

פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה¹

ד"ר עמי קובו²

נוספת הינה בכך שהתיקון יוצר מעין מדריך (manual) לבית-המשפט ומתווה את אופן ההנמקה של גזרי-הדין.

בעניין זה, מן הראוי לעמוד לא רק על מה שיש בחקיקה זו, אלא אף על מה שאין בה. חלק מרכזי בהצעת החוק כלל הצעה לקבוע עונשי מוצא באמצעות ועדה סטוטורית. חלק זה הנוגע לעונשי מוצא פוצל מהצעת החוק בהתאם להחלטת הכנסת מיום 5.12.11 ועל פי בקשת ועדת החוקה, חוק ומשפט מיום 21.11.11, ולא עלה להצבעה במליאת הכנסת וממילא לא עבר בתיקון החוק, אלא נותר למועד בלתי ידוע. חלק זה, שלא התקבל בחוק, עורר את הביקורת הרבה ביותר על הצעת החוק, כאשר לטענת המבקרים היו עונשי המוצא מצמצמים את שיקול דעתו של בית-המשפט בענישה, עומדים בניגוד לעקרון הענישה האינדיבידואלית, ומעבירים את הכוח להחליט במידה רבה מבית-המשפט למשא ומתן שבין הצדדים להסדר טיעון. עוד הובע חשש שקביעת עונשי מוצא תוביל ל"טבלאות ענישה" ול"תעריפון ענישה" שאינם ראויים, ובמקביל להחמרה משמעותית ובלתי ראויה בענישה כפי שאירע בנוגע ל-Sentencing guidelines בארה"ב. כאמור לעיל, חלק זה בהצעת החוק לא עלה להצבעה בקריאה שנייה ושלישית.

להלן נעמוד על סעיפי התיקון לחוק אחד לאחד. הדברים שיובאו להלן לאחר כל סעיף וסעיף, אינם דברי ההסבר לחוק, אלא הערות ותובנות של הח"מ.

מטרה - סימן א'1

440. 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 העברה.

סעיף המטרה מגדיר את מטרת החוק לקבוע את שיקולי הענישה ואת היחס ביניהם. כיום מקובלים מספר עקרונות בענישה, כאשר האיזון ביניהם מסור לשיקול דעת בית-המשפט בכל מקרה ומקרה, ומבלי שנקבעה עדיפות לעקרון זה או

ביום 2.1.12 הכנסת אישרה בקריאה שנייה ושלישית את חוק העונשין (תיקון מס' 113), תשע"ב-2011, בהמשך להצעת החוק בנוגע להבניית שיקול הדעת בענישה.³ ביום 10.1.12 פורסם התיקון לחוק ברשומות.⁴ ביום 10.7.12 ייכנס התיקון לתוקף.

נדמה כי מדובר באחד מתיקוני החקיקה המשמעותיים ביותר שעברו בכנסת בתחום הפלילי בשנים האחרונות, ואולי התיקון החשוב ביותר לחוק העונשין מאז תיקון 39. ניכר כי לחקיקה זו תהיה השפעה משמעותית על גזרי-הדין שיינתנו על-ידי בית-המשפט בכל הערכאות בעתיד.

מקורה של הצעת החוק בדו"ח הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, בראשותו של כב' השופט אליעזר גולדברג, משנת תשנ"ח-1997.

החוק גובש בוועדת חוקה, חוק ומשפט אשר קיימה דיונים רבים מאוד בהצעת החוק במשך מספר שנים ובהשתתפות מומחים ואנשי מקצוע רבים מן המעלה הראשונה.

מטרת החוק הינה להבנות ולכוון את שיקול דעתו של בית-המשפט בגזירת הדין ולהביא לכך שבתי המשפט יגזרו את הדין בהתאם לאותם עקרונות ולפי מדיניות עקבית ובכך להגביר את ערך השוויון. כל זאת, תוך הותרת שיקול הדעת בידי בית-המשפט בקביעת העונש ושמירה על עיקרון הענישה האינדיבידואלית, בשים לב לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ושל כל נאשם.

החוק קובע את העיקרון המנחה בענישה ואת השיקולים שבית-המשפט רשאי להתחשב בהם בגזירת העונש תוך הבניית הליך גזירת הדין בהתאם לעקרונות מנחים. בנוסף קובע החוק חובת הנמקה מפורטת של השיקולים העומדים ביסוד גזר הדין. במובן זה לתיקון החוק קיימת הן חשיבות דקלרטיבית כמסדיר לראשונה בחקיקה בישראל את מטרות הענישה ואת שיקולי הענישה (הלימה, שיקום, הגנה על שלום הציבור, הרתעה ועוד), והן חשיבות פרקטית כקובע את ההיררכיה בין שיקולי הענישה תוך הענקת מעמד בכורה לעקרון ההלימה. חשיבות

1 גרסה ראשונה של מאמר זה, השונה במידה מסוימת מהנוכחית, התפרסמה בעלון השופטים ע"ש השופט שמואל ברוך ז"ל, גיליון מס' 14 (ינואר 2012).
2 שופט בית משפט השלום ברמלה. תודה לנשיא דוד חשין, לשופט רפי ארניה, לשופטת תמר בר אשר צבן, לד"ר חגית לרנאו, לערד ניבן עמנואל, לערד ישי שרון, לד"ר ענת הרוזין ולעו"ד רענן גלעדי על הערותיהם המועילות.

אחר. החוק בא לעגן את עקרונות הענישה שעל בית-המשפט להתחשב בהם ולקבוע את האיזון ביניהם, תוך שמירה על עקרון האינדיבידואליות בענישה.

העיקרון המנחה בענישה - הלימה

340. העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו (בסימן זה - העיקרון המנחה).

עקרון העל בענישה הינו עקרון ההלימה, לפיו נדרש יחס הולם בין חומרת המעשה בנסיבותיו ואשמו של הנאשם לבין חומרת העונש. בכך זוכה עקרון זה לבכורה על-פני עקרונות ההגנה על שלום הציבור, השיקום וההרתעה, אשר אמנם מקבלים ביטוי בחקיקה, אך בכפיפות לעקרון המנחה.

שאלת תוכנו המדויק של עקרון ההלימה תתברר, כך יש להניח, בעתיד בפסיקת בית-המשפט העליון. ברם, ניתן כבר כעת לציין כי עקרון ההלימה קרוב במהותו, אם כי אינו זהה, לעקרון הגמול, אשר לא נזכר במפורש בתיקון לחוק. ההלימה, בדומה לגמול, דורשת להשיב לנאשם שהורשע, כגמולו, בהתאם לחומרת מעשיו ומידת אשמו, וליצור פרופורציה בין מעשה העבירה לבין העונש. השוני בין הלימה לגמול עשוי להתעורר למשל בעבירת ניסיון, כאשר קיים קושי להתייחס לגמול כאשר התוצאה לא התרחשה כלל, ואילו ההלימה מאפשרת התייחסות לחומרת המעשה, אף ללא צורך לגמול לנאשם על דבר שלא התממש.

יש ליתן את הדעת ראשית לכך שחומרת מעשה העבירה היא "בנסיבותיו", כלומר הבדיקה אינה בדבר חומרת המעשה באופן ערטילאי, אלא בנסיבות הקונקרטיות של המקרה הנדון. שנית, יש ליתן את הדעת להבחנה בין "חומרת המעשה" לבין "אשמו של הנאשם" אשר משפיעים שניהם על העיקרון המנחה. כך למשל, לעתים המעשה חמור אך אשמו של הנאשם אינו משמעותי כגון כאשר הנאשם לקוי בנפשו או בשכלו במידת מה או שהיה נתון להשפעה של אחר. לכן, על בית-המשפט לשקול הן את חומרת המעשה בנסיבותיו והן את מידת אשמתו של הנאשם ובשים לב לשניהם גם יחד להקפיד על קיומו של יחס הולם ביניהם לבין סוג ומידת העונש המוטלים על הנאשם.

קביעת מתחם העונש ההולם וגזירת עונשו של הנאשם

340.גא. בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת

הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט.

(ב) בתוך מתחם העונש ההולם יגזור בית המשפט את העונש המתאים לנאשם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40יא, ואולם בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום או הגנה על שלום הציבור לפי הוראות סעיפים 40ד ו-40ה.

סעיף זה מורה כי בית-המשפט יקבע את מתחם העונש ההולם לעבירה. כאן מדובר בחידוש משמעותי של החוק לעומת המצב הקיים עובר לתיקון. חידוש זה מהווה אף שינוי לעומת הצעת החוק משנת 2006. בהצעת החוק נדרש בית-המשפט לקבוע את העונש ההולם לעבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ובשים לב לכך שההצעה כללה הסדר בדבר עונשי מוצא. בנוסח שהתקבל, נדרש בית-המשפט לקבוע בעצמו מתחם עונש הולם במסגרת גזר הדין.

בית-המשפט יקבע במסגרת גזר הדין את מתחם העונש ההולם לעבירה, ורק לאחר מכן יגזור את העונש. כלומר, מדובר במהלך תלת-שלבי (או רב שלבי) שבו תחילה נקבע מתחם העונש ההולם. לאחר מכן, בוחן בית-המשפט אם יש מקום לחרוג מן המתחם, בין אם לקולא בשל שיקול השיקום, ובין אם לחומרה משיקול הגנה על שלום הציבור. ככל שיש לחרוג מן המתחם, על בית-המשפט לקבוע את העונש המתאים לפי מידת החריגה הראויה. ככל שאין מקום לחרוג מן המתחם, הרי שבית-המשפט יקבע את העונש המתאים בתוך המתחם.

יש לשים לב לכך שבקביעת מתחם העונש ההולם שוקל בית-המשפט את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה, אשר מצביעות על חומרת המעשה ומידת אשמו של הנאשם וכן שוקל את הפגיעה בערך החברתי שנפגע. בקביעת מתחם העונש ההולם בית-המשפט עדיין לא מביא בחשבון את נסיבותיו האישיות של הנאשם, לרבות את עברו הפלילי, אשר יקבלו ביטוי בשלב הבא הנוגע לקביעת העונש המתאים לנאשם.

החוק אינו מגדיר מה היקפו או רוחבו של המתחם, ויש להניח שהפסיקה תקבע מהו היקפו או רוחבו של מתחם ראוי שאינו צר מדי ואינו רחב מדי. כך למשל, יש להניח שמתחם בעבירה חמורה אשר רצפתו במאסר מותנה ותקרתו בעונש המקסימום הקבוע בחוק, כך שכל תוצאה תהיה בתוך המתחם, אינו בגדר מתחם ראוי משום שאינו משרת כהלכה את תכלית החוק בדבר קביעת המתחם. מתחם רחב מדי עשוי להפוך את כוונת המחוקק לפלסטר. לעומת זאת, המתחם אף אינו יכול להיות צר

3 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ו-2006: <http://www.knesset.gov.il/Laws/Data/BillGovernment/241/241.pdf>
 לעיון בפרוטוקול הישיבה האחרונה (מתוך סדרת ישיבות) בנושא בוועדת חוקה, חוק ומשפט: <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/huka/2011-12-12-01.rtf>
 לעיון בהודעת דובר הכנסת: <http://www.knesset.gov.il/spokesman/heb/Result.asp?HodID=9499>

המשך מעמ 5

ממש שישתקם, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם ולקבוע את עונשו של הנאשם לפי שיקולי שיקומו, וכן להורות על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם, לרבות העמדתו במבחן לפי סעיפים 82 או 86 או לפי פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969.

(ב) היו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם בעלי חומרה יתרה, לא יחרוג בית המשפט ממתחם העונש ההולם, כאמור בסעיף קטן (א), אף אם הנאשם השתקם או אם יש סיכוי של ממש שישתקם, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן, לאחר שבית המשפט שוכנע שהן גוברות על הצורך לקבוע את העונש במתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ופירט זאת בגזר הדין.

סעיף זה מגדיר את השיקולים שיש בהם כדי להוביל לסטייה ממתחם העונש ההולם לקולא. חריגה לקולא הינה משיקולי שיקום הנאשם, הן כאשר הנאשם כבר השתקם והן כאשר קיים סיכוי של ממש שישתקם. אולם במקרים בעלי חומרה יתרה לא ניתן לחרוג ממתחם העונש ההולם אף משיקולי שיקום, אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן ותוך חובת הנמקה. כלומר, במקרים בעלי חומרה יתרה, ככלל, נסוג השיקול השיקומי מפני אינטרס ההלימה אשר לו הבכורה.

לכאורה, לפי נוסח סעיף זה, שיקול השיקום רלוונטי אך ורק לשם חריגה ממתחם העונש ההולם לקולא. אולם שיקול זה עשוי לשמש אף כשיקול לקביעת העונש המתאים במסגרת המתחם עצמו. שיקול השיקום מקבל ביטוי אף בתוך מתחם העונש ההולם בשים לב לסעיף 40(א) שאליו מפנה סעיף 40(ב), אשר מתייחס במסגרת השיקולים בתוך מתחם העונש ההולם אף לחזרתו של הנאשם למוטב ולמאמציו לחזור למוטב. חזרת הנאשם למוטב ומאמציו לעשות כן משיקים, במידה רבה, לשיקול השיקום לפיו הנאשם השתקם או שיש סיכוי של ממש שישתקם. כמו-כן, מובן כי ככל שבית-המשפט סבור שהעונש הראוי הינו בגדרי המתחם, לא יתכן שיהיה עליו להתעלם כליל משיקול השיקום, אלא שיקול זה יסייע במציאת נקודת האיזון המדויקת בתוך המתחם. הוא הדין, בשינויים המחויבים, בנוגע לשיקול ההגנה על שלום הציבור, הנזכר להלן, אשר לכאורה, לפי נוסחו, משמש כשיקול אך ורק לשם חריגה ממתחם העונש ההולם לחומרה.

הפניית הסעיף לנושא העמדת הנאשם במבחן לפי סעיפים 82 או 86 לחוק העונשין או לפי פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969, מובילה למסקנה כי גם סוגיית אי-ההרשעה צריכה להיבחן בכפוף לכללים האמורים, ואין מקום לקבוע

מדי. בהקשר זה, יש ליתן את הדעת לכך ששיקולים מסוימים, כגון הרישום הפלילי של הנאשם, נשקלים ככלל (בכפוף לחריג של הגנה על שלום הציבור) רק בגדרי המתחם ואינם משפיעים על המתחם עצמו. לכן, מתחם צר מדי לא יוכל ליתן מענה לפער הראוי בין עונשו של נאשם בעל עבר פלילי משמעותי (במקרה שבו בית-המשפט סבר שאין מקום לחרוג מן המתחם לחומרה), לבין עונשו של נאשם חסר כל רישום פלילי, אשר הורשעו בביצוע אותו מעשה עבירה.

הואיל ונסיבותיו האישיות של הנאשם נשקלות, ככלל, רק בגדרי המתחם, אזי קביעת מתחמים צרים באופן יחסי תעלה בקנה אחד עם עקרון האחידות בענישה (כך שהפער בין שני נאשמים שביצעו מעשה דומה לא יהיה רב), בעוד שקביעת מתחמים רחבים באופן יחסי תעלה בקנה אחד עם עקרון הענישה האינדיבידואלית (כך שהפער בין שני נאשמים בעלי נסיבות אישיות שונות ועבר פלילי שונה יהיה משמעותי).

לאור האמור לעיל, שלבי גזר הדין הינם כדלקמן:

1. קביעת מתחם העונש ההולם.
2. האם ראוי לחרוג מן המתחם, ואם כן, מהו העונש המתאים תוך חריגה מהמתחם?
3. ככל שלא ראוי לחרוג מן המתחם, מהו העונש המתאים בתוך המתחם?
4. התייחסות למצב של ריבוי עבירות וריבוי אירועים.

בהקשר זה מן הראוי לבחון את מידת ההתערבות הצפויה של ערכאות הערעור השונות בשגיאות אפשריות של הערכאה הדיונית בשלבים השונים של גזירת הדין. יש להניח שערכאות הערעור יתייחסו באופן שונה לשגיאות בשלבים שונים של גזר הדין, תוך הבחנה בין מספר סוגים אפשריים של שגיאות בגזר הדין של הערכאה הדיונית: שגיאה בקביעת מתחם העונש ההולם; שגיאה בגזירת עונש מתאים תוך חריגה ממתחם העונש ההולם; שגיאה בגזירת עונש מתאים בתוך מתחם העונש ההולם. עוד יש להניח כי לאחר שערעורים בתיקים אלה יגיעו לפתחו של בית-המשפט העליון ובית-המשפט העליון יביע דעתו בקשר למתחמי העונש ההולם הראויים, יתרום הדבר ליצירת יותר אחידות בענישה, בפרט בעבירות שהן "רוטיניות" ובהן ההבדלים בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ממקרה למקרה אינם משמעותיים.

שיקום

740.ד (א) קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי הנאשם השתקם או כי יש סיכוי של

4 ס"ח 2330.

5 אם כי יש לציין כי אף שיקולי ההגנה על שלום הציבור והשיקום הינם שיקולים תועלתניים ביסודם.
6 ראו פרוטוקול ועדת חוקה מיום 21.11.11.

שנושא אי-ההרשעה הינו חיצוני לסוגיית הענישה. הוא הדין לגבי גמילה למשתמשים בסמים שהינה במסגרת שיקול זה.

הגנה על שלום הציבור

140. קבע בית המשפט את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה ומצא כי יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות, וכי החמרה בעונשו והרחקתו מהציבור נדרשות כדי להגן על שלום הציבור, רשאי הוא לחרוג ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם; בית המשפט לא יקבע כאמור אלא אם כן מצא שלנאשם עבר פלילי משמעותי או אם הוצגה לו חוות דעת מקצועית.

הרתעה אישית

140. מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

הרתעת הרבים

140. מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.

סעיפים אלה מגדירים את שיקולי הענישה שיש בהם, על-פי רוב, כדי להוביל להחמרה בענישה, לעתים תוך סטייה ממתחם העונש ההולם לחומרה. ההחמרה אפשרית משיקולים של הגנה על שלום הציבור, הרתעה אישית והרתעת הרבים.

בהקשר זה יש להבחין בין השיקולים השונים לחומרה. בעוד ששיקול ההגנה על שלום הציבור מאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם, ובלבד שלא תהיה החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם, הרי ששיקול הרתעה אישית והרתעת הרבים אינם מאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם. בכך זוכה עקרון ההגנה על שלום הציבור, ביחד עם שיקול השיקום, שאף הוא מאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם, לעדיפות על פני הרתעת היחיד והרתעת הרבים.

בכך ניתן לסמן את ההיררכיה בין שיקולי הענישה השונים. הבכורה ניתנה לשיקול ההלימה. לאחר מכן מופיעים שיקולי השיקום וההגנה על שלום הציבור אשר יש בהם כדי להוביל במקרים

מסוימים לחריגה ממתחם העונש ההולם. בין שני השיקולים הללו, נדמה כי כוחו של השיקול השיקומי רב מכוחו של השיקול בדבר ההגנה על שלום הציבור, משום ששיקול השיקום מאפשר אף חריגה ניכרת ממתחם העונש ההולם והוכחתו לא הוגבלה מבחינה ראייתית, בעוד ששיקול ההגנה על שלום הציבור מוגבל לחריגה שאינה ניכרת ודרכי הוכחתו הוגבלו מבחינה ראייתית (דרישה לעבר פלילי משמעותי או חוות דעת מקצועית). לבסוף מופיעים שיקולי הרתעת היחיד והרבים ונסיבותיו האישיות של הנאשם, אשר אינם מאפשרים שום חריגה מן המתחם, אלא רק משפיעים על העונש בתוך המתחם. כך נקבעה אף ההיררכיה בהתייחסות המחוקק לתיאוריה התועלתנית מבית מדרשו של בנטהם, אשר נדמה כי נסוגה בהקשרים מסוימים מפני תיאוריות גמוליות, כגון הגישה הקאנטיאנית.⁵

נדמה כי אחת מתוצאותיו של התיקון לחוק הינה "ירידתה" של ההרתעה מגדולתה, ועלייתה של ההלימה. נדמה כי אף הרטוריקה המקובלת בפסיקה עובר לתיקון בנושא ההרתעה, צפויה להשתנות ולפנות את מקומה לרטוריקה של הלימה. בעקבות או במקביל לשינוי הרטורי, יש להניח שיחול אף שינוי מחשבתי.

קביעת ההיררכיה בין שיקולי הענישה השונים מעלה את השאלה האם הפסיקה הקיימת מהווה מפתח ראוי לקביעת מתחם העונש ההולם, כאשר לא תמיד ברור אם הענישה הקיימת עובר לתיקון החוק משקפת את עליונות העיקרון המנחה. עיון בסעיף 40ג(א) לעיל, מעלה כי מדיניות הענישה הנהוגה הינה רק אחד השיקולים בקביעת מתחם העונש ההולם, וזאת לצד הפגיעה בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. מכאן, יש להניח, כי תעלה טענה שהחוק פותח פתח לבחינה מחודשת של מדיניות הענישה המקובלת בעבירות השונות. נדמה כי העיקרון של הגנה על שלום הציבור משיק לשיקול של מסוכנות לציבור ומניעה לאור מועדות הנאשם. בעניין זה יהיה על בית-המשפט להבחין היטב בין "הגנה על שלום הציבור" לבין "הרתעת היחיד", על אף הקרבה הרעיונית ביניהם, הואיל והסמכויות הקיימות בכל אחד מן השיקולים הינן שונות.

עוד יש לשים לב שתנאי לכך שבית-המשפט יחרוג ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי הגנה על שלום הציבור הינו שלנאשם עבר פלילי משמעותי, או שהוצגה לבית-המשפט חוות דעת מקצועית (כגון הערכת מסוכנות בנוגע לעברייני מין או חוות דעת פסיכיאטרית).

7 פרוטוקול הוועדה מיום 20.12.10.
8 ראו פרוטוקול הוועדה מיום 20.12.10.
9 ראו פרוטוקול הוועדה מיום 27.12.10.

המשך מעמ' 7

של הנאשם, לצורך קביעת מתחם עונש הקנס ההולם.

נדמה כי סעיף זה אינו משנה באופן מהותי את המצב הקיים. ואכן, בחינה גמולית של הקנס מחייבת התייחסות למצבו הכלכלי של הנאשם משום שסכום קנס מסויים היו בעל השפעה שונה מבחינת העונש לאנשים שמצבם הכלכלי שונה. יש לשים לב שבנוגע לקנס יש לקבוע את מתחם עונש הקנס ההולם, ורק בהמשך לכך את הקנס המתאים שייגזר על הנאשם.⁹

נדמה כי מבחינה אנליטית "מצבו הכלכלי של הנאשם" היה צריך להיזקק בתוך מתחם עונש הקנס ההולם, ולא להיות מובא בחשבון בעת קביעת המתחם, הואיל ומדובר בנסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה, בדומה לנסיבות המופיעות בסעיף 40ט. ברם, מבחינה פרקטית, נראה כי יש היגיון רב בכך שמצבו הכלכלי של הנאשם משפיע על קביעת המתחם עצמו, שאלמלא כן היה צורך ביצירת מתחמים רחבים מאוד, כדי להימנע מתוצאות בלתי צודקות.

לאור העובדה ששיקול ההגנה על שלום הציבור אינו רלוונטי כעקרון לעונש של קנס אלא למאסר, במובחן מהרתעה, נדמה שבקנסות לא תהיה סמכות לחרוג ממתחם עונש הקנס ההולם לחומרה. בשל השיקול השיקומי, יש להניח שתהיה אפשרות לסטות לקולא.

נסיבות הקשורות בביצוע העבירה

40ט.א) בקביעת מתחם העונש ההולם למעשה העבירה שביצע הנאשם כאמור בסעיף 40ג(א), יתחשב בית המשפט בהתקיימותן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר שהן משפיעות על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם:

- (1) התכנון שקדם לביצוע העבירה;
- (2) חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה;
- (3) הנזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה;
- (4) הנזק שנגרם מביצוע העבירה;
- (5) הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה;
- (6) יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו;
- (7) יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה;
- (8) מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה;
- (9) הקרבה לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה';
- (10) האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע

בעניין חוות הדעת המקצועית נתגלעה בדיונים בוועדת החוקה מחלוקת בשאלה האם תסקיר שירות המבחן יבוא בגדרי חוות דעת מקצועית אשר יכולה לשמש כעילה לחריגה לחומרה ממתחם העונש ההולם, אם לאו. בסופו של דבר תסקיר שירות המבחן לא נקבע כחריג למונח חוות הדעת מקצועית, ולכן נוסח החוק מאפשר את הכללת התסקיר כחוות דעת מקצועית לפי סעיף זה.¹⁰ ברם, ממילא בפרקטיקה על-פי רוב כאשר התסקיר היוו שלילי, שירות המבחן נוקט באנדרסטיימנט כגון העדר המלצה, כך שממילא יהיה למאשימה קושי להיאחז בתסקיר שירות המבחן כעילה להחמרה מעבר למתחם העונש ההולם.¹¹

עוד הועלתה בוועדת החוקה הטענה שהגשת חוות הדעת האמורות ומשמעותן הרבה לגזר הדין יובילו לריבוי חוות דעת ובהמשך לכך לבקשות לחקירת המומחים ועורכי חוות הדעת בבית-המשפט. ככל שתסקיר שירות המבחן ישמש כחוות דעת מקצועית, תשוב ותעלה השאלה האם לאפשר להגנה לחקור את קציני המבחן בבית-המשפט.

סוגיה נוספת, אשר יש להניח שהפסיקה תידרש לה, הינה מהי "החמרה שאינה ניכרת" שהינה לגיטימית בשל שיקול ההגנה על שלום הציבור, לעומת "החמרה ניכרת" שאינה לגיטימית. נדמה כי החמרה בשיעור של 20%-10% תיחשב כהחמרה שאינה ניכרת, ואילו החמרה של 50%-100% בעונש תחשב כהחמרה ניכרת שאינה מותרת.

בנוגע להרתעה יש לשים לב לכך ששיקול הרתעת הרבים הינו אך ורק שיקול לחומרה על-פי נוסח הסעיף ואף לפי הגיונם של דברים. לעומת זאת, שיקול הרתעת היחיד על-פי ניסוחו ותכליתו אינו מחייב החמרה, אלא מאפשר אף בחירת עונשים מסוימים שיש בהם כדי להוביל להרתעת הנאשם, כגון: מאסר על תנאי או התחייבות להימנע מעבירה.¹²

בנוגע לרכיב "יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים" מתעוררת השאלה האם יהיה על המאשימה להוכיח טענה זו בראיות, או שהדבר ייחשב כידעיה שיפוטית, זאת בפרט לאור העובדה שהמחקרים האמפיריים בנוגע לסוגיית הרתעת הרבים באמצעות החמרה בענישה אינם חד-משמעיים.

קנס

40ח. קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש קנס, יתחשב, נוסף על האמור בסעיף 40ג(א), במצבו הכלכלי

10 ראו פרוטוקול הוועדה מיום 5.7.11.
11 ראו פרוטוקול הוועדה מיום 2.8.11.
12 פרוטוקול הוועדה מיום 5.7.11.

העבירה או ניצולו;

(11) הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסי עם נפגע העבירה.

(ב) לעניין נסיבות כאמור בסעיף קטן (א)(6) עד (9), בית המשפט יתחשב בהן ככל שסבר שהן מפחיתות את חומרת מעשה העבירה ואת אשמו של הנאשם, ולעניין נסיבות כאמור בסעיף קטן (א)(10) ו-(11) - ככל שסבר שהן מגבירות את חומרת מעשה העבירה ואת אשמו של הנאשם.

סעיף זה מגדיר את הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שיש בהן כדי להשפיע על קביעת מתחם העונש ההולם. חלק מן הנסיבות הן נסיבות שיישקלו לקולא, כגון מצבו הנפשי של הנאשם ומצבים שהם קרובים לסייגים לאחריות פלילית, בדומה לסעיף 300א לחוק, "מעין קינטור" ועוד. לעומת זאת, חלק מן הנסיבות הן כאלה שיישקלו לחומרה כגון אכזריות, התעללות, ניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם.

יש להבחין בין שיקולי ענישה (הלימה, שיקום, הגנה על שלום הציבור והרתעה) לבין הנסיבות (הקשורות לעבירה או שאינן קשורות לעבירה).

בכל הנוגע לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה יש להבחין בין שלושה סוגים:

1. הסוג הראשון, בסעיפים קטנים (1) עד (5), כולל נסיבות אשר יכולות לשמש הן לחומרה והן לקולא, כגון: "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה", אשר במקרים מסוימים ייחשב כנסיבה לחומרה (כאשר חלקו היחסי של הנאשם הינו משמעותי) ובמקרים מסוימים ייחשב כנסיבה לקולא (כאשר חלקו היחסי של הנאשם הינו מינורי). כך גם שאלת התכונן המוקדם או העדרו יכולה להתפרש לחומרה או לקולא, לפי נסיבות המקרה. נסיבות אלה יכולות לנוע "במנעד רחב".

2. הסוג השני, בסעיפים קטנים (6) עד (9), כולל נסיבות אשר יכולות לשמש רק לקולא ובחלקן מדובר על "מעין סייגים". כך למשל, מגבלה על יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשה, יכולתו להימנע מביצוע העבירה, התגרות של הנפגע (מעין קנטור), מצוקה נפשית של הנאשם עקב התעללות בו על-ידי הנפגע (ראו פרשת כרמלה בוחבוט) וקרבה לסייג לאחריות הפלילית. סעיפים אלה קרובים רעיונית למבחנים שבסעיף 300א לחוק, אך המבחנים כאן פחות נוקשים מאלה שנקבעו בסעיף 300א ומאפשרים שיקול דעת וגמישות גדולים יותר. יש לשים לב שסעיף קטן (8) עוסק בהקלה לנאשם עקב מצוקה נפשית עקב התעללות בו על-ידי נפגע העבירה, ואינו כולל במפורש התעללות באדם קרוב לו

(למשל, מקרה שהבן פוגע באביו על רקע התעללות באמו). ייתכן שמקרים אלה יכללו במסגרת פרשנות הסעיף. 3. הסוג השלישי, בסעיפים קטנים (10) עד (11), כולל נסיבות אשר יכולות לשמש רק לחומרה. כך אכזריות, אלימות והתעללות בנפגע העבירה, או ניצול לרעה של כוחו ומעמדו של הנאשם או של יחסי עם נפגע העבירה.

במקרים מן הסוג השני או השלישי, כאשר הנסיבה אינה מתקיימת, הדבר לא ישפיע על גזר-הדין, לא לקולא ולא לחומרה.¹⁰

השוואה בין החוק לבין הצעת החוק בסעיף זה מעלה כי הושמט הסעיף הקטן אשר קבע כי ניתן לשקול את העובדה שהעבירה נעברה בנסיבות שבהן היה לסוכן מדיח חלק משמעותי בביצוע העבירה. לפי פרוטוקול דיוני ועדת חוקה, חוק ומשפט, ההשמטה נבעה מתוך תפיסה שמדובר בחריג ספציפי מדי.¹¹ ככלל יש לציין כי מספר הנסיבות המנויות בחוק קטן באופן משמעותי ממספר הנסיבות אשר היו מנויות בהצעת החוק. בנוגע לנסיבות שאינן מנויות בחקיקה, יש להניח שחלקן יקבלו ביטוי הואיל ומדובר ברשימה פתוחה. המקרה של סוכן מדיח עשוי ליפול לגדרה של הנסיבה בסעיף קטן (2) בעניין "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה".

יש לשים לב לנסיבה "הנזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה" אשר יוצרת שיקול לחומרה במקרה של נזק שהיה צפוי להיגרם, אך לא נגרם, ובניגוד לניסיון אין זה הכרח שהנאשם התכוון שייגרם. כלומר, הענישה היא אף על יצירת סיכון שלא התממש, כגון במקרה של נשיאת נשק במהלך ביצוע שוד. בנוסף לכך, המונח "צפוי היה" עשוי לגלם אף אלמנט אובייקטיבי של רשלנות, כאשר אין דרישה לצפייה סובייקטיבית בפועל מצד הנאשם.¹²

עוד יש ליתן את הדעת לרכיב אשר קובע כי ההתחשבות בנסיבות הקשורות לביצוע העבירה הינה "במידה שבה התקיימו". רכיב זה מוסיף אלמנט של מידתיות לנסיבות האמורות. כך למשל, מידת הקרבה לסייג לאחריות פלילית עשויה להיות שונה ממקרה למקרה, ובהתאם לכך לקבל משקל שונה על-ידי בית-המשפט בגזר הדין.

הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה

140.א) בית המשפט יקבע כי התקיימו נסיבות הקשורות בביצוע העבירה, על בסיס ראיות שהובאו בשלב בירור האשמה.

13 לעניין הפסיקה בעבר ראו רע"פ 9718/04 מדינת ישראל נ' נאורה (25.11.07).
14 פרוטוקול הוועדה מיום 20.6.11.
15 פרוטוקול הוועדה מיום 30.5.11.

המשך מעמ' 9

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א) -

(1) בשלב הטיעונים לעונש, הנאשם רשאי להביא ראיות מטעמו, ובלבד שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה, והצדדים רשאים להביא ראיות שנקבע בחיקוק כי יובאו בשלב זה;

(2) בית המשפט רשאי, לבקשת אחד מהצדדים, להתיר להביא ראיות בעניין נסיבות הקשורות בביצוע העבירה בשלב הטיעונים לעונש, אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין.

(ג) בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי.

(ד) בלי לגרוע מהוראות סעיף קטן (ב)(2), הודה הנאשם בעובדות כתב האישום, בין לאחר שמיעת הראיות ובין לפני כן, יכלול כתב האישום שבו הודה את כל העובדות והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

סעיף זה עניינו דרכי הוכחתן ורמת ההוכחה של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה.¹³

בנוגע לרמת ההוכחה ונטל השכנוע, יש להפנות את תשומת הלב לכך שהוכחת נסיבות מחמירות הינה ברמת הוכחה של מעבר לספק סביר, ואילו הוכחת נסיבות מקלות היא ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, קרי: מאזן הסתברויות. בכך נדמה כי הוסדר נושא אשר הייתה בו אי-בהירות לא מעטה ולעתים אף העדר אחידות בפסיקה. כאן יש ליתן את הדעת לשוני בין שלב הכרעת הדין שבו די לנאשם להעלות ספק סביר בנוגע לסייג לאחריות פלילית (סעיף 34כב(ב) לחוק העונשין), לבין שלב גזר הדין שבו ככל שמדובר בנסיבה הנוגעת לקרבה לסייג לאחריות פלילית (בהתאם לסעיף 40א(א)(9) לחוק), על הנאשם להוכיח את הנסיבה ברמה של מאזן הסתברויות.¹⁴

עוד יש לשים לב לכך שבמקרים שבהם נסיבה מסוימת עשויה להיזקק לחומרה או לקולא (למשל, חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה), אם המאשימה לא הוכיחה את הנסיבה מעבר לספק סביר, וההגנה לא הוכיחה את הנסיבה במאזן הסתברויות, בית-המשפט לא ייתן לנסיבה משקל, לא לחומרה ולא לקולא.

יש לשים לב לכך שסעיף זה אינו חל על הוכחת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, אלא רק על נסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

בנוגע לדרכי ההוכחה ושלבי ההוכחה, יש לשים לב שהזכות להביא ראיות מוגבלת במידה מסוימת. מבחינת הנאשם, הזכות להביא ראיות מוגבלת לראיות שאינן סותרות את הנטען על ידו בשלב בירור האשמה. כלומר, לנאשם בשלב הראיות לעונש אין זכות לבצע "שינוי חזית" ולהביא ראיות אשר סותרות את גרסתו בשלב בירור האשמה. לעומת זאת, יש להניח שלא ייאסר על נאשם שכפר באשמה והורשע בהכרעת דין מפורטת להביע צער וחרטה על מעשיו או להביא ראיות אחרות לקולא ככל שאינן עומדות בסתירה לגרסתו בשלב בירור האשמה. עוד יש לציין, כי נדמה שסעיף זה בא להוסיף על הכלל הנוהג לפיו לא ניתן להביא ראיות הסותרות את האמור בהכרעת הדין, שהרי בית-המשפט בשלב גזירת הדין אינו יושב כערכאת ערעור על עצמו.

מבחינת המאשימה, הכלל הינו שעל התביעה להוכיח את הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה כבר בשלב בירור האשמה. הזכות של המאשימה להביא ראיות בשלב שלאחר הכרעת הדין מוגבלת לראיות שנקבע בחיקוק שיובאו בשלב זה, כגון הגשת רישום פלילי, תסקיר קורבן או הערכת מסוכנות. מעבר לכך, כחריג, כל אחד מהצדדים רשאי להביא ראיות נוספות ברשות בית-המשפט אם שוכנע שלא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב בירור האשמה או אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין. יש להניח שככל שבית-המשפט יאפשר למאשימה להגיש ראיות בשלב זה, הרי שיהיה עליו לאפשר אף להגנה להגיש ראיות לסתור.¹⁵

שאלה נוספת היא האם תסקירי קורבן, חוות דעת או הצהרת נפגע בדבר השפעת העבירה על מצבו הנפשי של הקורבן או בנוגע לנזקים עתידיים (אשר לכאורה נופלים לגדר הנסיבה הכללית בדבר "הנזק שנגרם מביצוע העבירה", כאמור בסעיף 40א(א)(4) לחוק), יוכלו, כדבר שבשגרה, לעמוד בדרישת ההוכחה של מעבר לספק סביר. סעיף זה נכלל בחוק העונשין על אף היותו עניין הנוגע בחלקו לסדר דין פלילי.

נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה

- 40יא. בגזירת העונש המתאים לנאשם כאמור בסעיף 40ג(ב), רשאי בית המשפט להתחשב בהתקיימות נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, המפורטות להלן, ובמידה שבה התקיימו, ככל שסבר כי ראוי לתת להן משקל בנסיבות המקרה, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם:**
- (1) הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו;**
- (2) הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם;**

16 פרוטוקול הוועדה מיום 20.12.10.
17 פרוטוקול ועדת חוקה מיום 2.8.11.
18 ראו פרוטוקול הוועדה מיום 2.8.11.

- (3) הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו;
 (4) נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו, וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב;
 (5) מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה;
 (6) שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק; ואולם, כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו;
 (7) התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה;
 (8) נסיבות חיים קשות של הנאשם שהיתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה;
 (9) התנהגות רשויות אכיפת החוק;
 (10) חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה;
 (11) עברו הפלילי של הנאשם או העדרו.

לאחר שביט-המשפט קבע את מתחם העונש ההולם, עליו לעבור ולקבוע את העונש המתאים לנאשם במסגרת מתחם העונש ההולם. בשלב זה בית-המשפט רשאי להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, שיש בהן כדי להשפיע על גזירת הדין. כלומר, הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה נלקחות בחשבון בקביעת מתחם העונש ההולם, ואילו הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה נלקחות בחשבון בגזירת העונש בתוך המתחם.

יש לשים לב לכך שהשיקולים האמורים בסעיף זה אינם מאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם, וזאת בדומה להרתעת היחיד והרבים אשר אף הם אינם מאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם, ובניגוד לשיקול השיקום והגנה על שלום הציבור אשר מאפשרים חריגה ממתחם העונש ההולם.

לפיכך, ככל שמתחם העונש ההולם יהיה רחב יותר, כך משקלן של הנסיבות הללו, בגדרי המתחם, יהיה רב יותר. ולהיפך, ככל שמתחם העונש ההולם יהיה צר יותר, כך משקלן של הנסיבות הללו והשפעתן על העונש, יהיו פחותים.

בנוגע לעברו הפלילי של הנאשם או העדרו, יש ליתן את הדעת לכך שסעיף זה אינו מאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם, ואולם ככל שהעדר עבר פלילי יהווה חלק מהשיקול השיקומי, או קיומו של עבר פלילי משמעותי יהווה חלק מהשיקול בדבר הגנה על שלום הציבור, הרי שיהיה בעברו הפלילי של הנאשם או בהעדרו כדי לאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם. כלומר, שאלת העבר הפלילי נוגעת למספר שיקולי ענישה ותיבחן הן במסגרת שיקול השיקום (בפרט העדר עבר פלילי) הן במסגרת

שיקול ההגנה על שלום הציבור (כאשר עסקין בעבר פלילי משמעותי), והן במסגרת הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. העבר הפלילי לא נשקל במסגרת קביעת מתחם העונש ההולם, אלא רק במסגרת קביעת העונש המתאים בתחומי מתחם העונש ההולם, או תוך חריגה ממנו (במקרה של הגנה על שלום הציבור או שיקום).¹⁶

בנוגע להפעלת מאסר מותנה, יש להניח שהפעלת המאסר המותנה לא תהיה כפופה לגדרי המתחם, וזאת משום שהפעלת תנאי אינה בגדר הטלת עונש על הנאשם, אלא אך הפעלה של עונש שהושת בהליך קודם.

עוד יש לשים לב לאיזון שנערך בין הסעיף אשר עוסק ב"התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה", אשר מטבע הדברים יש בו שיקול לקולא בדרך כלל לגבי נאשמים שמגיעים מרקע סוציו-אקונומי גבוה, לבין הסעיף העוסק ב"נסיבות חיים קשות שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה", אשר מטבע הדברים יש בו שיקול לקולא בדרך כלל לגבי נאשמים שמגיעים מרקע סוציו-אקונומי נמוך.¹⁷

הנסיבה הנוגעת ל"התנהגות רשויות אכיפת החוק" תאפשר בין היתר התחשבות בטענת "הגנה מן הצדק", שלא הגיעה בעוצמתה לביטול כתב האישום, במסגרת שיקולי הענישה כחלק מן הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.

נושא "גילו של הנאשם" קיבל ביטוי הן בנסיבה הנוגעת ל"פגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו", כחלק מן הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, והן במסגרת "יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו", כחלק מן הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה.¹⁸ יחד עם זאת, לא נקבעה באופן מפורש נסיבה כללית הנוגעת להתחשבות בגיל. בנוסף לכך, יש לציין שהחוק חל באופן מלא רק לגבי בגירים, ואילו לגבי נוער נקבע סעיף ספציפי כמפורט להלן.

עוד יש ליתן את הדעת לכך שלא מופיעה נסיבה הנוגעת ל"חסכון בזמנו היקר של בית-המשפט", אשר מופיעה במקרים רבים בגדרי דין עובר לתיקון לחוק ולעיתים שנויה במחלוקת. מופיעות אמנם נסיבות הנוגעות ל"נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו" וכן "שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק", אך ספק רב אם החיסכון בזמן שיפוטי נופל לגדרן של נסיבות אלה.¹⁹ ההדגשה של המחוקק לפיה "כפירה באשמה וניהול משפט

19 פרוטוקול הוועדה מיום 5.7.11.

20 פרוטוקול ועדת חוקה מיום 20.6.11 ומיום 2.8.11.

21 ראו סעיפים 182 ו-193 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982.

המשך מעמ' 11

לאור הנפקות המעשית של סיווג האירוע כ"אירוע אחד" או כ"כמה אירועים" נדמה שבמקרים לא מעטים יהיה על בית-המשפט לתת דעתו לשאלה אם המקרה שלפניו שיש בו מספר עבירות הינו בגדר אירוע אחד או מספר אירועים, וזאת בהתאם למבחנים של זמן, מקום ומהות.²⁰

עוד יש ליתן את הדעת ליחס שבין סעיף זה לבין סעיף 186 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, אשר קובע כדלקמן: "בית המשפט רשאי להרשיע נאשם בשל כל אחת מן העבירות שאשמתו בהן נתגלתה מן העובדות שהוכחו לפניו, אך לא יענישנו יותר מפעם אחת בשל אותו מעשה".

נדמה כי נושא ריבוי העבירות הינו מן הנושאים הקשים ביותר להבניית שיקול הדעת. לא בכדי במקרה של מספר אירועים נותר לבית-המשפט שיקול דעת אם לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים, ללא העדפה מסוימת מצד המחוקק. כך גם לא נקבעה עדיפות בין קביעת עונשים במצטבר או בחופף בין אירועים שונים, אלא הנושא נותר לשיקול דעתו המלא של בית-המשפט.

חובת הנמקה

40ד. בית המשפט יפרט וינמק בגזר הדין, בין השאר, את אלה:

- (1) קביעת מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה והנסיבות הקשורות בביצוע העבירה שבהן התחשב לצורך קביעת מתחם העונש ההולם;
- (2) גזירת העונש המתאים לנאשם והנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה שבהן התחשב לצורך גזירת העונש;
- (3) חריגה ממתחם העונש ההולם לשם שיקומו של הנאשם או לשם הגנה על שלום הציבור, ככל שהיתה, והטעמים לחריגה;
- (4) הדרך שבה גזר את דינו של הנאשם לאחר הרשעה במספר עבירות המהוות כמה אירועים.

חובת ההנמקה בגזר הדין מתייחסת לארבעה רכיבים: קביעת מתחם העונש ההולם, גזירת העונש המתאים, חריגה ממתחם העונש ההולם וההתייחסות לריבוי עבירות. תחילה קובע בית-המשפט את מתחם העונש ההולם, לאחר מכן קובע את העונש המתאים. ככל שקיימת חריגה ממתחם העונש ההולם, יש לנמק את הטעמים לחריגה, וככל שקיימת הרשעה במספר עבירות המהוות מספר אירועים יש לפרש את הדרך שנגזר הדין בשם לב לכך.

יש לציין, כי חובת ההנמקה הינה בגדר חידוש בתיקון בחוק, כאשר עד כה לא הייתה חובת הנמקה בחוק, וההנמקה של גזרי דין (להבדיל מהכרעות דין)²¹ הייתה מכוח הפסיקה בלבד.

על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו" מחזקת אף היא את ההנחה שהחיסכון בזמן שיפוטי אינו בגדר נסיבה שיש לשקול בשלב זה. זאת על אף שמדובר ברשימה פתוחה, וכפי שיובהר להלן, בית-המשפט רשאי לשקול אף נסיבות שלא נכללו ברשימה.

נסיבות נוספות

40יב. אין בהוראות סעיפים 40 ו-40א כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם, וכן נסיבות נוספות שאינן קשורות בביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם. סעיף זה מותיר בידי בית-המשפט שיקול דעת להוסיף ולשקול נסיבות נוספות בין אם בנוגע לקביעת מתחם העונש ההולם ובין אם בנוגע לגזירת העונש המתאים לנאשם. כלומר, רשימות הנסיבות לעיל אינן בגדר רשימות סגורות. כך למשל, השיקול בדבר "סוכן מדיח" בנסיבות הקשורות לעבירה, או שיקולי "הגנה מן הצדק" שאינם נוגעים להתנהגות רשיוות אכיפת החוק, יוכלו לקבל ביטוי במסגרת פתוחה זו.

ריבוי עבירות

40ג. (א) הרשיע בית המשפט נאשם במספר עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם במספר עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים; גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.

(ג) בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר - לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת.

בנושא ריבוי עבירות נקבע כי כאשר בית-המשפט הרשיע במספר עבירות המהוות מספר אירועים, יש לקבוע תחילה את מתחם העונש ההולם לכל אירוע בנפרד. לאחר מכן, רשאי בית-המשפט לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים. כאשר בית-המשפט קובע עונש נפרד לכל אירוע, יש לקבוע את מידת החפיפה או ההצטברות של העונשים. יש לשים לב כי כאשר מדובר בריבוי עבירות באירוע אחד, הרי שיש לקבוע את מתחם העונש ההולם לאירוע כולו, ולגזור עונש אחד כולל לכל העבירות, מבלי לפצל, בהתאם למצב הנוהג עובר לחקיקת החוק.

22 פרוטוקול ועדת חוקה מיום 2.8.11, עמ' 40.

23 ע"פ 1958/98 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 577 (2002).

24 פרוטוקול הוועדה מיום 27.12.10.

חובת ההנמקה המפורטת מעלה שאלות כבדות משקל בדבר האפשרות המעשית להכתיב גזרי דין באולם בית-המשפט מיד בתום טיעוני הצדדים. יש להניח ששיעור המקרים שבהם בית-המשפט יכתבו גזרי דין באולם בית-המשפט מיד בתום טיעוני הצדדים יפחת באופן ממשי.²² קושי ספציפי הנוגע לחובת ההנמקה ולאפשרות הכתבת גזרי דין באולם יתעורר בנוגע לשופטי המוקד בימי ההקראות המרוכזים, אשר עובר לתיקון החוק הכתיבו גזרי דין באולם במקרים רבים, ויש להניח ששיעורם יפחת לאור התיקון. סוגיה דומה תעלה, כך יש להניח, בגזרי דין בבית-המשפט לתעבורה אשר הוכתבו עובר לתיקון החוק בשיעורים גבוהים באולם.

שאלה נוספת הכרוכה בסוגיה הקודמת, הינה האם גזרי דין אשר ניתנים בעקבות הסדר טיעון יוכפפו לכללים האמורים בתיקון זה, ובפרט האם חובת ההנמקה תחול אף במקרים של גזרי דין שניתנים בעקבות הסדרי טיעון. יש להניח שחובת ההנמקה תפורש כמצומצמת יותר במקרים של הסדרי טיעון, ובפרט כאשר עסקין ב"הסדר סגור". כך גם הסדר טיעון "סגור" שחורג לקולא ממתחם העונש ההולם, לא בהכרח ייפסל על-ידי בית-המשפט, וזאת בשים לב לשיקולים שנקבעו בפסיקה בנושא חריגה מהסדרי טיעון.²³ בעניין הסדרי טיעון של "טווח" הכוללים "רצפה" ו"תקרה", לא ניתן ליצור זהות בין הטווח שבהסדר הטיעון לבין מתחם העונש ההולם, וזאת בשל השוני בשיקולים אשר נלקחים בחשבון ושאינם נלקחים בחשבון בכל אחד מן השניים. עוד יש להניח שככל שיתקבל בכנסת הסדר חקיקתי חדש בנוגע להסדרי טיעון, הרי שההסדר יכלול אף התייחסות לתיקון הנוכחי.

ענישת קטין

40טו. (א) על ענישת קטין יחולו הוראות חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971.

(ב) בלי לגרוע מהאמור בסעיף קטן (א), בית המשפט רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסעיף זה, תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר ראוי לתת להם משקל בנסיבות המקרה.

בנוגע לענישת קטינים ימשיכו לחול הוראות חוק הנוער (שפיטה), ענישה ודרכי טיפול), תשל"א-1971, כאשר בית-המשפט יהיה רשאי להתחשב בשיקולים האמורים לעיל, אך שיקולים אלה

אינם מחייבים. כלומר, השיקולים המיוחדים הנוגעים לענישת נוער ובראשם ההגמוניה של עקרון השיקום גוברים על האמור בתיקון זה ועל ההגמוניה של שיקול ההלימה בענישת בגירים. נראה כי ניתן למנות שלוש סיבות מרכזיות לאי-החלת התיקון לחוק על קטינים. ראשית, הייחודיות של ענישת קטינים, אשר כללי הבניית שיקול הדעת לבגירים, אינם בהכרח רלוונטיים לגביהם. שנית, העובדה שחוק הנוער תוקן אך בתקופה האחרונה, ונדמה שאין צורך ברוויזיה נוספת בנושא. שלישית, משום ששופטי הנוער הינם קבוצה מצומצמת באופן יחסי, כך שהצורך בהבניית שיקול הדעת וביצירת אחידות לגביהם הינו פחות.²⁴

תיקון סעיף 45

2. בסעיף 45 לחוק העיקרי, סעיף קטן (א) - בטל.

מבוטל סעיף 45 (א) לחוק העונשין אשר קובע כדלקמן:

"מי שנידון במשפט אחד לענשי מאסר בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שישאם, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר."

כלומר, כעת כאשר בית-המשפט קובע עונשי מאסר שונים בשל עבירות שונות בגזר דין אחד, לא קיימת ההוראה הקובעת שהנאשם ישא את עונש המאסר לתקופה הארוכה ביותר, אלא בית-המשפט מחויב לפרט את היחס בין עונשי המאסר השונים, ומידת החפיפה או ההצטברות ביניהם.

תחילה ותחולה

3. תחילתו של חוק זה שישה חודשים מיום פרסומו; הוראות החוק העיקרי כנוסחן בחוק זה יחולו על הליכים שביום התחילה טרם ניתנה בהם הכרעת הדין.

הואיל והחוק פורסם ברשומות ביום 10.1.12, הרי שכניסתו לתוקף הינה בחלוף שישה חודשים, קרי: ביום 10.7.12. הוראות החוק מחייבות אך ורק לגבי תיקים שבהם הכרעת הדין ניתנה לאחר יום 10.7.12, משמע שבתיקים שבהם הכרעת הדין ניתנה עד המועד האמור, וגזר הדין ניתן לאחר המועד האמור, הוראות החוק אינן מחייבות. אך נדמה כי ניתן לפסוק ברוח התיקון לחוק עוד קודם לתחילתו המחייבת.