

השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט והמחוקק הוא מכת מדינה

עומר דוד*

תקציר

מאמר זה מבקש להציף מכת מדינה שמצויה במערכת המשפט הישראלית – השימוש במושג "מכת מדינה". השימוש במושג "מכת מדינה" בעולם המשפט הפך עם השנים לנרחב יותר. חרף השימוש הרחב במושג, לא ניתן למצוא לו פרשנות חד־משמעית, ולא קיימים קריטריונים ברורים שבעזרתם ניתן להגדיר תופעה כמכת מדינה. בגלל היעדר הגדרה חד־משמעית של המושג, נטות הרשויות השונות לאפיין תופעות מסוימות כ"מכות מדינה" ללא בסיס ממשי.

המאמר מבקש לטעון שהשימוש השגוי במושג "מכת המדינה" פוגע הן בציבור בכללותו, הן בזכות לשוויון ובעקרון אחדות הענישה. כמו כן, השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" יוצר תחושה של שרירותיות אשר פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט. הסיבה לכך היא שהמחוקק ובתי המשפט אימצו מדיניות דומה להתמודדות עם מכות מדינה – החמרת הענישה. מדיניות זו, השלובה בעובדה שאין קריטריונים ברורים להגדרת תופעה כ"מכת מדינה", מובילה להחמרת ענישה במקרים שאינם מצדיקים זאת.

המאמר מסביר כיצד פסיקת בית המשפט העליון בעניין כאברי עיגנה את הבעייתיות המוצגת לעיל. בנוסף, המאמר מציע את יוריסטיקת הזמינות ואת השימוש ב"מושגי סתום" כסיבות אפשריות לשימוש השגוי שנעשה על ידי המחוקק והערכאות במושג "מכת מדינה". המאמר מבקש אף להציף מתחים שונים אשר מתעוררים עת בתי המשפט והמחוקק משתמשים במושג האמור. לסיום, מוצעות דרכי פעולה שונות לצמצום השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" שהפך למכת מדינה.

- א. מבוא 2
- ב. על פרשנות המושג "מכת מדינה" 3
- ב.1. מקור המושג והגדרתו הלשונית 4
- ב.2. פירוש המושג על ידי בתי המשפט והמחוקק 6
- ב.3. ניסיון לזקק פרשנות חד־משמעית למושג "מכת מדינה" 7
- ג. פסק דין כאברי – השימוש במושג "מכת מדינה" מתוך "תחושת בטן" 9
- ד. הגדרתן של עבירות כ"מכות מדינה" על ידי בתי המשפט 10
- ד.1. עבירת השוד – "מכת מדינה"? 11
- ד.2. עבירת גנבת כלי רכב – "מכת מדינה"? 12
- ד.3. אפיון שגוי של תופעות כ"מכות מדינה" על ידי בית המשפט – מדוע? 14
- ה. על "מכות מדינה" ומודלים לענישה 17
- ה.1. תיקון 113 לחוק העונשין – מבטיח את עקרון האחידות בענישה? 17
- ה.2. על עקרון ההרתעה ומודל מניעת הפשיעה 19

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

- ו. ההשלכות של החמרה בענישה עקב "מכות מדינה"..... 23
- ז. המלצות ופתרונות..... 25
- ח. סיכום ומסקנות..... 27

א. מבוא

"אולי יש לכם נתונים לגבי הביטוי "מכת מדינה"..."

"אני שומע את זה באוזניים. לא תמצא כאן נתונים, הם לא עושים את זה. לא שווה להם להיכנס"¹

המושג "מכת מדינה" מלווה את הפרט בישראל לכל מקום שאליו הוא מגיע. ניתן לשמוע משפטים כגון "זו הפכה למכת מדינה" או "חייבים לעשות עם זה משהו, התופעה הזו היא מכת מדינה" כמעט בכל מקום. לכאורה, מדובר על מושג ניטרלי, שאין סיבה להעניק לו תשומת לב מיוחדת. אולם מאמר זה יבקש להסב את תשומת לב הקוראים למכת מדינה שמלווה את המשפט הישראלי במשך שנים – השימוש במושג "מכת מדינה".

כפי שיוצג בהמשך, השימוש במושג "מכת מדינה" בעולם המשפט הפלילי הפך עם השנים לנרחב יותר. אך על אף השימוש הנרחב במושג, לא ניתן למצוא לו פרשנות חד-משמעית. דהיינו, לא קיימים קריטריונים ספציפיים אשר בעזרתם ניתן להגדיר תופעה כ"מכת מדינה". בגלל היעדר הגדרה חד-משמעית של המושג "מכת מדינה", נוטות הרשויות השונות לאפיין תופעות מסוימות כ"מכות מדינה", ללא בסיס ממשי.

המאמר יבקש לטעון שהשימוש השגוי במושג "מכת המדינה", הנובע מהיעדר הגדרה חד-משמעית של המונח, פוגע הן בציבור בכללותו, הן בזכות לשוויון ובעקרון אחידות הענישה שמטרתו לשמור על הזכות לשוויון של הנאשמים בהליך הפלילי. כמו כן, השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" יוצר תחושה של שרירותיות אשר פוגעת באמון הציבור במערכת המשפט. הסיבה לכך היא שגם המחוקק וגם בתי המשפט אימצו מדיניות דומה להתמודדות עם "מכות מדינה" – החמרת הענישה. כך, המחוקק, המבקש לצמצם "מכות מדינה", מחוקק חוקים להחמרת הענישה בגין ביצוע פעולות שהוא תופס אותן כ"מכות מדינה". למעשה, כפי שיפורט בהמשך, כ-30% מתיקוני החקיקה האחרונים של חוק העונשין חוקקו כדי להתמודד עם "מכות מדינה"². כמוהו, גם הערכאות השיפוטיות מחמירות את העונשים על עבירות מסוימות כשהן סוברות שהן הפכו ל"מכות מדינה", וזאת כדי להרתיע אחרים מביצוע עבירות דומות. על כן, בהיעדר קריטריונים ברורים להגדרת תופעה כ"מכת מדינה", השימוש במושג זה עלול להוביל להחמרת ענישה במקרים שבהם אין צורך אמיתי בכך.

מהלך המאמר יהיה כדלקמן: **בפרק ב** אדון בפרשנות המושג "מכת מדינה". פרק זה יחולק לשלושה תתי-פרקים: בתת-הפרק הראשון יוצגו מקור המושג "מכת מדינה" והגדרתו הלשונית; בתת-הפרק השני יוצגו פרשנותו של המושג ותכלית השימוש בו על ידי בתי המשפט והמחוקק; ותת-הפרק השלישי יוקדש לניסיון לזקק פרשנות חד-משמעית למושג "מכת מדינה". **בפרק ג** יוצגו פסק הדין בעניין כאברי וההלכה שנקבעה בו

* בעל תואר בוגר ותואר מוסמך במשפטים, אוניברסיטת תל אביב. גלגולו הראשון של מאמר זה היה בסמינר בנושא "משפט פלילי" בהנחייתו של פרופסור יואב ספיר, שתודתי נתונה לו. אני מודה גם למערכת כתב העת **המשפט** אשר סייעה לי רבות בכתיבת המאמר.

¹ פרוטוקול ישיבה 634 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 24 (12.6.2018) (שאלתו של חבר הכנסת זאב בנימין בגין ממפלגת הליכוד ותשובתו של יו"ר הוועדה ניסן סלומינסקי על אודות המלחמה בהחזקת נשק בלא רשות על פי דין).
² ראו ה"ש 119 להלן.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בעניין השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי בית המשפט.³ בפרק ד אסביר כיצד ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין כאברי גורמת לשימוש שגוי במושג "מכת מדינה" בבתי המשפט. בפרק זה אבחן האם עבירות שונות אשר הוגדרו על ידי בית המשפט כ"מכות מדינה" הן אכן "מכות מדינה". בנוסף, בפרק זה אציע שתי סיבות לכך שהמחוקק והערכאות השיפוטיות מאפיינים תופעות כ"מכות מדינה", חרף העובדה שעל פי הנתונים תופעות אלו אינן "מכות מדינה". הסיבה הראשונה היא יוריסטיקת הזמינות, והסיבה השנייה היא השימוש ב"מושג שסתום" במשפט. בפרק ה אבחן שני מתחים המתעוררים באופן משמעותי עת בתי המשפט משתמשים במושג "מכת מדינה": הראשון הוא המתח בין השימוש במושג "מכת מדינה" ושיקול ההרתעה העומד בבסיסו לבין תיקון 113 לחוק העונשין. השני הוא המתח שבין שיקול ההרתעה הכללית אשר עומד בבסיס השימוש במושג "מכת מדינה" לבין עקרון החוקיות ומודל ההליך ההוגן. בפרק ז יוצגו ההשלכות של ההחמרה בענישה בעקבות השימוש במושג "מכת מדינה". בפרק ח אציג המלצות ופתרונות ראויים למצב המצוי. פרק ט יוקדש לסיכום ומסקנות.

ב. על פרשנות המושג "מכת מדינה"

כפי שהוצג לעיל, השימוש במושג "מכת מדינה" נפוץ מאוד במדינת ישראל. ניתן למצוא את השימוש במושג זה בעיתונות,⁴ בבתי המשפט,⁵ בשיחות סלון וכולי. אך מהי משמעות המושג "מכת מדינה"? באופן מפתיע, על אף השימוש החוזר ונשנה במושג זה בספרה המשפטית בכלל ובספרה הפלילית בפרט, כפי שיפורט בהמשך המאמר, אין בחקיקה או בפסיקה הגדרה חד־משמעית למושג.

העובדה כי למושג "מכת מדינה" אין הגדרה חד־משמעית מעוררת קשיים לא מעטים. קשיים אלו מחריפים עוד יותר מאחר שעיקר השימוש במושג זה מתבצע בספרה של המשפט הפלילי. ללא הגדרה ברורה למושג "מכת מדינה", השימוש בו מוביל לחוסר ודאות משפטית. חשיבותה של הוודאות המשפטית כאשר מדובר במשפט הפלילי כבר נדונה בספרות המשפטית.⁶ נורמות פליליות שאינן ברורות דיין מפירות את עקרון החוקיות⁷ ומונעות הכוונת התנהגות של הפרטים בחברה. מדובר בקרקע פורייה לפגיעה בזכויות אדם ובעקרונות יסוד שונים בדין הפלילי (כפי שיפורט בהמשך המאמר).

כפי שהסביר השופט כהן, הדבר החשוב ביותר עבור משפטן הוא הבנה טובה של השפה, ואילו הדרך הטובה ביותר להבין שפה היא על ידי הגדרות ברורות של מילים ומושגים.⁸ על כן, חלק זה של המאמר יבקש להתחקות אחר משמעותו של המושג "מכת מדינה" וליצוק לה תוכן חד־משמעי. זאת, במטרה לבחון בהמשך המאמר אם השימוש שעושים בתי המשפט במושג הוא שימוש ראוי ונכון, או שמא נרחב מדי, עד כי תופעות עברייניות רבות מדי מוגדרות כ"מכות מדינה".

³ ע"פ 5535/12 כאברי נ' מדינת ישראל (נבו 1.5.2013).

⁴ ראו למשל אלון חכמון "מכת מדינה: עובדת בגן ילדים בראש העין נעצרה בחשד לתקיפת ילד" מעריב (12.6.2023) <https://www.maariv.co.il/news/law/Article-1014452>; מערכת ישראל היום "מכת מדינה: גבר נפצע הלילה באורח קשה באירוע אלימות בלוד" ישראל היום (22.1.2023) <https://www.israelhayom.co.il/news/crime/article/13608783>; הדר גיל"עד "האלימות בכביש, מכת מדינה: הוא תלש אותי מהאוטו כאילו אני בובת סמרטוטים" Ynet (13.12.2022) <https://www.ynet.co.il/news/article/r1fufwgi00s>.

⁵ ראו למשל ע"פ 2165/23 מדינת ישראל נ' בלאל, פ"ס 10 לפסק הדין של השופט אלרון (נבו 4.5.2023); ע"פ 5736/22 עסאספה נ' מדינת ישראל, פ"ס 45 לפסק הדין של השופט שטיין (נבו 18.5.2023).

⁶ ראו מיכל טמיר ויוני לבני "הסדר טיעון הוא הסדר טיעון: עבר, הווה, עתיד" חוקים ו 49, 87 (2014) וההפניות שם; גבריאל הלוי "עקרון החוקיות וחוקיות בדיני העונשין בישראל" קרית המשפט ח 335, 354 (התשס"ט).

⁷ אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 26 (1996): "בתחום הפלילי דווקא, כחלק מעקרון החוקיות עצמו, נדרשת שמירה על ודאות, על ביטחון ועל יכולת תכנון מראש של התנהגות הפרט".

⁸ חיים ה' כהן המשפט 1 (משה ברש עורך, מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת 1996): "ראשית חוכמה של איש המשפט היא חוכמת הלשון, וראשית חוכמת הלשון היא חוכמת ההגדרה. איש המשפט נוקט מונחים 'משפטיים' - מונחים העשויים לשמש מכשיר להגיע בדרך משפטית לידי תוצאה משפטית; וסימרה היכר של המונח המשפטי הוא שחייב להיות מוגדר מראש".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הניסיון לפרש את השימוש במושג "מכת מדינה" בפסיקה ובחקיקה יתבצע תוך ניסיון לאפיין מושג זה באמצעות בחינת השימוש שנעשה בו בפסקי דין ובהליכי חקיקה. הליך הפרשנות המוצע במאמר יתבצע בהתחשב בלשונו ובתכליתו של המושג "מכת מדינה".⁹ לאור זאת, הליך הפרשנות יתבצע בעזרת מקורות שונים: מטרת שני המקורות הראשוניים תהיה לסייע במציאת הפרשנות הלשונית של המושג, ומטרת שני המקורות האחרים תהיה לסייע במציאת תכלית השימוש במושג.

המקור הראשון אשר יוצג לצורך "זיקוק" פרשנות לשונית למושג "מכת מדינה" הוא מקורו ההיסטורי של המושג. המקור השני יהיה הפרשנות המילונית שהוענקה למושג והשימוש שנעשה בו בכלי התקשורת. המקורות השלישי והרביעי, שנועדו למצוא את תכלית השימוש במושג, יהיו בחינת השימוש שנעשה במושג "מכת מדינה" הן על ידי בתי המשפט, הן על ידי המחוקק, בהתאמה. בעזרת מקורות מגוונים אלו, ניתן יהיה לבחון בצורה המיטבית את השימוש שנעשה במושג "מכת מדינה" ולתת בו סימנים.

ב.1. מקור המושג והגדרתו הלשונית

מקורו של המושג "מכת מדינה" מצוי במשנה במסכת בבא מציעא ט, ו. לפי המשנה: "המקבל שדה מחברו ואכלה חגב או נשדפה, אם מכת מדינה היא מנכה לו מן חכורו, אם אין מכת מדינה, אינו מנכה לו מן חכורו".

משנה זו עוסקת בהתקשרות שבין בעל שדה לבין שוכר ששכר ממנו את השדה לצורך גידולי חיטה. בעניין זה, המשנה קובעת כי אם הייתה "מכת מדינה" של חגבים או חמסין שגרמו נזק לשדה, השוכר זכאי להפחית מדמי השכירות שהיה צריך לשלם למשכיר. מכאן, שבמשנה ההתייחסות למושג "מכת מדינה" אפיינה דווקא את הספרה החוזית, ומה שאפיין "מכת מדינה" בספרה זו הוא העובדה ששני הצדדים לחוזה לא גרמו להתרחשותו של האירוע המזיק ואף לא צפו שיתרחש, ולכן המושג עשוי לספק מעין הגנה משפטית עבור השוכר להפחתת דמי השכירות.¹⁰ כלומר, המושג "מכת מדינה" שימש בעבר על מנת לתאר מעין אירועי "כוח עליון" שהתרחשו בעוצמה גבוהה והיו בעלי השפעה רבה על המצב הקיים. בגמרא קיימת מחלוקת בין הפרשנים השונים בנוגע לשאלת הגדרת המושג "מכת מדינה", ובפרט ביחס לגודל האסון המפתיע שנדרש על מנת לקבוע שאכן התרחשה "מכת מדינה".¹¹

עתה, תוצג ההגדרה המילונית למושג "מכת מדינה", שתשמש, בהתאם לדבריו של השופט כהן שהובאו לעיל, להגדרה המשפטית של המושג "מכת מדינה". על פי האקדמיה ללשון העברית, משמעות המושג "מכת מדינה" היא "ליקוי חברתי רב־ממדים".¹² במקביל, מילון אבניאון מגדיר "מכת מדינה" בעזרת ארבע פרשנויות שונות:¹³ הראשונה היא "צרת רבים, אסון או פגע שפגע בכלל (על יסוד בבא מציעא ט ו); השנייה היא "תופעה שלילית שרבים נגועים בה"; השלישית היא "ליקוי התבואה על ידי ארבה או שידפון, שפשט בכל הסביבה: המקבל שדה מחברו ואכלה חגב או נשדדה אם מכת מדינה היא – מנכה לו מן חכורו (בבא מציעא ט, ו)"; והרביעית היא "ליקוי חברתי רב־ממדים: [דוגמה] המירוץ אחר הכסף הפך למכת מדינה".

⁹ הליך הפרשנות במאמר יבוצע תוך שימת דגש על חשיבותה של הוודאות במשפט הפלילי ותוך ניסיון לשמור על עקרון החוקיות במשפט הפלילי.

¹⁰ הרב אופיר שירה: "מכת מדינה: קורונה - סיכול חוזי שכירות בתים עקב מגפת הקורונה" **מרכז תורה ומדינה** (נריה גוטל עורך ראשי 2020) <https://did.li/XImZH>.

¹¹ שם. רבי יהודה הגדיר "מכת מדינה" כאירוע שבו האסון פקד את כל האזור, כלומר לפחות מכה שפגעה ברוב השדות, בעוד עולא הגדיר זאת כמכה שפגעה בכל השדות הסמוכים לשטח הנשכר. במקביל בהלכה נאמר כי המהר"ם קבע שרק אם כל העיר הוכתה נחשב הדבר ל"מכת מדינה".

¹² "על המילה מכת מדינה" **האקדמיה ללשון העברית** <https://katzn.net/e1b167>.
¹³ "מכת מדינה" **מילון אבניאון – מילון עברי עברי** (איתן אבניאון עורך ראשון) <https://katzn.net/999229>.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

אם כן, שני המילונים התייחסו ל"ליקוי חברתי רב-ממדים". בנוסף, גם שאר ההגדרות במילון אבניאון מלמדות על תופעה בתפוצה רחבת היקף ורב-ממדים. כמו כן, באופן דומה לשימוש שנעשה במושג בהקשרו ההיסטורי, המושג נועד לאפיין תופעה שלילית.

אך האם בפירושו המודרני של המושג "מכת מדינה" מדובר על מעין תופעה שלילית אשר מקורה בבני החברה עצמה, או שמא מדובר על תופעה שמקורה לא בבני החברה, קרי חיצונית לחברה? נראה כי הפרשנות המילונית של המושג "מכת מדינה" יכולה לשאת פרשנויות שונות מבחינה לשונית, ולכן אבחן את השימוש שנעשה במושג זה בתקשורת המודרנית.

ביולי 2023 התפרסמה באתר החדשות מעריב כתבה הנושאת את הכותרת "מכת מדינה: שתי צעירות מהדרום אושפזו עקב שימוש בגז קצפות"¹⁴. בכתבה מדווח כי זהו המקרה השני בתוך חודש שבו צעירים אושפזו עם נזקים בריאותיים עקב שימוש ב"גז קצפות". עוד מדווח כי השימוש בגז האמור, הנפוץ בעיקר בקרב ילדים ובני נוער, עלול להוביל לתופעות לוואי קשות כמו פגיעה בהכרה, פגיעות נוירולוגיות, חרדה, הזיות וכולי.

באותו החודש התפרסמה כתבה באתר החדשות של ערוץ 14 אשר נשאה את הכותרת "מכת מדינה: תושבת רמת גן נעצרה בחשד להתעללות בפעוטות בגן בעיר"¹⁵. בכתבה דווח כי "גל ההתעללות בגנים נמשך" וכי המשטרה חוקרת חשד להתעללות בפעוטות בגן ילדים ברמת גן.

בחודש מאי באותה השנה התפרסמה באתר החדשות האינטרנטי YNET כתבה אשר סיקרה את תופעת מקרי הרצח בחברה הערבית, אשר הוגדרה על ידי כותבי הכתבה "מכת מדינה"¹⁶. על פי כותבי הכתבה, שנת 2023 הסתמנה כשנה האלימה ביותר בחברה הערבית, שנה שבה נפרצו כל הגבולות. בכתבה מדווח כי מתחילת שנת 2023 ועד פרסום הכתבה נרצחו 70 בני אדם בחברה הערבית, ונראה כי "איש לא חסין – עבריינים וחפים מפשע, נשים וגברים, ילדים ומבוגרים".

מכאן, בחינת השימוש במושג "מכת מדינה" בכלי התקשורת המודרניים מראה כי השימוש במושג "מכת מדינה" מאופיין בניסיון לתאר תופעה שלילית בתפוצה רחבת היקף ורב-ממדים, זאת בדומה לפירושו המילוני ושימושו ההיסטורי של המושג אשר הוצגו לעיל. באשר למקור המושג "מכת מדינה", בחינת השימוש שנעשה במושג בכלי התקשורת חושפת כי בהקשרו המודרני, שימושו הנפוץ של המושג נועד כדי לתאר תופעה אשר מקורה בבני החברה עצמה.

לסיכום, סקירת הפרשנות ההיסטורית, המילונית והתקשורתית של המושג מעלה כי הפרשנות המילולית המודרנית של המושג היא **תופעה שלילית בתפוצה רחבת היקף ורב-ממדים אשר מקורה בבני החברה עצמה**. לאור פרשנות זו, אבקש לבחון את תכלית השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט והמחוקק. זאת על מנת לאפיין בצורה הטובה ביותר את המושג בהקשרו המשפטי.

¹⁴ ארנוולד נטיב וסתיו נמר "מכת מדינה: שתי צעירות מהדרום אושפזו עקב שימוש בגז קצפות" מעריב (4.7.2023) <https://katzr.net/00a032>

¹⁵ "מכת מדינה: תושבת רמת גן נעצרה בחשד להתעללות בפעוטות בגן בעיר" ערוץ 14 (26.7.2023) <https://katzr.net/790795>

¹⁶ חסן שעלאן ונינה פוקס "מכת מדינה: הזינוק במספר הנרצחים הערבים – והרוצחים שעדיין חופשיים" Ynet (6.5.2023) <https://katzr.net/330717>

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ב.2. פירוש המושג על ידי בתי המשפט והמחוקק

בחקיקה הישראלית לא קיימת הגדרה למושג "מכת מדינה", ועל כן קיים חשש שכל שחקן בספרה המשפטית יפרש מושג זה כראות עיניו. על כן, יוצג אופן השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט הישראליים, וזאת כדי לחשוף את תכלית השימוש במושג.

בפסק הדין בעניין **גנימאת**, שבו דן בית המשפט בשאלה אם העובדה שפלוגי עבר עבירה שהוגדרה על ידי בית המשפט כ"מכת מדינה" היא כשלעצמה סיבה למעצרו של פלוגי, השופט ברק פסק כי יש להגדיר תופעה כ"מכת מדינה" כאשר מדובר על התפרצות של עבירות מסוג מסוים באופן אשר סוטה מהותית מרמת הפעילות העבריינית הנוהגת.¹⁷ נראה כי מדובר על הגדרה רחבה מאוד (שעשויה לכלול תופעות רבות) שעיקרה הוא תופעה ש"ריבוייה סוטה באופן מהותי מרמת הפעילות העבריינית הנוהגת".

בפסקי דין שונים שניתנו אחרי עניין **גנימאת** המושג "מכת מדינה" קיבל פרשנות שונה מזו של ברק. בפסק הדין בעניין **קריף** קובע המשנה לנשיאה הנדל כי "לעיתים נכון להחמיר בענישה בגין סוגים מסוימים של עבירות בשל אופיין, ויש שנכון להחמיר בענישה בגין ביצוע עבירות מסוימות הואיל ובתקופה הרלוונטית הן הופכות לנפוצות ושגרתיות יותר, עד כי יש לסווגן כ'מכת מדינה'".¹⁸ כך בפסק הדין בעניין **טומבק** קובעת השופטת ארבל: "אלמנות נגד נשים הפכה זה מכבר ל'מכת מדינה', ומספר הגברים הנוהגים באלמנות כלפי נשותיהם הולך וגובר".¹⁹ באופן דומה בפסק הדין בעניין **כהן** קובעת השופטת נאור: "מפרוטוקול הדיון של הוועד המרכזי עולה כי ניסיונות להתקבל במירמה ללשכה הפכו ל'מכת מדינה', ויש יותר ויותר מקרים שבהם אנשים סוללים את דרכם ללשכה בדרך של מירמה, זיוף ושימוש במסמכים כוזבים".²⁰

מתוך העיון בשימוש במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט נראה כי שימוש זה עולה בקנה אחד עם הפרשנות המילולית אשר הוצגה בפרק ב.1. לעיל. בתי המשפט מסכימים כי "מכת מדינה" היא **תופעה שלילית בתפוצה רחבת היקף ורבת-ממדים אשר מקורה בבני החברה עצמה**. כמו כן, נראה שבתי המשפט משתמשים במושג מכת מדינה כדי לאפיין **תופעה עבריינית שיש שאיפה לצמצמה בעוד היקפה הולך וגובר**, ללא התייחסות ל"רמת העבריינות הנוהגת" שאליה התייחס השופט ברק בעניין גנימאת.

עד כה, בחינת פרשנותו המילונית של המושג "מכת מדינה" וכן בחינת תכלית השימוש במושג על ידי בית המשפט מעלות כי מדובר **בתופעה שלילית בתפוצה רחבת היקף ורבת-ממדים אשר מקורה בבני החברה עצמה שיש שאיפה לצמצמה, בעוד היקפה הולך וגובר**.

בטרם אסקור את השימוש במושג "מכת מדינה" לפי המחוקק הישראלי, יובא ציטוט מוועדת החוקה, חוק ומשפט: "מכת מדינה זה לא הגדרה בחוק, אין חוק מכות מדינה או משהו בדומה לזה שכך אפשר להגדיר את העניין הזה".²¹ למרות זאת, אבקש להציג קטעים מדיונים שונים בוועדות הכנסת שבעזרתם אבקש "לזקק" את תכלית השימוש במושג "מכת מדינה".

במהלך דיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט בנושא חקיקת עונשי מינימום בעבירות של תקיפה או התעללות בקטינים או חסרי ישע ציין חבר הכנסת אופיר כץ כי מספר המקרים הנוגעים לתקיפה או התעללות בקטינים

¹⁷ בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פס' 24 לפסק הדין של השופט ברק (נבו 1995.6.4). (להלן: עניין **גנימאת**): "מכת מדינה משמעותה 'התפרצות של עבירות מסוג מסויים וריבויין באופן הסוטה מהותית מרמת הפעילות העבריינית הנוהגת. לעיתים התופעה היא חולפת לעיתים התופעה אינה מרפה. לעיתים התופעה סיסטמטית, לעיתים היא ספורדית".

¹⁸ ע"פ 6383/21 **קריף נ' מדינת ישראל**, פס' 3 לפסק הדין של השופט הנדל (נבו 2022.2.13).

¹⁹ בש"פ 1360/07 **מדינת ישראל נ' טומבק**, פס' 8 לפסק הדין של השופטת ארבל (נבו 2007.6.3).

²⁰ על"ע 9846/03 **כהן נ' לשכת עורכי-הדין, הוועד המרכזי**, פס' 15 לפסק הדין של השופטת נאור (נבו 2004.2.8).

²¹ פרוטוקול ישיבה 36 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24 (28.7.2021).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.
גדל מיום ליום, כך שהתופעה הפכה לתפיסתו ל"מכת מדינה". חבר הכנסת כץ אף ציין כי לא עובר יום שבו חברי הכנסת אינם נחשפים ל"פוש" (נוטיפיקציה) על התעללות שכזו מערוץ תקשורת כזה או אחר. לטענתו, אין עבירה הראויה יותר מזו להיות מוגדרת כ"מכת מדינה".²²

דוגמה נוספת ניתן למצוא בדבריו של חבר הכנסת אחמד טיבי בדיון המליאה על אודות הנשק בחברה הערבית. חבר הכנסת טיבי טען כי הפשיעה והשימוש בנשק בחברה הערבית מצויים במגמת עלייה. הוא מתאר את המצב כמכת חברה אשר הופכת למכת מדינה. לטענתו, הרשויות אינן מצליחות להתמודד עם התופעה, וכמעט בכל יישוב ניתן למצוא סממנים שלה.²³

מתוך הדברים שהובאו לעיל, ניתן להבין שתכלית השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי המחוקק היא שימוש רטורי אשר נועד להצדיק מענה חקיקתי למניעת התגברות של עבירה מסוג מסוים, כאשר הישנות העבירה ממשיכה להתגבר ולצמוח, והתופעה מתרחשת לא ביישוב ספציפי או במקום יחיד, אלא מופיעה ומשפיעה על החברה בכללותה.²⁴ כמו כן, "מכת מדינה" עשויה להיות מלווה בהיבטים נוספים, כגון קושי למגר את התופעה או פגיעה בקורבנות הנתפסים כחסרי הגנה. יושם לב לשימוש שעושה חבר הכנסת טיבי בהבחנה בין מכת חברה למכת מדינה, קרי לדבריו, גם אם תופעה מתרחשת רק במגזר מצומצם יחסית (חברה ספציפית), נוכח חומרתה, השפעתה הפוטנציאלית על נורמות ההתנהגות בחברה והשפעתה על דמות החברה, עשויה גם היא להפוך ל"מכת מדינה".

3.3. ניסיון לזקק פרשנות חד־משמעית למושג "מכת מדינה"

חלק זה של המאמר ינסה לשלב בין הפרשנויות השונות והשימושים השונים אשר הוצגו לעיל, דהיינו בין השימוש במושג "מכת מדינה" בידי המחוקק ובתי המשפט לבין הפרשנות המילולית של המושג "מכת מדינה" כפי שהוצגה במילונים ובתקשורת. סינתזה זו מטרתה להציג הגדרה מדויקת, ברורה ורלוונטית ביותר למושג "מכת מדינה". זאת על מנת שבפרקים הבאים הגדרה זו תשמש כלי לבחינה אם במקרים שונים השימוש שנעשה במושג זה קולע להגדרה של המושג "מכת מדינה", או שמא ישנו שימוש יתר במושג, הגורם לאפיון תופעות כ"מכות מדינה" על אף שאינן כאלו בפועל.

בבחינה של מקור המושג "מכת מדינה" ובבחינה של ההגדרה המילונית המודרנית למושג נראה כי הפרשנות המילולית של המושג היא "תופעה שלילית בתפוצה רחבת היקף ורבת־ממדים אשר מקורה בבני החברה עצמה". בדומה לכך, גם בחינת תכלית השימוש במושג במערכת המשפט מלמדת כי השימוש בו נעשה כדי לאפיין "תופעה שלילית המשפיעה על החברה בכללותה, וכן שמדובר על תופעה שהיקפה גובר, ומתרחשים יותר ויותר מקרים מסוג זה". באשר לשאלת מקור התופעה, נראה שבעוד מקור המושג התייחס לתופעות טבע, חלק מההגדרות המילוניות, השימוש בתקשורת וגם השימוש הנעשה על ידי בתי המשפט והמחוקק מתייחסים לתופעה שלילית שמקורה בהתנהגותם של הפריטים בחברה.

מתוך אלו, הפרשנות וההגדרה המייצגות ביותר עבור המושג "מכת מדינה" יהיו: "תופעה שלילית, אשר מקורה בהתנהגות בני החברה, הפוגעת בחלקים רחבים של החברה, היקפה ממשיך להתרחב, ויש שאיפה למגרה". דהיינו, מדובר על תופעה בעלת חמישה אלמנטים: הראשון הוא "תופעה שלילית"; השני הוא

²² פרוטוקול ישיבה 251 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-24, 4 (6.4.2022): "מספר המקרים גדל מדי יום והנושא הכאוב הפך למכת מדינה – ואני מקווה שכולם בחדר הזה מבינים שזו מכת מדינה. כל אחד מאתנו רואה כמעט כל יום איזה פוש מערוץ תקשורת אחר על התעללות, על תלונה. כמעט כל יום יש מקרה של התעללות, של תקיפה, ואם את זה לא נגדיר כמכת מדינה שמצריכה טיפול שורש אז אני כבר לא יודע מה זה מכת מדינה".

²³ פרוטוקול ישיבה 328 של הכנסת ה-20, 7 (7.5.2018): "הפשיעה והנשק המשתולל ביישובים הערביים. מדובר במכת חברה, אבל היא גם מכת מדינה. הרשויות אינן מצליחות להדביר את התופעה או לצמצם אותה; הנשק משתולל, כנופיות כמעט בכל יישוב".
²⁴ השימוש שעושה המחוקק במושג מכת מדינה נעשה במהלך דיונים, בהצעות חוק ובדברי הסבר. המושג "מכת מדינה" אינו מוזכר במפורש בחקיקה הישראלית.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

"שמקור התופעה בהתנהגות בני החברה"; השלישי הוא "שהתופעה פוגעת בחלקים רחבים של החברה"; הרביעי הוא "שהיקף התופעה ממשך להתרחב"²⁵; והחמישי הוא "שיש שאיפה למגר את התופעה".

חשוב לציין כי מדובר בחמישה מבחנים מצטברים. הסיבה לכך היא שללא כל אחד מהיסודות המופיעים בהגדרה שלעיל, אין מדובר על "מכת מדינה", אלא על תופעה שונה. כך למשל, אם אין מדובר על תופעה שלילית, אז אין צורך לכנותה כ"מכה"; ואם תופעה שלילית אין מקורה בהתנהגות אנושית, אזי לא ניתן למגרה מבחינה משפטית והיא אינה עוסקת בדיני העונשין; כמו כן, אם תופעה שלילית אינה פוגעת בחלקים נרחבים ומשמעותיים בחברה, אזי אין מדובר על מכת "מדינה", אלא על אירועים פליליים נקודתיים; ובנוסף, אם תופעה שלילית אינה מתרחבת ומתעצמת, אזי אין צורך לנסות ולצמצמה. ומכאן, שההגדרה המוצגת תואמת באופן המשקף ביותר את המאפיינים שהוענקו לתופעות שהוגדרו כ"מכות מדינה" במהלך השנים.

לקראת סיום חלק זה אבקש להעיר שתי הערות. ההערה הראשונה היא כי הגדרת המושג "מכת מדינה" המוצעת לעיל עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשפט הפלילי. ההגדרה המוצעת אינה פוגעת בעקרון החוקיות, בעקרון השיוריות, בעקרון הערך המוגן או בעקרון האשמה – שכן מדובר בהגדרה ברורה וחד משמעית אשר מטרתה היא להכווין את בתי המשפט כיצד יש להגדיר "מכות מדינה" בצורה ברורה ומצמצמת.²⁶ מדובר בהגדרה שאינה פוגעת בחירות הפרט, שמיועדת לתופעות חמורות שהמשפט מבקש לצמצמן ושנועדה להגן על ערכים חברתיים מוגנים. יתר על כן, ההגדרה המוצעת עולה בקנה אחד עם הצורך ביצירת ודאות במשפט הפלילי, שכן הגדרה חד משמעית ופשוטה תוכל להוות מקור יחיד שבעזרתו יפרשו השחקנים השונים את המושג "מכת מדינה".

ההערה השנייה היא שראוי כי המושג "מכת מדינה" יחול רק כדי לאפיין עבירה ספציפית, ולא כדי לאפיין קבוצת אוכלוסייה מסוימת או אזור גאוגרפי מסוים. עקרון האחידות בענישה (אשר על אודותיו יפורט בהמשך המאמר) נועד להבטיח כי בית המשפט לא יטיל על פלוני עונש שונה במידה משמעותית מהעונש שיטיל על אלמוני בגין אותה העבירה כאשר יתר הנסיבות שאותן צריך בית המשפט לשקול בקביעת העונש דומות.²⁷ מכאן, ברור שלא ראוי כי העובדה שקבוצת אוכלוסייה מסוימת פושעת יותר מקבוצת אוכלוסייה אחרת, מבחינה סטטיסטית, תוביל לענישה מחמירה יותר של פריטים מאותה קבוצת אוכלוסייה. כך לשם הדוגמה, ברור כי לא ראוי להעניש את פלוני בעונש מחמיר יותר מאלמוני רק כי יתברר שאנשים ששם הפרטי הוא פלוני פושעים מבחינה סטטיסטית יותר מאנשים ששם הפרטי הוא אלמוני. לכן ברור שלא ניתן להגדיר אזור גאוגרפי מסוים או אוכלוסייה מסוימת כ"מכת מדינה" רק כי מבחינה סטטיסטית תופעות עברייניות מתרחשות בהם יותר.

מתוך הגדרת המושג, עולה השאלה מהם הנתונים שהרשויות בוחנות כאשר הן מבקשות לאפיין תופעה כ"מכת מדינה"? כפי שיוצג להלן, בהלכת כאברי בית המשפט העליון קיבע פרקטיקה – שעד מתן פסק הדין לא הייתה הלכה מחייבת – המאפשרת להגדיר תופעות כ"מכות מדינה", על אף שבפועל, אין להגדרה כזו בסיס נתונים מהימן.

²⁵ ניתן לטעון כי "מכת מדינה" עשויה להיות תופעה שהיקפה אינו גובר, אלא סטטי או אפילו מצטמצם, אך מכיוון שהיקפה עדיין רחב, נרצה לאפיין אותה כמכת מדינה. עם זאת, בחינת תכלית השימוש במושג על ידי בתי המשפט העלתי כי מדובר בתופעה שהיקפה ממשך להתרחב, ועל כן במאמר זה איצמד לשימוש הנעשה במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט.

²⁶ להרחבה ראו, בועז סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 57–66 (2020).
²⁷ ראו למשל ע"פ 4450/11 **עספור נ' מדינת ישראל**, פס" 8 לפסק הדין של השופט גרוניס (נב 8.2.2012): "עקרון מוכר בדין הפלילי הינו עקרון אחידות הענישה, לפיו יש להחיל עונשים דומים על מקרים דומים מבחינת סוג העבירות, אופיין ונסיבותיו האישיות של הנאשם. מטרתו של עקרון זה הינה להבטיח שוויונם של נאשמים בפני החוק ולמנוע שרירות בענישה".

ג. פסק דין כאברי – השימוש במושג "מכת מדינה" מתוך "תחושת בטן"

בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת כאברי התקבלו באופן חלקי ערעוריהם של שני מבקשי מקלט בישראל (האחד מסודן והאחר מאריתראה) שהורשעו בעבירות שוד של מכשירי פלאפונים חכמים מעוברות אורח.²⁸ בית המשפט העליון סבר כי בית המשפט המחוזי החמיר יתר על המידה בעונשם של המערערים וקבע שהעונשים שהוטלו עליהם לא עלו בקנה אחד עם עקרון ההלימה, הנחשב עיקרון מרכזי בקביעת העונש לאחר תיקון 113 לחוק העונשין.²⁹ מכאן, שהערעור התקבל באופן חלקי, ובית המשפט הורה על הקלה ברכיב המאסר שהושת על המערערים.

בית המשפט המחוזי ביסס את גזר הדין המחמיר שהושת על המערערים על הקביעה כי בשנה שקדמה למתן פסק הדין התופעה של מעשי שוד או אלימות על ידי עובדים זרים, פליטים או מהגרי עבודה, התגברה והפכה למכת מדינה. לפי בית המשפט: "אין שבוע בו לא מתקיים דיון בו מעורב אזרח זר במעשה אלימות או מעשה שוד".³⁰ על כן, נקבע שיש צורך להעביר מסר חד-משמעי כי בית המשפט לא ייתן יד למצב שבו אנשים מפחדים לצאת מביתם וללכת ברחובות העיר.

אחת מן הטענות אשר עלו בערעור הייתה כי לא הונחו לפני בית המשפט המחוזי נתונים עובדתיים אמפיריים לכך שאכן קיימת תופעה של פשיעה מוגברת בקרב אוכלוסיית הזרים – "מכת מדינה". דחינו, לטענת המערערים שגה בית המשפט המחוזי כאשר ביסס את קביעתו העובדתית בדבר התקיימותה של "מכת מדינה" והתגברות תופעת מעשי שוד בקרב מבקשי המקלט ועובדים זרים על התרשמות נקודתית או "תחושות בטן" בלבד.³¹ יתר על כן, באי כוח המערערים ביקשו להציג נתונים אמפיריים אשר מפריכים את הטענה בדבר התקיימותה של "מכת מדינה" ובמקביל מוכיחים כי שיעור הפשיעה בקרב מבקשי המקלט הוא נמוך משיעור הפשיעה בקרב האוכלוסייה הכללית.³²

בהחלטתו דן השופט דנציגר בשאלה אם רשאי היה בית המשפט המחוזי להתייחס אל העבירות שבנדון כאל "מכת מדינה", אם לאו. זאת, כאשר לא הובאו לפני בית המשפט נתונים אמפיריים, ובית המשפט קבע את שקבע על יסוד "תחושות בטן", או במילותיו של השופט דנציגר: "הסתמכות על התרשמות ממספר והיקף התיקים הדומים בהם הוא דין".

בהתאם להחלטת השופט דנציגר, תוך הסכמתם של השופט רובינשטיין והשופט שהם, יש לאפשר לבית המשפט שיקול דעת להסיק מסקנות על אודות התגברותה של עבירה פלילית מסוימת, וזאת גם אם לא הובאו לפני בית המשפט נתונים עובדתיים-אמפיריים אשר תומכים בטענה כי מדובר במכת מדינה.³³ הכרעה זו נכתבה תוך שימת דגש על כך שעל בית המשפט לנקוט מידת זהירות מוגבלת בטרם יגדיר תופעה עבריינית זו כ"מכת מדינה", כיוון שקיים חשש לכך שהשופט יהיה חשוף להטיות שונות.³⁴

השופט רובינשטיין, אשר הצטרף לחוות דעתו של השופט דנציגר, חידד גם הוא שקיימת העדפה לקבלת מידע אמפירי על אודות נתוני הפשיעה מן הפרקליטות והמשטרה. הוא סבר כי על המדינה להתאמץ תדיר לאסוף מידע רלוונטי על אודות נתוני הפשיעה ועליה להעבירו לבתי המשפט. עם זאת, גם לטעמו לבית המשפט קיים

²⁸ עניין **כאברי**, לעיל ה"ש 3, בפסי' 3 לפסק הדין של השופט דנציגר.

²⁹ שם, בפסי' 12 לפסק הדין של השופט דנציגר. להרחבה על אודות תיקון 113 ראו פרק ה.1. להלן.

³⁰ ת"פ (מחוזי ת"א) 37941-01-12 **מדינת ישראל נ' אנגוסום** (נבו 30.05.2012).

³¹ עניין **כאברי**, לעיל ה"ש 3, בפסי' 7 לפסק הדין של השופט דנציגר.

³² שם.

³³ שם, בפסי' 13 לפסק הדין של השופט דנציגר: "יש לאפשר לערכאה הדיונית מרווח שיקול דעת וגמישות להסיק מסקנות אודות התגברותה של תופעת פשיעה בתחום עבריינות מסוים, וזאת אף אם לא הובאו לפני נתונים עובדתיים-אמפיריים חד משמעיים".

³⁴ אעיר כי יש לתהות אם לדעת השופט דנציגר יש חשש להטיה, למה מידת הזהירות שאותה על השופט לנקוט היא מוגבלת.

חוש מומחיות רלוונטי אשר נובע מהיחשפותו של בית המשפט לתיקים פליליים רבים מתוקף תפקידו.³⁵ השופט שהם ביקש גם הוא להצטרף לחוות דעתו של השופט דנציגר וקבע כי הוא מייחס חשיבות רבה להתרשמותו של בית המשפט על אודות תופעה עבריינית מסוימת, וזאת בשל העובדה שבית המשפט נחשף לתיקים פליליים רבים.³⁶ לטעמו, בית המשפט רשאי להניח כי מדובר בהתגברות משמעותית של התופעה העבריינית, עד כדי "מכת מדינה". עם זאת, גם השופט שהם הסכים כי דרך המלך היא להשתית את הגדרתה של תופעה כ"מכת מדינה" על מידע אמפירי, אך כי גם ללא נתונים ומידע סטטיסטי ניתן להגדיר תופעה עבריינית כ"מכת מדינה".

יצוין שפסק הדין בעניין **כאברי** התפרסם כעשרה ימים לאחר מתן פסק הדין בעניין **כריסטיאן**, שגם בו דן השופט דנציגר, באמרת אגב, בנושא הגדרת תופעות עברייניות כ"מכות מדינה". בפסק דינו בעניין **כריסטיאן** קבע השופט דנציגר כי: "אין זה בלתי סביר כי מקום בו מזהה בית המשפט עליה משמעותית בפעילות עבריינית מסוג מסוים הוא ינקוט במענה עונשי הולם במסגרת הגשמת אחת מתכליותיה המרכזיות של מלאכת גזירת הדין – הרתעת היחיד והרתעת הרבים".³⁷

נראה כי פסק הדין בעניין **כאברי** מתבסס על הנחת יסוד, שלפיה שופטים הם בעלי יכולת לסווג בצורה נכונה אם תופעות עבריינות מסוימות הן "מכות מדינה", ואם לאו. זאת, ללא הסתמכות על נתונים עובדתיים המוצגים לפניהם, אלא לפי ניסיונם השיפוטי.³⁸ בנוסף, בפסק הדין בעניין **כאברי** בית המשפט העליון הגדיר תופעה כ"מכת מדינה" כדי לאפיין קבוצת אוכלוסייה מסוימת, ולא עבירה ספציפית – בניגוד להערת השנייה המוצגת בפרק ב.3. לעיל. כבר בהכרעה זו ישנה בעייתיות: כאמור, לאור עקרון החוקיות, הזכות לשוויון ועקרון האחידות בענישה, אשר יוצגו בהמשך המאמר, לא ראוי כי העובדה שאוכלוסיית מבקשי המקלט המוחלשת פושעת יותר מבחינה סטטיסטית תוביל לענישה מחמירה יותר של מבקשי מקלט.

הפרק הבא יבקש לבחון אם הנחת יסוד זו היא בעלת בסיס במציאות, או שמא בבחינת מקרים קונקרטיים שנדונו בבית המשפט ניתן יהיה למצוא מקרים שבהם ניתן לאתגר את האפיון של תופעות עברייניות כ"מכות מדינה" על ידי בתי המשפט.

ד. הגדרתן של עבירות כ"מכות מדינה" על ידי בתי המשפט

כפי שהוצג לעיל, בפסק דין **כאברי** אישר בית המשפט העליון את הפרקטיקה שבה השופטים בכל הערכאות יכולים להגדיר תופעות עברייניות כ"מכות מדינה", וזאת ללא נתונים סטטיסטיים, אלא מתוך "תחושת בטן" תוך נקיטת מידת זהירות מוגבלת. מכאן, יוצגו מקרים שבהם בתי המשפט הגדירו תופעה עבריינית

³⁵ שם, בפס' ב לפסק הדין של השופט רובינשטיין: "חוש המומחיות של בית המשפט רלוונטי לכשעצמו... בשל היחשפותו של בית המשפט לתיקים רבים". בעניין חוש המומחיות ראו והשוו חיים ה' כהן "ענישת צדק - הרהורים שלאחר שפיטה" פלילים א 9, 21 (התש"ן): "מסימני ההתנשאות הוא גם אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור גזר-דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושקילות ולהעמיק חשב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מיד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא ענין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש".

³⁶ עניין **כאברי**, לעיל ה"ש 2, בפס' א לפסק הדין של כבוד השופט שהם: "הנני מייחס חשיבות רבה לתחושתו והתרשמותו של בית המשפט היושב על המדוכה, אשר נחשף, פעם אחר פעם, לעניינים מסוג זה, בתדירות גבוהה מהרגיל...".

³⁷ ע"פ 3160/12 **כריסטיאן נ' מדינת ישראל**, פס' 9 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 21.4.2013).

³⁸ הפרקטיקה שבה הערכאה הדיונית קובעת שתופעה עבריינית מסוימת היא בגדר "מכת מדינה" התרשה בתפוצה רחבה גם טרם ניתן פסק הדין בעניין **כאברי**, אך קביעתו של בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **כאברי** התירה פרקטיקה זו. ליישום הלכת **כאברי** ראו ת"פ (מחוזי ב"ש) 18-07-17715 **מדינת ישראל נ' אבו סבילה**, 11 (נבו 27.5.2019) שם נקבע כי: "אף מבלי שיובאו נתונים סטטיסטיים ביחס לכך, נדמה שניתן להכתיר את תופעת גידול הסמים באזור הדרום כ"מכת אזור" כאשר מרחבי הנגב הפתוחים משמשים 'כר פורה' תרתי משמע לגידול סם...", זאת תוך הסתמכות על הלכת **כאברי**. יישום נוסף של פסק הדין בעניין **כאברי** ניתן למצוא בס' 11(3) להנחיית פרקליט המדינה 1.1 "אי פתיחה בחקירה או סגירת תיק בעילת ניסיונות העניין בכללותן אינן מתאימות לפתיחה בחקירה/להעמדה לדין" (2.9.2019): "יצוין שראוי לבסס טענה של 'מכת מדינה' על נתונים אובייקטיביים, אם כי ניתן לבסס טענה זו על יסוד ידיעה סובייקטיבית של התביעה (השוו לפסה"ד של כבוד השופט רובינשטיין בע"פ 5535/12 **כאברי נ' מדינת ישראל**)...".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

כ"מכת מדינה" על אף שתוך הסתכלות על הנתונים ניתן לאתגר אפיון זה. בהמשך הפרק יוצעו סיבות שונות אשר מובילות לקביעות שגויות אלו.

ד.1. עבירת השוד – "מכת מדינה"?

עבירת השוד היא מן העבירות החמורות ביותר בחוק העונשין הישראלי. סעיף 402(א) לחוק העונשין, המגדיר את עבירת השוד, קובע כי העונש המקסימלי למבצע עבירה זו יעמוד על ארבע עשרה שנות מאסר. בנוסף, ס' 402(ב) לחוק העונשין, המגדיר את עבירת השוד בנסיבות מחמירות, קובע כי העונש המקסימלי על ביצוע שוד בנסיבות מחמירות יהיה עשרים שנות מאסר. האם עבירת השוד הפכה ל"מכת מדינה"?

בפסק הדין בעניין **רשיד** בית המשפט המחוזי בחיפה קבע שעבירת השוד היא "מכת מדינה".³⁹ בשנת 2015 הורשע על סמך הודאתו רשיד אסלאם בן יחיא בעבירת ניסיון שוד ובעבירת השוד. לפי העובדות המתוארות בכתב האישום, בסוף שנת 2014 ניסה רשיד לשדוד טלפון סלולרי מעובר אורח בעיר עכו. רשיד חטף מידו של קורבן העבירה את הטלפון הסלולרי שלו והחל במנוסה. קורבן העבירה רדף אחר רשיד בניסיון להשיב את המכשיר, ורשיד בתגובה נשך את קורבן העבירה בצווארו. לאחר מאבק, נס רשיד מהמקום וזאת מבלי שהצליח לשדוד את רכושו של הקורבן. לאחר כשלושה ימים פנה רשיד לקורבן עבירה אחר. הפעם הצליח רשיד לשדוד את מכשיר הטלפון הסלולרי של קורבן העבירה, וגם זאת לאחר מאבק בין השניים.⁴⁰

לאחר שרשיד הורשע על סמך הודאתו, גזר בית המשפט המחוזי בחיפה את דינו. בגזר הדין העניק בית המשפט המחוזי משקל רב לסוג העבירה. לפי בית המשפט המחוזי, נוכח ממדי התופעה של שוד טלפונים ניידים מעוברי אורח תמימים, הצמיד לה בית המשפט העליון את תיבת המילים "מכת מדינה". בהמשך, הפנה בית המשפט המחוזי אל פסק הדין בעניין **פלוני**, שניתן כשלוש שנים קודם לכן על ידי בית המשפט העליון. בפסק הדין בעניין **פלוני** קבע בית המשפט העליון כי תופעת מעשי השוד בכלל, ובעיקר ככל שמדובר בשוד של מכשירים סלולריים, הפכה לתופעה שניתן להגדירה כ"מכת מדינה" כאשר חדשות לבקרים דווח על תקיפה של קורבנות על ידי שודדים המבקשים לשדוד את רכושם ולזכות ברווח כספי קל וזמין.⁴¹ לאחר שקילת כלל הנסיבות גזר בית המשפט המחוזי על רשיד 54 חודשי מאסר בפועל.

רשיד, אשר הרגיש כי העונש אשר הוטל עליו היה מחמיר מדי, ערער על גזר דינו לבית המשפט העליון.⁴² בפסק הדין של בית המשפט העליון, אשר ניתן על ידי השופט מזוז, נקבע כי אין לקבל את ערעורו של רשיד ויש להותיר את העונש שאותו גזר בית המשפט המחוזי. באשר לקביעה שעבירת השוד היא "מכת מדינה", קבע השופט מזוז כי העונש אשר הושת על המערער אינו מהקלים, אך אינו מצדיק את התערבותו של בית המשפט. זאת תוך התמקדות בכך שישנה מגמה המחמירה בענישה בגין עבירת שוד בכלל ועבירות שוד פלאפונים סלולריים בעיקר היות שהעבירה הפכה ל"מכת מדינה".⁴³

קביעת בית המשפט העליון בעניין זה לא נסמכה על נתונים סטטיסטיים בדבר מספר מעשי השוד באותה התקופה. אך האם "החוש השיפוטי" של בית המשפט הצביע נכון על כך שעבירת השוד היא "מכת מדינה"?

³⁹ ת"פ (מחוזי חי') 4226-01-15 **מדינת ישראל נ' בן יחיא** (נבו 29.6.2015).

⁴⁰ שם, בפס' 2-4.

⁴¹ ע"פ 588/13 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 13 לפסק הדין של השופט שהם (נבו 27.8.2013): "למרבה הצער, הפכו בתקופה האחרונה מעשי השוד ובעיקר ככל שמדובר בשוד של מכשירים סלולריים יקרי ערך, לתופעה שניתן להגדירה כ"מכת מדינה" כאשר חדשות לבקרים מדווחים אנו על תקיפה של קרבנות חסרי הגנה על ידי שודדים אלימים וחסרי מעצורים, המבקשים לשדוד את רכושם ולזכות ברווח כספי קל וזמין".

⁴² ע"פ 6086/15 **רשיד נ' מדינת ישראל** (נבו 17.7.2016).

⁴³ שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט מזוז.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

בבחינת הנתונים ניתן לראות כי בשנת 2013 התרחשה ירידה של 0.2% בכמות התיקים שנפתחו בשל מקרי שוד לעומת שנת 2012.⁴⁴ בשנת 2014 המשיכה מגמת הירידה במספר מקרי השוד. בשנה זו הייתה ירידה של 19.6% בתיקי עבירות שוד לעומת שנת 2013.⁴⁵ בדומה לכך, בשנת 2015 מגמת הירידה המשיכה וחלה ירידה של 10% בכמות תיקי עבירות השוד לעומת שנת 2014.⁴⁶ כלומר, עת גזר בית המשפט המחוזי את דינו של רשיד, בשנת 2015, עבירת השוד כבר לא היוותה "מכת מדינה" כפי שקבע בית המשפט המחוזי מאחר שהיקף התופעה לא התרחב, אלא הצטמצם במידה ניכרת.⁴⁷

אך מה התרחש בשנת 2016 עת דן בית המשפט העליון בערעורו של רשיד? אזכיר כי בית המשפט העליון קבע כי עבירות השוד הפכו ל"מכת מדינה". בהסתכלות על הנתונים משנת 2016, ניתן להבחין כי מגמת הירידה בכמות מקרי שוד, אשר החלה בשנת 2013, המשיכה ובפועל הייתה ירידה נוספת של כ-15.7% בתיקי עבירות שוד לעומת שנת 2015.⁴⁸ כלומר, משנת 2012 ועד לשנת 2016 התרחשה ירידה של כ-50% בכמות התיקים שנפתחו במשטרת ישראל עקב מקרי שוד. לא זאת אף זאת, כמות התיקים שנפתחו עקב מקרי שוד בשנת 2016 הייתה הנמוכה ביותר באותו עשור.

הנתונים המוצגים לעיל מוליכים למסקנה כי עבירת השוד לא הייתה עוד "מכת מדינה" בשנת 2016 עת דחה בית המשפט העליון את ערעורו של רשיד. הסיבה לכך היא שעבירת השוד לא הייתה עבירה אשר היקפה המשיך להתרחב, אלא להפך היא הלכה והצטמצמה בכ-50%. על כן, עבירה זו כבר אינה תואמת את הגדרת המושג "מכת מדינה". ניתן לשער כי לו הנתונים המוצגים לעיל היו בידיו של השופט מזוז עת הוא דן בערעורו של רשיד, או בידיו של בית המשפט המחוזי כאשר גזר את דינו של רשיד, תוצאת הערעור הייתה שונה. למעלה מן הצורך יצוין שגם בשנת 2017 בתי המשפט בערכאות השונות קבעו כי עבירת השוד היא "מכת מדינה".⁴⁹

ד.2. עבירת גנבת כלי רכב – "מכת מדינה"?

בשנת 1995 ניתן פסק הדין בעניין **גנימאת**, המוזכר לעיל.⁵⁰ בפסק הדין קבע בית המשפט העליון כי עבירה של גנבת רכב היא "מכת מדינה". פסק הדין בעניין **גנימאת** ממשיך להיות מצוטט ומאוזכר על ידי הערכאות השונות גם בימינו, כשלושים שנים לאחר מתן פסק הדין, וזאת בקשר לדיון בשאלה אם עצם השימוש בנימוק של מכת מדינה כבסיס למעצר/החמרת הענישה הוא ראוי.⁵¹ אך האם עבירת גנבת הרכב אשר נדונה בפסק הדין בעניין **גנימאת** נותרה "מכת מדינה" גם כשני עשורים לאחר מכן?

בפסק הדין בעניין **דבארי** שניתן על ידי בית המשפט העליון בשנת 2018 דחה השופט שהם את בקשת רשות הערעור של דבארי על הרשעתו בעבירה של גנבת רכב ועל גזר הדין שהוטל עליו.⁵² בפסק הדין קבע השופט שהם כי בית המשפט דלמטה לא שגה בסיווגו את העבירות שביצע דבארי כעבירות בעלות חומרה יתרה, הן בשל הסכנה הגלומה בהן לשלום הציבור, והן בשל העובדה כי גנבת כלי רכב הפכה ל"מכת מדינה".⁵³

⁴⁴ משטרת ישראל **שנת המפנה 2013 השנתון הסטטיסטי** 57 (2014) (להלן: **שנת המפנה 2013**).

⁴⁵ משטרת ישראל **שנת המפנה 2014 השנתון הסטטיסטי** 71 (2015) (להלן: **שנת המפנה 2014**).

⁴⁶ משטרת ישראל **2015 השנתון הסטטיסטי** 28 (2016).

⁴⁷ העובדה שהיקף עבירות השוד לא התרחב מוכיחה כי השימוש במושג "מכת מדינה" לא תאם את תופעת השוד מאחר שהשימוש שעושים בתי המשפט במושג מכת מדינה מאפיין תופעות אשר ממשיכות להתרחב. ראו בהקשר זה פרק ב.2. לעיל.

⁴⁸ משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי** 29 (2017).

⁴⁹ ראו למשל ת"פ (מחוזי חי) 54937-08-15 **מדינת ישראל נ' אגבאריה**, פס" 26 לפסק הדין (נבו) 12.6.2017.

⁵⁰ עניין **גנימאת**, לעיל ה"ש 17.

⁵¹ ראו למשל ת"פ (שלום רמי) 44000-02-21 **מדינת ישראל נ' אבו קביטה** (נבו) 20.2.2022.

⁵² רע"פ 1123/18 **דבארי נ' מדינת ישראל** (נבו) 14.3.2018.

⁵³ שם, בפס" 17.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

קביעת בית המשפט העליון בעניין זה לא נסמכה על נתונים סטטיסטיים בדבר מספר מעשי גנבת כלי רכב באותה התקופה. אך האם "החוש השיפוטי" של בית המשפט הצביע נכון על כך שעבירת גנבת הרכב בשנת 2018 הייתה "מכת מדינה"?

פסק הדין בעניין **דבארי** ניתן בשנת 2018, ועל כן אבחן את היקף תופעת גנבות הרכב בשנים שקדמו לאותה שנה.⁵⁴ בשנת 2005 היה היקף תופעת גנבות הרכב בשיאו. בשנה זו נפתחו יותר מ-35,000 תיקים של גנבות רכב.⁵⁵ כשנה לאחר מכן, בשנת 2006, הוקמה יחידת אתג"ר (איתור ותפיסת גנבי רכב). עם הקמתה של היחידה החלה ירידה בהיקף תופעת גנבות כלי רכב.⁵⁶ כך, בשנת 2007 נגנבו 30,005 כלי רכב;⁵⁷ בשנת 2008 נגנבו 24,690 כלי רכב; בשנת 2009 נגנבו 24,948 כלי רכב; ובשנת 2010 נפתחו כ-20,254 תיקים במשטרת ישראל בשל גנבות רכב.⁵⁸

אם כן, ניתן להבחין כי משנת 2006 ועד לשנת 2010 חלה ירידה של כ-43% בהיקף גנבות הרכבים.⁵⁹ אך מה הייתה מגמת השינוי, אם בכלל, בין שנת 2010 לבין שנת 2018 שבה ניתן פסק הדין בעניין **דבארי**?

בשנת 2013 נפתחו 19,590 תיקים בשל גנבות רכב. זוהי ירידה של כ-3.5% בהיקף גנבות הרכבים לעומת שנת 2010.⁶⁰ מגמת ירידה זו המשיכה, ובשנת 2014 חלה ירידה של כ-16% במספר תיקי גנבות הרכב לעומת השנה הקודמת, כאשר נפתחו בשנה זו 16,351 תיקים במשטרת ישראל.⁶¹ כך, גם בשנת 2016 המשיכה מגמת הירידה כאשר נפתחו 15,001 תיקים במשטרת ישראל בשל גנבות רכב.⁶² חשוב לזכור בעת קריאת הנתונים המוצגים, כי בכל השנים הללו, במקביל לירידה בכמות גנבות כלי הרכב, חלה עלייה בכמות כלי הרכב המנועיים בישראל.⁶³ גם בשנת 2017 מגמת הירידה בהיקף גנבות הרכב המשיכה, כאשר מספר כלי הרכב שנגנבו בשנה זו הוא הנמוך ביותר באותו העשור ועומד על 12,062.⁶⁴ לסיום, בשנת 2018 המשיך היקף גנבות הרכב להצטמצם כך שבין שנת 2009 לבין שנת 2018 התרחשה ירידה של 65.3% בהיקף גנבות הרכב.⁶⁵

הנתונים המוצגים לעיל מוכיחים כי אומנם בשנת 1995, כאשר ניתן פסק הדין בעניין **גנימאת**, עבירת גנבת הרכב הייתה "מכת מדינה". עם זאת, ניתן לראות כי בשנת 2018, עת ניתן פסק הדין בעניין **דבארי**, עבירת גנבת הרכב לא הייתה "מכת מדינה" כלל. בפועל, היקף התופעה העבריינית לא התרחב, אלא צנח במידה משמעותית של למעלה מ-60%. כלומר, עבירה זו כבר אינה נופלת להגדרת המושג "מכת מדינה". לאור זאת, ייטען כי שגה בית המשפט העליון כאשר דחה את בקשת רשות הערעור של **דבארי**. גם במקרה זה, כמו בעניין **רשיד**, ניתן לשער כי לו הנתונים המוצגים לעיל היו בידיו של השופט שהם, עשוי היה סיפור חייו של **דבארי** להשתנות.⁶⁶

⁵⁴ הנתונים המוצגים בפרק זה מבוססים הן על נתוני משטרת ישראל והן על נתוני רשות המיסים בישראל.

⁵⁵ משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי של משטרת ישראל 2010** (2010).

⁵⁶ שם, בעמ' 33.

⁵⁷ מבקר המדינה "טיפול המשטרה ומשרדי המשטרה בתופעת גניבות כלי רכב" **דוח שנתי 2014**, 81, 90 (2014).

⁵⁸ שם.

⁵⁹ מגמה דומה ניתן למצוא גם ברשות המיסים החטיבה לתכנון וכלכלה **מיסוי ונתונים נבחרים על ענף הרכב בישראל 2021** (2021) (להלן: רשות המיסים - **נתונים נבחרים על ענף הרכב בישראל**).

⁶⁰ **שנת המפנה 2013**, לעיל ה"ש 44, בעמ' 66.

⁶¹ **שנת המפנה 2014**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 83; ראו גם משטרת ישראל **העיקר במחקר 2017** (2018).

⁶² **השנתון הסטטיסטי**, לעיל ה"ש 51, בעמ' 42.

⁶³ **שנת המפנה 2014**, לעיל ה"ש 45, בעמ' 83.

⁶⁴ **השנתון הסטטיסטי**, לעיל ה"ש, בעמ' 39.

⁶⁵ משטרת ישראל **השנתון הסטטיסטי 2018** (2018). מגמה דומה ניתן למצוא גם ברשות המיסים - **נתונים נבחרים על ענף הרכב בישראל**, לעיל ה"ש 62.

⁶⁶ על דוגמה נוספת של עבירה אשר הוגדרה על ידי בית המשפט העליון כ"מכת מדינה", על אף שבפועל לא הייתה כזו, ניתן לקרוא במאמרה של מרים גור אריה "השפעתה של פניקה מוסרית על ההליך הפלילי בישראל: השלכות ואתגרים" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 361, 369 (אלון הראל עורך 2017). במאמרה מסבירה גור אריה כי תאונות פגע וברח אינן עבירה שהיא בגדר "מכת מדינה", למרות שהוגדרה כך על ידי בית המשפט הישראלי.

3.ד. אפיון שגוי של תופעות כ"מכות מדינה" על ידי בית המשפט – מדוע?

כמוצג לעיל, בבתי המשפט נעשה שימוש שגוי במושג "מכת מדינה" המתבטא באפיון של עבירות מסוימות כ"מכות מדינה", על אף שבפועל אינן בהכרח כאלו. בחלק זה אבקש להציע שתי סיבות לשימוש השגוי המתואר במושג זה. הסיבה הראשונה אשר עשויה להוביל את שופטי הערכאות השונות לקבוע כי תופעות עברייניות מסוימות הן "מכות מדינה", על אף שאינן כאלו, היא יוריסטיקת הזמינות. הסיבה השנייה היא נטייתו הטבעית של בית המשפט להעדיף שימוש במושגי שסתום ("סטנדרטים").

ראשית, אסביר בקצרה מהי יוריסטיקה באופן כללי; בהמשך תתואר בהרחבה יוריסטיקת הזמינות; ולבסוף אסביר כיצד יוריסטיקת הזמינות עשויה להטעות את שופטי בית המשפט ולגרום להם לאפיין תופעה עבריינית כ"מכת מדינה", על אף שאינה כזו. לאחר מכן אדון בקצרה בהעדפתו של בית המשפט להשתמש במושגי שסתום המרחיבים את שיקול הדעת השיפוטי.

אם כן, הסיבה הראשונה אשר עשויה להוביל את בית המשפט לקבוע כי תופעות מסוימות הן "מכות מדינה", על אף שאינן כאלו, היא יוריסטיקת הזמינות. יוריסטיקה מהי? מחקרים בשדה הפסיכולוגיה הקוגניטיבית הראו כי אנשים משתמשים במעין "כללי אצבע" (קיצורי דרך מנטליים) כדי להחליט החלטות שונות. כתוצאה מ"כללי האצבע", בני האדם אינם אוספים מידע באופן מושלם ואינם מפנימים או מעבדים אותו באופן נכון. כללי אצבע (קיצורי דרך מנטליים) אלו נכנסים לפעולה באופן שאינו מודע, וזאת על מנת להקל על עומס עיבוד המידע בעת קבלת החלטה. כללי אצבע אלו מסייעים לבני האדם להתגבר על סיטואציות מורכבות או עמומות.⁶⁷

השימוש בכללי אצבע אלו, המכונים יוריסטיקות, מוביל בסופו של דבר להטיות קוגניטיביות, וזאת מאחר שכללי אצבע אלו אינם יכולים לכסות באופן מושלם סיטואציות מורכבות. הטיות קוגניטיביות אלו מובילות בין היתר לשגיאות סטטיסטיות, שגיאות זיכרון ועוד. דהיינו, כאשר נכנסות היוריסטיקות לפעולה, עלולות להיווצר טעויות שיטתיות, הן בהערכת הסתברויות והן בקבלת החלטות.⁶⁸

יוריסטיקת הזמינות היא אחת מן היוריסטיקות המרכזיות שחקרו דניאל כהנמן ועמוס טברסקי. היא הוגדרה על ידי השניים כ"תהליך של אומדן שכיחות על פי 'הקלות שבה דוגמאות עולות בדעתנו'".⁶⁹ יוריסטיקה זו, על פי השניים, ממירה שאלה אחת באחרת: "אתה מבקש לאמוד גודל של קטגוריה או שכיחות של אירוע, וחלף זאת אתה מדווח על הרושם של הקלות שבה מקרים עולים בדעתך".⁷⁰ כלומר, כאשר יוריסטיקה זו נכנסת לפעולה, האדם יקבע את שכיחותה של תופעה מסוימת לא על פי נתונים או מידע אמפירי, אלא על פי שליפת מידע "זמין" מן הזיכרון.

שליפת מידע "זמין" מן הזיכרון עשויה פעמים רבות להוביל לטעויות בקבלת החלטות. הסיבה לכך היא שאירועים או תופעות אשר הם "זמינים", אינם בהכרח שכיחים יותר, אלא פשוט זכירים יותר. כלומר, אירועים שהפרט נחשף אליהם מקרוב, שהיו בולטים במיוחד, שניתן לדמיינם בקלות, או שהפרט נחשף אליהם לאחרונה, עשויים להיתפס כשכיחים יותר, למרות העובדה שהם נדירים. כך למשל, כיוון שתאונות דרכים מסוקרות באופן בולט ורב יותר יחסית לסיקור התמותה מדלקת ריאות, לפי כהנמן וטברסקי הפרט

⁶⁷ להרחבה ראו מאמרם פורץ הדרך של דניאל כהנמן ועמוס טברסקי,

.Tversky Amos & Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185 SCI. 1124 (1974)

שם.⁶⁸

⁶⁹ דניאל כהנמן **לחשוב מהר לחשוב לאט** 148 (2013).

שם.⁷⁰

עשוי להעריך כי הסיכוי למות עקב תאונת דרכים גבוה יותר מהסיכוי למות מדלקת ריאות, על אף שבפועל הסיכוי למות מדלקת ריאות גבוה פי שניים.⁷¹

לאור קיומה של יוריסטיקת הזמינות, והשפעותיה על הלך המחשבה של בני אדם, ליוריסטיקה זו עשויה להיות השפעה מכרעת על החלטתו של השופט היושב בכס השיפוט אם לקבוע כי תופעה עבריינית מסוימת הפכה ל"מכת מדינה", או לאו. כך למשל, כאשר מדובר על עבירה של גנבת כלי רכב, אשר נדונה לעיל, סביר כי מסקנתן השגויה של הערכאות השיפוטיות השונות נבעה מיוריסטיקת הזמינות. שכן, מדובר בעבירה שקל מאוד לדמיין את התרחשותה. דוגמה נוספת להשפעתה של יוריסטיקת הזמינות על הגדרתה של תופעה עבריינית כ"מכת מדינה" ניתן למצוא במאמרה של גור אריה.⁷²

לא זו אף זו, בבתי המשפט המחוזיים בתל אביב ובחיפה הוקמו בשנים 2010 ו-2018 (בהתאמה) מחלקות כלכליות שמטרתן הייתה ליעל ולשכלל את האכיפה הפלילית, המנהלית והאזרחית בעניינים כלכליים.⁷³ על פי חוק בתי המשפט, ממונים כמה שופטים בעלי ידע וניסיון מקצועי בתחום לכהונה במחלקה הכלכלית למשך ארבע שנים לפחות.⁷⁴ מצב זה, שבו מספר מועט של שופטים נחשף במשך שנים רק לעבירות פליליות כלכליות, עשוי לגרום במידה רבה לכך שהשופטים במחלקה הכלכלית יחשבו באופן מוטא כי עבירות צווארון לבן, למשל, הן "מכות מדינה", רק כי המידע בנושא עבירות צווארון לבן "זמין" במוחם.

בדומה לשופטים היושבים בדין, חברי הכנסת השונים ושרי הממשלה חשופים גם הם להשפעתה של יוריסטיקת הזמינות. כלומר, גם המחוקק כאשר הוא מחוקק תיקוני חקיקה שונים עשוי להיות מושפע משליפת מידע "זמין" מן הזיכרון, ולא מנתונים ומידע אמפירי. לחיזוק טענה זו יובאו כלשונם דבריו של חבר הכנסת אופיר כץ, המוזכרים לעיל, בישיבת ועדת החוקה, חוק ומשפט: "כל אחד מאתנו רואה כמעט כל יום איזה פוש מערוץ תקשורת אחר על התעללות, על תלונה... ואם את זה לא נגדיר כמכת מדינה שמצריכה טיפול שורש אז אני כבר לא יודע מה זה מכת מדינה".⁷⁵

מהאמור נראה שאת העובדה שקיימת "מכת מדינה" מבסס חבר הכנסת כץ על כתבות שבהן הוא נתקל בתקשורת, בדומה לדברים שכתבה גור אריה במאמרה.

ראוי לציין כי את הקשר שבין יוריסטיקת הזמינות לבין אפיון שגוי של תופעות עברייניות כ"מכות מדינה" הציע גם חמי בן נון. באחת מהערות השוליים במאמרו הוא מתאר מצב שבו שופט שכמה תיקי פריצה. לטענתו, אין זה בלתי סביר כי השופט יסבור בשגגה כי הגיעה העת להחמיר בענישה בעבירות הפריצה עקב כך שנחשף בתקשורת ובעבודתו השיפוטית לכך שעבירת הפריצה היא מכת מדינה, ולא יבסס את דעתו על נתונים סטטיסטיים.⁷⁶

⁷¹ דניאל כהנמן רצינוניות, הוגנות, אושר 53 (מאיה ברהלל עורכת 2005).
⁷² גור אריה, לעיל ה"ש 66, בעמ' 370. 6669, בעמ' 370. לטענתה של גור אריה, תאונות פגע וברח הוגדרו כ"מכת מדינה" על אף שאינן כאלו בעקבות השפעתה של התקשורת. מספר הדיווחים בעיתונות לגבי תאונות פגע וברח היה רב, כל תאונת פגע וברח הייתה "בצבע" עם רעש תקשורתי, ואף כלי התקשורת הגדירו תופעה זו כ"מכת מדינה". ומכאן, כאשר השופט היושב בדין היה צריך לקבל החלטה על אודות גזר דין בנושא, ברור שהמידע בנושא תאונות פגע וברח היה "זמין" במוחו, מה שגרם לשופט לחשוב באופן מוטעה כי תאונות פגע וברח הן "מכת מדינה".

⁷³ דברי הסבר להצעת חוק בתי המשפט (תיקון מס' 59) (סמכות בעניינים כלכליים), התש"ע-2010, ה"ח הממשלה 484.

⁷⁴ ס' 42(ג) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

⁷⁵ פרוטוקול ישיבה 251, לעיל ה"ש 22.

⁷⁶ חמי בן נון "הטיות קוגניטיביות והחלטות שיפוטיות אינטואיציה וחשיבה סדורה במלאכתו של השופט" **שערי משפט** ה' 177, 210 (התש"ע): "האם שופט שישב בכמה תיקי פריצה יסבור בטעות שתופעת הפריצה הפכה לימכת מדינה, ולכן יש להעניש בעניינה בחומרה? הכיצד יודע בית המשפט העליון שהגיעה העת להחמיר בענישה כאשר תופעה מסוימת הגיעה לכדי "מכת מדינה"? האם יש לו נתונים סטטיסטיים לעניין מספר המקרים? סביר יותר שהתשובה שלילית, והוא מושפע ממקרים שפורסמו בתקשורת וממספר המקרים שהובאו לפניו. הגידול במספר המקרים יכול להיות אפוא אשליה בלבד, בהיותו מושפע מיוריסטיקת ההטיה של קלות הדימיון".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

ומתוך דברים אלו ניתן לשער כי כאשר יוריסטיקת הזמינות נכנסת לפעולה (באופן לא מודע) במוחו של השופט היושב בדיון, הוא עשוי לקבוע בצורה מוטעית כי מולו נמצאת עבירה שיש לאפינה כ"מכת מדינה".

הסיבה השנייה אשר עשויה להוביל את בית המשפט לקבוע כי תופעות מסוימות הן "מכות מדינה", על אף שאינן כאלו, היא השימוש ב"מושגי שסתום" במשפט הפלילי. "מושגי שסתום" מהם? הם מושגים משפטיים שאינם בעלי תוכן אבסולוטי, אלא מושגים שתוכנם נתון לפרשנותו של השופט המפרש את המושג.⁷⁷ "מושגי השסתום" מאצילים את הכוח לקבוע נורמות משפטיות לשופט היושב בדיון. "מושגי שסתום" אינם מתיימרים לספק פתרון חד וחלק לבעיה נתונה, הם מבטאים לרוב מטרות חברתיות או נורמות בסיסיות של צדק ומוסר. חלקם הוא יציר חקיקה וחלקם הוא יציר פסיקה.⁷⁸

את השימוש ב"מושגי שסתום" ניתן לבחון בצורה ביקורתית דרך משקפי הריאליזם המשפטי. על פי תאוריה זו, השופט, כשאר בני האדם, מגבש את זהותו ותפיסת עולמו בהתאם לניסיון חייו, לחינוכו ורקעו ולהעדפותיו ומבטא אותן (גם באופן לא מודע) בפסיקותיו השונות. לפי הריאליזם המשפטי אין באמת כללים משפטיים, אלא שפנייה לכללים משפטיים היא רק רציונליזציה להחלטותיהם של שופטים הנובעות מסיבות חוץ משפטיות.⁷⁹

בהתאם לתאוריית הריאליזם המשפטי, השימוש ב"מושגי שסתום" מהווה קרקע נוחה לבית המשפט (גם אם באופן לא מודע) להפעיל שיקול דעת רחב בכל מקרה משפטי המונח לפניו. בכך השימוש ב"מושגי שסתום" מהווה חיזוק לטענת הריאליסטים כי המשפט הוא רציונליזציה להחלטותיהם של השופטים הנובעות ממספר רב של מקורות, ולא רק מהמשפט עלי ספר.

השימוש ב"מושגי שסתום" נפוץ במשפט בכלל ובדיון הפלילי בפרט. כך למשל, המושג "האדם הסביר", המשמש לבחינת יסוד נפשי של רשלנות בדיני העונשין, אינו בעל תוכן אבסולוטי, אלא נקבע בכל מקרה ומקרה בהתאם להשקפתו של השופט המפרש את הדיון, ובכך הוא מהווה "מושג שסתום". אכן, נראה כי השימוש ב"מושגי שסתום" במשפט הוא בלתי נמנע,⁸⁰ אך תופעה זו עוררה במהלך השנים ביקורות שונות.⁸¹ כך למשל, כאשר המושג "האדם הסביר" פורש על ידי בית המשפט בצורה רחבה מדי בפסק הדין בעניין **בש**;⁸²

⁷⁷ אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי: על השקפת עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475, 492–493 (1993).

⁷⁸ ל"מושגי שסתום" יציר חקיקה ראו למשל, סי' 53 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961, הקובע את עבירת הפגיעה בכבוד המקצוע. ראו גם לימור זר גוטמן "התמודדות עם דילמות אתיות תוך הפעלת שיקול דעת" **דין ואומר** טו 4 (2006). ל"מושגי שסתום" יציר פסיקה ראו למשל, חובת ההגינות במשפט המנהלי שנקבעה בבג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד לד(3) 729 (1980); מושג האדם הסביר במשפט הפלילי שהתקבע בע"פ 196/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' בש**, פ"ד יח(4) 568 (1965) (להלן: עניין **בש**).

⁷⁹ OLIVER WENDELL HOLMES JR., *THE COMMON LAW* 1 (Boston, Little, Brown & Co. 1881). והשוו עמוס שפירא "לבעית שיקול הדעת השיפוטי" במקרי גבול" **משפטים** ב 57 (2018).

⁸⁰ אהרן ברק **פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה** כרך ב 136 (1993): "מושגי השסתום משרתים מטרה חשובה, ואין הם נוגדים את עקרון שלטון החוק. כאשר האובייקט של ההסדר החקיקתי הוא גמיש ומחייב התאמה לצורכי הזמן והמקום, אין מנוס משימוש במונחי שסתום".

⁸¹ ראו למשל, יניב ואקי וילין וגנר "אכיפה פלילית בעיתות חירום: 'עבירות הקורונה' כמקרה מבחן" **מעשי משפט** יג 261, 267 (2022): "לעמדתנו, המשפט הפלילי כבש לו שטחים חדשים והתפשט מעבר לגבולות המסורתיים, באופן המעלה שאלות בנוגע להרחבתו, לדוגמה באמצעות הטלת אחריות בהיעדר מחשבה פלילית (עבירות רשלנות), באמצעות הטלת אחריות תוך ויתור על הוכחתו של יסוד נפשי (עבירות אחריות קפידה), באמצעות הגדרות מעורפות של העבירה הפלילית, תוך שימוש במושגי 'שסתום', וכן באמצעות חקיקה המגדירה עבירות חדשות ביסיונותי"; ראו גם, בעז סנגירו "יובל קרניאל: הפרת אמונים בתאגיד (במשפט האזרחי והפלילי)" **עלי משפט** ג 353, 355 (התשס"ג); (1944) 78 **FRIEDRICH AUGUST HAYEK, THE ROAD TO SERFDOM**.

⁸² ראו עניין **בש**, לעיל ה"ש 78 והביקורות עליו, למשל גלעד נויטל "טעויות קטלניות: על חובת הזהירות במשפט הפלילי ומבחן 'האדם הסביר'" **75 שנות עצמאות במשפט** 566 (דפנה ברק-ארז עורכת 2023). ראו גם, יורם שחר "האדם הסביר במשפט הפלילי" **הפרקליט** לט 78 (התש"ן).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.
כך גם עבירת הפרת האמונים שהוגדרה על ידי רבים כעבירת סל (שם נוסף ל"מושג שסתום") עוררה ביקורת במהלך השנים.⁸³

גם המושג "מכת מדינה" הוא באופן ברור "מושג שסתום". כפי שהוצג לעיל, למושג "מכת מדינה" אין פרשנות חד־משמעית, ולכן, כמתואר לעיל, כל שופט קובע לפי תפיסתו והשקפת עולמו האם תופעה מסוימת מהווה "מכת מדינה". יש שיטענו כי הצורך לצמצם תופעות עברייניות מסוימות ראוי שיהיה מוסדר בעזרת מושג גמיש כמו "מכת מדינה". אך בפועל, עובדה זו גורמת לכך שתופעות שונות מוגדרות על ידי שופטים שונים כ"מכות מדינה". כמוצג לעיל, העובדה שלמושג "מכת מדינה" יש פרשנויות שונות מובילה לכך שפעמים רבות שופטים מעניקים פרשנות שגויה למושג זה. תופעה זו יוצרת איזודאות משפטית אשר פוגעת בעקרון החוקיות, בעקרון האחידות בענישה, בזכות להליך הוגן ובאמון הציבור במערכת המשפט.

לאור האמור לעיל ניתן לשער כי תומכי תאוריית הריאליזם המשפטי יסברו כי תוך שימוש ב"מושג שסתום" שופטים נדרשים להפעיל שיקול דעת רחב אשר מושפע מהעדפותיהם, רקעם וחינוכם. לכן תאוריה זו גם תסבור כי העובדה שהמושג "מכת מדינה" הוא "מושג שסתום" יוצרת קרקע פורייה לשופט היושב בכס השיפוט להפעיל שיקול דעת רחב כאשר הוא מפרש את המושג "מכת מדינה" בהתאם להשקפת עולמו, חינוכו ורקעו, השכלתו והעדפותיו. לכן השופט עשוי לקבוע בצורה מוטעית כי מולו נמצאת עבירה שיש לאפיינה כ"מכת מדינה", על אף שבפועל לא מדובר ב"מכת מדינה".

ה. על "מכות מדינה" ומודלים לענישה

לאור האמור לעיל, חלק זה במאמר יבקש לבחון מבחינה נורמטיבית אם השימוש במושג "מכת מדינה" לצורך הרתעת הרבים הוא ראוי. בחינה זו תיעשה מתוך שני מתחים המתעוררים באופן משמעותי עת בתי המשפט משתמשים במושג "מכת מדינה". המתח הראשון הוא המתח שבין תיקון 113 לחוק העונשין ומטרותיו לבין השימוש במושג "מכת מדינה"; המתח השני הוא המתח שבין עקרון ההרתעה שמתוכו נובע השימוש במושג "מכת מדינה" לבין הזכות להליך הוגן, עקרון החוקיות ועקרון האחידות בענישה.

ה.1. תיקון 113 לחוק העונשין – מבטיח את עקרון האחידות בענישה?

בשנת 2012 נכנס לתוקפו תיקון 113 לחוק העונשין.⁸⁴ מטרת התיקון היא לטפל בפערים בענישה אשר נובעים מגישות שונות של שופטים בקשר לשיקולי הענישה, הערכים המוגנים בענישה וכולי.⁸⁵ המחוקק סבר שללא הכוונה מספיקה לבתי המשפט, ישנו חשש לשרירותיות, פגיעה בצדק ופגיעה בעקרון החוקיות עת בתי המשפט גוזרים את הדין. עם כניסתו לתוקף של תיקון 113 אומץ מעין הליך מובנה ומנומק של גזירת הדין, בצד שיקולי הענישה וההיררכייה ביניהם.

ההליך המובנה והמנומק של גזירת הדין על פי תיקון 113 הוא כדלקמן: ראשית, בית המשפט קובע מהו מתחם העונש ההולם, זאת לפי העיקרון המנחה – עקרון ההלימה שעליו יפורט להלן. שנית, בית המשפט נדרש לבחון האם ראוי לסטות ממתחם העונש ההולם (לקולה מתוך שיקולי שיקום ולחומרה מטעמים של

⁸³ יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד במשפט האזרחי והפלילי 382 (2001): "קביעתה של עבירה פלילית המוגדרת באופן רחב ועמום תוך שימוש במושגי שסתום ובמושגים ערכיים היא פגיעה בעקרון החוקיות ועלולה להוביל להרשעתם של נאשמים שלא הוזהרו כהלכה".

⁸⁴ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102 (להלן: תיקון 113). התיקון נכנס לתוקף ביום 10.7.2012.
⁸⁵ סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים 267, 271 (אלון הראל עורך 2017) (להלן: "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת").

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.
שמירה על שלום הציבור). שלישית, ואחרונה, על בית המשפט לקבוע את העונש ההולם בהתבסס על מגוון שיקולים שאינם קשורים לביצוע העבירה וביניהם שיקולי הרתעה אישית או כללית.⁸⁶

לפי סעיף 40 לחוק העונשין המתוקן העיקרון המנחה בענישה הוא עקרון ההלימה. משמעותו של עקרון ההלימה היא קיומו של יחס הולם בין חומרת העבירה ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש שהוטל על הנאשם וחומרתו. יש הסוברים שעקרון ההלימה משקף את עקרון הגמול,⁸⁷ ואילו אחרים סבורים שעקרון ההלימה משקף את עקרון הגמול, אך גם את עקרון המידתיות.⁸⁸ אם כך ואם כך, הקביעה כי עקרון ההלימה יהווה את העיקרון המנחה בענישה נועדה למנוע מצב שבו לבתי המשפט יש שיקול דעת בלתי מוגבל ללא כל הכוונה של המחוקק.

כמוסבר לעיל, טרם תיקון 113 לבתי המשפט לא היו עקרונות מנחים לגזירת הדין, עובדה שיצרה פעמים רבות חוסר שוויון אשר הוביל לשרירותיות ולחוסר אמון במערכת המשפט. לכן, המחוקק ביקש להעניק לבתי המשפט כלים לגזירת דין ראוי בענינו. בנוסף להליך המובנה לגזירת הדין המחוקק קבע בתיקון 113 מהם העקרונות המנחים בענישה: העיקרון המנחה, כמוזכר לעיל, הוא עקרון ההלימה. מתחת לעקרון ההלימה נמצא ככל הנראה עקרון השיקום, זאת מאחר שלבתי המשפט ניתנה הסמכות מהמחוקק לחרוג לקולה ממתחם העונש ההולם מתוך שיקולי שיקום.⁸⁹ ואילו העיקרון בתחתית ההיררכיה הוא עקרון ההרתעה, זאת מאחר שמתוך שיקולי הרתעה (כללית או אישית) בתי המשפט אינם רשאים לחרוג לחומרה ממתחם העונש ההולם.⁹⁰

סבורני כי השימוש במושג "מכת מדינה" המתואר במאמר אינו עולה בקנה אחד עם תיקון 113 לחוק העונשין, השינוי בענישה שהביא התיקון והמטרות שנועד התיקון להגשים. מצד אחד, תיקון 113 נועד למנוע שרירותיות בענישה ופגיעה בעקרון השוויון, ומצד שני השימוש במושג "מכת מדינה", כמתואר במאמר, עשוי להוביל לענישה שלא בהתאם לעקרון האחידות בענישה.

עם זאת, עשויה לעלות הטענה כי המחוקק עצמו העניק לבתי המשפט את הסמכות לשקול בעת גזירת הדין שיקולי הרתעה כללית: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".⁹¹ כלומר, כל עוד בית המשפט אינו חורג ממתחם העונש ההולם, השימוש במושג מכת מדינה הוא ראוי.

למרות זאת, להשקפתי, השימוש הנוכחי במושג "מכת מדינה" חותר תחת תיקון 113. אומנם בתי המשפט פועלים בתחום הסמכות שהוקנתה להם, והשימוש במושג "מכת מדינה" נעשה רק בתוך מתחם העונש ההולם, אך לטעמי ניתן להמשיל את המצב למצב שבו "הניתוח הצליח, אבל החולה מת".

בתי המשפט אכן פועלים לפי הליך הבניית שיקול הדעת אשר ביקש המחוקק ליישם עת הוא תיקן את חוק העונשין, אך במצב הנוכחי המטרה שלשמה תוקן החוק אינה מושגת בצורה מיטבית (אם בכלל). כמוצג לעיל, מתרחשים מקרים לא מעטים שבהם גם בתוך מתחם העונש ההולם נפגע עקרון האחידות בענישה עקב

⁸⁶ על חשיבות ההבחנה בין השלבים ומהותם ראו ע"פ 2918/13 דבס נ' מדינת ישראל, פס" 6 לפסק הדין של השופט פוגלמן (נבו 18.7.2013).

⁸⁷ יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 420 (התשע"ג).

⁸⁸ "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 85, בעמ' 271.

⁸⁹ ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

⁹⁰ שם, בס' 140-ז. ראו למשל, נתנאל דגן "קריאה הרמונית של רצף הענישה בישראל (עם החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה ובעקבותיו)" מחקרי משפט ל 73, 109 (2015) (להלן: דגן "קריאה הרמונית").

⁹¹ ס' 40 לחוק העונשין.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.
השימוש במושג "מכת מדינה". ראו בפרק ו' להלן, ההשוואה בין גזר הדין בעניין **עבדאללה** לבין גזר הדין בעניין **אבו הניה**.

בתי המשפט משתמשים במושג "מכת מדינה" מתוך "חוש המשפטן" על פי הלכת **כאברי**, ללא בסיס אמפירי ובלי שמוצגים להם נתונים. כתוצאה מכך, שופטים שונים מגדירים עבירות שונות כ"מכות מדינה" לפי השקפתם, וזאת בניגוד מוחלט למטרתו של תיקון 113 להבנות את שיקול הדעת השיפוטי. לכן, עדיין קיימים מקרים שבהם נפגע עקרון השוויון ונפגע עקרון האחידות בענישה. כלומר, השימוש המתואר במאמר במושג "מכת מדינה" עומד במתח למטרות תיקון 113 ואולי אף חותר תחתיהן, וזאת על אף שהשימוש עצמו הוא שימוש אשר נמצא בסמכותם של בתי המשפט לפי סעיף 40 לחוק העונשין.

ה.2. על עקרון ההרתעה ומודל מניעת הפשיעה

לאחר שהוצגה הגדרה מוצעת למושג "מכת מדינה", תואר השימוש השגוי הנעשה על ידי המחוקק והוצעו הסיבות המובילות לטעויות באפיון של תופעות עברייניות כ"מכות מדינה", ראוי שתוצג נפקותו של השימוש במושג. כלומר, מהי הסיבה אשר מובילה לכך שראוי לחקור ולכתוב על המושג "מכת המדינה"? השימוש השגוי במושג מוביל בפועל לפגיעה בזכויות המורשעים בהליך הפלילי וכפועל יוצא גם בחברה בכללותה. חלק זה של המאמר יטען כי השימוש השגוי פוגע בזכות המורשעים לשוויון ובזכותם להליך הוגן. כמו כן, השימוש השגוי במושג "מכת המדינה" פוגע באמון הציבור בבתי המשפט ובקופה הציבורית. הסיבה לכך היא שהן בתי המשפט והן המחוקק אימצו פרקטיקה זהה על מנת להתמודד עם "מכות מדינה" – היא החמרה בענישה.⁹²

בפסק הדין בעניין **ליברטי** פסק בית המשפט המחוזי כי עבירות גנבת כלי רכב הפכו למכת מדינה. לפי קביעת בית המשפט, עבירת גנבת כלי רכב אינה סתם עבירה רכושית, אלא "מכת מדינה" אשר מאיימת על אכיפת החוק ואף פוגעת באמון הציבור. לאור סיווגה כ"מכת מדינה" קבע בית המשפט כי על התגובה העונשית להיות מחמירה תוך העדפת אינטרס הכלל על האינטרס הפרטי של הנאשם.⁹³

פסק דין זה מציג בצורה יפה את פרקטיקת ההחמרה בענישה שבה משתמש בית המשפט הישראלי עת הוא קובע כי לפניו תופעה עבריינית שהיא בגדר "מכת מדינה". בתי המשפט הישראליים נוהגים להחמיר בגזר דינם של נאשמים בהליך הפלילי הנאשמים בעבירה שהיא בגדר "מכת מדינה", וזאת על מנת להרתיע אחרים מלבצע את אותה העבירה.⁹⁴ פרקטיקה זו נסמכת על סעיף 40 לחוק העונשין הקובע כי: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם". כך למשל, בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין **סעד** קבע כי שיקול ההרתעה הכללית עשוי להיות יעיל בנושאים שהם "מכות מדינה" מאחר שמסר ההחמרה בענישה עובר מפה לאוזן.⁹⁵

⁹² ראו למשל ע"פ 898/79 **פיצחזדה נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(3) 829, פס' 11 לפסק הדין של שופט בייסקי (1980): "... כאשר עבירה מסוימת הופכת בזמן נתון להיות תדירה והיא פשה כמכת מדינה, משתנה גם יחס בתי המשפט לעבריינים המבצעים אותה והחמרת העונשים היא אחד האמצעים כדי לשרש את הנגע".

⁹³ ת"פ (מחוזי י-ם) 198/96 **מדינת ישראל נ' ליברטי**, פס"י 9 (נבו 1998.9.15): "העבירות הרבות שעבר הנאשם מהוות חלק מאותה 'מכת מדינה' אשר פשתה במקומותינו... דומה, כי הגיעה העת להתייחס לעבירות אלו של גניבת כלי רכב, פירוקם וסחר בהם, המתבצעות באופן שיטתי וכעסק מאורגן לכל דבר, לא עוד כאל עבירה רכושית רגילה, ולא כאל סתם 'מכת מדינה', אלא כאל מכת מדינה המאיימת על אכיפת שלטון החוק ועל אמון הציבור האזרחים במערכות השלטון והמשפט, כפי שכבר עמדתי על כך לעיל. על התגובה העונשית להיות מחמירה בהתאם, תוך העדפת אינטרס הכלל על האינטרס של הנאשם היחיד".

⁹⁴ ביקורת על פרקטיקה זו ניתן למצוא במאמרו של כבוד שופט בית המשפט העליון בדימוס חיים כהן. להרחבה ראו חיים ה' כהן "ענישת 'צדק' - הרהורים שלאחר השפיטה" **פלילים** א 9, 16 (התש"ן).

⁹⁵ ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סו(2) 772, פס"י טו לפסק הדין של השופט רובינשטיין (2013).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הצורך בהרתעת הרבים המוצג לעיל והזכות להליך הוגן נמצאים במתח תמידי. מצד אחד הרתעת הרבים נחשבת לאחת ממטרות דיני העונשין.⁹⁶ הרתעת הרבים אינה מתמקדת בנאשם, אלא בציבור הרחב. המטרה היא להטיל על הנאשם עונש למען יראו וייראו. להרתעת הרבים יש מטרה רחבה של חינוך הציבור, הפחדה והטמעת ערכים בחברה, שכן ענישה מחמירה מעבירה לציבור מסר חינוכי. מצד שני, הזכות להליך הוגן נחשבת לזכות חוקתית,⁹⁷ הכוללת בחובה גם את עקרון החוקיות וגם את עקרון האחידות בענישה. המתח בין הרתעת הרבים לבין הזכות להליך הוגן יוצר דילמה אמיתית: האם להעדיף את השימוש במושג "מכת מדינה" על מנת להחמיר בענישה במקרים המתאימים ובכך להפחית תופעה עבריינית שמתעצמת או שמא לצמצם את השימוש במושג "מכת מדינה" וזאת כדי לשמור על הזכות להליך הוגן.

הדילמה המוצגת מגלמת התנגשות בין האינטרס הציבורי להתמודדות עם פשיעה לבין זכויותיו החוקתיות המוגנות של החשוד או הנאשם בהליך הפלילי. דילמה זו הוצגה במאמרו הקלסי של הרברט פקר שתיאר במאמרו מתח ומאבק בין מודל השליטה בפשיעה לבין מודל ההליך ההוגן.⁹⁸ במאמרו מציג פקר דיכוטומיה בין מודל השליטה בפשיעה שנועד למלא מטרה של מלחמה בפשיעה ושמירה על הסדר הציבורי לבין מודל ההליך ההוגן אשר מתרכז בזכויות הפרט ובהגבלות שיש להטיל על רשויות המדינה.

הדילמה אשר הוצגה במאמרו של פקר עולה במלוא עוצמתה בכל הנוגע לשימוש במושג "מכת מדינה". האם להעדיף את השימוש במושג זה ובעקבות כך להחמיר בענישה על מנת ליצור הרתעה, או מנגד, האם להעדיף את הזכות להליך הוגן ובעקבות כך את עקרון האחידות בענישה?

מצד אחד יש הסוברים כי נכון להתחשב ברמת הפשיעה בנוגע לעבירה ספציפית תוך החמרת ענישה על מנת ליצור הרתעה כללית. כך טען המלומד פלר כי: "העבירה הקונקרטיית של עברייני מסוים אינה מושג מנותק מן הנסיבות המתלוות לעשייתה. אחת מהן, ובעלת משמעות מיוחדת לענייננו, היא תדירות התופעה העבריינית הכללית ומן הסוג הספציפי עליו נמנית עבירתו של אותו עברייני. זהו נתון אובייקטיבי, המשליך על החומרה הקונקרטיית גם של עבירה זו."⁹⁹ לכן לדעת פלר נכון להשתמש במושג "מכת מדינה" ולקבוע את עונשו של הנאשם תוך התחשבות בצרכי ההרתעה הכללית.

מנגד, הדעות חלוקות בשאלה אם ישנה הצדקה להחמרת הענישה במקרים של "מכות מדינה" (אמיתיות). יש הסוברים כי גם במקרים שבהם באמת מתרחשת "מכת מדינה", לא ראוי להחמיר בענישת העברייני הספציפי. זאת בשל שיקולי אוטונומיית הפרט ומתוך תפיסה שאסור להשתמש בפרט ככלי להשגת מטרות חברתיות.¹⁰⁰ השימוש במושג "מכת מדינה" והחמרת הענישה הנובעת ממנו מתעלמים מהיות האדם תכלית לעצמו ומשתמשים בו כאמצעי להשגת מטרות אחרות, חיצוניות. כך למשל בוועדת גולדברג משנת 1997 נקבע כי "ספק הוא אם החמרה בעונש לשם הרתעה כללית מתיישבת עם חוק יסוד כבוד האדם וחירותו. משמעות ההרתעה הכללית (במובן המקובל) הוא גרימת סבל עודף לנאשם כדי להשפיע בכך על הזולת שלא יעבור עבירה, כשהנאשם הינו אמצעי להגשמת מטרה עונשית זו."¹⁰¹

לא זו אף זו, במישור המעשי לא נמצא אישוס להנחה שהחמרה בענישה, להבדיל מהסיכוי להיתפס, מקדמת את הרתעת העברייני או הרתעת הרבים. בעוד בעבר התפיסה השלטת הייתה כי החמרה בענישה תביא

⁹⁶ יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין: הענישה הפלילית כרך ג 125 (מהדורה רביעית 2022).

⁹⁷ ראו למשל ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נגד(4) 767, 750 (1999): "חוק היסוד ביצר את זכותו של הנאשם למשפט הוגן. זאת, מכוח סעיף 5 לחוק היסוד, שבו עוגנה זכותו של אדם לחירות, וכן מכוח ההכרה החוקתית בכבוד האדם, שזכותו של נאשם למשפט הוגן היא חלק ממנה".

⁹⁸ Herbert L. Packer, *Two Models of the Criminal Process*, 113 U. PA. L. REV 1 (1964).

⁹⁹ ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 102 (התשמ"ד) (להלן: פלר יסודות בדיני עונשין).

¹⁰⁰ ראו למשל IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE: PART I OF THE METAPHYSICS OF MORALS 331, 333 (John Ladd trans., 1965).

¹⁰¹ משרד המשפטים דין וחשבון הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (1997).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

להרתעה ולצמצום בעבריינות,¹⁰² נראה כי כיום ישנה הסכמה כי החמרה ברמת הענישה כמעט ואינה משפיעה על ההרתעה, ואילו רוב ההשפעה על ההרתעה מצויה בהגברת הסיכוי להיתפס ולהיענש.¹⁰³ כך, לפי דו"ח ועדת דורנר מאסרים ממושכים יותר לא נמצאו כמקדמים הרתעה אישית או כללית. ואילו, על פי דו"ח הוועדה עצם קיומו של איום המאסר ומימושו הם שתורמים להרתעה הפרטית והכללית, ולא משך המאסר.

בהתאם, השימוש במושג "מכת מדינה" והחמרת הענישה הנלווית לו לא בהכרח (ולפי המחקרים המוצגים בהכרח לא) יגבירו את ההרתעה הכללית. מנגד, הגברת האכיפה, בצורה של הגדלת כמות השוטרים, הזרמת משאבים לרשויות האכיפה, הגדלת שיעור הגשת כתבי האישום, הגדלת שיעורי ההרשעה והגדלת שיעור המעצרים, כן עשויה להגביר את ההרתעה ולצמצם תופעות עברייניות אשר נמצאות במגמת עלייה.

ואכן, המחוקק הכריע בדילמה המתוארת לטובת מודל ההליך ההוגן. אומנם המחוקק הכיר במטרת ההרתעה כאחת ממטרות הענישה, אך נראה כי זו זכתה להוות השיקול הנמוך ביותר במדרג ההיררכי.¹⁰⁴ הוכחה לכך ניתן למצוא בסעיף 40 לחוק העונשין, המוצג לעיל, אשר קובע כי בית המשפט רשאי להתחשב בשיקול ההרתעה אם הוא מצא כי יש צורך להרתיע את הציבור מפני עבירה מסוג מסוים, ויש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של נאשם תביא להרתעת הרבים, אך זאת מבלי לחרוג ממתחם העונש ההולם.

מתוך הפולמוס המתואר לעיל עולה מסקנה חשובה: גם אם קיימת הצדקה כלשהי להחמיר בעונשו של אדם כאשר ישנה שאיפה למגר "מכת מדינה" אמיתית כדי להגן על הציבור ולהפחית תופעה עבריינית מסוימת, עדיין אין הצדקה להחמיר בעונשו של אדם הנאשם בעבירה שהוגדרה בצורה שגויה כמכת מדינה.

כמו כן, לא רק בתי המשפט נוהגים לגזור עונשים חמורים כאשר מדובר על נאשמים אשר הורשעו בעבירות שהוגדרו כ"מכות מדינה", אלא גם המחוקק מוצא לנכון לתקן את חוק העונשין ולהחמיר בעונשים הנלווים לעבירות אשר נתפסות בעיניו כ"מכות מדינה". כך למשל בשנת 1952 תוקן חוק העונשין במטרה להתמודד עם תופעה עבריינית שנתפסה כ"מכת מדינה". בשנה זו תוקן חוק העונשין, ונוסף לו סעיף אשר ייחד תקיפתם של שוטרים לעומת סעיף התקיפה הכללי. בדיון בכנסת לקריאה ראשונה אמר שר המשטרה "פגיעה בשוטרים היא כעת 'מכת מדינה' ומוכרחים למצוא לה תרופה".¹⁰⁵ וכך הוחמר עונשו של המורשע בתקיפת שוטר: לעבירת התקיפה נלווה עונש מאסר של עד שנתיים ולעבירת תקיפת השוטר נלווה עונש מינימום של חודש מאסר בפועל ועונש מקסימום של עד שלוש שנות מאסר.¹⁰⁶

יצוין כי היקף השימוש במושג "מכת מדינה", הן על ידי המחוקק והן על ידי בתי המשפט, והחמרת הענישה אשר נלווית לו התגברו, והם נמצאים בשיאם בשנים האחרונות. את התרחבות השימוש במושג "מכת מדינה"

¹⁰² ראו למשל JONATHAN SIMON, GOVERNING THROUGH CRIME: HOW THE WAR ON CRIME TRANSFORMED AMERICAN DEMOCRACY AND CREATED A CULTURE OF FEAR (Oxford University Press 2007); Anthony Bottoms, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, in THE POLITICS OF SENTENCING REFORM 17 (Chris Clarkson & Rod Morgan eds., 1995).

¹⁰³ ראו למשל אורן גזלאייל והילה איזנבנד "האינטרס הציבורי בצמצום מאסרים - על חובות התביעה בעקבות דוח ועדת דורנר" **משפט מפתח** 5, 18, 19-20 (2019). ראו גם, יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** כרך ג 29-30 (מהדורה רביעית 2022); וגם חגית לרנאו **עבריינות ואכיפת חוק: תיאוריה, מדיניות, ביקורת** 67 (2016); ברק אריאלי ויעל לויאריאל "התבוננות מחושת במוסד ההרתעה (ובדרכים ליצירת הרתעה יעילה)" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים** 6 (אלון הראל עורך 2018).

¹⁰⁴ ראו למשל לירון א' ליבמן **האף תספה צדיק עם רשע?: אמצעי ביטחון וענישה קולקטיבית** (המכון הישראלי לדמוקרטיה 2019). ראו גם דגן "קריאה הרמונית", לעיל ה"ש 90, בעמ' 109.

¹⁰⁵ פרוטוקול ישיבה 47 של הכנסת ה-2, 1111 (28.1.1952). לסקירה תקשורתית של חקיקת הסעיף ראו, "אושר חוק עונשין לתוקפי שוטרים בעיתון" **שערים** 1 (28.3.1952).

¹⁰⁶ ראו למשל חוק העונשין (תיקון מס' 143 והוראת שעה), התשפ"ב-2022, ס"ח 1014: אשר נועד לצמצם את תופעת ההתעללויות בחסרי ישע. התיקון לחוק הוסיף את סעיף 382(ד) לחוק העונשין אשר קובע כי העובר עבירה של תקיפה סתם כלפי קטין או חסר ישע שעליו הוא "אחראי" בהתאם לסעיף 368א לחוק העונשין, והוא אינו בן משפחתו, דינו יהיה כפל העונש הקבוע לעבירה. בנוסף ראו, חוק העונשין (תיקון מס' 131), התשע"ח-2018, ס"ח 229 אשר נועד להתמודד עם עבירות האלימות כנגד צוותי הוראה. התיקון לחוק הוסיף את סעיף 382(א) לחוק העונשין אשר קובע כי התוקף עובד הוראה דינו עד 5 שנות מאסר, לעומת התוקף עובד ציבור אחר אשר דינו עד 3 שנות מאסר. והדוגמאות רבות הן.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

על ידי המחוקק אציג תוך סקירת תיקוני החקיקה שעבר חוק העונשין מיום חקיקתו בשנת 1977 ועד ימינו.¹⁰⁷ את תיקוני החקיקה אחלק לקבוצות על פי השנים שבהן נחקקו, כאשר כל קבוצה כוללת תיקוני חקיקה שנחקקו בתוך תקופה של שש שנים. כך, בקבוצה הראשונה יימצאו תיקוני החקיקה משנת 1977 ועד שנת 1982, בקבוצה השנייה יימצאו תיקוני חקיקה משנת 1983 ועד שנת 1988, וכן הלאה, כאשר הקבוצה האחרונה תכלול את השנים 2019–2023 (הקבוצה האחרונה כוללת חמש שנים, ולא שש שנים).

כך, הבדיקה מעלה כי בשנים 1977–1982 רק תיקון חקיקה אחד מתוך 22 תיקוני חקיקה נועד לצמצם "מכת מדינה", קרי 4.5% מתיקוני חוק העונשין בשנים אלו נועדו להתמודד עם "מכות מדינה".¹⁰⁸ בשנים 1983–1988 אף אחד מבין תיקוני חוק העונשין לא נועד להתמודד עם "מכות מדינה".¹⁰⁹ בשנים 1989–1994 11% מתיקוני חוק העונשין נחקקו במטרה להתמודד עם "מכות מדינה".¹¹⁰ בין שנת 1995 לבין שנת 2000 כ-7.5% מתיקוני חוק העונשין נועדו להתמודד עם "מכות מדינה".¹¹¹ בשנים 2001–2006 כ-3% מתיקוני החקיקה נועדו להתמודד עם "מכות מדינה".¹¹² בשנים שבין 2007 לבין 2012 כ-19% מתיקוני החקיקה נחקקו כדי להילחם בתופעות שהוגדרו על ידי המחוקק כ"מכות מדינה".¹¹³ גם בשנים 2012–2018 כ-12% בלבד מתיקוני חוק העונשין נחקקו במטרה למגר "מכות מדינה".¹¹⁴ לעומת זאת, משנת 2018 ועד שנת 2023, כ-30% מתיקוני החקיקה של חוק העונשין נחקקו כדי להתמודד עם "מכות מדינה".¹¹⁵ עובדה זו מעלה את החשש

¹⁰⁷ בסקירה זו נבחנה הימצאות המושג "מכת מדינה" בשלבי החקיקה, כולל בשלב הדיונים בוועדות הכנסת. אם נעשה שימוש במושג "מכת מדינה" על ידי אחד מהגורמים המעורבים בהליך החקיקה, על מנת לתמוך בחקיקת התיקון לחוק, אזי החוק ייחשב לצורך מאמר זה כחוק שנחקק על מנת למנוע או לצמצם התפשטות של מכת מדינה.

¹⁰⁸ ראו חוק העונשין (תיקון מס' 12), התש"ס-1980, ס"ח 112 שכלל הכנסה של עבירת הסחיטה באיומים, אשר תוארה בהצעת החוק המקורית כמכת מדינה. אפנה לדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 9), התשל"ט-1979, ה"ח 1400, 191, שם נאמר כי: "מטרת סעיף 39 היא להחמיר בעונש הקבוע לעבירה של איום למטרת סחיטה... הפשיעה בתחום זה הפכה למכת מדינה...".

¹⁰⁹ בשנים אלו תוקן חוק העונשין עשר פעמים, אך אף אחד מתיקוני החקיקה לא כלל בשלב משלבי החקיקה את המושג "מכת מדינה".

¹¹⁰ בשנים 1989–1994 תוקן חוק העונשין שמונה עשרה פעמים. שניים מתוך תיקוני החקיקה כללו את המושג "מכת מדינה" בהליך החקיקה: חוק לתיקון פקודת הסמים המסוכנים (מס' 3), התשמ"ט-1989, ס"ח 80 שנועד לקדם מדיניות במלחמה בסמים. ראו פרוטוקול ישיבה 12 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-12, 17 (1989.6.3); חוק העונשין (תיקון מס' 28), התש"ן-1990, ס"ח 44 שנועד לצמצם את תופעת גנבות כלי הרכב. ראו גם פרוטוקול ישיבה 121 של הכנסת ה-12, 780 (1989.12.5). שם נאמר כי: "יש צורך בטיפול יסודי ובסיסי בבעיית גנבות הרכב. זו מכת מדינה...".

¹¹¹ ראו חוק העונשין (תיקון מס' 46), התשנ"ו-1995, ס"ח 16 שנועד לצמצם את תופעת גנבות הבקר. ראו גם פרוטוקול ישיבה 382 של הכנסת ה-13, 166 (1.11.1005). שם נאמר: "היום, כפי שידוע, גנבת בקר הפכה למכת המדינה...".

¹¹² ראו חוק העונשין (תיקון מס' 71), התשס"ג-2002, ס"ח 58 שנועד לצמצם את תופעת ההימורים ומשחקי המזל; פרוטוקול ישיבה 334 של הכנסת ה-15, 238 (23.7.2002).

¹¹³ בשנים אלו חמישה תיקוני חקיקה של חוק העונשין מתוך 26 נחקקו על מנת לצמצם מכות מדינה: חוק העונשין (תיקון מס' 97), התשס"ח-2008, ס"ח 217 שנועד לצמצם את תופעת תקיפת הקשישים. ראו גם פרוטוקול ישיבה 303 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-17, 7 (9.10.2007); חוק העונשין (תיקון מס' 98), התשס"ח-2008, ס"ח 608 שנועד לצמצם את תופעת הפריצה והגנבה שנתפסה כמכת מדינה. ראו גם פרוטוקול ישיבה 495 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17, 12 (11.3.2008); חוק העונשין (תיקון מס' 101), התש"ע-2009, ס"ח 236 שנועד לצמצם את תופעת הגנבות של רכוש יקר ערך. ראו גם פרוטוקול ישיבה 568 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-17, 8 (16.6.2008); חוק העונשין (תיקון מס' 105), התש"ע-2010, ס"ח 385 שנועד לצמצם את תופעת האלימות כלפי צוותים רפואיים שנתפסה כמכת מדינה. ראו גם פרוטוקול ישיבה 672 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, של הכנסת ה-17, 35 (28.10.2008); חוק המאבק בתופעת השכרות (הוראת שעה ותיקון חקיקה), התש"ע-2010, ס"ח 504 שנועד לצמצם את תופעת השכרות שנתפסה כמכת מדינה. ראו גם פרוטוקול ישיבה 5 של הוועדה המשותפת לוועדת הפנים והגנת הסביבה וועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18, 8 (15.3.2010).

¹¹⁴ מתוך שבעה עשר תיקוני חקיקה, שני תיקוני חקיקה נועדו לצמצם מכות מדינה: חוק העונשין (תיקון מס' 119), התשע"ה-2015, ס"ח 200 רחוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 12. שני תיקוני חקיקה אלו נועדו להתמודד עם תופעת יידוי האבנים אשר הוגדרה כ"מכת מדינה". ראו פרוטוקול ישיבה 24 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 3 (15.7.2015).

¹¹⁵ בשנים אלו חוק העונשין תוקן שבע עשרה פעמים, ומתוכן חמש פעמים על מנת להתמודד עם "מכות מדינה": הצעת חוק המאבק בכלי הנשק הבלתי חוקיים (תיקון חקיקה והוראת שעה), התשפ"ג-2023, ס"ח 84–87 אשר חוקק כדי לפעול לצמצום מספרם של כלי נשק בלתי חוקיים. אפנה לדיון המוקדם בהצעת החוק, שם הגדיר השר לביטחון פנים איתמר בן גביר את תופעת הנשק הבלתי חוקיים "מכת מדינה". ראו פרוטוקול ישיבה 42 של הכנסת ה-25, 203 (15.2.2023). חוק העונשין (תיקון מס' 143 והוראת שעה), התשפ"ב-2022, ס"ח 1014 אשר נועד לצמצם את תופעת ההתעללויות בחסרי ישע. אפנה לדיון הכנה לקריאה הראשונה שם הגדירה חברת הכנסת קארין אלהרר את תופעת ההתעללויות בחסרי ישע כ"מכת מדינה". ראו, פרוטוקול ישיבה 162 של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת ה-23, 12 (21.12.2020). הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 143) (עבירות בנשק), התשפ"ב-2021 שנועד להתמודד עם החזקה, נשיאה וסחר של נשק לא חוקי. ראו גם את דברי ההסבר להצעת החוק שם נכתב כי "החוקתו של נשק בלתי חוקי הוא היום בגדר 'מכת מדינה'". חוק העונשין (תיקון מס' 131), התשע"ח-2018, ס"ח 229 אשר נועד להתמודד עם עבירות האלימות כנגד צוותי הוראה. ראו בהקשר זה את דברי ההסבר להצעת החוק שם נכתב: "התופעה המגונה של תקיפת עובדי חינוך... הפכה בעת האחרונה חזון נפרץ ומכת מדינה". חוק העונשין (תיקון מס' 134), התשע"ח-2018, ס"ח 887 שנועד להתמודד עם עבירת הירי מנשק חם באזור ישיב בן לסכן חיי אדם. אפנה לדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה שם הגדיר השר לביטחון פנים גלעד ארדן את תופעת השימוש בנשק חם כ"מכת מדינה". ראו פרוטוקול ישיבה 328 של הכנסת ה-20, 152 (7.5.2018). חוק העונשין (תיקון מס' 140 – הוראת שעה), התשפ"ב-2021, ס"ח 472.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.
שמה בשנים האחרונות עבירות רבות מדי מוגדרות כ"מכות מדינה", דבר העלול לגרום לפגיעה רחבה יותר בציבור כולו.

בדומה לכך, בדיקת השימוש הנעשה במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט מעלה כי השימוש במושג הופך בשנים האחרונות לנפוץ יותר. בעוד בשנים 2016–2021 מספר פסקי הדין הממוצע שבהם הוזכר המושג "מכת מדינה" בכל שנה היה כ-298, בשנת 2022 קפץ מספר פסקי הדין שבהם השתמשו במושג "מכת מדינה" ל-389 פסקי דין. כמו כן, נראה כי מגמת עלייה זו תופסת תאוצה גם בשנת 2023. כך, במהלך שנת 2023 הוזכר המושג "מכת מדינה" ב-396 פסקי דין. ומכאן, נראה בבירור כי קיימת עלייה בשימוש במושג "מכת מדינה" גם בבתי המשפט.¹¹⁶

ו. ההשלכות של החמרה בענישה עקב "מכות מדינה"

מטבעו, המשפט הפלילי עשוי לגרום לפגיעה בזכויות יסוד של הפרטים בחברה. מתוך רצון להגשים את תכליות המשפט הפלילי, כגון גמול למבצע העבירה, הרתעה (כללית ואישית) ושיקום,¹¹⁷ בהכרח מתרחשת פגיעה בזכויות היסוד של מבצע העבירה אשר באה לידי ביטוי באיסורים ובהגבלות שמטיל המשפט הפלילי על חופש הפעולה של הכפופים לו. דוגמה נוספת לפגיעה בזכויות יסוד בהליך הפלילי עשויה להתרחש בסיוע ההליך, בו צפוי הנאשם, אם יורשע, להתמודד עם סנקציות שונות: פגיעה בזכותו לחירות אם יגזרו עליו עונשי מאסר בפועל, הטלת קנס אשר פוגעת בזכות הקניין של הנאשם ועוד. בחלק זה יובהר מדוע השימוש השגוי שעושים בתי המשפט והמחוקק במושג "מכת מדינה" גורם לפגיעה נוספת ומשמעותית בזכויות הנאשמים, ויתר על כן אף פוגע בחברה בכללותה.

תחילה, יוסבר החשש לפגיעה בנאשם הספציפי. הפגיעה בנאשמים בהליך הפלילי מתבטאת בכך שהשימוש במושג "מכת מדינה" גורם לפגיעה בעקרון האחידות בענישה. עקרון האחידות הענישה קובע כי על בית המשפט לדאוג שבגין עבירה פלונית לא יקבל משה עונש שונה במידה משמעותית מהעונש שיקבל לוי בגין אותה העבירה כאשר יתר הנסיבות המשפיעות על שיקול בית המשפט הן דומות.¹¹⁸

כלומר, כאשר שני אנשים עוברים עבירה דומה, על בית המשפט לגזור עליהם עונשים דומים כאשר יתר הנסיבות (גם נסיבות העבירה וגם נסיבות עובר העבירה) דומות. עקרון האחידות בענישה נגזר מעקרון השוויון המחייב את בתי המשפט לנהוג כלפי נאשמים שונים בשוויון מקום בו מאפייניהם של הנאשמים ומאפייניהן של העבירות דומים.¹¹⁹

עקרון האחידות בענישה הוכר בפסיקה הישראלית כאחד מהעקרונות אשר אמורים להנחות את השופטים הגוזרים את הדין.¹²⁰ יש אף שטענו שמדובר על אחד מהעקרונות החשובים ביותר בשלב גזירת הדין.¹²¹ שיטת המשפט הישראלית אימצה לעצמה, כאחד העקרונות המחייבים את בתי המשפט, את עקרון האחידות בענישה כדי להבטיח שדין אחד יהיה לכל אזרחי המדינה (מבחינה עונשית). כלומר, עקרון האחידות בענישה

¹¹⁶ הנתונים הם תוצאות החיפוש באתר "נבו" של פסקי דין בכל הערכאות השונות שבהם הוזכר המושג "מכת מדינה". החיפוש נערך ביום 6.7.2023. הנתונים הם אפוא מוגבלים, אך למעשה יכולים להצביע על מגמת עלייה מובהקת בשימוש במושג "מכת מדינה".

¹¹⁷ להרחבה על אודות תכליות המשפט הפלילי והענישה ראו, שגיא אשכנזי **כיצד לשבור את שלשלאות השופט** 37 (2021); יצחק קוגלר **תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי** 23 (2020).

¹¹⁸ ע"פ 419/81 פ"יביש נ' **מדינת ישראל** פ"ס 9 לפסק הדין של השופט שילה (נבו 14.10.1981): "על בית המשפט לדאוג, שבגין עבירה פלונית לא יקבל עבריין אחד עונש שונה במידה משמעותית מהעונש, המוטל על עבריין אחר בגין עבירה דומה, כשיתר הנסיבות, המשפיעות על שיקולי בית המשפט בבואו לגזור עונש, דומות הן".

¹¹⁹ רע"פ 3173/09 פראגין נ' **מדינת ישראל**, פ"ס 6 לפסק הדין של השופט דנציגר (נבו 5.5.2009).

¹²⁰ ראו ע"פ 5640/97 רייד נ' **מדינת ישראל** (נבו 28.3.1999); וגם ע"פ 1776/94 **עובדיה נ' מדינת ישראל** (נבו 25.5.1994).

¹²¹ ראו למשל ע"פ 6823/18 **לוי נ' מדינת ישראל**, פ"ס 14 לפסק הדין של השופטת וילנר (נבו 5.3.2020): "בהקשר זה ראוי להדגיש את האינטרס הציבורי בהקפדה על עיקרון אחידות הענישה, המהווה עיקרון יסוד במשפט הפלילי, ומורה כי בנסיבות דומות מבחינת אופי העבירות, חומרתן ונסיבות ביצוען, יש להחיל - כל כמה שניתן - ענישה אחידה, שוויונית ועקיבה. זאת, על-מנת למנוע שרירות בענישה ולהבטיח שוויון בפני החוק". ראו גם רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר-הדין בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** כד (התשנ"ד).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

נועד למנוע הפליה או שרירותיות בין נאשמים אשר עשויות לנבוע מהשקפתם השונה של שופטים הגוזרים את עונשם. לכן לעקרון האחידות בענישה יש חשיבות רבה עת השופט גוזר את הדין.

מתוך ההכרה בקיומו ובחשיבותו של עקרון אחידות הענישה ייטען כי כאשר הסיבה שבגינה בית המשפט מחמיר בעונשו של נאשם היא כי השופט הגוזר את דינו טועה לחשוב שהעבירה היא "מכת מדינה", ישנה פגיעה ממשית באחידות הענישה. לדוגמה, אם השופט אשר גוזר את עונשו של פלוני מצליח "לשלוף מזיכרונו" הרבה דוגמאות לעבירת גנבת הרכב, עלול להיגזר על פלוני עונש חמור יותר, לעומת עונשו של אלמוני אשר השופט הגוזר את עונשו בשל אותה העבירה ואותן הנסיבות אינו מצליח "לשלוף מזיכרונו" דוגמאות רבות לגנבות רכבים.

למשל, בעניין **כאברי**, המוזכר לעיל, בית המשפט העליון התמקד בכך שלערכאה הדיונית מותר להגדיר תופעות עברייניות כ"מכות מדינה". העבירה שביצע כאברי הייתה עבירת שוד בנסיבות מחמירות וקשירת קשר לביצוע פשע. לכאברי לא היה רקע פלילי קודם. תוך התמקדות בכך שעבירת השוד היא "מכת מדינה", הוטל על כאברי עונש של 46 חודשי מאסר.¹²² לעומת זאת, בפסק הדין בעניין **טגבה** שניתן כשלושה חודשים לאחר פסק הדין בעניין **כאברי** הורשע הנאשם בעבירה של שוד בנסיבות מחמירות, פציעה בנסיבות מחמירות ושידול להטרדת עד. לנאשם אף היה רקע פלילי קודם. עם זאת, עבירת השוד בעניינו לא הוגדרה כ"מכת מדינה", ולכן הוטלו עליו רק שישה חודשי מאסר.¹²³ נראה שאת ההבדל הכה משמעותי בגזרי הדין יש להטיל על הגדרת העבירה כ"מכת מדינה" בעניינו של כאברי.

דוגמה נוספת ניתן למצוא בפסקי הדין של השופט קובו בבית המשפט המחוזי. בפסק הדין בעניין **עבדאללה** גזר השופט קובו על נאשם שמונה חודשי מאסר בפועל, וזאת לאור הרשעתו בעבירות הבאות: שתי עבירות של גנבת רכב בצוותא, עבירה של קשירת קשר לביצוע פשע, חבלה במזיד לרכב בצוותא, החזקת כלי פריצה בצוותא, סיוע להסעה שלא כדין ותקיפה הגורמת חבלה של ממש.¹²⁴ בגזר הדין בעניינו של עבדאללה השופט לא התייחס לכך שעבירת גנבת הרכב היא "מכת מדינה" ולכן לא החמיר את הענישה בשל כך. מנגד, בגזר הדין בעניינו של **אבו הניה**, שניתן כשבועיים לאחר גזר דינו של עבדאללה – על ידי אותו השופט – נגזרו על הנאשם שנים עשר חודשי מאסר בעקבות הרשעתו בעבירות הבאות: כניסה לישראל שלא כדין, גנבת רכב, נהיגה פוחזת והפרעה לשוטר במילוי תפקידו.¹²⁵ בגזר הדין בעניין **אבו הניה** הדגיש השופט קובו כי בכל הנוגע לעבירות רכוש יש ליתן משקל משמעותי לשיקול ההרתעתו.¹²⁶ יצוין כי בשני פסקי הדין דובר על נאשמים צעירים ללא עבר פלילי. ניתן לשער שיוריסטיקת הזמינות השפיעה על השופט הגוזר את הדין. העובדה שבמשך כשבועיים נחשף השופט קובו ללפחות שני מקרים של גנבות רכב גרמה לו להכריז כי מדובר על "מכת מדינה", וכתוצאה מכך הוא החמיר בעונשו של הנאשם האחרון בזמן וגזר עליו עונש מאסר ארוך יותר ב-50%.

ואכן, כפי שהוסבר לעיל, אומנם עקרון אחידות הענישה אינו חזות הכל, ועל בית המשפט לשקלל את כלל הנסיבות: הן נסיבות העבירה, הן נסיבות האישיות של העבריין. אולם, כמובן שאין לתת משקל לנסיבות האישיות של השופט. כלומר, אסור שתהיה השפעה ליכולתו של השופט היושב בדין "לשלוף" מזיכרונו דוגמאות להליכים משפטיים דומים מהעבר על גזר הדין של נאשם. גזר דין חייב שיהיה מושתת על נסיבות העבירה ועל הנסיבות האישיות של העבריין, ואסור שיהיה מושתת על נסיבות האישיות של השופט. הישנות

¹²² ראו עניין **כאברי**, לעיל ה"ש שגיאה! הסימניה אינה מוגדרת..

¹²³ בע"פ 2849/13 **מדינת ישראל נ' טגבה** (נבו 13.8.2013).

¹²⁴ ת"פ (שלום פ"ת) 49063-03-13 **מדינת ישראל נ' עבדאללה**, פס" 1 (נבו 1.9.2013).

¹²⁵ ת"פ (שלום פ"ת) 9235-02-13 **מדינת ישראל נ' אבו הניה**, פס" 1 (נבו 17.9.2013).

¹²⁶ שם, בפס" 16.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.
מקרים מעין אלו הופכים את המשפט הפלילי לספרה הנשלטת על ידי האדם, ולא על ידי החוק (מ־Rule of Man's Law).

אך כאן לא נעצרות ההשלכות השליליות של השימוש השגוי במושג "מכת מדינה". החמרת היתר בענישה, הנובעת מאפיון תופעות עברייניות כ"מכות מדינה" בצורה שגויה, לא רק פוגעת בזכויות של הנאשם הספציפי בהליך הפלילי, אלא גם באינטרסים של החברה בכללותה. כפי שהוסבר לעיל, החמרת היתר בענישה, הנובעת משימוש שגוי במושג "מכת מדינה", פוגעת בעקרון אחדות הענישה ופגיעה זו עלולה במישרין לפגוע באמון הציבור במערכת המשפט.

הפגיעה באמון הציבור במערכת המשפט אשר נובעת מהפגיעה בעקרון אחדות הענישה נשענת על האמונה שההליך הפלילי הוא שוויוני.¹²⁷ ההנחה בציבור היא כי הרשעה פלילית והעונש הנלווה לה משקפים הליך משפטי מורכב ומדויק, ולא הגרלה שאינה קשורה למעשי הנאשם ותלויה בזהותו של השופט היושב בדין. אם תהיה בציבור התחושה כי שלטון החוק מתערער, ותופס את מקומו שלטון השופט או שרירותיות, אמון הציבור במערכת המשפט ייפגע.

הכתיבה בדבר חשיבות אמון הציבור במערכת המשפט עמוסה לעיפה ונראה שאין צורך להרחיב על כך. עם זאת, חשוב להזכיר בקצרה כי ללא אמון ציבורי במערכת המשפט, השפיטה אינה יכולה למלא את תפקידה. וכדבריו של השופט ברק: "אמון הציבור ברשות השופטת מהווה תנאי מוקדם שאי-אפשר לוותר עליו לצורך תפקודו הנאות של השופט. השופט אינו נושא לא חרב ולא ארנק והוא תלוי לחלוטין באמון הציבור".¹²⁸

חשוב לזכור כי החמרת היתר בענישה הנובעת מאפיון מוטעה של תופעות עברייניות כ"מכות מדינה" יוצרת גם פגיעה בקופה הציבורית. הסיבה לכך פשוטה. ההחמרה בענישה גורמת לכך שעל כל מורשע בהליך פלילי נגזר עונש פלילי חמור יותר. עם החמרת העונש, הסיכוי שעל הנאשמים ייגזרו עונשי מאסר עולה, ובנוסף משך תקופת המאסר מתארך. מכאן, שכאשר העלות השנתית הממוצעת של החזקת אסיר בבית סוהר מגיעה ל-42,767 ₪ (ללא עלויות של אנשי סגל בבתי הסוהר), ברי כי ככל שמשכי תקופת המאסר מתארכים וכמות האסירים עולה, הקופה הציבורית נפגעת באופן משמעותי.¹²⁹

ז. המלצות ופתרונות

לאור כל האמור לעיל, ניתן להבין כי השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי הרשויות השונות הפך ל"מכת מדינה" שיש למגרה. כלומר, השימוש במושג "מכת מדינה" עונה לכל חמשת התנאים המצטברים אשר מרכיבים את ההגדרה של "מכת מדינה".

התנאי הראשון אשר קובע ש"מכת מדינה" היא תופעה שלילית אכן מתמלא כאשר בוחנים את השימוש שנעשה במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט והמחוקק. כפי שהוצג, השימוש במושג "מכת מדינה" גורם לכך שרבים מהמורשעים בעבירות פליליות חווים פגיעה בזכויותיהם. פגיעה זו באה לידי ביטוי בפגיעה בזכות להליך הוגן ובעקרון אחדות הענישה.

התנאי השני אשר קובע כי מקורה של "מכת מדינה" הוא בני החברה עצמה גם הוא מתמלא כשבוחנים את השימוש שנעשה במושג "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט והמחוקק. כפי שהוצג לעיל, סיבות אפשריות לשימוש השגוי במושג "מכת מדינה" הן יוריסטיקת הזמינות והשימוש ב"מושגי שסתום". והרי יוריסטיקה

¹²⁷ ראו דורון טייכמן "הבניית שיקול-הדעת בענישה: נקודת-הראות הכלכלית" עיוני משפט לב 649, 671 (2011).
¹²⁸ ראו אהרן ברק "על השופט" המשפט ו 265, 266 (התשס"א); והשוו, חיים כהן "הרהורי כפירה באמון הציבור" מבחר כתבים, קציר עשור הגבורות 367 (אהרן ברק ורות גביזון עורכים 2001).
¹²⁹ נתן שבע אומדן עלות שנתית של החזקת אסיר בבית סוהר בהשוואה להחזקתו בהוסטל שיקומי (הכנסת, מרכז מחקר ומידע 2020).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

זו היא קיצור דרך מנטלי הנכנס לפעולה, באופן שאינו מודע, כאשר יש עומס עיבוד של מידע בעת שהמחוקק ובתי המשפט צריכים להחליט החלטה. וברור שהשופטים והמחוקקים הם בני החברה עצמה. כך גם בנוגע לשימוש שעושים בתי המשפט ואף המחוקק ב"מושגי שסתום".

בדומה לתנאי הראשון והתנאי השני, גם התנאי השלישי מתמלא כאשר בוחנים את השימוש שעושים בתי המשפט והמחוקק במושג "מכת מדינה". זאת כיוון שההשלכות השליליות של השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" אינן מסתיימות בפגיעה בזכויות הנאשמים בהליך הפלילי. השימוש השגוי במושג פוגע באמון הציבור במערכת המשפט ואף פוגע בקופה הציבורית לאור העלויות הכספיות הגבוהות שגוררת ההחמרה בענישה הנלווית לשימוש במושג "מכת מדינה". ומכאן שתופעה זו פוגעת בחלקים רחבים בחברה.

התנאי הרביעי, כמו שלושת התנאים שקדמו לו, מתקיים בכל הנוגע לשימוש במונח "מכת מדינה" על ידי בתי המשפט והמחוקק. זאת כיוון שכפי שהוצג לעיל, בשנים האחרונות הולכים ומתרחבים תיקוני החקיקה המחוקקים על מנת להתמודד עם "מכות מדינה" שונות. כמו כן, גם השימוש במושג "מכת מדינה" בפסקי דין הולך וגובר. כלומר, היקף תופעת השימוש במושג "מכת מדינה" הולך וגובר.

אך מה בדבר התנאי החמישי? קרי, האם יש שאיפה למגר את השימוש שעושים בתי המשפט והמחוקק במושג "מכת מדינה"? לאור העובדה כי השימוש במושג "מכת מדינה" עומד ביתר התנאים המאפיינים תופעה כ"מכת מדינה": "תופעה שלילית, אשר מקורה בהתנהגות בני החברה, הפוגעת בחלקים רחבים של החברה, היקפה ממשיך להתרחב", ברור שיש לשאוף למגר את השימוש השגוי במושג. ומכאן, שגם התנאי החמישי והאחרון מתמלא.

כפי שעולה מהניתוח לעיל, השימוש במושג "מכת מדינה" על ידי הרשויות הפך הוא עצמו ל"מכת מדינה" שיש לשאוף למגרה. לאור הצורך למגר תופעה זו, יוצעו שלוש דרכי פעולה שניתן לפנות אליהן על מנת שתופעת השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" תצטמצם. דרך הפעולה הראשונה מטילה את תיקון המצב הקיים על בית המשפט; דרך הפעולה השנייה מותירה את הכוח לתקן את הסוגיה המוצגת בידי המחוקק; ואילו דרך הפעולה השלישית מטילה את בחינת כל מקרה קונקרטי על גורם צד שלישי.

דרך הפעולה הראשונה לצורך מיגור השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" היא פסק דין אשר יצא תחת ידו של בית המשפט העליון ויבטל את החלטתו של השופט דנציגר בפסק הדין בעניין **כאברי** המוצג לעיל. זאת בעזרת סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה אשר קובע כי הלכה שנקבעה בבית המשפט העליון אינה מחייבת את בית המשפט העליון. ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין **כאברי** מכשירה פרקטיקה שגויה המאפשרת לערכאה הדיונית מרווח שיקול דעת וגמישות להסיק מסקנות על אודות התגברותה של תופעת פשיעה בתחום עבריינות מסוים, אם לא הובאו לפני נתונים עובדתיים אמפיריים חד-משמעיים. בית המשפט העליון יקבע הלכה אשר הופכת את ההלכה שנקבעה בפסק הדין בעניין **כאברי**, והיא תחייב את כלל בתי המשפט.¹³⁰

לדרך הפעולה הראשונה המוצעת יש יתרונות וחסרונות. יתרון משמעותי לדרך פעולה זו הוא העובדה שלבית המשפט יש יכולת לשנות הלכות שהוא נתן בלא קושי רב ובלא השקעת משאבים רבים. עם זאת, חיסרון משמעותי של דרך פעולה זו הוא העובדה שבית המשפט העליון אינו יוזם שינויים כראות עיניו, אלא דן אך ורק בסוגיות המשפטיות הנדונות המובאות לפתחו. לכן, ישנו סיכוי ששינוי כמתואר לעיל יגיע רק בעתיד, ואולי אפילו בעתיד הרחוק – הכול תלוי בהליכים המשפטיים שיובאו לפני בית המשפט העליון. עם זאת, ניתן לשער כי לאור השימוש הרב, המתואר במאמר, שעושות הערכאות השיפוטיות השונות במושג "מכת מדינה", סביר כי יגיע בעתיד הלא רחוק דיון משפטי בנושא זה לפתחו של בית המשפט העליון. חיסרון נוסף

¹³⁰ ס' 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

הוא העובדה ששינוי ההלכה אשר נקבעה בפסק הדין בעניין **כאברי** יטיל עבודה נוספת על רשויות האכיפה השונות, ביניהן הפרקליטות והמשטרה. הרי, לו בית המשפט יקבע כי אין לאפשר לערכאה הדיונית מרווח שיקול דעת וגמישות להסיק מסקנות על אודות התגברותה של תופעת פשיעה בתחום עבריינות מסוים אם לא הובאו לפניו נתונים עובדתיים-אמפיריים חד-משמעיים, הדבר יטיל על רשויות האכיפה להוכיח טענה זו. הוכחת הטענה בדבר התגברותה של תופעת פשיעה בתחום עבריינות מסוים עשויה לדרוש זמן ומשאבים נוספים מרשויות האכיפה.

דרך הפעולה השנייה יכולה להימצא בחקיקה ראשית על ידי המחוקק. כמוצג לעיל, תיקון 113 אשר נועד לצמצם את הפערים בענישה בין נאשמים שונים, כשל במטרתו וזאת עקב סעיף 40 אשר מותיר שיקול דעת רחב לבית המשפט להחמיר בענישה מתוך שיקולי הרתעה. על כן, דרך פעולה נוספת עשויה להיות תיקון חוק העונשין תוך התמקדות בסעיף 40 אשר עוסק בהרתעת הרבים. כך למשל, יכול המחוקק לאסור באופן מוחלט לשקול שיקולי הרתעה כללית בעת גזירת דינו של נאשם בהליך הפלילי. תיקון מעין זה תואם את ההשקפה כי החמרה בענישה לצורך הרתעת הציבור פוגעת בזכות החוקתית המעגנת את כבוד האדם וחירותו. מצד שני, תיקון מעין זה עשוי לאיין את מטרת דיני העונשין להכוונת התנהגות ולהרתעה.

מכאן, שדרך הפעולה השנייה המבוססת על חקיקה ראשית צריכה לאזן בין הצורך שדיני העונשין ישמשו להכוונת התנהגות לבין שמירה על הזכות להליך הוגן ועל עקרון האחידות בענישה ועקרון החוקיות. דרך פעולה זו יכולה להיות דרך ביניים שבה המחוקק יגדיר את המושג מכת מדינה, ורק כאשר יוכח שתופעה עבריינית פלונית עומדת בדרישות המושג, יוכלו בתי המשפט להחמיר בענישה בעניינה ובכך להרתיע את הציבור ולהכווין התנהגות במקרים המתאימים.

דרך הפעולה השלישית עשויה להטיל את תיקון המצב הקיים על גוף מחקר ייעודי. כך למשל, ניתן להקים גוף מחקר ייעודי תחת הרשות השופטת שתפקידו יהיה להגדיר מהן התופעות העברייניות המהוות מכות מדינה בכל זמן נתון לפי פרמטרים ברורים. ברור כי הגדרת תופעה כמכת מדינה תחייב את גוף המחקר להתבסס על נתונים אמפיריים אשר יוצגו לו, ולא על בסיס "נוטיפיקציות" מאתרי חדשות שונים.

דרך הפעולה השלישית המוצגת לעיל אף תואמת את גישתו של פלר כי העבירה שמבצע עבריין פלוני אינה מושג מנותק מן הנסיבות המתלוות לעשייתה, אשר אחת מהן היא תדירות התופעה העבריינית הכללית. לטענת פלר, תדירות התופעה העבריינית היא נתון אובייקטיבי אשר משליך על החומרה של העבירה, ונתון זה לטענת פלר הוא נתון אשר הציבור והעבריין מודעים לו. העבריין אינו מנותק מן המתרחש סביבו.¹³¹ לכן, גוף מחקר ייעודי אשר יפרסם את ממצאיו ויגדיר בצורה ציבורית מהן התופעות העברייניות המהוות מכות מדינה יממש את התפיסה כי העבריין מודע לתדירות התופעה העבריינית שאותה ביצע.

ח. סיכום ומסקנות

מאמר זה ביקש להציף "מכת מדינה" אשר מלווה את מערכת המשפט הישראלית – היא השימוש במושג "מכת מדינה". כפי שהוצג בגוף המאמר, למושג "מכת מדינה" אין פרשנות חד-משמעית, וכדי להתגבר על חוסר הפרשנות של המושג הוצעה לו במאמר פרשנות, המבוססת על מקורות שונים: מקור המושג, פרשנותו המילונית, שימוש בתקשורת, שימוש על ידי המחוקק ושימוש על ידי בתי המשפט. תוך שימוש בפרשנות זו תואר מצב שבו בתי המשפט משתמשים בצורה שגויה במושג "מכת מדינה" ומגדירים תופעות עברייניות שונות כ"מכות מדינה" על אף שלפי הנתונים הן אינן כאלו.

¹³¹ ראו פלר **יסודות דיני עונשין**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 102.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו לכשיתפרסם הכרך המודפס. כן צפויים שינויים נוספים.

במאמר זה טענתי כי השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" מוביל הלכה למעשה לפגיעה בזכות להליך הוגן, בעקרון האחידות בענישה ובאמון הציבור במערכת המשפט. כמו כן, המאמר הציע שתי סיבות העשויות להוות גורם לשימוש השגוי במושג מכת מדינה: הסיבה הראשונה היא יוריסטיקת הזמינות והסיבה השנייה היא השימוש שעושים בתי המשפט ב"מושגי שסתום".

מכאן, המאמר ביקש לדון במשמעות השימוש במושג "מכת מדינה" ביחס לתיקון 113 וכן במיקומו של המושג "מכת מדינה" במתח המצוי בין הצורך להשתמש בדיני העונשין להכוונת התנהגות תוך יצירת הרתעה כללית לבין זכויות הנאשמים להליך הוגן ולשמירה על עקרון האחידות בענישה. בהמשך, המאמר הציע שלוש דרכי פעולה אשר עשויות לשמש פתרונות למצב הקיים שבו בתי המשפט מגדירים תופעות שונות כ"מכות מדינה" רק על פי "החוש השיפוטי".

לאור כל המוצג לעיל נראה כי ישנה חשיבות מכרעת למציאת דרך הפעולה הראויה והמתאימה ביותר שתביא לצמצום ולמיגור תופעת השימוש השגוי במושג "מכת מדינה" על ידי הרשויות והפגיעה בנאשמים ובאמון במערכת המשפט שמתרחשת בעקבות תופעה זו. ביום 25.3.1998 קבע שופט בית המשפט המחוזי הס: "וכיצד יידע ביהמ"ש כי עבירה פלוגית, בה נאשם ו/או מורשע פלוגי, היא בגדר 'מכת מדינה'? דומה כי אי אפשר לה לקביעה זו שתהא משפטית טהורה ותתבסס על מבחן כזה או אחר".¹³² מאמר זה מבקש להציע כיוון מעט אחר.

¹³² ת"פ (מחוזי נצ') 1008/97 מדינת ישראל נ' בדראן (נבו 20.3.1998).