

גוזרים את הדין*

השופט דב לוין**

מסופר על גמלאי שעם פרישתו מעבודה בקש להעסיק עצמו בעבודה כלשהי שתמנע ממנו בטלה ותעניק לו מידה מסוימת של שלוה נפשית. הוצעה לו עבודה בחקלאות. כל שהוטל עליו הוא להתייצב מול ערימת בולבוסיץ ולמיינם לשניים — לגדולים ולקטנים. בסופו של יום נשאל להרגשתו ורשמיו ועל כך השיב: לכאורה העבודה די מענגת, התנאים נוחים והאווירה בהחלט נעימה, אולם המתסכל עד לכדי שבירה הוא הצורך התמידי לקבל החלטות מיידיות ולהכריע נכונה לבל ייכשל חלילה בסיווג. כך כאשר ההכרעה הקשה ענינה במיון בולבוסיץ, כך, ביתר שאת, בהחלטות אמיתיות והכרחיות הנדרשות מכל אדם בשגרת חייו.

הנה כי כן ראינו כי אזרח סתם המבקש לכלכל צעדיו בתבונה, לבצע מלאכתו בהצלחה, מתקשה לא אחת לקבל החלטות שיש בכוחן להכריע את גורלו. שופט, שעיקר תפקידו והייחוד שבכהונתו הוא ביכולת לבחון מציאות עובדתית, להפעיל שיקול דעת, לקבל תדיר החלטות ולהכריע בגורלם של אחרים, על אחת כמה וכמה שקשה מלאכתו, רבה אחריותו. בדיון בנושאים המוגדרים אזרחיים, בכוחו של השופט, בהחלטתו, לקבוע את עתידו הכלכלי של המתדיין. הכרעתו של השופט במחלוקת שבין בעלי הדין יש והיא קובעת זכויותיו הקנייניות, יש והיא מטילה על פלוני חיובים ממוניים מכבידים, ומכל מקום יש בה תמיד משום השפעה על זכויותיו של הזולת. החלטות כאלה מטבען שהן מציבות בפני השופט אתגר קשה, אחריות כבדה.

אם כך בנושאים אזרחיים, ההכרעות בעניינים המוגדרים פליליים קשות ומצפוניות פי כמה. בהכרעתו את הדין במשפט הפלילי קובע השופט גורלו האישי של הנאשם לשבט או לחסד. היוזכה בדיון, יטוהר שמו, ייקבע כי נקי הוא מכל רבב, או שמה יורע דינו לכף חובה, יורשע בבצוע מעשים פליליים, תידבק בו הסטיגמה של עבריין, אויב החברה. ודאי שזוהי הכרעה קשה המחייבת את השופט למיצוי מלא של כושר האבחנה, שיקול הדעת והניסיון המצטבר, אך כמוכן הכרעה אפשרית היא. הרי ההחלטה אליה

* מתוך הרצאה בפני שופטים במכון להשתלמות שופטים.
** שופט בית המשפט העליון.

מגיע השופט בסופו של תהליך, מושתתת על מערכת עובדות המוצגת בפני בית המשפט במהלך הדין. מושמעות עדויות, מוגשים מרצגים, נחקרים עדים ועל פיהם יכול השופט לשקול ולבחון מהימנות, נסיבות, הסתברויות, עד שמתגבשת המסקנה באשר למציאות העובדתית ומיושם עליה הדין.

דומה, עם זאת, כי המשימה הקשה מכל, מבחינה אנושית ומצפונית, מבחינת האחריות הציבורית ומבחינת ציפיות הצבור, היא זו בפניה ניצב השופט בבואו לגזור דינו של אדם. זו החלטה שיכולה להדיר שינה מעיניו של שופט, שהרי בכוחו לשלול חירותו של בן אנוש, לצוות על כליאתו מאחורי סורג ובריח למשך חדשים ושנים, בתנאים, שכפי שידוע ברבים, הם למרבה הצער קשים, מכבידים ולא אחת מבישים ומשפילים. השופט מוסמך, בנוסף לכל עונש אחר להכות את הנאשם בכיסו, בהטילו עליו קנס כספי מכביד; יכול השופט בגדר העונש להניף מעל הנאשם חרב מתהפכת של מאסר מותנה.

מה זכות מוסרית לו — לשופט — לנהוג כך בכך תמותה, אם לא לשם השגת מטרת חברתיות מהמעלה הראשונה, אם לא כדי להגן על החברה ולהגביר את הביטחון האישי של מרכיביה; אם לא כדי לשפר את איכות חיי אזרחיה ולהבטיח את הסדר החברתי. אכן אם מתגלים בקהלנו כאלה הפוגעים בביטחון הצבור, המשבשים את סדרי החיים ואת איכותם, כי אז יש הצדקה, מוטלת חובה, מתקיים הצורך לנקוט כלפי עבריינים אלה בסנקציה עונשית הולמת.

מה טיבה של אותה סנקציה? מה היקפה? באיזו מידה היא עשויה להשיג את המטרה הרצויה? האם העונש שיושט על העבריין ישיג את יעדו או שמא יחטיא את המטרה? סוגיה קשה זו עמדה לדין, העסיקה ומעסיקה חכמים, מלומדים, קרימינולוגים ושופטים מאז ומתמיד. אולם עד עצם היום הזה לפתרון מקובל וחד משמעי לא הגיעו. הסתמנו במרוצת השנים שתי מגמות עיקריות בענישה, שלכל אחת מהן שלוחות והסתעפויות. המגמה האחת — זו המוגדרת תגמולית — צופה פני העבר. המגמה האחרת — זו המוגדרת תועלתית — צופה פני העתיד. שתיהן כאחת מבטאות, כל אחת על-פי הדגשיה, את יחסו של המשפט לסוגיית הענישה. האם להציב הדגש בתגובת החברה כלפי העבריין שחטא כתגמול על פגיעתו הרעה בזולת, או שמא ראוי לו לעונש שימשש אמצעי להקטנת העבריינות, ריסונה, שיקום הנאשם וכפועל יוצא מכך להביא תועלת עתידית לחברה. האמת תיאמר — אם בוחנים את הדברים לעומק ניוכח שאין אלה שתי אסכולות מנוגדות ומנותקות זו מזו. נהפוך הוא, ברוב רובם של המקרים הן שלובות זו בזו ומשלימות האחת את השנייה.

א. הענישה התגמולית

נקודת המוצא בענישה התגמולית היא בעבירה שנעברה. משפגע העבריין בסדר החברתי כי אז לחברה הזכות, ועל השופטים החובה, להענישו, להשיב לו כגמולו, על שום הפגיעה שפגע בזולת, בו פיזית או ברכושו, בשל העוול המוסרי שגרם כלפי בני הקהילה. על העבריין לשלם מחיר ולשאת בעונש, בין אם כפועל יוצא מידי מהעונש

שיושת תצא החברה נשכרת ובין אם לאו, שכן העיקר על-פי גישה תגמולית זו הוא במסר שיש חטא ועונש. זה אשר העז להפר מוסכמות ולפגוע בצבור, בבני הקהילה, החברה תיקרא אותו לסדר ותטיל עליו סנקציות הולמות. יש בין הדוגלים בגישה התגמולית, הרואים להדגיש באמצעות עונש הולם את הגינוי שמגנה החברה את מבצע העבירה, את הסטיגמה, אות הקלון, המוטבעת על העבריין ואחרים בדמותו, ורואים בכך מרכיב חשוב ומרכזי של התגובה העונשית. יש במתן ביטוי לגינוי המעשה כוח מרתיע ומרסן כלפי אלה שיחששו מפני הסטיגמה שתוטבע בהם עד שלא יוכלו לשאת פנים בפני בני הקהילה בה הם חיים.

העונש התגמולי צריך שיהא משמעותי שתהיה בו אפקטיביות, אך הכול יחסית לחומרת העבירה ובהתחשב בעונש המרבי שקצב המחוקק לעבירה המסוימת. הוא יבטא את הגמול המגיע לעבריין, את סלידת החברה מהתנהגותו, ואת המסר המרתיע כלפי העבריין והצבור בכללו. הווי אומר, גישה זו משלבת מגמת תגמול ושיקולי הרתעה. החברה מציבה בפני הצבור נורמות התנהגות שכל המפר אותן יידרש לתת את הדין ולשאת בעונש הולם. עונש זה צריך שיכאיב לעבריין וכביד עליו למען ישלם מחיר על העוול שגרם, ולמען יפיק לקחים לעתיד. אולם ראוי שהתגובה הספציפית כלפי הנאשם שעמד לדין תישא עמה מסר מרתיע לצבור בכללו למען יימנעו אחרים מלהתפתות לסטיות מהנורמה החברתית.

בסוף המאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20, העונש התגמולי, "הנקמני", נתפס כדבר פרימיטיבי, אולם כיום מקבלים יותר ויותר את הגישה התגמולית כדומיננטית בתורת הענישה המודרנית. המגמה כיום היא לא כל כך בצורך שהחברה תנקום בעבריין את נקמת קרבן העבירה ותגמול החברה על הפרת המוסכמות, הגם שלהיבט זה משקל חשוב תמיד, אלא במתן ביטוי רב יותר לסלידת החברה מהמעשה העבריני שנעשה. בהתחשב באלה, בדגשים הנוחצים לכל מקרה על-פי נסיבותיו, ניתן לקבוע לכל אדם את העונש ההולם לו בגין העבירה שעבר, הן מבחינת סוג העונש — אם זה מאסר, אם זה מאסר מלווה במאסר על תנאי, אם זה קנס ואם עונשים אחרים שיש המציעים להוסיף אותם לרשימת העונשים האפשריים — והן מבחינת מידת העונש, בגבולות המקסימום ולפעמים גם המינימום, הקבועים בחוק. הנה כי כן התאמת העונש למקרה הספציפי, תביא בחשבון את כל אלה על רקע עובדות המקרה — חומרת העבירה, הנסיבות, מבחינת התופעה ומבחינת אישיותו של העבריין, ועוד.

כאמור, גישת התגמול דהיום רואה להדגיש הסטיגמה שראוי להטביע בעבריין למען יחוש בסלידת החברה כלפיו, על מנת שיוטבע בו אות קלון. הפסיקה חזרה והדגישה היבט זה, ככל שמדובר בעבירות פיסקליות, בעבירות מס-הכנסה, שבהן יש והחברה מתייחסת לעבריין, לא כאל מי שחטא כלפיה, לא כמי שראוי לענישה של ממש, אלא כמי ש"התחלק", ובשל כך עליו לבוא על עונשו. אולם ישנה תחושה, והיא מלווה את מערכת השיפוט במשך שנים, שהאזרח איננו רואה בעבירות הפיסקליות כאלה שראויות לגינוי. אך לא היא. הרי, כאמור, השיטה התגמולית מבקשת, בין היתר, להדגיש את הגינוי, את הסלידה של החברה, מהמעשה שנעשה.

בעניין זה, אמר בית המשפט העליון את דברו מספר פעמים ובאופן שאינו משתמע

לשתי פנים¹. ואולם, חרף המסר הכרוך, העונשים אינם עומדים, למרבה הצער, בפרופורציות המתאימות. המחוקק, כמו בעניינים אחרים, סבר לתומו ובתמימותו כי ככל שהוא יתערב ויקבע עונש מרבי גבוה יותר, כן תעלה רמת הענישה. אבל זו לא מתקיימת בפועל וחבל. הענישה נתונה בידי השופטים ועליהם לאזור אומץ, ובמקרים המתאימים, ויש כאלה, לתת ביטוי מעשי למגמה עונשית זו. אכן דומה שהפרקליטות, שעוסקת בנושאים אלה, בוררת לעצמה לא אחת את הדרך הקלה ומביאה בפני בית המשפט את המקרים הקלים מבחינת חומרתם והניתנים בנקל להוכחה, או מתפשרת עם עבריינים ומביאה בפני בתי המשפט עסקאות טיעון שעוד ידובר בהן. אולם כאשר הדבר בידינו, השופטים, שומה עלינו, במסגרת מדיניות הענישה בעבירות מהסוג הזה, לאמץ לעצמנו את הגישה התגמולית האמורה, למען ישמעו ויראו. למען שנות את דפוסי ההתנהגות של כלל הציבור יש להטביע באמצעות ענישה הולמת של העבריינים את אות הקלון, שראוי הוא שהחברה תראה בעבירות אלו.

ב. הענישה התועלתית

הגישה האחרת, שהיא לא פחות חשובה, היא זו התועלתית. על-פיה הדגש הוא לא דווקא בעבירה על-פי מהותה וחומרתה, אלא יותר בראיית החברה המתמודדת מול העבריינות, שמעניינה לקיים חיי חברה סדירים ומתוקנים, להפעיל סנקציות על הפוגעים בה ולהתרות ולהזהיר, דרך הענישה, את הציבור מלהתפתות למעשים כאלה המחבלים בחיי הקהילה הסדירים. ככל שנצליח על דרך הרתעה זאת, לרסן מגמות של עבריינות, נמצאים אנו מביאים תועלת לחברה. על-פי תפיסת עולם זו יש לקיים מערכת ענישה כזאת שתביא בסופו של דבר לריסון העבריינות, לשיפור דפוסי ההתנהגות של העבריין ולתיקון פני החברה. גישה זו מאופיינת בשלשה מרכיבים: המרכיב האחד — הרתעה

1 כך, למשל, יש אולי מקום לחזור ולהפנות את תשומת הלב לדברים שנאמרו על-ידי השופט חיים כהן עוד בע"פ 96/64 בונה יוצר נ' מדינת ישראל, פ"ד (יח) 537, 539 שבו הוא קבע לאמור:

"אבל נראה לנו כי כבוד הנשיא התורן (של בית המשפט המחוזי כמובן) לא נתן את המשקל הראוי לצורך הדחוף והחיוני לא רק להרתיע משתמטים בכוח מתשלום מס הכנסה המגיע מהם, ומבצעי זיופים ומצהירי הצהרות כוזבות להשגת מטרות ההשתמטות הזאת, אלא גם והוא עיקר בענייננו, בסוג עבירות זה, לשים אות קלון על מצחם של אלה אשר מרמים את אוצר המדינה ומתעשרים על חשבון הכלל. הסכנה אשר בפניה בתי המשפט מצוירים לעמוד בפרץ, היא לא רק ולא דווקא בריבוי העבריינים הללו, כי אם בעובדה שבחוגים רחבים של הציבור, עדיין עבירות אלה אינן נחשבות כאילו יש עמן קלון. עוד לא חדר הדבר לתודעת הציבור כולו כי גזלת הכספים המיועדים לפי החוק לצרכי המדינה, אינה נופלת בשפלותה מגזלת כספו של הפרט, ואולי אף עולה עליה. כל עוד לא נעקרה תפיסה מוטעית זאת מן השורש (ולצער הרב אני יכול לומר שעד עצם היום הזה היא לא נעקרה מן השורש — ד.ל.) שומה על בתי המשפט להטיל על עברייני עבירות לפי פקודת מס הכנסה אותו העונש אשר הוא היחיד מכין דרכי הענישה, המביע אל נכון קבל עם ועדה, את הקלון אשר בית המשפט רואה בעבירה זו, והוא עונש המאסר".

וראה בעניין זה גם בדברי השופט ברק בע"פ 624/80 חברת וייס נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(3)

כללית מהיגררות למעשים כאלה. בין בדרך הקשה של המקל, העונש, ובין בדרך החיובית יותר, באמצעות הגזר של חינוך הציבור לשינוי דפוסי ההתנהגות. אפשר להגשים את המטרה החינוכית באמצעות הענישה עצמה. המרכיב השני הוא במניעת החזרה לעבריינות על-ידי אותו העבריין בכך שמרחיקים אותו מהציבור, מהחברה, למשך תקופה מסוימת, שכן ככל שהוא יהיה מורחק מהחברה וחירותו תישלל ממנו, כן חוגג החברה מפני פגיעתו הרעה, במשך זמן מסוים. המרכיב השלישי, והלא פחות חשוב, שיש הרואים בו עיקר, הוא שיקומו של העבריין, שהרי ככל שנוכל לשקם את העבריין ולהיטיב את דרכיו, להעלותו על מסלול חיים תקין וסדיר, הרי תורמים אנו תרומה חשובה לחברה.

נבחן את שלושת המרכיבים הללו אחד לאחד, וננסה לתת בהם ציונים:

לעניין מרכיב ההרתעה — ההרתעה כפולה היא. מצד אחד היא הרתעה ספציפית כלפי העבריין המסוים. כלומר, המסר המועבר לו בענישתו הוא — דע לך, הורשעת בדין, מגיע לך עונש, אבל ניתנת לך הזדמנות נוספת — ובית המשפט יתחשב בכך זו הפעם. אולם להווי ידוע לך כי מבקשים אנו להרתיע אותך מביצוע עבירה זו או אחרת בכך שנתנה את העונש שמשיתים עליך. נטיל עליך מאסר על תנאי. והיה אם תחזור על העבירה, הרי אתה תישא במלוא חומרת הדין. כמובן, ההרתעה יכול שתתבטא בעונש משולב במובן זה שאומרים לו לנאשם: אנחנו מתחשבים בך, מטילים עליך עונש קל מכפי שראוי היה להטיל עליך בנסיבות המקרה הזה. עיקרו של העונש הוא בכך שתלמד את הלקח, אולם בנוסף לכך, עוד יהיה תלוי ועומד, כמרחף מעליך, עונש מותנה. בכך ניתנת לך ההזדמנות, אולי האחרונה, לשנות את דפוסי התנהגותך, לחזור למוטב, ועל-ידי כך להשתלב בחברה החיובית ולהתרחק מהחברה העבריינית. ההיבט השני שבאותו מרכיב הוא בהרתעה הכללית. כלומר, כלפי כלל האוכלוסייה וכלפי ציבור העבריינים הפוטנציאליים. הווי אומר, יתכן שאותו עבריין העומד לדין בפני השופט במקרה המסוים שנדון בפניו, ראוי, אישית, להתחשבות מסוימת, אבל עניין לנו בתופעה, בהתדרדרות מתמשכת ואותה יש לרסן. באמצעות העונש שיושת על העבריין שעומד לדין בפניו, נדרשים אנו להרתיע את האחרים, את אלה שעלולים להתפתות למעשים כאלה. לפיכך, מגמת ההרתעה היא כללית הרבה יותר. לא להיטיב את דרכיו של פלוני דווקא אלא, מעבר לכך, למנוע את ההתדרדרות של רבים אחרים. היבט זה, דהיינו, ההרתעה, היה בעיני מלומדים כהארט ובנטאם חיובי ומועיל כל אימת ובמידה שהעונש אשר יושת על הנאשם יהא גבוה מהרווח שצפה העבריין להפיק, כך שייסיק בדרך חשיבתו, אפילו פרימיטיבית היא, שהפשע אינו משתלם. אם זה יהא הלקח שיפיק מהעונש, אפשר שירסן עצמו ונמצא שהעונש אכן היה בו כוח מרתיע. כשמדובר בעברייני מס, עבירות כלכליות, עבירות מרמה וכדומה, שבהן העבריין מקווה להפיק רווח כספי רב, חשוב להטיל, לצד עונש מאסר, קנס כספי מכאיב ומכביד למען ידע העבריין שאין חוטא יוצא נשכר. אם חשב לתומו שהסיכוי להפיק טובת הנאה כספית ניכרת מצדיק נטילת סיכון, שהרי גם אם יועמד לדין וירצה עונש מאסר מסוים הרי מבחינה חומרית יצא מרוויח, הרי יועבר לו באמצעות הקנס, מסר ברור, שגם תישלל חירותו וגם יפסיד את הרווח המדומה, פרי הבאושים של מעשה העבירה.

החל מסוף המאה שעברה ועד מחצית מאה זו רווחה בקרב המשפטנים הדעה כי רוב העבריינים אינם נרתעים מהעונש, שכן, דרך כלל, אין דרכם של אלה לעשות לעצמם חשבון רציונלי של רווח והפסד. כשהעבריין מתפתה למעשה העבירה הוא לא שוקל אם כדאי או לא כדאי לו לבצע את העבירה המסוימת, שמא ייתפס, יועמד לדין ויצטרך לשאת בעונש זה או אחר. סברו שאוכלוסיית העבריינים מונעת משיקולים לא רציונליים בשל הרקע האישי והחברתי העגום שדרדרם לפשיעה. אכן אנו השופטים מכירים אותם סיפורים נוגעים ללב, העולים מטעון הסניגורים ומתסקירי שרות המבחן, על ילדות קשה, על סביבה נחשלת שבתוכה צמח העבריין, על מעמדם החברתי הירוד של אלה המובאים לדין וכל כיוצא באלה. מכאן ההרהור אליו נתפסו רבים לאמור – אם כזהו העבריין, זה המבנה הנפשי שלו, זו דרך חשיבתו והבנתו המוגבלת, מה טעם להטיל עליו עונש חמור. וכי תושג בדרך זו הרתעה כלשהי? מה תועלת תצמח לחברה מכליאתו הממושכת, האם לא עדיף לעשות מאמץ לתיקון דפוסי חשיבתו ושיקומו בחברה על דרך ענישה משקמת? בשלושים השנים האחרונות ניכרת נטייה לחזור להכרה בחשיבות הענישה המחמירה כמדיניות המביאה לכלל הרתעה. אין לומר כי ההרהורים והסקפות שדובר בהם לעיל עברו מן העולם, ואין להסיק כי נשללת הגישה הגורסת ענישה משקמת. אולם הסברה היא שגם אם ייתכנו מקרים בהם ענישה מחמירה לא תרתיע אין בשל כך לשלול מדיניות הענישה המרתיעה, שעל-פי הניסיון המצטבר רצויה ומועילה היא.

אכן אין להתפס להכללות ולשבלונות. הכלל המנחה את השופט תמיד הוא כי שומה עליו לתת הדעת לנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה (העבירה וחומרתה מחד גיסא. העבריין, בעיותיו וקשייו מאידך גיסא). ודאי שאם במקרה מסוים יתברר כי יש יסוד סביר לתקווה כי ניתן לשקם את העבריין יועדף אולי עונש משקם שלאורך זמן יצמיח ברכה לחברה. אולם ככלל עונש שעצמתו מרתיעה יש בו כדי לשרת מטרות חברתיות חשובות ולרסן הן את העבריין העומד לדין וכן רבים כמותו.

בהקשר זה של מידת העונש, כעונש מרתיע, מטרידה את השופטים ואת המתעמקים בתורת הענישה שאלה נכבדה נוספת. ככל שמדובר בעונש מאסר מתי יהא העונש אפקטיבי יותר, האם כשהמאסר הוא לתקופה ארוכה או אולי היפוכו של דבר, כשמשך המאסר הוא קצר (לא קצר מדי), שמשאיר את רישומו על העבריין. יש הסוברים שמאסר לתקופה קצרה יחסית משיג תוצאה חיובית יותר, שהרי הסבל הכרוך במאסר, ההשפלה הנלווית טעם וסטיגמת הגינוי דביקים בו. כאלה הועבר המסר, מאלה יפיק העבריין את לקחו. הסוברים כך חוששים שאם יוסיף העבריין לשהות לאורך זמן מאחורי סורג ובריח הוא עלול להתרגל למציאות החדשה, להסתגל אליה, להתחבר עם עבריינים מועדים חסרי תקנה ואז בסיום תקופת המאסר יצא מהכלא אדם מר נפש, שאינו מפיך לקחים ואינו מוצא טעם בשנוי דפוסי התנהגותו. נהפוך הוא, יצא מהכלא כעבריין מושלם שאל נכון יחזור לסורו וביתר שאת. אכן יתכן שגישה זו רצויה ונסבלת בחלק מהמקרים, אולם יש עבירות ויש נסיבות שבהן אין כל אפשרות להסתפק בעונשי מאסר קצרים יחסית, שהרי החברה לא תקבל, ובצדק, עונש מתון בעבירות חמורות במיוחד, כגון מעשה אונס אלים ומחפיר, סחר בסמים, המכרסמים והורסים רקמת חיינו, מקרים של התעללות

בקטינים וגילוי עריות וכיוצא באלה. אמור מעתה, כי יש עבירות ויש נסיבות המחייבות למען הגנת החברה, להשית על הנאשמים שהורשעו עונשי מאסר לתקופות ארוכות, אפילו אם העברייין עצמו לא ישנה מדרכו, לפחות לפרק זמן ניכר החברה תהיה מוגנת מפניו.

אכן דילמה זו ניצבת בפני השופט הבא לגזור הדין במלוא קשיותה וראויה היא להישקל בכובד ראש וברצינות רבה בכל מקרה ועל-פי הנסיבות. אותה דילמה קיימת לא אחת גם כשמדובר בעונש של פסילת רשיון נהיגה. יש הסבורים כי פסילה לתקופה ארוכה מדי תחטיא המטרה שכן יש ונהג כזה שאינו רואה את האור באופק יתפתה לנהוג ללא רשיון בהנחה שהסיכוי שייתפס הוא הרי יחסית מועט. עונש פסילה גם לא לתקופה ארוכה במיוחד נתפס כמכביד מאד לצבור הנהגים שרשיון הנהיגה שבידם הוא מבחינה מסוימת סמל של מעמד, אמצעי להנות מאיכות חיים. נהג כזה יפיק לקחים חיוביים מפסילה הנמדדת בחודשים ואפילו שנה שנתיים (לפי המקרה) ועם זאת לא ייתפס לתסכול וייאוש. ראוי לשקול היבטים אלה וליישמם על-פי המקרה.

אך גם בעניין זה אין פתרון חד משמעי, שכן יש ומתברר כי הנאשם הוא עברייין מועד בענייני תעבורה ובנהיגתו הוא סיכן ומסכן את כלל הצבור. מוטב להרחיקו למען הצל חיי אדם.

אכן ראוי לו לעונש שהיא מרתיע, ירסן את הנאשם שעמד לדין אך גם את הרכים העלולים להתפתות לפשיעה. על כן לשם השגת מטרה חברתית זו עלינו, כשופטים, להציב בראש מעינינו את התועלת שתצמח לצבור, המבקש את הגנת החוק, מרמת העונש שנקבע וטיבו. אולם אל לנו להיות אטומים מלאות את האדם הניצב בפנינו ומשמוע את תחניתו להתחשבות. הרי גוזרים אנו דינו של בן תמותה, על כל המורכבות שבאישיותו. עלינו לתת את הדעת לנאשם גם כאדם. מתוך ראיית דברים זו התפתחה וקנתה שביחה בשיקולינו מדיניות האינדיבידואליזציה בענישה לאמור — תן דעתך לעבירה, לפגיעתו הרעה של העברייין והיותו מקור של סכנה לחברה, אך עם זאת אל תתעלם מאישיותו המיוחדת².

2 יפים לעניין זה דבריו של השופט חיים כהן בע"פ 724/76 אברגיל נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 149 כרלהלן:

"תורה זו אשר אנו דוגלים בה בעידן הזה, אינה באה רק ללמדנו שיש להתאים את מידת העונש לטיבו של העברייין המיוחד, העומד לפני בית המשפט, ולהפחית עונש זה במקרים ראויים לפי צרכיו של העברייין על אף חומרתה וטיבה של העבירה. היא באה גם ללמדנו שיש שעברייין פלוני ראוי וקוק לעונשים חמורים מאלה אשר טיב עבירותיו וחומרתן מחייבים אצל עברייין אחר. בכך, מושם הדגש, במתן פתרון דרך הענישה לא רק לתופעה של העבריינות המסוימת, אלא יש לתת פתרון הולם לעברייין הספציפי העומד לדין בפני בית המשפט."

אולם גם השופט חיים כהן, באותו פסק דין שבו הוא מעודד את תורת הענישה האישית, אינו חד משמעי והוא מוסיף ואומר:

"אבל, בין כל מטרות הענישה אשר בתי המשפט מצווים לשוותן לנגד עיניהם, תופסת מקום בראש — ההגנה על הציבור. הצורך להגן על שלום הציבור מפני מסכניו. היא המחייבת והמצדיקה בתי משפט לשלוח פושעים מסוכנים למאסר ולתקופות ארוכות. והיא בגדר ההכרח אשר לא יגונה, אף אם הוא מביא לידי שלילת חירותו של אדם."

היבט אחר באסכולת הענישה התועלתית הוא, למנוע מאדם לחזור ולעבור עבירות, בכך שגוזרים עליו מאסר ומרחיקים אותו מהחברה. ידועות שיטות ענישה לפיהן לא זו בלבד שמבקשים להרחיק את העבריין מהחברה על-ידי ניתוקו וסגירתו בכלא, אלא מכבידים על חייו כשהוא בכלא, אם בעבודות פרך, אם בכידוד ואם בשלילת זכויות. הדוגלים בדרך זו מאמינים שבכך שהחברה תינצל מחמתו של זה, ולתקופה ממושכת, תצמח לה תועלת. אך זה רק פן אחד של השיטה — ההרחקה. אולם לצידו מצוי הפן האחר שבשיטה, המשתלב בשיקול האינדיבידואליזציה שבענישה, דהיינו מאמץ לשקם העבריין. הנה כי כן היבט זה שבשיטה כורך שניים המובילים לאחד — הפחתת הפגיעה בכליאה ממושכת של עבריינים מסוכנים, שכן ככל שיתמעטו מספר העבריינים המהלכים חופשי כן ייטב לחברה. ועם זאת מאמץ להחזרת עבריינים למוטב באמצעים משקמים תוך כרי מאסר או בהמשך לו ולפעמים במקומו.

ג. השיקום

השיקום, כמרכיב חשוב במדיניות הענישה זכה להכרה רבה מצד המלומדים כמשך עשרות בשנים. המלומדים גרסו כי העבריינות נובעת ממצב סוציו-אקונומי של העבריין אשר אולי לא בו ממש האשם בפשיעתו, לכן לשיטתם, לא יהיה זה נכון וצודק להיתפס לשיקולי גמול או הרתעה ועדיף בעיניהם לשקם את העבריינים ולרפאם מחולשותיהם כפי שמתפלים בכל בעיה רפואית אחרת. כאשר השופט קובע עונש, המונחה על-ידי אלמנט השיקום כמוטיב דומיננטי בענישה, הרי העונש יהיה מותאם לעבריין המסוים. משמע שההיבט האינדיבידואלי הוא הדומיננטי, וזו היא התורה אשר לדעתם צריכה להנחות את השופט. הווי אומר — העונש הוא פונקצייה של הצרכים של אותו עבריין ספציפי. העונש המתאים יהיה בטיפול שיינתן לאותו עבריין אשר יגרום לשיקומו. האמת תיאמר כי תחושתי ונסיוני מאשרים שיש מקרים שאכן זו גישה נאורה, מועילה ורבת חסד. משנקטתי בדרך זו הבאתי לא אחת להצלחתם של עבריינים מהידרדרות. אך היו אכזבות ולא מעט. נתקלתי לא אחת בנאשמים שהאמנתי בהם והכזיבו. אבל מותר לנסות, וצריך לנסות, במיוחד במקרים שמדובר באדם שעד אותו שלב קיים אורח חיים תקין והעבירה שבצע אינה מסוכנת וחמורה במיוחד.

ישנם, עם זאת, מקרים שהלב נוטה לצד השיקום אך האחריות הציבורית מחייבת הרחקה. הבולטים באלה הם המקרים שבשנים האחרונות היו לשכחים ומדאיגים. הכוונה לנאשמים המובאים לדין בשל ביצוע מעשים של גילוי עריות או של התעללות והתעמרות בקטינים ובנשים. התופעה הזאת שכנראה היתה מוסתרת מתחת לפני השטח כמשך שנים, פרצה לעין כל ובחריפות רבה, אפשר בגלל פתיחות מסוימת של בני משפחה ועובדים סוציאליים, אולי בגלל מעורבות חיובית של התקשורת ואולי בשל שנויים שחלו בערכים ובמושגים הרווחים בחברה. היום ידועות לנו תופעות כאלו, קשות מאוד, במשפחות רבות בישראל. מבחינת בית המשפט ומבחינת מדיניות הענישה בעניין זה, נתן בית המשפט העליון ביטוי לצורך בנקיטת מדיניות ענישה מחמירה

ומרתיעה, בין היתר בפסק־דין פלוני נגד מדינת ישראל³. היה זה מקרה שבו אב קיים יחסים אינטימיים עם בתו החורגת עוד מצעירותה. בתקופה מסוימת כאילו בהסכמתה. המקרה דגן חשף בפנינו את התופעה במלוא תכולה. המציאות העגומה כפי שמצטיירת יותר ויותר בבית המשפט היא שתופעה חמורה זו שכוחה עד להחריד ורק מעט מזעיר ממנה נחשף ופורץ אל מעבר לחישוקי התא המשפחתי. מבחינת מדיניות הענישה הנכונה אנחנו סברנו שגישה מתחשבת מאוד בשיקומו של הנאשם וריפוי מחולשותיו, כפי שהומלץ באותו מקרה על-ידי שרות המבחן, וראיית העבירה כקלה בנסיבותיה, לאור הסכמתה של הבת לקיום היחסים בהיותה כבר בגיל בגרות, תהיה שגויה. אכן הונח בפנינו תסקיר של שרות המבחן הממליץ בחום על טיפול שיקומי. נאמר בהמלצת קצין המבחן בתסקירו:

"אין מדובר בדמות עבריינית במשמעות המקובלת. בנפשו של הנאשם פעלו דחפים עזים שערערו את בוחן המציאות שלו עד כי איבד את שיפוטו לגבי מעשיו. הפסיכולוג הקליני סבור כי הדרך פתוחה בפניו של הנאשם להתמודד בצורה גלויה עם הבעיות ובטיפול אינדיבידואלי וזוגי כדי לשקם את ההריוסות של משפחתו".

אכן, כאשר מקרה כזה נחשף, המשפחה כולה מתמוטטת, סובלת, מתייסרת. האשה המסכנה נמצאת בדילמה הקשה מאוד אם לחזק את ידי בעלה, שהוא מטה לחמה, ולעמוד לצדו, או להיות לצד הבת, שהיא ציפור נפשה. אם אפשר היה בביטחון לרפא את הנאשם מחולשתו ולהציע את המשפחה למסלול של התנהגות נורמטיבית, למחוק את העבר למען עתיד ורוד, אולי היה אכן הפתרון הרצוי טיפול שיקומי במסגרת המשפחתית. זה טוב לבת או לילד. זה טוב לאשה. לכאורה זה טוב לחברה. אולם מאידך גיסא, התופעה קיימת וממדיה איומים. סלחנות — וגישה כזו תחשב בעיני הציבור כגישה סלחנית — תחטיא את המטרה. הרי אנחנו רוצים — אם על-פי הגישה התגמולית ואם על-פי הגישה התועלתית — להרתיע, להביע את סלידת החברה ממעשים כאלה. כיצד ענישה משקמת נוחה תענה על היבטים אלה שבענישה? קיימת ההתנגשות בין המגמות הסותרות ומכאן לא אחת לבטים והתחבטות. אני הייתי שוקל במקרים מסוימים, במידה רבה של זהירות אבל באחריות, להעדיף בניית המשפחה מחדש והצלתה ולו גם יראה העונש נעדר משמעות מרתיעה. אולם כאשר בקשתי להיכנס לעומקם של דברים, באותו עניין, תוך כדי דיון עם קצין המבחן, הסתבר שגם אצלם מדובר למעשה, במידה רבה, במשאלות לב בלבד. החברה בישראל ומוסדות הרווחה בממסד אינם ערוכים מספיק להושטת טיפול כזה, שהוא טיפול מתמשך המשתף את כלל המשפחה. אילו סברתי, או אילו סברנו שאנחנו במקרה מיוחד מעין זה יכולים להשיג תוצאה חיובית, ומובטחת לנו במידת ודאות רבה הצלחת תהליך השיקום היה מקום לתת לעתים עדיפות לניסיון זה, אך זאת כגישה חריגה למקרים מיוחדים, אך לא חלילה כמדיניות של ענישה. צריך אכן להדגיש את חומרת התופעה. אבל מותר לפעמים ואולי לא רק מותר אלא חובה מוסרית, מצפונית לבוא ולומר: "במקרה זה אני חורג". עונש זה אולי לא יהא מקובל על הציבור, ואפשר שיעורר ביקורת בעיניו, אולם

במקרים המתאימים יש לאזור אומץ ולעשות מעשה שבסופו של דבר יביא ברכה למשפחה האומללה ולחברה בכללה.

אוסף ואדגיש בנושא זה למען הבהירות. המדיניות המקובלת על בית המשפט העליון ומנחה כמובן גם את הדרגות הראשונות באשר לענישתם של מגלי עריות והמתעללים בקטינים ובני משפחה היא שמדובר בתופעה חברתית מחפירה ומסוכנת שיש לעשות להדברתה, בין היתר, בענישה חריפה, המגנה על הצבור ומרתיעה את הכלל. אכן, לא אחת מדובר בעבריין מסכן ואומלל, המעורר רחמים. אולם אין לשכוח כי במעשיו הנפסדים והמבישים וביצרו חסר הרסן המיט חרפה על בני ביתו והרס חיי משפחה. הרצון של שרות המבחן לקדם את שיקום הנאשם ולסייע בבנייתו מחדש של התא המשפחתי ברור ומובן, אך חלילה לו, לבית המשפט, מתוך התחשבות יתרה במגמה משקמת זו לשכוח אף לרגע את קרבן העבירה, את המשכר הנפשי והאישי שפקד אותו, לעתים ללא תקנה. ראיתי להרגים ולהמחיש הבעייתיות שבמדיניות הענישה המשקמת בדוגמה העדינה והרגישה של עבריינות קשה בתוך המשפחה. אכן נטיית הלב במקרים רגישים אלה, כמו בשפיטתם של עבריינים צעירים "בני טובים", היא, לעתים, לתת הזדמנות נוספת, לשקם. קל להתפתות למליצות והבטחות חסרות כיסוי כמו "הבחור מגלה סימנים חיוביים", או "הנאשם למד את לקחו ומבטיח לחזור למוטב, לפתוח דף חדש" וכיוצא באלה נימות אופטימיות. אל לנו חלילה להקשיח לבנו אך יש להישמר שלא להתרשם יתר על המידה ממתק שפתיים. חבונת השפיטה מחייבת לבחון העובדות והנתונים לעומקם. יש לראות את התמונה הכוללת. אז, ורק אז, ניתן להגיע לכלל קביעת העונש המתאים.

ד. אחידות הענישה

סוגיה חשובה הראויה להתייחסות מיוחדת והמצריכה הבהרה היא מה שקרוי "אחידות הענישה". עיקרו של הכלל הוא בכך שכאשר שני נאשמים או יותר עומדים לדין בשל אותן עבירות ובסיסית הנסיבות האישיות והאחרות המתקיימות לגביהם דומות או זהות, מידת הצדק וההגינות השיפוטית היא שיוטל עליהם עונש דומה או זהה. זאת אך לא הרבה מעבר לכך. דומה שכלל זה, שמצא את ביטויו הברור בפסיקתו של בית המשפט העליון, אינו נהיר להרבה מהסניגורים, או שמא הוא ידוע ומוכר להם, אך הם מעדיפים לכופפו לנוחיותם. יש וטענה זו נשמעת כמליצה שדופה ונטולת תוכן בפניהם של סניגורים. קורה שהם שולפים מתיקם פסקי דין שניתנו בערכאות שונות, וששונים הם במהותם או בנסיבות זה מזה, חרף זאת מבקשים הם להחיל על הנאשם המיוצג על-ידם את כלל אחידות הענישה, שכן לדבריהם הנה יש מקרה אחר בו בית המשפט קבע עונש מסוים, שהוא עונש קל, ולכן, כאילו, יש להטיל אותו עונש גם על הנאשם שהם מייצגים, אפילו כשהעבירות שהם ביצעו אינן זהות ואפילו כשהרקע האישי של הנאשמים שונה בתכלית.

זו גישה מוטעית, שכן בית המשפט אינו גוזר את הדין כלאחר יד. הוא מצווה לבחון את העובדות לעומקן, להשוות בין המקרים ולעמוד על המשותף ועל המבדיל.

משנעשית בדיקה כזו, ברבים מן המקרים מתברר מיד שאין הנדון דומה לראיה, שמדובר במקרים שונים וברקע שונה, ועל כן אין יסוד למשאלה להפעיל את העיקרון של אחדות הענישה. ניתן להיווכח עד מהרה כי עקרון זה הוא בעירבון מוגבל מאוד, ולא יעשה בו שימוש חפזי⁴. מה שחשוב להדגיש בפסיקתנו הוא שכלל אחדות הענישה הוא כלל חשוב וגם צודק, וראוי שיקויים כאשר הנסיבות זהות הן. כך, למשל, כאשר מובאים לדין שני עבריינים שביצעו אותה עבירה ולשניהם אין עבר פלילי — ראוי שיוטל עליהם אותו עונש, זולת אם מתקבל מידע כאשר לרקע אישי של אחד מהם המשנה את פני הדברים. לא כן כאשר מוצאים גורמים מאבחנים בין השניים. מכך ששופט פלוני השית על נאשם בשל עבירה מסוימת שלוש שנות מאסר, ואילו שופט אחר השית על נאשם אחר בשל עבירה זהה שנת מאסר, אין ללמוד דבר — יתכן, כאמור, שנתבררו גורמים מאבחנים ואפשר שפשוט מדובר בשני שופטים שהשופט האחד נמנה על "בית הלל" והשני על "בית שמאי". זה אנושי, ומתקיים בכל מערכת משפט. טוב שקיימת גמישות וישנו גוון במערכת, הגם בהחלט לא רצוי שגישתם של השופטים תהיה שונה קיצונית זו מזו, שהרי אז עלולים להיגרם עיוותים מקוממים, שיערערו האמון במערכת השיפוט. כאשר קיימת ואף מוצגת בפני בית המשפט אי התאמה בולטת בין גישתם של שופטים שונים לאותה תופעה עבריינית, ראוי שתימצא הדרך שבית המשפט העליון יאמר דברו בנידון.

מה שחשוב לומר בהסתמך על פסיקתנו הוא, כי כאשר קיים ניגוד בין עונש מקל מאוד לעונש חמור יותר, לא חייבים להתיישר לפי העונש הקל. דרך כלל, מדיניות הענישה נוטה להתיישר דווקא על-פי העונש הראוי, שהוא בדרך כלל המחמיר יותר. אילו נקטנו את הגישה המקילה, כי אז די היה בכך ששופטים מסוימים בבית משפט פלוני ינקטו נורמה עונשית מתונה מאוד כדי שכל מערכת הענישה הנורמטיבית תתערער.

4 הנשיא שמגר בע"פ 460/85 שייב נ' מדינת ישראל (לא פורסם) אמר בנידון זה כי: "הכלל של אחדות הענישה איננו אלא אחד השיקולים שעל בית המשפט לשוות נגד עניו בכואו לגזור דינו של נאשם". ביתר הרחבה, ובסגנונו המרתק, עומד על כך המשנה לנשיא — השופט מנחם אילון בע"פ 433/89 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4)170 כך פסק: "וכידוע אחד השיקולים החשובים בשיקולי הענישה הוא מהותה של העבירה וחומרתה. שיקול זה קשור בדרך כלל בקשר הדוק עם שיקול ההרתעה למען ישמעו ויראו. לפני שיקולים אלה מתווסף שיקול נוסף והוא קיום מדיניות אחידה ככל האפשר שתשמש כקו מנחה וכמורה דרך בעולמה של ענישה. ושיקול אחרון זה יפה הוא במיוחד לפסיקתו של בית המשפט העליון שהמחוקק הפקידו על קביעת מדיניות זו. בנוסף לכל השיקולים האמורים, קיים ועומד השיקול החשוב והמהותי של תיקונו של הנאשם ושיקומו. ובהתקיים במקרה מסוים, נסיבות מיוחדות ונכונות, יתכן ששיקול אחרון זה יגבר על השיקולים האחרים ויקבע, באותו מקרה מסוים, את מידת העונש וצורתו. ענישתו היא ענישה אינדיבידואלית, על כל עבריון כאשר הוא שם".

וכן ראה בע"פ 291/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4)438. בכך המחישו למעשה הנשיא המלומד והמשנה לנשיא את הדילמה שדיברתי עליה — את שיקולי הענישה השונים, ואת גישתם לנרשא אחדות הענישה שאיננה כל כך אחידה.

ה. תסקיר שירות המבחן

אומרים אנו שוב ושוב כי שומה על בית המשפט בכואו לגזור את הדין, לראות את התמונה הכוללת, ליתן את הדעת לחומרתה של העבירה, לנסיבות שבהן בוצעה, אך יחד עם זאת לשוות נגד עיניו את נסיבותיו האישיות של הנאשם ושיקולים לקולה שאפשר ומתקיימים בעניינו. מכאן החשיבות שבקביעת העובדות הדרושות משני ההיבטים גם יחד.

לשם כך מתקיים, אכן, הדיון המיוחד שלאחר הכרעת הדין ולפני גזר הדין שבמסגרתו התביעה והסניגוריה מתבקשות ויכולות להציג בפני בית המשפט את העובדות הרלוונטיות והחשובות בעיניהן, לצורך ההכרעה הצודקת. בין היתר, להגיש גיליון הרשעות קודמות, להשמיע עדי אופי כאשר לנאשם וכל כיוצא באלה. ככל שמדובר בעובדות המלמדות על חומרתו של המקרה לא יתקשה בית המשפט לקבוע אותן, אם על-פי העובדות שנתלבנו במהלך הדיון שקדם להכרעת הדין ואם על-פי גיליון ההרשעות הקודמות שמדבר בעד עצמו (כאן אוסיף ואומר, במאמר מוסגר, כי חשוב שהשופטים יקפידו שגיליון ההרשעות הקודמות המוגש להם יכלול רק הרשעות ולא רישום תיקים שבחקירה, דבר העלול להטעות, וכי הרישום של ההרשעות יהיה מלא וברור. למרבה הצער לא תמיד כך מוצג גיליון ההרשעות הקודמות לפני בתי המשפט).

אולם כשכאים לקבוע את המצב העובדתי כאשר לעובדות העשויות להקל עם הנאשם מהיכן נשאב מידע אמין ומדויק? האמנם מפי עדי האופי, שעל-פי ניסיונו יותר מאשר הם מעידים על עובדות מלמדים הם סניגוריה על הנאשם. הם מובאים לבתי המשפט ורואים עצמם, בשל כך, כמי שצריכים לעורר את רחמי בית המשפט כדי שיחוס על הנאשם. כבר נשמעו לא אחת עדי אופי שאין להטיל דופי ביושרם, אשר מנסים לדבר בשבחם של הנאשמים, כגון אותו מפקד חטיבה שהעיד לטובת נהגו האישי שאנס חיילת והעיקר שאמר לגביו הוא שהוא בחור טוב, ממושמע ונוהג בזהירות. או עד אופי אשר אישיותו מוכרת ברבים כאיש חברה המיוודד עם רבים, כשכא להעיד לטובת אחד מידידיו כעד אופי ראה לומר שעל משכבו בלילות אינו מעלה בדעתו שאותו נאשם ביצע את המעשים שהורשע בהם. הרי על אלה קשה לסמוך.

אכן אחד המקורות לקביעת העמדה כאשר לאישיותו של הנאשם הוא בו עצמו, שהרי לו המלה האחרונה בטרם יגזר הדין. (אגב, גם לעניין זה ייאמר במאמר מוסגר כי נתקלנו לא אחת בבית המשפט העליון, שבדרגה הראשונה לא ניתנה לנאשם ההזדמנות לומר את מלתו האחרונה ולא נאמר לו כי זכות זו נתונה לו, והרי הדבר עומד בסתירה להוראות חוק סדר הדין הפלילי). כמובן שאין לקבל את מלתו האחרונה של הנאשם כעובדה מוכחת, שאין להרהר אחריה, אולם אפשר להתרשם מדבריו אם יש בלבו גילויי חרטה, אם יש באמתחתו יותר מאשר מלים חסרות כיסוי, כגון הצגת תוכנית שיקום אמיתית. הכלי האמין והרצוי מכל לעניין זה הוא תסקיר שירות המבחן, שהרי משהגיע העניין לטיפולו של קצין מבחן, חזקה עליו שיעשה מלאכתו נאמנה, ילמד על הרקע האישי והמשפחתי של הנאשם, יעמיק חקר בגורמי ההידרדרות ויתן את הדעת לאפשרויות

השיקום. בכך החשיבות הרבה שבקבלת תסקיר שירות מבחן. אכן חוק העונשין תשל"ז – 1977, בסעיף 37, קובע שבית המשפט רשאי לבקש תסקיר בכתב מקצין מבחן, לפני שיגזר דינו של אדם שהורשע.

זוהי זכותו של בית המשפט. הוא רשאי לבקש תסקיר. אך הוא חייב לבקש תסקיר כאשר מדובר בעברייני שלמטה מגיל 21. והסייג הזה נקבע, כנראה, משום שאין בכוחו של שירות המבחן לספק את האינפורמציה ככל מקרה. אבל באותם המקרים שכן אפשר לקבל האינפורמציה הרי זה המקור האמין ביותר והטוב ביותר. כשאנחנו באים לשקול, למשל, את שאלת שיקום העבריין, כיצד נוכל להגיע לכלל מסקנה שכדאי במקרה זה להעדיף ענישה משקמת אם אין לנו את המידע המינימלי ההכרחי מהמוסד שיהיה מופקד בסופו של דבר על המעקב אחר שיקומו של העבריין. לכן דומה שלא נוכל לגזור כך את הדין בטרם נקבל תסקיר של שירות המבחן.

שרות המבחן, כידוע, מתקשה לטפל בכל המקרים המופנים אליו תוך זמן סביר מחוסר כוח אדם. האם לכן נוותר על עזרה זו ובלבד לסיים המשפט מתוך רצון לייעל המערכת, ועם זאת גם להקל כביכול על השרות. לדידי עדיף להמתין עד מצוי הדין ומתן גזר-דין ובלבד שנהיה שלמים עם עצמנו ונחליט על-פי חומר בדוק. ככל שנגהג כך נגיע להחלטות מאוזנות וצודקות יותר. דווקא כך נגביר האמון במערכת השיפוטית. שרות המבחן צריך בראש ובראשונה להניח בפנינו תשתית עובדתית, אבל אנחנו מצפים ממנו שהוא יחווה דעתו כיצד הוא רואה את סיכויי השיקום. האם בכלל שרות המבחן יכול לתרום תרומה בעניין הנדון? מה שלא מבקשים במיוחד משרות המבחן הוא שיבוא ויציע לנו להסתפק בעונש שכבר ריצה הנאשם בפועל בהיותו נתון במעצר או שיביע דעתו לעניין שעור העונש. על כך הושמעו טרוניות לא מועטות מצד שופטים של הדרגה הראשונה; נמתחה ביקורת על קציני המבחן; ואלה מצדם חשים את עצמם נפגעים. לא טוב הדבר⁵.

על קצין המבחן לתת לבית המשפט תמונה אמיתית, אובייקטיבית, מהימנה ושלמה אודות הנאשם. על התסקיר להציג את העובדות כהוותן, לנתחן, להעריך ולפרשן. בהמלצתו של קצין המבחן יש כדי להשיב על השאלה מהו העונש שיש להטיל על הנאשם, כדי להחזירו למוטב. מידע זה והמלצה זו באים לפני השופט שישקלם, בין יתר

5 על כך ניסה לומר מלים טובות לאלה ולאלה, חברי השופט ברק בע"פ 286/79 חיגיאזי נ' מדינת ישראל, פ"ד לג(3) 753 וכך אמר:

"בטרם אסיים ברצוני להפנות את תשומת הלב, לפסקה אחת בפסק דינו של בית המשפט קמא, העוסקת בחסריו של קצין מבחן. בעניין זה אומר בית המשפט: תסקיר מבחן זה הוא דוגמא להתעלמותו של קצין המבחן לחלוטין מהעניין הציבורי, כשהוא שם את הדגש אך ורק בעברייני. אין אני מייחס משקל להמלצה שכזאת. נראה לי כי תרומתו של בית המשפט קמא על תסקירו של קצין המבחן אינה במקומה. אמת הדבר, קצין המבחן חייב להתחשב בעניין הציבורי, ואסור לו להתעלם ממנו. אך העניין הציבורי שבו חייב קצין המבחן להתחשב בהכנת תסקירו הוא ענינו של הציבור כי הנאשם יחזור למוטב. מכאן, שאך טבעי הוא כי קצין המבחן שם את הדגש אך ורק בעברייני. שכן בו ובשיקומו צריך להתעניין קצין המבחן. אם קצין המבחן ישקול שיקולים נוספים כגון הרתעתם של אחרים, לא רק שהוא יפלוש לתחומו של בית המשפט עצמו, אלא אף התמונה שבית המשפט יקבל לא תהיה מאוזנת."

הגורמים, בעת הטלת העונש. תהא זו ביקורת לגיטימית על התסקיר אם אין הוא משקף את העובדות כהויותן, או אם ההמלצה אינה מתבקשת מן החומר העובדתי. אך אין לבוא בטרוניה על קצין המבחן אם המלצתו, המבוססת כשלעצמה כראוי על חומר עובדתי אמין, אינה עולה בקנה אחד עם העונש שבית המשפט חושב כראוי להטילו, מתוך שהוא לוקח בחשבון, בנוסף לשיקולים האינדיבידואליים של הנאשם, שיקולי ענישה נוספים. סיוע קציני המבחן רצוי למערכת המשפט. אל נדבר בהם סרה. נשתדל להנחות אותם ולהדריכם להגיש לנו חומר נכון. הענישה היא בידינו, ואנחנו שנקבע אותה. נתחשב, ככל האפשר כמה שהם מציגים בפנינו, אבל אל נבוא עליהם בטרוניה במקום שאינם ראויים לכך.

חשוב שציבור השופטים ידע כי לא ניתן להסתייע בשיירות המבחן לאחר גזירת הדין. כלי שיינתן צו מבחן. בית המשפט אינו יכול שלא להוציא צו מבחן ועדיין לצפות לכך ששרות המבחן יטפל בעבריין עם שחרורו או בעת שבתו בכלא. וכך, למשל, במקרה מסוים, סיים השופט את גזר הדין בהמלצה המופנית לשרות המבחן, שעם שחרורה של הנאשמת מהכלא, יעשו בדיקות כדי לאפשר במידת הצורך הפנייתה לגמילה מסמים ו/או לסייע בידה בכל דרך. שרות המבחן לא יוכל לעשות דבר עם המלצה כזאת. המלצה חסרת תוכן כזו עלולה דווקא להזיק, שכן היא נוטעת בלב הנאשם את המחשבה שכשישתחרר יזכה בטפול שרות המבחן. האמנם? מי יטפל בו? על יסוד מה יטפל בו? אם סבורים אנו שיש סיכוי ויש תקווה לשיקום, ואם אנחנו סבורים ששרות המבחן יכול לעזור, אנחנו יכולים להשיג זאת באחת מכמה דרכים, תלוי בסוג העבירה; נוכל להשיג זאת על ידי כך שנבחר במקרה המתאים, שהוא די חריג, להטיל על הנאשם מבחן טהור, ללא תוספת עונש. שהרי התוספת מעקרת מהסנקציה את שיניה. איני סבור כי ניתן לפסוק מבחן טהור בעבירות חמורות מאד, אבל בעבירות שגרתיות, כשעומד לדין נאשם שבאמת יש תקווה לעתידו — מבחן טהור הוא עונש הולם ועדיף על מאסר על תנאי. כי המבחן הטהור הוא הרבה יותר מרתיע מאשר המאסר על תנאי. במקרים חמורים ניתן להיעזר בצו מבחן בנוסף לעונש אחר ממשי או על תנאי.

משמונחים בפני השופט הנתונים העובדתיים החשובים לצורך גזירת העונש, ישתדל השופט לאזן בין השיקולים הרלוונטיים לאותו מקרה, ולהשתדל ככל האפשר להפיק מגזר הדין שישית את המירב האפשרי לקידום מטרות הענישה, שעמדתי עליהם לעיל. טבעי הוא שבמקרים מסוימים הנטייה תהיה להחמיר בדין ובעונשי המאסר, במיוחד כאשר על-פי מיטב הכרתו של השופט הדגש המתחייב הוא בהגנת הציבור ובהרתעת הרבים. במקרים אחרים אפשר והנטייה תהיה להקל בתקווה לפתרון שיקומי שתועלתו היא בהוצאת עבריינים מתחום הפשיעה. יש שבית המשפט יראה חשיבות חינוכית והרתעתית בהטלת עונשים מותנים. כמוכן שאפשר גם אפשר שלוב של עונשים. הכול חייב להיבחן בכל מקרה, על-פי מכלול נסיבותיו.

בהקשר זה רואה אני להעלות מספר מחשבות, הערות והרהורים בנושאים ספציפיים שמעסיקים תדיר את השופטים וראויים להתייחסות מיוחדת.

1. הודאת הנאשם

מקובל מאוד ששופט רואה להקל בדינו של נאשם משום שחסך מזמנו היקר של בית המשפט. נמצאו גזרי דין לרוב שבהם מוצאים אנו כנימוק להקלה אמירה שהנאשם חסך מזמנו היקר של בית המשפט וניכר שהשפיע על מידת העונש. אכן, אם הודה נאשם בעובדות שיוחסו לו והורשע על-פי הודאתו, ומדברי ההודאה, וממלתו האחרונה ומראיות אחרות המובאות בפני בית המשפט למדים כי הוא מיצר על המעשה שעשה ומביע חרטה, אין ספק כי ראוי הוא להתחשבות ולהקלה מסוימת במידת העונש. אולם, לא מקובל עלי שמידת הקלה זו תהיה פועל יוצא מכך שכאילו חסך מזמנו היקר של בית המשפט. נימוק זה עלול להתפרש בעיני הציבור כמעורר נאשמים להודות, אפילו לא בלב שלם, שאם לא כן, אם לא יחסך מזמנו של בית המשפט, ואם יקיים את הדין עד תום ודינו יוכרע, כי אז יחמירו עמו מעבר למידה על שום שהכביד על בית המשפט. ידוע כי קיימת תחושה כזו אצל חלק מהציבור ולגבי בתי משפט מסוימים, במיוחד כאשר מדובר בעבירות שכיחות כגון בעבירות תעבורה או עבירות על חוקי עזר. נאשם זכאי לכך שיהא לו יומו בבית המשפט שיתנו לו ימי הדין הדרושים להצגת עמדתו, אפילו אם כתוצאה מכך ייגול זמן יקר שאפשר היה להקדישו לשמיעת משפטים אחרים. בגזירת הדין אל תהיה עובדה זו של קיום הדין עילה מפורשת או משתמעת להחמרה בעונשו.

2. ריצוי המאסר

אם סבור בית המשפט כי חשוב שיוטל על הנאשם לצד עונש מאסר בפועל עונש מאסר על תנאי, ראוי שעונש מותנה זה יהיה סביר ומתקבל על הדעת ביחס למהות העבירה ולעונש שעל הנאשם לרצות בפועל. כבר נתקלנו בגזרי דין בהם נגזרו על נאשם שמונה שנות מאסר, ארבע בפועל וארבע על תנאי; 14 שנות מאסר, שבע שנים בפועל ושבע על תנאי; כשהתנאי הוא גורף מאוד וצריך יהיה להפעילו גם בשל עבירות שנעברו ושהעונש שבגינן הוא צנוע. במקרים כאלה מעמידים במצוקה רבה את השופט שיידרש להפעיל את התנאי, ולא יהיה לו נימוק טוב מבחינה משפטית שלא להפעיל אותו. בעיני ראוי שעונש המאסר על תנאי יפחת בדרך כלל מעונש המאסר בפועל ויהיה לתקופה יחסית קצרה אך לא קצרה מדי, כך שתישמר בו המשמעות המרתיעה.

כשמשתחים על נאשם עונש מאסר בפועל, עיקרו של העונש שיהיה מוחשי, שיכביד על הנאשם, גם כגמול על מעשהו, גם כהרתעה לעתיד. לפיכך, גם כאשר המסקנה היא שניתן להסתפק בעונש הנמדד בשישה חודשי מאסר או פחות, ככלל ריצויו של העונש צריך להיות בפועל ובכלא. אולם במאסר שאינו עולה על 6 חודשים, יכול בית המשפט, על-פי הסמכות שבדין, להורות שתקופת המאסר תרוצה בעבודות שירות, אולם זאת במקרים חריגים כשמתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, או כאשר תכליתו של העונש הוא בחינוך העבריין ובשינוי דפוסי התנהגותו. למשל עבריין תנועה שגרם למותו של אדם או לפציעתם של אנשים ירצה את עונש המאסר בעבודות שירות בבית חולים, בחדרי מין או במד"א. יש תכלית לעונש זה גם כשמתמצה בעבודות שירות. אין

לעשות שימוש יתר בסמכות הזו ולהופכה לעניין שבשגרה בעונשים של עד ששה חודשים.

הנה כי כן פסקנו שבעבירות פיסקאליות, שכפי שהוסבר לעיל ראוי שהעונש יטביע בו אות קלון, אין זה מן הראוי לקבוע ריצוי המאטר בעבודות שירות כי תכלית המאטר מתמסמסת⁶. לא ראוי כי עבודות שירות יאושרו לאנשים בשל מעמדם הציבורי או עיסוקם המקצועי, ובשל אלה דווקא. אין כל הצדקה לעשות אבחנה בנושא זה בין מי שמוגדר כעבריין הצווארון הלבן לבין מי שמוגדר כעבריין בלבוש האפור. ניתן, ואולי ראוי, לעשות שימוש בסמכות זו כאשר מתקיימות לגבי הנאשם נסיבות אישיות או משפחתיות מיוחדות במינן כגון, לפעמים, מצוקה חומרית שתביא את בני המשפחה אלי פת לחם או כאשר הנאשם לוקה בכריאותו והאמצעים העומדים לרשות שלטונות בתי הכלא לא יאפשרו לו טיפול רפואי הכרחי. אינני מתכוון בדברי אלה להצביע על אמות מידה סגורות. כמובן שיתכנו מקרים ממקרים שונים אחרים, שיצדיקו החלטה לריצוי העונש בעבודות שירות. מה שביקשתי להדגיש הוא כי אין להיחפז בשימוש בסמכות זו ולעשותה לשגרה. גם כאשר נטיית בית המשפט היא להורות על ריצוי עונש בעבודות שירות, עליו לבקש תחילה הצעות מהממונה על עבודות שירות באשר לטיב עבודות השירות ודרך הפיקוח שעל דרך ריצוי העונש שאכן ירוצה במלואו. אם האלטרנטיבות אינן נראות לבית המשפט, אל יקבלן. בית המשפט העליון עמד על כך בהרחבה בפסק-דין דנוך נגד מדינת ישראל⁷.

ח. עסקאות טיעון

בשנים האחרונות גוברת המגמה אצל הפרקליטות ואצל נאשמים להגיע לעסקאות טיעון ולהגישן לאישור בית המשפט כפרי בשל. לכאורה מבחינתו של בית המשפט ניתן היה לומר כי זכה ומלאכתו נעשתה על-ידי אחרים, אך לא היא. אם באשר לעסקת טיעון שעניינה שינוי סעיף האישום והודאת נאשם בעובדות המוסכמות עם הפרקליטות אין בית המשפט נדרש, לכאורה ולכאורה בלבד, לקבוע עמדה, שהרי נאשם הודה בפניו בעובדות כפי שהופיעו בכתב אישום מתוקן. הרי לעניין העונש — סוגו ושיעורו — ההכרעה היתה ונשארה של בית המשפט ואין בעלי הדין יכולים להוציאה מידו. סבור אני כי ברוב המקרים יש לראות עסקאות טיעון כחיוב, שהרי מגמתן לזרז את ההכרעה השיפוטית, למנוע התדיינות מיותרת ועינני דין וזאת שלא על דרך כפיית דרישתו של האחד על האחר, אלא מתוך הסכמה הדדית, מתוך הערכת העובדות הידועות היטב בשלב המקדמי לפרקליטות ולסניגוריה. אם נדרש בית המשפט לנהוג זהירות בעסקאות טיעון הרי זה בשניים —

1. להשתכנע כי עסקת הטיעון נעשתה מרצון, כשהנאשם עומד על טיבה, מבין

6 ע"פ 1156/91 מדינת ישראל נ' סאדל אדין, (לא פורסם).

7 ע"פ 1242/90 דנוך נ' מדינת ישראל, (לא פורסם).

את השלכותיה ומכיר בה; זאת כדי למנוע את החשש שנאשם יתפתה להודות בביצוע עבירה, שלמיטב הכרתו לא ביצע, אך ורק משום שמבטיחים לו, לכאורה, פתרון מפתה ונוח שלא תמיד מתגשם, כי הרי בית המשפט אינו כפוף לעסקת הטיעון.

2. להימנע מכך שלהיטות יתר של בעלי הדין לגמור את ההתדיינות בהסדר נוח תסיט את בית המשפט ממדיניות ענישה נורמטיבית, אשר יש לה יעדים חברתיים חשובים מעבר לפתרון של מקרה קונקרטי.

לאור מצב דברים זה ראה בית המשפט העליון לקבוע בפסיקתו אמות מידה וכללים מנחים שעל פיהם יתייחס השופט לעסקת טיעון המוגשת לאישורו.

הכלל הבסיסי הוא שבית המשפט אינו קשור לשום עסקת טיעון שנעשתה בין נאשם לבין הפרקליטות בקשר להודאתו של הנאשם באשמה מסוימת. לא זו בלבד שבית משפט אינו כפוף לעסקת הטיעון אלא ראוי שיובהר לנאשם הבהר היטב כי כאלה הם פני הדברים. בית המשפט יתייחס לעסקת הטיעון ויכיר בהודאתו של נאשם רק לאחר ששוכנע שהנאשם מבין העסקה, מקבל אותה על עצמו ומודה בעובדות מתוך רצונו הטוב והחופשי. כדי שהשופט יוכל לנהוג בדרך זו חשוב שעסקת הטיעון במלואה תובא לידיעתו ותשומת ליבו ולא קטעי דברים בלבד. כדי למנוע מחלוקות עתידיות בעקבות פסיקתו של בית המשפט, שאולי לא תראה למי מבעלי הדין, חשוב שעסקת הטיעון תמצא ביטוי במסמך כתוב אם בהסדר המוגש בכתב לבית המשפט ואם ברישום פרטי העסקה בפרוטוקול הדין. יש להקפיד על כך שהשופט עצמו לא יהיה מעורב בעסקת טיעון ולא יזום אותה. זאת ועוד זאת אל לו לרמוז לבעלי הדין דעתו בנידון ואל לו לבית המשפט לנטוע בלב בעלי הדין אשליה לגבי התייחסות חיובית אפשרית של בית המשפט לעסקת הטיעון, כי הרי אם כך יעשה כיצד יוכל לקיים את אותם כללים הצריכים להנחותו.

אם עסקת הטיעון לעניין ההודאה והכרעת הדין היא לרצונו של הנאשם ובית המשפט השתכנע כי ההודאה נתנה לאחר שהנאשם היה מודע לסיכונים ולמשמעויות של ההודאה, דומה שבית המשפט יאשר את העסקה וירשיע את הנאשם על-פי האמור בעסקת הטיעון. לא כן לעניין מידת העונש. בעניין זה אמנם יהיה בית המשפט נוטה לשקול בהבנה ובכובד ראש את ההצעה המובאת לפניו, אולם אם לפי מיטב הכרתו או מצפונו העונש המוצע מחטיא את המטרה יגזור את הדין כהבנתו ואל יתרצה להצעה המוצעת רק משום שכך נוח לבעלי הדין. כאמור, בית המשפט צריך להתייחס בשלב גזר הדין למכלול שיקולי הענישה ולבחון את הדברים בראיה רחבה וכוללת. לכן ראוי גם שבעסקת טיעון לא יציעו לבית המשפט את העונש הספציפי המוסכם, אלא יציגו בפני בית המשפט את הבנתם בדבר גבולות העונש הנראה להם שיהיו גמישים במידה הראויה. אם בשלב כלשהו מבקש מי מבעלי הדין לחזור מעסקת טיעון, אין בית המשפט מנוע מלפתוח את הדין מחדש ולחתור לפתרון אמיתי, שהרי ככל הסכם גם הסכם לעסקת טיעון ניתן לביטול בתנאים מסוימים. חשוב שבית המשפט יקפיד, בין היתר,

שעסקת הטיעון לא תחרוג ממסגרת הסמכות העניינית שמסורה לבית המשפט במקרה המסוים. כל האמור לעיל מעוגן בפסיקה עקבית של בית המשפט העליון⁸.
בעניין זה קבע נשיא בית המשפט העליון השופט שמגר בפסק-הדין מדינת ישראל נגד נדאל בן עבד אל רזאק זלום⁹, כללים שראוי להקפיד עליהם וכך נקבע:

"כאשר נאשם מורשע על-פי כתב אישום אחד במספר עבירות שונות, יש להטיל עליו עונש נפרד בשל כל אחת מן העבירות בהן הוא הורשע. מאידך גיסא, כאשר אותו מעשה או מחדל מוגדר כעבירה לפי מספר סעיפי חוק מקובל להטיל בשל אותו מעשה עונש כולל אחד, אף אם מדובר כאמור בהרשעה לפי מספר סעיפי אישום.

מטילים עונש אחד גם אם מדובר על מספר מעשי עבירה המהווים חלק ממסכת אחת... מי שגורם במעשה אחד למספר מקרי מוות (למשל על-ידי הנחת מטען נפץ או נהיגה רשלנית) יכול להיאשם במספר עבירות של גרם מוות כמספר ההרוגים או בעבירה כוללת אחת החובקת את כל המעשה, הכול לפי שיקול דעת התביעה. אך העונש יהיה אחד, ואם היו מספר אישומים והוטלו מספר עונשים, יהיו העונשים חופפים".

כללים אלה מקובלים עלי וראוי שינחו את השופטים במקרים המתאימים.

ט. מלת סיום

לסיכום יאמר כי גזירת הדין לנאשם היא משימה קשה, מאוד אחראית ומאוד מצפונית. מסורה היא לשופט היושב בדין והוא נדרש על כן להפעיל את שיקול דעתו בזהירות, בהגינות ובסבירות כשהוא משווה נגד עיניו תמיד את החברה שהוא חי בה, שמצפה כי בהכרעותיו יתרום לביטחונה ולהגנה על איכות חייה, ואת העברייני הניצב לפניו בדחילו ורחימו ומצפה למוצא פיו ולגזר דינו. ראיתי לעמוד על עיקרים ועקרונות אשר צריכים להנחות אותנו בכל מקרה ומקרה, שהרי בפסקי הדין ובקביעת העונש נדרשים אנו לתת מענה למטרות חברתיות מהמעלה הראשונה. ראיתי לנכון להתמקד גם בסוגיות ספציפיות שהשופטים מתלבטים בהם תדיר. המציאות מגוונת ומפתיעה מעבר לכל דמיון. עלולים להתרחש דברים שאין משערים אותם מראש. משמסתכלים אף מעבר לפרגוד החוצץ בדרך כלל בין העברייני לבין החברה הסובבת אותו, מתגלה לא אחת לעיני בית המשפט פרשת חיים עגומה, אומללה או סוערת ומעוררת שאלות ותמיהות, ואין המקרה האחד דומה למשנהו. לכן לא תמיד יכול בית המשפט להשליך ממקרה אחד שנדרן בערכאות המשפט למשנהו. כל מקרה ומקרה מחייב בדיקה יסודית של

8 יצוינו בעיקר ע"פ 532/71 בחמוצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 543; בג"צ 218/85 ארביב נ' פורקליט מחוז תל-אביב, פ"ד מ(2) 402, 393; בר"ע 486/86 קשת נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 472, 474 וכן ע"פ 180/84 חאלד נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 836.
9 ע"פ 399/89 מדינת ישראל נ' נדאל בן עבד אל רזאק זלום, (טרם פורסם).

העובדות והפרטים תוך התייחסות לאותה מדיניות ענישה אשר נבנתה בקפידה וביסודיות במרוצת השנים.

אני סומך על ציבור השופטים שהוא פועל, וראוי שיפעל, במסגרת הנורמטיבית שתאירתי, שיודעים הם דרך כלל למצות את הדין ולהגיע לתוצאה הצודקת והנכונה למקרה הנדון.

אני מאמין ביושר האינטלקטואלי של ציבור השופטים, בניסיונם, חוש הצדק שלהם ומידת אחריותם. ברי לי שהם עושים מאמץ ראוי ולא קל להתאים את העונש ההולם לנסיבות המיוחדות של המקרה הנדון. על כך ראויים הם להערכה ולעידוד, משום שהם כאלה ומשום שבעיני כלל הציבור זאת תדמיתם. חשוב שעשיית הדין ובמיוחד גזירת הדין לא רק שתיעשה כראוי אלא גם תיראה כך. אם בדרך זו ננהג יתמעטו הקולות הנשמעים ברקע שיש אולי, לעניין גזר הדין, לכבול את השופטים לסד של עונשי חובה או עונשים מזעריים או עונשים הנקבעים בצורה מכנית על-פי תוכנת נתונים שמזינים בהם אם את המחשב ואם את המחשב האנושי שבתודעת השופט. זו מגמה המסתמנת לאחרונה ויש להתייחס אליה במידה רבה של דאגה. הקפדה על כל שהדגשתי לעיל, תוסיף ליוקרת השופטים, לאמינותם ותסכל מגמות לא רצויות אלה.