

## תיקון 113 – מצליח לתקן ?

### הדר מסורי\*

תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 יצר לראשונה הבניה של שיקול הדעת השיפוטי בענישה מתוך מגמה לצמצם את פערי הענישה. המחוקק קבע את שיקולי הענישה והמדרג ביניהם וכן העניק את מעמד הבכורה לעקרון ההלימה. מאמר זה בוחן את יישומו של תיקון 113 הלכה למעשה על ידי הערכאות השיפוטיות באמצעות ראיונות של תובעים וסנגורים, שאלונים לשופטים, תצפיות בבתי משפט וניתוח גזרי דין. תרומתו של המאמר ממוקדת בכך שהניתוח הביקורתי נערך בפרספקטיבה קונסטרוקטיביסטית שבה התהליכים נבחנים מנקודת המבט של בעלי התפקיד הפועלים בתוך המערכת המשפטית, לרבות שופטים אשר השיבו לשאלונים. מהמחקר עולה שישנם שני עולמות מקבילים, האחד פורמלי, שבו נחזה יישום מלא של תיקון 113, והאחר בלתי-פורמלי, שבו השופטים מקיימים את הוראות התיקון כ"מצוות אנשים מלומדה", ולמעשה גוזרים את הדין בהתעלם מתיקון 113.

א. מבוא. ב. רקע; 1. מתווה תיקון 113; 2. הדואליות שבתיקון 113; 3. מיהות השופט; 4. תפקידו של בית המשפט העליון ביישום תיקון 113. ג. מתודולוגיה; 1. ראיונות; 2. שאלונים; 3. תצפיות; 4. ניתוח גזרי דין. ד. ממצאים ומסקנות; 1. ממצאים – כללי; 2. הסדרי טיעון. ה. סיכום. נספח א. נספח ב.

### א. מבוא

בתיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "תיקון 113" או "התיקון"), ביקש המחוקק להבנות את שיקול דעתו של השופט בבואו לגזור את הדין, וזאת באמצעות פירוט שיקולי הענישה והמדרג ביניהם, וכן על ידי הענקת מעמד בכורה לעקרון ההלימה. עיקרון זה מגלם יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו.<sup>1</sup> בהתאם לתיקון 113, בבוא השופט לגזור את הדין עליו לקבוע תחילה

\* מאמר זה מבוסס על מחקר לצורך קבלת תואר דוקטור לפילוסופיה בהנחיית ד"ר טלי גל ופרופ' צבי איזיקוביץ, אוניברסיטת חיפה. אני מבקש להודות לחברי מערכת כתב העת המשפט על ההערות המועילות.

1 ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לקושי ביישום עיקרון זה ראו לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים ג 99 (2011).

מתחם ענישה – טווח מזערי ומרבי – לעבירה שבוצעה על נסיבותיה, וזאת מבלי לשקול את נסיבותיו האישיות של הנאשם, לרבות עברו הפלילי,<sup>2</sup> ורק לאחר מכן לקבוע את העונש בתוך המתחם, למעט במקרים חריגים הקבועים בתיקון.<sup>3</sup>

בספרות הועלתה האפשרות להוסיף עוד חריגים שלפיהם יהא שופט מוסמך לחרוג ממתחם הענישה במסגרת הסדר טיעון<sup>4</sup> או מטעמי צדק.<sup>5</sup> זמן לא רב לאחר מכן קבע בית המשפט העליון, במובחן מהלכות קודמות,<sup>6</sup> כי ניתן לחרוג ממתחם הענישה מטעמי צדק, אך סייג זאת למקרים שבהם עונש המאסר בפועל עלול לסכן את חייו של מי שהורשע או לקצר בצורה ניכרת את חייו ובשים לב לחומרת העבירה שבה הורשע.

המחקר הנוכחי מבקש לבחון כיצד מיישמים השופטים את תיקון 113 מנקודת מבט "פנימית" של השופטים, הסנגורים והתובעים. השתמשתי בכלים איכותניים (ראיונות עומק, שאלונים, תצפיות, ניתוח תוכן) לצורך איסוף ממצאי המחקר ובכלים מתחום הפסיכולוגיה כדי לנתחם. העבירה אשר נבחרה כבסיס למחקר היא עברת ההתעללות בילדים,<sup>7</sup> וזאת בשל ההנחה שלפיה ככל שהעבירה טכנית יותר (למשל שהייה בלתי-חוקית)<sup>8</sup> יקל על השופטים ליישם את תיקון 113 ולא ימצאו פערים משמעותיים בענישה. לעומת זאת, ככל שהעבירה מורכבת יותר, צפוי להיות ביטוי רחב יותר לעמדה הסובייקטיבית של כל שופט בכל מקרה ומקרה.

ממצאי המחקר עולה כי קיים קושי ביישום תיקון 113 עד כי נראה שלא הגשים את מטרתו ואינו מיושם הלכה למעשה, כפי שהתכוון לכך המחוקק. מהממצאים עולה האפשרות שלפיה השופטים מקיימים את התיקון כ"מצוות אנשים מלומדה" ובפועל גוזרים את הדין על פי שיקול דעתם במנותק מתיקון 113. יתר על כן, גם כחמש שנים לאחר חקיקתו לא נוצר "קורפוס של מתחמי עונש הולמים",<sup>9</sup> כך שהשופטים ממשיכים לגשש את דרכם בנבכי תיקון 113 בכל תיק ותיק ובכך מתווספת מעמסה כבדה על עבודתם. מעמסה זו יוצרת בקרב השופטים, כמו גם בקרב הסנגורים והפרקליטים (אם כי במידה פחותה), רגשות שליליים כלפי תיקון 113 המשפיעים על האפקטיביות ביישומו.

2 ס' 140ג(א) לחוק העונשין. ראו גם עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 4 (2012); יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים לבוא" הפרקליט נב 413 (2013).

3 ס' 140ג(ב) לחוק העונשין. ראו גם משרד המשפטים דין וחשבון הועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997).

4 אורן גזל-אייל "העונש ההולם לא תמיד הולם" עורך הדין 21, 70 (2013).

5 יובל ליברדו "חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמי צדק" הסניגור 8, 197 (2013).

6 בעבר השיקול של הרתעת הציבור כמביא לחריגה ממתחם הענישה ראו ע"פ 1127/13 גברזגיי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.1.2014); ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013).

7 ס' 368 לחוק העונשין.

8 לדיון בסוגיית מתחמי הענישה לעבירת השהייה הבלתי-חוקית ראו אורן גזל-אייל "מתחמים לא הולמים על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אחר 1, 14–15 (2013) (להלן: גזל-אייל "מתחמים לא הולמים").

9 רע"פ 3677/13 אלהרוש נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 18.12.2014).

תרומתו של מחקר זה לספרות הקיימת ממוקדת ונוגעת לנקודת המבט הפנימית של השחקנים המיישמים את תיקון 113 (שופטים, סנגורים, תובעים) וכן להיווצרות שני עולמות נפרדים בעת יישום החוק: העולם הפורמלי שבמסגרתו מיושם התיקון כלשונו, והעולם הלא-פורמלי שבמסגרתו העונש נגזר על פי שיקול דעתו של השופט בהתעלם מהוראות תיקון 113. בפרקים הבאים נסקור את המתווה של תיקון 113 ואת הרקע לחקיקתו, נציג את הדואליות המובנית שבתיקון, שלפיה מחד גיסא ישנה דרישה לקביעת מתחם ענישה "אובייקטיבי" בהתעלם מזהות הנאשם, ומאידך גיסא נדרש השופט בהתאם לסעיף המטרה<sup>10</sup> לקבוע את העונש "המתאים לנאשם בנסיבות העבירה". כמו כן, נדון בהשפעת זהותו של השופט כמו גם בתפקידו של בית המשפט העליון ביישום תיקון 113, נפרט את המתודולוגיה העומדת בבסיס המחקר, ולבסוף נסקור את הממצאים ונדון במסקנות העולות מהמחקר.

## ב. רקע

### 1. מתווה תיקון 113

קשה להפריז בעצמת התפנית אשר בוצעה על ידי המחוקק, שלפיה עברו השופטים ממצב של שיקול דעת כמעט מוחלט בקביעת עונשים למצב שבו נקבעה תבנית קשיחה להבניית שיקול הדעת הפועלת הן במישור המבני והן במישור הערכי. בשל חשיבות הדברים, אציג בקצרה את המסלול שבו על השופט לפסוע על מנת לגזור את הדין לאור תיקון 113 בהתאם לסעיפים 40א–40ד לחוק העונשין. כעיקרון מנחה נקבע, כאמור, עקרון ההלימה<sup>11</sup> שלפיו על השופט לפעול:

בשלב הראשון על השופט לקבוע מתחם עונש הולם<sup>12</sup> בהתאם לעיקרון המנחה שבמסגרתו עליו להתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה וכן להתחשב בנסיבות הקשורות בביצוע העבירה.<sup>13</sup> הכול בהתאם לרשימה שנקבעה הכוללת את: התכנון שקדם לביצוע העבירה; חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם בביצוע העבירה; הנזק שהיה צפוי להיגרם מביצוע העבירה; הנזק שנגרם מביצוע העבירה; הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה; יכולתו של הנאשם להבין את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו; יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו; מצוקתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה; הקרבה לסייג לאחזרות פלילית; האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו; הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחסיו עם נפגע העבירה.

10 ס' 40א לחוק העונשין.

11 ראו סבה וויינריב, לעיל ה"ש 1, לעניין הקשיים העלולים להתעורר ביישום עיקרון זה.

12 ס' 40ג לחוק העונשין.

13 ס' 40ט לחוק העונשין.

בשלב השני על השופט לקבוע אם העונש יחרוג ממתחם הענישה. תיקון 113 קבע שתי עילות בלבד לחריגה ממתחם העונש: שיקולי שיקום<sup>14</sup> או הגנה על שלום הציבור.<sup>15</sup> כאשר מעשה העבירה ומידת האשם של הנאשם בעלי "חומרה יתרה", אין לחרוג מהמתחם לצורך שיקום אלא בנסיבות מיוחדות ויוצאות דופן.<sup>16</sup>

בשלב השלישי, על השופט לקבוע את העונש בתוך המתחם בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה<sup>17</sup> הכוללות את הפגיעה של העונש בנאשם, לרבות בשל גילו; הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם; הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשעתו; נטילת האחריות של הנאשם על מעשיו וחזרתו למוטב או מאמציו לחזור למוטב; מאמצי הנאשם לתיקון תוצאות העבירה ולפיצוי על הנזק שנגרם בשלה; שיתוף הפעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק, אולם כפירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא ייזקפו לחובתו; התנהגותו החיובית של הנאשם ותרומתו לחברה; נסיבות חיים קשות של הנאשם שהייתה להן השפעה על ביצוע מעשה העבירה; התנהגות רשויות אכיפת החוק; חלוף הזמן מעת ביצוע העבירה; עברו הפלילי של הנאשם או היעדרו; והרתעת היחיד או הרבים. אם הרשיע בית המשפט נאשם בעברות המהוות אירוע אחד, עליו לקבוע מתחם עונש הולם ולגזור עונש כולל לכל העברות באותו אירוע. אם הרשיע בית המשפט נאשם בעברות המהוות כמה אירועים, עליו לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן הוא יוכל לגזור כל עונש בנפרד או עונש כולל לכל האירועים. לבסוף, על השופט לנמק את קביעת מתחם העונש ההולם, גזירת העונש המתאים, חריגה ממתחם העונש ההולם; והדרך שבה גזר את דינו של הנאשם לאחר הרשעה בכמה עברות המהוות כמה אירועים.<sup>18</sup>

קריאה ברצף של ההנחיות המהוות את הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה כשלעצמה יוצרת תחושה של מבוך עמוס ומפותל – לא כל שכן, כאשר מנסים לפעול לפי ההוראות לצורך קביעת גזר הדין. תחושה זו נובעת מהמבוך המפורט של ההבניה בכל אחד משלביה. אין מדובר רק בקביעת עקרונות כלליים אשר יש לפעול על פיהם, אלא בקביעת "מתכון" אשר השופט חייב לפעול על פיו לצורך "בישול" גזר הדין. למטפורה זו אחראי אחד השופטים, אשר סיכם את דעתו בכך ש"מה שחשוב זה לא המתכון אלא אם האוכל טעים". במילים אחרות, פחות חשובה מידת הדקדקנות בדרך גזירת הדין, אלא השאלה אם העונש המוטל בפועל ראוי. גישה זו, המדגישה את המהות ולא את הטכניקה אופיינית לקבוצת השופטים שנדגמה, אך היא מחמיצה את תכלית ייעודו של תיקון 113.

אם כן, בפני השופטים מונחות עתה הנחיות מפורטות בנוגע לאופן שבו עליהם להפעיל את שיקול דעתם. הנחיות אלה קבועות בחוק שעל השופטים לפרש ככל חוק אשר מונח בפניהם, אלא שהפעם, כאמור, ההוראות אינן באות להגדיר התנהגות מסוימת כעבירה, אלא דווקא מופנות כלפיהם על מנת להכווין את התנהגותם (שיקול דעתם) בעת גזירת הדין. תגובתם של

14 ס' 40 לחוק העונשין.

15 ס' 40 לחוק העונשין.

16 ס' 40(ב) לחוק העונשין.

17 ס' 40 יא לחוק העונשין.

18 ס' 40 יד לחוק העונשין.

השופטים בלטה על רקע מתודולוגיית המחקר, שלפיה רואיינו או השיבו לשאלונים טריאדות של שחקנים מרכזיים באותו מגרש (שופטים, סגורים, תובעים) וחידדה את זוויות ההסתכלות השונות של כל אחד מהשחקנים.

## 2. הדואליות שבתיקון 113

קריאה ביקורתית של התיקון מעלה כי הוא נושא בחובו סתירה פנימית. המחוקק קבע מסגרת אובייקטיבית לקביעת מתחם הענישה, הנקבע מבלי שבית המשפט ישקול שיקול כלשהו הקשור לזהות הנאשם המסוים העומד בפניו (להבדיל ממידת אשמו).<sup>19</sup> קביעת מסגרות קשיחות לכל עבירה בנסיבות מסוימות, אמורה על פי כוונת המחוקק ליצור את המנגנון שיצמצם את פערי הענישה. אולם סעיף המטרה מבהיר כי "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".<sup>20</sup> מכאן הסתירה הפוטנציאלית. מצד אחד, העקרונות והשיקולים נועדו לשרת את "העונש המתאים לנאשם", ומצד אחר בה בעת נקבעת מסגרת קשיחה (למעט החריגים של שיקום והגנה על שלום הציבור)<sup>21</sup> לעבירות ללא התייחסות לזהות הנאשם.

לפיכך, במקרים שבהם השופט יסבור כי העונש המתאים לנאשם חורג ממתחם הענישה אך לא מהעילות לחריגה מהמתחם (למשל, בשל נסיבות חיים קשות), יהא חייב השופט לבחור בין מצפוננו לבין הוראות החוק. המנגנון הדואלי אשר יצר המחוקק שלפיו מחד גיסא נקבעת מסגרת אובייקטיבית, ומאידך גיסא נדרש השופט לקבוע עונש אינדיבידואלי יוצר התנגשות שבמרכזה ניצב השופט.

האמת ניתנת להיאמר – ברגע שהמחוקק החליט להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט, אין מנוס ממקרים שבהם יסבור שופט על פי שיקול דעתו כי העונש המתאים לנאשם הוא פלוני, אך אם יגזור את הדין בהתאם להבניית שיקול הדעת אשר נקבעה על ידי המחוקק, גזירת הדין חייבת להיות שונה. אם לא תאמר כן, הרי לא ישתנה דבר בהפעלת שיקול דעתם של השופטים וממילא לא יחול כל שינוי בפערים בענישה שביקש המחוקק לצמצם.

## 3. מיהות השופט

הגישה הפורמליסטית למשפט גורסת כי שופטים יכולים ואף חייבים להפריד בין רגשותיהם ועמדותיהם האישיות לבין הדרך שבה הם מגיבים למקרה המובא בפניהם, באשר עליהם לגזור את הדין על פי שורת הדין בלבד.<sup>22</sup> לעומתה, הגישה הריאליסטית למשפט מקבלת את המתח הקיים בין כוחות מתחרים המצויים כולם בעולם המשפט והם: כוח אל מול תבונה, מדע אל

19 ס' 40 לחוק העונשין.

20 ס' 40 לחוק העונשין.

21 ס' 40(ב) לחוק העונשין.

22 אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" משפט וממשל ו 591–603 (2003).

מול אמנות ומסורת אל מול קדמה.<sup>23</sup> על פי גישה זו, השופט אינו פועל על פי מטריצה שאליה נכנסים כללי המשפט ויוצאת תוצאה אחת מתבקשת, אלא הוא פועל במרחב דינמי המאפשר הפעלת שיקול דעת בתווך שבין הכוחות המתחרים המתוארים לעיל. ההתייחסות של שתי הגישות לדרך ולמרחב הפעלת שיקול הדעת של השופט שונה היא. לפיכך, כאשר אנו עוסקים בתיקון לחוק אשר כל כולו הבניה של שיקול הדעת השיפוטי בעניינה, כל גישה תצדד ביישום שונה של תיקון 113. הגישה הפורמליסטית תצדד ביישום דווקני של הוראות התיקון וקביעת העונש תוך מתן דגש על המדרד האובייקטיבי של תיקון 113 (הוא מתחם הענישה). לעומתה, הגישה הריאליסטית תצדד בשימת דגש על המרכיב האינדיבידואלי שבענישה שלפיו העונש חייב להתאים לנאשם העומד בפני השופט, בהתאם לסעיף המטרה.<sup>24</sup>

בפועל, לפחות כפי שעולה מפיהם של השופטים עצמם ושאר השחקנים אשר השתתפו במחקר הנוכחי, הנטייה היא לצדד בשיקול דעת עצמאי ובהתאמה לעקרון האינדיבידואליות. גם במצב שבו לשופטים יש עמדה ביקורתית כלפי חוק מסוים (ויש להניח כי יש לא מעט מצבים כאלה), עליהם ליישם את החוק ואת תכליתו מתוך כוונה מלאה, ובד בבד הם יכולים למתוח ביקורת על החוק מחוץ לכותלי בית המשפט, בפורומים שאליהם הם מוזמנים וכו'. אלא שבמקרה של תיקון 113, דומה כי התגובה חורגת מתגובה ביקורתית שכלתנית וגולשת אל עבר תגובה רגשית הצבועה בצבעי כעס, תסכול ואף עלבון.

בהקדמה למאמר בעניין הטיות קוגניטיביות של שופטים כתב המחבר "במאמר הנחתי כי השופט אחד האדם הוא בהחלטותיו ושאינן הבדל מהותי בינו לבין מחליט אחר...". ואכן, ישנו ביסוס להנחה זו במאמר האמור.<sup>25</sup> במחקר אחר נמצא כי שופטים אף מגיבים לתמריצים כלכליים ככל אדם למרות המנגנונים הקיימים של כהונה "קשיחה" ובקרה למניעת ניגודי אינטרסים.<sup>26</sup> למרות הידע המצטבר בעניין זה, המערכת המשפטית מנסה לשמר את האקסיומה של שופט מקצועי-אובייקטיבי,<sup>27</sup> שיש המכנים אותה מיתוס.<sup>28</sup>

כידוע, אל תפקיד השיפוט מגיעים מי שהיו בעברם תובעים, עורכי דין פרטיים, סנגורים, אנשי אקדמיה. בתהליך המינוי לשפיטה (הכולל כיום הופעה בפני ועדת איתור, "שבוע גיבוש" וועדה למינוי שופטים), המועמד אינו עובר מהפך המאפשר לו מרגע המינוי להימנע לחלוטין מכל השפעה חיצונית (מלבד הדין) על החלטותיו. מטבע הדברים, כמו בכל תחום מומחיות, עם השנים שופט יכול לרכוש ניסיון המסייע לו להפחית את עצמת ההשפעה, אך דומה כי בכך

23 חנוך דגן "התפיסה הריאליסטית של המשפט" ספר דליה דורנר 303 (שולמית אלמוג, דורית ביניש ויעד רותם עורכים, 2009).

24 ס' 40 לחוק העונשין.

25 חמי בן-נחן "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות – אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177 (2010).

26 Richard A. Posner, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does)*, 3 SUP. CT. ECON. REV. 1 (1993).

27 אהרן ברק **שיקול דעת שיפוטי** (1987).

28 "יששכר (איסי) רוזן-צבי" האם שופטים הם כבני אדם? כינון דמות השופט בראי כללי הפסלות" **משפט וממשל** ח' 49 (2005).

לא שונה השופט מכל מומחה אחר. אפילו בין שופטים שהם אבות לבנים בלבד לעומת שופטים שהם אבות לבת אחת לפחות נמצאו הבדלים בפסיקתם,<sup>29</sup> כך שההנחה כי השופטים מהווים אי שיפוטי חף מהשפעה חיצונית, אין לה בסיס מוצק.

על פי הכלל הידוע בכינויו "Mile's Law", לתפקידו של האדם השפעה משמעותית על עמדתו, או בנוסח האנגלי הקולע: *Where you sit is where you stand*.<sup>30</sup> כלומר, זווית ההסתכלות ממקום מושבו של כל אחד מהדוברים משפיעה על עמדתו המהותית. כך, הסגורים מדגישים את עצמת התביעה והשפעתה על בית המשפט, ואילו התובעים דווקא מעלים טענה על חוסר איזון בין נוכחות הנאשם, משפחתו, מצבו הרפואי וכו' בטרם גזירת הדין לבין הקורבן שמשחק תפקיד משני בטרם גזירת הדין. מאחר שאת כל התפקידים מאיישים אותם בעלי מקצוע (עורכי דין), ואף ישנה תחלופה בין התפקידים (תובעים שהופכים לסגורים, סגורים שהופכים לשופטים וכדומה), ניתן לראות את מידת ההשפעה של התפקיד על השקפותיו של האדם הממלא אותו. את תגובות השופטים אפיין מרכיב רגשי חזק של כעס ותסכול. אלמלא היו מחויבים השופטים לקיים את מתווה תיקון 113, דומה כי אין זה מופרך להניח כי לא היו מקיימים אותו כלל, ואף לא היו מתאמצים להסוות זאת.

לפיכך, כאשר בוחנים את השפעת תיקון 113 על עבודת השופט מנקודת מבט ניטרלית – כלומר, כניסת הנחיות חדשות ומפורטות עבור מומחה בתחום מומחיותו המתוות את הדרך שבה עליו לפעול, מתוך תכלית של השפעה על התוצאה באמצעות התהליך, תגובת השופטים נתפסת כטבעית ביותר.

מרכיב משמעותי בתיקון שהוא בגדר חידוש ואשר לא היה חלק משיקול דעתם של השופטים בעבר, הוא קביעת מתחם ענישה על פי ההנחיות המדויקות בתיקון. מרכיב זה עלול להתנגש עם התוצאה המיטבית על פי דעתו של המומחה (השופט) היושב בדין, התנגשות שלה השלכות רבות, לפי מחקר זה, לרבות מניפולציות, קיום התיקון למראית עין ותגובות רגשיות.

#### 4. תפקידו של בית המשפט העליון ביישום תיקון 113

לצורך מחקר זה נדרשנו להמשיג שני עולמות: זה המתקיים בזירה הפורמלית החשופה לציבור (ההליך המשפטי, גזר הדין); וזה המתקיים בזירה הבלתי-פורמלית, הפרטית (ראיונות, שאלונים).<sup>31</sup> השוואה בין שתי הזירות הללו מעלה ממצא בולט שלפיו בזירה הפורמלית מתקיים ציות לחוק ויישומו באופן מלא, ואילו בזירה הבלתי-פורמלית הציות לחוק אינו אלא למראית עין בלבד וכי אין כמעט כל שוני בתוצאה.<sup>32</sup> הבדלים אלה בין הזירות אינם באים

Adam N. Glynn & Maya Sen, *Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues?*, 59 AJPS 37 (2014)

Rufus E. Miles, *The Origin and Meaning of Miles' Law*, 38 PAR 399 (1978)

PIERRE BOURDIEU, SKETCH FOR A SELF-ANALYSIS על תופעת העולמות המקבילים ראו (Richard Nice tran., 2007).

קרן וינשל-מרגל וענבר גלון "ההשפעה של תיקון החוק בעניין הבניית שיקול-הדעת השיפוטי בענישה על גזירת מאסרים" עיוני משפט לח 221 (2016). במחקר בין היתר נערך ניתוח גורי דין

בחלל ריק. עיון בפסיקה מעלה כי שופט אשר אינו מקיים את תיקון 113 כלשונו חשוף לביקורת בית המשפט של ערעור.<sup>33</sup> כך, למשל, בפרשת אלחלבי<sup>34</sup> מתח בית המשפט העליון ביקורת נוקבת על הערכאה הדיונית על היעדר התייחסות לתיקון 113. לאור העובדה כי בית המשפט העליון בעצמו אינו מצטיין בקיום הוראות דווקני של תיקון 113 עולה השאלה מדוע בית המשפט העליון מותח ביקורת נוקבת בערכאות הדיוניות? קריאה ביקורתית של פסק הדין מעלה כי חלקה השני של הביקורת נוגע לפרקטיקה היומיומית של בית המשפט העליון (להבדיל משאלות של ציות לחוק ופגיעה באמון הציבור) ועל כך, ככל הנראה, יצא קצפו. אי-יישום הוראות תיקון 113 עלול לגרום לנאשם עינוי דין (במקרה שבו מחזיר בית המשפט העליון את התיק לערכאה הדיונית) ובמקרה האחר (בית המשפט העליון מכריע בעצמו), הוא גורם לכך שבית המשפט העליון ממלא את "מטלתו" של בית המשפט הדיוני, כך שבכל מקרה נפגעות הן עבודתו של בית המשפט העליון והן זכותם של נאשמים שתהיה להם ערכאת ערעור. מצד אחד, מותח בית המשפט העליון ביקורת על הערכאות הדיוניות כאשר אינן ממלאות אחר התיקון, אך מנגד הוא עצמו אינו רואה בתיקון הוראת חוק מחייבת.<sup>35</sup> הערכה זו נשמעת בוטה לכאורה, באשר קשה להעלות על הדעת מצב שבו שופטי בית המשפט העליון אינם רואים חוק כ"מחייב". אך דומה כי יש בסיס להנחה זו כפי שמוכיחה פרשת אלחלבי. אלחלבי הורשע בעבירות נגד ביטחון המדינה, ונגזרו עליו 24 חודשי מאסר. חוות דעת פסיכיאטרית אשר הוגשה קבעה כי לנאשם רקע של חבלה בראשו בילדות וכן הפרעת אישיות אורגנית (אם כי נמצא כשיר לעמוד לדין). הוגש ערעור לבית המשפט העליון על קולת העונש שבו נקבע (השופט רובינשטיין), כדלקמן:

"לאחר העיון סבורים אנו כי באופן עקרוני צדקה המדינה בטענה שהמתחם אשר נקבע נמוך מידי וכי העונש אינו תואם דיו את העבירות, ולדעתנו היה מקום למתחם גבוה במידה מסוימת ולעונש חמור יותר בתוכו. נוכח טיבן של העבירות הבטחוניות והצורך גם בהרתעה, אף לרבים, אנו סבורים כי יש בהקשר זה מקום לקבלת ערעור המדינה ולאי העתרות לערעור המשיב. ועם זאת, החלטנו בנסיבותיו האישיות המיוחדות של המשיב ונוכח הבעיות האישיותיות שהוצגו, להסתפק בעונש ברף הגבוה של המתחם שנקבע, קרי להעמיד את העונש על 30 חודשי מאסר בפועל".<sup>36</sup>

נמצא ככלל יישום של תיקון 113 בגזרי הדין ובאחוזים נמוכים יותר בתיקים בהם היו הסדרי טיעון.

33 ע"פ 1079/16 מדינת ישראל נ' נחמן (פורסם בנבו, 1.8.2016); ע"פ 5668/13 מזרחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.3.2016); ע"פ 6461/11 יאסין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.1.2014); בע"פ 2148/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.12.2014), מתוך מאמרו של יוני לבני "תיקון 113 – כתב הגנה (חלקי)" משפט מפתח 3, 71 (2015).

34 ע"פ 5718/14 מדינת ישראל נ' אלחלבי (פורסם בנבו, 17.12.2014) (להלן: פרשת אלחלבי).

35 השוו לבני, לעיל ה"ש 33.

36 פרשת אלחלבי, לעיל ה"ש 34, בעמ' 3.

כאמור, נסיבות אישיות של נאשם אינן שיקול רלוונטי לקביעת מתחם העונש ההולם, באשר באותו שלב בית המשפט אמור להתעלם מזהות הנאשם העומד בפניו ולהתייחס לשיקולים אובייקטיביים ובהם הערך החברתי אשר נפגע, מדיניות הענישה ונסיבות הקשורות בעבירה (סעיף 40ט לחוק העונשין). לו היה בית המשפט העליון פועל על פי הוראות תיקון 113 מיד לאחר שקבע כי "היה מקום למתחם גבוה במידה מסוימת", היה עליו לקבוע מהו אותו מתחם ובתוכו לקבוע את העונש ההולם. בית המשפט משתמש בנימוק של "נסיבות אישיות מיוחדות" ובכך מערפל את היחס שבין נסיבות הקשורות לקביעת העונש ההולם לבין נסיבות הקשורות לקביעת המתחם (סעיף 40יא לחוק העונשין). צריך לומר כי בית המשפט העליון יכול היה לקיים את התיקון ועדיין להגיע לתוצאה שאליה רצה להגיע, דהיינו, לשנות את המתחם ולקבוע את אותו עונש אשר קבע בסופו של דבר, שעדיין היה בתוך אותו מתחם, אך בחר שלא לעשות זאת. בחירה זו, כך נראה, אינה מקרית, אלא משקפת את יחסו של בית המשפט העליון לתיקון 113.

כך היה במקרה נוסף שבו הפחית בית המשפט העליון את מתחם הענישה אשר נקבע על ידי הערכאה, וזאת מנימוק אשר אינו מופיע בתיקון 113, והוא: צמצום חשיפתו של הנאשם לעבריינות. יוער כי בית המשפט העליון לא תמך את החלטתו בסעיף חוק כלשהו, ולמעשה לא הזכיר כלל את תיקון 113.<sup>37</sup> גם בעניין סגלטיצי חרג בית המשפט העליון ממתחם הענישה בשל עילה אשר אינה מופיעה בתיקון 113 – נסיבות אישיות של הנאשם – ועשה זאת שוב מבלי להזכיר את תיקון 113.<sup>38</sup>

## ג. מתודולוגיה

תהליך איסוף הנתונים וניתוח התוכן במחקר זה נערכו בפרספקטיבת הקונסטרוקטיביזם החברתי.<sup>39</sup> זרם זה קורא תיגר על הבסיס האובייקטיבי של כל מה שמוכר לנו כיום ומזמין אותנו לבחון מחדש את הידע המבוסס על ממצאים אמפיריים בכלים סוציולוגיים כתוצרים של אינטראקציות חברתיות. בעשורים האחרונים התחזקה הגישה המקבלת את תיאור ההתרחשויות כמה שנתפס ומעובד על ידי בני האדם ולא מה שהוא "באמת". כלומר חלה נסיגה מתפיסת העולם של פילוסופים כגון Locke או Hume שלפיה הידע אמור לשקף את העולם כפי שהוא, והתחזקה תפיסת העולם של פילוסופים כגון Spinoza או Nietzsche, שלפיה המידע תלוי בתהליכים פנימיים בתוך האדם שבהם הוא מעובד ומקוטלג.<sup>40</sup> על פי גישה זו, הדרכים להבנת משמעות נטועות בתהליכים חברתיים-תרבותיים התלויים בזמן ובמקום. כך

37 ע"פ 4040/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.1.2015).

38 ע"פ 7100/13 סגלטיצי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.1.2015).

39 זרם קונסטרוקטואלי העוסק בחקירת התהליכים שבהם אנשים מתארים או מסבירים את העולם שבו הם חיים. ראו Kenneth J. Gergen, *The Constructionist Movement in Modern Psychology*, 40 (1985) AMERICAN PSYCHOLOGIST 266.

40 שם.

למעשה, הידע "נבנה" ולא "נוצר", והמציאות מוגדרת דרך החוויה הסובייקטיבית המפענחת אותה.

בנושא זה של הבניית המשפט התפתחו תאוריות רבות מתחום הסוציולוגיה והפסיכולוגיה בצד הדרכים שבהן הפרטים, ככלל, מקבלים החלטות. כך במחקר מקיף של Ciccourel<sup>41</sup>, נמצא מה שהוא הגדיר כ-"Construction of social justice" ולפיו סוכני החוק (קציני משטרה וקציני מבחן) הבאים במגע עם הנאשמים, מארגנים את המידע המגיע אליהם באופן שיטתי המכסה על המורכבות של האירועים שאליהם נחשפו. במילים אחרות, מה שנכתב בדו"חות ולאחר מכן מהווה בסיס לנתונים הרשמיים המשמשים למדיניות ולמחקר, אינו משקף את "מה שקורה באמת".

התשתית הקונספטואלית העומדת בבסיס מחקר זה מדגישה אפוא את המציאות כפי שהיא נתפסת על ידי הפרטים ולא כפי שהיא נמדדת במעבדות מחקר אמפיריות. לפיכך, קיימת חשיבות רבה למשקפיים הסובייקטיביים שמבטאים רואה הפרט את המציאות ומפרש אותה. לצורך מחקר זה חשוב המרכיב הסובייקטיבי בעבודת השופטים שבאמצעותו הם מעבדים את המידע המגיע בפניהם, מנתחים אותו, מפרשים אותו ומסיקים את המסקנות החתומות בתו הסובייקטיבי של אותו שופט. ככל שנעמיק בהבנת המרכיב הסובייקטיבי של השופט בעת הפעלת שיקול דעתו, כך ניתן יהיה לקבל משוב אפקטיבי ומהימן לתיקון 113 המהווה שלב בסיסי והכרחי על מנת לקדם את המטרות העומדות בבסיסו.

המחקר מורכב מארבעה שלבים:

בשלב ראשון אותרו תיקים שבהם העבירה של התעללות בילדים<sup>42</sup> היא העבירה החמורה ביותר (עשרה במספר). יוער כי באופן כללי כמות התיקים הפתוחים בעבירת התעללות פיזית בילדים בכל רחבי הארץ היא מועטה (בין שמונה לשנים-עשר במהלך שנת 2015).

בשלב השני ערכתי תצפיות בבתי המשפט בשלב הטיועונים לעונש, המתקיים לאחר הכרעת הדין. בשונה מהמתוכנן, נערכו תצפיות רק בשלושה דיונים (ולא בכל עשרת התיקים), וזאת בשל מיעוט תיקים מתנהלים המצויים בשלב המתאים לצורך התצפית (טיעונים לעונש). התצפיות ארכו בין עשרים דקות לשעה, ובהן נאספו נתונים על דרך ניהול שלב זה בהליך המשפטי, משך הזמן שניתן לכל משתתף, התנהלות ותגובות המשתתפים.

הרציונל העומד בבסיס התצפיות הוא איסוף מידע, לא רק בתחום המשפטי-אינפורמטיבי, אלא גם במישור הפסיכולוגי והסוציולוגי. תצפיות מאפשרות לעמוד לא רק על אמירות מחוץ לפרוטוקול המבטאות לא אחת נטייה אישית מפורשת או מרומזת, אלא גם על התנהגויות שיפוטיות אשר עשויות לזהות נטייה אישיותית של השופט, וכן לבחון קו מקשר בין התנהגויות אלה לבין גזירת הדין באמצעות הפריזמה של תיקון 113. יתר על כן, השופט פועל באינטראקציה רצופה ויומיומית עם שחקנים, שחלקם קבועים וחלקם מתחלפים. בשלב השלישי קיימתי ראיונות עומק חצי מובנים עם הפרקליטים והסנגורים אשר ייצגו את הצדדים בתיקים שנבחרו, ובנוסף נשלחו שאלונים והתקבלו תשובות שנאספו מעשרה שופטים.

41 .AARON V. CICOUREL, THE SOCIAL ORGANIZATION OF JUVENILE JUSTICE (1928)

42 ס' 3368 לחוק העונשין.

בהיעדר אישור לראיין שופטים ועל מנת לקבל את נקודת מבטו של השופט על תהליך הבניית שיקול הדעת השיפוטי, נוסחו שאלונים אשר יאפשרו לקבל מידע חשוב מהגורם אשר בפועל אמור ליישם את תהליך ההבניה כפי שנקבע בחוק. על פי דרישת הנהלת בתי המשפט, לא ניתן היה לדעת את זהות השופטים, והם אינם משיבים על שאלות בעניין התיקים שנבחרו. אולם למרות חולשה זו, תשובות השופטים מספקות זווית חשובה של הגורם אשר מפעיל את שיקול הדעת ומעשירות – גם אם בראייה כללית – את הנתונים באשר ליישום שיקול הדעת הקבוע בתיקון 113. התשובות לשאלוני השופטים הן קצרות באופן יחסי, ולא ניתן היה לשאוב מהם אותו ניתוח איכותני כפי שניתן היה מראיונות התובעים והסנגורים.

בשלב הרביעי ניתחתי את התוכן של גזרי הדין והפרוטוקולים מהתיקים שנבחרו. כאמור, מדובר בתיקים שבהם העבירה העיקרית היא התעללות פיזית בילדים, החל ממניעת שינה או מזון עבור דרך כפיית מעשים משפילים וכליאה ועד לשפיכת מים רותחים על ילד. במרבית התיקים המתעלל הוא ההורה (חלקם אבות וחלקם אימהות), ובשאר – מבוגר אחראי. בעת שניתחתי את התוכן בדקתי את דרך היישום של תיקון 113, מידת הפירוט של דרישות החוק, ההנמקה וכן קיומן של אמירות המתייחסות לתיקון באופן מפורש או עקיף.

השיטה במחקר זה התבססה על איסוף נתונים מזוויות הסתכלות שונות של בעלי תפקיד הלוקחים חלק באותו תהליך לגבי אותם מקרים. מטרתו של מחקר זה אינה לאתר את האמת האוניברסלית, אלא דרך נרטיבית-קונסטרוקטיביסטית אשר ביסודה ההנחה כי התופעות המורכבות של החיים מיוצגות טוב יותר באמצעות סיפורים ונרטיבים.<sup>43</sup>

פסקי דין הם גם נרטיבים המספרים – מפיו של השופט – סיפור על נאשם העומד לדין. סיפור מעין זה מכיל את התיאורים של הגיבור הראשי (הנאשם), של דמויות המשנה (קורבן, עדים), של שחקנים נוספים בזירה (תובע, סנגור), קיים תיאור העלילה (המסכת העובדתית), רמזים על יחס המספר כלפי הדמויות או כלפי המעשים (התיאור המשפטי) ולבסוף תיאור גלוי של עמדת המספר (גזר הדין), בדומה למגוון היסודות המונחים בבסיס כל נרטיב. לא בכדי הקורבן ממוקם כ"דמות משנה". לא כל שכן, כאשר מדובר בקורבן קטין הנתון להבניה חברתית-משפטית כפולה. באשר פרט למעמדו כדמות משנה בהיותו קורבן, הרי מעמדו כקטין ממקם אותו בצד החלש ביחסי הכוחות מול האפוטרופסים שלו וסוכני הגנת הילד. מטבע הדברים, לכל משתתף בזירה המשפטית קיימת נקודת מבט משלו לאותה התרחשות. הדרך לחקירת תופעה הנטועה בתוככי השדה המחקרי עוברת דרך הקשבה למשתתפים השונים, קבלת ההסברים שלהם להתרחשות באותה זירה (במקרה זה הזירה המשפטית) וניתוח המידע באופן אשר יאתר מבנים תיאורטיים.<sup>44</sup> אין מדובר בבחינת קשר שבין משתנה תלוי למשתנה בלתי-תלוי בדומה למחקר כמותני, אלא בחקירה הבאה לזהות את התופעה שמבקשים לחקור, כפי שהיא עולה מפיהם של המשתתפים, המתאימה למחקר איכותני.

TAMAR ZILBER, RIVKA TUVAL-MASHIACH & AMIA LIEBLICH, NARRATIVE RESEARCH: 43  
READING, ANALYSIS, AND INTERPRETATION (1998)

.BARNEY G. GLASER, THEORETICAL SENSITIVITY (1978) 44

## 1. ראיונות

כאמור, אותו עשרה תיקים שבהם העבירה המרכזית הייתה התעללות בילדים,<sup>45</sup> וזאת בשל מיעוט התיקים המתנהלים בעבירה האמורה. לאחר מכן, נערכו ראיונות עומק עם כל הסגורים (עשרה) ותובעים (עשרה) אשר ייצגו את המדינה והנאשמים בתיקים הללו. כלומר, התובעים והסגורים שרואיינו לא נבחרו, אלא אותו בשל הופעתם בתיקים האמורים. כל הפניות לראיונות נענו. הראיונות נמשכו בממוצע כשעה (טווח של חצי שעה עד לשעה וחצי). הראיונות התבססו על שאלון (נספח א), אך במרבית המקרים התווספו שאלות לתשובות אשר ניתנו.<sup>46</sup> הראיונות הוקלטו באופן מקוון ולאחר מכן תומללו. ניתוח הראיונות העלה קשת של קטגוריות שניתן לחלק לשלושה מישורים: התהליך, התוצאה והרוכב הרגשי, כפי שיפורט להלן בפרק הממצאים (1.7).

## 2. שאלונים

נשלח שאלון (נספח ב) למנהל בתי המשפט על מנת להעבירו לשופטים אשר יהיו מוכנים להשיב. השאלון הופץ באמצעות מערכת מקוונת על ידי מנהל בתי המשפט לכלל השופטים למעט אלה שבמחוזות חיפה והצפון.<sup>47</sup> השאלון הוא שאלון קצר אשר הכיל שאלות פתוחות בלבד. השאלון ברובו מתייחס באופן ישיר להשפעת תיקון 113 הן בהיבטים טכניים של עומס עבודה והן בהיבטים מהותיים הנוגעים להתערבות בשיקול הדעת השיפוטי. הושבו עשרה שאלונים מלאים מאת שופטים אשר מולאו באופן אנונימי. ניתוח התשובות לשאלון העלה כי ישנה חפיפה בין עמדות התובעים והסגורים לבין עמדות השופטים במרבית הנקודות שעליהן נשאלו. הממצאים אשר עלו מהשאלונים, כפי שיפורטו להלן בפרק 1.7, נוגעים לסוגיות כגון: סרבול עבודת השופטים, קיום הדיון "כמצוות אנשים מלומדה", הסדרי טיעון ותגובה רגשית ביישום החוק.

## 3. תצפיות

חלק נוסף מהנתונים נובע מתצפיות שנערכו בבתי המשפט בשלב הטיעונים לעונש. כאמור, התצפיות נערכו בשלושה הליכים בלבד,<sup>48</sup> ועל כן יש להתייחס בזהירות הראויה לממצאים העולים מהיקף זה של תצפיות.

45 ס' 368 לחוק העונשין.

46 לדוגמה: כיצד באה לידי יישום העדפת השופטים? באילו דרכים התמודדת עם הקשיים שעורר תיקון 113? כיצד באה התסכול שתיארת לידי ביטוי באולם? וכיוב'.

47 על פי הוראת מנהל בתי המשפט, וזאת בשל העובדה כי כותב מאמר זה עובד בפרקליטות מחוז חיפה אזורי.

48 לשם שמירה על חסיון הצדדים, ההליכים יצוינו בהתאם למיקום התיק כפי שמופיע בפרקליטות מחוז חיפה פלילי: 13/2048; 14/1337; 14/1660.

התצפיות היו טהורות במובן זה שהנוכחות של אדם באולם בית המשפט היא טבעית, ואין בה כדי להשפיע בדרך כלשהי על השחקנים. מנגד, בהיותי עורך דין המופיע בבתי המשפט, אני מכיר את הקודים הפנימיים והרטוריקה שבניהול הליך משפטי, ואין מדובר בצופה מן החוץ. בתיקים שבהם צפיתי העבירה העיקרית בכתב האישום הייתה התעללות בילדים. בהליכים אלו נדונו מעשי התעללות בילדים חלקם מזעזעים, כדוגמת שפיכת מים רותחים על ילד, כליאה לשעות ארוכות, מריחת צואה על הילד או מניעת שינה ומכות למי שמפר את האיסור. התצפיות נמשכו בין עשרים דקות לשעה, בהתאם למשך הזמן שהתקיים הדיון בטיעונים לעונש, ובמסגרתן תיעדתי בכתב יד את עיקרי הדברים אשר אמר כל אחד מהשחקנים, משך הזמן שניתן לכל אחד מהצדדים, הדרך שבה ניהל השופט את ההליך והאינטונציה של הטענות. במהלך התצפיות חיפשתי אמירות או התייחסויות כלשהן לתיקון 113 על ידי מי מהצדדים; ישירות או עקיפות, מילוליות או בלתי-מילוליות. חשוב לציין כי הסנגורים והתובעים בהליכים אלה רואיינו על ידי במסגרת סדרת הראיונות לפני שנערכו התצפיות.

#### 4. ניתוח גזרי דין

גזרי הדין מתחילים בפרק מבוא (לעיתים נקרא "הקדמה", "כללי") המתאר את פרטי האישום ואם קיים הסדר טיעון ואת פרטיו. לאחר מכן מובאות טענות וראיות התביעה לעונש, הדגשים שהועלו על ידי התביעה, הטענות המבססות את מתחם הענישה ואת הבקשה הספציפית לעונש ההולם (בדרך כלל לא מתבקש עונש ספציפי, אלא מיקום כללי במתחם "ברף הגבוה", "ברף הבינוני"). בהמשך מפורט תסקיר שירות המבחן, שבו מתוארים חייו של הנאשם, קשריו, משפחתו, מידת שיתוף הפעולה שלו, מידת ההפנמה ולקיחת האחריות למעשיו וכמובן סיכויי השיקום שלו ואם קיימת המלצה טיפולית בעניינו. לאחר מכן, מובאות טענות וראיות הסנגוריה לעונש לרבות ההתייחסות – אם קיימת – למתחם הענישה, לעדים מטעם הנאשם, אם היו, ולעונש מבוקש.

בשלב הבא (בדרך כלל תחת כותרת "דיון" או "דיון ומסקנות") בית המשפט סוקר את עקרונות הענישה כפי שהם נשאבים מתיקון 113 ומתחיל לפרט את הערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות הקשורות בביצוע העבירה, הכול לצורך קביעת המתחם ובהתאם לתיקון 113. בהמשך מפרט בית המשפט את העונש ההולם בהתאם לקריטריונים הקבועים בתיקון ותוך התייחסות לתסקיר שירות המבחן ולחלק מטענות הצדדים. מניתוח גזרי הדין בתיקים שהתנהלו לפני עליית התאמה גבוהה בין המתווה שבתיקון 113 לבין יישומו על ידי השופטים בגזרי דין. כמו כן, בגזרי הדין שמהם מובאים הציטוטים להלן לא נערכו תצפיות. אין כוונת מכוון, אלא בתובנה אשר עלתה בדעבד. הסבר אפשרי לכך הוא שהתצפיות נערכו דווקא בתיקים שבהם העבירות היותר חמורות ומורכבות, בהן השפעת התיקון נמוכה יותר (ראו פרק ד שלהלן).

הניתוח האמור מעלה שלושה סוגי גזרי דין: גזרי דין ללא הסדר טיעון, גזרי דין לאחר הסדר טיעון שקבע מתחם ענישה וגזרי דין לאחר הסדר שקבע עונש.<sup>49</sup> בכל אחד מהסוגים הללו נמצאו ממצאים שונים, כפי שיפורט להלן בפרק ד.1.

## ד. ממצאים ומסקנות

### 1. ממצאים – כללי

תיקון 113 הוא תיקון מורכב הן בהיבט היישומי (יישום מדורג ומפורט) והן בהיבט המהותי שלפיו לראשונה המחוקק מבנה את שיקול דעתו של השופט בעת מתן גזר הדין. מורכבות התיקון על שני היבטיו באה לידי ביטוי בממצאי המחקר באופן המבטא התנגדות לשינוי החקיקתי בדרכים שונות. כאמור לעיל, ניתן לחלק את הממצאים כפי שעלו מהראיונות לשלושה מישורים: תהליכי, תוצאתי ורגשי כמפורט להלן.

#### המישור התהליכי

##### “סרבול והכבדה”

ממצא בולט ראשון הוא כי תיקון 113 הביא לסרבול משמעותי בתהליך העבודה. ממצא זה עולה בקנה אחד עם מחקרן של וינשל-מרגל גלון, שלפיו גזרי הדין התארכו בתקופה שלאחר תיקון 113.<sup>50</sup> עלה אפוא כי התיקון גרם להכבדה באותן פעולות אשר נעשו בעבר לצורך כתיבת גזר הדין ואף הביא להארכה של גזר הדין וממילא האריך את זמן העבודה הנדרש לצורך טיעונים לעונש (מצד הסנגורים והתובעים) או לצורך כתיבת גזר הדין (מצד השופטים). מדובר בביקורת אשר עלתה ככזו המטרידה ביותר ביישום תיקון 113 מבחינת השחקנים הרלוונטיים, ולכן עלתה כתגובה למגוון שאלות. חשוב להדגיש כי במישור זה הייתה זהות בעמדותיהם של כל השחקנים: שופטים, סנגורים, תובעים. גם השחקנים האחרים הביעו דעה דומה. כך אחת הסנגוריות:

“ש. אז זה מוביל אותי לשאלה הבאה, לעומת התועלות שאת אומרת שאין, אז מהם האספקטים השליליים כפי שאת רואה אותם בחיי המעשה? ת. מיותר לחלוטין. גורם לעבודה רבה על כתפי בית המשפט. עבודה מיותרת” (אורנה).

49 השוו וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה”ש 32.

50 שם, בעמ’ 253.

**“סדר, מסגרת ושקיפות”**

קטגוריה נוספת במישור התהליכי, עניינה הסדר, המסגרת והשקיפות. קטגוריה זו חזרה אף היא בצורות שונות אצל מרבית השחקנים.

כך, גם מבין הסנגורים (ניצן) עלתה ההשפעה של התיקון בנושא זה, כך:

“ש. מבחינת הדרך שבה השופט גוזר את העונש, זה השפיע? ת. אני חושב שאולי היום בדרך יותר מסודרת. אני חושב שכל מה שיש עכשיו היה גם קודם, אוקי? עכשיו זה קיבל כותרות ומסגרת, קיבלו סדר, אני חושב שגם קודם בית המשפט דן בנסיבות העבירה ופסקי הדין ומה העבר של הבן אדם עבירה ראשונה או לא, גם קודם נתן, אני חושב שפשוט הכניס את הכל לסוג של מסגרת כאילו יותר נוקשה”.

כך גם מצד אחת התובעות:

“מבחינת הטיעון לעונש אני חושבת שזה מסודר יותר. אתה יודע בדיוק למה להתייחס אתה יודע איך המתחם בנוי מסביב, מה משפיע בתוכו. [...] הטיעונים לעונש יותר מסודרים כי כולם כותבים באותה צורה” (מירית).

**“מניפולציה”**

המחוקק ביקש באמצעות התהליך להשיג תוצאה (אחידות).<sup>51</sup> עם זאת, עולה מהראיונות כי השופטים מתנגדים לתיקון 113 ולהבניה הקבועה בו, ולצורך השגת התוצאה על פי הרצון שלהם, עליהם לבצע התאמות להוראות התיקון. אחד הכלים שבהם משתמשים השופטים כדי להתאים את התהליך לתוצאה הוא מניפולציה. בסוף אחת התשובות של תובעת בהקשר אחר, עלה המונח הזה וביקשתי ממנה להסביר אותו, כך:

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

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

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

תובעת אחרת תיארה זאת כך:

51 על מנת שיוסר הספק כי אין הכוונה לשליטה בתוצאה בכיוון של החמרה דווקא, התווסף סעיף המטרה: ס' 40 לחוק העונשין. ראו חגית לרנאו וישי שרון “שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה” הסניגור 14, 183 (2012).

“מה שהם עושים זה קובעים מתחם נורא רחב מעבודות שירות עד ארבע שנים בפועל כדי להצדיק את עבודות השירות. זה מניפולציה של החוק אני לא חושבת שלזה התכוון המחוקק” (דניאלה).

### “עליונות העליון”

מתשובות המרואיינים עולה באופן מפורש עד כמה השופט בערכאה הדיונית אינו רואה את עצמו כמי שמחויב לפעול לפי הוראות החוק אך בהחלט רואה עצמו מחויב לפעול לפי הוראות בית המשפט העליון. לכך מצטרפת גם הדעה שהובעה, שלפיה בית המשפט העליון אף הוא אינו מקיים את תיקון 113 על פי תכליתו. דהיינו, לדעתם אין הוא נדרש לקבוע בכל הזדמנות מתחמי ענישה כתקדים מחייב על מנת לייצר את האחידות שאליה כיוון המחוקק. תיארה זאת אחת הסנגוריות (סוהא), כך:

“זה לשים וי על מה שקבע המחוקק אבל לא להתייחס לזה. ובית המשפט העליון הוא הראשון שעושה את זה דרך אגב”.

כך גם העלתה תובעת (מירית) את העובדה, כי בית המשפט העליון כשיטה אינו קובע מתחמים, למעט חריגים:

“אני חושבת שבית המשפט העליון בכוונה לא כל כך קובע מתחמים, אבל זה גם קצת שאלה כי המטרה הייתה שכן יהיו מתחמים של העליון, אם כבר אחידות [...] בתכל'ס זה לא קרה. יש בעבירות שב"ח, יש קצת בעבירות שוד, גם כן החלטה לא כל כך מוצלחת של מתחם נמוך באיזושהו תיק של העליון. לדעתי יש עם זה בעיה”.

### המישור התוצאתי

כאמור, במישור התוצאתי ניכרו ההשפעות של ההתאמות אשר נעשות על ידי השופטים על ידי השופטים במסגרת ההתמודדות עם תיקון 113.

### “שינוי רטורי בלבד”

ממצא זה נוגע למידת ההשפעה של תיקון 113 על תוצאת גזרי הדין. על פי מרבית המרואיינים הוראות התיקון לא שינו את התוצאה כלל והשינוי אשר חל הוא רטורי בלבד.

### “המתחם כמחסום”

בצד הממצא הבולט שלפיו התיקון “לא שינה דבר”, הובעה הדעה שלפיה מתחם הענישה מהווה מחסום לפרשנות סובייקטיבית ויוצר כלל אובייקטיבי שעשוי להגביר את ההאחדה בענישה. הדעה שממנה עלתה קטגוריה זו ביטאה דווקא את ההשלכות השליליות להשפעה זו, באשר על פי אותה דעה היכרות של השופט עם הרקע התרבותי של הנאשם, למשל, חשובה

תיקון 113 – מצליח לתקן?

ומייצרת ענישה אינדיבידואלית. על פי אותו סניגור, ההבניה של שיקול הדעת "פוגעת" ביכולת של השופט לפסוק על פי הרקע התרבותי והערכי שלו.

"ת. אם יש נאשמים שבאים מרקע תרבותי או חברתי מסויים והשופט מכיר את המנטליות או מה הרקע לביצוע העבירה ואיך הנסיבות של הנאשם [...] ואיך שהוא גזירת הדין לפי מתחמים שנקבעו נגיד על ידי בית המשפט העליון פוגעת בשיקול הדעת השיפוטי של אותו שופט שדן בתיק" (סאמר).

סוגיה זו מעניינת במיוחד באשר היא נוגעת לליבת הוויכוח בין המצדדים לבין המתנגדים לתיקון 113.<sup>52</sup> המצדדים יאמרו שבדיוק בשל כך חוקק תיקון 113 – על מנת לנטרל השפעות סובייקטיביות של השופטים ובכך להגביר את האחידות בענישה. המתנגדים, לעומתם, יאמרו שכל ענישה היא אינדיבידואלית, והחלטת השופט אכן ניתנת על פי צו מצפוננו הכולל את ערכיו ומצפוננו.

#### "לחץ להגיע להסדרי טיעון"

מרכיב אחד אשר לגביו הובעה הדעה על השפעה תוצאתית לתיקון 113 הוא הסדרי הטיעון. כידוע, חלק נכבד מהתיקים במדינת ישראל מסתיימים בהסדר טיעון. על כן, קיימת חשיבות רבה לשאלה אם משפיע תיקון 113 על הסדרי הטיעון ואם כן – כיצד. עמדות המרואיינים בהקשר זה הבליטו את זוויות הראייה השונות של כל אחד מהשחקנים. הסנגורים הדגישו את הלחץ מצד השופטים להגיע להסדרי טיעון; השופטים דיברו על ריבוי הסדרי הטיעון בעקבות התיקון; והתובעים דיברו על הקושי שבהחרגת הסדרי הטיעון מתיקון 113 וכן על השפעת התיקון על תוכנם של הסדרי הטיעון. קטגוריה זו, בעיני חלק מהסניגורים קיבלה מקום נכבד, כדוגמת הסנגור אשר העלה נושא זה ממש בתחילת הריאיון, כך:

"אני חושב שלתיקון יש יתרונות וחסרונות. החסרון הוא שלטעמי השופט שדן בתיק לוחץ יותר להגיע להסדר בחלק מהתיקים. לפעמים זה על חשבון התביעה ולפעמים על חשבון הנאשם" (סאמר).

#### המישור הרגשי

מבין התגובות אשר עלו במהלך הראיונות, ניתן היה לזהות תגובות רגשיות עזות, אשר היו אופייניות במיוחד לשופטים. את העובדה כי השופטים הביעו תגובות רגשיות עזות יותר מהתובעים או מהסנגורים, ניתן לייחס לעובדה כי הם "קהל היעד" העיקרי של התיקון, אשר אמורים ליישמו מידי יום ביומו בשגרת עבודתם. על כן, ביחס ישיר למידת ההשפעה של התיקון על השחקנים, קיבל המימד הרגשי ביטוי בתגובותיהם. מהתשובה הבאה של אחת

<sup>52</sup> ס' ג לתזכיר חוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה – תיקונים שונים), התשע"ו–2015.

התובעות ניתן להבין את עצמת השינוי שמבקש התיקון להחיל על השופטים לא רק במישור הביורוקרטי, אלא גם במישור האישי הנוגע לדרך שבה הם תופסים את תפקידם:

”ת. המחוקק בא ואומר לשופט באיזו צורה לגזור עונש כשבעצם כל פסיקה היא אינדיבידואלית ולגופה. כל שופט רוצה להאמין שהוא אלוהים קטן. עוד לא פגשתי שופט שלא חושב שהוא לא אלוהים קטן. והתיקון אומר שהם כבר לא אלוהים כי הם צריכים במסגרת, בין זה לבין זה, לתת את העונש.

ש. השאלה איזו תחושה יש לאלוהים ברגע שאומרים לו שהוא כבר לא אלוהים.

ת. פחות טובה, אבל מישהו צריך להגיד לו את האמת” (חיוך) (איילה).

כעולה מהראיונות, ניתן לראות כי התערבות המחוקק בשיקול דעתו של השופט באופן כה מפורט מעוררת התנגדות בקרב השופטים. ”עוד לא פגשתי שופט שלא חושב שהוא אלוהים קטן”, הוא משפט מייצג בקרב הראיונות אשר הביע את עמדת התובעים והסנגורים לגבי הדרך שבה שופטים תופסים את הפרוגטיבה אשר ניתנה בידם. במישור המעשי עלה כי על מנת להתמודד עם ההבניה של שיקול הדעת השופט יפסע במתווה ההבניה אך ימצא את הדרך להגיע לתוצאה שאליה היה מגיע גם אלמלא התיקון. עולה מהראיונות אפוא לפחות מפי המרואיינים במחקר זה, כי התיקון אינו מיושם כהלכתו על ידי השופטים וכי יישומו נעשה כ”מצוות אנשים מלומדה”.

הממצאים אשר עלו מהשאלונים הצביעו על מגמה דומה ואף בוטה יותר של התנגדות. השופטים אשר השיבו על השאלונים התבטאו בחריפות נגד התיקון (”חרפה חקיקתית”) הן במישור המהותי והן במישור הטכני (”מכביד ומסורבל”). רוב מוחלט של הנשאלים (תשעה מתוך עשרה) העדיפו לחזור למצב המשפטי ערב התיקון. עוד עלה כי השופטים מודים שגזירת הדין לא השתנתה לאחר תיקון 113 וכי מה שהשתנה הוא הדרך הארוכה שעליהם לעבור עד שהם מגיעים לתוצאה שאליה היו מגיעים ממילא. השופטים אשר השיבו לשאלונים הביעו רגש שלילי כלפי התיקון ודיווחו כי הם מוצאים דרכים לעקוף את יישומו כמו ללחוץ על הצדדים להגיע להסדרי טיעון (יידון בפרק הבא). המסקנה העולה מתשובות השופטים לשאלונים היא כי קיימת התנגדות מהותית וקונקרטיית לתיקון 113, ועל כן ניתן לצפות כי תכליתו – אחידות הענישה – לא תמומש באופן מלא או אף חלקי.<sup>53</sup> כאמור, הממצאים מהשאלונים נגעו לארבע סוגיות עיקריות: סרבול עבודת השופטים, קיום התיקון כמצוות אנשים מלומדה, הסדרי טיעון ותגובה רגשית לתיקון.

53 יוער כי במחקרן של וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה”ש 32, נמצאה ירידה בפיזור העונשים אחרי תיקון 113. זו יוחסה בעיקר להשפעת התיקון על גורמי התביעה המשטרית העורכים ”טבלאות ענישה” בבואם לטעון בבית המשפט או בבואם להגיע להסדרי טיעון.

**“סרבול”**

ישנה תמימות דעים בקרב השופטים אשר השיבו לשאלון כי תיקון 113 יצר סרבול בעבודתם. במענה לשאלה “אנא תאר על סמך ניסיונך על כס השיפוט את התחומים בהם התיקון מילא את ייעודו ואת התחומים בהם התיקון לא מילא את ייעודו”, התקבלו משלושה שופטים התשובות הבאות:

“התיקון הפך את גזירת הדין למסורבלת” (רם).

“חובת השופט להתייחס לכל הפרמטרים המופיעים בחוק יוצרת גזרי דין ארוכים ומסורבלים, התיקון הוסיף סרבול רב ובלתי יעיל לגזר הדין” (שובל).

“התיקון גרם להתמשכות זמן כתיבת גזר הדין, זמן הכתיבה הוכפל אם לא שולש !!!” (רביב).

מאידך, בלטה העמדה שלתיקון 113 קיימת חשיבות בעריכת סדר בשיקולי הענישה והתרומה לשקיפות. כך, אחד השופטים (דן) סבר כי אחד התחומים שבו התיקון דווקא מילא את ייעודו הוא בעריכת “סדר”:

“התיקון תרם תרומה רבה בהגברת הנמקת התוצאה העונשית, וכך השקיפות גברה, כמו כן תרם לעריכת סדר בשיקולי הענישה השונים”.

**“מצוות אנשים מלומדה”**

ביטוי שחזר בתשובות השופטים היה כי הם מקיימים את תיקון 113 “כמצוות אנשים מלומדה” – דהיינו קיום מן השפה אל החוץ שאינו ממקום של אמונה בדרך. אמירות מפורשות עלו מפיהם של השופטים. כך השיבו חלק מהשופטים כשהתבקשו “לתאר את התחומים בהם התיקון מילא את ייעודו ואת התחומים בהם התיקון לא מילא את ייעודו”:

“הקושי קיים ביישום, שמא התיקון מקויים מצוות אנשים מלומדה. כלומר, למעשה למראית עין בלבד” (דן).

“התיקון מילא את ייעודו במראית עין של שוויון בפני החוק” (שובל).

“למעשה, מלכתחילה אני מכוון את עצמי לעונש הראוי אשר גם בלעדי תיקון זה, הייתי מגיע אליו. אחר כך, באופן טכני, שבלוני אני מתאים התיקון לתוצאה הרצויה לי, על פי עקרון מצוות אנשים מלומדה” (רם).

קיום התיקון “כמצוות אנשים מלומדה” עלה גם כאשר נשאלו השופטים על חובת הנימוק. מתשובותיהם עלה כי ההנמקה מותאמת ללשון החוק. כך, כאשר נשאלו השופטים על השפעת התיקון על הצורך לנמק את גזר הדין השיבו:

“ההנמקה הותאמה לרכיבי התיקון” (גדעון).

“הצורך לנמק גזרי דין היה קיים בטרם התיקון הטכני שבא עלינו” (אברהם).

“הנימוק הופך להיות מלאכותי ומותאם ללשון החוק” (רם).

“התיקון לא שינה דבר מבחינתי אלא מבחינת דרך הכתיבה בלבד, למרות התיקון כל שופט פועל על פי מצפוננו ויכול להגיע לתוצאה הנכונה לפי דעתו. התוכן עצמו לא שינה דבר” (שובל).

#### “הסדרי טיעון”

ניתוח התשובות לשאלונים העלה עוד כי בקרב השופטים רווחה הדעה שלפיה התרבו הסדרי הטיעון בעקבות תיקון 113.54 הם קשרו סוגיה זו אף להקלה בענישה, באשר הסדרי הטיעון מקלים באופן טבעי עם הנאשם:

“ש. אנא תאר באילו אופנים משפיע לדעתך התיקון על רמת הענישה באופן כללי?”

“ת. רבו הסדרי הטיעון בצורה של עונש מוסכם וסגור שהוא בהכרח מקל” (דן).

“לאחר התיקון גדל היקף הסדרי הטיעון, כנאמר קודם, לכן לדעתי רמת הענישה ירדה או למצער לא השתנתה” (יהורם).

#### “תגובה רגשית”

בקרב השופטים נמצאו תגובות רגשיות בנוגע להתמודדות עם תיקון 113. ייתכן כי העובדה שהשופטים מתמודדים ביתר שאת עם התיקון בעבודתם היומיומית משפיעה על תגובה זו. מכל מקום, כך היה כאשר השיבו לשאלה “אנא תאר ונתח ככל הניתן על סמך נסיוןך על כס השיפוט את התחומים בהם התיקון מילא את ייעודו ואת התחומים בהם התיקון לא מילא את ייעודו”:

“לדעתי, התיקון לא תרם מהותית ולו השמץ [כך במקור – ה.מ.] [...] אם תכלית התיקון הייתה להביא לאחידות בענישה, הרי התיקון נכשל כשלון חרוץ. אקדים ואומר כי יש לסלק חרפה חקיקתית זו בהקדם ויפה שעה אחת קודם” (רונן).

“התיקון מיותר ולעתים, יש בו כדי עלבון לאינטליגנציה” (אברהם).

מהתצפיות אשר נערכו במסגרת מחקר זה עלה כי יישום התיקון כלפי חוץ מתנהל כסדרו ללא התנגדות מיוחדת (אם כי, כאמור, יש להתייחס בזהירות לממצאים בשל מיעוט התצפיות). במהלך התצפיות לא נצפו כל תגובות ישירות או עקיפות כלפי תיקון 113, לא ניתן היה להבחין בעמדה ביקורתית כלשהי כלפי התיקון בין שעל ידי התובעים או הסנגורים ובין שעל ידי השופטים. לא ניתן היה להבחין בהתייחסויות מילוליות או בלתי-מילוליות שמהן ניתן היה ללמוד על היחס של אחד מהשחקנים לתיקון. ממצא זה מחזק את הממצאים אשר עלו מניתוח

54 להסדרי הטיעון יוחד פרק בהמשך המאמר.

גזרי הדין והראיונות שלפיהם מתקיים עולם מקביל של יישום התיקון על כל שלביו, וזאת במובחן מקביעת התוצאה בהתעלם מההבניה אשר בתיקון 113. ניתן היה לומר כי הממצא המעניין בתצפיות הוא לכאורה היעדר הממצא, אלמלא היה זה ממצא בפני עצמו. כאמור, מדובר במספר קטן של תצפיות ואין בהן כדי להעיד על הכלל, אך ממצא זה משלים ומתווסף לראיונות התובעים והסנגורים.

ניתוח גזרי הדין העלה אף הוא באופן משלים לתצפיות יישום מלא ומפורט של תיקון 113 על כל שלביו ודרישותיו. בגזרי הדין שנותחו ניתן היה לראות את שלבי היישום בהתאם לדרישת תיקון 113, לעיתים תוך ציטוט מלא של סעיפי החוק. ממצא זה תומך בממצאים אשר פורטו לעיל שלפיהם ישנו יישום של התיקון, אך יישום זה בפועל מתקיים במקביל לגזירת הדין על פי התוצאה שהשופט היה מגיע אליה מראש. יתר על כן, ניתן לשער כי הביקורת של בית המשפט העליון, כפי שתוארה לעיל, משפיעה על הערכאות הדיוניות וכופה מצידה את יישום התיקון, גם אם לעיתים למראית עין.

נמצא כי כאשר אין הסדר טיעון, בתי המשפט פועלים על פי המתווה של תיקון 113 ומיישמים אותו כלשונו. כאשר מדובר בגזרי דין שבהם קיים הסדר טיעון אשר קבע מתחם ענישה, השופטים נדרשים לתיקון על פי רוב כאינדיקציה לסבירות ההסדר "ההסדר בא בגדר מתחם העונש ההולם" או "אינו חורג ממדיניות הענישה" וכן לקביעת העונש בתוך המתחם (דהיינו, הקריטריונים בתוך התיקון לקביעת עונש בתוך המתחם). כאשר מדובר בגזר דין לאחר הסדר טיעון אשר קבע עונש, גזר הדין הוא תמציתי ולא תמיד מתייחס לתיקון 113. במקרה זה לעיתים נקבע כי בית המשפט מקבל את ההסדר כאשר מצא אותו "ראוי ומאוזן" או מן הטעם שהעונש "הולם בנסיבות" (לא נמצאו מקרים שבהם לא התקבל הסדר הטיעון).

גזרי הדין נכנסים לקטגוריית הזירה הפורמלית. זהו המרחב שבו השופטים פועלים תחת זרקור הביקורת של ערכאת הערעור עליהם, ועל כן הם מחויבים ללכת במתווה תיקון 113. יתרה מכך, השופטים טורחים להצהיר על הילוכם במתווה התיקון ומרבים להזכירו הגם שדי היה שיגורו את הדין בהתאם למתווה מבלי להוסיף על כך הצהרה. להבדיל ממענה לשאלות באופן אנונימי המצוי בזירה הלא-פורמלית, הרי בעת כתיבת גזר הדין השופט חשוף לעין כול, ונבחנים מהלכיו על פי הוראות התיקון. כך, אמנם השופטים הולכים במתווה התיקון בעת כתיבת גזר הדין, אולם במענה לשאלונים הם הביעו התנגדות נמרצת ולעיתים בוטה לתיקון. יודגש כי הליכה במתווה התיקון, אין משמעותה בהכרח הפנמתו של התיקון ויישומו על פי תכליתו. ניתוח גזרי הדין מעלה כי אף שהשופטים מקדישים חלקים נכבדים לציטוט מתיקון 113 והשיקולים המופיעים בו בשלב התיאורטי של פסק הדין, הרי בשלב שבו הם נדרשים ליישם את התיקון על המקרה הקונקרטי, אין דיון נרחב בדרך שבה יושמו הנסיבות הספציפיות בהתאם לתיקון, אלא ישנו דיון קצר, הנראה לעיתים כיציאה ידי חובה.

פרק ה"דיון" אשר בגזרי הדין הוא השלב שבו השופט אומר את דבריו באופן ישיר ומודע. עד לאותו פרק השופט מתמקד בדברי התביעה, שירות המבחן והסניגוריה. עם זאת, כאמור, גם תיאור העובדות והטענות, הקודם לפרק ה"דיון" ונחזה להיות אובייקטיבי, משלב בתוכו הבניות. שהרי השופט בוחר אילו עדים לצטט, אילו ראיות להדגיש, באילו טענות להתמקד, אם לצטט מהצהרת הנפגע, אם לציין שאין הצהרת נפגע במקרה שאין כזו. נמצא כבר כי רק במקרים נדירים התייחס בית המשפט ישירות להצהרת הנפגע אשר נכתבה על ידי קטין נפגע

עבירה.<sup>55</sup> בד בבד, להצבת העיקרון המנחה כפי שנקבע בתיקון 113 – הוא "עקרון ההלימה"<sup>56</sup> – כבר בתחילת פרק הדיון, נודעת חשיבות רבה. כך החל פרק הדיון בגזר הדין "א" (במחוזי חיפה):<sup>57</sup>

"תיקון 113 מתווה את העקרון המנחה כיום את ביהמ"ש בבואו לגזור את דינו של נאשם, שהינו, לפי סעיף 40ב לחוק העונשין, עקרון ההלימה, לפיו צריך להתקיים יחס הולם בין חומרת מעשי העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לסוג ומידת העונש המוטל עליו. יחס זה מבטא, למעשה, את עקרון הגמול".

בגזר דין "ב" (במחוזי ת"א), התחיל פרק הדיון כך:

"הכרעת הדין ניתנה על ידינו לאחר כניסתו לתוקף של תיקון מס' 113 התשע"ב–2011 (להלן: 'תיקון 113'), לכן גזר הדין יינתן בהתאם להוראותיו. סעיף 40ג לחוק קובע כי גזירת דינו של נאשם תיעשה בשני שלבים עיקריים: הראשון, קביעת 'מתחם עונש הולם' בהתאם לאמור בסעיף 40(א) לחוק. השני, גזירת העונש הראוי בתוך המתחם בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה".

בגזר הדין "ח" (מחוזי חיפה) התחיל הדיון דווקא בפירוט העבירות ולאחר מכן בכותרת "ריבוי עבירות" שאף הוא על פי הנחיית תיקון 113 (סעיף 40ג לחוק העונשין) והמשכו בכותרת: "קביעת מתחם העונש ההולם" מתחתיו החל פירוט מתווה שנקבע בתיקון, כך:

"העקרון המנחה בקביעת 'מתחם העונש ההולם' הוא 'עקרון ההלימה'. בקביעת מתחם העונש ההולם, יש להתחשב בנסיבות ביצוע העבירה (ראו סעיף 40ט לחוק העונשין), ובין היתר יש להתחשב בפגיעה בערך החברתי המוגן, התכנון שקדם לביצוע העבירה, הנזק שעלול היה להיגרם, יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, יכולתו להבין את הפסול שבמעשהו ואת משמעות המעשה, ויכולתו להימנע מעשיית המעשה".

לעיתים אותה הצהרה התחלתית נעשית לגבי התיקון כולו בכך שהיא אומרת את מה שהיה אמור להיות מובן מאליה, כך:

"הטיעונים לעונש התקיימו בהתאם לתיקון 113 לחוק העונשין" (גז"ד "ז", מחוזי ירושלים).

55 טלי גל "ילדים נפגעי עבירה בישראל עשור לאחר 'מהפכת זכויות הקרבן': בחינה דרך מודל צרכים-זכויות" עיוני משפט לו 705 (2015).

56 עיקרון שלפיו נדרש יחס הולם בין חומרת מעשי העבירה למידת העונש המוטל עליו, כאמור בס' 40ב לחוק העונשין.

57 פסקי הדין מקודדים בשל החיסיון החל על קטינים.

תיקון 113 – מצליח לתקן?

פסקי דין אלו מדגימים את המקרים שבהם כבר בתחילת גזרי הדין השופטים לא רק הולכים במתווה אשר נקבע בתיקון 113, אלא אף פורשים עבורו שטיח אדום בטרם הם מתחילים לפסוע בו, ומקדימים את פירוט הוראותיו בטרם יישומו על המקרה אשר הובא בפניהם. סקירת גזרי הדין מעלה כי בית המשפט מקפיד בהמשך לעבור סעיף-סעיף של תיקון 113 ומיישם את המתווה הקבוע בו. כך למשל נקבעת כותרת כגון "קביעת מתחם עונש הולם לאירועים כלפי המתלוננת", ומתחת לאותה כותרת מפרט בית המשפט את המעשים, את נסיבות ביצוע העבירה ומדיניות הענישה ולבסוף, גם בעת קביעת המתחם הענישה עצמו מזכיר בית המשפט שפעל על פי הקריטריונים הקובעים בתיקון, כך:

"נוכח האמור לעיל, בהתאם לעקרון המנחה ובהתחשב בערך החברתי שנפגע, מידת הפגיעה בו, מדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות ביצוע העבירה, אנו קובעים, כי מתחם העונש ההולם לגבי האירוע הראשון והשני, הוא בין ארבעה חודשי מאסר לבין תשעה חודשי מאסר לכל אירוע".

התיקון מורה לבית המשפט לקבוע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בכל אלה:

"בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ונסיבות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיף 40ט" (סעיף 40ג לחוק העונשין).

עריכת השוואה בין סעיף החוק לבין הניסוח של בית המשפט מראה בבירור כי בית המשפט מקפיד לא רק לפעול על פי המתווה של תיקון 113, אלא גם לדאוג לכך שיהיה ברור וגלוי כי פעל על פי התיקון והנחה את עצמו על פי העקרונות והשיקולים הקובעים בתיקון. כך במקרה נוסף שבו בית המשפט מאזכר את תיקון 113 כאסמכתה לדרך שבה הוא בונה את גזר הדין:

"בהתאם לתיקון 113, אין מחלוקת, כי הערכים המוגנים במקרה דנן הינם שלומם וגופו של אדם ובטחונו, ובמיוחד כאשר מדובר בקטין הנפגע על ידי האחראים עליו. ברור, כי מידת הפגיעה בערך החברתי המוגן במקרה דנן, גבוהה מאוד. [...] כאמור, מדיניות הענישה הנהוגה אינה אחידה ולצד עונשי מאסר מחמירים, ניתן גם למצוא עונשי מאסר לתקופות קצרות יותר. אשר לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה בהתאם לסעיף 40ט לתיקון 113, נראה לי כי חלקם היחסי של הנאשמים בביצוע העבירה זהה... " (גזר דין "ז", מחוזי ירושלים).

ניתן לראות שלושה רבדים של יישום התיקון: רובד ראשון – הצהרה על יישום התיקון כדרך שבה מתכוון לפסוע בית המשפט בבניית גזר הדין. רובד שני – יישום לשוני של התיקון, תוך חזרה על מילות החוק והקריטריונים המותווים בו. רובד שלישי – זהו הרובד המשלים. נוסף על הצהרה על יישום התיקון בהתחלה והשימוש הרטורי בלשון התיקון, מגיעות גם הצהרות משלימות ("בהתאם לתיקון [...]") של התיקון כמתווה הדרך. הרובד השלישי הוא הקצר

ביותר. כלומר, דווקא בשלב שבו אמורים היו השופטים לעשות בתיקון שימוש ככלי עבודה להגיע אל התוצאה על פי תכליתו הם נוקטים לשון לקונית. עובדה זו עשויה להעיד מזווית נוספת על היישום הרטורי בלבד של התיקון ללא עריכת ניתוח עומק על פי תכליתו. השלב השני בגזירת הדין בהתאם לתיקון לאחר קביעת מתחם העונש ההולם הוא הקביעה אם העונש ייקבע בתוך המתחם או שמא יחרוג ממתחם העונש ההולם בשל סיבות הנוגעות לשיקום (לקולא) או להגנה על שלום הציבור (לחומרה).<sup>58</sup> כך נראית ההצהרה המקדימה באחד מגזרי הדין על הוראות התיקון כמתווה הדרך לבניית גזר הדין בנוגע לחריגה ממתחם העונש ההולם:

”בית המשפט רשאי לחרוג ממתחם העונש ההולם שנקבע, מקום בו קיים סיכוי לשיקומו של הנאשם. עם זאת, מקום בו מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם הם בעלי חומרה יתרה, אין לחרוג ממתחם העונש ההולם, אפילו השתקם הנאשם או שיש סיכוי של ממש שישתקם. לצד האפשרות להטיל עונש קל מהעונש המתחייב ממתחם העונש ההולם, רשאי בית המשפט לחרוג ממתחם העונש ההולם ולהטיל על הנאשם עונש כבר יותר מהרף העליון שנקבע (”ובלבד שלא יהיה בעונש שיקבע משום החמרה ניכרת מעבר למתחם העונש ההולם”) וזאת מקום בו יש חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות ויסקן את שלום הציבור” (גזר דין “ח”, מחוזי חיפה).

ניתן להבחין כי בתי המשפט בגזרי הדין מיישמים את התיקון הן ברמה ההצהרתית בפתח גזרי הדין, הן בשאיבת המונחים מהתיקון עצמו והן ביישום הספציפי תוך הצהרות משלימות (“בהתאם לתיקון 113”) המלוות את היישום על המקרה הקונקרטי. כאמור, שלב היישום של התיקון הוא השלב הלקוני המעיד על קיום “כמצוות אנשים מלומדה” כפי שמעידים השופטים עצמם.

## 2. הסדרי טיעון

תיקון 113 לא הסדיר את סוגיית הסדרי הטיעון, באשר סוגיה זו אמורה להידון בחקיקה נפרדת.<sup>59</sup> עם זאת, היחס בין שניהם וההשפעות האפשריות מעניינים בפני עצמם.<sup>60</sup> אין חולק כי מוסד הסדרי הטיעון מהווה נדבך מרכזי בניהולו של ההליך הפלילי, בייחוד לאור העובדה כי מרבית התיקים מסתיימים בדרך זו.<sup>61</sup>

ממצאי המחקר מעלים כי ההתנגדות של השופטים הן במישור המהותי והן במישור הטכני לתיקון 113 גורמת להפעלת לחץ מצידם על הצדדים להגיע להסדרי טיעון ובכך להימנע

58 ס' 40 לחוק העונשין.

59 הצעת חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 65) (הסדר טיעון), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 536.

60 אורן גזל-אייל “התפתחויות במשפט הפלילי הדיוני והמהותי – 2012–2014” דין ודברים ט 517 (2015).

61 אורן גזל-אייל ואבישלום תור “השפעת חפות על הסדרי טיעון: ממצאים אמפיריים, תוכנות פסיכולוגיות והשלכות נורמטיביות” משפטים לט 115 (2009).

מכתיבת פסק דין בהתאם למתודה שלה הם מתנגדים. כך, למשל, עלה באחד הראיונות כי "השופט שדן בתיק לוחץ יותר להגיע להסדר בחלק מהתיקים. לפעמים זה על חשבון התביעה ולפעמים על חשבון הנאשם". השופטים עצמם אישרו במסגרת השאלונים כי ישנו ריבוי בהסדרי הטיעון מאז נכנס לתוקפו תיקון 113.<sup>62</sup>

אין כיום הלכה ברורה בעניין היחס שבין טווח הענישה אשר מוסכם על הצדדים לבין מתחם הענישה אשר נקבע על ידי בית המשפט באופן אובייקטיבי.<sup>63</sup> קיומו של הסדר טיעון, בין במקרים שבהם מוסכם טווח הענישה בלבד ובוודאי כאשר מוסכם העונש הספציפי מקל על בית המשפט לבצע את מלאכתו ובוודאי בכל הנוגע ליישום מלא של תיקון 113. ישנה אינדיקציה לכך שבפועל בחלק ניכר מהמקרים שופטים אינם מתייחסים כלל לתיקון 113 כאשר מגיעים הצדדים להסדרי טיעון.<sup>64</sup> לכן, הממצא שלפיו ישנו "לחץ" להגיע להסדרי טיעון מתיישב עם הממצא הנוגע להתנגדות השופטים ליישום מהותי של תיקון 113. השפעה של כמות הסדרי הטיעון יכולה לקבל ביטוי ברמת הענישה,<sup>65</sup> אם כי השפעה זו דורשת מחקר נוסף. מכל מקום, הממצא הנוגע לריבוי הסדרי טיעון מבטא מסלול התנגדות נוסף של השופטים ביחס לתיקון 113.

## ה. סיכום

מחקר זה נערך בפרספקטיבה קונסטרוקטיביסטית המשקיפה על ההבניה החברתית של פסקי דין ועל הדרך ששופטים מפעילים את שיקול דעתם. הנחת היסוד התיאורטית היא שאין פסקי דין "נכונים" או "לא נכונים", כאשר המטרה היא לחקור את המרחב שבין העמדות והערכים הפנימיים של השופטים לבין ההחלטה וההתנהגות השיפוטית. בהיות בני האדם יצורים חברתיים החיים במסגרות חברתיות, אזי אל תוך המרחב האמור חודרות דיסציפלינות שונות המסבירות כל אחת מכיוונה את ההתנהגות השיפוטית.

המחוקק ביקש לראשונה להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה ועשה זאת באמצעות הבניה דו-שלבית (טכנית ומהותית) של שיקול הדעת השיפוטי. היה זה מהלך ראשוני וייחודי בכך ששיקול דעתו של השופט בגזירת הדין מעולם לא הוגבל, אלא ניזון מהנחיות כלליות של בית המשפט העליון הנוגעות לשיקולי הענישה.

62 יוער כי במחקרן של וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה"ש 32, נמצאה עלייה מועטה במספר הסדרי הטיעון (4%), אך נמצאה השפעה משמעותית באופי הסדרי הטיעון באופן שבו נטו להיות "סגורים" לעניין העונש, דהיינו עונש מוסכם ולא טווח ענישה.

63 גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, מצטט את ההלכה מפס"ד ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 4.12.2013). בפסק דין בע"פ 8109/15 אביטן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2016) נאמר כי "נראה שטרם נקבעה הלכה מחייבת בנדון".

64 וינשל-מרגל וגלון, לעיל ה"ש 32.

65 אם כי קיים קושי לדעת באופן ספציפי את השפעת הסדרי הטיעון – ראו שם. כן ראו גזל-אייל "מתחמים לא הולמים", לעיל ה"ש 8, בעמ' 34.

כפי שעולה ממחקר זה, תיקון 113 נתפס בעיקר כמכביד ומסרביל את העבודה של הצדדים העוסקים בו בעבודתם היומיומית (שופטים, תובעים וסנגורים). במישור הטכני נמצא כי התיקון מאריך מאוד את עבודת השופטים ובמישור המהותי נמצא כי ההתערבות בשיקול הדעת השיפוטי מתנגשת עם תפיסת תפקידם כפררוגטיבה עצמאית לקביעת ענישה אינדיבידואלית לנאשם העומד בפניהם. יתר על כן, במישור המהותי התיקון כולל בחובו דואליות היוצרת מתח, שלא לומר סתירה בין סעיף המטרה שעניינו ענישה אינדיבידואלית לבין מתחם הענישה שעניינו ענישה "אובייקטיבית" בהתעלם מזהותו של הנאשם.

לבית המשפט העליון תפקיד חשוב בדרך שבה מיישמות הערכאות הדיוניות את תיקון 113. במישור המהותי – בית המשפט העליון בעצמו מתעלם לא פעם מיישום התיקון ואף לא ראה לנכון ליצור הלכות מחייבות לעניין מתחם הענישה בתיקים אשר מובאים בפניו. במישור הטכני, לעומת זאת, מבקר בית המשפט העליון את הערכאות הדיוניות מקום שבו יישמו חלקית את תיקון 113 או כאשר התעלמו כליל מקיומו.

התנגדות השופטים במישור המהותי ובמישור הטכני לתיקון 113 ביחד עם ביקורת ערכאות הערעור על יישום תיקון 113, הביאו ליצירת שני עולמות מקבילים שבהם מתקיים תיקון 113. בעולם הפורמלי ישנו יישום של תיקון 113 תוך ציטוט מסעיפים וקיום מפורט של הוראותיו. בעולם הבלתי-פורמלי ממשיכים השופטים, כפי שעלה במחקר זה, לגזור את הדין כפי שגזרו אותו ערב כניסתו לתוקף של תיקון 113.

מחקרים עתידיים נדרשים לבחון את השפעת תיקון 113 על הסדרי הטיעון וכן את השפעת הסדרי הטיעון (במתכונתם לאחר כניסתו לתוקף של תיקון 113) על רמות הענישה.

## נספח א

### קטגוריה : הבניית שיקול הדעת השיפוטי

- נסה/י להיזכר בתיק שניהלת בעבירת התעלות בילדים לאחר כניסת התיקון לתוקף. תוכל/י לזהות באילו דרכים התיקון השפיע על ההליך המשפטי?
- מהי תחושת הבטן שלך כלפי התיקון?

### קטגוריה : תיקון 113 לחוק העונשין

- מה מצופה לדעתך מהתיקון לשנות?
- בהתבסס על הניסיון שלך, מהן התועלות של תיקון 113?
- בהתבסס על הניסיון שלך, מהם האספקטים השליליים של תיקון 113?
- באילו אופנים משפיע לדעתך תיקון 113 על ניהול הדיון?
- כיצד אתה רואה את ההשפעה של תיקון 113 על כתיבת גזר הדין?
- מהן עמדות הקולגות שלך לפי מיטב הבנתך על תיקון 113?
- לאיזה כיוון אתה צופה שיישום התיקון ילך?

### קטגוריה : השפעת תיקון 113 על גזירת דין בעבירות התעלות בילדים

- באילו אופנים משפיע לדעתך תיקון 113 על תהליך גזירת הדין בעבירות התעלות בילדים?
- כיצד אתה רואה את ההשפעה של תיקון 113 על האחידות בענישה בעבירות התעלות בילדים?
- כיצד אתה רואה את ההשפעה של תיקון 113 על הסדרי טיעון בעבירות התעלות בילדים?
- תוכל להשוות בין תיק שניהלת בנושא עבירת התעלות בילדים לפני התיקון לעומת תיק דומה שניהלת אחרי התיקון, הן מבחינת התהליך והן מבחינת התוצאה?

### קטגוריה : שאלות מסכמות

- תתארי לי בבקשה מה צריך היה לעשות או צריך כעת בכל הנוגע לתיקון 113?
- לו את/ה היית מנסח/ת את התיקון מחדש, כיצד היית מנסחו?
- יש לך משהו להוסיף?

## נספח ב

1. אודה לך באם תפרטי/י שלושה-ארבעה מוטיבים מרכזיים ב"אני מאמין" שלך למלאכת גזירת הדין.
2. אנא תארי/י ונתחי/י ככל הניתן, על סמך ניסיוןך על כס השיפוט, את התחומים בהם התיקון מילא את ייעודו ואת התחומים בהם התיקון לא מילא את ייעודו.  
א. אם לדעתך התיקון לא שינה דבר, באילו אופנים גזר דין הנכתב על ידך מממש את התיקון?  
ב. ככל שקיימות לדעתך אפשרויות נוספות, אנא פרטי/י והסברי/י אותן.
3. מתוך ניסיוןך על כס השיפוט, אודה לך אם תתארי/י ותסבירי/י באיזה אופן ובאיזו מידה השפיע התיקון על:
  - א. משך הזמן לכתיבת גזר דין;
  - ב. הצורך לנמק את גזר הדין;
  - ג. התייחסות לתקדימים;
  - ד. מפרט שיקולי הענישה הנשקלים על ידך ומשקלו של כל אחד מהם;
4. מהי ההשפעה המשמעותית ביותר בעיניך של התיקון על תהליך גזירת הדין על ידך?
5. אנא תארי/י באילו אופנים משפיע לדעתך התיקון על רמת הענישה באופן כללי?
6. אנא תארי/י באילו אופנים משפיע התיקון על רמת הענישה במקרים שבהם הנאשמים הם בגירים-צעירים?
7. בקרב קהילת המשפטנים נשמעים קולות שהיו מעדיפים לשוב אל המצב המשפטי שהיה קיים ערב התיקון, לצד קולות אחרים המאמינים שהתיקון רצוי וחשוב. אשמח לשמוע ממך, ככל הניתן בפירוט, עם אילו מהקולות הנך מזדהה.
8. לו האפשרות בידך, באילו אופנים היית מתקן את תיקון 113?