

מדינת ישראל  
המשרד לביטחון הפנים

היועץ המשפטי  
טל': 02-5428071/3  
פקס: 02-5323596  
ירושלים, כ"ט באדר,  
התשי"ע  
15 מרץ 2010  
כתובתנו באינטרנט:  
www.mops.gov.il  
- 01368810

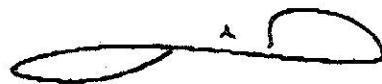
לכבוד:

ח"כ דוד רותם  
יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט  
נכבד,

הנדון: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (תבנית שיקול הדעת השיפוטי  
בענישת) התשס"ו-2006

1. מצ"ב פניית ראש אח"מ לה מצורפת עמדת משטרת ישראל לגבי הצעת החוק שבנדון.
2. אבקש להעביר מסמכים אלו לידיעת חברי הוועדה, שכן מתעורר בנו החשש כי פניה של הוועדה להסדר אשר אינו תואם את הצעת החוק הממשלתית, ועלינו לבחון את משמעות הדבר מבחינת המשרד לביטחון הפנים.
3. אודה להיענותך לבקשה זו.

בברכה,



יואל הדר, עו"ד  
היועץ המשפטי

מדינת ישראל  
המשרד לביטחון הפנים

העתקים:  
ח"כ יצחק אהרונוביץ' - השר לביטחון הפנים  
גבי דחל גוטליב, עו"ד - המשנה ליועמ"ש לממשלה (פלילי)  
רניצ דודי כהן- מפכ"ל  
ניצב יואב סיגלוביץ' - ראש אח"מ

התפקיד לעיסוק המוגדר  
18-46  
13-03-2010  
205010  
לשירות המעורר המוגדר



האגף לחקירות ולמודיעין

שמור

המטה הארצי / האגף לחקירות ולמודיעין  
לשכת ראש האגף  
טלפון: 5429100-02  
פקס: 5429199-02  
יום ראשון כ"ח אדר תש"ע  
14 מרץ, 2010  
כלל/01 - 1656/49954 (מ)

הגב' רחל גוטליב, חמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ניעוץ וחקיקה) - פלילן  
עו"ד יואל הדר, יועמ"ש המשרד לבטי"פ

הנדון: הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי  
בענישה), התשס"ו 2006  
סימוכין:

1. הצעת החוק הממשלתית המקורית, הנוסח המוצע מאת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה חוק ומשפט וכן מסמך ההצעות של ד"ר גול ופרופ' רות קנאי, חובאו לעיוני.
2. מצורף בזאת מסמך שגובש על ידי צוות חשיבה ממערך חתביעה המשטרותית ובו התייחסות למסמכים שהוזכרו לעיל.
3. ההתייחסות של צוות החשיבה מקובלת עלו במלואה.
4. עמדתי היא, כי יש לחקפיד ולשמור על עקרונות היסוד אשר עמדו בבסיס הצעת החוק הממשלתית המקורית ובבסיס המלצות דעת הרוב של "הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין" הידועה כ "ועדת גולדברג".
5. עקרונות יסוד אלה מבטאים את האזון הנכון שיש לטעמנו לערוך, ברמה האידיאולוגית והערכית בין מטרות הענישה השונות (גמול, הרתעה, הגנה על שלום הציבור, מניעה ושיקום), ומגלמות בתוכן את האזון הראוי בין חומרתה ונסיבותיה של העבירה שבוצעה, חפגיעה בקרבן העבירה ובציבור, ונסיבותיו של הנאשם עצמו.



972 2 5309311





האגף לחקירות ולמודיעין

שמור

6. בהתאם לעקרונות אלה ולאיוון חראוי נקבע בהצעת החוק המקורית כי עקרון ההלימה הוא עקרון חעל חמהווה את הבסיס לחוק וכל סטייה מעקרון זה תיעשה אך ורק במקרים מיוחדים ובאופן מוגבל בלבד. לקיחה בחשבון של מטרת ענישת אחרת כגון שיקוס הנאשם, תיעשה רק לאחר שקילת אינטרס ההלימה ובכפוף לו, ולא כתחליף אליו.

בברכה,

יואב סגלוביץ,  
ראש האגף לחקירות ולמודיעין  
ניצב



**התייחסות לשינויים בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006**

**נוסח מוצע ותערות - עמדת משטרת ישראל**

**הקדמה**

בימים אלו יושבת ועדת חוקה חוק ומשפט על המדוכה בנושא הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה) התשס"ו - 2006. (להלן: "הצעת החוק הממשלתית"), המבוססת על המלצות דעת הרוב בוועדה לבחינת דרכי החבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין "דין וחשבון" ירושלים, התשמ"ח - אוקטובר 1997 (להלן: "ועדת גולדברג"). במסגרת הדיונים שנערכו בוועדת חוקה, הוגשו לעיונה מסמכים מציעים שינויים בהצעת החוק הממשלתית. מצאנו לנכון לחתייחס במסמך זה לשתי הצעות עיקריות:

נוסח מוצע והערות מאת הייעוץ המשפטי (ועדת חוקה חוק ומשפט) מתאריך 25.2.2010.

א. מסמך הצעות מאת ד"ר אורן גול אייל ופרופ' רוז קנאי מתאריך 27.1.2010.

לאחר עיון מעמיק בהצעות מצאנו כי יש בהן סטייה של ממש מההסדרים והעקרונות שנקבעו בדו"ח ועדת גולדברג ובהצעת החוק הממשלתית, עד כדי עיצוב הסדרים חדשים אשר לא באו זכרם במקור. לטעמנו קבלה של הצעות אלו, סותרת את הרציונל העומד בבסיסם של הצעת החוק הממשלתית ודעת הרוב של ועדת גולדברג. באופן שיש בו כדי לסכל או לפגוע במטרות החסיקה וזאת בפי שיבוחר לחלו. מצאנו לחתייחס גם לנושא מטרת ההרתעה כשיקול בענישה, שכן במהלך הדיונים בוועדה נשמעו דעות אשר כפרו בחשיבותה, יעילותה ובמשקל שיש ליחס לה. חתמנו בחמלצח להוספת סעיף שמירת דינים שיאפשר חדמוניה הקיקתית בין החסדרים הקיימים להסדרים המוצעים בהצעת החוק.

1. **התייחסותנו למסמך "נוסח מוצע והערות מאת הייעוץ המשפטי (ועדת חוקה חוק ומשפט)" מתאריך 25.2.2010, (להלן: "הצעת הייעוץ המשפטי")**

א. התייחסות לעיקרון השיקום

בהצעת הייעוץ המשפטי נאמר:  
"מצא בית המשפט כי הנאשם בעל מוטנציאל שיקומי גבוה, והיה ראוי לקבוע/יקבע כי העיקרון המנחה בקביעת העונש לאותה עבירה הוא עיקרון השיקום, במקום עיקרון החלומה, והיה ראוי להורות/יורה על נקיטת אמצעי שיקומי כלמי הנאשם."

מצא בית המשפט כי הנאשם בעל פוטנציאל שיקומי נמוך או בינוני, והיה ראוי להורות/יורה על נקיטת אמצעי שיקומי כלפי הנאשם ובלבד שלא יהיה בעונש הנקבע משום סטייה ניכרת מהעונש שנקבע על-פי עיקרון החלימה".

על פי הצעת הייעוץ המשפטי, עיקרון השיקום יהווה תחליף לעיקרון החלימה. הטרימינולוגיה המופיעה בהצעה והנוקטת לשון "החלפה" של עיקרון החלימה בעיקרון אחר שיבוא תחתיו, מהווה סטייה מדעת הרוב בועדת גולדברג ומחצעת החוק הממשלתית.

בדו"ח ועדת גולדברג נקבע במפורש כי גם אם השופט חורג מעיקרון החלימה, עליו ליתן דעתו לעיקרון זה, אינו יכול להתעלם ממנו ועליו לנמק את החריגה בגזר הדין. כל זאת בהתחשב בתפיסה העומדת בבסיס החוק לפיה עקרון החלימה הינו עקרון העל המהווה את המסד עליו מבוסס הרציונאל של החוק. שימוש בעקרון חליפי, במקום בו קיים עיקרון על, עומד בסתירה מוחלטת לתכלית החקיקה.

האיזון המוצע בהצעה גורס כי כל אימת שהנאשם ימצא כבעל פוטנציאל שיקומי גבוה, ניתן יהיה להתעלם ממטרות הענישה האחרות ובכללן הגמול, אשר בא לידי ביטוי בעקרון החלימה ואינטרסים נוספים הצריכים לעניין כגון הפגיעה בקרבן העבירה ההרתעה והמניעה. יתרה מכך יוטל עונש ללא זיקה כלשהי בינו ובין חומרת העבירה ונסיבותיה וקופת השרצים שנושא הנאשם על גבו.

יצוין כי בדעת הרוב בועדת גולדברג נקבע שלא לאפשר שיקום בעבירות בעלות חומרה יתרה והמבחן המוצע בהצעה זו סוטה מעיקרון זה.

נקודה נוספת אשר עליה אנו חולקים, מתייחסת לניסוח החלופה בהצעה ממנה עולה כי על השופט קיימת חובה לילך בדרך השיקום. השימוש במילים כגון "יקבע", "יורה" כובל את שיקול דעתו של השופט ומקנח לשיקום מעמד-על הגובר על כל שיקולי הענישה האחרים, ואת למרות היותו חריג.

האיזון המוצע על דנו הינו הטלת עונש שיקומי בהתקיים 4 תנאים מצטברים:

- (1) הנאשם בעל פוטנציאל שיקומי גבוה.
- (2) מעשה העבירה או אשמו של הנאשם אינם בעלי חומרה יתרה.
- (3) לא תהיה פגיעה מהותית בשיקולי ענישה אחרים (הרתעה מניעה וגמול).
- (4) ההחלטה תהא מבוססת על יסוד חוות-דעת קצין מבחן ובאמצעות צו מבחן.

במצבים בהם לא מתקיימים 4 התנאים, לא ניתן יהיה לסטות מעקרון החלימה. כאשר הנאשם ימצא כבעל פוטנציאל שיקומי נמוך או בינוני, אין הצדקה לסטות לקולא מהעונש הראוי על פי עקרון החלימה, וניתן יהיה להטיל בצידו של עונש זה גם עונש שיקומי, (כגון הטלת צו מבחן בנוסף לעונש מאסר).

היה ותתקבל ההצעה כלשונה, ותתאפשר הטלת עונש שיקומי על פי מבחן חיתכנות השיקום בלבד, ייווצר מצב אבסורדי ובלתי מתקבל על הדעת במסגרתו עלולים יהיו בתי המשפט לדון אנשים, עברייני אלימות קשה, עברייני אלימות במשפחה וכו' לעונש שיקומי שחלף את עקרון העל וזאת בהתעלם מהנוק שנגרם לקורבן העבירה, מהצורך בהרתעה הנאשם והציבור והצורך בהגנה על שלום הציבור מפני הנאשם. יתרה מכך, ניתן יהיה להטיל עונש

זה שלא על פי תסקיר מבחן וצו מבחן ונמצאו פותחים פתח שעלול לרוקן את הצעת החוק כולה מתוכנה. ברי כי במקרים אלו גובר העיקרון של הגנה על שלום הציבור ויש להעדיפו על פני השיקולים האחרים.

בשולי הדברים אנו מוצאים לנכון להפנות את תשומת הלב כי אם תתקבל חגישה שחובעה ביחס לסוגיית המאסרים לפיח יש להגביל את היקפם בהתאמה לתקציבים ועלויות, הרי שיהיה צורך להחילה גם ביחס לסוגיית השיקום שכן גם לשיקום משמעותיות תקציביות ותלות במשאבים.

עמדתנו העקרונית הינה כי אין לגזור תפיסות עולם ועקרונות, מתקציבים ועלויות, אלא להימך.

יש לזכור כי:

אין קשר הכרחי בין אי הטלת מאסר ובין שיקום שכן שיקום אפשרי גם בין כותלי בית מסוחר.

הצעת החוק אינה חלח על קטינים, כך שאינה אמורה להשפיע על המדיניות הנהוגת כלפיהם לפיה ניתן משקל בכנרחה לשיקולי השיקום, והיא תיוותר ללא שינוי.

חיי המעשה מלמדים שהליכי שיקום מסתיימים במקרים רבים באי הצלחה, זאת בלשון המעטה.

שיקום באמצעות תסקיר מבחן וצו מבחן יאפשר הסתמכות מהימנה על קביעות מקצועיות בלתי תלויות של גוף רשמי מטעם המדינה, דיווח ומעקב.

## ג. הגנה על שלום הציבור

בחצעת הייעוץ המשפטי נאמר:

"מצא בית המשפט כי הנאשם הוא מסוכן לציבור, נוכח בין השאר, נסיבות העבירה או מועדותו של הנאשם, רשאי בית המשפט להתחשב גם בצורך להגן על שלום הציבור בבואו לקבוע את העונש לאותה עבירה, ובלבד שלא יהיה בעונש שנקבע משום סטייה ניכרת / החמרה ניכרת מהעונש הנקבע על פי עקרון ההלימה".

הרציונל העומד בבסיס התגנת על שלום הציבור הוא רציונל המגיעה, המחוח את אחת ממטרות הענישה. בבסיס שיקול זה טמון חצורך למנוע מעכריינים לשוב ולבצע עבירות בדרך של הרחקתם מחחברה.

על פי ההצעה, ניתן יחיה לחרוג מעקרון העל, כל אימת שהנאשם ימצא על ידי בית המשפט כמסוכן לשלום הציבור, נוכח נסיבות ביצוע העבירה או מועדותו. במקרה כזה, מוצע איזון של

החמרה בענישה ובלבד שלא יוטל עונש שיש בו משום סטייה ניכרת מהעונש שהיה נקבע על פי עקרון החלימה.

ההצעה שבפנינו מגבילה את הסטייה מעקרון החלימה לסטייה שאינה ניכרת בעוד שעקרון השיקום קיבל מעמד מועדף, עד כדי החלפת עקרון העל עצמו.

כך יש משום פגיעה במדרגים הקיימים בהצעת החוק המקורית, ופגיעה אנושה באינטרס של שמירה על שלום הציבור.

היה ואומץ המבחן המוצע בהצעה, לא יתאפשר להחמיר באופן משמעותי בעונשם של עבריינים מורשעים שעם שחרורם ימשיכו לחוות סיכון גבוה לשלום הציבור ובכלל זה ניתן למנות עבריינים הפועלים מכוח דחפים מיניים כגון עברייני מין בקטינים, עבריינים המבצעים עבירות רכוש מתוך דחף התמכרותי לסם וכו'.

הנמנעים מאיזון שכזה יהיו קורבנות העבירה העתידיים שההצעה מסקירה אותם לגורלם.

### ג. הרתעה במסגרת ההגנה על שלום הציבור:

התיאוריה הקלאסית, אשר החלה להתפתח באמצע המאה ה-18 מתמקדת בשיקול הרתעה. לפי גישה זו, החלטת העברייין לבצע מעשה זה או אחר הינה החלטה רציונאלית שמבוססת על פחד מענישה. על פי הגישה הקלאסית, כוחה של ההרתעה טמון בחומרתו, וודאותו ומהירותו של העונש. העברייין יימנע מביצוע עבירה ככל שיודע כי ייענש בוודאות על המעשה שיבצע, במחירות ובחומרה. חנכה ביסוד שיקול זה היא כי מבצע העבירה הינו אדם רציונאלי והוא יבצע רק כאשר זו תביא לו תועלת. לפיכך איום בעונש, תכליתו להעמיד אל מול התועלת את החשש מהסבל שיגרם מהטלת העונש.

שיקול הרתעה נחלק לשניים – הרתעת היחיד, הנאשם הספציפי, מלשוב ולבצע עבירות. הפן השני, הרתעה כללית - הרתעת הציבור בכללותו בכדי שזה יכלכל צעדיו - "יוכל חעם ישמעו ומראו ולא יזידון עוד" (דברים י"ז, י"ג).

ההרתעה הינה גורם מרכזי ביכולת החברה להגן על חבריה שומרי החוק מפני תופעות פסועה.

#### (1) הרתעה אישית

בהצעת הייעוץ המשפטי מיום 25.2.10 ניתן משקל גם להרתעת היחיד (הרתעה אישית) תוך הכללת מרכיב זה במסגרת ההגנה על שלום הציבור. סעיף 40(ה) מאפשר לבית-המשפט להתחשב גם בצורך להגן על שלום הציבור, ובלבד שלא יהיה בעונש שנקבע משום סטייה ניכרת (החמרה ניכרת) מהעונש הנקבע על-פי עקרון החלימה.

השיבות של עקרון ההגנה על הציבור (וההרתעה האישית בכללו) אינה פחותה מעיקרון השיקום ומצדיקה התייחסות זומה וניסוח זומה. ככל שמדובר בנאשם בעל פוטנציאל שיקומי גבוה, מאפשרת ההצעה סטייה מעקרון החלימה וחדפת אינטרס השיקום. באופן זומה אנו מציעים כי אם מצא בית-המשפט שחנאשם מסוכן לציבור (נוכח נסיבות העבירה

או מועדותו) יתחשב בית-המשפט בצורך להגן על שלום הציבור בבואו לקבוע את העונש לאותה עבירה ותתאפשר סטייה מלאה מעקרון ההלימה.

### (2) חרתעת הרבים

סעיף 40(א) בחצעת היעוץ המשפטי נותן לחרתעה מקום ראוי במסגרת שיקולי הענישה בנסיבות שיפורטו להלן: "מצא בית-המשפט כי יש צורך בהרתעה של עבדיינים פוטנציאליים, רשאי הוא להתחשב גם בכך בבואו לקבוע את העונש לאותה עבירה, ובלבד שלא יהיה בעונש שנקבע משום סטייה ניכרת מהעונש הנקבע על-פי עקרון ההלימה הקבוע בסעיף 40(ב)."

עמדה זו של היעוץ המשפטי ראויה שכן יש בה ביטוי לשיקול חרתעתה כמאפשר חריגה מעקרון ההלימה.

לעמדתנו, לא ניתן להתעלם משיקול ההרתעה כמרכיב חשוב בשיקולי הענישה, בין אם מדובר בהרתעה אישית ובין אם מדובר בהרתעת הרבים.

בחרנו בשתי דוגמאות ממחקר שנערך על-ידי מחלקת מחקר, בחטיבת המודיעין במטה הארצי של משטרת ישראל, האחת, סחר בנשים, והשנייה הימורים בלתי חוקיים, המוכיחות כי שימוש ב"ההרתעה" כרכיב דומיננטי בענישה יכול לצמצם באופן מובהק את העבריינות בתחומים נתונים. הדוגמאות שובאו להלן ממחישות את משמעותה, תשיבותה והצלחתה של מטרת ענישה זו, כאשר היא מיושמת כדבעי. הדוגמא של הימורים בלתי חוקיים ממחישה את התוצאה ההפוכה.

### (3) סחר בנשים

התמודדות עם תופעת הסחר בנשים הינה דוגמא לצמצום תופעת משיעה באמצעות חרתעה. עד לשנת 2000 תופעת הסחר בבני אדם למטרות זנות לא זכתה להתייחסות בחוק. כתוצאה מכך, התמקד הטיפול המשטירתי בתקיפה מתונה של תעשיות המין ללא מיקוד כלשהו. בשנת 2000 נחקק חוק איסור חלבנת חון, התשי"ס-2000, אשר אפשר טיפול ממוקד וראוי יותר בתופעה בכך שקבע את עבירת הסחר בנשים כ"עבירת מקור". כמו כן, חתקבל תיקון בחוק העונשין בהקשר של איסור סחר בבני אדם למטרות זנות ונקבע עונש חמור של 16 שנות מאסר בגין עבירות אלה. מיום תחולתו של החוק ובעקבות העלאת חמודעות הציבורית לחומרת התופעה, הוחמרו העונשים שנגזרו בבתי המשפט בתיקים מסוג זה. תיקונים חקיקתיים אלו, מבצעי אכיפה, חקירת פרשיות בינלאומיות, ריבוי מעצרים והחמרה בענישה הובילו לצמצום משמעותי בתופעת הזנות המאורגנת, חלל משנת 2004 ועד היום. חקיקת החוק ותקיפת מחוללי המשיעה יחד עם פגיעה במקורות ההכנסה של העוסקים בתופעה הובילו לפגיעה ברווחיות הענף והגדלת הסיכונים לעוסקים בו. המסקנה העיקרית מאופן הטיפול בתופעת הסחר בנשים, היא כי החמרה בענישה ואכיפה גרמו לצמצום בחיקוף תופעת הזנות המאורגנת.

### (4) הימורים בלתי חוקיים

התמודדות עם תופעת הימורים הבלתי חוקיים הינה דוגמא להעדר חרתעה שגררה אחריה הרחבת התופעה.

תחום ההימורים הבלתי החוקיים מחווה את אחד ממחוללי הפשיעה המשמעותיים בישראל, הן כענף כלכלי מרכזי עבור ארגוני הפשיעה ועבריינים בכירים והן כמחולל פשיעה בתחומי עבירות הרכוש, פשיעת נוער, אלימות, בסחיטה וסד"ח, הלבנת הון, פעילות שוק אפור ומלחמות שליטה בין עבריינים הנלוות לתחום זה. מהערכה מודיעינית משטרתית עולה כי מחזור הכספים בתחום זה נע בין 10 ל-15 מיליארד ₪ בשנה.

על אף האמור לעיל, אין כיום הלימה בין הענישה הקבועה בחוק לבין הנזק הכלכלי הנגרם כתוצאה מעבירות אלו. מצב בעייתו זה אף מחמיר נוכח המודוניות הכללית של בית המשפט המוצאת את ביטוייה ברף ענישה נמוך המוטל על עברייני הימורים. לדוגמא, נקבע כי בצידה של העבירה על פי סעיף 228 לחוק העונשין - מארגני הימורים - עונש של 3 שנות מאסר ואו קנס. בפועל, נדירים הם המקרים בהם מרשיע ביהמ"ש מארגן הימורים ודן אותו למאסר בפועל. גם במקרים בהם נגזר מאסר בפועל, תקופת המאסר פחותה בהרבה מהרף הקבוע בחוק. יכולת מיגור תופעת פשיעה זו נפגעה נוכח העדר ענישה מרתיעה.

המצב המתואר לעיל החמיר את תופעת ההימורים בכלל ויצר כדאיות כלכלית לעסוק בתחום. כפועל יוצא מכך, נוצרה שכבה של בעלי מקצוע ("קופ") שהינם עבריינים רצידיביסטים, המהווים אנשי קשר/חיות עבור המארגנים האמיתיים ותפקידם לקחת על עצמם את האשמה במקרה של פשיטת משטרה.

#### ד. התייחסות המשטרה למסמך של ד"ר גזל ופרופ' קנאי מיום 17.1.10

המסמך מפרט ארבע הצעות לתיקון החוק. לחלק התייחסותינו להצעות אלה:

#### (1) הטלת מאסר בפועל כאמצעי אחרון

בהתאם להצעת ד"ר גזל ופרופ' קנאי, יש להוסיף להצעת החוק סעיף הקובע כי: "לא יגזור בית-המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר".

אנו סבורים כי אין מקום להכללת סעיף מסוג זה בהצעת החוק מהנימוקים להלן:

סעיף זה סותר את עקרון העל - עקרון "ההלימה" - ולפיו נדרש יחס חולם בין חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם, לבין חומרת העונש שיוטל עליו. סעיף זה מנחה את בית-המשפט, הגוזר את דינו של הנאשם שלא להטיל עונש מאסר אלא כאמצעי אחרון ויוצא דופן. למעשה קובע הסעיף עקרון "על" ולפיו בכל מקרה, גם כאשר מדובר בעבירה חמורה ובמידת אשם גבוהה, יבחן בית-המשפט קודם כל אמצעי ענישה חלופיים, קלים, או אמצעי שיקום ורק אם אלו ימצאו כלא מתאימים, ישקול הטלת מאסר בפועל. התוצאה היא סטייה ברורה מעקרון ה"הלימה" כעקרון על, וכרסום באושיות היסוד העומדות בבסיס ההצעה. סעיף זה מיותר שכן בקביעת עונש המוצא משוקלל ממילא רכיב שלילת החירות. כך גם בעבירות שלא נקבעו לגביהן עונשי מוצא וחעונש ההולם אמור להיקבע על-ידי שופט.

קביעת הוראת העדפה הייצוגית שתרכוץ כ"ענן נורמטיבי" מעל עקרון ה"הלימה", עונשי המוצא, וחעונשים ההולמים - מחוזה כפילות. כפילות זו עשויה להוביל לפרשנות חוקית בסגנון. "הכלל הוא עונש שאינו מאסר והחריג הוא עונש מאסר" ובכך להביא לירידה משמעותית ברף הענישה, בניגוד לרציונאליים המגולמים בשיטח בהם נקבע במפורש כי יינתן משקל בכורה לעקרון ה"הלימה".

החשש שהועלה במהלך הדיונים האחרונים בוועדת חוקה כי החוק יוכל להתמרח בענישה אינו מוצדק וזאת בהסתמך על ניסיון שנצבר במקומות אחרים בעולם.

לעניין זה ראח למשל דבריה של פרופסור רות קנאי במהלך יום עיון בנושא הצעת חוק הבניית הענישה בוועדת חוקה מתאריך 9.7.2006, בחסבירה כי עקרון ההלימה לא בא דווקא להחמיר אלא גם להקל וכי הוא חשוב בכך שלא יתנו לאדם עונש חמור יותר מזה שמגיע לו ולהיפך. לעניין זה חובאו דוגמאות משבדיה, פינלנד ומינסוטה אשר בהן הבניית שיקול הדעת בענישה הובילה דווקא לירידה ברף הענישה ולא להחמרה.

פרופסור קנאי הסבירה באותו דיון, כי השוואה לארה"ב אינה נכונה שכן הרקע המשפטי שם שונה, והסיבות להחמרה בענישה שם היו עונשי מינימום חמולים ולא דווקא ההנחיות. כמו כן, שיקול הדעת שניתן שם לשופט היה מצומצם בהרבה משיקול הדעת חקבוע בחצעה שבנדון.

במידה ויוכנס הסעיף לחוק כלשונו, חרי שהיחס בינו לבין עונש המוצא שייקבע לעבירה פלונית, לא יהיה ברור כדבעי ובכך תיגרם פגיעה בעיקרון אחדות הענישה והזודאות המשפטית ונדרש לפרשנות שיפוטית כדי להכריע כיצד לנהוג.

סעיף זה יביא בהכרח להסלה משמעותית בענישה ויחתור תחת מטרת היסוד של החוק לשביעת ענישה בהלימה לעבירה ולאשם, בין אם לחמרא או לקולא.

## (2) התחשבות בתקני כליאה קיימים בקביעת עונשי מאסר בפועל

בהתאם להצעת גזל וקנאי כמות האסירים וגיגור מכמות תקני הכליאה וממגבלות תקצוביות. אנו סבורים כי אין לערבב בין עקרונות על ותפיסות עולם ובין אמצעים פרקטים, טכניים, כלכלים הנדרשים למימוש אותם עקרונות. הדעת נותנת כי על האמצעים להתאים למימוש תפיסות העולם ולא להיפך. כפי שלא ראוי, כי נימנע מנאשם הראוי לכך, שיקום בשל העדר אמצעים לביצועו ולא סביר כי נאשם כזה ישלח למאסר בשל אותו חוסר באמצעים, חרי שלא ראוי כי נאשם אשר יש מקום לשליחתו למאסר ישוחרר בשל העדר אמצעים ומשיך לחוות סכנה לציבור.

## (3) קביעת נטל ההוכחה על התביעה במסגרת הראיות לעונש:

בהתאם להצעת גזל וקנאי "התעורר ספק סביר...בהעדרן של נסיבות מקלות הקשורות בביצוע עבירה, על התביעה הנטל להסיר את הספק".

חמשמעות היא כי אין הנאשם צריך לחזוכה קיומן של נסיבות מקלות הקשורות בביצוע העבירה, אלא די בכך שתעורר ספק בשאלת אי קיומן של אותן נסיבות. ניסוח זה מעביר

לפתוח של התביעה את החובה להוכיח מעל לכל ספק סביר את אי קיומן של טענות הגנה אפשריות ודי במוצא פיו של נאשם כדי לבסס קיומן של נסיבות מקלות הקשורות בביצוע העבירה.

לדוגמא: נאשם בעבירות אלימות במשפחה, הטוען לראשונה בעדותו במשפט טענה כבושה, כי העבירה בוצעה על רקע חתגרות או ביוזי מצד המתלוננת. היעלה על הדעת כי די בכך כדי להעביר את הנטל להסרת הספק לכתפי התביעה?

נטל הראייה במסגרת הטיעון לעונש מוסדר כיום בחקיקה ומונחה בהתאם לכלל "חמוציא מחברו עליו הראייה". היינו: על כל אחד מהצדדים לחביא ראיותיו (ולהוכיחן) במסגרת שלב הבאת הראיות לעונש. אנו סבורים כי המצב הקיים נכון ומאוזן וכי אין לשנותו.

הפרקטיקה הנוהגת בבתי-המשפט חיצה לאפשר לנאשמים לטעון טענות שיש בחן כדי לחקל בעונשם מבלי להוכיחן, (כגון מצב כלכלי, בריאותי, מעורבות בעבירה וכיוצ"ב) ואם יש מקום לשקול הסדרת בחקיקה, הרי שקודם כל יש להסדיר פירצה זו ולקבוע כי נאשם חטונן לנסיבה מקלה שאין לגביח הסכמה של התביעה, עליו הנטל להוכיח קיומה, במאזן ההסתברויות.

נסיבות כגון דא (על אחת כמה וכמה אלו שאינן קשורות בביצוע העבירה) מצויות ככלל בידיעתו האישי (לעתים הבלעדית) או בשליטתו של הנאשם ועל-כן יש לחייבו בהוכחתן. יפים הדברים גם בנוגע לתסקיר שירות מבחן, אשר מתבסס על פי רוב על דברי הנאשם ללא אימות ובדיקה. ראוי כי גם שירות המבחן יבסס את הדברים ויבדוק את תקפותם ולא יסתמך על דברי הנאשם גרידא.

#### (4) הוספת הגיל הצעיר של הנאשם לרשימת הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.

גול וקנאי מציעים כי גילו הצעיר של הנאשם יצטרף לרשימת הנסיבות המקלות הקשורות בביצוע העבירה.

הרעיון העומד מאחורי הצעה זו אינו ברור, שהרי המחוקק מבדיל בין עבריין קטין (עד גיל 18) ובין עבריין בגיר. התפיסה שמטילה אשמה פחותה נלקחה בחשבון על ידי המחוקק בקובעו בחוק הנוער דרכי ענישה וטיפול חשונים באופן משמעותי מאלו של חבגירים. בהצעת החוק נקבע מפורשות כי אין היא חלה על קטינים.

גיל צעיר של נאשם יכול להוות נסיבה לקולא, אך יכול להוות גם נסיבה לחומרא. המציאות מוכיחה כי קיימות עבירות, המבוצעות ככלל ובעיקר על-ידי צעירים. כך למשל החזקת סכין, שימוש בסמים (חשיש מריחואנה, mdma חגיגת וכו'). במקרים אלו ראוי דווקא להחמיר עם מבצעי העבירה ולהרתיעם בשל הסיכון הכרוך בביצוע העבירה, ופוטנציאל הפגיעה הרב הטמון בהם.

**ה. שמירת דינים**

בסעיף 40 יג' להצעת החוק הממשלתית יש לתוסף:  
 (3) אין בהוראות סימן זה כדי לגרוע מהאמור בפרק ו' לחוק העונשין "דרכי ענישה"

באופן עקרוני ההסדרים הקבועים בפרק דרכי הענישה חייבים לחול ולדור בכפיפה אחת עם הצעת החוק.  
 בנושאים כגון הטלת צו מבחן והסדרים הקבועים לגביו, הטלת מאסר בעבודות שירות ובנושאים נוספים, ימשיכו לחול ההסדרים החוקיים הקיימים.  
**צורך בהתייחסות מפורשת לסוגיית הפעלת מאסר על תנאי-**  
 סוגיה זו מעוררת קושי מיוחד שכן עשויה להישמע טענה שהחסדר הקבוע בהצעת החוק, גובר על החסדר הקבוע כיום בפרק דרכי ענישה לעניין אורך תקופת המאסר הכוללת.  
 הצעת החוק אינה מתייחסת לעונשי מעיית אשר תלויים ועומדים כנגד נאשם. למען הסר ספק, יש לחביר מפורשות בחוק כי עונשי מעיית יופעלו במצטבר לעונש החולם. מבחינה רעיונית כעולה מהחוק ומהחלכה הפסוקה, הפעלת עונש מאסר מותנה, איננה מהווה עונש על העבירה הנוספת אלא על חשבון העבירה הקודמת שבוצעה. כך גם עפ"י החוק, לא ניתן להסתפק בגזר דין בעונש של הפעלת תנאי בלבד, ורואים גזר דין זה כאילו לא הוטל בו עונש כלל. תגיון זה עולה גם מסעיף 58 לחוק העונשין אשר קובע כי ככלל מי שהוטל עליו עונש מאסר בשל עבירה נוספת והופעל נגדו עונש המאסר על תנאי, ישא את שתי תקופות המאסר במצטבר. הפעלת עונשי חמאסר בחופף חינה חריג ורק "מטעמים שיירשמו" ע"י בית המשפט.

**סיכום**

ההצעות השונות אליהן התייחס מסמך זה מכרסמות בעקרון המנחה-עקרון החלימה ומטות את הכף באופן דיספרופורציונאלי אל עבר הנאשם וזכויותיו על חשבון האינטרס הציבורי.  
 ההצעות מהוות סטייה של ממש מעקרונות דעת הרוב של וועדת גולדברג ומחצעת החוק הממשלתית המבוססת עליה עד כדי ניסיון לעצב חסדרים חדשים ולכך אנו מתנגדים.  
 הפן ההרתעתי האישי והפן ההרתעתי הציבורי הינם שיקולי ענישה מרכזיים עליהם מבוססת כיום תפיסת מערכת אכיפת החוק בישראל.  
 אנו מתנגדים לניסיון לדחוק אותם לקרן זווית ולבטל את חשיבותם.  
 נדרש לדעתנו להוסיף להצעת החוק הממשלתית סעיף שמירת דינים כדי לאפשר לכל דברי החקיקה לדור בכפיפה אחת ובהתאמה.

נצי"מ רחל אדלסברג, עו"ד  
 ר' מחלוקת תביעות

סני"צ איתן כהן, עו"ד  
 ר' יחידת תביעות ירושלים

רפ"ק מירי היבנר, עו"ד  
 ס"ר ר' יחידת תביעות להב

יום ראשון כ"ח אדר תשי"ע, 14 במרץ 2010

סני"צ דלית שורן, עו"ד  
 ר' יחידת תביעות/תל אביב

רפ"ק מירי היבנר, עו"ד  
 ס"ר ר' יחידת תביעות להב