

מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113

תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" – נכנס לתוקף ביום 10.7.2012. התיקון נועד לטפל בפערים בענישה הנובעים מגישות שונות של שופטים לערכים המוגנים בענישה, לשיקולי הענישה ולאיוון ביניהם, וכך לצמצם את הסיכונים הנובעים מפערים אלה – לשרירות, לפגיעה בצדק ולפגיעה בעקרון החוקיות. המחוקק בחר ליצור הליך מובנה ומנומק לגזירת הדין, בסדר מסוים, תוך הבחנה בין העיקרון המנחה בענישה – עקרון ההלימה המתבסס על האשם העולה מביצוע העבירה בנסיבותיה – לבין שיקולים אחרים הנוגעים לענישה כגון שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה ונסיבות אישיות של הנאשם. במאמר זה נסקור את הכרעות המחוקק שהביאו לשיטה חדשנית זו ונטען שהשיטה שנבחרה – הותרת המלאכה כולה בידי השופטים, בלי לקבוע עונשי מוצא על ידי ועדה מקצועית – הטילה על ערכאת הערעור תפקיד חשוב: להתייחס למתחם שקבעה הערכאה הדיונית ולבחון מה היחס בין העונש שנגזר ובין המתחם הראוי. נודעת לתפקיד זה חשיבות יתרה כשיש חילוקי דעות בין הערכאות הדיוניות וכן כשבית המשפט סבור שיש לשנות את מדיניות הענישה הנהוגה. מילוי תפקיד זה יביא להצטברות הדרגתית של מתחמי ענישה מנחים שאליהם תתייחסנה הערכאות הדיוניות: כך ייווצר סולם ענישה עקרוני שיעוצב על ידי המערכת השיפוטית עצמה ויאפשר גמישות לשופט הדין בתיק. התיקון היה אמור להעצים את התפקיד המנהיגותי והמנחה של ערכאת הערעור, שאינו מתמצא אך בהכרעה בסכסוך על בסיס אינדיבידואלי.

על בסיס בחינה כמותית ואיכותית של פסיקת בית המשפט העליון נטען ונראה במאמרנו שבית המשפט אינו נלהב למלא את התפקיד המנהיגותי והמנחה של ערכאת הערעור, שהטיל עליו המחוקק. אמנם בית המשפט העליון מעיר לערכאה

* סיגל קוגוט, LLM, המשנה ליועץ המשפטי לכנסת והיועצת המשפטית לוועדת החוקה חוק ומשפט בכנסת; אפרת חקאק, LLB ו-MA, ממונה על החקיקה בוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת, דוקטורנטית במחלקה ליחסים בינלאומיים באוניברסיטה העברית; איתמר גלבפיש, LLM ו-MA, עורך-דין במחלקה הפלילית בפרקליטות המדינה. עו"ד קוגוט ועו"ד חקאק ליוו את הליכי החקיקה של תיקון 113 בכנסת; עו"ד גלבפיש מרכזו מאז שנת 2012 את הטיפול בתיקון 113 בפרקליטות המדינה, ובשנים 2015-2016 עבד במחלקת ייעוץ וחקיקה (פלילי) במשרד המשפטים וריכז שם את הטיפול בתיקון.

הכתוב מייצג את עמדתנו בלבד. אנו מבקשים להודות לחברי המערכת על הערותיהם החשובות שהשביחו את המאמר.

הדיונית כשזו אינה פועלת לפי הוראות החוק, אך אין הוא רואה כחלק מתפקידו לבחון את המתחם שקבעה בערכאה הדיונית ואפילו הוא חולק עליו. בדרך כלל נבחן רק העונש הסופי שנגזר על הנאשם, ולכן אין הנחיה מספקת של ערכאת הערעור ושל בית המשפט העליון כאשר למתחם הענישה. נוסף על כך, בית המשפט כמעט אינו בוחר "לעשות סדר" ברף הענישה בעבירה מסוימת. במאמר נטען כי ללא שיתוף הפעולה של בית המשפט העליון וללא הכרתו בחשיבות התיקון ובבעיה שהצדיקה אותו ייכשל התיקון לחוק, ואי-השוויון המהותי בענישה – שאותו ביקש התיקון למנוע – עלול להימשך.

מבוא א. הוראות החוק ב. לידתו של החוק: פתרון לחוסר שוויון מהותי, לשרירות ולפגיעה בעקרונות החוקיות 1. האם ההנחיה לשופט תהיה במילים או במספרים? 2. האם יש עונש הולם אחד (נקודה) או מתחם של ענישה? 3. מי יקבע את מתחמי הענישה? ג. מחשבות על תפקידה של ערכאת הערעור לאחר תיקון 311 ד. הקשיים שתיקון 311 מציב לפני ערכאת הערעור ה. יישום תיקון 311 בפסיקת בית המשפט העליון 1. מקרים שבהם בית המשפט העליון קבע או אישר מתחמי ענישה 2. דחיית ערעורים באמצעות ההלכה המגבילה את התערבות ערכאת הערעור בעונש 3. קבלה של ערעורי מדינה ללא קביעת מתחם חדש 4. דחייה של ערעורי מדינה 5. מדיניות בית המשפט העליון במתן רשות ערעור 6. מתחמים בפסיקת בית המשפט העליון: מלה לפני סיום סוף דבר

מבוא

בינואר 2012 קיבלה הכנסת את תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה"¹. מטרת התיקון הייתה לטפל בפערים בענישה, הנובעים מגישות שונות של שופטים לערכים המוגנים בענישה, לשיקולי הענישה ולאיוון ביניהם. שיקול הדעת הרחב מאוד של בית המשפט בקביעת העונש – בשל קביעה בחוק של עונשים מרביים גבוהים, ללא הכוונה מספקת של השופטים – יצר סיכונים של שרירות, פגיעה בצדק ופגיעה בעקרונות החוקיות.

לכל אלה ביקש המחוקק לתת מענה, בלי להביא להחמרת הענישה עצמה וכלי 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. עם זאת, ברור היה שאי-אפשר להסתפק אך בציון של שיקולי הענישה, משום שאפשרות זו לא הייתה עונה על הצורך שעמו ביקש התיקון להתמודד. לפיכך, החוק שהתקבל אימץ הסדר שעיקרו הליך מובנה ומנומק של גזירת הדין, בצד שיקולי הענישה וההיררכיה ביניהם.

1 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח התשע"ב 2230, 102 (להלן: החוק, חוק ההבניה, תיקון 113 או התיקון). התיקון נכנס לתוקף ביום 10.7.2012.

ההסדר נועד להביא את בית המשפט, דווקא בהליך שאינו תיאורטי, לשקלל את שיקולי הענישה שקבע המחוקק בהליך מובנה, המבחין בין קביעות כלליות ועקרוניות לבין קביעות אינדיבידואליות. ההבדלים בענישה ינבעו מהבדלים רלוונטיים בין המקרים – בביצוע העבירה ובנסיבותיו של הנאשם – ולא מגישות ענישה שונות של שופטים.²

החוק הטיל על הערכאה הדיונית חובות חדשות ובראשן החובה לנמק ולכתוב את גזר הדין בסדר מסוים, תוך הבחנה בין האשם העולה מביצוע העבירה בנסיבותיה לבין שיקולים אחרים הנוגעים לענישה כגון שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה והנסיבות האישיות של הנאשם. ההליך לא נועד להיות רב-מלל במיוחד והוא אינו מחייב התייחסות לרכיבים שאינם רלוונטיים לנסיבות המקרה המסוים. עיקר חשיבותו בסדר שבו הדברים נעשים ובהפרדה בין האשם והגמול הראוי לבין שיקולי ענישה אחרים ונסיבות אישיות. ברי כי לאחר שחוק חדש מתקבל יש כתיבה רבה יותר, הנובעת מהצורך לפרש אותו, אך בסופו של דבר גזר הדין יכול להיות קצר.

התיקון לא התייחס במפורש לערכאת הערעור, בין היתר משום שכל חוק העוסק ב"בית משפט" חל על כל ערכאותיו אלא אם נאמר אחרת. כפי שנסביר בהמשך, לשיטתנו תיקון 113 הטיל תפקיד חשוב על ערכאת הערעור ובמיוחד על בית המשפט העליון. מסקנה זו נובעת מהמודל שנבחר כדי להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בחוק, כפי שנסקור בהמשך. בין השאר, החוק ביקש לשנות את האופן שבו ערכאת הערעור בוחנת את גזר הדין של הערכאה הדיונית: כעת ערכאת הערעור נדרשת להתייחס למתחם שקבעה בערכאה הדיונית ולעונש שנגזר – בגבולותיו או בחריגה מהם.

בהמשך נטען כי תפקידה של ערכאת הערעור אחרי התיקון הוא לקבוע מתחמים מנחים לערכאות הדיוניות – וכי היא מתעלמת, ככלל, מתפקיד חדש זה. קביעת מתחמים מנחים צריכה להיות חלק ממלאכתו של בית המשפט כשהוא דן בערעורים, אך היא חשובה בעיקר כשיש חילוקי דעות בין הערכאות הדיוניות בנוגע למתחם הענישה הראוי או בנוגע לשקלול של שיקולי הענישה, וכן כשביט המשפט סבור שיש לשנות את מדיניות הענישה הנהוגה בעבירות מסוימות. באמצעות ערכאת הערעור עתידים להצטבר, באופן הדרגתי וכמשך שנים, מתחמי ענישה מנחים שאליהם תתייחסנה הערכאות הדיוניות, אם תוך אימוצם בנסיבות דומות ואם כנקודת מוצא לקביעת מתחמים אחרים בנסיבות שונות. עם הזמן ייווצר סולם ענישה עקרוני, שיעוצב על ידי המערכת השיפוטית עצמה ויאפשר גמישות לשופט שדן בתיק. ההתייחסות למתחם הענישה בערכאת הערעור מחייבת ראייה כללית וניתוח של ערכים חברתיים, של חשיבותם ושל היחס ביניהם לבין ערכים חברתיים אחרים, וכן ניתוח של הנזק שנגרם לערכים אלה ושל מידת האשם של מי שגרם לנזק. מודל ההכנה שבחר המחוקק התבסס על ההנחה שלערכאת הערעור יש רוחב מבט כזה ושהיא מורגלת באחריות כגורם מנחה. עם זאת, לא הוטל על ערכאת הערעור לקבוע מתחמים מנחים בכל תיק ותיק או לברוא עולם חדש ומנותק מפרקטיקת הענישה שהתפתחה במדינה במשך עשרות שנים;

2 כך, יכול שופט אחד להתבסס על גישה שיקומית ואילו אחר יכול לתת דגש לעיקרון הגמול, או לגישה תועלתנית של הרתעה או הרחקה מהציבור. לסקירה של גישות שונות לענישה, ר' לדוגמא רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" מחקרי משפט י 39 (1993).

לפיכך נקבע מפורשות כי יש להתחשב גם בענישה הנהוגה, המשקפת את הערכים המוגנים ואת משקלם המתפתח בחברה הישראלית, אף אם במקרים מסוימים תהיה התחשבות זו כרוכה בשינויים.

מקריאת כל פסקי הדין הפליליים של בית המשפט העליון בנושא ענישה מאז נכנס התיקון לתוקף, ומקריאת מספר גדול למדי של פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים בשבתם כערכאת ערעור, עולה כי ערכאות הערעור – ובראש וראשונה בית המשפט העליון – ככלל אינן נלהבות למלא את התפקיד החשוב שהוטל עליהן, וזאת בניגוד לערכאות הדיוניות, הפועלות ככלל לפי הוראות החוק. מתברר כי על פי רוב ערכאת הערעור מעירה לערכאה הדיונית כשזו אינה פועלת לפי החוק, אך אינה מרגישה מחויבת לגזור את הדין בערעור בעצמה, לפי הוראות החוק. ככלל, ערכאת הערעור אינה רואה כחלק מתפקידה לבחון ולאשר את המתחמים שנקבעו בערכאה הדיונית – ואפילו במקרים המובהקים, שבהם ערכאת הערעור חולקת על המתחם שנקבע בערכאה הדיונית ומקבלת את ערעור המדינה על קולת העונש. במרבית הפעמים היא אינה פועלת לפי ההליך שנקבע בחוק ואינה מתווה את הגבולות של מתחם הענישה ההולם. להוציא מקרה אחד, ערכאת הערעור אף אינה בוחרת עבירה מסוימת וקובעת לגביה, באופן יזום, מתחם ענישה מנחה בנסיבותיה. בדרך כלל נבחן רק העונש הסופי שנגזר על הנאשם, כפי שעשתה ערכאת הערעור מאז ומתמיד; כתוצאה מכך הערכאות הדיוניות מתייחסות בפסיקתן זו אל זו, אך אין הנחיה מספקת של ערכאת הערעור באשר למתחם הענישה. בנוסף, בית המשפט העליון לא שינה את מדיניותו המצמצמת במתן רשות לערער, ולא מגיעות להכרעתו עבירות הנדונות בבית משפט השלום, כך שלא נקבעת הלכה בעבירות אלו, על אף שמידת שונותן קטנה מאלו שנדונות בבית המשפט המחוזי. בפרק הראשון של המאמר נתאר בקצרה את הוראות החוק ואת הדרך שהוא מתווה לגזירת הדין. בפרק השני נרחיב על התכליות של התיקון לחוק ועל האופן שבו הן באו לידי ביטוי בעיצוב הוראותיו, ונתמקד בתיאור ההצדקות הרעיוניות לשיטת המתחמים. בפרק השלישי נדגיש את החשיבות של ערכאת הערעור כערכאה מנחה בגזירת הדין לפי תיקון 113, ונעמוד על המצופה ממנה, לשיטתנו, עקב חקיקת התיקון. בפרק הרביעי נבקש לעמוד על הקשיים שהתיקון מציב לפני ערכאת הערעור, העשויים להסביר את ההתנהגות של ערכאת הערעור בשונה מהמצופה ממנה. בפרק החמישי נסקור כמותית ואיכותית את פסיקת בית המשפט העליון בשבתו כערכאת ערעור על העונש בתיקים פליליים, תוך התמקדות בעיקר בערעורי המדינה. נטען כי אף שערכאת הערעור חיונית למימוש של תכליות החוק, בית המשפט העליון, ככלל, לא עיצב מחדש את תפקידו כערכאה מנחה לפי החוק. לבסוף נקרא לערכאת הערעור להגביר את מעורבותה בפיתוח הלכות לפי תיקון 113.

א. הוראות החוק

רבות נכתב על הוראות חוק ההבניה³ ובכל זאת נתאר בקצרה את הוראותיו בטרם נעבור לתיאור המחלוקות שעיצבו אותו ולדיון על תפקידה של ערכאת הערעור. סעיף 4b לחוק קובע את העיקרון המנחה בענישה – עקרון ההלימה, כלומר: יחס הולם בין החומרה הכרוכה

3 לסקירה מקיפה של הוראות החוק ראו, למשל, ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 5.8.2013).

במעשה העבירה בנסיבותיו, מידת אשמו של הנאשם וכן הסוג והמידה של העונש שהוטל עליו. עיקרון מנחה זה כולל שני עקרונות דומים וקשורים, אך לא זהים: עקרון המידתיות (proportionality) ועקרון הגמול (retribution / just desert).⁴

כדי להבנות את הליך החשיבה וכדי לשקף את עיקרון ההלימה, החוק קובע כי בשלב הראשון יקבע השופט מתחם עונש הולם לעבירה, בהתחשב בערך המוגן, בפגיעה בו, בנסיבות שקשורות בביצוע העבירה ובפסיקה הנוהגת.⁵ במצב של ריבוי עבירות יקבע בית המשפט את המתחם או המתחמים הרלוונטיים לאירוע או לאירועים, בהתאמה.⁶ בשלב השני יגזור השופט את הדין בגבולות המתחם שקבע בהתאם לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.⁷ מתחם

4 עקרון ההלימה הוא העיקרון שלפיו נדרשת התאמה – הלימה – בין חומרת העבירה לחומרת העונש, כשיש להביא בחשבון את מידת האשמה או האחריות הפלילית של העבריין וכן את מידת הנזק שנגרם לחברה. כאמור, עיקרון זה טומן בחובו את עקרון הגמול, שכן גם לפי עקרון הגמול עבריינים ראויים לעונש המתאים לעבירה שביצעו. יש כמה הצדקות לעקרון הגמול, למשל הענשת העבריין בשל חוב שהוא חייב לשלם לחברה או ביטול היתרון הבלתי-הוגן שהשיג העבריין על אזרחים שומרי-חוק עקב ביצוע העבירה. אולם, העונש "הגמולי" אמור להיות פרופורציונלי – הולם – לחומרת העבירה. לכן, כאשר החוק מדבר במונחים של "הלימה" לחומרת העבירה, נובע מכך שהחוק מאמץ את עקרון הגמול כעיקרון המנחה של הענישה. יש ספרות ענפה בעניין הצדקות וההשלכות של עקרון הגמול וההלימה בענישה; נציין חלק קטן ממנה: לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים 99 (2011); ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES (2005); Andrew von Hirsch, Retribution: Desert, in Criminal Justice: Readings (George S. Bridges, Joseph G. Weis, Robert D. Crutchfield, ed, 1996) 146; Andrew Von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, 16 CRIME AND JUST. 55 (1992); Malcolm Thorburn & Allan Manson, *The Sentencing Theory Debate: Convergence in Outcomes, Divergence in Reasoning*, 10(2) New Crim. L. R. 278 (2007) (Thorburn and Manson, *The Sentencing Theory Debate*); Paul H. Robinson, להלן – *Competing Conceptions of Modern Desert: Vengeful, Deontological, And Empirical*, 67 (1) C.L.J 145 (2008); Michael S. Moore, *Justifying Retributivism* 27 Is. L. Rev 15 (1993); A. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION AND COMMUNITY (2001) שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות רוח ועדת גולדברג "מחקרי משפט ט 147 (1999) ורות קנאי, לעיל ה"ש 2. לתיאור קצר של העיקרון המנחה ראו ניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 420-422, ובמיוחד ה"ש 24-28 (התשע"ד).

5 ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: החוק) מונה רשימה פתוחה של נסיבות הקשורות למעשה העבירה כגון תכנון קודם, הנזק שנגרם מביצוע העבירה, מידת השליטה של הנאשם על מעשהו, לרבות עקב התגרות, רמת האכזריות או האלימות ועוד. הנסיבות (הקשורות ושאינן קשורות לביצוע העבירה) נוסחו בכלליות ובאופן שאינו מבחין בדרך כלל בין נסיבות לחומרה לבין נסיבות לקולה.

6 לפי סעיף 40 לחוק.

7 סעיף 40א לחוק מונה רשימה פתוחה של נסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה כגון נסיבות חיים קשות של הנאשם, עברו הפלילי, הפגיעה של העונש בנאשם או במשפחתו, נטילת האחריות

העונש ההולם ייקבע בהתחשב "בערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה".⁸ שיקולים של הרתעה אישית וכללית,⁹ התחשבות בעבר הפלילי של הנאשם וכן התחשבות בנסיבות אישיות שאינן קשורות בביצוע העבירה – יבואו לידי ביטוי רק בתוך מתחם העונש ההולם. בכך ביטאה הכנסת בבירור את כפיפותם של שיקולי ההרתעה לעיקרון המנחה בדבר הלימה, אף שהרתעה היא שיקול ענישה קלאסי. החריגה מהמתחם ההולם אפשרית רק מטעמי שיקום לפי סעיף 140 לחוק העונשין, ומטעמי הגנה על שלום הציבור לפי סעיף 140ה. ודוק: מקל וחומר, שיקול השיקום – כמו שיקול ההגנה על שלום הציבור – יכול להשפיע גם על התוויה בתוך המתחם עצמו. החוק שהתקבל מדגיש כי ענישה לפי שיקול השיקום יכולה להיות חלופית לענישה רגילה לפי עקרון הגמול.¹⁰ לא מדובר רק בחריגה מהעונש ההולם; נקבע כי בית המשפט רשאי "לקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו", כלומר: כאמצעי חלופי.¹¹

- של הנאשם וחזרתו למוטב, תרומתו לחברה, שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק ועוד.
- 8 סעיף 140ג(א) לחוק.
- 9 סעיפים 140 ו-140 לחוק קובעים כי בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולי ההרתעה, אך אין הוא רשאי לחרוג מהמתחם בשל שיקול זה.
- 10 במאמר מוסגר נעיר כי שינוי חשוב שנעשה בוועדת החוק הנוגע לתחולה של שיקול השיקום. בהצעת החוק דובר על נאשם שיש לו "פוטנציאל שיקומי" ובדיון הובהר שההצעה מאפשרת שיקום רק במבט צופה פני עתיד, כלומר: נאשם שכעת מתכננים לו תכנית שיקומית הנבחנת על ידי בית המשפט. החוק, לעומת זאת, נוקט לשון "הנאשם השתקם או [כי] יש סיכוי של ממש שישתקם". ראשית, הביטוי "פוטנציאל שיקומי" שננקט בהצעה הדגיש את הפן הטיפולי והאבחוני, והוועדה סברה שיש עוד מגוון של דרכי שיקום (שאת כולן השופט צריך לבחון ולהשתכנע בריבונות, אך הן לא מצומצמות כמו בהצעה ולא כולן תחת פיקוח של שירות המבחן, אף שזו דרך המלך); שנית, הביטוי "השתקם" מכוון במפורש לעבר. כאן החליטה הוועדה שהיא אינה יכולה להתעלם ממשך הזמן שחולף לעתים מביצוע העבירה ועד ההעמדה לדיון, בירור המשפט וגזירת הדין. יש תהליכים המתרחשים לפני שהעניין מגיע לבית המשפט, ובית המשפט יכול להשתכנע, לאחר שקיבל פרטים בעניין, שהנאשם כבר השתקם.
- 11 במקרים החמורים החוק שומר על עקרון ההלימה בכך שהוא משמר את ההבחנה בין מעשים חמורים ואשם חמור לבין מעשים שאינם חמורים, וקובע שבמקרים "בעלי חומרה יתרה" יינקט שיקום רק במקרים יוצאי-דופן ומנומקים. יש כאן אמירה מפורשת שלפיה במקרים חמורים במיוחד עקרון השיקום נסוג, ככלל, ונדרשת הנמקה מיוחדת כדי לפעול לפיו. המחוקק לא הסתפק בסעיף ההנמקה שבסוף הפרק אלא הדגיש זאת כאן.
- על פי הפסיקה, העובדה שבית המשפט מוסמך להחליף את עקרון ההלימה בשיקול השיקום אין משמעה שבית המשפט לא יכול לאזן בין שני עקרונות אלה, לשקול עקרונות נוספים ואף לחרוג מהמתחם חריגה מסוימת בלבד ולא מלאה (וראו, לדוגמה, ע"פ 1903/13 חמורה עיאשה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 14.7.2013), ע"פ 4876/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 3.12.2015) וע"פ 4609/14 נתנאל צורדרקר בסט נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 1.3.2015)). יצוין כי בספרות נשמעה ביקורת על תפיסה זו. לשיטת פרופ' גול-אייל, שימוש בחריג השיקום לצורך "הקלה בעונש" גרידא מחוץ למתחם אינו תואם את לשון החוק ואת

חלק מרכזי בחוק הוא ההנמקה של גזר הדין ובעיקר הנמקתו בסדר הנכון. כאמור, המתחם הוא הדבר הראשון שעל השופט לקבוע משום שהוא משקף את עקרון ההלימה ומשום שכל שלב נוסף בגזר הדין מתייחס אליו. בין שהשופט בוחר לחרוג ממנו, בין שהשופט בוחר אמצעי חלופי-שיקומי ובין שהשופט גוזר את העונש בגבולותיו – עליו להתייחס למתחם הראשוני שקבע.¹² הנמקת השופט היא הערוכה לשמירה על הוראות החוק ולשקיפות קבלת ההחלטות, והיא שמאפשרת ביקורת על ידי ערכאת הערעור ועל ידי הציבור.

ב. לידתו של החוק: פתרון לחוסר שוויון מהותי, לשרירות ולפגיעה בעקרון החוקיות

הדרך לגיבוש מודל המתחם הייתה ארוכה. תחילתה בניסיון רב-שנים למצוא פתרון לחוסר האחידות בענישה, כשההבדלים בענישה נבעו לא משוני רלוונטי בין נאשמים או בין מעשים אלא מהבדלים בין תפיסות עולם שונות של שופטים. אי-שוויון כזה בענישה פוגע בתחושת הצדק: “There is a widely shared intuition that justice is inexorably linked with fairness and that fairness consists in treating like cases alike”¹³.

היה ברור כי תחום הענישה דורש שיקול דעת רחב מאוד וכי “גזירת העונש אינה מדע מדויק, אין היא נעשית על פי מידות ומשקלות המובילים לתוצאה עונשית אחת ויחידה”¹⁴, והיה ברור שיש לדבוק בעקרון האינדיבידואליזציה בענישה, שעניינו התאמת העונש לנסיבות של ביצוע העבירה ולנסיבות האישיות של הנאשם. עם זאת, הצעת החוק, ובעקבותיה החוק, ביקשו לטפל במצב שבו יש לבתי המשפט שיקול דעת בלתי-מוגבל ללא כל הכוונה של המחוקק ובמחירים הכרוכים בו. מחירים אלה הם, בראש ובראשונה, חוסר שוויון, המוביל לתחושת שרירות ולחוסר אמון של הציבור במערכת המשפט. מצב כאמור מוביל לתחושה שהענישה אינה משקפת ערכים מוסכמים בחברה אלא היא קשורה להשקפות העולם של השופט שדן בתיק; מחיר שני הוא פגיעה בוודאות; מחיר שלישי הוא פגיעה בעקרון החוקיות עצמו, מאחר שפעמים רבות החוק קובע עונשים מרביים גבוהים מאוד אך הוא אינו קובע מדרג המתייחס לנסיבות שונות. כך, למשל, חוק העונשין קובע לעבירת האינוס עונש מרבי

כוונתו. כאשר נאשם השתקם או יש סיכוי של ממש שישתקם, על בית המשפט לבחור בין גזירת הדין “לפי שיקולי שיקומו” של הנאשם לבין גזירתו לפי עקרון ההלימה. חריגה חלקית מהמתחם שתסתיים בשליחת הנאשם למאסר לא תשרת את עקרון ההלימה ולא תשרת את עקרון השיקום (אורן גזל-אייל “התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2012–2014” דין ודברים ט(2) 517 (2016)). ראו הטקסט שם, ליד ה”ש 111 ובה”ש עצמה; ראו גם אורן גזל-אייל “חריגה ממתחם העונש ההולם” ספר דורית ביניש 15–16 (קרן אזולאי, איתי בר סימן טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, יפורסם ב-2017).

12 כך, בסעיף השיקום (סעיף 40 לחוק): “קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי [...]”; וכך בסעיף ההגנה על שלום הציבור (סעיף 40 לחוק): “קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי [...]”.

13 MICHAEL TONRY, SENTENCING MATTERS 184 (1999).

14 ע”פ 10715/05 פלוני נ’ מדינת ישראל, פס’ 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם באר”ש, 4.9.2007).

של עשרים שנות מאסר בנסיבות מחמירות, ולעבירה של מעשה מגונה עונש מרבי של עשר שנות מאסר בנסיבות מחמירות. עונשים מרביים אלה נוגעים למעשים שהעונשים הראויים להם יכולים להיות קרובים לעונש המרבי או רחוקים מאוד ממנו, אך אין בחוק הנחיה מספקת כאשר לגזירתם. עם זאת, במעשה אינוס אלם כלפי אשה המותקפת בפתאומיות ברחוב תיגזר לרוב תגובה עונשית חריפה הרבה יותר מאשר במעשה אינוס שתחילתו ביחסים בהסכמה בין בני זוג שבעיצומם חלה חרטה והובעה התנגדות. גם ביחס בין אינוס לבין מעשה מגונה יש מעשים מגונים שמתקרבים לאינוס, ובנסיבות מסוימות הנזק שהם גורמים לקרבן יכול להיות גבוה יותר מזה של מעשה אינוס. אם כן, ההנחיה בעניין העונש הצפוי בתוך המנעד העונשי האפשרי הרחב של העונש המרבי אינה מספקת.

בשנות התשעים של המאה העשרים הניעה בעיה זו רפורמות בענישה במדינות רבות: המלומד אשוורת' מתאר כי שינויים בשיטות הענישה בארצות הברית, בקנדה ובאוסטרליה התבססו הן על מחקרים אמפיריים והן על תחושות השופטים עצמם שיש הבדלים בין שופטים בענישה וכי הדבר אינו מוצדק.¹⁵ בישראל הביאה בעיה מטרידה זו למינוי של ועדת גולדברג. מסקנת הוועדה הייתה שעקרון החוקיות מחייב כי גזירת העונש תופעל באחידות כדי להביא יותר ודאות ובהירות "וכדי להקטין את הפערים בענישה בין שופטים שונים וחוסר שוויון בפסיקתם".¹⁶ דעת המיעוט המרכזית בוועדת גולדברג קבעה אף היא שיש צורך בהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, וכך סברה גם דעת המיעוט הנוספת:

מצב דברים זה, בו מידת העונש תלויה במידה רבה בשאלות זהות השופט או המותב הגוזר את הדין, אינו יכול להישאר בעינו, מאחר והוא מוביל למצב בו אין מדובר עוד ב"Rule of Law אלא ב"Rule of Man".¹⁷

המחלוקות המרכזיות בוועדת גולדברג נגעו לדרך הנכונה לטפל בבעיה: האם לקבוע רק את שיקולי הענישה ואת ההיררכיה ביניהם או להתייחס גם לעונשים מסוימים, ובכלל זה מספר שנות המאסר. דעת הרוב ביקשה לקבוע עיקרון מנחה בענישה – עיקרון "ההלימה", קרי: "קיומו של יחס הולם בין חומרת המעשה ואשמו של הנאשם לבין חומרת העונש. עיקרון ההלימה משקף את סלידת הציבור ממעשה העבירה, ומבטא באופן הראוי את מורת הרוח החברתית מהפגיעה בערכים חברתיים",¹⁸ כשההלימה כוללת גם את עקרון הגמול ואת מידת האשם של העבריין. נוסף על כך ביקשה הצעת הרוב להקים ועדה שתקבע "עונשי מוצא"

Andrew J. Ashworth, *Sentencing Reform Structures*, in CRIME AND JUST. 16 181, 185 15
(1992).

משרד המשפטים, הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין: 16
דין וחשבון פסקה 3 (1997) (להלן: דוח גולדברג); לסקירה מלומדת של הצעת הוועדה ראו
"הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג", לעיל ה"ש 4;
להשפעת עקרון החוקיות על רפורמות בענישה ראו Ashworth, *Sentencing Reform Structures*
188, לעיל ה"ש 15.

17 דוח גולדברג, בדעת המיעוט של עו"ד יאיר גולן.

18 שם, פסקה 8 לדעת הרוב.

כדי "להדריך את בית המשפט ביישום עיקרון ההלימה"¹⁹: השופט יוכל לסטות מעונש המוצא אך הוא יחויב לגזור את הדין לפי העיקרון המנחה.²⁰ תשע שנים לאחר שהוגש דוח הוועדה הגישה הממשלה הצעת חוק.²¹ דברי ההסבר להצעה אימצו את תיאור הבעיה כפי שהופיע בדוח הוועדה וציינו כי ההצעה נועדה לצמצם את פערי הענישה כשאינם מוצדקים בד בבד עם הותרת שיקול דעת לבית המשפט בקביעת העונש הסופי. כדי להגשים מטרה זו אימצה ההצעה את הפתרון של עמדת הרוב בוועדת גולדברג – קביעת עקרון ההלימה כעיקרון מנחה בענישה, וקביעה של עונשי מוצא על ידי ועדה חיצונית שימנה שר המשפטים. כאשר הגיעה הצעת החוק לדיון בכנסת קיימה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת יום עיון כפתיח לדיונים בהצעה. במסגרת זו הציג היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז, את הרעיונות שביסוד ההצעה:

המטרה של החוק [...] היא להביא לצמצום האקראיות והשרירותיות בקביעת העונש [...] להתגבר על המציאות של חוסר ודאות בקביעת העונש [...] והמטרה השנייה ואולי החשובה ביותר זה למנוע את המציאות של חוסר אחידות וממילא של חוסר השוויון בגזירת הדין. לא צריך לעשות מחקר שדה כדי לדעת שיש פערים ולעיתים גדולים מאד בעונשים הנגזרים בבתי המשפט השונים, באולמות השונים, באולמות סמוכים על עבירות דומות בנסיבות דומות לעיתים הבדלים ניכרים מאד. ברור שמצב כזה הוא לא תקין מבחינה מהותית, מבחינת החובה והזכות לשוויון ולאחידות והוא לא תקין מבחינה זאת שהוא פוגע באמון הציבור במערכת השפיטה.²²

- 19 שם, פסקה 17 לדעת הרוב.
- 20 סעיף 12(א) המוצע בדוח גולדברג קבע: "נקבע לעבירה גם עונש מוצא או עונשי מוצא מדורגים, יסטה בית המשפט מעונש המוצא בהתחשב בנסיבות הרלבנטיות לחומרה או לקולה". במילים אחרות, השופט יגזור את הדין לפי עונש המוצא, והוא רשאי להחמיר או להקל בעונש לפי רשימה (פתוחה) של נסיבות.
- 21 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה התשס"ו 446 (להלן: הצעת החוק).
- 22 פרוטוקול מס' 26 מישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט בנושא הצעת החוק, הכנסת ה-17, 3 (9.7.2006) (וראו גם דברי היועץ המשפטי לממשלה בעמ' 17, ואת דברי השופט דורנר בעמ' 14). בצד זאת העיר היועץ המשפטי לממשלה כי יש מקרים שבהם ראוי להחמיר את הענישה, שכן גם מצב של קביעת עונש קל מדי, שאינו הולם את חומרת המעשה, עלול לפגוע באמון הציבור במערכת האכיפה והענישה ובמערכת השלטונית בכללותה. את הפרוטוקולים של הדיונים בוועדת החוקה, וכן את ניירות העמדה שהוגשו לקראת דיוני הוועדה, אפשר למצוא באתר הכנסת www.knesset.gov.il. ניירות עמדה הוגשו, בין היתר, על ידי הסנגוריה הציבורית הארצית, האגודה לזכויות האזרח, לשכת עורכי הדין, מרכז נגה למען נפגעי עבירה והמועצה לשלום הילד.

בעת הדיונים בהצעת החוק בוועדת החוקה חוק ומשפט נשמעו התנגדויות מכיוונים שונים, ציבוריים ואקדמיים.²³ הסנגוריה הציבורית סברה שיש לערוך מחקרי שדה שיוכיחו כי המצב בישראל אכן בעייתי כפי שנטען;²⁴ גורמים אחרים הסכימו שיש בענישה בעיה של חוסר שוויון מהותי המביא לשרירות, אך הביעו התנגדויות במישורים אחרים;²⁵ התנגדות אחרת נגעה לקביעת עקרון ההלימה כעיקרון מנחה – בין בשל העדפה של עקרון השיקום כעיקרון מנחה ובין בשל החשש שעיקרון ההלימה יביא להחמרה בענישה. ההתנגדויות העיקריות נגעו לאימוץ טבלאות ענישה, בסגנון הטבלאות האמריקניות הידועות לשמצה שאומצו בחלק ממדינות ארצות-הברית ובחקיקה הפרדלית בשנות השמונים. בטבלאות אלה, שנקבעו על ידי ועדות חיצוניות, נקבעו מתחמי ענישה ערטילאיים (in abstracto) חלקם מנחים וחלקם מחייבים, לפי סעיפי עבירות, נסיבות טיפוסיות של מקרה ונסיבות טיפוסיות של עבריינים. נטען כי השיטה האמריקנית גרמה להחמרה בענישה, להעלאה דרמטית במספר הכלואים ולהארכה של תקופות המאסר שפסקו בתי המשפט.²⁶ המבקרים חששו מהנטייה של שופטים, בשיטות שבהן נוהגים עונשי מוצא, לדבוק בעונשי המוצא, להסיר מעצמם אחריות לקביעת העונש ולחסן את עצמם מביקורת של ערכאת הערעור ושל הציבור.²⁷ חרף ההתנגדויות קידמה ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת את הצעת החוק. כדי להסביר את הבעייתיות במצב שקדם לתיקון הזכיר יו"ר הוועדה דברים שכתב השופט חיים כהן:

מסימני ההתנשאות הוא אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור דין צודק די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושקילות ולהעמיק חשוב וחקור [...] מידת העונש היא עניין לתחושה בלבד והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש.²⁸

- 23 ראו, לדוגמה, ענת הורוויץ, דניאל אוחנה, מירי גור-אריה, דורון טייכמן, לסלי סבה ויצחק קוגלר "נייר עמדה של פורום ירושלים לחקר המשפט הפלילי בנוגע להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006" חוקים ג 19 (2011).
- 24 ממחקר שדה בעניין אי-ציות נהגים לרמזור אדום (עבירות שנעברו בשנת 1984) עולה כי "נמצאו הבדלים גדולים בתגובה העונשית של המערכת השיפוטית על מקרים דומים – מקרים שאין ביניהם הבדלים רלבנטיים" (יעל חסין ומרדכי קרמניצר "אחידות בענישה בעבירת תעבורה" משפטים יח 103, 127 (תשמ"ח)). טענת החוקרים הייתה ששופטים נבדלים זה מזה באופן שהוא מובהק מבחינה סטטיסטית, הן בסוגי העונשים שהם מטילים על הנאשמים והן במידת הענישה, המשנתה משופט לשופט, במספר ימי הפסילה בפועל, במספר ימי הפסילה על תנאי ובגובה הקנס.
- 25 נייר עמדה של האגודה לזכויות האזרח מיום ה-4.1.2010.
- 26 מכתבים וניירות עמדה רבים שהגיעו לוועדת החוקה חוק ומשפט מגורמים חוץ-ממשלתיים כללו התייחסות לנזקים שנגרמו לחברה האמריקנית עקב טבלאות הענישה. בצד החמרת הענישה, שיטה זו מעניקה לתביעה כוח רב מאוד – יותר מזה שנמצא בידה כיום – לכוון את הענישה בהתאם לניסוח כתב האישום.
- 27 נייר עמדה של הסנגוריה הציבורית בנוגע להצעת החוק מיום 17.12.2009, 2.
- 28 חיים ה' כהן "ענישת "צדק" – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א' 9, 21 (תש"ן). ראו, לדוגמה, את דבריו של דודו רותם, בעמ' 3 לדיון הוועדה מיום 21.12.2009. גם השופט אליהו

הוועדה ביקשה להבנות את שיקול הדעת של השופט כדי לשנות את השיטה הנוהגת לגזירת עונש, שבה נדמה כי מידת העונש שיש לגזור מגיעה אל השופט "כמו רוח הקודש". הרצון בשניוי השיטה נבע מכמה טעמים. הטעם הראשון הוא שסמכות הענישה בישראל רחבה מדי ושהשיטה של עונשים מרביים גבוהים מעניקה לבית המשפט שיקול דעת רחב מאוד ונטול אמות-מידה מנחות, עניין שאינו מתיישב עם שלטון החוק בענישה; הטעם השני הוא שראוי לנסות לפתור בחקיקה בעיה של חוסר שוויון בענף משפטי שחלק בלתי-נפרד ממנו מתבטא בשלילת חירותו של אדם, בפגיעה קשה בקניינו ובסימונו באות קלון; הטעם השלישי הוא שעקרון החוקיות מחייב בכל מקרה שהמחוקק יתייחס לשיקולי הענישה וליחס ביניהם, כמקובל במדינות אחרות. לא תמיד נמצא ביטוי לטעמים אלו בפרוטוקולים של הכנסת, אבל מניסיונו אנחנו יכולים להעיד שמניעים אלו אפשרו לקדם את הצעת החוק. בניגוד לביקורת ולחששות,²⁹ המחוקק לא ביקש להחמיר את הענישה במדינת ישראל. הדבר עולה מסעיף המטרה המפורש שהוסף לשם כך לתיקון – סעיף נדיר בחקיקה, שנכתב בחוקים כלליים ובעלי חשיבות מיוחדת כדי לסייע בפרשנותם.³⁰ המחוקק התייחס ברצינות רבה לחשש בדבר פגיעת-יתר בהתאמת העונש לעבריו, על נסיבותיו האישיות המיוחדות, ולחשש בדבר החמרה אפשרית בענישה עקב קביעה של טבלאות ענישה תאורטיות, המנותקות מאולם המשפט החי ומתמקדות אך בניתוח ערטילאי של העבירה. בשל חששות אלה קיבלה הוועדה שתי החלטות עקרוניות: ראשית, לא לקדם את הסעיפים שהסדירו קביעה של עונשי מוצא על ידי ועדה חיצונית; שנית, לפתח מתוך ההצעה הממשלתית הליך מובנה לגזירת הדין, שמחד גיסא לא יפגע יתר על המידה באינדיבידואליזציה של הענישה, ומאידך גיסא תהיה בו הן הכוונה לשופט כאשר לשיקולי הענישה ולאיוון ביניהם, והן חובת הנמקה שתסייע ותחייב את השופט של הערכאה הדיונית ליישם את הכוונה ולערכאת הערעור – לבקר יישום זה.³¹ כך גם הדגיש יושב-ראש ועדת החוקה חוק ומשפט עת הציג את הצעת החוק במליאת הכנסת:

מכאן שהצעת החוק העולה היום להצבעה היא להבנות ולכוון את שיקול דעתו של השופט בגזירת דינו של אדם בשתי דרכים עיקריות: [...] ב. לחייב הנמקה של

- מצא, שליווה את הוועדה בדיונים רבים על הצעת החוק, התייחס בהסכמה לדברים אלה בפרוטוקול מיום 2.8.2011, בעמ' 40, בעיקר בנוגע לסעיף העוסק בחובת הנמקה.
- 29 נוסף על ניירות העמדה שהוזכרו לעיל, ה"ש 21, ראו גם בועז סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005 "עלי משפט ה' 247 (2006).
- 30 סעיף 40 לחוק העונשין: "מטרתו של סימן זה לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם, כדי שבית המשפט יקבע את העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה".
- 31 ראו בעניין זה גם יוני לבני "תיקון 113 – כתב הגנה (חלקי)" משפט מפתח 71, 73 (2015): "קברניטי תיקון 113 עמדו בפני מערכת שיקולים נוגדים: כיצד להתמודד עם הקשיים שברקמה הפתוחה, נעדרת הכללים ועמומת הסטנדרטים המאפיינת את שיקול הדעת השיפוטי בענישה, וכד כבד לשמר את טבעה האינדיווידואליסטי? [...] בשונה מהביקורת שנמתחה, תיקון 113 בחר פתרון שקול ומידתי בסך הכול, המבקש להדק את מידת הרצינות של הענישה ולהתמודד עם כאוס השיקולים שקדם לו, תוך פגיעה מינימלית ככל שניתן באופייה הפרטני".

גזר-הדין בצורה מפורטת, באופן שיגביר שקיפות ועקביות וכן יאפשר ביקורת ערעורית וציבורית על גזר-הדין... החוק המוצע קובע עוד חובת הנמקה, כך שבית-המשפט יפרט וינמק את קביעת המתחם ההולם, חריגה מהמתחם ככל שתהיה, ואת גזירת העונש הסופי בתוך המתחם. כך הנאשם, הציבור וערכאת הערעור יוכלו להבין על מה מבוסס גזר-הדין.³²

המחוקק ביקש לקבוע הסדר שתהיה בו אמירה כללית לגבי הערכים המוגנים והפגיעה בהם, שיבטא יעילות, שיתרום לתחושה של ודאות והכוונת התנהגות – ובצד כל אלה, שלא יניע את המטוטלת אל שיטתיות תאורטית. אמנם בשיטתיות כזו יש אחידות, אך היא כרוכה במחירים של החמרה בענישה ופגיעה קשה מדי באינדיבידואליזציה של העונש. המענה שמצא המחוקק לאיזון בין הקצוות הוא השיטה של מתחמי ענישה הנקבעים על ידי השופט שדן בתיק, תוך בחירה בעקרון ההלימה כשיקול הראשון במעלה,³³ המשקף גם את האשם המוסרי של הנידון עצמו. בחירה בשיקול זה משקפת מניה וביה אינדיבידואליזציה מסוימת של העונש, בעיקר בהעדפתו את שיקול ההלימה. שיקול ההלימה משתכלל לפי הנסיבות של ביצוע העבירה, שאף הן משקפות אינדיבידואליזציה, ולעתים הן גם כוללות נסיבות הקשורות לנידון, ככל שהן משפיעות על אחריותו ועל אשמו (כמו מידת ההבנה שלו וגילו). כאשר ביקש המחוקק לעצב את השיטה לגזירת הדין לפי העיקרון המוביל של הלימה, עמדו לפניו כמה שאלות עקרוניות:³⁴ האם להנחות את השופט במילים או במספרים מדויקים ובטבלאות דווקניות? האם להניח שיש נקודת מוצא אחת ויחידה – עונש הולם אחד – או שיש מתחם של ענישה? ואם יש מתחם כזה – האם להטיל את קביעתו על ועדת מומחים או על השופט שבוחן את המקרה המסוים? ההכרעות בסוגיות אלו הביאו לעיצוב המודל כפי שנחקק בתיקון 113. כדי להבין את תפקידה של ערכאת הערעור לאחר התיקון יש להבין מה עמד מאחורי ההכרעות המרכזיות. בניתוח הכרעות אלה נראה כי מודל ההבניה מבוסס על אמון רב במערכת השיפוטית (כולל ערכאת הערעור) ועל ציפייה שמערכת זו תיצור בעצמה את ההנחיות שילוו אותה בגזירת הדין.

1. האם ההנחיה לשופט תהיה במילים או במספרים?

השאלה אם להדריך את בית המשפט במספרים ובטבלאות ענישה או במילים היא שאלה מרכזית שהעסיקה מחוקקים בעולם כולו.³⁵ אין מדובר בדיכטומיה אלא ברצף של אפשרויות:

- 32 דברי הכנסת מיום 2.1.2012, ישיבה מס' 303, 212-213.
- 33 ועדת החוקה קיימה כמה דיונים, ושמעה מומחים, כדי להכריע בעניין העיקרון המנחה (בעיקר בדיונים ביום 5.1.2010 וביום 18.1.2010).
- 34 לתיאור מקיף של סוגיות נוספות שנדונו בדיוני הוועדה ראו ד"ר חגית לרנאו ועו"ד ישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14 (2012).
- 35 ראו Ashworth, *Sentencing Reform Structures*, לעיל ה"ש 15 215-226. ראו גם Andrew von Hirsch, *Guidance by numbers or words? Numerical versus narrative guidelines for sentencing*, in *SENTENCING REFORM: GUIDANCE OR GUIDELINES* 46 (Pease and Wasik, eds., 1987).

בקצה אחד נמצאות טבלאות ענישה נוקשות, שבדרך כלל כוללות רשימה סגורה של נסיבות שבגינן השופט מחמיר או מקל בעונש; בקצה האחר נמצאת שיטה המתמקדת במיקום שיקולי הענישה ובהיררכיה ביניהם – מודל שאומץ בסוף שנות השמונים (למשל בשוודיה). ההצעה הממשלתית, בעקבות ועדת גולדברג, בחרה במודל שהוא סוג "רך" של הנחיה במספרים, באמצעות עונשי מוצא, בשילוב של הנחיה במילים (קביעת עקרונות הענישה וההיררכיה ביניהם).³⁶ לטעמנו, ההצעה הממשלתית בחרה דרך הקרובה יותר להנחיה במספרים מאשר להנחיה במילים, שכן הוועדה הייתה אמורה ליצור עונשי מוצא במספרים, שישמשו עבור השופט כנקודות "עגיון" חזקות בגזירת הדין.³⁷ ההצעה הממשלתית כיוונה לכך שהוועדה שתמונה תוכל להגדיר תת־קטגוריות של העבירות בנסיבות מסוימות (וטיפוסיות) וליצור סולם ענישה. מודל זה עדיין נחשב להנחיה במספרים כי השופט אמור לפנות לטבלה של עונשים מתאימים, המוסדרים לפי חומרת המעשה. שיטה זו דומה למודל הבריטי; יש הטוענים ששופטים מעדיפים מודל זה משום שהוא מעניק לשופט מסגרת לענישה אך משאיר מקום לאינדיבידואליזציה ולשיקול דעת.³⁸

36 ברומה כינה אורן גולדברג את המודל של עונשי מוצא כהבניה "מאוד מינורית": "[...] טוב עשתה ועדת גולדברג וטוב עשתה הממשלה, שלא בחרו בהבניות קשוחות יותר [...] הבניות קשוחות יותר יכולות להיות עונשי מינימום, עונשי חובה, עונשים מוצעים – יש מדינות שבהן ההבניה לא קובעת נקודת התחלה לחשיבה, אלא היא קובעת מה צריך להיות העונש. מתירה לשופט אומנם לסטות מזה, אבל אומרת לו: בדרך כלל אל תסטה [...] ההצעה הזאת לא עושה את זה, וטוב שכך [...]]" (דיון בוועדה ביום 21.12.2009, 13).

37 לעניין הכוח האדיר שיש להנחיה מספרית בגזירת העונש בארצות־הברית, גם כשטבלאות הענישה אינן מחייבות את השופט אלא אך מנחות אותו, ראו M. Bennet, *Criminal Law: 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 (2014). ראו גם קתרין בן־צבי, תומר כרמל, קרן וינשל־מרגל וענבל גלון "הבניית שיקול הדעת השיפוטי – השפעת תיקון מס' 113 לחוק העונשין על אורכי המאסר הנגזרים על מורשעים" **צוהר לבית הסוהר** 12, 14 (2014), בעניין ההשפעה של תיקון 113 בהתחשב בעקרון העגיון וההתאמה. זו הייתה גם הציפייה של פרופ' קנאי, בהקשר של עונשי מוצא: "מהבחינה הזאת עונשי מוצא הם דבר יפה, אנליטית, דבר מאוד מעניין, שאפשר להשתמש בו כדי לכוון את נקודת ההתחלה של השופט [...] היא מכוונת את התוצאות, אבל היא לא קובעת את התוצאות של השופט, היא רק נקודת המוצא של השופט להחליט מה מתאים במקרה הזה" (דיון בוועדה ביום 21.12.2009, 12).

38 "One advantage of this "starting point" approach over the other two forms of numerical guidance (sentence ranges and base sentences with enhancements) is that it imposes a framework while leaving ample room for judicial discretion to give effect to the combination of factors in each case [...] Sentencers like this and feel able to do justice by responding to unusual factors while keeping within the parameters set by the guideline". *Ashworth, Sentencing Reform Structures* 219 (2015). "אשורתי מציין גם את החיסרון המרכזי במודל ביניים זה – פגיעה בקידום השוויון בענישה. במודל זה, למרות עונשי המוצא, שופטים יכולים לשקול נסיבות לפי בחירתם. כמו כן, לרוב העבירות לא נקבעו עונשי מוצא ולכן ההנחיה לגבי רוב העבירות היא במילים כלליות בלבד."

בהתחשב ביתרונות אלה ביקש המחוקק הישראלי להשאיר לשופטים שיקול דעת ואפשרות לחרוג מההנחיות במקרים המתאימים. בקרב משתתפי הדיון בכנסת הייתה הסכמה גורפת שטבלאות הענישה האמריקניות הן מסוכנות ועלולות להביא להחמרה לא ראויה; רבים ממשתתפי הדיון אף הסכימו כי לא די בהנחיה מילולית בלבד, קרי: רשימה גרידא של שיקולי ענישה והאיזון הכללי ביניהם. בה בעת, היה חשש מרפורמה דרמטית מדי, שתכפה על השופטים הוראות נוקשות ממקור חיצוני ובכך תסמן כי המחוקק אינו סומך עליהם.³⁹ לפיכך העדיף המחוקק להשתלב בשיטה לגזירת הדין שנהגה עד אז, שלפיה השופטים הם שקובעים את רף הענישה.

אם כן, בשאלה כיצד להנחות – במילים או במספרים – ביקשו המחוקק והממשלה לעצב מודל ביניים; כזה שאינו קשיח כמו טבלאות הענישה אך גם אינו חסר גבולות כמו הנחיה מילולית בלבד. המחוקק החליט לסטות מההצעה הממשלתית ולהנחות את השופט במילים – אך חייב את השופט לקבוע בעצמו מתחמי ענישה, כך שבכל תיק שנדרון לפניו תהיה חשיבה בראש וראשונה על נקודת המוצא, לפי העיקרון המנחה והנסיבות של ביצוע העבירה, המבטאים את אשמו של הנדרון.

כאמור, טכניקת הבניה זו של הליך החשיבה, כך שגזירת הדין מחייבת את השופט לשקלל את שיקולי הענישה בהתאם לדרך שקבע המחוקק – ראשית לקבוע את גבולות ההלימה לפי חומרת המעשה ואשמו של הנאשם, ורק לאחר מכן לקבוע את המשקל שיש לתת לנסיבות האישיות – ממוקמת ברצף קרוב יותר להנחיה מילולית, שכן המחוקק או הוועדה לא קובעים לשופט את מספר החודשים או שנות מאסר המתאימים למעשה המסוים שלפניו. ההחלטה לפצל⁴⁰ מהצעת החוק את הסעיפים העוסקים בוועדת עונשי המוצא, שאליה נתייחס בהמשך, מיקמה אף היא את המודל שנבחר ככיוון של הנחיה במילים על הרצף שבין הנחיה במספרים לבין הנחיה במילים. ועדה חיצונית הייתה מנחה את השופטים בעיקר "במספרים" ולא "במילים". עם זאת, אין לשכוח כי עדיין נשאר במודל החדש היבט של הנחיה במספרים: המספרים המנחים נקבעים על ידי בית המשפט עצמו ולא על ידי המחוקק או ועדה חיצונית. כתוצאה מהכרעה זו, האחריות מוטלת על השופטים בכלל, ועל ערכאת הערעור בפרט, לקבוע את רף הענישה ההולם.

39 יו"ר ועדת החוקה ביטא את הרצון הזה במובן מסוים כשהשיב בדיון למי שטען כי הצעת החוק מבקשת להוציא מהשופטים את שיקול הדעת לגבי המדיניות הראויה של הענישה:
"אורי שטרומן:

...אתם הרי רוצים להוציא את שיקול הדעת מהשופטים לגבי המדיניות הראויה של הענישה.
היו"ר דוד רותם:
להפך, אנחנו לא רוצים לקחת מהשופטים, אנחנו רוצים לתת להם" (דיון הוועדה ביום ה-18.1.2010, 40).

40 לפי תקנון הכנסת, ישנה דרך המאפשרת לרון בחלק מהצעת החוק במועד אחר, לאחר שחלק אחד חוקק. כאן שמשה דרך זו לא לקדם את החלק שפוצל. החלטת הפיצול התקבלה בוועדת החוקה בדיון ביום 21.11.2011, ובמליאת הכנסת ביום 5.12.2011.

2. האם יש עונש הולם אחד (נקודה) או מתחם של ענישה?

ההכרעה בשאלה אם עונש המוצא (בין שייקבע על ידי שופט ובין שייקבע על ידי ועדה) יהיה "נקודה" או מתחם עיצבה את ההליך החדש של גזירת העונש לפי תיקון 113.⁴¹ לפי עמדת הרוב בוועדת גולדברג, עונש המוצא היה אמור להיות נקודה – נקודת מוצא שממנה השופט משקיף על נסיבות המקרה שלפניו (ובכך שונה היה מהעונש שניסחה ועדת גולדברג – עונש "מוצע" – כמו בחלק מטבלאות הענישה בעולם⁴²). אמנם ועדת גולדברג התייחסה בהמלצתה ל"מתחם", אך כוונתה לא הייתה למתחם שיגדר את שיקול הדעת של השופט; המונח התייחס לכלל העונשים ההולמים שהשופט היה יכול לגזור בהתייחס לנסיבות המקלות והמחמירות.⁴³ במהלך הדיונים ביקשה ועדת החוקה חוק ומשפט לראות דוגמא לעונשי מוצא, ומשרד המשפטים נעזר בפרופ' רות קנאי ובפרופ' אורן גזל-אייל להכנת עונשים כאלה לגבי שלוש עבירות: (1) שוד; (2) הלנה, הסעה והעסקה של שוהים בלתי-חוקיים בישראל שלא כדין; (3) כניסה והתפרצות למקום מגורים או למקום תפילה. הדוגמאות שהכינו קנאי וגזל-אייל כללו נקודת מוצא אחת – ולא מתחם – לנסיבות הטיפוסיות המתוארות. כך, לדוגמה, בעבירת ההתפרצות הציעו קנאי וגזל-אייל עונש מוצא של 15 חודשי מאסר בפועל ומאסר על תנאי, אם נלוותה לעבירה גם גנבה (נסיבה טיפוסית לעבירה זו).⁴⁴ עונש מוצא כזה – נקודה – מעניק לשופט עוגן בכואו לגזור את הדין אך לא תוחם את גבולות ההתחשבות בנסיבות האחרות, כפי שעושה שיטת המתחמים.

בסופו של דבר הוחלט כי על השופט לקבוע מתחם לענישה, ולא נקודה, משני טעמים. הטעם הראשון הוא תאורטי. אם העיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה, המבוסס על עקרונות הגמול, האשם והמידתיות – האם אפשר "לתרגמו" למספר אחד? פרופ' רות קנאי העירה כי "קשה לדבר על עונש הולם מדויק; אין לנו כלים למדוד בהם כדייקנות את חומרת העבירה ואת חומרת העונש; לכן, בהכרח, נכון יותר לדבר על מתחם של עונש הולם".⁴⁵ כאמור, השאלה של קביעת עונש כמתחם או כנקודה נובעת מהקביעה שהשיקול הראשון בקביעת העונש המתאים הוא הגמול. לאחר ההכרעה בנושא עקרוני זה צריך היה להחליט

41 הרעיון לקבוע מתחם הלימה עלה לראשונה בדיון ביום 1.2.2010, ונדרן גם בדיון ביום 2.3.2010.

42 ראו קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט", עמ' 171.

43 סעיף 1(ב) בפרק העקרונות של עמדת הרוב קבע כי "בקביעת מתחם התגובה העונשית ההולמת יש להתחשב בסוג הערך החברתי שנפגע, במידת הפגיעה בערך המוגן, בנסיבותיו העובדתיות של המעשה, עברו של הנאשם ובנסיבותיו האישיות, וכן בנזק שנגרם לקורבן העבירה". מעבר לכך לא הייתה הוראה אופרטיבית שהתייחסה למתחם ענישה.

44 רות קנאי ואורן גזל-אייל "בחירת עונשי מוצא – שיטה ויישום" פורסם באתר ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת (2010).

45 קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט", עמ' 155. פרופ' קנאי הייתה חברה בוועדת גולדברג וליוותה את הדיונים בוועדת החוקה חוק ומשפט. בוועדת החוקה היא התייחסה לכך: "כאשר בוועדת גולדברג, למיטב זכרוני, דיברו על טווח – קראו לזה 'מתחם הענישה' – הרעיון התחיל לאו דווקא בנקודה שהזכרתי קודם [רמת הסטייה או חריגה; המחברים], אלא מתוך מחשבה בעקבות נורבל מוריס [...]. שאנחנו לא יודעים, לא יכולים לקבוע נקודה מסוימת כעונש הולם. מה שאנחנו יכולים לקבוע זה איזה טווח של עונש הולם [...] הלימה היא משהו שאנחנו לא יודעים לומר כנקודה, אלא אנחנו יודעים לומר כטווח" (דיון בוועדה ביום 1.2.2010, 30).

איך "מתרגמים" את הגמול לעונש שנגזר על הנאשם. מצד אחד ניצבה התאוריה של המלומד נורוול מוריס בעניין "limiting retributivism", שלפיה שיקולי גמול יכולים לקבוע רק את מסגרת הענישה – הרף העליון והרף התחתון.⁴⁶ אף שפרייס מציין בצדק כי התאוריה של מוריס רחבה ועמומה במקצת (ולכן הובילה לכמה שיטות שונות של הבניית ענישה), פרייס מציג ומפתח את התאוריה של מוריס. לטענתו, עקרון הגמול תוחם את גבולות העונש "ההולם" – עונש שאינו חמור מדי ואינו מקל מדי, עד כדי כך שהוא אינו ראוי. בתוך הגבולות הרחבים הנקבעים על ידי עיקרון הגמול, יש להתבסס על שיקולי הענישה האחרים כדי לשקלל את העונש המתאים הסופי.⁴⁷

מהצד האחר ניצבה התאוריה של פון-הירש ואשוורת', שככלל מקובל להציבה כמנוגדת לזו של מוריס,⁴⁸ שלפיה הלימה יכולה להביא רק לעונש מסוים אחד.⁴⁹ במובן זה, התבססה הצעת החוק המקורית על המודל של פון הירש ואשוורת', שלפיו הוועדה קובעת נקודת ענישה שהולמת את העבירה, ואז השופט רשאי להעלות או להוריד את העונש בהתאם לנסיבות מחמירות או מקלות (aggravating and mitigating factors). נעיר כי פון-הירש התמקד בכתיבתו בחשיבות של סולם ענישה שיסדיר את היחס המוסרי בין עבירות שונות. עד היום לא נעשתה קביעה מחדש של העונשים המרביים הקבועים בספר החוקים של

Norval Morris, *Punishment, Desert and Rehabilitation*, in SENTENCING (Hyman Gross 46
and Andrew von Hirsch eds., 1981)

Richard Frase, *Limiting Retributivism*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY 47
:AND POLICY 135-136 (Andrew Ashworth, Andrew Von Hirsch, Julian Roberts, ed., 2009)

"As for desert, however, he [Morris] argued that this concept is inherently too imprecise (and perhaps also too lacking in political and philosophical consensus [...]) to precisely define the sentence; it can only establish rough other limits, an allowable sentencing range, beyond which penalties would be widely seen as clearly undeserved (i.e., either excessively severe or excessively lenient) [...] Within those broad ranges of desert, other punishment goals, acting as 'guiding principles' will interact to 'fine-tune' the sentence."

Richard Frase, *Punishment Purposes*, 58 STANFORD LAW REVIEW 67 (2005). Also ראו

Matthew Haist, *Deterrence in a Sea of Just Deserts: Are Utilitarian Goals Achievable in a World of Limiting Retributivism*, 99 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 789, 806 (2009)

נציין כי הצגה זו מפשטת במידה מסוימת את התאוריות שלהם, שכן גם פון-הירש ואשוורת' 48
טענו במקום אחר, כי אי-אפשר "לתרגם" את עקרון הגמול לנקודת ענישה מסוימת (Hirsch
& Ashworth, PROPORTIONATE SENTENCING, לעיל ה"ש 4, עמ' 142). לעתים החוקרים אינם
מנהלים דו-שיח על אותו נושא אף שאחרים מפרשים כך את המחלוקת ביניהם.

"Whereas von Hirsch and Ashworth insisted that proportionality could provide a single, 49
determinate punishment in particular cases, Morris assumed that it could only set very loose limits on the court's pursuit of instrumental goals in sentencing" (Thorburn and Bottoms של
Manson, *The Sentencing Theory Debate* 287). ראו לעניין זה גם את ניתוחו של
למחלוקת בין פון-הירש למוריס: הוא רומז שפון-הירש תמך בעבר בכך שגמול יכול להגביל
את עונשי המקסימום והמינימום אך נטש עמדה זו (Anthony E. Bottoms, *Five Puzzles in von Hirsch's Theory of Punishment*, in FUNDAMENTALS OF SENTENCING THEORY: ESSAYS IN
.HONOUR OF ANDREW VON HIRSCH 60 (Andrew Ashworth & Martin Wasik, eds., 1998)

מדינת ישראל כדי שהעונשים יהיו "הולמים" במונח הזה.⁵⁰ לכן, בסופו של דבר, נותרה לבית המשפט מלאכה זו של קביעת מדרג ענישה.

ההכרעה בתיקון 113 הייתה שהמסגרת הכללית של מוריס – הלימה כמתחם – היא שמתאימה יותר להדריך את השופט: אף שהגמול יכול לקבוע את הגבולות של העונש ההולם, לא מתאים לומר שהעונש ההולם הוא נקודה אחת ובלעדית. אפשר להבין שעונש מסוים הוא גבוה מדי ושעונש אחר הוא נמוך מדי, אבל קשה "לתרגם" את העונש ההולם לנקודה אחת – למספר מסוים של חודשי מאסר.

הטעם השני להעדפה של מודל המתחם הוא מעשי, וגם הוא קשור לעיקרון המנחה בענישה – עקרון ההלימה, המשקף גמול ומידתיות.⁵¹ קביעת מתחם מחייבת את השופט לקבוע, בעת שהוא מתחיל במלאכת גזירת הדין, איזה עונשים נראים לו מוגזמים, הן לחומרה והן לקולה, ובכך הוא מציב לעצמו את גבולות הענישה. בדרך זו מגיעים לתוצאה הרצויה – הבניית הליך החשיבה של השופט בגזירת העונש באופן שקוף לציבור ולערכאת הערעור, כדי שאפשר יהיה להשוות בין מתחמים במקרים דומים וכדי שתהיה אמירה נורמטיבית היוצרת ודאות. לעומת זאת, כאשר השופט מתייחס לנקודה ויכול לסטות ממנה ללא הגבלה בשל רשימה ארוכה של נסיבות, הן כאלה הקשורות לחומרת העבירה ולאשמו של העבריין והן כאלה הקשורות לנסיבות שאינן קשורות למעשה העבירה, אי-אפשר לחלץ מרשימה ארוכה זו את הגמול שכל שופט רואה כנכון למעשה.

בתוך גבולות הגמול, עבריינים שונים יכולים לקבל עונשים שונים בהתחשב בשיקולים אחרים (כגון הרתעה, שיקום, רחמים וכו'), ובעקרונות אלה דנה ועדת החוקה במשך לא מעט ישיבות. הוועדה דנה רבות גם בשאלת השיקולים האמורים להשפיע על תפיסת הגמול לעבירה (המחלוקת הבולטת בעניין זה הייתה לגבי מיקום העבר הפלילי).⁵² הקביעה שלפיה העונש ההולם ייקבע כמתחם ולא כנקודה אפשרה למחוקק לתחום את המשקל שיש לתת לכל אחד מהשיקולים.⁵³

50 Andrew Von Hirsch, PAST OR FUTURE CRIMES: DESERVEDNESS AND DANGEROUSNESS AND Proportionality: Determining, ובמיוחד פרק 4: in THE SENTENCING OF CRIMINALS (1985) or Limiting?, ופרק 8: Anchoring the Penalty Scale). נוסף על כך הדגיש פון-הירש את החשיבות של עונשים חלופיים והשקיע מאמץ רב לבנות מודל סולם של עונשים המבוסס על תאוריות הגמול (על עקרון ההלימה כמדרג אורדינלי של חומרה ראו אורן גול-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר 1 ו-6 (תשע"ג)). הצעת החוק ובעקבותיה חוק ההבניה לא התייחסו לנושא זה, ובסופו של דבר עקרון ההלימה שבתיקון 113 מתייחס בעיקר לעונשי מאסר, תוך התייחסות משנית לעונשי קנס (בסעיף 40 לחוק); העונשים האחרים – תכניות של צדק מאחה, טיפול בקהילה ועוד – נשארו "מחוץ" לעקרון ההלימה.

51 הצגת ההכרעה בין נקודה למתחם נעשתה בוועדה ביום 2.3.2010, 6-7.

52 ראו, לדוגמה, את דיוני הוועדה בימים 15.6.2010, 29.7.2010 ו-22.11.2010.

53 פרופ' קנאי בדיון ביום 2.3.2010, עמ' 10: "לשאלה אם זה מתחם או נקודה יש משמעות לגבי הנסיבות שאינן קשורות. אם אנחנו מדברים על מתחם, אז הנסיבות שאינן קשורות צריכות להיות בתוך המתחם. זה אולי יותר מגביל, יותר מסודר ויותר מורה דרך מאשר אם אנחנו

3. מי יקבע את מתחמי הענישה?

המחלוקת האחרונה שהשפיעה על עיצוב החוק הישראלי הייתה בשאלה איזה גורם יקבע את עונש "המוצא" ההולם את העבירה. שאלה זו קשורה גם לשאלה הראשונה: ככל שההנחיה היא במילים בלבד, מתחייב מכך שהשופט הוא שיקבע את העונש ההולם; ככל שהעונש ההולם נקבע כמספר, גם גורם חיצוני לתיק יכול לקבוע את עונש המוצא. הגורם החיצוני יכול להיות המחוקק או ועדה חיצונית (שהרכבה יכול להשפיע מאוד על העונש). כאמור, ההצעה הממשלתית ביקשה להקים ועדה חיצונית שבה ישבו שופטים בדימוס, עובדי מדינה מהתביעה, נציגים מהסנגוריה, משירות המבחן, מהמשטרה ומלשכת עורכי-הדין, אנשי אקדמיה, שימונו כולם על ידי שר המשפטים. ועדה זו תקבע עונשי מוצא לעבירות, בנסיבות שונות. לפי ההצעה היו עונשי המוצא אמורים לקבל אישור של ועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת.

המחוקק החליט להשאיר את שיקול הדעת בידי השופטים ולא להקים ועדה שתקבע עונשי מוצא. פורמלית, ההחלטה שהתקבלה הייתה לפצל את הצעת החוק כך שהכנסת תוכל להמשיך לדון בסעיפים העוסקים בקביעת עונשי מוצא על ידי ועדה חיצונית.⁵⁴ החלטה זו לא נומקה לעומק בדיונים בוועדת החוקה חוק ומשפט או במליאת הכנסת והתקבלה בעיקר מאחורי הקלעים. לגורמים שונים היו הצדקות שונות לויתור על הרעיון של עונשי המוצא: היו שחששו כי קביעת עונש ערטילאי על ידי ועדה תביא להתמקדות בעבירה ולא באשם העולה מנסיבות ביצועה, ולהחמרה בענישה; אחרים חששו שיש בהקמת הוועדה משום הוצאה של הליך גזירת הדין מידי השופטים ופגיעה בתפקיד מובהק שלהם; היו שחששו מפגיעה במחוקק, שכן בוועדה ישבו אנשים שאינם נבחרים ויקבעו עונשים; אחרים חששו מכוחו של שר המשפטים למנות אנשים כרצונו ולשלוט באמצעותם במדיניות הענישה. היו גם סיבות פרקטיות לשלילת הרעיון: הוא לא היה מונע מחברי כנסת להגיש הצעות חוק לתיקונים בענישה בלי להתחשב בעבודת הוועדה. נוסף על כך, אחרי בירור מול משרד המשפטים התברר שלא נקבעו בממשלה אמצעים ותקצוב לוועדה באופן שתוכל לבצע את תפקידה כראוי.⁵⁵

לבסוף, הייתה תחושה שלמרות הביקורת על פערי ענישה שאינם מוצדקים, השופט הוא הגורם הראוי ביותר לקבוע את העונש ההולם לנאשם, גם במקרים פרטניים וגם בהנחיות כלליות. יש לזכור כי העיקרון המנחה של ההלימה מבוסס לא רק על גמול שהוא מעין "תג מחיר" לעבירה שבוצעה, אלא גם על האשם המוסרי של העבריין הספציפי. גם אם אפשר לקבוע תג מחיר לעבירה "טיפוסית" בהתבסס על חומרת המעשה, בהשוואה לחומרה של עבירות אחרות, ברוב המקרים אין כמעט אפשרות לקבוע באופן מופשט את האשם של העבריין המסוים, ולכן בכל מקרה יהיה השופט חייב להתייחס לאשם העולה מנסיבות

אומרים נקודה ואז הנסיבות שאינן קשורות יכולות להוות חריגה [...] מהבחינה הזאת המתחם סוגר את זה יותר יפה. אפשר להתווכח אם זה ראוי או לא ראוי."

54 ראו לעיל ה"ש 40.

55 לשם השוואה, תקציב הוועדה האנגלית לענייני ענישה (Sentencing Council) הוא כ-1.5 מיליון פאונד לשנה לערך.

הביצוע של העבירה.⁵⁶ מכאן, שקביעה של עונש מוצא במקרה פרטני, הנובע מעקרון ההלימה "הרחב" הכולל את אשמו של הנאשם, מתאימה יותר לקביעה של שופט באותו מקרה ולא לקביעה על ידי ועדה.⁵⁷

גם לעניין שאלות רוחב של רף הענישה הראויה לא הובאו לפני הוועדה ראיות שיש יתרון בקביעת מתחמים על ידי ועדה חיצונית, בהשוואה לשופטים עצמם. ועדה המורכבת מנציגים שלכל אחד מהם אג'נדה מוסדית אחרת לא בהכרח תביא לתוצאות טובות יותר או צודקות יותר בנוגע לרמת הענישה, בהשוואה לשופטים המביאים בחשבון את כל העמדות. כפי שצוין לעיל, בוועדה חיצונית תיתכן השפעה של גורמים פוליטיים, לפחות באמצעות מינוי ההרכב. לכאורה יכול היה להיות לוועדה חיצונית יתרון של משאבים על שופט יחיד, אך כאמור לא הוקצו לוועדה המשאבים הנדרשים לעבודה משמעותית וציבורית בנושא הענישה. לכן, בסופו של דבר, תיקון 113 הותיר לשופטים הן את גזירת העונש במקרה הספציפי והן את קביעת רף הענישה הראוי – כפי שהיה גם קודם לתיקון.

שלוש ההכרעות שתוארו לעיל – הנחיית בית המשפט במילים, הותרה של קביעת העונש מתחילתו ועד סופו בידי בית המשפט והכרעה שעקרון ההלימה בא לידי ביטוי במתחם ולא בנקודה – שינו את הליך גזירת הדין. המחוקק הכריע כי גזירת הדין תבצע בהנחה עצמית של המערכת השיפוטית, כך שהשופטים עצמם יפתחו את רמות הענישה, אגב בעיות ושאלות המתעוררות במציאות. ההפרדה לשלבים והחיוב להתייחס בראש ובראשונה לנסיבות של ביצוע העבירה, בצורה נקייה, טרם שקלול הנסיבות האישיות של הנאשם, מאפשרת לבית המשפט להביע את עמדתו באשר לערכים המוגנים וליצור סולם ענישה, וכן להתייחס בצורה ממוקדת יותר לנתונים האובייקטיביים של העבירה. כל אלה היו צריכים להביא גם לשינוי של הליך הביקורת בערכאת הערעור, המנחה את הערכאות הדיוניות. הן דרך הניתוח והן חובת ההנמקה היו צריכות למצוא ביטוי, תוך התאמות, בעבודה של ערכאת הערעור: ראוי היה שערכאה זו תביע את עמדתה באשר למתחם שנקבע בערכאות הדיוניות ואף תקבע מתחמים מנחים לערכאות הדיוניות. קביעת מתחמים מנחים עשויה הייתה להגשים את מטרת האחידות הראויה כלפי נאשמים שעברו עבירות מסוימות בנסיבות דומות, ולאפשר בקרה מנומקת ושקופה באשר לערכים המוגנים שנפגעו בביצוע העבירה.

ג. מחשבות על תפקידה של ערכאת הערעור לאחר התיקון

אנו סבורים כי החוק הביא לפתחה של ערכאת הערעור הזדמנות שהיא מחמיצה. כמו כן, החוק הביא לפתחה שני תפקידים חדשים ייחשבים שראוי כי היא תפתח: הראשון – להביע עמדתה בפסק הדין באשר למתחם שנקבע בערכאות הדיוניות; השני – לקבוע באופן יזום ומפורש לערכאות הדיוניות מתחמים מנחים בעבירות מסוימות.

נקדים ונעיר שלטעמנו אין חובה על ערכאת הערעור לכתוב פסק דין מנחה ומפורט בכל תיק; עניין זה נתון לבחירתו של בית המשפט. במסגרת שיקול הדעת שתפעיל ערכאת

56 כפי שיוסבר להלן, יש עבירות שמידת השונות בהן בנסיבות הביצוע של העבירה היא נמוכה מאוד, דוגמת החזקת סכין או שהייה בלתי־חוקית. בעבירות כאלה דווקא אפשר לקבוע באופן מופשט מתחם שיחול על הרוב המוחלט של נסיבות ביצוען.

57 Haist, *Deterrence*, 807, לעיל ה"ש 47.

הערעור, עליה להביא בחשבון גם את עבודת הערכאות הדיוניות, ולעתים תצטרך להמתין להצטברות של עבודה שיפוטית בעלת היקף ניכר בערכאות אלה כדי שתוכל להתייחס אליה. מכל מקום, אין להצדיק גישה המתעלמת ככלל מהתפקיד המנחה שהביא לפתחה החוק. התפקיד הראשון הוא התפתחות טבעית והכרחית של התפיסות הקיימות של ערכאת הערעור ושל בית המשפט העליון בתפיסתו את עצמו כערכאה מנחה. ידועה ההלכה שלפיה ערכאת הערעור מתערבת בעונש שנגזר על הנאשם רק במקרים חריגים. בפסק הדין בעניין סעד, שהיה הראשון לנתח בהרחבה את התיקון לחוק, התייחס השופט סולברג להלכה זו וקבע כי היא עומדת על כנה גם לאחר כניסת התיקון לתוקף:

עיקרו של דבר, דומני, ההלכה הנוהגת באשר להתערבות ערכאת הערעור בעונשו של נאשם תיותר על כנה גם לאחר חקיקתו של תיקון 113. קרי, גם בעידן שבא לפתחנו תוסיף דרך הכלל להיות שערכאת הערעור לא תתערב בעונש שהושת על-ידי הערכאה הדיונית, אלא אם העונש סוטה במידה קיצונית מרמת הענישה הראויה, או כאשר נפלה טעות מהותית בגזר הדין, או בנסיבות מיוחדות אחרות אשר יצדיקו חריגה מהכלל [...]⁵⁸

העמדה שצוטטה לעיל מלמדת שתיקון 113 לא יגרום לבית המשפט שלערעור להיכנס לנעלי הערכאה הדיונית ולגזור את דינו של הנאשם מחדש (de novo). הכבוד לשיקול הדעת של הערכאה קמא ושיקולים מעשיים הנוגעים להיקף העבודה של ערכאת הערעור אכן מצדיקים בחינה של גזר הדין באמצעות מתחם סבירות מסוים. עם זאת, הלכה זו אינה יכולה להצדיק, עיונית או מעשית, אי-התייחסות למתחם העונש ההולם בעת דחייה של ערעורים על חומרת העונש או על קולתו. ההפך הוא הנכון: כיצד יבחן בית המשפט את סבירות התוצאה הסופית בלא לשוות לנגד עיניו את מתחם הענישה הראוי? מבחינה אנליטית אי-אפשר לבחון את סבירות התוצאה שאליה הגיעה הערכאה הדיונית בלי לקבוע מהו מתחם העונש ההולם. על כן, על פי סדר הדברים הרצוי, בדחותה את הערעור הייתה ערכאת הערעור צריכה להביע את עמדתה בפסק הדין באשר למתחם הראוי, ולאחר מכן להגיע לניתוח של סבירות העונש עצמו. נוסף גם כי ההלכה שצוטטה לעיל התפתחה על רקע היעדרם של כללים משפטיים מחייבים בנוגע להטלת העונש, ואפשר לעיין בה שנית – וודאי להתאימה – למצב המשפטי החדש הקובע כללים מחייבים בנוגע לגזירת הדין.

עמדה זו נכונה בעינינו גם כשבית המשפט בוחר הסדר טיעון, כפי שקורה ברוב התיקים הפליליים הנדונים בארץ.⁵⁹

58 עניין סעד, לעיל ה"ש 3, 14-15.

59 הנושא של הסדרי טיעון חורג ממאמר זה, אך נפרט מעט נוכח המרכזיות של מוסד זה במשפט הפלילי הישראלי. טיב הזיקה שבין הסדרי טיעון לבין חוק הבניית שיקול הדעת בענישה אכן טרם הוסדר בחקיקה, אך היה ברור לכל המעורבים בהליך החקיקה שיש לתת את הדעת לזיקה שבין שני הנושאים. בתחילת הדיונים בוועדת החוקה חוק ומשפט ציין היועץ המשפטי לממשלה כי הנושא של הסדרי טיעון משתלב היטב בחוק, שכן כל הסדר אמור להיות מאושר על ידי בית המשפט "וכאשר בית המשפט י שקול את אישור הסדר הטיעון, הוא ישקול בהתאם לאמות המידה, לפי הצעת החוק שאנחנו דנים בה כעת" (דיון מיום 21.12.2009, 10). ולא זו

נזכיר כי גם לפני התיקון ראה בית המשפט העליון את תפקידו ככולל התערבות לא רק בעונש אלא לעתים גם בהנמקה:

אף זו: הוא הוסיף ואמר שכך נכון גם לעניין נקודת המוצא של הצדדים המנהלים משא ומתן בעניין הסדר, ולכן ההסדר שבחוק יבהיר את הדברים גם בנוגע להסדרי טיעון. במהלך הדיונים בתיקון 113 פנתה ועדת החוקה לשר המשפטים כדי שייתן את הדעת לזיקה שבין הנושא של הסדרי טיעון (שגם בעניינם הייתה מונחת הצעת חוק על שולחן הוועדה (הצ"ח הממשלה התש"ע, 1362)) לבין הבניית שיקול הדעת בענישה. הוועדה קיבלה, באמצעות שר המשפטים, התייחסות מוועדת סדר הדין הפלילי בראשות נשיאת בית המשפט העליון דהיום, מרים נאור. הצעת החוק הממשלתית קבעה כי בית המשפט יחרוג מהסדר הטיעון אם ההסדר פוגע מהותית בטובת הציבור. ועדת נאור סברה שיש להוסיף להצעה סעיף שלפיו, כדי לברוק אם הסדר הטיעון פוגע מהותית בטובת הציבור, "[...] יבחן בית המשפט האם קיים איוון הולם בין ההקלה בעונש הניתנת לנאשם במסגרת הסדר הטיעון לבין התועלת שבהסדר הטיעון לאינטרס הציבור; לעניין זה 'הקלה בעונש' – הפער שבין העונש שהיה נקבע לנאשם לפי עקרונות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, המנויים בסימן א'1 לפקדון לחוק העונשין, התשל"ז-1977, לבין העונש שעליו הוסכם בהסדר הטיעון". ועדת החוקה החלה לדרון בהצעת החוק בעניין הסדרי טיעון, ועמדה זו של ועדת נאור הובאה לוועדת החוקה על ידי הממשלה כעמדתה הרשמית בנושא. הטיפול בהצעה נקטע עקב הבחירות לכנסת העשרים. על היחס המתחייב בין הסדרי טיעון לתיקון 113 אפשר ללמוד גם מתיקון 66 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, שעניינו הסדר לסגירת תיק מותנית, שנחקק באותה עת. בתיקון 66, שהוא למעשה הסדרה של הסדרי טיעון בעבירות קלות, ללא פיקוח של בית המשפט וללא רישום פלילי, קבע המחוקק מפורשות יחס בין הסדרי טיעון לבין מתחמי הענישה. החוק קובע, ראשית (בסעיף 67א(ד) לחוק סדר הדין הפלילי), כי תובע לא יסגור תיק בהסדר כזה אם העונש המתאים לנאשם, לדעת התובע, לפי הסעיפים שעניינם הבניית שיקול הדעת בענישה, כולל מאסר בפועל; שנית, החוק קובע, בסעיף 67ג(ב) לחוק סדר הדין הפלילי, כי "לשם קביעת תנאי ההסדר יתחשב התובע בעיקרון המנחה בענישה, בשיקולי הענישה ובנסיבות הקבועים בסימן א1 לפקדון לחוק העונשין". אם כן, גם הסדר טיעון בזעיר אנפין בעבירות קלות, שתנאיו תחומים ומדודים, צריך להביא בחשבון את ההוראות בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה. קל וחומר כך, בעניינו, בהסדרי טיעון בתחומים מורכבים יותר. לדעתנו, בחינת סבירות העונש – במקרה של הסדר טיעון "סגור" שבו הסכימו הצדדים על עונש מדויק, וגם קביעת העונש – במקרה שבו הסכימו הצדדים על תקרת ענישה או טווח ענישה, צריכה להיעשות, בין היתר, ביחס למתחם העונש ההולם והעונש המתאים שהיו נקבעים לולא ההסדר. רק כך אפשר לבחון לאחר תיקון 113 את מדיניות הענישה הנהוגה, את מדיניות הענישה הראויה ואת טובת ההנאה שניתנה לנאשם – בהתאם להלכת פלוני (ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 577). נדגיש כי בחינת העונש בהתייחס למתחם ההולם והעונש המתאים אינה ממצה את מכלול השיקולים של בית המשפט כמו, למשל, הרצון לחסוך ממתלוננים עדות בבית משפט, הסדרי עד מדינה ועוד. מכל מקום, ודאי שאין מדובר בשתי מערכות שיקולים נפרדות שאין ביניהן קשר. נקודת המוצא – שבהשוואה אליה גם התביעה וגם בית המשפט בוחנים את סבירות העונש שיוטל על הנאשם במסגרת הסדר טיעון – היא המתחם ההולם לפי תיקון 113 והעונש המתאים בגבולותיו. ודוק: אין כל מניעה כי הסדר הטיעון יחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבר שיימצאו נימוקים ראויים לכך. לעמדה דומה ראו אורן גזל-איל "חריגה ממתחם העונש ההולם", לעיל ה"ש 11.

לעיתים נוקטת הערכאה הראשונה בהנמקה ראויה, אך העונש שהיא מטילה, בסופו של דבר, אינו משקף נכונה את ההנמקה. במקרה זה נתערב, תוך שנדגיש כי שיקוליה של הערכאה הראשונה היו ראויים אך המסקנה שהוסקה אינה מתבקשת מהם. לעיתים נוקטת הערכאה הראשונה בהנמקה בלתי ראויה, אך העונש שהיא מטילה הוא עונש ראוי. במקרה זה לא נתערב בעונש שהוטל, אם כי נעמיד דברים על מכונם ונציין את ההנמקה הראויה.⁶⁰

לכן, גם כשערכאת הערעור אינה ממצה את הדין עם הנידון, ובוחנת את העונש שנגזר במונחים של סבירות – ואף אם היא מותירה את עונשו של הנידון על כנו – עליה להביע את עמדתה באשר למתחם שנקבע, שהוא שורש ההנמקה.

נעיר כי שיטת המתחמים מאפשרת לקבל ערעור, לקבוע את המתחם המתאים – ועדיין לא למצות את הדין עם הנאשם (כלומר: להשית עליו עונש קל יותר מהעונש המתאים, במסגרת המתחם, מהטעם שערכאת הערעור אינה ממצה את העונש). כך, למשל, בפרשת ארקאן⁶¹ קבע בית המשפט העליון מתחם גבוה מזה שקבעה הערכאה הדיונית, ותוך שהשית עונש חמור יותר על הנאשם ציין כי אינו ממצה את הדין בתוך המתחם.

יתרה מזו: באמצעות המתחם בית המשפט יכול לדחות ערעור ובה בעת להעמיד את רמת הענישה על מכונה. הדבר מודגם בפסק הדין **מדינת ישראל נ' סלימאן**⁶². בית המשפט המחוזי קבע כי המתחם בעבירות הנשק שבהן הורשע הנאשם נע בין שישה חודשים של עבודות שירות לעשרים חודשי מאסר, והשית על הנאשם עבודות שירות. בערעורה טענה המדינה, בין היתר, כי מתחם זה אינו משקף את הענישה הראויה או הנוהגת. השופטת ארבל ערכה בפסק הדין דיון מעמיק במתחם הראוי ואחריו העמידה את המתחם בגבולות שבין שנת מאסר אחת לשלוש שנות מאסר. עם זאת, היא החליטה לדחות את ערעור המדינה ולהותיר את עונשו של הנאשם על עבודות שירות, משמצאה כי יש לחרוג בעניינו מהמתחם ההולם בשל חריג השיקום. אם כן, שיטת המתחמים החדשה מאפשרת להעמיד מדיניות נכונה על מכונה תוך הבחנה בין ההנמקה הקשורה לאשם העולה מהעבירה בנסיבותיה לבין נסיבותיו האישיות של הנאשם.

גם התפקיד השני שנוצר לערכאת הערעור כתוצאה מהמודל הייחודי של חוק ההבניה – קביעת מתחמים מנחים באופן יזום לערכאות הדיוניות – אינו זר לבית המשפט העליון. גם לפני התיקון לא נרתע בית המשפט העליון מהחמרה ניכרת בעונש ומשיגור מסר מנחה גם בענייני ענישה. כך עשה, למשל, בעניין בניזרי בכל הנוגע לעבירות שחיתות⁶³ וכך עשה, להבדיל, בעניין אבולקיעאן ביחס לתופעת המרדפים, אותם מקרים של נהיגה פרועה

60 ע"פ 344/79 מג'ר נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 93 (1979).

61 ע"פ 5841/14 מדינת ישראל נ' ארקאן (פורסם באר"ש, 8.7.2015). בית המשפט המחוזי קבע בתיק הריגה מתחם של שש עד עשר שנות מאסר, וגזר על הנאשם שמונה שנות מאסר. בערעור קבע בית המשפט העליון כי המתחם אינו משקף את חומרת העבירה ואת מידת האשם של הנאשם, ולכן קבע מתחם שבין שמונה ל-15 שנות מאסר. לאחר שקבע את המתחם התחשב השופט שהם בנסיבות האישיות של הנאשם וגזר עליו 11 שנות מאסר, תוך שציין כי הוא אינו ממצה את הדין "כדרכה של ערכאת ערעור המקבלת ערעור תביעה על קולת העונש".

62 ע"פ 4945/13 מדינת ישראל נ' סלימאן (פורסם באר"ש, 19.1.2014).

63 ד"פ 5651/09 בניזרי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 26.7.2009).

ומסוכנת כדי לברוח מהמשטרה. בעניין זה נאמר במפורש כי "אנו מצפים כי רמת הענישה אותה אנו מכתבים תיושם בפועל על ידי ערכאות קמא"⁶⁴. במישור זה, תקוות המחוקק – כפי שהשתקפה לדעתנו בדיוני הוועדה – הייתה שעם הזמן יקבלו ערכאות הערעור החלטות לעניין מתחמים שאליהם תוכל הערכאה הראשונה להתייחס בעתיד, ותהיינה גם עבירות שערכאת הערעור תסדיר. כך נעשה, למשל, בעניין השוהים הבלתי־חוקיים: בסדרה של תיקים נקבעו מתחם ענישה לעבירת השהייה הבלתי־חוקית לצורכי פרנסה⁶⁵ ומתחם ענישה לעבירה של שהייה בלתי־חוקית על רקע קרבה משפחתית לתושבים ישראלים.⁶⁶ אם כן, בית המשפט יכול לאסוף כמה תיקים של ביצוע עבירה מסוימת, בנסיבות שונות, ולפסוק הלכה בעניינה של עבירה זו. כך, למשל, יש באנגליה מסורת רבת־שנים של guideline judgments, שבהם בית המשפט לערעורים מתייחס ביסודיות לסוגיות שונות בענישה ולעיתים קובע, בפסק דין אחד, כמה מתחמי ענישה לעבירות טיפוסיות, כולל רשימה של נסיבות טיפוסיות המשפיעות על העונש ההולם.⁶⁷ כך, לדוגמה, בשנת 2009 ניתח בית המשפט לערעורים את עבירת הפריצה בפסק דין מנחה. השופטים קבעו הנחיות כלליות, ובהן שני מתחמים לעבירה הטיפוסית בנסיבות טיפוסיות (מתחם של תשעה עד 18 חודשים ומתחם של 18 חודשים עד ארבע שנים). בית המשפט ציין רשימה של נסיבות אופייניות לעבירה. לאחר מכן, בהתאם להנחיות, דן בית המשפט בשישה ערעורים – ולא שינה את העונש שהוטל באף אחד מהתיקים.⁶⁸ אשוורת' כתב בעניין זה על בית המשפט לערעורים באנגליה:

This approach had the advantage of providing judges with a framework within which they can locate the individual case, without depriving them of the discretion to deal differently with a case which has unusual features. The guidance is also narrative, having the familiar form of an appellate court's judgment rather than presenting a stark table of numbers.⁶⁹

אפשר להגיע לתוצאה דומה גם באמצעות התאמת הכללים בדבר מתן רשות ערעור לתיקון 113, כך שמתחמים מנחים ייקבעו, מדי פעם, גם בתיקים של בית המשפט השלום; נתייחס לכך בהמשך. הציפייה לקביעת מתחמים מנחים בערכאת הערעור הייתה משותפת למי שליווה את הליכי החקיקה, לרבות רוב האקדמאים בתחום, שעמדו על החשיבות המיוחדת

64 ע"פ 2410/04 מדינת ישראל נ' אבולקיעאן (פורסם באר"ש, 11.11.2004). ראו גם ע"פ 10253/08 עטאונה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 22.09.2009).

65 רע"פ 3677/13 אלהרוש ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.12.2014).

66 רע"פ 3242/13 ג'ראדאת נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.12.2014), שנדון עם עניין אלהרוש, שם.

67 אשר ל־ guideline judgments באנגליה ראו ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE 38 (6th Ed 2015); לעניין השימוש בפסקי דין מנחים בענישה באוסטרליה – THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, GLOBAL RESEARCH CENTER, SENTENCING GUIDELINES, 3-9 (2014).

68 R v. Saw and others CRIM 1 (EWCA 2009)

69 Andrew Ashworth, *Techniques for Reducing Sentence Disparity*, in PRINCIPLED SENTENCING (2009) 243.

של ערכאת הערעור כגורם מדריך בקביעת מתחם העונש ההולם,⁷⁰ והשופטים של הערכאה הדיונית, שהניחו כי ערכאת הערעור תתקן שגיאות בקביעת מתחם העונש ההולם או באיזון בין שיקולי הענישה האחרים, באופן שיתרום לאחידות בענישה במקרים דומים.⁷¹ אכן, קביעה של מתחם ענישה דורשת נטילת אחריות מתוך ראייה כללית וניתוח של ערכים חברתיים, של חשיבותם ושל היחס בינם לבין ערכים חברתיים אחרים, וכן ניתוח הנזק שנגרם לערכים הללו ומידת האשם של מי שגרם לנזק. אין בערכאת הערעור – שהיא בעלת ראייה כללית ורחבה – המתאימה לכך. מן הסתם, נושא השוויון המהותי בענישה מעסיק את ערכאת הערעור לא פחות מאשר את המחוקק והציבור, הן בתפקידה כשומרת על זכויות האדם והן בתפקידה כמקדמת את אמון הציבור במערכת השפיטה.

ד. הקשיים שתיקון 113 מציב לפני ערכאת הערעור

כפי שנתאר להלן, עד היום לא שינתה ערכאת הערעור את דרכה במידה ניכרת כדי להתאים את עצמה לחוק החדש ולתפקידה לפיו. בית המשפט העליון חזר פעמים רבות בפסיקתו על החשיבות של גזירת הדין בערכאות הדיוניות בהתאם לתיקון 113, גם אם לעתים הביע ספקות והרהורים לגבי התיקון.⁷² עם זאת, כפי שנראה בהמשך, הוא עצמו נמנע ככל האפשר מקביעת מתחמים.

להבנתנו, מה שעומד ביסוד הקושי של שופטים בערכאת הערעור⁷³ לפעול לפי המתבקש מהתיקון לחוק הוא המתח – שהתקיים תמיד אך מועצם כעת – בין שני תפקידיו של בית

70 רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 196, 4 (2013).

71 עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 4, 6 (2012).

72 פסקה ו' לדברי השופט רובינשטיין בעניין סעד, לעיל ה"ש 3: "ואשר לתיקון 113, עודו צעיר לימים (נכנס לתוקף ב-10.7.12) והלקחים הימנו עורם בחיק העתיד. הדעת נותנת כי לימים ייבדק מה פעל התיקון מבחינת 'עשיית הסדר' בנושא הענישה, הן באשר להאחדה ככל הניתן בגזירת הדין בבתי המשפט והן במעגל הפנימי של התיקים. ייבחן אז בודאי האם ההשקעה הגדולה של משאבי זמן שיפוטי ושל משאבי חשיבה שהוליד התיקון היא מוצדקת, או שמא בסופו של יום 'מפטירין כדאשתקד', ו'עולם כמנהגו נוהג';" פסקה ג' לדברי השופט רובינשטיין בע"פ 3609/14 מדינת ישראל נגד אלסין (פורסם בנבו, 20.10.2014): "ועוד, והדברים נאמרים בלא שאכביר מלים נוכח התוצאה, על בתי המשפט לכבד את הוראת המחוקק שבתיקון 113, גם אם יש לגביה הרהורים כאלה ואחרים, ולקבוע מתחם ענישה ככל משפטו וחוקתו"; פסקה 16 לדברי השופט שהם בע"פ 5806/13 מדינת ישראל נגד בן גיאת (פורסם בנבו, 17.6.2014): "כבר הערנו, לא אחת, כי אין זה ראוי 'לדלג' על המתווה שנקבע בתיקון 113, שלפיו מדובר בתהליך תלת שלבי של גזירת העונש [...] זוהי מצוות המחוקק ויש לקיימה כל עוד עומדת הוראה זו בתוקפה".

73 נציין כי בשל מגבלות המחקר לא קראנו את כל הפסיקה המחוזית, ולכן התייחסנו במאמר זה רק לתגובה של בית המשפט העליון לתיקון. ההתרשמות הכללית שלנו מקריאת חלק מפסקי הדין – וכך גם עולה משיחות עם שופטים בבית המשפט המחוזי – היא שאותו קושי מתעורר גם אצל בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור.

הַמִּשְׁפָּט הָעֲלִיּוֹן כְּעֲרַכַּת עֲרֵעוֹר פְּלִילִית: קְבִיעַת הָעוֹנֵשׁ הַמֵּתָאִים בַּמִּקְרָה מִסוּיִם וְקְבִיעַת עֲנִישָׁה נוֹרְמָטִיבִית:

בֵּית־מִשְׁפָּט זֶה קוֹבֵעַ בַּמִּסְקָנוֹתָיו לֹא רַק אִם הָעֲנִישָׁה שֶׁנִּקְבְּעָה מֵתָאִימָה לַמִּקְרָה הַסְּפָצִיפִי אֲלֵא הוּא גַם קוֹבֵעַ בַּפְּסִיקָתוֹ נוֹרְמוֹת עֲנִישָׁה, הַמִּשְׁמָשׁוֹת מוֹרֵה־דָרֶךְ לְשׁוֹפְטִים כְּכֹל פְּסִיקָה בְּעֵתִיד.⁷⁴

מֵתַח זֶה מֵתְקִיִּים בְּעֲרַכַּת הָעֲרֵעוֹר בְּכֹל תַּחֲוִמֵי הַמִּשְׁפָּט, שֶׁכֵּן לְעֵתִים בֵּית הַמִּשְׁפָּט חֹשֶׁ שֶׁפְּתָרוֹן לַמִּקְרָה מִסוּיִם דוֹרֵשׁ סִטִּיָּה מֵהֶנְחִיָּה הַכְּלָלִית, אֲךָ הוּא בְּכֹל זֹאת מִבְּקֵשׁ לְהַדְגִּישׁ אֶת הֶנְחִיָּה הַכְּלָלִית. בְּעֲנִישָׁה, הַמֵּתַח שְׁבִין הַקְּבִיעָה הַנּוֹרְמָטִיבִית לְבִין הַהֲכָרָעָה בְּתֵיק סְפָצִיפִי הִיָּה חֶזֶק מֵאֵז וּמֵתָמִיד:⁷⁵

כֹּאשֶׁר בֵּית הַמִּשְׁפָּט שֶׁלְּעֲרֵעוֹר הוּא הַקּוֹבֵעַ גַּם אֶת הֶנְחִיָּה הַכְּלָלִית, יֵשׁ חֹשֶׁ שֶׁסִּטִּיָּתוֹ מֵהַנּוֹרְמָה תִּפְגַּע בָּהּ: לְעֵתִים נִמְנָע בֵּית הַמִּשְׁפָּט מֵעִשִּׂיַת צֹדֵק בַּמִּקְרָה הַקּוֹנִקְרָטִי מֵתוֹךְ חֹשֶׁשׁ לְפִגְיעָה בַּנּוֹרְמָה הַכְּלָלִית. הַחֹשֶׁשׁ הוּא שֶׁ"פְּתָרוֹן צוֹדֵק בַּמִּקְרָה חֲרִיג עֲשׂוּי לְהַבִּיא לְפְתָרוֹן לֹא צוֹדֵק בַּמִּקְרָים דוּמִים שֶׁאִינֵם נִיתָנִים לְאַבְחוֹן מִמִּקְרָה חֲרִיג זֶה."⁷⁶

תִּיקוֹן 113 הָעֲצִים לְכַאוֹרָה אֶת הַמֵּתַח הַזֶּה, מֵאַחַר שֶׁהֵלִיךְ הַמְּנוֹמֵק וְשִׁטַּת הַמֵּתַחֲמִים מִדְּגִישִׁים אֶת הָאִמִּירָה הַנּוֹרְמָטִיבִית הַמְּנַחָה שֶׁבִּפְסֵק הַדִּין שֶׁל עֲרַכַּת הָעֲרֵעוֹר, מֵה שִׁיכּוֹל לְהַתְּפָרֵשׁ כְּנִסְגִּיָּה מֵעֲקָרוֹן הָעֲנִישָׁה הָאִינְדִּיבִידוּאִלִּית שֶׁשֶׁלֵּט בַּפְּסִיקָה.⁷⁷ כִּפִּי שֶׁצִּיִּינָה הַשׁוֹפְטַת אַרְבֵּל, מֵתַחַם הָעוֹנֵשׁ הַהוֹלֵם מְגַלֵּם "הַהֲכָרָעָה עֲרַכִּית הַמְּבוֹסֶסֶת עַל שִׁקוֹלִים שׁוֹנִים, כֹּאשֶׁר

74 ע"פ 150/87 מדינת ישראל נ' צייקובסקי, פ"ד מ"א(4) 492, 496 (1987).

75 הרתיעה אינה מיוחדת רק לישראל. להתייחסות לפסקי דין מנחים בסקוטלנד ראו, Cyrus Tata, *The Struggle for Sentencing Reform: Will the English Guidelines Spread?*, in SENTENCING GUIDELINES: EXPLORING THE ENGLISH MODEL (Andrew Ashworth and Julian V. Roberts, eds., 2013). Tata טוען כי עקב חוסר שיתוף פעולה של מערכת המשפט עם הנחיות בענישה על ידי ערכאת הערעור, היה "איום" שתוקם Sentencing Council שתקבע הנחיות ענישה, ולכן הבטיחה מערכת המשפט לעשות שימוש מוגבר בכלי זה. אכן, ממש לאחרונה הוקמה בסקוטלנד מועצת ענישה (www.scottishsentencingcouncil.org.uk).

76 רות קנאי "הנחיות לקביעת גזרי-הדין בפסיקת בית המשפט העליון" משפטים כ"ד 97, 141 (התשנ"ד).

77 אשר למדיניות הענישה האינדיבידואלית שבפסיקה ראו, למשל, את דבריו הממציים של השופט דנציגר בפסקאות 5-6 לפסק דינו ברע"פ 3173/09 פראגין נגד מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.5.2009): "מדיניות הענישה הנ"ל שהתווה בית המשפט המחוזי בבאר-שבע אינה עולה, לטעמי, בקנה אחד עם עקרון הענישה האינדיבידואלית שהינו עקרון יסודי בשיטת המשפט העונשית הנוהגת בישראל [...] על פי עקרון זה כבוא בית המשפט לגזור את דינו של נאשם, שומה עליו להפעיל את שיקול דעתו ולבחון כל מקרה לגופו של עניין, תוך התחשבות בנסיבותיו האישיות של הנאשם ועברו הפלילי ולאזנם אל מול נסיבות ביצוע העבירה וחומרתה. אין להפעיל אמת מידה עונשית זהה לגבי כל נאשם ונאשם שכן נבדלים הם ביניהם בנסיבותיהם האישיות, בעברם הפלילי ובנסיבות ביצוע העבירה וחומרתה".

מדיניות הענישה הנהוגה בעבירה הנדונה הוא רק אחד מהם.⁷⁸ הכרעה ערכית זו היא אמירה מחייבת באשר למתחם העונש ההולם בתיקים זהים או דומים דיים, ובעל משמעות תקדימית גם עבור תיקים חמורים יותר או קלים יותר, בנסיבותיהם.

נוסיף על המתח הזה את בחירתו המודעת של המחוקק לקבוע שהנסיבות האישיות של הנאשם יישקלו, ככלל, על ידי בית המשפט בתוך המתחם. אמנם גם שיקולי ענישה מובהקים (כמו הרתעה) וגם נסיבות אישיות מחמירות (כמו עבר פלילי) רוסנו באותו אופן, ויש נסיבות אישיות שעשויות להישקל בקביעת המתחם (כמו גיל צעיר והבנה לקויה) – ובכל זאת בחר המחוקק לאפשר להקל עם הנאשם בשל נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה רק משיקולי שיקום. בחירה זו מעוררת אצל שופטים תחושה של הצרת-יתר של שיקול הדעת במקרים שבהם הנסיבות האישיות יוצאות-דופן אך אין שיקול אמתי של שיקום. מן הסתם, מתח זה מגביר את חששה של ערכאת הערעור מההנחיה הכללית של פסיקותיה ומתוקפן המחייב. מתח זה שבין ההנחיה הכללית שבפסק הדין לבין הקביעה הקונקרטית עשוי להתעצם במקרים של ערעורי מדינה על קולת העונש, וזאת לאור ההלכה שלפיה בית המשפט שלערוור אינו ממצה את הדין עם הנאשם ולא מטיל עליו את העונש שהיה צריך להיגזר עליו מלכתחילה על ידי הערכאה הדיונית. כפי שנאמר לעיל, יהיו מקרים שבהם אפשר יהיה לבטא את אי-מיצוי הדין במסגרת המתחם החדש. עם זאת, לעתים קביעת מתחם חדש בערכאת הערעור והשתת עונש על הנאשם בתוך מתחם זה אכן עשויה להביא למיצוי הדין עם הנאשם, בניגוד לנהוג בערכאת הערעור.

לכסוף, אין לשכוח שקביעת מתחם היא עניין הדורש משאבים שיפוטיים, ודאי כשהיא נעשית בצורה ראויה. כדי לקבוע מתחם על בית המשפט להעמיק בפסיקה ולהציג ממצאים באשר לרמת הענישה הנהוגת בפסק הדין. לאחר מכן עליו לבחון אם הפסיקה הנוהגת ראויה בעיניו ואם הערכים הנפגעים עקב ביצוע העבירה ומידת הפגיעה בהם מחייבים שינוי של מידת הענישה הנהוגת. מובן שלא בכל פסק דין יש צורך בהעמקה יתרה לקביעת המתחם ולא בכל תיק נדרש לעשות זאת; מכל מקום, ככל שיש צורך בסיוע במחקר ובאיסוף חומר, ראוי – ועקרון הפרדת הרשויות גם תומך בכך – שהרשות השופטת תדאג לכך באמצעות הקצאת עוזרים או חוקרים.⁷⁹ גם בתיקים עקרוניים אחרים הבאים לפני בית המשפט, בתחומי משפט אחרים, לעתים נדרש להקצות תשומות שיפוטיות מיוחדות וזמן רב ללימוד חומר. אין מקום להנחה שתיקי ענישה אינם זכאים לאותה השקעה של משאבים שיפוטיים.

עמדנו לעיל על המתח שבין ההכרעה האינדיבידואלית לבין הפסיקה המנחה של ערכאת הערעור. עם זאת, נציין כי חלק ממאפייני החוק דווקא מקלים על המתח שתואר בין הענישה האינדיבידואלית לבין קביעת נורמות מחייבות. ראשית, קביעת שיקולי הענישה והאיזון הנכון ביניהם בחוק הקטינו את הקושי שבהפעלת שיקול הדעת, שכן זה אינו נעדר אמות-מידה

78 ע"פ 1323/13 חסן נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינה של השופטת ארכל (פורסם בנבו, 5.6.2013).

79 התקציבים הנדרשים לוועדה מקצועית-חיצונית יכולים להיות מוקצים ליחידת מחקר ברשות השופטת.

מנחות כמו המצב שקדם לתיקון⁸⁰; שנית, החוק מחייב התחשבות בענישה הנהוגה ומכאן שלא נברא עולם חדש ולא מוכר. נוסף על כך, החוק מאפשר מרחב של שיקול דעת, גם בהנחה שנקבעים מתחמים בעלי עוצמה נורמטיבית: ראשית, המתחמים שערכאת הערעור קובעת קשורים לאשם העולה מהנסיבות של ביצוע העבירה, וכשהנסיבות שונות המתחם מהווה עבור הערכאות הדיוניות נקודת התייחסות בלבד; שנית, לאחר קביעת המתחם עדיין אפשר לסטות ממנו מטעמי שיקום או הגנה על שלום הציבור; שלישית, בשיטת המתחמים עצמה יש גמישות הנובעת מהמנעד שבין הרף התחתון לרף העליון; רביעית, ככל שמדובר במתחמי קנסות, החוק קובע כי בקביעת המתחם עצמו יש להתחשב ביכולת הכלכלית של הנאשם.⁸¹ כאמור, מאפיינים אלה מרכיבים את החשש הנובע מהצרה מסוימת של שיקול הדעת בעניין הנסיבות האישיות. הצרה זו נעשתה בכוונה תחילה, כדי להביא לתוצאה הרצויה של אחידות בענישה. רף הענישה הנמוך במתחם הוא העונש הנמוך ביותר הראוי לפי עקרון ההלימה. ככלל, הנסיבות האישיות (ככל שאינן משפיעות על עיקרון האשם) לא יגברו עליו אלא במקרה של שיקום.

כמו כן, לאחרונה יצר בית המשפט העליון, בעניין **לופוליאנסקי**, סדק בהסדר שבחוק והתיר חריגה מהמתחם "בשל שיקולי צדק" במקרים "חריגים ונדירים",⁸² כך שהמתחם שתיארנו לעיל מתעמעם.⁸³ נעיר כי לדעתנו יש לנהוג זהירות רבה בחריגה זו, כפי שנראה כי הפסיקה אכן נוהגת עד עתה.⁸⁴ ככל ששופטים שונים חשים חמלה באופן שונה וחורגים מהמתחם, נחזור למצב הלא רצוי הקודם. נדגים זאת בהתייחסות לביקורתו של השופט ליברדרו, המביא

80 היועץ המשפטי לממשלה העיר כי התמקדות בנאשם וחוסר שיטתיות בגזירת הדין יכולים להביא לעתים לסטייה מוגזמת לקולה (דיון ביום 21.12.2009, 8).

81 ראו סעיף 44 לחוק, הקובע כי אם "קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב [...] במצבו הכלכלי של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם".

82 ע"פ 4456/14 **לופוליאנסקי נ' מדינת ישראל** (פורסם באר"ש, 29.12.2015).

83 בהקשר זה יוזכר כי ביום 4.7.2016 עברה בקריאה ראשונה בכנסת הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשע"ו-2016, ה"ח הממשלה התשע"ו 1078. בין היתר מוצע בהצעה לאפשר לבית המשפט לחרוג מהמתחם לא רק מטעמי שיקום, אלא גם בהתקיים "נסיבות חריגות שאינן קשורות לביצוע העבירה", כדי למנוע "עיוות דין". לא נרחיב בעניין זה, אך נעיר שיש לנסח – ולאחר מכן ליישם בפסיקה – חריג נוסף זה בזהירות רבה, כך שלא ישמש פתח רחב לסיכול ההבניה.

84 במועד הכתיבה של מאמר זה עברו חודשים מעטים בלבד מאז פסיקת בית המשפט בעניין **לופוליאנסקי**, פרק זמן שאינו מאפשר לבחון כראוי את ההשפעה של הלכה זו על הפסיקה. עם זאת, מאז פסק הדין הרגיש בית המשפט העליון בכמה החלטות ופסקי דין את יחודיות המצבים שבהם צריכה לחול הלכת **לופוליאנסקי**. ראו ע"פ 3259/15 **ברק נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 30.3.2016); רע"פ 2844/16 **ביאלה נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.4.2016); ע"פ 4301/15 **פינטו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 6.8.2016) ודנ"פ 623/16 **פינטו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 8.2.2016). לא ידוע לנו על מקרים רבים שבהם השתמשו הערכאות הדיוניות בהלכה זו. למקרה שבו נעשה שימוש בהלכה, מוצדק על פניו, ראו ת"פ 17250-10-15 **מדינת ישראל נ' בראשי** (פורסם בנבו, 30.6.2016).

כמה דוגמאות לתיאור הבעיה שהוא רואה בתיקון 113.⁸⁵ בין היתר העיר השופט ליברדו כי חוסר היכולת לחרוג ממתחם בהיעדר שיקולי שיקום עלול להעמיד את השופט לפני בעיה מצפונית, ולחייבו להשית מאסר בפועל כשאינו מאמין שהדבר ראוי – רק בגלל הלכה שנפסקה בערכאה גבוהה יותר. אולם, דווקא במקרים דומים מאוד, בהיעדר שיקולי שיקום, אין זה ראוי ששופט אחד יגזור על נאשם מאסר בפועל ושופט אחר יגזור, במקרה כמעט זהה, עונש שאינו כולל מאסר בפועל. זו הסיבה לחקיקת התיקון: למנוע עונשים שונים מהותית כשהאשם העולה מנסיבות הביצוע של העבירה הוא דומה מאוד ואף זהה, רק משום ששופט החליט להתעלם מהמתחם בשל שיקולים כלליים כגון תפיסת מסוימת של חמלה. לכן, ככל שמתייחסים לחששות בגין הצרת שיקול הדעת בענישה, יש לזכור מה המחיר של שיקול דעת רחב מדי.

לסיכום עניין זה: לדעתנו הקשיים שאפשר היה לצפות מראש ניתנים לפתרון על ידי ערכאת הערעור בכלל ובית המשפט העליון בפרט. התועלת שבנטילת תפקיד מנחה של הבניית שיקול הדעת בענישה, והגשמת מטרת החוק לענישה צודקת ושוויונית יותר, עולה לאין ערוך על הקשיים.

ה. יישום תיקון 113 בפסיקת בית המשפט העליון

חלק זה של המאמר מבקש לבחון ולתאר כיצד בית המשפט העליון ממלא את שני תפקידיו כפי שתיארנו לעיל בפרק ג' – להתייחס למתחם שנקבע בערכאה הדיונית ולקבוע באופן יזום מתחמים מנחים. כאמור, תיקון 113 העביר את כובד המשקל ממתכונת של ועדה לקביעת עונשי מוצא אל בתי המשפט עצמם, שהיו צפויים לקבוע מתחמים למעשי העבירה שלפניהם. הציפייה הייתה שעם הזמן ילך ויתגבש גוף פסיקה מפורט וברור של מתחמי ענישה שיאושרו על ידי ערכאות הערעור, ובעיקר על ידי בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים – הן בערעורים פליליים על גזרי דין של בתי המשפט המחוזיים והן בבקשות רשות ערעור על עונשים שגזרו בתי משפט השלום.

היחס של הערכאה הדיונית למתחם הענישה הוא ברור ומוכתב מפורשות על ידי סעיף 140 לחוק: בית משפט הבא לגזור את דינו של נאשם נדרש לקבוע טווח ענישה המציג את המתחם ההולם, לשיטתו, את עובדות המקרה שלפניו. לעומת בית המשפט הדיוני, פסק דינה של ערכאת הערעור אינו חייב אנליטית לכלול עמדה באשר למתחם שקבעה הערכאה הדיונית. כך, כשטענות הצדדים נוגעות רק למיקום העונש בתוך המתחם או לחריגה ממנו, המתחם אינו חלק מהסכסוך שבין הצדדים לדיון וגם בית המשפט לא נדרש להכריע בדבר. מובן שאין בכך כדי לגרוע מסמכותו של בית המשפט להביע את עמדתו באשר למתחם. הדברים סבוכים מעט יותר כשהערעור תוקף את עמדת בית המשפט המחוזי באשר לחומרת או לקולת המעשים ובכך למעשה תוקף גם את מתחם העונש ההולם, במישרין או

85 יובל ליברדו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסניגור 197, 4 (2013). הדוגמא הראשונה (חלוף זמן של עשר שנים, הנאשם נעדר עבר פלילי, הודה בהזדמנות הראשונה ומטפל באמו החולה) יכולה להיפתר במסגרת החוק, שכן מדובר בנאשם ש"השתקם". לעניין עבירה של שהייה בלתי-חוקית בישראל, התיקים דומים מבחינת האשם והנסיבות וראוי שההלכה לגבי כולם תהיה דומה. אין בהתייחסותנו לעיל משום הבעת עמדה באשר לעונש ההולם עבירה זו.

בִּמְשַׁמְעָה. קְרִיאָה שֶׁל פְּסִיקַת בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן מִלְמַדְת שְׂכָאֶשֶׁר בֵּית הַמִּשְׁפָּט דּוֹחָה אֶת הָעֵרְעוֹר הוּא עוֹשֶׂה זֹאת בְּאֶחָת מִשְׁלוֹשׁ דְּרָכִים: (1) עַל כְּסִיס בְּחִינַת סְבִירוֹת הָעוֹנֵשׁ הַסּוֹפִי בְּלִבָּד, לֵאלֹא הִתְיַחֲסוֹת כִּלְשֶׁהִיא לְמִתְחַם שֶׁקְּבִיעָה הָעֲרַכָּא הַדִּיּוֹנִית; (2) תּוֹךְ הַבְּעַת עֲמְדָה מְרוּמְזֹת בְּאֶשֶׁר לְמִתְחַם; (3) תּוֹךְ אִישׁוֹר מְפּוֹרֵשׁ שֶׁל הַמִּתְחַם. כֹּאֲשֶׁר בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן מְקַבֵּל עֵרְעוֹר כְּאִמּוֹר, גַּם זֹאת הוּא עוֹשֶׂה כְּכֹלֵל בְּאֶחָת מִשְׁלוֹשׁ דְּרָכִים: (1) לֵאלֹא הִתְיַחֲסוֹת לְמִתְחַם שֶׁקְּבִיעָה הָעֲרַכָּא קְמָא; (2) תּוֹךְ הַבְּעַת עֲמְדָה שְׁלִילִית כִּלְפִי הַמִּתְחַם אֲךָ בְּלִי לְשִׁנּוֹתוֹ; (3) תּוֹךְ קְבִיעַת מִתְחַם חֲדָשׁ, הַשּׁוֹנָה מִזֶּה שֶׁקְּבִיעָה הָעֲרַכָּא הַדִּיּוֹנִית.⁸⁶

טַעֲנַתְנוּ הָעֵיִקְרִית בְּחֶלֶק זֶה שֶׁל הַמְּאֹמֵר הִיא שְׁבִית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן אִינוּ מְמַלֵּא כְּרֹאֵי אֶת תְּפִקִּידוֹ כְּעֲרַכָּא מְנַחָה, נִמְנַע כְּכֹל הָאִפְשֵׁר מְקַבִּיעַת מִתְחַמִּים שִׁיחִיבוּ אֶת הָעֲרַכָּאוֹת הַדִּיּוֹנִיּוֹת, וּפְעָמִים רַבּוֹת גּוֹזֵר אֶת הָעוֹנֵשׁ שֶׁלֹּא לְפִי הוֹרָאוֹת הַתִּיקוּן. תּוֹפְעָה זֹו בְּאֵה לְיָדֵי בִּיטוּי בְּמִיּוֹחַד בְּפִסְקֵי דִין שְׁבָהֵם הַנִּמְקָתוֹ שֶׁל בֵּית הַמִּשְׁפָּט אִינָה כּוֹלֵלֶת אִמִּירָה מְפּוֹרֶשֶׁת בְּאֶשֶׁר לְמִתְחַם – אִישׁוֹרוֹ (בְּמִקְרָה שֶׁל דְּחִיית הָעֵרְעוֹר) אוֹ קְבִיעַת מִתְחַם חֲדָשׁ (בְּמִקְרָה שֶׁל קְבֵלַת הָעֵרְעוֹר).

1. מְקָרִים שְׁבָהֵם בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן קָבַע אוֹ אִישׁוֹר מִתְחַמִּי עֲנִיֶּשֶׁה

כְּפִי שֶׁנִּרְאָה בְּהַמְשָׁךְ, בְּדִיקָה כְּמוֹתִית וְאִיכּוֹתִית שֶׁל פְּסִיקַת בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן מְצַבִּיעָה מְפּוֹרֶשׁוֹת עַל נְטִייה בְּרוּרָה שֶׁל בֵּית הַמִּשְׁפָּט לְהִימְנַע מְקַבִּיעָה אוֹ מְאִישׁוֹר שֶׁל מִתְחַמִּים בְּפִסְקֵתוֹ; בְּטָרֵם נִפְנָה לְבְּדִיקָה זֹו חֲשׁוֹב לְצִיּוֹן אֶת הַמְקָרִים שְׁבָהֵם מִיֵּלֵא בֵּית הַמִּשְׁפָּט כְּרֹאֵי אֶת תְּפִקִּידוֹ וְקָבַע אוֹ אִישׁוֹר מִתְחַמִּים.

בְּשָׁנִים שֶׁחֲלָפוּ מֵאֹז נִכְנַס הַתִּיקוּן לְתוֹקֶף קָבַע בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן בְּמְפּוֹרֶשׁ מִתְחַמִּים כְּכֹמָה מְקָרִים, כְּפִי שֶׁמְצוּפָה מִמֶּנּוּ בְּחֹק – הֵן בְּעֵרְעוֹרֵי מְדִינָה וּבְעֵרְעוֹרֵי נְאֻשִׁים שֶׁהִתְקַבְּלוּ⁸⁷

86 לְהֵלֵךְ רִשִׁימַת הַתִּיקוּם שְׁבָהֵם קָבַע בֵּית הַמִּשְׁפָּט הָעֵלְיוֹן מִתְחַמִּים בְּעֵרְעוֹרֵי מְדִינָה שֶׁהִתְקַבְּלוּ, מֵאֹז כְּנִיסַת הַתִּיקוּן לְתוֹקֶף וְעַד סוֹף שְׁנַת 2015: עֲנִיין סַעֲד, לְעִיל ה"ש" 3; ע"פ 2789/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' חֲמָדִי (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 4.8.2013); ע"פ 2674/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' הוּוֹאֵשׁ (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 22.1.2014); ע"פ 7046/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' זּוֹעֲבִי וְאֲח' (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 24.2.2014); ע"פ 6040/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' נַעֲמָאן (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 19.3.2014); ע"פ 5960/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' דְּנִיָּאֵל עוֹן (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 23.4.2014); ע"פ 1178/14 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' מִיכְלָאֲשׁוּיֵלִי (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 25.6.2014); ע"פ 3641/14 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' חֲסוֹנָה (פּוֹרְסֵם בְּאֲר"ש, 2.7.2014); ע"פ 1613/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' פְּלוֹנִי (פּוֹרְסֵם בְּאֲר"ש, 27.8.2014); ע"פ 3113/14 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' אֲבוּ חֲאֲטֵר (פּוֹרְסֵם בְּאֲר"ש, 17.11.2014); ע"פ 3063/13 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' סַעֲאִידָה (פּוֹרְסֵם בְּאֲר"ש, 5.2.2015); ע"פ 7349/14 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' פְּלוֹנִית (14.5.2015); ע"פ 5998/14 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' פְּלוֹנִי (2.7.2015); עֲנִיין אֲרַקָּאן, לְעִיל ה"ש" 61; ע"פ 1261/15 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' יוֹסֶף דְּלָאֵל (3.9.2015); ע"פ 5030/15 מְדִינַת יִשְׂרָאֵל נ' פְּלוֹנִי (פּוֹרְסֵם בְּאֲר"ש, 3.12.2015).

87 לְתִיקוּם שְׁבָהֵם נִקְבְּעוּ מִתְחַמִּים בְּעֵרְעוֹרֵי מְדִינָה שֶׁהִתְקַבְּלוּ רְאוּ לְעִיל ה"ש" 86. בְּמִאֲמֵר זֶה הַתְּמַקְדְּנוּ בְּסִקְרִיהַ שִׁטְתִּית שֶׁל עֵרְעוֹרֵי מְדִינָה וְלֹא בְּעֵרְעוֹרֵי נְאֻשִׁים, וְלִכֵּן אֵין בִּידֵינוּ מִיַּדַע מְמַצָּה לְגַבִּי עֵרְעוֹרֵי נְאֻשִׁים. עִם זֹאת, לְעֵרְעוֹרֵי נְאֻשִׁים שְׁבָהֵם קָבַע בֵּית הַמִּשְׁפָּט מִתְחַם חֲדָשׁ רְאוּ, לְמִשְׁל, ע"פ 7655/12 פִּיִּסֵּל נ' מְדִינַת יִשְׂרָאֵל (פּוֹרְסֵם בְּנָבוּ, 8.4.2013) וְע"פ 9062/12 אוֹשְׁרֵי חֲבָה נ' מְדִינַת יִשְׂרָאֵל (פּוֹרְסֵם בְּאֲר"ש, 10.6.2014).

ולעתים נדירות אף בערעורים שנדחו.⁸⁸ כך, לדוגמה, בע"פ 5960/13 מ"י נ' דניאל עון הורשע הנאשם בכך שהצית בית עסק שבו עבד על רקע סכסוך עם מעסיקיו, בזמן ששהו עובדים במקום. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם עומד על שנתיים עד ארבע שנות מאסר והשית על הנאשם שלושים חודשי מאסר בפועל. בערעורה טענה המדינה, בין היתר, כי מתחם זה זהה למתחמים שאושרו זה מכבר על ידי בית המשפט בעבירות הצתה קלות יותר. בית המשפט קיבל טענה זו, ולאחר שעמד על נסיבות התיק והפסיקה הנוהגת קבע כי מתחם העונש ההולם צריך לעמוד על שלוש עד שש שנות מאסר. לבסוף העמיד בית המשפט את עונשו של הנאשם על שלוש וחצי שנות מאסר, בין היתר משום שערכאת הערעור אינה ממצה את העונש עם הנאשם כשהיא מחמירה בעונשו.

בית המשפט גם אישר מספר רב של מתחמים שקבעו הערכאות הדיוניות. קצרה היריעה מלסקור את כולם, אך פטור בלא כלום אי-אפשר. במקרים של הצתות רכב אושרו מתחמים של שנתיים עד ארבע שנות מאסר⁸⁹ ושלוש עד חמש שנות מאסר⁹⁰; במקרה של שוד אשה באמצעות איומים בסכין אושר מתחם של שלוש עד שש שנות מאסר⁹¹; בעבירה של סיכון חיי אדם בנתיב תחבורה, בנסיבות של מרדף משטרתי, אושר בתיק שנסיבותיו קלות יחסית מתחם של שישה עד 24 חודשי מאסר⁹²; במרדף שנסיבותיו חמורות אושר מתחם של שלוש עד שש שנות מאסר⁹³; בתיק שעניינו חבלה בכוונה מחמירה באמצעות כמה דקירות אושר מתחם של שלוש עד שש שנות מאסר⁹⁴; בתיק של גרימת חבלה חמורה בנסיבות מחמירות,

- 88 לערעור נאשם שנדחה, שבו קבע בית המשפט מתחם משום שהערכאה המחוזית לא עשתה זאת, ראו ע"פ 291/13 אבראהים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 22.12.2013). לערעור מדינה שנדחה אך נקבע בו מתחם ראו ע"פ 4945/13 מדינת ישראל נ' סלימאן (פורסם באר"ש, 19.1.2014); במקרה זה קבע בית המשפט מתחם חדש אך סטה ממנו בשל שיקולי שיקום.
- 89 ע"פ 907/14 רחמים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 18.11.2014). בתיק זה אישור המתחם הוא מרומז יותר, ובית המשפט העליון (השופט רובינשטיין) קבע כי "עיון בפסיקת בית משפט זה מעלה כי מתחם הענישה שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי – שנתיים עד ארבע שנות מאסר – אינו חריג, ודאי לא באופן המצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור".
- 90 ע"פ 7496/12 זיתוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 24.6.2013). כאן ההתייחסות של השופט רובינשטיין למתחם היא ישירה יותר: "בהצטברות העבירות נראים לנו הן המתחם שקבע בית המשפט קמא והן תוצאת הכרעתו – ראויים".
- 91 ע"פ 3658/14 יליסייב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 23.1.2015). השופט סולברג קבע כי "בית המשפט המחוזי קבע את מתחם הענישה כדין, התחשב בכל השיקולים הצריכים לעניין, ועשה כן באופן מאוזן".
- 92 ע"פ 4894/13 סלע נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 23.1.2014). בתיק זה המערער לא ערער נגד המתחם אלא נגד העונש המתאים בתוך המתחם. למרות זאת נדרש השופט ג'ובראן למתחם וכתב: "מעבר לצורך, נציין כי בהינתן הערך החברתי הנפגע בעבירות דנא – סיכון שלום הציבור ונהיגתו הפרועה של המערער, מתחם הענישה שקבע בית המשפט המחוזי אכן הולם את חומרת העבירות בהן הורשע המערער".
- 93 ע"פ 1925/14 עלוש נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 8.2.2015). השופט סולברג קבע כי "מתחם הענישה שנקבע בעניין המערער ראוי והולם".
- 94 ע"פ 2581/15 מדינת ישראל נ' קריאף (פורסם באר"ש, 17.12.2015). השופט דנציגר קיבל את ערעור המדינה באשר לשאלת החפיפה או ההצטברות של המאסר על תנאי אך דחה את

באמצעות מכה עם מוט בראש הקרבן, אושר מתחם של 15 חודשי מאסר עד ארבע שנים;⁹⁵ במקרה של אינוס קטין אושר מתחם של שבע עד 12 שנות מאסר;⁹⁶ בתיק שעניינו מעשה מגונה בקטינה אושר מתחם של שנתיים עד חמש שנות מאסר;⁹⁷ בתיק שבו נהג נאשם ברשלנות, גרם לחבלה חמורה ולאחר מכן הפקיר את הנפגע אושר מתחם של שלושה עד תשעה חודשי מאסר לריצוי בפועל בגין הנהיגה והפגיעה, ומתחם של 18 עד 42 חודשי מאסר בגין עבירת ההפקרה.⁹⁸

2. דחיית ערעורים באמצעות ההלכה המגבילה את התערבות ערכאת הערעור בעונש

האמצעי הבולט ביותר המאפשר לבית המשפט שלא לקבוע או שלא לאשר מתחם היא ההלכה המגבילה את התערבות ערכאת הערעור בעונש שנגזר על הנאשם למקרים חריגים בלבד.⁹⁹ הלכה זו משמשת אמצעי להתעלמות מהקביעות הנורמטיביות של הערכאות הדיוניות באשר למתחם הענישה. פעמים רבות בית המשפט העליון בוחן ישירות את התוצאה הסופית, ומביע את עמדתו באשר לסבירותה, בלי להתייחס לקביעות של בית המשפט קמא באשר למתחם או לטענות הצדדים באשר למתחם זה. פסקי דין אלה, שבהם בית המשפט כלל אינו מתייחס לשאלת המתחם אלא אך דוחה את הטענות באשר לעונש הסופי שנגזר על הנאשם, נראים כאילו היו יכולים להינתן אף טרם תיקון 113. בית המשפט מתייחס לחומרת המעשים, לרמת הענישה הנוהגת ולטענות ספציפיות של המערער באשר לטעויות שנפלו בגזר הדין – בלי למקם טענות אלה במקום האנליטי הראוי להן לפי התיקון. ודוק: איננו טוענים שיש לשנות מן היסוד את ההלכה בדבר היקף ההתערבות של ערכאת הערעור (אף

טענותיה באשר למתחם: "יצוין כי לא מצאנו שנפלה שגגה בקביעת מתחם העונש ההולם על ידי הערכאה הדיונית".

95 ע"פ 6484/15 תלחמי נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 6.12.2015). השופט מזוז דחה את הערעור תוך שהוא מציין כי "דומה כי בנסיבות העניין לא חרג בית המשפט בקבעו את מתחם העונש הראוי מהענישה המקובלת בנסיבות דומות".

96 ע"פ 3479/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 23.7.2015). בתיק זה הוגש גם ערעור מדינה. שני הצדדים תקפו את המתחם שקבעה הערכאה הדיונית. השופט ג'ובראן דחה את שני הערעורים בקובעו כי "לא אחת אנו נתקלים בערעור כגון הערעור שלפנינו, במסגרתו מלינים הצדדים על גובה המתחם והעונש הנגזר במסגרתו, טענות שהן כתמונת מראה זו לזו. לרוב הצדדים מגיעים מוכנים עם פסיקות התואמות את טענותיהם, ולמעשה כל שנותר לבית המשפט הוא לאזן כראוי בין כלל השיקולים מכל הכיוונים. אנו סבורים כי המקרה שלפנינו הוא דוגמה טובה לאיזון ראוי בין המתחמים המוצעים מצד הצדדים וכן בין העונשים הנטענים".

97 ע"פ 3182/13 פרץ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 19.12.2013). השופט חיות קבעה כי "בהינתן המאפיינים של העבירות עליהם עמדתי לעיל ויתר נסיבות העניין, לא מצאתי כי נפלה שגיאה במתחם הענישה שקבע בית המשפט קמא".

98 ע"פ 2619/14 שעשוע נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 30.11.2014). השופט שהם אזכר את המתחם שנקבע וכתב כי "וסבורני כי בנסיבות העניין, מדובר במתחם סביר וראוי. כן הדבר לגבי המתחם שנקבע לגבי העבירות הנוספות".

99 ראו פסיקת בית המשפט בעניין סעד, בטקסט שליד ה"ש 58.

כי יש להתאימה למציאות שאחרי התיקון), אלא שבכל מקרה אין בהלכה זו כדי להצדיק הימנעות מהתייחסות להנמקת בית המשפט המחוזי ובעיקר למתחם הענישה. יש תיקים רבים מעין אלה;¹⁰⁰ נביא כאן אך דוגמה אחת. בע"פ 2185/13 מ"י נ' פלוני נדון עניינו של נאשם שהתפרץ לבית גרושתו והיכה אותה קשות. בית המשפט המחוזי קבע כי המתחם עומד על שלוש עד שש שנות מאסר בפועל והשית על הנאשם ארבע וחצי שנות מאסר בפועל. המדינה והנאשם שניהם ערערו על גזר הדין, כשהם טוענים במפורש לעניין גובה המתחם. בית המשפט דחה את שני הערעורים. כבואו לנמק את החלטתו כתב השופט פוגלמן:

הלכה היא כי אין ערכאת הערעור מתערבת בשיקול דעתה של הערכאה הדיונית בכל הנוגע לחומרת העונש שהוטל על נאשם, אלא במקרים חריגים שבהם נפלה טעות מהותית בגזר דינה של הערכאה הדיונית או שישנה סטייה ברורה ממדיניות הענישה המקובלת בנסיבות דומות [...]. אמנם, מוכן אני להניח שהעונש שנגזר על המערער (ארבע וחצי שנות מאסר) אינו על הצד הגבוה [...]. אך – על רקע אמות המידה שנקבעו בפסיקתנו – לא מצאנו כי מדובר בחריגה מן העונש הראוי במידה המצדיקה את התערבותנו.¹⁰¹

כך, אף על פי שהן המדינה והן הנאשם טענו מפורשות לעניין המתחם, בית המשפט נמנע מלדון בו או אפילו מלהתייחס לרמת הענישה הנוהגת, אלא התייחס רק לתוצאה הסופית של גזר הדין ולסבירותה. ברי כי היכולת להשתמש בפסק דין זה כפסק דין מנחה קטנה יחסית. אכן, אפשר להביאו כדוגמה לעונש שהתקבל על ידי בית המשפט העליון אך כיוון שאין בו התייחסות מפורשת למתחם, איבר פסק הדין את המעמד הנורמטיבי המנחה שאליו כיוון התיקון.

ודוק: שימוש זה בדוקטרינת הסבירות נוהג גם כשבית המשפט סבור כי חלה שגיאה בקביעת המתחם. בפסיקה נקבע: "משנמצא כי העונש שגזרה הערכאה הדיונית על המערער מצוי במתחם הסבירות, אין מקום להתערב בו גם אם נפלה שגגה על ידי הערכאה הדיונית בקביעת מתחם הענישה".¹⁰² פסקי דין המנומקים באופן זה משאירים את הקורא בתמיהה גדולה אף יותר כאשר למתחם שקבעה הערכאה הדיונית. אפשר לראות יישום של הלכה זו בע"פ 7430/13 טוחסונוב נגד מ"י, שם קבע בית המשפט המחוזי מתחם ענישה של עבודות

100 ראו, למשל, ע"פ 5316/13 בן עטא מסאלחה נ' מדינת ישראל (9.12.2013); ע"פ 1286/13 אבו ג'ומעה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.1.2014); ע"פ 2279/15 בורחוב נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 31.1.2016); ע"פ 1479/15 אידירס נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.1.2016); ע"פ 5143/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 20.1.2016); ע"פ 8280/15 גולאני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 28.3.2016); ע"פ 5900/15 מעוז נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 10.5.2016); ע"פ 6285/15 עוכל נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 19.5.2016); ע"פ 2844/14 אפללו נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 23.5.2016); ע"פ 6086/15 רשיד נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 18.7.2016).

101 ע"פ 1936/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 9.2.2014).

102 עניין בן עטא מסאלחה, לעיל ה"ש 100; וכן ע"פ 7430/13 טוחסונוב נגד מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 3.3.2014) וע"פ 448/14 מדינת ישראל נ' אזולאי (פורסם באר"ש, 24.11.2014).

שירות עד שנתיים מאסר והשית על הנאשם שבעה חודשי מאסר. הן המדינה והן הנאשם ערערו על גזר הדין; המדינה טענה מפורשות נגד מתחם הענישה. כך נימק בית המשפט את דחיית הערעורים, בפסקה האחרונה של פסק הדין שכתב השופט זילברטל:

בהתאם לאמות מידה אלו, אנו סבורים כי אין מקום להחמיר בעונשו של המערער, ובוודאי שאין כל מקום להקל בו, נוכח חומרת המעשים, זאת בהתחשב בהלכה לפיה אין ערכאת הערעור ממצה את הדין עם הנאשם. בית המשפט המחוזי כבר ייחס משקל לנסיבותיו האישיות של המערער ולתהליך השיקומי המשמעותי בו החל. חומרת מעשי המערער, מעשי אלימות קשים שנעשו בשל מה בכך, אינה מצדיקה הימנעות מהטלת מאסר בפועל. אך מנגד, נוכח אותן הנסיבות להן טוען המערער, והאפיק השיקומי אליו פנה, אנו סבורים כי אין מקום להחמיר בעונש. על כן, משנמצא כי העונש שגזרה הערכאה הדיונית על המערער מצוי במתחם הסבירות, אין מקום להתערב בו גם אם נפלה שגגה על ידי הערכאה הדיונית בקביעת מתחם הענישה.¹⁰³

ברי כי הקורא את פסק הדין לא יכול להסיק דבר לגבי מתחם העונש ההולם שקבעה הערכאה הדיונית. האם צדק בית המשפט המחוזי במתחם שקבע או שמא טעה? בכמה פסקי דין אפשר אף לראות יישום של דוקטרינת הסבירות על המתחם עצמו, ולא רק על העונש הסופי. כך, בע"פ 1902/14 מ"י נ' נתנוב קבעה השופטת חיות כי "לא מצאתי כי מתחם הענישה שקבע בית המשפט קמא במקרה דנן או העונש שהטיל בתוך אותו המתחם חורגים במידה כה ניכרת ממתחם הענישה המקובל והראוי או מן העונש המקובל והראוי עד כי עלינו להתערב בו".¹⁰⁴ בע"פ 907/14 רחמים נ' מדינת ישראל כתב השופט רובינשטיין כי "מתחם הענישה שנקבע על-ידי בית המשפט המחוזי – שנתיים עד ארבע שנות מאסר – אינו חריג, ודאי לא באופן המצדיק את התערבותה של ערכאת הערעור".¹⁰⁵ בע"פ 4592/15 פרידה נ' מ"י אמר השופט רובינשטיין מפורשות כי "יש לבחון האם מתחם הענישה [...] הוא מתחם סביר, ההולם את מתחם העבירה הנוהג", ולבסוף קבע כי "אין מקום להתערב בתחום הענישה שנקבע, 2-6 שנים אשר אינו גבוה לטעמנו".¹⁰⁶ החלה זו של הלכת איה התערבות ושל דוקטרינת הסבירות על מתחם הענישה אינה תואמת את מטרת התיקון ואת אופיו של המתחם עצמו כ"יצור נורמטיבי". בניגוד לעונש הסופי שנגזר על הנאשם, המתחם שהערכאה הדיונית קובעת הוא קביעה נורמטיבית שמבטאת איזון בין העקרונות הקבועים בחוק, ולכן על ערכאת הערעור לקבוע אם הוא נכון או לא – ולא אם הוא "סביר" או "אינו מצדיק את התערבות ערכאת הערעור". לדעתנו, קביעה כזו של ערכאת הערעור אינה מתיישבת עם התפקיד המנחה שלה כפי שהוא עולה מהחוק, והיא אינה מנחה את הערכאות הדיוניות באשר למתחם הנכון לעתיד לבוא. כך, לדוגמה, ברור שקשה לערכאה הדיונית לזקק אמירה מנחה מקביעת השופט רובינשטיין בעניין פרידה כי

103 עניין טוחסונוב, שם, בפסקה 8 לפסק הדין (ההדרגה הוספה).

104 ע"פ 1902/14 מדינת ישראל נ' נתנוב (פורסם באר"ש, 1.7.2014).

105 ע"פ 907/14 רחמים נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 18.11.2014).

106 ע"פ 4592/15 פרידה נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 8.2.2016).

המתחם של שנתיים עד שש שנות מאסר "אינו גבוה". האם המשמעות של אמירה זו היא שמתחם שתחתיתו שלוש או ארבע שנות מאסר גם הוא ראוי? יתר על כן: כפי שנסקף לעיל, מודל המתחמים נשען על התאוריה הכללית של מוריס. לפי תאוריה זו אמנם איננו יכולים לומר שהעונש הגמולי ההולם הוא "x" מדויק, אבל יש ביכולתנו לקבוע את הגבולות של עונש הולם זה, היינו: את מתחם הסבירות המקיף את נקודה x, הוא מתחם העונש ההולם. יש להכיר בעובדה שבכל קביעה של גבולות, מידות ומשקלות יש שרירותיות מסוימת, וכך גם בקביעת המתחם.¹⁰⁷ עם זאת, שרירותיות זו אינה פוטרת מהחובה לקבוע גבולות אלה. טשטוש הגבולות של המתחם באמצעות שימוש במבחן סבירות, הסובב את מתחם העונש ההולם, חוטא למודל התאורטי והיישומי שעליו החוק מבוסס ולחובה של בית המשפט להציב גבולות ברורים למתחם כדי להנחות את הערכאות דלמטה.

3. קבלה של ערעורי מדינה ללא קביעת מתחם חדש

המקרים שבהם ברור מאוד שבית המשפט העליון אינו ממלא את תפקידו כערכאת ערעור מנחה הם אלה שבהם הוא מקבל ערעור על חומרת או קולת העונש, בשל טענות הצדדים לגבי מתחם הענישה שקבעה הערכאה הדיונית – אך לא קובע בעצמו מתחם חדש ומסתפק בשינוי העונש הסופי.

אפשר למצוא פסקי דין כאלה הן בערעורי נאשמים על חומרת העונש והן בערעורי מדינה על קולת העונש. במסגרת המאמר בחרנו לבדוק את כל פסקי הדין של בית המשפט העליון שבהם התקבל ערעור מדינה על קולת העונש, ולבחון אם ואיך התייחס בית המשפט למתחם שנקבע בערכאה קמא.¹⁰⁸ הבחירה בערעורי מדינה, להבדיל מערעורי נאשמים, נובעת משתי סיבות, הראשונה טכנית יותר והשנייה מהותית. ראשית, מספר ערעורי המדינה הוא קטן יותר ולכן אפשר לנתחו באופן ממצה. שנית, וחשוב יותר: מדיניות התביעה היא לערער אך ורק במקרים של חריגה קיצונית מרף הענישה הנוהג.¹⁰⁹ צירוף של כלל זה עם הכלל שלפיו ערכאת הערעור אינה מתערבת בקלות בעונש, במיוחד לא בערעורי מדינה,¹¹⁰ מלמד שכאשר בית המשפט העליון בוחר להתערב לחומרה בעונש, בדרך כלל משמעות הדבר היא

107 ראו דבריו של השופט עמית ברע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, פס' 22 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 10.3.2013): "בכל קביעה של מועדים, מידות, ומשקלות יש מידה של שרירות, כגון בקביעת מועדי התיישנות של עבירות ועונשים (בג"ץ 5193/99 קיבוץ יחיעם נ' ממשלת ישראל, בעמ' 2 לפסק דינו של השופט מ' חשין (7.2.2000)). כך דרכו של המחוקק, כך גם דרכה של ההלכה, וכבר שנינו ולמדנו כי 'כל מידת חכמים כן, העמידוה יתד ולא תמוט' וכי 'שיעורין הם הלכה למשה מסיני' (בבלי ערוכין ד, א ירושלמי פאה א, א)."

108 רשימת ערעורי המדינה מתבססת על מידע ממערכת המחשוב של הפרקליטות. בדיקת פסקי הדין עצמם נעשתה באמצעות אתר הרשות השופטת (www.court.gov.il) ואתר נבו (www.nevo.co.il) בחודש פברואר 2016.

109 ע"פ 2646/15 מדינת ישראל נ' אבו בכר, פס' 1 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם באר"ש, 16.7.2015).

110 ראו, למשל, ע"פ 5717/14 מדינת ישראל נ' גרבאן, פס' 7 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 2.12.2014); ע"פ 403/16 מדינת ישראל נ' קוטוב ואח', פס' 20 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 21.6.2016).

שחלה טעות של ממש בהערכת הערכאה הדיונית את חומרת המעשה ואת אשמו של הנאשם, וכתוצאה מכך גם בקביעת מתחם הענישה ההולם. מכאן, שפסקי דין המקבלים ערעורי מדינה הם אכן בוחן אמיתי לאופן שבו בית המשפט תופס את תפקידו כערכאה מנחה לפי החוק. תיקון 113 חל על תיקים שבהם ניתנה הכרעת הדין רק לאחר כניסתו לתוקף ביום 10.7.2012¹¹¹. לפיכך, נדרשה תקופה מסוימת עד שערעורי מדינה על גזרי דין שניתנו לפי התיקון יוגשו ויידונו בבית המשפט העליון. כך, רק ביום 29.4.2013 ניתן פסק דין ראשון בערעור מדינה לפי התיקון, בעניין סעד שכבר הוזכר לעיל. ככלל, בשנת 2013 נידונו רק 12 ערעורי מדינה על קולת העונש לפי תיקון 113; בשנים 2014 ו-2015 גדל מספר זה במידה ניכרת – 59 תיקים ו-73 תיקים, בהתאמה.

בטבלה שלהלן מפורטים ערעורי המדינה בשנים 2013 עד 2015, בתיקים שבהם טענה המדינה, במפורש או במשתמע,¹¹² נגד מתחם העונש ההולם – והערעור התקבל גם מטעמים אלה, בפסק דין מנומק ושלא בהסכמת הצדדים. תיקים שבהם התמקד טיעון המדינה בשאלת החריגה מהמתחם או בעונש ההולם בתוך המתחם עצמו אינם מעניינינו כאן, וכך גם תיקים שבהם הערעור התקבל, אך טענות המדינה באשר למתחם נדחו.¹¹³ אפשר לראות בטבלה את שלוש הדרכים שבהן נימק בית המשפט את פסיקתו, בהתייחס למתחם. דרך ראשונה היא קביעת מתחם חדש; דרך שנייה היא הבעת עמדה גרידא כלפי המתחם, היינו: להעיר שהמתחם מקל מדי, אך בלי לקבוע מתחם חדש; דרך שלישית היא קבלת הערעור בלי להתייחס כלל בהנמקה למתחם עצמו אלא רק לחומרת העבירות ולרמת הענישה הנוהגת, כפי שנעשה טרם התיקון (ראו דוגמאות בהמשך).

111 ראו סעיף 3 לתיקון שעניינו "תחילה ותחולה", הקובע כי "תחילתו של חוק זה שישה חודשים מיום פרסומו; הוראות החוק העיקרי כנוסחון בחוק זה יחולו על הליכים שביום התחילה טרם ניתנה בהם הכרעת הדין".

112 ברוב המוחלט של פסקי הדין נאמר מפורשות כי המדינה חולקת על המתחם שנקבע בבית המשפט המחוזי. בפסקי דין אחרים ציין בית המשפט כי המדינה טענה באשר לחומרת העבירה ולרמת הענישה הנוהגת, אך לא ציין אם המדינה טענה מפורשות נגד המתחם. נעיר, מידיעתנו האישית (א.ג.), כי בערעורי מדינה שבהם המדינה חולקת על מתחם העונש שקבע בית המשפט המחוזי, המדינה מציינת טענה זו מפורשות בהודעת הערעור. אם כן, אי-אפשר לטעון שהיעדר ההתייחסות של בית המשפט למתחם בהנמקתו נעוץ בכך שהמדינה לא טענה לעניין זה.

113 תיקים שבהם התקבל ערעור מדינה, תוך שבית המשפט דחה את טענות המדינה כנגד המתחם, אינם רלוונטיים לחלק זה של הטיעון, משום שהם אינם מייצגים את אותה אמירה נורמטיבית ומנחה באשר לרמת הענישה הראויה שאנו סבורים שמתלווה לתיקים שבהם הערעור מתקבל עקב טענות נגד מתחם הענישה. כך או כך, מדובר בשלושה תיקים בלבד: בע"פ 4815/13 מדינת ישראל נ' אלעוקבי (פורסם בנבו, 1.1.2014). לא קבע בית המשפט המחוזי כל מתחם, ובית המשפט העליון דחה את טענת המדינה שהעונש חורג במידה קיצונית ממדיניות הענישה הראויה, אך קיבל את הערעור חלקית לאחר שהחליט לצבור חלק מעונש מאסר שנגזר על הנאשם בתיק אחר; בע"פ 1414/15 מדינת ישראל נ' אבוש פדר (פורסם בנבו, 15.4.2015). קבע בית המשפט כי מתחם הענישה "אינו חורג ממדיניות הענישה הנוהגת" והחמיר בתוך המתחם, כלי לציין מפורשות את הנמקתו להחמרה זו; בע"פ 1120/15 מדינת ישראל נ' חאלד תיתי (פורסם בנבו, 16.11.2015). היה בית המשפט "מוכן לאמץ" את המתחם שקבע בית המשפט המחוזי והחמיר בעונש בתוכו משיקולי הרתעה והרחקה.

ערעורי מדינה לפי תיקון 113 שהתקבלו על ידי בית המשפט העליון				
שנה	סך כל התיקים	ערעור המדינה התקבל ללא התייחסות למתחם	ערעור המדינה התקבל תוך אמירה שלילית לגבי המתחם אך בלי לקבוע מתחם חדש	ערעור המדינה התקבל ונקבע מתחם חדש
2013	4	1	1	2
2014	31	16	7	8
2015	40	18	16	6

הממצאים העולים מטבלה זו ברורים: רק במיעוט מתוך התיקים שבהם קיבל בית המשפט העליון את ערעורי המדינה כאשר לרמת הענישה הראויה הוא קבע מתחם חדש. בשנת 2014 כך היה בשמונה תיקים מתוך 31 (25.8%), ובשנת 2015 – בשישה תיקים מתוך ארבעים (15%). נוסף על כך, בשנת 2014 הביע בית המשפט העליון עמדה שלילית לגבי המתחם בלי לקבוע מתחם חדש בשבעה תיקים מתוך 31, ובשנת 2015 הוא עשה זאת ב־16 תיקים מתוך ארבעים. בשאר התיקים החמיר בית המשפט העליון בעונש בלי להתייחס למתחם כלל. להלן נבקש להביא כמה דוגמאות לפסקי דין הממחישים את אופן הפסיקה של בית המשפט; נדגיש שוב כי תיקים אלה הם התיקים שבהם תפקידו המנחה של בית המשפט אמור לבוא לידי ביטוי יותר מכול.

אחד מפסקי הדין שבהם קביעת מתחם חדש הייתה הכרחית ולא נעשתה הוא ע"פ 966/15 מ"י נ' חזון (השופטת ברק־ארז).¹¹⁴ בתיק זה הורשע הנאשם על פי הודאתו בעבירה של חבלה בכוונה מחמירה, לאחר שחנק את אשתו במשך דקות ארוכות עד אבדן הכרה. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם הענישה הוא שלושים עד שבעים חודשי מאסר בפועל והשית על הנאשם 39 חודשי מאסר. המדינה טענה בערעורה מפורשות נגד המתחם. בית המשפט העליון ציין בפסק דינו כי "גזר הדין כפי שנקבע אינו מבטא במידה מספקת את מידת החומרה של העבירה" וכי "בשים לב להשוואה למקרים אחרים אין מוצא מהחמרה עם המשיב". משכך, העמיד בית המשפט את עונשו של הנאשם על 68 חודשי מאסר – כמעט פי שניים מהעונש שגזר עליו בית המשפט המחוזי – מידת החמרה נדירה מאוד בפסיקת בית המשפט העליון. ולא זו אף זו: בית המשפט העליון אף הוסיף ואמר כי "בכך איננו ממצים את מידת החמרה הראויה במקרה דנן אילו העניין היה מגיע אלינו שלא בדרך של ערעור. ללא שיקול נוסף זה, היה עונשו של המשיב חמור בהרבה". הפער בענישה בין בית המשפט המחוזי לבית המשפט העליון והרטוריקה של בית המשפט העליון משקפים מחלוקת משפטית קשה בין הערכאות כאשר למתחם העונש ההולם. עם זאת, מטעמים השמורים עמו, לא קבע בית המשפט העליון בפסק הדין דבר כאשר למתחם הראוי במקרה זה.¹¹⁵

114 ע"פ 966/15 מדינת ישראל נ' חזון (פורסם באר"ש, 23.12.2015).

115 למקרה דומה ראו ע"פ 3288/14 מדינת ישראל נ' קריספיל (פורסם באר"ש, 24.8.2014). בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם נע בין שישה ל־22 חודשי מאסר בפועל והשית על הנאשם עונש של תשעה חודשי מאסר. המדינה טענה בערעור, בין היתר, נגד המתחם שנקבע. בית המשפט הכפיל את עונשו של הנאשם, תוך שהיה מודע לכך שמשמעות קביעתו

דוגמה טיפוסית לתיק שבו בית המשפט הביע את עמדתו כאשר למתחם אך לא קבע מתחם חדש היא ע"פ 6797/13 מ"י נ' פלוני (השופט הנדל). בתיק זה הורשע הנאשם בעבירות של אינוס ומעשה סדום בקטינה בת 16. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם עומד על ארבע עד שבע שנות מאסר וגזר על הנאשם חמש שנות מאסר בפועל. המדינה טענה בערעור "שמתחם העונש ההולם שנקבע הוא מקל מדי ואינו משקף את חומרת העבירות". בית המשפט העליון קיבל את טענת המדינה וקבע כי "מתחם העונש ההולם שנקבע על ידי בית המשפט בגין שתי העבירות יחדיו, 4-7 שנים הינו מקל מדי".¹¹⁶ עם זאת, בית המשפט הסתפק בהחמרת עונשו של הנאשם לשש וחצי שנות מאסר, בלי שקבע מתחם חדש שינחה את הערכאות דלמטה.

גם מפסק הדין בע"פ 4741/13 מ"י נגד נעאמנה (השופט מלצר) אפשר ללמוד כיצד בית המשפט העליון מתייחס לתפקידו כערכאה מנחה. בית המשפט העליון ביקר בפסק הדין את בית המשפט המחוזי על כך שלא גזר את דינו של הנאשם בהתאם לתיקון, אך בהמשך נמנע בעצמו מקביעת מתחם. הנאשם נעאמנה הודה בעבירה של חבלה בנסיבות מחמירות לאחר שדקר את המתלונן בכטנו. המדינה טענה בבית המשפט המחוזי למתחם של שלוש עד שש שנות מאסר. בית המשפט התחשב בנסיבותיו האישיות של הנאשם – היעדר עבר פלילי, גיל צעיר והמלצה חיובית של שירות המבחן – וגזר עליו שישה חודשי עבודות שירות בלי שקבע מתחם עונש הולם. טענתה המרכזית של המדינה בערעור לבית המשפט העליון הייתה שבית המשפט המחוזי שגה כשלא קבע מתחם, ושאליו היה קובע מתחם, נסיבותיו האישיות של הנאשם היו מקבלות את המשקל הראוי להן. בית המשפט העליון הסכים באריכות כיצד יש לגזור את הדין לאחר תיקון 113, ביקר את בית המשפט המחוזי על כך שלא גזר את הדין בהתאם לתיקון וקבע:

לו גזר בית המשפט הנכבד קמא את עונשו של המשיב בהתאם למסלול שהותווה בתיקון 113 קרוב לוודאי שהיה מגיע לתוצאה אחרת, שכן השיקולים הפועלים להקלה בעונשו של המשיב היו באים לידי ביטוי בשלב השלישי והיו משפיעים על גזר הדין בתוך מתחם הענישה.¹¹⁷

לאחר מכן סקר בקצרה בית המשפט את נסיבות התיק וקבע כדלקמן:

נוכח כל האמור לעיל – שגה בית המשפט קמא הנכבד משלא נתן משקל מספיק לנוזק החמור שנגרם לקורבן ולחשיבות הערך המוגן העומד ברקע העבירות בהן הורשע המשיב. על כן ראוי כי יוחמר עונשו של המשיב. עם זאת ועל מנת לא למצות את הדין עם המשיב בהיותנו בשלב הערעור – החלטנו להשית על המשיב 12 חודשי מאסר בפועל [...].¹¹⁸

היא החזרת הנאשם לריצוי מאסר מאחורי סורג ובריה. גם כאן, למרות המחלוקת הברורה לגבי המתחם ההולם, לא נקבע מתחם חדש.

116 ע"פ 6662/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 2.3.2015).

117 ע"פ 4741/13 מדינת ישראל נ' נעאמנה (פורסם באר"ש, 10.6.2014).

118 עניין נעאמנה, שם, בעמ' 6.

אם כן, בית המשפט העליון ביקר את בית המשפט המחוזי על כך שלא גזר את הדין בהתאם לתיקון, אך לאחר מכן הוא עצמו הסתפק בהחמרת העונש, בלי לקבוע מתחם עונש הולם ובלי שתחם בעצמו את השפעת הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה על העונש המתאים בתוך המתחם. המסקנה העולה מפסק דין זה ברורה: בית המשפט סבור כי הוראות תיקון 113 מחייבות את הערכאה הדיונית, אך הוא עצמו אינו מחויב לקבוע מתחם בקובעו את עונשו של נאשם ואינו צריך להסביר אם העונש שקבע תואם את רמת הענישה הנוהגת או הראויה, באיזה אופן הוא משקף את האינטרסים השונים בענישה ומה היה משקל הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה בעונשו של הנאשם.

התעלמות מהתיקון נעשתה בכירור גם בע"פ 5174/13 מ"י נ' סויסה (השופט רובינשטיין). בתיק זה הורשע הנאשם בבית המשפט המחוזי בעבירה של פציעה בנסיבות מחמירות שעונשה המרבי הוא שש שנות מאסר. בית המשפט המחוזי קבע כי מתחם העונש ההולם עומד על עבודות שירות עד שנת מאסר, והשית על הנאשם שישה חודשי עבודות שירות. המדינה ערערה על הכרעת הדין ועל גזר הדין. בית המשפט קיבל (בהסכמה) את הערעור על הכרעת הדין והחמיר את סעיף העבירה שבו הורשע הנאשם לחבלה חמורה בנסיבות מחמירות, שבצידו עונש מרבי של 14 שנות מאסר. למרות השינוי המשמעותי בהרשעה – מעבר לסעיף עבירה שעונשו המרבי יותר מכפול מזה שבו הורשע הנאשם בערכאה הדיונית – נמנע בית המשפט העליון מלקבוע מתחם חדש למעשה העבירה: "על כן, וכיון שאין ערכאת ערעור ממצה את הדין, ומבלי צורך לפרט לגבי מתחם הענישה, האמור עם שינוי הסעיף להיות גבוה יותר, אנו מעמידים את המאסר בפועל על עשרה חודשים"¹¹⁹. קשה לחשוב על מקרה שבו הכרחי יותר שבית המשפט שלערעור יקבע מתחם חדש. כאשר בית המשפט מקבל ערעור על הכרעת הדין ומשנה לחומרה את סעיף העבירה, הרי שלצורך גזירת הדין אין כל הבדל בינו לבין הערכאה הדיונית שקבעה את עונשו של הנאשם לראשונה.

במקרים שהובאו לעיל החמיר בית המשפט בעונשו של הנאשם בשל שיקולים הנוגעים לחומרת העבירה בנסיבותיה ולמידת האשם, אך נמנע מקביעת מתחם חדש בלי שהתייחס להימנעות זו או ובלי שנימק אותה בדרך כלשהי. דרך הנמקה אחרת שאפשר לראות בפסיקת בית המשפט העליון – שגם עמה אין בידינו להסכים – היא הסתפקות מפורשת בהחמרת העונש בתוך המתחם שקבע בית המשפט המחוזי, אך זאת מטעמים הנוגעים למתחם עצמו ולא לעונש המתאים שבתוכו. ההנמקה בשני פסקי דין שניציג ובפסקי דין דומים להם¹²⁰ ראויה לתשומת לב מיוחדת, משום שעולה ממנה תפיסה שיפוטית שלפיה כל עוד העונש

119 ע"פ 5174/13 מדינת ישראל נ' סויסה (פורסם באר"ש, 19.12.2013).

120 לאופן הנמקה דומה ראו גם ע"פ 5718/14 מדינת ישראל נ' אלחלבי (2014); ע"פ 3994/15 מדינת ישראל נ' מחרום (פורסם באר"ש, 8.10.2015); ע"פ 7744/14 מדינת ישראל נ' הייב, בפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 10.12.2015); וכן ע"פ 8319/14 מדינת ישראל נ' מלול, בפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 30.3.2015), שם היה בית המשפט מוכן להניח לטובת הנאשמים כי אין להתערב במתחמי הענישה, ומצד שני החמיר בתוך המתחם, בין היתר בשל "מדיניות הענישה הנוהגת".

החדש שמושת בערכאת הערעור נמצא בתוך המתחם שקבעה הערכאה הדיונית, אין ערכאת הערעור מחויבת לקבוע מתחם חדש.¹²¹

כך כתב בית המשפט בע"פ 4991/15 מ"י נ' מחמד אבו סווי (השופט רובינשטיין):

"לאחר העיון איננו רואים מנוס מקבלת ערעור המדינה, בראש וראשונה בשל המסר הנוגע להלימה ולהרתעה, כי התנפלות על הזולת במכות אכזריות ברחובה של עיר על לא עוול טעונה ענישה מחמירה יותר [...] מתחם הענישה שקבע בית המשפט קמא כשלעצמו נראה לנו איפוא נמוך, אך לא נאריך בכך שכן גם במתחם שנקבע יש מקום להחמרה".¹²²

כך גם בע"פ 6384/14 מ"י נ' פלוני (השופט רובינשטיין):

ובעיקר, סבורים אנו – ובית המשפט קמא עצמו היה שותף להתבוננות זו – כי ככלל ראוי להחמיר בעבירות הצתה, וכאמור בע"פ 3074/07 מ"י נ' אבו תקפה (2008), זאת "נוכח הסכנה המיוחדת, הבלתי נשלטת שבעבירות אלה [...] ואחריתה מי ישורנה". כשלעצמנו היינו קובעים מתחם ענישה שהרף העליון שלו גבוה יותר, אך גם במתחם שקבע בית המשפט קמא [...] העונש שהושת מקל לטעמנו מדי עם המשיב".¹²³

תפיסה זו זכתה להכרה משתמעת בהחלטת בית המשפט העליון ברע"פ 9102/15 פאר נ' מ"י. בעניין זה הורשע הנאשם בבית משפט השלום בשורה של עבירות על פקודת הרוקחים ובעבירות נוספות. בית משפט השלום קבע כי מתחם הענישה עומד על שישה חודשי עבודות שירות עד 18 חודשי מאסר וגזר על הנאשם שישה חודשי עבודות שירות. בית המשפט המחוזי שדן בערעור המדינה על קולת העונש מצא כי העונש אינו הולם ומהווה חריגה קיצונית מרמת הענישה הנוהגת, העמיד את העונש על עשרה חודשי מאסר – אך לא קבע מתחם חדש. בבקשת רשות הערעור טען הנאשם גם נגד אייבוע המתחם. בית המשפט העליון (השופט ג'ובראן) דחה טענה זו כדלקמן:

"12. אף דינה של הטענה כי יש לתת רשות ערעור מן הטעם שלא נקבע מתחם ענישה הולם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי – להידחות. אמנם, בית המשפט המחוזי לא קבע מהו מתחם העונש ההולם, אך הוא קבע בפסק דינו כי העונש שהוטל על ידי בית משפט השלום חורג באופן קיצוני ובלתי סביר מרמת הענישה בנסיבות דומות, ונימק את השיקולים אשר הביאו אותו להחלטה זו. משהוטל בסופו של דבר עונש המצוי בגדרו של מתחם העונש שנקבע על ידי בית משפט השלום – אשר נע בין שישה לבין 18 חודשי מאסר – ומשמצאתי כי עונש זה הוא סביר בנסיבות העניין, העדרה של קביעה מפורשת בדבר

121 נעיר כי ייתכן שתפיסה זו יכולה להסביר את הימנעות בית המשפט מקביעת מתחם בחלק מפקסי הדין שהוזכרו לעיל, שבהם הוחמר העונש במידה שלא חרגה מהעונש המרבי לפי המתחם שקבע בית המשפט המחוזי.

122 ע"פ 4991/15 מדינת ישראל נ' אבו סווי ואח' (10.9.2015) (ההדגשה הוספה).

123 ע"פ 6384/14 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם באר"ש, 29.10.2014) (ההדגשה הוספה).

מתחם העונש ההולם בפסק דינו של בית המשפט המחוזי אינה מצדיקה מתן רשות ערעור.¹²⁴

מדבריו של השופט ג'ובראן עולה כי העובדה שהעונש שהושט על ידי ערכאת הערעור נמצא בתוך מתחם העונש ההולם מרפאה את הפגם שבאי-קביעת המתחם, ומכאן – שלערכאת הערעור מותר שלא לקבוע מתחם עונש הולם חדש אם העונש שהיא משיתה נמצא בתוך מתחם העונש שנקבע בערכאה קמא. נוסף על כך השתמש כאן השופט ג'ובראן בהנמקה הבעייתית של סבירות, שאליה התייחסו לעיל.

נדגיש: ככל שבית המשפט שלערעור סבור כי העונש שנקבע בערכאה הדיונית אינו משקף כראוי את עקרון ההלימה, משמעות הדברים היא שהוא חולק על המתחם שנקבע. לכן, אין חשיבות לעובדה שהעונש החדש נגזר בתוך המתחם שקבעה הערכאה הדיונית – שאינו רלוונטי יותר. זהו ערכוב מין שבאינו מינו: נסיבות הקשורות לביצוע העבירה בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. פסק דין כזה, שלא נכתב לפי ההליך שהתווה החוק, חוטא להוראות החוק ובהן גם לחובת ההנמקה.

4. דחיית ערעורי מדינה

כדי להשלים את התמונה ראוי להביא גם את הנתונים בדבר אופן הפסיקה של בית המשפט העליון בדחותו ערעורי מדינה. בטבלה שלמטה מובאים פסקי הדין שבהם טענה המדינה נגד המתחם שנקבע בערכאה קמא, במפורש או במשתמע, ובית המשפט דחה את הערעור בפסק דין מנומק. לא נכללים בטבלה תיקים שבהם נדחה ערעור המדינה עקב קבלת ערעור נגדי על הכרעת הדין.

ערעורי מדינה לפי תיקון 113 שנדחו על ידי בית המשפט העליון					
שנה	סך הכול	אישור של מתחם	ללא התייחסות למתחם	עמדה שלילית, לגבי המתחם, ללא קביעת מתחם חדש	עמדה חיובית, בלא לאשר מפורשות
2013	5	1	2	2	
2014	12	2	7	2	1
2015	14	2	10	2	

עקב מיעוט פסקי הדין קשה להציג מסקנות חד-משמעיות באשר לפרקטיקה של בית המשפט, כפי שאפשר היה לעשות בערעורי מדינה שהתקבלו. עם זאת, בזהירות הראויה אפשר לומר שהממצאים שבטבלה מעידים שכאשר בית המשפט דוחה ערעור מדינה, הוא ממעט מאוד לאשר את המתחמים שנקבעו בערכאה הדיונית. נציין כי הנחתנו היא ששיעור האישורים של מתחמים בערעורים של נאשמים הוא גבוה יותר. זאת, משום שהעונשים שנגזרים

124 רע"פ 9102/15 פאר נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 26.1.2016) (ההדגשות הוספו).

בתיקים אלה על ידי הערכאה הדיונית משקפים טוב יותר, מטבעם, את רמת הענישה הנוהגת. לפיכך, יש לצפות כי לבית המשפט העליון יהיה קל יותר לאשר מתחמים בתיקים אלה.¹²⁵

5. מדיניות בית המשפט העליון במתן רשות ערעור

בית המשפט העליון נוקט מדיניות מצמצמת מאוד במתן רשות לדון בבקשות רשות ערעור הנוגעות לעונש. על פי ההלכה הנוהגת באשר לכלול בקשות רשות הערעור המובאות לפני בית המשפט העליון, בית המשפט לא יעניק רשות ערעור אלא במקרים שבהם הבקשה מעלה שאלה משפטית עקרונית החורגת מעניינם של הצדדים. במקרים של בקשות רשות ערעור על העונש, בית המשפט עשוי להעניק רשות ערעור גם כשיש סטייה קיצונית ממדיניות הענישה הנוהגת או אם מתערער חשש לעיוות דין או לאי־צדק כלפי הנאשם.¹²⁶ מדיניות מצמצמת זו ניכרת גם בשיעור בקשות רשות הערעור הפלילי הנענות. על פי מחקרם של אייזנברג, פישר ורוזן־צבי, מתוך 897 בקשות רשות ערעור פלילי שהוגשו בשנים 2006–2007 ניתנה רשות לערער רק ב־47 תיקים.¹²⁷ מדיניות זו מבוססת על התפיסה שההליך המשפטי מורכב משתי ערכאות: הערכאה הדיונית המבררת וערכאת הערעור הבוחנת אם נפלה טעות במלאכת הערכאה קמא. שיקולים של יעילות מחייבים שתיק יידון בערכאה שלישית – ובמקרה הישראלי: בבית המשפט העליון – רק אם יש בו חשיבות החורגת מעניינם של הצדדים והכרעה בו יכולה לשרת את עניינו של כלל הציבור, ולפתח ולעצב נורמות משפטיות.¹²⁸ לשיטתנו, כפי שיוסבר להלן, לאחר תיקון 113 רציונלים אלה מחייבים הגמשה מסוימת במדיניות למתן רשות ערעור בבקשות הנוגעות לעונש.¹²⁹

העבירות שבסמכות בתי משפט השלום דומות זו לזו יותר מאלו שבסמכות בתי המשפט המחוזיים. קשה, למשל, להשוות תיק אינוס מסוים הנדון בבית משפט מחוזי לתיק אינוס אחר. לעומת זאת, בבתי משפט השלום, תיק אחד של שהייה בלתי־חוקית לצורכי עבודה זהה בנסיבותיו, ברוב המוחלט של המקרים, לתיק אחר; כך גם גנבת רכב, אחזקת סכין וכו'. במילים אחרות, מידת השונות של הנסיבות הקשורות בכיצוע העבירה בעבירות אלה נמוכה יחסית. נוכח הדמיון בין התיקים מתחדדים התכלית שבבסיס תיקון 113 והצורך באחידות

125 לראיה ראו את פסקי הדין שנסקרו לעיל בחלק הדין במתחמים שאישר בית המשפט העליון, בטקסט ליד ה"ש 89–98 ובה"ש עצמן. כל פסקי הדין המאוזכרים, למעט אחד, הם בערעורי נאשמים.

126 ההלכה המנחה לעניין מתן רשות ערעור בכלל סוגי התיקים הבאים לפני בית המשפט נקבעה בבר"ע 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982). ההלכה בדבר מתן רשות ערעור לעניין העונש ראו, לאחרונה, רע"פ 1579/16 ספיאן נ' מדינת ישראל, בפסקה 3 (פורסם באר"ש, 28.2.2016); רע"פ 1208/16 חדר נ' מדינת ישראל, בפסקה 10 (פורסם באר"ש, 13.7.2016).

127 Theodore Eisenberg, Talia Fisher, & Issi Rosen-Zvi, *Israel's Supreme Court Appellate Jurisdiction: An Empirical Study*, CORNELL L. REV. 96, 693 (2011). ראו במיוחד בטבלה 3, בעמ' 714. יצוין כי מתוך 47 התיקים שבהם ניתנה רשות ערעור, ב־26 תיקים נדחה הערעור וב־21 תיקים התקבל.

128 להרחבה ראו עניין חניון חיפה, לעיל ה"ש 126.

129 לעמדה דומה ראו רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113", לעיל ה"ש 70.

של מתחמי הענישה הנקבעים בכלל בתי המשפט. לדעתנו ראוי כי מפעם לפעם ייענה בית המשפט לבקשות רשות ערעור בעבירות מסוג זה ו"יעמיד מתחמים על מכונם", דווקא בגלל הרציונלים שבבסיס ההלכה הנוגעת למתן רשות ערעור: קביעת מתחמים מנחים בעבירות אלה חורגת מעניינם של הצדדים לתיק והיא בעלת חשיבות כללית; כמו כן, קביעה כזו תיעל את ההליכים השיפוטיים בכך שתגביר את ודאות הצדדים להליך בתיקים אלה – התביעה, הנאשם ובתי המשפט כאחד – ובטווח הארוך תפחית את מספר הערעורים ובקשות הערעור.¹³⁰ ודוק: רק בית המשפט העליון הוא שמסוגל להביא להאחדה של מתחמי הענישה בעבירות הנדונות בבתי משפט השלום. אי-אפשר להשאיר זאת לבתי המשפט המחוזיים היושבים כערכאות ערעור. על פי חוק-יסוד: השפיטה, פסיקת בית משפט מחוזי פלוני אינה מחייבת בית משפט מחוזי אלוני.

פסיקתו של בית המשפט העליון בנוגע למתחם הענישה בעבירה של כניסה לישראל שלא כחוק, לפי סעיף 12(1) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, היא דוגמה למצופה מבית המשפט לפי החוק, אף שמלכתחילה ביקש בית המשפט להימנע מלעסוק במחלוקות שנתגלעו בבתי משפט השלום וגם בערכאות הערעור.¹³¹ כתבי אישום בעבירה של שהייה בלתי-חוקית נפוצים הם מאור, ושוהים בלתי-חוקיים הם חלק נכבד מאוכלוסיית האסירים בישראל.¹³² רמת הענישה בעבירה של שהייה בלתי-חוקית לצורכי עבודה נקבעה קודם לתיקון 113 ברע"פ 3173/09 פראגין נ' מ"י, שם נגזרו על המבקש – שנכנס בעבר שלא כחוק לארץ אך לא הועמד לדין – שבעה שבועות מאסר; בד בבד נקבע כי אפשר גם להסתפק במאסר על תנאי במקרה שלא היו כניסות קודמות. ימים ספורים לאחר כניסת תיקון 113 לתוקף קבע בית המשפט המחוזי בנצרת כי מתחם הענישה בעבירות אלה עומד על שלושים ימי

130 כך ראוי גם שהתביעה תשנה ממדיניותה ותביא בעצמה לפתחו של בית המשפט העליון, מעת לעת, בקשות רשות ערעור הנוגעות לעונש, תוך התאמה של הנחיית פרקליט המדינה מס' 11.1 "השיקולים לעניין הגשת בקשה לקבלת רשות ערעור פלילי, כאשר הבקשה מוגשת כדי לערער על גובה העונש" לתיקון 113.

131 להתייחסות מפורטת באשר לענישה של שוהים בלתי-חוקיים, לפני פסיקת בית המשפט העליון ואחריה, ראו אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 50, ואורן גזל-אייל "התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי, 2012-2014", לעיל ה"ש 11. העיסוק של בית המשפט העליון בנושא השוהים הבלתי-חוקיים התחיל טרם תיקון 113; ראו לעניין זה רע"פ 5198/01 ח'טיב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(1) 769 (2001) ורע"פ 3674/04 אבו סאלם נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 12.2.2006), שניהם באשר לרמת הענישה בעבירות של הסעה, הלנה והעסקה של שוהים בלתי-חוקיים; כן ראו עניין פראגין, לעיל ה"ש 77, לעניין רמת הענישה של השוהים הבלתי-חוקיים עצמם; עניין מוחתסב, לעיל ה"ש 107, המתיחס לשינוי שחל במדיניות התביעה באשר להעמדה לדין בעבירה של הסעת שוהה בלתי-חוקי.

132 על פי נתוני שב"ס, נכון לאפריל 2015, 8.9% מאוכלוסיית האסירים הפליליים בישראל היו שפוטים בעקבות עבירה של שהייה בלתי-חוקית. המונח "אסירים פליליים" משקף את מספר האסירים הכולל, ללא אסירים ביטחוניים.

www.shabas.gov.il/Web/He/Research/Statistics/Prisoners/Default.aspx; נבדק לאחרונה

ביום 14.3.2016.

מאסר עד חצי שנת מאסר.¹³³ כשבוע לאחר מכן אישר קביעה זו גם בית המשפט המחוזי מרכז.¹³⁴ בפברואר 2013 קבע בית המשפט המחוזי בירושלים מתחם מקל מעט יותר – עשרה ימי מאסר עד שישה חודשים.¹³⁵ בה בעת אפשר היה לראות בבתי משפט השלום גזרי דין המסתייגים מקביעות אלה וקובעים מתחמים המתחילים במאסר על תנאי.¹³⁶ ביוני 2013 דחה בית המשפט העליון (השופט שהם) בקשת רשות ערעור שהגישה הסנגוריה הציבורית הארצית בעניין זה, בלי לבקש את תגובת המדינה, בנימוק שאין מקום לקבוע אפריורית מתחם עונש הולם לכל עבירה ועבירה; עוד נאמר בהחלטה הדוחה את הבקשה כי אין בה כדי לקבע את המתחם שקבעו בתי המשפט המחוזיים.¹³⁷ בקשה דומה נדחתה גם באוגוסט 2013, על בסיס אותם נימוקים, גם הפעם בלי לבקש את תגובת המדינה.¹³⁸ לשיטתנו – כפי שגם אפשר להבין מפסק הדין שניתן לבסוף בסוגיה זו לאחר שניתנה רשות ערעור – עמדתו של השופט שהם בעניין זה בטעות יסודה. אין חולק כי אין מקום לקבוע אפריורית מתחמים לכל העבירות במובנן המופשט; עם זאת, כאשר עסקינן במעשי עבירה הדומים עד זהים בנסיבותיהם ובמידת האשם, יש ויש מקום לקבוע – תוך דיון בתיק שבו נעשה מעשה עבירה כזה – מה המתחם המתאים לתיק זה ולכל התיקים הדומים לו. אכן, בספטמבר 2013 הורה בית המשפט העליון, בהסכמת המדינה, על העברה להרכב של כמה בקשות רשות ערעור שהגישה הסנגוריה הציבורית הארצית בעניין זה.¹³⁹ רק אחרי יותר משנה ניתן פסק הדין המנחה של בית המשפט העליון ברע"פ 3677/13 מוחמד אלהרוש נ' מ"י, שבו נקבע כי הרף התחתון של מתחם העונש ההולם במקרים של שהייה בלתי-חוקית לצורכי פרנסה יהיה מאסר על תנאי והרף העליון יעמוד על חמישה חודשי

133 ע"פ (נצרת) 41708-07-12 מדינת ישראל נ' עטאללה (פורסם בנבו, 24.7.2012).

134 עפ"ג (מרכז) 57019-07-12 מדינת ישראל נ' גבור (פורסם בנבו, 31.7.2012).

135 עפ"ג (ירושלים) 44287-02-13 מדינת ישראל נ' עבד אללטיף (פורסם בנבו, 24.2.2013).

136 ראו במיוחד את פסק דינו של בית משפט השלום בתל אביב-יפו מיום 19.2.13 בת"פ 57968-01-13 מדינת ישראל נ' אוסאמה עויס (פורסם בתקדין) והפסיקה המאוזכרת שם.

137 רע"פ 4088/13 בן שחרה הדרי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.6.2013). הדרי נידון לשלושה ימי מאסר בניכוי שלושה ימי מעצרו ולמאסר על תנאי בבית משפט השלום, ואילו בית המשפט המחוזי מרכז קיבל את ערעור המדינה וגזר עליו שלושים ימי מאסר, בהתאם למתחם שאימץ בעניין גבור, לעיל ה"ש 134. השופט שהם נימק את החלטתו כדלקמן: "לא ניתן, לטעמי, לקבוע אפריורית מתחם ענישה הולם אחיד לכל עבירה ועבירה, וגם לא יהיה נכון לנסות וללכת בדרך זו, שכן היא חותרת תחת הוראותיו, נוסחו ורוחו של תיקון 113. על-כן, אינני רואה מקום להיענות לבקשת רשות הערעור של המבקש. בדבריי אלה, אין כדי לקבע את מתחם הענישה אשר אוזכר על ידי בית המשפט המחוזי, שכן קביעת המתחם הינה תלויה נסיבות אותן יש לבחון, בכל מקרה ומקרה, ואין לשלול את האפשרות כי ניתן יהיה להסתפק, במקרים המתאימים, גם בעונש מאסר מותנה".

138 רע"פ 3683/13 חושיה נ' מדינת ישראל, פסק הדין של השופט שהם (פורסם באר"ש, 4.8.2013).

139 רע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מדינת ישראל, רע"פ 4503/12 אמין אלהרוש ואחמד אלהרוש ורע"פ 4606/13 עדי גנדי (החלטה מיום 11.9.2013). בית המשפט הורה על העברת בקשות אלה לדיון עם רע"פ 3242/13 ג'ראדאת, העוסק גם הוא בעבירות שהייה בלתי-חוקית והעלה שאלה הומיניטארית ייחודית ולכן הועבר לדיון בהרכב כבר ביוני 2013.

מאסר, שיכללו הן את תקופת המאסר בפועל והן את זו שעל תנאי.¹⁴⁰ כך שם בית המשפט העליון סוף לשונות שבפסיקה והביא לשוויון בין נאשמים. סוגיית השווהים הבלתי-חוקיים היא היחידה שבה נתן בית המשפט העליון רשות ערעור, אחרי התיקון, כדי לדרון במתחם הענישה הראוי בעבירה שבסמכות בית משפט שלום. כאמור, לשיטתנו על בית המשפט להמשיך וליתן פסקי דין מנחים כאלה.

6. מתחמים בפסיקת בית המשפט העליון: מלה לפני סיום

נציג בקצרה פסק דין נוסף, שחשיבותו במה שנמחק ממנו, המעיד על כך שבית המשפט נמנע במודע מקביעת מתחמים. בע"פ 285/13 מוסטפא נ' מ"י הורשע הנאשם בעבירה של סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, בעקבות מרדף שניהלו אחריו שוטרים בעודו תחת השפעת אלכוהול, ונדון ל-42 חודשי מאסר. כבר ביום הדין, 24.10.2013, דחה בית המשפט העליון את הערעור. בפסק הדין התייחס השופט עמית, בהסכמת השופטים מלצר וברק-ארז, לתיק קודם של בית המשפט העליון שבו נקבע מתחם ענישה של 15 עד שלושים חודשים,¹⁴¹ וקבע:

מתחם הענישה בעבירות כגון דא לא השתנה לקולא בעקבות תיקון חוק העונשין (תיקון מס' 113) התשע"ב-2012, ואין לנו אלא לחזור ולהפנות לרף הענישה שנקבע בע"פ 2410/04 מ"י נ' אלקיעאן (11.11.2010) (להלן: הלכת אלקיעאן), שם הושתו על המערער 4 שנות מאסר, תוך שבית המשפט מציין כי "אנו מצפים כי רמת הענישה אותה אנו מכתיבים תיושם בפועל על-ידי ערכאות קמא..." ובקיצור, על מנת למנוע אי הבנות לגבי מתחם הענישה, אחזור ואצהיר כי הלכת אלקיעאן עומדת איתן על רגליה גם לאחר תיקון 113 לחוק העונשין, ומתחם הענישה בעבירות כגון דא ובנסיבות כגון אלה, גם אם היה מדובר במרדף קצר בזמן, אך בנסיעה מהירה ופראית כמו במקרה דנן, צריך לטעמי לעמוד על בין 42 חודשים ל-54 חודשים.

דומה כי אין צורך להרחיב הדיבור על הסכנה היתרה הנובעת מתופעת המרדפים בהיבטים של סיכון חיי אדם. מי שנמלט משוטרים, תוך שהוא מסכן את חיי הנהגים האחרים ועוברי אורח תמימים, אף מבלי שיש בידו רשיון נהיגה וביטוח תקף, מעיד על עצמו כי אין מורא החוק עליו, כי הוא מזלזל בחיי אדם וכי יעשה הכל על מנת "להציל את עורו". במצב דברים זה, ונוכח שכיחותה של תופעת המרדפים במחוזותינו, בוודאי שטרם בשלה העת לקבוע מתחם ענישה אשר יביא בשורה התחונה להפחתת רף הענישה כפי שנקבע בהלכת אלקיעאן.¹⁴²

בפסק דינו ביקש השופט עמית להעמיד הלכה על מכונה ולקבוע מפורשות את המתחם ההולם, כראוי. בצעד יוצא-דופן, ימים ספורים לאחר פרסום פסק הדין, התפרסמה "החלטה מתקנת" בתיק זה, ולפיה "עקב תקלה שוחרר לפרסום נוסח מוקדם יותר של פסק הדין" וכי

140 רע"פ 3677/13 אלהרוש ואח' נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 9.12.2014).

141 ע"פ 2789/13 מדינת ישראל נ' חמדי (פורסם באר"ש, 4.8.2013).

142 ע"פ 285/13 מוסטפא נ' מדינת ישראל, (פורסם בנבו, 24.10.2013) (ההדגשות הוספו).

החלקים המודגשים לעיל – יימחקו. החלק שנמחק היה המתחם שנקבע.¹⁴³ התוצאה היא שפסק הדין מסתייג מהמתחם הקודם שנקבע בבית המשפט, מדגיש כי רמת הענישה שקדמה לתיקון בעינה עומדת, אך הוא חסר את החלק החשוב והמנחה שלאחר תיקון 113 – מתחם העונש ההולם. החלטה זו היא ראייה נוספת לכך שבית המשפט מבקש להימנע מפורשות מקביעת מתחמים.

סוף דבר

פרק ו' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 מעניק שיקול דעת רחב מאוד לערכאת הערעור בקבלת ערעור או בדחייתו. ההסדר שעוצב בכנסת לא הגביל שיקול דעת רחב זה, אלא הטיל על בית המשפט שלערעור – ובמיוחד על בית המשפט העליון – תפקיד חדש ומשמעותי: לעצב את רמות הענישה המחייבות את כלל הערכאות הדיוניות. הטלת התפקיד על ערכאת הערעור נעשתה בצורה עדינה, מתוך כבוד לבית המשפט העליון, ללא התייחסות מפורשת לערכאת הערעור בחוק. התיקון היה אמור להעצים את התפקיד המנהיגותי והמנחה של ערכאת הערעור, שאינו מתמצה אך בהכרעה בסכסוך על בסיס אינדיבידואלי, כך שיכלול התייחסות למתחמי ענישה מקום שהתגלעו חילוקי דעות בין ערכאות דיוניות, לקבוע מתחמים מתאימים מקום ששיקול הדעת של הערכאה הדיונית היה שגוי או שיש לשנות את מדיניות הענישה, ולאזן נכונה בין שיקולי הענישה. הציפייה הייתה שערכאת הערעור תמתח ביקורת על המתחם ההולם שקבע בית משפט קמא במקרה מסוים – ולא רק על העונש הסופי שנגזר על הנאשם, כפי שעשו עובר לתיקון 113. כפי שהראנו במאמר זה, בית המשפט העליון אינו שש לקבוע מתחמים בתיקים המובאים לפניו, קל וחומר שאין הוא מבקש ליטול תפקיד אקטיבי יותר בדמות פסקי דין מנחים "העושים סדר" ברף הענישה בעבירה מסוימת.

מלבד הצדק האינדיבידואלי כלפי אדם העומד לדין, תכלית חשובה של התיקון הייתה להגביר את אמון הציבור במערכת השפיטה ובהיותה מערכת צודקת. תחושה של שרירות במתן גזר דין תפגע במטרה זו. כפי שכתב השופט ברק (כתוארו דאז):

תנאי חיוני לקיומה של רשות שופטת עצמאית, בלתי תלויה, הוא באמון הציבור. זהו אמון הציבור בכך, כי הרשות השופטת עושה צדק על-פי הדין. זהו אמון הציבור, כי השפיטה נעשית באופן הוגן, ניטראלי, תוך מתן יחס שווה לצדדים וללא כל אבק של עניין אישי בתוצאה. זהו אמון הציבור ברמתה המוסרית הגבוהה של השפיטה, בלא אמון הציבור לא תוכל הרשות השופטת לפעול [...]

143 ע"פ 285/13 מוסטפא נ' מדינת ישראל, החלטה מתקנת מיום 28.10.2013 (פורסם בבנו):

1. עקב תקלה שוחרר לפרסום נוסח מוקדם יותר של פסק הדין.
2. נוכח האמור בפסקה 1 דלעיל, יתוקן פסק הדין באופן שהסיפא בפסקה השניה לסעיף 4 לפסק הדין החל מהמילים "ומתחם הענישה" ועד סוף הפסקה – ימחקו. כמו כן, ימחקו בסיפא לפסקה השלישית לסעיף 4 לפסק הדין המילים "כפי שנקבע בהלכת אלקיעאן".

אמון הצבור ברשות השופטת הוא הנכס היקר ביותר שיש לה לרשות זו. זהו גם מנכסיה היקרים ביותר של האומה.¹⁴⁴

המערכת השיפוטית שמרנית מטיבה ושינויים אינם קלים לה. עם זאת, ללא שיתוף הפעולה שלה וללא הכרתה בחשיבות של מטרות החוק ובכך שהייתה בעיה שהצדיקה את השינוי – ייכשל התיקון לחוק. מסיבה זו היה חשוב לוועדת החוקה חוק ומשפט של הכנסת לשתף שופטים בדיוני החקיקה, כפי שהיה חשוב לממשלה לשתף שופטים מכל הערכאות בוועדת גולדברג.¹⁴⁵ "רוח המפקד" של בית המשפט העליון, המשרתת אי-חשק לפעול בהתאם לתיקון 113, עלולה לפגוע ביישום החוק גם על ידי הערכאות הדיוניות ועל ידי בית המשפט המחוזי בשבתו כערכאת ערעור.¹⁴⁶ כך, למעשה, עלול להימשך אי-השוויון המהותי בענישה שאותו ביקש התיקון למנוע.

לסיכום: ניכר בעניינו שבית המשפט העליון צריך לשנות את גישתו באשר לתיקון. גישה זו היא מהגורמים לכך שהממשלה מבקשת לקדם שוב את הרעיון של ועדה לקביעת עונשי מוצא, גם אם במתכונת שונה.¹⁴⁷ על בית המשפט העליון לקחת על עצמו את התפקיד שיעד לו המחוקק ולהוביל את הענישה בישראל אל עבר עתיד ראוי יותר, שוויוני יותר.

144 כג"צ 732/84 צבן נ' השר לענייני דתות, פ"ד מ(4) 141, 147.

145 נוסף על כך, הנוסח הסופי של הצעת החוק הועבר על ידי ועדת החוקה להנהלת בתי המשפט, כדי שזו תעבירו לכל השופטים, ורווח שאכן כך נעשה. כמעט שלא התקבלו הערות.

146 דרך אחרת, משנית, שבה מתבטא חוסר שיתוף הפעולה של בית המשפט העליון עם הוראות התיקון היא הפרשנות הרחבה שניתנה למונח "אירוע" בע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל (פורסם בנוב, 29.10.2014). בית המשפט קיבץ יחדיו מעשי עבירה הראויים להתייחסות נפרדת, ובכך הפחית מהערך המנחה של פסק הדין ואולי אף חטא לעקרון ההלימה. ראו לעניין זה בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), לעיל ה"ש 84, ובה תיקון לסעיף 40 לחוק, הוא סעיף ריבוי העבירות. כפי שמצוין מפורשות בדברי ההסבר, מטרת התיקון היא להתמודד עם מגמת ההרחבה שבפסק דין ג'אבר, וזאת על ידי הצעת הגדרה מצמצמת מזו שבפסיקה למונח "אירוע".

147 סעיף 6 בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 128) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), לעיל ה"ש 84, מציע להקים ועדה מייעצת לענייני ענישה, שבמסגרת תפקידיה "תאסוף מידע ותרוך מחקרים על מדיניות הענישה הנהוגה בעבירות שונות, בהתייחס, בין השאר, לנסיבות השכיחות השונות הקשורות לביצוע העבירות" (ראו סעיף 40(ב) המוצע). ממצאים אלה ישמשו את בתי המשפט לקביעת מדיניות הענישה הנהוגת טרם קביעת המתחם (ראו סעיף 1 להצעה).