



י"ב שבט, תש"ע
27 ינואר, 2010

לכבוד
ח"כ דוד רותם, יו"ר
ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת

שלום רב,

הנדון: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה)

בהמשך לדיונים האחרונים בהצעה שבנדון נודה לך אם תעביר לשיקול הוועדה את התיקונים המוצעים להלן בהצעת החוק. למען הסר ספק, על אף שביצענו עבור משרד המשפטים את המחקר בנושא עונשי המוצא, ההצעות במסמך זה משקפות את עמדתנו כחוקרים בתחום, והן אינן קשורות למחקר ואינן משקפות את עמדת משרד המשפטים.

השינויים המוצעים הם:

1. החזרת סעיף 8(ב) בהצעת ועדת גולדברג
2. התחשבות בתקני הכליאה
3. ראיות לעונש
4. הוספת הגיל הצעיר של הנאשם לרשימת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

להלן פירוט ההצעות ודברי הסבר.

1. החזרת סעיף 8(ב) בהצעת ועדת גולדברג

ההצעה:

לאחר סעיף 140 יבוא:

140: לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר.

הסבר:

כיוון שמשרד המשפטים כבר הביע הסכמתו להכללת סעיף זה, נקצר בהסברינו כאן. סעיף זה מחזק ומדגיש את היישום של עקרון ההלימה. ועדת גולדברג, שעל בסיס עבודתה נוסחה הצעת חוק זו, הציעה לכלול בהצעת החוק הוראה בנוסח המוצע לעיל. הוראה זו חיונית מכיוון שהניסיון בעולם מלמד שהבנייה מספרית של שיקול הדעת בענישה מובילה, פעמים רבות, לגידול משמעותי בשימוש במאסרים. בסעיף הבא יפורטו הנזקים המשמעותיים של הגידול באוכלוסיית האסירים, אך ניתן לציין בקיצור כאן כי שימוש במאסר בוודאי שאינו מקטין את שיעור הרצידיביזם, אלא, ככל הנראה, הוא מגדיל את הסיכוי שהנידון יחזור לפעילות עבריינית בשל, בין היתר, אימוץ דפוסי התנהגות עבריינית במהלך תקופת הכליאה.¹ עונש המאסר גם יקר מאוד לחברה כולה, כמו גם לעבריין. לפיכך, בהתאם להצעת וועדת גולדברג, ראוי כי כאשר ניתן, על פי עקרונות החוק, לבחור בין עונש מאסר לעונש אחר, יעדיף בית המשפט להימנע מהטלת מאסר. יצוין כי הוראה דומה לזו שהוצעה על ידי ועדת גולדברג מצויה במדינות אחרות שאימצו הנחיות לענישה.²

¹ ראו שלמה ג. שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת, עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק (מהדורה שלישית, מורחבת ומעודכנת, 2009) 117

² כך, למשל, באנגליה קובע סעיף 152 ל-2003 Criminal Justice Act ש"בית המשפט לא יטיל מאסר אלא אם העבירה היא כה חמורה עד כי לא ניתן להצדיק עונש קל יותר: "The court must not pass a custodial sentence unless it is of the opinion that the offence, or the combination of the offence and one or more offences associated with it, was so serious that neither a fine alone nor a community sentence can be justified for the offence." הוראה דומה מצויה באנגליה גם לגבי עונש של community service. ראו סעיף 148 לאותו חוק. החוק באנגליה מוסיף וקובע גם כי עונש מאסר צריך להיות לתקופה המינימאלית העומדת בהלימה עם חומרת העבירה. סעיף 153 לחוק מ-2003. בדומה, נציבות גזירת הדין דלאוור מציינת בעמוד הבית שלה כי "The overall sentencing philosophy of the General Assembly and SENTAC is that offenders should be sentenced to the least restrictive and most cost-effective sanction possible given the severity of the offense, the criminal history of the offender and the focus, which is, above all, to protect the public's safety."

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

הטענה העיקרית שהועלתה כנגד הכנסת הסעיף היא כי סעיף זה אינו דרוש שכן הצעת החוק כולה מיועדת להבטיח כי מאסר יוטל רק כאשר הוא העונש ההולם. לדעתנו המסקנה שאין צורך בסעיף הנדון אינה נכונה, שכן החוק אינו שולל אפשרות שבמקרים רבים עונשים מסוגים שונים יעמדו במבחנים הקבועים בו, ולכן בלי הוראה זו יתכן בהחלט שיוטל עונש מאסר גם כאשר הוא אינו הכרחי לפי מבחן ההלימה או בהתחשב בכלל נסיבות המקרה.

2. התחשבות בתקני הכליאה

ההצעה:

בסעיף 40ט(ב), אחרי "הראויה" יבוא:

"ובתקן הכליאה שנקבע לפי סעיף לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971"

הסבר:

אחת הדילמות המרכזיות בחקיקה הקובעת הנחיות לענישה הינה מי יהיו הגורמים הקובעים את ההנחיות, ובמיוחד, מה תהיה המעורבות של נציגי ציבור נבחרים (המכונים לעיתים "גורמים פוליטיים") בקביעת ההנחיות. מחד, מדיניות ענישה, ככל מדיניות ציבורית אחרת, ראוי שתקבע תחת פיקוחם של הנבחרים במדינה דמוקרטית. מאידך, יש חשש שמעורבות פוליטית במדיניות ענישה תקבע על רקע הבולטות התקשורתית של הפשיעה, הרגשות שמתעורר הסיקור התקשורתי, ובתוך סערות של "בהלה מוסרית" (Moral Panic).³ חששות אלו נובעים גם נוכח ההתמקדות התקשורתית בתיקים חמורים שאינם מאפיינים את הפשיעה הנוהגת וההתעלמות של הסיקור מהמורכבות של מעשה העבריינות ותופעת העבריינות בכללותה. בישראל כמו במרבית מדינות המערב הסיקור התקשורתי של הפשיעה הולך ומתרחב. כך, מחקר אחד הראה כי מספר הידיעות התקשורתיות העוסקות בפשיעה עלה בין שנת 1990 לשנת 2000 ב-133% בעיתון הארץ וב-51% בעיתון ידיעות אחרונות.⁴ זאת, על אף שהפשיעה בתקופה הנדונה לא גברה, כפי שעולה מדוחות המשטרה וממחקרים שבוצעו בהזמנת המדינה.⁵ ואכן, בסקר נפגעי

17 (92) Consistency in Sentencing: Recommendation to Member States and Explanatory Memorandum, Rec. No. 4. לקרוא את הדברים ב 355 Criminal Law Forum (1993).

³ בהלה מוסרית היא תופעה של התעוררות רגשות עזים בקרב אוכלוסיה על נושא שנחזה כמאיים על הסדר החברתי.

⁴ ראו למשל רב-פקד רון שויביץ, "המעצמה השביעית" מראות המשטרה 177, (2000) בעמ' 3.

⁵ ראו אריה רטנר וגדעון פישמן, ניתוח מיקרו ומאקרו של אלימות בישראל 1980-2007, (הוכן עבור משרד המדע, מארס 2009)

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

עבירות שביצעו פרופ' רטנר ופרופ' פישמן בהזמנת משרד המדע עלה כי הפחד מאלימות גדול יותר אצל אנשים הצורכים חדשות בתדירות גבוהה יותר.⁶

בנוסף, כמעט בכל מקום בעולם בו הדבר נבדק בסקרים, עלה כי רוב הציבור סבור שמוסדות המדינה צריכים לפעול להחמרת הענישה. תוצאות אלו נותרו בלא שינוי במחקרים שונים שבוצעו בתקופות שונות ובשיטות משפט שונות, ובכלל זה באנגליה, קנדה, ארצות הברית, גרמניה, דרום אפריקה ועוד.⁷ תפיסה ציבורית זו אינה מבוססת על עמדת עומק של הציבור המיועד, שכן כאשר במקום השאלה הכללית על רמת הענישה, נשאלים הנבדקים על העונש המתאים במקרים ספציפיים המובאים בפניהם, הם נוטים להעדיף עונשים הדומים לאלו שמטילים בתי המשפט באיזור השיפוט שלהם, ולעיתים אף עונשים קלים יותר.⁸ למעשה התפיסה מבוססת גם על הערכה מוטעית של הפרקטיקות השיפוטיות. הציבור מעריך את שיעור האסירים באוכלוסיה ואת רמת העונשים כנמוכה מזו האמיתית.⁹ לא נראה גם כי החמרת הענישה מספקת את הציבור. העמדה כי בתי המשפט מקילים מדי נותרה בלא שינוי ניכר לאורך העשורים האחרונים בארצות הברית, בזמן שרמת הענישה הוחמרה משמעותית ומספר הכלואים גדל פי חמישה בשני העשורים האחרונים, עד כי כיום אחד מכל מאה אמריקאים מצוי מאחורי סורג וברית.¹⁰ משמעות הנתונים הללו היא כי בכל רגע נתון מוטל לחץ ציבורי על נבחרי ציבור להוביל להחמרה בענישה, לחץ אשר אין לצפות כי יפחת כאשר המטרה מושגת והענישה נהיית חמורה יותר.

מטעם זה בין היתר הוחלט במרבית השיטות בהן נקבעו הנחיות לענישה להטיל את התפקיד על גופים עצמאיים או גופים שבהם יש ייצוג משמעותי לרשות השופטת, ולא לרשות המבצעת או המחוקקת. כך בארצות הברית הנציבות לגזירת הדין הינה נציבות עצמאית המהווה חלק מהרשות השופטת, כשלושה מתוך שבעת חבריה נציגיה הם שופטים פדראליים. מינוי חברי הנציבות נעשה על ידי הנשיא באישור הסנט, כמו מינוי שופט, אולם

⁶ שם, בסעיף 3.4.

⁷ רק בסניגפור נמצא מחקר המראה שהציבור שבע רצון מרמת הענישה של בתי המשפט.

⁸ לסקירת המחקרים בנושא ראו Julian V. Roberts and Michael J. Hough, Understanding public attitudes to criminal justice Chapter 4 (2005). ראו בעיקר עמודים 78 (הסיבות להערכה הזו) ו-80-79 (העובדה שהפערים בין בתי המשפט לציבור נעלמים כאשר אנשים מתבקשים להטיל עונשים על בסיס מידע מלא יותר על התיקים).

⁹ שם, בעמ' 74.

¹⁰ One in 100: Behind Bars in America 2008, (The Pew Charitable Trusts Report) available at <http://www.pewcenteronthestates.org/uploadedFiles/One%20in%20100.pdf>

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

הנציבים משמשים בתפקידם קדנציה של שש שנים. ההנחיות אינן כפופות לאישור הקונגרס, אולם הן נכנסות לתוקף חצי שנה לאחר שהנציבות מכריזה עליהם, כך שהקונגרס יכול לבטלם בתקופה זו באמצעות חקיקה.

גם מועצת ההנחיות לענישה באנגליה, הינה גוף שיפוטי, שמונה מתוך חבריה (ה-judicial members) ממונים על ידי ה-Lord Chief Justice (נושא תפקיד המקביל לנשיא בית המשפט העליון אצלנו) באישור ה-Lord Chancellor (המקביל של שר המשפטים), וששת החברים שאינם שופטים, על ידי ה-Lord Chancellor בהסכמת ה-Lord Chief Justice. המועצה חייבת להיוועץ ב-Lord Chancellor והיא גם נעזרת במשרד המשפטים בדיוניה, אולם ההנחיות שלה אינן כפופות לאישור של הרשות המחוקקת או המבצעת.

הצעת החוק הנוכחית קובעת כי תקום ועדה עצמאית, אשר בנוסח ההצעה הממשלתית תמונה על ידי שר המשפטים, ואולם החלטותיה יהיו כפופות לאישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. ביחס למודלים המקובלים בעולם, מעורבות הגורמים הפוליטיים במודל זה גבוהה, והוא משקף העדפה של שיקולי היצוגיות על פני הצורך למתן השפעות של "בהלה מוסרית"¹¹ ולצמצם חששות להרחבת יתר של השימוש במאסרים ממושכים.

נראה כי ניתן להשיג את שתי המטרות – הן הרצון לשמור על קבלת החלטות ייצוגיות והן הצורך להבטיח כי ההליך הפוליטי לא יוביל לשימוש יתר במאסרים – באמצעות הבניית הליך קבלת ההחלטות. בשלב הראשון, תקבע הכנסת את סך המשאבים (הישירים) אותם היא מעוניינת להקדיש לכליאה (באמצעות קביעת תקן הכליאה), ואילו בשלב השני, תוך התחשבות במגבלת המשאבים, תקבע הוועדה לעונשי מוצא, באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט, את רמות עונשי המוצא. בדרך זו, ההחלטה על מדרג העונשים, והבחירה בין החמרה בעבירה זו או אחרת, תישאר בהתאם לקבוע בהצעה, החלטה המתקבלת עם מעורבות פוליטית משמעותית. אולם במקביל, ההחלטה הנפרדת שתקבל הוועדה המתאימה של הכנסת (כיום ועדת הפנים) תבטיח כי לפחות העלויות הישירות של המאסרים (גם אם לא העקיפות) ישקלו בקביעת רמת הענישה הכוללת של מערכת המשפט. הצעה זו אינה מצמצמת את המעורבות הפוליטית בקבלת ההחלטות על הענישה, אלא רק קובעת פרוצדורה המסייעת להבטיח כי העלויות הישירות של הכליאה לא יזנחו בעת קבלת ההחלטות.

¹¹ להשפעות של התפיסות הקשוחות כלפי העבריינות והבהלה המוסרית על שיעורי הכליאה, ולדרכים להתמודדות עם השפעות אלו ראו שוהם ואח', לעיל הערה 1, בעמ' 236-237.

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

יצויין כי הרעיון האמור אינו מקורי כלל. למעשה, הניסיון מלמד שגם שיטות שבהם החלטות הנציבות לקביעת ההנחיות לגזירת דין אינן כפופות לאישור של המחוקק, נדרשו במוקדם או במאוחר להוסיף הוראות המחייבות את הנציבויות לשקול, בדרך זו או אחרת, את רמת המשאבים המוקדשים לענישה, נוכח הגידול העצום במספר האסירים איתן מתמודדות שיטות משפט רבות שאימצו הנחיות לענישה. ברוב המקרים ההוראות המחייבות התחשבות במשאבי הכליאה נקבעו באמצעות תיקון לחקיקה לאחר תחילת פעולת ההנחיות. כיום מנגנוני פיקוח כאלו קיימים כמעט בכל המדינות בארצות הברית בהן נוהגות הנחיות לענישה.¹² למעשה כל שיטה אמריקאית שאימצה הנחיות לענישה מאז 1983 אימצה מנגנון כלשהו להערכה או ריסון של השפעת ההנחיות על גודל אוכלוסיית האסירים.¹³

כך, החוק במינסוטה קובע כי הנציבות תשקול גם את מדיניות הענישה והשחרור הנוהגת, משאבי מערך הענישה, ובכלל זה (אך לא רק) את הקיבולת של בתי הסוהר.¹⁴ נוסח זה הועתק, כמעט מילה במילה, למדינות אחרות, ביניהן קנזס,¹⁵ ודרום קרוליינה,¹⁶ כשמדינות אחרות מאמצות הוראות אחרות שמטרתם לפקח על גודל אוכלוסיית האסירים.¹⁷ במישיגן, לדוגמה, קיימת ועדה המפקחת על תפוסה בבתי הסוהר, והמחויבת לדווח למושל על חריגה ממכסת הקליטה של בתי הסוהר. כשמידע כזה מתקבל, על המושל להורות לוועדת השחרורים להקדים שחרורם של אסירים.¹⁸ מנגנונים אלו מרסנים במידה רבה את הלחץ הפוליטי להחמרה מתמדת בענישה, לחץ הנובע במידה רבה מדרך קבלת ההחלטות. אם בתחום החינוך והבריאות כל החלטה על הרחבת השירותים מתחשבת בעלויותיה, דרך קבלת ההחלטות הפוליטיות והמשפטיות בתחום הענישה, מובילה להתעלמות כמעט מוחלטת

¹² בעוד שמינסוטה, שהיתה חלוצה בתחום ההנחיות, קבעה כבר בחקיקה המקורית הוראה המחייבת את הנציבות לגזירת הדין להתחשב בעלויות הענישה וקיבולת מתקני הכליאה בהחלטותיה, מדינות רבות אחרות (ביניהן יוטה, מרילנד, פלורידה מישיגן ווירג'יניה) אימצו מנגנונים דומים רק בשלב מאוחר יותר, כשגודל הבעיה התברר.

¹³ ראו Richard S Frase, State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues, 105 *Colum. L. Rev.* 1190 (2005), 1205.

¹⁴ הנוסח המלא של הפסקה האמורה בסעיף 244.09 לחוק במינסוטה קובע כך: In establishing and modifying the Sentencing Guidelines, the primary consideration of the commission shall be public safety. The commission shall also consider current sentencing and release practices; correctional resources, including but not limited to the capacities of local and state correctional facilities; and the long-term negative impact of the crime on the community.

¹⁵ ראו סעיף 74-9101 לחוק של קנזס, http://kansasstatutes.lesterama.org/Chapter_74/Article_91

¹⁶ סעיף 24-26-10 לחוק של דרום קרוליינה <http://www.scstatehouse.gov/code/t24c026.htm>

¹⁷ למשל בדלאוור קובע החוק כי The Commission shall develop sentencing guidelines consistent with the overall goals of ensuring certainty and consistency of punishment commensurate with the seriousness of the offense and **with due regard for resource availability and cost**. ראו § 6580 לחוק בדלאוור [http://cjc.delaware.gov/PDF/SENTAC%20\(Title%2011S.6580\).pdf](http://cjc.delaware.gov/PDF/SENTAC%20(Title%2011S.6580).pdf)

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

מעלויות המאסר. מטעם זה, שיקולי תקציב אינם מובילים לריסון ההחלטות על הרחבת השימוש במאסרים, ובדרך זו משאבים הולכים וגדלים מועברים ממערכות חברתיות אחרות לטובת מערכות הכליאה. **יצוין כי החזקת אסיר בישראל עולה כמאה אלף ₪ בשנה.**¹⁹

כמו בחלק גדול ממדינות ארצות הברית, גם באנגליה, הרצון לפקח על הגידול באוכלוסיית האסירים לא הנחה את המחוקק בהחלטתו המקורית להקים מועצה לגזירת דין. אולם הגידול המהיר באוכלוסיית האסירים הוביל את שר המשפטים (ה- Lord Chancellor) להקים קבוצת עבודה שתבחן כיצד להתאים את הביקוש וההיצע של מקומות הכליאה.²⁰ מסקנותיה הוגשו ב-2008, ועל בסיסן נחקקו לפני מספר חודשים הוראות חדשות רבות לעניין גזירת הדין. בחוק החדש, מחויבת המועצה לגזירת הדין (גוף המקביל בתפקידו לוועדה לקביעת עונשי מוצא בחוק המוצע אצלנו) לפרסם יחד עם כל טיוטה של הנחיות המוגשות להערות, כמו גם עם הנחיות שמפורסמות בגירסתם הסופית, מסמך הערכת עלויות הכולל הערכה של השלכת ההנחיות על משאבי הכליאה, שירות המבחן ומערכות הטיפול והענישה לנוער. המועצה נדרשת גם לעדכן את ההערכה אם בחלוף הזמן היא מתבררת כמוטעית. בנוסף, נדרשת המועצה לפרסם דוח שנתי ובו הערכת ההשפעה של שינויים במדיניות הענישה כמו גם שינויים אחרים, על משאבי הכליאה והמבחן.²¹ החוק החדש מנחה את המועצה גם להכין הערכת עלויות של הצעות חוק ממשלתיות או תקנות הצפויות להשפיע על היקף השימוש במשאבי הכליאה.²² בדרך זו יכול המחוקק לדעת מה עלויות מדיניות הענישה המוצעת, ולהחליט אם להקצות את התקציבים הדרושים או לשנות את מדיניות הענישה כדי להתאים את הביקוש וההיצע של מקומות הכליאה.

גם בישראל בעיית הצפיפות בבתי הסוהר היא משמעותית. כך, לכל אסיר בישראל שטח מחיה ממוצע של 3.4 מטרים רבועים,²³ לעומת כ-8 מטרים רביעים שהם המינימום ההכרחי לפי קביעת האו"ם.²⁴ בשבע השנים האחרונות מספר האסירים בישראל יותר מאשר הכפיל עצמו (עלה מ-10,922 ל-22,725). כאמור לעיל, לכך השלכה

¹⁸ שוהם ואחי, לעיל הערה 1, בעמ' 237.

¹⁹ באתר שירות בתי הסוהר מצוין כי בשנת 2002 עלות החזקת אסיר היתה 92,250 ₪.

²⁰ Sentencing Commission Working Group Consultation: A structured sentencing framework and Sentencing Commission

פורסם באתר http://www.judiciary.gov.uk/publications_media/general/sentencing_consultation310308.htm

²¹ ראו סעיפים 127, 130 ו-130 ל-Coroners and Justice Act, http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2009/ukpga_20090025_en_10.

²² סעיף 132 לחוק.

²³ מתוך תגובת המדינה בבג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם, המכללה האקדמית למשפטים נ' שר האוצר.

²⁴ שוהם ואחי, לעיל הערה 1, בעמ' 244.

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

תקציבית משמעותית, שכן כפי שכבר נאמר, עלות החזקתו של אסיר עומדת על כמאה אלף ₪ בשנה.²⁵ נראה כי גם בטרם נקבעו הנחיות לענישה, אורה תקשורתית המשפיעה על החקיקה והפסיקה, מובילה לשינוי היחס למאסר ושימוש נרחב יותר בכלי זה. לאחר שהצעת החוק תעבור, יש חשש משמעותי מהחרפת התופעה. ההצעה מבקשת להתמודד באמצעות שינוי קל ומתון יחסית, שינוי פרוצדוראלי בעיקרו, עם חששות אלו, וליצור מנגנון התחשבות בעלויות הכליאה בדומה למרבית השיטות הפועלות עם הנחיות לענישה.

ההצעה לעיל נוקטת בגישה מתונה, שמטרתה אינה להגביל את גידול מספר האסירים, אלא לאפשר לכנסת לקבוע את המגבלות התקציביות שיש להטיל על מספר האסירים, בהתחשב ביתר צרכי המשק, ובדרך זו להנחות את הוועדה לאמץ מדיניות ענישה שתבטיח התאמה של הביקוש וההיצע למקומות כליאה. ההצעה לעיל מתונה גם מכיוון שהדרישה אינה להתחשב במספר מקומות הכליאה בפועל (דהיינו במספר מקומות הכליאה הקיים והמבטיח עדיין תנאים הולמים לכל אסיר) אלא מעמידה את ההחלטה על מספר מקומות הכליאה בידי ועדה של הכנסת (כיום ועדת הפנים ואיכות הסביבה), וזו מחליטה למעשה איזו רמת צפיפות מוצדקת בהתחשב בביקוש למקומות כליאה. בדרך זו שיקול הדעת של הכנסת (בשיתוף עם הוועדה) לא נפגע כלל (שכן הכנסת יכולה לקבוע כל תקן כליאה לפי הבנתה, ובדרך זו לאפשר כל מדיניות ענישה) אולם מבנה קבלת ההחלטות מבטיח התחשבות טובה יותר בשיקולים תקציביים, ובעלויות הישירות של הגידול במספר הכלואים.

²⁵ כשהגידול משמעותי במיוחד בעבירות שבהן נוצר בעשור וחצי האחרונים לחץ ציבורי ופוליטי מיוחד שהוביל להחמרה בחקיקה ובפסיקה, בעיקר בסוגים מסויימים של עבירות כגון עבירות מין ועבירות אלימות במשפחה. כך בעבירות מין עלה מספר האסירים במשך עשר שנים החל מ-1996 פי ארבעה (מ-287 בשנת 1996 ל-1167 בשנת 2007), ובעבירות אלימות במשפחה פי 5.3 (מ-400 ל-2120) וגידול בשיעור דומה קיים גם בעבירות ביטחון. (מנגד, בעבירות רצח, שוד, סמים ורכוש מספר האסירים אמנם תנודתי לעיתים אך מגמת העליה מתונה בהרבה. הנתונים מאתר שירות בתי הסוהר.

3. ראיות לעונש

ההצעה:

לאחר סעיף 40 יבוא

40 יג ראיות

(1) על התביעה הנטל להוכיח מעבר לכל ספק סביר קיומן של הנסיבות המחמירות הקשורות בביצוע העבירה.

(2) התעורר ספק סביר בקיומן של נסיבות מחמירות הקשורות בביצוע העבירה או בהיעדרן של נסיבות מקילות הקשורות בביצוע העבירה על התביעה הנטל להסיר את הספק.

(3) בית המשפט רשאי להסתמך על נסיבות שהנאשם הודה בקיומן או שהוכחו בשלב בירור האשמה.

הסבר:

כללי הראיות ונטלי ההוכחה בשלב קביעת האשמה מוסדרים בפירוט בחוק. אך הכללים לגבי שלב קביעת העונש מועטים ביותר. פעמים רבות ההליך אינו פורמלי והצדדים טוענים את טענותיהם ואינם מוכיחים את העובדות עליהן הם מסתמכים. בעוד שהליך קביעת האשמה אינו מתקיים פעמים רבות משום שהנאשם מודה באשמה (עם או בלי הסדר טיעון), ההליך של גזירת הדין מתקיים. לקביעות העובדתיות הנדרשות לגזירת הדין חשיבות גדולה, והשפעתן על תוצאת המשפט רבה. משום כך רבים סוברים שיש לקבוע הוראות ברורות לגבי הסדרי הראיות בשלב גזירת הדין.²⁶ הצורך בהוראות כאלה מקבל משנה חשיבות כאשר יש הבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין. אם תתקבל הצעת החוק יהיה לנסיבות משקל רב בקביעת גזר הדין. קיומן של נסיבות מחמירות ומקלות הקשורות לביצוע העבירה הוא שייקבע את העונש ההולם. לכן מוצע שעל התביעה יוטל להוכיח מעבר לכל ספק סביר את קיומן של הנסיבות המחמירות. יצויין כי הנסיבות המחמירות הקשורות בביצוע העבירה אינן שונות באופן מהותי מנסיבות מחמירות המצויות לעתים רבות בהגדרת העבירה, ושהנטל להוכיחן מוטל על התביעה. כך למשל: לשם הרשעה בעבירת השוד בנסיבות חמורות על התביעה להוכיח מעבר לכל ספק סביר שהנאשם נשא נשק

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

בעת ביצוע השוד. בדומה לכך ראוי לחייב את התביעה להוכיח נשיאת נשק המהווה נסיבה מחמירה לפי סעיף 140(ג)(14) להצעת החוק.

פעמים רבות ניתן לנסח אותה נסיבה כמחמירה או כמקלה. כך למשל כאשר יש מספר מבצעים וחלקו של הנאשם בביצוע העבירה הוא קטן מחלקם של האחרים זו נסיבה מקילה (סעיף 140(ב)(6)), ואילו כאשר חלקו של הנאשם בביצוע העבירה גדול מחלקם של האחרים זו נסיבה מחמירה (סעיף 140(ג)(3)). משום כך מוצע שכאשר הנאשם מעורר ספק סביר באשר לקיומה של נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה, יוטל על התביעה להסיר את הספק.

הוראות בדומה להוראות המוצעות כאן מצויות בחוק של ניו זילנד²⁷. באנגליה קבעה הפסיקה הליך מיוחד הקרוי Newton hearing לפיו כאשר אין הסכמה על העובדות הנטענות לשם קביעת העונש יש לקיים שימוע ולהוכיח את העובדות לפי הכללים הנהוגים להוכחת האשמה²⁸. הסדרים דומים קיימים גם במדינות אחרות.²⁹

4. הוספת הגיל הצעיר של הנאשם לרשימת הנסיבות הקשורות בביצוע

העבירה.

ההצעה:

לסעיף 140 (ב) לאחר ס"ק (2) יתווסף ס"ק שזו לשונו:

"גילו הצעיר של הנאשם".

הסבר:

בהצעת החוק בסעיף 140 (ד) מפורטת רשימת הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה. הנסיבה הראשונה המנוייה שם היא גילו הצעיר של הנאשם. אנו סבורים כי גילו הצעיר של הנאשם צריך להיות חלק מהנסיבות הקשורות בביצוע העבירה. ההבחנה בין הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה לנסיבות שאינן קשורות בביצוע

²⁶ ראו למשל, ענת הורוויץ, "הליך גזירת הדין: היבטים דינוניים וראייתים" (2003) ע' 343.

²⁷ סעיף 24 של ה Sentencing Act, 2002.

²⁸ ההליך נקרא על שם המשפט שבו נקבע הדבר בשנת 1982. הליך זה מתקיים פעמים רבות, והתפתחה פסיקה ענפה בנון. ראו A. Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, (4th ed., 2005) 345.

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

העבירה מקורה בכך שהראשונות משליכות על חומרת מעשה העבירה ועל מידת האשמה, ולכן הן קובעות את חומרת העבירה במקרה הנדון בבית המשפט. הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה הן נסיבות שאינן משליכות על חומרת העבירה, אך ראוי להתחשב בהן במקרים מתאימים לשם קביעת מידת העונש.

גילו הצעיר של הנאשם משליך על מידת האשמה. התפיסה המקובלת היא שאדם צעיר, אף אם יש לו אחריות פלילית (הוא מעל גיל 12), אינו שוקל ומעריך נכונה את מעשיו וחומרתם ולכן מידת אשמתו עשויה להיות נמוכה יותר. תפיסה זו של מידת האשמה של אדם בגיל צעיר מקובלת גם במשפט הישראלי ומוצאת את ביטוייה בסוגיות שונות. כך למשל בדנ"פ 1042/04 ביטון נ. מ"י, בדיון בהתחשבות בנסיבות מיוחדות במסגרת המבחן האובייקטיבי של הקינטור בעבירת הרצח אומר הנשיא ברק שיש להתחשב בגילו הצעיר של הנאשם. זו הפסיקה גם במדינות אחרות, למשל באנגליה. ההנחה היא שאדם צעיר מתקשה יותר להתגבר על מעשים מקנטרים. בתחום הענישה נמצא פסקי דין שבהם בתי המשפט הקלו בעונש משום שסברו שהגיל הצעיר של הנאשם הפחית את מידת אשמתו.³⁰ גם בתחומי משפט אחרים יש ביטוי לכך שאדם צעיר מתקשה לשקול ולהעריך נכונה את מעשיו (למשל הוראות הנוגעות לעסקאות של קטינים בחוק הכשרות המשפטית).

ציון כי בהצעת הרוב בוועדת גולדברג גילו הצעיר של הנאשם מנוי ברשימת נסיבות החובה המשליכות על חומרת העבירה (סעיף 6 ג) (5 להצעה), ולא ברשימת נסיבות הרשות שאינן משליכות על חומרת העבירה. גם בהנחיות של וועדת ההנחיות האנגלית גילו של הנאשם הוא נסיבה המשליכה על האשמה. במסמך המרכזי של ה-Sentencing Guidelines Council הודן בעקרונות של הערכת חומרת העבירה, עקרונות שיש להתחשב בהן כשמעריכים את החומרה בעבירות השונות מניוות נסיבות אשר בהן "an offender's culpability is unusually low". נסיבות אלה הן³¹

"1.25 Factors indicating significantly lower culpability:

²⁹ לדיון מורחב ראו ר' קנאי "ראיות בשלב גזירת הדין: בעקבות הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", הפרקליט ספר דיוויד וינר (2009) 265.

³⁰ אפשר להבחין בין הוראות הנוגעות לגיל צעיר על רקע התחשבות במידת האשמה להוראות המתחשבות בגיל הצעיר בשל הרצון לאפשר לאדם צעיר שנכשל להשתקם מתוך מחשבה שניתן לשקם צעירים. לעתים שני השיקולים משמשים בערבוביה ולא תמיד ניתן להבחין בניהם. מכל מקום במשפט יש החשבות רבה בגיל הצעיר של העבריין. כך למשל תקופות ההתיישנות והמחיקה של המרשם הפלילי קצרות יותר.

³¹ Overarching Principles: Seriousness http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/docs/Seriousness_guideline.pdf (2004)

פרופ' רות קנאי

ד"ר אורן גזל-אייל

- o A greater degree of provocation than normally expected
- o Mental illness or disability
- o Youth or age, where it affects the responsibility of the individual defendant
- o The fact that the offender played only a minor role in the offence"

מיד לאחר מכן מדובר בנסיבות אישיות שניתן להתחשב בהן לשם הקלה לאחר שמעריכים את חומרת העבירה, אולם הגיל הוא נסיבה המפחיתה את חומרת העבירה.

מטעמים אלו אנו מציעים לקבוע כך גם בחוק שלנו ולהוסיף את הגיל הצעיר לנסיבות הקשורות לעבירה.

רות קנאי

בכבוד רב,
אוריאל
אורן גזל-אייל