

# יעילות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בהחמרה עם עבריינים חוזרים

משה בר-ניב (בורנובסקי), צבי ספרא\*

- א. מבוא
- ב. המדיניות השיפוטית והחקיקתית בישראל ובעולם
- ג. מדיניות הענישה בראי הניתוח הכלכלי
- ד. המודל ותוצאתו
- ה. סיכום

## א. מבוא

מאמר זה מנסה להציב סימן שאלה בעניין תחולתו של אחד העקרונות המבוססים ביותר של מדיניות הענישה – ההחמרה עם עבריינים חוזרים. המדיניות השיפוטית, מקדמת דנא, מחמירה עם עבריינים חוזרים. מדיניות זו נוהגת, הן בישראל והן במדינות אחרות, כדבר מובן מאליה. בשנים האחרונות הועצמה ההחמרה עם עבריינים חוזרים בחקיקה – ובמיוחד במסגרת חוקי "המכה השלישית" הרווחים כיום בחלק ממדינות ארצות-הברית, המשתיתים על עבריינים המורשעים בפעם השלישית עונשי מאסר ממושכים כדי מאסר עולם גם כאשר העברה האחרונה אינה מצדיקה כשלעצמה עונש חמור שכזה.

הפסיקה בישראל הולכת בתלם הכללי, ועונשו של עבריין חוזר לעולם יהיה חמור יותר. זאת, מבלי לנתח אנליטית וביסודיות את משמעויותיה ותוצאותיה של הגישה האמורה. דוגמה טובה לגישה זו ניתן למצוא בדבריו של השופט שמגר החוזר ומבטא את הכלל שלפיו בית המשפט "רשאי להבחין בין מי שעובר עבירה כלשהי לראשונה לבין מי שרשימה ארוכה של הרשעות קודמות מאחוריו, ואך מובן, כי בעל הרשעות הקודמות ראוי לענישה מחמירה יותר".<sup>1</sup> מדיניות שיפוטית זו היא פרי התפתחותה של הפסיקה, ולמעשה אין בישראל כיום חקיקה המנחה את מערכת השיפוט לגבי מדיניות ענישה כוללת. עם זאת, לעתים, יש שחקיקה קובעת כי יש להשית עונש

\* פרופ' בר-ניב, בית הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

פרופ' ספרא, סגן הנשיא המסלול האקדמי המכללה למינהל ואוניברסיטת תל-אביב.

<sup>1</sup> ר"ע 439/85 מדינת ישראל נ' רז, פ"ד לט(3) 227,225 (1985) (להלן: עניין רז).

קשה יותר על עברייני חוזר,<sup>2</sup> אך זהו החריג – ולא הכלל. לאחרונה, בעקבות מסקנותיה של ועדת גולדברג,<sup>3</sup> הונחה בפני הכנסת הצעת חוק<sup>4</sup> המתווה מדיניות ענישה כללית, ובמסגרתה מוצע להכליל, חקיקתית, את עקרון ההחמרה בעונש על עבריינים חוזרים. אין בדו"ח הוועדה, ואף לא בדברי ההסבר להצעת החוק, דיון מקיף בדבר תחולתו הכללית של העיקרון והשלכות יישומו הכללי על רמת הפשיעה הכוללת בחברה. אנו נבקש להראות כי המדיניות הכוללת האמורה אינה מיטבית בכל המקרים, וכי ישנם מצבים שבהם מדיניות כזו תביא דווקא להחמרה ברמת הפשיעה הכוללת. במאמר תעומת המדיניות הנוהגת (והמוצעת) מול מדיניות ענישה חלופית והפוכה – ועל פיה תוחמר הענישה דווקא לגבי מי שעובר עברה ראשונה. כפי שיוצג במאמר, ישנם מצבים שבהם דווקא המדיניות שלפיה יש להחמיר עם העברה הראשונה תביא לרמת פשיעה כוללת נמוכה יותר. המדיניות המחייבת להחמיר בעונשם של עבריינים חוזרים הייתה, ועודנה, כה מבוססת בתפיסת הענישה, עד אשר לא נמצאו, עד לאחרונה, חוקרים אשר ביקשו לבחון את נכונותה, או לפחות לבסס תאורטית תחומי תחולתה. במאמר זה נבקש להעמיד לדיון, טרם השלמת תהליך החקיקה את המדיניות הקיימת וגיבושה בחקיקה המוצעת. המאמר יתמקד בשאלת יעילות המדיניות מהיבט אחד: רמת הפשיעה הכוללת בחברה. ישנם כמובן היבטים נוספים המצריכים בחינה באשר לכלל הענישה, אך אלה חורגים ממסגרת הניתוח שיוצג במאמר.<sup>5</sup>

## ב. המדיניות השיפוטית והחקיקתית בישראל ובעולם

כאמור, ההרשעות הקודמות של עברייני משפיעות, בדרך כלל, על חומרת העונש שמטיל עליו בית משפט. הלכה למעשה, חומרת העונש היא פונקציה ישרה לחומרת העבר הפלילי של העברייני. ככל שההיסטוריה העבריינית של הנאשם "מרשימה" יותר, כך העונש חמור יותר. לפיכך, אם בוצעה עברה בידי שניים, הרי העברייני בעל העבר הפלילי העשיר יותר ייענש בחומרה רבה יחסית לשותפו לעברה שעברו הפלילי קל יותר. הדוקטרינה של הענישה המחמירה לעברייני חוזר הושרשה בפסיקת בית

<sup>2</sup> ראו לדוגמה ס' 63 לפקודת התעבורה (נוסח חדש), התשכ"א–1961, שעל פיו יש להחמיר בעונשו של מי שעבר עברה קודמת בשנתיים שקדמו לעברה שעליה הוא מובא לדין.

<sup>3</sup> משרד המשפטים **דין וחשבון של הוועדה לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת דין** (1997) (להלן: "ועדת גולדברג").

<sup>4</sup> הצעת חוק העונשין (הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), התשס"ו–2006, ה"ח 241 (להלן: "הצעת החוק").

<sup>5</sup> להרחבה בנוגע להצדקות ההתחשבות בעבר הפלילי בקביעת העונש ראה רות קנאי "הערכת עבר פלילי" **מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריה, מדיניות ויישום** 287 (מאיר חובב, לסלי סבה ומנחם אמיר עורכים, 2003).

המשפט<sup>6</sup>, ולעתים אפילו, מעשית, גברה על חקיקה מפורשת כנגד דרך זו.<sup>7</sup> בארצות-הברית, מדיניות הענישה המחמירה עם עבריינים חוזרים מהווה גורם משמעותי ביותר במדיניות הענישה הסטטוטורית. מדיניות זו מוסדה, לעתים, גם חקיקתית ובמתכונת קשיחה למדי כגון בקביעת טבלאות עזר לשופט, המנחות (וכמעט מכתיבות) לשופט את חומרת הענישה. הטבלאות החקוקות מחייבות לבדוק בעמודת חומרת העברה הרלוונטית, אל מול עמודת מספר העברות הקודמות של העבריין ומכאן ייגזר העונש. במתכונת זו, מידת שיקול הדעת של בתי המשפט בכל הקשור לענישת עבריינים חוזרים הוגבלה במדיניות חקיקתית המחייבת את השופט להתאים את הענישה הראויה על פי הרשעות קודמות.<sup>8</sup> במערכת המשפט הפדרלית פועלת ועדה שמטרתה קביעת הקווים המנחים המחייבים את השופטים לגזירת עונשו של עבריין. בהנחיות הוועדה שפורסמו לאחרונה מצויה הנחיה מפורשת שעל השופטים להחמיר עם עבריינים חוזרים.<sup>9</sup> ההנחיות מנמקות קביעה זו בכמה דרכים: ראשית נקבע כי עבריין חוזר נושא ב"אשמה" גדולה יותר, ולכן הוא ראוי לעונש חמור יותר. שנית נקבע כי הטלת עונש חמור יותר על עבריינים חוזרים תגביר את ההרתעה הן של היחיד והן של הציבור בכללותו. שלישיית ההנחה היא ש"עבריינים מקצועיים" מהווים הסכנה הגדולה ביותר לחברה, ולכן יש להחמיר בעונשם.

לעתים הבניית שיקול הדעת השיפוטי מקבלת מתכונת קשוחה וקיצונית יותר. כך לדוגמה, בחקיקות ה-Strike-out, שעל פיהן, לאחר מספר נתון (בדרך כלל – שלוש) של עברות, מושת על העבריין "עונש הרחקה" מהחברה.<sup>10</sup> חקיקות אלה גוזרות על העבריין שהורשע כמה פעמים, בדרך כלל שלוש, עונש מאסר ממושך ביותר, וזאת, לעתים, אף ללא תלות בחומרת העברה האחרונה.<sup>11</sup> כפי שנציג בהמשך, המדיניות

<sup>6</sup> ראו לדוגמה עניין רז, לעיל ה"ש" 1. כן ראו את החלטת בית המשפט העליון בארצות-הברית בעניין של *Graham v. State of West Virginia*, 224 U.S. 616, 623 (1912) שם נאמר: "The propriety of inflicting severer punishment upon old offenders has long been recognized in this country and in England. Statutes providing for such increased punishment were enacted in Virginia and New York as early as 1796"

<sup>7</sup> DALE G. PARENT, STRUCTURING CRIMINAL SENTENCES: THE EVOLUTION OF MINNESOTA'S SENTENCING GUIDELINES (1988)

<sup>8</sup> ראו: EDWARD R. BECKER, FLEXIBILITY AND DISCRETION AVAILABLE TO THE SENTENCING JUDGE UNDER THE GUIDELINES REGIME FEDERAL PROBATION (1991). ראו גם את הצעת חוק העונשין (תיקון – דרכי ענישת עבריין חוזר), התשס"ז–2007, שם מוצע כי "עונשו של עבריין חוזר בגין העברה החוזרת יהיה מאסר בפועל לתקופה שלא תפחת משליש מתקופת המאסר הקבועה בחוק" וגם "עונשו של עבריין מועד בגין העברה החוזרת הנוספת יהיה מאסר בפועל לתקופה המירבית הקבוע בחוק".

<sup>9</sup> U.S. Sentencing Guidelines Manual, § 4A1.1(c) (2008).

<sup>10</sup> החקיקה במדינת קליפורניה משיתה על עבריין חוזר על העברה שלוש פעמים עונש שבין 25 שנות מאסר למאסר עולם. Cal Pen Code § 667 (2008).

<sup>11</sup> על שולחנה של הכנסת ה-17 הונחה הצעת חוק פרטית במתכונת האמורה: הצעת חוק העונשין

המחמירה עם עבריינים חוזרים אינה מובנת מאליה, ומעוררת שאלות לא פשוטות, הן כאשר למהות הענישה הפלילית והן כאשר ליעילות של מדיניות הענישה הנוהגת. כך, לדוגמה, מתעוררת השאלה אם אין בהטלת העונש החמור יותר על עברה נוספת משום ענישה רטרואקטיבית, שהרי ההנחה היא שעל העבריין הוטל עונש הולם בעת שנגזר עונשו בגין עברות קודמות. אם הענישה הקודמת הייתה ראויה, הרי עצם ההחמרה רק בשל היסטוריית העברות, נראית לכאורה כענישה נוספת בגין עברות קודמות. במילים אחרות, הטיעון הוא שיש בהחמרה משום הטלת עונש נוסף בשל העברה שבגינה כבר הוטל עונש, וזאת בניגוד לעיקרון שאין עונשין פעמיים בגין אותה עברה. אכן, לעתים יש שהחקיקה אף מציינת מפורשות את ההחמרה במתכונת שכזו. כך, לדוגמה, קובע סעיף 667 לקוד העונשין של קליפורניה,<sup>12</sup> כי לגבי מי שחזר והורשע בעברה חמורה, תתווספה לעונש, בשל העברה האחרונה, גם חמש שנות מאסר בשל כל עברה חמורה קודמת שבוצעה.

מדיניות ההחמרה בעונשו של עבריין חוזר עשויה לעמוד בניגוד לעקרונות חוקתיים-עונשיים נוספים, וראש וראשון להם עקרון המידתיות בענישה. ענישה קשה מדי עלולה להיתפס כפוגעת בעקרונות חוקתיים שתכליתם הגנה על זכויות היסוד של האדם.<sup>13</sup> בהקשר זה נעשו ניסיונות לתקוף את "ישומו של חוק ה-Strike" "Out במדינת קליפורניה בטענה כי הוא נוגד את התיקון השמיני לחוקה,<sup>14</sup> הקובע איסור השתת עונש אכזרי במיוחד. ניסיון זה בא לאחר שבית המשפט של מדינת קליפורניה הטיל עונש של שני מאסרי עולם מצטברים על אדם שהורשע בגנבת קלטות וידאו בשווי של כ-200 דולרים. בית המשפט העליון דחה את הטענה שהעונש נוגד את התיקון השמיני לחוקה<sup>15</sup> והותיר אותו על כנו. שאלה חוקתית נוספת שעולה בהקשר זה היא שאלת השוויון בענישה. שניים שביצעו אותה עברה, מדוע יהיה העונש המושת עליהם שונה? ענישה שוויונית ודומה, אף היא בגדר ערך משמעותי בתחום הענישה. נוסף על השאלות החוקתיות שעלו בארצות-הברית באשר לחוקים אלו ניתן להעלות שאלות בדבר התועלת הצפויה מיישום מדיניות ענישה כה מחמירה. כך למשל ניתן לטעון כי הנהגתם של חוקים המחמירים עם עבריינים חוזרים הביאה לגידול באוכלוסיית האסירים בארצות-הברית, כך שכיום אוכלוסייה זו היא הגדולה בעולם הן במספרים מוחלטים והן בשיעורם באוכלוסייה.<sup>16</sup>

(תיקון – ענישה מוגברת בשל שלש עבירות אלימות), התשס"ח–2007, המבקשת להטיל עונש מאסר מינימלי של 12 שנות מאסר על מי שהורשע בעבר בשתי עברות אלימות.

<sup>12</sup> לעיל ה"ש 8.

<sup>13</sup> Ewing V. California, 538 U.S. 11 (2003).

<sup>14</sup> U.S. Const. amend. VII.

<sup>15</sup> Lockyer v. Andrade, 538 U.S. 63 (2003).

<sup>16</sup> הנתונים זמינים באתר : [www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/](http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/) (נבדק לאחרונה ב-12.3.2009).

בדומה לארצות-הברית, גם בבריטניה ישנה מגמה של עיצוב מדיניות ענישה המחמירה עם עבריינים חוזרים. בשנת 2003 הוספה לחוק העונשין הבריטי הוראה הקובעת כי השופטים חייבים להתייחס לכל הרשעה קודמת של העבריין כ-"נסיבה מחמירה" בקביעת העונש.<sup>17</sup> ניתן לציין כי בעבר חל בבריטניה איסור על השופט להחמיר את עונשו של העבריין עקב הרשעותיו הקודמות.<sup>18</sup>

עברו הפלילי של הנאשם הוא אחד השיקולים המרכזיים הנשקלים על ידי בתי המשפט בישראל בקביעת עונשו של עבריין.<sup>19</sup> לעבר הפלילי השלכות הן לעניין ההחמרה והן לעניין ההקלה בעונש. מחד גיסא, בתי המשפט נוהגים להחמיר עם עבריינים חוזרים, ומאידך גיסא, בתי המשפט נוהגים לראות בהיעדר עבר פלילי נסיבה מקילה. הגם שאין בישראל הסדר חקיקתי להנחיית השופטים בשיקולים לקביעת עונשו של העבריין, החוק מאפשר לתביעה להציג את ההיסטוריה הפלילית של המורשע בדין כראיה בשלב הטיעונים לקביעת העונש.<sup>20</sup> אף שהחוק אינו מורה לשופט להתחשב בעברו הפלילי של הנאשם, עצם האפשרות החוקית להציג את העבר הפלילי מלמדת כי מותר לבית המשפט להתחשב בעבר הפלילי כשיקול בקביעת העונש. יש לזכור שפעמים רבות ההחמרה עם עבריין חוזר תהיה קשה במיוחד. כאשר מדובר באסירים הנמצאים במאסר על תנאי, לא רק שתופעל תקופת התנאי, אלא שבתי המשפט נוטים להחמיר עם עבריינים מסוג זה אף יותר.<sup>21</sup> ניתן להדגים את המדיניות האמורה בנסיבות מקרה שבו הורשעו שניים בביצוע עברות של חטיפה ושווד בנסיבות מחמירות. בית המשפט ציין במפורש כי "איני רואה מקום להבחין לצרכי העונש בחלקן של כל נאשם בעברות".<sup>22</sup> למרות זאת, על אחד העבריינים נגזר עונש של 32 חודשי מאסר בפועל, ואילו על שותפו נגזרו עבודות שירות בלבד. ההבדל בין עברם הפלילי של הנאשמים הוא היסוד לשוני המהותי בענישה.<sup>23</sup>

בשנת 1996 מינה שר המשפטים את ועדת גולדברג במטרה לבחון אם יש לחוקק הנחיות שיבנו את שיקול דעתו של השופט בקביעת עונשם של עבריינים. הוועדה הגיעה למסקנה שיש צורך להבנות את שיקול הדעת השיפוטי, ואף קבעה את הכללים לגיבוש שיקול דעת זה. על פי המלצות הוועדה, כפי שאומצו בהצעת החוק "עקרון-העל", בקביעת עונשו של עבריין יש לשמור על "עקרון ההלימות", היינו על יחס "הולם" בין חומרת העברה ומידת אשמתו של העבריין לבין העונש המוטל

17 Criminal Justice Act c. 33, § 143(2) (2003).

18 Criminal Justice Act, c. 53 (1991).

19 רות קנאי "הנחיות לקביעת גזר הדין בפסיקת בית המשפט העליון" **משפטים** כד 97, 120 (1997).

20 ס' 188 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982.

21 ראו קנאי, לעיל ה"ש 19, בעמ' 122.

22 ת"פ 209/00 **מדינת ישראל נ' עלושי**, דינים מחוזי לב(9) 626 (2001).

23 שם.

עליו.<sup>24</sup> החריגה מעקרון ההלימות מותרת רק במקרים של צורך בשמירה על שלום הציבור בשל מסוכנות העברייני.<sup>25</sup> בנוסף מונה הצעת החוק רשימה של נסיבות מקלות ומחמירות אשר על השופט לשקול בכואו לגזור את העונש. הצעת החוק מבחינה בין נסיבות הקשורות בביצוע העברה לבין אלו שאינן קשורות בביצועה. עברו הפלילי של הנאשם הוא אחת הנסיבות המחמירות שאינן קשורות בביצוע העברה.<sup>26</sup> בדברי ההסבר לסעיף המגדיר את העבריינות החוזרת כנסיבה מחמירה מודגש כי: "כשאדם עבר כבר עבירות רבות בעבר, ועונשים קודמים לא הרתיעו אותו, הרי שזו סיבה להחמיר איתו". לבסוף מציינים דברי ההסבר את העובדה כי לאור הוראות חוק סדר הדין הפלילי<sup>27</sup> אין בכך חידוש, אלא הליכה בעקבות רצון הכנסת.

כאמור, ישנן סיבות המעמידות בסימן שאלה את ההצדקה למדיניות המחמירה עם עבריינים סדרתיים המושתתות על היבטי התאוריות המסבירות את הענישה הפלילית. על אף הקשיים המתעוררים, מתחזקת המגמה להחמיר עם עבריינים חוזרים, וזאת, ללא בחינה רצינית ומעמיקה של הנימוקים לדרך פעולה זו ולתחולתה הכוללנית. הנימוק המרכזי להצדקת המדיניות נעוץ בכך שיהיה בה כדי להרתיע את העבריינים החוזרים מפעילות לא חוקית, ולכן תגן על הציבור טוב יותר בכך שתפחית את רמת הפשיעה על ידי הרתעתם של עבריינים חוזרים.<sup>28</sup> אולם נראה כי נימוק זה אינו מהווה את הסיבה היחידה לנטיית המחוקקים בשנים האחרונות להחמיר עם עבריינים חוזרים. על פי מחקרים שנערכו במערכות משפט שונות ב-30 השנים האחרונות נראה כי הציבור רואה בעבריינות חוזרת את אחד הגורמים המרכזיים שצריכים לגרום החמרה עם עבריינים.<sup>29</sup> אם כך ייתכן שהחוקים הללו מונעים במידה רבה מהלחץ הציבורי הגובר להיאבק בפשיעה, והם לא דווקא תוצאה של הליך מחשבה סדור ומקיף. במודל המוצע להלן ננסה להוכיח כי בדפוסי התנהגות עבריינית המאוששים במודל, מדיניות כזו עלולה להוביל, לפחות בחלק מהמקרים, דווקא לגידול בהיקף הפעילות העבריינית בהשוואה למדיניות ענישה שאינה מחמירה עם בעלי עבר פלילי.

24 ראו ס' 40ב להצעת החוק, לעיל ה"ש 4.

25 שם, ס' 40ג(ג).

26 שם, ס' 140(ה')(1).

27 לעיל ה"ש 19.

28 ראו את דברי ההסבר שמצורפים להצעת חוק העונשין (תיקון – דרכי ענישת עברייני חוזר), התשס"ז–2007: "מאידך כאשר המדובר בעברייני שחוזר לסורו בפעם שניה או שלישית ומוכיח בכך כי המדובר לכאורה במפגע ציבורי חסר תקנה קשה מאוד למצוא נימוקים להקל בדינו ועל פניו נראה כי רק ענישה של מאסר בפועל יכולה להשיג הן את אלמנט ההרתעה הדרוש והן לתת לציבור הגנה מפני העברייני".

29 V. Roberts, *Punishing Persistence: Explaining the Enduring Appeal of the Recidivist* . Premium, 48 BRIT. J. CRIMINOLOGY 448 (2008)

### ג. מדיניות הענישה בראי הניתוח הכלכלי

הספרות הכלכלית העוסקת בהבנה ובניתוח של פעילות עבריינית,<sup>30</sup> מנתחת, לרוב, פעילות עבריינית המתרחשת בתקופת זמן אחת. מודל המושתת על בחינה של עבריינות חד-פעמית הנו מטבעו מוגבל, ותוצאותיו אינן תואמות את המציאות שבה עבריינות חוזרת הנה תופעה דומיננטית. מובן אפוא שמודלים חד-תקופתיים אינם מתאימים כדי לנתח עבריינות חוזרת או לבסס מדיניות ענישה המתחשבת בעברו של הפושע.

מחקרים עדכניים יותר פנו לבחינה של מתווה התנהגות ראיסטי יותר, שבו אדם מבצע עברות על פני תקופות שונות. מאחר שניתוח אנליטי של כמה תקופות זמן מסובך יותר לפתרון מאשר ניתוח בעיה בתקופת זמן בודדת, טרם הושגה הבנה מלאה של הנושא. כמה עבודות נכתבו בנושא, ומחבריהן ניסו למצוא מתווה אופטימלי למדיניות ענישה חוזרת בעולם רב-תקופתי ודינמי. בשל מורכבות הבעיה והניתוח לגבי מודלים רב-תקופתיים, תוחמו עיקר המחקרים בנושא לשימוש במודל דו-תקופתי. אריאל רובינשטיין הציג את טבעה הבעיית של מדיניות הענישה במודל דו-תקופתי כאשר הראה שתיכונה תוצאות הסותרות את ההיגיון המקובל שבתשתית מדיניות הענישה המוגברת לעבריינים חוזרים: במודל הדו-תקופתי של רובינשטיין יהיו, לעתים, שחקנים אשר יבצעו יותר פשעים כאשר מדיניות הענישה לגביהם חמורה יותר.<sup>31</sup> כלומר מדיניות ענישה המחמירה עם עבריינים חוזרים לא בהכרח מבטיחה רמת פשיעה נמוכה יותר. עם זאת, אין במחקרו של רובינשטיין כדי להצביע על מדיניות ענישה אופטימלית התקפה באופן כללי. אמנם רובינשטיין גם מראה כי בהינתן פונקציית תועלת מסוימת, תעלה רמת ההרתעה, אם יוענש עבריין חוזר ביתר חומרה. אך, כאמור, תוצאות אלה אינן כלליות.

במחקר מאוחר יותר חקרו Polinski & Rubinfeld מודל דו-תקופתי שבו מדיניות הענישה מחמירה יותר לגבי הפשע השני שיבוצע. הם מראים כי מדיניות כזו יכולה להיות לעתים אופטימלית (אף על פי שתוצאה זו איננה מתקבלת בכל הנסיבות).<sup>32</sup> ביסוד מודל זה מצוי מושג הנטייה לעבריינות (Offense-propensity) המאופיינת ברמת הרווח של אדם מעבריינות. ההנחה היא כי בתי המשפט אינם יכולים לאבחן נטייה זו בעבריינים הניצבים לפנייהם למשפט, ולפיכך עצם העבריינות החוזרת הנה סימן חיצוני המגדיר את מבצעי העברה כבעלי נטייה לעבריינות. מהנחה

Gary S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, 76 J. POL. ECON. 30 (1968).

Ariel Rubinstein, *On an Anomaly of the Deterrent Effect of Punishment*, 6 ECON. LETTERS 89 (1980).

M. Polinsky & D. L. Rubinfeld, *A Model of Optimal Fines for Repeat Offenders*, 46 J. PUB. ECON. 291 (1991).

זו נגזרת די בנקל התוצאה כי הענשה בחומרה רבה יותר של עבריינים חוזרים, תוליך לרמת הרתעה גבוהה יותר.

Nash ניתח מודל רב-תקופתי שבו מספר התקופות גדול משתיים, אלא שבנוסף הוא הניח כי העבריין מפסיק את פעילותו הבלתי חוקית ברגע שבו הוא נתפס. לפיכך התנהגות אסטרטגית דינמית אינה אפשרית, ובפועל, המודל שלו אינו שונה דיו ממודל חד-תקופתי.<sup>33</sup>

ברור כי ניתוח כלכלי-משפטי של מבנה הענישה במודלים חד-תקופתיים או דו-תקופתיים בלבד, אינו מספק ניתוח שלם למבנה מדיניות הענישה האופטימלית לגבי עבריינים חוזרים. עבריינים פועלים במסגרת עולם רב-תקופתי, ויש צורך לבחון את מדיניות הענישה האופטימלית בראש ובראשונה במודל שכזה שהוא המקורב ביותר למציאות. זאת ועוד; המודלים החד-תקופתיים או הדו-תקופתיים, אינם מספקים מענה חד-משמעי באשר למדיניות הרתעה אופטימלית כפונקציה למבנה הקנסות/ענישה. על רקע זה התפתחה בשנים האחרונות ספרות העוסקת בנייתו הרתעת עבריינים במודלים רב-תקופתיים ואשר בחלקה מציגה אף תוצאות חד-משמעיות.

ניתחננו<sup>34</sup> את המצבים שבהם העבריין הפוטנציאלי יכול מראש לבחור לבצע כמה עברות; משנתקבלה ההחלטה על ביצוע העברות, אין העבריין יכול לחזור בו ממנה. בהנחה זו התוצאה העיקרית של הניתוח היא, שבניגוד לדעה המקובלת, מדיניות הענישה הנכונה ביותר לגבי עבריינים חוזרים היא דווקא זו אשר בה העונשים על עברות ראשונות הם חמורים יותר מאשר על העברות החוזרות. לא זו אף זו, במסגרת הנחת היסוד האמורה, כמעט כל מערכת ענישה העוסקת בעבריינות סדרתית תהיה בעלת אפקט הרתעה גבוה יותר אם תוסט בה יחידת עונש כספי (דולר) מקנס המוטל על עברה מאוחרת, לקנס על עברה מוקדמת. המודל האמור מנתח התנהגותם של עבריינים המפיקים תועלת, וכמודגם בהמשך, תוצאותיו מנבאות לא רק את התנהגותם של אישי סיכון (כמקובל בספרות), אלא גם את התנהגותם של אוהבי סיכון.

במובחן מהמודלים הדינמיים הקודמים של רובינשטיין ושל Polinsky & Rubinfeld, שתוצאותיהם אינם חד-משמעיות; במודל שלנו התוצאות חד-משמעיות, ובתחומי תחולת המודל תמיד תביא המדיניות המוצעת לאותה תוצאה,

<sup>33</sup> John Nash, *To Make the Punishment Fit the Crime: The Theory and Statistical Estimation of a Multi-Period Optimal Deterrence Model*, 11 INTL' REV. L. & ECON 101 (1991).

<sup>34</sup> Burnovski, M & Z. Safra, *Deterrence Effects of Sequential Punishment Policies: Should Repeat Offenders Be More Severely Punished?*, 14 INT. REV. LAW. ECON. 341 (1994).

שהיא גם היעילה יותר מבחינת הרתעת העבריינים הפוטנציאליים.<sup>35</sup> אפשר ליישם את המודל המוצע בהקשרים מעשיים. לדוגמה החלטה של מנהלי ארגון עסקי באשר לשימוש בטכנולוגיה מסוימת: נניח כי ההחלטה בנושא בניית תחנת כוח כוללת בתוכה גם החלטה לרכוש ציוד בעל איכות שונה. עלות הציוד גבוהה ביותר, ולפיכך החלפתו אינה מעשית במהלך זמן פעילות תחנת הכוח. חקיקה המסדירה את תחום איכות הסביבה מקבעת זיהום אוויר כעברה ומשיתה קנסות בגין זיהום אוויר. ככל שאיכות הציוד גבוהה יותר, כך עלותו גבוהה יותר, אך הסיכוי לזיהום אוויר – נמוך. למן הרגע שהנהלה החליטה בעניין איכות הציוד, ממילא נקבעה גם הסתברות התרחשותן של עברות זיהום האוויר שייגרמו עקב הפעלת התחנה (שכן לאחר מעשה, משהושלמה בניית התחנה וצידודה, אין אפשרות של ממש לשנות את רמת הזיהום). דוגמאות כאלה, שבהן מתקבלות החלטות השקעה וניהול, שנגזרות מהן החלטה הסתברותית באשר למספר העברות שתנבענה מהמדיניות, רבות ביותר. דוגמה להחלטה ניהולית יכולה להיות החלטת רשת בתי מרקחת בעניין מספר הרוקחים שיוצבו. ככל שמספרם ואיכותם גבוהים יותר, כן יקטן מספר העברות של הנפקת תרופות ברשלנות. הוא הדין בהחלטות על איכות כוח אדם, על הדרכתו ועל

<sup>35</sup> בנספח למאמרנו מוצגת דוגמה מפורטת שבה מודגם כי גם במודל הדינמי תיתכן תוצאה דומה, וכי ישנם מצבים שבהם מקבל ההחלטות יבחר לבצע פשע נוסף כאשר הענישה עליו גבוהה (50), ושווה לענישה על הפשע הקודם שלו, אך יבחר שלא לבצע את הפשע הנוסף כאשר הענישה עליו נמוכה (45), וחמורה פחות מזו של הפשע הקודם. נניח כי מדיניות ענישה השתנתה ממדיניות (i) למדיניות (ii), ובמדיניות (i) הקנס בגין העברה הראשונה הוא 50 שקלים, והקנס בגין העברה השנייה הוא 50 שקלים, ואילו במדיניות (ii) הקנס בגין העברה הראשונה הוא 55 שקלים והקנס בגין העברה השנייה הוא 45 שקלים. אנו מתרכזים במקרה שבו העברין אשר ביצע את העברה הראשונה נתפס בגינה. אנו מראים כי ייתכן שהעברין יבחר לבצע את הפשע השני כאשר מדיניות הענישה היא (i) והעברין מצפה לקנס של 50 שקלים, ובניגוד לכך, לא יבחר לבצע את הפשע השני כאשר מדיניות הענישה היא (ii) והעברין מצפה לקנס של 45 שקלים.

נניח כי רווח העברין הוא אפס, והסיכוי שלו להיתפס הוא 0.8. במדיניות ענישה (i) רמת התועלת הראשונית הנה  $u(-50)$ , ואילו התועלת הצפויה מביצוע הפשע השני הנה  $0.2u(-50+y) + 0.8u(-100)$ . בהתאם למדיניות ענישה (ii) רמת התועלת הראשונית הנה  $u(-55)$ , ורמת התועלת הצפויה מביצוע הפשע השני הנה  $0.2u(-55+y) + 0.8u(-100)$ . נניח כי פונקציית תועלת מקיימת:

$$u(-100) = 0, u(-55) = 1, u(-50) = 2, u(-55 + y) = 3, u(-50 + y) = 100$$

העברין אוהב סיכון. לפיכך:

$$0.2u(-50+y) + 0.8u(-100) = 0.2 \times 100 + 0.8 \times 0 = 20 > 2 = u(-50)$$

וגם:

$$0.2u(-55+y) + 0.8u(-100) = 0.2 \times 3 + 0.8 \times 0 = 0.6 < 1 = u(-55)$$

כלומר עברין הפועל בהתאם לפונקציית תועלת זו יבצע את הפשע השני רק כאשר הענישה עליו היא חמורה יותר מאשר על הפשע הראשון.

אימונו, בארגונים עסקיים העלולים לעבור עברות רשלנות פלילית.<sup>36</sup> לגידול או הפחתה ברמת הענישה/קנסות עשויה להיות השפעה על רמת הרווחה החברתית. לפיכך בגיבוש של מדיניות ענישה ראוי לבחון גם היבט זה. על מנת לבודד השלכה זו ולמקד את הדיון ביעילות מבנה הענישה/קנסות, בהיבט ההרתעתי, נניח במודל זה סך קנסות נתון. כלומר ההנחה היא שהמחוקק קבע את הסכום הכולל של הקנסות באופן אופטימלי – ולכן איננו משנים אותו. הבחינה נוגעת אך לשאלה המבודדת: מה תהיה התוצאה של הסטה של סכום מקנס על עברה מאוחרת לקנס על עברה מוקדמת, כאשר סך כל הקנסות נשאר קבוע.

הנחות היסוד של המודל שלנו לגבי מהותו של העברייני ולגבי מערכת האכיפה היו כי מערכת האכיפה קבועה וכי העבריינים הרלוונטיים נמדדים על פי העדפת הסיכון שלהם. בדרך כלל מרבית העוסקים במחקר ההתנהגות העבריינית יוצאים מנקודת הנחה כי מדובר בפרטים אדישי סיכון, וכאן, כאמור, הם יכולים להיות גם אוהבי סיכון. יסודות אחרים של אופי השחקנים אינם נכללים במודלים הנדונים במאמר זה. לכן

גילו של השחקן או רמת העושר שלו, אינם משפיעים על תוצאות המחקר.<sup>37</sup> בעניין מערכת האכיפה, אנו מניחים כי אין השפעה למספר העברות הקודמות על מאמצי מערכת האכיפה בנוגע לעברייני מסוים. דהיינו, הסתברות הגילוי של העברייני אינה תלויה במספר העברות שביצע. מהנחה זו נובע כי המשטרה לא תשקיע יותר במעקב אחר עברייני חוזר, וכי הסתברות גילוי העברה, ללא השקעה נוספת, לא תשתנה אם מדובר בעברייני חוזר.

מאמר שהמשיך בקו ניתוח דומה לזה שלנו, הינו מאמרו של Emons, העוסק במודל המאפשר למקבל החלטות להתנות את החלטותיו בהתאם לחשיפת עברותיו

<sup>36</sup> המודל ישים גם לדוגמאות המובאות על ידי Coase והעומדות ביסוד התאוריה שלו כגון: מי שמפעיל מסילת ברזל "מחליט" למעשה מראש על כמות השרפות שייגרמו על ידי הרכבות וכו'.

<sup>37</sup> חוקרים בחנו את יעילות מערכת הענישה כפונקציה של עבריינות חוזרת בהקשרים נוספים. כך לדוגמה, M. Polinsky & S. Shavell, *On Offense History and the Theory of Deterrence*, 18(3) INT. REV. L. ECON. 305–324 (1998) עברייני כצעיר או מבוגר. מסקנתם היא שיש להשית עונש מרבי או על צעירים שעוברים עברה ראשונה או על מבוגרים שעוברים את העברה בפעם השנייה. סדרת מחקרים אחרת עוסקת בעברות רב-תקופתיות בהנחה שהסתברות הגילוי עולה לגבי עבריינים חוזרים. מסקנתו, בדומה לאמור במאמרנו, היא כי הרתעה יעילה תושג במבנה של הענשה חמורה יותר בעברות ראשונות. Dana, D.A., *Rethinking the Puzzle of Escalating Penalties for Repeat Offenders*, 110 *Landsberger & Meilijson, Incentive Generating State* וכן YALE LAW J. 733–783 (2001) *Dependent Penalty System: The Case of Income Tax Evasion*, 19 J. PUB. ECON, 333–352 (1982). מפתח מודל המסביר את השוני במבנה הקנסות לגבי עברות ראשונות ומאוחרות, בכך שתיתכן טעות של עובר העברה. הנחתי היא שאדם יכול לבצע עברה בטעות, ולכן מי שמבצע עברה ראשונה ייתכן שטעה, ולכן יש להענישו בחומרה פחותה מאשר מי שעבר פעמיים את העברה. Emons, W. *Escalating Penalties for Repeat Offenders*, 27 INT. REV. L. ECON. 170–178 (2007).

הקודמות. דהיינו, העברייני יכול לתכנן אסטרטגיה שבה מספר העברות שיבצע יהיה פונקציה לתפיסתו בביצוע מעשי העברה. המודל מניח גם כי לחשיפת העברה יש עלות חברתית, ולכן יש לשאוף לרמת אכיפה שתמזער את עלויות האכיפה אך תייצר גם הרתעה אופטימלית.

המודל של Emons<sup>38</sup> מתמקד בניתוח דו-תקופתי בלבד ובעבריינים אדישי סיכון. במסגרת זו מראה המודל כי בהסתברות תפיסה מינימלית שתאפשר עמידה באילוף סך הקנסות הנתון, ההרתעה המקסימלית תושג כאשר כל הקנס יושת על העברה הראשונה. כלומר, אם הרגולטור קבע מבנה קנסות, הרי התאמת עלות האכיפה (וממילא גם מידת הגילוי/תפיסה) שתתאים למגבלת האילוף חייבת להיות כזו שבה כל הקנסות מצטברים ומושטים על העברה הראשונה. במקרה כזה לא יבוצעו כלל עברות, שכן הקנס המושת ירתיע מפני ביצוען.

תוצאת המודל של Emons מחזקת ומכלילה, במסגרת הנחותיו, את התוצאה שהתקבלה במודל שלנו. במודל המוקדם מתקבלת תוצאה של הרתעה מוגברת עקב הסטה כלשהי מקנס על עברה מאוחרת לעברה הראשונה, אולם במודל של Emons התוצאה קיצונית יותר. הרתעה מירבית מתקבלת עקב הסטה מרבית של כל הקנס המושת על העברה השנייה אל העברה הראשונה.

כלומר תוצאות המודל מכלילות ומצביעות בכיוון שהצגנו, דהיינו כי מדיניות הענישה הנוהגת, המבוססת על החמרה בקנסות כפונקציה של מספר העברות, אינה בהכרח נכונה. בהמשך ל-Emons ולניתוח שלנו, מפתחת<sup>39</sup> Motchenkova מודל שבו נשמרות הנחות היסוד של המודל שלנו, אך מוספות לו, בעקבות מודל Emons עלויות האכיפה. במודל זה היא מראה כי שילוב מטרת המדינה להפחית בהוצאות הגילוי והתפיסה, במודל כדוגמת זה שלנו, ניתן לא רק להצביע על שיפור ברמת ההרתעה על ידי הסטת קנסות לעברות ראשונות, אלא גם ניתן לבסס מדיניות אופטימלית של מבנה קנסות. כמו במודל Emons, גם במודל זה, רמת ההרתעה המקסימלית תושג על ידי ריכוז כל הקנסות והעונשים על העברה הראשונה. כלומר תוצאתה מחזקת ומרחיבה הן את המודל שלנו, והן את מודל Emons. עם זאת, יש לזכור כי היא משתמשת בהנחה (המגבילה) שלפיה ההחלטה בעניין מספר העברות נקבעת מראש וכי העבריינים הם אדישי סיכון.

לסיכום, הניתוח המשפטי-כלכלי של בעיית מבנה הענישה בהקשר של שינוי היחס בין העונשים על העברות השונות אינו מספק פתרון כוללני לבעיות מבנה הענישה. לכל אחד מהמודלים הדו-תקופתיים או הרב-תקופתיים שהוצגו, מגבלות

Winand Emons, *A Note on the Optimal Punishment of Repeat Offenders*, 23(3) INT. REV. LAW. ECON. 253-259 (2003).<sup>38</sup>

Evgenia Motchenkova, *Cost minimizing sequential punishment policies for repeat offenders* ECONPAPER (2006), ניתן לצפייה בכתובת: <http://econpapers.repec.org/paper/dgrvuaem/2006-8.htm> (נבדק לאחרונה ב-3.3.2009).<sup>39</sup>

משלו. רוב המודלים מוגבלים במספר התקופות הנבחרות במסגרתם ובהתייחסות לעבריינים כאדישי סיכון. אולם כל המודלים שהוצגו מובילים למסקנה כי מדיניות הענישה הנוהגת, ועל פיה אוטומטית יש להכביד בעונשם של עבריינים חוזרים, אינה בהכרח נכונה. יתרה מזאת, המודלים האחרונים שהוצגו מצביעים על כך שמדיניות הפוכה, דהיינו הגדלת העונש על העברה הראשונה, דווקא היא שתביא לירידה ברמת הפשיעה.

## ד. המודל ותוצאתו

לצורך המודל הנחנו את ההנחות הבאות. ענישה נחשבת ככלי חברתי לצורך הרתעת פשיעה אשר גוררת ירידה בעושר החברתי. עבריינים ייחשבו כמקבלי החלטות רציונליים, ולפיכך חומרת הענישה והסיכוי להרשעה הם גורמים משמעותיים בהחלטה אם "לבצע או לא לבצע" פשע. הנחות אלו למודל הן ראליסטיות בעיקר בנוגע לפשעים כלכליים ובייחוד בסביבה של תאגידים. מנהלים נחשבים משיאי רווח רציונליים (ולרוב הם כאלו). לפיכך החלטתם לבצע פשע כלכלי כפופה לאותם שיקולים הנוגעים לפעילותם העסקית. הנחה זו נכונה בייחוד בסביבה תאגידית מאחר שעבריינים כלכליים אינם סובלים מסטיגמה או ענישה אישית מבחינת החלטת התאגיד.

לפיכך אנו מניחים כי אותו אדם אשר חוכך בדעתו אם לבצע סדרת פשעים, עושה זאת רציונלית; קרי הוא מבצע הערכה המאפשרת לו להחליט בהתאם לרווחים הצפויים בגין כל פעולה. בחירת האדם תהיה הפעולה אשר תשיא לו רווח מקסימלי. במהלך תקופת זמן, הפרט, מקבל ההחלטות, יכול לבצע מספר נתון של עברות זהות. אנו מניחים שההחלטה באשר למספר המדויק של העברות מתקבלת עוד בטרם בוצעה העברה הראשונה. העברות זהות במובן זה שאם יצליח מקבל ההחלטות בביצוע העברה, הרי הרווח הצפוי מכל עברה הוא זהה, כמו גם הסיכוי להיתפס (דהיינו הסתברות התפיסה אינה קשורה לעבר הפלילי). גובה הקנס (נטו) שישלם הפרט אם ייתפס תלוי במספר הפעמים שבהן נתפס בעבר.

כדי שהפרט יגיע להחלטה באשר למספר העברות שהוא עתיד לבצע, עליו לשקול את סדרת הקנסות הצפויות, כאשר גובה הקנסות תלוי במספר הפעמים שיייתפס. לפיכך, בכל החלטה שכזו עומד העבריין הפוטנציאלי בפני התפלגות (הגרלה) אשר סיכויי הרווח וההפסד ידועים לו. בנוסף, אנו מניחים כי בשל כל תקבול שהוא מקבל או קנס שמוטל עליו, הוא מקבל תועלת מסוימת (סובייקטיבית), וכאשר הפרט בוחר את מספר העברות שיבצע, הוא משקלל גם את התועלת מהקנסות האפשריים. כמקובל, פונקציית התועלת עולה עם עליית תקבולו של הפרט.

נסמן ב- $n$  את מספר העברות שמקבל ההחלטות מתכנן לבצע, כאשר הגבול העליון

של מספר זה הוא  $N$  (ולכן  $0 \leq n \leq N$ ).

הסכום הכספי שמקבל ההחלטות מקבל בגין כל עברה מוצלחת מסומן ב- $y$  (ו- $y > 0$ ).

ההסתברות להיתפס בשל ביצוע עברה בודדת היא  $p$  (וכמוכן  $0 < p < 1$ ).  
הקנס שמשלם הפרט כאשר הוא נתפס בפעם ה- $i$  מסומן ב- $f_i > 0$  (כאשר  $f_i > 0$ ).  
פונקציית התועלת של הפרט תסומן כ- $u$ .

בעיית קבלת ההחלטות של הפרט היא השאת תוחלת התועלת הצפויה, המסומנת ב- $U(n)$ , כאשר משתנה ההחלטה שלו הוא מספר העברות שהוא מתכוון לבצע,  $n$ .  
כלומר:

$$U(n) = \sum_{k=0}^n \frac{n!}{k!(n-k)!} P^{n-k} (1-P)^k u \left( ky - \sum_{i=1}^{n-k} f_i \right)$$

כאשר

$$\frac{n!}{k!(n-k)!} P^{n-k} (1-P)^k$$

היא ההסתברות לתפיסתו ב- $n-k$  עברות (ולא-תפיסתו ב- $k$  האחרות) ו-

$$ky - \sum_{i=1}^{n-k} f_i$$

הוא התקבול של הפרט במקרה זה (הרווח הכולל שלו הוא  $k$  כפול  $y$ , פחות סכום הקנסות שהוא נאלץ לשלם כאשר הוא נתפס בכל  $n-k$  הפעמים האחרות).  
למשוואה זו תמיד קיים פתרון. אך, לפעמים יכול שיהיה יותר מפתרון אחד. כדי לפשט את ניתוח המודל אנו מניחים כי  $n^*$ , מספר העברות האופטימלי, יחיד. צורתה של פונקציית התועלת  $u$  מכתיבה את ההתייחסות לסיכון של הפרט. כאשר  $u'' < 0$  הפרט נקרא **שונא סיכון** (Risk averse) מאחר שבמקרה זה הוא דוחה כל הגרלה שתוחלת הרווח שלה אינה חיובית; הפרט נקרא **אדיש לסיכון** (Risk neutral) כאשר  $u'' = 0$ , ובמקרה זה הוא מעריך הגרלות על פי תוחלתן (ופונקציית התועלת מקיימת  $u(x) = ax + b$ ). לבסוף, הפרט נקרא **אוהב סיכון** (Risk lover) כאשר  $u'' > 0$ . פרט אוהב סיכון יכול להעדיף לקבל הגרלות שבהן תוחלת הרווח שלילית.

המסקנה העיקרית של מודל זה מציגה את תוצאות שינוי מדיניות הענישה על ההחלטה האופטימלית של הפרט מקבל ההחלטות וכן את ההשפעה על מספרם הכולל של הפשעים בחברה נתונה, חברה שבה כל הפרטים אדישי סיכון או אוהבי סיכון. ביתר פירוט, לשינוי במבנה הקנסות שלפיו הקנס על עברה מאוחרת מופחת, והקנס על עברה מוקדמת מועלה, יש תוצאות שאינן משתמעות לשתי פנים – מספר

הפשעים המבוצעים, בין על ידי פרטים בחברה ובין על ידי החברה בכללותה, לעולם לא יפחת בהשוואה למצב הקודם. לא זו אף זו, ישנם מצבים שבהם מספר הפשעים במבנה הקנסות החדש יפחת באופן מוחלט. תוצאה זו נובעת מהמשפט הפורמלי הבא:

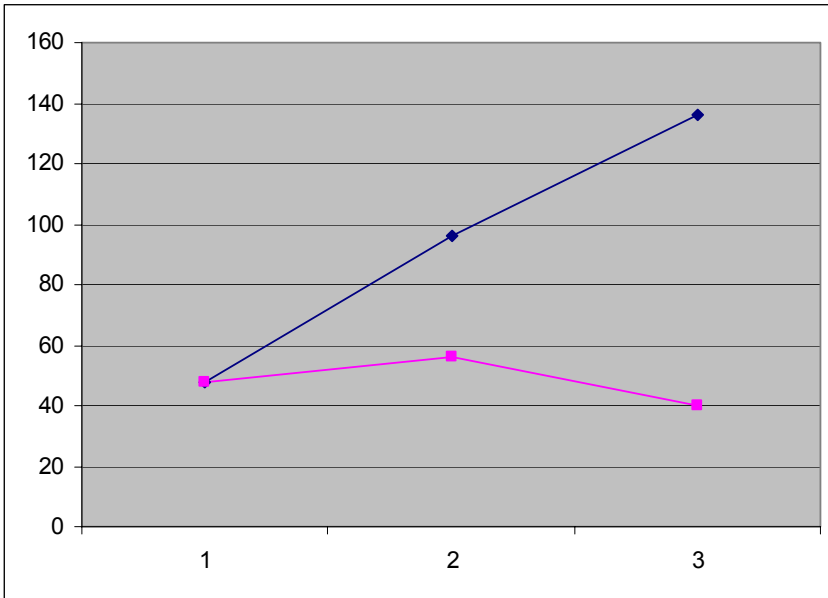
**משפט:** נניח כי הפרט מקבל ההחלטות אדיש לסיכון, או אוהב סיכון, וכי  $p < 1/N$ . אם  $j > h$  אזי מספר העברות האופטימלי  $n^*$  יגדל, או יישאר ללא שינוי, בכל מקרה שבו נגדיל את  $f_h$  ונפחית במקביל את  $f_j$ .

הוכחת המשפט מצויה במאמרנו<sup>40</sup> ולכן לא נציגה כאן. לחלופין נציג את האינטואיציה העומדת בבסיס תוצאת המשפט. מכיוון שסך הקנסות שהפרט משלם אם הוא נתפס בפעם השנייה, למשל, מורכב מהקנס על עברה זו בתוספת לקנס על העברה הראשונה (שכן נובע מכך שהפרט נתפס כבר על העברה הראשונה), הרי שהסתת שקל מהעברה השנייה לעברה הראשונה מגדילה את כושר ההרתעה של מבנה הקנסות. לכן סביר להניח כי מספר הפשעים המתוכנן יקטן.

**דוגמה:** נניח כי הפרט מקבל ההחלטות אדיש לסיכון ופונקציית התועלת שלו היא  $u(x) = 1000x$ , ונניח כי  $N=3$ ,  $y=0.31$ ,  $p=0.2$ . נניח כי וקטור הקנסות ההתחלתי הוא  $(f_1, f_2, f_3) = (1, 1, 2)$  וכי וקטור הקנסות לאחר השינוי הוא  $(f_1, f_2, f_3) = (1, 2, 1)$ . כלומר שינוי מדיניות הענישה מתבטא בהקטנה בשקל של הקנס על העברה השלישית ובהגדלה בשקל של הקנס על העברה השנייה.

הגרף של תוחלת התועלת מתואר באיור 1 על ידי הגרף העליון. כפי שניתן לראות, במצב זה מספר העברות האופטימלי  $n^*$  שווה ל-3. הגרף של תוחלת התועלת שלאחר השינוי מתואר בגרף התחתון (תוחלת התועלת משתיים ומשלוש עברות נמוכה יותר). במצב זה מספר העברות האופטימלי  $n^*$  ירד, והוא שווה ל-2. לפיכך שינוי המדיניות גרם להקטנת מספר העברות שהפרט מתכנן לבצע.

40 לעיל ה"ש 34.



איור 1. תוחלת התועלת הצפויה  $U(n)$  כפונקציה של מספר הפעמים  $n$  שבהן הפשע מבוצע, לפני ואחרי השינוי.

מהמשפט נובע מידית כי אם כל אוכלוסיית מקבלי החלטות מורכבת מפרטים אדישי סיכון או אוהבי סיכון, מספר הפשעים הכולל לא יגדל עקב שינוי המדיניות המוצע מעלה. לא זו אף זו, אם האוכלוסייה גדולה מספיק, או אם שינוי המדיניות משמעותי, יהיו לא מעט מקבלי החלטות אשר יצמצמו ממש את מספר הפשעים שיבצעו, ולכן מספר הפשעים הכולל יקטן.

## ה. סיכום

כפי שעולה מהמודל שהוצג ומהמאמרים שנסקרו, מדיניות הענישה הנוהגת והמקובלת, שעל פיה יש להחמיר בעונשו של עבריין חוזר, אינה יעילה בכל המקרים. במודל שלנו ובהתחשב בהנחותיו – דהיינו כי הסתברות החשיפה נמוכה, והחלטה על מספר העברות מתקבלת מראש – המדיניות הנוהגת היא תת-אופטימלית ויש להעדיף על פניה דווקא מדיניות המגבירה את הגדלת הקנסות הראשונים. יצוין שוב כי האמור חל על מקבלי החלטות אוהבי סיכון (Risk lovers) ועל אדישי סיכון. תחת ההנחות שבבסיס מחקרים אחרים שנסקרו, תושג הרתעה מקסימלית דווקא על ידי הגדלת הקנס המושת על העברה הראשונה עד כדי מלוא עושרו של העבריין.

מודלים אלה מצביעים אפוא בכיוון שהצענו, אולם הם מתנגשים עם עקרונות יסוד של השיטה המשפטית. הכלל הוא שעל העונש להלוּם את העברה, ולכן לא ניתן להשית עונש קיצוני ומרתיע במיוחד בגין עברה ראשונה (שאינה ממין העברות החמורות ביותר).

אכן, המודל שהצענו אינו מצריך החמרת יתר דווקא לגבי העברה הראשונה, או ריכוז עצמת הענישה בעברה זו. המודל ישים גם כאשר הענישה (כגון קנס) תוסט מעברה מאוחרת כלשהי לעברה מוקדמת כלשהי. בכך תואם המודל יותר את המגבלות החוקתיות על מידתיות הענישה. בנוסף עשוי המודל למתן את הביקורת לגבי החמרה בעברה ראשונה המתמקדת בכך שהעברה נעברה על ידי אדם חסר ניסיון או בטעות. בדומה יש במודל, בהקשר זה, כדי לענות אחר תפיסה האומרת כי יש לאפשר למי שחטא חד-פעמית לחזור למסלול התנהלות תקין מבלי שישא במלוא עצמת הענישה בשל העברה הראשונה.

יש לחזור ולהדגיש כי הבסיס התאורטי, המסביר את מדיניות הענישה המחמירה עם עבריינים חוזרים, אינו מובן די הצורך. על רקע זה, מן הראוי שבהליך קביעת מדיניות ענישה בחקיקה יובאו בחשבון שיקולים הנובעים מהמחקרים הללו. אם לא כן, עלולה החקיקה להוליך לתוצאות שליליות מהבחינה החברתית. יישום המדיניות המוצעת במאמר זה, בהקשרים העובדתיים הרלוונטיים, תוליך לשיפור ברמת הרווחה החברתית.

במודל המוצע ניתן לראות כי גם ללא שינוי בעצמת הענישה, יהיה לשינוי מבני יחסי בענישה אפקט הרתעתי כולל גבוה יותר על פעילות פשיעה. התוצאה תהיה כי סך כל הפעילות העבריינית תפחת. זאת, מבלי לשנות את הסך הכולל של הקנסות (עונשים) שקבע הרגולטור, אלא רק עקב הסטה של מקצת מחומרת הענישה על עוברי עברות ראשונות. המודל אינו ישים לכל סוגי הפשיעה הקיימים, אך הוא רלוונטי למגוון רחב של סוגי פשיעה מסוג של הגנת הסביבה והעלמות מס.

הרגולציה שמוצעת בהתאם למודל זה מניחה כי פעילות הפשיעה, נוסף על מדיניות האכיפה שמטרתה למונעה, מבוססת על החלטות רציונליות שנעשות על בסיס כלכלי רציונלי. במודל לא נלקחו בחשבון מניעים נוספים המעודדים להתנהגות עבריינית, או המעצבים את מדיניות האכיפה. למשל, במודל לא נכללים נושאים של מוסר או מדיניות פוליטית, אשר משתנים בין החברות השונות, וייתכן שאף יבטלו לחלוטין את הניתוח הכלכלי הרציונלי.

איננו מתעלמים מהטענות שבחלק מהמקרים מבוצעת העברה הראשונה מתוך חוסר שיקול דעת או טעות, ואז ספק אם יש להחמיר בעונש כבר בעברה הראשונה. המודל שהצענו אינו מוגבל להסטה של החמרה על העברה הראשונה בהכרח. ניתן להסיט קנס או עונש מעברה מאוחרת כלשהי לעברה מוקדמת כלשהי ותקפותו תישמר. כך, לדוגמה, אם יוסט חלק מהקנס המושת על עברה שישית אל העברה השנייה או השלישית, גם אז, תחת ההנחות שבמודל, תושג המטרה של הפחתת

## מספר העברות.

אף כי בשנים האחרונות קיים מחקר על מדיניות הענישה של עבריינים חוזרים, הרי הוא אינו מקיף וכוללני דיו. עם זאת, די במחקרים שנעשו עד עתה כדי להוכיח כי לפחות בחלק מהמקרים מדיניות הענישה המקובלת מזה דורות אינה אופטימלית וכי יש לשנותה. יש לבחון היטב את המדיניות הראויה בתחומים שטרם נחקרו כראוי, ובייחוד את הצעת החקיקה המבקשת במסגרת הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה, גם להכליל באופן גורף את ההחמרה בענישת עבריינים חוזרים. אכן ייתכנו הקשרים שבהם ראוי להחמיר בעונשו של עבריין חוזר ולהקל בעונשו של עובר עברה ראשונה. אולם חקיקה כוללנית שכזו עלולה להביא לתוצאה שלילית מבחינה חברתית, מבלי שלבתי המשפט יהיו כלים מספיקים כדי למתנה בהקשרים שבהם המדיניות הנכונה היא הפוכה.