

בין אמנות למדע: גזירת הדין כאומנות

מאת

רות קנאי*

פתיחה. א. אמנות, אומנות ומדע. 1. קווים לאפיון האומנות; 2. מאפייני האומנות וגזירת הדין; ב. גזירת הדין כאומנות. ג. הצעת החוק בארץ.

במאמרו "גוזרים את הדין" אמר השופט דב לוין: "דומה, עם זאת, כי המשימה הקשה מכל, מבחינה אנושית ומצפונית, מבחינת האחזיות הציבורית ומבחינת ציפיות הציבור, היא זו בפניה ניצב השופט בבואו לגזור את דינו של אדם"¹. גם בפסיקה נמצא לא פעם הערות של שופטים על הקושי בקביעת העונש².
מה מייחד תפקיד זה של השופט? מהו האופי המיוחד של התפקיד הזה, שבשלו הוא כה קשה? ברשימה קצרה זו ננסה למצוא קווים המאפיינים את גזירת הדין על-ידי השוואתה לעבודה מדעית, ליצירה אמנותית ולמלאכתו של האומן.

פתיחה

בשנת 1984 פורסמה הצעת חוק לתיקון החלק הכללי של חוק העונשין, תשל"ז-1977³. פרקים ד ו-ה להצעה עסקו בגזירת הדין וכללו מערכת מפורטת של כללים שלפיהם יקבע השופט את גזירת הדין. לדרמן ושחר כתבו ביקורת חריפה על ההצעה. אחת

* פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת בר-אילן. תודתי נתונה למערכת ולקורא החיצוני על הערותיהם.

1 ד' לוין "גוזרים את הדין" המשפט א (תשנ"ג) 185, 186. השופט לוין דן בשיטת משפט שבה יש לשופט שיקול דעת רחב ביותר; הוא סבור כי כך ראוי שיהיה.

2 ראו למשל דברי השופט מ' אלון בע"פ 212/79 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לד(2) 421, 423 (1979).

3 ש"ז פלר, מ' קרמניצר "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (תשמ"ד) 127.

מטענותיהם הייתה שלפי הצעה זו העונש נקבע על-פי נוסחאות⁴. ניתן לומר כי טענתם של לדרמן ושחר היא, בין היתר, שגזירת הדין לפי ההצעה נעשית כמלאכה מדעית שיטתית, מכומתת ומדויקת, וכי אין זה ראוי שגזירת הדין תיעשה כך. לדעתם של לדרמן ושחר, גזירת הדין חייבת להיעשות בתום תהליך של שיקול דעת מעמיק של השופט, ולא על-פי נוסחאות וכללים מפורטים⁵.

פרופ' שחר הרחיב ופרט את ביקורתו על ההצעה בהרצאה שנשא ובמאמר שפרסם תחת הכותרת *Sentencing as Art*⁶. התזה המרכזית של שחר היא שהחלטות על גזירת הדין הן מאוד מורכבות ואינן ניתנות להסדרה בכללים מפורטים. המורכבות של גזירת הדין נובעת בראש ובראשונה מהצורך לקבוע העדפות מוסריות, היינו: לאזן בין שיקולי הענישה השונים. עם זאת גזירת הדין אינה מסתפקת בקביעת ההעדפות המוסריות והיא דורשת גם כימות, היינו: קביעה מדויקת של העונש ומידתו. משום כך אין אפשרות לקבוע כללים בדרך דדוקטיבית, ומכאן שכללים שייקבעו – מורכבים ככל שיהיו – ישקפו החלטות אינטואיטיביות או במקרה הטוב החלטות המבוססות על הטעם הטוב של מקבל ההחלטה (*artistic*), וייתכן שיהיו שגויות. על כן ראוי שלא ייקבעו כללים והחלטות יהיו מבוזרות, וכל שופט יפעל לפי האינטואיציה שלו⁷. מעבר לכך הסביר שחר שהחלטות אינטואיטיביות אינן בהכרח שרירותיות ויכולה להיות בהן גם מידה מסוימת של אחידות⁸. על מאמר זה השיב קרמניצר⁹ בהתנגדות נמרצת לאפשרות שגזירת הדין ייקבע באופן אינטואיטיבי¹⁰.

השאלה אם גזירת הדין היא תהליך יצירתי (ואף אינטואיטיבי) של השופט, הנתון כולו לשיקול דעתו, כמו גם השאלה אם ראוי שיהיה כך, הן גרעין הוויכוח בין קרמניצר לשחר. זהו גם הגרעין לדיון בשאלה אם גזירת הדין דומה לאמנות או למדע. ויכוח זה מתנהל גם בשיטות משפט אחרות.

- 4 א' לדרמן, 'י שחר' הערות לפרקים ד-ה ל"הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" הפרקליט לו (תשמ"ד-תשמ"ה) 499.
- 5 שם, עמ' 500-501.
- 6 Y. Shachar "Sentencing as Art" 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 638
- 7 שם, עמ' 652.
- 8 שם, עמ' 640.
- 9 M. Kremnitzer "Sentencing as Art – A Response: Sentencing as a Just System" 25 *Isr. L. Rev.* (1991) 662
- 10 שם, עמ' 669, 674. ראו גם דבריו של השופט חיים כהן: "מסימני ההתנסאות הוא גם אמונתם של רבים מהשופטים שכדי לגזור גזירת צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושיקולות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מייד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא ענין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש"; ח' כהן "ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א (תש"ן) 9, 21.

מחקר שנערך באוסטרליה תיאר את עבודת השופטים על סמך ראיונות שקיימה החוקרת עם שופטים באוסטרליה¹¹. במסקנותיה הצביעה החוקרת על כך שגזירת הדין הושוותה לא פעם לאמנות, אף-על-פי שמנגד ניתן לראות את גזירת הדין כמדע. לדבריה, בראיונות שקיימה עם השופטים הם שללו את האפשרות לראות בגזירת הדין מדע, ורק מעטים השוו במפורש את עבודתם לאמנות. עם זאת החוקרת אף ציינה כי שופטים רבים התייחסו לגזירת הדין כהליך אינטואיטיבי – הגדרה שהיא אנלוגית, לדעתה, לאמירה שגזירת הדין היא אמנות¹².

לדין בשאלה אם גזירת הדין היא אמנות או מדע נוסף ממד חדש עם פרסום מאמריהם של קרייצר וטאטא בשנת 2007. קרייצר¹³ העלה את האפשרות לדמות את השפיטה לאומנות (craftwork) וטאטא¹⁴ החל לבחון אפשרות זו לגבי גזירת הדין. במאמר קצר זה נמשיך בדרך שהתוו קרייצר וטאטא, ונסה לבחון את האפשרות לדמות את מלאכת השופט בגזירת הדין ליצירתו ולתוצרתו של האומן. הפרק הראשון של המאמר יעסוק בניתוח הקווים האופייניים לאומנות, תוך הבחנה בינם לבין אמנות, מחד גיסא, ולמדע, מאידך גיסא, ואת יישומם על מלאכת גזירת הדין. בפרק השני של המאמר נטען כי ראוי שגזירת הדין תיעשה כמלאכת אומנות ולא כקביעה מדעית או כיצירה אמנותית. הבנה זו משליכה על ההסדרים והכללים של תהליך גזירת הדין. נדגים זאת באמצעות ההסדרים הקיימים בשיטות משפט שונות. מכאן נגיע לפרק האחרון של המאמר, שיבחן את ההסדרים לגזירת הדין המוצעים בארץ ויראה באיזו מידה הם מותאמים למלאכתו של האומן.

א. אמנות, אומנות ומדע

1. קווים לאפיון האומנות

בוויקיפדיה מוגדרת האומנות כך:

“אומנות (אָמְנוּת, להבדיל מאָמְנוּת – אמנות) היא מלאכה הנעשית על ידי בעל מקצוע שהגיע לדרגת מומחיות בתחומו (אָמֵן, להבדיל מאָמֵן).”

11 G. Mackenzie *How Judges Sentence* (2005)

12 שם, עמ' 17-15.

13 H.M. Kritzer “Toward a Theorization of Craft” 16 *Soc. & Leg. St.* (2007) 321

14 C. Tata “Sentencing as Craftwork and the Binary Epistemologies of the Discretionary Decision Process” 16 *Soc. & Leg. St.* (2007) 425

הגדרה זו מצביעה על שני מאפיינים חשובים: האומנות היא עבודה מקצועית, ומקצועיות זו – בדרגתה הגבוהה והרצויה – היא מומחיות. קרייצר אימץ את הגדרתם של פלמינג, נרדולי ואייזנשטיין¹⁵:

“Craft is practical knowledge of how others perform their work and of the relationships involved in this work. It combines personal experiences with the lessons learned by others so that legal practitioners can organize their work and manage their relations”¹⁶.

הגדרה זו, המתייחסת לתחום המשפט, מדגישה את החשיבות של הניסיון האישי עם ההישענות על ניסיונם ומעשיהם של אחרים.

נבדוק מעט יותר את הרכיבים המאפיינים את האומנות. בניתוח זה נלך בעקבות מאמרו של בייקר, שבחן את המאפיינים של אומנות ושל אמנות והצביע על ההבדלים ועל נקודות המגע¹⁷.

בייקר הצביע על כך שאומנות דורשת ידע¹⁸, שבו משתמש האומן במלאכתו; אך לא די בידע – האומן מפתח מיומנות. האומן מיומן במלאכתו: יש לו יכולת, כישרון והוא בקי במלאכה. מאפיין נוסף שמנה בייקר הוא התועלת השימושית שיש בתוצרת של האומן: המוצרים שהאומן מייצר נועדים לשימוש; הידע והמיומנות שלו מופנים ליצירת חפצים שימושיים¹⁹. בייקר הרחיב את עניין התועלת שבאומנות לא רק לתוצרת אלא גם למילוי תפקידים. הידע והמיומנות מביאים ליכולת לבצע תפקידים בדרך שימושית ויעילה (למשל לבשל, למלצר, לנגן מוסיקה לריקודים).

עוד הראה בייקר שליצירה האומנתית יש לקוחות. היא נעשית עבור הלקוח: הקונה, הסועד במסעדה או המעביר. היצירה האומנתית שימושית ומיועדת לאדם אחר, ולכן התועלת שבאומנות והיעילות שלה נבחנות ונשפטות במדד חיזוני²⁰, כלומר: כיצד אחרים – ובמיוחד זה שלמענו נוצר הפריט – מעריכים את המוצר. אם האומן מייצר דבר שאינו שימושי או אינו מתאים למטרתו, תהיה ביקורת שלילית על המוצר והאומן עצמו יכיר בה ויצדיק אותה²¹.

- | | |
|---|----|
| R. Flemming, P. Nardulli, J. Eisenstein <i>The Craft of Justice</i> (1992), 195 | 15 |
| Kritzer (לעיל, הערה 13), עמ' 322. | 16 |
| H.S. Becker "Arts and Crafts" 83 <i>Am. J. Soc.</i> (1978) 862 | 17 |
| שם, עמ' 864. | 18 |
| שם, עמ' 864. ראו גם Kritzer (לעיל, הערה 13), עמ' 325. | 19 |
| Becker, שם, שם. | 20 |
| שם, עמ' 865. | 21 |

המיומנות של האומן מתבטאת ביכולתו ליצור סדרה שלמה ודומה ולחזור על אותו מוצר בדיוק, למשל הכנת מערכת של כלי קרמיקה, כאשר המוטיב הקישוטי חוזר בכל כלי. באומנות יש חשיבות ליצירת סדרה של עבודות. החזרה המדויקת ואפילו שימוש בשבלונות הם חלק לגיטימי של התהליך²². מכאן נעבור למאפיינים של היצירה האמנותית תוך הדגשת ההבדלים בינה לבין היצירה האומנותית.

האמנות מדגישה את חופש היצירה של האמן. באמנות, היופי והאסתטיקה הם יסודות מרכזיים וחיוניים של היצירה. יופי ואסתטיקה יהוו יתרון גם ביצירה האומנותית, אך שם הן אינן הכרחיות²³.

לאמן יש חופש בבחירת החומרים, בטכניקה של היצירה ובנושאה. חופש זה נובע מכך שקנה-המידה להערכת היצירה הוא פנימי. היצירה האמנותית אינה צריכה להיות שימושית והיא אינה מיועדת לאחר; היא ביטוי של האמן, ללא קשר לאפשרות שיימצא לה קונה. לכן, קנה-המידה לבחינת ערכה של היצירה האומנותית הוא פנימי: כיצד רואה האמן את יצירתו. בשונה מאומנות, כל יצירה אומנותית היא ייחודית וחזרה עליה תפחית מערכה. כל יצירה צריכה להיות מיוחדת ושונה.

נסכם ונאמר שבאומנות יש חשיבות לתועלת, לעקביות, למיומנות ולטכניקה. האומן הוא בעל ניסיון וידע מעשי; הוא מקצוען. המיומנות שלו והמומחיות שלו באות לידי ביטוי ביכולתו לפתור בעיות הנוצרות במהלך העבודה. הביקורת על יצירתו היא חיצונית²⁴. לעומת זאת באמנות יש חשיבות ליופי ולייחודיות של כל יצירה והביטוי האישי גובר על הפונקציונליות. הביקורת היא פנימית; האמנות מתאפיינת באינטואיטיביות, בייחודיות וביצירתיות.

מכאן נעבור בקצרה לאפיונים של עבודה מדעית.

אחת ההגדרות של science במילון וובסטר מתייחסת לידע ומידע תוך הנגדה לאינטואיטיביות²⁵. החשיבה המדעית היא שיטתית ולא אינטואיטיבית; היא שואפת ליצירת מערכת קוהרנטית ושיטתית הבנויה נדבך על נדבך, תוך שימוש בדוקציה, בהפשטה ובנוסחאות. החשיבה המדעית היא אובייקטיבית, לוגית, שיטתית ורציונלית. עד כה הצגנו אפוא אפיונים של אומנות, תוך השוואתם לאמנות מצד אחד ולמדע מצד שני. עתה ננסה לבחון אפיונים אלה על השפיטה, ובמיוחד על גזירת הדין.

22 שם, עמ' 868. ראו גם Kritzer (לעיל, הערה 13), עמ' 325.

23 Becker, שם, עמ' 866.

24 ראו הסיכום שם בעמ' 887.

25 "...knowledge, often as opposed to intuition, belief" Webster's New World Dictionary of the American Language (College ed., 1966).

2. מאפייני האומנות וגזירת הדין

המטרה של קרייצר במאמרו היא ליצור כלים שיאפשרו פיתוח של הדרישות לקביעת מקצוענות בשפיטה. לצורך זה הוא ציין מאפיינים שונים של אומנות ויישם אותם על התפקיד השיפוטי. יש בדבריו חזרה על המאפיינים שהבאנו קודם ובחינתם בתפקיד השפיטה.

קרייצר הזכיר את העקביות, את החזרה על אותה רוטינה, ובשפיטה – את הטיפול הזהה במקרים דומים ואת הפעלתו של שיקול הדעת השיפוטי באופן עקבי (consistency). בהמשך הוא עמד על כך שהאומן, הפועל באותה דרך בעקביות, מסוגל לסטות מהרוטינה כשמתעוררת בעיה חריגה כדי למצוא לה פתרון מתאים. גם כאן הראה קרייצר שהתנהלות כזו מתקיימת גם אצל השופט הנדרש לאזן בין שיקולים סותרים²⁶. קרייצר הדגיש את המקצוענות של האומן ואת יכולתו לפתור בעיות. לדעתו, שני מאפיינים אלה מתקיימים גם אצל השופט. אשר לשאלת הלקוחות טען קרייצר כי הלקוחות של השופט הם בראש ובראשונה כל הצדדים למשפט – אך לא רק הם, הקהילה כולה יכולה להיחשב כלקוחה. לכך מצטרף גם מאפיין התועלת שבמלאכתו של האומן, וגם לכך ניתן למצוא מקבילה במלאכת השפיטה²⁷.

סיירוס טאטא²⁸ המשיך את דרכו של קרייצר והתרכז בנושא המעניין אותנו, היינו: גזירת הדין כאומנות. מאמרו של סיירוס נסב על דיכוטומיות מקובלות בספרות המשפטית העוסקת בענישה, למשל: כללים כנגד שיקול דעת, ענישה שוויונית לפי "תעריף" לעומת אינדיבידואליזציה בענישה ועוד. לדעתו של טאטא, הדמיה של גזירת הדין לאומנות מאפשרת להתגבר על אותן דיכוטומיות. לדעתו, הסתכלות על גזירת הדין כאומנות מביאה למסקנה שהצמדים שצוינו לעיל אינם צמדים מנוגדים אלא תחנות על פני רצף, ועל כן ניתן לראותם כמושגים דינמיים ולא סטטיים²⁹. כך, למשל, הסביר טאטא שהדמיה של גזירת הדין לאומנות מראה שאין הנגדה בין ענישה לפי "תעריף" לבין ענישה אינדיבידואלית, שהרי מדובר באיזון בין המושגים. מהותה של הענישה היא ביצירת האיזון הראוי ביניהם:

"Craft suggests both a pursuit of consistency *and* leaving the craftworker's personal mark to signify the piece of work as having been treated as uniquely individual, and dealt with by a unique individual craftworker (leaving, in effect, a personal signature).

26 Kritzer (לעיל, הערה 13), עמ' 332-333.

27 שם, שם.

28 לעיל, הערה 14.

29 שם, עמ' 427.

One aspect of sentencing judgecraft is the performance of 'balance' between two discourses of justice: tariff-based consistency and individualized justice³⁰.

הדמיית תפקידו של השופט בגזירת הדין לאומנות מציגה גישה הרואה בגזירת הדין מלאכה הנשענת על הידע והניסיון של השופטים. השופט האומן נותן משקל וחשיבות לרוטינה ולאחידות, אך הוא נותן את דעתו גם למקרה שבפניו וגוזר את העונש הראוי לו מבלי להתעלם מהמסגרת הכללית.

ב. גזירת הדין כאומנות

ניתן להציג את תפקידו של השופט ואת שיקול הדעת שלו בגזירת הדין על פני רצף של שיטות. בצד אחד של הרצף יהיו שיטות המשפט שבהן יש לשופט שיקול דעת רחב ולא מונחה, ובצדו האחר יהיו שיטות שבהן שיקול הדעת מצומצם ביותר. הדימוי של גזירת הדין לאומנות מתאים לשיטות משפט שבהן יש לשופט שיקול דעת רחב בקביעת העונש, והדימוי של גזירת הדין למדע מתאים לשיטות משפט שבהן יש כללים ברורים ומכומתים לקביעת העונש. מכאן, שהשאלה למה יש לדמות את גזירת הדין נוגעת לאיזון הראוי בין כללים לבין שיקול דעת בקביעת העונש. זו השאלה הנדונה בוויכוח שבין קרמניצר לשחר שהבאנו בפתחת המאמר. כדוגמה לשיטה שבה שיקול הדעת רחב נוכל להביא את המשפט הפדרלי בארצות-הברית כפי שהתקיים לפני החקיקה שקבעה את ההנחיות לקביעת גזירת הדין³¹. כדוגמה לשיטה שבה שיקול הדעת מוגבל ומונחה בקפידה נוכל להביא את שיטת ההנחיות הפדרליות בארצות-הברית לפני פסק-הדין בעניין *Booker*³². שיקול הדעת הרחב שהיה לשופט הפדרלי בארצות-הברית לפני שנקבעו ההנחיות הוסבר יפה בפסק-הדין של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *Williams*³³.

30 שם, עמ' 437.

31 U.S. Sentencing Guidelines, 18 U.S.C.A. App. הנחיות אלו נתקבלו בשנת 1987 מכוח ה-Comprehensive Crime Control Act, 1984 (Pub. L. No. 98-473).

32 *U.S. v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005). בהחלטה זו נקבע שההנחיות הפדרליות אינן חוקתיות באשר הן מפרות את התיקון השישי של החוקה. עם זאת נקבע שכאשר ההנחיות מדריכות בלבד הן תקפות.

33 *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949). להסבר קצר על פסק-הדין ראו ר' קנאי "ראיות בשלב גזר הדין – בעקבות הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" ספר דיויד וינר על משפט פלילי ואתיקה (י' רבין, ד' ארד-איילון, י' ואקי עורכים, 2009) 275-274, 265.

החלטה זו מדגישה את האינדיווידואליזציה של הענישה, ואת שיקול הדעת הרחב של השופט בשמיעת טיעונים לעונש ובהתחשבות בנסיבות רבות ושונות בעת קביעתו. החלטת השופט מבטאת את השיקולים הנראים לו ראויים, והיא מותאמת לעבריין ולנסיבות הספציפיות של המקרה. השופט אינו שואף ליצור פסיקה שיטתית ואחידה. זו השיטה שאותה שחר מדמה לאמנות, ובה נוכל לדמות את השופט לאמן: השופט-האמן קובע את העונש תוך שימוש בחומרי יצירה רבים ושונים (הטיעונים לעונש רחבים ומגוונים), מתוך הסתכלות במקרה שבפניו, ללא קשר למקרים אחרים; שיקול דעתו אינו מונחה, ויש בו מידה רבה של אינטואיציה ויצירתיות; שיקול הדעת שלו אינו נתון לביקורת בערעור³⁴. כל אלה הם מאפיינים של יצירה אמנותית, כפי שראינו בפרק הראשון.

בקצה השני העמדנו את ההנחיות הפדרליות שהיו מחייבות לפני ההחלטה בעניין Booker³⁵. כך תוארו הנחיות אלה בספרם של טיית' (Stith) וקברנס (Cabranes)³⁶:

“complex quantitative calculations that convey the impression of scientific precision and objectivity”³⁷.

הצגת השיטה הפדרלית כקרובה למדע נסמכת על כך שההנחיות קובעות נוסחאות שלפיהן נגזר הדין. לכל עבירה נקבע דירוג חומרה בסיסי, ונסיבות שונות – מהן מיוחדות לאותה עבירה ומהן משותפות לכלל העבירות – מביאות לשינוי בדרוג החומרה. כל אלה, בצירוף הניקוד המתיחס לעבריין ולעברו הפלילי, מביאים לקביעה של העונש המוצע, המבוטא במספר חודשי המאסר³⁸. בשעתו אף פותחה תוכנת מחשב שסייעה לשופטים הפדרליים לחשב את העונש שיש לגזור בהתאם להנחיות. לאמתו של

34 במשפט הפדרלי של ארצות-הברית לא היה ערעור על מידת העונש. רק בשנת 1984 הוסדרה זכות ערעור כזו, כחלק מהחקיקה המקימה את שיטת ההנחיות. קודם לכן היה ניתן לתקוף את חומרת העונש שהוטל רק בטענה שאינו חוקתי.

35 *U.S. v. Booker* (לעיל, הערה 32). להסבר קצר על המשמעות של החלטה זו ראו המאמר הנזכר לעיל בהערה 33, בהמשך הפרק השלישי.

36 K. Stith, J.A. Cabranes *Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts* (1998).

37 שם, עמ' 82. ראו גם המשך התיאור שם, עמ' 83.

38 בסך הכול יש בטבלת ההנחיות הפדרלית 43 דרגות חומרה, ושש דרגות של ניקוד העבר הפלילי. להסבר על שיטת ההנחיות ראו ר' קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" מחקרי משפט ה (תשמ"ז) 234. להסבר על שיטת ההנחיות הפדראלית ראו ר' קנאי קביעת מסגרות משפטיות להדרכת שיקול הדעת של השופט בענישה (עבודת דוקטור, בר-אילן, תשנ"א), 157-138.

דבר הצגה זו אינה לגמרי מדויקת, שהרי השופטים היו רשאים תמיד לסטות מההנחיות כשנסיונותיו של המקרה חרגו מהגרעין שעל-פיו נקבעו ההנחיות³⁹. שני הקצוות מציגים שיטות משפט שאינן ראויות. שיטת משפט שבה שיקול הדעת של השופט בגזירת הדין אינו מונחה היא בכחינת rule of man ולא rule of law⁴⁰. בארץ הביאה הביקורת על שיקול הדעת הרחב שאינו מונחה להקמת הוועדה "לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין", בראשותו של השופט גולדברג, וכל חברי הוועדה הצטרפו לביקורת זו⁴¹. על שיטת המשפט הפדרלית שקדמה להנחיות נמתחה ביקורת רבה. היא הביאה לחוסר אחידות בענישה ולהפליה לרעת המיעוטים. זאת, נוסף על הפגיעה האמורה בחוקתיות של הענישה⁴². חשוב לציין שגם שופטים וחוקרים שביקרו קשות את ההנחיות הפדרליות המחייבות לא סברו שיש לחזור לשיטה שבה שיקול הדעת אינו מונחה⁴³. יתר על כן, החשש מפני שיבה לשיטה שבה יש לשופט שיקול דעת רחב שאינו מונחה הביא את השופט ברייר, בפסק דינו בעניין Booker, לתת "תרופה למכה" ולקבוע שההנחיות אינן חוקתיות – אלא אם הן מדריכות ולא מחייבות. ברור שהשופט ברייר סבר כי שיטת המשפט שהתקיימה לפני ההנחיות אינה ראויה, והוא

- 39 בפרק הראשון של ההנחיות, במבוא, מוסבר שהעונש המוצע בהנחיות מתאים ל-heartland של המקרים, ויש אפשרות לחרוג מהעונש המוצע בנסיבות שעליהן לא חשבו בוועדה. האפשרות לחרוג מהעונש המוצע הובהרה היטב בפרשת *Koon v. U.S.*, 518 U.S. 81 (1996).
- 40 לביקורת על כך ששיקול הדעת של השופט אינו מודרך ראו למשל ר' קנאי "הצעה לתיקון קביעת גור הדין" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 227.
- 41 דין וחשבון של הוועדה לבחינת דרכי ההבנייה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין (ירושלים, תשרי תשנ"ח, אוקטובר 1997). דעת הרוב בוועדה פותחת בביקורת על שיקול הדעת הרחב, וגם דעת המיעוט שותפה לביקורת זו.
- 42 אסתפק כאן רק בהבאת ספרו של מרווין פרנקל, שהוביל את המהלך שהסתיים בהנחיות: *M. Frankel Criminal Sentencing: Law without Order* (1973). פרנקל היה שופט פדרלי, הוא התפטר מתפקידו וטען שהשיטה אינה נותנת לשופט כל הדרכה לקביעת העונש. בספרו התווה פרנקל מתווה ראשוני להנחיות. יצוין כי לאחר שנתקבלו ההנחיות הפדרליות הייתה לו ביקורת רבה עליהן, אך היא נגעה להסדרים ספציפיים ולא לשיטת ההנחיות עצמה. ראו M. Frankel "Sentencing Guidelines: A Need for Creative Collaboration" 2043 *Yale L. J.* (1992) 101. לאחרונה התפרסמה ביקורת הנוגעת לא רק לשיטת ההנחיות אלא גם לטיעונו של פרנקל, אולם גם המבקרים מסכימים שיש מקום להדרכה ולהנחיה מסוימת של שיקול הדעת של השופט; ראו L. Adelman, J. Deitrich "Marvin Frankel's Mistakes and the Need to Rethink Federal Sentencing" 13 *Berkeley J. Crim. L.* (2008) 239.
- 43 P.J. Hofer "Symposium: Immediate and Long-Term Effects of United States v. Booker: More Discretion, More Disparity, or Better Reasoned Sentences?" 38 *Ariz. St. L.J.* (2006) 425.

לא חפץ לחזור אליה⁴⁴; אף המבקרים החריפים ביותר של ההנחיות הפדרליות המחייבות לא קראו לשוב לשיטה הקודמת. כך למשל טונרי, שכתבתו הביקורתית על ההנחיות רבה, לא קרא לשוב לשיטה הקודמת אלא למערכת ענישה שיש בה מידה מסוימת של הדרכה והנחיה⁴⁵.

טיית' וקברנס סיימו את ספרם בשתי הצעות מקבילות. ההצעה הראשונה יוצאת מן ההנחה שההנחיות יוסיפו להתקיים⁴⁶, ולכן הצעתם כוללת תיקונים לשיטה⁴⁷; ההצעה השנייה היא לשיטה שונה. הצעה זו מדגישה את תפקידו של השופט בקביעת גזר-הדין, אך דורשת שכל ההחלטות תנומקנה ושתהיה ערכאת ערעור. גם הצעה זו כוללת אפשרות לקביעת כללים מנחים להפעלת שיקול הדעת, שידריכו את השופטים "לשפוט", היינו: להעריך את המקרה שלפניהם ולהכריע הכרעות ערכיות בקביעת העונש⁴⁸.

עד כה ראינו שהקצה האחד – שיקול דעת רחב ובלתי-מונחה – אינו ראוי. נעבור בקצרה לביקורת על שיטת המשפט שבקצה האחר של הספקטרום – שיטת ההנחיות הפדרליות המחייבות. הספרות השוללת את ההנחיות הפדרליות המנדטוריות רבה מאוד⁴⁹. לשלילה זו סיבות רבות, ואתעכב על אחת מהן, הטוענת שאי-אפשר לקבוע הכול מראש. קביעה מראש של העונש המדויק שיש להטיל אינה יכולה לעשות צדק, והיא גם לא תביא לאחידות אמיתית משום שהיא גורמת להטלת עונש שווה על מקרים שאינם שווים⁵⁰. ביקורת זו תוקפת גם את עונשי המינימום הרבים – במיוחד עונשי מינימום חמורים בעבירות סמים – וגם את החקיקה של מדינת קליפורניה בשנת 1976, שקבעה עונשים קצובים לכל עבירה⁵¹. בסופו של דבר, שיטה שאין בה שיקול דעת ואין בה אפשרות להתאים את העונש למקרה הספציפי אינה ראויה⁵².

- 44 *U.S. v. Booker* (לעיל, הערה 32), עמ' 245.
- 45 M. Tonry "Setting Sentencing Policy through Guidelines" *Reform and Punishment: The Future of Sentencing* (S. Rex, M. Tonry eds., 2002) 75.
- 46 יש לזכור כי הספר נכתב לפני פסק-הדין *U.S. v. Booker* (לעיל, הערה 32).
- 47 בספרם הנזכר לעיל, בהערה 36, עמ' 143-168. הצעה זו אינה דורשת תיקוני חקיקה.
- 48 שם, בעמ' 168-177. יודגש כי הצעתם שונה מאוד מההצעות המקובלות לכללים מנחים בענישה והיא מותירה לשופט שיקול דעת רחב. לביקורת על הצעותיהם ראו R.F. Wright "Rules for Sentencing Revolutions" 108 *Yale L.J.* (1999) 1355, 1378.
- 49 D. Freed "Federal Sentencing in the Wake of Guidelines: Unacceptable Limits on Discretion of Sentences" 101 *Yale L.J.* (1992) 1681.
- 50 J. Heaney "Revisiting Disparity: Debating Guidelines Sentences" 29 *Am. Crim. L. Rev.* (1992) 771.
- 51 S.J. Schulhofer "Assessing the Federal Sentencing Process: The Problem is Uniformity not Disparity" 29 *Am. Crim. L. Rev.* (1992) 833.
- 52 החוק בקליפורניה קבע לכל עבירה שלוש תקופות מאסר קצובות: למקרה הקל, למקרה הרגיל ולמקרה החמור: Determinate Sentencing Act, 1976. לביקורת על חקיקה זו ראו

ראינו את שני הקצוות: גזירת הדין כאמנות וגזירת הדין כמדע. ראינו גם כי שיטות משפט הממוקמות בקצוות אלה אינן ראויות. בתווך פועלות שיטות משפט שבהן שיקול דעתו של השופט מונחה אך לא נשלל. נראה כי בשיטות אלה ניתן לדמות את מלאכתו של השופט בגזירת הדין לאומנות. במאמר ביקורת על ספרם של טיית' וקרנס תיאר רייט את השופטים כמי שביכולתם להגיע לקואורדינציה בין המקרים השונים:

"[...] We might also expect sentencers to coordinate their work over time: Sentencers could learn from experience, notice developing problems or trends, and improve their sentences over time"⁵³.

תיאור זה מתאים לתיאור של בייקר וקרייצר את האומן⁵⁴. בתיאור זה מודגש הלימוד מהניסיון, היכולת לשפר, והיכולת להגיע להתאמה בין פסקי-דין שונים. תיאור זה מתאים לשיטה הממוקמת במקום כלשהו בין שני הקצוות שראינו, שיטה שבה יש לשופט שיקול דעת מונחה. האפיון של גזירת הדין לא כמדע ולא כאמנות אלא כאומנות מציג בפנינו שיטה המעניקה משקל לאחידות ולפעולה באופן סדרתי, אך מאפשרת התחשבות בנסיבות הספציפיות. שיטה זו אינה מבוססת על החלטות אינטואיטיביות אלא על קריטריונים ומבנה לוגי – ועם זאת היא אינה כרוכה בהפעלה מכנית של נוסחאות. בשיטה כזו יש חשיבות לביקורת חיצונית המתבצעת על-ידי בית-המשפט שלערעור⁵⁵.

שיטה כזו מתפתחת בפסיקה הפדרלית בארצות-הברית מאז ההחלטה בעניין Booker⁵⁶. כיום ההנחיות הן כמעמד של הנחיות מייעצות ומדריכות אך לא מחייבות⁵⁷.

M. Tonry "Mandatory Penalties" 16 *Crime and Justice: A Review of Research* (1992) 243.

ראו הביקורת של Stith & Cabranes (לעיל, הערה 36). 52

Wright (לעיל, הערה 48). 53

ראו לעיל, בפרק הראשון למאמר. 54

בית-משפט שלערעור יכול לבקר את ההחלטות של בית-המשפט דמטה דווקא כשיש הנחיות המדריכות את שיקול הדעת של השופטים היושבים בדין. רק בשיטות כאלה יש לבית-המשפט שלערעור אפשרות לבחון את ההחלטות דמטה אל מול ההנחיות. בשיטות שבהן שיקול הדעת מודרך יש חשיבות להחלטות המתקבלות בערעור, ויש בהן הדרכה לבתי-המשפט דמטה. לחשיבות של בית-המשפט לערעורים בשיטה הפדרלית לאחר ההחלטה בעניין בוקר ראו S. Bibas, M.M. Schanzenbach, E.H. Tiller "Policing Politics" *at Sentencing* <http://ssrn.com/abstract=1102512>.

U.S. v. Booker (לעיל, הערה 32). 56

ועדת ההנחיות מפרסמת באתר האינטרנט שלה סטיסטיקה, ואכן ניתן לראות שיש ירידה באחוז ההחלטות שבהן העונש שהוטל הוא בתחום העונש המוצע. עם זאת, הירידה אינה

בשנים האחרונות ניתנו כמה פסקי-דין המסבירים את הדרך שבה על בתי-המשפט הפדרליים ללכת בגזרם את הדין⁵⁸: השופטים מתבקשים לתת משקל לעונש המוצע בהנחיות, אך עליהם לשקול את גם הקריטריונים הבסיסיים המנויים בסעיף 3553 של החוק. סעיף זה עוסק בשיקולי הענישה. הסעיף מורה לשופט להטיל עונש שיהיה חמור דיו – אך לא חמור מהנחוץ לשם השגת מטרות הענישה המנויות בו. הסעיף מונה מטרות שונות: מתן עונש ההולם את חומרת העבירה, הרתעה, הגנה על הציבור, טיפול בעברייני ועוד. הסעיף ממשיך וקובע שעל השופט להתחשב בעבירה ובנסיבותיה וכן בעברייני ובעברו; כן מתבקש השופט לשקול את העונשים העומדים לרשותו⁵⁹. הפסיקה כיום מעניקה מעמד חשוב לסעיף זה, וכאשר השיקולים המנויים בו יביאו את השופט לקביעת עונש החורג מהעונש המוצע בהנחיות, הוא יגזור את העונש הראוי לפי השיקולים שבסעיף. משמעות הדבר היא שהשופט חייב לשקול ו"לשפוט"⁶⁰, והעונש המוצע בהנחיות הוא אחד השיקולים שהוא שוקל⁶¹. הפסיקה והספרות בארצות-הברית עוסקת רבות בתיאור המהלך של השופט בגזירת הדין, וכן בהגדרת הסמכויות ושיקול הדעת של

גדולה. כך למשל בשנת 2002 היו 65% מפסקי-הדין בתחום העונש המוצע ובשנת 2007 רק 60.8% היו בתחום העונש המוצע.

ראו למשל: *Rita v. U.S.*, 127 S. Ct. 2456 (2007); *Gall v. U.S.*, 128 S. Ct. 586 (2007); *Kimbrough v. U.S.*, 128 S. Ct. 558 (2007).

59 “(a) Factors To Be Considered in Imposing a Sentence – The court shall impose a sentence sufficient, but not greater than necessary, to comply with the purposes set forth in paragraph (2) of this subsection. The court, in determining the particular sentence to be imposed, shall consider – (1) the nature and circumstances of the offense and the history and characteristics of the defendant; (2) the need for the sentence imposed – (A) to reflect the seriousness of the offense, to promote respect for the law, and to provide just punishment for the offense; (B) to afford adequate deterrence to criminal conduct; (C) to protect the public from further crimes of the defendant; and (D) to provide the defendant with needed educational or vocational training, medical care, or other correctional treatment in the most effective manner; (3) the kinds of sentences available”

60 הטענה הבסיסית של טיית' וקברנס נגד ההנחיות הפדרליות הייתה שהשופטים יגזרו את הדין לפי ההנחיות אינם עושים מלאכה של שפיטה, כלומר: שקילה של העקרונות ויישומם על המקרה הנדון. מכאן גם שמו של ספרם: *Fear of Judging* (לעיל, הערה 36).

61 אחת השאלות הנדונות בפסיקה ובספרות היא המעמד המדויק של העונש המוצע בהנחיות: האם יש לו מעמד מיוחד או שהוא רק אחד מהשיקולים. מפסק דינו של השופט ברייר בעניין *U.S. v. Booker* משתמע שלוש שלבים בהחלטה על העונש: הראשון – העונש המוצע בהנחיות, השני – שיקולי סעיף 3553 והשלישי – הנמקה של העונש. *U.S. v. Booker* (לעיל, הערה 32), החלטת השופט ברייר, עמ' 259-261, החלטת השופט ברייר.

בתי-המשפט של ערעור בדונם בעונשים שנגזרו⁶². בית-המשפט לערעורים במחוז הראשון בארצות-הברית פסק שיש לקרוא את סעיף 3553 בקריאה הוליסטית⁶³: לא די בבחינה של כל אחד מרכיביו, אלא יש לתת משמעות לעקרונות שהוא מבטא, למשל עקרון ה"חסכנות" (parsimony) בענישה. קריאה כזו נותנת לסעיף משמעות רחבה ופותחת פתח לשקילה רחבה מאוד של מטרות הענישה, של מידתיות ושל יעילות⁶⁴. שופט הפועל בהתאם להליך שהפסיקה מתווה אינו פועל כאמן. מחד גיסא, הוא צועד לפי ההוראות שבסעיף. מאידך גיסא, הוא גם לא פועל בהתאם לנוסחאות; הוא מפעיל שיקול דעת המובנה בהוראות החוק. את מלאכתו של השופט בשיטה כזו ניתן לדמות לאומנות.

שיטה נוספת שניתן למקם במרכז הרצף של שיטות המשפט שתיארנו היא השיטה האנגלית לגזירת הדין. במשך שנים רבות ניתן לשופטים באנגליה שיקול דעת רחב מאוד בקביעת העונש⁶⁵; אפילו מטרות הענישה לא הוגדרו בחוק. מאז שנות השמונים של המאה העשרים אנו מוצאים פסקי-דין מנחים של בתי-המשפט לערעורים הקובעים הנחיות לגזירת הדין בעבירות מסוימות או לגבי סוגי עבריינים או עונשים⁶⁶. סעיפים 1 ו-2 ל-Criminal Justice Act, 1991 קבעו רציונל לענישה: העונש חייב להיות פרופורציונלי לחומרת העבירה. רק בעבירות מין ואלומות ניתן לחרוג מהמידתיות ולהטיל עונש חמור יותר כדי להגן על שלום הציבור. ה-Crime and Disorder Act, 1998, בסעיפים 80-82 שלו, יצר את ה-Sentencing Advisory Panel, אשר הכין הנחיות ספציפיות לקביעת חומרת העונש לפי בקשתו של בית-המשפט לערעורים. בשנת 2003, בסעיף 167 של ה-Criminal Justice Act, 2003 הוקמה ה-Sentencing Guidelines Council. מועצה זו מפקדת על הכנת הנחיות לגזירת הדין בעבירות שונות וכן על

62 ראו למשל 5 "Letting Guidelines be Guidelines (and Judges be Judges)" G.E. Lynch *Ohio St. J. Crim. L.* (2008) 1 ולמקומו 1 W.W. Berry III "Discretion Without Guidance: The Need to Give Meaning to sec. 3553 After Booker and its Progeny" 40 *Conn. L. Rev.* (2008) 631.

63 *U. S. v. Rodriguez*, 527 F. 3d 221; (2008 U.S. App.) (No. 06-2656, 4.6.08) 64 ייתכן שהחלטה זו פותחת פתח רחב מדי לשיקול הדעת של השופט. עדיין לא ברור מה יהיה האיזון שיתקבל בסופו של דבר בפסיקה בין כללים, מחד גיסא, לשיקול דעת, מאידך גיסא. ראו גם מאמרם של Bibas & Schanzenbach (לעיל, הערה 55): הכותבים סבורים שאין לאפשר לבתי-המשפט דמטה לקבוע את העונש על סמך פילוסופיית הענישה הראויה בעיניהם.

65 אולם בשונה מהמשפט האמריקני, הייתה לנאשם זכות ערעור על העונש. 66 ראו 38-39 *A. Ashworth Sentencing and Criminal Justice* (4th ed., 2005), 253 *M. Wasik "Sentencing Guidelines in England and Wales – State of the Art?" Crim. L. Rev.* (2008) 253.

הנחיות לגזירת הדין במצבים מיוחדים כגון הודאות. הנחיות אלה מתקבלות לאחר עבודת הכנה של ה־Sentencing Advisory Panel ופנייה לציבור. הנחיות אלה שונות מההנחיות האמריקניות. הן אינן מציעות עונש שיש לגזור אלא מונות פרמטרים שיש להביא בחשבון בקביעת העונש. בהנחיות נקבעו גם נקודות מוצא להטלת העונש בהתקיים נסיבות מסוימות. נקודות מוצא אלו מבטאות בתקופות מאסר. המטרה של ההנחיות אינה להביא לתוצאות אחידות אלא להביא לאחידות בדרך הקביעה של העונש⁶⁷. צעד חשוב למטרה זו הוא הקביעה של המחוקק האנגלי שחומרת העונש תהיה מידתית לחומרת העבירה. עד כה הוצאו הנחיות לגבי עבירות שונות כמו שוד, עבירות מין, עבירות נגד גופו של אדם, המתה בתאונת דרכים ועוד⁶⁸. נוסף על כך הוציאה המועצה הנחיות המורות לשופטים כיצד להעריך את חומרת העבירה. הנחיות אלה אינן מתייחסות לעבירה מסוימת אלא נותנות לשופט כלים להערכה של חומרת העבירה בכל מקרה. הנחיות כאלה מתאימות למטרה של אחידות בקריטריונים לגזירת הדין, להבדיל מאחידות בתוצאות⁶⁹. וויזיק, שהיה היו"ר של מועצת ההנחיות, תיאר את ההנחיות במילים אלה:

"The aim of the English guidelines is [...] they are designed to structure rather than eliminate proper decision-making by judges. Judges are under a statutory obligation to have regard to the guidelines, but are able to depart from them having given reasons for so doing"⁷⁰.

לפי שיטה זו, השופט הבא לגזור את הדין פועל בהתאם להנחיות. הוא פועל לפי ההנחיות הכלליות הנוגעות לחומרת העבירה ולפי ההנחיות הנוגעות לעבירה שבה הוא דן (אם יש הנחיות בנדון). הוא שוקל את הנסיבות המנויות בהנחיות ומתחשב בעונשים הנקובים בהן, אולם הוא קובע את העונש בהתחשב במכלול הנסיבות והעובדות הנוגעות למקרה שבפניו, ואינו שואף להגיע לענישה אחידה. הענישה מותאמת למקרה שבפניו, על כל נסיבותיו, אולם דרך עבודתו מודרכת בהנחיות. ניתן לדמות דרך פעולה זו לדרך של האומן: זו אינה יצירה אמנותית שמקורה ביוצר עצמו וזו אינה פעולה שאינה נתונה לביקורת חיצונית. זו פעולה הצועדת בדרך שהותוותה לה עם אפשרות לפתור בעיות

67 בלשונו של וויזיק: "uniformity of approach, not uniformity of outcome"; שם, עמ' 259.

68 ניתן למצוא את ההנחיות וחמר נוסף באתר של ה־Sentencing Guidelines Council.

69 (2004) "Overarching Principles: Seriousness". ביולי 2008 פורסם דו"ח נוסף הבוחן

מחדש את הדו"ח הקודם "Consultation Paper on Overarching Principles of Sentencing".

70 Wasik (לעיל, הערה 66), עמ' 255.

מיוחדות הנוגעות למקרה הנדון. בשיטה זו ניתנת חשיבות לרציפות ולאחידות, תוך שימת לב לפרטים המיוחדים של כל מקרה. שימת הלב לכלל המקרים עם טיפול מיוחד בכל מקרה מתאימה לדימוי של אומנות, לא לזה של אמנות ולא לזה של מדע.

ג. הצעת החוק בארץ

בחדש יוני 2006 הגישה הממשלה לכנסת את הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ו-2006⁷¹. הצעה זו התבססה על הצעת הרוב בוועדת גולדברג על הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, שהוגשה כבר בשנת 1997⁷². הצעת החוק הממשלתית, כמו גם ההצעה של ועדת גולדברג, לא זכו לדיון מהיר. ההצעה לתיקון 92 עברה בקריאה ראשונה וועדת החוקה החלה בדיונים לגביה, אך זה תקופה ארוכה שאין דנים בה⁷³. הצעת החוק מוסיפה לפרק ו' של חוק העונשין, תשל"ז-1977, את סימן 1א "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", שבו סעיפים 40א-40ג (להלן אפנה לסעיפים אלה).

כדי לבחון את תפקידו ומלאכתו של השופט בהתאם להצעת החוק אסכם את הוראותיו העיקריות⁷⁴. ההוראה הראשונה שבהצעה היא: "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין העונש המוטל על נאשם שביצע עבירה לבין חומרת מעשה העבירה ואשמו של הנאשם"⁷⁵. הוראה זו קובעת את "עיקרון ההלימות". המקום המרכזי שניתן בהצעה לשמירה על יחס הולם בין חומרת העבירה לחומרת העונש מקובל היום בשיטות משפט רבות⁷⁶. בספרם של פון-הירש ואשוורת' על פרופורציונליות בענישה ניתן ביסוס תאורטי לחשיבות של שמירה על הלימה ולהבנה שצודק וראוי לראות בהלימה עיקרון על בענישה⁷⁷. אולם, השמירה על המידתיות היא

71 הצ"ח תשס"ו 446 (להלן – הצעת החוק).

72 ראו לעיל, הערה 41.

73 ביולי 2006 נערך בוועדת החוקה יום עיון על ההצעה, אך דומני שמאז לא המשיכו לדון בה.

74 יודגש כי אין כוונה לבחון את כל מרכיבי ההצעה ולדון בכל יתרונותיה וחסרונותיה.

75 סעיף 40ב המוצע.

76 ראו סקירה מקיפה אצל ר' קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה (תשס"ה) 147.

77 A. von-Hirsch, A. Ashworth *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles* (2005). במאמר ביקורת על ספר זה הודה אחד הכותבים כי בעבר התנגד למקום המרכזי שניתן לענישה הולמת (just desert), אולם ספר זה שיכניע אותו שענישה כזו היא צודקת. ראו הפסקה האחרונה במאמר הביקורת M. Thorburn, A. Manson "Review Essay: The

לא עיקרון שאין לחרוג ממנו, וההצעה מגדירה מקרים שבהם ניתן להטיל עונש העולה על העונש המידתי מטעמים של הגנה על הציבור⁷⁸, וכן את המקרים שבהם ניתן להטיל עונש קל מהעונש המידתי לקידום שיקומו של הנדון⁷⁹.

מקבץ זה של הוראות קובע את מה שכונה בוועדת גולדברג "הרציונלה לענישה". רציונל זה מדריך ומנחה את השופט בבואו להטיל עונש. בשונה מסעיף 3553 הפדרלי שראינו לעיל, שיקולי הענישה השונים אינם זהים בחשיבותם, וההצעה מאזנת ומגדירה את היחס ביניהם. מבחינה זו, ההדרכה שיש לשופט בהפעלת שיקול דעתו רבה ומהודקת יותר מזו שבסעיף הפדרלי⁸⁰. לקביעת הרציונל יש חשיבות רבה משום שהיא מביאה לכך שאמות-המידה לקביעת העונש יהיו אחידות⁸¹. קביעת האיזון בין מטרת הענישה מביאה לפסיקה עקבית וקוהרנטית; ראינו בפרק הראשון שעקביות וקוהרנטיות הן אפיונים של אומנות.

מקבץ נוסף של הוראות בהצעת החוק דן בנסיבות מחמירות ומקלות, משני סוגים⁸²: נסיבות המשליכות על הערכה של חומרת העבירה⁸³ ונסיבות שהן חיצוניות ואינן קובעות את חומרת העבירה, אך ניתן להתחשב בהן בקביעת העונש⁸⁴. רשימת הנסיבות אינה כוללת הוראות כמותיות.

הנסיבות הקשורות לביצוע העבירה מדריכות את השופט בבואו לקבוע את חומרת העבירה בהתחשב בנסיבות הספציפיות שבהן נעברה. העונש ההולם חייב להתאים

Sentencing Theory Debate: Convergence in Outcomes, Divergence in Reasoning" 10
New Crim. L. Rev. (2007) 278, 310

78 סעיף 40 המוצע.

79 סעיף 40 המוצע.

80 בספרות נמתחה ביקורת על כך שהמחוקק הפדרלי לא קבע איזון בין מטרת הענישה. ראו למשל A. von-Hirsch *Federal Sentencing Guidelines: The United States and Canadian Schemes Compared* (1988).

81 לחשיבות שבקביעת רציונל לענישה ראו ר' קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש: בעקבות דו"ח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו (תשנ"ט) 147, 151-154.

82 רשימת הנסיבות המחמירות והמקלות אינה סגורה, והשופט רשאי להתחשב גם בנסיבות אחרות. ראו סעיף 140 המוצע.

83 סעיף 140(ב) המוצע מונה שבע נסיבות מקלות הקשורות לביצוע העבירה, למשל חריגה מועטת מהסביר בסייגים של הגנה עצמית צורך וכורח או התגרות של נפגע העבירה. סעיף 140(ג) המוצע מונה 16 נסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה, למשל שימוש לרעה בסמכות ותכנון מוקדם.

84 סעיף 140(ד) המוצע מונה חמש נסיבות מקלות שאינן קשורות לביצוע העבירה, למשל גיל צעיר והעדור עבר פלילי. סעיף 140(ה) המוצע מונה שתי נסיבות מחמירות שאינן קשורות לביצוע העבירה: עבר פלילי (כמוגדר בסעיף) וצורך בהרתעת עבריינים אחרים.

לעבירה שנעברה תוך התחשבות בנסיבות הספציפיות שבהן נעברה, כפי שנקבע בסעיף 140ג(א) המוצע:

"בית המשפט יקבע את העונש ההולם לעבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה; לשם כך יתחשב בית המשפט בערך החברתי שנפגע כתוצאה מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובמדיניות הענישה הראויה, וכן יתחשב, לצורך הערכת חומרת מעשה העבירה שביצע הנאשם ואשמו, בנסיבות המקילות והמחמירות הקשורות בביצוע העבירה כאמור בסעיפים 140(ב) ו-140(ג) (ההדגשה שלי – ר' ק')."

הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה מאפשרות לשופט לקבוע את חומרת העונש תוך התחשבות בנסיבות המיוחדות של העבריין, בעיקר לקולה אך גם לחומרה⁸⁵, ולהביא בחשבון גם את הצורך בהרתעה כללית⁸⁶.

הוראה זו באשר לנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה חשובה משום שהיא מאפשרת לשופט להיות קשוב ולהיענות למצבו של העבריין שבפניו. על גישת הגמול והשמירה על הלימה בין חומרת העבירה לחומרת העונש נמתחה ביקורת בשל ההגבלה הקשה על התחשבות בנסיבות של העבריין. בספרם האחרון של פון-הירש ואשוורת⁸⁷ מותווית הדרך להתחשבות רבה יותר בנסיבות המיוחדות של העבריין גם בשיטה השומרת על עקרון ההלימה. התחשבות כזו מופיעה גם בהצעת החוק, והיא מאפשרת לשופט להגיע לענישה צודקת ורחמנית. היא מציגה את השופט כאומן היכול לחרוג מהשגרה ולתת מענה הולם לבעיות המתעוררות בפניו. עם זאת, ההתחשבות בנסיבות שאינן קשורות לחומרת העבירה מוגבלת, ואין היא יכולה להביא לסטייה גדולה מהעונש ההולם⁸⁸. הוראה אחרונה זו שומרת מפני היגררות לשיטה שבה שיקול הדעת רחב ובלתי מודרך, שיטה שבה ניתן לדמות את גזירת הדין לאמנות⁸⁹.

- 85 שם. כאמור נמנו חמש נסיבות מקלות ורק העבר הפלילי בא להחמיר.
- 86 האפשרות להחמיר מטעמים של הרתעה כללית שנויה במחלוקת קשה. בהצעת הרוב של ועדת גולדברג נשללה אפשרות זו. גם בהצעה שלפנינו ההחמרה בעונש משיקולי הרתעה כללית היא מוגבלת. הרתעה כללית אינה עילה לחריגה מהעונש ההולם, וההתחשבות בה כנסיבה מחמירה שאינה קשורה לעבירה מוגבלת לסטייה שאינה ניכרת מהעונש ההולם את העבירה ככתוב בסעיף 140ג(ג) המוצע.
- 87 von-Hirsch & Ashworth (לעיל, הערה 77).
- 88 כאמור בסעיף 140ג(ג) המוצע. יצוין כי לפי סעיף 140 המוצע ניתן להתחשב גם בנסיבות נוספות.
- 89 ראו משפטי הסיום של מאמרם של Thorburn & Manson (לעיל, הערה 77), עמ' 310. המחברים מציינים את החשיבות והחידוש שיש בכך שפון-הירש ואשוורת' נותנים מקום

כפי שראינו בפרק הראשון, אחד המאפיינים של האומנות הוא שהמוצר הוא שימושי ויש בו תועלת. ההוראות המאפשרות התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לעבירה מתאימות לאפיון זה: הן נותנות משקל וחשיבות ליעילות ולתועלת שבעונש. האפשרות להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בחומרת העבירה – עם יתר ההוראות של סעיף 40 המוצע, המסבירות את הדרך שבה ייקבע העונש ההולם את העבירה – מלמדת שעיקרון העל של הלימה שנקבע בהצעה אינו מבטא גישה גמולית נוקשה (just desert) אלא גישה של גמול מוגבל (limiting retributivism), המאפשרת התחשבות מסוימת בשיקולים נוספים⁹⁰. גישת הגמול המוגבל היא גם הגישה שה- American Law Institute מציע לחקוק בהצעתו למהדורה חדשה של ה- Model Penal Code⁹¹. גישה כזו נותנת מרחב רב יותר לשיקול הדעת של השופט, ומתרחקת מענישה לפי נוסחאות מחד גיסא ומענישה כאמנות מאידך גיסא. זו גישת הביניים של ענישה כאומנות. עיקרון העל של הלימה, כשלצדו האפשרות להתחשב בנסיבות שאינן קשורות בחומרת העבירה, מציגים את הענישה לפי תעריף ואת הענישה האינדיבידואלית כמושגים שאינם מנוגדים אלא ממוקמים על פני רצף. כפי שלמדנו מסיירוס טאטא בפרק הראשון, הסתכלות כזו מתאפשרת כאשר גזירת הדין מוצגת כאומנות⁹². ההשוואה בין האפיונים של האומנות שראינו בפרק הראשון והוראות החוק המוצע מלמדות אותנו גם מה חסר בהצעה. האפיון של אומנות כמלאכה שיש עמה תועלת ותוצרים שימושיים דורשת גם שמירה על עקרון החסכנות (parsimony) בענישה. עיקרון חשוב זה אומר שיש לתת את העונש הפחות חמור שבכוחו להביא להשגה של מטרות הענישה. אפשר לראות בעיקרון זה ביטוי לתועלת וליעילות בענישה. עיקרון זה מופיע בסעיף 8(ב) להצעת הרוב בוועדת גולדברג, שלפיו אין להטיל עונש מאסר בפועל אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש קל יותר⁹³. ברור שסעיף זה בא לשמור על מתן עונש הולם, שהרי מתן עונש מאסר כשחומרת העבירה אינה דורשת אותו משמעותו מתן עונש שאינו הולם. עם זאת ניתן לראות בסעיף זה גם

להתחשבות בנסיבות שאינן קשורות לחומרת העבירה. מחברי המאמר מדגישים כי התחשבות זו מוגבלת ומודרכת ולכן אינה מביאה לכאוס שיש בשיקול דעת רחב בגזירת הדין, שכל שניתן לומר כדי להצדיקו הוא שזו אמנות.

90 להבחנה בין שתי הגישות ראו המאמר הנזכר לעיל בהערה 76, עמ' 152-155.
91 American Law Institute Model Penal Code: Sentencing (Tentative draft No. 1, April 9, 2007).

92 ראו לעיל, הטקסט ליד הערה 29.

93 הצעת הרוב בוועדת גולדברג (לעיל, בהערה 41). לביקורת חריפה על היעדרו של סעיף זה מהצעת החוק ראו ב' סנג'רו "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה (תשס"ו) 247, 270.

ביטוי לעקרון החסכנות בענישה. בהצעת החוק שלפנינו אין סעיף כזה. היעדרו הוא חיסרון בהצעה שראוי לתקנו בהמשך תהליך החקיקה⁹⁴. רכיב מרכזי שלישי בהצעה הוא עונש המוצא. על רכיב זה יש מחלוקת וביקורת רבה⁹⁵. לפי ההצעה תמונה ועדה שתקבע עונשי מוצא לעבירות השונות. עונש המוצא הוא העונש ההולם את העבירה במקרה הטיפוסי⁹⁶. הוא הולם את חומרת העבירה כהגדרתה, במופשט, בלי להתחשב בנסיבות המחמירות והמקלות. מכאן, שעונש המוצא בא להבטיח שהשופטים יצאו מנקודת מוצא אחידה בבואם לבחון את חומרת העבירה בנסיבותיה הספציפיות, בהתאם לרשימת הנסיבות המחמירות והמקלות. שלושת הרכיבים שמנינו אינם קובעים את העונש. הם מדריכים ומכוונים את השופט בשקילת העונש שיש להטיל. הם אינם קובעים נוסחה כמותית, והשופט חייב לשקול את כלל הנתונים; שיקול הדעת שלו מודרך. הפעלה של שיקול הדעת לפי הצעה זו אינה מלאכה מדעית והשופט אינו פועל בה לפי נוסחאות. הוא חייב לשקול, להעריך ו"לשפוט" את חומרת המקרה שלפניו, בהתאם לעקרון ההלימות, לעונש המוצא ולנסיבות הספציפיות של המקרה. מאידך גיסא אין כאן יצירה אינטואיטיבית, אינדיבידואלית ומקורית. השופט מודרך והולך במסלול קבוע, אלא שהוא מתבקש להתאים את המסלול למקרה שבפניו. פעולה זו קרובה למלאכתו של האומן. השופט, לפי ההצעה, אינו מתבקש לפעול בהתאם לנוסחה קבועה. מעמדו ותפקידו שונים עד מאוד מתפקידו של השופט בשיטת ההנחיות הפדרליות המחייבות. הרכיב הכמותי היחיד שיש בהצעה הוא עונש המוצא, אך רכיב זה אינו מורה לשופט מה העונש שישטיל. הוא מורה לו מהי נקודת המוצא להפעלה של שיקול דעתו. השופט חייב לבחון את קיומן של הנסיבות המחמירות והמקלות, ועל-פיהן להקל או להחמיר בעונש. כמה יחמיר? כמה יקל? הדבר נתון לשיקול דעתו, ולכן אין לראותו כפועל לפי נוסחה מדויקת. כשיש נסיבות מקלות וגם נסיבות מחמירות – וכך הדבר בדרך כלל – עליו לאזן

94 עקרון החסכנות בענישה מופיע גם בהצעה החדשה של ה-Model Penal Code (לעיל, הערה 91). ראו גם הדגשתו במאמרם של Thorburn & Manson (לעיל, הערה 77).

95 ראו למשל סנג'רו (לעיל, הערה 93), עמ' 269-271. המחבר מוצא טעם בהיגיון שבקביעת עונשי מוצא, אך חושש מכך שהם יביאו להחמרה רבה ולשימוש יתר בעונשי מאסר.

96 לדיון בעונשי מוצא ראו קנאי (לעיל, הערה 81), עמ' 171-181. ראו גם הדיון בהנחיות באנגליה לעיל, הטקסט ליד הערה 67. מעניין לציין כי טיית' וקברנס סיימו את ספרם בהצעה לשיטת עונשין, שבה יהיו הנחיות "אמיתיות" שידריכו את השופטים בהפעלת שיקול הדעת שלהם ויאפשרו להם "לשפוט" ולהחליט על העונש הראוי. אחד הרכיבים של השיטה המוצעת – שיטה שבה כאמור יש מקום מרכזי לשיקול הדעת של השופט – הוא הדרכה באמצעות מידע על העונש הניתן במקרה הטיפוסי של העבירה; ראו Stith & Cabranes (לעיל, הערה 36), עמ' 176-177.

ולראות בכמה יחמיר ובכמה יקל מעונש המוצא. זו פעולה שונה מאוד מהפעלה של נוסחה. זו פעולה של שיקול דעת, וההחלטה נשענת על הנסיבות של המקרה הספציפי. מאידך גיסא, מלאכתו של השופט בהתאם להצעת החוק אינה יצירה אמנותית. שיקול הדעת שלו אינו חופשי: נקודת המוצא שלו היא עונש המוצא. עונש זה נקבע על סמך ראייה של מכלול המקרים. בכך נקשרת החלטתו למכלול ואינה יצירה בודדה. ההצעה מתווה את מסלול ההפעלה של שיקול הדעת: יציאה מעונש המוצא ואז שקילה של נסיבות מחמירות ומקלות. זו אינה הכרעה אינטואיטיבית; זו הכרעה מודרכת. בשיטת המשפט שלנו יש מעמד חשוב ומשקל רב להחלטות של בתי-המשפט שלערעור. להחלטות של בית-המשפט שלערעור ובמיוחד של בית-המשפט העליון יש תפקיד מרכזי בשיטה המוצעת. על בתי-המשפט שלערעור לבדוק אם העונש שנגזר הולם את חומרת העבירה בנסיבותיה הקונקרטיות; עליו לוודא שהשופטים לא נצמדו לעונש המוצא. בית-המשפט שלערעור מספק את הביקורת על החלטות השופטים-האומנים.

בפרק הראשון ראינו כי המיומנות של האומן מתבטאת ביכולתו ליצור סדרה שלמה ודומה, לחזור על אותו מוצר בדיוק – למשל בהכנת מערכת של כלי קרמיקה, כאשר המוטיב הקישוטי חוזר בכל כלי. באומנות יש חשיבות ליצירת סדרה של עבודות. החזרה המדויקת ואפילו שימוש בשבלונות הוא חלק לגיטימי של התהליך. המיומנות והמומחיות הן תוצאה של הניסיון שרכש האומן.

התפקיד המותווה לשופט לפי הצעת החוק דומה למלאכתו של האומן. הוא מתרכז במקרה הספציפי ובנסיבות המיוחדות לו, אבל הוא עושה זאת מתוך הסתכלות על כלל המקרים. עונש המוצא מעמיד אותו כמקרה אחד בין יתר המקרים. ההחלטה כמה להחמיר או להקל מעונש המוצא היא הטיפול הספציפי במקרה הנדון. הניסיון של השופט מסייע לו ביכולתו לנווט בין הנסיבות המחמירות והמקלות, והוא יוצר גזר-דין ספציפי למקרה שלפניו, על נסיבותיו – גזר-דין שאינו מנותק מהמקרים האחרים, אלא הוא אחד בסדרה של פסקי-דין שעונש המוצא משותף להם.

כאשר גזירת הדין היא אמנות היא קשה מאוד ולשופט אין מורה דרך; כאשר גזירת הדין היא מדע היא קשה מאוד והשופט חייב לפעול לפי כללים נוקשים ולא תמיד התוצאות צודקות בעיניו. כאשר גזירת הדין היא אומנות יש לשופט כללים המורים לו כיצד לשקול, והוא יכול להגיע לתוצאות הנראות לו צודקות.