

מעמדו של תיקון 113 לחוק העונשין בעקבות רע"פ 6621/23 מדינת ישראל נ' גריין

יוסף אלרון*

- א. מבוא
- ב. תיקון 113 לחוק העונשין
- ג. הרפורמה בעבירות ההמתה
 1. עבירת הרצח הבסיסית (בכוונה) – עונש מוצא או תיקון 113?
 2. אחריות מופחתת – עניין להכרעת הדין בלבד?
- ד. תיקון 113 ועונשי מינימום – הילכו שניים יחדיו?
- ה. עניין גריין – בין מינהלי לפלילי; בין חוק העבירות המינהליות לתיקון 113
 1. רקע נורמטיבי
 2. גישת קנס המינימום
 3. גישת תיקון 113
- ו. סיכום

א. מבוא

תיקון 113 לחוק העונשין חולל מהפכה בכל הקשור למלאכת הענישה במשפט הישראלי.¹ התיקון מתווה את האופן שבו יש לגזור את דינם של נאשמים שהורשעו בדין באמצעות יצירת מודל סדור המנחה את השופט. אולם, בחלוף הזמן התברר כי הסדרים חוקיים קודמים ומאוחרים לתיקון, לא תמיד מתיישבים באופן מלא עם המודל שחוקק בו – מי יותר, מי פחות. משכך, במספר תיקים שהתגלגלו לפתחו של בית המשפט העליון, נדרש בית המשפט לפסוע בנתיבים פרשניים לשם יישוב המתח שבין ההסדרים. אחת מהן – רשות ערעור פלילי בעניין גריין,² גילתה

* שופט בית המשפט העליון. תודה מיוחדת נתונה לעוזרי המשפטי, עו"ד גיא מיכאל כהן, על עזרתו בעריכת המאמר.

1 חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 102 (להלן: תיקון 113 או התיקון).

2 רע"פ 6621/23 מדינת ישראל נ' גריין (נבו 7.4.2025) (להלן: עניין גריין).

מתח זה כמעט במלוא עוזו, וכן עוררה סוגיות יסוד בכל הקשור לממשק שבין המשפט הפלילי למשפט המינהלי.

במאמר זה אעמוד על מקרים שבהם תיקון 113 לא עלה בקנה אחד עם הסדרים ענישתיים אחרים, באופן שדרש נקיטה בהכרעה פרשנית מצד בית המשפט העליון. לדידי, הגם שאפשר היה למצוא פתרונות פרשניים באותם תיקים פליליים, מוטב היה לו היה ניתן להם פתרון חקיקתי מראש. דרך הילוכי תהא כדלקמן: תחילה, אסקור את תיקון 113 ואת הרקע לחקיקתו; משם אפנה למקרים בהם התעורר המתח האמור – הסדרים הקשורים לרפורמה בעבירות ההמתה,³ הסדרי ענישת מינימום, ופסק הדין בעניין גרין; לבסוף אסכם.

ב. תיקון 113 לחוק העונשין

במסגרת הדיון על אודות מטרות המשפט הפלילי בכלל, ומטרות הענישה בפרט, קיימת בספרות כתיבה ענפה. במרוצת השנים, התפתחו גישות פילוסופיות רבות ומגוונות המציעות הצדקות שונות להטלת ענישה על הפרט בידי הריבון. על גישות אלה נמנות, בין היתר, גישות הגמול, ההרתעה, המניעה ועוד, כשגם אלה עצמן נחלקות לתתי-גישות הנבדלות האחת מרעותה בהצדקות הנורמטיביות לענישה.⁴

מטבע הדברים, קיומן של גישות ערכיות שונות ביחס להצדקות הענישה, חלחל גם למלאכת גזירת העונש בידי השופטים היושבים בדין. זאת, בראי ההבנה כי השוני המהותי בין הגישות, מחייב הבאת שיקולים שונים בחשבון בשעה שהשופט גוזר את דינו של הנאשם שניצב בפניו. כך למשל, אם רואים במניעת עבריינות חוזרת מצד הנאשם הנידון כמטרה מרכזית של הענישה, הרי שיש ליתן משקל נכבד לשיקולים בדבר הסיכון העתידי שנסקף מאותו נאשם. על אותה הדרך, אילו שיקום היה השיקול המרכזי, הרי שסיכויי הנאשם להשתקם הם אלו שהיה על השופט להציב לנגד עיניו.

משך עשרות שנים, שימשו בערבוביה שיקולים שונים בגזירת הדין בבתי המשפט הישראליים, ועימם בא לידי ביטוי מנעד רחב של ענישה. כמו כן, המשקל

3 חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט-2019, ס"ח 230 (להלן: הרפורמה בעבירות ההמתה או הרפורמה).

4 ראו, למשל, Michael S. Moore, *Justifying Retributivism*, in *PLACING BLAME: A GENERAL THEORY OF THE CRIMINAL LAW* 179 (2010); JEREMY BENTHAM, *AN INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES OF MORALS AND LEGISLATION* (T. PAYNE, AND SON, 1789); Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 *J. POL. ECON.* 169 (1968); לדיון כללי במטרות הענישה, ראו יצחק קוגלר *תאוריית ומעשה דיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי* 21–33 (2020).

שניתן לכל שיקול לא בהכרח היה אחיד. אפשר לומר כי שיקול הדעת השיפוטי בענישה היה רחב מאוד, כשהגבלה העיקרית שהוטלה עליו בידי המחוקק הייתה העונשים המרביים הקבועים בחוק, באשר עונשים אלה תוחמים את הגבול העליון של סמכות הענישה.⁵

לסמכות הנרחבת שהוענקה לשופט בגזירת הדין התלווה היעדר הנחיות מצד המחוקק להפעלת שיקול הדעת. תוצאתו של מצב דברים זה הייתה כאמור פערי ענישה בין נאשמים שביצעו עבירות דומות, בנסיבות דומות – וממילא פגיעה חמורה בעיקרון השוויון.⁶ על רקע זה, מינה שר המשפטים בשנת 1996 את הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, ועדה שבראשה עמד השופט (בדימ') אליעזר גולדברג. המלצותיה של הוועדה,⁷ הן שהיוו את הבסיס לתיקון 113, כאשר מטרתו המוצהרת של התיקון היא מתן מענה לקשיים שציינת, דהיינו: להכווין את שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין ולצמצם פערי ענישה שאינם מוצדקים.⁸ לצד זה הובהר במסגרת דברי ההסבר לתיקון כי שיקול הדעת בקביעת העונש הסופי יותר בידי השופט.⁹

תיקון 113 שינה את מלאכת גזירת העונש מן היסוד. בראש ובראשונה, התיקון הסדיר את היחס בין הגישות השונות לענישה, תוך יצירת מדרג ברור בין השיקולים השונים. מעמד הבכורה לעניין זה ניתן לעיקרון ההלימה, המזוהה עם גישות של גמול. כך, סעיף 40ב לחוק העונשין קובע כי "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".

מעבר לעיגון מעמדו של עיקרון ההלימה, יצר תיקון 113 מודל סדור ומובנה אשר לפיו יש לבצע את מלאכת גזירת העונש. מודל זה, שנועד למעשה לתקן ולהאחיד את תצורת הענישה, בנוי משלושה שלבים.¹⁰

בשלב הראשון, על השופט לבחון אם הנאשם הורשע בעבירה אחת או במספר עבירות. אם מדובר בהרשעה במספר עבירות, יש לקבוע אם הן חלק מאירוע אחד, או שמא יש לראות בהן אירועים נפרדים. לעניין זה הותווה בפסיקה מבחן "הקשר

5 ראו ס' 35 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכותרתו "הענשים ענשי מקסימום"; ע"פ 3084/24 אבו ג'ודה נ' מדינת ישראל, פס' 32 לחוות דעתי (נבו 2.3.2025).

6 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח הממשלה 446, 446 (להלן: דברי הסבר – תיקון 113).

7 ראו: הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין דין-וחשבון (1997) (להלן: דוח ועדת גולדברג).

8 דברי הסבר – תיקון 113, לעיל ה"ש 6; ס' 40 לחוק העונשין.

9 דברי הסבר – תיקון 113, שם.

10 ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(2) 772, 789-790 (2013); ע"פ 4149/23 עומאר נ' מדינת ישראל, פס' 17 לחוות דעתי (נבו 23.6.2024) (להלן: עניין עומאר).

ההדוק" שלפיו יש לבחון את עוצמת הקשר שבין העבירות, בשים לב למבחני עזר שהתפתחו ממקרה למקרה, דוגמת סמיכות זמנים בין העבירות, או היותן חלק מתוכנית עבריינית אחת.¹¹ אם בהתאם למבחן זה נקבע כי מדובר באירוע אחד, בית המשפט ימשיך בגזירת העונש בהתאם לשני השלבים הבאים. אם לעומת זאת נמצא שמדובר בכמה אירועים, אזי יש לקבוע מתחם עונש הולם לכל אירוע בנפרד, ולבסוף לגזור עונש לכל אירוע בפני עצמו (בחופף או במצטבר), או עונש כולל לכלל האירועים יחדיו.¹²

בשלב השני, על בית המשפט לקבוע את מתחם העונש ההולם בהתחשב במספר גורמים – עיקרון ההלימה; הערך המוגן שנפגע בשל ביצוע העבירה ומידת הפגיעה בו; מדיניות הענישה הנוהגת; ונסיבות הקשורות בביצוע העבירה.¹³ אשר לגורם האחרון, מונה סעיף 40ט לחוק העונשין רשימה לא סגורה של נסיבות,¹⁴ שבית המשפט יכול להתחשב בהן אם הוא סבור כי יש בהן כדי להשפיע על חומרת מעשה העבירה ועל אשמו של הנאשם. בין נסיבות אלה, אפשר להזכיר את התכנון שקדם לעבירה ואת הנזק (בכוח או בפועל) שנגרם או עשוי היה להיגרם כתוצאה ממנה.¹⁵

בתום קביעת מתחם העונש ההולם, על בית המשפט לעבור לשלב השלישי ובו ייקבע העונש בגדר המתחם, בהתחשב בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה.¹⁶ בהקשר זה מונה סעיף 40יא נסיבות (באופן בלתי ממצה),¹⁷ שבהן רשאי בית המשפט להתחשב. על נסיבות אלה נמנות נטילת האחזיות בידי הנאשם, או היעדרה, וכן עברו הפלילי.¹⁸

הגם שככלל התהליך התלת-שלבי של גזירת העונש ייעשה בהתאם לאמור לעיל, כך שתחילה ייקבע מתחם עונש הולם ובתוכו ייקבע עונשו של הנאשם הפרטי – המחוקק הכיר בשיקולים המאפשרים לסטות מהכלל ולגזור את העונש שלא בתוך המתחם. כך, מסמיך המחוקק את בתי המשפט לגזור עונש החורג

11 ע"פ 4910/13 ג'אבר נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק הדין של השופטת ברק-ארוז (נבו) 29.10.2014.

12 ס' 40יג לחוק העונשין.

13 ס' 40ג(א) לחוק העונשין.

14 ס' 40יב לחוק העונשין.

15 ראו בהתאמה ס' 40ט(א)(1), (3) ו- (4) לחוק העונשין.

16 ס' 40ג(ב) לחוק העונשין.

17 ס' 40יב לחוק העונשין.

18 ראו, בהתאמה, ס' 40יא(4) ו- (11) לחוק העונשין. באשר למידת ההתחשבות בנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה כתלות בחומרת העבירה, ראו בפסקי דיני: ע"פ 1077/22 קאדר נ' מדינת ישראל, פס' 15 לחוות דעתי (נבו 1.6.2022); ע"פ 3187/21 אלקאדי נ' מדינת ישראל, פס' 13 (נבו 21.8.2022); ע"פ 6576/23 ברכאת נ' מדינת ישראל, פס' 43 (נבו 27.4.2025).

לקולה ממתחם העונש ההולם בנסיבות של שיקום ממשי;¹⁹ ואילו מטעמים של הגנה על שלום הציבור מוסמכים בתי המשפט לחרוג לחומרה ממתחם העונש ההולם (אך לא במידה ניכרת).²⁰

חריג נוסף, יצייר פסיקה, המאפשר לחרוג לקולה ממתחם הענישה, התווסף לדין הישראלי במסגרת פסק הדין בעניין קלנר.²¹ באותו עניין, הכיר בית המשפט העליון בקיומו של חריג צר המאפשר את החריגה ממתחם העונש משיקולי צדק. ההצדקה ליצירת החריג נסמכה על החובה החוקתית שנגזרת מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לשמירה על מידתיות בענישה. החריגה הותרה כאשר ניכר כי כניסתו של הנאשם למאסר בפועל עלולה לסכן את חייו או לקצר בצורה ניכרת את תוחלת חייו. בתוך כך, הודגש כי בבחינת אפשרות זו, יש לאזן בין שיקולי צדק לבין חומרת מעשיו של הנאשם, מידת אשמו, ומידת מסוכנותו לציבור.²²

אם לסכם את האמור עד כה, תיקון 113 היווה נקודת מפנה בכל הקשור לאופן גזירת דינם של נאשמים שהורשעו בדין. יצירת המדרג בין שיקולי הענישה השונים, כמו גם תקנון אופן גזירת העונש – הובילו לכך שמה שהיה הוא לא מה שיהיה; לא דומה גזר דין שניתן בימים שקדמו לתיקון 113, לגזר דין שניתן לאחר היכנסו לתוקף – והראיה לכך היא אופן כתיבתם של גזרי הדין שניתנים מאז הוחל התיקון. משאלו הם פני הדברים, ולנוכח מרכזיותו של תיקון 113 לסוגיית הענישה, ניתן היה לסבור כי כל הסדר מאוחר לתיקון 113 הכולל רובד ענישתי, יכיל ממילא התייחסות שתסדיר את היחס שבינו לבין תיקון זה. אולם בפועל לא כך היה. כפי שאראה מיד, החוק הישראלי המאוחר לתיקון 113 אינו נותן מענה ברור בדבר היחס שבין ההסדרים, ומותיר את עיצובו של יחס זה לפתחם של בתי המשפט. בדומה, תיקון 113 עצמו אינו כולל התייחסות להסדרים שקדמו לו.²³ נקודה זו באה

19 ס' 140 לחוק העונשין. ביחס לטיב השיקום הנדרש לשם חריגה ממתחם העונש ההולם, וכן באשר ליחס שבין שיקול זה ליתר שיקולי הענישה, ראו ע"פ 671/22 אבו תנהא נ' מדינת ישראל, פס' 19 (נבו 20.10.2022) והאסמכתאות שם.

20 ס' 140 לחוק העונשין. בהמשך לאמור בגוף המאמר, ס' 140 ו-140 לחוק, כמו גם ס' 140 ו-140 לחוק העוסקים בשיקולי הרתעה, הם המחשה מצוינת לאופן שבו הבנה המחוקק את מעמדם של שיקולי הענישה השונים במסגרת תיקון 113; ראו עוד קוגלר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 60-64.

21 ע"פ 4456/14 קלנר נ' מדינת ישראל (נבו 29.12.2015).

22 ראו בפסק דיני: ע"פ 6692/23 זלקוב נ' מדינת ישראל, פס' 25-26 לחוות דעתי (נבו 21.7.2024).

23 אומנם אי-הסדרת היחס אינה חובקת כול. כך, למשל, במקרה של ענישת קטינים, שהיא סוגיית ענישה מרכזית למדי, המחוקק ראה להסדיר בתיקון 113 עצמו את היחס שבניה לבין חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971. כך, ס' 40טו(א) לחוק העונשין מחיל על ענישת קטין את הוראות חוק הנוער, אך בד-בבד מבהיר כי בית המשפט "רשאי להתחשב בעקרונות ובשיקולים המנחים בענישה המנויים בסימן זה [תיקון 113 -

לידי ביטוי בכמה היבטים של הרפורמה בעבירות ההמתה; בהסדרים שעייגנו עונשי מינימום; וכן בפסק הדין שניתן בעניין גרין. אתייחס להסדרים אלה על פי סדרם.

ג. הרפורמה בעבירות ההמתה

בשורה ארוכה של פסקי דין עמדתי על השינויים שיצר המחוקק עם כניסתה לתוקף של הרפורמה בעבירות ההמתה ואין זה המקום לחזור על הדברים באריכות.²⁴ בתמצית שבתמצית, הרפורמה יצרה מדרג חדש של עבירות המתה – עבירת הרצח בנסיבות מחמירות;²⁵ עבירת הרצח "הבסיסית";²⁶ עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת;²⁷ עבירת ההמתה בקלות דעת;²⁸ ועבירת גרימת מוות ברשלנות.²⁹ עבירות אלה נבדלות הן במישור היסודות הדרושים להתגבשותה של כל עבירה, הן במישור העונש שקבוע בצד כל אחת מהן. נקודה זו האחרונה של יצירת הסדרי ענישה חדשים עוררה במספר הקשרים סוגיות פרשניות למול תיקון 113, וזאת בהיעדר התייחסות כלשהי מצד המחוקק ליחס שבין הרפורמות. סוגיה ראשונה עניינה בעבירת הרצח "הבסיסית", שתי הסוגיות האחרות עניינן בעבירת הרצח בנסיבות של אחריות מופחתת.

²⁴ י"א], תוך התאמתם לענישת הקטין, ככל שסבר לתת להם משקל בנסיבות המקרה"; ראו עוד, בפסקי דינו של השופט מ' מזוז: ע"פ 5678/14 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 26.5.2015, וכן ע"פ 7416/15 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 22.5.2016; כן ראו בפסק דיני: ע"פ 8195/23 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 12 לחוות דעתי (נבו) 29.8.2024.
²⁵ ראו, למשל, ע"פ 578/21 אבו סראי נ' מדינת ישראל (נבו) 16.2.2023; ע"פ 6063/21 מדינת ישראל נ' יאסין (נבו) 26.3.2024; ע"פ 8265/22 מדינת ישראל נ' ג'עברי (נבו) 18.8.2024; כן ראו: יוסף אלרון "על אבני הדרך בעיצוב מדיניות הענישה בעבירת הרצח הבסיסית" ספר ניל הנדל (אלכס שטיין עורך, טרם פורסם) https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5227514 (להלן: אלרון "על אבני הדרך").

²⁵ ס' 301 לחוק העונשין.

²⁶ ס' 300(א) לחוק העונשין.

²⁷ ס' 301 לחוק העונשין.

²⁸ ס' 301 לחוק העונשין.

²⁹ ס' 304 לחוק העונשין (יובהר כי סעיף זה אינו יצירה חדשה של הרפורמה בעבירות ההמתה). לצד עבירות אלה נותרה כשריד מהימים שקדמו לרפורמה עבירת הניסיון לרצח הפרטנית שקבועה בס' 305 לחוק העונשין. על כך ראו: ע"פ 5922/22 קוזלוב נ' מדינת ישראל, פס' 24–21 (נבו) 13.8.2023; ע"פ 6731/23 סטרוג נ' מדינת ישראל, פס' 13–12 (נבו) 16.7.2024.

1. עבירת הרצח הבסיסית (בכוונה) – עונש מוצא או תיקון 113?

הממשק הראשון שבין הרפורמות נידון בפסק הדין בעניין שפק.³⁰ באותו מקרה, הוגש מטעם המדינה ערעור לבית המשפט העליון על קולת העונש שנגזר על נאשם שהורשע בביצוע עבירת הרצח הבסיסית ביסוד נפשי של כוונה. משמדובר היה במקרה תקדימי שהתעורר בסמוך לאחר כניסתה של הרפורמה לתוקף, העלתה המדינה את הטענה כי כאשר עבירת הרצח הבסיסית מבוצעת בכוונה, יש לקבוע את העונש המרבי הקבוע בצד העבירה – מאסר עולם,³¹ כעונש שיהיה נקודת מוצא לענישה. ככזה, יהיה ראוי, כך לעמדת המדינה באותו הליך, כי עונש שאינו מאסר עולם ייגזר רק במקרים חריגים שבהם ראוי יהיה לסטות מעונש זה. מובן, כי בכך ביקשה המדינה לסטות מפורשות מהוראות תיקון 113 שאינו מכיר בעונשי מוצא כי אם במודל התלת-שלבי שהזכרתי.³²

בפשטות, ניתן לנסח את השאלה המשפטית שהתעוררה בעניין שפק באופן הבא: האם יש מקום להחיל את תיקון 113 על עבירת הרצח הבסיסית כאשר זו מבוצעת ביסוד נפשי של כוונה?

המשנה לנשיאה, השופט הנדל, השיב לשאלה זו בחיוב. מסקנתו זו נסמכה על מספר טעמים, ובכללם: היעדר עיגון לעמדת המדינה בלשון החוק; האפשרות להחלת עונשי מוצא הייתה המועדפת על דעת הרוב בוועדת גולדברג ואף על פי כן הוחלט שלא לאמצה; ויצירת טשטוש בין עבירת הרצח בנסיבות מחמירות לבין עבירת הרצח הבסיסית.³³ נוסף לטעמים אלו, עמד השופט הנדל על כך שהסדר שנקבע במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה אינו מחריג את תחולת תיקון 113:³⁴

30 ע"פ 3223/21 מדינת ישראל נ' שפק (נבו 2.3.2022) (להלן: עניין שפק). פסק הדין עסק ברצח שביצע יצחק שפק, עת דקר ב-15 דקירות סכין את אשתו ואם ילדיו, עליזה. העונש שנגזר עליו בבית המשפט המחוזי עמד על 29 שנות מאסר בפועל, לצד רכיבי ענישה נוספים. המדינה ערערה על קולת העונש ואילו שפק ערער על חומרתו. ערעורו של האחרון התקבל והעונש הכולל (בשים לב למאסר מותנה מתיק קודם שהופעל) הועמד בבית המשפט העליון על 27 שנות מאסר בפועל.

31 ראו ס' 311 לחוק העונשין, המסמיך את בית המשפט בעבירות המתה שעונש המאסר עולם הקבוע בצידן אינו עונש חובה, להטיל מאסר עולם לתקופה בלתי קצובה או לתקופה שאינה עולה על שלושים שנים.

32 ראוי לציין כי גישה של עונשי מוצא הייתה הגישה המועדפת על ידי דעת הרוב בוועדת גולדברג (ראו: דוח ועדת גולדברג, לעיל ה"ש 7, בעמ' 14-15), אלא שגישה זו לא אומצה לבסוף במסגרת התיקון.

33 ראו עוד אלרון "על אבני הדרך", לעיל ה"ש 24.

34 עניין שפק, לעיל ה"ש 30, בפס' 15.

"מלשונם של סעיפי תיקון 113 עולה בבירור כי הם חלים על כל עבירה שנקבע בה עונש שאינו עונש חובה, וכי בית המשפט מחויב לפעול לפי הדרך הקבועה בהם, הכוללת קביעת מתחם עונש הולם ומיקום העונש בתוך המתחם [...] גם בעבירת הרצח הבסיסית או בסעיפים האחרים שנחקקו ברפורמה בעבירות ההמתה אין כל יסוד לפרשנות שמציעה המדינה, המחריגה את תחולתה של עבירת הרצח מתיקון 113. יוזכר כי מדובר ברפורמה שנעשתה לאחר תיקון 113 ולאחר חשיבה ודיונים ממושכים, כך שקשה להניח שמדובר בעניין שנעלם מעינו של המחוקק, ואף לו היינו מניחים כך, לא היה בכך כדי לסתור את לשון-החובה הרחבה והמפורשת של תיקון 113. פרשנות לשונית זו אף מתיישבת עם תכליתו של תיקון 113, שהיא, כאמור, להבנות את שיקול הדעת השיפוטי בענישה על מנת למנוע פערים בענישה. החרגתה של עבירת הרצח מתחולת תיקון 113 אינה מתיישבת עם תכלית זו. דווקא בעבירה כה חמורה שטווח הענישה בה כה רחב – עד מאסר עולם, ללא עונש מינימום – חשוב ביתר שאת כי בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו בגזירת הדין בגבולות החוק, על פי הדרך והשיקולים המנחים הקבועים בו, ובאופן שוויוני ואחיד".

עיננו הרואות כי כדי ליתן מענה לטענת המדינה נדרש בית המשפט למלאכה פרשנית. בתוך כך, התייחס פסק הדין בעניין שפק לעובדה שהרפורמה בעבירות ההמתה היא תוצר של דיונים ממושכים. בהינתן עובדה זו, ומאחר שהרפורמה מאוחרת לתיקון 113, הונח בפסק הדין כי אילו המחוקק רוצה היה לסטות בעבירת הרצח הבסיסית מההסדר הקבוע בתיקון 113 – הוא היה עושה זאת באמצעות גילוי דעת מפורש בלשון החוק; משלא עשה כן – המסקנה המתבקשת מבחינה פרשנית היא כי תיקון 113 חל גם בעבירה זו. אלא שדווקא נימוק זה, הגם שאני בהחלט שותף לו, ממחיש את הקושי עליו ברצוני להצביע במאמר זה – חלף הותרת מלאכת ההסדרה של היחס בין הרפורמות לבתי המשפט, מוטב היה כי תינתן תשובה מפורשת מצד המחוקק. זאת, בפרט מקום בו המחוקק ממילא ערך דיונים מעמיקים ודקדקניים ביצירת ההסדר החדש.

הדוגמה שנדונה בעניין שפק מבחינת היחס בין הרפורמות היא פשוטה יחסית; המסקנה הפרשנית שבה – נלמדת בצורה חד-משמעית. מקרים מעט מורכבים ממקרה זה, הממחישים בצורה מובהקת יותר את הקושי שבהיעדר התייחסות המחוקק, התעוררו בהקשר העבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת. לכך אפנה כעת.

2. אחריות מופחתת – עניין להכרעת הדין בלבד?

עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת עוררה כאמור גם היא סוגיות ביחס לממשק שבינה לבין תיקון 113.³⁵ אולם טרם אתייחס ישירות לסוגיות אלה, ולמען יהיו הדברים ברורים דיים, אקדים מספר מילים ביחס לטיבה של עבירה זו בהיותה יצירה חדשה של הרפורמה בעבירות ההמתה.

עניינה של עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת במקרים שבהם מתקיימים יסודות עבירת הרצח הבסיסית או עבירת הרצח בנסיבות מחמירות. אולם לצד יסודות אלה, מתקיימות נסיבות נוספות שבעטיין החליט המחוקק שאין מקום להרשיע באחת מעבירות הרצח. זאת, הן מבחינת התיוג הפלילי ("רצח"), הן מבחינת העונש (מאסר עולם כעונש חובה או כעונש מרבי). המצבים שבהתקיימם קמה האפשרות להרשיע בעבירה זו מתייחסים למעשה המתנה שבוצע בעקבות מצב של מצוקה נפשית או התעללות חמורה שסבל הממית מידי הקורבן; נוכח

³⁵ ס' 301ב לחוק העונשין קובע כדלקמן:

- (א) "על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם והמעשה נעשה כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בנן משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו, דינו – מאסר חמש עשרה שנים.
- (ב) על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, הגורם בכוונה או באדישות למותו של אדם באחת מהנסיבות המפורטות להלן, דינו – מאסר עשרים שנים:
- (1) המעשה בוצע בתכוף לאחר התגרות כלפי הנאשם וכתגובה לאותה התגרות, ובלבד שמתקיימים שניים אלה:
- (א) בעקבות ההתגרות הנאשם התקשה במידה ניכרת לשלוט בעצמו;
- (ב) יש בקושי האמור בפסקת משנה (א) כדי למתן את אשמתו של הנאשם, בשים לב למכלול נסיבות העניין;
- (2) המעשה נעשה במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 –
- (א) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או
- (ב) להימנע מעשיית המעשה;
- (3) המעשה נעשה במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה מתחולת סייג לאחריות לפי סעיפים 34, 34א או 34ב, ויש בנסיבות העניין כדי למתן את אשמתו.
- (ג) על אף האמור בסעיפים 300 ו-301א, מי שגרם למותו של אדם ורואים אותו כמי שעשה את המעשה באדישות לפי סעיפים 34א(א)(1), 34ב(ב) או 34ד(ב) רישה, דינו – מאסר עשרים שנים."

מצבו הנפשי או השכלי של הממית; וכן מקרים שבהם ישנה קרבה לסייגים של הגנה עצמית, צורך או כורח.³⁶

הסדר זה, שונה מהותית מההסדר שהיה קבוע בחוק העונשין לפני הרפורמה ושעוגן בסעיף 300א לחוק בנוסחו אז. סעיף זה, כפי שהסברתי בהרחבה במספר פסקי דין, היה הסדר של ענישה מופחתת בלבד. רוצה לומר, מי שהיה מורשע בביצוע עבירה לפי סעיף זה היה מורשע בעבירת רצח; אלא שלצד זה ניתן לבית המשפט שיקול דעת להפחית בעונש של הנאשם שהורשע בלי לשנות מאחריותו הפלילית.³⁷

לעומת זאת, ההסדר דהיום אינו הסדר ענישתי בלבד, אלא הסדר שעניינו גם, ואף קודם כל, באחריות הפלילית של הנאשם. המעבר מהסדר ענישה להסדר אחריות, הוא שגרר במידה רבה את הקושי שבממשק בין העבירה החדשה לבין תיקון 113. קושי זה התעורר בשני פסקי דין – הראשון ניתן בעניין פלוני,³⁸ והשני ניתן בעניין עומאר.³⁹

בעניין פלוני, מדובר היה בנאשם שלנוכח מצבו הנפשי הורשע בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת לפי החלופה הקבועה בסעיף 301ב(2) לחוק העונשין.⁴⁰ משמעות הדבר היא כי מצבו הנפשי של הנאשם קיבל ביטוי בהכרעת הדין – שכן, הוא לא הורשע בעבירת הרצח חרף העובדה שיסודותיה התקיימו, אלא בעבירת האחריות המופחתת. אם כן, בית המשפט נדרש לבחון אם במקרה מעין זה נשללת האפשרות להתחשב במצבו הנפשי של הנאשם בשנית בשלב גזירת הדין – וכך הייתה עמדת המדינה. למעשה, סוגיה זו דורשת לבחון אם בנסיבות אלה תיקון 113 חל כלשונו ביחס לעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת, אם לאו.

36 ע"פ 6528/23 מרר נ' מדינת ישראל, פס' 12–13 (נבו 22.9.2024).
 37 שם, בפס' 17–19; כן ראו: ע"פ 1213/23 אלאזה נ' מדינת ישראל, פס' 40–41 (נבו 7.4.2025). יוזכר כי עונש מאסר העולם שהיה קבוע בצד עבירת הרצח בדין שקדם לרפורמה היה עונש מאסר עולם חובה.

38 ע"פ 5374/20 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו 12.4.2022) (להלן: עניין פלוני).

39 עניין עומאר, לעיל ה"ש 10.

40 המשיב בעניין פלוני, לעיל ה"ש 38, לקה במחלת הסכיזופרניה ואושפז בעקבותיה כמה פעמים בבית חולים פסיכיאטרי. בשנת 2016, המית ב-6 דקירות סכין אדם שהיה מוכר לו על רקע יחסי שכנות, מששמע כי הלה פגע מינית בחברתו. לאחר שמיעת מרבית הראיות, נערך בין התביעה למשיב הסדר טיעון ובו שונה סעיף האישום מעבירת רצח בכוונה תחילה (לפי ס' 300א(2) לחוק העונשין, בנוסחו לפני הרפורמה בעבירות ההמתה), לעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת. בית המשפט המחוזי גזר על המשיב עשר שנות מאסר בפועל לצד ענישה נלווית, וזאת בלי לקבוע מתחם עונש הולם מטעמים שפורטו בגזר הדין. המדינה ערערה על קולת העונש. בית המשפט העליון קיבל את הערעור, ובין היתר החמיר את רכיב המאסר בפועל שהוטל על המשיב כך שזה יעמוד על 12 שנות מאסר.

המענה שניתן גם בפסק דין זה היה ברור – תיקון 113 חל כפשוטו, כך שיש מקום להתחשב במצבו הנפשי של המשיב גם במלאכת גזירת העונש. בין היתר, נומק כי התחשבות מעין זו עולה בקנה אחד עם לשון החוק ועם ההבחנה שבין שלב הכרעת הדין לשלב גזר הדין; וכי תיקון 113 שולל את הטענה כי אין מקום להתחשב במצב הנפשי פעם נוספת, משנקבע בו מפורשות כי לנסיבות בדבר מצבו הנפשי של נאשם רלוונטיות לקביעת העונש, ומשהרפורמה בעבירות ההמתה לא החריגה את תחולת התיקון.⁴¹ הודגש, כי המצב הנפשי יכול לשמש נסיבה לקולה הן כנסיבה הקשורה בביצוע העבירה, הן כנסיבה שאינה קשורה בביצוע העבירה.

סוגיה דומה, אך לא זהה, התעוררה בעניין עומאר. הנאשם בפרשייה זו הורשע ברציחתם של שני קורבנות, כאשר טענותיו בערעור התמקדו בכך שבית המשפט המחוזי לא התחשב די הצורך בגזירת העונש במצבו הנפשי, כמו גם בהתגרות שחוה לשיטתו מצד אחד מהנרצחים.⁴² הבסיס המשפטי לטענות אלה מצוי בתיקון 113 המאפשר להקל בעונש בנסיבות שבהן התקיימה אצל נאשם קרבה לסייג לאחריות פלילית, למשל בשל מצבו הנפשי (להלן: **נסיבת הקרבה לסייג**);⁴³ וכן כאשר יכולת נאשם להימנע מהמעשה נפגעה עקב התגרות מצד נפגע העבירה.⁴⁴

⁴¹ המשנה לנשיאה הנדל מפנה בעניין זה להנמקתו בעניין שפק, לעיל ה"ש 30.
⁴² ראו עניין עומאר, לעיל ה"ש 10; בין מוניר עומאר, לבין אחותו – ראידה עאסף, גיסו – סעיד עאסף, ואחינו – ראמי עאסף, שרר סכסוך. ביום הריצח, מוניר נהג לכיתו בתום יום עבודה, כאשר באותה העת ראמי נסע בכיוון זהה. בשלב מסוים, ראמי עצר את רכבו והסיטו שמאלה באופן שחסם חלק מנתיב הנסיעה. מוניר בלם בלימת חירום ועצר את הרכב. ראמי יצא מרכבו, פתח את דלת הנוסע הקדמי הימנית ברכבו של מוניר, הכניס את ראשו לרכב, צעק על מוניר "למה ככה?", איים לפגוע במוניר והכהו בכתפו. לאחר שהזהירו שילך מהמקום, מוניר שלף אקדח שנשא ברישיון ואיים על ראמי שיעזוב. ראמי אמר למוניר "תירה" וזה אכן ירה לעברו 12 כדורים ממרחק קצר, מה שגרם למותו. משם המשיך מוניר בנסיעה לכיוון ביתם של ראידה, סעיד וראמי. כשהגיע בסמוך למקום, עצר את הרכב והלך לכיוון הבית כשהוא אוזח את האקדח בידו ומקלל את ראידה. סעיד ששהה בחצר צעק לעברו שיעזוב, ומוניר בתגובה ירה חמש יריות ממרחק קצר לעברו של סעיד, שמצא לאחר מכן את מותו כתוצאה מהן. מוניר הודה והורשע במסגרת הסדר טיעון, כאשר המחלוקת שנדונה בבית המשפט המחוזי התייחסה כמפורט בגוף המאמר להשלכה לעניין העונש של ההתגרות הנטענת מצדו של ראמי, וכן של מצבו הנפשי הנטען של מוניר. בית המשפט המחוזי הכריע בין חוות דעת פסיכיאטריות שהוגשו בעניינו של מוניר וקבע כי לא הוכח שמוניר היה שרוי במצב של קרבה לסייג לאחריות פלילית מפאת מצבו הנפשי. כן נקבע כי לא ניתן לראות במעשיו של ראמי ככאלה שהובילו את מוניר לפעול כפי שפעל, וכי מידת שליטתו על מעשיו לא הוגבלה כתוצאה מהם. לבסוף, נגזר על מוניר עונש של מאסר עולם ועל כך הגיש ערעור לבית המשפט העליון – ערעור שנדחה בפסק דיני.

⁴³ ס' 40ט(א)(7) לחוק העונשין.

⁴⁴ ס' 40ט(א)(9) לחוק העונשין.

בנקודה זו התעוררה סוגיה פרשנית מקדמית והיא – אם בכלל אפשר להתחשב במצב דברים זה בנסיבת הקרבה לסייג ובנסיבת ההתגרות. הטעם לכך שסוגיה זו עלתה לדיון הוא שבמישור הכרעת הדין, הנאשם הורשע בעבירת הרצח ולא בעבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת. מאחר שבמישור ההרשעה נשללה ההתחשבות בנסיבות ההתגרות והמצב הנפשי, ניתן היה לסבור כי אין מקום לבחון פעם נוספת במסגרת גזירת העונש את האפשרות להקל בעונשו של נאשם מחמת נסיבות אלה בדיוק.⁴⁵ במילים אחרות, אם הסדר ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת הוא הסדר ממצה לעניין ההתחשבות בנסיבות ההתגרות והמצב הנפשי, הרי שאין מקום לבוחנן בשנית במלאכת הענישה. קבלת הטענה כי מדובר בהסדר ממצה, הייתה מוליכה הלכה למעשה להחרגת העבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת מתחולת תיקון 113 בנסיבות מעין אלה. מטעם זה ומטעמים נוספים דחיתי פרשנות זו בפסק דיני. בין נימוקי, עמדתי על מעמד הבכורה שניתן באופן עקבי במקרים אלה לתיקון 113:⁴⁶

⁴⁵ בפסק הדין הרחבתי לתאר את הטעמים שמעוררים את הסוגיה הפרשנית האמורה ובכלל זה את הדמיון הלשוני המובהק שבין הנורמות הקבועות במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה לבין אלו הקבועות במסגרת תיקון 113 – ראו עניין עומאר, לעיל ה"ש 10, בפס' 16.

⁴⁶ שם, בפס' 18 (ההדגשה במקור – י' א'). עוד הדגשתי בעניין עומאר כי אין מקום לקבוע שהעונש שנושאת בצידה עבירת ההמתה בנסיבות של אחריות מופחתת ישמש כרף תחתון לענישה בעבירת הרצח הבסיסית. בהפנותי לקביעה דומה בדבר היחס שבין עבירת ההמתה בקלות דעת ועבירת הרצח באדישות בפסק דיני: ע"פ 5806/22 מדינת ישראל נ' גריפאת, פס' 20 (נבו 20.11.2022). ציינתי בעניין עומאר את הדברים הבאים: "[...] בית המשפט המחוזי הניח כי תחת האפשרות שאין מדובר בהסדר ממצה – האפשרות שתואמת את המסקנה אליה הגעתי – העונש שנקבע בצד העבירה של המתה בנסיבות של אחריות מופחתת ישמש כרף תחתון לענישה בעבירה הרצח הבסיסית. רוצה לומר: עונשו של מי שהורשע בעבירת הרצח הבסיסית, והנסיבה המקלה היחידה שנשקלה בעניינו היא נסיבת ההתגרות או נסיבת הקרבה לסייג, לעולם יהיה גבוה מ-20 שנות מאסר בפועל (העונש שנקבע בסעיף 301ב(ב) לחוק).

הגם שהגיונה של גישה זו בצידה, איני רואה לנכון לקבוע כלל נוקשה בעניין זה, שעה שמדיניות הענישה ברפורמה בעבירות ההמתה עודנה בהליך התגבשות [...] עוד אוסיף כי אין לראות זהות בין מצב שבו נאשם מורשע בעבירת הרצח הבסיסית ונגזר דינו ל-20 [שנות] מאסר בפועל, לבין מצב שבו נאשם מורשע בעבירת המתה בנסיבות של אחריות מופחתת ודינו נגזר ל-20 שנות מאסר בפועל. זאת, מאחר שלצד רכיב המאסר בפועל שמוטל על נאשם, יש לתת את הדעת גם לתיוג שנלווה לעבירה שבה הורשע. קביעת רף תחתון במידה רבה מתעלמת מהיבט זה וזהו טעם נוסף לכך שאיני מוצא לנכון לקבוע כלל גורף בעניין, וכפי שציינתי בעניין גריפאת: "בשלב זה, יש להעדיף כי תישמר 'אמישות' עבור בתי המשפט לגזור את עונשו של נאשם בכל מקרה בהתאם לנסיבותיו." (שם, בפס' 22; ההדגשה במקור – י' א').

"הוראות תיקון 113 חלות במלואן על הרפורמה בעבירות ההמתה ובתוכן על עבירת הרצח הבסיסית. כך הוא לעניין הסוגיה שנדונה בעניין שפק, היינו שאלת קיומו של עונש מוצא בעבירת הרצח הבסיסית; וכך הוא גם לעניין הסוגיה דנן. יוצא אפוא כי את עונשו של נאשם בעבירת הרצח הבסיסית יש לגזור כפי שנגזרים עונשיהם של נאשמים ביתר העבירות – קרי, תוך קביעת מתחם ענישה בהתחשב בנסיבות המנויות בסעיף 40ט(א), ונסיבות ההתגררות והקרבה לסייג בכללן".

הנה כי כן, לפנינו עבירה נוספת, תוצר הרפורמה בעבירות ההמתה, שבה מתן מענה מפורש וברור מצד המחוקק בעת כינון הרפורמה היה חוסך התדיינות משפטית ופסיעה במשעולים פרשניים בשני תיקים פליליים שונים. לאחר שעמדנו על נקודה זו בהקשר של הרפורמה בעבירות ההמתה, אבקש לבחון היבט נוסף שבו היא התעוררה והוא בהקשר של עבירות שקובעות עונשי מינימום.

ד. תיקון 113 ועונשי מינימום – הילכו שניים יחדיו?

הגבלת סמכות הענישה מבוצעת בדין הישראלי, ככלל, בדרך של קביעת עונשי מקסימום ("עונשים מרביים").⁴⁷ לכך קבועים בדין שני חריגים – עונשי חובה ועונשי מינימום ("עונשים מזעריים"). ואולם, בעוד שתיקון 113 מתיישב היטב עם עונשים מרביים כמו גם עם עונשי חובה,⁴⁸ הקושי שיוצר הממשק שבינו לבין עונשי מינימום הוא ברור. שכן, תיקון 113 מורה לשופט לפעול לפי המודל התלת-שלבי כל אימת שהעונש אינו עונש חובה, ובתוך כך לקבוע מתחם ענישה בהתאם לקריטריונים שמניתי לעיל. כל זאת, בכפוף לתחמת סמכות הענישה על ידי העונש המרבי. אולם, בכל הקשור לעונשי מינימום – הרי שעל פני הדברים הם אינם עולים בקנה אחד עם גזירת העונש בהתאם למנגנון קביעת מתחמי הענישה. קושי זה לא בא על פתרונו בדרך של חקיקה. המקרים הבודדים שבהם המחוקק ראה להשתמש בכלי של עונשי מינימום קודמים כרונולוגית לתיקון 113,⁴⁹ או מעוגנים בדרך של הוראת שעה.⁵⁰ אלה גם אלה מעוררים את הקושי בדבר היחס

47 ראו לעיל ה"ש 5.

48 באשר עונשי חובה מעצם טיבם מוחרגים מתחולת התיקון בהיבט הצורך לקבוע מתחם עונש הולם; וראו ס' 35 לחוק העונשין בדבר האפשרות לחרוג מעונשי חובה.

49 ראו, למשל, ס' 355 ו-377 לחוק העונשין.

50 חוק העונשין (תיקון מס' 120 והוראת שעה), התשע"ו-2015, ס"ח 12; חוק העונשין (תיקון מס' 143 והוראת שעה), התשפ"ב-2022, ס"ח 1014; חוק העונשין (תיקון מס' 146 והוראת שעה), התשפ"ג-2023, ס"ח 646; חוק העונשין (תיקון מס' 140 – הוראת שעה) (תיקון), התשפ"ה-2025, ס"ח 174.

שבינים לבין תיקון 113 מבלי שניתן לדבר פתרון. כך, אין התייחסות בתיקון 113 עצמו לעונשי המינימום שקדמו לו; ואילו בעונשי המינימום המאוחרים לו אין התייחסות לתיקון 113. גם כאן הקושי הצריך מתן מענה בדרך של פרשנות. ואכן, פסיקתו של בית המשפט ניסתה ליישב בין ההסדרים. בעיקרם של דברים – נקבע כי בעבירות שלגביהן נקבע בחוק עונש מינימום, הרף התחתון של מתחם העונש ההולם לא יפחת מעונש זה אלא בהתקיים טעמים מיוחדים שיירשמו.⁵¹ מהם בדיוק אותם טעמים, או במילים אחרות, אילו נסיבות מצדיקות חריגה לקולה מעונש המינימום? לכך אין תשובה חד-משמעית והדבר מסור במידה רבה לשיקול דעת השופט.⁵² מובן כי נקודה זו אינה מתיישבת בצורה מיטבית עם תכליות תיקון 113 בדבר תְּקִנוֹן הענישה. אולם, משהמחוקק לא אמר את דברו בנושא, דומה כי מדובר במסקנה פרשנית הכרחית, אף אם היא מובילה למצב משפטי שאינו אופטימלי.

ברור אפוא כי מוטב היה לו חוק העונשין היה כולל התייחסות מפורשת המסדירה את היחס שבין שני ההסדרים וזוהי דוגמה נוספת ומוחשית לקושי שמתעורר בממשק שבין תיקון 113 להסדרי ענישה אחרים. ומכאן – למקרה נוסף שנדון לאחרונה בבית המשפט העליון ושמעורר את הקושי האמור במלוא עוזו, והוא שמצוי במקדק מאמר זה – עניין גרין.

ה. עניין גרין – בין מינהלי לפלילי; בין חוק העבירות המינהליות לתיקון 113

פסק הדין בעניין גרין נדון בבית המשפט העליון במסגרת הליך רשות ערעור פלילי. הסוגיה המשפטית שהתעוררה באותו מקרה התמקדה ביחס שבין סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות,⁵³ שקובע במקרים מסוימים הסדר של קנס מינימום, לבין תיקון 113 שכאמור אינו מתיישב, ככלל, עם ענישת מינימום. ברקע העובדתי לסוגיה זו, ניצבו קנסות מינהליים שהוטלו על המשיבים לבקשה – מר שלמה גרין וחברת ארקו אס אן בע"מ, בסך 255,00 ש"ח ו-420,000 ש"ח, בהתאמה. זאת, בגין עבירות תכנון ובנייה שבביצוען הורשעו המשיבים בתום הליך פלילי ממושך שנוהל עקב בקשתם להישפט.⁵⁴

51 ע"פ 1605/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ס' 26 (נבו 27.8.2014).

52 ע"פ 8500/22 אביטבול נ' מדינת ישראל, פ"ס' 14 (נבו 10.7.2023).

53 ס' 14 לחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985 (להלן: סעיף 14 וחוק העבירות המינהליות, בהתאמה).

54 ראו ת"פ (שלום רמ') 19-10-45385 מדינת ישראל נ' ארקו אס אן בע"מ (נבו 4.12.2022). על פי עובדות כתב האישום שהוגש, מר גרין החזיק במבנה בשטח של כ-800 מ"ר במקרקעין שייעודם חקלאי, אותו השכיר לחברת ארקו אס אן ב"מ שניהלה בו עסק

על מנת שתובן הסוגיה המשפטית כראוי, אסקור בקצרה את התשתית הנורמטיבית שניצבה בבסיס פסק הדין, ושהולכה לגישות שיפוטיות שונות, הן בין בית השלום לבית המשפט המחוזי, הן בין הערכאות הדיוניות בהליכים שונים, הן בין שופטי בית המשפט העליון בעניין גריין עצמו.

1. רקע נורמטיבי

בעבירות מינהליות, וחלק מעבירות התכנון ובנייה בתוכן, עומדים לפני הרשויות שני נתיבי אכיפה שונים. הנתיב הראשון הוא הנתיב המינהלי, בגדרו הרשות האוכפת מטילה קנס מינהלי בגין העבירה שבוצעה. הנתיב השני הוא הנתיב הפלילי, ולפיו מוגש כתב אישום על ידי הרשות נגד מבצע העבירה.⁵⁵ הנתיב הראשון הוא שניצב בלב פסק הדין, שכן במקרים שבהם הרשות בוחרת לנקוט בנתיב זה, ישנן מספר דרכי פעולה אפשרויות מצדו של הנקנס. בין ברירות אלה, הנקנס יכול לשלם את הקנס, שיכול להגיע לכדי מאות אלפי ש"ח, או להגיש בקשה להישפט בגין העבירה שביצע, וזאת ככלל תוך שלושים ימים ממועד הטלת הקנס.⁵⁶ במקרים אלה, שבהם בחר הנקנס להישפט, ינוהל נגדו הליך פלילי לבירור אשמתו, ואם תיתכן נגדו הכרעת דין מרשיעה, ייגזר עונשו בתום שמיעת טיעונים לעונש. בשלב זה בדיוק מתעוררת הסוגיה המשפטית שלעיל, מתוקף תחולתם המקבילה של שני הסדרים שעל פני הדברים סותרים כמעט חזיתית האחד את משנהו.

להשכרת ציוד לאירועים. בגין זאת, כתב האישום ייחס להם עבירה של שימוש אסור במקרקעין לפי ס' 243 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965. לאחר שהודו בעובדות כתב האישום והורשעו על פי הודאתם, בית משפט השלום גזר את דינם בהסתמך על הוראת ס' 14 לחוק העבירות המינהליות. בעתפ"ב (מחוזי מר') 21-08-42232 ארקו אס אן בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו 27.3.2022), בית המשפט המחוזי קיבל את ערעורם של גריין והחברה וקבע כי נדרש היה ליישב בין ההסדר הקבוע בס' 14 לבין הוראות תיקון 113. משכך, התיק הוחזר לבית משפט השלום שגזר את הדין בשנית בת"פ (שלום רמ') 20-03-10017 מדינת ישראל נ' גריין (נבו 11.7.2021). גם הפעם בעתפ"ב (מחוזי מר') 23-01-44713 ארקו אס אן בע"מ נ' מדינת ישראל (נבו 21.6.2023), בית המשפט המחוזי החליט להתערב בגזר הדין משקבע כי מתחמי העונש ההולם שנקבעו בגזר הדין החדש לא היו מבוססים דיים, ובהמשך לכך הופחת שיעור הקנסות שפסק בית משפט השלום. זהו אפוא הרקע להגשת בקשת רשות הערעור מטעם המדינה.

⁵⁵ ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 8.1155 "הפעלת חוק העבירות המנהליות בעבירות תכנון ובניה" (23.12.2018).

⁵⁶ ס' 8(ג) לחוק העבירות המינהליות.

מן העבר האחד, ניצב סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות שהוחל על חלק מעבירות התכנון והבנייה במסגרת תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה.⁵⁷ סעיף זה קובע כדלקמן:

”14. ביקש אדם להישפט לפי סעיף 8(ג) או לפי סעיף 9(ב) והורשע, לא יפחת הקנס, אם הוא העונש היחיד, מהאמור להלן:

- (1) לענין קנס מינהלי קצוב – מסכום הקנס או משיעורו;
- (2) לענין קנס מינהלי שאינו קצוב ואשר קבוע לו סכום או שיעור מזערי – מהסכום או מהשיעור המזערי הקבוע לעבירה,

ואולם בית המשפט רשאי מנימוקים שיירשמו להפחית את הקנס אם ראה נסיבות מיוחדות המצדיקות את הפחתתו.”

על פי הוראת חוק זו, אם נקנס ביקש להישפט והורשע, יחול בעניינו שיעור קנס מינימלי אם הקנס הוא העונש היחיד שמוטל עליו. הרציונל שביסוד הסדר זה הוא מניעת מצב שבו נקנס מגיש בקשה להישפט רק כדי לנסות את מזלו ולהפחית את שיעור הקנס שהוטל עליו. הווה אומר: סעיף 14 נועד לייעל את הליך אכיפתן של עבירות מינהליות באמצעות צמצום התמריץ להגשת בקשות סרק להישפט על ידי קביעת קנס מינימלי במקרה של הרשעה.⁵⁸ זהו אפוא ההסדר שנמצא בצדו האחד של המתנס.

מן העבר השני ניצב תיקון 113 שתכליותיו ואופיו נסקרו קודם לכן בהרחבה. ובדומה לאמור בדבר המתח שבינו לבין עונשי המינימום – גם כאן ברי כי קיים מתח ממשי בינו לבין סעיף 14. קנס מינימום מחד גיסא, וקביעת מתחם בהתאם למודל התלת-שלבי מאידך גיסא, הן תצורות גזירת עונש כמעט סותרות. מתח זה הוא שהצדיק את מתן רשות הערעור והוא שניצב בלב המחלוקת שהתגלעה בפסק הדין ביני לבין חבריי למותב – בעוד אני סברתי שהבכורה נתונה לתיקון 113 (להלן: גישת תיקון 113), השופט סולברג שלמסקנתו הצטרפה השופטת כנפי-שטייניץ סברו כי יש לתתה לסעיף 14 לחוק העבירות המינהליות (להלן: גישת קנס המינימום).

⁵⁷ חוק התכנון והבנייה (תיקון מס' 116), התשע"ז-2017, ס"ח 884 (להלן: תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה).

⁵⁸ ראו דברי הסבר להצעת חוק העבירות המינהליות, התשמ"ה-1985, ה"ח 59, 66 (להלן: דברי הסבר – חוק העבירות המינהליות).

טרם אפנה להצגת כל גישה על הנמקותיה ועל טעמיה, אציין כי שתי הגישות סברו כי ההתנגשות שבין ההסדרים מזמנת לנו סוגיה פרשנית שיש להכריע בה על בסיס כללי הפרשנות הנהוגים עמנו, ולא בהסתמך על כללי ברירת הדין שאפשר לראותם ככלים לבר-פרשניים.⁵⁹ כמו כן, שתי הגישות דגלו בכך שלשון ההסדרים החוקיים אינה נותנת מענה ישיר לפתרון הקושי, ומשכך יש לתור אחר מתווה המאזן באופן מיטבי בין תכליות שני ההסדרים.

2. גישת קנס המינימום

בהצגתי את גישת קנס המינימום אתחיל בשורה התחתונה והיא המתווה אותו גישה זו הציעה לאמץ. מתווה זה נחלק לשני ראשים בהתאם להבחנה המעוגנת בסעיף 14. כך, במקרים שבהם עונש הקנס שנגזר על הנאשם הוא עונש יחידי – יש לקבוע מתחם עונש הולם שהרף התחתון שבו יהיה, בהיעדר שיקולי קולה מיוחדים, כגובה קנס המינימום. לעומת זאת, במקרים שבהם עונש הקנס אינו העונש היחידי – יש לקבוע מתחם עונש הולם בהתאם להוראות תיקון 113, ותוך שתכליות תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה משמשות כשיקול לחומרה.⁶⁰ השיקול המרכזי שניצב ביסודה של גישת קנס המינימום הוא תכלית האכיפה היעילה והמחמירה שבבסיס תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה, ושקבל ביטוי בדמות החלת סעיף 14.61 לצד זה, ועל מנת שתכליותיו של תיקון 113 תמומשנה במידת האפשר אף הן, המתווה שאומץ לפי גישה זו שאב השראה מהפתרון שאימצה הפסיקה ביחס לעונשי מינימום, כמובא לעיל.⁶² באופן זה, כך לפי גישת קנס המינימום, מקבלות תכליות שני ההסדרים את משקלן הראוי. אף שבפסק דיני ציינתי כי איזון זה הוא אפשרי, סברתי כי האיזון הראוי והנכון – שונה.

3. גישת תיקון 113

שלושה נימוקים הולכיני להצעת מתווה אחר, כזה המבכר את תיקון 113. האחד נעוץ בשוני המהותי שבין אפיק האכיפה המינהלי לזה הפלילי, ולהשלכה של שוני זה על זכות היסוד של הגישה לערכאות. השני עניינו ביחס של הדין הישראלי להגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה בכלל, ובאמצעות עונשי מינימום בפרט. הנימוק השלישי נטוע בעיקרו בטעמים מעשיים ובקושי שמתעורר לשיטת

59 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 542 (1992).

60 עניין גרין, לעיל ה"ש 2, בפס' 47-50 לחוות דעתו של השופט סולברג.

61 שם, בפס' 31 לחוות דעתו של השופט סולברג.

62 שם, בפס' 35 לחוות דעתו של השופט סולברג.

באימוץ גישת קנס המינימום. כעת ארחיב במעט על כל נימוק – ראשון ראשון ואחרון אחרון.

הנימוק הראשון התמקד כאמור בממשק שבין מסלולי האכיפה השונים. הגם שכל אחד מהם נועד לאכוף נורמות התנהגות על הציבור, השורשים של כל מסלול שונים במהותם ובמטרותיהם. כך, האכיפה הפלילית משרתת אומנם תכליות חברתיות נרחבות, אך בפועל, מבחינת מבנה ההליך הפלילי, כמו גם מצד חלק ניכר מהצדקותיו, מדובר באכיפה ממוקדת נאשם.⁶³ התנעתו של ההליך הפלילי, בין אם היא פועל יוצא של תלונה, בין אם לאו, נעשית למעשה על ידי רשויות התביעה אשר מבקשות לייחס לאדם מסוים אחריות לביצוע עבירה המעוגנת בהוראות חוק פליליות.⁶⁴ בגין ביצוע העבירה, על הפגיעה בערך המוגן הכרוכה בה, מבקשת החברה להשית עונש ותיוג שלילי. ההליך הפלילי שמתנהל בבית המשפט, נועד אפוא לבחון אם נסתרה חזקת חפותו של אותו אדם, כך שהוכחה אחריותו הפלילית לעבירה, וכן לגזור את העונש בגין ביצוע עבירה זו, היה ויורשע.

פערי הכוחות שבין המדינה על כל משאביה לבין נאשם העומד לדין הם מן המושכלות שאינן זקוקות עוד לראיה.⁶⁵ בשים לך לך, ובהינתן חזקת החפות, הדין הפלילי כולל הוראות רבות שנועדו להגן על זכויותיהם של חשודים ונאשמים, הן במישור של סדרי הדין, הן במישור הראייתי.⁶⁶ הדוגמה שהיא אולי המובהקת ביותר לכך היא רף ההוכחה הנדרש בהליך הפלילי – מעבר לספק סביר, בניגוד לרף של מאזן הסתברויות הנדרש בהליכים אזרחיים.

על רקע מאפיינים אלה של ההליך הפלילי יש לבחון את מאפייניו של הליך האכיפה המינהלי. עצם האפשרות לאכוף נורמה פלילית בדרך מינהלית היא תוצר של ההתפתחויות האחרונות בחיי החברה והמשק שחייבו חקיקה נרחבת, וממילא דרשו הקצאה של משאבי אכיפה רבים כדי שלא יהיה הדין מצוי בלא דיין. בראי זאת, ולנוכח המשאבים הרבים שדורש ההליך הפלילי והרצון שמשאבים אלה יוקצו לפשיעה חמורה, החליט המחוקק לאפשר את אכיפתן של עבירות מסוימות,

63 ראו יניב ואקי דיני ראיות כרך א 35–37 (2020) (להלן: ואקי).

64 ס' 59 ו-62 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי או חסד"פ).

65 ראו, למשל, דבריו של השופט (כתוארו אז) גרוניס בדנ"פ 1187/03 מדינת ישראל נ' פרץ, פ"ד נט(6) 281 (2005) ("כוחותיה של המדינה אדירים הם ומשאביה עצומים. למשטרה ולרשויות התביעה נתונות סמכויות רבות ומקיפות לשם אכיפתו של הדין הפלילי. מנגד עומד הנאשם, שלעתים איננו מיוצג כלל").

66 עניין גרין, לעיל ה"ש 2, בפס" 10 לחוות דעתי; ע"פ 7218/22 אלמלא נ' מדינת ישראל, פס" 124–135, 161–164 לחוות דעתי (נבו 29.1.2025) (להלן: עניין אלמלא); יוסף אלרון "המשפט הפלילי – על צומת דרכים" ספר סלים ג'ובראן 841 (אהרן ברק, מוחמד ס' ותד, גד ברזילי ודורית פרידמן עורכים) (2023).

האסורות מטעמי אי-חוקיות,⁶⁷ באמצעות האפיק המינהלי.⁶⁸ אפיק זה, שונה כאמור שוני מהותי מהאפיק הפלילי בתוצאותיו, בהשלכותיו, ובאופי ההליך עצמו. במישור התוצאתי, האפיק המינהלי אינו כרוך בתיוג פלילי, בכתם של "עבר פלילי" ובענישה פלילית בהתאם לדרכי הענישה הקבועות בחוק העונשין. במישור ההליכי, דרישותיו אינן נוקשות ומחמירות כדרישות שמציב ההליך הפלילי, וככאלה ההגנה על זכויותיו של האזרח שבעניינו מתנהל הליך מינהלי, פחותה.⁶⁹ ובתמצית – האיזון שבין חובותיה של רשות האכיפה המוסמכת לבין זכויות הפרט שונה בין ההליכים.

נקודה זו באה לידי ביטוי במגוון היבטים. כך, בהליך הפלילי חלים דיני הראיות על כלל היבטיהם, מכללי קבילות, כללי משקל, ועד דיני פסלות ראיות, והכל, בהתאם לאיזון העדין שבין האינטרס בדבר חקר האמת, לבין יתר האינטרסים שעליהם דיני הראיות נועדו להגן.⁷⁰ בהליך המינהלי לעומת זאת חל "כלל הראיה המינהלית" לפיו רשות שלטונית רשאית לבסס ממצא על ראיה "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה במידה זו או אחרת".⁷¹ משמע, מדובר בכלל מרוכך וגמיש בהשוואה לנדרש בפלילים.

לא רק שכלל הראיה המינהלית מציב דרישות פחותות, גם הרף הראייתי ונטל ההוכחה שונים בתכלית. כידוע, בהליך הפלילי, נטל ההוכחה רובץ על כתפיה של המדינה, וכאמור רף ההוכחה הוא מעבר לספק סביר. בהליך המינהלי לעומת זאת, הנטל מונח לפתחו של הטוען לאי-אלו פגמים במישור הסמכות או ביחס לאופן

67 קרי עבירות שהן במהותן עבירות *mala prohibita*.

68 דברי הסבר – חוק העבירות המינהליות, לעיל ה"ש 58, בעמ' 59–60; בג"ץ 93/06 כל גדר בע"מ נ' שר התעשייה, המסחר והתעסוקה, פס' 16–17 (נבו 2.8.2011).

69 עניין גרין, לעיל ה"ש 2, בפס' 12 לחוות דעתי והאסמכתאות שם. נקודה זו היא במידה רבה החוזק של ההליך המינהלי והיא שמאפשרת לו להיות כלי אכיפה משלים העונה על הצורך שמציאות החיים הנוכחית יצרה. כמו כן, היא עולה בקנה אחד עם כך שתוצאותיו של ההליך המינהלי אינן חמורות כשל ההליך הפלילי כאמור בגוף הדברים.

70 ראו ואקי, לעיל ה"ש 63, בעמ' 31.

71 בג"ץ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 357 (1972); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 1132–1134 (מהדורה שנייה מורחבת 2011); כן ראו דבריו של הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 248–249 (1985): "החומר אשר צריך להיות מובא לפני רשות סטטוטורית, אינו חייב להיות מוגש דווקא בצורת ראיות, הקבילות בבית-משפט והמוכחות בדרך בה מציגים ראיות בבית-משפט. בעל הסמכות, אשר משתמש בשיקול הדעת שהוענק לו על-פי דין, אינו כבול בדיני הראיות החלים בבתי המשפט אם לא נקבע אחרת בחיקוק [...] והוא רשאי לבסס את החלטותיו על ידיעות שהגיעו אליו אף שלא ניתן היה להוכיחן בדיון בבית-משפט לו הוחלו דיני הראיות"; ראו עוד: יואב דותן ביקורת שיפוטית על שיקול דעת מינהלי כרך ב 833–834 (2023).

הפעלתה. זאת, משהרשות המינהלית נהנית ככלל מ"חזקת תקינות המינהל", כך שבהיעדר ראיות לכאורה לקיומו של פגם בהחלטה, ההנחה היא כי היא התקבלה כדין.⁷²

זאת ועוד. המדינה היא אומנם זו שמופקדת על ניהול ההליך הפלילי, וקשה להפריז במידת השפעתה עליו גם מהשלב שבו ההליך מתנהל בתוככי בית המשפט.⁷³ אולם סוף כל סוף, הכרעת הדין וגזירתו הן מלאכות השמורות לשופט היושב בדין ולו בלבד, כך שתוצריו הסופיים של ההליך הפלילי הם פועל יוצא של כור ההיתוך של ההליך כולו, על כלליו ומגבלותיו, ובנוסף הם פונקציה של החלטה שיפוטית, לא מינהלית.⁷⁴ הליך האכיפה המינהלי לעומת זאת, כל אימת שלא מוגשת בקשה להישפט, הוא תוצר של הרשות המינהלית מראשיתו ועד סופו.⁷⁵ כלל ההבדלים הללו חייבו לשיטתי נקיטת זהירות יתר בכל הקשור לנקודת החיבור שבין האפיק המינהלי לפלילי – הלוא היא הבקשה להישפט. הגשת בקשה מעין זו, היא דרכו של האזרח להעביר את ההליך המינהלי המתנהל נגדו תחת שבט הביקורת השיפוטית, ועל כן אין מדובר ב"סתם זכות" שחוק העבירות המינהליות מעניק לאזרח הנקנס – זוהי זכות שכור מחצבתה בזכותו של כל פרט לגשת לערכאות.⁷⁶ לכך חשיבות יסודית; כדברי השופט מזוז באחת הפרשיות "סמכות

72 ע"ע 6131/17 מוניית שמשון בע"מ נ' רכבת ישראל, פס" 52 (נבו 18.2.2018); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כך ה – עילות הביקורת המשפטית 3290 (2020).

73 דוגמה לכך היא סמכות המדינה להגיע להסדר טיעון עם הנאשם ומרחב שיקול הדעת הנתון לה לעניין זה. ראו, למשל, בג"ץ 5699/07 פלונית (א) נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(3) 550, 681 (2008); מני מזוז "מי מחליט על הגשת כתב אישום? ביקורת שיפוטית על החלטות היועץ המשפטי לממשלה" 75 שנות עצמאות במשפט (דפנה ברק-ארוז עורכת 2023); כן ראו: בג"ץ 474/21 מחאמיד נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס" 30 לחוות דעתי (נבו 4.12.2022).

74 עוד על כך ראו Yoav Sapir & Guy Rubinstein, *Minimalist Criminal Courts*, 101 WASH. U. L. REV. 1955, 1983–1984 (2024).

75 ויודגש – הדרך להעביר הליך מינהלי זה תחת שבט ביקורתו של בית המשפט מצויה בנתיב של הגשת בקשה להישפט. זאת, מאחר שאם יבקש הנקנס כי תועבר ביקורת שיפוטית על שיקול הדעת המינהלי של הרשות האוכפת בדרך של עתירה לבג"ץ הרי שככלל עתירה זו תידחה מחמת קיומו של סעד חלופי יעיל בדמות הגשת בקשה להישפט – היינו נקיטה בנתיב הפלילי; ראו פסק דינו של השופט א' שטיין בבג"ץ 9011/20 שדאפנה נ' היועץ המשפטי לממשלה (נבו 3.4.2022); וכן פסק דיני בבג"ץ 4972/21 יאסין נ' היחידה הארצית לאכיפת דיני התכנון והבניה (נבו 8.8.2021).

76 וראוי לזכור כי פוטנציאל הפגיעה של ההחלטה לקנוס בגין עבירות תכנון ובנייה לאו דווקא מתמצה בקנס, אלא גם בדרך אכיפת תשלומי. זאת, מאחר שס' 19(א) לחוק העבירות המינהליות מאפשר לרשות לבקש מבית המשפט להטיל מאסר בפועל חלף הקנס. ברור כי להפעלת סמכות זו השלכות קשות במישור החלוקתי משסביר להניח כי מעוטי יכולת הם החשופים יותר לאפשרות המאסר. נקודה זו מעצימה באופן ניכר את החשיבות שלא לחסום מראש את נתיב הפנייה לערכאות השיפוט בפני הנקנסים בדמות הבקשה להישפט. ראו

הביקורת השיפוטית וזכות הגישה לערכאות הן מאבני היסוד של המשטר הדמוקרטי.⁷⁷

יכולתו של הנקנס לממש זכות יסוד זו, היא פועל יוצא של מערך הסיכונים והסיכויים שבהגשת בקשה להישפט. מצד אחד, הסיכוי הוא ברור – הנקנס יכול להיות מזוכה או לחלופין שיעור הקנס שהוטל עליו יכול לקטון. מצד שני, שיעור הקנס עלול לעלות, וכן עשויים להתווסף רכיבי ענישה נוספים. לצד זה, הרשעה כרוכה, כנזכר לעיל, בסטיגמה השמורה למורשעים בפלילים ובכתם של עבר פלילי על השלכותיו. מובן גם כי ניהול הליך פלילי כרוך בהשקעת משאבים כלכליים ונפשיים רבים.⁷⁸ על רקע זה נדרש היה לבחון לעמדתו את סוגיית קנס המינימום – שכן, שימוש בתצורת ענישה זו מהווה משקולת נוספת במערך הסיכונים והסיכויים האמור. משקולת זו אינה בהכרח דבר שלילי בהתחשב במטרתה למנוע הגשת בקשות סרק. אך אין להתעלם מצדו השני של המטבע, משקנס מינימום יכול ליצור אפקט מצנן שיימנע מנקנסים בעלי טענות ממשיות בדבר חפותם מלפנות לערכאות.

בנקודה זו יכול הטוען לטעון שאין כל קושי. אם מאמין הנקנס באמת ובתמים כי טענותיו נכוחות – הוא יגיש להגיש בקשה להישפט ויזוכה; אם מדובר בניסיון להפחתת הקנס גרידא – אזי ראוי להשתמש בקנס מינימום כמנגנון מרתיע *ex ante*. אלא שההליך הפלילי, ככל הליך שיפוטי אדוורסרי, אינו מבטיח לאף צד שתוצאת ההליך תתאם את אמונתו בצדקת טענותיו. הליך פלילי יכול להיות

עוד: Jean Galbraith et al., *Poverty Penalties as Human Rights Problems*, 117 AM. J. INT'L L. 397 (2023).

⁷⁷ בג"ץ 8453/17 פלוני נ' ועדת הערר הרפואית על פי תקנות מס הכנסה, פס' 12 (נבו) 24.6.2018. שנים לפני כן, השופט (כתוארו אז) חשין ציין ביחס לזכות זו כי: "קיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד. זכות הגישה לבית המשפט הינה צינור החיים של בית המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק [...] שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שערו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישורין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-*raison d'être* של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה. באין רשות שופטת, באין ביקורת על מעשי הפרט והשלטון, ייפרע עם ותאבד ממלכה. באין ביקורת שיפוטית יאבד שלטון החוק ותיעלמנה זכויות היסוד [...] בחסימת הדרך לבית-משפט ייעלם ואיננו הדיין, ובאין דיין ייעלם אף הדין עמו" (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 629 (1997)).

⁷⁸ ראו בהקשר זה פרוטוקול ישיבה 31 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-11 (26.2.1985) (להלן: פרוטוקול מס' 31) אשר דנה בהצעת חוק העבירות המינהליות והסיכונים האמורים הועלה בדיניה.

מוכרע, למשל, ולמרבה הצער, בהתאם לטיב הייצוג שיקבל כל צד. בשים לב לכך, שימוש בקנס מינימום כמשקולת נוספת, עשוי ליצור הרתעת יתר שאינה מוצדקת גם עבור מי שמאמין בכל ליבו כי נעשה לו עוול.

לשם ההמחשה, נשווה לנגד עינינו נקנס שהוטל עליו קנס בשיעור של 200,000 ש"ח, ושסבור בכל מאודו כי חף מפשע הוא. בשוקלו אם להגיש בקשה להישפט, בתוך פרק הזמן של שלושים ימים הקצוב לו,⁷⁹ הוא מביא בחשבון את האפשרות שיוטל עליו תיוג פלילי, שיירשם לחובתו רישום פלילי, ואת הוצאות המשפט – המוחשיות והבלתי מוחשיות. מנגד, הוא שוקל את אפשרותו לצאת זכאי בדין או ששיעור קנסו יופחת. מששיקולים נכבדים אלו מוטלים על כף המאזניים, והנקנס שוקל את סיכויי בקשתו להישפט, שאינם כאמור פועל יוצא של אמונתו בצדקת טענותיו בלבד, נדרשנו לשקול בעניין גרין אם להוסיף לצד האחד של המאזניים את האמירה הבאה: "דע לך, אם תגיש בקשה ותורשע, סך של 200,000 ש"ח הוא רק המינימום שנפסק לחובתך". עמדתני בפסק הדין הייתה ברורה – אין לעשות כן; זכותו של הנקנס לפנות לערכאות ולהעביר החלטה שהיא תוצר מינהלי תחת ביקורת שיפוטית – זכות יסוד ראשונה במעלה היא.⁸⁰ מן הראוי אפוא כי דינו של נקנס זה ייגזר כדינו של כל נאשם ונאשם שבעניינו מוחל תיקון 113 – תוך

⁷⁹ לנקודה זו התייחסתי בפסק דיני ברע"פ 24-09-53886 חוות רעננה בע"מ נ' עיריית רעננה (נבו 16.12.2024). הליך זה עסק אף הוא בעבירות לפי חוק העבירות המינהליות שבהן קיימת ברירת שיפוט, ובפרט בהסדר המחייב נקנס המעוניין להישפט לפנות בתוך שלושים יום לבית המשפט או לתובע. בפסק הדין, ציינתי כי הסדר זה מגביל את זכות הגישה לערכאות, על כל המשתמע מכך, ועלול להוביל למצב שבו גם במקרים שבהם נפסקו קנסות גבוהים, לא יהיה באפשרות הנאשם לקבל את יומו בבית המשפט. משכך, קבעתי כי במקרים אלה יהיה לעיתים ראוי כי בית המשפט יתיר את הגשת הבקשה להישפט, אף כשזו הוגשה באיחור. קביעה זו עולה בקנה אחד עם דבריי ביחס לזכות להליך הוגן, זכות יסוד בשיטה המשפטית הישראלית, בפסק דיני בעניין אלמלח, לעיל ה"ש 66, בפס' 124; ראו גם פסק דיני ברע"פ 1399/24 ביטון נ' מדינת ישראל (נבו 6.5.2024).

⁸⁰ ניתן להציע דרך נוספת למסגור המחלוקת האמורה. גישת קנס המינימום למעשה עשויה "לתפוס ברשתה" גם נקנסים עם טענות טובות שהיה רצוי שיגישו בקשה להישפט (תוצאה שהיא מעין "הכללת יתר"); מנגד, רשתה של גישת תיקון 113 עלולה להחמיץ מלתפוס בקשות סרק (תוצאה שהיא מעין "הכללת חסר") – בבואנו לבחור אילו מן התוצאות לבכר, בהיעדר תשובה ברורה בחוק ומשמדובר באקט של פרשנות תכליתית – גישתי הפרשנית הייתה שזכות הגישה לערכאות בראי מכלול הנסיבות שפירטתי בגוף הדברים, גוברת על האינטרס בדבר אכיפה יעילה. ראו עוד: יוסף אלרון "זכויות דינויות במשפט הפלילי – בתווך – בין עקרונות המשפט הציבורי מזה, ושיקולי צדק מזה" עורך הדין 7 49 (2022).

התחשבות במכלול נסיבותיו,⁸¹ כמו גם במצבו הכלכלי.⁸² הנימוק השני שהובא בפסק דיני עניינו בשיקול הדעת השיפוטי בענישה. כפי שצינתי לעיל, עונשי קנס מינימום הם מגבלה ניכרת על שיקול דעת זה שהמחוקק נמנע ככלל מלעשות בה שימוש, והיא לא אומצה במודע במסגרת תיקון 113. יש אף מי שהטילו ספק בחוקתיותם של עונשי מינימום, בפרט אם הם נעדדים "פתח מילוט".⁸³ לתצורת ענישה זו חסרונות רבים, כפי שגם פורט בדעת הרוב בוועדת גולדברג, ובראשם החשש מענישה בלתי מידתית. משכך, התקשיתי לראות בסעיף 14 לחוק העבירות המינהליות משום הסמכה מספקת להגבלת שיקול הדעת השיפוטי בענישה בעבירות תכנון ובנייה. הדגשתי כי סעיף זה, שקודם כרונולוגית לתיקון 113, הוחל על עבירות תכנון ובנייה רק במסגרת תיקון עקיף לחוק העבירות המינהליות, ובלא התייחסות כלשהי לתיקון 113.

כן צינתי כי במובחן מעונשי המינימום שקבועים בחוק העונשין, כאן אין מדובר בהגבלת שיקול הדעת בענישה בדרך של חקיקה ראשית, כי אם באמצעות חקיקת משנה. שכן, מחוקק המשנה הוא שקובע את שיעור הקנס בתקנות. זאת ועוד, בניגוד להסדרי המינימום שבחוק העונשין, שביחס אליהם מדובר בעונש מאסר שאפשר להטילו, ככלל, גם כעונש על תנאי, ובכך נשמרת לשופט גמישות; כשמדובר בקנס – גמישות מעין זו לא קיימת – קנס מינימום בסך של 200,000 ש"ח הוא מינימום "בינארי" וההקלה היחידה שניתן ליתן ביחס אליו היא רק ביחס

81 בנקודה זו ראוי לציין כי בעוד ששיעור הקנס המינהלי הוא מוכוון עבירה, ענישה פלילית היא מוכוונת נאשם. הטעם לכך הוא שהקנס הקצוב נקבע מראש בהתאם לדרכי חישוב שונות, ומוחל על מגוון רחב של מקרים. אפיון זה משרת את תכליתו של הדין המינהלי, לאפשר אכיפה יעילה וענישה מבלי לבחון כל מקרה לגופו, אלא תוך הסתמכות על קטגוריות כלליות. לעומת זאת, בדין הפלילי העונש על הנאשם נגזר ביחס לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה ונסיבותיו הייחודיות של כל נאשם ושיקולי מדיניות נוספים – לא רק משום שכך תיקון 113 קובע, אלא כי כך מחייבות תכליות המשפט הפלילי עצמן. משעה שההליך השיפוטי הועבר למסלול הפלילי, אין מקום להיצמד בדווקנות לעונש אשר נקבע מראש בהליך המינהלי – אלא יש לגזור את הדין בהתאם לעקרונות הדין הפלילי, תוך שימת לב גם לתכליות הרלוונטיות למטריה הנדונה (במקרה זה, עבירות תכנון ובנייה).

82 ויודגש – כאשר העונש הוא מסוג קנס, מורה ס' 40 לחוק העונשין כי בית המשפט יתחשב במצבו הכלכלי של הנאשם בקביעת גבולות מתחם העונש ההולם (להבדיל מקביעת העונש בתוככי המתחם, כפי שנעשה בדרך כלל ביחס לנסיבות אישיות של הנאשם; והשוו להתחשבות בשיקולים אלה בהתאם לגישת קנס המינימום כמובא בעניין גרין, לעיל ה"ש 2, בפס' 52 לחוות דעתו של השופט סולברג).

83 ראו אהרן ברק מבחר כתבים א' 475 (התש"ס); כך אכן נפסק בקנדה ביחס להוראה שקבעה עונש מינימום ביבוא סם מסוכן – R. v. Smith, [1987] 1 S.C.R. – וכן לאחרונה ביחס להוראה שקבעה עונש מינימום ביחס לירי מרובה אוויר, ראו R. v. Hills, [2023] 2 SCC.

לפריסת התשלומים.⁸⁴ אגב כך ראוי להזכיר כי הסדרי ברירת המשפט הקבועים בחוק סדר הדין הפלילי, ועושים שימוש בקנסות מינימום, מתייחסים לשיעורי קנסות נמוכים בהרבה – הסובבים רובם סכומים של מאות בודדות של שקלים.⁸⁵ קל בהרבה לקבל הגבלה של שיקול הדעת השיפוטי כשיעור הקנס הוא מעין זה, לעומת שיעור הקנסות העצום שמוטל בגין עבירות תכנון ובנייה (מאות אלפי ש"ח). ספק בעיני אם ביצירת הסדר קנסות המינימום שבחוק העבירות המינהליות, אלו הם שיעורי הקנסות שראה המחוקק לנגד עיניו.⁸⁶

אבהיר כי נימוק זה אומנם הוצג בנפרד מהנימוק הראשון, אך למעשה בין השניים קיים ממשק ממש. הנימוק הראשון נסוב כאמור על זכותו של הנקנס להעביר את ההליך המינהלי תחת ביקורתה של ערכאה שיפוטית, ועל השלכות הסיכונים והסיכויים שבהגשת בקשה להישפט על אפשרות מימושה של זכות זו. הנימוק השני מתמקד בשיקול הדעת השיפוטי בענישה. ויודגש – לדידי, כבילת שיקול הדעת המסור לשופט בגזירת הדין עלולה להביא לתוצאות קשות ובלתי צודקות בעליל. בראי זאת, מתחוויר היקפו של הסיכון שנוטל על עצמו נקנס שבוחר בברירת המשפט לפי גישת קנס המינימום. גישת תיקון 113 בה צידדתי מרככת קושי זה באופן ניכר, באשר לפיה "תישמר זכותו של נאשם לפנות לערכאות מבלי שמונפת על זכות זו חרב בדמות כבילת שיקול הדעת השיפוטי בענישה [...]"⁸⁷.

הנימוק השלישי שהעליתי בפסק דיני מתמקד ברובד הפרקטי של מתווה קנס המינימום. כפי שציינתי בהציגי מתווה זה לעיל, הוא נחלק לשני ראשים כך שאופן החלתו מותנה בשאלה אם מדובר בקנס כעונש יחידי. כאשר הקנס הוא עונש יחידי, הוא ישמש כתחתית מתחם העונש ההולם, וכאשר הוא אינו עונש יחידי ייקבע מתחם בהתאם להוראות תיקון 113. אלא שעיון במתווה זה מגלה שההנחות הניתנות בו מתחילות בשלב מאוחר מדי. דהיינו, דווקא בצומת ההחלטה הראשון שבו מחליט השופט אם לגזור קנס כעונש יחידי או אם לגזור לצידו רכיבי ענישה נוספים, אין ולו הנחיה כלשהי לאופן הפעלת שיקול הדעת. מובן, כי היעדרן של

84 ע"פ 337/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 13 (נבו 9.9.2013) ("עונש המאסר המינימאלי יכול שיינתן באופן של ריצוי בפועל ובאופן של ריצוי על תנאי. אף בכך יש כדי להשפיע על יישומם המשולב של תיקון 113 לסעיף 355(א) לחוק העונשין").

85 ראו הסדרים שתוקנו מכוח פרק ז' לחסד"פ, למשל, צו סדר הדין הפלילי (עבירת קנס – זיהום מכלי רכב בדרך), התשע"ו–2016; צו סדר הדין הפלילי (עבירות קנס – מניעת רעש), התש"ס–2000.

86 גם מעיון בפרוטוקולים של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לא נראה שבחיקוק חוק העבירות המינהליות כיוונו להגבלת שיקול הדעת השיפוטי בהקשרם של קנסות כה גבוהים – ראו פרוטוקול מס' 31, לעיל ה"ש 78.

87 עניין גרין, לעיל ה"ש 2, בפס' 32 לחוות דעתי (ההדגשה אינה במקור – י' א').

הנחיות בצומת ההחלטה הקריטי ביותר שמשליך על המשך יישום המתווה, אינו עולה בקנה אחד עם תכליות תיקון 113.⁸⁸ כפי שאציג מיד, קושי זה בא על פתרונו בגישה שהוצעה על ידי ושמנחה את השופט החל מהשלב הראשון של גזירת העונש.⁸⁹

אם כן, לנוכח שלושת הטעמים שמניתי כאן בתמצית ובפסק הדין בהרחבה, סברתי כי המודל העדיף הוא כזה הנותן את הבכורה לתיקון 113. כך, בכל מקרה שבו מוגשת בקשה להישפט והנקנס מורשע, ייקבע מתחם עונש עולם בהתאם להוראות תיקון 113 ככתבן וכלשונו. לצד זאת, ומשעניין לנו במלאכה פרשנית שנועדה לאזן בצורה מיטבית בין תיקון 113 לבין סעיף 14 לחוק העבירות המינהליות, אל לנו לשכוח את תכליותיו של הסדר זה האחרון – קרי הצורך באכיפה יעילה בפרט בהקשר של עבירות תכנון ובנייה. לכן, סברתי כי יש ליתן לתכליות תיקון 116 לחוק התכנון והבנייה ולקנס שהוטל על האשם הקונקרטי מעמד של מעין "סמן מנחה" בגזירת העונש, אך אין מדובר בכבילה "חזקה" של שיקול הדעת השיפוטי הרגיש לנסיבות המקרה כהוראת המחוקק.

מכל מקום, עניין גרין מדגים היטב את הטענה שעוברת כחוט השני לאורך הדוגמות שהזכרתי לעיל – שכן, גם במקרה זה שבו ישנה התנגשות בין תיקון 113 לבין הסדר חוקי אחר, יישוב הדברים על ידי המחוקק היה חוסך התדיינות משפטיות רבות ומיותרות בפני בתי המשפט, שגם הובילו לא אחת לפסיקות סותרות בערכאות הדיוניות על כל הקשיים הגלומים בכך. על הקושי הפרשני שהזדמן לפתחנו בפרשייה זו, עמדתי בסיומה של חוות דעתי:

"היישוב בין שני ההסדרים – אינו פשוט. הגישור על הפער שביניהם מצריך מלאכה פרשנית עדינה וזהירה, כזו שתאזן כראוי בין התכליות המתנגשות. לעמדתי, בעוד ששיקולים כגון אכיפה יעילה חשובים הם ובעלי משקל – זכותו של נאשם לפנות לערכאות;

⁸⁸ בפסק דיני הארכת להסביר מדוע אין מדובר בחשש תיאורטי בעלמא, ראו שם, בפס' 28. נימוק נוסף שציינתי הוא הקושי בזהווי הנסיבות לקולה בגישת קנס המינימום ("לכך יש להוסיף כי גם במסגרת המתווה שמאמץ חברי [גישת קנס המינימום – י' א'] למקרים של קנס כעונש יחיד, יש קושי בזהווי הנסיבות שבהן יהיה מוצדק לחרוג מעונש המינימום. חברי נסמך בהקשר זה על ההגדרה כי מדובר בשיקולים 'המובחנים מ"סתם" שיקולי קולא', אך הגדרה זו כרוכה מעצם טיבה וטבעה בחוסר בהירות. אילו שיקולים ונסיבות עומדות ברף זה? קשה עד מאוד לידע. ויובהר, אף אם הפסיקה נוהגת לעיתים לעשות שימוש בסטנדרטים רחבים, לפעמים מדובר באילוצי הדין והמציאות. בהתאם – אף אם הפסיקה אימצה מתווה מעין זה כ'הכרח בל יגונה' ביחס לעבירות מסוימות בחוק העונשין שנקבע בצידן עונש מינימום, אין פירוש הדבר כי פתרון זה משולל קשיים או כי הוא מביא לאיזון המתבקש בעניינו. מתווה המסדיר בצורה ברורה ונהירה את השיקולים הבאים בחשבון בגזירת העונש – עדיף"; שם, בפס' 29 לחוות דעתי).

אי-כבילת שיקול הדעת השיפוטי בענישה בד בבד עם הכוונתו – בעלי משקל רב יותר. בשים זאת לנגד עיני, המתווה העדיף לטעמי כולל הנחיות מעשיות ברורות וקלות ליישום; נותן משקל לשיקולי היעילות, וחשוב מכך – משמר גם את התכליות החשובות שניצבות מנגד.

הווה אומר: ידע מי שהושת עליו קנס כי האפשרות לפנות להליך הפלילי פתוחה בפניו; כי הזכויות שהדין מעניק לכל נאשם נתונות גם לו; וכי שיקול דעתו של השופט אשר ידון בהליך הפלילי נגדו אינו כבול באופן נוקשה. ואולם, מוצע כי יכלכל היטב את צעדיו בשים לב לכך שסכום הקנס הקבוע בחוק מהווה סימן מנחה לצורך גזירת עונשו, לו יורשע.⁹⁰

1. סיכום

תיקון 113 חולל מהפכה בכל הקשור לאופן שבו מתבצעת גזירת הדין במשפט הישראלי. בהיותו תיקון החולש על מלאכת הענישה על כלל רבדיה, נוצרו לא אחת התנגשויות בינו לבין הסדרים ספציפיים שדרשו פתרונות פסיקטיים לשם יישובן של אותן התנגשויות – כך ביחס למספר הקשרים בעניין הרפורמה בעבירות ההמתה, כך ביחס לענישת מינימום וכך גם אירע בעניין גרין.

אין חולק כי בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של החוק, וכאשר הנורמה החוקית טעונה ביאור, על השופט ליתן את המענה הפרשני בהתאם לכללים שהתפתחו בחוק ובפסיקה. אולם, במקומות בהם הדבר אפשרי, מוטב כי המענה לקשיים פרשניים יינתן מלכתחילה, בדרך המלך, היא דרך החקיקה, כפי שנעשה למשל ביחס לענישת קטינים.⁹¹ הדברים אמורים בפרט כאשר עניין לנו בהתנגשות ברורה בין הסדרים חקיקתיים שאפשר היה לצפותה מראש – וכאלה הן ההתנגשויות שהועלו במאמר זה. על אחת כמה וכמה משמדובר בהסדרים ענישתיים המחייבים ודאות בראי עיקרון החוקיות.⁹²

תיקון 113 ימשיך לשמש עיקרון הדומיננטי בענישה, ואם יעלה בידי המחוקק ליצור את ההתאמה הנדרשת בינו לבין הסדרי ענישה ספציפיים – הדין הישראלי ייצא נשכר. לעת הזו, על בתי המשפט להמשיך ולצעוד בתלם הפרשני שמתגבש

90 שם, בפס' 33 לחוות דעתי.

91 ראו לעיל ה"ש 23.

92 ס' 1 לחוק העונשין; כן ראו רע"פ 6477/20 שחם נ' מדינת ישראל, פס' 43 לחוות דעתי (נבו 15.11.2021); רע"פ 2384/24 שריתה נ' מדינת ישראל, פס' 31 לחוות דעתי (נבו 3.4.2025).

לו מסוגיה לסוגיה ביחס לתיקון 113, תוך שימת לב לעקרונות התיקון שהלכנו והשתרשו להם במשפט הישראלי מיום חיקוקו ועד עתה.

הצבתי בלב מאמר זה את פסק הדין בעניין גרין ולא בכדי. במוקדו, ניצב הממשק שבין המשפט הפלילי למשפט המינהלי. שורשיהם של תחומי משפט אלה אומנם שונים, אך ענפיהם מצטלבים ונכרכים אחד בשני לא אחת.⁹³ ההיגיון המשפטי והמיקוד של כל אחד מהם נבדלים, אך הרגישות לזכויות הפרט הניצב למול השלטון משותפים להם. כמי שכיהן כשופט בבית המשפט העליון, ועוד לפני כן כיועץ המשפטי לממשלה, העומד בראש התביעה הכללית, וכן אמון על תקינות פעולות הרשות המבצעת במישור המינהלי – שני ענפי משפט אלה היו לחם חוקן של השופט מזוז. מכך, נתרמתי אף אני בפעמים הרבות שבהן ישבנו בדין יחדיו. פסקי דינו של השופט מזוז בכלל ענפי המשפט, ובמשפט הפלילי והמינהלי בפרט, לא רק היוו אבני דרך חשובות בעיצובה של ההלכה הפסוקה, אלא גם חתרו לעשיית משפט צדק בעניינו של כל בעל דין ובעל דין שעניינו נידון לפניו – בדיוק כפי שראוי לו לכל שופט שייעשה. על כך יש להוסיף את תרומתו הניכרת של השופט מזוז בכהנו כיועץ משפטי לממשלה לקידום חקיקתו של תיקון 113; תרומה, שכעולה משורות מאמר זה, קידמה רבות את המשפט הישראלי בשכללה באופן ניכר את האופן בו מתבצעת אחת ממלאכות השפיטה היסודיות והחשובות ביותר – מלאכת גזירת העונש.

⁹³ דוגמה בולטת לכך היא פסק דינו של בית המשפט העליון שניתן בהרכב מורחב בדנ"פ 5387/20 רותם נ' מדינת ישראל (נבו) (15.12.2021).