובתם המוסרית על פני יישום החוק.¹⁷

במחקר זה, כמדד לחומרת העבירה הנוספת, הוחלט לקבוע במקרה של ריבוי עבירות וריבוי אישומים, את העבירה העיקרית בתיק, קרי העבירה החמורה בתיק כעבירה הקובעת. ההסבר העיקרי לכך, וכפי שיפורט בהרחבה בפרק השיטה, הוא שרכיב העונש שנתקבל מהמאגר המשטרתי משקף את העונש שהושת בגין כל העבירות בתיק ולא ביחס לכל עבירה ועבירה בנפרד. את מדד החומרה של העבירה העיקרית בתיק קבענו לפי משתנה חדש שיצרנו למטרה זו, הוא משתנה חציון אורך המאסר בעבירה העיקרית בתיק (העונש החציוני נמדד בימים) – משתנה רציף שערכו שווה לאפס (כאשר בגין העבירה העיקרית בתיק, בית המשפט אינו מטיל עונש מאסר בפועל) או גדול ממנו (במקרה שבו בגין העבירה העיקרית בתיק מוטל עונש מאסר בפועל). בשלב הבא המרנו את המשתנה הרציף של "חציון אורך המאסר" למשתנה קטגוריאלי (רב קטגוריות): 0 (קבוצת הייחוס), 1-120, 121-180 ו-181+ (המספרים מייצגים מספר ימי מאסר). העדפנו להמיר למשתנה קטגוריאלי מחשש להטיות בממצאים לאחר שנמצא כי המשתנה הרציף אינו מתפלג נורמלית.

מכאן, שההשערה הנוספת היא, שעלייה בחציון אורך המאסר בעבירה העיקרית בתיק, מגדילה את ההסתברות להטיל מאסר בפועל.

באשר למשתנה האינטראקציה בין שני המשתנים, בניגוד לציפיותו של המחקר, ההשערה שלנו היא שלא קיימת אינטראקציה בין אורך המאסר על תנאי לעונש החציוני. במילים אחרות, ההשפעה של אורך המאסר על תנאי על ההסתברות להטיל מאסר בפועל, אינה שונה ברמות השונות של העונש החציוני.

לשם בדיקת ההשערות, ערכנו שני ניתוחים נפרדים: ניתוח הראשון הרצנו רגרסיה לוגיסטית שהמשתנה התלוי בה הוא שמי: בית המשפט הטיל עונש מאסר בפועל כן/לא. ניתוח השני הרצנו רגרסיה מולטינומית שהמשתנה התלוי בה הוא קטגוריאלי, שמטרתו לבדוק את מדיניות ההפעלה של בתי המשפט: האם לפי הכלל או לפי חריג לכלל הן בשאלת ההפעלה (הפעלה לעומת הארכת התנאי שזה חריג) והן בדרך ההפעלה (הפעלה במצטבר לעומת הפעלה בחפיפה מלאה או בחפיפה חלקית שהם חריג). ממצאי הניתוחים של רגרסיה לוגיסטית ורגרסיה מולטינומית מצביעים על כך שככל שעולים בקטגוריית אורך המאסר על תנאי, כך קטנה ההסתברות להידון (אולי שיוטל?) לדעתי במרבית התיאורים של הממצאים וההשערות, את מדברת על ההסתברות להטלת מאסר על תנאי ולא להסתברות להידון למאסר כאמור, נראה לי שכדאי להיות עקביים בעניין הזה) למאסר בפועל וקטנה ההסתברות שבתי המשפט יורו על הפעלת התנאי במצטבר. כן נמצא, כי ככל שעולים בקטגוריות העונש החציוני, כך גדלה ההסתברות להטיל מאסר בפועל. בהתאם להשערה, האינטראקציה בין שני המשתנים נמצאה בלתי מובהקת. משמעות הדבר

¹⁶ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102 (להלן תיקון 113). התיקון נתקבל ביום 10.1.2012 ונכנס לתוקפו ביום 10.7.2012.

¹⁷ Tonry, 1996, לעיל ה"ש Error: Reference source not found בעמ' 288.

היא, שבכל אחת מהרמות של העונש החציוני, עלייה באורך המאסר על תנאי מקטינה את ההסתברות להטיל מאסר בפועל. עוד נמצא, כי במדיניות הפעלת התנאי, החלופה הפחות שכיחה הייתה הפעלת התנאי במצטבר (השיעור עמד על 13%) וכי החלופה השכיחה ביותר היא הארכת התנאי, כאשר שיעור ההארכה עמד על 37%~.

המחקר ערוך באופן הבא: הפרק הראשון מספק פרספקטיבה היסטורית של המאסר על תנאי בישראל והסבר על המסגרת החוקית שלו, לרבות תיקונים שבוצעו במהלך השנים, שמתמקדים בעיקר בסוגיית ההפעלה ודרכי ההפעלה. בפרק זה תהיה התייחסות גם למטרות שבהנהגתו של עונש המאסר על תנאי, ואם תיקון 113 לחוק העונשין הביא לשינויים בהסדר של המאסר על תנאי בישראל. מעבר לסקירה ההיסטורית, פרק זה מהווה נדבך חשוב לפרקי הדיון והמסקנות ולפרק הסיכום וההמלצות, כאשר חלק ניכר מההמלצות מבוססות עליו.

בפרק השני נציג את התיאוריה עליה אנו מבססים את השערות המחקר, שעיקרה מדוע אנו משערים כי בתי המשפט עושים שימוש רחב בהוראה שמעניקה להם סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו, גם במקרים שהעונש הראוי בהם הוא עונש מאסר בפועל. בחלק הראשון נמקד את הדיון בסוגיית אי ציות השופטים לדין ולהלכה הפסוקה, ננסה להסביר באיזה מקרים השופטים אינם מצייתים לדין, ומה הקשר בין אי ציות להנהגת עונשים מזעריים והנחיות מחייבות לענישה, תוך הצגת דוגמה מהרפורמה במערכת המשפט הפלילית הפדרלית והמדינתית בארצות הברית. בחלק השני של הדיון, יוצגו מחקרים אשר חקרו את ההשלכות של הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה, במיוחד על התנהלות השופטים, תוך ניסיון להבין את הגורמים המשפיעים על שיקול הדעת השיפוטי בהתוויית העונש וקביעתו. נסקור גם מחקרים דומים שנערכו בישראל. בחלק השלישי, נסביר את הקשר בין מאסר על תנאי להגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה ואת הקשר בין מאסר על תנאי לעונש מזערי. בחלק הרביעי והאחרון, נציג את שאלת המחקר והשערות המחקר ונדון במטרת המחקר וחשיבותו ביחס למאסר על תנאי בפרט, ולנושא הכללי יותר של הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה בכלל.

בפרק השלישי נציג את מאגר הנתונים שבו השתמשנו ואת שיטת המחקר שאומצה לבחינת השערות המחקר, בנפרד עבור כל שאלת מחקר.

בפרק הרביעי יוצגו תוצאות המחקר, בחלוקה לפי שתי שאלות המחקר. עבור שאלת המחקר שבודקת את ההשפעה של קיומו של המאסר על תנאי, הניתוח מראה כי עבור עבירות מינוריות (שלו רוב לא נוהגים להטיל עונש מאסר בגינו) קיומו של מאסר על תנאי מגדיל את ההסתברות למאסר בפועל, בעוד שעבור עבירות חמורות, המגמה היא הפוכה. תוצאות אלה מלמדות, כי קיומו של מאסר על תנאי מפחית את עוצמת הקשר שבין חומרת העבירה לחומרת העונש. בחלק השני, עבור שאלת המחקר שבודקת את אורכו של המאסר על תנאי, נמצא כי עם עלייה בקטגוריית אורך המאסר על תנאי, קטנה ההסתברות להידון לעונש מאסר בפועל וקטנה ההסתברות להפעיל את המאסר על תנאי במצטבר. תוצאות אלה מלמדות, כי הניסיון להחמיר עם העונשים המזעריים (לאור ההערה שלך, הייתי מנסחת את זה אחרת קצת, כי מהניסוח הזה משתמע שהמחוקק מחמיר עם העונש המזערי, מה שכמובן לא הגיוני. הייתי כותבת משהו כמו: הניסיון של המחוקק להחמיר את הענישה באמצעות העלאת הרף של חומרת העונשים המזעריים – ואז ההמשך – מהסוגריים) (כאשר מאסר על תנאי שמתבקשת הפעלתו נחשב לסוג של עונש מזערי) עשוי להביא לתוצאה הפוכה, ולהוליד עונש מקל יותר להבדיל מתמור יותר.

בפרק החמישי – פרק הדיון והמסקנות, נדון בממצאינו. בחלקו הראשון, הדיון יתמקד בתוצאות השונות שנתקבלו עבור עבירות מינוריות וחמורות. אנו סבורים שההסבר לממצא זה נובע מפעולתן של שתי תופעות

סותרות: **אפקט ההפעלה**, שהוא דומיננטי בעבירות מינוריות; **ואפקט העקיפה**, אשר דומיננטי בעבירות חמורות. בחלק זה נדון גם במה שמחקר זה יכול ללמד אותנו על ההשפעות המעוותות שבהנהגת עונשים מזעריים בכלל. בחלקו השני, שקשור לאורכו של המאסר על תנאי, נסביר כי מדיניות ההפעלה לפי חריג לכלל, הן בשאלת ההפעלה והן בדרך ההפעלה, נובעת בעיקר בשל מצב בו אורכו של המאסר על תנאי הוא בלתי מידתי, כאשר נמצא שבכמעט 60% מהמקרים, חציון אורך המאסר בעבירה העיקרית בתיק אינו כולל עונש מאסר בפועל. בקבוצה זו שיעור ההארכה (כלומר, אי גזירת עונש מאסר) עמד במוצע על 50%~. בחלקו השלישי והאחרון נתייחס למגבלות המחקר.

בפרק השישי והאחרון, נסכם את מסקנותינו מהמחקר. בחלק הראשון של פרק זה נטען, כי גם אם ההחלטות של בתי המשפט שבאות לידי ביטוי בעקיפת החוק הן מוצדקות, ונובעות בעיקר מרצונם של השופטים להימנע מגזירת עונש שהם מאמינים שהוא בלתי צודק, יש להחלטותיהם אלו השפעות שליליות על עונש המאסר על תנאי. בחלקו השני של הפרק נציע רשימה של המלצות, בעיקר לשופטים, שיש בהן כדי לצמצם את התופעות השליליות בגזירת המאסר על תנאי בישראל. בחלק השלישי והאחרון נדון בהמלצות למחקרים נוספים.

פרק 1. מאסר על תנאי בישראל (פרספקטיבה היסטורית של המאסר על תנאי בישראל)

1.1 מבוא כללי

ציפייה גדולה הייתה למחוקק עם הוספת אמצעי הענישה של מאסר על תנאי בשיטת המשפט הישראלית. המחוקק סבר כי עונש המאסר על תנאי יעניק לשופט את הכלי הדרוש לו כדי למלא את תפקידו השיפוטי במלואו וכיאות.¹⁸ שר המשפטים דאז פנחס רוזן ציין במליאת הכנסת בדיון בהצעת החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953,¹⁹ כי הרפורמה העיקרית "והמהפכנית ביותר" כלשונו, בהצעת החוק, טמונה בהוספת מאסר על תנאי כאמצעי ענישה בשיטת המשפט הישראלית.²⁰ החשיבות הייתה בהוספת אמצעי ענישה נוסף על הציר שבין צו מבחן ובין מאסר מאחורי סורג ובריח. למרות קיומה של שיטת מבחן מפותחת באותה תקופה,²¹ הייתה הסכמה כללית לצורך בהחלת המאסר על תנאי בנוסף לצו מבחן ולא כעונש חלופי,²² בייחוד כשהתברר כי צו מבחן אינו יכול למצות ולכלול את כל אותם מקרים שבהם בית המשפט סבור שאין לשלוח את העבריין לבית הכלא. זאת, בעיקר במקרים בהם נמצא שהעבריין אינו ראוי לעמוד לפיקוח קצין מבחן, בין אם מפני שקצין המבחן לא מוכן לקבלו בשל סיכוי נמוך לשיקום, ובין אם מפני שחומרת העבירה בה הורשע דורשת תגובה ציבורית חריפה יותר מפיקוח קצין מבחן בלבד. מצד שני, בתי המשפט לא מיהרו לגזור עונשי מאסר ממושכים לנאשמים שסטו מדרך הישר פעם אחת בלבד, אף אם העבירה שעברו חמורה. זאת, בייחוד אם בית המשפט היה סבור כי הנאשם עבר את העבירה בשעת כעס או כתגובה על התגרות כלשהיא או מתוך שגגה. שר המשפטים דאז פנחס רוזן סבר שהטלת עונשי מאסר חמורים על עבריינים אלו, ובלבד שהעונשים לא ייאכפו אלא אם העבריין יחזור ויעבור עבירות אלה שוב, יש בהם מחד גיסא התגובה הציבורית החמורה הנדרשת במקרים אלה, ומאידך גיסא הגינות כלפי העבריין, שמקבל הזדמנות להוכיח שהוא אינו מן הפושעים המועדים.

מעניין לציין כי למרות החשיבות שראה המחוקק בהוספת אמצעי ענישה זה והציפייה הגדולה שעונש זה יעניק לשופטים כלי משמעותי וחשוב בגזירת הדין, כמעט שלא קדמו דיונים להחלתו בספר החוקים (למעט הדיונים להסדרת העונש) וגם לא נערך מחקר מקיף להצדקת כינונו בישראל. עם זאת, דברי ההסבר להצעת

¹⁸ דברי שר המשפטים דאז פנחס רוזן, הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953, ד"כ 15, 228, 231 (התשי"ד) (להלן: ד"כ 15).

¹⁹ הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953, ה"ח 6 (להלן: הצעת החוק התשי"ד).

²⁰ ד"כ 15, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 231.

²¹ פקודת העמדת עבריינים במבחן, 1944 פורסמה בע"ר מס' 1380 מיום 28.12.1944, תוס' 1, עמ' (ע) 128 (א) 174. באנגליה לעומת זאת, שתי הצעות להחלת עונש המאסר על תנאי נדחו על ידי הוועדה המייעצת לטיפול בעבריינים, פעם אחת בשנת 1952 ופעם נוספת בשנת 1957. הנימוק העיקרי לדחייה היה ששיטת המבחן עדיפה על פני מאסר על תנאי ואין כל יתרון בהוספת אמצעי זה לצד צו מבחן. לוועדה סברה שכדי להחיל את המאסר על תנאי בארץ שבה נוהגת שיטת מבחן מפותחת יש להצביע על היעילות שבקיום מאסר על תנאי לצד המבחן. ההתנגדות למאסר על תנאי הייתה בעיקר בשל קביעת העונש מראש. שכן קיים שש ההתנאים והנסיבות עשויים להשתנות. ואולם אם יוענק לבית המשפט שיקול דעת לשנות את העונש בהתאם לנסיבות המתפתחות, הרי שלדעת חברי הוועדה אין טעם בהטלתו מלכתחילה. במילים אלה סיכמה הוועדה המייעצת את דחייתה להנהגת המאסר על תנאי: "It [T] should not be adopted, either in conjunction with probation or otherwise".

ראו: GREAT BRITAIN HOME OFFICE, REPORT OF THE ADVISORY COUNCIL ON THE TREATMENT OF OFFENDERS IN ALTERNATIVES TO SHORT TERM IMPRISONMENT 32 (1957); Anthony E. Bottoms, *The Suspended Sentence in England, 1967-78*, 21 BRIT. J. CRIMINOLOGY 1-4 (1981) (להלן: Bottoms).

(1979) 369, 373-75 ISR. L. REV. 14 Arnold Enker, *The Suspended Sentence: Israel's Experience*. ראו גם סבה (Sebba), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 135.

²² למעשה, במהלך הדיונים על החקיקה הודגש כי עונש המאסר על תנאי לא יבוא במקום צו מבחן. ראו סבה (Sebba), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 144.

החוק²³ ודברי שר המשפטים רוזן במליאת הכנסת מלמדים שהמחוקק סבר שכשם שאמצעי ענישה זה מילא את מטרתו במדינות אירופה שישמו אותו, שכן החלתו הביאה לכך שרק חלק זעום ביותר מהעונשים שנגזרו הופעלו,²⁴ יש להניח שאמצעי זה יהיה יעיל גם בישראל. רק ח"כ אפרים תבורי שהציג את עמדתו מעל בימת הכנסת, התנגד לעונש זה.²⁵ ח"כ תבורי לא התנגד עקרונית לעונש מאסר על תנאי, אלא סבר שהשעה אינה מתאימה לכינון אמצעי ענישה, בייחוד בשל העובדה כי היו אלה ימיה הראשונים של המדינה. לגישתו האוכלוסיות הוותיקה והחדשה כאחת, אינן בשלות לאמצעי ענישה מסוג זה, ולא ניתן לאשר הכנסתו לחוק ולהחילו, לפני שהציבור יתוודע אליו ויבין את מהותו. ח"כ תבורי הדגיש את הצורך במתן הסבר לציבור מדוע אדם שביצע עבירת פשע ישוחרר בחזרה לקהילה בטרם נשא עונשו. החשיבות שייחס ליידוע הציבור על מהות העונש, נבעה בייחוד בשל העובדה שעל פי הצעת החוק, מאסר על תנאי משמעותו שחרור מיידי לקהילה, ללא נשיאה של עונש מאסר ולו של יום אחד. זאת, כאשר השחרור לקהילה מתבצע ללא שום פיקוח מטעם שירות המבחן או גורם מוסמך אחר, כשהאיום היחיד המרחף מעל ראשו של העבריין המורשע, הוא האיום הצפוי בהפעלת העונש שנגזר מלכתחילה כעונש על תנאי, בשל ביצוע עבירה נוספת שהיוותה הפרת התנאי.²⁶ נראה שח"כ תבורי חזה את הבעייתיות שעשויה הייתה לנבוע מאי יידועו של הציבור לגבי העונש ומהותו קודם לחקיקתו. כינונו של אמצעי ענישה זה במקומות אחרים בעולם, בוטל בשל דעת קהל. כך היה בוויקטוריה שבאוסטרליה, שם בוטל עונש המאסר על תנאי באופן סופי בספטמבר 2014.²⁷ New South Wales הלכה בעקבותיה, שם הוסדר חוק לביטולו באוקטובר 2017 וביטול זה נכנס לתוקפו בספטמבר 2018.²⁸ עם זאת, בישראל נכון להיום, לא ידועה עמדת הציבור ביחס לעונש מאסר על תנאי, בשל מיעוט המחקרים שנערכו בתחום, למרות שמדובר בעונש השכיח ביותר מבין העונשים שמוטלים בישראל. למעלה מ-85% מגזרי הדין בישראל כללו עונש מאסר על תנאי כעונש יחיד או בשילוב עם עונשים נוספים.²⁹

לאחר דיונים לא מעטים שהתקיימו בוועדת חוקה, חוק ומשפט ובוועדת המשנה שלה, בשנת 1954 הוחל עונש המאסר על תנאי לראשונה בישראל.³⁰ עיון בפרוטוקולים של הדיונים הראה על מחלוקות שהתעוררו בשאלת קביעת אופיו של המאסר על תנאי. המחלוקות התמקדו בעיקר בשאלה האם יש להעניק לבית המשפט שיקול דעת בנושא הפעלת התנאי או שההפעלה תהיה מנדטורית; טווח העבירות שיביאו להפרת התנאי, האם כל עבירה או רק עבירות שנקבעו מפורשות בגזר הדין יביאו להפעלת התנאי; האם יש להגביל את העונש אך ורק לעבריינים ספציפיים; והאם ניתן להשית עונש מאסר בפועל בשילוב עם עונש מאסר על תנאי.

²³ הצעת חוק התשי"ד, בעמ' 10.

²⁴ ד"כ 15, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 231.

²⁵ חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953 (האם כאן באמת צריך הפניה לחוק? או שאולי מדובר על דברי הסבר או הצעת החוק? והאם שנת 1953 ולא 1954? - כאן מדובר בהפנייה לדברי הכנסת. ראי סעיף 9.4 לכללי האזכור האחד משנת 2013) - אין כלל 9.4, כלל 9 מדבר על חקיקה עותמאנית. אם את מפנה לד"כ, צריך להפנות לפי כלל 10.1, ואם פרוטוקול הישיבה לא פורסם, אז לפי כלל 11. לא ראיתי בשום מקום שצריך להפנות גם לחוק עצמו, כשמדובר על הפניה לדברי הכנסת, אלא אם כן את מפנה להצעת החוק, ואז זה כלל 10.4, וצריך לציין בהתחלה "הצעת חוק...". בגלל זה שאלתי אם את מפנה להצעת החוק. ככל שכן, צריך להוסיף כאמור את המילה "הצעת" בתחילת ההפניה. רוטוקול ישיבה מס' 331 של הכנסת ה-2, 324, 331 (7.12.1953).

²⁶ סעיף 15 להצעת החוק התשי"ד.

²⁷ *Sentencing Amendment (Abolition of Suspended Sentences & Other Matters) Act 2013* (Vict.) (Austl.).

²⁸ *Crimes (Sentencing Procedure) Amendment (Sentencing Options) Act 2017* (N.S.W.) (Austl.). לאחרונה הוצע גם בטסמניה (אוסטרליה) לבטל את המאסר על תנאי בשלבים. ראו *Sentencing Amendment (Phasing out of Suspended*

Sentences) Act 2017 (Tas.) (Austl.).

²⁹ גזליאיל, גלון ווינשלמר, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 21-19.

³⁰ חיקון התשי"ד, לעיל ה"ש 3.

ניתן ללמוד מסעיף 18 לתיקון התשי"ד, אשר הסדיר את המאסר על תנאי בישראל, כי המאסר על תנאי שהתקבל בישראל הוא ייחודי לשיטת המשפט הישראלית. אמנם המאסר על תנאי שמר על מהותו המקורית כעונש מאסר אך נשיאתו נדחית.³¹ המחוקק הישראלי ביקש בכל זאת (הכללים בפסיקים הם גמישים, לדעתי כאן לא מתאים פסיקים, זה קוטע סתם את רצף הקריאה, היכן שלא באמת צריך לקטוע אותו, זה ברור גם ללא הפסיקים. לשיקולך) "לעצב" את העונש כך שיתאים לשיטת המשפט הישראלית, במטרה לחזק את האפקט ההרתעתי שמיוחס לו. למעט שני מחקרים שבוצעו בשנים הראשונות להחלת עונש מאסר על תנאי,³² לא ברור עד כמה הצליח המחוקק במשימתו זו. זאת, בייחוד נוכח העובדה שמאז החלתו בישראל עורר המאסר על תנאי דילמות משפטיות לא מעטות, במיוחד בכל מה שקשור בצמצום שיקול הדעת השיפוטי בשאלת הפעלת התנאי וההשלכות שגררה אחריו הגבלה זו. כפי שנראה בהמשך (זה נכון כאשר המשפט מתחיל במשלים – כלומר במושא או בתואר הפועל, או כשמדובר במשפט טפל שמחובר לנשוא. כאן הוא לא מתחיל במשלים ואין זה משפט טפל, ולכן אין מקום להקדים את הנשוא לנשוא. למעשה, ההקדמה למשפט לא קשורה תחברית לנשוא ולנשוא, היא רק מתארת מה את מתכוונת להראות בהמשך. לכן, אפשר גם לוותר עליה, אין לה משמעות מבחינת המשפט שאותו את רוצה להגיד אחר כך, שמתחיל במילה - המחוקק. לכן הכלל הזה לא תופס כאן), המחוקק נהג לתת מענה נקודתי לאותן דילמות, אך בלטו בהיעדרן הוראות מנחות ומכוונות לבתי המשפט, כדי לצמצם את ההשלכות שעשויות להתעורר מהגבלה זו. המחוקק אף לא בחן את הממצאים של המחקרים היחידים שנערכו בשנים הראשונות להחלת המאסר על תנאי, במיוחד כאשר ערך תיקונים לאמצעי ענישה זה. מהתיקונים שאושרו ניתן ללמוד שהם היו אף בניגוד להמלצות ולממצאי אותם מחקרים. במסגרת עבודה זו נבקש להתמקד בסוגיה אחת ספציפית: כיצד משפיע קיומו של המאסר על תנאי ואורכו על העונש שמושת בגין העבירה הנוספת ועל מדיניות ההפעלה של עונש זה, בהתחשב בשיקול הדעת המוגבל של בתי המשפט בשאלת הפעלתו. בהמשך פרק זה נבקש להציג את המטרה בהחלת עונש המאסר על תנאי ואת ההתפתחות ההיסטורית של אמצעי ענישה זה, בעיקר תוך התמקדות בהוראות החוק שמתייחסות למהות המאסר על תנאי, להגבלת שיקול הדעת השיפוטי בשאלת הפעלת התנאי ובדרך הפעלתו.

1.2 תכלית החלת (בעיקרון שני הביטויים בסדר, אם את רוצה להיות עקבית אז נראה לי שבאמת עדיף לבחור בהחלה) המאסר על תנאי בישראל

מאסר על תנאי חוקק בישראל לראשונה רק בשנת 1954, וזאת בתיקון התשי"ד. בדברי ההסבר להצעת החוק שבאה להחליף את הפרק השביעי בחלק הראשון לפקודת החוק הפלילי, 1936 צוין כי:

החוק המוצע מבקש להנהיג במערכת החוק הפלילי הישראלי את,, המאסר על תנאי", הנפוץ בכל ארצות יבשת אירופה זה עידן ועדנים. צורה זו של ענישה יש בה כל היתרונות של עונש מאסר חמור להפחדת עבריינים אחרים, ואין בה המגרעות של כליאת אדם אשר בפעם ראשונה נתפס בקלקלתו ואשר דוקא כליאתו בבתי הסוהר עלולה לקלקלו – מגרעת, אשר בגללה נרתעים שופטים רבים מלשלוח למאסר עבריינים שנשפטו בפעם ראשונה. ידיעתו של העבריין, שהעונש שהוטל יבוצע אם ייתפס פעם שנית בעבירה, משמשת לו מעצור מהיגרר אחרי יצרו הרע. העובדה שבתי המשפט שלנו (כמו בתי המשפט באנגליה) אינם מוסמכים להטיל מאסר על תנאי, גרמה לכך,

³¹ ההיסטוריה של המאסר על תנאי נסקרה בהרחבה בספרו של אנסל ראו (1971); MARC ANCEL, SUSPENDED SENTENCE; ראו גם (1964) 80 L. Q. REV. 334 Marc Ansel, *The System of Conditional Sentence or Sursis*.

³² ראו שלמה שוהם ומשה זנדברג "המאסר על תנאי בישראל" עלון האגודה הישראלית לקרימינולוגיה 11 (1962) (להלן: שהם וזנדברג); ebba, 1969), לעיל ה"ש 11, Error: Reference source not found

שבמקרים, שבית המשפט היה צריך מצד חומרת העבירה לשלוח עבריין למאסר, אלא בשים לב לאישיותו של העבריין נרתע מעשות כן, פיטר אותו בית המשפט בקנס כספי או בערבות להתנהגות טובה – דבר העלול לעתים רחוקות לעשות את הדיון הפלילי פלסטר ולהחטיא את מטרת ההפחדה (הדגשה לא במקור, ני"ע).³³

בהמשך בסוגריים נכתב כי :

(הסמכויות שישנן לבתי המשפט לפי פקודת העמדת עבריינים במבחן, 1944, אינן ניתנות לשימוש יעיל אלא אם קצין מבחן מקבל על עצמו את הטיפול בעבריין; והמקרים בהם טיפול כזה הוא מעשי ורצוי לגבי עבריינים מבוגרים הנם נדירים מאד).³⁴

וזו הגדרת עונש מאסר על תנאי כפי שבאה לידי ביטוי בהצעת החוק:³⁵

בית המשפט הן אדם למאסר לתקופה קצובה, רשאי לצוות שהנידון לא ירצה עונש זה, אלא אם יורשע בשל מעשה פשע או עוון שעשה תוך תקופת זמן מסויימת שיקבע בית המשפט בגזר דינו; תקופה זו לא תפחת משנה ולא תעלה על חמש שנים מיום גזר הדין.

דברי ההסבר להצעת החוק מלמדים כי שתי מטרות עיקריות היו להנהגת עונש מאסר על תנאי:³⁶ המטרה העיקרית הראשונה הייתה שמאסר על תנאי יבוא במקום מאסר מידי, עבור עבריינים שזוהי להם עבירה ראשונה,³⁷ כאשר חומרת העבירה מצדיקה מאסר אך בית המשפט נרתע מלהורות זאת ועד להוספת

³³ הצעת חוק התשי"ד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 10.

³⁴ שם.

³⁵ שם, סעיף 15 להצעת החוק.

³⁶ ראו גם רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית" ספר שמגר חלק ב' 213, 245 (2003). ראו גם Sebban, 1969, לעיל ה"ש 11, סבעמ' 144-145. במאמרו ניסה סבה ללמוד מתוך הצעת החוק ודברי ההסבר לה על מטרות המחוקק והנחותיו.

³⁷ מטרה מיוחדת זו של המחוקק לא התממשה. כך עולה ממחקרם של שוהם וזנדברג, לפיו לא נמצא כי השופטים השיתו עונש זה כגד (בריינים שזוהי להם עבירה ראשונה, יותר מאשר כגד עבריינים מועדים. ראו שוהם וזנדברג, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 32, בעמ' 19. אנקר בספרו סבור, כי למרות שפרקטיקה זו עומדת בסתירה להנחת המחוקק הישראלי, ובסתירה לדברי הצעת החוק ולדבריו של שר המשפטים, הרי שבסעיף המקורי כפי שנתקבל, לא הגביל המחוקק את השתת המאסר על תנאי רק לעבריינים לראשונה – ולכן אין לפסול את הפרקטיקה הזאת מבחינה משפטית (ראו אהרן אנקר מאסר על תנאי 58 (1981), להלן: אנקר). אכן, בסעיף 18 לחוק מהתשי"ד אשר הסדיר את המאסר על תנאי בישראל, לא הייתה התייחסות מפורשת לפיה עונש זה נועד לעבריינים לראשונה. מהפסקיה עולה כי בתי המשפט נהגו להטיל עונש זה גם על עבריינים חוזרים/ מועדים (ראו ע"פ 29/55 מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט 599, 599 (1955), בו צוין כי נכון שברוך כלל מאסר על תנאי מיועד לאדם שנכשל לראשונה, וכי עברין שקופה של שרצים תלויה לו מאחוריו אינו ראוי שיתייחסו אליו באהדה יתירה והוא ינהה מקולת העונש של המאסר על תנאי. ברם, במקרה זה ההצדקה שנתן בית המשפט להשתת עונש זה, הייתה העובדה שחל שינוי בצורת חייו. בית המשפט הוסיף כי אין לעשות הכללות ולהפוך את העיקרון לכלל נוקשה. הכל תלוי בנסיבות המקרה). בתיקון משנת 1963 (סעיף 18 (ג) לתיקון התשכ"ג, לעיל ה"ש 4) הבהיר המחוקק את מה שכבר היה נהוג על ידי בתי המשפט, קרי שניתן להטיל עונש מאסר על תנאי גם נגד עבריינים חוזרים. תיקון מהותי זה בחוק נעשה ללא דיון משמעותי בו למרות העמדות החלוקות בקרב אנשי המשפט בשאלה אם יש להגביל עונש זה אך ורק לעבריינים לראשונה, עמדות אשר הוצגו במהלך סימפוזיון שהתקיים בירושלים (סימפוזיון על דרכי ענישה בישראל (פרסומי המכון לקרימינולוגיה, מספר 3 ירושלים התשכ"ג) (להלן: סימפוזיון על דרכי ענישה בישראל)). דעה אחת של שופט בית המשפט המחוזי בירושלים, השופט יי כהן, גרסה כי עונש זה מתאים לעבריינים מועדים במקרים בהם השופט סבור שיש לתת לאותם עבריינים הזדמנות נוספת לחזור למוטב, כאשר חינוך אינו מתאים להם אך יתכן שמאסר על תנאי ירתיע אותם במיוחד בשל העובדה שהם בעצמם יקבעו את גורלם. כיצד? בהיותם עבריינים מועדים, הם טעמו את טעם בית הסוהר, לכן הם מודעים לחומרת העונש של שהייה מאחורי סורג ובריח. בהיותם מודעים לתוצאות של הפעלת התנאי, ייתכן שהם ישקלו את צעדיהם היטב לפני שיעברו עבירה נוספת. שם, בעמ' 26. דעה נוספת ונגדית הציג ש' קוארט, המשנה לפרקליט המדינה, אשר סבר כי מאסר על תנאי מיועד לעבריינים לראשונה שהמחוקק ביקש לתת להם הזדמנות לתקן את דרכם ולכן היה מוכן לדחות את ביצוע העונש. לגישתו, זה לא המצב עבור עברין מועד אשר בהתנהגותו הוכיח כי דרכי ענישה קודמים לא תקנוהו ואף לא הרתיעוהו, ולכן אין כל תועלת, מבחינת הפרט ומבחינת טובת הציבור, לדחות את נשיאת עונשו. שם, בעמ' 27. דעה שלישית שהובעה הייתה של מ' ולינסקי, סגן פרקליט מחוז ירושלים, וממנה עלה כי אינו מזדהה עם אף אחת מהדעות שהוצגו. לגישתו, אין מקום לקבוע כי המאסר על תנאי יוטל אך ורק על עבריינים לראשונה או שיוטל אך ורק באותם מקרים בהם הנאשם הוא בעל עבר פלילי. לגישתו, יש להשאיר את הדבר לשיקול דעתו של בית המשפט אשר ישקול את העונש הראוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. שם, בעמ' 28.

אמצעי ענישה זה היה מסתפק בקנס. המטרה העיקרית הנוספת הייתה שמאסר על תנאי נועד לספק אפשרות לקיומו של אמצעי ענישה נוסף, עבור אותם מקרים שבהם אין טעם בטיפול של קצין מבחן, או במקרים שבהם דרושה הרתעה חזקה יותר כדי להגן על הציבור, כאשר עונשים מסוג קנס או התחייבות לא הספיקו לצורך הרתעה זו מחד גיסא, אך עונש מאסר בפועל היה חמור מדי, מאידך גיסא.³⁸

שתי מטרות נוספות עלו במהלך הדיונים בהצעת החוק. הראשונה מטעם שר המשפטים, שציין כי המאסר על תנאי נועד גם לצמצום אוכלוסיית האסירים בבתי הכלא. וכך נטען:

אצלנו אין לזלזל בחשיבות החידוש הזה גם מבחינת אישפוז האסירים בבתי הסוהר. בעבר קרה כמה פעמים, ששר המשטרה נאלץ היה להשתמש בסמכות מיוחדת הניתנת לו בפקודת בתי הסוהר 1946, לשחרר אסירים מבתי הסוהר לפני זמנם, מרוב הצפיפות שבהם ומרוב קופצים להתקבל לתוכם.³⁹

המטרה השנייה הוצגה על ידי היועץ המשפטי לממשלה, שגרס כי מאסר על תנאי יבוא במקום מאסרים לתקופה קצרה. לגישתו, לאחר הנהגת המאסר על תנאי לא יהיה צורך במאסרים לתקופה קצרה.⁴⁰

אם נסכם עד כה, מהמטרה השנייה שצוינה לעיל עולה כי המאסר על תנאי לא נועד אך ורק להוות תחליף למאסר בפועל אלא גם להחיל עונש בחומרה בינונית – חמור מקנס, התחייבות או צו מבחן אך קל מעונש מאסר בפועל, אשר נועד להבטיח ענישה הולמת למקרים בהם העונשים הקיימים לא היו הולמים מספיק, לקולא או לחומרא (לשיקולך, האקדמיה לא הכריעה בעניין בגלל שמדובר בהשאלה מארמית. את יכולה לראות במאמר הבא: <https://hebrew-academy.org.il/wp-content/uploads/onlyAhavritLX11-3.pdf>).⁴¹ למרות שהמחוקק צפה כי המאסר על תנאי, במקרים מסוימים, עשוי להחליף גם קנס⁴² או התחייבות,⁴³ עדיין המטרה העיקרית הייתה שיחליף מאסר בפועל.

חרף מגוון התכליות שראה המחוקק בהנהגת המאסר על תנאי, בית המשפט העליון לדורותיו ראה כי תכליתו המרכזית של עונש מאסר על תנאי היא כפולה: מתן הזדמנות לעבריין לתקן את דרכיו בלי

³⁸ במקרים בהם העונש הראוי היה פחות חמור ממאסר ובכל זאת הוטל עונש מאסר, השתמש נשיא המדינה בסמכותו להקל בעונשו של הנדון. כך עולה מדברי שר המשפטים במליאת הכנסת בדיון בהצעת החוק. ראו ד"כ 15, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 231 (כך אמר: "לעתים קרה – לא לעתים קרובות – שנשיא המדינה השתמש בסמכותו לפי חוק המעבר תש"ט-1949, והפחית או המיר ענשי מאסר, מכיוון שלפי דעתו ודעת יועציו היו אלה מקרים שבהם לא היה מן הראוי לשלוח את העבריינין מיד לבית הסוהר, או להחזיקו בו תקופה ממושכת").

³⁹ ראו ד"כ 15, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 231. למעט מקרה בודד זה, לא הייתה התייחסות חוזרת למטרה ספציפית זו.

⁴⁰ ראו פרוטוקול ישיבה מס' 54/ג של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 2 (19.7.1954) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 54/ג של ועדת החוקה, חוק ומשפט). מדובר בפרוטוקולים שלא פורסמו באתר הכנסת. העתקים של הפרוטוקולים אליהם הפניתו בעבודה זו נמצאים ברשותי, נ"ע.

⁴¹ פרוטוקול ישיבה מס' 7/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 4 (15.2.1954).

⁴² פרוטוקול ישיבה מס' 8/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 6 (23.2.1954) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 8/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט). היועץ המשפטי הניח כי מאסר על תנאי עשוי להחליף את מרבית הקנסות שהוטלו לפני התיקון.

⁴³ ד"כ 15, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 233, שר המשפטים הצהיר שהוא מצפה שבמקרים מסוימים, מאסר על תנאי יחליף התחייבות. ראו גם הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953, פרוטוקול ישיבה מס' 334 של הכנסת ה-2, 363, 372 (14.12.1953) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 334 של הכנסת ה-2) (מדובר כאן בדברי הכנסת לכן צריך להשאיר את שם הצעת החוק). אם מדובר בהצעת חוק, צריך לפי כלל 10.4 להוסיף גם את המילה "הצעה" בתחילת ההפניה.

למצות עמו את מלוא עונש המאסר בפועל והרתעה אישית. קרי: הרתעת העבריין מלשוב לסורו ולבצע עבירות נוספות, בעיקר שבבסיסו של עונש זה עומדת ההנחה שלפיה האיום הצפוי במאסר של ממש – ימנע מהנאשם לבצע עבירה חדשה.⁴⁴

1.3 התפתחות היסטורית של המאסר על תנאי בישראל

עם קום המדינה הוחל בישראל המשפט המנדטורי מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. שיטת העונשין בישראל נקבעה בפקודת החוק הפלילי, 1936⁴⁵ בעיקר סעיפים 37-47 הנוגעים לדרכי ענישה. העונשים הנהוגים היו: התחייבות להימנע מעבירה, קנס, מלקות,⁴⁶ מאסר ועונש מוות.⁴⁷ לצידם של עונשים אלה הייתה נהוגה בישראל שיטת המבחן מכוח פקודת העמדת עבריינים במבחן, 1944.⁴⁸ החוק מתשי"ד היה הניסיון הראשון לערוך תיקון של ממש בדרכי הענישה המנדטוריות ולגבש את שיטת העונשין של המחוקק הישראלי. בדברי ההסבר להצעת החוק צוין מפורשות כי גם תיקון זה אינו מתיימר להיות מעשה חקיקה יסודי ומקיף:

[...] אין הוא מעשה חקיקה יסודי המקיף את הבעיה על כל צדדיה אלא

מכניס תיקונים מסויימים שיעילותם תיבחן אגב השימוש בהם.⁴⁹

יחד עם זאת, הודגש כי החוק מוצע בצורת חוק בפני עצמו ולא כתיקון לפקודת החוק הפלילי. אחד החידושים העיקריים והמהפכניים, כאמור, היה בהחלת המאסר על תנאי.⁵⁰ חוק זה תוקן מספר פעמים כאשר התיקון העיקרי היה משנת התשכ"ג,⁵¹ ובו נערך תיקון מקיף של המאסר על תנאי ובמסגרתו הוספו שמונה סעיפי חוק חדשים הנוגעים אך ורק למאסר על תנאי – סעיפים 18א' עד 18ח'. ההוראות שמתייחסות למאסר על תנאי שולבו ללא שינוי בסעיפים 18 עד 26 שבחוק דיני העונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], התש"ל-1970.⁵² עם חקיקת חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) שולבו בו הוראות החוק לתיקון דיני העונשין וכיום ההוראות הנוגעות למאסר על תנאי מצויות בסימן ג' לפרק ו' לחוק העונשין בסעיפים 52-60.

בחלק זה תוצג היסטוריית החקיקה של המאסר על תנאי תוך התמקדות בנושאים הרלוונטיים לשאלת המחקר. הסקירה תכלול גם את עיקר הדיונים שהתקיימו בוועדת החוקה, חוק ומשפט ובוועדת המשנה שלה תוך התייחסות לנוסח שבחוק העונשין משנת 1977.

1.4 מהותו של המאסר על תנאי

⁴⁴ ראו רע"פ 5798/00 ריזי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 1, פס' 11, בעמ' 17 לפסק דינה של השופטת בייניש (כתוארה אז) (2001) (להלן: עניין ריזי). רע"פ 1553/15 עיסא נ' הוועדה המקומית לתכנון ובנייה "השומרון", פס' 12 לפסק דינו של השופט גיברא (פורסם באר"ש, 31.10.2017) (להלן: עניין עיסא).

⁴⁵ ע"ר מוס' 1, 263.

⁴⁶ עונש זה בוטל בחוק ביטול עונש מלקות, התשי"א-1950, ס"ח ש 61.

⁴⁷ בשנת התשי"ד בוטל עונש המוות על רצח בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש המוות על רצח), התשי"ד-1954, ס"ח ת 74, אך נשאר בתוקפו ביחס לעבירות מיוחדות כגון: בגידה בשעת מלחמה ופשעים נגד העם היהודי ונגד האנושות.

⁴⁸ ע"ר מוס' 1, 128.

⁴⁹ הצעת החוק התשי"ד, לעיל ה"ש 19, עמ' 9.

⁵⁰ סעיף 18 לחוק התשי"ד הסדיר את עונש המאסר על תנאי.

⁵¹ תיקון התשכ"ג, לעיל ה"ש 4 ח.

⁵² ס"ח ת 09.

הוראת סעיף 52 לחוק העונשין מעניקה לבית המשפט סמכות להטיל מאסר על תנאי וקובעת את גדרותיה. מהותו של המאסר על תנאי היא השתת עונש מאסר על העבריין בגין הרשתו הנוכחית, אולם העונש יופעל רק אם בתקופה שנקבעה (תקופת התנאי), יעבור העבריין עבירה נוספת שהוגדרה בגזר הדין, ככזו שמפעילה את התנאי. וזו לשון ההוראה:

(א) הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי.

(ב) (1) מי שנידון למאסר על תנאי לא ישא את ענשו אלא אם עבר – תוך תקופה שנקבעה בגזר דינו ושלא תפחת משנה ולא תעלה על שלוש שנים (להלן – תקופת התנאי) – אחת העבירות שנקבעו בגזר הדין והורשע בשל עבירה כזאת (להלן – עבירה נוספת) תוך תקופת התנאי או לאחריה.

.....

(ד) קביעת העבירות לפי סעיף קטן (ב) יכול שתהיה בציון סוג של עבירות או בפירוט עבירות מסויימות, אם דרך תיאורן ואם דרך אזכור הוראות חוק; [...]

1.4.1 תנאים מקדמיים: קביעת התנאי

כעולה סעיף 52 לחוק העונשין, בית המשפט אשר מחליט להשית עונש מאסר על תנאי מחויב לפעול לפי התנאים המוקדמים כלהלן:

1. בית המשפט הטיל עונש מאסר

על פי הנוסח המילולי של לשון סעיף 52 לחוק העונשין, אם החליט בית המשפט להטיל עונש מאסר, רשאי הוא להתנות את כל התקופה או חלקה. הוראת החוק מדריכה את השופטים לפעול בשני שלבים: בשלב הראשון להחליט אם עונש המאסר הוא העונש הראוי בנסיבות המקרה ורק בשלב השני להחליט אם יש מקום להתנות את התקופה. המשתמע מלשון החוק הוא, שתנאי מקדמי להטיל מאסר על תנאי הוא קביעה כי העונש הראוי בנסיבות המקרה הוא עונש מאסר, אחרת אין סמכות לבית המשפט להשית מאסר על תנאי. היצמדות לפירוש מילולי של הוראת החוק, מטעה היא במיוחד שאינה מתיישבת עם כוונה המחוקק. כפי שכבר הראינו, המטרה העיקרית בהנהגת המאסר על תנאי הייתה להוסיף אמצעי ענישה לאמצעים הקיימים. לכן, כאשר הונחה ההצעה להנהיג את המאסר על תנאי כאמצעי ענישה נוסף, לא ראו בו עונש שיבוא רק במקרים שבהם כבר נגזר מאסר בפועל. היטיב לציין זאת שר המשפטים פי' רוזן:

[...] אנו, הממשלה, הצענו את החוק הזה לא כדי להחמיר ולא כדי להקל, אלא כדי לייעל. מאסר על-תנאי יכול להיות במקרים מסויימים, בהשוואה אל הפראקטיקה של היום, עונש חמור, ובמקרים אחרים – עונש קל. ברצוני לומר, שרבה תקוותנו, שהשופטים ישתמשו במאסר על-תנאי דווקא במקרים רבים שבהם הם מטילים היום, באיך ברירה, מה שקרוי, „התנהגות טובה“.

בהשוואה אל התנהגות טובה – יש בלי ספק במאסר על תנאי משום החמרה. לעומת זה אנו מקווים, שבהרבה מקרים שהיום אומר בהם השופט: הדבר הוא רציני יותר ומכדי להטיל קנס או מתן ערבות להתנהגות טובה, אולם חבל לשלוח אדם זה למאסר כי הוא נתפס בפעם הראשונה בקלקלתו, הוא עוד צעיר לימים לפי הערך ואפשר עוד להחזירו למוטב, לא כדאי הכניסו לבית-הכלא, שם אולי יקולקל על-ידי חברותם של פושעים אחרים –

במקרים כאלה ישתמש השופט בסמכותו להטיל מאסר על-תנאי. זה עונש רציני, ואין לזלזל כלל בו.⁵³

כך גם עולה מדברי ההסבר להצעת החוק התשי"ד, לפיהם המאסר על תנאי בא לענות על המקרים שבהם בית המשפט אינו חפץ במאסר בפועל אך גם אינו רוצה לפטור את הנאשם בקנס בלבד.⁵⁴ לכן, עונש זה יכול לבוא גם במקרים שקודם לכן היו פוסקים בהם עונש קל יותר מהעונש הראוי, בשל העדרו של עונש ביניים מתאים.

מכאן שלשון הוראת החוק כפשוטה עשויה להטעות. גם אם אין לייחד את המאסר על תנאי למקרים שבהם היה בית המשפט משית מאסר בפועל אלמלא היה המאסר על תנאי, יש להיזהר שלא להפריז בהטלתו, במיוחד לאור הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בשאלת הפעלתו, והתוצאה לאחר הפעלתו היא שהנדון יישא את עונשו בכלא כפי שיתואר בהמשך.

2. כולו או מקצתו

בנוסח המקורי של סעיף 18 לחוק משנת התשי"ד נקבע מפורשות כי:

(א) מקום שבית המשפט רשאי להטיל עונש מאסר, רשאי הוא להטיל תמורתו מאסר על תנאי.

בדברי ההסבר להצעת החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה)(תיקון), התשכ"ב-1962,⁵⁵ צוין כי מלשונו של סעיף 18(א) לא ברור אם ניתן להמיר במאסר על תנאי גם חלק מן העונש. בתי המשפט, ובית המשפט העליון בכללם, כך צוין, נוהגים לעשות כן.⁵⁶ לכן, הוצע "לשפר" את לשון החוק ולתת גושפנקה לנוהג זה.

בעניין ספציפי זה דעתי (דעתי או דעתנו?) שונה מהטיעון שהוצג בהצעת החוק האמורה לפיו לא הייתה ברורה עמדתו של המחוקק. לעניות דעתי, עמדתו של המחוקק הייתה נהירה וחד משמעית לפיה משהחליט בית המשפט להטיל עונש מאסר על תנאי, על בית המשפט להתנות את כל התקופה. לבית המשפט לא הייתה סמכות להתנות חלק מהתקופה ואת היתרה יישא הנאשם בתוך כותלי הכלא. מסקנה זו מתבקשת מהשיח שהתנהל בין חברי הוועדה בוועדת החוקה, חוק ומשפט בעניין ספציפי זה ומהנוסח הסופי שנתקבל. במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט בשנת 1954 הציע חבר הוועדה יי רבין להשאיר לבית המשפט שיקול דעת להתנות רק חלק מתקופת המאסר להבדיל מכל התקופה.⁵⁷ לגישתו, אין מניעה שבית המשפט, שנוכח כי התנהגות הנאשם ניתנת לתיקון, יטיל מאסר בפועל לתקופה קצרה בנוסף למאסר על תנאי. הצעה זו נדחתה ממספר נימוקים: הנימוק הראשון גורס כי מאסר על תנאי נועד להראות שנעשה חסד עם הנאשם בכך שבית המשפט נמנע מהשלכתו של הנאשם מאחורי סורג וברית. אם בית המשפט יטיל שילוב עונש מאסר בפועל ומיד לאחריו מאסר על תנאי לא יתעוררו אצל הנאשם אותם רגשות טובים.⁵⁸ על פי הנימוק השני, אם בית המשפט בדעה כי אין חשש שהנאשם יחזור לסורו ויבצע עבירה נוספת, במקרה זה מאסר על תנאי הוא העונש הראוי ואין כל צורך במאסר לתקופה קצרה. מנגד, אם בית המשפט סבור שמאסר על תנאי לא יתקן את דרכו של הנאשם, אז לא תהיה כל תועלת מהתניית ולו חלק מהתקופה.⁵⁹

⁵³ פרוטוקול ישיבה מס' 334 של הכנסת ה-2, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 43, שם.

⁵⁴ דברי הסבר להצעת החוק התשי"ד, לעיל ה"ש 19, עמ' 6.

⁵⁵ ה"ח 246 (להלן: הצעת החוק תיקון התשכ"ב). בדברי ההסבר להצעת החוק, צוין כי הצעה זו הוגשה במטרה לתקן את החוק בעקבות הניסיון שנצבר במשך שבע שנים מיום הנהגתו. באותה תקופה נתגלו נקודות תורפה שמצריכות וטעונות תיקון.

⁵⁶ שם, בעמ' 252.

⁵⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 54/ג של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 40, בעמ' 2.

⁵⁸ עמדת חבר הוועדה יי שפירא. שם.

⁵⁹ שם.

הנימוק השלישי מעלה את החשש שהענקת סמכות להתנות תקופת מאסר תביא לעלייה בהטלת עונשי מאסר קצרים, בעוד שאחת המטרות של המאסר על תנאי הייתה להביא לביטולם. לא כל שכן, גזירת מאסר לתקופה קצרה נחשבת כהרת אסון לנאשם ומצד שני אינה מביאה כל תועלת למדינה.⁶⁰ כתוצאה מכך, הכנסת הצביעה על דחיית ההצעה לאפשר התניית חלק מתקופת המאסר.⁶¹ מכאן שהטענה כי עמדתו של המחוקק לא הייתה ברורה, אינה מדויקת.

למרות הוראה מפורשת זו של המחוקק, שלא לאפשר לבית המשפט סמכות להתנות רק חלק מהתקופה, במספר לא קטן של מקרים, החליט בית המשפט העליון להטיל שילוב של עונש מאסר בפועל ומאסר על תנאי.⁶² במקום שהמחוקק יבהיר לבית המשפט כי נוהג זה הוא בניגוד להוראת החוק, תשע שנים לאחר דחיית ההצעה, אישר המחוקק את התיקון שבהצעת החוק ללא דיון ענייני המסביר את השינוי בעמדתו.⁶³ לא כל שכן, הדעות היו חלוקות בשאלה אם עונש מעורב של מאסר בפועל ולאחריו מאסר על תנאי הוא עונש רצוי.⁶⁴ אם לא די בכך, תיקון זה היה בניגוד למחקר המשותף של שוהם וזנדברג, אשר מצאו ששיעור הפרת התנאי בקרב נבדקים שהושת עליהם עונש מעורב של מאסר בפועל ומאסר על תנאי היה גבוה, ולכן המליצו על איסור הנהגת מאסר על תנאי חלקי.⁶⁵

השאלה אם תיקון זה היה נכון חורגת משאלת המחקר בעבודה זו. ברם, במאמר שפורסם לאחרונה, עולה כי לתיקון זה הייתה השפעה על מדיניות גזירת עונש המאסר על תנאי. אם בשנים הראשונות להחלתו, המאסר על תנאי היה עונש חלופי למאסר או לעונשים פחות חמורים כמו קנס או התחייבות, כיום המאסר על תנאי משמש כעונש נוסף למאסר בפועל או לעונשים אחרים ומעט מאוד כעונש שמושת בפני עצמו.⁶⁶

3. קביעת אורך המאסר המותנה

בישראל, בניגוד לרוב המדינות אשר מוחל בהן עונש מאסר על תנאי,⁶⁷ אין הגבלה על אורך תקופת המאסר שאפשר להתנות. עם זאת, חלות עליו ההגבלות המוטלות על עונש מאסר ועל כן הוא מוגבל לעונש המרבי

⁶⁰ עמדת היועץ המשפטי לממשלה. שם.

⁶¹ חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, פרוטוקול ישיבה מס' 490 של הכנסת ה-2, 2663, 2675 (8.9.1954) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 490 של הכנסת ה-2).

⁶² למשל ראו ע"פ 88/57 פריד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"א 910, 912 (1957). בית המשפט העליון חה את הערעור והשאיר על כנו עונש מאסר של 9 שעה חודשי מאסר בפועל בנוסף לתשעת-החודשים של המאסר על תנאי). ע"פ 25/58 גרינברג נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ב 481, 482 (1958). בית המשפט העליון ישר עונש מאסר של שנתיים מאסר בפועל ושנתיים נוספות של מאסר על תנאי שנגזרו בבית המשפט המחוזי (ע"פ 91/59 היועץ המשפטי לממשלה נ' הנדי, פ"ד י"ג 1007, 1008 (1959)). בית המשפט העליון יבל את ערעור המדינה וגזר דינו של המשיב לשישה-חודשי מאסר בפועל בנוסף ל-12 החודשים של המאסר על תנאי).

⁶³ פרוטוקול ישיבה מס' 110 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, 101 (12.12.1962) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 110 של ועדת החוקה, חוק ומשפט). ציג משרד המשפטים שלגי ציין כי: "בתי המשפט למעשה נהגו כך ואין כאן שינוי" ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 115 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, 10 (26.12.1962). שופט ב' הלוי ציין כי העונש השכיח שנאסף היה שילוב של מאסר בפועל ומאסר על תנאי).

⁶⁴ על מחלוקת זו עמד אנקר בספרו, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 37, בעמ' 74-75. ראו גם Sebban 1969, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 11, בעמ' 161-163.

⁶⁵ שוהם וזנדברג, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 32, עמ' 18.

⁶⁶ ראו Nevine Emmanuel & Oren Gazal-Ayal, *Suspended Sentences and Service Labor in Israel—From Alternatives to Imprisonment to Net-Widening*, 82(1) LAW & CONTEMP. PROBS. 111 (2019). אם בתחילת שנות הששים שילוב המאסר על תנאי ומאסר בפועל עמד על 1% מכלל גזרי הדין, בשנת 2010 בבתי משפט השלום שילוב של שני העונשים עמד על 38.8%. ממצא משמעותי יותר, הראה כי בבתי משפט השלום בשנת 2010 97% מעונשי המאסר בפועל הוטלו עם מאסר על תנאי. שם, בעמ' 121 (להלן: Emmanuel & Gazal-Ayal).

⁶⁷ באנגליה עונש המאסר המרבי שניתן להתנות עומד על שנתיים (ראו Keir Irwin-Rogers and Julian V. Roberts, *Swimming Against the Tide: The Suspended Sentence Order in England and Wales, 2000–2017*, 82(1) LAW & CONTEMP. PROBS. 137, 139 (2019)). בהולנד, עונש מאסר עד 4 שנים ניתן להתנות אך התקופה שניתן להתנות לא תעלה על 24 חודשים (ראו Pauline G.M. Aarten, *Exploring Probation Supervision Compliance in the Netherlands*, 82(1) LAW & CONTEMP. PROBS. 227, 235-6 (2019)). באוסטרליה, בכל אזור שיפוט יש הוראה אחרת, לסקירה ראו Arie Freiberg, *Suspended Sentences in Australia: Uncertain, Unstable, Unpopular and Unnecessary?* 82(1) LAW & CONTEMP. PROBS. 81, 81-3 (2019) (להלן: Freiberg).

שקבוע בחוק בגין אותה עבירה.⁶⁸ מכאן, גם במקרה שהושת עונש הכולל מאסר בפועל לצד מאסר על תנאי, התקופה המצטברת של השניים לא תעלה על העונש המרבי לאותה עבירה.⁶⁹

יחד עם זאת, למרות העדר מגבלה בקביעת אורך המאסר שניתן להתנותו, כאשר הנהיג המחוקק את המאסר על תנאי לא התכוון כי תקופת המאסר שיש להתנות תהיה שונה מזו שהיה בית המשפט מטיל לו המאסר היה נישא באופן מיידי. דברים אלה נאמרו מפורשות על ידי שר המשפטים, במליאת הכנסת בדיון בקריאה ראשונה לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה)(תיקון), התשכ"ב-1962:

[...] שאין זו הבנה נכונה של המוסד הזה, מאסר על תנאי, כאשר מטילים עונש גדול יותר מכפי שהנאשם ראוי לו, מפני שזה הוטל על תנאי. אין החוק הזה בא להרע את מצבו של הנאשם. הוא בא לעזור לו, ולתת לו הזדמנות, אם זאת הפעם הראשונה שהנאשם עבר עבירה, או אם השופט מצא שאפשר להיטיב את דרכיו, אם לא ישלחו אותו לבית-סוהר, כפי שאמרתי בדברי הקודמים. לדעתי, אין זה נכון להטיל תקופת מאסר גדולה כדי להרתיע יותר.⁷⁰

חבר הכנסת צדוק במליאת הכנסת אף הציע פתרון שיש בו כדי להבטיח שתקופת המאסר על תנאי תהיה דומה לזו שהיה בית המשפט מטיל לו המאסר היה נישא באופן מיידי. וזה הפתרון:

נראה לי שתהליך החשיבה השיפוטית בהטלת עונש מאסר על תנאי צריך להיות מורכב משני שלבים: השלב הראשון הוא – האם עבירה זו ראוייה לעונש מאסר, ואם כן – לאיזו תקופה, ותקופה זו צריכה להיקבע כאילו עמד השופט לפני הטלת עונש מאסר ממש; לאחר שהחליט השופט שהעונש המתאים הוא מאסר לתקופה מסויימת, בא השיקול השני – האם במקרה זה, בנסיבות הענין, ובעיקר – בהתחשב בנסיבות האישיות של הנאשם, מן הראוי שהמאסר או חלקו יהיה על תנאי, כדי לתת לנאשם שאנסה לתקן את דרכיו.⁷¹

חבר הכנסת צדוק לא הציע שבחוק ייקבעו כללים בנוגע להליכי החשיבה השיפוטית אך סבר כי:

[...] הייתי סבור שהדברים האלה צריכים להישמע, ואולי מן הראוי לחפש דרך של מתן ביטוי בחוק למגמה הזאת, שהיא לדעתי הנכונה לגבי הפעלת עונש מאסר על תנאי.⁷²

תחילה, נראה כי בית המשפט העליון קיבל טענה זו. בהחלטה משנת 1957 בית המשפט העליון עשה הבחנה ברורה בין ההחלטה על אורך המאסר שייקבע בהתאם לחומרת העבירה לבין ההחלטה אם להורות על

⁶⁸ ראו דברי השופטת ביניש (כתוארה אז) בעניין ריזי, לעיל ה"ש 44, בעמ' 11.

⁶⁹ ראו ע"פ 7043/05 פלד נ' מדינת ישראל, סעיף 3 לפסק דינו של השופט אלון (פורסם בנבו, 21.5.2007) (להלן: עניין פלד).

⁷⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 171 של הכנסת ה-5, 6, 14 (29.10.1962) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 171 של הכנסת ה-5).

⁷¹ שם, בעמ' 12. יש בדבריו כדי לצמצם את המטרה בהנהגת המאסר על תנאי כחלופה למאסר בפועל בלבד ולא כעונש בפני עצמו שיכול לבוא גם מקום שמאסר בפועל אינו הולם את נסיבות המקרה.

⁷² שם.

התניית תקופת המאסר.⁷³ במקרה זה, קבע בית המשפט העליון כי העונש הראוי עבור שני המערערים שהורשעו בעבירות התפרצות הוא תשעה חודשי מאסר תחת שלושה חודשי מאסר שקבע בית המשפט בערכאה הראשונה. ברם, בהתחשב בכך שמדובר בעבריינים לראשונה ובהתחשב בנסיבות האישיות שלהם (נסיבות שלא פורטו בהחלטה), הורה בית המשפט על התניית תקופת המאסר. במילים אחרות, בית המשפט העליון קבע כי אורך המאסר ייקבע על פי חומרת העבירה בלבד ללא קשר לשאלה אם יורה על התנייתו.

אולם, בית המשפט העליון לא הנה עקבי בהחלטותיו. למרות ההצהרה כי אין להאריך עונש מאסר רק בשל העובדה שבית המשפט הורה על התנייתו, בחלק מהמקרים הטיל בית המשפט העליון מאסר על תנאי לתקופה ארוכה יותר מהתקופה של המאסר שהשית בית המשפט בערכאה הראשונה. כך למשל בעניין גרינברגר הטיל בית המשפט העליון שלושה חודשי מאסר על תנאי תחת חודש מאסר שהושת בערכאה הראשונה.⁷⁴ בעניין אחר קיבל בית המשפט העליון את הערעור ובמקום שלושה חודשי מאסר של ממש המיר לשישה חודשי מאסר על תנאי.⁷⁵ בעניין אבו-שאך המיר בית המשפט העליון עונש של שישה חודשי מאסר של ממש ל-12 חודשי מאסר על תנאי.⁷⁶

העדר עקביות בהחלטות בית המשפט העליון ביחס ההמרה שבין מאסר של ממש למאסר על תנאי תרם לתופעה של גזירת עונש מאסר על תנאי ארוך ובלתי מידתי רק כדי להעצים את האפקט ההרתעתי המיוחס לעונש זה. תופעה זו הובילה לביקורת רבה ולהסכמת חברי הכנסת להתגמש בנושא שיקול הדעת של בית המשפט בשאלת הפעלת התנאי כפי שיווהר בהמשך. בחלק זה, ביקשנו להראות כי המחוקק, בעת שהנהיג את עונש המאסר על תנאי, לא התכוון כי תקופת המאסר תהיה ארוכה יותר רק בשל העובדה שהורה בית המשפט על התנייתה.

4. קביעת אורכה של תקופת התנאי
לאחר קביעת אורך המאסר המותנה על בית המשפט לקבוע את תקופת התנאי.⁷⁷ סעיף 52(ב) לחוק העונשין מהווה הסבר ופירוט של הסיפה של סעיף 52(א). סעיף זה קובע, בין היתר, את מתחם תקופת התנאי, כאשר המחוקק קבע תקופה מזערית של שנה אחת ותקופה מירבית של שלוש שנים והשאיר לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את אורך תקופת התנאי בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. בבואו של בית המשפט לקבוע את תקופת התנאי, רשאי הוא לשקול בין יתר השיקולים גם את חומרת העבירה. חריג לכלל זה נמצא בסעיף 52(ב)(2): סעיף משנה זה קובע הסדר מיוחד בקשר לעבירות בחירות שאז יכול שתעלה התקופה על שלוש שנים ובלבד שלא תעלה על חמש שנים. הטעם לכך הוא, כמובן, שבחירות לכנסת או

⁷³ ע"פ 224/56 חסן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"א 733, 735 (1957).

⁷⁴ ע"פ 138/57 גרינברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"א 1204 (1957).

⁷⁵ ע"פ 90/58 טולידו נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד י"ב 932, 933 (1958).

⁷⁶ ע"פ 149/55 אבו-שאך נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ט" 1698, 1699 (1955).

⁷⁷ תקופת התנאי היא מעין תקופת התיישנות – לפיה אם הנידון לא ביצע עבירה בתוך תקופת התנאי אזי עם פקיעת התנאי האיום בהפעלת התנאי מוסר באופן מלא. המחוקק אבחן בין ביצוע עבירה נוספת בתוך תקופת התנאי לבין מועד הרשעה בגין העבירה החדשה. המחוקק ציין מפורשות כי אין חובה כי ההרשעה תהיה בתוך תקופת התנאי אלא ניתן להרשיע גם לאחר פקיעת התנאי. המחוקק שתק בשאלה אם קיימת תקופת התיישנות שאחריה לא ניתן להפעיל את התנאי, למעט הערת אגב של חבר ועדת החוקה, חוק ומשפט מ' בגין בדיון מיום 12.12.62, שם ציין כי: "ההרשעה יכולה גם לבוא בתוך תקופת התנאי ויתכן אפילו אחרי זה. כמובן שיש ענין של התיישנות" (פרוטוקול ישיבה מס' 110 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 63, בעמ' 11). סוגיה זו לא מזמן נדונה בבית המשפט העליון, וכבוד השופט גיוראן פסק על דעת יתר שופטי הרכב, כי הוראת סעיף 10 לחוק סדר הדין הפלילי, שמסדירה את תקופת התיישנות של עונשים, חלה גם על עונש מאסר על תנאי. בית המשפט העליון הגיע למסקנה כי מניין תקופת התיישנות מתחיל מיום תחילת תקופת התנאי (להרחבה ולנימוקים המלאים ראו עניין עיסא, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 44, סעיף 41, עמ' 25 לפסק דינו של השופט גיוראן).

לרשויות המקומיות נערכות, בדרך כלל, פעם בארבע שנים ואורך של תקופת התנאי בת שלוש שנים לא תרתיע אדם מביצוע עבירת בחירות בתקופת הבחירות העוקבת.

בהצעת החוק המקורית משנת 1953 נקבעה תקופה מרבית של עד חמש שנים. הצעה זו נדחתה במהלך הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט לאחר שחברי הוועדה קיבלו את הצעת השופט הלוי, נשיא בית המשפט המחוזי חיפה דאז, לקצר את תקופת התנאי המרבית לשלוש שנים תחת תקופה של חמש שנים, מהנימוק כי אי אפשר לדרוש מאדם להיות אחראי למה שיעשה כעבור חמש שנים.⁷⁸

5. היקף התנאי: "אחת העבירות שנקבעו בגזר הדין"

בדיקה של תולדות החקיקה בנושא זה, מגלה כיצד התקדמה החקיקה בשלבים עד למצב הנוכחי, לפיו כולל התנאי רק עבירות שנקבעו מפורשות בגזר הדין. בשל חשיבות הנושא יוצגו השינויים שהתחוללו בנושא זה. בהצעת החוק המקורית משנת התשי"ד, כלל התנאי אי ביצוע כל עוון וכל פשע, וכך צוין בסעיף 15 להצעת החוק:

בית המשפט הדין אדם למאסר לתקופה קצובה, רשאי לצוות שהנידון לא ירצה עונש זה, אלא אם יורשע בשל מעשה פשע או עוון שעשה תוך תקופת זמן מסויימת שיקבע בית המשפט בגזר דינו; תקופה זו לא תפחת משנה ולא תעלה על חמש שנים מיום גזר הדין (הדגשה לא במקור, ני"ע).

הצעה זו נדחתה בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט. בדיון בוועדת המשנה הייתה הסכמה כללית כי כל עבירה מסוג פשע תיחשב כעבירה נוספת, אשר עם ביצועה ייראה הנאשם כמי שהפר את התנאי. דעה זו הייתה מוסכמת על השופטים, נציגי משרד המשפטים וחברי הוועדה. המחלוקת הייתה לגבי עבירה מסוג עוון: האם כל עבירה מסוג עוון תיחשב לעבירה נוספת שתביא להפעלת התנאי? היועץ המשפטי לממשלה ח' כהן (קיבלתי, צודקת) הציע במהלך הדיון כי הנאשם ייחשב כמי שהפר את התנאי רק ביחס לעבירות או סוג עבירות שצוינו מפורשות בגזר הדין, אם הנאשם יבצע אותן במהלך תקופת התנאי. כל עבירה אחרת מסוג עוון, שלא צוינה בגזר הדין, לא תיחשב כעבירה נוספת;⁷⁹ יוצא כי אם השופט לא קבע בגזר הדין כל עבירה מסוג עוון, הרי רק עבירה מסוג פשע תפעיל את התנאי. הצעה זו נתקבלה בסופו של יום, כך שבנוסח הסופי שאושר, נקבע כי התנאי כולל עבירה שהיא פשע או אחד העוונות המפורשים בגזר הדין.⁸⁰

במסגרת הצעת חוק תיקון התשכ"ב, הוצע לתקן את החוק באופן שייאמר בו כי התנאי כולל אחד הפשעים או העוונות שצוינו מפורשות בגזר הדין, ואם לא היה ציון כאמור, כל פשע שהוא. החידוש היה בכך שלא ראושה תוענק לשופט הסמכות לקבוע אילו עבירות מסוג פשע ייכללו בתנאי, ואם לא קבע, ברירת המחדל היא כל עבירת פשע. שני נימוקים עולים מדברי הסבר לתיקון המוצע:

ראשית, כשם שלגבי עוונות נהוג לתלות את הפעלת המאסר על תנאי בביצוע עבירות שהן דומות לעבירה שעליה הוטל העונש, כך ראוי לעשות, לעתים, גם לגבי פשעים. שנית, חומרת העונש הקבוע בחוק – והיא המבדילה בין פשע

⁷⁸ פרוטוקול ישיבה מס' 7/5 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 4 (1.2.1954). (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 7/5 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט). עמדה דומה הציגו חברי הוועדה מ' אונא ומ' בגין (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 7/7 של ועדת משנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 3).

⁷⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 7/7 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 4; פרוטוקול ישיבה מס' 9/7 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2, 2 (3.3.1954). (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 9/7 של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט).

⁸⁰ סעיף 18 (ב) לתיקון התשי"ד, לעיל ה"ש 3.

לעוון – אינה משקפת תמיד את חומרת העבירה שבוצעה, ולכן אין לומר שכל פשע הוא לעולם מעשה חמור מהעבירה שבוצעה ושלעולם ראוי לתלות בו את הפעלת המאסר על תנאי.⁸¹

בדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט דחו נוסח זה והנוסח שנתקבל בסופו של דבר, ביקש לחייב את בית המשפט שגוזר דינו של הנאשם לציין ולקבוע מפורשות את העוונות והפשעים אשר יפעילו את התנאי. הנימוק העיקרי היה, כי הסדר זה הוא נכון וצודק יותר כלפי הנידונים בכך שלא כל הפרה של עבירה מסוג פשע, אף אם היא לא מאותו "סוג" של העבירה המקורית, תביא להפעלת התנאי.⁸²

הרעיון שבהגבלת התנאי לעבירות מסוג מסוים מוסבר בדברי ח"כ ורהפטיג:

[...] יש לי ספקות בנוגע להפעלת המאסר על-תנאי ביחס שאסירים שהורשעו בשל מעשה פשע או עוון. נדמה לי שמסוכן לקבוע זאת בדרך כללית כל כך, כי אין זה צודק כלפי העבריין. נניח שהוא נענש בגלל עבירה של גניבה, ובית-המשפט דן אותו למאסר על-תנאי למשך חדשים מספר או אפילו שנה. לאחר פסק-הדין יכולה לקרות לאותו אדם תאונה בשעת נהיגה, למשל. איני יודע מה הוא הקשר בין עבירה זו ובין עבירתו הראשונה, ואיני יודע מדוע בהיענשו עתה, בגלל עוון, צריך יהיה לרצות גם את העונש הראשון. נדמה לי שצריכה להיות קוואליפיקציה, בין לפי סוגים מסויימים של עבירות, ובין לנימוקים שונים שהניעו לעבירה, כדי לקשור את העבירה השניה עם אופיו העבריני של האדם. לפעמים נענש אדם לא משום אופיו הפושע, אלא גם מסיבות שלא תמיד תלויות בו; יכול לקרות לו אסון והוא צריך יהיה לרצות עונש מסויים, אך אין בכך הוכחה שאופיו של אותו אדם מושחת הוא. סעיף 15 בא להטיל עליו מאסר על תנאי אם סופו מוכיח על תחילתו, כלומר אם סופו מוכיח כי מתחילתו היה איש זה מושחת-המידות. אולם אם אין זו עבירה המוכיחה על אופי פושע, אין הצדקה להטיל עליו את המאסר על-תנאי.⁸³

הנוסח שנתקבל היה:

18(ד). קביעת העבירות לפי סעיף קטן (ב) יכול שתהיה בציון סוג של עבירות או בפירוט עבירות מסויימות, אם דרך תיאורן ואם דרך אזכור הוראות חוק; אוזכרה הוראת חוק והיא בוטלה לאחר מכן והוראה אחרת באה במקומה, יראו את גזר הדין כמאזכר את ההוראה האחרת.

נוסח זה הוא הנוסח הקבוע היום בסעיף 52(ב)(1) לחוק העונשין.

⁸¹ הצעת החוק תיקון התשכ"ב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 252.

⁸² ראו למשל דברי חבר הוועדה ל' צדוק, פרוטוקול ישיבה מס' 126 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, 2 (23.1.1963) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 126 של ועדת החוקה, חוק ומשפט), דברי חברי הוועדה ב' אזניה, ד' בר-רב-האי וחי' טובי שהדגישו כי אין הצדקה שכל עבירה מסוג פשע תפעיל את התנאי, במיוחד לא עבירות שאינן מאותו סוג (פרוטוקול ישיבה מס' 110 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 63, בעמ' 12).

⁸³ הצעת החוק התשי"ד, ד"כ 15, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 18, בעמ' 238.

למרות שההצעה להגביל את היקף התנאי לעבירות דומות או עבירות שיש להן זיקה לעבירה המקורית חוזרת בדבריהם של רבים מחברי הכנסת, המצב בשטח היה שונה.⁸⁴ בתי המשפט המשיכו לקבוע שכל פשע יביא להפעלת התנאי. נוהג זה "הותקף" בפרשת **בן דוד**.⁸⁵ בית המשפט העליון דחה את הטענה העיקרית לפיה מתיקון התשכ"ג חייבים השופטים לפרט גם את הפשעים שמפעילים את התנאי. הנימוק לדחייה היה שדי בציון פשע כלשהו שמפעיל את התנאי, כי פשעים הם בגדר "סוג של עבירות".⁸⁶

פירוש זה שניתן על ידי בית המשפט העליון בעניין **בן דוד**, עומד בסתירה ברורה לכוונת המחוקק. אם הדברים שצוטטו לעיל מותירים ספק ביחס לכוונתו של המחוקק, הדברים שאמר יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט מ' אונא מעל בימת הכנסת, שבמסגרתם ביקש לתמצת את "עמדת" חברי הוועדה בעניין זה, לא משאירים מקום לספק (לא, עם הפסיקים הוא ברור). במילים אלה סיכם את עיקרי הדברים :

[...] הוועדה מצאה שיש להטיל את החובה הזאת על בית-המשפט (קרי: לפרט את העבירות שיפעילו את התנאי, נ"ע), ולא להסתפק במצב הקיים שבית-המשפט יכול לקבוע, כפי שאומר החוק, שכל הפשעים יכולים להביא לידי הפעלת המאסר, אלא שבית-המשפט (אם מותר לומר כך) **יטריח עצמו ויקבע במפורש את העבירות שיביאו לידי הפעלת מאסר על תנאי**. נראה לוועדה שהסדר הזה יהיה נכון וצודק יותר כלפי הנידונים (הדגשה לא במקור, נ"ע).⁸⁷

אנקר בספרו, סבור כי קביעת "כל פשע" היא אמנם חוקית לפי הפירוש שהתקבל על דעת בית המשפט, אך הוסיף שפירוש זה אינו רצוי, ואין בו כדי ל"הכשיר" את הפסיקה כאשר עמדת המחוקק אינה משתמעת לשתי פנים. השמטת הסיפה "ואם לא פורשו – כל פשע שהוא", מעידה במיוחד על כך שכוונת המחוקק הייתה להניע את השופט לפרט גם את הפשעים שנכללים בתנאי.⁸⁸

הרחבנו בתולדות החקיקה בעניין, בשל ההשלכות שיש לטווח עבירת התנאי שקובע בית המשפט על מדיניות ההפעלה, במיוחד בשיטת המשפט הישראלית, בה שיקול הדעת של בית המשפט בשאלת הפעלת התנאי הוא מוגבל וצר. נכון להיום ההלכה שנקבעה בעניין **בן דוד** שרירה וקיימת.

1.5 הפעלת המאסר על תנאי

שאלת הפעלת התנאי מתעוררת לראשונה לאחר הרשעת הנאשם בעבירה הנוספת שנקבעה בגזר הדין המקורי ככזו שמפעילה את התנאי.⁸⁹ הוראות החוק שמסדירות את מדיניות הפעלת התנאי מצויות

⁸⁴ מדברי חבר הוועדה ח' טובי, משתמע כי ביקש גם שתהיה לא רק זיקה עניינית בין העבירה המקורית לעבירה הנוספת, אלא גם זיקה לחומרת העבירה שמפעילה את התנאי. קרי: שעבירה קלה לא תפעיל תנאי בגין עבירה חמורה. ראו, רוטקול ישיבה מס' 123 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, בעמ' 10 (16.1.1963). (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 123 של ועדת החוקה, חוק ומשפט).

⁸⁵ ע"פ 296/72 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(1) 671 (1973) (להלן: עניין בן דוד).

⁸⁶ שם, בעמ' 672.

⁸⁷ הצעת החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה) (תיקון מס' 5), התשכ"ג-1963, ד"כ 37, 1969, 1971 (התשכ"ג) (להלן: ד"כ 37).

⁸⁸ ראו גם אנקר, לעיל ה"ש Reference source not found Error: 37, בעמ' 80.

⁸⁹ סעיף 55 (ג) לחוק העונשין מרכז את הסמכויות להפעלת המאסר על תנאי בידי בית המשפט שהרשיע את הנאשם בעבירה הנוספת (קרי: הבקשה אינה מוגשת לשופט שגזר את דינו בעבירה המקורית). בדרך כלל תבקש התביעה להפעיל את המאסר מיד עם ההרשעה ולפני גזר הדין והצו יהיה למעשה חלק מגזר הדין. אך במקרה שהתביעה לא הודיעה לבית המשפט על קיומו של מאסר על תנאי תלוי ועומד לפני גזר הדין, המחוקק הסמיך את התביעה להגיש בקשה גם לאחר מתן גזר הדין. את הבקשה ניתן להגיש להרכב שהרשיע את הנאשם ובהעדרו נמסרה הסמכות לכל שופט של אותו בית משפט. בעניין זה פורסם תזכיר חוק העונשין (תיקון מס' .. (הפעלת מאסר על תנאי), התשע"ה-2015 (להלן: תזכיר חוק העונשין (הפעלת מאסר על תנאי), במסגרתו מוצעים שני תיקונים: הראשון – הגבלת התקופה שניתן לבקש הפעלת התנאי לאחר גזר הדין בעבירה הנוספת ל-45 ימים. השני – הגבלת הסמכות לדון בבקשה אך ורק למותב שנתן את גזר הדין.

בסעיפים 55, 56 ו-58 לחוק העונשין. סעיף 55 קובע את הכלל לפיו לאחר שהורשע הנאשם בעבירה הנוספת **יצווה** בית המשפט על הפעלת התנאי.⁹⁰ סעיף 56 מסייג כלל זה וקובע כי בתנאים מסוימים לבית המשפט יש סמכות להורות על הארכת התנאי תחת הפעלתו.⁹¹ בסעיף 58 לחוק העונשין הסדיר המחוקק את דרך הפעלת התנאי. סעיף זה מהווה הסדר ספציפי לסדר נשיאת העונשים, והוא מתייחס לצבירת העונשים,⁹² כאשר נקבע כי הנדון יישא את שתי התקופות במצטבר זו לזו, אלא אם החליט בית המשפט, מטעמים שיירשמו, שיישא את שתי התקופות בחפיפה מלאה או חלקית.

הן סמכויות בתי המשפט בשאלת הפעלת התנאי והן דרך הפעלתו, עברו התפתחויות ושינויים מאז הנהגתו של עונש זה. בשל חשיבות הנושא, נציג בהרחבה את ההתפתחות על שני חלקיה, לפי הסדר הבא: תחילה נציג את ההתפתחות בשאלת הפעלת התנאי ולאחר מכן נעבור לחלק השני שמתייחס לדרך ההפעלה.

1.5.1 הפעלת התנאי

1.5.1.1 הצעת החוק מתשי"ד

החוק בנוסחו המקורי, שנתקבל בשנת 1954, קובע כי הפרת התנאי על ידי ביצוע עבירה נוספת מסוג עוון או פשע, תגרור אחריה הפעלה אוטומטית של המאסר על תנאי ולבית המשפט לא יהיה שיקול דעת בעניין זה.

עיון בפרוטוקול ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט מעלה, כי השאלה אם כל הפרה תגרור אחריה הפעלה אוטומטית של התנאי עוררה דין ודברים, במיוחד היו הדעות חלוקות בשאלה אם להעניק לבית המשפט שיקול דעת, ואם כן, האם הסדר זה יחול על עבירות מסוג פשע ועוון כאחד.⁹³

1.5.1.1.1 המחנה שצייד בהענקת שיקול דעת לבית המשפט

במסגרת מחנה זה, היו השופט לוי, נשיא בית המשפט המחוזי בירושלים והשופט אגרנט, שופט בית המשפט העליון. הנשיא לוי הציע, כי ההפעלה של התנאי לא תהיה אוטומטית אלא תהיה כפופה לשיקול דעת בית המשפט. הוא אף הוסיף, כי במקרים מסוימים יש להקנות לבית המשפט גם את הסמכות לסטות מן העונש הראשון או להפחית אותו מטעמים שיירשמו.⁹⁴ הנשיא לוי הסכים שצורה זו של ענישה דומה יותר למבחן, אך לשיטתו הוראה זו עדיפה על פני כל הוראה אחרת, שעלולה להיות נוקשה ותכביד על מצפונם של השופטים, אשר יעדיפו או ייאלצו, להימנע מגזירת עונש זה אף במקרים שראוי לעשות כן.

⁹⁰ מכוח סעיף זה הפעלת התנאי היא מלאה ולבית המשפט אין סמכות להפעיל רק חלק מהתנאי. אנקר בספרו מסביר את הטעם לכך: "ככל שהפעלת התנאי היא אוטומטית יותר, עולה כוחו המרתיע של המאסר על התנאי, כי הנאשם יודע בוודאות, שאם יורשע בעבירה נוספת יהיה עליו לשאת בעונש שכבר נקבע לגביו, אך הותנה. לעומת זאת, מתן שיקול דעת לשופט – אם להפעיל את המאסר ואיך להפעילו – מפחית את כוחו המרתיע של המאסר על התנאי". אנקר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 47. ראו גם ע"פ 427/74 מדינת ישראל נ' טייר, פ"ד כט(1) 806, 807 (1975). המדינה ערערה על גזר הדין של בית המשפט המחוזי, אשר החליט להפעיל חלק ממאסר על תנאי שהיה תלוי ועומד, והורה על הארכתו של החלק הנוסף. בית המשפט העליון קיבל את הערעור לאחר שקבע כי טעה בית המשפט המחוזי בגזר דינו שכן הוראות החוק אינן מאפשרות את פיצול המאסר על תנאי באופן שרק מקצתו יופעל ומקצתו יוארך.

⁹¹ הארכה להבדיל משינוי התנאים עצמם. בע"פ 3389/93 מדינת ישראל נ' קפלן (פורסם בנבו, 21.3.1994) נקבע כי: "במסגרת סעיף 56 לחוק העונשין... מוסמך בית-המשפט להאריך את תקופת התנאי אך אנו (כך במקור, נ"ע) מוסמך לשנות את התנאים עצמם. אלה נקבעו על-ידי בית-המשפט שהטיל אותם. אכן, סמכותו של בית-המשפט בהארכה היא בעלת אופי מוגבל. בית-המשפט אינו זה שקבע את התנאי. התנאי הוא נתון בפני בית-המשפט וכל שניתן לו במסגרת סעיף 56 הוא להאריך את תקופת התנאי אך לא לשנותו".

⁹² אין בהוראה זו כדי לחייב את בית המשפט להשית בגין העבירה הנוספת עונש מאסר כלל וכלל. אך אם הטיל עונש מאסר לפי סעיף 54 לחוק העונשין, רשאי בית המשפט להתנות חלק מן המאסר אך לא את כולו. תכליתה של הוראה זו היא הרתעתית והיא נועדה להחמיר עם נאשם שביצע עבירה נוספת (ע"פ 6143/03 פורטל נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 614, 619-620 (2004)).

⁹³ פרוטוקול ישיבה מס' 10/ג (לא בטוחה לגבי התיקון, פשוט ככה מופיעים יתר הפרוטוקולים) של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-2 (16.12.1953) הוחלט על ידי יו"ר הוועדה מ. אונא (כתוארו אז) להקים ועדת משנה אשר תטפל בחוק זה.

⁹⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 5/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found בעמ' 4-5.

השופט אגרנט היה בדעה דומה, לפיה יש להשאיר את החלטת ההפעלה לשיקול דעתו של בית המשפט. הוא היה מוכן לקבל את הדעה לפיה ההפעלה תהיה אוטומטית אם הנאשם ביצע עבירה מסוג פשע, מפני שפשע זה כבר עבירה רצינית. הוא היה מוכן לנסות ללכת בדרך זו, אם כי הוא היסס בדבר הצורך בהפעלה אוטומטית. לגבי עבירה מסוג עוון, העדיף להשאיר זאת לשיקול דעתו של בית המשפט.⁹⁵ החשש העיקרי שלו היה הקושי להגדיר את סוג העבירות שיחייבו נשיאה אוטומטית של העונש.⁹⁶

גם חבר הוועדה מ' בגין תמך בהצעה להעניק לבית המשפט שיקול דעת בשאלת הפעלת התנאי, אך היה מוכן לאבחן בין סוגי העבירות: היה נכון לקבל כי בעבירה מסוג פשע ההפעלה תהיה אוטומטית; לעומת זאת בעבירה מסוג עוון – הציע להשאיר את ההחלטה אם להפעיל את התנאי ואם לאו, לשיקול דעתו של בית המשפט. ובלשונו:

אינני רואה פגם בכך שנמסור לשופט השני את האפשרות לקבוע אם יוטל על העבריין העונש של העבירה הראשונה או שלא יוטל. מה הפגם בריכוך לבבות? בכלל, אם יש מקום לריכוך לבבות בבית-המשפט, הרי זה נוגע גם לעונש על העבירה השניה.⁹⁷

וממשיך:

צריך לסמוך על שיקול דעתו של השופט, בעצם, על ידי האזרה שמוזהרים את הנאשם בהטלת המאסר על תנאי, משיגים את המטרה הראשונה, את המטרה הפסיכולוגית, של השיחרור על תנאי.⁹⁸ כשמטילים את העונש הזה מקווים שהעבריין לא יובא שנית לבית-המשפט. אם בכל זאת עובר העבריין העבירה שניה, מדוע לא למסור לשופט שיקול דעת?⁹⁹

1.5.1.1.2 המחנה שהתנגד להענקת שיקול דעת

ח' כהן, היועץ המשפטי לממשלה דאז, התנגד להצעה להעניק לבית המשפט שיקול דעת. הנימוק שלו לכך היה, כי עונש המאסר על תנאי לא הונהג כדי שיהיה עונש קל ממבחן. המטרה בהנהגתו הייתה דווקא להנהיג עונש חמור ממבחן ופחות חמור ממאסר בכלל. לגישתו, מטרה זו לא תושג אם ניתן לבית המשפט בפעם השנייה שיקול דעת אם יצטרך הנאשם או שלא יצטרך לשאת את עונשו.¹⁰⁰

יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט יי שפירא התנגד גם הוא להצעה להעניק לבית המשפט שיקול דעת אך מנימוק אחר. חששו של שפירא היה, שאם יוענק לבית המשפט שיקול הדעת, עונש זה יאבד את נפקותו.

⁹⁵ פרוטוקול ישיבה מס' 8/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 3.

⁹⁶ שם, בעמ' 3-5.

⁹⁷ שם, בעמ' 6.

⁹⁸ שחרור מותנה היה סוג של עונש שרשאי בית המשפט להשיתו בתקופת המנדט מכוח סעיף 46 לפקודת החוק הפלילי, 1936. עונש זה בוטל על ידי פקודת העמדת עבריינים במבחן. עיקר העונש היה, שמקום בו סבור בית המשפט שיש להשית עונש מאסר, אך בנסיבות המקרה בהתחשב באופיו, עברו, גילו, מצב בריאותו או מצבו השכלי של הנאשם שהורשע וכו'. ונש מאסר אינו מתאים, יורה בית המשפט על שחרורו של הנאשם "שחרור מותנה". התנאי הוא שייתן ערבות להתנהגות טובה במשך תקופה שתיקבע על ידי בית המשפט, שלא תעלה על שלוש שנים. אם הנאשם הפר את התנאי, ניתן להוציא נגדו צו מעצר ולהשית עליו את העונש על העבירה המקורית. עונש זה היה דומה לצו מבחן, בהבדל עיקרי שבשחרור מותנה אין צורך בפיקוח בכל מקרה ומקרה. קאותרם מקרים שבהם הורה בית המשפט על היקוח, הפיקוח או חייב להיות על ידי קצין מבחן, אלא יכול להיות גם על ידי כל אדם שקבע בית המשפט בצו (עכשיו ברור)

⁹⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 8/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 6.

¹⁰⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 5/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 4.

לגישתו, אם הנידון יודע שהשופט יכול להימנע מהפעלת התנאי, הדבר ישליך על גורם החשש או ההפחדה שבעיני הנידון כבר לא יהיה קיים. שפירא סבר, כי כדי לחזק את האפקט ההרתעתי המיוחס למאסר על תנאי, קיימת חשיבות לוודאות ההפעלה, בכך שעל הנידון לדעת כי אם יפר את התנאי על ידי ביצוע עבירה מסוג פשע או עוון מסוים שייקבע בפסק הדין, יצטרך לשאת את העונש על העבירה הראשונה (המקורית). יו"ר הוועדה דאג להוסיף כי דחיית ההצעה של ח"כ בגין אין בה כדי להצביע על אי אמון בשופטים.¹⁰¹

בסופו של יום, אחרי ניהול דיונים ממושכים, דחתה הוועדה את ההצעה להשאיר את ההחלטה אם להפעיל את התנאי אם לאו לשיקול דעת בית המשפט. הטעם לכך, כאמור, היה כי קבלת עמדה זו תקטין ותפחית את גורם ההפחדה (הוועדה השתמשה במונח "הפחדה", כאשר בלשונו כאן אנו משתמשים בגורם "ההרתעה").¹⁰²

בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, נתקבלה עמדת המתנגדים לפיה לבית המשפט אין שיקול דעת בשאלת הפעלת התנאי, כך שכל הפרה (מסוג פשע או עוון שנקבע בגזר הדין) גוררת אחריה הפעלה אוטומטית של התנאי.¹⁰³ נוסח זה אושר סופית בדיון במליאת הכנסת בקריאה שנייה ושלישית בתיקון התשי"ד.¹⁰⁴ וזה הנוסח הסופי שאושר:

סעיף 18 לתיקון התשי"ד:

(א) מקום שבית המשפט רשאי להטיל עונש מאסר, רשאי הוא להטיל תמורתו מאסר על תנאי.

(ב) מי שנידון למאסר על תנאי לא ישא את ענשו, אלא אם עבר, תוך תקופה שנקבעה בגזר דינו ושלא תפחת משנה ולא תעלה על שלוש שנים מיום גזר הדין, עבירה שהיא פשע, או שהיא אחד העוונות המפורשים בגזר דינו, והורשע בדיון על אותה עבירה תוך התקופה או לאחריה [...].

1.5.1.2 התיקון מתשכ"ג

במסגרת תיקון זה ולראשונה, הוענקה לבית המשפט סמכות מוגבלת להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית. בפתח דברי ההסבר להצעת החוק צוין, כי הצעה זו מביאה עמה תיקונים לאחר ניסיון של שבע שנים בהפעלת החוק מהתשי"ד, אשר לצד חשיבותו נמצאו בו נקודות תורפה ולכן החוק המוצע בא במטרה להציג את התיקונים.¹⁰⁵ המעניין הוא, שבמסגרת ההצעה הוצעו תיקונים שונים ומגוונים לחוק, לרבות תיקונים שקשורים למאסר על תנאי.¹⁰⁶ בין יתר התיקונים, כאמור, היו מתן גושפנקה להלכה

¹⁰¹ פרוטוקול ישיבה מס' 9/ג של ועדת המשנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 79, 5.

¹⁰² דברי יו"ר הוועדה שפירא, שם, בעמ' 4.

¹⁰³ פרוטוקול ישיבה מס' 54/ג של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 40, בעמ' 3.

¹⁰⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 490 של הכנסת ה-2, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 61, בעמ' 2664.

¹⁰⁵ הצעת החוק התשי"ד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 249.

¹⁰⁶ להרחבה בנושא מפנה שם, בעמ' 252-254. ראו גם דיון במליאת הכנסת בקריאה ראשונה הצעת החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה)(תיקון), התשכ"ג-1963 ד"כ 35, 6 (התשכ"ג). מיותר כאן פעמיים תשכ"ג.

שנקבעה לפיה עונש מאסר ניתן להתנותו במלואו או רק חלק ממנו,¹⁰⁷ וקביעה מחודשת של סוג העבירות אשר יפעילו את התנאי.¹⁰⁸

ברם, בהצעת החוק לא עלתה הצעה לתקן את המצב החוקי הקיים, לפיו הפרת התנאי גררה אחריה הפעלה אוטומטית. הנושא עלה לדיון ולראשונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט, בדיונים להכנת ההצעה לקריאה שנייה ושלישית.

הצעה זו עלתה בניסיון למצוא פתרון לתופעה שבה נהגו השופטים להטיל עונש מאסר על תנאי ארוך וממושך, לעומת התקופה שהיו פוסקים לו היה העונש נישא במייד, וזאת בלי לתת את דעתם לאפשרות שהנאשם יפר את התנאי ואז לא תהיה ברירה אלא להפעילו בעקבות ביצוע עבירה נוספת.¹⁰⁹ במהלך הדיונים הציגו חברי הוועדה ושר המשפטים אירועים שנתקלו בהם במסגרת תפקידם ונדרשה התערבות אישית של נשיא המדינה כדי לבטל את "הגזירה", שעל דעת כל הצדדים לא הייתה מוצדקת. אחת הדוגמאות הקשות הוצגה על ידי חבר הוועדה ח"כ א' מרידור.¹¹⁰ הסיפור היה שבאחד מימי השישי טלפנה אליו סוהרת, שבבית הכלא שבו היא משרתת, נושא אדם תקופת מאסר ארוכה של שלוש שנים, עקב הפעלת עונש מאסר על תנאי. העבירה הנוספת שבגינה הופעל התנאי, הייתה שהאסיר נתפס עם כמות קטנה של חשיש. ח"כ מרידור ביקש למצוא פתרון הולם למצבים אלה, כדי למנוע הישנות מקרים דומים בעתיד. משרד המשפטים נתבקש במהלך הדיון לתת דעתו על כך.

מספר הצעות עלו במהלך הדיון, כדי למצוא פתרון לקושיה שעמדה בפני הוועדה. כך למשל, הצעה אחת הייתה של השופט ב' הלוי, אשר הציע להעניק לנדון את הזכות להגיש ערעור, או להאריך את תקופת הערעור על אורך המאסר על תנאי שהופעל, כאשר זכות ערעור זו תוגבל אך ורק לבחינה מחודשת של משך המאסר שהופעל בגין העבירה הנוספת.¹¹¹ הצעה זו לא נתקבלה.

הצעה נוספת שעלתה, הייתה לחייב בחקיקה את בית המשפט לפני ההחלטה על גזירת מאסר על תנאי לפעול בשלבים: בשלב הראשון יקבע בית המשפט כי העונש המתאים הוא עונש מאסר ולא עונש פחות חמור מכך; בשלב השני נדרש לקבוע את משך המאסר; ורק בשלב האחרון יחליט אם יש להתנותו (כולו או חלק ממנו) או שיש לשאת אותו במייד.¹¹² גם הצעה זו נדחתה ולא נתקבלה מהטעם שמדובר בהפרדה מלאכותית שלא תביא לכל תועלת.¹¹³

¹⁰⁷ הצעת החוק התשי"ד, לעיל ה"ש 19, בעמ' 247, 252.
¹⁰⁸ להרחבה ראו לעיל ה"ש Error: Reference source not found-Error: Reference source not found להן – אני לא חושבת שאלה ההערות הנכונות, נוכח התיקונים בהפניה להערות קודמות. צריך לתקן את המספרים שלהן. אני לא יודעת למה הפנית בדיוק ולכן אני לא יכולה לעשות זאת בעצמי.

¹⁰⁹ תופעה זו הייתה ידועה גם למי שעבד בשטח. את הבעייתיות בתופעה זו הציג מ' ולינסקי, סגן פרקליט מחוז ירושלים, שציין במסגרת השתתפותו בסימפוזיון, כי בעבודתו נתקל במקרים רבים בהם הפעלת התנאי לתקופה ארוכה לאחר הרשעה חדשה בעבירה פשוטת ערך, גרמה לאי צדק בולט (ראו סימפוזיון על דרכי ענישה בישראל, לעיל ה"ש Error: Reference source not found-Error: Reference source not found, בעמ' 28). הוא תהה האם לא הגיעה השעה, לאחר ניסיון של תשע שנים, לבחון מחדש את יעילותו של עונש זה ולערוך בו תיקונים? שם. להזכיר: לתופעה זו תרם בית המשפט העליון בפסיקותיו, לאחר שבחלק מהחלטותיו אישר יחס המרה שונה מ-1:1 בין עונשי המאסר על תנאי ובין עונשי מאסר בפועל (ראו הדיון בנושא קביעת אורך המאסר המותר, טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found-Error: Reference source not found – גם כאן צריך לתקן את ההפניה להערות).

¹¹⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 133 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, 2 (11.2.1963) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 133 של ועדת החוקה, חוק ומשפט).

¹¹¹ פרוטוקול ישיבה מס' 118 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, 6 (2.1.1963) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 118 של ועדת החוקה, חוק ומשפט).

¹¹² חבר הוועדה ח"כ ח' צדוק. חבר הוועדה א' מרידור, הציע כי בשלב הראשון יהיה על השופט להחליט תחילה על מידת העונש, ולאחר מכן לתת רשות לנאשם להגיש בקשה בדבר התניית המאסר. שם.
¹¹³ דברי א' ידון, המשנה ליועץ המשפטי דאז, ראו פרוטוקול ישיבה מס' 123 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 84, 10. חבר הוועדה י' קושניר, סבר כי הפרדה זו לא יעילה, משום שהשופט, תוך שמיעת הדיון, מגבש לעצמו דעה בעניין העונש שיטיל. שם, בעמ' 9. פחות מיובל שנים לאחר מכן, איששה בארטלס במחקרה את השערתם של חברי הוועדה בעניין מלאכותיות ההפרדה. במחקרה ראינה קבוצה של שופטים טסמניים ואחת השאלות שהציגה

הצעה שלישית הייתה מטעם שר המשפטים ד"ר ד' יוסף, שבישיבה האחרונה בוועדת החוקה, חוק ומשפט הניח על שולחן הוועדה את הצעתו להעניק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית, כפתרון הולם לאותם מקרים בהם הפעלת מאסר על תנאי, אינה צודקת בנסיבות המקרה. עד לתיקון נהגו השופטים להפעיל את התנאי ובד בבד לייצג לנדון לפנות בבקשת חנינה לנשיא המדינה.¹¹⁴ זה הנוסח שהוצע:

לא הטיל בית-המשפט עונש מאסר בשל העבירה הנוספת וראה שבמסיבות הענין לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי, רשאי הוא מטעמים שירשום, במקום להפעילו מיד להאריך את תקופת התנאי לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים.¹¹⁵

שר המשפטים ד"ר ד' יוסף ביקש להבהיר ולהדגיש כי הכלל הוא הפעלת התנאי, אלא אם ראה השופט שבינתיים קרה דבר וקיימות נסיבות מיוחדות שבגללן הפעלת המאסר על תנאי תביא לאי צדק משווע כלפי האדם. במקרה כזה רשאי בית המשפט להימנע מהפעלת התנאי. דחייה כן, אך לא ביטול העונש שנגזר בגין העבירה המקורית.

הצעה זו לא הגבילה את מספר הפעמים שבהם ניתן להאריך את התנאי. שר המשפטים ציין, כי התלבטו לא מעט אם להביא את ההצעה לפני הוועדה. הטעם לכך היה, שניתן ללמוד מההצעה כאילו השופט אשר דן בעבירה הנוספת, לכאורה מבטל את התנאי על ידי אי הפעלתו.¹¹⁶ מקרים אלה שבהם השופט עושה מעין "רביזיה", לגישתו, יש לאפשר רק בהתקיים נסיבות יוצאות דופן ומיוחדות.

הצעה זו עוררה הדים ומחלוקות. גם כאן נחלקו חברי הוועדה לשני מחנות: מחנה ראשון אשר צידד בהצעה עם תיקונים ומחנה אחר התנגד לה נחרצות.

1.5.1.2.1 המחנה שצידד בהצעת שר המשפטים

עיקר הנימוקים לתמיכה בהצעת שר המשפטים היה ההבנה, כי המצב המשפטי הקיים (קרי הפעלה אוטומטית ללא כל שיקול דעת לבית המשפט) מחמיר מדי ומקשה על השופט, בכך שהוא מצמצם את מגוון העונשים שעומדים לפניו בעת קביעת העונש.¹¹⁷ במצב זה, כך נטען, בשל העדר קיומו של שיקול דעת, נהגו השופטים, בלית ברירה, להפעיל את התנאי תוך שהם מייצגים לנדון לפנות בבקשת חנינה.¹¹⁸

בפניהם הייתה אם הם מיישמים בפועל את החלטת בית המשפט העליון בעניין *Dinsdale*. בקצרה יצוין כי במסגרת פס"ד זה בדעת רוב, נקבע כי עובר להחלטה אם להתנות את המאסר על בית המשפט לקבוע בשלב הראשון כי המאסר הוא העונש המתאים בנסיבות המקרה ולא עונש פחות חמור, ורק בשלב השני יתבקש לקבוע אם יש להתנותו (*Dinsdale v. The Queen*) 202 C.L.R. 321 (2000). דעות השופטים היו מגוונות וכנות. היו שופטים שטענו מפורשות כי הנחיה זו אינה ישימה בפועל תוך שהם מלינים על כי בית המשפט העליון אינו מעורה במה שקורה בשטח. אחרים טענו כי גם אם מיישמים אותה, הדבר הוא למראית עין בלבד, בהתחשב בכך שהשופט כבר קבע את העונש שיש להשית לפני ביצוע שני השלבים (ראו *Lorana Bartels*, unpublished PhD Thesis, Univ. of Tasmania) (להלן: בארטלס, עבודת דוקטורט) (עותק נמצא אצלי, נייע). במיוחד שאלה 13).

¹¹⁴ פרוטוקול ישיבה מס' 142 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-5, בעמ' 2 (6.3.1963). (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 142 של ועדת החוקה, חוק ומשפט). לגישתו אין זה רצוי ששופט ייכנס למשא ומתן עם הנדון וייצג לו. שם.

¹¹⁵ שם.

¹¹⁶ שם.

¹¹⁷ דברי חבר הוועדה ח"כ בן מאיר, שם, בעמ' 3.

¹¹⁸ דברי חבר הוועדה ח"כ י" קושניר. הוסיף כי הצעה זו אף תקל על מצפונם של השופטים שנאלצו להפעיל תנאי שאינו צודק בנסיבות המקרה. שם, בעמ' 3. הוא אף ציין כי ידוע לו על לפחות שלושה מקרים בהם בתי המשפט הפנו את הנדונים לנשיא המדינה, ונאלצו לדחות את הדיונים, לא אחת, עד שהנדון הצליח לקבל את מבוקשו. לגישתו, זה עושה את העונש ואת הדיון פלסטר.

היועץ המשפטי לממשלה מ' בן זאב, הוסיף כי הצעה זו אשר מונחת לפני הוועדה, היא תולדה של ניסיון, שכן בתי המשפט מאז הנהגת עונש זה התלבטו, לא אחת, בסוגיה זו. עוד הוסיף, כי בתחום הענישה הנטייה היא להשאיר עד כמה שאפשר שיקול דעת בידי בית המשפט, ואם המחוקק רצה להגביל שיקול דעת זה עשה כן – במקרים יוצאים מן הכלל – בדמות הנהגת עונשים מזעריים. הברירה היחידה שעומדת בפני הנידון, פנייה בבקשת חנינה לנשיא, הוא מצב פרדוכסלי, שכן הנידון מבקש חנינה ביחס לעבירה המקורית שלמעשה לא מגיעה לו חנינה עליה והוא צריך לבקש רחמים. לגישתו, מצב זה אינו מתאים למעמד מוסד "החנינה", ולכן יש לאפשר לבית המשפט להשתחרר מחובת ההפעלה האוטומטית במקרים קלי – ערך. זאת אומרת, במקרה שהעבירה הנוספת היא פעוטה "באופייה".¹¹⁹

גם חבר הוועדה י' צדוק, הסכים כי הפתרון של פנייה לנשיא המדינה אינו הפתרון הראוי וכי על המחוקק למצוא פתרון בחוק. לדבריו, תיקון החוק על ידי חיוב בית המשפט לפרט את עבירת התנאי (שצריכה להיות מאותה משפחה של העבירה המקורית), מהווה פתרון למרבית המקרים. היות שבכל זאת יישארו מקרים ללא פתרון, כמו למשל כאשר העבירה הנוספת היא עבירה של מה בכך, באופן עקרוני הוא הסכים, שצריך להעניק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי, אם יש מקום להבטיח שכאשר השופט גוזר את דין הנאשם על העבירה הנוספת, הוא אינו יודע על קיומו של מאסר על תנאי. לגישתו, רק במקרה זה אפשר להבטיח כי השופט יגזור את העונש ללא תלות בקיומו של המאסר על תנאי.¹²⁰ אפשרות זו אינה ריאלית, שכן לאחר ההרשעה ולפני גזר הדין מוצג בפני השופט הרישום הפלילי של הנאשם ולרוב התביעה מודיעה על קיומו של מאסר על תנאי תלוי ועומד. מכאן, שלא ברור עד כמה צדוק תמך בהצעה, אך מה שוודאי הוא שבמעמד ההצבעה על התיקון לא הסתייג ממנה.¹²¹

חבר הוועדה ב' אזניה צידד אף הוא בהצעה, לא בלי היסוס. זאת, לאחר שמבדיקה פרטית שעשה, מצא שבית המשפט העליון מוטרד מאוד מעונש המאסר על תנאי, אך בלי להרחיב בנושא. מדבריו עולה כי בתקופה זו רצוי לערוך בדיקה כדי לבחון את השפעתו של התיקון. ובלשונו: "ננסה ונראה מה תהיה השפעתו של התיקון הזה".¹²² גם חבר הוועדה י' ה' קלינגהופר צידד בהצעה, אך ביקש לתת את הדעת לאפשרות להגביל את סמכות ההארכה. לגישתו, לפי הנוסח שהוצע על ידי משרד המשפטים, ניתן לחזור ולהאריך את התנאי – ללא סוף.¹²³ יו"ר הוועדה מ' אונא תמך בהצעת ח"כ קלינגהופר והציע להגביל את ההארכה לפעם אחת בלבד ולחלופין להדגיש בחוק כי ניתן לעשות כן רק בנסיבות מיוחדות.¹²⁴

1.5.1.2.2 המתנגד העיקרי להצעה היה חבר הוועדה א' מרידור

התמונה שהצטיירה עד כה היא, כי להצעת שר המשפטים היו לא מעט תומכים אך היה גם מתנגד אחד שעמד בתוקף על דעתו שיש להסיר את התיקון המוצע. היה זה ח"כ א' מרידור.

חשוב להדגיש כי ח"כ מרידור היה מודע לבעייתיות של המצב הקיים. הרי הוא זה שהציג בפני הוועדה את אותו ערב שבת שבו קיבל שיחת טלפון מסוהרת בבית הכלא. אך לגישתו הפתרון לכך לא היה

¹¹⁹ שם, בעמ' 4. הדוגמה שהציג הייתה של אדם שהעבירה הנוספת הייתה מינורית בחומרתה. מדובר במי שמצא זוג משקפיים באוטובוס ומסתבר שבינתיים הוא עובד והמעביד מרוצה ממנו ונקלט בחזרה לחברה.

¹²⁰ שם, בעמ' 4-5.

¹²¹ שם, בעמ' 7 (נרשם כי המתנגד היחיד לתיקון היה א' מרידור).

¹²² שם.

¹²³ שם. הנימוק להגבלה היה החשש שלא ייעשה שימוש בהוראה זו רק במקרים חריגים. כלשונו: "...ואם טוענים כי השופט האחר יעשה זאת רק במקרים יוצאים מן הכלל, אני אינני רואה כל בטחון בכך, ואני שותף לחששותיו של ח"כ מרידור". שם, בעמ' 6.

¹²⁴ שם.

טמון בהענקת שיקול דעת לבית המשפט. ח"כ מרידור סבר כי הפתרון לקושיה שהוצגה במהלך הדיון, נמצא דווקא באחד התיקונים שדונו בפני הוועדה ואושרו על ידה: חיוב בית המשפט בקביעת והגדרת העבירות שיפעילו את התנאי, עבירות מסוג עוון ופשע כאחד. בתיקון זה, כך סבר, יש להניח שהשופט יקבע עבירות שהן באמת מאותו סוג שבגללו הוטל המאסר על תנאי, דבר שיביא לצמצום של המקרים שהוצגו במהלך הדיון.¹²⁵

התנגדותו לתיקון הייתה בעיקר שתיקון זה יגרום לאפליה בין סוגי נאשמים: נאשמים שתלוי ועומד נגדם מאסר על תנאי לעומת נאשמים ללא עבר או עם עבר אך לא תלוי ועומד נגדם מאסר על תנאי. האפליה, כך נטען, תהיה בכך שנאשמים מהסוג האחרון יקבלו עונש חמור יותר מזה של הראשון. וכי למה? משום שבית המשפט יימנע במקרה הראשון לגזור עונש מאסר בפועל, כדי להימנע מהפעלת מאסר על תנאי שבנסיבות המקרה סבור השופט שלא מוצדק לעשות כן, בעוד שבמקרה השני לא יהסס לגזור עונש מאסר בפועל. ח"כ מרידור נתן דוגמה: טול מקרה ששני נאשמים ביצעו עבירה מסוימת שבגינה החליט בית המשפט כי העונש הראוי הוא עונש מאסר של 7 ימים. נאשמים מהקבוצה השנייה, יקבלו עונש זה, אך לגבי נאשמים מהקבוצה הראשונה, יירתע בית המשפט מלהשית עונש של 7 ימים, כדי להימנע מחובת הפעלת התנאי ותחתיו יטיל עונש פחות חמור ממאסר. וכלשונו: "בשביל שבוע ילך לשבת בבתי-סוהר שנתיים? בכך ייצא שיש לו "פריבילגיה"."

בסוף הדיון הוחלט לקבל את התיקון המוצע אך עם הגבלה לפיה ניתן להאריך את התנאי פעם אחת בלבד,¹²⁶ במיוחד שחברי הוועדה היו ערים ומודעים לחשש שהעלה ח"כ מרידור.

1.5.1.2.3 הדיון במליאת הכנסת – טיעונים בעד ונגד ההצעה

גם בדיון בפני מליאת הכנסת המשיך ח"כ מרידור להתנגד להצעה. תחילה יוצגו הטיעונים בעד ההצעה.

יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ משה אונא פתח את דבריו בכך שבהצעה המונחת בפני המליאה התווספו תיקונים חשובים, בין היתר לעניין עונש מאסר על תנאי. תיקון חשוב שרלוונטי לענייננו מתייחס להסמכת בתי המשפט להאריך את תקופת המאסר על תנאי תחת הפעלתו האוטומטית. יו"ר הוועדה נימק את מטרת התיקון:

שוכנענו שרצוי גם בענין זה לתת גמישות נוספת: אם לא מצא בית-המשפט שבעד העבירה, שהוא מעניש עליה את העברייני במקרה זה, יש להטיל מאסר – יכול בית-המשפט שלא להפעיל את המאסר על תנאי, בדרך שמאריך את תקופת התנאי. אמנם, הגבלנו את האפשרות הזאת רק להרשעה הראשונה של הנאשם.¹²⁷

ח"כ יוסף קושניר תמך בתיקון המוצע, אך הסתייג מהמגבלה להאריך את התנאי פעם אחת בלבד. הוא היה בדעה שצריך להשאיר לשופט גמישות ושיבחן את העניין בהתאם לנסיבות.¹²⁸ לגישתו, יש מקום לסמוך על השופט, אם סבר שאין להאריך את התנאי פעם נוספת הוא לא יעשה כן.

¹²⁵ שם, בעמ' 3. גם חבר הוועדה צדוק היה באותה דעה. בעמ' 4.

¹²⁶ שם, בעמ' 7. המשנה ליועץ המשפטי אי ידיו ציין כי אין צורך להוסיף שהסמכות מוקנית בהתקיים נסיבות מיוחדות ולהסתפק בנסיבות המקרה.

¹²⁷ ד"כ 37, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 87, שם.

¹²⁸ שם, בעמ' 1973.

במהלך הדיון במליאת הכנסת, חזר והציג ח"כ מרידור את הסתייגותו מהוספת הסעיף. ח"כ מרידור הביע תחילה תמיכה בהנהגת עונש מאסר על תנאי שבאמצעותו נותנים לאדם שששל, הזדמנות לחזור למוטב במקום השלכתו מאחורי סורג ובריח. אף על פי כן, הוסיף ח"כ מרידור, כי כל חשיבותו של המאסר על תנאי הוא בכוח המרתיע שבו. הנידון צריך לדעת שאם ייכשל, אם יעבור עבירה שנייה תוך תקופת התנאי, הוא ילך לשאת עונשו בכלא. שכן, מלכתחילה היה צריך הנידון לשבת במאסר. אלא מאי? כך טען, עשה המחוקק חסד עמו, והשופט השתמש בזה ואמר שבפעם הראשונה הוא סולח לו על תנאי, אבל עונשו קבוע. וממשיך: "עתה אומרים שלא די בזה." לגישתו, תיקון זה הולך בכיוון בלתי רצוי של התחשבות יתר ושל סיבוך הפרוצדורה הרגילה. לא נראית לו הדרך של הליברליזם המופרז כלפי העבריינים. המחוקק צריך להציב גבול להתחשבות זו. הבטחת הזכות להארכת התנאי אינה נראית לו,¹²⁹ והחלטה זו יש בה משום חטא כלפי הציבור.

חרף דבריו של מרידור ביקש שר המשפטים ד' יוסף לתמוך בהצעה לא בלי לנמק את עמדתו. שר המשפטים הסביר שוב כי במסגרת תפקידו טיפל בלא מעט בקשות לחנינה, כדי להימנע ממצב אבסורד ולא מוצדק של השלכת אנשים מאחורי סורג ובריח, עקב החלטה שגויה של שופט שהחליט להחמיר בעונש המאסר על תנאי בלי להתחשב בתוצאתו במקרה שהנאשם יפר את התנאי. לגישתו, השאלה כאן היא אינה מדוע עשה כן השופט, שכן זה לא משנה לאיש שעומד להיכנס לבית הסוהר לתקופה ממושכת (בדוגמה שנתן 3 שנים). מגיעה לנאשם הגנה, מפני המשגה או ההחלטה של השופט הראשון. על במת מליאת הכנסת, ביקש מחברי הכנסת לתמוך בהצעת התיקון ולדחות את הסתייגותו של ח"כ מרידור.¹³⁰

יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט התייחס בתגובתו לאלה שמבקשים להקנות לבית המשפט שיקול דעת רחב לעומת אלה שמבקשים להשאיר את המצב על כנו: הוא ציין כי נטיית הלב שלו היא שההצעה בנוסחה המתוקן עם אפשרות של הגבלה להאריך את התנאי פעם אחת בלבד, לגיטימית בהיותה משרתת מטרה ראויה של מניעת הפעלה של מאסר על תנאי במקרים בלתי צודקים לכל הדעות.¹³¹

בתום הדיון אושרה ההצעה, לרבות התיקון המוצע להסמכת בית המשפט להאריך את התנאי פעם אחת בלבד תחת הפעלתו. וזה הנוסח שאושר:

118. ד. (א) בית המשפט שהרשיע נאשם בשל עבירה נוספת ולא הטיל עליו בשל אותה עבירה עונש מאסר רשאי, על אף האמור בסעיף 118 ובמקום לצוות על הפעלת המאסר על תנאי, לצוות, מטעמים שיירשמו, על הארכת תקופת התנאי לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים, אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות הענין לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי.

(ב) לא ישתמש בית המשפט בסמכות לפי סעיף זה אלא לגבי ההרשעה הראשונה של הנאשם בשל עבירה נוספת.¹³²

אם נסכם: במסגרת תיקון זה, הסכים המחוקק, לא בלי היסוס, להצעה להעניק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית. על מנת להדגיש שיש להשתמש בסמכות זו במשורה ורק במקרים מיוחדים, קבע המחוקק כי סמכות ההארכה תתאפשר אך ורק בהתקיים שלושה תנאים

¹²⁹ שם, בעמ' 1974.

¹³⁰ שם, בעמ' 1977.

¹³¹ שם. וכלשונו: "מצאנו שגמישות זו היא לגיטימית מפני שהביאו לפנינו מקרים קונקרטיים שהפעלת מאסר על תנאי במקרה של עבירה נוספת לא היתה מוצדקת, לכל הדעות".

¹³² תיקון התשכ"ג, לעיל הי"ש 4, עמ' 83.

מצטברים: התנאי הראשון **שלא הטיל** בית המשפט עונש מאסר בגין העבירה הנוספת. דרישה זו באה כדי להבטיח שבית המשפט יורה על הארכת התנאי רק כאשר העבירה הנוספת היא עבירה מינורית-קלה בחומרתה שאינה מצדיקה עונש מאסר בגינה.¹³³ התנאי השני, מדובר בהרשעה ראשונה¹³⁴ בעבירה נוספת (קרי: אם בוצעו שתי עבירות ומעלה במהלך תקופת התנאי לבית המשפט אין שיקול דעת והוא מחויב להפעיל את התנאי או במקרה שהתנאי הוארך כבר פעם אחת). התנאי השלישי והאחרון הוא שעל בית המשפט לנמק את החלטתו מדוע שוכנע כי בנסיבות המקרה אין זה צודק להפעיל את התנאי. דרישה אחרונה זו באה רק לאחר קביעה כי העונש הראוי בגין העבירה הנוספת אינו מאסר בפועל והיא נועדה להבטיח שימוש מושכל בסמכות ההארכה ומתן אפשרות לערכאות הערעור לבחון את הנימוקים להארכה.

1.5.1.3 תיקון מתשנ"ה: קביעת חריג לחריג שקבוע בסעיף 56 לחוק העונשין

כשלושה עשורים לאחר הענקת הסמכות לבית המשפט להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית, ביום 19.12.1994 הוגשה הצעת חוק ממשלתית,¹³⁵ שבמסגרתה נתוסף סעיף 85 לחוק העונשין אשר מקנה לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי יותר מפעם אחת, עבור קבוצה מסוימת של נאשמים שעוברים טיפול למשתמשים בסמים או שסיימו טיפול כאמור.¹³⁶ הנימוק לכך היה שמצבו של האדם שעובר או עבר טיפול לגמילה מסמים מצדיק התייחסות מיוחדת לגביו בעניין כליאתו בבית הסוהר.

שר המשפטים דאז דוד ליבאי (לא צריך) הסביר בדיון בכנסת בקריאה ראשונה של הצעת החוק, כי זו הוגשה כדי להיענות לבקשותיהם של אנשי מקצוע המטפלים במכורים לסם, שעוברים או עברו טיפול גמילה ומבקשים לחזור לדפוסי חיים תקינים. החשש שהביעו אנשי המקצוע, היה כי בשל מאסר על תנאי תלוי ועומד נגדם, הליך הגמילה, שהוא ייחודי ודורש התמדה וכוחות פיזיים ונפשיים רבים, ילך לאבדון בשל הוראת החוק אשר לא משאירה לבית המשפט שיקול דעת בעניין. לגישתו, הפתרון היחיד היה פנייה לנשיא המדינה בבקשת חנינה, שרבו בעת האחרונה, שכן לבית המשפט אין יכולת תמרון בנושא.¹³⁷ חברי הכנסת בדיון במליאה צידדו בהצעת החוק. היו חברים שטענו כי הנסיבות המיוחדות של המכורים לסמים אכן מצדיקות החרגה של סעיפים 55 ו-56 לחוק העונשין.¹³⁸ חבר הכנסת רון נחמן (מסיעת הליכוד) היה מוכן לתמוך בהצעה רק לאחר ששר המשפטים "הרגיע" אותו שהצעת החוק לא תביא לפריצה בחוק הקיים, כך שכל נאשם יבקש מבית המשפט לנהוג כלפיו לפי סעיף 85.¹³⁹ לעומתו, ח"כ אלי גולדשמידט (מהעבודה) בירך על ההצעה וביקש שהצעה זו תורחב כך שתקנה לבית המשפט סמכות כללית להאריך את

¹³³ דברי היועץ המשפטי לממשלה בדיון בוועדת החוקה חוק ומשפט, פרוטוקול ישיבה מס' 142 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found עמ' 114, 4.

¹³⁴ למשמעות הרשעה בעבירה הראשונה: פסק הדין הראשון שניתן בעניין זה, אם כי באמרת אגב של השופט קיסטר, הוא המ' 39/67 מדר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כא(1) 171 (1967). בפסק הדין נעשתה הבחנה בין שתי עבירות שבוצעו לאחר שניתן גזר הדין בעבירה המקורית אשר כולל עונש מאסר על תנאי, שהוגשו בכתב אישום אחד והנאשם הורשע בשתייהן בפסק דין אחד לבין מצב שבו כל אחת משתי העבירות הוגשו בכתב אישום נפרד. בפסק הדין נקבע כי רק במקרה הראשון יראו את ההרשעה כהרשעה ראשונה ובכפוף לכך ניתן להימנע מהפעלת התנאי ולהסתפק בהארכתו. שם, בעמ' 173. פלר מתח ביקורת על ההחלטה, ש"ז פלר "מאסר על תנאי", הפרקליט כד 149, 153 (1שכ"ח). בית המשפט העליון בע"פ 10/71 מדינת ישראל נ' פלח, פ"ד כה(1) 589, 593 (1971) קיבל פירושו של פלר לפיו מה שקובע אם מדובר בעבירה ראשונה הוא לא העיתוי של ההרשעה, אלא מספר העבירות שעבר הנדון תוך תקופת התנאי.

¹³⁵ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 45) (אי הפעלת מאסר על תנאי), התשנ"ה-1994, ה"ח 88 (אודה על הפנייתי לכללי הציטוט שבו מוסיפים את מספר החוברת) (טעות שלי).

¹³⁶ בהצעה נקבע כי הסמכות מוקנית במקרה ששוכנע בית המשפט שלא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי משום שיש סיכוי לשיקומו של האדם וכי הפעלת המאסר על תנאי תסב נזק חמור למטופל, בין בעת הטיפול ובין לאחריו, ובלבד שלדעת בית המשפט אין סיכון לשלום הציבור בשל הארכת התנאי. עוד נקבע כי בטרם יוחלט על ההארכה יש לבקש תסקיר של קצין מבחן.

¹³⁷ דברי שר המשפטים ד' ליבאי בדיון בכנסת בקריאה ראשונה בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 45) (אי-הפעלת מאסר על תנאי), התשנ"ה-1994, פרוטוקול ישיבה מס' 312, הכנסת ה-13, 43 (14.02.1995) (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 312, הכנסת ה-13). כאמור, בתיקון תשכ"ג, זה היה הנימוק העיקרי להסמכת בית המשפט להאריך את התנאי פעם אחת בלבד.

¹³⁸ חבר הכנסת אברהם פורז (מסיעת מרץ), שם, בעמ' 44.

¹³⁹ שם, בעמ' 45.

המאסר על תנאי יותר מפעם אחת. סמכות כללית זו – תיעשה רק כאשר בית המשפט סבור כי התקיימו מקרים מיוחדים – יוצאי דופן.¹⁴⁰

שר המשפטים, בתגובה, דחה את הצעתו של ח"כ גולדשמידט מהטעם שאין מקום להוסיף חריג לחריג הקיים כי אחרת עונש המאסר על תנאי יאבד את משמעותו ואת כוחו המרתיע והמחנך.¹⁴¹ לגבי נאשם שהוא מכור לסמים או היה מכור ועבר טיפול, הסביר שר המשפטים, כי הם נאלצים להוסיף חריג על חריג מתוך בחינת המציאות, ותוך התחשבות במאמציו של הנאשם, שלעתים נמשכים גם שנים ולא רק חודשים, להיגמל מסמים. נכונות ומאמצים אלה שעושה הנאשם – מצדיקים במקרה זה לתת לו עוד ארכה, בבחינת מתן הזדמנות נוספת.¹⁴² המצב שונה, כאשר מדובר בנאשם שידע שתלוי ועומד נגדו מאסר על תנאי ובעבר כבר ניתנה לו הזדמנות על ידי התניית המאסר, כדי להימנע מהשלכתו מאחורי סורג ובריה – אך הנאשם בחר להפר את ההזדמנות שניתנה לו. בנסיבות אלה לא יהיה מנוס מהפעלת התנאי.¹⁴³

בדיון בכנסת להצבעה על ההצעה בקריאה שנייה ושלישית אושרה ההצעה פה אחד, בכך שניתנה לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי מעבר לפעם אחת ובלבד שבאותם מקרים על בית המשפט לאזן בין שני שיקולים, מחד גיסא, שיקום הנאשם, ומאידך גיסא, הגנה על הציבור. קרי: בית המשפט מוסמך להאריך את התנאי ובלבד שראה שאין בכך פגיעה באינטרס של הגנת הציבור.¹⁴⁴ מדובר בתנאים מצטברים.

1.5.1.4 סיכום חלק זה

המצב החוקי היום הוא, שלבית המשפט מוענקת סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית. סמכות זו מוענקת בהתקיים תנאים מצטברים שעיקרם הוא שלא הטיל בית המשפט עונש מאסר בגין העבירה הנוספת. קרי, מדובר באותם מקרים שהעבירה הנוספת היא מינורית בחומרתה, שאינה מצדיקה עונש מאסר¹⁴⁵ וכי הסמכות ניתנת פעם אחת למעט באותם מקרים שנכנסים בגדר סעיף 85 לחוק העונשין – אז אין מגבלה על מספר הפעמים שניתן להאריך את התנאי, אך על בית המשפט לבקש תסקיר של קצין מבחן וכן לבדוק את קיומם של שני תנאים מצטברים: שיש סיכוי לשיקומו של האדם ואין סיכון לשלום הציבור בשל הארכת התנאי.

1.5.2 דרכי ההפעלה – צבירת העונשים

כאמור, סעיף 55 קובע, כי לאחר שהורשע הנאשם בעבירה הנוספת יצווה בית המשפט על הפעלת התנאי, אלא אם מתקיימים שלושת התנאים המצטברים שקבועים בסעיף 56 ואז לבית המשפט יש סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו. אם בית המשפט החליט להפעיל את התנאי, במקרה זה יחול סעיף 58 לחוק העונשין. במסגרת סעיף זה, ביקש המחוקק להסדיר את דרכי ההפעלה של המאסר על תנאי

¹⁴⁰ שם, בעמ' 46.

¹⁴¹ שם, בעמ' 53.

¹⁴² שם.

¹⁴³ שם. נציגת משרד המשפטים, ג' ויסמן הסבירה בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט כי בדיונים במשרד המשפטים וגם בוועדת הסמים הכך צוין בפרוטוקול, צ"ל ועדת השרים) לענייני חקיקה, שקלו להקנות לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי ללא הגבלה בכל העבירות, ולא רק לגבי נאשמים מכורים לסם אך עמדתם הסופית בעניין הייתה שלילית (ראו פרוטוקול ישיבה מס' 351 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-13, 10 (15.6.1995) (עותק נמצא ברשותי, נ"ע)). למעט דברים כלליים אלה, עיסמן לא מנתה את השיקולים שהצדיקו הימנעות הרחבת החריג על כלל העבירות. שם.

¹⁴⁴ דיון בקריאה שנייה ושלישית להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 42), התשנ"ה-1995, פרוטוקול ישיבה מס' 367, הכנסת ה-13 (24.7.1995).

¹⁴⁵ גם לאחר שלושה עשורים מהענקת הסמכות לבית המשפט להאריך את התנאי, עדיין סבור המחוקק כי המקרים שבהם ישתמש בית המשפט בסעיף 56 לחוק העונשין הם נדירים ביותר. הנימוק שלו לכך הוא: המקרים שבהם בית המשפט אינו מטיל עונש מאסר הוא נדיר ביותר. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 312, הכנסת ה-13, לעיל הי"ש Error: Reference source not found. 137, בעמ' 44 (דברי ח"כ א' פורז).

באמצעות הסדר ספציפי לסדר נשיאת העונשים. לפי סעיף 58 לחוק העונשין הכלל הוא צבירת העונשים, לפיו הנדון יישא את שתי התקופות במצטבר זו לזו, אלא אם החליט בית המשפט, מטעמים שיירשמו, שיישא את שתי התקופות בחפיפה מלאה או חלקית.

גם בעניין זה היו שינויים בחקיקה. במקור, עם הנהגת המאסר על תנאי בשנת 1954, לא קבע המחוקק הוראה מיוחדת לנשיאת עונש מאסר על תנאי שהופעל, בייחוד משום שהפעלת התנאי הייתה מנדטורית והליך ההפעלה במהותו היה מנהלי, כך כל שנתבקש בית המשפט הוא להביא לידי ביצוע גזר דין קודם שבו הוטל מאסר על תנאי ומחמת הפרת התנאי נעשה המאסר בר ביצוע. עד שנת 1960, שירות בתי הסוהר נהג על יסוד חוות דעת של היועץ המשפטי לממשלה, בהעדר החלטה אחרת של בית המשפט, לראות את תקופת המאסר על תנאי המופעלת ותקופת המאסר שהוטלה בגין העבירה הנוספת, כעונשים מצטברים ולא חופפים. נוהג זה נפסל על ידי בית המשפט העליון, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בפרשת נשרי.¹⁴⁶ המבקש נשרי נדון בבית המשפט המחוזי לשנת מאסר בנוסף להפעלת מאסר על תנאי של שנה וחצי. לאחר שלא נקבע בגזר הדין אם הנדון יישא את העונשים במצטבר או בחפיפה, ובהתאם לנוהג שעל פיו נהג שירות בתי הסוהר, היה על המבקש לשאת מאסר של שנתיים וחצי. בית המשפט הגבוה לצדק, לאחר שבדק את הוראות החוק, קבע כי נוהג זה הוא פסול,¹⁴⁷ תוך שהוא מנחה את השופטים בערכאות הנמוכות לקבוע בגזר הדין הוראה מתאימה כדי שהעונשים יהיו מצטברים. בית המשפט העליון אף הציע למחוקק להסדיר בחקיקה את סדר נשיאת העונשים במצטבר אלא אם כן הורה השופט אחרת מטעמים מיוחדים.¹⁴⁸ לגישת בית המשפט העליון, מסקנה זו מתבקשת מעצם הרעיון של מאסר על תנאי.

במסגרת תיקון התשכ"ג ביקש המחוקק להעניק גושפנקה להצעת בית המשפט העליון בפרשת נשרי, ונקבע כי הכלל הוא שהנדון יישא את שתי התקופות במצטבר אלא אם כן הורה בית המשפט, מנימוקים שיירשמו, על חפיפה מלאה או חלקית.¹⁴⁹ המדיניות העומדת מאחורי סעיף זה, היא החשש שאם שתי התקופות יהיו חופפות, יאבד המאסר על תנאי הרבה מערכו המרתיע.¹⁵⁰ בית המשפט העליון בפרשת מזרחי לא שלל אפשרות של חפיפת עונשים, אך הדגיש כי הדבר תלוי בקיומן של נסיבות מיוחדות שמצדיקות זאת.¹⁵¹

1.6 מאסר על תנאי לאחר תיקון 113 לחוק העונשין¹⁵²

¹⁴⁶ בג"ץ 166/59 נשרי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 264 (9.2.1960) (להלן: עניין נשרי).
¹⁴⁷ שם, בעמ' 268. בית המשפט הגבוה לצדק ציין כי הוראת סעיף 15 לחוק התשי"ד אינה חלה על מי שמופעל נגדו מאסר על תנאי אלא רק על מי שנושא מאסר ממשי. סעיף זה קבע כי: "מי שנידון למאסר ולפני שנשא כל ענשו חזר ונידון למאסר בשל עבירה אחרת, אין עליו אלא עונש אחד בלבד והוא של תקופה (כך במקור, ני"ע) הארוכה יותר; אבל בית המשפט שדן אותו באחרונה רשאי להורות שישא את שני העונשים או חלק מהם בזה אחר זה". באותה מידה קבע כי אין תחולה לתקנה 4(א) לתקנות העונשין (דרכי ענישה) (מאסר - על-תנאי), התש"ט-1955, ק"ת 19, שבוטלו בשנת 1985. תקנה זו קבעה כי: "בית המשפט רשאי לצוות, כי בחישוב תקופת המאסר לביצוע פסק-דין שלפיו הוטל על נאשם מאסר-על-תנאי כאמור בסעיף 18 לחוק, תובא בחשבון התקופה, כולה או מקצתה, שהנאשם היה במאסר לריצוי גזר-דין אחר שניתן לאחר הפרת התנאי", כפי שצוטט בעניין נשרי, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 146, בעמ' 267.

¹⁴⁸ סעיף 18.
¹⁴⁹ דברי ההסבר הצעת החוק תיקון התשכ"ב, לעיל ה"ש 55, בעמ' 253-254.
¹⁵⁰ דברי ב' אזניה בפרוטוקול ישיבה מס' 110 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 63, בעמ' 6. אמנם הדין היה על הסדרת נשיאת עונשים (שלא כולל הפעלת מאסר על תנאי), שם נקבע כי הכלל צריך להיות חפיפה מלאה אלא אם נקבע שהנדון יישא את עונשו כולו במצטבר. נקבע כי הסדר זה לא יחול על הפעלת מאסר על תנאי, שאז הכלל יהיה הפעלה במצטבר אלא אם נקבע אחרת ואז תהיה לבית המשפט סמכות להפעילו בחפיפה מלאה או חלקית. ראו גם ע"פ 866/77 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(2) 694, 696 (1978).

¹⁵¹ שם. בשורה ארוכה של פסקי דין נטען כי יש להפעיל את החרגי בצמצום. ראו ע"פ 10228/05 רובאעי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.6.2006), שם נדון ערעורו של נאשם אשר הושת עליו עונש מאסר בפועל של ארבע שנים והופעל נגדו עונש מאסר מותנה בן שנתיים. בית המשפט דחה את הטענה כי נסיבותיו המיוחדות של המערער עולות כדי טעמים מיוחדים המצדיקים כי הנאשם יישא בעונש המאסר על תנאי באופן חופף. ראו גם ע"פ 4716/12 מדינת ישראל נ' דסטא (פורסם בנבו, 6.6.2013).

¹⁵² חיקון 113, לעיל ה"ש 16) התיקון נתקבל ביום 10.1.2012 וכנס לתוקפו ביום 10.7.2012.

בחלק זה נבקש לבדוק אם לתיקון 113 הייתה השפעה על ההוראות שמסדירות את עונש המאסר על תנאי. המחוקק בתיקון 113 לא שינה את המסגרת הנורמטיבית לעניין המאסר על תנאי, שמוסדרת בסעיפים 52 עד 60 לחוק העונשין. המחוקק גם לא הגביל את סוגי העונשים אשר יכולים להיקבע כחלק ממתחם העונש. בהתאם לכך, המתחם יכול לכלול את כל סוגי העונשים, כגון צו מבחן, צו שירות לתועלת הציבור, התחייבות להימנע מעבירה, קנס, מאסר בעבודת שירות, מאסר בפועל ומאסר על תנאי.¹⁵³

השאלה שיש לדון בה, היא האם הכפפת הוראות החוק לעקרונות "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", הביאה לשינוי במהותו של המאסר על תנאי? לפני שנדון בסוגיה זו, יוצגו בקצרה מהותו וטיבו של תיקון 113:

תיקון 113 הביא למהפכה בהליך גזירת הדין, כאשר לראשונה קבע המחוקק שיטה מסודרת ומובנית לגזירת הדין. עובר לתיקון לא היו בחוק הוראות באשר לשיקולים האמורים להנחות שופטים בקביעת העונש ובאשר לאופן שקילתם. בפסיקה ניתן היה למצוא אזכורים של השיקולים הקלאסיים כמו גמול, הרתעה, שיקום והגנה על אינטרס הציבור, כמו גם שיקולים אישיים של הנאשמים. אולם גם בפסיקה, למעט החובה הכללית לנמק את גזר הדין, לא נקבע באופן ברור מתי יש לשקול שיקול זה או אחר ואת המשקל שיש לתת לכל אחד מהם. השופטים נהנו אם כן מחופש רחב בגזירת הדין, ולרוב זו הייתה לפי השקפת עולמו ורחשי לבו של כל שופט ושופט.¹⁵⁴ תיקון 113 הגדיר את השיקולים לגזירת הדין: הלימה, שיקום, הגנה על שלום הציבור והרתעה (אישית והרתעת הרבים) ונקבע המדרג ביניהם, על ידי הענקת מעמד בכורה לעיקרון ההלימה.¹⁵⁵ עיקרון זה מגלם יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו.

החוק לאחר התיקון אף מנחה את בית המשפט לפעול בשלושה שלבים מוגדרים וברורים לקביעת גזר הדין: בשלב הראשון עליו לקבוע את מתחם העונש ההולם. דהיינו טווח מזערי ומירבי של עונשים אפשריים, בהתאם לחומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם. בשלב השני, נדרש בית המשפט לבחון אם יש מקום לסטות מן המתחם שקבע. סטייה לקולה מותרת רק מטעמים של שיקום,¹⁵⁶ וסטייה לחומרה מותרת רק מטעמים של הגנה על שלום הציבור.¹⁵⁷ אם מצא שאין מקום לסטות מן המתחם, נדרש בית המשפט לעבור לשלב שלישי ובו הוא מצווה לקבוע את העונש המתאים לנאשם בתוך מתחם העונש ההולם, בהתבסס על שיקולי הרתעה אישית¹⁵⁸ או כללית¹⁵⁹ ועל מגוון שיקולים ונסיבות הקשורים במאפייני הנאשם שלפניו, שאינם קשורים לביצוע העבירה ואשר אינם משליכים על חומרת העבירה הנדונה.¹⁶⁰ הליך תלת-שלבי זה, שהחוק מחייב להציגו בגזר הדין הכתוב ולנמקו, נועד להגשים את תכליתו של התיקון בקידום ערכים של שוויון, עקביות ואחידות בענישה.¹⁶¹

¹⁵³ ראו גם יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 427 (2013) (להלן: ואקי ורבין (2013)).

¹⁵⁴ ראו בעניין זה דברי כבי' השופט חיים כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר שפיטה" פלילים א' 9, 21 (1990) (להלן: ח' כהן).

¹⁵⁵ סעיף 4ב' לחוק העונשין.

¹⁵⁶ סעיף 4ד' לחוק העונשין.

¹⁵⁷ סעיף 4ה' לחוק העונשין.

¹⁵⁸ סעיף 4ו' לחוק העונשין.

¹⁵⁹ סעיף 4ז' לחוק העונשין.

¹⁶⁰ סעיף 4ט' לחוק העונשין.

¹⁶¹ ראו דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 446 (להלן: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה)). ראו גם הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, דין וחשבון 7-9 (1997) (להלן: דו"ר גולדברג). ראו גם סיגל קווגט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיט "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט, חברה ותרבות – משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 267 (אלון הראל עורך, 2017) (להלן: קווגט, חקאק וגלבפיט).

מכאן לבחינת מהותו של המאסר על תנאי – לאחר תיקון 113. את הדיון על המאסר על תנאי נחלק למספר רבדים: ברובד הראשון, יתמקד הדיון ביחס שבין סעיף 52 לחוק העונשין ודרך קביעת מתחם העונש ההולם; ברובד השני יתמקד הדיון בקיומו ובהפעלתו של המאסר על תנאי; וברובד השלישי והאחרון נדון בשאלה האם חל שינוי בהוראה שמסדירה את הסמכות להאריך את התנאי (סעיף 56 לחוק העונשין), במיוחד כאשר הרף התחתון של המתחם כולל עונש מאסר.

1.6.1 סעיף 52 ודרך קביעת מתחם העונש ההולם

כאמור, עת הנהיג המחוקק את המאסר על תנאי, כוונתו הייתה שעונש זה יוטל לא רק במקרים בהם העונש הראוי הוא מאסר בפועל, אלא גם במקרים בהם אין להטיל מאסר בפועל, אך גם עונש של קנס, התחייבות להימנע מעבירה וצו מבחן אינם מתאימים.¹⁶² זאת, בין אם העברייין אינו מתאים לפיקוח של צו מבחן או בין אם חומרת העבירה מצריכה עונש חמור יותר (כאשר מאסר בפועל אינו הולם) שיש בו הגנה רבה יותר על הציבור, הגנה שטמונה בהרתעת העברייין מפני האיום הצפוי במאסר אם יפר את התנאי. למרות כוונה זו, הוראת סעיף 52 לא הצליחה לשקף את העובדה שמטרתו של המאסר על תנאי הייתה להנהיג אמצעי ענישה נוסף למערכת הענישה, אשר נבדל ממאסר בפועל. זאת, בייחוד שסדר הדברים בהוראת החוק קובע, כי לאחר שהטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להתנות את כולו או חלק ממנו. מכאן, יכול להשתמע, ובניגוד לכוונתו של המחוקק, שאפשר להטיל מאסר על תנאי רק במקרה שאלמלא הייתה קיימת אפשרות זו, בית המשפט היה מטיל על הנאשם מאסר בפועל.

על מנת להבין את אופיו ואת מהותו של המאסר על תנאי יש לקרוא את הוראת סעיף 52 תוך התחשבות בכוונתו של המחוקק. בדרך זו ניתן לראות כי המאסר על תנאי ומאסר בפועל הם שני סוגי עונש שונים, שלעיתים רק אחד מהם הוא העונש ההולם את נסיבות העבירה.¹⁶³ אך כאשר בית המשפט מחליט להטיל שילוב של מאסר על תנאי ומאסר בפועל, הוא מחויב לעמוד בדרישת החוק, כך שסך כל תקופת המאסר (בפועל ועל תנאי) לא יחרוג (האמת, שאלה טובה. לא מצאתי עליה תשובה. כדי לפשט את העניין וגם מבחינת המשמעות, יותר מדויק יהיה לכתוב במקום סה"כ – סך כל, ואז יותר קל להבין שההתייחסות היא לסך ולא לתקופה). מהעונש המרבי שקבוע לצד העבירה שבה הורשע הנאשם.¹⁶⁴ דרישה זו מתבקשת בהתחשב בכך שלמרות שמדובר בשני סוגי עונש שונים, בהצטברותם שניהם מהווים יחידה אחת של עונש מאסר.

בתיקון 113, לא רק שהמחוקק לא ערך כל שינוי בהוראת סעיף 52 לחוק, אלא באמצעות הוראות סעיפים 40ב' ו-40ג' לחוק העונשין, שעניינן קביעת מתחם העונש בהתאם לעיקרון המנחה, הוא הצליח לחדד ולהדגיש את מה שכשל לכוון בהוראה המקורית שבסעיף 52 לחוק. על פי הוראות אלה, כבר בשלב קביעת מתחם העונש, על בית המשפט להפריד בין המאסר על תנאי והמאסר בפועל. טיעון זה אינו עולה רק מלשון החוק אלא הוא עלה גם באחד הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט בקשר לתיקון לחוק, כאשר עלתה השאלה האם בשלב קביעת המתחם יש לקבוע אך ורק את תקופת המאסר (ללא הבחנה בין מאסר בפועל ובין מאסר על תנאי), ורק בשלב קביעת העונש בתוך המתחם יש להפריד ביניהם, או שההפרדה תתבצע

¹⁶² העונשים שהיו קיימים בתקופת הנהגת המאסר על תנאי. מאז התווספו עונשים נוספים כמו למשל עבודת שירות (עונש של מאסר בפועל עד 9 שעה חודשים שניתן לשאת בעבודת שירות במקום מאחורי סורג ובריח (סימן ב'1 בפרק ו' לחוק העונשין תחת כותרת: נשיאת מאסר בעבודת שירות סעיפים 51א-51ב)) ושירות לתועלת הציבור, עונש עם וללא הרשעה, שאותו הנדון מבצע בקהילה כאשר בית המשפט לא מטיל עונש מאסר בפועל. תקופת הצו המרבית היא עד שנה, עם אפשרות להארכה מנימוקים מיוחדים שיירשמו (סימן ד'1 בפרק 1 סעיפים 71א-71ו' לחוק העונשין).

¹⁶³ בע"פ 4103/92 מדינת ישראל נ' פינקלשטיין, פ"ד נא(3) 481 (1994), לפני תיקון 113, חידדה השופטת דורנר כי המאסר בפועל הוא עונש נפרד ממאסר על תנאי, כאשר המאסר על תנאי הוא קל ממאסר בפועל ובדירוג העונשים הוא נמצא בין מאסר בפועל לקנס. שם בעמ' 486.

¹⁶⁴ ראו עניין ריזי, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 44, בעמ' 11.

כך שכלל העונש לא יפחת מרבע העונש המרבי שקבוע לצד העבירה, אלא בהתקיים טעמים מיוחדים שיירשמו. עוד קבע המחוקק, כי לא ניתן להתנות את כל התקופה בהעדר טעמים מיוחדים. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם נע בין ארבע לשש שנים אך הדגיש כי המתחם נקבע על פי שנות "המאסר", להבדיל ממאסר בפועל, בהסתמך על ההלכה המתירה הטלת עונש מזערי גם על דרך של מאסר על תנאי.¹⁷³ בסופו של יום, העונש שהוגשת על נחמן היה שישה חודשי מאסר בעבודת שירות (העונש הוא שנת מאסר אך לאחר קיזוז תקופת מעצרו הורה בית המשפט להמיר את העונש לעבודת שירות) בנוסף לשלוש שנות מאסר על תנאי (מתוכן שנתיים שלא יעבור עבירות מין מסוג פשע או עבירות לפי חוק הגנת הפרטיות ושנה אחת שלא יעבור עבירות מין מסוג עוון או עבירות על חוק הטרדה מינית). בית המשפט הטיל בנוסף צו מבחן, פיצוי למתלוננת וקנס.¹⁷⁴

המדינה הגישה ערעור לבית המשפט העליון על קולת העונש. אחת הטענות הייתה, שטעה בית המשפט המחוזי בהחלטתו, כאשר קבע מתחם עונש מאסר שאין הכרח שיהיה לנשיאה בפועל. לגישת המדינה, מתחם כה רחב מרוקן מתוכן את משמעות מתחם העונש ההולם ולמעשה אינו קובע עמדה ברורה באשר לגבולותיו. המדינה סברה, כי היה על בית המשפט לציין מפורשות את טיב עונש המאסר במסגרת מתחם העונש ולקבוע גם את הרף התחתון שלא יפחת מעונש מאסר בפועל משמעותי.¹⁷⁵ בית המשפט העליון (השופט ג'ובראן בהסכמת יתר השופטים) קיבל את הערעור, וקבע כי בעת קביעת העונש ההולם, על בית המשפט להפריד בין סוגי העונשים השונים ובפרט לקבוע את הרף התחתון של עונש המאסר בפועל.¹⁷⁶ עוד הוסיף וקבע כי מתחם העונש שקבע בית המשפט המחוזי היה כוללני ורחב מדי באופן שמעקר אותו מתוכן. משמעות המתחם שקבע בית המשפט המחוזי היא כי עונשו של נחמן יכול לנוע ממאסר שכולו על תנאי עד למאסר בפועל בן שש שנים, ולמעשה אינו קובע רף תחתון ממשי. משכך, אין בו כדי לשקף עמדה ערכית כלשהי באשר לחומרת העבירות או כדי לשמש הכוונה לבתי המשפט במקרים דומים בעתיד.¹⁷⁷ לא כל שכן, אף אינו מאפשר לערכאת הערעור לבחון האם העונש שהוגשת על הנאשם סוטה לקולה מהמתחם שנקבע, והאם הוא חורג במידה קיצונית מרמת הענישה הנוהגת.¹⁷⁸

מדברי השופט ג'ובראן עולה, כי עיקר הבעייתיות בקביעת בית המשפט המחוזי בעניין נחמן היא שלא הגדיר את מתחם העונש ברף התחתון והשאיר את הדבר בגדר פרשנות, במיוחד שלפי מדיניות הענישה הנוהגת, הרף התחתון של מתחם העונש בגין עבירת אינוס שמתבצעת באמצעות החדרת אצבע לאיבר המין, הוא עונש של לפחות 15 חודשי מאסר בפועל.¹⁷⁹ ככל שבית המשפט המחוזי סבר שיש לחרוג ממתחם זה, הוא מוסמך לקבוע זאת משיקולי שיקום מכוח סעיף 40ד(ב) לחוק העונשין, אך הוא לא עשה כן. בית המשפט העליון, לעומת זאת, לאחר שקבע כי מתחם העונש ההולם ברף התחתון הוא 24 חודשים (כולל עונש בגין עבירת מעשים מגונים בכוח), החליט לחרוג לקולה משיקולי שיקום והעמיד את העונש על 18 חודשים, ואת שאר רכיבי העונשים הורה שיעמדו בעינם למעט צו מבחן.¹⁸⁰

בעניין נחמן לא התייחס השופט ג'ובראן לרף העליון של מתחם העונש ההולם, ועיקר הדגש היה על קביעת הרף התחתון. הסבר סביר לכך הוא שהשופט ג'ובראן מאשר את הרף העליון של שש שנות מאסר (כולל

¹⁷³ שם, בעמ' 9.

¹⁷⁴ שם, בעמ' 11-12.

¹⁷⁵ עניין נחמן, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 170, בעמ' 7. במקרה אחר בע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 4.12.2013), עמדת התביעה הייתה כי לא נפל פגם במתחם עונש שנע בין מאסר על תנאי ובין חמש שנות מאסר. בית המשפט העליון הסכים עם טענת המערער לפיה מתחם העונש הוא כוללני ורחב והיה נכון להתאימו לנסיבות העבירות בהן הורשע (להלן: ע"פ 512/13 עניין פלוני). שם, בעמ' 14.

¹⁷⁶ עניין נחמן, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 170, בעמ' 10.

¹⁷⁷ שם, בעמ' 11.

¹⁷⁸ שם, בעמ' 12.

¹⁷⁹ שם, בעמ' 13-14.

¹⁸⁰ שם, בעמ' 15.

מאסר בפועל ועל תנאי). חיזוק לכך ניתן למצוא בעובדה שהוא השאיר על כנם את שני עונשי המאסר על תנאי (שנתיים ושנה) שנקבעו בבית המשפט המחוזי – כאשר סה"כ העונשים בפועל ועל תנאי שהוטלו בסופו של יום על נחמן, היה חמש שנים (לפני חריגה ממתחם העונש משיקולי שיקום). כל הסבר אחר ירוקן מתוכן את החידוש בהלכת **אלהרוש** שקבע ולראשונה, כי ככל שמתחם העונש כולל מאסר על תנאי, יש לציין זאת מפורשות ולא ניתן לקבוע את המאסר על תנאי כעונש נלווה. גם אם הסבר זה מתיישב עם פרשת **אלהרוש**, העדר התייחסות מפורשת של השופט גיבוראן, שהוא השופט שכתב את פסק הדין בעניין **אלהרוש**, לקביעת מתחם העונש ברף העליון עם אמירה מפורשת שהוא כולל גם את המאסר על תנאי, מאפשר הסבר אחר לפיו לא התכוון בית המשפט העליון להחיל את הלכת **אלהרוש** על מקרה זה.¹⁸¹ כך או אחרת, בית המשפט העליון לא ניצל את ההזדמנות שנקרתה בדרכו ליישם את הלכת **אלהרוש** על המקרה בעניין **נחמן**. יישום שיכול היה להיות בו משום הנחלת ההלכה לשופטים, כך שיפעלו בהתאם לקביעת בית המשפט בעניין **אלהרוש**. זאת, במיוחד שעיון בשורה ארוכה של גזרי דין שניתנו בערכאות הנמוכות, העלה כי בתי המשפט יישמו את הלכת **אלהרוש** רק כאשר עובדות המקרה דומות הן. במילים אחרות, כאשר מדובר בעובדות אשר זהות לעובדות המקרה בעניין **אלהרוש** פעלו על פיו הלכה זו, ובאשר ליתר המקרים, המשיכו לקבוע את מתחם העונש עבור המאסר בפועל ואת המאסר על תנאי קבעו כעונש נלווה.¹⁸² מגמה זו אושרה גם על ידי בית המשפט העליון.¹⁸³

ניתן (עדיף לדעת) לשער כי השופטים בערכאות הנמוכות לא יישמו את הלכת **אלהרוש** בכל אותם המקרים שהחליטו לגזור עונש מאסר על תנאי, בשל הבנה מוטעית של פסק הדין, במיוחד שעיון בפסקי הדין, כאמור, העלה כי בתי המשפט יישמו את ההחלטה רק כאשר עובדות המקרה דומות לאלה בעניין **אלהרוש**. הסבר סביר אחר הוא, שהם הבינו את פסק הדין אך הגבילו את עצמם ליישום ההחלטה רק כאשר העובדות הן דומות וביתר המקרים המשיכו כהרגלם משיקולי יעילות כדי לא להכביד על הליך גזירת הדין. אם התשובה היא שהשופטים הבינו כי פסי"ד **אלהרוש** חל רק על עובדות דומות, הרי ניתן בנקל לתקן זאת על ידי קביעה מפורשת של בית המשפט העליון, כי תחולת הלכת **אלהרוש** היא על כל המקרים שמדיניות הענישה כוללת מאסר על תנאי. הקושיה היא אחרת, כאשר נמצא כי בית המשפט העליון אינו מיישם בעצמו את תיקון 113 ובתיקים שנדונים בפניו אינו מקפיד ליישם את ההלכות שנקבעו על ידי בית המשפט העליון בעצמו, כך שהוא ממשיך לקבוע את המאסר על תנאי כעונש נלווה למאסר בפועל.¹⁸⁴ מכאן

¹⁸¹ בהתאם למאמרם של גולדאייל, אזולאי והמר קיים הסבר שלישי נוסף והוא שבית המשפט העליון אינו מקפיד לקבוע את מתחם העונש ההולם. כשבדקו את מידת הציות של בית המשפט העליון ליישום תיקון 113 לחוק העונשין, נמצא כי היקף הציות היה נמוך יחסית ועמד רק על 28% מהערעורים שבהם היה על בית המשפט לקבוע מתחם (ראו אורן גולדאייל, חיים אזולאי ואיתי המר "האם שופטים מציינים לחוק?" משפטים 327, 355 (2018) (להלן: גולדאייל, אזולאי והמר)).

¹⁸² ראו ת"פ (מחוזי ירושלים) 56149-11-13 **מדינת ישראל נ' סיאם**, 2 (פורסם בנבו, 27.03.2017). (ית המשפט המחוזי קבע מתחם עונש בין חודש מאסר לשישה חודשי מאסר לעבירת שהייה בלתי חוקית בהתחשב בעברו של הנאשם ולכך שמטרת הכניסה נותרה לא ברורה. בית המשפט הטיל על הנאשם ארבעה חודשי מאסר בפועל ושלושה חודשי מאסר על תנאי בנוסף להפעלת מאסר על תנאי בן חמישה חודשים שנישא במצטבר לעונש המאסר כך שהיה על הנאשם לשאת תשעה חודשי מאסר בניכוי ימי המעצר אך הוא שוחרר במועד גזר הדין לאחר ששהה במעצר יותר משנה) ת"פ (שלום באר-שבע) 22627-06-17 **מדינת ישראל נ' חריזאת**, 3 (פורסם בנבו, 17.7.2017). ית המשפט קבע מתחם עונש בין שלושה חודשים לעשרה חודשי מאסר בפועל בגין הרשעת הנאשם בעבירת שהייה בלתי חוקית, הפרעה לשוטר ונהיגה ברכב ללא רישיון מתאים ובלא ביטוח. בית המשפט הטיל שישה חודשי מאסר בפועל ושלושה חודשי מאסר על תנאי) ת"פ (שלום קריות) 2150-09-16 **מדינת ישראל נ' מנצור**, 8 (פורסם בנבו, 22.05.2017). ית המשפט קבע מתחם עונש מאסר בפועל בין 12 ל-36 חודשי מאסר בפועל בנוסף למאסר על תנאי ופיצוי למתלוננים בגין הרשעה בעבירת שהייה בלתי חוקית ועבירות רכוש לרבות פריצה לבניין שאינו דירה וביצוע גניבה, היזק לרכוש, קשירת קשר לפשע והחזקת מכשירי פריצה) ת"פ (שלום ירושלים) 53970-08-15 **מדינת ישראל נ' אלנגאר**, 3 (פורסם בנבו, 6.6.2017). (ית המשפט קבע מתחם עונש הולם שנע בין מאסר על תנאי לחמישה חודשי מאסר בפועל וקנס עד 2,000 ₪ בגין עבירת שהייה בלתי חוקית. בית המשפט הטיל עליו שלושה חודשי מאסר בפועל, הפעיל בחפיפה מלאה מאסר על תנאי בן שלושה חודשים והטיל מאסר על תנאי של שלושה חודשים)

¹⁸³ ראו למשל: ע"פ 6858/17 **מדינת ישראל נ' מסארה** (פורסם בנבו, 2.11.2017), בו קיבל בית המשפט העליון את ערעור המדינה על קולת העונש והחמיר עם העונשים שנקבעו למשיבים מבלי לשנות את מתחם העונש, שכלל אך ורק רכיב מאסר בפועל, אך השאיר על כנם את יתר העונשים לרבות מאסר על תנאי שהוטל כעונש נלווה. מפסק הדין עולה כי בית המשפט המחוזי בנצרת, בע ביחס למשיב 1 מתחם עונש בין 36-50 חודשי מאסר בפועל בצירוף עונשים נלווים, וביחס למשיב 2 קבע מתחם עונש בטווח שבין 18-30 חודשי מאסר בפועל בצירוף עונשים נלווים. להבדיל מעונש מאסר על תנאי, בית המשפט המחוזי הקפיד לקבוע מתחם עונש נפרד עבור קנס. שם, בעמ' 5.

¹⁸⁴ בעניין **פלוגי** שניתן מספר ימים לאחר פניין **אלהרוש**, ביקר בית המשפט העליון (השופט רובינשטיין) את בית המשפט המחוזי, שלא קבע מתחם עונש בעצמו, מלאכה שהושלמה על ידי בית המשפט העליון. אך גם בית המשפט העליון, בניגוד להלכת

שהתנהלות זו אין בה כדי לתרום לבהירות וודאות יישום ההלכות על ידי הערכאות הנמוכות. אם ההסבר הוא הכבדה על גזירת הדין,¹⁸⁵ לעניות דעתי (דעתי או דעתנו?) אין בשיקול זה כדי לגבור על העובדה שמאסר על תנאי במהותו הוא עונש מאסר אך "רדום" וכי המשמעות לאחר הפעלתו היא שהנאשם יאלץ לשאת עונש זה מאחורי סורג ובריח. שיקול זה מתעצם, לאחר שבמחקרם של גזלאייל, גלון ווינשלמרצל נמצא כי יותר מ-85% מגזרי הדין שמוטלים בישראל, כוללים עונש מאסר על תנאי כעונש יחיד או בשילוב עם עונשים אחרים.¹⁸⁶ במחקר אחר שהתבסס על מאגר המידע במחקרם של גזלאייל, גלון ווינשלמרצל, נמצא כי ב-97% מגזרי הדין שכוללים מאסר בפועל בתי (לא, כי מדובר במשפט תוכן שקודם למשפט) משפט השלום הטילו גם עונש של מאסר על תנאי.¹⁸⁷ אם ימשיכו בתי המשפט לקבוע את מתחם העונש אך ורק עבור העונש החמור, יגבר החשש כי אורכו של המאסר על תנאי ייקבע באופן שרירותי ולא יעמוד בקנה אחד עם עיקרון ההלימה על כל ההשלכות הנובעות מכך, במיוחד באותם מקרים שיידרש בית המשפט להפעיל מאסר על תנאי בלתי מידתי.

בשל מהותו של המאסר על תנאי, נכון ורצוי הוא שבתי המשפט בכל הערכאות ינהגו לפי המתווה שנקבע בפס"ד בעניין **אלהרוש**. מתווה שמחדד את הנוראות החוק, ומטרתו לכוון ולהנחות את השופטים בערכאות הנמוכות לגבי היישום הנכון של תיקון 113. אם נשלב את שתי ההלכות בעניין **אלהרוש ונחמן**, על בתי המשפט לפעול כלהלן:

1. אם מתחם העונש ההולם ברף העליון הוא מאסר על תנאי להבדיל ממאסר בפועל – יש לציין זאת מפורשות ולקבוע גם את משך המאסר המותנה.¹⁸⁸ בקביעת אורך המאסר על תנאי, יש להתחשב בכך שעיקרון ההלימה שולל אפשרות כי המאסר המותנה יהיה ארוך יותר, רק כדי להעצים את האפקט ההרתעתי המיוחס למאסר על תנאי. לא כל שכן, שלאחר תיקון 113, התחשבות בשיקול ההרתעתי תהיה אך ורק בקביעת העונש בתוך המתחם להבדיל מקביעת המתחם.¹⁸⁹
2. אם מתחם העונש כולל מאסר על תנאי ברף התחתון וברף העליון כולל גם מאסר בפועל – יש לקבוע את המתחם בהתאם לפרשת **אלהרוש**. כך שברף העליון יש לקבוע את סה"כ התקופה וניתן גם לקבוע לכל עונש תקופה נפרדת ומוגדרת מראש שלא יחרגו מסה"כ המאסר.
3. אם העונש הראוי הן ברף התחתון והן ברף העליון הוא מאסר בפועל (כאשר ברף העליון ניתן להשית גם מאסר על תנאי) – יש לקבוע ברף התחתון את תקופת המאסר בפועל¹⁹⁰ וברף העליון את סה"כ המאסר

אלהרוש, קבע את מתחם העונש עבור עונש המאסר, בלי לציין כי מתחם העונש ברף העליון כולל מאסר בפועל ומאסר על תנאי (ראו ע"פ 2148/13 פלוגי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.12.2014). ית המשפט העליון קבע מתחם עונש בין ארבע לעשר שנות מאסר והעמיד את עונשו על חמש שנים ותשעה חודשים תוך שהוא קובע כי שאר חלקי העונש (20 חודשי מאסר על תנאי שהוטלו במחוז) יעמדו על כנם. שם, בעמ' 10, 12 לפסק דינו של השופט רובינשטיין (כתוארו אז)).

¹⁸⁵ במחקר זה הדיון מוגבל אך ורק לקביעת מתחם עונש שכולל מאסר על תנאי. גם בשל העובדה שעניינם של יתר העונשים חורג משאלת המחקר בעבודה זו, אך בעיקר כי רק עונש מאסר על תנאי בסופו של יום אם יופעל, יביא לנשיאת עונש מאסר של ממש מאחורי סורג ובריח.

¹⁸⁶ גזלאייל, גלון ווינשל מרגל, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 1, בעמ' 19 ו-21.

¹⁸⁷ Emmanuel & Gazal-Ayal, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 66, בעמ' 121.

¹⁸⁸ כל קביעה אחרת, תיפגע במעמד עונש המאסר על תנאי כאמצעי ענישה עצמאי, והיא עשויה להביא להחמרה בענישה ולקביעת מדרג חומרה שאינו עולה בקנה אחד עם המציאות. טול לדוגמה מקרה בו בית המשפט סבור שהעונש הראוי בגין עבירה ספציפית הוא מאסר על תנאי. אם מלכתחילה יקבע בית המשפט מתחם עונש שכולל אך ורק מאסר, ללא חלוקה בין מאסר על תנאי למאסר בפועל, הדבר יפגע בהנחת בית המשפט שהעונש הראוי בגין עבירה זו אינו עונש מאסר בפועל. ולהפך, יכול להיות מצב שהעבירה בנסיבותיה מצדיקה עונש מאסר בפועל, ולכן קביעה שמתחם העונש כולל מאסר היא קביעה מטעה שכן מלכתחילה לא התכוון בית המשפט שניתן להשית אך ורק עונש מאסר על תנאי.

¹⁸⁹ סעיף 140 לחוק העונשין.

¹⁹⁰ כאשר העונש הראוי ברף התחתון של המתחם הוא מאסר בפועל והמורשע הוא עבריין לראשונה, להבדיל מהמצב הקודם לפני התיקון, בו בית המשפט רשאי היה להמיר את עונש המאסר בפועל למאסר על תנאי (שכן זו הייתה אחת המטרות בהנהגת המאסר על תנאי). לאחר תיקון 113 ניתן לחרוג ממתחם העונש רק משיקולי שיקום או צדק כפי שיובא בהמשך. קיימת אפשרות נוספת שלישית והיא לקבוע מתחם עונש רחב שכולל מאסר על תנאי. ראו יורם רבין ויניב ואקי **עונשין** כרך ג' פרק 42, 1653 (2014) (להלן: רבין וואקי, (2014)). ראו גם עניין **אלהרוש**, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 167, בעמ' 14. השופט גיבראן ציין כי אמת המידה שעשויה לסייע בקביעת רוחב מתחם העונש היא הקשר שבין סוג העבירה לבין מידת ההתחשבות שנוהג בית המשפט להקנות לנסיבותיו האישיות של הנאשם.

כאשר ניתן לקבוע תקופה נפרדת ומוגדרת מראש עבור כל סוג עונש כך שהצטברות שתי התקופות יהיו שוות לסה"כ המאסר.

4. אם מתחם העונש ברף העליון כולל אך ורק מאסר בפועל – בית המשפט לא יהיה מוסמך להטיל עונש מאסר על תנאי כעונש נלווה.

בדרך זו ניתן להבטיח כי אורך המאסר על תנאי יעמוד בקנה אחד עם עיקרון ההלימה ויפחית את החשש מקביעה שרירותית של אורכו.

1.6.2 קיומו והפעלתו של מאסר על תנאי תלוי ועומד

לפני תיקון 113, בית המשפט היה מתחשב בקיומו של מאסר על תנאי תלוי ועומד כשיקול להחמרה בענישה, הן בשל העובדה שהנאשם ביצע עבירה כאשר האיום הצפוי במאסר לא הרתיעו, והן בשל העובדה שלנאשם יש עבר פלילי.¹⁹¹ לאחר תיקון 113, עמדת המחוקק היא שבקביעת מתחם העונש בית המשפט לא יתחשב בקיומו של מאסר על תנאי בר או חב הפעלה בהתחשב בכך שמתחם העונש ההולם אמור לשקף את הענישה הראויה שיש להטיל על הנאשם בגין העבירות בהן הורשע.¹⁹² בפרשת חמזה,¹⁹³ בית המשפט המחוזי בתל אביב דן בשאלה זו וקבע שקיומו של מאסר על תנאי אין בו כדי להשפיע על עיצובו של המתחם: "מאסר על תנאי הוא נתון שהמערער או אחרים במצבו סוחב על שכמו, ואין לו קשר למתחם הענישה בתיק הספציפי שדובר בו."¹⁹⁴

העניין הוא שונה בקביעת העונש בתוך המתחם: בעניין זה יש לבצע הפרדה בין עצם קיומו של מאסר על תנאי ובין שאלת הפעלתו בתיק ספציפי. אם בתיק נתון קיים מאסר על תנאי, אך לא מתבקשת הפעלתו כי העבירה שביצע הנדון לא מביאה להפעלת התנאי, במקרה זה ככל שהעבירה החדשה בוצעה לאחר קביעת המאסר על תנאי, ניתן לראות בקיומו של מאסר על תנאי כמהווה חלק מהעבר הפלילי, והנטייה של השופט תהיה להחמיר עם הנאשם (אך בתוך המתחם), בייחוד משום שביצע עבירה חדשה (הגם שאינה מפעילה את התנאי).¹⁹⁵ המצב הוא שונה כאשר המאסר על תנאי הוא בר הפעלה. במקרה זה לא נכון להחמיר עם הנאשם בתוך המתחם, במיוחד שהשופט יתבקש להורות על הפעלת התנאי במצטבר ולחלופין בחפיפה מלאה או חלקית.¹⁹⁶

1.6.3 היחס שבין סעיף 56 (הארכת התנאי) לתיקון 113 כאשר מתחם העונש כולל מאסר בפועל ברף התחתון

כאמור כאשר המחוקק הסכים להתגמש ולהעניק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית, הוא ציין מפורשות כי בסמכות זו ייעשה שימוש רק במקרים חריגים ורק כאשר

¹⁹¹ לדוגמה ראו רע"פ 3173/09 פראגין נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 5.5.2009) (להלן: עניין פראגין). שופט רובינשטיין קבע מדרגות ענישה בעבירות שבי"ח כשבית המשפט ראה בביצוע עבירה כאשר תלוי ועומד מאסר על תנאי, משום החמרה) שם, בפס' כ"א לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁹² ראו פרוטוקול ישיבה מס' 302 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 165, בעמ' 29 היועצת המשפטית של הוועדה סיגל קוגוט ביקשה להבהיר כי בקביעת מתחם העונש בית המשפט לא יתחשב במאסר על תנאי בר הפעלה. רות קנאי חיזקה את דבריה כשציינה "המאסר על תנאי, כפי שאמרת, הוא לא חלק מהעונש על העבירה הזאת, לכן נראה לי קודם כל ברור שהוא לא קובע את המתחם". שם. יו"ר הוועדה דוד רותם (ז"ל) הביע את חששו, כי קיומו של המאסר על תנאי עשוי להשפיע על המתחם גם בלי שהשופט יציין זאת מפורשות, בתגובה ציין השופט מצא: "אם זה החוק, אסור לו (לשופט נ"ע) לקחת את זה בחשבון. מה שהשופט יעשה, אנחנו לא יודעים". שם, בעמ' 30.

¹⁹³ עפ"יג (מחוזי ת"א) 12-12-37323 מדינת ישראל נ' חמזה (פורסם בבנו, 18.2.2013).

¹⁹⁴ שם, בעמ' 2.

¹⁹⁵ ראו רבין וואקי (2014), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 190, בעמ' 1653. ראו גם פרוטוקול ישיבה מס' 302 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 165, בעמ' 29 (דברי רות קנאי).

¹⁹⁶ ראו סעי' 1 לתזכיר חוק העונשין (הפעלת מאסר על תנאי) כאשר הוגשה בקשה נפרדת להפעלת המאסר על תנאי (שלא במסגרת גזר הדין) מוצע להעניק לבית המשפט סמכות לבטל את גזר הדין ולקבוע מחדש את העונש בגין העבירה הנוספת ובלבד שהעונש לא יהיה חמור מהעונש שנקבע בגזר הדין הראשון (ס' 55ג) לתיקון המוצע). לעיל ה"ש 89.

העבירה הנוספת היא מינורית בחומרתה, ואינה מצדיקה עונש מאסר בגינה. מכאן, שהתנאי הראשון הוא שמלכתחילה לא הטיל בית המשפט עונש מאסר בגין העבירה הנוספת. גם במקרה זה, הכלל הוא שיש להפעיל את התנאי אלא אם כן מתקיים התנאי השני (אשר מותנה בקיומו של התנאי הראשון) (אכן ברור יותר) והוא: "אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות הענין לא יהיה צודק להפעיל את המאסר על תנאי". לפי גישת המחוקק, המקרים שבהם לא יהיה צודק להפעיל את התנאי הם בעיקר כאשר משך המאסר המותנה שידרש השופט להפעיל הוא ארוך ובלתי מידתי ובהפעלתו יגרום לנאשם עינוי דין.¹⁹⁷

מכאן, שלפי הוראת סעיף 56 לחוק העונשין, התחשבות בשיקולי הצדק תתאפשר רק אם העבירה הנוספת היא מינורית בחומרתה שאינה מצדיקה עונש מאסר. מה ההלכה כאשר העבירה חמורה יותר, ולכן מצדיקה עונש מאסר?

במקרה זה קיימות לפחות שלוש שיטות: השיטה הראשונה היא הפחות בעייתית, קיומן של נסיבות אישיות לרבות שיקומו של הנאשם מצדיקות הימנעות מגזירת עונש מאסר. במקרה זה, ככל שסבר בית המשפט כי אין מקום להפעיל את התנאי, הוא מוסמך לעשות כן לפי שיקולי הצדק.¹⁹⁸ המצב הוא שונה כאשר בית המשפט סבר שלא מתקיימות נסיבות אישיות, לרבות לא הליך שיקומי, אך סבר שאורכו של המאסר המותנה הוא בלתי מידתי. בעניין זה קיימות שתי שיטות: שיטה אחת לפיה בית המשפט עוקף את החוק על ידי אי גזירת עונש מאסר בגין העבירה הנוספת, רק כדי להימנע מהפעלת התנאי. דוגמה לכך ניתן למצוא בפס"ד סעדיה.¹⁹⁹ השיטה השנייה הוצגה בעניין מחאג'נה.²⁰⁰ בפרשה זו, קבע בית המשפט העליון כי אורכו של המאסר המותנה אין בו לבדו כדי להטות את הכף להארכת התנאי, כאשר הנאשם אינו מראה סימנים שמוצדק לתת לו הזדמנות כדי לחזור לדרך הישר.²⁰¹ כך פסקה השופטת (בדימוס) פרוקצ'יה:

על-פי מצוות החוק, הארכת תקופת תנאי אפשרית "מטעמים שירשמו... אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות הענין לא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי" [...]; שיקול הדעת הניתן לבית המשפט בהארכת עונש מאסר מותנה מתמקד במצבים שבהם מוצדק לתת לנאשם הזדמנות נוספת לחזור לדרך הישר, כאשר הוא מראה סימנים המניחים יסוד לציפייה כי כך יהיה.

והמשיכה:

עצם אורכו של עונש המאסר על תנאי שהוטל בגין הליך קודם אינו טעם מיוחד להארכתו, במיוחד כאשר הנאשם אינו מראה סימנים אמיתיים של הכרה והפנמה של משמעות התנהגותו הפלילית. הימנעות מהטלת עונש מאסר בפועל והארכת תקופת התנאי רק בשל היקפו של

¹⁹⁷ ראו ד"כ 37, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 87, בעמ' 1977 (דברי שר המשפטים). ראו גם שם, בעמ' 1973 (דברי ח"כ י' קושניר).

¹⁹⁸ ראו ע"פ 4517/04 מסראווו נ' מדינת ישראל, פ"ד (נט) 119, 127 (2005) (להלן: עניין מסראווו)) וין כי שיקול הדעת הניתן לבית המשפט בהארכת עונש המאסר המותנה מתמקד במצבים שבהם מוצדק לתת לנאשם הזדמנות נוספת לחזור לדרך הישר)

¹⁹⁹ ע"פ 229/78 סעדיה נ' מדינת ישראל, פ"ד (ב) 256 (1978) (להלן: עניין סעדיה). לסקירת עובדות המקרה, ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found – לבדוק אם זו אכן ההפניה הנכונה, עד כה יש קצת תיקונים בהפניה להערות שוליים, ממה שראיתי זו לא ההערה המתאימה, בהמשך.

²⁰⁰ רע"פ 7391/08 מחאג'נה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 14.9.2009) (להלן: עניין מחאג'נה). להחלטות בבית משפט השלום ובית המשפט המחוזי ראו ת"פ (שלום חדרה) 2065/07 מדינת ישראל נ' מחאג'ה (כך צוין בגזר הדין) (פורסם בנבו, 9.4.2008) ועפ"א (מחוזי חיפה) 3321/08 מדינת ישראל נ' מחאג'נה (פורסם בנבו, 10.7.2008).

²⁰¹ שם, פסקה 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

עונש המאסר על תנאי שיש להפעילו, אינה מתיישבת עם קו עונשי אפקטיבי וראוי בנסיבות מקרה זה.²⁰²

בעניין **מחאג'נה** בית המשפט העליון (מפי השופטת פרוקצ'יה) הוסיף גם כי לא נראית לו דרך ההתמודדות עם קושי זה (קרי: אורכו של המאסר על תנאי) על ידי נקיטה בדרך עוקפת שעיקרה הארכת התנאי, במקום שדווקא הנסיבות מחייבות גזירת מאסר בפועל.²⁰³

גם לאחר תיקון 113, עמדתו של בית המשפט העליון הייתה, כי אורכו של המאסר המותנה לבדו אינו יכול לשמש נימוק בלבדי להארכת התנאי,²⁰⁴ ובכך אימץ ללא עוררין את העמדה שנקבעה בעניין **מחאג'נה**. עם זאת, עמדה זו רוככה לאחרונה בעניין **חמיס**.²⁰⁵ בפרשה זו אמנם חזר והדגיש בית המשפט העליון כי אורכו של המאסר המותנה לבדו אינו יכול להוות שיקול להארכת התנאי, אך הוא כן קבע באיזה תנאים אורכו של המאסר על תנאי ייחשב כבלתי מידתי ויצדיק את הארכתו. מדובר בשני תנאים מצטברים: התנאי הראשון, חוסר הלימה בין אורכו של המאסר המותנה לבין מתחם העונש שנקבע בגין העבירה הנוספת, נובע מכך שהטלתו של מאסר על תנאי נעשתה באופן כוללני, בהתייחס למספר עבירות שמידת חומרתן שונה. כך שעבירה פחותה בחומרתה עשויה להביא להפעלת מלוא עונש התנאי שהושת. התנאי השני הוא שבמועד הפעלת התנאי נקבע מתחם עונש מקל יותר.²⁰⁶

בעניין **חמיס**, הפך בית המשפט העליון את סדר בדיקת התנאים שבסעיף 56 לחוק העונשין. תחילה הוא בדק אם מוצדק להאריך את התנאי ורק בשלב השני בדק אם ניתן לחרוג ממתחם עונש שכולל מאסר. לפי הוראת סעיף 56 לחוק העונשין על בית המשפט העליון היה לפעול לפי הסדר הבא: תחילה היה על בית המשפט לבדוק אם העונש בגין העבירה הנוספת הוא עונש שאינו כולל מאסר (לרבות לא מאסר על תנאי). משקבע בית המשפט בפרשת **אלהרוש** כי מתחם העונש כולל מאסר, בשלב השני נדרש לבדוק אם ניתן לחרוג ממתחם העונש משיקולי שיקום. רק לאחר שהשיב בית המשפט העליון על שאלה זו בחיוב – רק אז, בשלב השלישי, היה על בית המשפט העליון לבדוק אם מוצדק להימנע מהפעלת התנאי. הסבר סביר לשינוי הסדר הוא שבית המשפט העליון מלכתחילה שם לנגד עיניו את המטרה להאריך את התנאי. הוא תחילה ביקש להצדיק זאת ורק לאחר מכן קבע כי ניתן לחרוג ממתחם העונש שנקבע בעניין **אלהרוש** משיקולי שיקום.

נשאלת השאלה, האם בפרשת **חמיס** בית המשפט העליון היה מגיע לאותה תוצאה, אם בנסיבות המקרה לא ניתן היה לחרוג ממתחם העונש משיקולי שיקום?

בעניין **ג'ראדאת**,²⁰⁷ שנכתב אף הוא על ידי השופט ג'ובראן וניתן באותו יום בו פורסמו פסקי הדין בפרשות **אלהרוש** ו**חמיס**, שאלה זו עלתה על ידי המערער אשר ביקש שבית המשפט העליון יפסוק כי ניתן לחרוג

²⁰² שם.

²⁰³ עמדה זו נוגדת לשתי הפרשיות בעניין **סעדיה**, לעיל הי"ש Error: Reference source not found ועיי' 536/70 **קסיר** נ' **מדינת ישראל**, פ"ד כה(1) 281 (1971) (להלן: עניין **קסיר**). לסקירת עובדות המקרה, ראו טקסט ליד הי"ש Error: Reference source not found – לבדוק אם זה אכן הטקסט המתאים. שבשתי הפרשיות חיפש בית המשפט העליון באמצעי כדי להימנע מהפעלת מאסר בלתי מידתי ללא קשר לשיקומו של הנאשם.

²⁰⁴ ראו למשל: רע"פ 2801/14 **קניבי** נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.5.2014) (להלן: עניין **קניבי**). אם כי עמדה זו נחלשה במידה מה בפרשת **חמיס** שתובא בהמשך.

²⁰⁵ רע"פ 1441/14 **חמיס** נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.12.2014) (להלן: עניין **חמיס**). פסק דין זה מהווה אחד משלושה פסקי הדין (אלהרוש, חמיס וג'ראדאת) שניתנה בהם רשות ערעור לדיון בערעורם של שוהים בלתי חוקיים, ושלושתם ניתנו באותו יום ועל ידי מותב אחד (השופט ג'ובראן בהסכמת השופטים חיות ועמית).
²⁰⁶ שם, בעמ' 8.

²⁰⁷ רע"פ 3242/13 **ג'ראדאת** נ' **מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 9.12.2014) (להלן: עניין **ג'ראדאת**). המבקש נשוי ליהודייה ישראלית ואב לחמישה ילדים קטינים שחיים בישראל כש אחד מהם אף אובחן כלוקה בפיגור קל-בינוני.

ממתחם העונש גם משיקולי צדק.²⁰⁸ בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלה זו, לאחר שקבע כי בנסיבות המקרה מתחם העונש ברף התחתון אינו כולל מאסר.²⁰⁹ בסופו של הליך בית המשפט קיבל את הערעור והטיל על הנאשם קנס בסך 500 ₪ והורה על הארכת התנאי בן ששת החודשים שהיה תלוי ועומד.²¹⁰

בית המשפט העליון בעניין ג'ראדאת, לא ניצל את ההזדמנות כדי לדון בסוגיה אם החריגה לקולה ממתחם העונש אפשרית אך ורק משיקולי שיקום. סוגיה זו העסיקה את חוקרי המשפט²¹¹ ואת הערכאות השיפוטיות כאחד. עד להכרעת בית המשפט העליון בפרשת לופוליאנסקי,²¹² שתוצג בהמשך. העמדות בפסיקה היו שונות: עמדה אחת היא שלאחר תיקון 113 ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם רק משיקולי שיקום.²¹³ עמדה אחרת היא שמקום שלא ניתן לחרוג ממתחם העונש משיקולי שיקום ניתן לעשות כן משיקולי צדק בהתאם לסעיף 56 לחוק העונשין.²¹⁴ עמדה נוספת היא שתיקון 113 לחוק העונשין לא בא

²⁰⁸ לטענת המבקש, לאחר תיקון 113 לחוק העונשין יש מקום להכיר בפסיקה בחריגה ממתחם העונש ההולם לקולה משיקולי צדק ולא רק משיקולי שיקום. שם, בעמ' 4.
²⁰⁹ שם, בעמ' 6-7.

²¹⁰ בעניין פלוני, בית המשפט המחוזי דחה את ערעור המדינה על גזר דינו של בית המשפט השלום, שהורה על הארכת התנאי בן 18 חודשים בשל היותו בלתי מידתי למתחם העונש שנקבע בגין העבירה הנוספת שבה הורשע הנאשם (מתחם שני בין חודש ל-7 חודשי מאסר). בית המשפט המחוזי אישר את גזר הדין, מטעם זה בלבד (תוך התחשבות בכך שהנאשם היה עצור למשך 6 חודשים בתנאים קשים), ללא קשר לקיומו או העדרו של שיקול השיקום (ראו עפ"י (מחוזי מרכז-לוד) 19652-05-17 **מדינת ישראל נ' פלוני** (פורסם בנבו, 14.5.2017) (להלן: עניין פלוני מחוזי מרכז)).

²¹¹ בספרות הדעה הייתה, כי בתי המשפט מוסמכים לחרוג ממתחם העונש ההולם גם משיקולי צדק כלליים. ראו רבין וואקי (2014), לעיל ה"ש Reference source not found עמ' 461-459. ראו גם יובל ליבדרו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" **הסיגור** 197-8 (2013)4(הפנייה לעמוד בהמשך). במאמר זה הציג המחבר רשימה של סוגיות משפטיות שנאלץ להתמודד עמן בעקבות התיקון, ואשר מצריכות הכרה והתייחסות מצד המוחקק או בית המשפט העליון. הסוגיה המרכזית שנאלץ להתמודד עמה היא חריגה לקולה ממתחם העונש אך מטעמי שיקום. ברשימה זו פירט את הבעייתיות בסוגיה זו באופן כללי והביא מספר דוגמאות להמחשה. אחת הדוגמאות שרלוונטית לענייננו היא מקרה שבו העונש שנקבע כולל מאסר בפועל ונגד הנאשם תלוי ועומד מאסר על תנאי, אך לא מתקיים שיקול השיקום שמאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם. ברשימה זו הציג ארבע דרכים שונות שבמסגרתן ניסו בתי המשפט להתמודד עם הבעייתיות ומצג את הקשיים הקיימים לטעמו בפתרונות אלה. המחבר הציע לתקן את החוק על ידי הוספת חריג נוסף, שמאפשר חריגה ממתחם העונש מטעמי צדק. אך הוא סייג זאת בכך שחריגה משיקולי הצדק תהיה אך ורק בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן שתפורטנה בגזר הדין. שם, בעמ' 8. ראו גם אורן גולאייל "העונש ההולם לא תמיד הולם" **עורך הדין** 20 (2013). גם ברשימה זו סור המחבר שיש לאפשר חריגה ממתחם העונש משיקולי צדק והסדרי טיעון. לגבי הסטייה משיקול הצדק, ציין המחבר כי במרבית השיטות שאימצו מתחמי ענישה יש לבית המשפט סמכות לסטות ממתחם העונש כאשר הדבר דרוש למניעת אי צדק. גולאייל סור כי מבחינה משפטית אפשר להכיר בחריגה של צדק אף שהחוק אינו מזכיר חריג כזה. שם, בעמ' 73. עם זאת, הוא סור כי ראוי שהמוחקק ייתן את דעתו לצורך עיגון החריגים בחקיקה, כדי להבהיר את גבולותיהם. גולאייל אינו ממליץ להניק משמעות רחבה לשיקום כתחליף לחריגה משיקולי צדק. ראו גם אורן גולאייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" **ספר דורית ביניש** 539, 561-565 (אוני בר אילן, נבו, 2018) (להלן: גולאייל, "חריגה ממתחם העונש ההולם"), ש.חזר על עמדתו לפיה השיקול החוקתי, האוסר על פגיעה בחירות באמצעות מאסר מעבר לנדרש, מחייב הכרה בהיתר לחרוג מהמתחם מטעמי צדק, כאשר הטלת העונש במסגרת המתחם אינה מידתית. שם, בעמ' 56. לעמדה נגדית לפיה בתיקון 113 הוענקה סמכות לחרוג אך ורק משיקולי שיקום, ראו קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 293.

²¹² ע"פ 5669/14 **מדינת ישראל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.12.2015) (להלן: עניין לופוליאנסקי).

²¹³ עמדת בית המשפט המחוזי בבאר שבע בעניין ג'אלי (כך צוין שמו בפס"ד). באותו מקרה נדון ערעור המדינה על גזר דינו של בית משפט השלום בבאר שבע לפיו הוראך התנאי בן ארבעת החודשים תחת הפעלתו. בית המשפט קבע, כי בשל נסיבותיו המיוחדות של הנאשם, ובהתחשב בכך שהנאשם נתפס שוהה בשטח המדינה זמן קצר לאחר שגפ תוקפו של היתר הכניסה שניתן לו לצורך ההליך המשפטי, נמנע להשית עליו מאסר והורה על הארכת התנאי. בית המשפט המחוזי קבע, כי טעה בית המשפט בהחלטתו להאריך את התנאי תחת הפעלתו, שכן סעיף 40ג(ב) קובע כי ניתן לחרוג ממתחם העונש רק משיקולי השיקום, וסעיף זה לא מונה שיקולים נוספים. לא כל שכן, במקרה זה לא נטען לשיקולי שיקום כלשהו (עפ"י (מחוזי באר-שבע) 36733-03-13 **מדינת ישראל נ' גבאלי** (פורסם בנבו, 20.3.2013). ראו גם ע"פ (מחוזי ב"ש) 2713-01-13 **אמטיראת נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 4.12.2013). בפס"ד **אמטיראת סבר** הנשיא אלון, כי לאחר תיקון 113, משנקבעה אבן הדרך בגזירת הדין, יש בכך צמצום נוסף בהיקף החריג האמור בסעיף 56(א) לחוק העונשין, במיוחד באותם מקרים שבהם מתחם העונש כולל מאסר ולא נתקיימו נסיבות מיוחדות המצדיקות סטייה ממתחם הענישה. הנשיא אלון השאיר בצריך עיון את השאלה אם יהיו מקרים שאורכו של המאסר המותנה יהווה שיקול להימנע מהטלת עונש מאסר. למרות שהנטייה היא להשיב בחיוב על שאלה זו, הוא סבר שצריכות להתקיים נסיבות אישיות ושיקומיות חריגות ומיוחדות כדי לפסוק כך. שם, בעמ' 7.

²¹⁴ ת"פ (שלום באר-שבע) 12739-05-13 **מדינת ישראל נ' אלטללה** (טרם פורסם, 14.7.2013) (עותק נמצא אצלי, נ"ע) להשופת עדו, ס. נשיא (כתוארו אז) קבע כי אין כל אינדיקציה ואין כל הוראה בתיקון 113 לחוק העונשין, ממנה ניתן ללמוד כי התיקון ביקש לצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט במסגרת הפעלת סמכותו על פי סעיף 56 (א) לחוק העונשין. לגישתו, תיקון 113 לא התיימר לצמצם את שיקולי הצדק המוקנים לבית המשפט בגזרם את הדין. לכן, מקום ששיקול בית המשפט בהארכת התנאי הוא מטעמי צדק, במקרה זה לא חלה הוראת תיקון 113 המחייבת חריגה ממתחם העונש רק משיקולי שיקום. בעניין ספציפי זה דעתי שונה. מהוראת סעיף 56 עולה בבירור, כי התחשבות בשיקולי הצדק באה רק לאחר שלא הטיל בית המשפט עונש מאסר בגין העבירה הנוספת. אם הטיל עונש מאסר – בית המשפט יהיה מחויב להפעיל את התנאי, ולא יהיה מוסמך להמשיך לבדיקת קיומו של התנאי הנוסף – "שיקולי צדק". מכאן, שאין בשיקול הצדק שנמנה בסעיף 56 לחוק העונשין, כדי להוות מזור לאותם מקרים שבהם מתחם העונש כולל עונש מאסר.

לשולל מבית המשפט את היכולת לגזור את הדין לפני משורת הדין במקרה המתאים, ובמסגרת זאת ניתן אף לחרוג ממתחם העונש ההולם.²¹⁵

בפסק דין בעניין **לופוליאנסקי**, בו נדון ערעורו של ראש עיריית ירושלים לשעבר, אורי לופוליאנסקי, במסגרת הדיון בפרשת תיק הולילנד, הכריע בית המשפט העליון (השופט פוגלמן) ולראשונה בסוגיה זו, וקבע כי "עיקרון המידתיות בענישה, שעקבותיו ניכרים לא אחת באופן שבו הותווה שיקול הדעת השיפוטי בקביעת העונש במסגרת התיקון, על השלבים השונים הקבועים בו, צריך להנחותנו גם באותם מקרים חריגים וקיצוניים שבהם ראוי יהיה – בגדר הדין הקיים וכל עוד לא שונה – לחרוג ממתחם הענישה נוכח שיקולי צדק".²¹⁶ אמנם בפרשת **לופוליאנסקי** אפשר בית המשפט העליון חריגה ממתחם העונש משיקולי הצדק, אך הוא חזר והדגיש כי:

[...] יודגש ויודגש היטב: פתח זה שאנו פותחים כאן לטובת חריגה ממתחם העונש ההולם – פתח צר הוא. פתח זה ראוי לו להיות מוסדר בחקיקה ראשית (ראו גם גזל אייל, בעמ' 29), אך בהעדר הסדר כאמור, אין מנוס מהתווייתו בדרך פסיקתית כנגזרת של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המחייבות כמובן גם את הרשות השופטת.²¹⁷

עיון בפרשת **לופוליאנסקי**, מעלה כי הכרעתו של בית המשפט העליון במקרה זה ממוקדת בקטגוריה שבה מצבו הבריאותי של המערער היה חריג ביותר, אך מתחם העונש ההולם חייב להשית עליו מאסר בפועל.²¹⁸ במקרה זה בית המשפט קבע, כי כאשר ענישה מאחורי סורג ובריח עלולה לקצר בצורה ניכרת את תוחלת חייו של המערער, "יש לאפשר לבית המשפט לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי צדק" וכי "קביעת חריג זה נובעת מעקרון המידתיות בענישה הנגזר מהחובה החלה גם על בית המשפט לפעול לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".²¹⁹

מכאן שלמרות שבית המשפט העליון פתח פתח לחריגה ממתחם העונש משיקולי צדק, דאג להדגיש שוב ושוב עד כמה הפתח מצומצם וחריג, לכן קרא למחוקק להסדיר סוגיה זו בכללותה.²²⁰

ביום 27.6.2016 פורסמה מטעם הממשלה הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016.²²¹ במסגרת ההצעה מוצע, בין היתר, לאפשר לבית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם לא רק מטעמי שיקום, אלא גם בהתקיים "נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן שאינן קשורות בביצוע העבירה", שענישה בתוך המתחם עלולה להיות בלתי מידתית ולהגיע לכדי "עיוות דין".²²² כדי להבטיח שבהוראה ייעשה שימוש במשורה ורק במקרים חריגים, פורטו בהצעה דוגמאות טיפוסיות לנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, אשר עשויות לעורר חשש לעיוות דין. הרשימה כוללת חלופי זמן מעת ביצוע העבירה; השפעת העונש על הנאשם בשל מצבו הרפואי או בשל פגיעה גופנית חמורה לנאשם או

²¹⁵ ת"פ (שלום ב"ש) 58005-11-12 מדינת ישראל נ' שלאלפה, פס' 26-27 (פורסם בנבו, 23.1.2013).

²¹⁶ עניין **לופוליאנסקי**, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, פס' 216, בעמ' 628. במאמרם, קווגוט, חקאק וגלבפיט היו בדעה כי יש לנהוג בזהירות רבה בחריגה זו שקבע בית המשפט העליון בעניין **לופוליאנסקי**, מחשש לחזרה למצב הלא רצוי הקודם (קווגוט, חקאק וגלבפיט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 161, בעמ' 293).

²¹⁷ שם, פס' 218, בעמ' 629.
²¹⁸ באותו מקרה קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם עומד על שנתיים עד חמש שנות מאסר בפועל. שם, בעמ' 615 (פס' 188 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

²¹⁹ שם, בעמ' 634, פס' 229 לפסק דינו של השופט פוגלמן. השופט הנדל הוסיף כי: "חברי הדגיש היטב עד כמה מדובר בחריג. גם לכך אני מסכים. הפתח מצומצם, אך עשוי לכלול חריגים מסוימים נוספים". שם, בעמ' 634, פס' 1.

²²⁰ שם, בעמ' 630, פס' 220 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

²²¹ ה"ח הממשלה 11078. ראו גם תזכיר חוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה- תיקונים שונים), התשע"ו-2015.

²²² סעיף 1א40 לחוק העונשין.

לקרובי משפחתו או בשל קיומה של טענת הגנה מן הצדק.²²³ אמנם בהצעה נקבע כי רשימה זו אינה רשימה סגורה וכי בית המשפט רשאי לשקול נסיבות נוספות, אך בדברי ההסבר צוין מפורשות כי נסיבות אלה צריכות להיות דומות בטיבן לנסיבות הטיפוסיות.²²⁴

בניגוד לקולות אשר קראו למחוקק לתקן את החוק ולאפשר לבית המשפט סמכות לחרוג ממתחם העונש משיקולי צדק, ניתן לראות כי ההצעה נוסחה בלי להשתמש בצמד המילים "שיקולי צדק". ניכר שניסוח זה היה מכוון כדי להדגיש כי חריג זה ייעשה בו שימוש בזהירות רבה, ורק במקרים הדומים לדוגמאות הטיפוסיות שנמנו בתיקון. גם קוגוט, חקאק וגלבפיש במאמרם, אם כי בהערת שוליים תוך שהם מדגישים שלא ירחיבו בנושא, היו בדעה כי יש לנסח ולאחר מכן ליישם בפסיקה חריג נוסף זה בזהירות רבה, כך שלא ישמש פתח רחב לסיכול ההבניה.²²⁵

השאלה המעניינת היא, האם במסגרת ההצעה ניתן יהיה לחרוג ממתחם העונש שכולל מאסר רק כדי להימנע מהפעלת התנאי? קיימת אפשרות סבירה שהתשובה היא בחיוב, במיוחד שמההצעה עולה כי השיקול המרכזי לחריגה, הוא כדי למנוע "עיוות דין". מצב של עיוות דין יתקיים כאשר בית המשפט יידרש להפעיל מאסר על תנאי, שאורכו לא רק חורג מהרף העליון של מתחם העונש ההולם עבור העבירות בהן הורשע הנאשם, אלא גם נקבע באופן שאינו הולם את העבירה המקורית. ככל שהפער בין העונש שנקבע ברף העליון של המתחם לבין אורך המאסר על תנאי שמתבקשת הפעלתו הוא גדול, כך הפגיעה בחרות תיחשב לבלתי מידתית ועל בית המשפט יהיה להאריך את התנאי.

בכל מקרה מדובר בהצעת חוק שטרם גובשה לחוק.

אם נסכם: גם לאחר תיקון 113, ההלכה מבית מדרשו של בית המשפט העליון היא, כי השימוש בסמכות ההארכה ייעשה אך ורק במקרים חריגים ומטעמים שיירשמו. מהם אותם מקרים חריגים? לפי שילוב של פרשת חמיס וההלכה שנקבעה בפרשת לופוליאנסקי, מקרים חריגים מתקיימים כאשר אורכו של המאסר על תנאי שמתבקשת הפעלתו הוא בלתי מידתי ואינו הולם את הרף העליון של מתחם העונש שנקבע בגין העבירה הנוספת. במקרים אלה, המגמה תהיה להאריך את התנאי גם אם לא ניתן לעשות כן משיקולי שיקום אלא רק משיקולי הצדק הכלליים, כדי להימנע מפגיעה בחירות מעבר לנדרש.

1.7 תקציר עיקרי הפרק

במסגרת פרק זה, סקרנו בהרחבה את תולדות הנהגת המאסר על תנאי בישראל. פתחנו את הפרק במבוא כללי על המאסר על תנאי בישראל ועברנו להצגת המטרות והתכליות בהנהגתו בשיטת המשפט הישראלית. ראינו כי אחת המטרות בהנהגתו, הייתה שיבוא במקום עונש מאסר בפועל, במיוחד באותם מקרים בהם מדובר בעברייני לראשונה. ראינו, כי למרות שהוראת החוק אינה קובעת מגבלה על אורך המאסר על תנאי שאפשר להתנות, למעט המגבלה שהתקופה לא תחרוג מהעונש המרבי שקבוע לצד העבירה, לא התכוון המחוקק כי תקופת המאסר שיש להתנות, תהיה שונה מזו שבית המשפט היה מטיל לו המאסר היה נישא

²²³ רשימת הדוגמאות הטיפוסיות מנויה בסעיף 1א(א)1(4-1).

²²⁴ שם, ס' 3, בעמ' 1080.

²²⁵ ראו קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 161, בעמ' 293. אם כי שרת המשפטים שקד (כתוארה אז) במליאת הכנסת בדיון בקריאה הראשונה ביקשה לתמוך בתיקון המוצע לא לפני שציינה: "בגדול, אני בעד לתת שיקול דעת לשופטים ולא להגבילם בצורה כל כך משמעותית. כידוע לכם, אני חושבת שהשופטים צריכים לשפוט" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016, ד"כ ל"ח, ישיבה מס' 141 הכנסת ה-20, 41) (להלן: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה)). מבדיקת מאגר החקיקה של הכנסת ביום 19.05.2019 הצעה זו נמצאת בהכנה לקריאה שנייה ושלישית בוועדת החוקה, חוק ומשפט. main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=2004755

באופן מיידני.²²⁶ ראינו גם, כי על מנת לא לפגוע באפקט ההרתעתי המיוחס למאסר על תנאי, החליט המחוקק להגביל את שיקול הדעת השיפוטי בשאלת הפעלת התנאי. כך שכל הפרה גררה אחריה הפעלה של המאסר על תנאי. ראינו גם כי פחות מ-9 שנים ממועד הנהגתו לראשונה, נערך תיקון מקיף בהוראות המאסר על תנאי. אחד התיקונים העיקריים והמהותיים היה הוספת הוראה שמעניקה לבית המשפט סמכות להורות על הארכת התנאי תחת הפעלתו המנדטורית, כפיתרון לאותם מקרים שעבירה מינורית בחומרתה גררה אחריה הפעלת מאסר על תנאי לתקופה בלתי מידתית. מסקירת הדיונים שהתקיימו בוועדת החוקה, חוק ומשפט, למדנו כי ההתנגדות העיקרית של ח"כ א' מרידור לתיקון הייתה חשש לאפליה בין קבוצות של נאשמים. למרות התנגדותו, אושר התיקון לאחר שהייתה הסכמה כי הדרך שבה בחרו השופטים לעקוף את הוראת החוק, מחד גיסא על ידי הפעלת התנאי, אך מאידך גיסא עיכוב נשיאת העונש, תוך שהם מייעצים לנדונים לפנות בבקשת חנינה לנשיא המדינה כדי שיחון אותם מנשיאת עונש המאסר שהופעל, אינה הדרך הנכונה והראויה. מסקירת הדיונים בוועדת החוקה, חוק ומשפט, למדנו גם כי עיקר הבעיה הייתה טמונה בכך שבתי המשפט פעלו בניגוד לכוונת המחוקק, כאשר הטילו עונש מאסר מותנה לתקופה ארוכה רק כדי להעצים את האפקט ההרתעתי שמיוחס למאסר על תנאי, בלי לחשוב על ההשלכות לאחר שהנאשם יפר את התנאי. ראינו כי בית המשפט העליון תרם לכך, כאשר לא היה עקבי בהחלטותיו, במיוחד שאישר בעצמו יחס המרה שונה מ-1:1 של המאסר בפועל ומאסר על תנאי.²²⁷ אמנם המחוקק במסגרת התיקון משנת התשכ"ג ערך תיקון חשוב נוסף, שבמסגרתו חייב את השופטים לקבוע מפורשות בגזר הדין את העבירות מסוג עוון ופשע כאחד שיביאו להפעלת התנאי, אך הייתה הסכמה (למעט עמדת ח"כ א' מרידור) כי תיקון זה יש בו כדי לפתור את מרבית המקרים, אך לא את כולם. זאת, בעיקר כאשר עבירה מינורית בחומרתה גוררת הפעלת מאסר על תנאי לתקופה ארוכה.²²⁸ ראינו כי כדי להבטיח שסמכות זו תיעשה במשורה ורק במקרים חריגים ונדירים, קבע המחוקק תנאים מצטברים, שהעיקרי בהם הוא שבית המשפט לא הטיל עונש מאסר בגין העבירה הנוספת, וכי ההארכה מוקנית פעם אחת בלבד. ראינו כי הנימוק להגבלה לפעם אחת נבע מהחשש שהשימוש בהוראה זו לא ייעשה רק במקרים "יוצאים מן הכלל".²²⁹

לאחר שלושה עשורים מהענקת הסמכות להאריך את התנאי, במסגרת הדיון בהצעת החוק להעניק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי יותר מפעם אחת עבור קבוצה של מכורים לסמים, למדנו כי המחוקק סבור כי המקרים שבהם ישתמש בית המשפט בסעיף 56, הם נדירים ביותר והטעם לכך הוא שהמקרים שבהם בית המשפט אינו מטיל עונש מאסר הם נדירים ביותר.²³⁰ במסגרת מחקר זה, נבקש לבדוק עד כמה בודדים ונדירים הם המקרים בהם נעשה שימוש בהוראה שמעניקה לבית המשפט סמכות להורות על הארכת התנאי תחת הפעלתו המנדטורית, במיוחד שראינו כי במסגרת תיקון 113 לא ערך המחוקק כל שינוי ותיקון בהוראות שמסדירות את עונש המאסר על תנאי, לרבות הוראת סעיף 56 לחוק העונשין אשר מעניקה לבית המשפט סמכות להורות על הארכת התנאי תחת הפעלתו המנדטורית. בנוסף לכך, ראינו כי גם לאחר תיקון 113 המגמה העקבית בפסיקת בית המשפט העליון היא להשתמש בסמכות זו כאשר קיימים טעמים מיוחדים מ"טעמים שיירשמו".²³¹ במסגרת מחקר זה נבקש לבדוק גם את המקרים בהם בתי המשפט מפעילים את המאסר על תנאי בחפיפה מלאה או

²²⁶ ראו דיון בסעיף שמתייחס לקביעת אורך המאסר המותנה וההפניות שם (עמ' 15-16).

²²⁷ שם, בעמ' 16.

²²⁸ ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found לעיל (צריך לבדוק שוב אם זה המקום המתאים להפנות אליו, בשל תיקון הערות השוליים).

²²⁹ ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found לעיל (כנ"ל).

²³⁰ ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found לעיל (כנ"ל).

²³¹ ראו עניין חמיס, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 206, בעמ' 8.

חלקית תחת הפעלתו במצטבר. זאת, בייחוד כשההוראה שקובעת צבירת עונשים, הוספה במסגרת התיקון משנת התשכ"ג, בעקבות הצעה של בית המשפט העליון בעניין נשרי,²³² להוסיף תיקון זה בחקיקה.

בפרק השני נבקש להסביר את התיאוריה עליה אנו מבססים את השערות המחקר, לפיה מדיניות ההפעלה של המאסר על תנאי הן בשאלת ההפעלה והן בדרכי ההפעלה נעשית לפי חריג לכלל.

מדיניות ההפעלה של המאסר

²³² ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found לעיל (כנ"ל).

פרק 2. רקע (ספרות)

2.1 הקדמה

במסגרת פרק זה אבקש להציג את התיאוריה עליה אני מבססת את השערות המחקר, לפיה חקיקה אשר קובעת עונשים מזעריים או הנחיות מחייבות לענישה, אשר מטרתה הייתה, בעיקר, הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה והחמרה בענישה, משפיעה על התנהלות השחקנים הראשיים בהליך הפלילי. כך שאם סברו השופטים כי העונשים המזעריים, במקרים ספציפיים, חורגים מרמת הענישה שרואים כהוגנת, הדבר עשוי (צריך להחליט אם המשפט בעבר או בהווה – מצד אחד סברו השופטים ומצד שני הדבר עשוי – זה קצת צורם. לדעתי יותר מתאים זמן הווה כשאת מתארת תיאוריה, כלומר לכתוב – סבורים השופטים) להניעם לנסות ולעקוף אותם. לפי התיאוריה, שופטים עשויים לזכות נאשמים שאשמתם הוכחה מעבר לספק סביר או לחרוג לקולה ממתחם העונש שנקבע תוך ניצול מנגנוני השסתום שקבע המחוקק, רק על מנת להימנע מלהטיל עונש שנתפס על ידיהם כלא הוגן.²³³ בענייננו, אבקש לבדוק מדוע ההשערה שלי היא כי בתי המשפט עושים שימוש רחב בהוראה שמעניקה להם סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו, גם במקרים שהעונש הראוי הוא עונש מאסר.

הפרק יחולק לארבעה חלקים: בחלק הראשון, אמקד את הדיון על סוגיית אי הציות של השופטים לדין ולהלכה הפסוקה, אנסה להסביר באיזה מקרים השופטים אינם מצייתים לדין, ומה הקשר בין אי ציות ובין הנהגת עונשים מזעריים והנחיות לענישה, תוך הצגת דוגמה מהרפורמה במערכת המשפט הפלילית הפדרלית והמדינתית בארצות הברית. בחלק השני של הדיון, יוצגו מחקרים אשר חקרו את ההשלכות של הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה, בדגש על ההשלכות על התנהלות השופטים, תוך ניסיון להבין את הגורמים המשפיעים על שיקול הדעת השיפוטי בהתוויית העונש וקביעתו. אסקור גם מחקרים דומים שנערכו בישראל. בחלק השלישי, אסביר את הקשר בין מאסר על תנאי ובין הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה, ואת הקשר בין מאסר על תנאי ובין עונש מזערי. בחלק הרביעי והאחרון, אציג את שאלת המחקר והשערות המחקר, ואדון במטרת המחקר וחשיבותו ביחס למאסר על תנאי בפרט ולנושא הכללי יותר של הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה בכלל.

2.2 סטייה מן הדין – כללי

הדיון בחלק זה יתמקד במקרים של אי ציות לחוק שיוצרים פער בין החוק לבין תוצרו הסופי, למרות שכוונתו של המחוקק, כמו גם משמעותו של החיקוק, נחזים כברורים למדי אף בעיני השופטים. במילים אחרות, המקרים שייבחנו אינם מקרים בהם השופט עמד בפני צורך להכריע בין מספר חלופות משפטיות אפשריות, אלא מקרים בהם הוראת החוק מספקת תשובה ברורה וחד משמעית לשאלה המשפטית המתעוררת.

²³³ צריך להוסיף כאן מאיפה התיאוריה, לא? או הערה אחרת שקשורה לעניין.

התפיסה המקובלת היא, כי משנחקק חוק חדש או משנקבעה הלכה חדשה על ידי בית המשפט העליון, השופטים בערכאות הנמוכות מאמצים אותו מיד,²³⁴ בין אם הוא מקובל עליהם בין אם לאו.²³⁵ קיימות כמה סיבות להניח רמה גבוהה של ציות:

ראשית, מתפקידו העיקרי של שופט בישראל ובכל מדינה דמוקרטית, הוא שמירה על שלטון החוק.²³⁶ השופט ברק במאמרו על תפקיד השופט בחברה דמוקרטית, הדגיש כי: "עיקרון שלטון החוק חל בראש ובראשונה על השופטים עצמם".²³⁷ מכאן, שמצופה מכל שופט שמתמנה לתפקיד זה, שיעניק חשיבות מכרעת (אפשר אולי משקל משמעותי, משקל גדול נשמע פחות טוב לדעתי) לציות לחוק, גם במקרים שהוא סבור שהחוק מוטעה.²³⁸ שנית, במסגרת שמירה על שלטון החוק, השופטים מופקדים על יישום ואכיפת החוק, בין אם המפר הוא אדם פרטי ובין אם מדובר ברשות שלטונית. כך למשל, כאשר רשות שלטונית אינה מיישמת את הכללים הדיוניים החלים עליה, עשויים השופטים לפסול את החלטתה בשל פגם זה. כך היה בעניין דה הס.²³⁹ מדובר בעתירה נגד עיריית תל-אביב בטענה שהיא לא הייתה מוסמכת לנקוט בהליך של ברירת קנס בעבירות של החניית רכב על מדרכה תחת פעולה במסלול של עבירות מנהליות כמצוות הדין. בית המשפט העליון קיבל את העתירה, לא לפני שביקר את התנהלות העירייה:

אפילו יש ממש בטענות העירייה בדבר הקשיים באכיפתן של עבירות מנהליות של הוראות כאלה ואחרות שבחוק – ובעניין זה לא נחוה דעתנו – אין צורך לומר שהעירייה אינה יכולה לעשות דין לעצמה ולפעול בניגוד לחוק.²⁴⁰

מכאן, שסביר הוא כי שופטים עשויים להקפיד יותר על קיום הכללים החלים עליהם, כדי שלא ייטען נגדם שהם מעמידים לאחרים נורמות שהם עצמם אינם מקיימים. הנשיא ברק כתב בעניין ספציפי זה, בפסק דין שדן בשאלה אם יש לנקוט אמצעי חקירה מיוחדים כלפי טרוריסט במצב של "פצצה מתקתקת":²⁴¹

ההחלטה בעתירות אלה קשתה עלינו. אמת, מנקודת המבט המשפטית דרכנו סלולה, אך אנו חלק מהחברה הישראלית; יודעים אנו את קשייה וחיים אנו את תולדותיה. איננו מצויים במגדל שן. חיים אנו את חייה של המדינה. מודעים אנו למציאות הטרור הקשה שבה שרויים אנו לעתים. החשש כי פסקדינו ימנע התמודדות ראויה עם מחבלים וטרוריסטים מטריד אותנו. אך אנו שופטים. דורשים אנו מזולתנו לפעול על-פי הדין. זו גם הדרישה שאנו מעמידים לעצמנו. כשאנו יושבים לדין גם אנו עומדים לדין²⁴² (הדגשה לא במקור, נ"ע).

²³⁴ לסקירת הגישה המקובלת, תוך התמקדות בסוגיית הציות/ אי ציות של בתי המשפט בערכאות הנמוכות לתקדימים ולהלכות שיצאו מבית מדרשו של בית המשפט העליון בארצות הברית, ראו Matthew Tokson, *Judicial Resistance and Legal Change*, 82 U. CHI. L. REV. 901, 905-7 (2015) (להלן: Tokson).

²³⁵ שם, בעמ' 906.

²³⁶ שלטון החוק במשמעות של השלטת החוק. ראו אהרן ברק "על תפקיד השופט בחברה דמוקרטית" מבחר כתבים כרך כ (למה מחקת כרך? בנוב נמצא תחת ספרים ולא כתב עת. אם טעיתי אודה על הפנייתי לסעיף הרלוונטי בכללי הציטוט. ולאחר מכן האם צריך להיות הדגשה – אכן צודקת, טעות שלי, ולא צריך הדגשה לאחר מכן) – על בית המשפט ושופטיו 41, 49 (2017).

²³⁷ שם, בעמ' 55. ראו גם אהרן ברק "על שלטון החוק" מבחר כתבים כרך ד – על בית המשפט ושופטיו 235, 236 (2017) (הדגיש כי: "שלטון החוק במונחי הפורמלי מופנה כלפי הרשות השופטת. זהו שלטון החוק בשופט [...] מרותו של הדין שולטת בשופט. כמו לכל אדם, גם לשופט אסור להפר את החוק. על כן כבול השופט לכללי הפרשנות [...] מצווה זו מופנית כלפי כל השופטים. כולנו מרגישים את כבילותינו לחוק. בכך גם יובטח אמון הציבור בשפיטה. בלא אמון זה אין לקיים שפיטה ראויה, ואין לקיים את שלטון החוק"). ראו גם ס' 2 לחוק-יסוד: השפיטה, (שנובע כי: "בעניני שפיטה אין מרות על מי שבידו סמכות שפיטה, זולת מרותו של הדין").

²³⁸ ראו גם Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 910.

²³⁹ בג"ץ 2126/99 דה הס נ' עיריית תל אביב יפו, פ"ד נד(1) 468 (2000).

²⁴⁰ שם, בעמ' 478, פס' 10, בפסק דינו של השופט ת' אור.

²⁴¹ בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עיניים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

שלישית, העובדה שהחלטות השיפוטיות עומדות לביקורת במסגרת הגשת ערעור עליהן, עשויה להגביר את הציות לדין מצד השופטים, מחשש להפיכת החלטות אלה ולפגיעה במוניטין של השופטים.²⁴³ באותה מידה, העובדה שהחלטות השיפוטיות של השופטים מתפרסמות, בייחוד אלה שיש סיכוי שיקבלו תשומת לב ציבורית ותקשורתית גבוהה, עשויה להרתיע את השופטים מאי ציות לחוק או לתקדימים של בית המשפט העליון.²⁴⁴ רביעית, השופטים מחויבים לפסוק לפי החוק וההלכה הפסוקה שיצאה מבית מדרשו של בית המשפט העליון.²⁴⁵

למרות תפיסה זו, חוקרים הכירו בכך שיהיו מקרים שבהם השופטים לא יצייתו לחוק, במיוחד באותם מקרים שבהם קיימת מחלוקת פוליטית או תרבותית עמוקה,²⁴⁶ או כאשר מדובר בחוק שהוא שנוי במחלוקת.²⁴⁷ Tokson במחקרו, קרא תיגר על ההנחה כי שופטים יצייתו תמיד לחוק, וביקש להראות כי גם השופטים, בדומה לאחרים, במקרים מסוימים עשויים לא לציית לחוק. הוא לא הסתפק בכך, אלא יצר מודל שבנוי משלושה שיקולים, שמטרתו לתרום בניבוי התנגדות השופטים לחוק חדש או להלכה חדשה. השיקול הראשון מתייחס למזעור עלויות וזמן (Time and Effort Costs); השיקול השני עניינו בעלויות קוגניטיביות בקבלת ההחלטות (Cognitive Decision Costs); והשיקול השלישי והאחרון הוא שמירה על סטטוס קוו (Status Quo Preference Effects).²⁴⁸

ביחס לשיקול הראשון, "מזעור עלויות וצמצום זמן", Tokson מניח שכאשר כל יתר התנאים שווים, שופטים יעדיפו חוקים או הלכות עם עלויות ביצוע נמוכות יותר, ויתנגדו לשינוי שיטיל עלויות גבוהות יותר, במונחים של זמן שנדרש למתן החלטה ולכתיבת חוות דעת. אולם Tokson מכיר בכך שיהיו מקרים שבהם שיקולים של תחושת החובה ביישום החוק או בשל תחושת השנאה שלהם ביחס לאפשרות הפיכה של החלטתם בערעור או בשל דאגה למוניטין שלהם, יגברו על השיקול של העלויות הגבוהות שביישום החוק. במקרים אלה, השופטים עשויים להעביר את רוב העלויות אל כתפיהם של הפקידים. עם זאת, הוא סבור שלשיקול זה (עלויות זמן ומאמץ מוגברים) תהיה השפעה גדולה כאשר משלבים אותו עם השיקולים הנוספים,²⁴⁹ במיוחד במקרים שבהם שינוי החוק גורם לעלויות תודעתיות (קוגניטיביות) (השיקול השני). הכוונה בשיקול השני היא לאותן עלויות קוגניטיביות כמדד לעייפות נפשית ולהוצאות גבוהות של אנרגיה מנטלית. למשל, במקרים שבהם נדרש השופט להתמודד עם משימה מספרית מורכבת, לעתים קרובות יעדיף להתחיל עם מספר נתון, שיהווה "עוגן", ולאחר מכן להתאים את החלטה שתהיה מעל או מתחת

²⁴² ב שם, בעמ' 8846-845, פס' 40, לפסק דינו של הנשיא ברק. ראו גם בג"ץ 390/79 דויקאת נ' ממשלת ישראל, פ"ד לד(1) 1 (1979), שם הדגיש השופט לנדוי (מ"מ הנשיא כתוארו אז), כי חובתו כשופט לפסוק על פי הדין בכל עניין המובא לפני בית המשפט כדין. שם, בעמ' 2.

²⁴³ ראו Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 910, 927.

²⁴⁴ שם, בעמ' 927. נטען כי רמת ההתנגדות השיפוטית לחוק חדש או להלכה חדשה תיקבע, בין היתר, על ידי ההסתברות שאי הציות של השופטים ייחשף ויתגלה ובד בבד ייפסל. מכאן, שהתנגדות להלכה שזכתה לתשומת לב תקשורתית גדולה, תהיה בלתי סבירה ולהפך. במילים אחרות, אי ציות סביר יותר להתרחש כאשר קשה לזהות או כאשר החוק או ההלכה זכה לתשומת לב ציבורית מועטה. עוד נטען, כי חוקרים אשר מבקשים לבדוק אי ציות במשפטים שנוגעים לנושאים חוקתיים שנויים במחלוקת, מחפשים במקום הלא נכון. לגישתו, אי ציות סביר להימצא מחוץ לזוהר של זרקור התקשורת. שם, בעמ' 929.

²⁴⁵ סעיף 20 (ב) לחוק יסוד: השפיטה. ראו גם דברי הנשיא ברק (כתוארו אז) שציין כי: "שופט פועל בגדריו של בית משפט [...] זאת ועוד: שופט הוא חלק משיטה, והשיטה קובעת את מסגרת השיקולים שהוא רשאי לשקול ושהוא אינו רשאי לשקול" (אהרן ברק "על תפקידכם כשופטים" מבחר כתבים כרך כ – על בית המשפט ושופטיו 195, 199-198 (2017)). ראו גם Tokson, לעיל ה"ש 236, בעמ' 906-907, שציין כי נימוק נוסף לציות השופטים הוא הפנמת נורמות הציות דרך הכשרה מקצועית או בשל התפיסה שלהם את תפקידם כשופטים.

²⁴⁶ ראו Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 903.

²⁴⁷ שם, בעמ' 907. Tokson קרא לתופעה "אי ציות עקיף". דוגמאות ל"אי ציות ישיר", ראו שם, בעמ' 909-910.

²⁴⁸ שם, בעמ' 912.

²⁴⁹ שם, בעמ' 913.

לעוגן.²⁵⁰ השיקול השלישי והאחרון, כאמור, הוא העדפה למצב של סטטוס קוו וסלידה ממצב של אי ודאות.²⁵¹

במאמרו, הציג Tokson ראיות לגבי התנגדות שיפוטית לשינויים בחקיקה או בהלכה פסוקה, שמבוססות על המודל שבנה. אחת הדוגמאות²⁵² (לדעתי עדיף דוגמאות אם כי את צודקת שאפשר את שתי האפשרויות) שהביא, הייתה התנהלות השופטים הפדרליים לאחר קביעת בית המשפט העליון בפס"ד בעניין בוקר (Booker),²⁵³ לפיה ההנחיות הפדרליות הן מנחות ולא מחייבות. במאמרו ביקש Tokson להשיב על השאלה מדוע, בניגוד למצופה, המשיכו בתי המשפט הפדרליים לפעול במרבית המקרים בהתאם להנחיות למרות ההתנגדות הראשונית של השופטים להנחיות. Tokson טען לקיומן של סיבות אחדות.²⁵⁴ לאחר ששלל את הנימוק שהמשך יישום ההנחיות היה בעיקר מחשש להפיכת החלטתם בערעור,²⁵⁵ טען Tokson כי הראיות מצביעות ששני השיקולים שמנה, קרי השיקול השני שעניינו עלות החלטה קוגניטיבית²⁵⁶ והשיקול השלישי שעניינו שמירה על מצב של סטטוס קוו,²⁵⁷ היו בעלי תפקיד חשוב ובלט בשיעור הגבוה של הציות להנחיות.

רשימה זו של השיקולים שמנה Tokson במחקרו, אשר עשויים להשפיע על מידת הציות של השופטים לחוק חדש או להלכה פסוקה, אינה רשימה סגורה. קיים שיקול נוסף, רביעי, ש-Tokson לא התייחס אליו במחקרו, אשר רלוונטי לענייננו ועשוי גם כן להשפיע על מידת הציות. שיקול זה הוא מחויבותם של השופטים לשפוט משפט צדק. שיקול זה מהווה אחד משני הנדבכים עליהם מושתתת שבעת השופטים

²⁵⁰ שם, בעמ' 914-916. המחקרים פורצי הדרך של כהנמן וטברסקי ומחקרים של רבים אחרים, מראים כי כאשר אדם מתבקש להעריך תוצאה מספרית מסוימת, הוא שוקל מספר המובא לפניו. המחקרים מראים כי המספר משמש כמעין "עוגן" בהליך החשיבה שלו, ובדרך זו הוא משפיע מאוד על החלטתו הסופית (ראו Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 Sci. 1124, 1128-1130 (1974)).

²⁵¹ Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 916-925.

²⁵² לשאר הדוגמאות ראו שם, בחלק השלישי (Evidence Of Judicial Resistance to Legal Change) החל מעמ' 930. כך למשל, דוגמה אחת הייתה של מחקר שהראה שיעורים גבוהים של אי ציות של שופטים לכללים להנחיית המושבעים בארצות הברית. המחקר, שהסתמך על סקר שנערך בקרב שופטים, עורכי דין ובעלי משרה בבתי המשפט, הראה שרבים מהכללים החדשים בתחום ניהול המושבעים אינם מקוימים (למחקר המלא ראו Paula L. Hannaford-Agor, *Judicial Nullification: Judicial Compliance and Non-compliance with Jury Improvement Efforts*, 28 N. Ill. U. L. Rev. 407 (2008)).

Tokson הניח שאי ציות בשיעור גבוה נבע, בין היתר, מהעובדה שהציות לכללים היה מצריך הקצאת זמן נוסף, מאמץ ושקידה. בנוסף לנטייה של השופטים לפתח העדפות לטובת פרקטיקות קיימות מהטעם של הרגל ושיגרה (Tokson), לעיל ה"ש 236, בעמ' 936.

²⁵³ *United States v. Booker*, 543 US 220 (2005) (להלן עניין Booker).

²⁵⁴ Tokson, לעיל ה"ש 236, בעמ' 949.

²⁵⁵ שם, בעמ' 951-952.

²⁵⁶ צוין, כי השופטים המשיכו להשתמש בהנחיות "כעוגן" בתהליך גזירת הדין. זה מאפשר לשופטים להימנע ממשימה קשה יותר של קביעת העונש מ"כלום", אבל לכך יש השפעה של תלות השופטים בהנחיות. אפקט העיגון ניכר במיוחד באותם מקרים שבהם בתי המשפט חורגים לקולה או לחומרה ממתחם העונש, כאשר מלכתחילה הם קובעים את הרף שנקבע בהנחיות ואז חורגים ממנו. שם, בעמ' 950. אכן, מחקרים שבחנו את תופעת העיגון הראו כי תופעה זו משפיעה גם על ההליכים השיפוטיים ובכלל זה על הליך גזירת הדין. במחקרו של Bennett יוחס משקל גדול לאפקט העיגון של ההנחיות הפדרליות על החלטות השופטים לאחר פס"ד בוקר (Booker). הוא טען כי אין זה מפתיע שלאחר פס"ד Booker ההנחיות משמשות כעוגן עבור מרבית השופטים כאשר לא מצא שינוי בממוצע אורך המאסר וחומרת העונשים שהוטחו (ראו Mark W. Bennett, *Confronting Cognitive Anchoring Effect and Blind Spot Biases in Federal Sentencing: A Modest Solution for Reforming a Fundamental Flaw*, 104 J. Crim. L. & Criminology 489, 523, 526 (2014)) (להלן: Bennett).

²⁵⁷ מחקר שנערך בשנים האחרונות, שביקש לבדוק אם השונות בין השופטים גדלה בעידן שההנחיות הן מנחות בלבד, מצא בין היתר, כי קיים הבדל מובהק בהסתברות לציות להנחיות בין השופטים שמונו לפני פס"ד Booker לבין אלה שמונו אחריו. נמצא כי אצל שופטים שמונו לפני פס"ד Booker, ההסתברות לפעול בהתאם להנחיות הייתה גדולה (Crystal S. Yang, *Have Inter-Booker Sentencing Disparities Increased in an Advisory Guidelines Regime? Evidence from Booker*, 89 N.Y.U. L. Rev. 1268, 1318-19 (2014)) (להלן: Yang). Tokson ציין כי ממצאים אלה של המחקר עולים בקנה אחד עם התאוריה לפיה השפעה של השיקול מסוג 3 (שמירה של סטטוס קוו) גורמת לשופטים לפעול בהתאם לפרקטיקות הישנות אשר מזהות עם ההנחיות (Tokson, לעיל ה"ש 236, בעמ' 950).

אשר מבטאת את הצהרת האמונים שעל כל שופט להצהיר לפני תחילת כהונתו.²⁵⁸ הנדבך הנוסף בשבועה נשען על מחויבות השופטים לשמור אמונים לחוקי המדינה. הנחה היא שכאשר נחקק חוק חדש אשר מגביר את המתח שבין מחויבות של השופטים לשפוט משפט צדק ובין מחויבותם לשמור אמונים לחוקי המדינה – השיקול הראשון תהיה ידו על העליונה.

השופט ח' כהן במאמרו "הרהורים שלאחר השפיטה", הדגיש כי שבועת השופטים לשפוט את העם משפט צדק חקוקה בלבו של כל שופט,²⁵⁹ אשר רואה בתפקידו לעשות צדק לפי חוק.²⁶⁰ אך כאשר קיים מתח בין שתי החובות, מחד גיסא יישום החוק ומאידך גיסא חובתו המוסרית של השופט לעשיית צדק, לגישת השופט כהן, ולדעת רבים וטובים, יש להעדיף קיום חובתו המוסרית על פני יישום החוק – אפילו טמונה בכך סכנה לעצמו.²⁶¹ לגישתו, שופט המיישם חוק בלתי מוסרי, אמנם ממלא את חובתו החוקית, אך הוא עושה אי צדק בחסות החוק.²⁶²

מתח זה, שבין קיום החוק ובין עשיית צדק, התגלה בכל עוצמתו בסוגיית הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה, במיוחד בנושא הנהגת עונשים מזעריים והנחיות מחייבות לענישה. זאת ניתן ללמוד מהסקירה של שינוי החקיקה בארצות הברית בשנות השבעים של המאה הקודמת, שתואר להלן.

2.3 סטייה מן הדין משיקולי צדק – הנהגת עונשים מזעריים והנחיות לענישה

2.3.1 כללי

סוגיית הענישה היא אחד הנושאים שבו השופטים רגישים ביותר לשמירה על מרחב הכרעה ושיקול דעת. בשלב גזירת הדין, לאחר קביעת האשמה, ניצב הנאשם בפני בית המשפט המכריע בגורלו ב"שורה התחתונה" של פסק הדין ולכך יש ממד ערכי ומוסרי ממדרגה ראשונה.⁶⁶²

במילים אלה תיאר השופט ד' לוי את מלאכת גזירת הדין:

[...] כי המשימה הקשה מכל, מבחינה אנושית ומצפונית, מבחינת האחריות הציבורית ומבחינת ציפיות הציבור, היא זו בפניה ניצב השופט בבואו לגזור דינו של אדם. זו החלטה שיכולה להדיר שינה מעיניו של שופט, שהרי בכוחו לשלול חירותו של בן אנוש, לצוות על כליאתו מאחורי סורג ובריה למשך חדשים ושנים....⁶⁷²

²⁵⁸ נוסח הצהרת השופטים בישראל "אני מתחייב לשמור אמונים למדינת ישראל ולחוקיה, ולשפוט משפט צדק, לא להטות משפט ולא להכיר פנים" (סעיף 6 לחוק יסוד: השפיטה). בארה"ב, למשל, נוסח השבועה הוא כלהלן: "I, _____, do solemnly swear (or affirm) that I will administer justice without respect to persons, and do equal right to the poor and to the rich, and that I will faithfully and impartially discharge and perform all the duties incumbent upon me as _____ under the Constitution and laws of the United States. So help me God" (28 U.S. Code § 453).

²⁵⁹ חיייהן, לעיל הי"ש 154.

²⁶⁰ שלמה לוי "אי-תלות שיפוטית – מבט כלפי פנים" עיוני משפט כט(1) 5 (2005).

²⁶¹ כהן, לעיל הי"ש Error: Reference source not found, 154, שם.

²⁶² שם, בעמ' 10. ה.

⁶⁶² בע"פ 344/81 מדינת ישראל נ' סגל, פ"ד לה(4) 313, 321 (1981), שם צוין כי "מדידת מידת העונש קשה היא לשופט כקריעת ים סוף...". ראו גם ע"פ 2163/05 אלייב נ' מדינת ישראל, פסקה (ו1) לפסק הדין (פורסם בנבו, 12.12.2005), שם צוין "גזירת הדין היא מן הקשות שבמטלות השיפוטיות". במקום אחר תואר גור הדין כשלב המעורר שאלות והתחבטויות עמוקות (ראו ע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 885, 894-895 (2005)).

⁶⁷² דב לוי "גוזרים את הדין" המשפט א 185, 186 (תשנ"ג) (להלן: לוי (תשנ"ג)). קושי זה תואר גם במאמרה של Cravens שם ציינה כי: "District court judges routinely report that sentencing is the hardest part of their job, and the part that keeps them awake at night. They have been given discretion to do that part of their job within certain bounds. If they stay within procedural bounds, we should value their virtue of Aristotelian 'phronesis' or practical wisdom..." (ראו Sarah M. R. Cravens, *Judging Discretion: Contexts for Understanding the Role of Judgment*, 64).

במסגרת מלאכת גזירת הדין "אין להיתפס להכללות ולשבלונות..."⁶⁸²

[...] תבונת השפיטה מחייבת לבחון העובדות והנתונים לעומקם. יש לראות את התמונה הכוללת. אז, ורק אז, ניתן להגיע לכלל קביעת העונש המתאים.⁶²

9

ולעניין השיקולים שיש לשקול בגזירת הדין, ציין :

הכלל המנחה את השופט תמיד הוא כי שומה עליו לתת הדעת לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה (העבירה וחומרתה מחד גיסא. העבריו, בעיותיו וקשייו מאידך גיסא).²⁶³

[...] הרי גוזרים אנו דינו של בן תמותה, על כל המורכבות שבאישיותו. עלינו לתת את הדעת לנאשם גם כאדם. מתוך ראיית דברים זו התפתחה וקנתה שביתה בשיקולינו מדיניות האינדיבידואליזציה בענישה לאמור – תן דעתך לעבירה, לפגיעתו הרעה של העבריו והיותו מקור של סכנה לחברה, אך עם זאת אל תתעלם מאישיותו המיוחדת.²⁶⁴

ציטוטים אלה מדבריו של השופט ד' לוי מדגישים לא רק את הקושי "המצפוני" שעומו מתמודד השופט במסגרת גזירת הדין, אלא גם את מלאכת האיזונים בין השיקולים השונים שנדרש אליה השופט לקביעת העונש ההולם את נסיבות המקרה הייחודי. קושי זה במלאכת גזירת הדין, שקיים בשיטות משפט שבהן הוענק לשופט שיקול דעת רחב בהליך גזירת הדין²⁶⁵ וקביעת העונש, מתעצם ומחמיר בשיטות משפט בהן הוגבל שיקול הדעת השיפוטי בענישה על ידי הנהגת עונשים מזעריים והנחיות לענישה, כפי שנראה בחלק זה שעניינו סקירת הרפורמה בענישה בארה"ב. כפי שיוצג להלן, הנהגת עונשים אלה, הגבירה את המתח שבין חובתם המוסרית של השופטים לשפוט משפט צדק ובין חובתם לציית לחוק. במקרה זה של מתח, היו שופטים

Denny Chin, *Sentencing: A Role for Empathy*, 160 U. PA. L. REV. 947, 974 (2010) (U. MIAMI L. REV. 947, 974 (2010)).
Sentencing is perhaps the most important responsibility of a trial judge, and" ציין כי "1561, 1579 (2011). Chin
Eric J. Edwards, *Sentencing Criminals in Western Australia*, 11 U. W. (1974) גס(1974). "surely the most difficult
Aus. L. REV. 360, 360, כשהוא מצטט מדברי אחד השופטים האוסטרליים צוין כי "In practice proper sentencing is the
And no doubt every judge agonizes on occasion over a" "hardest thing that any judge ever has to do
difficult case

⁶⁸² לוי (תשנ"ג), לעיל ה"ש 267. שעמ' 190.

⁶⁹² שם, בעמ' 194.

²⁶³ שם, בעמ' 190.

²⁶⁴ שם, בעמ' 191. גם בתיקון 113 לחוק העונשין, למרות קביעת הגמול כעיקרון המנחה, המחוקק לא ביקש הבזמן עבר האם הפועל לא בא לפני – פעמים רבות השינוי בסדר נושא נושא נעשה לשם הדגשה והטעמה, ויש גם שינוי במשמעות בין סדר נושא-נושא ובין סדר נושא-נושא. לדעתי כאן ההדגשה היא על המחוקק, ומה שהוא ביקש לעשות, ולכן כדאי להקדים את הנושא לנשוא. מדובר בנושא סבוך מאד, אבל באופן עקרוני כדי לבצע הדגשה כלשהי או הטעמה, ניתן לשנות את הסדר. זה כמובן לשיקולך, לדעתי זה נשמע טוב יותר כך) לבטל כליל את עיקרון האינדיבידואליזציה בענישה (ראו קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 161, בעמ' 268, שצינו כי: "מטרת התיקון הייתה לטפל בפערים בענישה, הנובעים מגישות שונות של שופטים לערכים המוגנים בענישה, לשיקולי הענישה ולאיוון ביניהם... לכל אלה ביקש המחוקק לתת מענה, בלי להביא להחמרת הענישה עצמה ובלו לפגוע יתר על המידה באינדיבידואליזציה של הענישה; זו גם הייתה הסיבה העיקרית שבגינה לא קיבלה הכנסת את החלק בהצעת החוק הממשלתית שעסק בקביעת "עונשי מוצא" בידי ועדת מומחים שאליהם יצטרך בית המשפט להתייחס כנקודות מוצא בעת גזירת הדין").

²⁶⁵ המצב שהיה קיים ערב תיקון 113 לחוק העונשין.

שמצאו דרכים לעקוף את הוראות החוק על מנת להימנע מהטלת עונש שלגישתם הוא בלתי מידתי ובלתי צודק בנסיבות המקרה.

2.3.2 סקירת הרפורמה בענישה בארה"ב

שיקול הדעת השיפוטי הבלתי מוגבל כמעט שהיה לשופטים במערכת גזירת הדין המדינתית והפדרלית בארצות הברית גרר ביקורת, שגרסה כי שיקול דעת זה גרם לפערים בלתי מוצדקים בעונשים במקרים דומים, לאפליה וחוסר הוגנות וצדק בגזירת הדין. ביקורת זו הובילה לרפורמה משמעותית בגזירת הדין.²⁶⁶ הסיפור התחיל בתחילת שנות השבעים של המאה הקודמת, וליתר דיוק בשנת 1972, כאשר שופט בית המשפט המחוזי הפדרלי, Marvin Frankel, קרא לרפורמה בתהליך גזירת הדין. זאת, תוך שהוא תוקף ומבקר את העובדה שהליך גזירת הדין הוא מופקר ופרוע, בייחוד המצב שבו שופטים רשאים להטיל כל עונש כאוות נפשם. במילים אלה תיאר את ההפקרות בגזירת הדין (Lawlessness in sentencing):

The scope of what we call "discretion" permits imprisonment for anything from a day to one, five, 10, 20, or more years. All would presumably join in denouncing a statute that said "the judge may impose any sentence he pleases." Given the mortality of men, the power to set a man free or confine him for up to 30 years is not sharply distinguishable.²⁶⁷

השופט Frankel ציין, כי כתוצאה מ"הפקרות" זו, נאשמים שביצעו אותן עבירות, קיבלו לעתים קרובות עונש שונה. הוא הוסיף גם כי בניגוד לסברה, השופטים אינם מאומנים בכלל לעבודה בגזירת הדין,²⁶⁸ ולכן הוא קרא לבצע רפורמה חקיקתית לשם הגבלת שיקול הדעת ופיקוח על השופטים שלא עברו הדרכה ואימון לתפקיד זה.²⁶⁹ השופט Frankel הציע להקים נציבות גזירת דין, שתפקידה, בין היתר, לקבוע כללים להסדרת נושא גזירת הדין כך שהשופטים יידרשו לפעול בהתאם להנחיות.²⁷⁰ עקב ההצהרות והעמדות של Frankel ואחרים כמותו, גזירת הדין בארה"ב עברה תהליך ורפורמה קיצוניים.

עד לרפורמה, מערכת המשפט הפלילית, המדינתית והפדרלית כאחת, התאפיינה בהענקת שיקול דעת רחב לבית המשפט בגזירת הדין. שיטת גזירת הדין הייתה בלתי מגודרת, כאשר החוקים באותה תקופה קבעו לרוב עונש מרבי ורק לעתים עונשים מזעריים. בית המשפט היה מוסמך לקבוע טווח של עונש מאסר (מה

²⁶⁶ בספרם של STITH & CABRANES, הניחו החוקרים כי צמצום השונות הבלתי מוצדקת בגזירת הדין, היי (ההתייחסות היא לצמצום ולא למטרה, לכן זה צריך להיות בזכר) המטרה בחקיקת (SRA) Sentencing Reform Act of 1984 בשנת 1984. הם למדים זאת מהצהרת משרד המשפטים משנת 1987: "Simply stated, unwarranted disparity caused by broad judicial discretion is the ill that the Sentencing Reform Act seeks to cure" (ראו KATE STITH & JOSE A. CABRANES, FEAR OF JUDGING: SENTENCING GUIDELINES IN THE FEDERAL COURTS 104 (1998) STITH & CABRANES, להלן: OF JUDGING: SENTENCING GUIDELINES IN THE FEDERAL COURTS 104 (1998)).
גם Kate Stith & Jose A. Cabranes, *To Fear Judging No More: Recommendations for the Federal Sentencing Guidelines*, 11 FED. SENT'G REP. 187 (1999).
דברים דומים הוצגו על ידי הנציבות בדו"ח (שנת 1991). במילים אלה הדגישה הנציבות את המטרה של הרפורמה בגזירת הדין: "The goals of the Sentencing Reform Act were to reduce unwarranted disparity, increase certainty and uniformity, and correct past patterns of undue leniency for certain categories of serious offenses" (U.S. SENTENCING COMM'N, SPECIAL REPORT TO THE MANDATORY MINIMUM PENALTIES IN THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM, I (1991)) (להלן: U.S. SENTENCING COMM'N, 1991).

²⁶⁷ Marvin E. Frankel, *Lawlessness in Sentencing*, 41 U. CIN. L. REV. 1, 4 (1972) (להלן: Frankel, *Lawlessness in Sentencing*).

(Sentencing); ראו גם ספרו בנושא: MARVIN FRANKEL, *CRIMINAL SENTENCES: LAW WITHOUT ORDER* (1972).

²⁶⁸ Frankel, *Lawlessness in Sentencing*, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 274, בעמ' 6.

²⁶⁹ שם, בעמ' 41.

²⁷⁰ שם, בעמ' 50-54.

שידוע כ-Indeterminate sentence), ולחלופין השופט קבע את תקופת מאסרו של הנדון, כאשר בשתי האפשרויות, השאלה מתי ישוחרר הנדון ממאסר הייתה תלויה בהחלטת ועדת שחרורים. על פי שיטה זו, השופט קבע האם יוטל על העבריין עונש מאסר ולא יזוה תקופה, תוך שהוא "תופר" ומעצב את העונש שיתאים לעבריין ולעבירה, עם התחשבות בשיקולים משפטיים ולבר משפטיים.²⁷¹

פוליטיקאים מכל הקשת הפוליטית, ליברלים ושמרנים כאחד, ביקשו לאתגר את העקרונות של גזירת הדין וקראו לרפורמה שמטרתה לרסן את שיקול הדעת השיפוטי ולהביא לצמצום השונות והאפליה בגזירת הדין, תוך השגת הלימה בין חומרת העבירה לעונש.²⁷²

לצורך השגת מטרות אלה, אימצו הן במערכת המדינתית והן בזו הפדרלית הצעות לגזירת דין מובנית, שנועדו לשלוט ולפקח על שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין. מספר מדינות הנהיגו עונש קצוב " Determinate sentencing"²⁷³ והורו על ביטול מנגנון שחרור מוקדם ממאסר. חלק מהמדינות אימצו הנחיות מיעצות אך לא מחייבות (Voluntary Guidelines)²⁷⁴ ובאזורי שיפוט אחרים, לרבות מערכת המשפט הפדרלית, הקימו נציבות גזירת הדין שהנהיגו הנחיות מחייבות (Presumptive Sentencing Guidelines).²⁷⁵ על פי ההנחיות, העונש נקבע בהתאם לשקלול של חומרת העבירה ונסיבותיה יחד עם נסיבות הקשורות לעבריין (בעיקר העבר הפלילי). רפורמה נוספת שנערכה גם במשפט הפדרלי וגם ברמה המדינתית, הייתה הנהגת עונשים מזעריים (Mandatory Minimum Sentences) עבור סוג מסוים של עבירות, בייחוד עבירות סמים ונשק, ועונש מזערי לעבריינים שהורשעו בשלישית (Three Strikes Laws).²⁷⁶

השונות הרב מימדית במדיניות גזירת הדין בין שיטת המשפט הפדרלית, בין שיטת המשפט המונהגת במדינות ובין שיטות המשפט הנוהגות בתוך המדינות עצמן (ככה יותר ברור לדעתך), אינה מאפשרת עוד תיאור של מערכת המשפט הפלילית בארצות הברית כיחידה אחת. לפיכך, הסקירה של הרפורמה בענישה תתייחס אך ורק לשיטת המשפט הפדרלית, הן בשל היותה אחידה והן בשל נוקשותה.²⁷⁷

2.3.3 הרפורמה בשיטת המשפט הפדרלית

²⁷¹ Gregory C. Sisk, Michael Heise & Andrew P. Morriss, *Charting the Influences on the Judicial Mind: An* ראו גם Frank O. Bowman III, *Empirical Study of Judicial Reasoning*, 73 N.Y.U. L. REV. 1377, 1398 (1998); *Fear of Law: Thoughts on Fear of Judging and the State of the Federal Sentencing Guidelines*, 44 ST. LOUIS U. L.J. 299, 300-5 (2000) (להלן: Bowman, *Fear of Law*); Cassia Spohn, *How Do Judges Decide? The Search for Fairness and Justice in Punishment* 225, 244 (2009) (להלן: Spohn).

²⁷² שם, בעמ' 226 הפנית בהערה הנ"ל לכמה מאמרים, אולי כדאי לפרט כאן לאיזה מאמר התכוונת.

²⁷³ שם, בעמ' 231-233 כנ"ל.

²⁷⁴ שם, בעמ' 230 כנ"ל.

²⁷⁵ שם, בעמ' 230 כנ"ל.

²⁷⁶ להרחבה שם, בעמ' 264-266 כנ"ל. הייתה שיטה רביעית נוספת, אך קשורה יותר לשחרור ממאסר, שנקראת אמת בגזירת הדין (Truth in Sentencing) שמטרתה להבטיח שהנדון יישא את מרבית תקופת מאסרו מאחורי סורג ובריח. שם, בעמ' 227, 266-268 כנ"ל.

²⁷⁷ ככל שהדבר רלוונטי, בחלק שמתייחס לסקירת המחקרים תהיה התייחסות גם למחקרים שנערכו במדינות השונות בארה"ב. סקירה כללית של מערכת ההנחיות המדינתית, ראו Spohn, לעיל הי"ש Reference source not found Error: 278, בעמ' 238-234; ראו גם Richard S. Frase, *Is Guided Discretion Sufficient Overview of State Sentencing Guidelines*, 44 ST. LOUIS U. L.J. 425 (2000); Richard S. Frase, *State Sentencing Guidelines: Diversity*, (להלן: Frase, 2000); Richard S. Frase, *Consensus, and Unresolved Policy Issues*, 105 COLUM. L. REV. 1190 (2005) (2005); ראו רות קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט ה-234 (תשמ"ח). לסקירה עדכנית של מערכת גזירת הדין בארצות הברית ראו Richard S. Frase, *Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned?* 48 in CRIME AND JUSTICE: AMERICAN SENTENCING: WHAT HAPPENS AND WHY? 79 (Michael Tonry ed., 2019) (להלן: Frase, 2019).

סקירת מערכת המשפט הפדרלית מלמדת, כי לאורך ההיסטוריה היה לשופטים הפדרליים שיקול דעת רחב בגזירת הדין.²⁷⁸ החוק הפלילי הפדרלי קבע בדרך כלל רק תקופת מאסר מרבית וקנס מרבי, כך שהסמכות לגזור את הדין על כל אחד מן העבריינים באופן אינדיבידואלי, הוטלה על השופט.²⁷⁹ בסופו של דבר, הענקת שיקול דעת בלעדי לשופטים, חוסר הוודאות וההבדלים בגזירת הדין, הובילו רבים לקרוא להנהגת משטר גזר דין אחיד ועקבי יותר.²⁸⁰ בשנת 1977 הסוגייה הגיעה לפתח הקונגרס, כאשר הסנאטור אדוארד קנדי, שהיה מושפע מהצהרותיו של השופט הפדרלי Frankel, הניח הצעת חוק בשם "The Sentencing Guidelines Bill", שמטרתה הייתה להקים נציבות גזירת דין פדרלית, שתוסמך להכין הנחיות ענישה עבור השופטים הפדרליים המחוזיים. לימים, הצעה זו הפכה לחוק שידוע בשם Sentencing Reform Act of 1984 (SRA).²⁸¹ מכוחה של חקיקה זו הוקמה בשנת 1985 בתוך הרשות השופטת סוכנות עצמאית, שידועה בשם "נציבות הענישה של ארה"ב" או United States Sentencing Commission (ובקיצור USSC).²⁸² על הנציבות הוטל, כאמור, לנסח הנחיות לענישה, אשר יבטיחו ודאות, אחידות²⁸³ ומידתיות בגזירת הדין.²⁸⁴ בד בבד, במסגרת מלחמת החורמה בעבירות סמים ובפשע, ועוד בטרם השלימה הנציבות את הכנת הטיוטה הראשונית של ההנחיות, חוקק הקונגרס בשנת 1986 את חוק Anti-Drug Abuse Act of 1986 (ADAA).²⁸⁵ במסגרת חוק זה, נקבעו עונשים מזעריים של חמש ועשר שנים עבור מגוון רחב של עבירות סמים. הנציבות, שכאמור טרם השלימה את הטיוטה הראשונית של ההנחיות לפני שנחקק החוק, הייתה מחויבת בעקבות חקיקתו לשלבו בהנחיות, והיא בחרה לבנות את ההנחיות כך שיהיו תואמות לחוק האמור.²⁸⁶

2.3.3.1 הנחיות מחייבות לענישה (Sentencing Guidelines)

הקונגרס קבע כי ההנחיות הן מחייבות, כאשר העונש נקבע בהתאם לשקלול של חומרת העבירה ונסיבותיה יחד עם עברו הפלילי של הנאשם. ההנחיות קבעו טווח ענישה מסוים מאוד, הנקוב בחודשי מאסר (כגון 24-18), כאשר העונש המרבי בכל טווח לא יעלה על העונש המזערי ביותר מ-25% או בשישה חודשים.²⁸⁷ ההנחיות ערוכות בצורת טבלה שבה שני צירים: ציר אופקי, המבוסס בעיקר על העבר הפלילי, אשר מורכב משש קטגוריות; וציר אנכי, המסמל את חומרת העבירה ובנוי על דירוג העבירות לפי חומרתן (עד 43 רמות חומרה). רמת החומרה נקבעת, בין היתר, על ידי התחשבות בנסיבות שלא נכללו בעבירה הבסיסית²⁸⁸ ועל שיקולים שיש בהם כדי להחמיר (כמו למשל: חלקו של הנאשם באישום, מעורבות בהכשלת הצדק, ביצוע

²⁷⁸ Kate Stith and Steve Y. Koh, *The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines*, 28 WAKE FOREST L. REV 223, 225 (1993).

²⁷⁹ שם.

²⁸⁰ שם, בעמ' 226-230.

²⁸¹ לסקירת ההתפתחות החקיקתית ראו שם.

²⁸² לסקירה בעברית על הנציבות ראו נתי פרלמן ודינה צדוק "גופים סטטוטוריים העוסקים בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – סקירה משווה" 8-3 (הכנסת – מרכז המחקר והמידע, 16.09.2010).

²⁸³ fs.knesset.gov.il/globaldocs/MMM/6b576b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977/2_6b576b58-e9f7-e411-80c8-00155d010977_11_8209.pdf

²⁸⁴ הכוונה היא שעבריינים דומים, שביצעו עבירות דומות, יידונו באופן דומה.

²⁸⁵ U.S. SENTENCING COMM'N, 1991, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 17.

²⁸⁶ Pub. L. No. 99-570, 100 Stat. 3207 (1986).

²⁸⁷ Frank O. Bowman III, *The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis*, 105 COLUM. L. REV. 1315, 1329 (2005) (להלן: Bowman, 2005). עונשים אלה, שנגזרו במסגרת חוק ADAA, היו ארוכים בערכים מוחלטים בהשוואה לעבירות אחרות במשפט הפדרלי, למעט עבירות אלימות חמורות, וכן בהשוואה לעבירות סמים במערכת המדינתית. שם, 1332.

²⁸⁸ שם, בעמ' 1334. אלא אם כן העונש המזערי הוא 30 שנות מאסר או יותר, שאז העונש המרבי עשוי להיות מאסר עולם.

²⁸⁸ כך, למשל, עבירת הונאת רשות הדואר – אם סכום ההונאה עומד על 10,000\$, נסיבה זו אינה מעלה את רמת חומרת העבירה הבסיסית והיא נמצאת ברמה 7, להבדיל מהונאת סכום של 1,000,001\$. אז מביא להוספת 16 רמות כך שסה"כ חומרת עבירה נמצאת ברמה 23. ראו Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1325.

עבירה כאשר הקורבן הוא פגיע/חוסה, ביצוע העבירה נגד רשות ממשלתית, נשיאת נשק ועוד), או שיקולים אשר מביאים להקלה ברמת חומרת העבירה אם קיימות נסיבות מקלות או שהנאשם לקח אחריות על מעשיו.²⁸⁹

היבט מיוחד ושנוי במחלוקת של ההנחיות, הוא שההנחיות דורשות ומחייבות כי בשלב חישוב רמת חומרת העבירה, על השופט להתחשב לא רק בעובדות בהן הורשע הנדון, אלא גם בעובדות שנמחקו, בעובדות שלא הואשם בגינן ואפילו באלה שזוכה מהן, כל עוד הן רלוונטיות לעבירה שבה הורשע.²⁹⁰ מטרתה העיקרית של הוראה זו, היא למנוע מהצדדים (ובמידה פחותה גם מבית המשפט עצמו) לעקוף את ההנחיות באמצעות הסדר טיעון או מניפולציה שיאפשרו אי השתת העונש הראוי לפי עובדות המקרה האמיתיות.²⁹¹ לאחר שבית המשפט קבע את מתחם העונש, הוא מחויב לגזור את העונש המופיע בטבלה בנקודת החיתוך שבין שני הצירים.²⁹² השופט אמנם רשאי לסטות מעונש זה במקרים מסוימים, אך הוא נדרש לנמק את סטייתו בכתב והחלטתו כפופה לביקורת ערכאת הערעור.²⁹³ לבית המשפט יש סמכות לחרוג לקולה או לחומרה ממתחם העונש, רק אם ראה שהתקיימו נסיבות מחמירות או מקלות שלא נלקחו בחשבון על ידי הנציבות בגיבוש ההנחיות.²⁹⁴ הנציבות לא הסתפקה בכך, אלא קבעה מפורשות כי שיקולים מסוימים אינם רלוונטיים להחלטה אם יש לחרוג ממתחם העונש, לרבות: מאפיינים אישיים של הנאשם הספציפי כמו למשל גיל, השכלה, הכשרתו המקצועית, תנאים נפשיים או רגשיים, התמכרות לאלכוהול או לסמים וקשרי המשפחה והקהילה. מכאן, שההנחיות הוציאו במפורש ממתחם השיקולים גורמים רבים ששימשו את השופטים לפני הנהגתן, שיקולים שעניינם ענישה אינדיבידואלית שעשויים להבדיל בין הנאשמים השונים.²⁹⁵

אפשרות נוספת לחרוגה לקולה ממתחם העונש ניתנת באותם מקרים שהנאשם סיפק "סיוע ממשי" לרשויות אכיפת החוק, קרי מה שידוע ב-substantial assistance – סיוע של ממש בחקירתו או בהעמדתו לדין של אדם אחר. מנגנון זה מותנה בהגשת בקשה מטעם התביעה, אחרת לבית המשפט אין סמכות להשתמש באמצעי זה.²⁹⁶

ההנחיות הראשונות נכנסו לתוקפן בנובמבר 1987.²⁹⁷

2.3.3.2 הנהגת חוקים שקובעים עונשים מזעריים

דרך נוספת להגבלת שיקול הדעת השיפוטי הייתה על ידי הנהגת חוקים שמטילים עונש מאסר מזערי עבור עבריינים מועדים ועבור עבריינים שהורשעו בעבירות מסוימות, לרבות בעבירות סמים ועבירות שמעורבים בהן כלי נשק.²⁹⁸ המטרה בהנהגת חוקים אלה הייתה מניעתן של עבירות חדשות, על ידי הרתעת עבריינים

²⁸⁹ שם, ראו גם Frase, 2019, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 284, בעמ' 97.

²⁹⁰ Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1325.

²⁹¹ שם. ההנחיות הפדרליות ייחודיות בעניין זה, כאשר בכל מערכות ההנחיות המדינתיות, הן העונש המומלץ והן העילות לחרוגה מהמתחם מבוססים על העבירה או העבירות שבהן הורשע העבריין (ראו Frase, 2019), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 284, בעמ' 90.

²⁹² להרחבה ראו Bowman, Fear of Law, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 278, בעמ' 305-308. ראו גם

Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1326.

שם.²⁹³

²⁹⁴ להרחבה ראו TONRY, 1996, לעיל ה"ש 6, רק שלישי

שם, בעמ' 77. ראו גם Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1336.

²⁹⁶ ראו SPOHN, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 230-231. ראו גם Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 1335.

²⁹⁷ U.S. SENTENCING COMM'N, 1991, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' I.

²⁹⁸ לסקירה היסטורית על הנהגת עונשים מזעריים במערכת המשפט הפדרלית ראו U.S. SENTENCING COMM'N, 1991, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בפרק בשני החל מעמ' 15-5 (אפשר פה גם פשוט להפנות ל"שם", כי הפנית לאותו מקור בהערה הקודמת). ראו גם TONRY, 1996, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 6, בפרק החמישי החל מעמ' 134; U.S. SENTENCING COMM'N, 1992, 243 CRIME & JUST. 16; Michael Tonry, Mandatory Penalties,

פוטנציאליים כאשר אלה שלא נרתעו, נקבע כי יש להשית עליהם תקופת מאסר ארוכה.²⁹⁹ ההנחה היא שכל מי שיורשע בעבירה שנקבע לצדה עונש מזערי הוא מסוכן וקיימת לגביו סבירות למועדות. בהטילו עונש מאסר, מצופה מהשופט להתחשב אך ורק בעובדה שהנאשם הורשע בעבירה שמחייבת עונש מאסר מזערי. השופט אינו רשאי להתחשב בשיקולים נוספים כמו למשל חלקו של הנאשם באישום, מצבו המשפחתי ותכונות רקע אחרות או שיקולים מקלים אחרים.³⁰⁰ כך למשל, מרבית החוקים שמטילים עונש מזערי בעבירות סמים מבוססים על שני משתנים בלבד: כמות הסם וסוגו.³⁰¹

לא כל הנאשמים אשר מורשעים בעבירות שקיים בגינן עונש מזערי אכן נדונים לעונש זה. בתי המשפט מוסמכים להטיל עונש פחות מהעונש המזערי באמצעות שימוש בשני מנגנונים:³⁰² הראשון, "סיוע ממשי" לרשויות במקרה שהנאשם סיפק מידע שהביא לחקירה או להגשת אישום נגד אדם אחר שהיה מעורב בפשע.³⁰³ המנגנון השני נקרא "שסתום בטיחות", או מה שידוע ב-"safety valve". להבדיל מהמנגנון של "סיוע ממשי", שתחולתו היא על כלל העבירות שקובעות עונש מזערי, במנגנון "safety valve" ניתן להשתמש אך ורק במקרים שבהם הנאשם הורשע בעבירות סמים (עבירות נבחרות) שלצדן קבוע עונש מזערי.³⁰⁴ מנגנון זה הוסף לראשונה בשנת 1994 וניתן להשתמש בו אך ורק בהתקיים חמישה תנאים מצטברים: 1. לנאשם אין יותר מנקודה אחת של עבר פלילי כפי שנקבע בהנחיות;³⁰⁵ 2. לא עשה שימוש באלימות או באיומים או החזיק ברשותו אקדח או כלי נשק אחר; 3. העבירה לא גרמה למוות או לפגיעה חמורה לגוף; 4. הנאשם לא מילא תפקיד מנהיגותי בעבירה; 5. הנאשם הודה באשמה והציג מידע מלא על מעורבותו בעבירה.³⁰⁶

2.3.3.3 ההסתייגויות מההנחיות³⁰⁷

REPORT TO THE CONGRESS: MANDATORY MINIMUM PENALTIES IN THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM LAW COUNCIL (2011) ובמיוחד פרק ב' של הד"ח (להלן: U.S. SENTENCING COMM'N 2011). לסקירה בעולם ראו (U.S. SENTENCING COMM'N 2011) OF AUSTRALIA, MANDATORY SENTENCING DISCUSSION PAPER (May 2014); ADRIAN HOEL & KAREN GELB, SENTENCING ADVISORY COUNCIL (VICT.), SENTENCING MATTERS: MANDATORY SENTENCING (2008); Anthony Gray, *Mandatory Sentencing Around the World and the Need for Reform*, 20(3) NEW CRIM. L. REV. 391 (2017) SPOHN,²⁹⁹ לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 278, בעמ' 252.

³⁰⁰ שם.
³⁰¹ ראו U.S. SENTENCING COMM'N, 1991, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 27-28. כך למשל, The Anti-Drug Abuse Act of 1986 בנוסחו המקורי קבע, בין היתר, עונש מאסר מזערי של חמש שנים עבור החזקת 500 ג' סם מסוג קוקאין אך רק 5 ג' עבור החזקת סם מסוג קראק או 100 ג' סם מסוג הרואין. יחס זה של 1:100 צומצם ל-1:18 בתיקון לחוק משנת 2010.

U.S. SENTENCING COMM'N, MANDATORY MINIMUM PENALTIES FOR DRUG OFFENSES IN THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 11 (October 2017), available at https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20171025_Drug-Mand-Min.pdf נבדק לאחרונה ביום 20.3.2018 (להלן: U.S. SENTENCING COMM'N, October 2017). באותם מקרים שבהם לעבירות מסוימות נקבע גם עונש מזערי, הוראת החוק גוברת על כל עונש שנקבע על ידי ההנחיות. בתמצית יצוין, כי ביחס לכל אותן עבירות שקבוע לצידן עונש מזערי שאין מוזכרות במפורש בהנחיות, או במקרה שהעונש המזערי לא הוטמע בהנחיות, ההנחיות קובעות הוראה כללית המבטיחה שבמקרים אלה העונש המזערי שקבוע בחוק הוא מחייב ויחול עליהם. בדומה, כאשר מתחם העונש ברף התחתון נמוך מהעונש המזערי, במקרים אלה העונש המזערי הופך לרף התחתון של המתחם. להרחבה, ראו U.S. SENTENCING COMM'N, AN OVERVIEW OF MANDATORY MINIMUM PENALTIES IN THE FEDERAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM 17-16 (July 2017), available at https://www.uscc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/research-publications/2017/20170711_Mand-Min.pdf נבדק לאחרונה ביום 20.3.2018 (להלן: U.S. SENTENCING COMM'N, July 2017).

³⁰³ U.S. SENTENCING COMM'N, October 2017, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 309, שם.
³⁰⁴ שם, בעמ' 11-12. להרחבה ראו גם U.S. SENTENCING COMM'N, July 2017, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 309, בעמ' 19. לסקירה היסטורית של הוספת המנגנון ראו U.S. SENTENCING COMM'N, 2011, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 305, בעמ' 34-36.

³⁰⁵ במסגרת חוק (2018) 5194 Stat. 115-391, Pub. L. No. 115-391, First Step Act Of i018, (טעות שלי), אהורחבה הזכאות לחריגה במסגרת מנגנון זה, בין היתר, גם עבור נאשמים שיש להם עבר פלילי עד 4 נקודות. ראו Molly Gill, *Threading the Needle: The First Step Act, Sentencing Reform, and the Future of Criminal Justice Reform Advocacy*, 31 FED. SENT'G REP. 107, 113 (2018). (להלן: Gill).

³⁰⁶ להרחבה ראו U.S. SENTENCING COMM'N, 2017 (יש שניים, אחד מאוקטובר ואחד מיולי, לאיזה התכוונת), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 309, בעמ' 18.

³⁰⁷ המטרה של חלק זה, היא להציג את עיקר ההסתייגויות מההנחיות שהביאו לכך שהשופטים הפדרליים ויתר השחקנים הראשיים בהליך, מצאו דרכים לעקוף את ההנחיות (עוד כשההנחיות היו מחייבות) ולא להציג את עמדות המתנגדים לעומת

כפי שראינו בסעיף הקודם, נעשה מעבר ממערכת גזירת דין בלתי-מוגדרת, שבמסגרתה נהנו השופטים משיקול דעת רחב וכמעט בלתי מוגבל בעניין קביעת סוג העונש שיוטל על הנאשם וקביעת אורך המאסר אם העונש כלל מאסר, למשטר של הנחיות שהגביל במידה ניכרת את שיקול הדעת השיפוטי. מעבר חד זה הביא להסתייגויות מההנחיות שנקבעו במספר מישורים (בדקתי, ברור): הסתייגות אחת הייתה בשל חומרתן ונוקשותן של ההנחיות:³⁰⁸ הנציבות ביקשה במסגרת ההנחיות לקבוע את מתחם העונש בהתאם למדיניות העבר של בית המשפט הפדרלי,³⁰⁹ תוך סטייה מהעונש באותם מקרים שבהם סברה כי המצב הקיים אינו משקף את חומרת העבירות.³¹⁰ כלומר, במקור הכוונה של הנציבות הייתה שהכלל יהיה קביעת מתחם העונש לפי מדיניות הענישה שנקבעה על ידי בית המשפט עובר להנחיות, ואילו החריג לכלל זה היה ביחס לעבירות שבעטיין סברה הנציבות כי יש להחמיר. מספרם של STITH & CABRANES עולה, כי בפועל השינוי ממדיניות הענישה שהייתה מונהגת לפני ההנחיות היה הכלל ולא החריג, בעוד שבמרבית המקרים מתחם העונש נקבע ללא התחשבות במדיניות הענישה שנהגה עובר להנחיות. (הוספתי את מה שכתבת בצד, מקווה שזה בסדר).³¹¹ מההנחיות עולה כי הנציבות הגדילה את העונש עבור קטגוריות של עבירות שנחשבות לעבירות השכיחות שנדונו בבתי המשפט הפדרליים כמו: עבירות צווארון לבן, סמים ועבירות אלימות. כתוצאה מהעלאת רף הענישה, ההנחיות כמעט "חיסלו" את השימוש בצו מבחן (probation) כסנקציה במערכת המשפט הפדרלית. לאחר הרפורמה בתי המשפט הפדרליים הטילו עונש של צו מבחן (Probation) בפחות מ-15% מכלל התיקים שנדונו בפניהם בהשוואה לכמעט 50% מהתיקים לפני ההנחיות.³¹² יתירה מזאת, כפי שטען Bowman, במקרים רבים העלאת הרף של העונשים לא נעשתה כתוצאה מהרצון להשיג הלימה בענישה, אלא כדי לצמצם את הפער בין עונשים שנקבעו עבור עבירות סמים, שהותאמו לעונשים

המצדדים להנחיות. השוואה מעין זו חורגת ממטרת מחקר זה. ברם, גם בין אלה שציידו בהנחיות עוד בתחילתן, לאחר תקופה שינו את עמדתם וטענו לכישלון ההנחיות הפדרליות. כך היה עם Bowman, שהיה מבין הסניגורים של ההנחיות וכתב מספר מאמרי ביקורת לעמדות של מבקרים אחרים. ראו למשל מאמר ביקורת על עמדות שהציגו בספרם STITH & CABRANES (At worst, the Bowman, *Fear of Law*, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 278, בעמ' 300 שם ציין: "replaced Frank O. Bowman III, *The Quality of Mercy Must Be Restrained, and Other Lessons in Learning to Love the Federal Sentencing Guidelines* are a predictably flawed work-in-progress and a notable improvement over the system they [The guidelines] are, at worst, a marked improvement over the system they [The guidelines] replaced" (ראו Bowman III, *The Quality of Mercy Must Be Restrained, and Other Lessons in Learning to Love the Federal Sentencing Guidelines*, 1996 Wis. L. REV. 679, 680). במאמרו משנת 2005 הודה המחבר בכישלון ההנחיות. במילים אלה תיאר את הסיבות לשינוי בעמדתו: "For most of the last decade, I numbered myself among the guidelines' supporters and" wrote extensively in their defense, while chronicling their defects. In the past year, I have, with the greatest reluctance, concluded that the federal sentencing guidelines system has failed. I have reached this conclusion not merely because the system too often produces bad outcomes in individual cases and sometimes in whole classes of cases, but more importantly because the basic structure of the guidelines-centered system has evolved in a way that makes self-correction virtually impossible" (Bowman, 2005), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 1319).

³⁰⁸ ראו Frase, 2000, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 284, בעמ' 439. ראו גם Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1328.

³⁰⁹ ראו U.S. SENTENCING COMM'N, 1991, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 18.

³¹⁰ אם כי בעבירות סמים ניתן להסיק כי החמרת העונש נבעה מהרצון של הנציבות להתאים את ההנחיות לעונש מזערי שנקבע בעבירות סמים. כך ציינה הנציבות: "Guidelines sentences in the drug area were drafted to accommodate and, to the extent possible, rationalize mandatory minimum provisions established by the 1986 Anti-Drug Abuse Act" (אפשר כאן פשוט לכתוב – שם, מכיוון שכבר התייחסת לאותו מקור בהערה הקודמת) ראו U.S. SENTENCING COMM'N, 1991, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 18, הטקסט בה"ש 58).

³¹¹ STITH & CABRANES, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 59-61.

³¹² שם, בעמ' 62. מנתונים עדכניים שפורסמו במחקרו של Hofer עולה, כי שיעור הטלת מבחן כעונש יחיד בשנת 2017 עמד על פחות מ-7% (6.9%) (ראו Paul J. Hofer, *Federal Sentencing after Booker*, in 48 CRIME AND JUSTICE: AMERICAN SENTENCING: WHAT HAPPENS AND WHY? 137, 149 (Michael Tonry ed., 2019) (להלן: Hofer, 2019) (תרשים 2 במאמרו מציג Hofer נתונים על שיעור סוג העונש שנגזר בתקופה שבין 1984 ועד 2017 כולל, שם) לאחר הנהגת ההנחיות וביטול אפשרות שחרור מוקדם ממאסר, נצפתה עלייה גם בממוצע אורך המאסר עבור כלל העבירות, שעמד על 28 חודשים לפני ההנחיות לעומת 50 חודשים לאחר ההנחיות. כך גם נצפתה עלייה בנשיאת תקופת המאסר בכלא מ-13 חודשים לפני ההנחיות ל-43 חודשים בממוצע (ראו STITH & CABRANES, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 63 (טבלה 1)).

המזעריים, לבין עונשים שנקבעו לעבירות אחרות.³¹³ מכיוון שעונשים מזעריים בעבירות סמים היו מושרשים ונפוצים ובלתי ניתנים לערעור, כך נטען, הפתרון היחיד לפער זה היה על ידי העלאת הרף של עבירות אחרות במקום להוריד את הרף עבור עבירות סמים.³¹⁴ (תעריף זה במובן של תשלום, אני לא מכירה שימוש במילה זו בהקשר לעונש, זה נראה לי לא מתאים ומוציא את המילה מהקשר הטבעי. מה גם, שבמשפטים קודמים למשפט הזה גם השתמשת במילה רף, היא נראית לי מתאימה יותר. אפשר אולי להוסיף, כדי שיהיה יותר ברור, את המילה "ענישה" – כלומר העלאת רף הענישה).

בנוסף לחומרת העונשים, ההנחיות סבלו מנוקשות והעדר גמישות. בהשוואה להנחיות המדינתיות, הן היו מפורטות מדי. ציר חומרת העבירה היה מחולק ל-43 קטגוריות, לעומת עד 12 קטגוריות במדינות בהן מונהגות הנחיות בענישה.³¹⁵ כך, שבשילוב עם שש קטגוריות של עבר פלילי, הטבלה הייתה מורכבת מ-258 תיבות ענישה.³¹⁶ הקונגרס ביקש במסגרת ההנחיות לפקח על החלטות השופטים, במיוחד בדבר הרלוונטיות/העדר רלוונטיות של משתנים לבר משפטיים רבים שבתו המשפט היו שוקלים לפני אימוץ ההנחיות, לרבות מאפיינים אישיים ורקעו של הנאשם. כאמור (לא נראה לי שהמילה הזו במקום, משום שלא כתוב בשום מקום קודם לכן לגבי השוויון כמטרה בהנהגת מודל הענישה. לדעתי כדאי להוריד אותה), המטרה בהנהגת מודל ענישה זה, הייתה בעיקר להשיג שוויון ואחידות בגזירת הדין, על ידי טיפול במקרים דומים באופן דומה (treat like case alike). ברם, בעוד שמטרה זו אכן קיימה את הצד האחד של עקרון השוויון, קרי השגת אחידות ושוויון בין נאשמים דומים, הגבלת התחשבות בשיקולים לבר משפטיים הפרה את הצד השני של עיקרון השוויון, שעניינו "טיפול במקרים שונים באופן שונה".³¹⁷ בנוסף לנוקשותן, לפי ההנחיות על השופט לקבוע את העונש על בסיס "התנהגות רלוונטית", תוך התחשבות בעובדות שלא הוכחו במשפט או במקרים שהנאשם לא הודה באשמה ואפילו בעובדות שזוכה מהן.³¹⁸

השופטים הרגישו כי הנחיות אלה מהוות בלבם ומחסום (אחרי מהווה לא צריך כ).³¹⁹ לא ניתן להשיג צדק בגזירת הדין במסגרתן,³²⁰ בייחוד כאשר העונשים הם חמורים במיוחד,³²¹ כך שבמרבית המקרים, הם אינם הולמים את חומרת העבירה ונסיבותיה.³²² מצב זה פגע במלאכת גזירת הדין, שהציפייה של כל המעורבים

³¹³ Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1332.

³¹⁴ שם.

³¹⁵ Tonry, 2019, לעיל ה"ש 5, בעמ' 10 (כבר הפנית לאזכור זה בהערה 5).M)

³¹⁶ Bowman, 2005, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 293, בעמ' 1325.

³¹⁷ TONRY, 1996, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 6, בעמ' 14.

³¹⁸ שם, בעמ' 10.

³¹⁹ בספרו של TONRY צוין טיעון נוסף להסתייגות של השופטים מההנחיות, שניתן לייחסה ולו באופן חלקי לעובדה שבני אדם נוטים להעדיף את המוכר על פני החדש ומעדיפים את מה שידועים על פני הלא ידוע, במיוחד שמשנת 1930 לשופטים לא היה ניסיון עם מערכת אחרת (ראו TONRY, 1996, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 6, בעמ' 7) (גם כאן מספיק להפנות ל"שם", שכן הפנית לאותה הערה בהערה הקודמת). טיעון זה ניתן לייחס להעדפת שימור הסטטוס קוו והעדפת המוכר על פני הלא ודאי. שיקול זה היה אחד השיקולים שציון Tokson במאמרו, לאי ציות של השופטים לחוק חדש או לתקדים של בית המשפט העליון (ראו Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 927-926). מה שמעניין הוא, כי במחקרו של Tokson, הוא בדק את אי הציות של השופטים, אך מהכיוון ההפוך. הוא ביקש לבדוק מדוע לאחר פסייד Booker ולמרות ההסתייגות הראשונית של השופטים מההנחיות, המשיכו השופטים במרבית המקרים לפעול בהתאם להנחיות (להרחבה בנושא ראו סעיף בעמ' במחקר זה – צריך להשלים).

³²⁰ השופטים הפדרליים הביעו את הסתייגותם מההנחיות גם במסגרת החלטותיהם ותיארו, תוך שימוש במילים קשות, את עמדתם לגבי אי הצדק שגורמות ההנחיות. באחת ההחלטות תיארו את ההנחיות "מרשם לעוול", מפני שהשופטים אינם יכולים עוד להימנע מהטלת עונשים קשים ובלתי מידתיים. במילים אחרות, השופטים "אנוסים" להטיל עונשים חמורים ובלתי מידתיים (ראו United States v. Brewer, 899 F.2d 503, 513 (6th Cir. 1990) ("a prescription for injustice because district judges can no longer prevent the imposition of inappropriately harsh sentences").

³²¹ United States v. Spencer, 700 F.3d 317, 326 (8th Cir. 2012) ("Since their adoption in 1987, many of the federal sentencing guidelines have proven unworkable, unfair, and have filled our federal prisons with...defendants serving undeserved lengthy sentences").

³²² לגישת STITH & CABRANES, ההנחיות אינן רצויות משום שאינן יכולות להחליף את תבונת וחוכמת השופט בתהליך גזירת הדין (ראו STITH & CABRANES, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 82). הם הוסיפו, כי ההנחיות הן כישלון מפני שהן נעדרות את הכוח שיש לאדם לבצע שיפוט מוסרי, במיוחד כשהן אוסרות ומגבילות את השופטים לשקול משתנים בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה. שם, בעמ' 169-170. במקום אחר, הציגו את ההנחיות בטיעון קשה, שגרס כי ההנחיות מאיימות להפוך את הטקס המכובד של גזירת הדין לתיאטרון בובות. במילים שלהם: "The Guidelines threaten[T]".

בהליך ובמיוחד של השופטים הייתה לקבלת החלטות שיהיו הגיוניות וצודקות בהתחשב בנסיבותיו המיוחדות של המקרה הספציפי.³²³ מרבית השופטים התנגדו לרפורמה ולא אהדו את ההנחיות.³²⁴ סלידה מההנחיות גרמה לכך שבשנתיים הראשונות להנהגתן כ-200 שופטים פדרליים הכריזו על אי חוקתיות של ההנחיות ושל מעמד הנציבות לחוקק אותן, לעומת כ-120 שופטים שאשררו את ההנחיות.³²⁵ המצב המשפטי היה מעורפל, עד לקביעה סופית של בית המשפט העליון בעניין *Mistretta*,³²⁶ לפיה החלטת הקונגרס ליצור גוף הקובע כללים לגזירת הדין ולמקמו ברשות השיפוטית היא החלטה חוקתית, ולכן דחה את עמדת השופטים הפדרליים ואישר את חוקתיות ההנחיות והרפורמה.

ההנחיות היו מחייבות במשך כשני עשורים, עד להחלטת בית המשפט העליון בעניין *Booker*,³²⁷ אשר קבע כי ההנחיות הפדרליות הן מנחות ולא מחייבות. זאת, לא לפני שקבע באותה החלטה כי מדובר בהנחיות שאינן חוקתיות (לא מצאתי בהערות שוליים קודמות התייחסות לחוקתיות של החלטה, ליד הערה 255 כתבת שנקבע שההנחיות הן מנחות ולא מחייבות אבל לא התייחסת לקביעה שהן לא חוקתיות. לכן מוספיה את זה כאן), משום שהן מפרות את התיקון השישי של החוקה, בכך שהן מאפשרות לשופטים להגדיל את עונשו של הנאשם מעבר למתחם העונש,³²⁸ בהתבסס על עובדות שלא נתבררו על ידי חבר המושבעים או שהנאשם לא הודה בהן או על עובדות שזוכה מהן.³²⁹ על מנת לא למוטט את תוקפן של ההנחיות, כאמור, קבע בית המשפט העליון שההנחיות הן מנחות ולא מחייבות (לא צריך). שנתיים לאחר מכן, בפס"ד בעניין *Gall*,³³⁰ הדגיש בית המשפט העליון את חשיבותן של ההנחיות, כך שמטרתן להבטיח

to transform the venerable ritual of sentencing into a puppet theater in which defendants are not persons, but kinds of persons, abstract entities to be defined by a chart, their concrete existence systematically ignored and thus nullified (ראו L. REV. 1247, 1263 (1997). ראו גם Kramer & Ulmar, לעיל ה"ש 10. אמנם מחקר זה מתייחס להנחיות במדינת פנסילבניה, אך המסקנות רלוונטיות גם להנחיות הפדרליות. במחקר זה, נמצא כי ההנחיות יכולות לספק אמת מידה בגזירת הדין, אך הן מוגבלות ביכולתן להתייחס למורכבות של כל מקרה ונסיבותיו. כך שהשופטים מוצאים דרכים לעקוף את ההנחיות על ידי שימוש בכלים שהעניק להם המחוקק לחרוג לקולה ממתחם העונש. שם, בעמ' 952-956.³²³ Tonry, 2019, לעיל ה"ש 5, בעמ' 16.

³²⁴ בספרם של STITH & CABRANES, ניתן ללמוד על כי (לדעתי לא נכון להשתמש במונח ניתן ללמוד על כי. או ניתן ללמוד כי, או ניתן ללמוד על כך ש... – לבחירתך) השופטים הפדרליים ביקרו בחריפות את ההנחיות. בסקר אחד שנערך על ידי ה-Federal Judicial Centre נמצא כי בקירוב 75% מהשופטים הפדרליים ויותר מ-66% מהשופטים בערכאת הערעור, מאמינים כי ההנחיות הן "מיותרות" (STITH & CABRANES, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 273, בעמ' 5). בסקר נוסף שנערך בשנת 1993 אך הפעם על ידי American Bar Association, נמצא כי בקירוב 50% מכלל השופטים הפדרליים בפשטות ביקשו "להשליך" את ההנחיות. שם. שופט פדרלי אחד במאמר שפורסם בכתב העת ציין כי: "Today almost all federal judges agree that these guidelines need substantial change, if not complete rejection" (ראו Myron H. Bright, *Judge Gerald W. Heaney: A True Son of the Soil*, 81 MINN. L. REV. 1101, 1103 (1997)). מסביר כי הבעיה האמתית בהנחיות היא שהן התפתחו מבלי שניתן מספיק כבוד לשופטים. כיצד: בכך שהעונשים שנקבעו בהנחיות היו מבוססים פחות על תקדימים קודמים. גם בעשור הראשון, שבמסגרתו נערכו תיקונים להנחיות על ידי הנציבות, הנציבות קבעה את העונשים בלי לפנות לעונשים שניתנו על ידי השופטים במקרים דומים. בעוד שהחלטה לא להתבסס על העונשים שהטילו בתי המשפט עשויה בחלקה להיות פונקציה של עמדות חברי הנציבות, היא בעיקר נובעת מהעדרם של מבנים מוסדיים שרואים בשופטים כמקור חשוב לקביעת מדיניות הענישה. לגישתו, השופטים הם הכרחיים בשלבים של התפתחות ההנחיות ותיקונן שיהיו מבוססות על ניסיונם של השופטים (ראו Ronald F. Wright, *Rules for Sentencing Revolutions*, 108 YALE L.J. (1999) 1355, 1380).

³²⁵ ראו Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 945-946. ראו גם Tonry, 2019, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 9.

³²⁶ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361 (1989).

³²⁷ עניין *Booker*, לעיל ה"ש U 255.

³²⁸ מתחם העונש שהיה נקבע, לו בית המשפט היה מתחשב אך ורק בעובדות בהן הורשע.

³²⁹ עניין *Booker*, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 255, בעמ' 233. החלטה זו אינה מפתיעה, במיוחד ששנה לפני כן, בפס"ד *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004) קבע בית המשפט העליון כי ההנחיות המדינתיות אינן חוקתיות מאותו נימוק. שם, בעמ' 303, 305. החלטה זו העמידה במבחן את תוקפן של ההנחיות. בעניין זה בית המשפט העליון ביטל החלטה קודמת, שבמסגרתה קבע כי כדי לקבוע את העונש המתאים, ההנחיות מאפשרות לבתי המשפט לשקול עובדות שנתבררו במשפט, לרבות אלה הקשורות להתנהגות שלא נכללו באישום או נכללו אך הנאשם זוכה בגינן (ראו *United States v. Watts*, 148 U.S. 148 (1993)). ראו גם *United States v. Dunnigan*, 507 U.S. 87 (1993). שם בית המשפט העליון אישר הגדלת העונש על יסוד עובדות שהנאשם לא הורשע בהן.

³³⁰ *Gall v. United States*, 552 U.S. 38 (2007).

עקביות וודאות לאומית בענישה. מכאן, שלמרות שהן "רק" מנחות, הן צריכות להיות נקודת המוצא ואמת המידה הראשונית בקביעת העונש, אם כי הן אינן השיקול היחיד שיש להתחשב בו בעת גזירת הדין.³³¹

ההשלכות של פס"ד Booker על מדיניות הענישה חורגות משאלת המחקר, אולם בקצרה יצוין כי היו הרבה השערות, פרשנויות וחרדות בפורומים משפטיים ובדיונים בקונגרס על איך ייראו גזרי הדין לאחר פס"ד Booker.³³² מחקרים שנערכו בשנים הראשונות לאחר פס"ד Booker מצאו כי השפעתו על התנהגות השופטים הייתה דרמטית פחות מהצפוי. שופטים, שפעם התנגדו בתוקף להנחיות ולאובדן שיקול הדעת שהן מייצגות, לא חזרו לתקופה שבה גזרו עונש פחות חמור. ההפתעה הייתה שכמעט דבר לא השתנה. ההנחיות ממשיכות להיות מיושמות כברירת מחדל במרבית גזרי הדין וחציון וממוצע העונשים ברמה הלאומית נמצאים בשיאים היסטוריים, בדיוק ההפך ממה שהיה צפוי.³³³

המגמה הייתה שונה לגבי חריגה ממתחם העונש: בשנים הראשונות, למרות שרבים ציפו ל"מבול" של גזרי דין מתחת למתחם העונש שלא מהנימוק של "סיוע ממשי", מה שאמור היה לשקף מגמה של חזרה לעונשים ששררו לפני שההנחיות נכנסו לתוקפן, ציפייה זו לא התממשה. אמנם שיעור העונש מתחת למתחם העונש עלה מ-8.6% ל-12.5% בשנה הראשונה לאחר פס"ד Booker, אך במונחים מוחלטים לא ראו בעלייה זו מהפכה.³³⁴ לאורך השנים, נצפתה עלייה בשיעור העונשים שניתנו מתחת למתחם העונש, ומנתוני מחקר שפורסם לאחרונה עולה, כי נכון לשנת 2017 שיעור גזרי הדין שניתנו מתחת למתחם עמד על 20% בנוסף לכמעט 30% חריגה מהמתחם לבקשת התביעה מכוח המנגנון של "סיוע ממשי". כך שסה"כ חריגה מהמתחם עומד על כמעט 50% מגזרי הדין.³³⁵

2.3.3.4 הסתייגות השופטים מהנהגת עונשים מזעריים

השופטים הפדרליים התנגדו גם להנהגת חוקים שכוללים עונשים מזעריים. ההתנגדות העיקרית הייתה בשל חומרת העונשים, אך גם בשל חוסר גמישותם ונוקשותם.³³⁶ הטיעון היה, כי חוקים אלה, בייחוד חוקים שהסדירו עונשים מזעריים בעבירות סמים, הפכו את גזירת הדין למלאכה מכנית שנעשית ללא כל מחשבה או שקילת שיקולים, כאשר לרוב, העונש נקבע לפי סוג הסם וכמותו. לגישתם, שילוב של שני הגורמים, מחד גיסא עונשים חמורים ומאידך גיסא העדר גמישות להתאים את העונש לנסיבות המקרה, גורמים להטלת עונשים כבדים, קשים ובלתי הוגנים.³³⁷ השופטים הפדרליים השמיעו בקול את ביקורתם כלפי חוקים אלה,³³⁸ את מורת רוחם לגביהם ואף עתרו לביטולם.

³³¹ לתיאור תהליך קביעת העונש ראו שם, בעמ' 49-50.

³³² Jeffery T. Ulmer & Michael T. Light, *The Stability of Case Processing and Sentencing Post-Booker*, 14 J. GENDER RACE & JUST. 143, 144 (2010).

³³³ Tokson, לעיל ה"ש 236, בעמ' 948. לנתונים עדכניים עד שנת 2017 כולל, ראו Hofer, 2019, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 319, בעמ' 150-152. בדומה למסקנתו של Tokson, לפיה אחד ההסברים לכך היה שהשופטים ראו בהנחיות כעוגן ואז חרגו מהו לקולה או לחומרה (Tokson), לעיל ה"ש Error: Reference source not found 23, בעמ' 948, גם Hofer במחקרו הדגיש כי אחד הנימוקים להיצמדות להנחיות, למרות שהן כבר לא מחייבות, הוא ההשפעה של אפקט העוגן (ראו Hofer, 2019, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 39, בעמ' 152).

³³⁴ Tokson, לעיל ה"ש 236, בעמ' 948.

³³⁵ Hofer, 2019, לעיל ה"ש 319, בעמ' 146 (תרשים 1). לסקירה של גזירת הדין הפדרלית לאחר פס"ד Booker, ראו מאמרו העדכני של Hofer (האם הכוונה לאותו מאמר שאליו הפנית בתחילת ההערה? אם כן, אולי כדאי לציין זאת איכשהו, כי אחרת זה משתמע כאילו יש לו מאמר עדכני יותר. אם זה לא אותו מאמר, יש להפנות למאמר הנכון). מנתונים שפורסמו באתר של USSC לשנת 2018 עולה, כי לעומת שנת 2017 חלה עלייה לא משמעותית בשיעור הנדונים שקיבלו עונש במסגרת מתחם העונש של ההנחיות. השיעור עמד על 51% לעומת 49.1% בשנת 2017 (ראו U.S. SENTENCING COMM'N, ANNUAL REPORT AND SOURCEBOOK OF FEDERAL SENTENCING STATISTICS 84 (2018) available at <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/research-and-publications/annual-reports-and-sourcebooks/2018/2018-Annual-Report-and-Sourcebook.pdf> (נבדק לאחרונה ביום 5.7.2019) (להלן: U.S. SENTENCING COMM'N, 2018).

³³⁶ SPOHN, לעיל ה"ש 278, בעמ' 252.

³³⁷ Tonry, 2009, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, שם.

³³⁸ SPOHN, לעיל ה"ש 278, בעמ' 252.

בדוח של הנציבות לגזירת הדין של ארה"ב משנת 1991,³³⁹ נשאלו שופטים מדוע אינם אוהדים עונשים מזעריים. תשובתם לא הייתה מפתיעה: הנימוק הראשון והשכיח ביותר היה שהשופטים מאמינים כי עונשים מזעריים הם מופרזים בחומרתם וקשים באופן כללי. הם קשים במיוחד עבור נאשמים שתפקידם בעבירה הוא מינורי; הנימוק השני בשכיחותו היה, שהנהגת עונשים מזעריים מגבילה את שיקול הדעת של בית המשפט ולא מאפשרת לשקול נסיבות אישיות של הנאשם; הנימוק השלישי היה שעונשים אלה הם בלתי צודקים והנהגתם למעשה הורסת את מערכת המשפט.³⁴⁰

2.3.4 סיכום

לסיכום חלק זה עולה כי הרפורמה בגזירת הדין, הן בהנהגת הנחיות בענישה והן בהנהגת חוקים שקובעים עונשים מזעריים, נתקבלה בהסתייגות, בעיקר בשל חומרת העונשים, העדר גמישותם ונוקשותם.³⁴¹ רפורמה זו הגבירה את המתח שבין חובתם של השופטים לפעול בהתאם לחוקי המדינה, לבין חובתם לעשות צדק. מתח זה, כך נטען בספרו של Tonry, הביא לכך ששופטים נאלצו לבחור בין השבועה שלהם לאכופ את החוק. בידעם שעונשים אלה הם בלתי צודקים, לבין חובתם לעשות צדק על ידי התחמקות בזדון (לדעתי לא מתאימה המילה הזו לתיאור התנהגות שופטים. הייתי מחליפה במילה "במכוון") מהוראת החוק.³⁴² במילים אחרות, היו שופטים אשר הרגישו מחויבים מבחינה אתית לקיים את שבועתם לעניין אכיפת החוק במערכת הפדרלית, למרות אמונתם שחוקים אלה אינם צודקים.³⁴³ שופטים אחרים חשו מחויבות מבחינה אתית לקיים את שבועתם לעניין עשיית צדק על ידי עקיפת אותם חוקים שמביאים לתוצאה בלתי צודקת.³⁴⁴ בין שני צידי המתרס, לעתים קרובות בחרו בחלופה האחרונה.

Tonry מוסיף, כי לא משנה מה הייתה מטרת המחוקק בתמיכה בהנהגת חוקים אלה, המצב הוא שונה ביחס לשופטים, התובעים, הסניגורים וכל הפועלים בהליך הפלילי. שחקנים אלה מחויבים לחיות עם מצפונם ועם השקפותיהם המשותפות לקביעת הגבול לטיפול הוגן בעבריינים. הם מחויבים לשמור על תפקוד המערכת השיפוטית. אם לפעמים שחקנים אלה מוצאים דרכים כדי להימנע מיישום ואכיפת חוק שהם מאמינים שיגרמו עיוות דין לנדון – התנהלות זו לא צריכה להיות "מפתיעה".³⁴⁵

בסעיף הבא נציג את התיאוריה שנבנתה לדרכי עקיפת חוקים אלה ואת המחקרים שאיששו את התיאוריה.

2.4 תיאוריה ומחקרים על אודות עקיפת עונשים מזעריים והנחיות לענישה

³³⁹ U.S. SENTENCING COMM'N (1991), לעיל הי"ש 273, עמ' 93.

³⁴⁰ שם, בעמ' 96.

³⁴¹ גם סנטורים אשר הצביעו בעד הנהגת הנחיות בענישה, הפנימו כי הרפורמה בענישה הביאה לעונשים חמורים ובלתי צודקים. ראו Bennett, "לעיל הי"ש 258, בעמ' 527 (ציטט מדבריו של סנטור Orrin Hatch אשר הדגיש: "A lot of judges hate the sentencing guidelines; they hate the mandatory minimums. I can understand why they do that." שם). נוקשות זו הביאה לכך שבסוף שנת 2018 חתם נשיא ארה"ב דונלד טראמפ על חוק (First Step Act of 2018) שהסדיר, בין היתר, רפורמה בגזירת הדין שכוללת הפחתת העונשים המזעריים על נדונים שהורשעו בעבירות סמים, הרחבת התנאים לזכאות לחרוגה מעונש המזערי במסגרת "safety valve" והחלה רטרואקטיבית של חוק 111-220, Pub. L. No. 111-220, 124 The Fair Sentencing Act of 2010, Stat. 2372 (2010) (FSA), שנחקק ב-3.8.2010, שבמסגרתו הופחתו העונשים בעבירות סחר בסם מסוג קראק קוקאין כך שהביא לצמצום יחס העונש 1:100 שבין סחר בסמים מסוג קראק קוקאין לעומת אבקת קוקאין, ל-1:18 לאחר התיקון. לסקירת עיקר הרפורמה ראו Gill, לעיל הי"ש 312, Error: Reference source not found, שם. ראו גם CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, THE FIRST STEP ACT OF 2018: AN OVERVIEW (2019) <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45558.pdf>, TONRY, 1996, לעיל הי"ש 6, בעמ' 14.³⁴²

³⁴³ ספרו של SPOHN הציג דוגמה של שופט פדרלי, אשר הביע ייאוש והתמרמרות על כי ידיו היו כבולות, כך שנאלץ להטיל על הנאשם בלי לנגסטון 30 שנות מאסר בגין יוזמה להפיק סם מסוכן מסוג (phencyclidine). במילים אלה תיאר השופט David V. Kenyon את הדילמה שעמד בפניה: "There is no question that this is an unjust, unfair sentence[...]. It is clear that" "at least that I can figure out what's going on here is a far greater sentence than what this man deserves. But there's nothing I can do about it, לאחר שנשא שמונה שנות מאסר מאחורי סורג ובריח." SPOHN, לעיל הי"ש 278, בעמ' 254. בשנת 2001 הנשיא לשעבר ביל קלינטון חנן אותו.³⁴⁴

TONRY, 1996, לעיל הי"ש 6, בעמ' 180-181.

שם, עמ' 161.³⁴⁵

מחקרים רבים ביקשו לבחון כיצד משפיעות חקיקה הקובעת עונשים מזעריים או הנחיות מחייבות לענישה – שמטרתן של חקיקה והנחיות אלו הייתה, בעיקר, הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה והחמרה בענישה – על התנהלות השחקנים הראשיים בהליך הפלילי. ההשערה הייתה, כי הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בחקיקה, תגרור אחריה שינוי בהתנהלות השחקנים הראשיים בהליך הפלילי ובפרט השופטים והתובעים, כך שאם אלו סברו שהעונשים המזעריים, במקרים ספציפיים, חורגים מרמת הענישה שאותה רואים כהוגנת, יש בכך כדי להניע שחקנים אלה לנסות ולעקוף אותם. לפי התיאוריה, שופטים עשויים לזכות נאשמים שאשמתם הוכחה מעבר לספק סביר,³⁴⁶ או לחרוג לקולה ממתחם העונש שנקבע, תוך ניצול מנגנוני השסתום שקבע המחוקק, אך ורק כדי להימנע מהטלת עונש שנתפס על ידיהם כלא הוגן. בדומה, תובעים עשויים להימנע מלהאשים חשודים בעבירות שעשויות להפעיל את העונשים המזעריים, אף שקיים סיכוי סביר להרשעתם, ותחת זאת להאשימם בעבירות חמורות פחות, אם הם סבורים כי בסוף ההליך ממתין לאותם חשודים עונש לא הוגן אם יועמדו לדין בגין עבירות שבצידן עונשים מזעריים.³⁴⁷ התובעים אף יכולים לעקוף הפעלת עונשים אלה באמצעות חתימה על הסדר טיעון עם ההגנה – הסדר שלא כולל את האישום המקורי שמיוחס לנאשם.

כפי שראינו (האם גם את זה להפוך ליחיד? אולי כפי שהראיתי?) בסעיף הקודם, מטרת הרפורמה במערכת גזירת הדין המדינתית והפדרלית כאחת בארצות הברית, הייתה לרסן ולהגביל את שיקול הדעת השיפוטי בענישה באמצעות הנהגת עונשים מזעריים והנחיות לענישה. למרות שתוכן החוקים שונה הוא, הרי שבלי יוצא מן הכלל, כולם חותרים להגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה ברמות שונות של הגבלה. זאת, על מנת להשיג שקיפות, אחידות וודאות בעונשים המוטלים, על ידי צמצום הפער שמתבטא בהתחשבות בגורמים חוץ משפטיים, שהם שיקולים שלגישת המחוקק אין מקום להתחשב בהם בקביעת העונש, כמו מגדר, גזע ומוצא אתני.³⁴⁸

עוד ראינו (הראיתי?) כי הייתה הסתייגות מהרפורמה, במיוחד בשל חומרת העונשים, נוקשותם והעדר גמישותם להתאים את העונש לעבריין הספציפי שעומד בפני השופט.

מחקרים שביקשו לבדוק כיצד התבטאה הסתייגות השופטים מהרפורמה הלכה למעשה, וכיצד התמודדו עם המתח שבין עשיית משפט צדק ובין קיום הוראות החוק, מצאו כי בהתאם לתיאוריה שנבנתה,

³⁴⁶ Tonry במאמרו מהשנה הנוכחית, ציין כי שלוש מאות שנות ניסיון ויובל שנים של מחקרים הצביעו על כי עונשים מזעריים אינם מיושמים באופן עקבי (ראו Tonry, 2019, לעיל הי"ש, 5 בעמ' 16). אחת הדרכים להימנע מהטלת עונשים חמורים, הייתה על ידי ביטולם. ביטול במשמעות של אי יישום, הוא מונח שנעשה בו שימוש למעלה ממאתיים שנה, אשר מתמצת את התהליך שבו שופטים מסרבים לאכוף חוקים לא צודקים. הגרסאות הקיצוניות ביותר של "ביטול" ועקיפת עונשי חובה ועונשים מזעריים, היו במיוחד באותם מקרים שבהם נתבקשו השופטים לאכוף עונשים חמורים על עבירות מינוריות – קלות בחומרתן, וזאת כדי להבטיח הלימה בין חומרת העבירה לחומרת העונש. כך היה באנגליה במאה השמונה-עשרה, המושבעים לעתים קרובות סירבו להרשיע בעבירות רכוש שהעונש לצדן הוא הוצאה להורג. במישיגן בשנות החמישים, השופטים סירבו להטיל עונשי מאסר מזעריים של 20 שנה על מכירת סמים (ראו Tonry, 2009, לעיל הי"ש Error: Reference source not found, בעמ' 71, 105).

³⁴⁷ Tonry במאמרו משנת 2019, מוסיף כי כבר במחקר של לשכת עורכי הדין בארה"ב, שנערך בשנות החמישים של המאה הקודמת, נמצא כי התובעים מיישמים חוקים אלה באופן סלקטיבי וכי שופטים ומושבעים סירבו להרשיע כאשר העונשים נראו חמורים מדי. Tonry אף ציטט מדבריו של Frank Remington, מי שניהל את הפרויקט וצפה כי: "Legislative prescription of a high mandatory sentence for certain offenders is likely to result in a reduction in charges at the prosecution stage, or if this is not done, by a refusal of the judge to convict at the adjudication stage. This issue... thus is not solely whether certain offenders should be dealt with severely, but also how the criminal justice system will accommodate to the legislative charge" (Tonry, 2019, לעיל הי"ש Error: Reference source not found, 5 בעמ' 7).

³⁴⁸ ראו Richard D. Hartley, *Sentencing Reforms and the War on Drugs: An Analysis of Sentence Outcomes for Narcotics Offenders Adjudicated in U.S. District Courts on the Southwest Border*, 24 J. CONTEMP. CRIM. JUST. 437, 439 (2008) (להלן: Hartley). ראו גם Richard D. Hartley, Sean Maddan & Cassia C. Spohn, *Prosecutorial Discretion: An Examination of Substantial Assistance Departures in Federal Crack-Cocaine and Powder-Cocaine Cases*, 24(3) JUSTICE QUARTERLY 382, 383 (2007).

השופטים מצאו דרכים לעקוף את הוראות החוק על מנת להשית עונש צודק ומידתי גם על חשבון אי ציות לחוק. הכלים שבהם השתמשו דומים לאלה שהוצגו בתיאוריה.

כך למשל, מחקרים הראו ששופטים וחבר מושבעים נוטים יותר לזכות נאשמים כאשר הנאשמים עומדים בפני עונשים מזעריים אם יורשעו, לעומת מקרים שבהם הנאשמים אינם עומדים בפני עונשים מזעריים.³⁴⁹ מכאן, שחלק מאותם מזוכים היו מורשעים אם העונשים בגין העבירות בהן הואשמו לא כללו עונש מזערי.

מחקרם של Ross & Foley משנת 1987 ביקש לבדוק עד כמה בתי המשפט אכפו את העונש המזערי שנקבע בעבירות של נהיגה בשכרות.³⁵⁰ לפי החוק הפדרלי, בעבירות של נהיגה בשכרות נקבע עונש מזערי עבור עבריין חוזר שהורשע שוב בתוך חמש שנים ממועד ההרשעה הראשונה בעבירות של נהיגה בשכרות. העונש שנקבע הוא של שני ימי מאסר בפועל או עשרה ימי שירות בקהילה. במחקרם בדקו שתי מדינות, אינדיאנה³⁵¹ וניו מקסיקו,³⁵² אשר קבעו הוראה דומה. נמצא כי כ-30%³⁵³ מהמורשעים בעבירות נהיגה בשכרות באינדיאנה וניו מקסיקו, נשאו עונש נמוך מיומיים מאסר בפועל – עונש המינימום הקבוע בחוק – אף שהחוק לא התיר לשופטים לחרוג מעונש זה. החוקרים לא התיימרו להוכיח אם מדובר בתופעה של עקיפת החוק,³⁵⁴ בייחוד לאור העובדה שמחקר שנערך באינדיאנה שנה לאחר מכן, הראה כי שיעור אי הציות היה קטן יותר, ולכן הסברה הייתה שבתי המשפט מיישמים את החוק בהדרגתיות.³⁵⁵ עם זאת, ניסו לתת הסבר לממצאים. הסבר אחד היה שהשופטים התעלמו מקיומה של עבירה קודמת או שפירשו עבירה קודמת רק כעבירת תעבורה מסוג פשע, כדי לחמוק מהטלת העונש המזערי. הסבר סביר אחר היה שרישום פלילי לא היה זמין לבית המשפט ולכן השופטים יצאו מנקודת הנחה שמדובר בעברינים לראשונה. הסבר אחרון זה פחות משכנע, בייחוד משום שלפני המחברים, בשני המחוזות שבו נערך המחקר, קיימות בבתי המשפט מערכות ממוחשבות והרישומים הפליליים היו זמינים לתובעים.³⁵⁶ אחת המסקנות העיקריות של המחקר הייתה, כי קשה לרסן את שיקול הדעת של השחקנים הראשיים במערכת המשפט הפלילית.³⁵⁷

³⁴⁹ לסקירת הספרות בשנות התשעים של המאה הקודמת, ראו Tonry, 2009, לעיל הי"ש Error: Reference source not found, בעמ' 81-86. ראו גם U.S. SENTENCING COMM'N (1991), לעיל הי"ש Error: Reference source not found, בעמ' 60-53. ראו גם Andrew D. Leipold, *Why Are Federal Judges So Acquittal Prone?*, 83 WASH. U. L. Q. 151, 171, 191, (2005) 18-200. (במחקרו הראה כי שופטים פדרליים נוטים יותר לזכות מאשר חבר מושבעים, בכל הקטגוריות של המקרים ובכל חלקי המדינה. המחבר משער כי הגבלת שיקול הדעת משפיעה על השופטים כאשר הם מחליטים אם להרשין). ראו Nathan Greenblatt, *How Mandatory are Mandatory Minimums? How Judges Can Avoid Imposing Mandatory Minimum* Rachel Barkow, *Recharging the Jury*: (להלן: Greenblat). ראו גם Sentences, 36 AM. J. CRIM. L. 1 (2008-2009). *The Criminal Jury's Constitutional Role in an Era of Mandatory Sentencing*, 152 U. PA. L. REV. 33, 80 (2003). (במחקרה הציגה דוגמאות של מקרים שבהם סירבו המושבעים להרשיע כדי להימנע ממה שהם מחשיבים כעונשים בלתי הוגנים ובלתי מידתיים).

³⁵⁰ H. Laurence Ross & James P. Foley, *Judicial Disobedience of the Mandate to Imprison Drunk Drivers*, 21 LAW & SOC'Y REV. 315 (1987).

³⁵¹ הוראת החוק קבעה עבור עברינים חוזרים עונש מינימום של 5 ימי מאסר (לפחות 48 שעות ברצף) או להשלים לפחות שמונה שעות בעבודת שירות בקהילה.

³⁵² עבריין חוזר חייב לשאת עונש מאסר בפועל לא פחות מ-48 שעות אשר לא ניתן להתנות אותם ולא נקבעה חלופה של עבודה בקהילה.

³⁵³ בניו מקסיקו: 30% (מתוך 238) מהמקרים הוכחו שהיו מקרים של אי ציות לחוק. בטווח שבין 30% ל-55%, מורשעים חוזרים התחמקו מקבלת עונש מזערי של 48 שעות בכלא. באינדיאנה נמצא כי 64% מתוך 753 מורשעים קיבלו עונש מאסר בפועל ועוד 6% נשאו את עונשם בעבודת שירות, כך שסה"כ 70% מאלה שהורשעו קיבלו את העונש המזערי ו-30% התחמקו מקבלתו. שם, בעמ' 318.

³⁵⁴ שם, בעמ' 322.

³⁵⁵ במחקרם של גולאייל, אזולאי והמר, נמצא כי בבתי משפט השלום עם הזמן הוטמע החוק טוב יותר ושיעורי הפרתו פחתו (ראו גולאייל, אזולאי והמר, לעיל הי"ש 181, שם). מכאן, שלא ניתן לשלול הסבר זה.

³⁵⁶ Ross & Foley, לעיל הי"ש 357, בעמ' 319.

³⁵⁷ שם, בעמ' 315.

במחקר אחר, של Bowman & Heise,³⁵⁸ ביקשו החוקרים לבדוק את השערותם לפיה לאחר הנהגת ההנחיות הפדרליות בעבירות סמים, נצפתה מגמה של ירידה במוצע אורך המאסר. המחקר חולק לשני חלקים: החלק הראשון של המחקר, כלל בדיקה של תיקי בתי המשפט ברמה הארצית. בשלב זה של הבדיקה הבחינו החוקרים במגמת ירידה באורך המאסר שהושת.³⁵⁹ החוקרים היו בדעה כי מגמת הירידה אינה אלא בחירה של התובעים והשופטים, אשר העדיפו להפעיל את שיקול דעתם, כל אחד במסגרת תפקידו,³⁶⁰ וזאת כדי להימנע מאכיפת עונשים שסברו שהם עונשים חמורים מדי שאינם מצדיקים את המטרה לשמה הם נחקקו. ממצא זה של מגמת הירידה באורך המאסר, הביא את החוקרים להשערה כי מדובר במעין התחלת "מרד" של התובעים והשופטים כאחד נגד ההנחיות. למרות טענת "המרד", הם סירבו לצאת בהצהרה חותכת לפני קבלת הנתונים הסופיים בחלוקה לפי מחוזות. בחלק השני של המחקר,³⁶¹ ריכזו החוקרים את השערותם לגבי תחילת "מרד", לאחר שמצאו כי הירידה בעונשי המאסר נצפתה במעט מחוזות, בעוד לגבי מרבית המחוזות המגמה הייתה הפוכה – של החמרה בענישה, כך שמשך המאסר שהושת היה אף גבוה בהרבה מהממוצע.³⁶² ריכזו עמדתם בעניין תחילתו של "מרד" הייתה מושפעת גם מהממצאים שהראו קיומם של גורמים נוספים שהשפיעו על הירידה. כמו למשל עומס העבודה של התביעה,³⁶³ שהביא לחתימה על הסדרי טיעון. גורם אחר היה מצב שבו תובעים במחוזות שונים התמודדו עם תיקים רבים של הברחת סמים בגבול המקסיקני, שגם להם הייתה השפעה על הירידה במוצע משך המאסר, שכן לרוב היה מדובר בסם מסוג מריחואנה שהעונש בגינו הוא פחות חמור. חרף דברים אלה, החוקרים עדיין בדעה כי חומרת העונשים שיחקה תפקיד בירידה המתמשכת באורך המאסר בעבירת סמים.³⁶⁴

דוח של USSC שפורסם בשנת 2017,³⁶⁵ מראה כי מנגנוני השסתום משחקים תפקיד משמעותי ביישום ובהשפעה של חוקים הקשורים בעבירות סמים שמטילים עונשים מזעריים, אשר הביאו לירידה משמעותית באורך המאסר כאשר נעשה בהם שימוש. עוד נמצא, כי נאשמים שהורשעו בעבירות שהעונש

³⁵⁸ Frank O. Bowman III & Michael Heise, *Quiet Rebellion? Explaining Nearly a Decade of Declining Federal Drug Sentences*, 86 IOWA L. REV. 1043, 1134 (2001) (להלן: Bowman & Heise I).

³⁵⁹ בשנת 1984 ממוצע העונש עמד על 65.7 חודשים ועלה ל-95.7 חודשים בשנת 1991. בעשור משנת 1991-1999 המגמה הייתה של ירידה במוצע אורך המאסר, אשר ירד מ-95.7 חודשים ל-74.6 חודשים. ירידה של 22%.

³⁶⁰ במחקרם, הראו כי השופטים והתובעים ניצלו כל פריצה בהנחיות כדי להפעיל את שיקול דעתם על מנת להפחית את אורך המאסר בעבירות סמים. בכל מקום שהצליחו למדוד מגמה, ניתן לראות מאז שנת 1992 מגמה הולכת וגוברת של נטיית השופטים והתובעים להפעיל את שיקול דעתם לטובת הקלה בענישה. החוקרים הראו דוגמאות לפיהן התעלמו השופטים במועד מעובדות רלוונטיות, או אישרו הסדר טיעון, רק כדי לא להטיל את עונש החובה. שם, הדיון בעמ' 1119-1126.

³⁶¹ Frank O. Bowman III & Michael Heise, *Quiet Rebellion I: An Empirical Analysis of Declining Federal Drug Sentences Including Data from the District Level*, 87 IOWA L. REV. 477, 556-8 (2002) (להלן: Bowman & Heise II).

ב. בחלק זה ביקשו לקבוע את הסיבה או הסיבות לירידה במוצע אורך המאסר בעבירות סמים בשנים 1992-1999, ובאופן מיוחד לבדוק אם הירידה נגרמה בשל שינויים מערכתיים שאינה בשליטתם של השחקנים הראשיים או בשל שינויים הדרגתיים בהפעלת שיקול הדעת. כדי לבדוק לאיזה משתנה הייתה השפעה, אם בכלל, על הירידה במוצע אורך המאסר, חילקו את המשתנים לשתי קבוצות: קבוצה ראשונה של משתנים "שאינם קשורים לשיקול הדעת השיפוטי": כמו למשל שינויים בחקיקה, שינויים בהנחיות, שינויים בפסיקה הפדרלית, עברו של הנאשם, האם הוגשו יותר אישומים כאשר מדובר בנאשם לראשונה ועוד; ובקבוצה השנייה: משתנים "שמופעל בהם שיקול דעת": כמו הסדרי טיעון, קבלת אחריות, עונש שניתן בתוך המתחם, מעל למתחם או מתחת למתחם, ואם מתחת למתחם, האם בהסכמת התביעה או לא; אישום בעבירה פחות חמורה מזו שבוצעה בפועל ועוד.

³⁶² שם, B בעמ' 531, 556.

³⁶³ למרות שעומס עבודה של התביעה בעבירות סמים שיחק תפקיד בירידה במוצע אורך המאסר, החוקרים עדיין סבורים שאין זה כל הסיפור. ניסו לעשות השוואה בין עבירות אחרות שגם שם יש עומס יתר, כמו למשל עבירות הגירה ותרמית, אך תהו מדוע בעבירות אלה לא נצפתה ירידה במוצע אורך המאסר. שם, בעמ' 558-556.

³⁶⁴ לגישתם, גם אם הם טועים בטענה זו, ודווקא עומס עבודה בשילוב משתנים נוספים הביאו לירידה במוצע אורך המאסר, הרי ניתן לומר כי ההנחיות נכשלו באחת המטרות העיקריות להנהגתן שגיא צמצום השונות בין המחוזות ובתוך המחוזות. כמו גם, כישלון במטרה של "חיסול" הסדרי הטיעון ולפחות צמצום תופעה זו עד מאוד. שם, בעמ' 558 ואילך.

³⁶⁵ U.S. SENTENCING COMM'N, October 2017, לעיל הי"ש 309, בעמ' 37.

לצדן הוא מזערי ושבתי המשפט השתמשו ביחס לנאשמים אלה בשילוב של המנגנונים "safety valve"³⁶⁶ ו-"substantial assistance", נשפטו לתקופת מאסר קצרה יותר מנאשמים שמלכתחילה לא הורשעו בעבירות שהעונש בצידן הוא מזערי (41 חודשים ו-42 חודשים בהתאמה).³⁶⁷

במחקר אחר, ביקשו Kramer & Ulmer לבחון את החריגה לקולה מההנחיות במדינת פנסילבניה בעבירות אלימות אשר קובעות עונשים חמורים בגינן. תוצאות המחקר הכמותי והאיכותני מצביעות על כך שחריגות לקולה ממתחם העונש ההולם משמשות, לעתים קרובות, בתור מד לחץ (ברומטר) באותם מקרים שההנחיות מגבילות את שיקול הדעת השיפוטי. חריגות אלה, כך נטען, משקפות את רצון השחקנים הראשיים בהליך הפלילי (שופטים ותובעים כאחד) להשתמש בשיקול הדעת כדי "לתקן" את ההנחיות, באותם מקרים של העדר התאמה בין העונש שקובעות ההנחיות לבין מה שהם רואים כעונש הולם את נסיבות המקרה. "תיקונים" אלה עשויים להתרחש כאשר נסיבות הקשורות בביצוע העבירה הן פחות חמורות מהנסיבות המשתקפות בהנחיות, או כאשר יש רצון להתחשב במשתנים שלא נשקלו בהנחיות אך הם נתפסים כחשובים בתהליך קביעת העונש.³⁶⁸ Kramer & Ulmer הראו גם כי ביותר מ-50% מהמקרים שנבדקו,³⁶⁹ שבהם רשאים התובעים להגיש בקשה להטיל על הנאשם עונש מזערי, הם נמנעו מלעשות כן.³⁷⁰ נימוק אחד היה מטעמי צדק והוגנות כאשר התובעים סברו כי גזירת עונש מזערי הוא קשה מדי ואינו עולה בקנה אחד עם חומרת העבירה.³⁷¹

בהתאם לתיאוריה, גם לתביעה היה תפקיד בעקיפת ההנחיות והחוקים שכוללים עונשים מזעריים. במחקרים שערכה הנציבות בשנים 1991 ו-2004 הראו כי גם התובעים, לעתים קרובות, נהגו לעקוף את החוקים שקובעים לצדם עונשים מזעריים בעיקר בשתי דרכים: על פי הדרך הראשונה, נמנעו התובעים להגיש כתבי אישום שכוללים עונשים מזעריים, למרות שהראיות הצביעו על כי אישומים אלה הם מוצדקים. תחת זאת שינו את האישומים תמורת הודאה באשמה לאישומים שאינם נושאים בתוכם הטלת עונשים מזעריים.³⁷² הדרך העיקרית הנוספת, היא חתימה על הסדר טיעון, לפיו האישום אינו כולל עונש שמחייב הפעלת העונשים המזעריים.³⁷³

³⁶⁶ להרחבה ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found Error: Reference source not found לעיל (בשל השינוי בהערות השוליים, לא בטוח שזו ההפניה הנכונה. לדעתי מדובר בהערות 309-311, לא בטוחה). בקצרה יצוין כי הקונגרס סיפק שני מנגנונים להשית עונש קל מהעונש המזערי: האחד, במקרה שהנאשם סיפק סיוע משמעותי בחקירה או סיוע בהפלת אדם אחר (מה שידוע כ- substantial assistance); השני, אם כי צומצם רק לעבירות סמים, הוא שסתום בטיחות (מה שידוע ב-safety valve). מנגנון זה, בין היתר, חל במקרים בהם לנאשם אין עבר פלילי או עבר פלילי מועט, העבירה לא גרמה לפגיעה חמורה או מוות וחלקו בעבירה היה זוט. מטרת המנגנונים הייתה להותיר בידו בית המשפט שיקול דעת ולו צר כדי להימנע מאכיפת עונש מזערי במקרים בהם לא מוצדק לעשות כן.

³⁶⁷ U.S. SENTENCING COMM'N, October 2017, לעיל ה"ש 309, בעמ' 37.

³⁶⁸ Kramer & Ulmer, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 10, בעמ' 925-926.

³⁶⁹ במסגרת הראיונות בדקו 109 תיקים, מתוכם נמצא כי ב-41 תיקים רשאית הייתה התביעה להגיש בקשה לגזירת עונש מזערי, אך רק ב-19 מקרים החליטה התביעה לממש זאת. שם, בעמ' 920.

³⁷⁰ המחוקק בפנסילבניה, עת חוקק חוקים שקובעים עונשים מזעריים, קבע כי החלת עונשים אלה מותנית בהגשת בקשה על ידי התביעה. במילים אחרות, השאיר לתביעה שיקול דעת מתי להפעיל עונשים אלה. שם, בעמ' 920.

³⁷¹ שם.

³⁷² U.S. SENTENCING COMM'N (1991), לעיל ה"ש 273, בעמ' 53-60. ראו גם Hartley, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 355, בעמ' 441.

³⁷³ באופן דומה הראה TONRY, כי התובעים נהגו לעקוף את ההנחיות, כאשר שיעור העקיפה עמד על כשליש מהתיקים, אם כי ההשערה הייתה ששיעור העקיפה גבוה אף יותר (ראו TONRY, 1996, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 6, בעמ' 11). לגישת Bowman, אין זה מתקבל על הדעת לטעון כי רשויות התביעה יערכו הסכמי שיתוף פעולה עם יותר משליש מכלל הנאשמים בסמים באמריקה כדי לתבוע עברייני סמים אחרים. זאת ועוד, לגישתו, אין זה מתקבל על הדעת לטעון כי יותר משליש מכלל הנאשמים בסמים אכן סיפקו "סיוע משמעותי" לרשויות בהעמדתו לדן של אדם אחד או יותר. הוא סבור כי המסקנה הבלתי נמנעת היא, שבמספר לא ידוע אך משמעותי של מקרי סיוע משמעותיים, רשויות התביעה (בשיתוף עם בתי המשפט) משתמשות "בסיוע משמעותי" לא כדי לבנות תיקים נגד אחרים, אלא כאמצעי כדי לעקוף את ההנחיות במקרים שהם נתפשים כבלתי סבירים (ראו Bowman, *Fear of Law*, לעיל ה"ש Error: Reference source not found 278, עמ' 342).

מחקר יותר ממוקד, של Bjerk, הראה שהתובעים עשויים להמיר עבירות מסוג פשע בעבירות מסוג עוון באותם מקרים שבהם העונש המזערי נחשב לחמור מדי.³⁷⁴ יוצא אפוא, כי נאשמים שעומדים בפני עונשים מזעריים מקבלים עונש של לכל היותר שנה אחת, עונש קל בהרבה מזה שהוטל על נאשמים שהיו מורשעים בעבירות מסוג פשע, אשר לא כללו עונש מזערי. במילים אחרות, עונשים מזעריים בעבירות מסוג פשע הביאו לעונשים קלים יותר עבור לא מעט עבריינים.

2.4.1 הגורמים המשפיעים על שיקול הדעת השיפוטי בהתוויית העונש וקביעתו

מחקרים רבים ביקשו להבין כיצד השחקנים הראשיים ממקדים ומדגישים את מטרות הענישה וקובעים את המניעים מאחורי החלטה זו. נושא זה הוא חשוב כדי להבין באיזה מקרים השופטים מחליטים לעקוף את החוקים שמגבילים את שיקול דעתם. חוקרים רבים סבורים כי קבלת ההחלטות נשענת בעיקרה על שלושה שיקולים מרכזיים (גישת ה-Focal Concerns):³⁷⁵ השיקול הראשון טמון במידת האשמה המיוחסת לנאשם (*blameworthiness*), הנלמדת מדרגת הנזק שנגרם על ידי העבירה ומאשמו של הנאשם (*culpability*). השיקול השני הוא שיקול הנוגע למסוכנותו של הנאשם כלפי החברה (שיקול זה נוגע להגנה על הציבור - *protection of the community*). הערכת המסוכנות מבוססת על משתנים כגון סוג העבירה (אלימות, רכוש), עבר פלילי, עובדות המקרה (כגון שימוש בנשק) ומאפייני הנאשם (כגון תלות בסמים, השכלה ותעסוקה). השיקול השלישי והאחרון מתייחס לשיקולים מעשיים הנוגעים לקונטקסט האזורי, להליך השיפוטי ולמאפייני הנאשם (*practical constraints and consequences*). שיקולים אלה נוגעים לאילוצים חוץ-משפטיים ברמת האזור (למשל רמת הצפיפות בבתי הכלא, תדמית בית המשפט בעיני הציבור); ברמת בית המשפט (למשל רמת העומס השיפוטי) וברמת הנאשם (למשל מידת התאמה לעונש מאסר עקב מצב בריאות, מידת הנזק שעלולה להיגרם לקרובים ובני משפחה כתוצאה מהעונש). הדגש בגישת השיקולים המרכזיים הוא, שרמת הענישה מושפעת לא רק ממשתני חומרת העבירה, ממידת האשמה שניתן לייחס לעבירה ומעברו הפלילי של הנאשם, אלא גם משיקולים פרקטיים, קונטקסטואליים וארגוניים המשפיעים על התוצאה העונשית.³⁷⁶

נקודת המבט של מוקדים אלה מכירה בכך שתהליך קבלת ההחלטות מתחיל במדד התחלתי (benchmark), שמבוסס על שיקולים משפטיים, אך לאחר מכן הוא כולל שימוש בכלים פרשניים כדי לקבוע את עונשו של העבריין, בעיקר כשאינן בידי השופטים את הכלים ואת האמצעים לקבוע באופן ודאי את מסוכנותו של העבריין. רק לעתים רחוקות יש לשופטים מספיק מידע כדי לקבוע ולהעריך את מסוכנותו ואת האיום הנובע ממנו. כתוצאה מכך, השופטים מפתחים "קיצור תפיסתי" (*perceptual shorthand*), המבוסס על דעות קדומות ועל ייחוסים הקשורים למאפייני העבריין בעבר ובהווה.³⁷⁷ כלומר, על סמך ניסיונם של השופטים בשפיטת עבריינים בעבר – נוטים לייחס רמת מסוכנות שונה לנאשמים לא רק על פי

David Bjerk, *Making the Crime Fit the Penalty: The Role of Prosecutorial Discretion under Mandatory Minimum Sentencing*, 48 THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 591,604-6, 620-24 (2005)

³⁷⁵ גישת השיקולים המרכזיים פותחה במקור כהסבר להבדלים בעונשים על בסיס מגדר. הגישה הציעה, כי הבדלים ברמת הענישה נובעים ממידת האשמה המיוחסת לנאשם, הנלמדת ממשתני חומרת העבירה והעבר הפלילי. מכאן, שרמת מעורבות הנשים בעבירות פליליות נמוכה בדרך כלל מזו של גברים ולכן מידת האשמה ששופטים נוטים לייחס לנשים נמוכה יותר מה שמוביל לענישה מקלה יותר בהשוואה לגברים (ראו Steffensmeier, Kramer & Streifel, 1980, לעיל הי"ש 14).

Darrell Steffensmeier and Stephen Demuth, *Ethnicity and Sentencing Outcomes in U.S. Federal Courts: Who is Punished more Harshly?* 65(5) AM. SOCIOL. REV. 705, 708-711 (2000)

Darnell F. Hawkins, *Causal Attribution and Punishment for Crime*, 2 DEVIANT QUARTELY 207, 221-225 (1981)

מאפייני העבירה אלא גם על פי מינם, גילם, צבע עורם ומוצאם האתני לאומי.³⁷⁸ הם עשויים לקחת בחשבון גם את ההשכלה, מצב משפחתי, היסטוריה תעסוקתית ופוליטית, הקשר שלהם עם החברה, התנהלותם מאז מעצמם, חלקם בעבירה, המניע לביצוע העבירה, קיומה או העדרה של חרטה ומשתנים נוספים אחרים.³⁷⁹

שיקולים אלה, כאמור, הם בניגוד לרציונל שעמד מאחורי הנהגת עונשים מזעריים, לפיו על השופטים לשקול אך ורק שיקולים משפטיים שמבוססים באופן בלעדי או עיקרי על העבירה שבה הורשע הנאשם. מכאן, שהעקיפה מדגישה את המתח שבין הרציונאליות הפורמלית שמבקשים חוקים אלה להשיג בגזירת הדין, לבין החשיבה הרציונאלית המהותית ששלטה בהליך גזירת הדין לפני הנהגת העונשים המזעריים, חשיבה שלקחה בחשבון גם שיקולים לבר משפטיים. לפי Savelsberg, השחקנים הראשיים בהליך גזירת הדין ימשיכו להישען על הקריטריונים הרציונליים המהותיים בגזירת הדין, קרי: התחשבות בשיקולים לבר משפטיים או התחשבות בנסיבותיו של המקרה ויורו על עקיפת החוק שמטיל עונש מזערי כאשר עונשים אלה מתנגשים עם אותם שיקולים מהותיים.³⁸⁰

אם אסכם, על פי נקודת מבט זו, העקיפה של החוקים שקובעים עונשים מזעריים היא ביטוי של שלושת השיקולים המרכזיים האמורים, לפיה השחקנים הראשיים בבתי המשפט עוקפים את החוק כאשר מסוכנותו של העבריין הנדון ואשמו אינם עולים בקנה אחד עם העונש המזערי, או כאשר אכיפת עונש זה מנוגדת לאינטרס של המערכת וליעדיה. השופטים נעזרים כאמור, לצורך קביעת המסוכנות, בשיקולים לבר משפטיים.

אין כוונה בחלק זה לסקור את הספרות לגבי המשתנים הלבר משפטיים שהשפיעו על שאלת העקיפה, שכן בדיקה זו חורגת ממטרת המחקר הנוכחי. במסגרת חלק זה, אתמקד במשתנים שקרובים למשתנים שאת השפעתם על מדיניות הפעלת המאסר על תנאי ועל העונש שבית המשפט יגזור על העבירה הנוספת (במצב של ריבוי אישומים על העבירות בהן הורשע) אבקש לבדוק במחקר הנוכחי. במחקר שלי, כאמור, ההתמקדות תהיה אך ורק ביחס לשלושה משתנים אלה: (1) קיומו של מאסר על תנאי (עבור שאלת המחקר הראשונה), (2) אורך המאסר על תנאי ו (3) חומרת העבירה העיקרית באישום.³⁸¹ מכאן, שבחלק זה אתמקד במחקרים אשר בדקו משתנים קרובים לשאלת המחקר שלי. הדגש הוא על קרובים, היות שלא היו מחקרים שבדקו כיצד משפיע קיומו של המאסר על תנאי ואורכו על התוויית העונש וקביעתו.

כך למשל, במחקרם של Cano & Spohn,³⁸² ביקשו החוקרים לזהות את אותם גורמים אשר משפיעים על החלטות השופטים והתובעים להשתמש במנגנון "סיוע ממשי" לרשויות, כדי לחרוג לקולה מהעונש המזערי שנקבע בעבירות סמים.³⁸³ על פי החוק, חריגה לקולה מעונש מזערי בשל "סיוע ממשי" ניתנת לעבריין אשר "סיפק סיוע משמעותי בחקירה או בהעמדה לדין של אדם אחר שביצע עבירה".³⁸⁴ בהקשר של עבירות סמים, "סיוע משמעותי" מרמז על מתן מידע אמין על אנשים אחרים ברשת ההפצה של סמים, ומוכנותו של העבריין להעיד נגד אנשים אלה אם הם נעצרו ומועמדים לדין.³⁸⁵ ההנחה היא כי מי שיכול לתת מידע,

³⁷⁸ כך למשל, שופטים עשויים ליחס דרגת מסוכנות גבוהה יותר וסיכוי שיקום קטנים יותר לגברים מאשר לנשים ולצעירים בהשוואה למבוגרים.

³⁷⁹ Brian D. Johnson, Jeffery T. Ulmer & John H. Kramer, *The Social Context of Guidelines Circumvention: The Case of Federal District Courts*, 46 CRIMINOLOGY 737, 745 (2008) (להלן: Johnson, Ulmar & Kramer).

³⁸⁰ Joachim J. Savelsberg, *Law that Does Not Fit Society: Sentencing Guidelines as a Neoclassical Reaction to the Dilemmas of Substantivized Law*, 97(5) AM. J. SOCIOL. 1346 (1992).

³⁸¹ היות שרכיב העונש שנתקבל מתייחס לכל העבירות בהן הורשע בתיק, הוחלט להתייחס לחומרת העבירה העיקרית בתיק ולא לחומרת העבירה הנוספת שמפעילה את התנאי. יורחב בנושא זה בפרק השיטה.

³⁸² ראו Cano & Spohn, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 15 שם.

³⁸³ שם, בעמ' 318.

³⁸⁴ שם, בעמ' 310-311.

³⁸⁵ שם, בעמ' 326.

הוא מי שחלקו בעבירה גדול יותר, או במלים אחרות - קרוב יותר לרשת הפצת הסם. בניגוד לציפייתו של המחוקק, ההשערה של החוקרים הייתה כי דווקא אלו שחלקם בעבירה הוא קטן, יזכו לקבל הקלה בעונשם מכוח מנגנון "סיוע ממשי".³⁸⁶ בהתאם להשערה, נמצא כי ההקלה במשך המאסר הייתה גדולה אצל עבריינים אשר שיחקו תפקיד מינימלי ולא היו מנהיגים, מפקחים, או מנהלים של רשת הפצת הסמים.³⁸⁷ ממצא זה יכול להצביע על כך שלעבריינים אשר שיחקו תפקידים חשובים יותר בטבעת או מעגל הפצת הסמים, היה פחות מידע למסור למשטרה או שהם היו מוכנים פחות למסור את המידע. למרות זאת, אם כי הדבר בגדר השערה בלבד, החוקרים הדגישו כי קיים **הסבר סביר יותר**, לפיו התובעים והשופטים האמינו כי עונש המזערי שנקבע הוא ההולם את העונש עבור העבריינים שנמצאים במעגל הקרוב של הפצת הסם, ואילו עבור העבריינים שנמצאים בשוליים וחלקם הוא מינורי, עונש זה אינו מתאים והוא חמור בצורה בלתי מידתית ובלתי הולמת.³⁸⁸

ממצאי מחקר זה, מדגישים כי השופטים והתובעים כאחד מנצלים את מנגנוני השסתום גם במקרים שבהם ברור כי לא מתקיימים התנאים לתחולתם של מנגנונים אלה, וזאת כדי לעקוף אכיפת עונש בלתי מידתי ובלתי צודק בנסיבות המקרה הספציפי. החוקרים פירשו את העקיפה כביטוי לשיקולים ממוקדים: השחקנים בבית המשפט עקפו את החוק כאשר הערכת המסוכנות של הנאשם ואשמתו אינן עולות בקנה אחד עם העונש המזערי.

במחקר זה בדקו החוקרים השערה נוספת, לפיה ככל שהמאסר המזערי שנקבע לעבירה הוא ארוך יותר, הנטייה של התביעה תהיה להשתמש יותר במנגנון "סיוע ממשי" לרשויות ולאחר מכן "שיעור ההנחה"³⁸⁹ שיקבע בית המשפט הוא גדול יותר. בהתאם להשערה, נמצא כי המשתנה המנבא החזק ביותר למשך ההנחה בחודשים שקיבל כל עבריין, היה אורכו של עונש המאסר המזערי. כלומר, ככל שתקופת המאסר אשר עתיד העבריין לשאת ארוכה יותר, כך תקופת ההנחה הייתה גדולה יותר.³⁹⁰

במחקר אחר ביקשו Johnson, Ulmer & Kramer³⁹¹ לבחון את השונות בין המחוזות בהפעלת מנגנוני השסתום שמאפשרים חריגה מתחת למתחם העונש. המנגנון הראשון עניינו "סיוע ממשי" לרשויות והמנגנון השני שמוענק לבית המשפט, הוא זה המקנה לו סמכות לחרוג ממתחם העונש בשל קיומן של נסיבות שלא נלקחו בחשבון על ידי הנציבות. נמצא, כי קיים קשר חיובי בין אורך המאסר שמוצע בהנחיות לבין מידת הפעלת שיקול הדעת לחריגה. כך, ככל שהמאסר המומלץ בהנחיות הוא ארוך יותר, כך גדלה הנטייה של השופטים והתובעים להשתמש במנגנונים כדי להטיל עונש נמוך מהמתחם.³⁹²

2.4.2 מחקרים דומים בישראל

מחקרים בעולם הראו, או לפחות בחלקם ניסו להראות, כי הגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה הביאה לכך שבתי המשפט נהגו למצוא דרכים כדי לעקוף את הוראת החוק, אם על ידי זיכוי הנאשמים או על ידי שימוש מוגבר במנגנוני השסתום אשר מאפשרים לבית המשפט לחרוג לקולה מהעונש המזערי.

³⁸⁶ שם, בעמ' 319.

³⁸⁷ שם, בעמ' 326.

³⁸⁸ שם, החוקרים גם מצאו כי השופטים נטו יותר להטיל עונש שחורג לקולה מהעונש המזערי כאשר הנאשם היה אזרח ארה"ב; מועסק; בעל השכלה אקדמית כלשהי ויש לו ילדים תלויים. החוקרים סיכמו כי השופטים עקפו את הוראת החוק שקובעת עונש מזערי כאשר הרגישו סימפתיים ואהדה כלפי העבריין.

³⁸⁹ אורך ההנחה בחודשים שווה להפרש בין אורך המאסר המזערי לבין אורך המאסר שהוטל הלכה למעשה בתיק הספציפי.

³⁹⁰ שם, בעמ' 323-324.

³⁹¹ Johnson, Ulmer & Kramer, לעיל ה"ש 386, שם.

³⁹² שם, בעמ' 763-764 (טבלה 6).

סוגיה זו לא פסחה על המחקרים שנערכו בישראל, כאשר נערכו כאן מספר מחקרים שביקשו לבדוק כיצד משפיעה הגבלת שיקול הדעת השיפוטי על החלטות השופטים. הסוג הראשון של המחקרים, ביקש לחקור את מידת הציות של השופטים לעונשים מזעריים ולעונשים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון ומהווים הלכה פסוקה. הסוג השני של המחקרים, ביקש לבדוק את מידת הציות של השופטים לחוקים שמבנים את שיקול דעתם, ובייחוד את ההשלכות של תיקון 113 לחוק העונשין. הממצאים של המחקרים הישראליים תומכים במידה מה בספרות הקיימת בנושא זה.

אחד המחקרים מן סוג הראשון, היה זה של גזל-אייל, תורג'מן ופישמן (האם לא כדאי גם כאן לכתוב את שם המחקרים באנגלית, היות שההפניה היא למחקר באנגלית?),³⁹³ שבדק, בין היתר, את מידת הציות של הערכאות הנמוכות להלכה שנקבעה על ידי בית המשפט העליון בעניין ח'טיב.³⁹⁴ בית המשפט העליון קבע בפרשת ח'טיב את רמת הענישה בעבירת הלנה, העסקה והסעה. בפסק דין זה, נקבע כי בהעדר נסיבות יוצאות מגדר הרגיל,³⁹⁵ יש לגזור על הנאשם מאסר בפועל שלא ניתן להמירו בעבודת שירות. ממצאי המחקר הראו, כי יותר מ-70% מגזרי הדין שניתנו אחרי אותה החלטה, לא כללו עונש מאסר בפועל, עוד לפני שהלכת ח'טיב רוככה בהחלטה אחרת בעניין אבו סאלם.³⁹⁶ מכאן, הסיקו החוקרים כי הערכאות הנמוכות "עקפו" את ההנחיות של בית המשפט העליון.³⁹⁷

באופן דומה, מחקרים מראים שבתי המשפט לתעבורה אינם מציינים לחקיקה המחייבת הטלת עונשים מזעריים של שנתיים פסילה בעבירה של נהיגה בשכרות, ולפסיקה שקבעה שככלל אין להתנות את עונשי המינימום, וכי החריגים המאפשרים סטייה מעונש זה מצומצמים מאוד. למעשה, במחקרם של מויאל ואייזנשטדט,³⁹⁸ נמצא כי בכמעט 80% מהמקרים, בית המשפט הטיל על המורשעים עונש קל מזה שקבוע בחוק.³⁹⁹ אחד ההסברים לשיעור הגבוה של סטייה מן העונש המזערי, מתבטא בכוחה של התביעה לערוך

Oren Gazal-Ayal, Hagit Turjeman & Gideon Fishman, *Do Sentencing Guidelines Increase Prosecutorial*³⁹³
Gazal-Ayal, Turjeman & Fishman, *Power? An Empirical Study*, 76 LAW & CONTEMP. PROBS. 131 (2013) (להלן: "להלן").

רע"פ 5198/01 ח'טיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 769 (2001) (להלן: פרשת או הלכת ח'טיב). הנתונים מתייחסים לתקופה שלאחר מתן פסק הדין בעניין ח'טיב ולפני שההלכה רוככה במידה מסוימת בעניין אבו סאלם.

³⁹⁵ בפסק הדין הובהר, שעבר נקי וכורח כלכלי אינם נסיבות כאלה. שם, פסקה 4-5 לפסק דינו של השופט טירקל.

³⁹⁶ רע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.2.2006) (להלן: עניין אבו סאלם).

³⁹⁷ בפרק המסקנות ניסו לתת הסבר ל"עקיפה" זו של הנחיית בית המשפט העליון. הסבר אחד הוא שכנראה השופטים פחות חוששים מערעור על גזר דינם מהמצופה, ובמיוחד כאשר מקרים אלה אינם מאוד בולטים וקבלת הערעור (או הפיכת החלטתם) אינה צפויה לפגוע בשמם (במוניטין). Gazal-Ayal, Turjeman & Fishman, לעיל ה"ש 400, בעמ' 157-158. אני מוכנה לקבל את ההסבר לפיו השופטים פחות חוששים מהפיכת החלטתם בערעור, אך לא מהנימוק שצוין על ידם. הסבר זה אינו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, אשר אמר את דעתו לגבי חומרת העבירה של הלנה, העסקה והסעה והרצון שלו במיגור תופעה זו. לכן דאג להחמיר את העונש שהושת לשנתיים תחת שנת מאסר אחת. לא כל שכן, דווקא נושאים הקשורים לשב"חים הם מהנושאים המעטים שבית המשפט העליון מחליט להכריע בהם ביושביו כערכאה שלישית. הסבר נוסף שהעלו היה, כי יתכן שהשופטים ידבקו יותר בהנחיות כאשר רוב המקרים נכנסים בגדר ההנחיות. אך עניין ח'טיב לא נכנס בגדר הנחיה זו, כאשר ההנחיות חרגו באופן ברור מהפרקטיקה שהייתה נוהגת לפני ההלכה. שם. נימוק זה משכנע יותר ואף נמצא לו תימוכין במחקרו של גיל עשת **הטמעת תיקון 39 לחוק העונשין בפסיקה בישראל 1995-2005** (להלן: עשת). לגישתי, קיים הסבר נוסף שלישי: בהעדר יכולת לבדוק באיזה מהמקרים השימוש בחריג היה מוצדק ובאילו מהם נבע מסירוב לציית, יתכן שבכל אחד מהמקרים שהחליטו השופטים להישען על החריג, הם סברו שנסיונות אותו מקרה עומדות בקריטריונים של הפסיקה או החוק. במיוחד כשהענישה היא אינדיבידואלית. חיזוק לכך ניתן למצוא בדבריו של השופט חשין בעניין אבו סאלם, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 403, בעמ' 7-8. במאמר אחר, נתן אחד החוקרים הסבר דומה להסבר שהצגתי. כך נטען: "כך, ניתן לומר ששימוש בחריג שהיה אמור להיות שמור לנסיבות יוצאות מגדר הרגיל, בכ-70% מהמקרים, משקף אי-ציות, אולם קשה לקבוע באילו מהמקרים השימוש בחריג היה מוצדק על פי הדין ובאילו מהם הוא נבע מסירוב לציית. ייתכן שבכל אחד מהמקרים שבהם השופטים החליטו להישען על החריג, הם סברו שנסיונות אותו מקרה עומדות בקריטריונים של הפסיקה או החוק. בעוד התמונה הכוללת מבטאת שימוש יתר בחריגים, התבוננות בכל פסק דין בנפרד, שבו בחר בית המשפט להישען על החריג הקבוע בדין, לא בהכרח מלמדת על סרבנות לציית (ראו גזל-אייל, אוזלאי והמר, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 181, בעמ' 334-335).

³⁹⁸ שומרון מויאל ומימי אייזנשטדט "פערי ענישה בעבירות נהיגה בשכרות" משפטים מד 933 (2015) (להלן: מויאל ואייזנשטדט).

³⁹⁹ שם, בעמ' 955, כאשר בקבוצת הנבדקים בה עונש ניתן לאחר הסדר, שיעור הנבדקים שקיבלו פסילה שנתיים ומעלה עמד על פחות מ-5%, לעומת 47% בקבוצת הנבדקים בה עונש ניתן ללא הסדר.

הסדר טיעון, בין אם על ידי שינוי סעיף האישום לעבירה של נהיגה תחת השפעת משקאות משכרים לפי תקנה 26(2) לתקנות התעבורה שקבוע לצדה עונש פסילה של 3 חודשים (ב-35.4% מהמדגם); ובין אם ללא שינוי האישום (ב-22.9% מהמדגם). סוגי הסדרי הטיעון משפיעים גם על ממוצע משך הפסילה. כך למשל, בהסדר הכולל שינוי סעיף האישום, משך הפסילה הממוצע עומד על 6.6 חודשים לעומת ממוצע של 10.5 חודשים בהסדרי טיעון בהם לא שונה סעיף האישום. באין הסדר טיעון, משך הפסילה ארוך יותר, ועומד על 19.6 חודשים.⁴⁰⁰

עוד עולה מהמחקר, כי מבין המשתנים השונים שפיקחו עליהם, נמצא כי השפעת רמת השכרות על מידת העונש בולטת במיוחד על אף שהוראת החוק אינה קובעת מדרג ענישה לפי רמת השכרות. הממצאים מלמדים שתובעים ושופטים כאחד מפעילים מדרג ענישה המותאם לרמת השכרות. סיכוי ההגעה להסדר מקל הולך וקטן ככל שעולה רמת השכרות, ומשך הפסילה בתיקים עם הסדר או בלעדיו הולך ועולה ביחס ישר עם רמת השכרות.⁴⁰¹ כאשר העונש נקבע על ידי השופטים ללא הסדר, משך הפסילה הוא כ-12 חודשים בממוצע ברמת השכרות הנמוכה ביותר (עד 360 מק"ג) וכ-28 חודשים בממוצע ברמת השכרות הגבוהה ביותר (מעל 600 מק"ג).⁴⁰² נטיית השופטים להפחית הפחתה ניכרת מהעונש המזערי ברמת שכרות נמוכה, כאמור, עומדת בסתירה להוראת החוק ולפסיקה. לפי החוק והפסיקה, משנחצה סף האלכוהול המותר בנהיגה – רמת השכרות או כל גורם משפטי אחר עליו שלטו החוקרים במסגרת הניתוח, אפשר שיבואו בחשבון לשם הוספה בלבד על העונש המזערי החקוק ולא ההפך.⁴⁰³

מחקרו של טננבוים⁴⁰⁴ אישש ממצאים אלו גם באמצעות מדגם רחב בהרבה⁴⁰⁵ וגם בהסתמך על סקרים שנערכו בקרב עורכי הדין. הממצא העיקרי היה, כי למרות הוראת החוק והצהרת בית המשפט העליון שמדובר בעונש מזערי, הערכאות הנמוכות אינן מיישמות אותו, כאשר נמצא כי העונש הממוצע הוא כחצי מהעונש המזערי ואף פחות מכך (12 חודשים).⁴⁰⁶ בדומה למחקרם של מויאל ואייזנשטדט, נמצא קשר חיובי בין רמת השכרות שנמדדה, לבין אורך הפסילה בחודשים. כך ככל שרמת השכרות גבוהה יותר כך הענישה קשה יותר. עם זאת, גם ברמות השכרות הגבוהות היא עדיין אינה מגיעה לעונש המזערי.⁴⁰⁷

גם כאן, בדומה למחקרם של מויאל ואייזנשטדט, נמצא כי עקיפת העונש המזערי נעשית לרוב על ידי התביעה, בין אם על ידי שינוי סעיף האישום כך שלא יכלול את העונש המזערי, ובין אם ללא שינוי, אך באישור בית המשפט. תשובות עורכי הדין שהשתתפו בסקר מעלות כי ההחלטה על שינוי סעיף האישום תלויה בעיקר בזהותו של השופט. זאת, משום שיש שופטים שללא שינוי סעיף האישום אינם מסכימים לאשר הסדר טיעון שכולל עונש שפחות מהעונש המזערי.⁴⁰⁸ המסקנה של מחקר זה היא שעונש מזערי קיצוני מדי, גורר בעקבותיו ניסיונות להתעלם ממנו וזה מה שנמצא בפועל שבתי המשפט בערכאות הנמוכות בשיתוף עם התביעה למעשה נמנעו מליישם עונש זה.⁴⁰⁹

⁴⁰⁰ שם, בעמ' 952.

⁴⁰¹ שם.

⁴⁰² שם, בעמ' 364.

⁴⁰³ שם, בעמ' 965.

⁴⁰⁴ אברהם טננבוים "הענישה בישראל על נהיגה בשכרות – מבט אמפירי" מאזני משפט יא 321 (2016) (להלן: טננבוים).

⁴⁰⁵ באמצעות מערכת נט המשפט, טננבוים בדק את כל התיקים שהסתיימו בהרשעה בטווח השנים 2010-2014 (כ-45,000 תיקים).

⁴⁰⁶ שם, בעמ' 334, 339. למעשה אם בוחנים רק גזרי הדין של נאשמים שנדונו בנוכחותם, עולה כי שופטי התעבורה חרגו מהעונש המזערי בכ-88% מהמקרים).

⁴⁰⁷ שם.

⁴⁰⁸ שם בעמ' 349. ההסבר בה"ש 60.

⁴⁰⁹ שם, בעמ' 359-360.

בסוג השני של המחקרים, שביקשו לבדוק את מידת הציות של השופטים לחוקים שמטרתם לבנות את שיקול הדעת השיפוטי, המגמה שנצפתה לא הייתה עקבית ואחידה והיא תלויה גם בערכאה השיפוטית.

כך למשל במחקרם של גזלאייל, אזולאי והמר⁴¹⁰ שביקשו לבדוק את מידת הציות של השופטים לתיקון 113 שמבנה את שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, נמצא כי בבתי משפט השלום החובה לקבוע מתחם לא קוימה ביותר מרבע מגזרי הדין שניתנו בתקופה הנחקרת.⁴¹¹ עם זאת, נמצא כי במהלך הזמן הוטמע החוק טוב יותר ושיעורי הפרתו פחתו, אף על פי שלא היה אהוד. החוקרים הציעו הסבר סביר, לפיו ההשתלמויות שנערכו לשופטים ולעוזרים המשפטיים, והנזיפות של בית המשפט העליון בשופטים שלא צייתו לחוק, הביאו לידי כך שהיקף הציות גדל והפך לכמעט מוחלט.⁴¹² הסבר זה מתיישב עם גישתו של Tokson, לפיה רמת ההתנגדות השיפוטית לשינוי משפטי תיקבע, בין היתר, על ידי ההסתברות שאי ציות של השופטים ייחשף ויתגלה ווד בבד ייפסל.⁴¹³ המגמה הייתה שונה בהיקף הציות של בית המשפט העליון. נמצא, כי מידת הציות של בית המשפט העליון הייתה פחותה בהרבה מזו של בתי משפט השלום.⁴¹⁴ עוד נמצא שלעומת שופטי בתי משפט השלום, שיעור הציות של שופטי בית המשפט העליון הלך ופחת ככל שחלף הזמן.⁴¹⁵ אחד ההסברים שהעלו החוקרים היה שהיעדר מנגנון ערעור על החלטות שופטי בית המשפט העליון וחוסר אהדתם להוראות החוק, הם שהובילו לחוסר ציות נרחב לחוק.⁴¹⁶ הסבר נוסף למגמה שנצפתה היה, שבחלוף הזמן, משפורסמו ההלכות המרכזיות המפרשות את החוק, בית המשפט העליון מצא פחות צורך להשקיע את המשאבים ביישומו.⁴¹⁷ הסבר זה פחות משכנע, במיוחד שהמלאכה עוד מרובה, לפחות בכל הנושא שקשור לתפקידו של בית המשפט העליון כמעצב את רמות הענישה המחייבות את כלל הערכאות הדיוניות.⁴¹⁸ תפקיד זה מקבל משנה תוקף בחשיבותו, ביחוד שעל פי הצעת החוק המקורית, הוצע להקים ועדה חיצונית⁴¹⁹ שתקבע עונש מוצא אשר "רשאית לקבוע, לגבי עבירה מסוימת, את העונש ההולם לאותה עבירה כשהיא נעברת בניסיונות שאינם חריגות לקולה או לחומרה..."⁴²⁰ אם בית המשפט העליון השלים את קביעת את מתחמי הענישה, לא היה טעם בהצעת הממשלה לקדם שוב את הרעיון של ועדה לקביעת עונשי מוצא, גם אם במתכונת שונה.⁴²¹

⁴¹⁰ גזלאייל, אזולאי והמר, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 181, שם.

⁴¹¹ שם, בעמ' 344.

⁴¹² שם, בעמ' 363.

⁴¹³ ראו Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 927.

⁴¹⁴ גזלאייל, אזולאי והמר, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 181, בעמ' 353-355. מטבלה 6: ציות בית המשפט העליון לחובה לקבוע מתחמים, עולה כי ב-73% לא קבע בית המשפט העליון מתחם ענישה.

⁴¹⁵ שם, בעמ' 356. סיכום הממצאים תרשים 5. שם.

⁴¹⁶ שם, בעמ' 363.

⁴¹⁷ שם.

⁴¹⁸ דווקא תגובת בית המשפט העליון בעניין מוסטפא, בו ארבעה ימים אחרי פרסום פסק הדין שקבע מתחם עונש בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, הוציא ההרכב החלטה מתקנת ובה נכתב כך: "1. עקב תקלה שוחרר לפרסום נוסח מוקדם יותר של פסק הדין. 2. נוכח האמור בפסקה 1 דלעיל, יתוקן פסק הדין באופן שהסיפא בפסקה השנייה לסעיף 4 לפסק הדין החל מהמילים "ומתחם הענישה" ועד סוף הפסקה – ימחקו" – עשויה ללמד כי היה חשוב לבית המשפט העליון להימנע במודע מקביעת מתחמים כנדרש בחוק (ראו ע"פ 285/13 מוסטפא נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.10.2013 והחלטה המתקנת מיום 28.10.13). גם גזלאייל, אזולאי והמר במאמרם התייחסו לפסק דין זה (ראו גזלאייל, אזולאי והמר, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 181, בעמ' 360-361).

⁴¹⁹ סעיף 4ח4 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), לעיל ה"ש Error: Reference source not found.

⁴¹⁶¹ source not found.

⁴²⁰ סעיף 4ט0 להצעת החוק. ה

⁴²¹ ראו סעיף 6 להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 227, המציע להקים ועדה מייעצת לענייני ענישה, שבמסגרת תפקידיה "תאסוף מידע ותערוך מחקרים על מדיניות הענישה הנהוגה בעבירות שונות, בהתייחס, בין השאר, לנסיבות השונות הקשורות לביצוע העבירות" (סעיף 40(ב)(1) להצעה).

הממצאים במחקרם של גזלאייל, אזולאי והמר, בייחוד ביחס לאי הציות של בית המשפט העליון לחוק, אינם מתיישבים עם העמדה המוצהרת של בית המשפט העליון לחובתם של השופטים ובראשם שופטי בית המשפט העליון לפעול בהתאם לחוק.⁴²²

מחקרו של מסורי, שגם הוא ביקש לבדוק כיצד מיישמים השופטים את תיקון 113, אך הפעם מנקודת מבט פנימית של השופטים, הסנגורים והתובעים,⁴²³ תוך שימוש בכלים איכותניים (ראיונות עומק, תצפיות וניתוח תוכן של גזרי הדין), יש בו כדי לתת הסבר חלופי ושונה לממצא במחקרם של גזלאייל, אזולאי והמר לפיו אצל שופטי בית משפט השלום חלף הזמן דווקא הגדיל את היקף הציות. הממצא העיקרי במחקרו של מסורי הוא, כי כלפי חוץ ניכר שהשופטים מצייתים לתיקון ופועלים לפי המתווה שנקבע, אך בפועל גוזרים את הדין על פי שיקול דעתם במנותק מתיקון 113.

יוצא, כי לכאורה, כלפי חוץ הנזיפה והביקורת של בית המשפט העליון השפיעה על יישומו הפורמלי והצורני של תיקון 113, כלשון השופטים: התיקון "מקוים מצוות אנשים מלומדה",⁴²⁴ אך בינם לבין עצמם (לפי האקדמיה כך יש לומר – בינם לבין עצמם או בינם ובינם), המשיכו השופטים להפעיל שיקול דעת בגזירת הדין במנותק מתיקון 113. ממחקרו של מסורי, עולה כי הדרך שבה השתמשו השופטים לעקיפת תיקון 113 הייתה, היא שמלכתחילה השופט מכוון עצמו לעונש הראוי ואז מתאים את היישום לתוצאה הרצויה.⁴²⁵ כלשון השופט "אברהם": "הנימוק הופך להיות מלאכותי ומותאם ללשון החוק".⁴²⁶ דרך נוספת שבה השתמשו השופטים, הייתה באמצעות שיקול השיקום, שמאפשר לבית המשפט לחרוג לקולה ממתחם העונש, גם במקרים שבהם לא קיימים התנאים לכך. כך השיבה אחת התובעות לשימוש הרחב של השופטים לשיקול השיקום:

[...] כל הפתח הזה של שיקולי שיקום שמשמשים בו משתמשים בו לא מעט שבעצם אומר לבית המשפט אז מה אם יש מתחם, כשיש איזושהי אפשרות לשיקום אז אפשר לסטות ממנו. זה טיפה בעייתי בעיני ולו משום שאני חושבת שהחוק לא מספיק הגדיר מה זה שיקום. אני אתן לך דוגמא... זה מה שמטריד אותי. יש תיקים שבהם האנשים הם נורמטיביים, אני חושבת ששיקולי שיקום זה מצב שבו בן אדם היה עבריין הלך בדרך עבריינית ופעם ראשונה בתיק הזה בתסקיר של שירות המבחן הוא התחיל טיפול רציני הוא התקדם לאורך זמן, אנחנו רואים שיש לו מוטיווציה לשיקום, זה בעיני שיקום. בן אדם נורמטיבי שהיה לפני זה איש משפחה שעבד בעבודה קבועה שביצע איזו עבירה נקודתית או לא נקודתית, לא משנה חמור ככל שתהיה לבוא ולהגיד שיקולי שיקום זה קצת מצחיק בעיני כי לא באמת היית זקוק לשיקום קודם, אז אני לא באמת מבינה... לא כל תסקיר חיובי בהכרח יכול להביא לסטיה ממתחם הענישה בגלל שיקולי שיקום.⁴²⁷

⁴²² ראו לעיל דיון בסעיף 2.2 סטייה מן הדין- כללי וההפניות שם.

⁴²³ דר מסורי "תיקון 113 – מצליח לתקן?" המשפט כד 11 (2018) (להלן: "מסורי", "תיקון 113 – מצליח לתקן?"). מבוסס על מחקר לצורך קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה. להרחבה ראו הדר מסורי מבט קונסטרוקטיביסטי על הרפורמה להבניית שיקול הדעת השיפוטי במקרה של עבירות התעללות בילדים: רטוריקה או מהות? (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה, אוניברסיטת חיפה, 2016) (להלן: "מסורי" עבודת דוקטורט").

⁴²⁴ ראו שם, מסורי "תיקון 113 – מצליח לתקן?", בעמ' 29.

⁴²⁵ דברי השופט "רם", שם. כך במקור. השמות נתחמו בגרשיים היות שמדובר בשמות בדויים.

⁴²⁶ מסורי "עבודת דוקטורט", לעיל ה"ש 430, Error: Reference source not found, בעמ' 55. דברים דומים אמר השופט "גדעון", שם, בעמ' 56.

⁴²⁷ שם, בעמ' 57.

דרך שלישית בה נוקטים שופטים היא קביעת מתחם רחב יותר שכולל את העונש שסבר בית המשפט שהוא העונש המתאים למקרה הספציפי. דרך זו הוגדרה על ידי אחת התובעות שראיין מסורי "כמניפולציה":

ת....כשבית המשפט מרגיש צורך באמת ללכת לקראת נאשם הוא עושה איזושהי מניפולציה על קביעת המתחם כדי שהוא יוכל לסטות מהמתחם, או לא לסטות, אלא ללכת לפי הרף התחתון.⁴²⁸

ש. כשאת אומרת מניפולציה, למה את מתכוונת, איך זה קורה?

ת. מניפולציה זה לקחת את המתחם שאם היית קובע מתחם יותר גבוה ללא הנאשם שעומד בפניך ואתה רוצה כן לתת לו עבודות שירות, אז אתה תמתח את הרף התחתון כדי שיתאים לך לעונש שכבר כיוונת אליו...

וכשנשאלה על איזה נימוקים יתבסס בית המשפט, השיבה:

ת. הנימוקים שיעמדו בבסיס זה רף הענישה הנוהג שתמיד תמיד כיוון שהיתה חוסר אחידות בענישה וגם תישאר חוסר אחידות מסוימת בענישה, כי יש משמעות לענישה אינדבדואלית, תמיד אפשר למצוא ענישה פחות מחמירה, אתה יכול לכוון לרף התחתון בדרך מסוימת (איילה)⁴²⁹ (הדגשה במקור, נ"ע).

מחקרו של מסורי אינו מהווה רק מחקר נוסף מני רבים אחרים, שמראים כי גם השופטים אינם מצייתים לחוקים, אלא הוא נותן ממד נוסף ורחב יותר, שבמסגרתו ניתן ללמוד על המניע אשר עומד מאחורי העקיפה: מניע זה, שאינו מפתיע, הוא הרצון של השופטים לגזור משפט שצודק בעיניהם. במילים אלה תיארה השופטת "רינת" את המניע הערכי העומד מאחורי תפיסתה כי התיקון הוא רטורי בלבד:

התיקון לא שינה כמעט דבר. גזר הדין מממש את התיקון בכך שהוא מנומק בהתאם לקבוע בחוק. מבחינת התוצאה הסופית, גזר הדין יהיה זהה לפני ואחרי התיקון. על התוצאה להיות הגונה לנאשם ולחברה ולכן שופט הגון וישר לא ישנה את גזר הדין רק כדי שהדבר יתאים למתחם כזה או אחר. בנימוק מתאים תימצא לעולם הדרך לעשות צדק עם נאשם ספציפי (רינת)⁴³⁰ (הדגשה במקור, נ"ע).

דברים אלה שהוצגו על ידי השופטת "רינת" מחזירים אותנו לשיקול הרביעי שהצגנו, לפיו השופטים אינם מצייתים לחוק כאשר קיים מתח בין חובתם לשפוט משפט צדק ובין חובתם ליישום החוק – ויהיו כאלה שיעדיפו קיום חובתם המוסרית על פני יישום החוק – אפילו טמונה בכך סכנה.

במחקרו של מסורי, בהתאם למגמה שנצפתה במחקרם של מויאל ואייזנשטדט ומחקרו של טנבוים, עולה כי השופטים אינם השחקנים היחידים אשר משתמשים בדרכים כדי לעקוף את הוראת החוק כדי לשפוט משפט צדק, וגם לתובעים יש חלק בכך. כך אמרה התובעת "מיכל":

⁴²⁸ שם, בעמ' 52.

⁴²⁹ שם. תובעת נוספת שראיין מסורי, תמכה בדברי חברתה בעניין קביעת מתחם עונש רחב. במילים אלה תיארה התובעת "דניאלה" את המניפולציה שבה משתמשים לעקיפת הוראת החוק: "מה שהם עושים זה קובעים מתחם נורא רחב מעבודות שירות עד ארבע שנים בפועל, כדי להצדיק את עבודות השירות. זה מניפולציה של החוק אני לא חושבת שלזה התכוון המחוקק" (הדגשה במקור, נ"ע). שם.

⁴³⁰ שם, בעמ' 55.

[...] אני מרגישה שהרבה פעמים גם אנחנו כתביעה וגם השופטים מאוד מתפתלים כדי לנסות להגיע לתוצאה שהם רוצים כי הם חושבים שזה צריך להיות איקס וזה לא בהכרח תואם את מה שהמתחם קובע, או שבית המשפט העליון קבע להם (מיכל)⁴³¹ (הדגשה במקור, נ"ע)

ממצאי מחקרים אלה עד כה, העלו כי לא עצם הגבלת שיקול הדעת השיפוטי הוא הגורם העיקרי לאי ציות לחוק, אלא העובדה שבהגבלת שיקול הדעת השיפוטי השופטים הרגישו כי הם אינם יכולים לשפוט משפט צדק. זו, למעשה, הסיבה העיקרית לאי ציות לחוק. תימוכין למסקנה זו ניתן למצוא במחקרו של עשת,⁴³² אשר ביקש לבדוק את הטמעת בית המשפט לתיקון 39 לחוק העונשין.⁴³³ במחקרו נמצא, כי אמנם הגבלת שיקול הדעת הוא גורם משמעותי לפער שנמצא בחלק מההסדר בין הוראת החוק לבין הפירוש שניתן לו בפועל על ידי בית המשפט, אך הגבלת שיקול הדעת מהווה גורם אחד בלבד ולא עיקרי, לאחר שנמצא כי באותם מקרים שבהם המחוקק כן העניק לבית המשפט שיקול דעת לא נמצא כי בתי המשפט "ניצלו" זאת.⁴³⁴ ההסבר של עשת ל"ריסון השיפוטי", הוא השמרנות הטבועה בדרכי החשיבה של שיטת המשפט הנתונה ובמסורת הפסיקה, המשפיעות על קצב התפתחותה של שיטת המשפט.⁴³⁵ הסבר סביר אחר לכך שהשופטים לא ניצלו את שיקול הדעת הרחב שהוענק להם, יכול להיות כי הם מאמינים שהמצב הקיים מתיישב עם תחושת הצדק, ולא קיים מתח בין שני הרכיבים שמרכיבים את שבועתם: מצד אחד לשפוט משפט צדק ומצד שני לקיים את הוראת החוק.

2.5 מאסר על תנאי והגבלת שיקול הדעת השיפוטי בהפעלתו

כאמור לפי סעיף 52 לחוק העונשין, כאשר בית המשפט מטיל עונש מאסר, רשאי הוא להתנות את כל התקופה או חלקה. אם עשה כן, הוא חייב לקבוע את עבירת התנאי שהפרתה תביא להפעלת התנאי (העבירה הנוספת), וכן את תקופת התנאי (בין שנה לשלוש שנים) שבמסגרתה על הנדון להימנע מביצוע אחת העבירות שנקבעו בגזר הדין. אם לא עבר עבירה נוספת בתוך תקופת התנאי – הנדון יהיה פטור מנשיאת עונש המאסר. אך, אם הנדון ביצע עבירה בתוך תקופת התנאי שמביאה להפעלתו, הרשעתו בעבירה זו תחייב את בית המשפט להפעיל את התנאי.

כך למשל, בגזר הדין הראשון, עת מטיל השופט עונש מאסר על תנאי, הוא קובע כלהלן: "אני מטיל על הנאשם 6 חודשי מאסר על תנאי למשך שנתיים אשר יופעל רק אם הנאשם יבצע כל עבירה מסוג רכוש". אם שנה לאחר מועד גזר הדין עבר הנדון עבירת גניבה (שהיא עבירה נוספת שמביאה להפעלת התנאי – נכנסת בגדר עבירת רכוש) והורשע בגינה, בהתאם לסעיף 55 לחוק העונשין, בית המשפט שדן בעבירה החדשה, קרי השופט שהרשיע את הנאשם בעבירה הנוספת שהיוותה הפרת התנאי (הגניבה), יהיה מחויב להפעיל את התנאי וככל שהשית עונש מאסר בגין עבירת הגניבה, על הנאשם לשאת את שתי התקופות במצטבר זו לזו.

⁴³¹ שם, בעמ' 58.

⁴³² עשת, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, בעמ' 229.

⁴³³ במסגרת תיקון זה הוחלף החלק הכללי של חוק העונשין (סעיפים 1-34).

⁴³⁴ עשת, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 404, בעמ' 229. עשת ציין כי אם מדובר בחתך של שיקול הדעת השיפוטי גרידא, דהיינו "המאבק" על מרחב ההכרעה השיפוטי בין גישתו של המחוקק לבין השופטים, או חלקם לפחות, הרי שהיינו מצפים למצוא עקביות של מאבק זה בשתי החזיתות: מחד גיסא צמצום שיקול הדעת, היה מצופה למצוא סימנים לקרבות בלימה של מגמה זו מצדם של השופטים ואלה באמת נמצאו. מאידך גיסא, כך גם בחזית השנייה – הרחבת שיקול הדעת או לפחות פתיחת פירצה לנטילתו, היה מקום לצפות להשתלטות על מרחב חדש זה מצד השופטים – ואלה אינם ניכרים באופן מובהק. שם.

⁴³⁵ שם, בעמ' 230. הסבר זה מתאים להסבר שהעלה Tokson במחקרו, לפיו השופטים מעדיפים את המצב הקיים (הסטטוס קוו) על פני אי הודאות (ראו Tokson, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 236, בעמ' 912, 950).

מסגרת חוקית זו פירושה כי בקביעת תקופת המאסר במסגרת גזר הדין הראשון, למעשה קובע בית המשפט עונש מאסר מזערי, אשר הנאשם יהיה חייב לשאת לאחר שהורשע בעבירה הנוספת.

בחלק הקודם הראינו, כי שופטים שסברו כי העונש המזערי הוא בלתי צודק ויגרום לנאשם עינוי דין, נטו לזכות את הנאשמים הגם שאשמתם הוכחה.⁴³⁶ לחלופין, נהגו לעקוף את הוראת החוק על ידי ניצול מנגנוני השסתום, גם באותם מקרים שלא מתקיימים התנאים המקדמיים להפעלת מנגנונים אלה, כדי לגזור עונש שונה מעונש המאסר המזערי.⁴³⁷

אני משערת כי גם השופטים שעליהם להפעיל את התנאי, אם הם מאמינים כי הפעלת התנאי אינה צודקת בנסיבות המקרה, ימצאו דרכים כדי לחמוק מהפעלתו. לפני שאכנס לדיון בהשערה בהתאם למצב החוקי היום (כאשר לבית המשפט יש סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית), אבקש להציג את מה שידוע לנו על דרכי העקיפה שבהן השתמשו השופטים בתקופה שבה הפעלת התנאי הייתה מנדטורית. במילים אחרות, בימים בהם לבית המשפט לא היה כל שיקול דעת וכל הפרה גררה אחריה הפעלה אוטומטית של המאסר על תנאי.

במצב החוקי שהיה קיים עד לתיקון משנת התשכ"ג, גם אם השופט ביקש לעקוף את החובה שבהפעלת התנאי, לא סביר שעשה שימוש באחד משני האמצעים שבהם, על פי המחקרים, השתמשו השופטים לעקיפת עונשים מזעריים, אם על ידי זיכוי הנאשמים או על ידי שימוש מוגבר במנגנוני השסתום אשר מאפשרים לבית המשפט לחרוג לקולה מהעונש המזערי. שני נימוקים לכך: ראשית, להבדיל ממצב בו בית המשפט יודע כבר בשלב הגשת כתב האישום, שהאישום כולל עונש מזערי וכי הוא יידרש לאכוף עונש זה ככל שהנאשם ימצא אשם בדינו, הרי שבשיטת המשפט הישראלית הידועה על קיומו של עבר פלילי, לרבות קיומו של מאסר על תנאי תלוי ועומד, מובא לידיעת המותב רק בשלב הטיעונים לעונש – בשלב לאחר הרשעה ולפני גזר הדין. מכאן, שהסבירות היא קטנה מאוד שבית המשפט ישתמש באמצעי של זיכוי הנאשם כבר בשלב הכרעת הדין. גם לו ביקש השופט להימנע מהרשעה כדי להימנע מהפעלת התנאי, הרי שמנגנון של ביטול הרשעה התאפשר רק בשנת 1995.⁴³⁸ שנית, בשל העובדה שההפעלה היא מנדטורית, הטענה של ניצול מנגנוני השסתום אינה רלוונטית, לפחות לא באותה תקופה שהפעלת המאסר הייתה אוטומטית.

האם זה אומר, שבכל התיקים שבהם נדרשו השופטים להפעיל את התנאי הם צייתו לחוק? בהעדרם של מחקרים שבדקו איך השפיעה הגבלת שיקול הדעת השיפוטי על שאלת ההפעלה המנדטורית של המאסר המותנה, נעשה ניסיון ללמוד על דרכי העקיפה מאמצעים חלופיים שעמדו לפנינו. אמצעים אלו היו פרוטוקולים של הדיונים שהתקיימו בוועדת החוקה, חוק ומשפט באותה תקופה. מהדיונים בהצעה לתיקון דיני העונשין משנת 1963 עולה, כי בתי המשפט נהגו לעקוף את הוראת החוק בדרך מקורית ביותר. במילים אלה תיאר שר המשפטים דאז את המניפולציה שבה השתמשו השופטים:

⁴³⁶ ראו טקסט ליד ה"ש Error: Reference source not found לעיל (לבדוק אם זו אכן ההפניה המתאימה).

⁴³⁷ ראו למשל מחקרים של Cano & Spohn, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 15 שם.

⁴³⁸ חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 19), התשנ"ה-1995, ס"ח 1164. יכול להיות מצב שבשלב הטיעונים לעונש, נמנעה התביעה במתכוון להביא לידיעת השופט את עובדת קיומו של מאסר על תנאי ולחלופין נמנעה מהגשת כתב אישום שכולל הפעלת מאסר על תנאי, כאמצעי לעקיפת החובה בהפעלת המאסר על תנאי. בדיקה זו חורגת משאלת המחקר, והיא ראויה למחקר נפרד, במיוחד שמחקרים שנערכו בטסמניה (אוסטרליה) הראו כי במרבית המקרים שהייתה הפרה של התנאי, לא הגישה התביעה כתב אישום, כך שההפרות כלל לא הובאו לידיעת בית המשפט. ראו Lorana Bartels, *Sword or Butter Knife? A Breach* (2010) 219, 237 CURRENT ISSUES CRIM. JUST. Analysis of Suspended Sentences in Tasmania (שיעור ההפרות עליהן דווחה התביעה עמד על 5% בלבד). בעקבות הביקורת במאמרה על מדיניות התביעה, במחקר מאוחר יותר שנערך על ידי החוקרת הראתה כי אמנם חל שיפור בשיעור הגשת כתבי אישום בעקבות הפרת המאסר על תנאי (מ-5% ל-55%) אך המצב עדיין רחוק מדיווח מלא (ראו Emily Bill & Lorana Bartels, *Suspended Sentences in Tasmania: An Analysis of the Impact* (2015) 6, 20 U. TAS. L. REV. 34(2) of Recent Breach Reforms).

כאשר טיפלנו בבקשות לחנינה נתקלנו במקרים ששופטים הפעילו את העונש כפי שהחוק מחייב, אך מכיוון שההפעלה היא בניגוד למצפונם הם מייעצים לפנות לחנינה. אין זה רצוי שהשופט יכנס למשא-ומתן עם האיש וייעץ לו.⁴³⁹

מדברי שר המשפטים עולה, כי השופטים פעלו בהתאם לחוק והפעילו את התנאי, אך לאחר הפעלתו, דחו את מועד נשיאת העונש על מנת לאפשר לנדונים לפנות בבקשת חנינה לנשיא המדינה (בקשה שהוגשה לאחר ייעוץ שקיבלו הנדונים מהשופט).

תופעה זו הייתה ידועה לא רק לשר המשפטים אלא גם לחברי כנסת רבים אחרים. ח"כ י" קושניר הוסיף:

[...] ידוע לי שלפחות ב-3 מקרים השופטים החליטו: אין לנו ברירה אלא להפעיל את המאסר על תנאי לפי החוק הקיים, על-כן אנחנו מייעצים לנאשם לפנות בבקשת חנינה. הם נותנים חודשים, וחודשים נוספים, וחוזר חלילה, עד אשר הנאשם מצליח בבקשת החנינה. זה עושה את העונש והדיון פלסטר.⁴⁴⁰

אם אסכם, עד לתיקון משנת התשכ"ג, בהעדר מידע אובייקטיבי אחר, הדרך שבה פעלו השופטים לעקיפת הוראת החוק שלא הותירה שיקול דעת שיפוטי בעניין הפעלת התנאי, הייתה הפעלת התנאי אך בד בבד הורו על דחייה של נשיאת העונש, כדי לאפשר לנדון לפנות בבקשת חנינה לנשיא המדינה, שיחון אותו מנשיאת העונש שנחשב בעיני בית המשפט כבלתי מידתי.

כאמור, בתיקון התשכ"ג הסכים המחוקק להתגמש בכך שהעניק לבית המשפט סמכות להאריך את התנאי תחת הפעלתו המנדטורית אך כדי להבטיח כי סמכות זו תופעל במשורה ורק במקרים חריגים, קבע המחוקק שלושה תנאים מצטברים, שרק בהתקיימם ניתן להאריך את התנאי. התנאים המצטברים הם: לא הוטל עונש מאסר;⁴⁴¹ ההארכה מוענקת פעם אחת בלבד; על השופט לנמק את החלטתו מדוע בנסיבות המקרה מוצדק להאריך את התנאי.

גם לאחר הענקת הסמכות להארכת התנאי – הכלל של הפעלת התנאי עדיין שריר וקיים. במילים אחרות, בתי המשפט עדיין מחויבים להפעיל את התנאי בעקבות ההפרה. עם זאת, צר ככל שיהיה – המחוקק קבע חריג לכלל. כיום, השופטים מוסמכים להימנע מהפעלת התנאי גם כאשר הנאשם הפר את התנאי על ידי ביצוע עבירה נוספת. חריג זה מהווה מעין מנגנון שסתום (או פתח מילוט), בהתקיים התנאים שנקבעו בחוק, ומעניק לשופטים מפלט שמאפשר להם הימנעות מהפעלת התנאי.

זה המצב החוקי ששריר וקיים עד היום. למרות כוונת המחוקק לפיה השופטים ישתמשו בהוראת הסמכות להאריך את התנאי רק במקרים חריגים ובודדים, בהתאם למגמה שנצפתה בעקיפת עונשים מזעריים, השערתני היא כי בתי המשפט עשו שימוש רחב בחריג זה על אף התנאים הקפדניים שקבע המחוקק. עוד אני משערת, כי מאז שהוענקה לבתי המשפט הסמכות להורות על הארכת התנאי תחת הפעלתו, קיים חשש שבתי המשפט יימנעו מלגזור עונש מאסר בגין העבירה הנוספת במקרה שהפעלת התנאי תביא לידי כך שהעונש שיושט ייחשב כעונש חמור ובלתי צודק, למרות שהנסיבות מצדיקות הטלת עונש זה. במילים

⁴³⁹ פרוטוקול ישיבה מס' 142 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש Error: Reference source not found, 114, בעמ' 2.

⁴⁴⁰ שם, בעמ' 3.

⁴⁴¹ תנאי מקדמי הוא שבית המשפט הרשיע את הנאשם בעבירה הנוספת. עצם ההרשעה היא חשובה, שכן, כפי שיתואר בהמשך, בתי המשפט נהגו לעקוף את ההפעלה המנדטורית, במיוחד כאשר המאסר על תנאי הוא חב הפעלה, בכך שהורו על ביטול ההרשעה לאחר שפירשו את הוראת החוק כי התנאים המגבילים תקפים רק כאשר הייתה הרשעה להבדיל מביטול הרשעה.