# מאסר על תנאי בישראל – קריאה לרפורמה

**דביר יוגב[[1]](#footnote-1)\***

"שיטת מצליח" פירושה: "יצליח – יצליח, לא יצליח – לא יצליח"; או במילים אחרות, קיים סיכוי שהניסיון יצליח ומנגד לא ייגרם נזק (או שיגרם נזק מזערי) אם הניסיון לא יצליח, ולכן אין מה להפסיד וכדאי לנסות. כפי שיטען במאמר, נראה שבמדינת ישראל זו גישת בתי המשפט לעונש המאסר על תנאי שמטרתו הרתעת הנידון מביצוע עבירה נוספת. עונש המאסר על תנאי מוטל כמעט בכל גזר דין, אך האמנם לא יגרם נזק אם הניסיון להרתיע לא יצליח? טענתי היא שדפוס שימוש זה עומד בסתירה עם עקרונות תיקון 113 לחוק העונשין, ועלול ליצור ריבוי תקופות מאסר מיותרות ואף פגיעה בכושר ההרתעה של עונש המאסר על תנאי.[[2]](#footnote-2)

## הקדמה

בשנת 2012 נחקק תיקון 113 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"): "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה". תיקון זה לחוק העונשין נבדל ממרבית התיקונים לחקיקה לאור המטרה השאפתנית שלשמה חוקק, כפי שנכתב בסעיף 40א לחוק: "לקבוע את העקרונות והשיקולים המנחים בענישה, המשקל שיש לתת להם והיחס ביניהם". המחוקק קבע בסעיף 40ב כי העיקרון המנחה בענישה יהיה "הלימה", שמוגדרת בסעיף זה כך: "קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".[[3]](#footnote-3) לצד ההלימה הציב המחוקק את שיקול ההרתעה האישית כשיקול משני, כפוף לעיקרון ההלימה. המחוקק קבע כי לא ניתן יהיה לתת בכורה לשיקולי הרתעה אישית.[[4]](#footnote-4)

מעניין אם כן לגלות שאחד העונשים השכיחים בישראל הוא עונש שתכליתו המוצהרת היא ההרתעה האישית– עונש המאסר על תנאי. עונש המאסר על-תנאי מוכר היטב לכל המעורבים במשפט הפלילי בישראל והוא מוסדר בסימן ג', פרק ו' לחוק העונשין. [[5]](#footnote-5) על פניו, מדובר בעונש פשוט למדי: לאחר שיקבע בית המשפט כי העונש ההולם הוא עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שעונש המאסר יהיה מותנה, כולו או מקצתו, בכך שהנידון לא יעבור עבירה נוספת בתקופת התנאי.

באיזו מידה, בעידן שלאחר תיקון 113, עדיין מתאים עונש המאסר על תנאי לשיטת הענישה במשפט הפלילי בישראל? כפי שאטען, יישומו הנוכחי של עונש המאסר על תנאי אינו תואם לעקרונות שנקבעו בתיקון 113. ראשית, מכיוון שהוא מפר את האיזון בין תכליות הענישה שתיקון 113 ביקש לקדם – ההרתעה האישית זוכה למשקל רב מזה שהחוק מקנה לה; שנית, מכיוון שלטענתי עונש זה כולל גם תכלית גמולית שבאה לידי ביטוי בפוטנציאל הפעלת העונש, וזו זוכה להתעלמות ומשום כך מתקבלת ענישה מחמירה שחורגת מטווח הענישה ההולמת.

חשש זה מעיוות בשיטת הענישה הישראלית מתגבר נוכח סימן השאלה הגדול לגבי מידת האפקטיביות של עונש המאסר על תנאי – כלל לא ידוע האם עונש זה אכן מרתיע אם לאו. על מנת להצדיק את השימוש בעונש זה יש להראות שהוא אכן מקדם את המטרות החברתיות שלשמן הוא נוצר, אך כיום אין נתונים שמאפשרים לקבוע זאת ברמת ביטחון סבירה.[[6]](#footnote-6) ככל שלא ידועה לבית המשפט מידת האפקטיביות של עונש שתכליתו הרתעה אישית, עליו להישמר מפני שימוש גורף שעלול להוביל לתוצאות לא רצויות, ואף מזיקות. ענישה שתכליתה קידום מטרות חברתיות מדידות ראוי שתושת רק כאשר ישנה מידת ודאות כלשהי לגבי האפקטיביות שלה, בייחוד לאור תיקון 113.

במאמר זה אדון בסיווגו של עונש המאסר על תנאי בפסיקה בישראל כעונש שתכליתו העיקרית היא הרתעה אישית. לאחר מכן, אדון במידת ההתאמה של עונש זה לשיטת המשפט הישראלית בה העיקרון המנחה הוא עיקרון ההלימה, ואסיק כי יישומו הנוכחי של עונש המאסר על-תנאי כעונש עצמאי אינו תואם את עקרונות תיקון 113.[[7]](#footnote-7) לבסוף, אטען שישנו חשש שגם כעונש מרתיע עצמאי, מדובר בענישה שאינה אפקטיבית. לטענתי, יש לשנות את החוק כך שמאסר על-תנאי יחשב, בחלקו, במאסר בפועל בשלב גזר הדין המקורי.

## מאסר על תנאי - רקע

בשנת 1954 התווסף עונש המאסר על תנאי לספר החוקים הישראלי.[[8]](#footnote-8) עונש המאסר על תנאי הישראלי רחב בהיקפו, ועם השנים המחוקק הרחיב את שיקול הדעת המסור לבית המשפט בענייננו. רכיבי עונש המאסר על תנאי בישראל כיום הם כדלקמן: התקופה בה יהיה התנאי תקף תיקבע על ידי בית המשפט אשר גזר את התנאי, כאשר טווח התקופה נע בין שנה לשלוש שנים (סעיף 52(ב)(1) לחוק העונשין); משכם המשותף של המאסר על תנאי והמאסר בפועל מוגבל לעונש המקסימאלי הקבוע לעבירה בה הורשע הנאשם, ובעקבות תיקון החוק בשנת 1963 בית המשפט אשר הטיל עונש מאסר, רשאי להורות שהעונש כולו או מקצתו יהיה על תנאי (סעיף 52(א) לחוק העונשין);[[9]](#footnote-9) המאסר על תנאי יופעל רק אם הורשע הנאשם בעבירה נוספת, אותה עבר בתקופת התנאי. העבירה הנוספת מוגדרת אף היא על ידי בית המשפט אשר גזר את התנאי, ובנוסף, סעיף 56 לחוק העונשין (שנוסף בשנת 1988) מסמיך את בית המשפט להאריך או לחדש את תקופת התנאי במקום להפעילו, וזאת לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים.[[10]](#footnote-10) כפי שניתן לראות, לבית המשפט מסור שיקול דעת רחב בכל הנוגע להטלת עונש מאסר על תנאי. בולטת במיוחד העדרה של הנחיה לבית המשפט בנוגע לעבירות המתאימות להיענש בעונש מאסר על תנאי או בנוגע למאפייני העבריינים שלגביהם יתכן שעונש המאסר על תנאי יהיה עונש מתאים.[[11]](#footnote-11) כמו-כן, בולטת האפשרות להטיל מאסר על תנאי בצירוףלמאסר בפועל, או לכל עונש אחר.

עונש המאסר על-תנאי קנה שביתה במערכת הענישה הפלילית בישראל - מדובר בעונש נפוץ ביותר וורסטילי ביותר.[[12]](#footnote-12) החוק מאפשר לבית המשפט להשית עונש זה כמעט על כל עבריין ובכל עבירה. באופן מפתיע, הכתיבה האקדמית בישראל מיעטה לדון בעונש זה וישנו חוסר במידע אמפירי לגביו.[[13]](#footnote-13) לכן, מקבלת משנה תוקף שאלת התאמתו של עונש זה לעקרונות הענישה אותם מגדיר תיקון 113 לחוק העונשין, ולמעלה מכך, אף שאלת האפקטיביות של עונש המאסר על תנאי - האם מדובר בעונש שמגשים את תכליתו, תהא זו אשר תהא? שאלות אלה יעמדו לדיון בחלקים הבאים.[[14]](#footnote-14)

## תכלית עונש המאסר על-תנאי

עונש המאסר על-תנאי בישראל כרוך בעונש המאסר בפועל, ואף נטען בפסיקה כי שניהם "שני חלקים של אותו העונש".[[15]](#footnote-15) אולם, תכליתו של עונש המאסר על-תנאי ייחודית - הרתעה אישית. מטרתו, להבהיר לנידון את אשר צפוי לו אם יחזור ויפשע. בעת חקיקת עונש המאסר על-תנאי המחוקק הגביל באופן משמעותי את שיקול דעת השופט בסוגיית הפעלת המאסר לאחר הפרת התנאי, ובכך קידם את תכלית ההרתעה.[[16]](#footnote-16) אכן, יש קונצנזוס בפסיקה ובאקדמיה שתכליתו העיקרית והמרכזית של עונש המאסר על תנאי היא הרתעה אישית,[[17]](#footnote-17) כפי שהשופט ג'ובראן מגדיר זאת:

...אין חולק כיום כי תכליתו המרכזית של עונש מאסר על תנאי היא הרתעה אישית. בבסיסו של עונש זה עומדת ההנחה שלפיה איום בהשתה ודאית של עונש מאסר בפועל בגין ביצוע עבירה נוספת – ימנע מהנאשם לבצעה בשנית.[[18]](#footnote-18)

גישה זו מתבקשת נוכח ההנחה שאימת המאסר הכפול (על העבירה העתידית בצירוף העבירה שבגינה הוטל עונש המאסר על תנאי)[[19]](#footnote-19) שיושת על הנידון אם יחזור ויפשע, בכוחה להניא את הנידון מלשוב ולפשוע. ההרתעה האישית, במובנה הפשוט ביותר, מבוססת על הנחת הרציונלית בקבלת החלטות, לפיה האדם שוקל את התועלת שעתידה לצמח לו מפעולותיו אל מול הנזק שעלול להיגרם לו, ובהתאם מכלכל את צעדיו.[[20]](#footnote-20) מהנחה זו נובע שאם המשפט מגדיל את העונש הצפוי על עבירה עתידית באופן משמעותי באמצעות הטלת מאסר על תנאי, ובו בזמן אין שינוי בתועלת הפוטנציאלית מעבירת העבירה, אז פוחתת הסבירות שאדם יבחר לעבור עבירה, ביחס למצב אחר בו העונש אינו כולל את הפעלת התנאי.[[21]](#footnote-21)

בית המשפט העליון מבאר את תכליתו של עונש המאסר על תנאי באופן שכולל גם מרכיב משני של צמצום מאסרים בפועל, משיקולי שיקום.[[22]](#footnote-22) פרופ' רות קנאי כותבת כי לעניין מרכיב צמצום המאסרים בפועל, לנגד המחוקק עמד גם שיקול הנוגע לצפיפות בבתי הסוהר, אך לא כמטרה עיקרית.[[23]](#footnote-23) ככל שעונש מאסר על תנאי מקדם מטרות שיקומיות הרי שהוא עושה זאת באופן עקיף ועל דרך השלילה בכך שהוא "חוסך" מהנידון את תקופת המאסר בטווח הקצר, ונותן לו אפשרות שלא להיות מושפע לרעה מהאפקט הקרימינוגני שבמאסר.[[24]](#footnote-24) בהבחנה מצו מבחן (בהיותו תחליף לעונש, במובחן מעונש חלופי כגון מאסר על תנאי) מאסר על תנאי לא כולל שיקום ישיר:

עיקרו של המבחן הוא, שהנאשם מקבל טיפול ועזרה מקצין המבחן, הבא לסייע לנאשם לבנות חייו מחדש, וכתוצאה מכך, אם תצליח פעולת השיקום לא יעבור הנאשם עבירות נוספות. ... עיקרו של המאסר על תנאי הוא הרתעת הנאשם מלעבור עבירה נוספת, ולכן נקבע העונש מראש. במאסר על תנאי אין שיקום ואין טיפול בנאשם.[[25]](#footnote-25)

על מנת לעודד שיקום, צו המבחן לא קובע את עונשו את הנאשם מראש. צו המבחן בהיותו תחליף לעונש נועד בראש ובראשונה לשקם את הנאשם, ואילו המאסר על תנאי אינו מכוון לכך.[[26]](#footnote-26) בחלק הבא אטען כי עקרונות תיקון 113 והאיזון שביקש המחוקק ליצור בין תכליות הענישה, עומדים במתח עם האפשרות להטיל עונש מאסר על-תנאי בנפרד מעונש מאסר בפועל.

## מאסר על תנאי ותיקון 113

תיקון 113 לחוק העונשין הוביל לחקיקתו של סעיף 40ב, שמגדיר את העיקרון המנחה בענישה כעיקרון ההלימה. משום כך, בבואו לגזור את דין הנאשם בית המשפט יקבע "מתחם עונש הולם" בהתאם.[[27]](#footnote-27) העיקרון המנחה הוא שילוב של עיקרון המידתיות ועיקרון הגמול.[[28]](#footnote-28) העיקרון המנחה מקיים את עיקרון הגמול משום שהוא דורש שהעונש יתמקד בעבר: מעשה העבירה, נסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם. כמו-כן, יש חובה שהעונש יהיה פרופורציונלי (בסוג ובמידה) ומשום כך – מידתי. לכן מקובל לפרש את עיקרון ההלימה בהתאם להצדקה הדאונטולוגית לענישה, לפיה אין מענישים מתוך כוונה להשיג תוצאה, או לקדם אינטרס.[[29]](#footnote-29) כך, קובע החוק כי ענישה הולמת אינה נועדה לקדם, בעיקרה, תכלית כזו או אחרת או להשיג מטרות חברתית. ענישה הולמת עוסקת בנידון ובמעשיו בעבר ואינה תלויה בתוצאה או בניסיון לשנות את העתיד. לעומת זאת, מאסר על-תנאי במהותו עוסק בהפחתת רצידיביזם, בהשפעה על התנהגותו של הנידון בעתיד.

בהמשך לכך, החוק קובע כי שיקולי ההרתעה – הרתעה אישית והרתעת הרבים – כפופים לעיקרון המנחה ומשניים לו. בעוד העיקרון המנחה משמש את השופט בבואו לקבוע את מתחם העונש ההולם,[[30]](#footnote-30) בשיקולי ההרתעה ניתן להשתמש אך ורק באופן מוגבל, ותחת תנאים מסוימים, על מנת להשפיע על עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם. החוק מותיר שיקול דעת נרחב לשופטים בנוגע לשאלת התקיימותם של התנאים למתן משקל לשיקול ההרתעה האישית וזו לשונו של סעיף 40ו לחוק העונשין ("הרתעה אישית"):

**מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם** מפני ביצוע עבירה נוספת, **וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו**, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ו**בלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם.**[[31]](#footnote-31)

קושי עקרוני מתעורר שעה שאחד העונשים הנפוצים בישראל[[32]](#footnote-32) הוא עונש שתכליתו אינה תואמת לעיקרון המנחה בענישה וללשון תיקון 113 לחוק העונשין. אי-התאמה זו בין האידיאל שבחוק ובין הנעשה בפועל מעוררת אי-נחת: מתקיים חשש של ממש שמא שימוש תכוף מדי בעונש זה פוגע לא רק באיזון הראוי שבין הלימה ובין הרתעה כיום, אלא אף מרחיב יתר על המידה את כמות המאסרים בפועל בעתיד, נוכח הצורך להפעיל כמות רבה של מאסרים על תנאי (שיתכן ולא היה בהם צורך מלכתחילה) על מנת לקיים את האיום ההרתעתי. אציג להלן שלוש טענות שתומכות בהתאמה בין עונש המאסר על-תנאי ובין תיקון 113, ולאחר מכן אטען כי חוסר ההרמוניה נותר על תילו.

ראשית, ניתן לטעון שאין מניעה שמערכת הענישה תכלול גם עונשים מרתיעים, כל עוד אין הם מקבלים את הבכורה. ראוי שלשופטת יהיה סל כלים רחב להתמודד עם המקרים המגוונים שמגיעים לפניה. ענישה מרתיעה אינה אסורה, אלא רק מוגבלת בהיקפה. בזמן שעונשים מידיים כגון מאסר בפועל, קנס או עבודות שירות מספקים מענה שתכליתו העיקרית גמולית, ובזמן שצו המבחן ומוסדות כגון בית המשפט הקהילתי מספקים מענה שיקומי, יתכן שקיים מקום גם לעונש שנועד "להזהיר ולאיים" על נאשמים שלא נדרש עבורם מענה שיקומי בדמות פיקוח, ועבורם הרכיב הגמולי בא לידי ביטוי בדרך אחרת.

טענה שניה בעד קיומה של התאמה היא הטענה בדבר גזירת דין דו-שלבית: במידה והשופט קובע תחילה את מתחם העונש ההולם בהתאם לעיקרון המנחה, ולאחר מכן קובע כי העונש (כולו או מקצתו) יהיה על תנאי, הרי שהוראות החוק תואמות את הנעשה בפועל. ההרתעה שבעונש המאסר על תנאי כפופה לקביעה קודמת שמתבססת על העיקרון המנחה ולכן אינה מובילה לחריגה. לדוגמה, כאשר קובע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם נע בין 3 ל-6 שנות מאסר ולאחר מכן גוזר את דינו של הנאשם כך שעונשו יעמוד על 4 שנות מאסר מתוכן 3 בפועל ושנה נוספת על תנאי. לחלופין, כאשר קובע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם נע בין 6 חודשי מאסר על תנאי ועד לשנתיים מאסר בפועל, ואז גוזר על הנאשם שישה חודשי עבודות שירות ושנה מאסר על תנאי.

הטענה השלישית מרחיבה ומוסיפה על התפיסה של גזר דין דו-שלבי. הטענה השלישית קוראת להבחין בין קביעת העונש ובין קביעת דרך ריצוי העונש. לפי טענה זו, עונש המאסר על תנאי עוסק בדרך ריצוי העונש בלבד - לא בקביעת העונש עצמו. משום כך, כאשר העונש ההולם נגזר בהתאם לעיקרון המנחה ורק נקבע כי עונש זה ירוצה באופן של תנאי, הרי שישנה הרמוניה בין הוראות החוק ובין השימוש בעונש מאסר על תנאי.

עם זאת, וכפי שארחיב בחלק הבא, אין בכוחן של טענות אלה להתגבר על אי-ההתאמה הנוכחית שבין מאסר על-תנאי בישראל ועקרונות תיקון 113. ראשית, מכיוון שעונש המאסר על-תנאי נפוץ ביותר ואינו שמור רק למקרים מיוחדים ומתאימים. כלומר, שני התנאים הראשונים שבסעיף 40ו אינם מתקיימים בפועל - ההנחה היא שיש צורך בהתרעת הנאשם ושיש סיכוי של ממש שמאסר על-תנאי יביא להרתעתו. שנית, מכיוון שהתפיסה העונשית בישראל נוטה לראות בעונש המאסר על-תנאי עונש שונה ונפרד מעונש המאסר בפועל, ולכן לא מתקיימות הטענות בדבר גזירת דין דו-שלבית והבחנה בין קביעת העונש ודרך ריצויו. הפרדה מהותית זו בין מאסר בפועל ומאסר על-תנאי, ובייחוד התעלמות משיקולי גמול בעת גזירת מאסר על-תנאי, מובילות לחשש שמא מופר גם התנאי השלישי שבסעיף 40ו - העונש חורג ממתחם העונש ההולם. בחלק הבא אדון בבעיות אלה בהרחבה.

### על אי-ההתאמה שבין מאסר על-תנאי ותיקון 113

תחילה, השכיחות שבשימוש בעונש המאסר על תנאי הישראלי דורשת הצדקה. לשון סעיף 40ו לחוק העונשין מציבה שלושה תנאים להטלת עונש שתכליתו הרתעה אישית: (1) על בית המשפט להכריע באופן פוזיטיבי כי עבור הנאשם האינדיבידואלי יש צורך בהרתעה אישית (במילים אחרות, הנחת המוצא היא כי לא עבור כל נאשם מתעורר צורך כאמור); (2) על בית המשפט לקבוע כי "יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו";[[33]](#footnote-33) (3) חל איסור לחרוג ממתחם העונש ההולם בשם שיקולי הרתעה.

בהתאם למחקר המקיף האחרון שנערך בנושא, מאסר על-תנאי נגזר על כ-85.7% מהאשמים בבית משפט השלום ועל כ-95.4% מהאשמים בבית המשפט המחוזי.[[34]](#footnote-34) מבדיקה מדגמית שנערכה לצורך מאמר זה נמצאו נתונים דומים. האופן התכוף שבו נגזר על נאשם עונש מאסר על-תנאי, עונש שבית המשפט קבע כי תכליתו הרתעה אישית, מוביל למתח עם הקביעה כי הרתעה אישית אינה העיקרון המנחה בענישה, אלא משחקת תפקיד משני ביחס לעיקרון ההלימה. האמנם עבור כלל האשמים במדינת ישראל (למעט אחוז כמעט זניח) מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעה אישית? היש לבית המשפט סיבה להניח כי יש סיכוי של ממש שהטלת מאסר על תנאי תביא להרתעה הרצויה עבור רוב רובם של האשמים במדינת ישראל?

לטענתי, ההסבר הסביר יותר לתופעה הוא שבתי המשפט לא מיישמים את ההליך הדו-שלבי שמגדיר חוק העונשין בנוגע להטלת עונש מאסר בעת הטלת עונש מאסר על-תנאי, משום שהם רואים בעונש המאסר על תנאי כעונש עצמאי בחומרה נמוכה העומד בפני עצמו, ואינם סבורים שהטלת עונש מאסר על תנאי שקולה להטלת עונש מאסר.[[35]](#footnote-35) זאת, אף על-פי שיתכן שמאסרים על-תנאי רבים יתממשו כמאסרים בפועל.[[36]](#footnote-36) החשש הוא שבמקום לקבוע מתחם עונש הולם לעונש "מאסר" (בפועל ועל-תנאי), ולאחר מכן להחליט, בנוגע לעונש המאסר המסוים שנקבע, האם הוא יותנה ובאיזו מידה, בתי המשפט קובעים מתחם לעונש המאסר בפועל ולאחר מכן מוסיפים עונש מאסר על תנאי. גזירת דין באופן זה נוגדת את הוראות חוק העונשין כאמור, ומובילה לחריגה ממתחם העונש ההולם בשם שיקולי הרתעה. יתרה מזאת, תפיסה כזו עלולה להוביל לריבוי מאסרים בפועל שניתן היה להימנע מהם.

לצורך הדיון בהפרדה שבין עונש המאסר בפועל ועונש המאסר על-תנאי אתמקד בפסיקת בית המשפט העליון, ובפסק דינו האחרון בנושא של השופט ג'ובראן בעניין **נחמן.**[[37]](#footnote-37)השאלה העומדת בפני היא סוגיית הזהות העניינית שבין עונש המאסר בפועל ועונש המאסר על תנאי: האם אכן מדובר בשני חלקים של אותו העונש?

מצד אחד, נראה שאמורה להיות זהות עניינית משום שלפי חוק, עונש המאסר על תנאי יושת רק כאשר קבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש מאסר: "הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא להורות בגזר הדין שהעונש, כולו או מקצתו, יהיה על תנאי" (סעיף 52(א) לחוק העונשין). בהתאם, כאשר סעיף עבירה קובע כי העונש הנלווה לעבירה הוא מאסר חובה, ניתן להמירו במאסר על תנאי (בהעדר הוראה מפורשת אחרת).[[38]](#footnote-38) הפסיקה אף פירשה כי כאשר נקבע עונש מאסר מינימלי לעבירה ניתן להמירו כולו או מקצתו במאסר על תנאי.[[39]](#footnote-39)

מצד שני, לאחרונה פסק השופט ג'ובראן כי:

לשיטתי מן הראוי כי בקביעת מתחם העונש ההולם, הערכאה הדיונית תעשה **הפרדה ברורה בין עונש המאסר על תנאי לעונש המאסר בפועל**, ותציין במפורש מהו הרף התחתון של האחרון.[[40]](#footnote-40)

כלומר, לשיטתו של ג'ובראן, יש הבדל מהותי בין עונש מאסר בפועל ועונש מאסר על-תנאי. אין לקבוע מתחם שנע בין עונש מאסר שכולו על תנאי ובין עונש מאסר שכולו בפועל, משום שמתחם זה הוא:

מתחם רחב מדי, אשר מנוגד לתכלית ולמהות של קביעת מתחם עונש. זאת, משום שהלכה למעשה, לא ברור מגזר הדין מהו הרף התחתון של מתחם העונש ההולם, ומשכך אין בו כדי לשקף עמדה ערכית כלשהי באשר לחומרת העבירות או כדי לשמש הכוונה לבתי המשפט במקרים דומים בעתיד. היעדרו של מתחם עונש ברור אף אינו מאפשר לערכאת הערעור לבחון האם העונש שהושת על הנאשם במקרה הנדון סוטה לקולה מהמתחם שנקבע, כמו גם האם הוא חורג במידה קיצונית מרמת הענישה הנוהגת באופן המצדיק התערבות בגזר דינה של הערכאה הדיונית.[[41]](#footnote-41)

במילים אחרות, מתחם העונש ההולם לא יכול לכלול מנעד של עונשים שונים מהותית. במקרה בו הרף התחתון הוא עונש מאסר שכולו על-תנאי והרף העליון הוא עונש מאסר ממושך שכולו בפועל, הרי שרף תחתון זה אינו נבדל רק בחומרה מהרף העליון אלא במהות. בכך, מביע דעתו ג'ובראן שיש הבדל מהותי בין עונש מאסר מותנה ובין עונש מאסר בפועל. לשיטתו של השופט ג'ובראן תחילה יקבע בית המשפט כי מתחם העונש ההולם כולל עונש מאסר, ולאחר מכן יקבע בית המשפט במפורש האם הרף התחתון אינו כולל מאסר בפועל או כולל, משום שאחרת הדבר עמום מדי.[[42]](#footnote-42) ככל הנראה, כוונתו של ג'ובראן אינה שיש לקבוע מתחם עונש הולם לעונש המאסר על תנאי בנפרד, בדומה לנעשה עבור עונש הקנס.[[43]](#footnote-43)

אולם, וכפי שנראה כעת, פסיקה זו של השופט ג'ובראן אינה תואמת באופן מלא את ההלכות הקודמות בנושא (ובין היתר, פסיקתו הקודמת של ג'ובראן עצמו). בשנת 1962 ניתן פסק הדין בעניין מתאנה[[44]](#footnote-44)בו הנשיא אגרנט קובע כי כאשר גוזר בית המשפט עונש מאסר על תנאי: "...גוזר בית־המשפט להלכה עונש מאסר על הנאשם". בשנת 2001 ניתן פסק הדין בעניין ריזי[[45]](#footnote-45) מידי השופטת ביניש, בו דן בית המשפט בכך שהחוק לא מבחין בין מאסר בפועל ובין מאסר על תנאי לעניין הכללים שחלים על הטלת עונשי "מאסר": "במהותו עונש מאסר, בין שנקבע לריצוי בפועל ובין שהוטל על-תנאי, הוא אותו עונש." דברים אלה מצטרפים לפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה בעניין גוטמן לעיל. עמדתו העקבית של בית-המשפט במשך שנים היא אפוא, שאין בסיס עיוני להבחנה בין עונש מאסר בפועל לעונש מאסר על-תנאי.[[46]](#footnote-46) בהתאם, אף השופט ג'ובראן בפסיקתו הקודמת בעניין הועדה המקומית לתכנון ובנייה "השומרון" עומד על כך שישנה זהות עיונית[[47]](#footnote-47)בין שני העונשים, ומשום כך שניהם כפופים לאותם כללים והגבלות, ורואים בעונש המאסר על תנאי חלק מתקופת המאסר הכוללת שהושתה על הנאשם.[[48]](#footnote-48)

לעומת זאת, בעניין נחמןהנידון לעיל מביע דעתו השופט ג'ובראן שעונש המאסר על תנאי אינו שקול לעונש המאסר בפועל. לכן, קביעתו של ג'ובראן בעניין נחמן מצביעה על שינוי תפיסה, או לכל הפחות על ניסוח הבחנה מהותית מסוג חדש. לכן, ניתן ליישב בין עניין נחמן ובין עניין הועדה המקומית לתכנון ובנייה "השומרון", רק אם מניחים שלשיטתו של ג'ובראן מדובר בשני עונשים שונים מהותית לעניין מתחם העונש ההולם.

זאת ועוד, עמנואל וגזל-אייל טוענים שהפרקטיקה לה נותן השופט ג'ובראן גושפנקא היא ששופטים קובעים את טווח העונש ההולם עבור העונש החמור ביותר, ולאחר מכן מוסיפים עונשים נוספים מחוץ לטווח.[[49]](#footnote-49) לטענתם, פסיקתו זו של ג'ובראן מצהירה בגלוי על השינוי שחל בעונש המאסר על-תנאי בעקבות האפשרות לצרף מאסר על-תנאי למאסר בפועל בעקבות התיקון לחוק משנת 1963 מעונש חליפי לתוספת לעונש: "suspended sentences changed in function from primarily an alternative that avoided imprisonment, to a supplement to imprisonment"[[50]](#footnote-50) ועניין **נחמן** ראוי לציון משום ש:

...it clarified for the first time that judges should distinguish between suspended sentences and immediate imprisonment in determining the sentencing range, and that when courts fit sentencing ranges to an offense’s severity, the range should primarily refer to immediate imprisonment, if the case requires such a sentence. Suspended sentences, as well as fines and other penalties, should only be added later as a supplement.[[51]](#footnote-51)

לבסוף, יש לציין נתון מעניין אחרון בהקשר זה: מחקר שנערך מטעם מחלקת המחקר של הרשות השופטת ואוניברסיטת חיפה אסף נתונים בין מאי 2010 למאי 2011 ומצא כי בבתי משפט השלום נמנעו השופטים והשופטות מהפעלת מאסר על תנאי בר-הפעלה עבור מעל לשליש מהאשמים הרלוונטיים. עבור שישית נוספת מקבוצת אשמים זו (לחובתם עונש מאסר על תנאי קודם, בר הפעלה) הופעל העונש בחופף לחלוטין לעונש המאסר בפועל שנקבע בגזר הדין בתיק החדש, כלומר עבורם הפעלת עונש המאסר על תנאי לא האריכה את העונש בעבירה החוזרת כלל.[[52]](#footnote-52) מדובר סה"כ ב-50% מהמקרים. מכיוון שהימנעות ממימוש האיום עלולה להוביל לבסוף להחלשת ההרתעה האישית, עולה השאלה - מדוע שופטים נהגו כך?

לטענתי, יתכן שהסיבה היא ששופטים אכן רואים הבדל מהותי בין מאסר על-תנאי ובין מאסר בפועל. משום כך הרתעת היחיד היא זו שמובילה להטלת עונש מאסר על-תנאי, ואילו שיקולי גמול זוכים להתעלמות, עד שלב ההפעלה. אם גמול אינו נלקח בחשבון בעת הטלת מאסר על-תנאי, שופטים נאלצים למצוא דרכים להתגבר על עיוותים "גמוליים" שעלולים להיווצר בשלב הפעלת העונש.

לסיכום סוגיה זו, תפיסה זו של הפרדה בין עונש מאסר בפועל ועונש מאסר על-תנאי אינה עומדת בקנה אחד עם הדרישות והעקרונות שבתיקון 113. בהתאם לתפיסת ג'ובראן בעניין נחמן, יש לקבוע מתחם עונש הולם לענישה גמולית בנפרד מהענישה ההרתעתית. אם עונש המאסר על-תנאי מתווסף על ענישה גמולית הרי שמדובר בחריגה ממתחם העונש ההולם ובהפרת ההוראה שבסעיף 40ו לחוק העונשין.

המסקנה היא שכאשר גוזר בית המשפט עונש מאסר על תנאי, גוזר הוא למעשה עונש מאסר פוטנציאלי - אך למרות זאת אינו שוקל שיקולי גמול. לא זו בלבד שמאסר על-תנאי נגזר ללא התחשבות בתיקון 113, אלא אף נוצר מצב בו אין התאמה בין התכלית המוצהרת של העונש ובין ההשפעה הממשית שלו על עיקרון ההלימה. כל עונש מאסר על תנאי שנגזר פירושו כפול – בהווה מדובר בענישה שתכליתה הרתעה אישית (ולכן נדרשת הצדקה מיוחדת להטלתו, ובלבד שלא יוביל לחריגה ממתחם העונש ההולם, נוכח תיקון 113), ובפוטנציאל מדובר בעונש מאסר בפועל שתכליתו גמולית (אך שיקולי גמול אינם מובאים בחשבון שעה שהעונש מוטל).

בחלק הבא אדון בחשש שמא גם בהתעלם מהפיכתו של עונש המאסר על-תנאי לעונש עצמאי שמוטל בניגוד לדרישות הנורמטיביות שבתיקון 113, עונש זה אף אינו עונש מרתיע יעיל. לאחר מכן, אציג הצעות למחקרים אמפיריים והצעות מדיניות שתכליתם להתגבר על הקשיים העולים במאמר.

### האם נכון להניח שמדובר בעונש מרתיע אפקטיבי?

בשלב זה נראה שאין זה מפתיע ששופטי מדינת ישראל מרבים להשית עונש מאסר על תנאי. לכאורה, מדובר ב"עונש ללא מפסידים". מבחינת שיקולי מדיניות, אם עונש המאסר על תנאי אכן מרתיע את הנידון ומפחית רצידיביזם אז כחברה "חסכנו" את הצורך בענישה פוגענית ויקרה בדמות מאסר בפועל. בהתאם, היה והנידון שב לסורו ומשום כך עונש המאסר מופעל, אז ממילא מדובר בעונש שהיה מושת לולא היה קיים בסל הכלים עונש המאסר על תנאי.[[53]](#footnote-53) לכן, נדמה שמדובר ב"עונש קסם" – הוא מאפשר להעניש ללא כאב וסבל את הנידונים הרציונליים. אין למדינה צורך לקבל אחריות על הנידון באמצעות מאסר, אין פעולות לשיקומו של הנידון ואפילו אין צורך בהפעלת מנגנונים של גביית קנס או פיצוי. הנידון מורתע "בחינם" מיד עם הטלת עונש המאסר על תנאי.

אך האמנם הנחות היסוד בדבר כושר ההרתעה של עונש זה והמידה בה הוא מפחית רצידיביזם (ומאסרים בפועל) מעוגנות במציאות? לכך שתכליתו של עונש המאסר על תנאי היא תכלית תועלתנית-תוצאתנית משמעות חשובה לענייננו: אין חשיבות לעונש המאסר על תנאי אם הוא לא מרתיע מביצוע עבירות נוספות. עונש שתכליתו היא תכלית תוצאתנית הוא "כלי", ואם הכלי אינו עובד הרי שאין טעם להשתמש בו. לא כל עונש צריך לעמוד בפני בחינה אמפירית, אבל אם באופן מוצהר העונש נועד לקדם מטרה חברתית מדידה, אז ראוי שאותו העונש יבחן אמפירית לעניין האופן בו הוא משיג את מטרתו.[[54]](#footnote-54) כך, בהתאם לתכליתו הנוכחית, עונש המאסר על תנאי נועד להפחית רצידיביזם, ואם הוא לא מפחית רצידיביזם אז הוא למעשה מתייתר. מתעורר הצורך להעמיק ולבחון – היתכן שיש סיבה לחשוש שמא עונש זה, בהתאם לתיאוריית ההרתעה ולמחקר האמפירי העדכני, אינו מקדם הרתעה אישית במידה שמצדיקה את החלתו בעידן שלאחר תיקון 113? כעת אציע כי אופיו הדחוי של עונש זה מעורר ספקות בנוגע למידת ההרתעה האישית שבכוחו לייצר.

מידיות העונש היא מרכיב הכרחי עבור התרעה אישית, וזו מוגדרת כמשך הזמן שבין רגע ביצוע העבירה ובין רגע השתת העונש בגינה. משום שההרתעה היא ב"איום" עצמו, נהוג להגדיר את רגע הטלת עונש המאסר על-תנאי כחופף לשלב גזר הדין (ולא ברגע הפעלת התנאי בעתיד). מבחינת מידיות העונש, מתעוררות שתי חששות שיישומו הנוכחי של עונש המאסר על-תנאי אינו אפקטיבי לאור אופיו הדחוי. הראשונה, שהטלת עונש מאסר על-תנאי תחשב "כניצחון" עבור הנידון. השנייה, שאופיו הדחוי של העונש מתמרצת את השופטים להטיל עונשי מאסר על-תנאי חמורים מידי ביחס לשיקולי הלימה. אדון להלן בחששות אלה ואציע כיצד לבחון את התקיימותם בפועל.

האופי הדחוי של עונש זה עלול להוביל לכך שאשם יעדיף עונש מאסר על תנאי על פני עונשים מידיים אחרים, והעונש ייתפס כ"לצאת בזול".[[55]](#footnote-55) מנקודת מבטו של האשם, מדובר בעונש בו מידת המיידיות היא כזו שבאופן מידי מוטל עליו עונש, אך מדובר בעונש קל יותר מאשר ענישה מידית "קלאסית" כגון קנס או מאסר. משום כך מעדיף זאת האשם – העלות הגבוהה שבעונש המאסר בפועל נדחית לעתיד.[[56]](#footnote-56) בכלכלה התנהגותית זיהו את התופעה כ- "הנחה זמנית" (Time Discounting או Discounting the Future) והגדרתה:"..placing a lower value on future receipts than on the present receipt of an equal sum".[[57]](#footnote-57) תופעה זו לעיתים מתמזגת עם תופעת "העדפת ההווה", לפיה אינדיבידואלים יעדיפו לחוות תועלת בהווה על פני אותה תועלת בדיוק בעתיד..[[58]](#footnote-58) בהתאם, אדם שנוטה להעדפה זמנית ידרג ברמת חומרה נמוכה עונש בעתיד לעומת עונש בהווה.[[59]](#footnote-59) ראו לדוגמא את מחקרו של לסלי סבה, לפיו נשאלים השיבו כי עונש של 250$ קנס הוא חמור יותר בעיניהם מאשר עונש של חצי שנה מאסר על תנאי,[[60]](#footnote-60) כמו-כן ראו את מחקרם של Walker ו-Marsh בו נשאלים דרגו את העונשים הבאים לפי דרגת החומרה הבאה, מהכבד לקל: שנת מאסר בפועל, חודש מאסר בפועל, 100$ קנס, 40$ קנס, עבודות שירות, צו מבחן ולבסוף מאסר על תנאי.[[61]](#footnote-61)

תופעת ההעדפה הזמנית עלולה להשפיע לא רק על הנידון, אלא גם על השופט. עבור השופט, קל יותר להטיל עונש מאסר על תנאי מאשר עונש מידי. עונש המאסר על תנאי מאפשר לשופט "ללכת עם ולהרגיש בלי" משום שהשופט מטיל עונש הלכה למעשה אך הוא אינו זה שאחראי על הפעלתו העתידית. "החלק הקשה" עובר הלאה, לשופט הבא שיאלץ להתמודד עם הפעלת עונש המאסר על תנאי והשתת עונש מאסר בפועל ארוך על הנידון, לעיתים באופן שיוצר אי נוחות ביחס לשיקולי ההלימה.[[62]](#footnote-62)

## הצעות מדיניות ומחקר אמפירי עתידי

הצעתי העיקרית במאמר זה היא שעל בית המשפט לתת משקל מוגבר לאפשרות הפעלת העונש בפועל, משום שזו ככל הנראה אינה זניחה.[[63]](#footnote-63) על בית המשפט לקחת בחשבון שיקול ייחודי נוסף לעונש המאסר על-תנאי - "גמול פוטנציאלי". זהו המרכיב הגמולי הייחודי לעונש המאסר על-תנאי, שמשקף את ההבדל שבין ההרתעה האישית שרלוונטית רק אם העונש לא מופעל ובין הגמול שהופך לרלוונטי שעה שהמאסר על-תנאי הופך למאסר בפועל בהפעלתו. ברגע גזירת העונש התכלית היא הרתעה אישית, אך הסיכוי (כאמור, הלא מבוטל) שהעונש יושת בהפרת התנאי טומן בחובו פוטנציאל של השתת עונש מאסר בפועל, ולפיכך עונש גמולי. על מנת ליצור הרמוניה בין תיקון 113 לחוק העונשין ובין הפרקטיקה, יש לקבוע שעל בית המשפט להניח שעונש המאסר על תנאי כן יופעל - בסיכוי מסוים.

פירושו של הגמול הפוטנציאלי הוא שחלק מעונש המאסר על-תנאי יחשב לצורך מתחם העונש ההולם כמאסר בפועל. יש לקבוע את החלק היחסי של המאסר על-תנאי שיחשב כמאסר בפועל בשלב גזירת הדין בהתאם למאפייניו האינדיבידואליים של הנידון, העבירה בה הורשע, והנתונים על אחוז המאסרים על-תנאי שהופעלו בעבר במקרים דומים. כך לדוגמה, אם יאספו נתונים שיראו כי עבור עבירות ספציפיות בהן נגזר מאסר על-תנאי בעבר הופעלו מאסרים על עבירות עתידיות בחצי מהמקרים, ועבור נידונים דומים לנידון הנוכחי עליהם נגזר מאסר על-תנאי בעבר הופעלו מאסרים על עבירות עתידיות ברבע מהמקרים, על בית המשפט יהיה לבחור באחוז הגבוה (50%)[[64]](#footnote-64) לצורך חישוב השפעת המאסר על-תנאי על מתחם העונש ההולם כמאסר בפועל. לחילופין, ניתן להיעזר בהערכות סיכון אינדיבידואליות על מנת לקבוע את החלק היחסי של המאסר על-תנאי שייחשב כמאסר בפועל בשלב גזר הדין – הערכת סיכון גבוהה תוביל להשפעה גדולה יותר של המאסר על-תנאי על מתחם העונש ההולם ולהפך. כך, הגמול הפוטנציאלי של המאסר על-תנאי ישפיע על מתחם העונש ההולם, והתוצאה תהיה התאמה טובה יותר לעקרונות תיקון 113 משום שהיחס בין העיקרון המנחה ובין הרתעה אישית יתאזן ומתחם העונש ההולם ישקף באופן מדויק יותר את העונש שהוטל על הנידון.

על מנת לקיים זאת, יש לאסוף נתונים עדכניים על עונש המאסר על-תנאי. ראשית, יש ללמוד על האחוז היחסי של גזרי-הדין והסדרי הענישה שבעסקאות טיעון שכוללים מרכיב של מאסר על-תנאי. יש לבחון באילו עבירות ועבור אילו נאשמים עונש זה שכיח או נדיר. שנית, יש לבחון את הפעלתם של המאסרים המותנים. מה הסיכוי שמאסר על-תנאי יופעל? האם יש הבדלים שניתן לזהות בין אוכלוסיות ועבירות? כמה מהמאסרים המותנים מופעלים בחופף וכמה אינם מופעלים למרות שהעבירה החוזרת היא עבירת תנאי? נתונים אלה יאפשרו להעריך את מידת האפקטיביות של עונש זה ואת המידה בה הוא מוביל להחמרה בענישה שניתן היה להימנע ממנה. אם נדע שלעיתים הסיכוי שהעונש ירתיע הוא מזערי, ושהלכה למעשה מדובר במאסר בפועל שיופעל בעתיד, ניתן יהיה להעריך מחדש את העונש ההולם ולהימנע ממאסרים מיותרים. בהמשך לכך, על בית המשפט להימנע מהטלת עונש מאסר על תנאי על אשמים שעבורם אין סיבה להניח שמדובר בעונש יעיל. על מנת שבית המשפט ידע כיצד להטיל את עונש המאסר על תנאי באופן יעיל יש לערוך מחקרים אמפיריים שיבדקו את האפקטיביות של עונש זה על נאשמים שונים ובעבירות שונות.

מבחינת הבעייתיות שבהטלת עונש שאינו תואם את עקרונות תיקון 113, הצעתי הנוספת היא לבחון האם בישראל "עונשי המאסר הכוללים" - משך המאסר על-תנאי בצירוף המאסר בפועל - חורגים באופן מובהק מהמתחמים שנקבעו בפסיקה לעונש המאסר בפועל ההולם. אם ימצא באופן אמפירי כי עונשי המאסר הכוללים שמוטלים חמורים באופן ניכר ממתחמי הענישה שנקבעו למאסר בפועל, יהיה זה חיזוק לסברה לפיה השופטים רואים בעונש המאסר על-תנאי עונש עצמאי ונפרד שאינו תלוי בשיקולי הלימה.

הצעה שלישית נוגעת למוטיבציה של שופטים שעה שהם מטילים עונש מאסר על-תנאי. על מנת להמשיך ולפענח מדוע שופטי הערכאות הדיוניות עושים שימוש נרחב בעונש המאסר על תנאי, אני מציע לערוך מחקר איכותני בדמות ראיונות עומק עם שופטים. מחקר כזה יכול לסייע בהבנת המניע של שופטי הערכאה הדיונית בהטלת עונש המאסר על תנאי. יתכן, לדוגמה, שהשימוש מבוסס על מטרה הצהרתית-סמלית, או על הרגל.

מבחינת מידת ההרתעה של עונש המאסר על תנאי, ראשית, ניתן לבחון את שיעורי המועדות במקומות בהם עונש המאסר על תנאי היה נפוץ ואז בוטל. לדוגמה, במדינת ויקטוריה באוסטרליה היה נהוג השימוש בעונש זה עד לביטולו בשנים האחרונות,[[65]](#footnote-65) ולכן ניתן יהיה בעתיד ללמוד על אפקטיביות עונש זה ממעקב אחר השינוי ברמות הרצידיביזם בשנים הבאות.[[66]](#footnote-66) שנית, ניתן להשוות את שיעורי המועדות בין שיטות משפט דומות לזו הישראלית בהן עונש זה אינו נפוץ או אינו קיים, ובין שיטת המשפט הישראלית בה העונש שכיח ביותר. כך לדוגמה באנגליה, בה כאמור השימוש בעונש מסוג דומה הוא נדיר ביותר, שיעור הרצידיביזם הכללי נמוך באופן משמעותי מאשר בישראל.[[67]](#footnote-67) כמובן, להבדלים מסוג זה תתכנה סיבות רבות, אך מסקנה אפשרית היא שמא עונש המאסר על תנאי אינו "תרופת פלא" לרצידיביזם.

סוג אחרון של מחקרים שביכולתו ללמד את מערכת המשפט הישראלית על מידת ההרתעה האפקטיבית של עונש המאסר על תנאי הוא מחקרים שבודקים את האופן בו מדווחים הנידונים על חווית העונש. מחקרים שנערכים על התפיסות של אשמים את גזר הדין מאפשרים לבחון את המידה בה הנידון חש שהוא נענש, ולכן בכוחם לסייע לקובעי המדיניות לתכנן שימוש מושכל יותר בעונש זה. כך, מחקרים על חווית העונש יכולים לספק מענה לטיעונים מהפן התיאורטי לפיהם לא מדובר בעונש כלל - בטווח הקצר עונש המאסר על תנאי לא כולל אי נעימות מוחשית, ויהיה זה שגוי להגדיר את האיום שבהפעלת התנאי כעונש, משום שעל כל אדם באוכלוסייה הכללית חל איום דומה, אף אם במידה פחותה לאור תוספת החומרה. איום בהפעלת העונש עבור עונש המאסר על תנאי, בהתאם לביקורת זו, הוא רק הבדל של כמות ולא של איכות.[[68]](#footnote-68) בהתאם, מחקרים על תפיסות הציבור אכן מצאו כי הציבור סבור שמדובר בעונש קל ביותר.[[69]](#footnote-69) לעומת זאת, מחקרים שבדקו את האופן בו נידונים תופסים את מידת העונש כבר מצאו מסקנות מפתיעות בעבר. כך, מחקרם של Petersilia ו- Deschenes שפורסם בשנת 1994 הסיק כי בניגוד לדעה הרווחת, מבחינת הנידונים עונשים הכוללים מרכיב משמעותי של פיקוח עלולים להיות קשים יותר מעונש מאסר בפועל.[[70]](#footnote-70)

בהקשר הצפיפות בבית הסוהר והניסיונות האקטואליים למצוא חלופה עונשית למאסרים קצרים, אציע הצעה נוספת שחורגת מגבולות המאמר וטעונה דיון נוסף: לקבוע כי עונשי מאסר בפועל לתקופות של עד שנתיים ירוצו תחילה בעבודות שירות ולאחר מכן, אם עמד הנידון בעבודות השירות בהצלחה, יתרת מאסרו תותנה באופן אוטומטי ביחס 1:2 – כלומר, כאשר נקבע עונש מאסר בפועל למשך שנה, יוכל הנידון לרצות 9 חודשים בעבודות שירות ולאחר מכן תומר יתרת עונשו (3 חודשים) לחצי שנת עונש מאסר על-תנאי למשך תקופת תנאי כפי שיקבע בית המשפט. ניתן להתנות זאת בתנאי סף, כפי שנעשה עם הסדר סגירת התיק המותנה, כגון היות העבירה עבירה ראשונה.[[71]](#footnote-71) כך תתווסף ענישה לעבירות ברמת חומרה בינונית, במקרים בהם לא ניתן להורות על סגירת תיק בהסדר מותנה או צו מבחן. יתרה מזאת, הצלחה בריצוי תשעה חודשים בעבודות שירות אף תהיה אינדיקציה חזקה לכך שזהו אינדיבידואל שכלפיו עונש המאסר על תנאי יהיה אפקטיבי, בכפוף לנתונים שניתן יהיה לאסוף ולבחון.

## סיכום

קביעת עונש מאסר מותנה אינה משימה פשוטה. מחד גיסא, לטענתי, על עונש זה לשקף את העבר שכן הוא חלק מ"עונש מאסר כולל" שנקבע בהתאם לעיקרון המנחה. מאידך גיסא, תכליתו של עונש זה היא הרתעה אישית, ומשום כך עליו "לצפות את העתיד"; בנוסף לכך שיש להטילו רק כאשר מצא בית המשפט שיש צורך בהרתעת הנידון וכי "יש סיכוי של ממש" שעונש זה יוביל להרתעה האישית. במילותיו של אנקר, שמתייחס גם לדבריו של השופט הלוי במסגרת "סימפוזיון על דרכי ענישה בישראל"[[72]](#footnote-72):

קביעת עונש מתאים לעבריין היא משימה קשה בכל מקרה. משימה זו היא כמעט בלתי אפשרית, כאשר השופט חושב שהעונש לא יבוצע כלל, או יבוצע רק בעוד זמן מה. אמנם, עקרונית צריך השופט לקבוע את תקופת המאסר המותנה כאילו היה המאסר מופעל מיד, אך אין להתעלם מנטיית השופטים לתת מאסר על תנאי ארוך מן המאסר שהיו מטילים בפועל. נטייתם זו נובעת מרצונם לחזק את כוחו המרתיע של המאסר המותנה, ומהנחתם שהמאסר לא יופעל. נאשם שמפר את התנאי ונאסר, נושא בעונש כבד מזה שהיה מוטל עליו אילו ידע השופט שהעונש יופעל. יתר על כן, נאשם שהיה מערער על אורך המאסר בפועל, אינו מערער על מאסר על תנאי מאותה הנחה — שלמעשה לא ירצה אותו.

מצב דברים זה מחמיר בהינתן הסמכות הרחבה לשיקול דעת שהותיר המחוקק בידי שופטי בית המשפט, ולאור העובדה שחוק העונשין אינו מסדיר גזירת "עונשי מאסר כוללים".[[73]](#footnote-73) כעת, בעקבות תיקון 113 בשלה העת להגביל את השימוש בעונש זה. שימוש לא זהיר בעונש מאסר על תנאי מציב מספר קשיים. ראשון, הוא עומד בסתירה לעקרונות שנקבעו בתיקון 113 ביחס לעיקרון המנחה, משום שבתי המשפט רואים בו כעונש עצמאי בחומרה נמוכה שתכליתו הרתעה אישית, אך הם אינם שוקלים שיקולי הרתעה בזהירות המתבקשת בהתאם לחוק. שני, בתי המשפט לא מייחסים די משקל להשפעתו הפוטנציאלית של עונש המאסר על תנאי על מידת ההלימה (במידה והוא יופעל). שלישי, מכיוון שבתי המשפט מתעלמים משיקול "הגמול הפוטנציאלי", שימוש רב מדי בעונש זה עלול להוביל לריבוי מאסרים עתידיים שלא לצורך. בעת הזו, בה מדינת ישראל עוסקת בצורך בצמצום השימוש בעונשי מאסר,[[74]](#footnote-74) יש צורך בהטלת מגבלות והנחיות על השימוש בעונש מאסר על תנאי.

ניתן להבין מדוע ביחס לעונש המאסר על תנאי "האצבע קלה על ההדק". עם זאת, ניתן להמשיך עם המטאפורה ולומר כי הרובה במקרה זה עבר "לאוטומט". בשיטת משפט ששמה לה למטרה להעניש בהתאם לעיקרון ההלימה, נדמה כי השימוש הנרחב בעונש שתכליתו הרתעה מציב לכך אתגר. בייחוד, כאשר תוצאותיו בפועל של עונש המאסר על תנאי כלל אינן ידועות – מה אחוז המאסרים על תנאי שמופעלים? האם ניתן לפלח נתונים אלה בהתאם למאפייני העבירה או העבריין? מה הן תקופות הכליאה בפועל שמתווספות בעקבות הפעלת המאסרים המותנים בישראל? אין כיום בנמצא מידע שמספק תשובות לשאלות אלה כלל, ויש להיות מוטרדים מכך לאור השימוש הנפוץ בעונש.

1. \* סטודנט בתוכנית Jurisprudence and Social Policy (JSP Ph.D.), אוניברסיטת ברקלי, קליפורניה. הכותב מודה לחברות המערכת ולקוראת האנונימית על הערותיהן המצויינות. הכותב מודה גם לפרופ' רות קנאי, פרופ' קנת מן, פרופ' אלון הראל, איילת כרמלי, מיכאל קגזנוב, רביע אגבריה ועידן ארנון על הערותיהם המעולות לגרסאות קודמות של מאמר זה, ולניבין עמנואל וניר רהט על הסיוע והליווי במהלך הכתיבה. [↑](#footnote-ref-1)
2. בנוסף, מאמר זה מצטרף לשורת מחקרים מהשנים האחרונות שבחנו את אופן היישום בפועל של תיקון 113 ומסקנתו דומה – כוונת המחוקק אינה באה לידי ביטוי בהכרעות בית המשפט. ראו את מחקרם של קוגוט, חקאק וגלבפיש שדן בתפקידו של בית המשפט העליון בקביעת מתחמי ענישה בעקבות התיקון: סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחדת מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה? על ערכאת הערעור ותיקון 113" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים(משפט, חברה ותרבות, אלון הראל עורך, 2018); מחקרם של גזל, אזולאי והמר שבחן אמפירית את מידת הציות של שופטים לחובה לקבוע מתחמי ענישה: אורן גזל-אייל, חיים אזולאי ואיתי המר "האם שופטים מצייתים לחוק?" משפטים מז 327 (2018); ומחקרה של מנסורי שמצא כי שופטים גוזרים עונשי מאסר בהתעלם מתיקון 113: הדר מנסורי "תיקון 113 – מצליח לתקן?" המשפט כד 11 (2018). [↑](#footnote-ref-2)
3. הלימה משקפת בעיקר את תפיסת ה"גמול" העונשית, כפי שיורחב להלן. [↑](#footnote-ref-3)
4. לעומת זאת, שיקולי השיקום והמניעה אמנם כפופים גם הם לעיקרון ההלימה, אך לגביהם נקבע שבמקרים מסוימים ניתן יהיה להתחשב בהם באופן שמעפיל על המשקל שניתן לשיקול הגמול. [↑](#footnote-ref-4)
5. ראו סעיפים 52-60 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: "חוק העונשין"). [↑](#footnote-ref-5)
6. בניגוד לתכליות דאונטולוגיות, כגון הלימה, אותן לא בהכרח ניתן לבחון מבחינה אמפירית. [↑](#footnote-ref-6)
7. בנוסף, בישראל מונהגת שיטת המבחן שמעמידה גם היא בספק את נחיצותו של עונש המאסר על תנאי. צו מבחן מאפשר לבית המשפט להעמיד בפיקוחו של קצין מבחן אדם שהורשע והאישום נגדו הוכח. ניתן להעמיד במבחן יחד עם הרשעה או בלעדיה. ראו פקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969. [↑](#footnote-ref-7)
8. הצעת חוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1953, ה"ח 6, 10. [↑](#footnote-ref-8)
9. לדיון בהשפעת התיקון על הפיכת מאסר על-תנאי מעונש שבעיקר מחליף מאסרים מידיים לעונש שמתווסף על מאסרים, ראו Nevine Emmanuel & Oren Gazal-Ayal, *Suspended Sentences and Service Labor in Israel—From Alternatives to Imprisonment to Net-Widening*, 82 Law and Contemporary Problems 111-136 (2019)  (להלן: "עמנואל וגזל-אייל"). [↑](#footnote-ref-9)
10. בית המשפט יאריך או יחדש את תקופת התנאי בהתקיים התנאים הבאים: כאשר בית המשפט לא הטיל על הנאשם עונש מאסר בגין העבירה הנוספת; כאשר בית המשפט שוכנע שלא יהיה זה צודק להפעיל את המאסר על תנאי; כאשר מדובר בהרשעתו הראשונה של הנאשם בעבירה נוספת. [↑](#footnote-ref-10)
11. לשם השוואה, באנגליה ניתן כיום להשית עונש מאסר על תנאי רק אם בית המשפט קבע כי העונש הראוי הוא עונש מאסר לתקופה קטנה משנתיים. בית המשפט רשאי גם להורות על הנידון לעמוד בתנאים, עד 12 במספר, כפי שהם קבועים בחוק. ראו 2003 c. 44, Part 12 Chapter 3 Suspended sentences (זמין כאן: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/part/12/chapter/3/crossheading/suspended-sentences ).

בקנדה המצב דומה, בצירוף מגבלות על סוגי העבירות שתחת הרשעה בהן ניתן להטיל עונש מאסר על תנאי ראו RSC 1985, c C-46, s 742.1 (זמין כאן:

<https://www.canlii.org/en/ca/laws/stat/rsc-1985-c-c-46/latest/rsc-1985-c-c-46.html#sec742.1_smooth>). [↑](#footnote-ref-11)
12. מחקר מטעם מחלקת המחקר של הרשות השופטת ואוניברסיטת חיפה אסף נתונים בין מאי 2010 למאי 2011 ומצא כי כלל הנידונים שעונשם כלל רכיב מאסר על תנאי, לבדו או בשילוב עם עונש נוסף, עמד בבתי משפט השלום בשנה זו על כ-85.7% מכלל האשמים. מאותו המחקר עולה כי בבית המשפט המחוזי 95.4% מהאשמים נענשים בעונש מאסר על תנאי, לרוב בשילוב עם עונש נוסף. ראו: אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" 19, 21 (2012) (להלן: "שיעורי הרשעה וזיכוי"). המידע מתבסס על מדגם מייצג המכיל 1417 תיקים פליליים שנידונו בבתי משפט השלום ו 244- תיקים פליליים שנידונו בבתי המשפט המחוזיים בערכאה ראשונה, בין מאי 2010 למאי 2011. טווח עונשי המאסר על תנאי נעים בין יומיים ל 27- חודשים, כאשר רוב המאסרים על תנאי נפסקו לתקופות שבין חודש לשנת מאסר.

מבדיקה מדגמית שנערכה במאגר נבו לצורך מאמר זה, עולה כי ככל הנראה לא היה שינוי משמעותי בשכיחותו של עונש זה. נבדקה שליפה על כל גזרי הדין שניתנו בכל בתי משפט השלום במהלך חודש ינואר 2018 - סה"כ 221 גזרי דין. כ- 88% מגזרי הדין בבתי משפט השלום כללו עונש מאסר על תנאי. רק שלושה תיקים פליליים "סטנדרטיים" (תיקי ת"פ) לא כללו עונש מאסר על-תנאי. נבדקה שליפה זהה לגבי בתי המשפט המחוזיים, בהם ניתנו בחודש ינואר 2018 כ- 56 גזרי דין. מתוכם, רק גזר דין אחד לא כלל עונש מאסר על תנאי. גזר הדין הבודד שלא כלל עונש מאסר על תנאי היה גזר דין של מאסר עולם במצטבר ל-16 שנות מאסר בפועל. הביטויים שנבדקו:

[ערכאה: שלום] וגם [סוג החלטה: גזר-דין] וגם [פסק דין ניתן: מתאריך: 01/01/2018 עד תאריך: 01/02/2018]

[ערכאה: מחוזי] וגם [סוג החלטה: גזר-דין] וגם [פסק דין ניתן: מתאריך: 01/01/2018 עד תאריך: 01/02/2018]

הנתונים על גז"ד שלא כללו עונש מאסר על תנאי נמצאים בידי הכותב. [↑](#footnote-ref-12)
13. בסמוך לחקיקת עונש המאסר על תנאי נכתבו מאמרים אקדמיים שבחנו את השפעתו של מערכת הענישה בישראל, ראו: שהם וזנדברג "המאסר על-תנאי בישראל" עלון האגודה הישראלית לקרימינולוגיה (1962), Leslie Sebba, *Penal Reform and Court Practice: The Case of the Suspended Sentence,* *in* Studies in Criminology (XXI Scripta Hierosolymitana, Israel Drapkin ed., 1969); Shlomo Shoham and Moshe Sandberg, *Suspended Sentences in Israel: An Evaluation of the Preventive Efficacy of Prospective Imprisonment*, 74 Crime and Delinquency (1964). אך במהלך השנים העוקבות החיבור המרכזי היה ונותר ספרו של פרופ' אהרן אנקר **מאסר על תנאי** 19 (1981) (להלן: "אנקר **מאסר על תנאי**"). בשנת 2014 התקבלה עבודת גמר חשובה בנושא המאסר על תנאי בישראל: ניבין עמנואל **מאסר על תנאי כשיקול לקולה** (עבודת הגמר לאחר קבלת "תואר מוסמך במשפטים", אוניברסיטת חיפה- הפקולטה למשפטים, 2014) (להלן: "עמנואל, **מאסר על תנאי כשיקול לקולה**"). ראו גם עמנואל וגזל-אייל, לעיל ה"ש X. [↑](#footnote-ref-13)
14. במהלך השנים נשמעו ביקורות מגוונות על עונש המאסר על תנאי. הנפוצות ביותר הן: שלא ניתן להצדיק שיטה שבה נדחה העונש ושאין הצדקה לדחיית עונש כאשר זו אינה כוללת מרכיב שיקומי פעיל; באוסטרליה, לדוגמה, בעקבות מחאה ציבורית שהעלתה על סדר היום את הביקורת לפיה מדובר ב"התחמקות מעונש" נידון מחדש השימוש בעונש זה; כמו-כן, היו שטענו שלא מדובר בעונש כלל. עם זאת, לא בביקורות אלה יעסוק המאמר. לדיון בביקורת ראו את ספרו של פרופ' אנקר מאסר על תנאי, לעיל ה"ש X. [↑](#footnote-ref-14)
15. [רע"פ 5798/00 **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה](http://www.nevo.co.il/case/6032952)(3) 1, 11 (2001) (להלן: "עניין **ריזי**") ("כאשר מוטל על נאשם עונש שחלקו לריצוי בפועל וחלקו על תנאי, יש לראות בעונש המותנה חלק מתקופת המאסר הכוללת שהושתה על הנאשם. המאסר בפועל והמאסר על תנאי הם שני חלקים של אותו עונש, ועל שניהם חלים אותם כללים".) [↑](#footnote-ref-15)
16. "ככל שהפעלת התנאי היא אוטומטית יותר, עולה כוחו המרתיע של המאסר על תנאי, כי הנאשם יודע בוודאות, שאם יורשע בעבירה נוספת יהיה עליו לשאת בעונש שכבר נקבע לגביו, אך הותנה. לעומת זאת, מתן שיקול דעת לשופט — אם להפעיל את המאסר ואיך להפעילו — מפחית את כוחו המרתיע של המאסר על תנאי." אנקר **מאסר על תנאי**, לעיל ה"ש X, בעמ' 47. ראו דיון מפורט בהליך החקיקה הישראלי ובדגש המפורש שניתן לצורך ב"הפחדה" אצל עמנואל, **מאסר על תנאי כשיקול לקולה,** לעיל ה"ש X, בעמ' 26 – 38. יצויין שלאחר מכן, בשנת 1963, נחקקה האפשרות להאריך את תקופת התנאי, תחת תנאים יוצאי דופן. [↑](#footnote-ref-16)
17. ראו לדוגמא את דבריו של השופט רובינשטיין ברע"פ 4935/12 מוחמד עמאר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.01.2013); דבריה של השופטת פרוקצ'יה בע"פ 1867/00 מדינת ישראל נ' אבי גוטמן**,** נד(3) 145 (פורסם בנבו, 27.6.2000); גיא בן דוד "מניין תקופת המאסר על תנאי על פי פרשנותו של סעיף 52(ג) לחוק העונשין" **מאזני משפט** ח, 155 (2012). [↑](#footnote-ref-17)
18. במסגרת רע"פ 1553/15 ח'ליל דיב עיסא נ' הועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון"(פורסם בנבו, 31.10.2007). [↑](#footnote-ref-18)
19. הכלל הוא שעונש המאסר על תנאי יופעל במצטבר ולא בחופף, אלא אם הורה בית המשפט אחרת. ראו: ע"פ 4654/03 ווליד נ' מדינת ישראל**,** סא (2) 567 (פורסם בנבו 26.6.2006) (להלן: "עניין ווליד**"**). בנוסף, ראו סעיף 58 לחוק העונשין. [↑](#footnote-ref-19)
20. Jeremy Bentham, Introduction to the Principles of Morals and Legislation 1789 (Wilfred Harrison eds., Oxford:Oxford University Press, 1948). [↑](#footnote-ref-20)
21. הסבר זה לתכליתו של עונש המאסר על תנאי אינטואיטיבי ומתבקש. גם בית המשפט העליון מניח את הנחת הרציונליות בבואו להבהיר את תכלית העונש, ראו את דבריו של השופט א' א' לוי ב ע"פ 4517/04‏ **מסראווה נ' מדינת ישראל**, פ''ד נט(6) 119 בעמ' 127 לפסק דינו. דברים אלה מצטרפים לדבריו של פרופ' פלר, ש"ז פלריסודות בדיני עונשין (כרך ג) 338 (1992). [↑](#footnote-ref-21)
22. כך הגדירה השופטת ביניש את תכלית עונש המאסר על תנאי במסגרת עניין ריזי, **לעיל ה"ש** X**:** "יש לזכור כי למאסר על-תנאי תכלית כפולה: האחת, לתת הזדמנות נוספת לעבריין לתקן את דרכיו ולא למצות עמו את מלוא העונש במאסר בפועל עקב כישלונו העברייני. התכלית הנוספת היא ההרתעה, שנועדה להניא אדם שעבר עבירה מלשוב ולעבור עבירה נוספת." בדבריה מדגישה את השיקול השיקומי שבהימנעות ממאסר, ובכך מדגישה דבריה של השופטת ארבל בעניין **ו**וליד**,** לפיהם אמנם המאסר על תנאי אינו כולל רכיב שיקומי של ממש אך בכוחה של ההזדמנות שמעניק עונש זה לנידון לשוב אל מסלול חיים נורמטיבי לקדם שיקול שיקומי במידה כלשהי. ראו עניין **ו**וליד, לעיל ה"ש X. ראו גם דבריו של השופט ג'ובראן: "בבסיס עונש זה עומד האיזון שבין הצורך להרתיע נאשמים לבין הרצון לאפשר להם להשתקם ולחזור לדרך הישר". עניין **הוועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון"** לעיל ה"ש X, בפסקה 12 לפסק דינו. [↑](#footnote-ref-22)
23. במאמרה "עונשים בחומרה בינונית" ספר שמגר ב' 213, 245 (2003): "המאסר על תנאי בא לתת אמצעי ענישה שיש בו הרתעה אישית מבלי לפגוע הרבה בהרתעה הכללית שיש במאסר בפועל. מדברי ההסבר להצעת החוק עולה שברקע הדברים הייתה גם מטרה של הקלת הצפיפות בבתי הסוהר. אך המטרה העיקרית הייתה לתת אמצעי ענישה, לאותם מקרים שבהם אין טעם בטיפול של קצין מבחן, או למקרים שבהם דרושה הרתעה אישית חזקה יותר כדי להגן על הציבור וכן למקרים שבהם צריך 'מצד חומרת העבירה' לשלוח את העבריין למאסר, אך בית המשפט נרתע מכך כשמדובר בעבריין שנשפט בפעם הראשונה, ועד לחקיקה בדבר מאסר על תנאי היה מסתפק בקנס." [↑](#footnote-ref-23)
24. אנקר מאסר על תנאי**,** לעיל ה"ש X, בעמ' 24. עוד על האפקט הקרימינוגני שבמאסר ראו חגית לרנאו **עבריינות ואכיפת חוק** 256-278 (2016). [↑](#footnote-ref-24)
25. אנקר מאסר על תנאי**,** לעיל ה"ש X, בעמ' 24. לדיון מרחיב בהבדלים שבין מבחן ומאסר על תנאי ויישום שניהם באותה שיטת משפט ראו בעמ' 19-39. [↑](#footnote-ref-25)
26. ראו גם דבריה של השופטת ארבל במסגרת עניין **ווליד**, לעיל ה"ש X **("**הגם שעונש מאסר על תנאי אינו כולל רכיב שיקומי של ממש אלא מהווה מתן הזדמנות חוזרת לנידון לתקן דרכיו.."). [↑](#footnote-ref-26)
27. ראו ע"פ 8641/12 סעד נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 5.8.2013), בו סוקר בית המשפט העליון את הוראות החוק. [↑](#footnote-ref-27)
28. בלשונם של קוגוט, חקאק וגלבפיש, שליוו את הליכי החקיקה של תיקון 113 בכנסת ואת הטיפול בתיקון 113 בפרקליטות המדינה ובמחלקת ייעוץ וחקיקה: "העונש "הגמולי" אמור להיות פרופורציונלי — הולם — לחומרת העבירה. לכן, כאשר החוק מדבר במונחים של "הלימה" לחומרת העבירה, נובע מכך שהחוק מאמץ את עקרון הגמול כעיקרון המנחה של הענישה." קוגוט, חקאק וגלבפיש, לעיל ה"ש X, בטקסט הצמוד לה"ש 4. [↑](#footnote-ref-28)
29. עמי קובו "מבחן הולם למערכת המשפט" עורך הדין 76 (ינואר 2014). [↑](#footnote-ref-29)
30. לשונו של סעיף 40ג(א) לחוק העונשין ברורה: "בית המשפט יקבע מתחם עונש הולם למעשה העבירה שביצע הנאשם בהתאם לעיקרון המנחה, ולשם כך יתחשב בערך החברתי שנפגע מביצוע העבירה, במידת הפגיעה בו, במדיניות הענישה הנהוגה ובנסיבות הקשורות בביצוע העבירה". [↑](#footnote-ref-30)
31. בדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט, נידונה השאלה האם על מנת להכריע בתנאי סעיף זה על בית המשפט להידרש לחוות דעת מקצועית כגון תסקירי מבחן בכל מקרה ומקרה. לבסוף הוחלט בהתאם לחוות דעתו של השופט מצא, בכפוף לכך שהרתעה אישית לא תוביל לחריגה מהמתחם: "..כאשר בחוק כתוב: מצא בית המשפט, הכוונה היא: מצא בית המשפט על יסוד הראיות שיש בפניו, ולא: מצא בית המשפט על יסוד השקפת העולם הפרטית שלו או תחושת הבטן שלו. מדובר במצב דברים, שיש בפני בית המשפט חומר, שעל יסודו הוא אומר: בשל א', ב', ג' אני סבור כך וכך, וזה דבר שניתן לביקורת על-ידי ערכאת הערעור, האם היה לבית המשפט או לא היה לבית המשפט בסיס למצוא, לקבוע שהאיש הזה טעון ענישה נוספת בשל הארגומנט של הרתעה אישית. יכול להיות גם שרעיונית, יותר נכון להשאיר את הסעיפים האלה פתוחים, ולא לכבול את ידיהם של השופטים.." פרוטוקול 302, 27.12.2010, כנסת 18 מושב 3. [↑](#footnote-ref-31)
32. ראו טקסט לצד ה"ש X. [↑](#footnote-ref-32)
33. ראו את דבריו של גזל-אייל בהקשר זה: "לדעתי, מדובר ביישום שגוי של שיקול ההרתעה, ... לביסוס טענת ההרתעה ... יש צורך בכלי ראייתי ואין די בתחושות." אורן גזל אייל "חריגה ממתחם העונש ההולם" ספר דורית בייניש 539 (קרן אזולאי ואח' עורכים, 2016). [↑](#footnote-ref-33)
34. שיעורי הרשעה וזיכוי, לעיל ה"ש X, בעמ' 18-22. [↑](#footnote-ref-34)
35. עמנואל וגזל-אייל טוענים כי עונש המאסר על-תנאי שינה את תפקידו בעקבות האפשרות שניתנה לשופטים להתנות חלק מהמאסר ולשלב מאסר בפועל ומאסר על-תנאי: "As a result, the main function of suspended sentences changed. Instead of replacing immediate imprisonment and other types of penalties, they became mainly a supplement to imprisonment and other sentences." לעיל ה"ש X, בעמ' 119. [↑](#footnote-ref-35)
36. לדיון בכך שמאסרים על-תנאי מופעלים בחלק ניכר מהמקרים, וזאת למרות שהם היו תוספת על על העונש ההולם ולא החליפו מאסרים מיידיים, ראו עמנואל וגזל-אייל, לעיל ה"ש X, בעמ' 124-127. [↑](#footnote-ref-36)
37. ע"פ 1079/16מדינת ישראל נ' יניב נחמן (פורסם בנבו 1.8.2016) (להלן: "עניין נחמן**"**). [↑](#footnote-ref-37)
38. אנקר מאסר על תנאי**,** לעיל ה"ש X, בעמ' 68. [↑](#footnote-ref-38)
39. ענייןגוטמן, לעיל ה"ש X, בעמ' 154-158 ("...ההרמוניה החקיקתית המבקשת למצוא קו רציף בתפיסה העונשית בהוראות העונשין כולן. על-פי תפיסה זו, אלא אם נאמר במפורש אחרת, קיום אמצעי עונשי של מאסר – גם מאסר על-תנאי במשמע"). [↑](#footnote-ref-39)
40. ענייןנחמן**,** לעיל ה"ש X, בפסקה 21. [↑](#footnote-ref-40)
41. שם. [↑](#footnote-ref-41)
42. יצוין שמהתייעצות עם עו"ד ניר רהט מהסניגוריה הציבורית, כותב "הנחיית הסניגור הציבורי בנושא: מאסר על תנאי" (1.7.2014), עולה כי בפרקטיקה: "כאשר נקבע מתחם ענישה של מאסר בפועל, בתי המשפט מתעלמים לגמרי מהמאסר על תנאי. בשלב קביעת העונש הספציפי פשוט מוסיפים את המאסר על תנאי. כלומר, במסגרת קביעת המתחם אין התייחסות למאסר על תנאי והוא צץ רק בשלב קביעת העונש הספציפי. לדוגמה, אם נקבע מתחם של שנתיים מאסר בפועל עד חמש שנות מאסר בפועל, בשלב קביעת העונש הספציפי (בתוך המתחם) פשוט מוסיפים גם מאסר על תנאי – שנתיים מאסר בפועל + תנאי / שלוש שנים + תנאי / חמש שנים +תנאי. המקרים בהם מציינים את התנאי במסגרת קביעת המתחם הם כאשר התנאי בעצמו מהווה רף עליון או תחתון. גם כאן, בד"כ אין התייחסות למשך התנאי או לתקופת התנאי. לדוגמה, מתחם של מאסר על תנאי עד שנת מאסר בפועל; מתחם של קנס עד מאסר על תנאי; מתחם של תנאי עד 6 חודשי מאסר בעבודות שרות." [↑](#footnote-ref-42)
43. ראו לדוגמה רע"פ 3677/13 מוחמד אלהרוש נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2014), ע"פ 99/14 מדינת ישראל נ' מליסרון בע"מ (פורסם בנבו, 25.12.2014). [↑](#footnote-ref-43)
44. ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, 457 (פורסם בנבו, 23.2.1962). [↑](#footnote-ref-44)
45. עניין **ריזי,** לעיל ה"ש X. [↑](#footnote-ref-45)
46. עם זאת, ישנם מספר הבדלים: מאסר בפועל לא ניתן לצרף לשירות לתועלת הציבור; לפני הטלת מאסר בפועל יש לקבל תסקיר משרות המבחן; לעניין התיישנות מרשם פלילי רק מאסר על תנאי שהופעל דינו כדין מאסר בפועל. [↑](#footnote-ref-46)
47. השופט בוחר לתאר זהות זו כעניינית, יתכן בהבחנה מזהות מהותית. יתכן שהבחנה זו מאפשרת ליישב בין פסיקותיו. [↑](#footnote-ref-47)
48. "מפרשנותו של בית משפט זה לפיה קיימת זהות עיונית בין עונש המאסר על תנאי לבין עונש המאסר בפועל נובע, בין היתר, כי עונש המאסר על תנאי כפוף אף הוא, לרוב, לאותם כללים והגבלות שחלים על עונש המאסר בפועל. כך למשל, לא ניתן להטיל עונש מאסר על תנאי החורג מהעונש המרבי הקבוע בחוק בגין אותה עבירה; וכן ניתן להטיל על תנאי את העונש המזערי שנקבע בצד עבירה, ככל שנקבע כזה. השלכה נוספת של זהות עיונית זו היא שכאשר מוטל על נאשם עונש שחלקו לריצוי בפועל וחלקו על תנאי, רואים בעונש המאסר על תנאי חלק מתקופת המאסר הכוללת שהושתה על הנאשם, אם כי תקופת התנאי תחל מיום שחרורו מהמאסר. לעמדתי, פרשנות אשר משתלבת עם פירוש הפסיקה עד כה לעונש המאסר על תנאי, היא פרשנות אשר מחילה על עונש המאסר על תנאי גם את הכללים וההגבלות של הסדר התיישנות העונשים. משאין חולק כי [סעיף 10](http://www.nevo.co.il/law/74903/10) ל[חוק סדר הדין הפלילי](http://www.nevo.co.il/law/74903) חל על עונש מאסר בפועל – סבורני, כי פרשנות הרמונית של הדין מנביעה כי יש להחיל את [סעיף 10](http://www.nevo.co.il/law/74903/10) לחוק אף על עונש מאסר על תנאי." עניין הועדה המקומית לתכנון ובניה "השומרון" לעיל ה"ש X, בעמ' 23 (ההפניות הוסרו). [↑](#footnote-ref-48)
49. עמנואל וגזל-אייל, לעיל ה"ש X, בעמ' 122 ("In practice, courts usually only determine the range for the most severe type of penalty and then add other supplementary measures without setting ranges for these measures."). [↑](#footnote-ref-49)
50. שם, בעמ' 121. [↑](#footnote-ref-50)
51. שם, בעמ' 123. [↑](#footnote-ref-51)
52. שיעורי זיכוי והרשעה, לעיל ה"ש X, בעמ' 19. [↑](#footnote-ref-52)
53. הרי, הרציונל הוא שרק אחרי שהחליט בית המשפט על עונש הולם הוא רשאי להתנותו. [↑](#footnote-ref-53)
54. עונשים אחרים כמו קנס, עבודות שירות, או מאסר בפועל, לא נועדו בהכרח לקדם מטרה חברתית, וניתן לומר אפילו שבהגדרה לא ניתן בכלל למדוד את "היעילות" שלהם מבחינה אמפירית. עונשים "גמוליים" לא נועדו להשיג תוצאה מדידה, אלא רק "להשיב לאדם כגמולו". על עונשים שתכליתם גמולית ניתן ואף רצוי להעביר ביקורת אמפירית, אבל זה לא בהכרח הופך אותם לחסרי משמעות. גם אם נוכיח שמאסר בפועל מוביל לנזקים חברתיים עצומים, זה לא בהכרח מוביל למסקנה שיש להפסיק את השימוש בו עבור מי שטוען שתכליתו היא גמולית. לעומת זאת, הדגמתי שעונש המאסר על תנאי הוא עונש תועלתני מובהק, וככל שאין תימוכין אמפיריים לתוצאות של השימוש בו אז אין הצדקה לשימוש בו, בייחוד באופן אוטומטי. [↑](#footnote-ref-54)
55. Arie Frieberg and Victoria Moore, *Disbeliveing Suspence: Suspended Sentences of Imprisonment and Public Confidence in the Criminal Justice System,* 42 The Australian And New Zealand Journal Of Criminology 101 (2009) (להלן: "פרייברג ומור"). במרכזו של הדיון הציבורי באוסטרליה שהוביל לביטול עונש זה במדינת ויקטוריה עומד הסנטימנט לפיו מדובר בהתחמקות מעונש ולא בעונש של ממש. [↑](#footnote-ref-55)
56. יתכן שישנם נאשמים, לרוב בעבירות צווארון לבן, שעבורם עונש המאסר על תנאי יהיה גרוע יותר באופן סובייקטיבי מאשר עונשים אחר כגון קנס ולו רק בגלל הסטיגמה שהם סבורים שנלוות לעונש זה. יתכן שזו הייתה כוונת המחוקק ביחס לכלל האשמים, אך ההבדל נעוץ במידת החשיבות שהאשם מעניק לסטיגמה העונשית לעומת "הכאב" בפועל. להרחבה בסוגיית "הרגישות העונשית" ראוMalcolm M. Feeley, The Process is the Punishment (1979). [↑](#footnote-ref-56)
57. John Black, A Dictionary of Economics 124 (1997). [↑](#footnote-ref-57)
58. שם, בעמ' 468. [↑](#footnote-ref-58)
59. בהקשר דומה, Listokin דן בהשפעה של הבדלים בין נאשמים מבחינת מועד תחילת ריצוי העונש, על החומרה היחסית של עונשים זהים מבחינה נומינלית. לשיטתו, הנחת העדפה זמנית מובילה לכך שעבור מי שנענש באופן מידי, כגון מי שמצוי במעצר, נגזר למעשה עונש חמור יותר מאשר עבור מי שנענש באותו העונש מבחינה נומינלית אך מתחיל בריצויו המועד מאוחר יותר בעתיד. ראו: Yair Listokin, *Crime and (with a lag) Punishment: The Implications of Discounting for Equitable Sentencing*, 44 Am. Crim. L. Rev. 115 (2007). [↑](#footnote-ref-59)
60. Leslie Sebba, *Some Explorations in the Scaling of Penalties,* 15 Journal of Research in Crime and Delinquency 247 (1978); וגם:Leslie Sebba and Gad Nathan, *Further Explorations in the Scaling of Penalties* 24 British Journal of Criminology 221 (1984). [↑](#footnote-ref-60)
61. Nigel Walker and Catherine Marsh, *Do Sentences Affect Public Disapproval?* 24 British Journal of Criminology 27 (1984). [↑](#footnote-ref-61)
62. בפסיקה נקבע כי יש להמנע מהטלת תנאי שמשכו אינו מידתי, ראו לדוגמה: עניין **ריזי**, לעיל ה"ש X; ע"פ 229/78 **סעדיה נ' מדינת ישראל**; ע"פ 608/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**. יתכן שניתן היה להתמודד עם השפעתה האפשרית של תופעת ההנחה הזמנית בקביעה לפי שופט שגוזר עונש מאסר על תנאי יהיה מחויב להתמנות לשיפוט בתיק העתידי הפוטנציאלי. כך, אמנם בהווה השופט לא צריך להתמודד עם המשמעות של הפעלת התנאי, אך הוא יודע שעתיד משימה זו תהיה מונחת לכתפיו. עם זאת, כמובן שלא ניתן לקבוע הוראה שכזו מסיבות מעשיות. [↑](#footnote-ref-62)
63. כך כותבים עמנואל וגזל-אייל: " even if some suspended sentences today replace immediate imprisonment, most of these sentences supplement other sanctions, and since they are often activated, suspended sentences are more likely to increase incarceration than decrease it. " לעיל ה"ש X, בעמ' 127. עם זאת, חשוב לציין שמידע רב חסר בנושא. גם עבור עבריין חוזר, יתכן שהעבירה השנייה אינה עבירת תנאי. בעתיד יש צורך לבצע מחקר שבוחן את כמות המאסרים המותנים שמופעלים מתוך סך המאסרים המותנים שנגזרים. [↑](#footnote-ref-63)
64. כלומר, נרצה ששיקול הגמול הפוטנציאלי יקבל את המשקל המירבי, על מנת למזער כל עיוות עתידי למינימום. [↑](#footnote-ref-64)
65. בשנת 1996 המאסר על תנאי היה העונש השני הכי נפוץ במדינת ויקטוריה (בערך 30% מסך הסנקציות).

Mirko Bagaric, *Suspended Sentences and Preventive Sentences: Illusory Evils and Disproportionate Punishments*, 22 U.N.S.W.L.J. 535 (1999) (להלן: "Bagaric"). [↑](#footnote-ref-65)
66. זאת במידה שאין שינויים נרחבים אחרים שעלולים להשפיע. אבל גם אם יש, עדיין מדובר במחקר חשוב שכן אם בוטל עונש מאסר על תנאי, ובד בבד נעשו רפורמות אחרות והתוצאה הכללית הייתה ירידה ברצידיביזם, יתכן שניתן לומר שמכלול השינויים כולו חיובי. [↑](#footnote-ref-66)
67. 24.5% בשנת 2014, והנתונים יציבים יחסית לאורך השנים. ראו:

Ministry of Justice, Proven Reoffending Statistics - Quarterly Bulletin, January to December 2014, England and Wales (2016) (זמין בכתובת הבאה: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/563185/proven-reoffending-2014.pdf>). [↑](#footnote-ref-67)
68. Bagaric, לעיל ה"ש X ("Every person in the community faces the risk of imprisonment if they commit an offence which is punishable by imprisonment. Despite this it has never been seriously asserted that we are all undergoing some type of criminal punishment."). [↑](#footnote-ref-68)
69. ראו לדוגמה פרייברג ומור, לעיל ה"ש X. בנוסף, מחקר שבדק את גישות של שופטים בטזמניה מצא כי שופטים חשים שהציבור אינו מעריך נכונה את עונש המאסר על תנאי, Lorana Bartels, *Suspended Sentences – A Judicial Perspective,* 9(1) QUT L. & Justice J. 44 (2009)*.* [↑](#footnote-ref-69)
70. Joan Petersilia and Elizabeth Piper Deschenes, *Perceptions of punishment: Inmates and staff rank the severity of prison versus intermediate sanctions*, 74(3) The Prison Journal 306‏ (1994). ראו גם: Ben M. Crouch, *Is incarceration really worse? Analysis of offenders' preferences for prison over probation*, 10(1) Justice Quarterly 67 (1993); William Spelman, *The severity of intermediate sanctions*, 32(2) Journal of Research in Crime and Delinquency, 107 (1995). [↑](#footnote-ref-70)
71. ראו סימן א'1 לחוק סדר הדין הפלילי "סגירת תיק בהסדר". [↑](#footnote-ref-71)
72. "סימפוזיון על דרכי ענישה בישראל" 23 (פרסומי המכון לקרימינולוגיה 3, תשכ"ג). [↑](#footnote-ref-72)
73. עניין ריזי, לעיל ה"ש X. [↑](#footnote-ref-73)
74. בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון הפנים (פורסם בנבו, 13.06.2017). [↑](#footnote-ref-74)