

ראיות בשלב גזירת הדין – בעקבות הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה

רות קנאי*

- א. מבוא
- ב. סקירת ההסדרים שנקבעו בשיטות משפט אחרות
 1. אנגליה
 2. קנדה
 3. ניו-זילנד
- ג. התפתחות הסוגיה בפסיקה בארצות-הברית
- ד. דיון בהגדרת העברות
 1. הבחנה בין רכיבים בהגדרת העברה ובין נתונים לקביעת העונש
 2. הצעות להבחנה בין רכיבי העברה ובין נתונים לעונש
- ה. נסיבות הקשורות לעברה ונסיבות הקשורות לעבריין
 1. המצב המשפטי בארץ
 2. נסיבות מחמירות הקבועות בחוקים
 3. נסיבות מקלות הקבועות בחוקים
 4. נסיבות שאינן מוגדרות בחוק
 5. העלאת עובדות חדשות בדיון לעונש
 6. התחשבות בעובדות שהנאשם לא הורשע בהן
 7. הבעיות שההצעה עלולה לעורר
- ז. סיכום ומסקנות

* פרופסור-חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.
אני מודה לעוזר המחקר שלי, גיל ברינגר על עבודה טובה וביקורתית, לפרופ' אהרן אנקר ולד"ר ענת הורוויץ על הערות מאתגרות, בונות ומשפרות.
ד"ר ענת הורוויץ כתבה עבודת דוקטור הבוחנת לעומק את הליך העונש. לאחר שהתחלתי לעבוד על הנושא קראתי את העבודה ונעזרתי בה רבות. העבודה מרחיבה ומעמיקה הרבה מעבר למאמר זה.

א. מבוא

ההליך המשפטי בישראל נחלק לשני שלבים: הראשון, המשפט (Trial), המסתיים בהכרעת דין. השני, הוא שלב הדיון בעונש (Sentencing), המסתיים בגזר דין. חלוקה זו משתקפת גם בחוק סדר הדין הפלילי.¹

השלב הראשון עוסק בקביעת האחריות הפלילית. שלב זה מתנהל לפי כללים מפורטים, והצדדים מביאים את ראיותיהם לקיום יסודות העברה והאחריות הפלילית. בשיטות המשפט האנגלוסקסיות השופט מנהל את הדיון, והצדדים הם שאחראים להבאת הראיות. הכלל הוא שבית המשפט אינו מביא ראיות מיזמתו ואף ממעט בחקירת העדים. ההקפדה על כללי הראיות בשלב זה מגנה על זכויות הנאשמים, והמושבעים הם שמחליטים בעניין האשמה. האופי האדברסרי של הדיון, וכללי הפסלות של ראיות בדבר העבר הפלילי ואופיו של הנאשם מאפיינים שלב זה, לא רק כאשר המשפט מתנהל בפני מושבעים, אלא גם כאשר ההחלטה ניתנת על ידי שופט.² השלב השני של הדיון מתנהל רק כאשר הנאשם יוצא חייב בדינו.³ בשלב זה הדיון נסב על העונש שיש להטיל על הנאשם. הצורך בשלב נפרד זה נוצר בתקופה שעמדו בפני בית המשפט אפשרויות שונות בהחלטה על העונש. אחת הסיבות להתפתחות שלב זה בנפרד מהשלב הראשון היא הרצון להביא בפני בית המשפט ראיות על הנאשם, על אופיו, על עברו ועל תנאי חייו על מנת שהם יישקלו בעת קביעת העונש. בשלב זה של המשפט האופי האדברסרי של הדיון נחלש. כללים שהותאמו בעיקר למושבעים מאבדים מכוחם, הדיון נעזר באנשי מקצוע (שירות המבחן ותסקירים שונים), והוא הרבה פחות פורמלי: הצדדים טוענים, ולא פעם טענותיהם מושתות על עובדות שהם אינם מוכיחים.⁴

¹ חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב–1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי" או "החוק"). השלב הראשון מסתיים בהכרעת הדין (ס' 182 לחוק), והשלב השני מסתיים בגזר הדין (בס' 193 לחוק). לפי ס' 195 לחוק הכרעת הדין וגזר הדין מהווים יחד את פסק הדין. ס' 187–193 לחוק עוסקים בראיות לעונש.

² לתיאור ביקורתי של ההליך האדברסרי ראו מרדכי קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" **משפטים** יז 475 (1987) (להלן: קרמניצר "התאמת ההליך הפלילי").

³ לכאורה משתמע כי השלב הראשון מתקיים תמיד, ואילו השלב השני מתקיים רק בחלק מהמקרים. לאמתו של דבר, השלב הראשון מתקיים רק בחלק קטן מהמקרים. במרבית המקרים הכרעת הדין נקבעת על פי הודאת הנאשם לאחר הסדר טיעון או בלעדיו.

⁴ לתיאור חי של השינוי שחל באולם בית המשפט במעבר לדיון בעונש ראו Helen Silving, *Rule of Law in Criminal Justice*, in *ESSAYS IN CRIMINAL SCIENCE* 77, 82 (G. O. W. Mueller & Robert Harvey Gault eds., 1961). ראו גם תיאורה של ענת הורוויץ בפתיחה של עבודת הדוקטור שלה. ענת הורוויץ **הליך גזירת הדין: היבטים דינמיים וראייתיים** (עבודת דוקטורט, חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2003) (להלן: הורוויץ "הליך גזירת הדין"). בשער הראשון של עבודתה היא מפרטת

ענת הורוויץ עומדת על התהליך ההיסטורי שהביא לפיצול המשפט לשני שלבים נפרדים, ולאופי השונה שהתפתח בשלב קביעת העונש.⁵ בעבודתה היא מגיעה למסקנה שהליך זה נוצר בסוף המאה ה-18. הורוויץ מביאה סיבות אחדות להתפתחות ההליך ולהתגבשות מאפייניו. בין היתר היא מצביעה על הרצון לאפשר לבית המשפט להתרשם מחומר ראיתי שרלוונטי לענישה, אך פסול בשלב הראשון של המשפט.⁶

האופי הבלתי פורמלי של הליך קביעת העונש התחזק בתקופה שבה השיקול הדומיננטי בענישה היה השיקול השיקומי. בגישה שיקומית בענישה יש חשיבות רבה לאינדיווידואליזציה של העונש, קרי, להתאמה מרבית של העונש לעבריין הספציפי ולא לעברה. הליך קביעת העונש אינו נתפס כהליך אדברסרי טיפוס, אלא יותר כהליך של מציאת העונש המתאים שיביא לשיקומו של הנאשם.⁷ דבר זה מתבטא גם בהשתתפות קצין המבחן בהליך קביעת העונש. בהליך כזה יש להביא בפני השופט מידע רב ומגוון הנוגע לאספקטים שונים בחיי העבריין. מידע שלא תמיד ניתן לגבות בהוכחות העומדות בקריטריונים הרגילים של דיני הראיות.

ספרם של Zuckerman & Roberts על דיני הראיות במשפט הפלילי⁸ נפתח בדיון על ייחודם של דיני הראיות בפלילים. ייחוד זה עומד בבסיס כללי הראיות והדרישה להוכחה מעבר לכל ספק סביר. הם מציינים שלושה דברים: הראשון – הממד הדאונטולוגי והחומרה שיש בהרשעה ובענישה; השני – הצדדים במשפט, ליתר דיוק העובדה שהמדינה היא אחד הצדדים; והשלישי – החשיבות של שמירה על אמון הציבור במערכת אכיפת החוק. שלושת המרכיבים הללו חלים ותקפים גם בדיון בשלב הענישה.

לאור זאת מתעוררת השאלה אם יש הצדקה לדיון הבלתי פורמלי בשלב הענישה. שאלה זו מחריפה נוכח הדרישה להבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש. האם אין צורך לשנות את המצב ולקבוע כללי ראיות ונטלי הוכחה לגבי שלב העונש?⁹

ומציגה את המאפיינים של השלב השני.

5 שם.

6 שם. הנושא נדון בפירוט ובעומק בשער השני לדוקטורט. ראו גם: Anat Horovitz, *The Emergence of Sentencing Hearings*, 9 PUNISHMENT AND SOCIETY 271 (2007) המסכם את גישתה בנדון.

7 רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** 39 (1993).

8 ADRIAN ZUCKERMAN & PAUL ROBERTS, *CRIMINAL EVIDENCE* (2004).

9 לשאלה זו חשיבות גם כאשר מתחשבים במעבר מגישה של פסלות ראיות, לגישה שבה מרכז הכובד הוא על המשקל הניתן לראיה. לשינוי זה במשפטנו ראו דברי הנשיא שמגר בדנ"פ 4390/91 **מדינת ישראל נ' יחיא**, פ"ד מז(3) 661, 671 (1993) (דברי הנשיא שמגר); ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פדאור 06 (9) 626, פס' 40 לפסק דינה של

אחת הסיבות לכך שבהליך קביעת העונש אין שומרים על כללי הראיות היא התפיסה שלאחר ההרשעה חזקת החפות אינה קיימת עוד, ולכן ההגנות החוקתיות אינן חלות עוד. לטעמנו, נימוק זה אינו משכנע. אמנם נכון שהנאשם נמצא אשם, אך האומנם אין לו עוד זכות לחירות? כל עוד לא נגזר עליו עונש של מאסר, זכות זו קיימת.¹⁰

הפסיקה בארץ הדנה בשחרור בערובה לאחר ההרשעה, אינה רואה את מעמדו של העבריין שהורשע כמי שאיבד את זכותו לחירות.¹¹ יותר מזה: אף אם ברור שיוטל עליו מאסר, האם נכון לומר כי אין לו זכות למאסר קצר מהמאסר המרבי? האם ההרשעה משמעה שלעבריין אין עוד זכות לגבי כל תקופה עד לתקופת המאסר המרבית, וכי כל הקלה היא בבחינת חסד? לתפיסה זו יש ביטוי בהחלטות בארצות-הברית,¹² אולם גם זו אינה תפיסה עונשית המתאימה לשיטתנו.¹³

הורוויץ מגיעה למסקנה:

”שראוי, כעקרון, להחיל על הליך גזר הדין את המשטר הדיוני החל על הליך קביעת האחריות הפלילית.”¹⁴

יושם לב כי אמירה זו נוגעת לעמדה העקרונית, כלומר לצורך בקביעת נטלי הוכחה וכללי ראיות בדומה לאלו שנוהגים בשלב הכרעת הדין. עם זאת, היא מבהירה שיש צורך בבחינה מדוקדקת של הכללים, וכי אפשר לעשות שינויים, ולקבוע כללים שיתאימו לשלב זה.¹⁵ דעתה מוצגת בבחירות ובעצמה רבה בעבודתה. לפי גישה זו,

השופט ביניש (2006).

¹⁰ לא למותר להדגיש כי הזכות לחירות וחזקת החפות קיבלו מעמד חוקתי בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו (3) 375, 354 (2002).

¹¹ כך נקבע כבר בפסיקה של השופט מ' אלון בב"ש 183/80 **שרעבי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד (4) 517 (1980).

¹² ראו למשל את דעת הרוב ב־ U.S. v. Grier, 475 F.3d 556, 561 (2006): “Once a jury has found a defendant guilty of each element of an offense beyond a reasonable doubt, he has been constitutionally deprived of his liberty and may be sentenced up to the maximum sentence authorized under the United States Code without additional findings beyond a reasonable doubt” (להלן: עניין *Grier*).

¹³ עניין **ברנס**, לעיל ה"ש 10. ראו גם ס' 35, 35 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"), המחזקים מסקנה זו. העונשים הם עונשים מרביים. רק כאשר מדובר בעונשי חובה, הטלת עונש קל יותר דורשת פירוט של נסיבות מקלות. ראו גם דעה שונה להלן בה"ש 175.

¹⁴ ראו הורוויץ "הליך גזירת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 343.

¹⁵ שם, בעמ' 300-324. ברור שלא כל כללי הראיות של שלב הכרעת הדין מתאימים לשלב הענישה. ענת הורוויץ בוחנת את הדברים. כך למשל בשלב הענישה יוצג המרשם הפלילי. לדיון מפורט בתחולת הכללים השונים ראו גם: Alan C. Michaels, *Trial Rights at Sentencing*, 81 N. C. L. REV. 1771 (2003).

הדרישה לנטל הוכחה ולכללי ראיות בשלב קביעת העונש כמו בשלב הכרעת הדין, אינה תלויה בהבניית שיקול הדעת של השופט בהליך של גזירת הדין. הבניית שיקול הדעת בענישה אמנם מחריפה את הבעיה ומביאה לצורך דחוף בפתרונה, אבל השינוי נדרש גם באין הבניה שכזו.¹⁶

גישה מתונה יותר אינה עומדת על צורך בשינוי הכללים, כל עוד שיקול הדעת של השופט אינו מובנה. לפי גישה זו, כל עוד יש לשופט שיקול דעת רחב בקביעת העונש, אין צורך בשינוי בדיני הראיות בשלב גזר הדין. אולם כאשר ההליך של קביעת גזר הדין מובנה, ושיקול הדעת של השופט מוסדר בהנחיות או בדרך אחרת, חייבים להסדיר את נטל ההוכחה ודיני הראיות בהליך של קביעת העונש.¹⁷ מכאן החשיבות הרבה שהנושא מקבל לאור הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה.¹⁸ לטעמי, חקיקה שמבנה את שיקול הדעת ברוח ההצעה הנדונה מחייבת קבלת כללים חדשים באשר לדיני הראיות בשלב הענישה.¹⁹

להקלה על הקריאה אתוה כאן את סדר הדברים שיבואו. בפרק השני נתחיל בסקירת הסדרים וכללי ראיות לשלב הענישה בשיטות משפט אחדות. בפרק השלישי נדון בבעיות המתעוררות בפסיקה בארצות-הברית, שבה הדין שונה מזה שבשיטות שנסקרו בפרק השני. בפרק הרביעי נערוך דיון בהגדרה של עברה פלילית. נתחיל בדיון כללי הנוגע לשאלות של היקף העברה (רחבה או מצומצמת), ונמשיך בדיון בהבחנה בין יסודות העברה לנתונים הנדרשים לקביעת העונש. דיון זה מצביע על חומרת הבעיה שבה אנו דנים. בפרק החמישי נעמוד על ההבחנה בין נסיבות העברה לנסיבות העברין. בפרק השישי נדון במצב המשפטי בארץ בנושא דיונו, ובפרק השביעי נעמוד על השינויים שמביאה הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה והשלכתם על נושא המאמר. נסיים בכמה מסקנות והצעות.

¹⁶ הורוויץ "הליך גזירת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 251. הורוויץ סבורה שיש חשיבות מיוחדת בקביעת הסדרי דין ראויים דווקא כאשר שיקול הדעת אינו מובנה, וקשה לפקח עליו.

¹⁷ ראו למשל: Julie L. Hendrix, *Herris v. United State: The Supreme Court's Latest Avoidance of Providing Constitutional Protection to Sentencing Factors*, 93 J. CRIM. & CRIMINOLOGY 947 (2003). ראו גם: Susan N. Herman, *The Tail That Wagged The Dog: Bifurcated Fact Finding Under the Federal Sentencing Guidelines and the Limits of Due Process*, 66 S. CAL. L. REV. 289 (1992).

¹⁸ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006, ה"ח 446 (להלן: "הצעת חוק העונשין").

¹⁹ ולדעתי יש צורך בהבניית שיקול הדעת, אלא שבכך לא אדון במאמר זה. ראו רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" **מחקרי משפט** יג 227 (1996); רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג" **מחקרי משפט** טו 147 (1999). במאמר זה אבקש להראות את הצורך בקביעת כללי ראיות בשלב העונש כאשר הענישה מובנית. לא ארחיב לשאלת הצורך בכללים כאלה בשיטה שבה הענישה אינה מובנת. אולם אני נוטה לומר שגם בשיטה שאינה מובנת יש מקום לקביעת כללי ראיות בשלב גזירת הדין.

ב. סקירת ההסדרים שנקבעו בשיטות משפט אחרות

מבט על שיטות משפט אחרות של המשפט המקובל מלמד שבשיטות אלו נקבעו הסדרים לקביעת העובדות הנחוצות לענישה. יש הבדלים בין השיטות השונות, הן בפרטי ההלכות והן במקורן, אולם העיקרון הוא אחד: כאשר יש מחלוקת הנוגעת לעובדות הנחוצות לקביעת העונש, יש לנהל דיון אדברסרי, לפי כללי ראיות להוכחת עובדות אלה. בהיעדר דיון כזה, ייקבע העונש בהתאם לגרסה העובדתית שמציג הנידון, להוציא עניינים מסוימים שבהם מוטל על הנאשם להוכיח את טענותיו.²⁰

1. אנגליה

לפי הגישה האנגלית, העובדה שנאשם הורשע בעברה אינה אומרת שניתן להטיל עליו כל עונש עד למקסימום הקבוע לעברה שבה הורשע, מבלי שהעובדות שיישקלו כדי לקבוע את העונש יוכחו מעבר לכל ספק סביר. ההסדר האנגלי לא נקבע בחקיקה, אלא בפסיקה, והוא נובע מעקרונות היסוד של השיטה האדברסרית ומשמירה על כללי הראיות הבסיסיים. בעניין *Newton*²¹ משנת 1982, קבע בית המשפט לערעורים פלייליים, שכאשר בשלב גזר הדין אין הסכמה בין הנאשם ובין התביעה בעניין העובדות החשובות לעונש, יש לקיים הליך הנקרא *Hearing-Newton* (על שם הנאשם שבמשפטו נקבע הדבר). הליך זה אומר, שכאשר הנאשם מציג גרסה עובדתית הסותרת את גרסת התביעה, יש לגזור את הדין לפי גרסתו או לקיים שימוע של הראיות. נטל הראיה וסטנדרט הראיות בשימוע כזה זהים לכללי הראיות במשפט פליילי בשלב של הכרעת הדין. השופט ינחה עצמו כדרך שהיה מנחה מושבעים בשלב הכרעת הדין.²² נדחית לחלוטין האפשרות שהעונש יינתן בהתאם לעובדות היוצרות עברה חמורה יותר, כאשר המושבעים הרשיעו רק בעברה קלה הנכללת בחמורה.²³ יתר על כן, כאשר התביעה רוצה לדרוש עונש על סמך עובדה שמהווה עברה נוספת, עליה להאשים באישום נוסף על מנת לאפשר למושבעים להחליט בנדון. שימוע ניוטון לא יספיק.²⁴ הליך השימוע הנזכר נדרש לגבי כל עובדה הנוגעת לביצוע העברה

²⁰ כפי שנציג בפרק הבא מדובר בעיקר בנסיבות מקלות שהן חיצוניות לביצוע העברה.

²¹ *R. v. Robert Newton*, [1982] 4 Cr. App. R. (S.) 388 (להלן: עניין *Newton*).

²² *R. v. Nabil Ahmed*, [1984] 6 Cr. App. R. (S.) 391; *R. v. Gandy* [1989] 11 Cr. App. R. (S.) 564.

²³ ANDREW ASHWORTH, *SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE*, 344 (4th ed. 2005). אני מציינת זאת בשל ההלכה השונה הנוהגת בארצות-הברית כפי שנראה בפרק הבא.

²⁴ *R. v. Eubank*, [2001] Crim. L. Rev. 495. למשל כאשר הנאשם הודה בשוד והתביעה מבקשת להרשיעו בשוד מזוין.

או לחלקו של הנאשם בביצוע העברה, ואין לגביה קביעה של המושבעים או הודאה.²⁵ גם כאשר הנאשם מודה בעובדות, יש להקפיד להתאים את העונש רק לעובדות שבהן הודה.²⁶ הנאשם רשאי להעלות גרסה עובדתית כאשר לעברה או לחלקו בביצועה. במקרה כזה התביעה חייבת להוכיח, מעבר לכל ספק סביר, שגרסת הנאשם אינה נכונה.²⁷ אולם כאשר הנאשם מציג עובדות חיצוניות למעשה העברה ולחלקו בה, והן באות להקל עמו, או כאשר הוא טוען לעובדות המצויות בידעתו בלבד, הוא חייב להוכיח את גרסתו בעודף ראיות.²⁸

הלכות אלו מבחינות בין נסיבות הנוגעות לעברה ולחלקו של העבריין בביצועה, ובין נסיבות שהן חיצוניות לעברה, קרי נסיבות של העבריין.²⁹ הבחנה זו תלויה אותנו גם בהמשך הדברים. בשלב זה אסתפק בכך שאומר כי הנסיבות הנוגעות לעברה ולחלקו של העבריין בביצועה כוללות למשל את היסוד הנפשי שלו, את היותו נושא נשק בעת הביצוע, ביצוע באכזריות, ותכנון מתוחכם. הנסיבות החיצוניות, נסיבות העבריין, כוללות נסיבות של השכלה, תעסוקה, מצב בריאותי ועוד.³⁰ הדרישה שהתביעה תסיר את הספק, כאשר הנאשם מביא ראיות לנסיבות מקלות הנוגעות לעברה ולחלקו בביצועה, מיוחדת למשפט האנגלי, וממנו הובאה גם למשפט של ניו-זילנד.³¹

²⁵ ראו גם סיכום הדין האנגלי בדו"ח של ניו-זילנד, NZLC.Rep.No.76 (2001) (להלן: "דו"ח ניו-זילנד").

²⁶ ראו דיון: Martin Wasik, *Rules of Evidence in the Sentencing Process*, 38 CURRENT LEGAL PROBLEMS 187, 194 (1985).

²⁷ R. v. Kerrigan, [1993] 14 Cr. App. R. ; R. v. Hopkins, [1986] 8 Cr. App. R. (S.) 398 179 (S.) וראו דו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, פס' 46 לדו"ח. השופט אינו חייב לקיים שימוע כזה כאשר הגרסה של הנאשם פנטסטית ואינה אמינה כלל. ראו גם: R. v. Mudd, [1988] CRIM. L. REV. 326; R. v. Satchell [1996] CRIM. L. REV. 351.

²⁸ הגבולות של הדרישה לערוך Newton Hearing (להלן: "שימוע ניוטון") אינם לגמרי ברורים, אך זו התמונה הכללית. ראו R. v. Broderick, [1980] 2 Cr. App. R. (S) 546. Kerr, [1980] 2 Cr. App. R. (S) 47 [1994].

²⁹ Wasik, לעיל ה"ש 26, בעמ' 200, מציע הבחנה דומה. לדידו, אין צורך להוכיח מעבר לכל ספק עובדות הנוגעות לבחירה בין עונשים שונים ולהתאמת העונש לנאשם. החלטות אלה הן בבחינת מציאת פתרון לבעיה, ואינן מתאימות להליך אדברסרי. "The relevance of such rules is of much greater importance when the court is engaged upon determination of the factual basis for the sentence rather than considering the wide range of collateral matters relevant to selection of the appropriate disposal".

³⁰ כמו הבחנות אחרות, גם הבחנה זו אינה חדה, וישנם מקרי ביניים. ניתן להשוות זאת להבחנה בין נתונים ענייניים לנתונים אישיים שמצויה בס' 34 לחוק העונשין. אמנם אנו דנים בנתונים שאינם "תנאי להתהוות העברה", אך הם משפיעים על חומריתה. ראו הדיון אצל ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** חלק שני 300–302 (1987).

³¹ הדבר מודגש בדו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, פס' 42.

ההליך של שימוע ניוטון מלמדנו שגם לאחר הרשעה יש לנאשם זכות שעונשו ייקבע על סמך עובדות שהוכחו מעבר לכל ספק סביר.³²

2. קנדה

ההסדר הקנדי להוכחת עובדות בשלב הענישה נקבע במקורו בפסיקה. בעניין *Gardiner* הטיל בית המשפט העליון של קנדה על התביעה להוכיח את העובדות המחמירות שלהן היא טוענת מעבר לכל ספק סביר. ההחלטה מדגישה את הפגיעה בחירות שלהן צפוי הנידון, והיא מציינת שאין מקום להבחין בין שלבי המשפט השונים. הענישה, כך נאמר, אינה פחות חשובה מההרשעה.³³

הפסיקה לא הייתה אחידה בהתייחסותה לחובת התביעה לשלול את הראיות שהביא הנאשם להוכחת נסיבות מקלות, אך לאחר מכן נקבעו הדברים בחוק.³⁴ למקרא החוק כפשוטו הכלל הוא שכל צד רשאי לטעון לנסיבות מקלות ומחמירות, והשופט רשאי לסמוך על עובדות שהוכחו בפניו בעודף ראיות. עם זאת, התביעה חייבת להוכיח עובדות מחמירות שבמחלוקת מעבר לכל ספק סביר. במבט ראשון נראה אפוא שהתביעה אינה חייבת לשלול נסיבות מקלות שהעלה הנאשם מעבר לכל ספק סביר. משמעות הדבר היא שלפי החוק הקנדי על הנאשם להוכיח בעודף ראיות את גרסתו על העברה וחלקו בה, ולא רק נסיבות מקלות חיצוניות למעשה העברה. אם כך הדין הקנדי כיום שונה בנקודה זו מהדין האנגלי, וגם מחלק מהפסיקה הקנדית שקדמה לו.³⁵ אולם בספרות הקנדית יש דיון רב בנושא. Manson תומך בדעה שסעיפי החוק הקנדי האמורים אינם חוקתיים.³⁶ סעיף 7 של הצ'רטר הקנדי מחייב לדעתו לחזור לפסיקה קודמת של בית המשפט העליון, ולתת משמעות לדברים החזקים שנאמרו בה בדבר זכויות הנידון. אין הבדל מבחינתו של הנידון אם מדובר בנסיבות מחמירות שמעלה התביעה או באי-קבלת נסיבות מקלות שלהן הוא טוען. בשני המקרים הנידון צפוי לפגיעה חמורה יותר בחירותו, ולכן יש להטיל על התביעה חובה להסיר את הספק שהעלה הנידון בגרסתו על העברה וחלקו בביצועה.

³² ASHWORTH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 345–346. המחבר מבקר את הפסיקה שקבעה שהשופט רשאי שלא לקיים שימוע ניוטון, אם לדעתו של השופט גרסתו של הנאשם דמיונית וחסרת ביסוס. לדעתו יש כאן הליך לא מוסדר שפוגע בזכות הנאשם להליך הוגן.

³³ R. v. Gardiner, [1983] 140 D L R (3rd) 612.

³⁴ Canadian Criminal Code RSC c.C-46 §. 724(3) (d), § 724 (3) (e)(1985).

³⁵ דו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, בעמ' 13–16, מציג את הדין הקנדי באופן זה, ומדגיש את ההבדל בינו לבין הדין האנגלי לעניין הנסיבות המקלות. שם, בעמ' 15–16.

³⁶ ALLAN MANSON, THE LAW OF SENTENCING 172–178 (2001).

3. ניו-זילנד

גם בניו-זילנד קיים הליך שימוע בשלב קביעת העונש. אחד הדברים הבולטים לקורא שאינו מצוי בדין בניו-זילנד, הוא המספר הרב של תסקירים המובאים לשופט בהליך זה.³⁷ ההלכות הנוהגות בהליך השימוע נקבעו בפסיקה.³⁸ הפסיקה בניו-זילנד הלכה בעקבות המשפט המקובל באנגליה ובאוסטרליה. הפסיקה הדגישה את זכויות העברייין, ועמדה על כך שאין לזקוף לחובתו בהליך הענישה עובדות שלא הודה בהן, או שהמושבעים לא הכריעו בהן לחובתו. התביעה חייבת להוכיח עובדות שהיא טוענת לקיומן (בדרך כלל נסיבות מחמירות) בהתאם לכללי ראיות וברמה נאותה. דברים אלה הובנו כדרישה להוכחה מעבר לכל ספק סביר. אולם לא היה בפסיקה דיון בחובת התביעה לשלול עובדות שהעברייין טוען להן (בדרך כלל נסיבות מקלות). לא ברור אם חובה כזו מוטלת עליה בכלל, ואם היא מוטלת עליה רק לגבי נסיבות הקשורות לעברה עצמה. בלשון אחרת: האם ההגנה חייבת להוכיח בעודף ראיות כל נסיבה מקילה, או רק עובדות שהן חיצוניות לעברה ולחלקו של העברייין בביצועה.³⁹ ה-Law Commission (הועדה לעניני חקיקה) דנה בסוגיה בשנת 2001, והציעה לקבוע הוראות בחוק,⁴⁰ וכך נעשה.⁴¹ הוועדה הגדירה את הליך השימוע שנקבע בפסיקה כהליך שהוא בחלקו אדברסרי ובחלקו אינקוויזיטורי.⁴² אחת הסיבות לצורך בחקיקת הוראות לעניין הראיות לעונש, הייתה הצעה לחקיקה המבנה את שיקול הדעת של השופט בענישה וקובעת רשימה של נסיבות מחמירות ומקלות.⁴³ כאמור לעיל, בעקבות המלצות הוועדה נחקק ה-Sentencing Act. סעיף 24 לחוק עוסק בהוכחת העובדות בשלב העונש, והוא זהה להצעות הוועדה. הסעיף מטיל על התביעה חובת הוכחה מעבר לכל ספק סביר, וכן חובה לשלול טענות של העברייין לעובדות מקלות, שאינן מנוגדות לקביעת המושבעים והן נוגעות לעברה או לחלקו של העברייין בעברה. ההגנה חייבת להוכיח בעודף ראיות עובדות חיצוניות לעברה, ועובדות שהן בידיעה בלעדית של העברייין.⁴⁴ סעיפי החוק הולכים בעקבות החוק הקנדי לעיל בשינויים אחדים. השינוי המרכזי נוגע לחובתה של התביעה לשלול את גרסת הנאשם לגבי נסיבות העברה וחלקו בעברה מעבר לכל ספק סביר.

37 דו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, בעמ' 1-7.

38 R. v. Bryant, [1980] 1 NZLR 264 (CA).

39 דו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, בעמ' 11.

40 שם.

41 Sentencing Act (2002).

42 דו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, בעמ' 8.

43 שם. ראו ההקדמה לדו"ח, וכן פרק רביעי לדו"ח. רשימת הנסיבות המיוחדות מצויה כיום בס' 9

ל-Sentencing Act.

44 בנקודה זו הייתה אי-בהירות ב-Sentencing Act, והוא תוקן בשנת 2004.

בארצות המשפט המקובל: אנגליה, קנדה, ניו-זילנד וגם אוסטרליה⁴⁵ יש הליך דיוני להוכחת העובדות השנויות במחלוקת לצורך קביעת העונש. העיקרון שבבסיס ההסדר הוא שלעברין יש זכות להליך הוגן גם בשלב קביעת העונש. אין לפגוע בחירותו אלא לאחר הליך הוגן שבו הוכחו העובדות מעבר לכל ספק סביר. הנקודה שבמחלוקת נוגעת לחובת התביעה לשלול את טענותיו של העברין. באנגליה ובניו-זילנד התביעה חייבת לשלול מעבר לכל ספק סביר טיעונים של העברין הנוגעים לעברה ולחלקו בעברה; בקנדה על העברין להוכיח טיעונים אלה בעודף ראיות. נשוב ונדון בשאלה זו בהמשך במסגרת הדיון במצב המשפטי בארץ, ובמיוחד בשאלת הראיות לעונש מופחת בעברת הרצח. בכל שיטות המשפט שנסקרו בפרק זה אין להחמיר בעונש על סמך עובדות שלא הוכחו מעבר לכל ספק סביר. בולט הדבר שבשיטות המשפט שסקרנו לא תעלה אפשרות להחמיר בעונש – במסגרת העונש המרבי של העברה שבה הורשע העברין – על סמך עובדות המהוות עברה חמורה יותר שבה לא הורשע ולעתים אף זוכה ממנה.⁴⁶ על רקע הסדרים אלה נפנה לראות גישה שונה מאוד בארצות-הברית.

ג. התפתחות הסוגיה בפסיקה בארצות-הברית

פסק הדין המנחה בארצות-הברית באשר להליך קביעת גזר הדין הוא פסק הדין בעניין *Williams*.⁴⁷ הנאשם וויליאמס הורשע בבית המשפט של מדינת ניו-יורק ברצח בדרגה ראשונה, והמושבעים המליצו על עונש של מאסר עולם. השופט גזר עליו עונש מוות. השופט נימק את החלטתו והשתית אותה על העובדות שקבעו המושבעים וגם על עובדות נוספות שנלמדו משירות המבחן וממקורות מידע נוספים שלא הובאו במסגרת ההליך בפני המושבעים. השופט הבהיר כי החוק במדינת ניו-יורק מסמיך אותו לשקול מידע מגוון בבואו לקבוע את העונש. בית המשפט העליון אישר את ההחלטה. החלטה זו מבססת את הסמכות של השופט לשמוע טיעונים נרחבים לעונש ולהסתמך על העובדות שהובאו בפניו, גם כאשר לא נשמרו כללי הראיות הנהוגים בשלב הראשון של המשפט. בפסק הדין של בית המשפט העליון מתוארת יפה האינדיווידואליזציה של הענישה. החלטה זו ניתנה בשנת 1949 כאשר הייתה בארצות-הברית פריחה של שיקולי שיקום בענישה. העונשים לא היו קצובים (Indeterminate sentences), השופט קבע מרווח גדול של תקופת מאסר, והתקופה

⁴⁵ לא הבאתי כאן פירוט של המשפט באוסטרליה. בקצרה ייאמר כי הסדרי השימוע נקבעו בפסיקה לאחר דיונים ולבטים, ובעיקרו של דבר הם דומים להסדר הקנדי. ראו דו"ח ניו-זילנד, לעיל ה"ש 25, בעמ' 16–21.

⁴⁶ אני מדגישה זאת לאור הפסיקה השונה בארצות-הברית, שבה אדון בפרק הבא.

⁴⁷ *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949) (להלן: עניין *Williams*).

שבה העבריינין ישב בכלא נקבעה על ידי ועדות השחרורים.⁴⁸ ברצוני להדגיש כבר כאן שתי נקודות חשובות להערכה של ההחלטה בעניין Williams: הראשונה, כאשר יש לשופט שיקול דעת רחב מאוד, כאשר הוא יכול להתחשב בנתונים רבים, והוא הקובע כמה משקל לתת לנתונים השונים, יש הרבה פחות משמעות לנטלי ההוכחה ולכללי הראיות. השנייה, הנתונים שהשופט שוקל בגישה השיקומית מתייחסים בדרך כלל לעבריינין ולא לעברה. בהמשך הדיון נעמוד על חשיבותן של נקודות אלה.

במשך השנים חל מהפך בארצות-הברית. לא נעמוד כאן על גורמיו וגם לא על מלוא משמעותו.⁴⁹ במחצית המאה העשרים נראתה אכזבה גדולה מהגישה השיקומית, וניתנה חשיבות גדולה יותר למידתיות, כלומר להתאמה בין חומרת העברה לחומרת העונש.⁵⁰ זאת, בין כחלק מגישה חוקתית הנותנת חשיבות למידתיות ולאחידות, ובין כחלק מגישה גמולית בענישה.⁵¹ מדינות רבות עברו לעונשים קצובים. כמו כן, במדינות רבות וגם במשפט הפדרלי אומצו הנחיות לקביעת העונש (Sentencing guidelines).⁵²

בהליך קביעת העונש בשיטה של הנחיות השופט מתחשב בנסיבות שקבועות בהנחיות, והן ברובן נסיבות המתייחסות לעברה, למשל: סכומי הגנבה, אכזריות בביצוע, ההזקת נשק.⁵³ נסיבות אלו שונות מהנסיבות האישיות של העבריינין שנשקלו לצורך מתן עונש בתקופה שבה ניתן משקל רב לשיקום. הן דומות, ולעתים אף זהות, לנסיבות שנשקלות במהלך המשפט בדיון בהוכחת יסודות העברה. נוסף על כך,

⁴⁸ להסבר על ועדות השחרורים בארצות-הברית ראו: ש' גיורא שהם וגבריאל שביט **עברות ועונשים: מבוא לפנולוגיה** 287–288 (1990).

⁴⁹ שינויים אלה והערכתם נדונו בספרות רבות. ראו למשל: Ian Weinstein, *The Revenge of* Mullaney v. Wilbur, *United State v. Booker and the Reassertion of Judicial Limits on Legislative Power to Define Crimes*, 84 OR. L. REV. 393 (2005); David Yellen, *Reforming the Federal Sentencing Guidelines: Misguided Approach to Real-Offense Sentencing*, 58 STAN. L. REV. 267 (2005).

⁵⁰ ביטוי למהלך זה ניתן לראות בדו"ח הדין בהוצאת מהדורה חדשה של הסעיפים על גזר הדין ב-American Law Institute, *Model Penal Code: Sentencing*, Report Model Penal Code (April, 2003).

⁵¹ לדיון בדרישת המידתיות ראו: רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית?" **משפטים** לה 147 (2005).

⁵² הנחיות לענישה מותירות מידה מסוימת של שיקול דעת לשופט בקביעת העונש, אך הן כוללות הוראות מפורטות לשופטים בקביעת העונש, ויש בהן טבלה של עונשים שמוצע לשופט להטיל בעברות השונות, בהתחשב בנסיבות קבועות ובעבר הפלילי. להסבר קצר של השיטה ראו: רות קנאי "הנחיות לשופט בהפעלת שיקול דעתו בקביעת העונש" **מחקרי משפט** ה 234, 236 (1995).

⁵³ Douglas A. Berman, *A More Perfect System: Distinguishing Offense Conduct and Offender Characteristics*, 58 STAN. L. REV. 277, 283 (2005) (להלן: *Perfect System*).

כאשר השופט קובע שהנסיבות שנמנו בהנחיות קיימות, יש החמרה בעונש. החמרה זו ומידתה קבועות בהנחיות. ברור אפוא שבשיטה כזו יש לקביעות העובדתיות של השופט בהליך קביעת העונש חשיבות גדולה מאוד. אולם ההוראות בהנחיות ובסדרי הדין לא שיקפו את השינוי הגדול.⁵⁴ בתי המשפט המשיכו לראות בשופט את מי שקובע את העובדות שלא על פי כללי הראיות הרגילים.⁵⁵ בתי המשפט המשיכו לנהוג לפי ההלכה בעניין *Williams*, אף שלא התאימה לשיטת הענישה החדשה.⁵⁶ במשפט הפדרלי וגם ברוב המדינות נוהגים לפי שיטה של *Real Offense*. לפי שיטה זו, בקביעת העונש, השופטים רשאים להתחשב בכל הנסיבות שבהן בוצעה העברה (*Relevant Conduct*), כמו גם בנסיבות שאינן כלולות בהרשעה ולא הוכרע לגביהן בשלב הכרעת הדין מעבר לכל ספק סביר.⁵⁷ כך, למשל, אם היה הסדר טיעון, וחלק מהעברות או מהעובדות נמחק, ההרשעה תהיה בהתאם למה שסוכם בהסדר, והעונש המרבי ייקבע לפי העברה שבה הורשע הנאשם, בהתאם להסדר הטיעון. אך לעניין קביעת מידת העונש – עד לעונש המרבי בעברה שבה הורשע העבריין יוכל השופט להתחשב בכל העובדות.⁵⁸ זאת ועוד, ב-1997 בעניין *Watts*⁵⁹ נקבע שניתן להתחשב לצורך קביעת העונש

⁵⁴ Herman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 314–315. אמנם ב-1987, בדברי ההסבר בהקדמה להנחיות הפדרליות הוער על הצורך בקביעת כללים פרוצדורליים המותאמים להנחיות, אך הוועדה סברה שאין הדבר בסמכותה, זאת ראו: Federal Sentencing Guideline Manual 5 (1987). במשך הזמן הכניסה הוועדה לפרק השישי של ההנחיות הוראות בדבר חשיבות הראיות לעונש, אבל הסתפקה בדרישה שהראיות יהיו אמינות, דבר שהובן לכל היותר כרמה של עודף ראיות.

⁵⁵ ראו למשל *United State v. Brika*, 487 F.3d 450 (2007); לתיאור ולביקורת ראו KATE STITH & JOSE A. CABRANES, *FEAR OF JUDGING: SENTENCING GUIDELINES IN FEDERAL COURTS*, 150–153 (1998).

⁵⁶ ראו למשל הדין הביקורתי בהחלטה של בית המשפט הפדרלי לערעורים בעניין *United States v. Hamad*, 495 F.3d 241 (2007). החלטה זו אינה דנה בנטל ההוכחה אלא בקבילות ראיות. ההחלטה מעניינת במיוחד בשל הדין בשני השלבים של המשפט הפלילי, ובהערכת השינויים שנעשו במדיניות הענישה ובהליכים לקביעת העונש והשפעתם על כללי הראיות.

⁵⁷ מדינת מינסוטה היא אחת המדינות הבודדות שבהן נהוגה שיטת ה-*Conviction offense*, כלומר העונש נקבע בהתאם לעברה שבה הורשע הנאשם. משום כך בהערות שבהנחיות נאמר בפירוש שאין להתחשב בעובדות שבהן לא הורשע הנאשם כדי להחמיר בעונש מעבר לעונש המוצע לעברה בהנחיות. הדוגמה שמובאת היא, שאם הנאשם הורשע בשוד רגיל, אין להחמיר בשל נשיאת נשק. *Minn. Stat. Ann. 244 app. II. D. comment 103* (2007), ההוראות במינסוטה מציגות בהירות את ההבדל בין שתי השיטות.

⁵⁸ STITH & CABRANES, לעיל ה"ש 55. מוצגת ביקורת חריפה על שיטת ה-*Real offense* כפי שהונהגה במשפט הפדרלי. דיון ביקורתי בשיטה זו ראו Kevin R. Reitz, *Sentencing Facts: Travesties of Real-Offense Sentencing*, 45 STAN. L. REV. 523, 567 (1993).

⁵⁹ *U.S. v. Watts* 519 U.S. 148 (1997). בעקבות הסדר טיעון, זוכה הנאשם מהחזקת נשק והורשע בהחזקת סם. בענישה על החזקת הסם הוסיפו 2 נקודות לפי ההנחיות, בגלל החזקת הנשק. החזקת הנשק הוכחה רק בעודף ראיות בשלב גזר הדין. (להלן: עניין *Watts*).

בעובדות שהנאשם זוכה מהן. עמדה זו מתבססת על תפיסה שלפיה הרשעה על ידי מושבעים משמעותה קביעה שניתן להטיל כל עונש עד לעונש המרבי שנקבע לעברה, ועל כן אין צורך בהוכחת העובדות הנדרשות לקביעת העונש המצוי בתחומי העונש המרבי, מעבר לכל ספק סביר.⁶⁰ בהתאם לאותה תפיסה, כאשר המושבעים לא הרשיעו בעברה מסוימת, המשמעות היא שהיא לא הוכחה מעבר לכל ספק סביר, אולם אין זה מונע התחשבות באותן עובדות, אם הוכחו בעודף ראיות, לשם קביעת העונש בתחומי העונש המרבי של העברה שבה הורשע הנאשם.⁶¹

החל בראשית שנות ה-90 יש בספרות ביקורת חמורה על הפסיקה האמריקנית בנושא,⁶² ובמשך הזמן התפתחה גם פסיקה של בית המשפט העליון של ארצות-הברית הנוגעת בסוגיות אלו.

בשנת 2000 בעניין *Apprendi*,⁶³ נדון סעיף שקבע תוספת עונש, מעל העונש המרבי של העברה, כאשר העברה נעברה מתוך מניע גזעני. החוק קבע בפירוש כי די בהוכחת המניע הגזעני בעודף ראיות. בית המשפט העליון קבע כי הוראה זו אינה חוקתית משום שאינה מתיישבת עם התיקון החמישי והשישי של חוקת ארצות-הברית, שלפיהם – כך נפסק – נדרש כי כל החמרה בעונש תיקבע על ידי המושבעים לאחר ההוכחה מעבר לכל ספק סביר. מאז עניין *Apprendi* כל החמרה בעונש, מעבר לעונש המרבי שנקבע לעברה, חייבת להתבסס על עובדות שהוכחו בפני המושבעים מעבר לכל ספק סביר (או שהנאשם הודה בהן). פסק הדין בעניין *Apprendi* היה בבחינת תמרוז אזהרה למפץ הגדול שבא אחר כך. ראשית, פסק דין בעניין *Blakley*⁶⁴ מיולי 2004 הנוגע להנחיות של מדינת וושינגטון, ואחריו פסק הדין בעניין *Booker*⁶⁵ מינואר 2005 הדין בשיטה הפדרלית. שתי ההחלטות נוגעות לתיקון השישי של חוקת

⁶⁰ לביקורת חמורה על התפיסה שהזיכוי של המושבעים משמעותו רק שהעובדות לא הוכחו מעבר לכל ספק סביר ודין מקיף בסוגיה, ראו דעת המיעוט של השופטת Fletcher : *United States v. Mercado* 474 F.3d 654 (2007).

⁶¹ ראו הסבר זה מפי השופט Easterbrook בהחלטה *United State v. Horne*, 474 F. 3rd 1004 (2006). הנאשם הועמד לדין בכמה עברות וביניהן עברה של ניסיון שוד ובעברה של החזקת נשק בעת הניסיון. הוא זוכה מעברת הנשק. בקביעת העונש בעברת ניסיון השוד החמיר השופט בעונש לאחר שקבע כי הוכח בפניו בעודף ראיות שהנאשם החזיק בנשק בעת ניסיון השוד. אולם השופט מוסיף ואומר שאין לקבוע עונש החורג מאוד מהעונש המידתי לעברה שבה הורשע הנאשם בהתאם לעובדות שבהן הורשע בהסתמך על עובדות שמהן זוכה.

⁶² ראו למשל המאמרים הנזכרים לעיל ה"ש 17. דיון נרחב בנושא נעשה ב- *Federal Sentencing Reporter* בשנת 1992. ראו: *Untested Evidence: A Weak Foundation for* Deborah Young, *Sentences*, 5 F. S. REP. 63 (1992).

⁶³ *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

⁶⁴ *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004).

⁶⁵ *United State. v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005) (להלן: עניין *Booker*).

ארצות-הברית,⁶⁶ לזכות למשפט על ידי מושבעים. בהחלטות אלה נקבע כי העובדות שעל בסיסן יוטל עונש חמור יותר מהעונש שמוצע (Presumptive) לעברה בהנחיות, ייקבעו על ידי המושבעים מעבר לכל ספק סביר, או שהנאשם יודה בהן. לעומת עניין *Apprendi*, שבו מדובר על החמרה מעבר לעונש המרבי שנקבע לעברה בחוק, בעניין *Blakley* וכן בעניין *Booker* מדובר על החמרה מעל העונש המוצע בטבלת ההנחיות. מכאן שההנחיות לקביעת גזר הדין, המאפשרות לשופט להחמיר בעונש לאחר שהוא קובע (ללא מושבעים) שהתקיימו נסיבות מחמירות שקבועות בהנחיות, אינן חוקתיות. לאחרונה נפסק בבית המשפט העליון של ארצות-הברית, כי גם החלטה להטיל את העונש החמור מבין שלושת העונשים הקבועים בחוק לכל עברה בחוק של מדינת קליפורניה, חייבת להתבסס על עובדות שנקבעו על ידי מושבעים ומעבר לכל ספק סביר.⁶⁷

בפסק הדין בעניין *Booker* הותוותה דרך לשמירת תוקפה של מערכת ההנחיות. נקבע שכל עוד בתי המשפט יתייחסו להנחיות לקביעת העונש (Sentencing Guidelines) כהוראות שמנחות את השופט בבואו לקבוע את העונש, ולא כהוראות המחייבות אותו לקבוע את העונש בהתאם להנחיות, יהא השופט רשאי לקבוע את העובדות הנחוצות להחמרה ללא מושבעים וברמת הוכחה של עודף ראיות. אפשרות זו לגזירת הדין תוך התחשבות בהנחיות – אמנם כמדריכות את שיקול הדעת של השופט ולא כמחייבות אותו לפסוק בהתאם להנחיות – מתבססת על כך שאם ההנחיות רק מדריכות את השופט, חוזרים למצב של שיקול דעת כפי שהיה בזמן שניתן פסק הדין בעניין *Williams*, וההלכה שנקבעה בו חלה. כמה בתי משפט דורשים שהעובדות לעונש תוכנה ברמה של "ברור ומשכנע" (Clear and Convincing),⁶⁸ ובפסיקה מובעת גם דעה שכאשר העובדות, שאותן לא קבעו המושבעים, מביאות לשינוי גדול בעונש, נדרשת רמת הוכחה של ראיות ברורות ומשכנעות.⁶⁹ בעקבות ההחלטה בעניין *Booker*, השופט נדרש להתחשב בעונש המוצע,

⁶⁶ U.S. Const. amend. VI, §6

⁶⁷ *Cunningham v. California*, 127 S. Ct. 856 (2007). החוק של קליפורניה קובע לכל עברה שלושה עונשים. העונש האמצעי יוטל על המקרה הטיפוסי; בהתקיים נסיבות מחמירות יוטל העונש החמור יותר, ובהתקיים נסיבות מקלות יוטל העונש הקל יותר. בהחלטה בעניין *Cunningham* נקבע כי המושבעים הם שיקבעו את הנסיבות המחמירות שעל בסיסן יוטל העונש החמור יותר.

⁶⁸ בדיון בהשפעה של ההלכה בעניין *Booker* על הפעלת ההנחיות מסכמת ועדת ההנחיות הפדרלית ואומרת כי טענות שיש להוכיח את העובדות לעונש מעבר לכל ספק סביר נדחו, וכי ההחלטה בעניין *Watts* שרירה וקיימת גם לאחר ההחלטה בעניין *Booker*. לדו"ח הוועדה ראו: USSGC, Report on the Impact of U. S. v. Booker on Federal Sentencing, 22 (March, 2006) (להלן: "דו"ח הוועדה").

⁶⁹ ראו: *United States v. Kikumura*, 918 F.2d 1084 (1990); *United State v. Mark Hurn* 2007 U.S. App. LEXIS 18484.

בהנחיות ובהוראות שיש בהנחיות לגבי חריגות מהעונש המוצע בהן. אך עליו לראות בעונש המוצע אך ורק נקודת מוצא שאינה מחייבת, ולשקול גם את הגורמים שנמנו בסעיף 3553(a) של ה-U.S.C. 70. ההתחשבות בגורמים אלה מצביעה על כך שההנחיות אינן מחייבות.⁷¹

ההבדל בין הנסיבות שנמנו בהנחיות, לשיקולים המסורתיים שקבועים בסעיף 3553 בולט מאוד. בהנחיות מדובר בעובדות ספציפיות, וחשוב יותר: מדובר בעובדות שהשפעתן על מידת העונש מכומתת וקבועה. העובדה שההנחיות רק מדריכות ואינן מחייבות אינה משנה זאת. לעומת זאת בסעיף 3553 נמנו שיקולים כלליים של ענישה.⁷² השיקולים שנקבעו בסעיף זה הם השיקולים שלאורך כל השנים נשקלים

⁷⁰ כך מסבירה ועדת ההנחיות את ההליך לאחר ההחלטה בעניין *Booker*. ראו דו"ח הוועדה, לעיל ה"ש 68, בעמ' 23.

⁷¹ השופטים הפדרליים ממשיכים לקבוע את העונשים תוך שקילה של ההנחיות, אך אינם רואים אותן כמחייבות. למעשה חלק ניכר מגזרי הדין נקבע בהתאם להנחיות, כפי שניתן לראות מדו"חות שמפרסמת ועדת ההנחיות הפדרליות. פסיקה ענפה ומאמרים רבים דנים במשמעות של ההלכה בעניין *Booker* ובדרך הנאותה להתחשב בהנחיות. הפסיקה עוסקת במעמד של העונש המוצע, במידה שבה בתי המשפט יראו אותו כעונש שיינתן במקרה הרגיל, ובמידה שבה בתי המשפט לערעורים יקבעו כי גזר דין המטיל את העונש המוצע בהנחיות הוא גזר דין "סביר". ראו למשל: (2007) 127 S. Ct. 2456 *Rita v. U.S.*, וכן: *Gall v. U. S.* (טרם פורסם, 10.12.2007).

⁷² 18 U.S.C. § 3553(a) מונה שיקולים שהשופט ישקול בגזירת הדין וזו לשונו:

- "(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;
- (4) the kinds of sentence and the sentencing range established for (A) the applicable category of offense committed by the applicable category of defendant as set forth in the guidelines issued by the Sentencing Commission[;] . . .
- (5) any pertinent policy statement . . . (A) issued by the Sentencing Commission[;] . . .
- (6) the need to avoid unwarranted sentence disparities among defendants with similar records who have been found guilty of similar conduct; and
- (7) the need to provide restitution to any victims of the offense".

בקביעת העונש. אלו שיקולים של מטרות הענישה, דרכי הענישה, ושיקולים הנוגעים לנסיבות העברין הספציפי.

על ההבחנה בין הנסיבות הנזכרות בהנחיות לשיקולים שבסעיף 3553(a) עומד השופט McKee בחוות דעת המיעוט שלו בעניין *Grier*.⁷³ הוא סבור כי הנסיבות הקבועות בהנחיות הן בבחינת "ראשון בין שווים". מעמדן של הנסיבות הללו בהליך גזירת הדין שונה מהמעמד של השיקולים הכלליים והמסורתיים שנמנו בסעיף 3553(a) של החוק. הוא מתייחס לנסיבות הקבועות בהנחיות כמו לרכיבי העברה, ומחייב קביעתן מעבר לכל ספק סביר. זאת, בניגוד לשיקולים שנמנו בסעיף 3553(a) שעליהן לא חלה לדעתו ההגנה החוקתית של התיקון החמישי והשישי. לכאורה התמונה המצטיירת היא פרדוקסלית: כאשר שיקול הדעת רחב ואינו מובנה, התנאים של התיקון השישי לחוקה אינם חלים, ולא נדרשת הוכחה מעבר לכל ספק סביר בפני מושבעים. אך כאשר שיקול הדעת מובנה, ולכאורה ממלא באופן טוב יותר אחר הדרישות להליך הוגן, הוא פסול אם אינו ממלא אחר תנאי התיקון השישי לחוקה.⁷⁴ ההסבר למצב זה טמון כנראה בתפיסה, המוצאת ביטוי בפסיקה האמריקנית, שלפיה שיקול הדעת המובנה בהנחיות הופך את ההליך של קביעת העונש להליך שדומה להליך קביעת האשמה, ועל כן יש מקום להעמידו תחת אותו משטר חוקתי החל על השלב הראשון של המשפט. עם זאת, העובדה שההלכה בעניין *Williams* לא בוטלה, נותנת פתח לקיום הליך שונה, שבו יש יותר משקל לנסיבות של העברין ולשיקול הדעת של השופט. הפסיקה האמריקנית חושפת בחדות את הצורך בקביעת הסדר מתאים להוכחות בהליך של גזר הדין. לכאורה הפתרון טמון ביצירת הבחנה ברורה בין רכיבים שהם חלק מהגדרת העברה, לנתונים הנדרשים לצורך קביעת גזר הדין. הבחנה זו תאפשר לנו לראות אילו נסיבות יש לכלול בהגדרת העברה, ואילו נסיבות יש להותיר לשלב של קביעת העונש. ההבחנה חשובה גם אם סוברים שראוי לקבוע כללי

⁷³ עניין *Grier*, לעיל ה"ש 12. החלטת השופט McKee המתחילה בעמ' 604. גרייר הורשע בעברה של גרימת חבלה. העונש שניתן תאם לעונש שנקבע בהנחיות לעברה של גרימת חבלה חמורה בה לא הורשע גרייר, אולם העונש לא עלה על העונש המרבי שנקבע בחוק לעברה של גרימת חבלה שבה הורשע. העובדות שעל פיהן קבע בית המשפט שנגרמה חבלה חמורה הוכחו בפני השופט בעודף ראיות ולא מעבר לכל ספק סביר. ערעורו של גרייר על העונש נדחה, ורוב של תשעה שופטים קבע שניתן להחמיר בעונש, מעבר לעונש שהוצע בהנחיות לעברה שבה הורשע הנאשם, על סמך עובדות שלא הוכחו מעבר לכל ספק סביר. העובדה שההנחיות מדריכות ואינן מחייבות, וכן האפשרות שבגזירת העונש השופט ישקול שיקולים המנויים בסעיף 3553, היא שעומדת מאחורי ההחלטה. ההליך של גזירת הדין כאשר ההנחיות מדריכות מוצג כהליך הפתוח לשיקול דעת, ודומה להליך שהיה נהוג לפני ההנחיות, ולכן ההלכה בעניין *Williams* חלה עליו.

⁷⁴ לדיון מקורי ומאתגר ביחס שבין ההחלטה בעניין *Williams*, לעיל ה"ש 47, להחלטות בעניין *Apprendi*, לעיל ה"ש 63, ובעניין *Booker*, לעיל ה"ש 65, ראו: *Kyron Huigens, Solving the Williams Puzzle*, 100 COLU. L. REV. 101 (2005). המחבר מצדיק את המשך הפסיקה בהתאם להלכה בעניין *Williams* גם ואולי דווקא במשטר של הנחיות לקביעת העונש.

ראיות גם לגבי נתונים שיש לשקול בשלב העונש, משום שהכללים שייקבעו לראיות בשלב זה עשויים להיות שונים מהכללים הרגילים.⁷⁵

ד. דיון בהגדרת העברות

יש עברות המוגדרות בהרחבה ויש עברות המוגדרות בפירוט רב. שמירה על עקרון החוקיות תביא להגדרות צרות ומפורטות. עברות המוגדרות בפירוט שומרות על שני ההיבטים של עקרון החוקיות: הן נותנות לאזרחים מידע על ההתנהגות האסורה, והן מונעות ממערכת המשפט אכיפה שרירותית. בעבודת הדוקטורט שלו דן קרמניצר בדרך ראויה לניסוח קוד פלילי.⁷⁶ לדעתו, הקוד צריך לקבוע עברות בסיס הכוללות את המאפיינים המינימליים של העברה. רכיבים אלו מבדילים בין התנהגות חוקית להתנהגות אסורה, וכן מבדילים בין העברה הנדונה לעברות אחרות. פרט להגדרה מינימליסטית זו של עברות הבסיס, יש מקום להגדרת רכיבים מחמירים ומקלים. רכיבים אלו יכולים להיות משותפים לכמה עברות. קרמניצר ממשיך ואומר שעקרון החוקיות מחייב שהן הקביעה של עברות הבסיס והן הקביעה של הרכיבים הנוספים המשפיעים על החומרה, צריכות להיעשות על ידי המחוקק. בהמשך אומר קרמניצר:

”קו הגבול בין תפקיד המחוקק לבין תפקיד השופט צריך להיות קצה גבול היכולת של המחוקק.”⁷⁷

גישה זו נותנת משקל נכבד לשמירה על עקרון החוקיות. ייתכן שניתן להסיק מדברים אלו שכל הרכיבים האמורים יהיו רכיבים שיש להוכיחם בהתאם לדיני הראיות ומעבר לכל ספק סביר. אם נשתמש במודלים שטבע Packer, נאמר כי עברות אשר מוגדרות בדיוקנות ובפירוט רב מתאימות יותר למודל של שמירה על חוקיות (Due Process Model), ועברות שאינן מוגדרות היטב מתאימות יותר למודל של מניעת עבריינות (Crime Control Model).⁷⁸ עברות המנוסחות באופן רחב מקדמות את האפשרות להעמיד לדין נאשמים, גם כאשר בעת החקיקה קשה לצפות ולהגדיר את ההתנהגות האסורה.

עברות המוגדרות בפירוט מאפשרות להבחין בין רמות שונות של פגיעה בחברה,

⁷⁵ למשל להסתפק בשלב העונש בהוכחת העובדות ברמה של ראיות ברורות ומשכנעות (Clear and Convincing), ולא לדרוש הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

⁷⁶ מרכזי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות (התש"ם).

⁷⁷ שם, בעמ' 105.

⁷⁸ HERBERT L. PACKER, THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION 157 (1968).

ושומרות על תיוג ראוי של העבריינים.⁷⁹ בשיטה משפטית המבקשת לשמור על מידתיות בענישה ועל התאמה בין חומרת העברה ובין חומרת העונש, יש יותר מקום להגדרות מפורטות של העברה. עברות המוגדרות באופן רחב כוללות מעשים השונים זה מזה בדרגת חומרתן ולפיכך מצריכות קביעות עובדתיות רבות יותר בשלב הענישה, על מנת להגיע לעונש הראוי.⁸⁰ הגדרות רחבות של העברות מותרות לשופט יותר מרחב, והן מתאימות לגישה הנותנת משקל רב לשיקום.⁸¹ עברות המוגדרות בפירוט נותנות יותר אפשרויות לתביעה ללחוץ על הנאשמים להגיע להסדר טיעון שבו אישום בעברה חמורה יוחלף באישום בעברה קלה יותר. בעברות שאינן מוגדרות היטב, הסדרי הטיעון יופנו לשאלת העונש. הבניה של שיקול הדעת וקביעה של נסיבות מחמירות ומקלות יביאו לכך שהסדרי הטיעון ייסובו סביב נסיבות אלו. לפיכך חשוב יהיה לקבוע כללי ראיות ונטלי הוכחה לעובדות הנטענות לעונש, על מנת למנוע מתן כוח רב מדי בידי התובעים. לסוגיה זו של הסדרי טיעון נשוב בפרק השביעי למאמר זה.

1. הבחנה בין רכיבים בהגדרת העברה ובין נתונים לקביעת העונש

התביעה חייבת להוכיח את כל יסודות העברה מעבר לכל ספק סביר. בארץ נקבע הדבר בסעיף 34כב(א) לחוק העונשין. בארצות-הברית נקבע בשנת 1970 ב- *Re Winship*⁸² שעל פי התיקון החמישי של החוקה יש להוכיח לפי כללי הראיות ומעבר לכל ספק סביר את כל הרכיבים של העברה (Elements of the offense). קביעה זו משמעותה שיש בארצות-הברית הגנה חוקתית, הדורשת שכל רכיבי העברה יוכחו מעבר לכל ספק סביר. כדי לעמוד על המשמעות של הכלל האמור עלינו להבין מה נכלל בין רכיבי העברה.

השאלה הראשונה שיש לברר היא מהו המינימום שנדרש כדי להגדיר את העברה? מינימום זה תלוי בהכרעה ערכית, והוא משקף את ההכרעה מה ראוי לקבוע כהתנהגות פלילית.⁸³ אחת הסוגיות המושפעות מהכרעה זו היא ההבחנה בין רכיבי העברה לרכיבים של הסייג. להבחנה זו חשיבות לגבי נטל הראיה: את רכיבי העברה

⁷⁹ שאלת התיוג מהווה שיקול חשוב בקביעת המבנה של עברות ההמתה ובמיוחד בהבחנה בין עברת ההריגה לעברת הרצח. ראו SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, לעיל ה"ש 23, בעמ' 285–286.

⁸⁰ דוגמה טובה לכך היא עברת ההריגה. ראו דיון בכך בדין וחשבון של ניו-זילנד ראו לעיל ה"ש 25.

⁸¹ הורוויץ, "הליך גזירת הדין", לעיל ה"ש 4, בעמ' 254–261.

⁸² *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

⁸³ ראו הדיון הנרחב של Fletcher בסוגיה זו בפרק השביעי של ספרו G. FLETCHER, RETHINKING CRIMINAL LAW (1987). לא נתעמק כאן בשאלה זו, שכן יש עליה כתיבה מרובה. ראו גם רות קנאי "הסכמת הנפגע במשפט הפלילי" משפטים כט 389, 412, בה"ש 103–104 (1998).

התביעה חייבת להוכיח מעבר לכל ספק סביר, בעוד שעליה להסיר ספק סביר שהתעורר ברכיבי הסייג. בארצות-הברית המחוקק יכול לקבוע שהוכחת רכיבי הסייג תוטל על הנאשם בעודף ראיות. מכאן החשיבות הגדולה של ההבחנה בין רכיבי העברה לרכיבי הסייג. הפסיקה האמריקנית אינה מגבשת הבחנה מהותית בין רכיבי העברה לרכיבי הסייג, והיא נשענת על הדרך שבה המחוקק מגדיר את העברות.⁸⁴ התוצאה היא שההגנה החוקתית, הדורשת הוכחת כל רכיבי העברה מעבר לכל ספק סביר אינה חזקה. אם סוברים כי ההבחנה בין רכיבי העברה לרכיבי הסייג היא מהותית וערכית ואינה תלויה רק בניסוח של המחוקק, כי אז יש הגבלה על כוחו של המחוקק להעביר רכיבים מהגדרת העברה לסייג. גישה כזו מחזקת את ההגנה החוקתית.⁸⁵ הסוגיה המעסיקה אותנו – כלומר: ההבחנה בין רכיבי העברה לנתונים הדרושים לקביעת העונש – מקבילה לסוגיה הקודמת. הדיון ברכיבי הסייג נסב על המינימום שיש לכלול בהגדרת העברה. הדיון ברכיבי הענישה נוגע למקסימום שיש לכלול בהגדרת העברה. גם כאן החשיבות של ההבחנה מתעוררת לאור ההגנה החוקתית. אם העובדות המחמירות מוגדרות כחלק מהליך קביעת העונש, ההגנה החוקתית אינה חלה. מכאן שכדי לתת משמעות מלאה להגנה החוקתית, יש להבחין מהותית בין נסיבות שהן חלק מהגדרת העברה ובין נסיבות שהן חלק מקביעת העונש. באין הבחנה מהותית כזו, המחוקק יכול לקבוע אילו רכיבים יהיו חלק מהעברה ואילו יהיו נתונים שיש להתחשב בהם לקביעת העונש.⁸⁶ באין הבחנה מהותית, הדבר תלוי בדרך שבה המחוקק מנסח את החוק, ולכן אין משמעות רבה להגנה החוקתית. בשנת 1986 בעניין *McMillan*⁸⁷ נדון סעיף שבו נקבע שאם הנאשם עובר עברות מסוימות כשבידיו נשק הנראה בגלוי, הוא צפוי לעונש מזערי של חמש שנות מאסר. החוק הוסיף וקבע כי את העובדה שהנאשם נשא נשק בגלוי יש להוכיח בעודף ראיות. הנאשם טען כי על התביעה להוכיח את נשיאת הנשק מעבר לכל ספק סביר. טענתו נדחתה, ובית המשפט העליון של ארצות-הברית קבע שהחוק הנדון אינו רואה בנשיאת הנשק רכיב של העברה, אלא הוא רואה בה נתון הרלוונטי לענישה, ולכן

⁸⁴ פסקי הדין המרכזיים בנושא זה הם: *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977); *Martin v. Ohio*, 480 U.S. 228 (1987) הפסיקה אצל Robert B. Stock, *Criminal Law – Sentencing and Punishment: The United State Supreme Court Defines What Constitute A “Crime”*, 79 N. D. L. REV. 391 (2003).

⁸⁵ להבחנה בין יסודות העברה לרכיבים בסייג ראו: G. Fletcher, *The Nature of Justification*, in ACTION AND VALUE IN CRIMINAL LAW 175 (Stephen Shute, John Gardner and Jeremy Horde eds., 1993).

⁸⁶ אחדים סבורים כי אכן ראוי להשאיר את הדברים להחלטת המחוקק, ואין לכבול את ידיו. ראו למשל Fletcher שם, בעמ' 538. ראו גם דעת המיעוט של השופטת O'Connor בעניין *Apprendi*, לעיל ה"ש 63, בעמ' 475.

⁸⁷ *McMillan v. Pennsylvania* 477 U.S. 79 (1986).

ההגנה החוקתית שנקבעה ב-*Re Winship*⁸⁸ אינה חלה.

הפסיקה האמריקנית אינה מתעמקת בניסיון לתת גבולות מהותיים לרכיבי העברה. הפסיקה נותנת משקל לצורת החקיקה, למבנה ולניסוח של החוק.⁸⁹ עם זאת, בעניין *Apprendi* נפסק שאם נקבע בחוק שרכיב מסוים מביא לקביעת עונש העולה על העונש המרבי שנקבע לעברה, כי אז חלה ההגנה החוקתית על הוכחת הרכיב,⁹⁰ וזאת אף על פי שהחוק שנדון בעניין *Apprendi* קבע במפורש שדי בהוכחת המניע הגזעני בעודף ראיות. בהמשך נקבע בעניין *Blakley* ובעניין *Booker* שכל רכיב המביא להחמרה מעבר לעונש שמוצע לעברה בהנחיות טעון הוכחה מעבר לכל ספק סביר בפני מושבעים.⁹¹ מאידך נקבע כי הוראה הקובעת עונש מזערי בהתקיים עובדות מסוימות היא חוקתית, גם אם עובדות אלו נקבעות בעודף ראיות בלבד.⁹² כמו כן נקבע בעניין *Almendarez-Torres*⁹³ כי ניתן להוכיח את עברו הפלילי של נאשם ללא מושבעים וללא צורך ברמת הוכחה של מעבר לכל ספק סביר.⁹⁴

מדד נוסף שמובא בפסיקה הוא המידה שבה הנסיבות הנוספות משנות את העונש. לא רק שהבחנה זו אינה חדה וברורה, אלא שעל פני הדברים היא אינה מהותית. בעניין *McMillian* נאמר שאם ההחמרה בעונש גדולה עד כדי כך שניתן לומר שהזנב מקשקש בכלב, מדובר ברכיב של העברה ולא בנתון לעונש.⁹⁵ מאז משתמשת הפסיקה רבות במטפורה של הזנב המקשקש בכלב. השופט McKee מנסח את ההבחנה בדרך זו: אם הנסיבות מביאות להחמרה כה רבה, עד שהעונש בסופו של

88 ראו לעיל ה"ש 82.

89 דוגמה טובה לכך ניתן למצוא בניתוח הסעיף שנדון בפסק הדין *U.S. v. Harris*, 536 U.S. 545 (2002). ההתמקדות בניסוח של המחוקק, הן לגבי הסייגים והן לגבי הרכיבים לעונש, מושפעת בוודאי מכך שיש רתיעה מהתערבות בסמכות החקיקה של המדינות.

90 עניין *Apprendi*, לעיל ה"ש 63.

91 עניין *Blakely* לעיל ה"ש 64.

92 עניין *Harris*, לעיל ה"ש 89. נשיאת נשק בעת ביצוע העברה העלתה את העונש המזערי.

93 *U.S. v. Almendarez-Torres*, 523 U.S. 224 (1998).

94 ונראה כי טרם נאמרה המילה האחרונה בעניין זה. הגבולות של ההלכה נדונו בבית המשפט העליון של ארצות-הברית בהחלטה בעניין *Shepard v. United States*, 125 S. Ct. 1254 (2005) ונקבע שהיצא מן הכלל חל רק על פרטים שיש במרשם ולא ברישומים על העבר הפלילי שמצויים במשטרה וכיו"ב. יש פסיקה רבה של בתי המשפט הפדרליים לערעורים הבוחנת את הגבולות של ההלכה. ראו גם *Minnesota v. Henderson*, 706 N.W.2d. 758 (2005) שבו נקבע כי החמרת העונש בשל "pattern of criminal conduct" אינה נכללת ביוצא מן הכלל. אכן החלטה כזו דורשת **הערכה** של העבר הפלילי והתחשבות בפרטים שאינם חלק מהמרשם הפלילי, ולכן ברור שההלכה בעניין *Almendarez-Torres*, לעיל ה"ש 93, אינה חלה עליה.

95 עניין *McMillian*, לעיל ה"ש 87, בעמ' 89. המטפורה של הזנב המקשקש בכלב מופיעה רבות במאמרים העוסקים בנושא. ראו למשל *Herman*, לעיל ה"ש 17. זה אחד המאמרים הראשונים שהצביע על הבעיה שמעוררים ההנחיות הפדרליות בתחום הראיות.

דבר אינו מידתי לעונש על העברה שבה הורשע הנאשם, יש צורך להוכיח את הנסיבות המחמירות בפני מושבעים ומעבר לכל ספק סביר.⁹⁶ השופטים מדגישים כי הבחנה זו אינה נותנת קנה מידה ברור וחד. הם מכירים בכך שהיא טובה במקרים הקיצוניים, אבל במקרי הביניים – שהם רוב המקרים – הפעלתה תלויה מאוד בשופט ואינה אחידה.

הביקורת על הבחנה כמותית זו אינה נעוצה רק בכך שהיא אינה ברורה ותלויה בשופט המפעיל אותה, אלא גם בהתייחסות לעונש המאסר. מתן מעמד מיוחד לעונש המאסר ולפגיעה בחירות הכרוכה בו, וראיית עונש המאסר כעונש שונה מעונשים אחרים, מביאה למסקנה שכל יום מאסר נוסף שמוטל על הנאשם, מהווה הכבדה משמעותית וניכרת פגיעה בחירות. משום כך נטען שיש להוכיח את הנתונים שמביאים להחמרה בעונש מעבר לכל ספק סביר.⁹⁷

2. הצעות להבחנה בין רכיבי העברה ובין נתונים לעונש

ננסה להבחין בין עובדות המהוות חלק מהגדרת העברה, לבין עובדות הנדרשות להחמרה בעונש.

עברה מבטאת את הדרך שבה החברה מסתכלת על התנהגות מסוימת. קביעה שהתנהגות מסוימת מהווה עברה פלילית, משמעותה שהחברה רואה אותה כהתנהגות פסולה. הקביעה שפלוגי עבר עברה פלילית מטילה עליו קלון. משום כך כל רכיב שמשמעותו הקלנה על הנידון, או החמרה של הקלון המוטל עליו, הוא חלק מהגדרת העברה. סעיף 1.02 (1) של ה-Model Penal Code, המונה את המטרות (או התפקידים) של הגדרת העברות בקוד, קובע כי המטרה החמישית היא להבחין בין עברות חמורות לעברות קלות.⁹⁸

במאמר המנסה לבחון מה נחשב לרכיב בעברה אצל האבות המייסדים שקבעו את חוקת ארצות-הברית אומר Poulos:⁹⁹

⁹⁶ עניין *Grier*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 617. הדברים נאמרו בעקבות דברי השופט Scalia בעניין *Blakely*, לעיל ה"ש 64. והשופט McKee מדגיש ומראה שהבחנה משקפת הרגשות אינטואיטיביות של השופט היושב בדין.

⁹⁷ שם, עניין *Grier*. השופט McKee בדעת המיעוט שלו (שם, בעמ' 617). יש כאן קריאת תגר על עמדת הרוב שלפיה ברגע שהעברין הורשע, אין לו זכות לחירות ככל שמדובר בתחומי העונש המרבי שנקבע לעברה. כל עונש הפחות מהעונש המרבי הוא – לפי גישת הרוב – בבחינת חסד שניתן לנאשם.

⁹⁸ American Law Institute, Model Penal Code.

⁹⁹ John W. Poulos, *Liability Rules, Sentencing Factors, and the Sixth Amendment Right to a Jury Trial: A Preliminary Inquiry*, 44 U. MIAMI L. REV. 643, 700 (1990).

“The framers thus undoubtedly understood that “crimes” perform two basic functions. First, a crime creates liability for punishment when no liability existed before the law was enacted (as when a law makes unlawful that which was lawful before). This is the basic concept of a crime. Second, an existing crime can be divided into a greater and lesser offense, for the purpose of limiting the punishment prescribed for the existing offense to the new ‘greater’ offense”.

אפיון רכיבי העברה בכך שהם מבטאים הערכה מוסרית של ההתנהגות ומביאים להקלנה (Condemnation), מצוי גם אצל כותבים נוספים. במאמר משנת 1998 שנכתב בתגובה להצעות לניסוח Model Penal Code חדש, מציג Lynch את שיקולי המדיניות שלפיהם ראוי לקבוע מה יכלול בהגדרת העברה ומה ייקבע על ידי ועדת ההנחיות כשיקול בענישה. Lynch מסביר שהמחוקק הוא זה שצריך לקבוע מהי מידת הפגיעה בערכים המוגנים הנדרשת בעברה. מכאן שקביעות שמשפיעות על ההערכה המוסרית של העברה הן חלק מהגדרת העברה.¹⁰⁰ כיוצא בזה, אומר השופט Stevens בדעת המיעוט שלו, בעניין *McMillian*:

“The high standard of proof is required because of the immense importance of the individual interest in avoiding both the loss of liberty and the stigma that results from a criminal conviction. It follows, I submit, that if a State provides that a specific component of a prohibited transaction shall give rise both to a special stigma and to a special punishment, that component must be treated as a ‘fact necessary to constitute the crime’ within the meaning of our holding in *In re Winship*”.¹⁰¹

הבחנה זו מתאימה לעיקרון הדורש שהמשפט הפלילי ישמור על תיוג ראוי של עברה ואשמה (Fairlabeling). עיקרון זה מהווה שיקול חשוב בקביעת ההגדרות של העברות, ובהחלטה ליצור עברה אחת או כמה עברות מדורגות.¹⁰² הבחנה בין רכיבי העברה לנתונים לענישה, המתבססת על הקלנה שיש ברכיבי

Gerard E. Lynch, *Towards A Model Penal Cod , Second (Federal?): The Challenge of the Special Part*, 2 BUFF. CRIM. L. REV. 297, 321 (1998).¹⁰⁰

עניין *McMillian*, לעיל ה"ש 87, בעמ' 103.¹⁰¹

ASHWORTH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 88-90. המחבר עומד על החשיבות של התיוג.¹⁰²

העברה, ועל משמעות הרכיב לקביעת תיוג נכון של ההתנהגות האסורה, נותנת לנו בסיס קונספטואלי ערכי להבחנה ובכך יתרונה. אולם גם הבחנה זו אינה נותנת תשובה ברורה וחד-משמעית לשאלה המעסיקה אותנו, כי בסופו של דבר ההבחנה נסמכת על שיקולים של מדיניות ענישה.¹⁰³

עולה מהבחנה זו, שפרטים שאין בהם כדי לשנות את המהות הערכית-מוסרית של העברה, גם אם הם עשויים לשנות מעט את תפיסת החומרה, אינם חלק מהגדרת העברה. Ashworth מעיר כי הבדלים מוסריים דקים אינם צריכים להיכלל בהגדרת העברה. הוא מביא דוגמה הנוגעת למיחות הקרבן. גם אם יש הבחנה עונשית כאשר מדובר בקרבן שהוא איש דת, הרי לדעתו אין מיהות זו חלק מהגדרת העברה.¹⁰⁴ המיחות המיוחדת הזו אמנם מביאה לשינוי בחומרת העברה, אבל אינה מביאה למידה שונה של הקלנה, ואינה דורשת תיוג שונה. נוכל לצרף לכך גם שיקול פרגמטי. כאשר מדובר בהבדלים קטנים ובאוסף של פרטים, זה אינו תפקיד המתאים למחוקק. מתאים ויעיל הרבה יותר שפרטים מסוג זה ייקבעו על ידי ועדות ההנחיות או בפסיקה עצמה.

ניסיון נוסף להבחין בין רכיבים שהם חלק מהגדרת העברה לנתונים המשפיעים על העונש נעשה על ידי Reitz. לדעתו, הנתונים שבהם יש להתחשב בקביעת העונש אמורים לכלול נתונים הדורשים פירוט והערכה שלא ניתן לעשותה בהגדרת העברה. הוא מביא כדוגמה את מידת הפגיעה הגופנית, והבחנות נוספות ביסוד הנפשי.¹⁰⁵ לדעתי אין כאן רק עניין של מידה. הדוגמאות ש-Reitz מביא שונות מאלו שהביא Ashworth בכך שהן מדברות על נקודות ברצף. קביעת המיקום המדויק של המקרה הנדון על פני הרצף אינה יכולה להיות חלק מהגדרת העברה, והיא בהכרח נתון שיש לשקלו בשלב העונש. המרב שהמחוקק יכול לעשות הוא לקבוע דרגות שונות כמו כוונה ופזיזות, או חבלה וחבלה חמורה. קביעה מדויקת יותר היא עניין לעונש.

יתרה מזאת, קביעות של מידה מדויקת על פני רצף, מיוחדות ונבדלות משום שהן דורשות קביעת עובדות והערכתן. כאשר המחוקק קובע שנשיאת נשק בעת ביצוע עברה היא נסיבה מחמירה, מדובר עובדה בקביעה עובדתית ותו לא. התשובה היא דיכוטומית: נשא נשק או לא נשא נשק. לכן זו דוגמה טובה לרכיב בעברה.¹⁰⁶ אבל כאשר מדובר על רמת אכזריות בביצוע עברה או על מידת האלימות בביצועה מדובר בהערכה, שאמנם מתבססת על עובדות שאותן יש לקבוע.¹⁰⁷

¹⁰³ Lynch, לעיל ה"ש 100, בעמ' 325.

¹⁰⁴ A. Ashworth, *The Elasticity of Mens Rea*, CRIME PROOF & PUNISHMENT 45,54 (1980).

¹⁰⁵ Reitz, לעיל ה"ש 58.

¹⁰⁶ וניתן לראות כאן דוגמה טובה למבנה של עברות בסיס ורכיבים מחמירים המשותפים לכמה עברות. וראו קרמניצר "עיקרי מבנה וארגון", לעיל ה"ש 76.

¹⁰⁷ בהגדרת העברות בחוק העונשין אנו מוצאים לא אחת רכיבים הדורשים הערכה, והפסיקה מתקשה בפרשנות שהיא נותנת לרכיבים אלה. דוגמה לכך נוכל למצוא במחלוקת שהתעוררה

האפיון של רכיבי העונש כמצויים על פני רצף וכדורשים הערכה נורמטיבית ולא רק קביעה עובדתית, מצוי גם אצל Robinson, אשר מבחין בין שלוש פונקציות של הקוד הפלילי: כללי התנהגות, כללי אחריות, וכללים להבחנה ודירוג עברות בהתאם לחומרן.¹⁰⁸ כללי אחריות דנים בקביעות שיש בהן מקום להקלנה. אחד הדברים המייחדים את כללי הדירוג הוא שמדובר ברצף, ולא בהכרעה דיכוטומית.¹⁰⁹ כללי הדירוג דורשים, לדעתו, החלטה נורמטיבית המעריכה את החומרה.¹¹⁰ כבר במאמר על עקרון החוקיות בשנת 1988 עמד Robinson על כך שקביעות הדורשות הערכה נורמטיבית ולא רק קביעת עובדות פשוטה מאפיינות את התפקיד השיפוטי. הערכות אלו הן שמקנות למשפט הפלילי את ערכו המוסרי. החלטות בעניין דירוג החומרה והענישה הן החלטות כאלו.¹¹¹ בדומה לכך מציינים Berman & Bibas :

“In other words, whenever offense facts have fixed and predictable sentencing consequences, then the jury, as the preferred fact-finder, must pass on them. Judges remain authorized, however, to consider a range of facts as part of exercising reasoned judgment at sentencing”.¹¹²

Wattad פיתח טיעון שלפיו המשפט הפלילי עוסק באשמה ובמסוכנות. אשמה

בע"פ 4596/98 פלוגית נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(1) 145 (2000). השופטים נחלקו בשאלה אם התנהגות הנאשמת היא בגדר תקיפה או שהיא מגיעה לכלל התעללות (הנדרשת להרשעה בס' 3368 לחוק העונשין). כשמדובר ברכיב בהגדרת העברה יש לקבוע סף כניסה לקיומו של הרכיב, ואילו כאשר מדובר בנתון לעונש יש להעריך גם רמות שונות בקיומו של הרכיב, כלומר מידת האכזריות או מידת ההתעללות.

Paul H. Robinson, *Are Criminal Codes Irrelevant?*, 68 S. CAL. L. REV. 159, 190 (1994).¹⁰⁸

Paul H. Robinson, *A Functional Analysis of Criminal Law*, 88 NW. U. L. Rev. 857 (1994).¹⁰⁹

שם, בעמ' 912. המחבר דן ארוכות בשאלה מי מתאים יותר למלא תפקיד זה: שופטים או מושבעים, ונותן העדפה קלה לכך שהמושבעים יקבעו את העובדות וגם את ההערכה הנורמטיבית. אך מסקנה זו עשויה להשתנות בהתאם למדיניות הענישה. ראו גם: Paul H. Robinson & Barbara A. Spellman, *Sentencing Decisions: Matching the Decisionmaker to the Decision Nature*, 105 COLUM. L. REV. 1124 (2005).¹¹⁰

Paul H. Robinson, *Legality and Discretion in the Distribution of Criminal Sanctions*, 25 HARV. J ON LEGIS. 393, 414-415 (1988).¹¹¹

Douglas A. Berman and Stephanos Bibas, *Symposium: Blakely and the States: Making Sentencing Sensible*, 4 OHIO ST. J. CRIM. L. 37, 58 (2006).¹¹² ראו גם להלן בדיון בהבחנה בין נסיבות העברין לנסיבות העברה.

נוגעת לעבר ואילו מסוכנות נוגעת לעתיד.¹¹³ חלוקת התפקידים שעושה Wattad נסמכת על כך שקביעת אשמה מבטאת את הערכים והשיפוט של הקהילה, ולכן היא עניין למושבעים. אולם לדעתו המסוכנות אינה נוגעת לקהילה, ולכן על שופט לפסוק בה.¹¹⁴ אף שנראה לי שההבחנה בין אשמה למסוכנות משתלבת בניתוח שלנו, אינני סבורה שהמסוכנות אינה קשורה לקהילה. הקהילה היא שקובעת מה נראה לה כמסוכן. עם זאת, מסוכנות אינה קביעה עובדתית נקייה. זו הערכת מצב הנשענת על קביעת עובדות, ולכן היא מתאימה לשלב העונש, וראוי שתקבע על ידי השופטים. דומני שהצלחנו למצוא כמה מאפיינים מהותיים שיש בהם כדי לעזור בהבחנה בין רכיבי העברה לנתונים לענישה. נוכל לומר שנתונים לעונש מאופיינים בכך שהם כרוכים בהישענות על פרטים רבים; שהם דורשים הערכה שיפוטית ולא רק קביעת עובדות; שהם דנים בקביעת מידת החומרה על פני רצף של מקרים; ושאינן בהם שינוי של מידת הקלון. ההבחנה מתחייבת כדי להבטיח שעברות יוגדרו כראוי ושהתיגו יהיה ראוי. הדיון על המינימום שיש לכלול בעברה נסב על המינימום הנדרש להפללה, ולפיכך הוא חשוב בנושא של הגדרות וסייגים. הדיון שלנו הוא על קו הגבול העליון, והוא נסב על התיגו הראוי. כל עוד מדובר בשינויים בתיגו, המקום הראוי הוא ההגדרה של העברה, וכאשר מדובר בשינויים במידת החומרה, המקום המתאים הוא בנתונים לענישה, המבוטאים ומיושמים לאחר הערכות נורמטיביות על פני רצף. יודגש כי אין

Mohammed Saif-Alden Wattad, *The Meaning of Guilt: Rethinking Apprendi*, 33 NEW ENGLAND JOURNAL ON CRIMINAL & CIVIL CONFINEMENT 501 (2007). זה מאמר ביקורת

על הדיון המשפטי בהחלטה בעניין *Apprendi*, לעיל ה"ש 63.

שם, בעמ' 544: "Aggravating elements address a foundational distinction of the substantive criminal law between guilt and dangerousness. Guilt bears upon a determination in the past. Dangerousness addresses the future. Guilt is determination of a prior wrongdoing, an action that has been accomplished (ex post facto). Dangerousness is a speculative future determination, which bears upon 'something that might reoccur' (ex ante). Guilt targets the internal premises of the criminal action, namely the interplay between the offender and the community, and, therefore, it is for the community to determine the offender's guilt. On the contrary, dangerousness is an outsider institution; it does not exist between the community and the offender, but between the offender and the judicial system, which is responsible for the system of the criminal justice. Therefore, it is for the trial judge to adjudicate the dangerousness question. Finally, while guilt is a notion of fair condemnation, dangerousness is a concept of fair warrant and 'notice'. In a common law criminal law system that purports to avoid biased conviction, this distinction is of the utmost importance". נעיר שגישתו של Wattad מציגה שיטת משפט שנותנת משקל רב למסוכנות. כלומר לשיטה שבה השיקול השיקומי והמניעתי חשובים. שיטה כזו מאפשרת לשופט לקבוע ממצאים הנוגעים לעברייני ולמסוכנות לפי שיקול דעתו, וכפי שנקבע בהחלטה בעניין *Williams*, לעיל ה"ש 47. דבריו אינם מתאימים לשיטה הנותנת יותר חשיבות למידתיות, כפי שנעשה בהנחיות.

כאן מתכון פשוט להבחנה. יש כאן הצגה של מאפיינים, אלא שיישומם הוא עניין של מידה. המעבר מרכיב מחמיר המביא לתיג שונה, לנתון שמביא להחמרה בלבד אינו חד, ואפילו המעבר מקביעת נקודה על פני רצף לקביעת דרגות בהגדרת העברה אינו חד.

הבאנו קודם את ההבחנה שעושה הפסיקה האמריקנית בהסתמך על מידת ההשפעה של הנתון על העונש: נתון שמביא לשינוי גדול במידת העונש הוא רכיב בעברה ולא נתון לענישה.¹¹⁵ ניתן לומר שהבחנה זו מתבססת על ההבחנה הערכית שהבאנו: אם הנתון מביא לשינוי גדול בעונש, משמע שיש כאן הבדל ממשי בתפיסת האחריות הפלילית ובתיג הראוי. כך ניתן להבין שגם מחברים המנסים לפתח מבחן מהותי, כמו Reitz, נזקקים גם לאמת המידה הכמותית של השפעת הרכיב על מידת העונש.¹¹⁶

כיצד נדע מה באמת מהווה שינוי בתפיסת העברה ולא רק התייחסות עונשית שונה במקצת? מידת ההשפעה על העונש משמשת כאן כאמת מידה לשינוי מהותי. על בסיס הבנה זו ניתן לומר כי המטאפורה של הזנב המקשקש בכלב, והפסיקה והספרות הדנים בהבחנה כמותית זו מבטאים הבחנה ערכית.

בדברים לעיל נעשה ניסיון להבחין בין רכיבי עברה לנתונים לענישה. מטרת ההבחנה היא למנוע מצב שבו עובדות שיש לראותן כרכיבים בעברה יידונו רק בשלב קביעת העונש, ללא הגנה חוקתית על נטל ההוכחה וללא כללי ראיות נאותים.¹¹⁷ בסופו של דיון ברור שגם אם הצבענו על אפשרויות להבחין בין הדברים, נותרים שטחים אפורים רבים. ראינו כי יש כאן עניין של מידה, וההבחנה אינה חדה וברורה. חוסר האפשרות להגיע להבחנה מהותית בין רכיבי עברה לנתונים לקביעת העונש, מחזק את הדעה שיש להחיל את כללי הראיות הרגילים ואת ההגנה החוקתית גם על הנתונים לענישה.¹¹⁸ כבר בשנת 1992 הציעה Herman שהנסיבות הרבות שמצויות בהנחיות הפדרליות שלפיהן נקבע העונש, תהווה חלק מהגדרת העברה. יש כאן קריאה לקביעת עכרות מפורטות יותר. גישה זו תביא גם לתיג נכון וראוי יותר. במצב הקיים Herman קוראת להפעלת כללי הראיות וההגנה החוקתית גם על הנסיבות שנקבעו בהנחיות ונדונות בשלב העונש.¹¹⁹

Ashworth מעיר על כך שנאשם אינו צריך לסבול מהעובדה שנתון מסוים אינו רכיב בעברה, אלא רק נתון לענישה. יש לשמור על זכויותיו של הנאשם גם בהליך הענישה. בשל החשיבות הגדולה שיש לעובדות לצורך הטלת העונש, ראוי להחיל

¹¹⁵ לעיל ה"ש 96–97 והטקסט הנלווה להן.

¹¹⁶ Reitz, לעיל ה"ש 58, בעמ' 571.

¹¹⁷ יש כאן תמיכה בקביעת כללי ראיות ונטל הוכחה מחמיר גם כאשר שיקול הדעת בענישה אינו מובנה, אך ברור שהדברים נדרשים יותר כאשר שיקול הדעת מובנה.

¹¹⁸ Hendrix, לעיל ה"ש 17.

¹¹⁹ Herman, לעיל ה"ש 17.

עליהם את אותם סטנדרטים של הגינות כמו בשלב הכרעת הדין, ואין להפר עקרונות של הגינות על ידי שימוש בדרכים לא פורמליות.¹²⁰

ה. נסיבות הקשורות לעברה ונסיבות הקשורות לעבריין

בשורה של מאמרים מפתח Berman את ההבחנה בין נתונים הנוגעים לעברה לבין נתונים הנוגעים לעבריין.¹²¹ Berman מראה שהבחנה זו משתלבת בשינויים החשובים במדיניות הענישה בארצות-הברית. בתקופה שבה השיקול המרכזי בענישה היה שיקומי, והליך קביעת העונש לא היה מוסדר, אלא נתן שיקול דעת רחב לשופט – היא התקופה שבה ניתן פסק הדין בעניין *Williams*¹²² – הייתה התחשבות רבה בנסיבות העבריין. המעבר לתקופה שבה יש חשיבות למידתיות ולאחידות בענישה, שבה יש הליך מוסדר והנחיות לקביעת גזר הדין, העביר את המוקד לנסיבות העברה. Berman מצביע על כך שההנחיות לגזירת הדין במשפט הפדרלי בארצות-הברית עמוסות בנתונים הנוגעים לעברה. הוא מוסיף ומראה כי במקרים רבים יש גם כימות של נתוני הנזק שנגרם בעברה (Quantified Harm),¹²³ וההשפעה של נתונים אלה על חומרת העונש בהנחיות רבה מאוד.¹²⁴ מאידך גיסא, Berman מראה כי ההנחיות מפחיתות במשקל שניתן לנסיבות הקשורות לעבריין,¹²⁵ והן אף אוסרות להתחשב בחלק מהן.¹²⁶ ברמן סבור כי ההבחנה בין נסיבות העברה לנסיבות העבריין, והמשקל השונה שניתן להם בהנחיות, מסבירים את הפסיקה שהחילה את התיקון השישי לחוקה על הוכחת עובדות המחמירות את העונש שמוצע בהנחיות.¹²⁷ החשיבות הרבה שניתנת לנסיבות העברה נתנה להליך של קביעת העונש אופי אדברסרי בדומה להליך קביעת האשמה.¹²⁸ התזה של Berman היא שכאשר מדובר בנסיבות העברה,

¹²⁰ ASHWORTH, לעיל ה"ש 23, בעמ' 342–346.

¹²¹ Berman, *A More Perfect System*, לעיל ה"ש 53. החשוב שבהם שכולו מוקדש לנושא זה הוא "Distinguishing Offense Conduct and Offender Characteristics in Modern Sentencing Reforms".

¹²² עניין *Williams*, לעיל ה"ש 47.

¹²³ Berman, *A More Perfect System*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 282–283.

¹²⁴ בייחוד כאשר העונש ניתן בהתחשב ב־*Relevant Conduct* גם מעבר לעובדות שבהן הייתה הרשעה.

¹²⁵ פרט לעבר הפלילי, שהוא בא לידי ביטוי בטבלת העונשים המוצעים.

¹²⁶ כך למשל במינסוטה ראו: Minn.Sentencing Guidelines II.D.1(2007) ובמשפט הפדרלי – U.S Sentencing Guidelines Manual ch.5 pt.H §1.2.

¹²⁷ ראו הסקירה לעיל בפרק השלישי לעיל.

¹²⁸ Berman, *A More Perfect System*, לעיל ה"ש 53, בעמ' 285. "The greater focus on offense conduct in structured-sentencing reforms has transformed modern sentencing decision making into a more trial-like enterprise. Under the rehabilitative ideal, judges were to

ראוי שקביעתן תיעשה על ידי מושבעים ולא על ידי השופט, בדיוק כפי שמתבצע בהליך קביעת האשמה. אולם ההוכחה של נסיבות העברייין וההתחשבות בהן לצורך קביעת העונש, מן הראוי שתיעשה על ידי השופטים.¹²⁹ הסדר זה משתלב בהצעות הנוספות ש-Berman מציע כחלק מרפורמה בהליכי גזר הדין. הוא מציע לתת יותר משקל לנסיבות של העברייין, ולאפשר התחשבות בנסיבות אלו להקלה בעונש.¹³⁰ הצעות אחרות שלו נוגעות לשמירה על זכויות חוקתיות והליך הוגן גם בשלב של קביעת העונש. במסגרת זו מציין Berman כי יש מקום להסדיר את הכללים לגבי הוכחת הנסיבות של העברייין בפני שופט ולהעלות את רמת ההוכחה הנדרשת.¹³¹ הנסיבות ש-Berman סבור כי ראוי שייקבעו על ידי שופט הן נסיבות הקשורות לעברייין ללא קשר לעברה ולחומרתה. הן הנסיבות החיצוניות שגם באנגליה ובניו-זילנד התביעה אינה חייבת לשלול מעבר לכל ספק סביר, והעברייין חייב להוכיחן בעודף ראיות.¹³²

מה מיוחד נסיבות אלה? מדוע יש מקום לטענה שיש להקל בהוכחתן? כדי לענות

exercise judgment and discretion while exploring various offender characteristics in order to tailor punishments to individual offenders. Under modern structured-sentencing provisions, judges are typically required to follow legislatively prescribed directives while adjudicating particular offense conduct in order to apply predetermined punishment levels for certain criminal conduct”

שם, בעמ' 287. “In short form, my claim is that the jury trial right entitles a defendant to demand that a jury determine whether the defendant committed whatever alleged offense conduct the state believes merits a criminal sanction and seeks to punish. However, once this offense conduct has been properly established—either through a jury trial or a defendant’s admission—a judge should be able to consider whether and to what extent offender characteristics may justify more or less punishment in response to that conduct. When the law ties punishment consequences to aspects of a person’s past and character—such as a defendant’s criminal history, his employment record or his age—the state is not defining what conduct it believes merits criminal sanction, but rather is instructing judges how to view and assess an offender’s personal history at sentencing. A state should be able to structure through statutes or guidelines precisely how a judge considers offender characteristics without implicating the jury trial right”

שם, בעמ' 289–290.¹³⁰

שם, בעמ' 288. Berman אינו מדבר על הוכחה מעבר לכל ספק סביר, והוא מצביע על הצורך במציאת איזון ראוי בקביעת הזכויות החוקתיות בשלב העונש. ראו גם ב Douglas A. Berman, *Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process*, 95 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 653, 684–687, (2005).

גם באוסטרליה ובקנדה העברייין חייב להוכיחן בעודף ראיות, אלא שבמדינות אלה דין זה חל גם על נסיבות מקלות שאינן חיצוניות. כפי שנאמר לעיל בה"ש 31, ההבחנה בין נסיבות העברה לנסיבות העברייין אינה חדה.¹³¹

על כך נבדוק באיזו מידה ההבחנה בין נסיבות העברייני לנסיבות העברה מתאימה לאפיונים שמצאנו בדיון ברכיבי העברה ובנתונים לעונש:

הנסיבות הנוגעות לעברה קובעות את האחריות הפלילית, וכאשר הן מביאות לקלון נוסף ראוי לראותן כחלק מרכיבי העברה. כאשר נסיבות העברה נוגעות לפרטים, למשל סכומי כסף ומידת הנזק או מידת האכזריות בביצוע העברה, וכאשר יש צורך בקביעה של נקודה ברצף (למשל, כימות הנזק) – אז מתאים יותר לראותן כנתונים לעונש. את נסיבות העברה שהן נתונים לעונש יש להוכיח לפי כללי הראיות ומעבר לכל ספק סביר, כמו את הרכיבים שבהגדרת העברה. ההבחנה בין רכיבי עברה לנתונים לעונש נוגעת בעיקר לנסיבות הקשורות לעברה ולא לעברייני. הנסיבות הקשורות לעברייני הן נתונים לענישה ולא רכיבי עברה. נסיבות העברייני אינן יוצרות דרגות שונות של העברה, ולכן אינן מטשטשות את ההבדל בין הגדרת העברה לבין החמרה בעונש. נסיבות העברייני דורשות קביעות שמעורבת בהן גם הערכה של העובדות וגם קביעת מקומן על פני רצף. דוגמה תועיל להבהרת ההבחנה. ההנחיות של מדינת מינסוטה מפרידות בין עונשי מאסר בפועל לעונשים שבהם העברייני מצוי בפיקוח קצין מבחן, והמאסר תלוי ועומד. ההנחיות מאפשרות לשופט לשלוח את העברייני למאסר בפועל ולא למבחן – גם כאשר העונש המוצע הוא מבחן ומאסר מותנה – אם בית המשפט מוצא שהעברייני אינו מתאים למבחן ואינו ניתן לשיקום. קביעה כזו מסתמכת בעיקר על עובדות הקשורות לעברייני, ומלבד הקביעה העובדתית דרושה גם הערכה של העובדות. Berman סבור שאת הקביעה שהעברייני אינו מתאים למבחן ואינו ניתן לשיקום ראוי להשאיר בידי השופטים, אך לדעתו יש לקבוע כללים מתאימים לקביעת העובדות.¹³³ נסיבות של העברייני דורשות הערכה המבוססת על עובדות. כך למשל קביעה שעברייני מסוים מתאים לטיפול שיקומי מסתמכת כמובן על עובדות מאופיו, מעברו ומתנאי חייו, ודורשת הערכה של התאמתו לשיקום על סמך עובדות אלה. משום כך אין טעם ומשמעות לדרישה שיוכח מעבר לכל ספק סביר שהנדון מתאים או אינו מתאים לשיקום.¹³⁴

¹³³ השאלה עלתה לדיון בפסיקה של מדינת מינסוטה בהחלטה בעניין Minnesota v. Allen 706 NW 2d. 40 (2005). בית המשפט העליון של מינסוטה לא קיבל את ההבחנה בין נסיבות העברה לנסיבות העברייני וקבע שההחלטה שהעברייני אינו מתאים למבחן, ויש לשלחו למאסר בפועל חוסה תחת ההגנה של התיקון השישי לחוקה וצריכה להינתן על ידי המושבעים. הוגשה בקשה לדיון בפני בית המשפט העליון של ארצות-הברית. ראו הפניה לבקשה זו וביקורת של Berman על ההחלטה במינסוטה: http://sentencing.typepad.com/sentencing_law_and_policy/2006/03/minnesota_unrgi.html (נבדק לאחרונה ב-11.3.2009).

¹³⁴ כבר העירה על כך Herman, לעיל ה"ש 17, בעמ' 308 למאמרה. עם זאת, יש מקום לקביעת כללי ראיות והוכחה של העובדות שעליהן נסמכת ההערכה. ראו הדיון להלן בחלק מס' 6 לפרק השישי.

ו. המצב המשפטי בארץ

חוק סדר הדין הפלילי קובע את המסגרת לדין בגזר הדין. סעיפים 187–193 לחוק דנים באפשרות של התובע ושל הנאשם להביא ראיות לעניין העונש, בתסקירים שיובאו בפני בית המשפט ובסמכות בית המשפט להורות על חקירות וראיות נוספות. אין בסעיפים אלה הוראות באשר לכללי הראיות ונטלי הוכחה, להוציא את הוראת סעיף 188 הדנה בהוכחת המרשם הפלילי. בספרו על סדר הדין הפלילי דן השופט קדמי גם בשלב קביעת גזר הדין והוא כותב:

”דיני הראיות הקובעים כשרות עדים וקבילותן של ראיות – בעינם עומדים גם בשלב זה”.¹³⁵

קדמי מוסיף ואומר כי בשלב הטיעון לעונש בית המשפט מגלה גמישות ולעתים אף גמישות יתרה ומקבל ראיות שלא היה מקבל בשלב אחר.¹³⁶ גמישות זו בולטת במיוחד בהתייחסות לראיות שמביאה ההגנה.¹³⁷ נתחיל את הדיון בהליך לקביעת גזר הדין בארץ בדיון בנסיבות מחמירות ומקלות שפורטו בחקיקה, בהמשך נדון גם בטיעונים לעונש שאינם מבוססים על נסיבות שפורשו בחקיקה.

1. נסיבות מחמירות הקבועות בחוקים

בעקבות הפסיקה, מסכם קדמי וקובע שנסיבות מחמירות הקבועות את העונש המרבי שצפוי לעברה המסוימת הן חלק בלתי נפרד מהגדרת העברה וחייבות לבוא לידי ביטוי בכתב האישום ובשלב הכרעת הדין.¹³⁸ אכן הפסיקה רואה בנסיבות מחמירות ספציפיות הנזכרות בסעיפים הקובעים את העברה חלק מהגדרת העברה, גם אם מלשון הסעיף נראה שהן מביאות רק להחמרת העונש. דוגמה לכך נמצא בפסיקה הדנה בעברה של קבלת דבר במרמה. לפי סעיף 415 לחוק העונשין, קבלת דבר במרמה דינה מאסר שלוש שנים, ואם העברה נעברה בנסיבות מחמירות, העונש המרבי הוא חמש שנים. בעניין מילר נפסק שהנסיבות המחמירות הן חלק מהגדרת העברה, וכי התביעה חייבת להזכיר בכתב האישום

¹³⁵ יעקב קדמי **הדין בפלילים – חוק העונשין** חלק שלישי 1172 (2003). בהמשך הדברים הוא מוסיף ואומר שהכלל המגביל הבאת ראיות על אופיו של הנאשם אינו חל בשלב העונש.

¹³⁶ שם, בעמ' 1172. ראו גם דבריו של השופט רון שפירא במאמרו, רון שפירא "הליך מינהלי כקובע את גבולותיה ומסגרתה של הענישה הפלילית" **המשפט** יב (ספר עדי אזר) 485, 487 (2007).

¹³⁷ קדמי, לעיל ה"ש 135, בעמ' 1188.

¹³⁸ שם, בעמ' 1182.

ולהוכיחן מעבר לכל ספק סביר.¹³⁹ עם זאת, הדיון בהשפעתן על מידת העונש ייעשה בשלב של קביעת גזר הדין.¹⁴⁰ גם בספרות המשפטית רואים בנסיבות המחמירות של עברת המרמה חלק מהגדרת העברה.¹⁴¹ פסיקה ברורה בנדון יש לגבי חבלה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 335 לחוק העונשין.¹⁴² הדיון בנסיבות המחמירות בכל פסקי הדין נעשה במסגרת הכרעת הדין ולפי כללי הראיות הרגילים.¹⁴³

האם הדין שונה כאשר יש הוראה על החמרת העונש המתייחסת לכמה עברות, ומבחינת המבנה של החוק אינה חלק מההגדרה של עברה ספציפית כלשהי? סעיף 1144 לחוק העונשין קובע הכפלת עונש בעברות מסוימות, הנקובות בסעיף, אם נעברו מתוך מניע של גזענות.¹⁴⁴ לכאורה נראה כי מדובר בהחמרה בעונש ולא ביצירת

¹³⁹ ע"פ 548/82 מילר נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 347 (1983).

¹⁴⁰ עניין מילר, שם, בעמ' 351.

"אין, כמובן, כל מניעה, כי הנסיבות המחמירות תהווה שיקול בין השיקולים לצורך גזירת הדין וקביעת שיעור העונש; ואולם ההבחנה בגוף הסעיף בשני סוגי אחריות היא, בראש ובראשונה, לצורך הגדרת סוג העבירה המיוחס לנאשם, ולכן חשיבות הן על-מנת שידע הנאשם בדיוק מה מיוחס לו ועל מה עליו להתגונן וכן לפני איזה בית-משפט יוגש כתב האישום. מכאן גם החשיבות, כי יפורטו בכתב האישום הנסיבות המחמירות עצמן, כגון שיטות הפעולה, הערמה, התכנון, היקף המעשה וכדומה נסיבות, שיש בהן כדי להצביע כי לא במעשה של זיוף סתם המדובר, אלא כי נכנסת העבירה לתוך החלופה של נסיבות מחמירות, ולפוע תיחשב".

¹⁴¹ דן ביינן "האינטרס החברתי המוגן באמצעות עברת מרמה" הפרקליט כו 85, 87 (1970):

"במקרה של מרמה או זיוף בנסיבות מחמירות, הנסיבות המחמירות הן יסוד מרכיב של עבירה הנבדלת מן הזיוף והמרמה הרגילים. אין לדעתנו חשיבות לכך שהעבירות של מרמה וזיוף בנסיבות מחמירות מופיעות תחת קורת גג של סעיף אחד, יחד עם העבירות של מרמה וזיוף סתם. נכון הוא שאנו רגילים להתייחס למושג 'נסיבות מחמירות' כעניין לקביעת עונש בלבד ולא לקביעת עצם האחריות, אבל במקרה הנדון, עשה המחוקק מעשה המראה במפורש את כוונתו להעלות את הנסיבות המחמירות 'בדרגה' ולעשותן יסוד מיסודות העבירה".

¹⁴² ע"פ 601/85 מנשרוב נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(4) 337 (1986); ע"פ 261/83 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(1) 570 (1984); ע"פ 4693/01 מדינת ישראל נ' בניזאני, פ"ד נו(5) 580 (2002).

¹⁴³ דוגמאות נוספות: זיוף לפי ס' 418 לחוק העונשין; שוד מוחמר לפי ס' 402(ב) לחוק העונשין; נשיאת נשק בעת ההתפרצות לפי ס' 408 לחוק העונשין.

¹⁴⁴ וזו לשון ס' 1144 לחוק העונשין:

"1144. עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה

- (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א'1 או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר.
- (ב) בסעיף זה, 'עבירה' – עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' וי"א

עברות נפרדות. מתעוררת השאלה: האם יש צורך לכתוב בכתב האישום שהיה מניע של גזענות? וכן מה כמות הראיות הנדרשת? הפסיקה מראה שהמניע הגזעני מוזכר בכתב האישום,¹⁴⁵ והקביעה שהיה מניע כזה מצויה בהכרעת הדין. כלומר גם כאן נראה שמתייחסים למניע הגזעני כעניין שמחייב הוכחה מעבר לכל ספק סביר.¹⁴⁶ עד כה ראינו שנסיונות הנזכרות במפורש בחוק ומביאות להחמרת העונש המרבי נחשבות לנסיבות שהן חלק מהגדרת העברה, ועל כל פנים יש להוכיחן בשלב הכרעת הדין ולפי כללי הראיות ונטלי ההוכחה של שלב זה.¹⁴⁷

2. נסיבות מקלות הקבועות בחוקים

מה הדין כאשר הגדרת העברה כוללת פירוט של נסיבות שבהן העונש המרבי נמוך יותר? דוגמה ברורה לכך ניתן לראות בסעיף 7 לפקודת הסמים המסוכנים.¹⁴⁸ הסעיף קובע עברה חמורה של החזקת סמים ושימוש בהם, הגוררת עונש חמור של עשרים שנות מאסר וקנס גבוה מאוד. אולם הסעיף קובע שאם ההחזקה היא לשימוש עצמי, אזי העונש המרבי הוא שלוש שנות מאסר, וגם הקנס קל יותר.¹⁴⁹ האם הנאשם חייב להוכיח שמדובר בהחזקה לשימוש עצמי, או שעל התביעה להוכיח שאין זו החזקה

בפרק זה, ועבירה בשירות הציבור וכלפיו הכלולה בפרק ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה".

¹⁴⁵ ראו למשל: רע"פ 3749/07 ליבני נ' מדינת ישראל, פדאור 07 (13) 94 (2007); ע"פ 55/06 מדינת ישראל נ' זלינגר, פדאור 06 (24) 750 (2006) (להלן: עניין זלינגר); ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (3) 289, 311–313 (1998).

¹⁴⁶ סעיף זה דומה לסעיף שנדון בעניין *Apprendi*, לעיל ה"ש 63, וגם התוצאה המשפטית דומה: דרישה להוכחה מעבר לכל ספק סביר.

¹⁴⁷ מה הדין לגבי הקביעה שיש בעברה משום קלון? כאן ברור שלא מדובר בחלק מהגדרת העברה, שהרי קביעה שיש בעברה משום קלון אינה מוגבלת לעברות מסוימות. מאידך הקביעה שיש קלון גוררת אחריה סנקציות, ובעיקר פסול מלשמש בתפקידים שונים. עם זאת, קשה לומר שיש כאן עונש מרבי חמור יותר. הדיון ב"קלון" נערך בשלב גזירת הדין. ייתכן אמנם שהנסיבות שיוצרות את הקלון הוכרעו כבר בשלב הכרעת הדין. התביעה חייבת להוכיח קיומן של נסיבות אלה. הדין שערכנו קודם באשר להבחנה בין רכיבי העברה לנסיבות לעונש הראה את החשיבות של הטלת הקלון. ניתן להגיע למסקנה שעל התביעה להוכיח את נסיבות הקלון מעבר לכל ספק סביר. לדיון בקביעה שיש בעברה משום קלון, ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין חלק שלישי 30–52 (1992).

¹⁴⁸ פקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג–1973 (להלן: "הפקודה").
¹⁴⁹ שם, ס' 7 לפקודה. הטענה שהסעיף כולל שתי עברות נפרדות: האחת החזקת סם שלא לצריכה עצמית והאחרת החזקת סם לצריכה עצמית נדחתה על ידי המשנה לנשיא מ' חשין. אולם הוא לא הכריע בין שתי חלופות פרשניות נוספות: האחת שיש כאן רק עברה אחת של החזקת סם ולצדה נסיבה מקילה לעניין העונש, והשנייה – שהסעיף כולל שתי עברות האחת עברה של החזקת סם לכל מטרה שהיא, והשנייה החזקת סם לצריכה עצמית. ראו גם: ע"פ 7176/04 תלמי נ' מדינת ישראל, פדאור 05 (26) 130 (2006).

לשימוש עצמי? הבעיה מקבלת מימד נוסף משום שהפקודה יוצרת חזקה, הניתנת לסתירה, שהחזקת סם בכמות מסוימת היא החזקה שלא לשימוש עצמי.¹⁵⁰ מתעוררת על כן השאלה מי חייב להוכיח את כמות הסם שהוחזקה? בפסיקה נקבע שעל התביעה להוכיח את כמות הסם, וכן, מן הראוי שתפרש זאת בכתב האישום.¹⁵¹ הוכיחה התביעה את כמות הסם, והכמות עולה על הקבוע בתוספת השנייה לפקודה, חלה החזקה הקבועה בפקודה. אולם הנאשם יכול להוכיח בעודף ראיות שלמרות הכמות האמורה, הסם הוחזק לשימוש עצמי. החזקה הקובעת שכמות מסוימת אינה לשימוש עצמי, באה להקל על התביעה. אולם אין מניעה שהתביעה תוכיח כי גם כמות קטנה יותר אינה לשימוש עצמי, ואז יהיה הנאשם צפוי לעונש של עשרים שנות מאסר. ברור אפוא שעל התביעה להוכיח מעבר לכל ספק סביר את כל רכיבי העברה, וגם שהחזקה אינה לשימוש עצמי. הדברים מתבררים לאור המשך סעיף 7, שבו נקבע שמי שמחזיק סם או משתמש בו לצריכה עצמית בתוך כותלי בית ספר שאינו לומד בו, דינו מאסר חמש שנים.¹⁵² התביעה חייבת להוכיח מעבר לכל ספק סביר את התנאים להחלת העונש של חמש שנים. סעיף 7 ממשיך וקובע שהחמרה זו אינה חלה על מי שלא מלאו לו שש עשרה שנים. ושוב התביעה היא שחייבת להוכיח שלנאשם מלאו 16 שנים. ניתן לסכם ולומר כי כאשר מדובר בנסיבות המפורשות בהגדרת העברות, התביעה חייבת להוכיח מעל לכל ספק סביר את קיומן של הנסיבות שלהן היא טוענת. חובה זו כוללת גם את חובת התביעה לשלול מעבר לכל ספק סביר קיומן של נסיבות מקלות שנקבעו בחוק.¹⁵³

דוגמה נוספת לנסיבות מקלות הקבועות בחקיקה מצויה בהוראות על מתן עונש מופחת בעברת הרצח. חשוב להדגיש כבר בתחילת הדיון, כי הסוגיה של עונש מופחת ברצח שונה מהסוגיה של שימוש עצמי בסם. אמנם בשני המקרים מדובר בנסיבות מקלות שנקבעו בחקיקה של העברה הנדונה, אולם בעברה של החזקת סם קבע המחוקק עונש מרבי קל יותר משנתקיימו הנסיבות המקלות, ואילו סעיף 300א לחוק העונשין¹⁵⁴ מסמיך את בית המשפט להקל בעונש ולא להטיל את עונש החובה.

¹⁵⁰ כמות הסם משתנה בהתאם לסוג הסם. ראו ס' 31(3) לפקודה והתוספת השנייה לפקודה.
¹⁵¹ ע"פ 172/82 אטיאס נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(3) 22 (1982). גם אם התביעה אינה מפרשת בכתב האישום באיזו משתי החלופות שבסעיף היא מאשימה את הנאשם, היא רשאית להביא ראיות בעניין זה הן בשלב הכרעת הדין והן בשלב גזירת הדין. עם זאת, עליה להביא ראיות אלה כאשר יש לנאשם אפשרות להביא ראיות נגדיות. ראו גם: יעקב קדמי **על פקודת הסמים המסוכנים: הדין בראי הפסיקה** 85 (מהדורה מעודכנת, 2007).

¹⁵² ס' 7(ד) לפקודה.
¹⁵³ פלר, חלק שלישי, לעיל ה"ש 147. גם אם נאמר שיש כאן עברה אחת ודרישות ספציפיות להטלת העונש, ברור שהתביעה חייבת להוכיח קיום התנאים שלהם היא טוענת מעבר לכל ספק סביר.

¹⁵⁴ ס' 300א לחוק העונשין (להלן: סעיף 300א). וזו לשון הסעיף:
 "עונש מופחת"

מבחינה זו סעיף 300א קרוב יותר לסוגיה הכללית של התחשבות בנסיבות מקלות. סעיף 300 לחוק העונשין מונה שלושה מקרים אשר בהתקייםם רשאי בית המשפט לגזור על המורשע ברצח עונש קל יותר. על מי מוטל להוכיח קיומן של נסיבות אלה? הפסיקה שלנו חד-משמעית בנדון: ההגנה חייבת להוכיח את קיום הנסיבות המקלות בעודף ראיות.¹⁵⁵ דעות אחרות, שלפיהן ההסדר הראוי הוא שהנאשם יעלה ספק סביר בקיום הנסיבות והתביעה תחויב בהסרת הספק – נדחו.¹⁵⁶ זו אותה מחלוקת שראינו בפרק השני למאמר בין השיטות המחייבות את התביעה לשלול ראיות מקלות שהובאו על ידי ההגנה ובין השיטות המטילות על הנאשם להוכיח את קיומן של נסיבות מקלות בעודף ראיות.

הפסיקה המקובלת בארץ, שלפיה הנטל הוא על הנאשם, נשענת על כך שמדובר בעונש מופחת ולא באחריות מופחתת. נקודת המוצא של השופטים היא שההגנה הטוענת לנסיבות מקלות לעונש חייבת להוכיחן בעודף ראיות, ודין זה יחול גם על הנסיבות בסעיף 300א. אולם כפי שראינו בפרק השני לעיל, לא ברור כלל שזהו הדין הראוי לגבי הנסיבות המקלות, ויש שיטות משפט שבהן הדין שונה.

בניו-זילנד הוצע לבטל את ההגנה החלקית של הקנטור, ולראות בקנטור נסיבה המקלה את העונש בעברת הרצח.¹⁵⁷ הצעה זו הביאה את ה-Law Commission בניו-זילנד להחליט שיש לקבוע כללים לראיות בשלב העונש על מנת שהמעבר של הקנטור מטענת הגנה לנסיבה מקלה, לא יביא להפחתה ניכרת במקרים שבהם

על אף האמור בס' 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:
 (א) 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 בס' 34 לחוק העונשין –

- (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או
- (2) להימנע מעשיית המעשה.

(ב) במצב שבו מעשהו של הנאשם חרג במידה מועטה, בנסיבות העניין, מתחום הסבירות הנדרשת לפי ס' 34 לחוק העונשין לשם תחולת הסייג של הגנה עצמית, צורך או כורח, לפי ס' 34, 34א, 34ב לחוק העונשין.

(ג) כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו".

¹⁵⁵ ע"פ 3243/95 **צאלח נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(1) 769 (1998). ראו גם דיון מפורט בפסק דינו של השופט סגל בת"פ (בש) 98/94 **מדינת ישראל נ' אבוקסיס**, תק-מח 197 (1) 98 (1996) (להלן: **עניין אבוקסיס**).

¹⁵⁶ דן ביין "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" **עיוני משפט** כב 11, 20–23 (1999). ראו גם את דעתו של השופט הנדל בדעת המיעוט שלו בעניין **אבוקסיס**, שם; וכן בת"פ (בש) 933/97 **מדינת ישראל נ' עוקב**, תק-מח 99 (1) 2812 (1998) (להלן: **עניין עוקב**). אמנם בעניין **עוקב** הולך השופט הנדל בעקבות הפסיקה של בית המשפט העליון.

¹⁵⁷ New Zealand Law Commission, Report No. 73, *Some Criminal Defences with Particulae Reference to Battered Defendants* para. 118 (2001).

תתקבל הטענה. הוועדה סברה שהדין הראוי לגבי הוכחת הקנטור כנסיבה מקלה לעונש הוא שדי להגנה לעורר ספק סביר בקיום הקנטור, ואם התביעה לא הסירה את הספק, יתחשבו בקנטור. כפי שראינו לעיל בניו-זילנד, נקבע שאם ההגנה מביאה ראיות לקיומה של נסיבה מקלה, על התביעה לשלול קיומה של הנסיבה.¹⁵⁸

בעניין **עוקב** השופט הנדל קובע שדי בכך שהנאשם יעורר ספק סביר בקיום התנאים של סעיף 300א. הוא סומך את דעתו על כך שהעונש המקל בא במקום אחריות מופחתת. העונש המופחת בא ליצור דירוג של מידת האשמה.¹⁵⁹ משום כך ראוי להטיל על התביעה את חובת ההוכחה לקיום התנאים היוצרים מידה חמורה יותר של אשמה. השופט הנדל מצביע על כך שאילו התקבלה ההצעה המקורית לקבוע אחריות מופחתת במקרים האמורים,¹⁶⁰ הייתה התביעה חייבת לשלול את קיום הנסיבות המקלות מעבר לכל ספק סביר. לדעתו, העובדה שבסופו של דבר התקבל רק סעיף של עונש מופחת, אינה צריכה להכביד על הנאשם גם לעניין נטל הראיה. חיזוק לגישתו של השופט הנדל ניתן לראות בכך (כפי שראינו בפרק הרביעי) שאין הבחנה ממשית בין נסיבות שהן חלק מהגדרת העברה לנתונים לעונש. יש להוסיף שהשופט הנדל נותן משקל לכך שהטלת ההוכחה על הנאשם, ולו בעודף ראיות, פוגעת בזכות חוקתית שלו.

סיבות אחדות תומכות בדעתו של השופט הנדל, ולדעתי יש מקום לביקורת על ההלכה שהתקבלה.¹⁶¹ בסעיף 300א לחוק העונשין כמו גם בסעיף 7 לפקודה מדובר בנסיבות שנקבעו בחוק, והן נוגעות לביצוע העברה. אין סיבה לסטות מההלכה הרגילה שלפיה הוכחת נסיבות אלה מוטלת על התביעה מעבר לכל ספק סביר. יתר על כן, קיים קשר הדוק בין שתיים מהנסיבות האמורות בסעיף 300א לעניין סייגים לעברה, והנסיבות להקלה בעונש הן מעין "צורה מרוכזת" של הסייגים.

באשר לסייגים, ההלכה היא שעל הנאשם לעורר ספק סביר בקיומם, ואם עשה כן, על התביעה לשלול את קיומם מעבר לכל ספק סביר. אין היגיון בכך שיוטל על הנאשם עול כבד יותר כשמדובר רק על הקלה בעונש.¹⁶²

¹⁵⁸ ראו הדיון בחוק של ניו-זילנד בפרק השני, לעיל ה"ש 44.

¹⁵⁹ עניין **עוקב**, לעיל ה"ש 156.

¹⁶⁰ הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 41) (אחריות מופחתת), התשנ"ה–1995, ה"ח 475.

¹⁶¹ ראו דיון וביקורת על ההלכה שנפסקה במאמרה של ענת הורוויץ "סעיף 300א לחוק העונשין: על המשמעות הפרוצדוראלית של ההבחנה בין יסודות העברה לנסיבות ולבנטיות לעונש" **מגמות בפרוצדורה פלילית ובדיני ראיות – אסופת מאמרים לכבודו של פרופ' אליהו הרנון** (ענת הורוויץ, מרדכי קרמניצר עורכים, עתיד להתפרסם ב-2009).

¹⁶² בדיון בס' 300א יש לזכור שבית המשפט אינו חייב להקל בעונש גם כשמתקיימים תנאי הסעיף. ראו: ע"פ 2457/98 **שמן נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 289 (2002). שיקול דעת זה מקהה את החשיבות של הטלת נטל ההוכחה על התביעה. גם אם די היה שהנאשם יעורר ספק סביר בקיום הנסיבות, ואפילו אם התביעה לא הסירה את הספק, עדיין רשאי בית המשפט שלא להקל בעונש, וניתן להניח שפעמים רבות לא יקל בעונש. משום כך ייתכן שמבחינה מעשית, להבדיל

סעיף 7 לפקודה וסעיף 300א לחוק העונשין אינם יחידים. הבעיות שנדונו כאן מתעוררות גם בסעיפים אחרים.¹⁶³

3. נסיבות שאינן מוגדרות בחוק

הפסיקה מטילה על כל צד להוכיח את העובדות שהוא טוען להן בעודף ראיות. אולם, כפי שנאמר, בית המשפט אינו מקפיד על טיב הראיות ועל כמותן.¹⁶⁴ קדמי אומר שהנאשם נושא בנטל השכנוע, בעודף ראיות, לעניין הנסיבות המקלות הנטענות על ידו.¹⁶⁵ כבר ראינו שהקביעה שעל הנאשם להוכיח בעודף ראיות את הנסיבות של העונש המופחת בעברת הרצח מסתמכת על הלכה כללית זו.

אחת הסיבות לכך שבשיטות משפט אחדות לא מבחינים בין נסיבות מקלות לנסיבות מחמירות, ומטילים את נטל השכנוע על התביעה בשני המקרים, היא שפעמים רבות נסיבה מסוימת עשויה להיחשב נסיבה מקלה או נסיבה מחמירה, ואין הבדל אמיתי בין הדברים. למשל היות הנאשם יוזם ומוביל היא נסיבה מחמירה, וכן היותו שותף נגרר היא נסיבה מקלה. מבחינת הנידון אין זה משנה אם רואים בהיותו יוזם ומוביל נסיבה מחמירה, או שדוחים את טענתו לקיומה של נסיבה מקלה בהיותו שותף נגרר. בשני המקרים עונשו יהיה חמור יותר.

בפרק השני ראינו שבאנגליה ובניו-זילנד התביעה היא זו שנושאת בנטל השכנוע מעבר לכל ספק סביר, גם לגבי סתירת ראיות לנסיבות מקלות שמעלה ההגנה, כל עוד מדובר בנסיבות של העברה וחלקו של העבריין בביצועה. גם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה, כמו השכלה והתמדה בעבודה, ניתן לראות כנסיבות מחמירות או כנסיבות מקילות, אולם הוכחת נסיבות חיצוניות אלו מוטלת על הצד הטוען אותן.

4. העלאת עובדות חדשות בדיון לעונש

קדמי טוען שאם הדיון התנהל על בסיס עובדתי מוסכם – אין לחרוג מן ההסכם לעניין העונש.¹⁶⁶ הפסיקה מבהירה כי הודאה בחלק מהעובדות אינה מונעת כמובן

מהתפיסה העקרונית, הטלת נטל ההוכחה על הנאשם אינה יוצרת שינוי של ממש. ¹⁶³ בין, לעיל ה"ש 156. ראו דוגמאות במאמרו. בעיה דומה מתעוררת גם לגבי הוכחת הרכיבים שבסעיף 303 לחוק העונשין הקובע עונש מרבי של חמש שנים לאם שהמיתה את תינוקה. אך יושם לב לכך שהוראת סעיף 303 שונה במהותה מהוראת ס' 300א, משום שהיא קובעת עונש מרבי של חמש שנים כאשר התקיימו תנאי הסעיף, ולא סמכות להקלה בענישה.

¹⁶⁴ כפי שעולה מספרו של קדמי, לעיל ה"ש 135–136.

¹⁶⁵ קדמי, לעיל ה"ש 135, בעמ' 1187.

¹⁶⁶ שם, בעמ' 1178.

מהתביעה לטעון לעובדות נוספות שבהן לא הודה הנאשם. אולם אם מוסכם בין הצדדים שההודאה בעובדות באה במקום העובדות הנטענות בכתב האישום וכי היא "תמצה באופן מלא את כל שהמערער נוטל על עצמו מבחינת האישום", לא תוכל התביעה להעלות בערעור טענות המבוססות על ראיות שלא נכללו בהודאה. אולם הצדדים יכולים להסכים שעובדות נוספות יועלו בעת הדיון בעונש, ואז מובן שניתן לטעון אותן גם בערעור על העונש.¹⁶⁷ כל עוד אין הצדדים מסכימים להבאת ראיות נוספות בשלב גזר הדין, אין לטעון לעונש עובדות שלא נכללות בהודאה. אותה שאלה מתעוררת גם כאשר לעובדות שהנאשם מעלה על מנת להקל בעונשו. לעניין זה אומר השופט חשין בעניין **בן עווד**:¹⁶⁸

"מינהג חדש בא למדינה, שנאשמים מודים בכתב-אישום המוגש נגדם – בין לפני תיקונו של כתב-האישום בין לאחר תיקון בו – ובטיעון לגזר הדין מבקשים הם להסתמך על ראיות שלא הובאו כלל לבית המשפט ואשר עניינן באירוע העבירה. מינהג זה ראוי לשרשו מהליכי בית-משפט. הודאה בעובדות המתוארות בכתב אישום פירושה הוא שאותן עובדות הן המהוות תשתית לגזר-הדין שייגזר על הנאשם. אם מבקש נאשם להוסיף ולהסתמך בטיעון לגזר-הדין על עובדות נוספות מן האירוע שלעניין, שומה עליו להסכים על כך מראש עם התביעה, ואפשר תבקש התביעה להוסיף ראיות מוסכמות נוספות משלה. ואולם באין הסכם על הבאתן של עובדות מתוך תיק המשטרה, אין זה נכון וראוי להסתמך על עובדות הנסבות על האירוע נושא הדיון, עובדות שאינן מתוארות בכתב-האישום ואשר בעניינן לא נעשה הסכם בין הסנגוריה לבין התביעה".

יצוין כי מדובר בעובדות "אשר עניינן באירוע העברה". כלומר בנסיבות הקשורות לעברה ולחלקו של העבריין בביצועה, ולא לנסיבות של העבריין (נסיבות חיצוניות).

נביא דוגמה מפסק הדין בעניין **אוסלן**.¹⁶⁹ אדם הורשע בהריגה. בהכרעת הדין לא הייתה קביעה לעניין היסוד הנפשי שלו: האם היה פיזיות או כוונה. ודאי שקביעה כזו חשובה לענישה, ויש לעשותה בשלב העונש. מה יהיו כללי הראיות? אמנם במקרה הנדון ייתכן שכל העובדות הוכחו כבר בשלב הדיון במשפט בהתאם לכלל כללי הראיות

¹⁶⁷ ע"פ 264/81 לוי נ. מדינת ישראל, פ"ד לה(3) 659, 661–662 (1981).

¹⁶⁸ ע"פ 8314/03 בן עווד נ' מדינת ישראל, תק-על 05 (2) 3016 (2005).

¹⁶⁹ ע"פ 1641/02 אוסלן נ' מדינת ישראל, תק-על 06 (4) 21 (2006). ההחלטה נסבה סביב פרשנות ס' 80 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד–1984. אבל הבעיה עשויה להתעורר במקרים אחרים.

ולמעשה נדרשה רק הסקת המסקנות וההערכה של העובדות, אך היא חייבת להיעשות בשלב הדין בעונש.

5. התחשבות בעובדות שהנאשם לא הורשע בהן

בית המשפט מוכן להתחשב בעובדות שבהן הודה הנאשם אף אם לא הורשע בהן, לצורך גזירת הדין. העונש המרבי ייקבע, כמובן, בהתאם לעברה שבה הורשע הנאשם. שאלה זו עולה בעיקר במקרים שבהם נערך הסדר טיעון בין התביעה לנאשם. כפי שאמר השופט חשין בעניין **שטרית**:¹⁷⁰

"שנית, מעשה שבכל-יום הוא, שבמקום בו נעשה הסדר טיעון בין תביעה לבין נאשם, יש פער בין תיאורן של עובדות המקרה לבין הוראת החוק שהנאשם מואשם בה. ראובן מועמד לדין באשמה של חבלה בכוונה מחמירה כהוראת סעיף 329 לחוק העונשין, עבירה שהעונש המרבי בצידה הוא עשרים שנות מאסר. במהלך המשפט נכרת הסדר טיעון בין התביעה לבין הנאשם. האישום המקורי מוחלף באישום של פציעה כהוראת סעיף 334 – עבירה שהעונש המרבי בצידה הוא שלוש שנות מאסר – והנאשם מודה בעובדות המפורטות בכתב האישום המתוקן. והנה, לעיתים מזומנות נותר תיאור העובדות שבכתב האישום, בחלקים עיקריים שבו, כשהיה בכתב האישום המקורי, וכך נוצר פער בין תיאור העובדות לבין האישום. על רקע מצב דברים זה – ואם אישר את הסדר הטיעון – חייב בית משפט להגביל עצמו בהכרעת הדין לעבירת הפציעה. ואולם לעת גזירת העונש רשאי הוא בית המשפט – יתרה מכך: **חייב הוא** – להביא במניין שיקוליו את העובדות המתוארות בכתב האישום, אותן עובדות **שהנאשם הודה בהן** אף שלא הורשע בעבירה המתבקשת מהן. לו אחרת שקל בדעתו לעת גוזרו את הדין, כי-אז היה בית המשפט עושה שקר כנפשו".

(ההדגשות שלי – ר. ק.)

יש להדגיש שהשופט חשין מגביל את עצמו לתיאור שבכתב האישום, שבו הודה הנאשם. ברור מדברים אלה שלדעת השופט חשין, בגזירת הדין יתחשב בית המשפט בעובדות שלא נדרשות להרשעה, ואפשר אף לומר לעובדות שבהן לא הורשע, ובלבד

¹⁷⁰ בג"צ 3315/04 **שיטרית נ' בית משפט המחוזי בירושלים**, פדאור 05(21) 351 (2005). פסק הדין עוסק בנשיאת עונש מאסר שהוטל בחו"ל ובשאלה אם יש להשוות את העברה שבה הורשע הנאשם לעברת סמים או לעברת קשר.

שהנאשם הודה בהן. מאחר שהשופט מגביל את עצמו לעובדות הנזכרות בכתב האישום (ובהן הודה הנאשם), לא מתעוררת כאן במלואה שאלת הראיות. דוגמה לכך ניתן למצוא בעניין **זלינגר**.¹⁷¹ פרשה זו עסקה במניע גזעני. הנאשמים הועמדו לדין על עברות של תקיפה וחטיפה. בכתב האישום המקורי נטען שהעברות נעברו מתוך מניע גזעני, וסעיף 1144 לחוק העונשין נזכר בין סעיפי האישום. בעקבות הסדר טיעון הורשעו הנאשמים, על פי הודאתם, בעברות של תקיפה בנסיבות חמורות, חטיפה לשם איום ושימוש לרעה בכוח המשרה. סעיף 1144 הקובע החמרת העונש בשל קיומו של מניע גזעני, נמחק מכתב האישום. בעניין זה לא התעוררה שאלה של הוכחת המניע הגזעני, משום שהדבר עלה בכירור מהנסיבות שבהן הודו, אך היה ברור שהשופטים התחשבו במניע הגזעני בקביעת העונש, כמוכן מבלי לעלות על העונש המרבי לעברה שבה הורשעו הנאשמים.¹⁷²

לאחרונה נדונה השאלה בהרחבה בבית המשפט העליון, אולם, שלא כמו בהחלטתו של השופט חשין, בפרשה זו לא הייתה הודאה של הנאשם. בעניין **נואורה**¹⁷³ נדרש בית המשפט לשאלה:

"האם רשאי בית המשפט לשמוע ראיות לעניין חומרתן של נסיבות העבירה במסגרת פרשת גזר הדין, קרי, בשלב הבאתן של הראיות לעונש, כאשר נסיבות אלה אינן חלק מיסודות העבירה בה הורשע הנאשם, אך פורטו בכתב האישום".

יצוין כי גם כאן מדובר בעובדות שנוגעות לחומרת העברה (ולא לנסיבות היצוניות למעשה העברה), והן פורטו בכתב האישום. השופט רובינשטיין סבור כי:

"נסיבות מחמירות שאינן חלק מיסודות העבירה אך הן חלק מפרשת העבירה ויש להן רלבנטיות לגבי העונש, והמופיעות בכתב האישום, ככל שנחוץ להוכיחן (באין הודאה) יש לעשות כן בשלב שלפני הכרעת הדין, אלא אם נדחו בהסכמה לשלב גזר הדין".

השופט רובינשטיין מבחין בין ראיות לעונש הנוגעות לעברייני, לעברו הפלילי, לאופיו וכיוצא באלה, לבין עובדות הנוגעות לעברה גופה, אף שאינן נחוצות להרשעה.

¹⁷¹ עניין **זלינגר**, לעיל ה"ש 145. (בעניין זה נדונה פרשה שבה רכזי ביטחון ישראלים איימו וחספו ערבים בקרית ארבע).

¹⁷² יודגש כי בכל המקרים ההתחשבות בעובדות שהנאשם לא הורשע בהם לצורך קביעת העונש התייחסה לעובדות שבהן הודה הנאשם. משום כך הפסיקה שלנו שונה מהפסיקה בארצות-הברית שבה דנו לעיל בפרק השלישי למאמר זה.

¹⁷³ רע"פ 9718/04 **מדינת ישראל נ' נואורה** (טרם פורסם, 25.11.2007).

עובדות אלה יש להוכיח בשלב הכרעת הדין. ביסוד קביעתו של השופט רובינשטיין עומדת הדרישה שעובדות הנוגעות לעברה גופה יוכחו מעבר לכל ספק סביר ולפי הכללים הנהוגים לגבי ראיות במשפט הפלילי בשלב הכרעת הדין. השופט רובינשטיין סבור כי לנאשם זכות שעובדות מחמירות הנוגעות לעברה גופה יוכחו בשלב הכרעת הדין. השופט רובינשטיין מבהיר כי למעשה, אף שאין הוראה כזו, בשלב העונש אין הקפדה על דיני הראיות, ולא נדרשת הוכחה מעבר לכל ספק סביר,¹⁷⁴ ומשום כך יש להוכיח עובדות הנוגעות לעברה גופה בשלב הכרעת הדין.

השופטת ארבל, שאליה הצטרף גם השופט דוד חשין, מסכימה כי ככלל, ראוי שתמונת הראיות תתברר בעיקרה בשלב שלפני הכרעת הדין, אך היא איננה שוללת את האפשרות שגם עובדות הנוגעות לעברה גופה אך אינן נדרשות להרשעה, יידונו רק בשלב גזר הדין. השופטת ארבל אינה רואה פגיעה כה גדולה בזכויות הנאשם בכך שעובדות הנוגעות לעברה גופה (ואינן נדרשות להרשעה) יוכחו בשלב גזר הדין. היא סבורה כי הנאשם מוגן בכך שהעונש המרבי נקבע על סמך העובדות שהוכחו בשלב הכרעת הדין מעבר לכל ספק סביר,¹⁷⁵ והיא מסופקת אם ראוי לדרוש שכל העובדות הנוגעות לעברה גופה ואינן נדרשות להרשעה יוכחו מעבר לכל ספק סביר.¹⁷⁶

אין ספק כי השופטים חלוקים בדעותיהם בשאלת החשיבות וההכרחיות בהוכחת העובדות הנוגעות לעברה עצמה (אך אינן נדרשות להרשעה) מעבר לכל ספק סביר. אולם דומה כי כל שופטי ההרכב יוצאים מנקודת הנחה שעיתוי הדין – בשלב הכרעת הדין או בשלב גזר הדין – הוא שקובע את טיב הראיות ואת נטל ההוכחה. חלק ניכר מהטיעונים נוגע ליעילות הדין ולבעיות שיתעוררו אם התביעה תידרש להוכיח את העובדות הנוגעות לעברה גופה בשלב הכרעת הדין. האפשרות לקבוע שעובדות הנוגעות לעברה גופה ונדרשות לעונש יידונו בשלב גזר הדין, אך יוכחו מעבר לכל ספק סביר, אינה מועילת כפתרון אפשרי.¹⁷⁷ הסדר כזה, כפי שראינו, קיים בארצות אחרות, והוא היה פותר חלק ניכר מהטיעונים הנוגעים ליעילות הדין.

¹⁷⁴ שם. עם זאת ניתן לראות בדבריו הצדקה למצב זה, בכך שחזקת החפות אינה קיימת בשלב זה (פס' יא של החלטתו).

¹⁷⁵ מבחינה זו השופטת ארבל מביעה דעה דומה לדעות שמצאנו בקרב השופטים בארצות-הברית. ראו לעיל ה"ש 60 והטקסט הנלווה לה.

¹⁷⁶ שם, פס' 11 ו-9 להחלטתה.

¹⁷⁷ שם, השופט רובינשטיין מזכיר אפשרות כזו, אך רואה אותה כאפשרות רחוקה שתדרוש "מאמץ חינוכי רב" (פס' טו (4) להחלטתה).

6. הבעיות שההצעה עלולה לעורר

הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 92) (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו-2006¹⁷⁸ עברה קריאה ראשונה בכנסת, וכעת ממתינה לדיון בוועדת החוקה. ההצעה קובעת שהעיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשהו ואשמתו של הנידון ובין העונש המוטל עליו.¹⁷⁹ על מנת לקבוע את חומרת העברה ואשמתו של הנידון וכן לקבוע את העונש ההולם, ההצעה מונה רשימה ארוכה של נסיבות מחמירות ומקלות.¹⁸⁰ רכיב נוסף בהצעה הוא הקמת ועדה שתקבע עונשי מוצא לעברות השונות.¹⁸¹ עונשי המוצא שייקבעו ישמשו כנקודת מוצא (Starting Points) לשופט, כאשר ישקול להחמיר את עונש המוצא או להקל, וזאת, על סמך הנסיבות המחמירות והמקלות.

יודגש כי גם אם תתקבל ההצעה, לא יהיה ההליך של קביעת העונש דומה להליך קביעת העונש בשיטת ההנחיות לגזר הדין בארצות-הברית.¹⁸² עונשי המוצא שונים מהעונשים המוצעים (Presumptive Sentences) בהנחיות שבארצות-הברית, ולנסיבות המחמירות והמקלות שבהצעה אין משקל קבוע. כמו כן, אין בהצעה כימות של העונש הנוסף בשל קיומה של נסיבה מחמירה. השיטה המוצעת מצויה בין שיטה של שיקול דעת רחב שבה יש חשיבות פחותה לסדרי הראיות בשלב העונש לבין שיטת ההנחיות שהייתה נהוגה בארצות-הברית.

ה-American Law Institute פרסם טיוטה של Model Penal Code חדש לקביעת גזר הדין.¹⁸³ הטיוטה קוראת לענישה הולמת ברוח גישתו של נורבל מוריס,¹⁸⁴ להקמת ועדת הנחיות ולקביעת הנחיות לענישה. גם הגישה העומדת בבסיס הצעת החוק שלנו קרובה לגישת מוריס,¹⁸⁵ ולכן מעניין לראות את הטיוטה של

¹⁷⁸ לעיל ה"ש 18.

¹⁷⁹ שם. ס' 40 לה"ח. ההצעה מאפשרת לחרוג מהעונש ההולם בהתקיים התנאים האמורים בס' 40 (חריגה לשם שיקום), ובס' 40 ה (חריגה לשם הגנה על הציבור).

¹⁸⁰ שם. ס' 40 וס' 40 מסמיכים את בית המשפט לשיקול גם נסיבות שלא נמנו ברשימה.

¹⁸¹ שם. ס' 40. הרכיב הזה הוא אולי המוקד של הביקורת על ההצעה, אך הדיון בכך חורג ממסגרת המאמר.

¹⁸² הכוונה לתקופה שבה ההנחיות לגזר הדין היו מנדטוריות (ראו הדיון בפרק השלישי לעיל). עדיין מוקדם להשוות בין ההצעה שלנו לשיטה של הנחיות שאינן מחייבות אלא מדריכות. יש להמתין ולבחון כיצד יפעלו בתי המשפט.

¹⁸³ American Law Institute: Model Penal Code: Sentencing, Tentative Draft No. 1 (April 9, 2007).

¹⁸⁴ זו גישה גמולית המכונה בדרך כלל Limiting Retributivism. להסבר קצר של שיטה זו ראו קנאי, לעיל ה"ש 51, בעמ' 154.

¹⁸⁵ שם. מובן שלא כל פרטי הצעת החוק שלנו תואמים את גישתו של מוריס. ראו קנאי, שם, בעמ' 202 וכן קנאי "הבניית שיקול הדעת", לעיל ה"ש 19.

ה-Model Penal Code. הטיוטה מתחשבת כמובן בהלכות החוקתיות שנקבעו בעניין *Blakley*, וקובעת גם הסדרים לקביעת העובדות הנחוצות לגזר הדין על ידי מושבעים.¹⁸⁶ לעניין הראיות מאמצת ההצעה רמת הוכחה של מאזן הסתברויות, ורק באותם מקרים שבהם ההגנה החוקתית דורשת הכרעה בפני מושבעים, מאזן הראיות הנדרש הוא מעבר לכל ספק סביר.¹⁸⁷ מאזן ראיות זה נדרש גם כאשר הנידון מוותר על זכותו למושבעים, ובית המשפט הוא שקובע את הנסיבות הנחוצות לקביעת העונש.¹⁸⁸

נבדוק את פרטי הצעת החוק שלנו ומשמעותם לגבי דיני הראיות: סעיף 140 (ב) מונה נסיבות מקלות הקשורות בביצוע העברה,¹⁸⁹ וסעיף 140 (ג) מונה נסיבות מחמירות הקשורות בביצוע העברה.¹⁹⁰ הנסיבות הקשורות לביצוע העברה הן הנסיבות הקובעות את חומרת העברה וגם את חלקו של העבריין בביצועה. נסיבות אלו דומות לנסיבות המנויות בהנחיות. מלבד נסיבות אלה מונה ההצעה גם נסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה.¹⁹¹ נסיבות אלה הן ברובן נסיבות הקשורות לעבריין המסוים, והן נסיבות חיצוניות לעברה.¹⁹² ההשפעה של הנסיבות שאינן קשורות לעברה על העונש מוגבלת.

בראש הרשימה של הנסיבות המחמירות והמקלות נאמר שיש להתחשב בהן רק אם אינן חלק מיסודות העברה.¹⁹³ זו הוראה חשובה שבאה למנוע התחשבות כפולה באותה נסיבה. אך יש בהוראה זו כדי ללמדנו שאין הבדל מהותי אמיתי בין הרכיבים של העברה לנסיבות העברה הנשקלות בעונש, והחלוקה תלויה מאוד במחוקק. למשל אחת הנסיבות המחמירות הנזכרות בהצעה היא נשיאת נשק בעת ביצוע העברה. בעברות מסוימות בחוק העונשין, למשל שוד, נשיאת הנשק מהווה נסיבה מחמירה הקובעת בחוק ומעלה את העונש המרבי. כפי שראינו, על התביעה להוכיחה מעבר לכל ספק סביר.¹⁹⁴ היש הצדקה לכך שלנשיאת נשק כנסיבה להחמרה בקביעת העונש ההולם לפי ההצעה תספיק הוכחה בעודף ראיות?

ברשימת הנסיבות המקלות שבסעיף 140 (ב) (1) (2) יש הוראה דומה להוראות

¹⁸⁶ ס' 7.07B ל-Model Panel Code, לעיל ה"ש 183. ניכר שהמציעים סבורים שרק במקרים בודדים יהיה צורך בשימוע בפני מושבעים. ראו ההערות לס' 7.07A, בעמ' 293.

¹⁸⁷ שם, ס' (4). 7.07A. חשוב להדגיש כי הטיוטה אינה מאפשרת התחשבות בהתנהגות הרלוונטית (Relevant Conduct). זאת, בניגוד להנחיות הפדרליות. ראו הדיון בפרק השלישי של המאמר.

¹⁸⁸ שם, ס' (8). 7.07B.

¹⁸⁹ למשל ביצוע עקב התגררות, היות הנאשם שותף זוטר בעברה.

¹⁹⁰ למשל שימוש לרעה בסמכות, היות הנאשם יוזם העברה.

¹⁹¹ ס' 140 (ד) ו-(ה) להצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 18. למשל נסיבות אישיות ומשפחתיות, היעדר עבר פלילי או קיום עבר פלילי מכביד.

¹⁹² ראו הדיון בשיטות המשפט הזרות בפרק השני למאמר.

¹⁹³ ס' 140 (א) להצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 18.

¹⁹⁴ ראו ס' 402 (ב) לחוק העונשין הדין בשוד מוחמר, וראו הדיון לעיל ליד ה"ש 140-144.

שבסייגים לאחריות הפלילית. לפי הוראה זו, מצב שיש סייג אך הסייג לא התקבל משום שהנאשם חרג מן הסבירות במידה מועטה, זו נסיבה מקלה. ניתן להשוות זאת לשני המקרים הראשונים שבסעיף 300א המאפשר הקלה בעונש מאסר עולם חובה בעברת הרצח. כאמור, הפסיקה קבעה שעל הנאשם להוכיח בעודף ראיות קיומן של הנסיבות המקנות לבית המשפט סמכות להקל בעונש. בדיון לעיל הבאנו ביקורת על ההסדר שקבעה הפסיקה,¹⁹⁵ וסברנו שראוי שיוטל על העברייני לעורר ספק סביר בקיום הנסיבה המקלה שבסעיף 300א, ואם עשה כן, התביעה תצטרך להסיר את הספק.

מהניתוח שערכנו לעיל, בפרק החמישי עולה שהצורך והחשיבות שבקביעת כללי ראיות והוכחה חמורים יותר לגבי הנתונים לקביעת העונש, נוגעים בעיקר לנסיבות העברה. נוסף על כך, נסיבות העברייני הן הנסיבות המסורתיות שנשקלות בהליך הענישה, ובעיקר: אלה נסיבות שקשה לדבר על הוכחתן מעבר לכל ספק סביר. עם זאת, ייתכן שגם בעניין העובדות שמהן השופט מסיק את נסיבות העברייני – כגון מידת הסיכון או סיכויי השיקום – יש מקום לשינויים במצב הקיים ולהקפדה גדולה יותר.¹⁹⁶

כאמור, ההצעה מבחינה בין נסיבות הקשורות לביצוע העברה לבין נסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה. בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה יתחשב בית המשפט בקביעת העונש רק אם לא יהיה בעונש משום סטייה ניכרת מהעונש ההולם את העברה.¹⁹⁷ נסיבות אלו משמשות בעיקר לקביעת העונש המדויק בתוך המתחם של העונש ההולם את חומרת העברה. בעיקר, ולא רק, כי הן עשויות להצדיק גם סטייה קלה מהעונש ההולם. האם גם לגביהן ראוי לקבוע נטל הוכחה וכללי ראיות מחמירים?

עיון בנסיבות שהוזכרו בסעיפים 140 (ד) ו-140 (ה) מלמד שחלק ניכר מהן הן נסיבות הקשורות לעברייני ולא לעברה, ולגביהן כבר אמרנו שיש מקום לשקול אם ראוי לדרוש נטל הוכחה חמור (דוגמה טובה תהיה הנסיבות האישיות והמשפחתיות של הנאשם). חלק אחר אמנם לא נוגע לנסיבות העברייני, אבל הוא שיקול מסורתי בענישה. כוונתי בעיקר לשיקול של הרתעה כללית.

¹⁹⁵ ראו לעיל בפרק השישי, ליד ה"ש 162.

¹⁹⁶ לגבי העבר הפלילי – הדרך להוכחתו היא הצגת המרשם הפלילי כפי שנקבע בסעיף 188 של חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשכ"ב–1962. העבר הפלילי מהווה נסיבה מיוחדת במינה. הוכחתו באמצעות המרשם הפלילי ברורה. שאלה נפרדת היא הערכת החומרה והמשקל שיש לייחס לו, או האם יש לראות בו מילוי תנאי של עברות מין ואלימות, למשל לצורכי חקיקה מיוחדת המחמירה את הענישה בעברות חוזרות כאלה. הבעיה מעסיקה את בתי המשפט בארצות-הברית, ויוצרת אי-בהירות באשר להיקף של הלכת *Almendarez-Torres*. ראו גם ה"ש 94.

¹⁹⁷ ס' 40 ג (ג) ודברי ההסבר לס' 140(א), לעיל ה"ש 18.

בספרם על ענישה מידתית מייחדים Hirsch & Ashworth נספח לדיון במה שהם מכנים equity factors. הם מנסים לתת מקום מתאים להתחשבות בנסיבות כאלו בשיטת משפט השומרת על מידתיות בענישה.¹⁹⁸ חלק מהנסיבות המקלות שאינן קשורות לעברה הן נסיבות של יושר (Equity),¹⁹⁹ ואכן המשקל שיש להן בקביעת העונש אינו רב, והן אינן יכולות להביא להריגה גדולה מהעונש ההולם.²⁰⁰ ראינו שהשופט McKee מבחין בין הנסיבות שנקבעו בהנחיות לשיקולי הענישה המסורתיים שמוזכרים בסעיף 3553(a).²⁰¹ הוא סבור שהשיקולים שבסעיף 3553(a) נשקלים כדי לקבוע את העונש המדויק בתוך המרווח שההנחיות קובעות. את העובדות העומדות בבסיס השיקולים האלה אין צורך לדעתו לקבוע מעבר לכל ספק סביר.²⁰²

בסופו של דבר נראה לי שמה שמפחית במידת מה את הדרישה לרמת הוכחה גבוהה של הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העברה הוא שבדומה לשיקולים שבסעיף 3553(a), אין בהן להביא לקביעת עונש הסוטה במידה ניכרת מהעונש ההולם את העברה.

ז. סיכום ומסקנות

מסקנתי היא שיש צורך לשנות את הדין הנוהג בארץ בעניין הראיות לקביעת העונש. שינוי זה נחוץ מאוד אם תתקבל הצעת החוק. יש לכלול בחוק המוצע סעיף הקובע את כללי הראיות בשלב הענישה.²⁰³

ברור שישנם כללים שאין מקום להנהיגם בשלב הענישה. למשל עדויות על האופי ועל הרשעות קודמות הן ראיות קבילות ורלוונטיות לשלב קביעת גזר הדין. שאלת הרלוונטיות של ראיות אלו ומשקלן תלויה כמובן במדיניות הענישה. יש לשקול את תחולתם של כללי ראיות נוספים כמו כלל הראיה הטובה או הכלל הפוסל

198 ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING: EXPLORING THE PRINCIPLES, 165–179 (2005).

199 הנסיבות שבס' 140 (ד) להצעת חוק העונשין. למשל נסיבות אישיות ומשפחתיות של הנאשם, או המאמץ שעשה הנאשם לתקן את הנזק.

200 כפי שמפורש בדברי ההסבר לס' 140 (א) בהצעת החוק העונשין, לעיל ה"ש 18.

201 לעיל ליד ה"ש 72. ראו שם גם את נוסח סעיף 3553(a) 18 U.S.C. § 3553(a).

202 עניין *Grier*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 611–612.

203 ראינו כי סעיף מיוחד לכללי הראיות בשלב הענישה מצוי בשיטות משפט אחרות, למשל בקנדה או בניו-זילנד, ראו הדיון בפרק השני. כך גם בהצעה של ה-Model Penal Code. השופט רובינשטיין בהחלטתו בעניין **נואורה**, לעיל ה"ש 173, מעיר על כך שבהצעה בארץ לא נאמר באיזה שלב יוכח קיומן של הנסיבות המיוחדות. כאמור, רובינשטיין רואה את השלב שבו יוכחו הנסיבות כקובע את מידת ההוכחה הנדרשת.

עדות שמיעה בהליך קביעת גזר הדין.²⁰⁴

באשר למידת ההוכחה יש הצעה לקבוע רמת הוכחה של "ברור ומשכנע". כפי שראינו, יש ביטוי לגישה זו בפסיקה של ארצות-הברית.²⁰⁵ גם בספרות המקצועית בארצות-הברית יש הצעות ברוח זו.²⁰⁶ הצעה זו עלתה בארץ באשר לדין משמעתי, והנשיא שמגר התנגד ליצירת מסגרת נורמטיבית שלישית (ספק סביר, עודף ראיות, ברור ומשכנע), אבל אמר כי אופיו של העניין יקבע מהי כמות ההוכחה המספקת את הסטנדרט הנדרש.²⁰⁷

חלק ניכר מהנסיבות המחמירות הקשורות לביצוע העברה אינן שונות מהותית מרכיבים מחמירים בהגדרת העברה,²⁰⁸ וראוי להטיל על התביעה להוכיחן מעבר לכל ספק סביר. הנסיבות המקלות הקשורות לביצוע העברה דומות בחלקן לסייגים לאחריות פלילית, ונראה לי שראוי לחייב את הנאשם לעורר ספק סביר בקיומן, והתביעה היא זו שחייבת להסיר את הספק. הדבר מתבקש גם מכך שבמקרים רבים הנסיבות המקלות הקשורות בביצוע העברה הן תמונת ראי של הנסיבות המחמירות. באשר לנסיבות מקלות שאינן קשורות לעברה ולחלקן של העברין בביצועה יש טעם בהטלת ההוכחה על הנידון בעודף ראיות. כמו כן, יש מקום לשקול אם לא ראוי להסתפק בהטלת חובה כזו גם על התביעה לגבי נסיבות העברין (החיצוניות). אני ערה לכך שההבחנה בין הנסיבות של העברין שאינן קשורות לעברה, לנסיבות של העברה וחלקן של העברין בביצועה אינה חדה, וכי ישנם מקרים שבהם ייתכנו חילוקי דעות, ויהיה צורך בדין.²⁰⁹ אך נראה לי שזו הבחנה נכונה, וראוי להבחין בין נסיבות הקובעות את חומרת העברה ואשמתו של הנאשם בביצועה ובין נסיבות אחרות שיש בהן כדי להשפיע על העונש, אך הן אינן משליכות על חומרת העברה ועל אשמתו של הנאשם בביצועה. נראה לי כי להבחנה זו יש גם השלכה על נטל הראיה.

²⁰⁴ ראו הדיון המפורט בעבודתה של ענת הורוויץ, לעיל ה"ש 15.

²⁰⁵ ראו לעיל ה"ש 68.

²⁰⁶ Jose A. Cabranes, *The U.S. Sentencing Guidelines: Where Do We Go From Here?*, 44 St. Louis U. L. J. 271, 275 (2000).

²⁰⁷ עש"מ 3725/91 בכרך נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מה(5) 401, 407 (1991). הנשיא שמגר מסתמך על דברים שאמר הנשיא אגרנט בע"פ 232/55 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גרינוולד**, פ"ד יב 2189 (1957). ראו הדיון במשמעות המשתנה של סף הראיות הנדרש: קרן שפירא-אטינגר ורון שפירא "כלל הפסלות הישראלי: בשולי הלכת יששכרוב", ה"ש 71 **דין ודברים** 3 427 (2007) יש הבדלים ברמת ההסתברות שנדרשת כדי לעמוד בדרישה של "מעבר לכל ספק סביר" בקרב ציבוריים שונים ולגבי עברות שונות.

²⁰⁸ בהסברים שיש בדברי ההסבר להצעת החוק לנסיבות המחמירות יש השוואה בינן לבין נסיבות דומות המצויות בהגדרה של עברות אחדות.

²⁰⁹ למשל האפשרות להטיל עונש מופחת בעברת רצח כאשר הרצח בוצע "כשהנאשם היה נתון במצב של מצוקה נפשית קשה, עקב התעללות חמורה ומתמשכת בו או בכך משפחתו, בידי מי שהנאשם גרם למותו" כלשון סעיף 300א(ג) של חוק העונשין.

יש להדגיש כי הדרישה שעובדות הנחוצות לקביעת העונש יוכחו מעבר לכל ספק סביר, אינה מכבידה על התנהלות המשפט בארץ באותה מידה שהיא מכבידה על ההליך בארצות-הברית. ההכבדה העיקרית בארצות-הברית נובעת מהדרישה שהמושבעים יקבעו את העובדות לעונש. דבר זה מחייב שמיעה נוספת בפני חבר המושבעים, וזו מסרבלת את ההליך.²¹⁰ הבעיה אינה קיימת בארץ, והדרישה לכללי ראיות ונטלי הוכחה נאותים גם בשלב העונש לא דורשת מהפכה בהליך הפלילי. בפרק השני לעיל ראינו כי בשיטות משפט אחרות נמצאה הדרך לשמור על זכויות הנאשם בהליך קביעת העונש, על ידי קביעת כללי ראיות נאותים. כדאי לציין במיוחד את ההסדר במשפט האנגלי, בשל הדמיון שיש בין ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בענישה המוצעת בארץ להבניה הקיימת באנגליה. באנגליה שיקול הדעת של השופט מונחה ב"הנחיות" שקובעת ה-Sentencing Guidelines Council. ההנחיות קובעות עונשי מוצא לעברות שונות, וכן נסיבות להחמרה ולהקלה. הנחיות נוספות דנות בקביעת חומרת העברה באופן כללי, ויש בהן רשימה מפורטת של נסיבות מחמירות ומקלות.²¹¹

נטען כי ההבניה של שיקול הדעת כמוצע בהצעת החוק, תביא לכך שהצדדים, ובייחוד התביעה, יעקפו את ההליך של קביעת העונש על ידי הסדרי טיעון. הטענה היא כי יותר ודאות בנוגע לתוצאות ההליך המשפטי תוביל ליותר הסדרי טיעון. בהמשך לכך נטען כי בעקבות הוודאות היתרה והיכולת להגיע להסדרי טיעון יגדל כוחה של התביעה.²¹² טענות כאלה הושמעו גם בארצות-הברית.²¹³ מאידך הובעה גם הדעה שההצעה לא תגדיל את כוחה של התביעה בלבד, וצמצום חוסר הוודאות בנוגע לענישה ישרת את האינטרס של הנאשמים ולא של התביעה.²¹⁴ הדיון בסוגיה זו חורג

²¹⁰ יש מדינות שקבעו כללים מתאימים להליך כזה. למשל במינסוטה קבעה ועדת ההנחיות הסדר מיוחד לקביעת עובדות. לעונש בפני מושבעים. ראו התיקון שנעשה בחלק D של ההנחיות בעניין סטייה מהעונש המוצע, וניתן לראותו בהנחיות באתר של הוועדה של "Furthermore, if an aggravated departure is to be considered, the judge must afford the accused an opportunity to have a jury trial on the additional facts that support the departure and to have the facts proved beyond a reasonable doubt".

²¹¹ דיון בדרך שבה נעשית הבנית שיקול הדעת בענישה באנגליה חורג מתחומי המאמר. באתר של הוועדה מצויות ההנחיות שהוועדה הוציאה. www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/council/final.html (נבדק לאחרונה ב-3.3.2009), ראו למשל את ההנחיות לגבי קביעת חומרת העברה.

²¹² הטוען העיקרי בנדון הוא ד"ר אורן גזל-אייל. ראו מאמרו "נגד הנחיות לענישה" (טרם פורסם, עתיד לראות אור בעבריינות וסטייה חברתית: תיאוריה ויישום).

²¹³ ראו למשל Jeffrey Standen, *Plea Bargaining in the Shadow of the Guidelines*, 81 CALIF L. REV. 1471 (1993).

²¹⁴ ראו דורון טייכמן "הבניית שיקול הדעת בענישה: נקודת הראות הכלכלית" (טרם פורסם, עתיד לראות אור בכתב העת **עיוני משפט** לב (3)). המחבר טוען כי הגברת הוודאות עשויה לשפר דווקא את כוחם של הנאשמים.

מנושא המאמר. אולם נראה לי שקביעת כללי ראיות והעלאת רמת ההוכחה הנדרשת לנסיבות לקביעת העונש עשויות להפחית את כוחם של התובעים ולתת יותר הגנה וביטחון לנאשמים.

פתחנו את המאמר בכך שההליך המשפטי כולל שני שלבים. למעשה, בחלק ניכר מהמשפטים לא מתקיים השלב הראשון, משום שהנאשם מודה באשמה (לאחר הסדר טיעון או בלעדיו). נותר השלב השני. חשוב לשמר שלב זה, שבו השופט הוא שקובע את העונש והוא שמודיע עליו לנידון.²¹⁵ הבניית שיקול הדעת, תוך הותרת מרחב של שיקול דעת לשופט, יחד עם קביעת כללים נאותים לראיות עשויה לעזור בעיצוב מסגרת מכובדת לשלב העונש.

²¹⁵ לתיאור של הריטואל של קביעת העונש ראו Fear of Judging, לעיל ה"ש 55, בעמ' 81–82. המחברים מוחים על אבדן הריטואל של קביעת העונש בשפיטה לפי ההנחיות הפדרליות.