

מאמר מערכת

1

עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות
ד"ר יניב ואקי, ד"ר רותי קמיני ופרופ' יורם רבין

מאמרים

41

משקלה הראייתי של כבישת עדות הנאשם
ד"ר דורון מנשה

61

"אחר כך תודה לנו": טיפול כפוי בפרט כשיר, המסרב מדעת
ד"ר מאיה פלד-רז

107

פלורליזם וקהילות מיעוטים תרבותיים: ההתנגשות בין עקרון חובת ההפרדה של הדת מהמדינה ובין עקרון טובת הילד בפרשת קרית יואל נ' גרומט
פרופ' ארנון גוטפלד

141

כשאת אומרת שאמרת: לא! עדות מתלוננות בתיקי "אינוס היכרות" – אמרה שאינה ניתנת להפרכה
עו"ד אריאל סלטו

199

"השב תשיב לו אשם": על תשלומי השבה בדיני חוזים
עו"ד לאון אנדג'ר

ביקורת ספרים

247

מודל ביזורי של קביעת עובדות – הצעה לגישה חדשה בעקבות עיון בספר "הלוגיקה של קבילות ראיות" מאת דורון מנשה
ד"ר שי אוצרי





Editorial

1

The Imprisonment in Israeli Criminal Code

Dr. Yaniv Vaki, Dr. Ruthie Kamini & Prof. Yoram Rabin

Articles

41

The Probative Value of a Belated Defense Testimony

Dr. Doron Menashe

61

“You’ll Thank Us Later”:

Compulsory Treatment Notwithstanding the Patient’s Informed Refusal

Dr. Maya Peled-Raz

107

Pluralism and Communities of Cultural Minorities: the Clash Between the Separation of Church and State Principle and the Wail Fire of a Child Principle in Kiryat Joel v. Grumet Case

Prof. Arnon Gutfeld

141

When You Say That You Said: No! Complainant’s Testimony in Date Rape Cases: An Irrefutable Statement

Adv. Ariel Salto

199

The Fault Principle and Gain Based Damages in Contract Law

Adv. Leon Yehuda Anidjar

Book Review

247

Decentralized Model of Fact Finding: a New Suggestion Following Reading “The Logic of Admissibility of Evidence” By Doron Menashe

Dr. Shai Otzari



עונש המאסר – תכליות, מגמות והלכות

יניב ואקי, רותי קמיני, יורם רבין*

1. היבטים היסטוריים
2. בתי סוהר פרטיים
3. בחירה בין הטלת עונש מאסר בפועל לבין עונשים אחרים
4. פרשנות סעיפי החוק
 - א. מאסר עולם
 - ב. מאסר סתם
 - ג. מועד תחילת ריצוי עונש המאסר וחישוב תקופת המאסר
 - ד. מאסר חופף
 - ה. סדר נשיאת מאסר פלילי
 - ו. סדר נשיאת מאסר אזרחי
 - ז. עבודה במאסר
5. סיכום: עונש המאסר על פרשת דרכים

1. היבטים היסטוריים

המאסר, כאמצעי ענישה, נחשב לתופעה מאוחרת יחסית בתולדות הענישה.¹ מאסר כעונש לא היה קיים בשיטות המשפט של יוון ושל רומי, וברוח דבריו של המשפטן הרומי אולפיאנוס: "המאסר נועד להחזקת בני אדם, לא לענישתם". במקום עונש של מאסר נהגו הרומים בין השאר למכור עבריינים לעבדות, לשעבד אותם לעבודה במכרות או בעבודות פרך גופניות ציבוריות או להכניס אותם למסגרות גלדיאטוריות.² המאסר כעונש היה נדיר במקרא ובספרות התלמודית, ואפשר לומר

* שמות הכותבים שובצו לפי סדר אלפביתי: ד"ר יניב ואקי הוא מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה ומרצה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן ובבית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל; ד"ר רותי קמיני היא מרצה מן החוג באוניברסיטת בר-אילן; פרופ' יורם רבין הוא דיקן בית הספר למשפטים ע"ש חיים שטריקס, המסלול האקדמי המכללה למינהל.

1 ראו: יעקב בזק **הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה** 111 (מהדורה שנייה מתוקנת, 1998).
2 אהרן קירשנבאום **בית דין מכין ועונשין: הענישה הפלילית בעם ישראל – תורתה ותולדותיה** 428 (2013). אך בשלהי האימפריה הרומית, בשנת 556 לספירה, נכנס לתוקפו חוק שהנהיג

בהכללה כי היה זר גם למשפט העברי הקדום.³

ברוב השיטות האירופיות הוכנס המאסר לשימוש כצורת ענישה רק מהמאה הארבע עשרה ואילך.⁴ עד סוף ימי הביניים אמצעי הענישה העיקריים היו עונשי גוף, עונש המוות, עונשי ממון ועונשים פומביים (עונשי ביוש),⁵ ומוסדות כליאה שימשו בתקופה זו בעיקר לעבריינים פוליטיים ודתיים. באמצע המאה השש עשרה קמו בבריטניה מוסדות כליאה שכוננו "בתי עבודה" ו"בתי תיקון". מטרת המוסדות הללו הייתה לנתק את העבריינים (ובכללם אזרחים

הקיסר יוסטיניאנוס, אשר קבע שאין להוציא להורג נשים בשל ניאוף, ותחת זאת הורה לכלוא אותן במנזר. אישה נואפת הייתה יכולה להשתחרר רק אם בעלה חנן אותה כעבור שנתיים. אם הבעל לא חנן את הנואפת או אם מת, היא נשארה כלואה עד יומה האחרון. עם חקיקתו של חוק זה, עברת הניאוף הייתה לעברה הראשונה ברומי שהעונש עליה היה מאסר. ראו: צבי טריגר **פשעים נגד הפטריארכיה – ניאוף, הפלות והומוסקסואליות במשפט ובתורות** 54 (2014). לפי טריגר (שם) מאסר זה היה למאסר הממוסד הראשון, והוא פתח עידן חדש בענישה הפלילית.

שם, קירשנבאום, בעמ' 428–430. ראו גם: מנחם אלון "המאסר במשפט העברי" **ספר היובל לפנחס רוזן** 171 (חיים כהן עורך, תשכ"ב). קירשנבאום (שם, בעמ' 429) מציין כי "יוסף בבית האסורים היא דוגמה של ענישה מצרית ולא עברית". על הפסוק מתוך בראשית לט 20: "ויתנהו [את יוסף] אל בית הסהר מקום אשר אסורי המלך אסורים", מדייק אבן עזרא מעצם הצורך שהרגישה התורה לפרש מהו בית סוהר, שגם המונח וגם המושג הם זרים לעולם העברי. עם זאת הוא מציין, שם, בעמ' 431, שהמאסר כעונש לסוגי עבירות חדר לתוך מערכת ההלכה העברית מן המאה הארבע עשרה ואילך. כבר במחצית השנייה של המאה השתיים עשרה אנו שומעים על קיומו של בית סוהר יהודי בבבל (לאחר שכבר התחילה דעיכתה של יהדות זאת). ובתקופה מאוחרת יותר היו בתי סוהר יהודיים בספרד, בפורטוגל, באיטליה ובמצרים, ובתקופת האחרונים – בפראג, בפולין ושכנותיה ובארצות של האימפריה העות'מנית. ושם, בעמ' 434: "בהכללה אפשר לומר, שאף על פי שעונש המאסר נקלט בקהילות יהודיות מהמשפט הנוהג בסביבה, הוא נקלט בממדים צנועים בהרבה, לא נלוו לכך תופעות הלוואי של התאכזרות כלפי האסירים, תנאים לא אנושיים במזון ולינה וכיוצא באלה, ששררו עד המאה התשע עשרה בארצות רבות". שם, קירשנבאום, בעמ' 428.

שם. ראו גם: Harry Elmer Barnes, *The Historical Origin of the Prison System in America*, 12 J. AM. INST. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 35 (1921). עונשי ביוש, לדוגמה, היו נהוגים באמריקה, בתקופה שקדמה למלחמת האזרחים. השפלה פומבית הייתה האמצעי העיקרי למאבק בהפרות חוק. הענישה הפומבית לבשה צורות רבות ובהן צריבת האות הראשונה של העברה על פני העבריין, דבר שהביא, מלבד ההשפלה, גם למניעת אפשרויות תעסוקה. דוגמה נוספת היא עמוד הקלון, שאליו נשלחו העבריינים לעתים כאשר בצק או כרוב על ראשם שוב כדי לעורר תחושת השפלה. קהל הצופים היה תורם את חלקו ונותן ביטוי לגיבוי העבריין, לעתים באמצעות זריקת ביצים מעופשות וירקות רקובים. על עונשי ביוש, ראו: Ryan J. Huschka, *Comment: Sorry for the Jackass Sentence: A Critical Analysis of the Constitutionality of Contemporary Shaming Punishments*, 54 KAN. L. REV. 803, 806 (2006). ראו גם: Scott E. Sanders, *Scarlet Letters, Bilboes and Cable TV: Are Shame Punishments Cruel and Outdated or Are They a Viable Option for American Jurisprudence?*, 37 WASHBURN L. J. 359, 361 (1998); Toni M. Massaro, *Shame, Culture, and American Criminal Law*, 89 MICH. L. REV. 1880, 1913–1914 (1991).

"בלתי רצויים" כגון עניים, נוודים, בטלנים, ואזרחים שנהגו בגסות כלפי זולתם) מסביבתם הטבעית ולהקנות להם ערכי עבודה. במוסדות אלו הודגש תיקון העבריינים, להבדיל מענישתם.⁶ בשנות החמישים של המאה השש עשרה הוסב ארמון ברידוול (Bridewell), ארמון מלכות ישן, לבית עבודה. בעקבותיו, הוקמו בכל מחוזות בריטניה מוסדות ברוח דומה. מוסדות אלו נוהלו בידי אנשי עסקים פרטיים, הונהגה בהם משמעת נוקשה והאסירים הועסקו בהם במגוון עבודות.⁷ עם הזמן הפכו המוסדות למעוז של בטלה ושחיתות, והכלואים בהם סבלו מתנאי חיים קשים, לרבות תנאים היגייניים ירודים. תרמו לחומרת המצב האדישות הציבורית לנעשה בהם והיותם רחוקים מעין הציבור.⁸

התפתחות בית הסוהר המודרני קשורה בקשר הדוק עם "עידן הנאורות" באירופה, שתחילתו באמצע המאה השמונה עשרה בערך. בתקופה זו הפכה הכליאה בבית הסוהר למרכיב מרכזי בענישה, והיא החלה להיתפס יותר כהטלת משמעת מכוונת ומחושבת, ופחות כהטלת סבל גחמנית ובלתי אנושית.⁹ בתוך כך נשמעו ביקורות וקריאות לרפורמה מצד מלומדים ופילוסופים אשר תרמו תרומה ממשית לרפורמה בענישה בכלל, ובמאסר בפרט. במיוחד יש לציין בהקשר זה הוגים כגון ג'ון הווארד,¹⁰ אליזבת פריי¹¹ וג'רמי בנת'ם.¹²

⁶ שלמה גיורא שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת **עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה – על תורת הענישה והשיקום, מניעת פשע ואכיפת חוק** 209–211 (מהדורה שלישית, 2009). ראו גם: בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 115–116.

⁷ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 210. לצד בתי העבודה היו מוסדות כליאה ששימשו למעצר נאשמים עד לתום משפטם, וכן מאסר של חייבים, עבריינים פוליטיים ועברייני דת. לעיתים רחוקות בלבד הם שימשו למאסר כצורת הענישה המקובלת כיום. ראו: Barnes, לעיל ה"ש 5.

⁸ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 211. ראו גם: בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 116.

⁹ Dirk Van Zyl Smit & Sonja Snacken PRINCIPLES OF EUROPEAN PRISON LAW AND POLICY: PENOLOGY AND HUMAN RIGHTS 1–2 (2009); שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 210–211; שם, בזק.

¹⁰ תרומתו של ג'ון הווארד לרפורמה בענישה היא רבה. הוא חשף ותיעד את תנאי הכליאה האכזריים באירופה, והמליץ על שיטות ענישה מתקדמות והומניות. תפיסתו הושתתה על נקודת ראות דתית: הוא האמין כי פשע הוא תולדה של עצלות ואבטלה, וכי ניתן לשנות את דפוסי מחשבתם של עבריינים באמצעות כליאה מבודדת ושקטה, שבמהלכה ניתן להגיע לבחינה עצמית, חרטה וכפרה. עם הרפורמות שהנהיג נמנו העברת אסירים חולי נפש למוסדות אשפוז, ושחרורם של עבריינים קטינים ונשים מבתי סוהר, או כליאתם בנפרד. על סמך המלצותיו קמו בתי סוהר באירופה ובארצות הברית. ראו: שם, PRINCIPLES OF EUROPEAN PRISON, בעמ' 2; Barnes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 42–45; שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 215–216. ראו גם: בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 116–117.

¹¹ אליזבת פריי הקדישה את חייה לטיפול באסירות, ובעקבות מאמציה חלו שינויים ושיפורים של ממש בבית הסוהר לנשים. בין היתר דרשה כי הפיקוח על אסירות יהיה בידי נשים בלבד. המלצתה כי יוקמו בתי סוהר נפרדים לנשים בלבד התקבלה אף היא, אם כי זמן רב לאחר מותה.

בארצות הברית הוקמו בתי הסוהר המרכזיים הראשונים בסוף המאה השמונה עשרה.¹³ התפתחות עונש המאסר בארצות הברית הייתה קשורה, בין היתר, לדעיכת השימוש בעונשי הביוש שארעה באותה תקופה. אחד ההסברים שניתנו בהקשר זה נגזר מהטיעון הכולל בדבר ביטול המעמדות: הטלת עונשי ביוש סימלה את שלילת מעמדו של הנענש בהיררכיה החברתית, ומכאן שהביקורת על עונשי הביוש הייתה חלק מהמאבק הכולל לביטול המעמדות. ביטוי לכך ניתן למצוא בטיעון שלפיו ענישה צריכה לשקף את מה שנתפס על ידי החברה כערך עליון. משמע, בחברה התופסת חירות כערך עליון, ענישה ראויה היא שלילת החירות.¹⁴

במאה התשע עשרה התפתחו בארצות הברית שתי שיטות כליאה: שיטת פנסילבניה (Pennsylvania) ושיטת אוברון (Auburn). שיטת פנסילבניה הייתה מבוססת על בידוד האסיר וניתוקו המוחלט מהעולם החיצוני. שיטת אוברון הייתה מבוססת על מזיגה של בידוד ושיתוף: האסירים עסקו בעבודה מפרכת, נתונים למשטר קפדני של שתיקה מוחלטת ומשמעת נוקשה, ובלילה הוחזקו מבודדים בתאיהם. עם הזמן ההבדלים בין שתי השיטות הלכו והיטשטשו: הבידוד בוטל בהדרגה ורוככו ההוראות הנוקשות בדבר דממה מוחלטת.¹⁵ אלא שלקראת אמצע המאה התשע עשרה ניכרו בבתי הסוהר בארצות הברית בעיות מוסדיות ובהן צפיפות יתר ומחסור בתקציבים. בתי הסוהר נהיו מתקני כליאה גרידא לפרקי זמן ממושכים לאסירים חסרי תקווה. על רקע זה הוצעה רפורמה חדשה בשיטת הכליאה, שבבסיסה

ראו: שם, בזק, בעמ' 117–118.

¹² תרומתו של ג'רמי בנת'ם ניכרת בהתפתחות החשיבה החילונית בתחום המשפט והענישה, כמו גם בפיתוחה של הגישה הקלסית בקרימינולוגיה. התיאוריה התועלתנית שלו מבוססת על הנחה מרכזית, שלפיה בני אדם מונעים מרצון לחוש עונג ולהימנע מכאב. על יסוד הנחה זו פעל בנת'ם להרחבת הרפורמות בחוק הפלילי האנגלי ותמך בהנהגתם של עונשים מדורגים לפי חומרת העברות. בנת'ם גם גילה עניין רב בכתי הסוהר, והציע שבית הסוהר ייבנה בצורת מתומן – "פנופתיקון": מבנה עגול שבמרכזו יושב מנהל בית הסוהר, ובהיקפו תאי האסירים. כך יוכל המנהל לצפות באסירים ולפקח על מעשיהם. עיצוב כזה מייעל את הפיקוח, מפחית את מספר אנשי הצוות הדרושים וחושף את אוכלוסיית הכלואים לפיקוח תמידי. המטרה היא לפתח באסיר תחושה תמידית של היחשפות, שתבטיח תפקוד קונפורמי. פנופתיקון מעולם לא נבנה בבריטניה, אך יש הטוענים כי הרעיון השפיע על העיצוב המעגלי של בתי סוהר דומים שנבנו בארצות הברית ובמדינות באירופה. ראו: שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 215–218. ראו גם: שם, בזק, בעמ' 117.

¹³ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 216–218; שם, בזק, בעמ' 118.

¹⁴ James Q. Whitman, *What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, 107 YALE L. J. 1055, 1070–1071 (1998). זאת ועוד, עונש המאסר נתפס גם כהומני יותר מעונשי ביוש. ראו: Massaro, לעיל ה"ש 5, בעמ' 1929.

¹⁵ ראו: PRINCIPLES OF EUROPEAN PRISON, לעיל ה"ש 9, בעמ' 2; Barnes, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58–50; שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 218–221; בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120–119.

מודל טיפולי-שיקומי.¹⁶

מתחילת המאה העשרים ולמשך כמה עשורים שולבו עבודה ותעסוקה בעונש המאסר. אולם דווקא ההצלחה בשוק החופשי של המוצרים שייצרו אסירים היא שהביאה לצמצום היקף העבודה בבתי הסוהר, עקב התמרמרות מצד איגודים מקצועיים רבים.¹⁷ במחצית השנייה של המאה העשרים כבר היה ניתן להצביע על כמה מגמות עיקריות: צמצום התעסוקה בבתי הסוהר; חוסר מעש בקרב האסירים; ביקורת על מוסד בית הסוהר והמודל השיקומי וקריאות לעונשים חלופיים; צמצום השימוש בעונש המאסר ושיפור בתנאי המחיה בבית הסוהר.¹⁸

עונש המאסר במשפט הארץ-ישראלי ובמשפט הישראלי – עונש המאסר, לרבות עונש המאסר בעבודה קשה, היווה חלק מהמשפט הפלילי של ארץ ישראל בתקופה העות'מנית¹⁹ ובתקופה המנדטורית.²⁰ ההסדר המנדטורי של מאסר נקלט במשפט הישראלי לאחר הקמת המדינה.²¹ בחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954, חוקק הסדר ישראלי חדש בנוגע למאסר,²² ובוטל ההסדר המנדטורי. סעיפי החוק משנת 1954 שולבו בחוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], התש"ל-1970,²³ ולאחר מכן שולבו בחוק העונשין, התשל"ז-1977, בסעיפים 41 עד 51. בסעיפי חוק אלו נעסוק בהרחבה בהמשך.²⁴

לאחר הקמת המדינה נסגרו בתי הסוהר מתקופת המנדט והוקם בית הסוהר המרכזי הראשון.²⁵ גידול מהיר באוכלוסיית האסירים הביא לידי כך שבתוך חמש שנים הוקמו שבעה בתי סוהר נוספים; ובמרוצת השנים נוספו עליהם עוד כמה בתי סוהר.²⁶ בית הסוהר לנשים "נווה תרצה" נפתח בשנת 1968, והוא מאופיין במגמה טיפולית.²⁷

¹⁶ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 221–223.

¹⁷ Stephen P. Garvey, *Freeing Prisoners' Labor*, 50 STAN. L. REV. 339, 339–370 (1998).

שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 224–225.

¹⁸ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת. להרחבה בעניין עבודה בבית הסוהר, ראו: שם, Garvey, בעמ' 370–398.

¹⁹ ס' 23–24, 35 לקוד הפלילי העות'מני, 1859.

²⁰ ס' 37(ב), 39, 40, 42 ו-47 לפקודת החוק הפלילי, 1936.

²¹ מכוח ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948.

²² ס' 2, 3 ו-9 עד 16 לחוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954.

²³ ס' 7–14 לחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], התש"ל-1970.

²⁴ נעסוק רק בס' 41–48 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שכן ס' 49–51 לחוק זה בוטלו בשנת תשס"א.

²⁵ לסקירה היסטורית של מערכת הכליאה בישראל לפני קום המדינה ולאחריה ראו אצל אורי תימור "התפתחות בתי הסוהר בישראל" **סוגיות בתורת הענישה בישראל** 311 (שלמה גיורא שוהם ואורי תימור עורכים, 2009).

²⁶ שם, בעמ' 322.

²⁷ שם, בעמ' 327.

מעריך בתי הסוהר בישראל התמודד, כבר משנותיו הראשונות, עם בעיות מוסדיות ובהן צפיפות יתר. מרד האסירים בכלא שאטה בשנת 1958 גרם לרשויות להפנות את מרב תשומת הלב להיבטי הביטחון בבתי הסוהר ולפיכך ירדה חשיבות הטיפול באסירים ובשיקומם.²⁸

בשנת 1979 מינתה ממשלת ישראל את "ועדת קנת" לחקור את מערכת בתי הסוהר. קביעתה המרכזית של הוועדה הייתה כי בית הסוהר אינו מוסד משקם (ואין היא מאמינה שיוכל למלא תפקיד זה), אך אין לראות בו מוסד ביטחוני בלבד השומר על בני אדם שבתי המשפט גזרו עליהם עונשי מאסר.²⁹ הוועדה המליצה על רפורמה במעריך בתי הסוהר, ובין השאר ציינה כי ראוי שבתי הסוהר יהיו מוסדות בעלי מטרה חינוכית.³⁰ המלצותיה של הוועדה אומצו בחלקן על ידי הממשלה והביאו לשינויים מסוימים. בעקבות דוח הוועדה תוגבר החינוך לאסירים.³¹ חל גם שיפור בתפקוד שירות בתי הסוהר, וניכרה עלייה בדימויו בעקבות הפעלת תכנית להעלאת רמת ההשכלה של הסוהרים.³²

גם כיום יש בבתי הסוהר בעיות וליקויים, ובהם צפיפות גבוהה ומסגרות שיקום מצומצמות.³³ עם זאת, תחום העסקת האסירים בישראל התפתח בשנים האחרונות, ושיעור האסירים העובדים גדל במידה ניכרת.³⁴ לעניין זה חשיבות גדולה, בייחוד

²⁸ שם, בעמ' 323–329. עוד על המתח בין התפיסה הביטחונית לטיפולית בבתי הסוהר בישראל, ראו: שם, בעמ' 342–346.

²⁹ מקס קנת, דוד ליבאי ורינה שפירא **ועדת החקירה לבדיקת המצב בבתי הסוהר: דו"ח ראשון** (1981).

³⁰ שם, בעמ' 8: "המאסר [...] מטרתו לחנך לאזרחות טובה ולערכים המושתתים על יסודות המוסר והצדק, המקובלים על רוב בני החברה. לא מתקבל על הדעת שסופו של הליך משפטי צודק, יהיה החזקת אדם בחברת פושעים, במקום שלמוסר, לצדק ולערכים חברתיים מקובלים, אין שליטה בו. כל האומר שיעודו של בית-הסוהר לשמור על עבריין שלא יכרה, ותו לא, כאומר שמטרת בית-הסוהר היא לגבש קבוצות של פושעים ביחד, לפי ערכיה של תת-התרבות העבריינית".

³¹ שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 243–244; תימור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 329.

³² שם, תימור.

³³ שם, בעמ' 331–336, 352–353; שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, לעיל ה"ש 6, בעמ' 244–245; משרד המשפטים **צפיפות אוכלוסין – דו"ח הסניגוריה הציבורית בנושא הצפיפות במתקני הכליאה** (2013). מספר המקומות בבתי הסוהר בישראל מאושר מדי שנה על ידי ועדת החוקה, חוק ומשפט כחלק מ"תקן כליאה" שנקבע על ידה. להצעה שהצפיפות בבתי הסוהר תובא בחשבון בעת גזירת הדין, ראו: איילת עוז "הצפיפות בבתי הסוהר כשיקול בגזירת הדין" **הסניגור** 119–120 (2007).

³⁴ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 247–248. לסקירה היסטורית של תעסוקת אסירים בישראל, ראו: שם, תימור, בעמ' 350–352. ס' 48 לחוק העונשין, קובע את חובתו של האסיר לעבוד. ראו גם: ס' 25–27 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971; ס' 13–16 לתקנות בתי הסוהר, התשל"ח-1978.

לנוכח הקשר בין תעסוקה לשיקום והפחתת הנטייה לפשיעה חוזרת. יעידו על כך ההבדלים בנטייה לפשיעה חוזרת בין אסירים שעבדו במהלך כליאתם לאסירים שלא הועסקו.³⁵

2. בתי סוהר פרטיים

במדינות שונות בעולם, ובהן ארצות הברית, בריטניה ואוסטרליה, פועלים כיום בתי סוהר בבעלות פרטית. אחת הסיבות להקמתם של בתי סוהר פרטיים הייתה בעיית צפיפות היתר.³⁶ בתי סוהר פרטיים מעוררים ביקורת בכמה מישורים,³⁷ והעיקרית שבהם היא שהסמכות להעניש היא מסמכויות היסוד של המדינה, ואין היא רשאית להעבירה לאחרים.³⁸

השאלה אם הקמת בתי סוהר פרטיים היא חוקתית התעוררה בפרשת **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים**.³⁹ בפסק דין זה נדונה חוקתיותו של החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004,⁴⁰ שעל פיו נקבעה, בפעם הראשונה בישראל, הקמת בית סוהר אשר יופעל וינהל על ידי גורם פרטי. בית המשפט העליון קבע, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, כי תיקון זה לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1971 פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, ואינו עומד במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. וכך נומקה הקביעה על ידי דעת הרוב:⁴¹

³⁵ שם, שוהם, שביט, קאבאליון ועינת, בעמ' 247; שם, תימור, בעמ' 352. על הקשר בין תעסוקה לשיקום ראו גם: Mindy Tarlow & Marta Nelson, *The Time is Now: Immediate Work for People Coming Home from Prison as a Strategy to Reduce Their Reincarceration and Restore Their Place in the Community*, 20 FED. SENT. R. 138 (2007); Jeffrey Fagan and Richard B. Freeman, *Crime and Work*, 25 CRIME & JUST. 225, 236-245 (1999).

³⁶ *Developments in the Law: The Law of Prisons: III. A Tale of Two Systems: Cost, Quality, and Accountability in Private Prisons*, 115 HARV. L. REV. 1838, 1868-1872 (2002); Richard Harding, *Private Prisons*, 28 CRIME & JUST. 265 (2001).

³⁷ ראו למשל: Sharon Dolovich, *State Punishment and Private Prisons*, 55 DUKE L. J. 437 (2005).

³⁸ Harding, לעיל ה"ש 36, בעמ' 273-275. ראו גם: אלון הראל "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר) "משפטים על אתר ב 1 (2010); רות קמיני "הסיווג הראוי של מרשם פלילי: על הקושי שבהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו" **עלי משפט** ט 327, 327-378 (2011).

³⁹ בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, תק-על 2405 (4)2009 (2009) (להלן: פרשת "חטיבת זכויות האדם").

⁴⁰ החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד-2004.

⁴¹ קמיני, לעיל ה"ש 38, בעמ' 332-334.

- (1) **הקניית סמכויות הענישה מנוגדת לתפיסת היסוד של המדינה** – לפי התפיסה המדינית המודרנית, למדינה תפקיד ייחודי באכיפת החוק הפלילי. המדינה נתפסת כגורם האחראי לאכיפת החוק הפלילי, סמכות הענישה הפלילית היא מסמכויותיה המובהקות ולה נתונה הרשות הבלעדית להשתמש בכוח מאורגן לשם אכיפת המשפט הפלילי על הפרט.⁴²
- (2) **אין להפריד בין הגורם השלטוני האחראי ליצירת הכללים לבין הגורם המפעיל והמיישם אותם** – שלב הענישה הוא מהותי ובלתי נפרד משאר ההליך הפלילי. כשם שהמדינה אחראית להסדרת החקיקה הפלילית באמצעות הרשות המחוקקת, כך היא גם נושאת באחריות לאכיפת החוק הפלילי, ולענישת עבריינים על פיו, באמצעות הרשות המבצעת.⁴³ המדינה היא שנושאת באחריות המשפטית, המוסרית והציבורית ליישום של כללי השימוש בכוחה הממסדי, כמי שיצרה אותם. לפיכך אין להפריד בינה לבין הגורם המפעיל והמיישם את הכללים הללו, הלכה למעשה.⁴⁴
- (3) **גורמים פרטיים שוקלים שיקולים זרים למטרות הענישה** – מידת הלגיטימיות של שלילת החירות מושפעת במישורין מהשאלה איזה אינטרס מניע את בעל הסמכות – אינטרס ציבורי או פרטי. תאגיד פרטי שוקל בראש ובראשונה שיקולים כלכליים, שהם זרים למטרות הענישה הציבוריות. הכפפת אסירים לגוף פרטי כאמור היא, כשלעצמה, פגיעה חוקתית.⁴⁵
- (4) **גורמים פרטיים אינם כפופים לנורמות של השירות הציבורי** – גוף הפועל כזרוע של המדינה כפוף לביקורת מנהלית ושיפוטית, ולאתוס של השירות הציבורי הממלכתי. כפיפות זו יש בה כדי לצמצם את הסכנה שהכוח הנתון לאותו גוף ינוצל לדעה, בשרירות או לשם קידום מטרות זרות.⁴⁶ אמנם בחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28) נקבעו מגבלות אחדות, וכן אמצעי פיקוח על פעילויות הזכיון, אך אמצעי הפיקוח אינם יכולים להתגבר על הקושי הטבוע בעצם הניהול הפרטי של בית הסוהר.⁴⁷
- (5) **המעמד הסמלי של העברת סמכות הכליאה לידיים פרטיות** – להעברת סמכות הכליאה מידי המדינה לידיים פרטיות יש משמעות חברתית וסמלית. מהלך זה מבטא הסרת חלק ניכר מאחריות המדינה לגורלם של האסירים, תוך חשיפתם

42 פרשת **חטיבת זכויות האדם**, לעיל ה"ש 39, פס' 23–25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

43 שם, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

44 שם, פס' 11–14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

45 שם, פס' 29–30, 36 לפסק דינה של השופטת ביניש, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 17–16,

26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, פס' 17–18 לפסק דינה של השופטת נאור.

46 שם, פס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 14–16, 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

47 שם, פס' 41–43 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 21

לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

לפגיעה בזכויותיהם על ידי גוף פרטי הפועל למטרות רווח. זהו היבט נוסף של הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם.⁴⁸

לאור שיקולים אלה פסלה דעת הרוב את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), וקבעה שאינו חוקתי.⁴⁹ תוצאת הקביעה הייתה שהקמתם של בתי סוהר פריטיים בישראל אינה חוקתית.⁵⁰

השופט לוי, בדעת מיעוט, דן במפורט בזכויות האסירים, ובפגיעה הממשית בכבודם האנושי עקב הצפיפות הקשה בבתי הסוהר, הזוהמה הבלתי נסבלת בהם, הלנת אסירים על מזרונים, המחסור בצידוד בסיסי, המזון הלקוי וכדומה.⁵¹ לפיכך סבר השופט לוי כי השאלה העיקרית המונחת לפתחו של בית המשפט היא שאלה הצופה פני עתיד – האם ההסדר החדש יפגע בפועל בזכויות החוקתיות של האסירים (בהשוואה למצב הקיים)? לדעתו, אי-אפשר להכריע בשאלה זו בטרם יופעל ההסדר, ולכן הוא סבר שיש לדחות את העתירה.⁵²

48 שם, פס' 38–39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל.
 49 שם, דעת הרוב של השופטים האלה: הנשיאה ביניש, המשנה לנשיאה ריבלין והשופטים פרוקצ'יה, גרוניס, נאור, ארבל, ג'ובראן וחיות.

50 על פסק הדין ראו המאמרים האלה: קמיני, לעיל ה"ש 38; הראל, לעיל ה"ש 38; נילי כהן "אסירים, ענישה קהילתית וחינוך – בין 'סמכותה הטבעית' של המדינה לבין הפרטה, קהילתיות ופרטיות" **משפט ועסקים** יד 595 (2012); הילה שמיר "הפרטה: המדינה, השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" **עיוני משפט** לה 747 (2013); גלעד ברנע ויעל ברדה "תיאוריה חוקתית, אסטרטגיה ועריכת-דין ציבורית בפרשת ביטול הפרטת בתי-הסוהר" **מעשי משפט** ג 145 (2010); אורי תימור "ההפרטה נעצרה ונאסרה" **צוהר לבית הסוהר: עבירות ועונשים בישראל – תיאוריה ויישום** 13 (2010); יואב פלד "הפשע משתלם: מה ניתן ללמוד מהניסיון האמריקאי בהפרטת בתי סוהר" **הסניגור** 82, 5 (2004); נעמה כרמי ועינת גל "החטא ועונשו – הפרטת בתי כלא: נייר עמדה" **דו"ח עמותת רופאים לזכויות אדם** (2005).
 שם, הראל, בעמ' 8–9.

51 פרשת **חטיבת זכויות האדם**, לעיל ה"ש 39, פס' 11 לפסק דינו של השופט לוי: "תמצית עמדתי היא, אפוא, זו: ימים יגידו. אפשר כי לו הייתה מובאת עתירה זו בפנינו חודשים מספר לאחר שהוחל בהפעלתו של ההסדר, מגלה הייתי כי הצדק עם חברי, שופטי הרוב, ולא הייתי מהסס להוסיף את דעתי לדעתם. אך אפשר, כי שיפור היה מתחולל במצבם העגום של תנאי הכליאה בישראל, או אז צולח היה החוק את פסקת ההגבלה ומגיה הימנה כשהוא מעוטר בגושפנקה חוקתית. יתרה מכך, אפשר כי מתגשמת הייתה, ולו חלקית, המשאלה כי מושאיה של ההפרטה – הלא הם הזכיינים, ישכילו לשאת במחויבות להגנה על זכויות הפרט [...] וסתירה בין מדיניות של הפרטה לבין הגנה על זכויות היסוד שוב לא הייתה נדמית לגזירת-גורל. וכפי שכבר ציינתי, הואיל וביקורת שיפוטית אינה יכולה לסמוך עצמה על הערכה רופפת, עמדותי היא כי יש להניחה לעת ראויה, ולא כזו היא נקודת הזמן בה מצויים אנו היום. ענין לנו, אפוא, בביצה שלא נולדה. אם טוב הוא היום בו באה לעולם אם לאו, אם ראויה היא לאכילה אם לאו, טרם נדע".

3. בחירה בין הטלת עונש מאסר בפועל לבין עונשים אחרים

עונש המאסר נועד, בראש ובראשונה, לשלול מהאסיר את חירותו האישית ולהגביל את חופש התנועה שלו.⁵³ מתוך תכליות הענישה המוכרות, מקובל לייחס לעונש המאסר תכליות של גמול, הרתעה ומניעה.⁵⁴ יש הגורסים שעונש המאסר ממלא גם את תכלית השיקום.⁵⁵

אכזבה מהתפיסה השיקומית, תפיסה של "מגפת פשיעה" ומדיניות של החמרה בענישה הביאו לעלייה במספר הנשלחים לבתי הסוהר משנות השבעים של המאה הקודמת ואילך. הצפיפות בבתי הסוהר בלטה במיוחד במהלך שנות התשעים של אותה מאה.⁵⁶ בעקבות זאת החלה להישמע ביקורת על המאסר כאמצעי ענישה,

⁵³ לדיון בהטלת הגבלות נוספות על האסיר, החורגות משלילת חירותו האישית והגבלת חופש התנועה שלו הנובעות מעצם המאסר, ראו: בג"ץ 2245/06 ח"כ דוברין נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(2) 3564 (2006).

⁵⁴ *Development in Law: Alternatives to Incarceration* 111 HARV. L. REV. 1863, 1967, 1975 (1998). ראו גם: תפ"ח (מחוזי חי') 1944-12-09 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-מח 2011(3) 12021, פס' 5 לפסק דינו של השופט סוקול (2011); ע"פ 779/08 **מוסלי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2009(2) 1, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2009); ע"פ 2824/05 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(1) 4395, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2006); ע"פ 4538/08 **מדינת ישראל נ' פלוני**, תק-על 2008(3) 3550, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008); ע"פ (מחוזי ת"א) 70959/08 **מדינת ישראל נ' א.מ. שירותי אבטחה, אחזקה וניקיון 1996**, תק-מח 2009(2) 11690, פס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2009); ע"פ 10571/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2008(1) 1796, פס' 6-10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2008); ת"פ (מחוזי מר') 10-02-10 **מדינת ישראל נ' חן**, בפסק דינו של השופט כספי, הפרק שכותרתו "שיקולי הענישה" (פורסם בנבו, 4.7.2010); ת"פ (מחוזי י-ם) 3813/99 **מדינת ישראל נ' רפאלי**, פ"מ תש"ס(3) 241, 259 (2000) (להלן: "פרשת רפאלי"). לתפיסת עונש המאסר כמביע את שאט נפשה של החברה מן העברה וכממלא את התכלית של הטבעת אות קלון וגינוי הנאשם, ראו: ת"פ (מחוזי י-ם) 1536/04 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"מ תשס"ד(3) 817, 825 (2004); פרשת **רפאלי**, בעמ' 255. על הקשר בין גינוי לתכלית הגמולית, ראו: Chad Flanders, *Essay: Shame and the Meanings of Punishment*, 54 CLEV. ST. L. REV. 609, 611-617 (2006). לטענה כי תכלית הענישה אינה רלוונטית כאשר מדובר בעונש המאסר, ראו: Michael E. Smith, *Designing and Implementing Noncustodial Penal Sanctions: What Purposes Will Real Alternatives Serve?*, 4 FED. SENT.G. REP. 27 (1991).

⁵⁵ **שם**, *Development in Law: Alternatives to Incarceration*, בעמ' 1975, וראו גם: Todd R. Clear & James Austin, *Reducing Mass Incarceration: Implications of the Iron Law of Prison Populations*, 3 HARV. L. & POL'Y REV. 303, 313 (2009). בפסיקה, ראו: בג"ץ 1163/98 **שדות נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נה(4) 817 (2001). ראו גם: תימור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 350-352.

⁵⁶ רות קנאי "עונשים בחומרה בינונית" **סוגיות בתורת הענישה בישראל** 235, 236-237 (שלמה גיורא שוהם ואורי תימור עורכים, 2009). עוד על הגורמים לעלייה במספר הנשלחים לבית

והוחל בחיפוש עונשים חלופיים.⁵⁷ כך, למשל, נטען כי עונש המאסר אינו יעיל במניעת עבריינות ואינו מבטא כראוי נורמות קהילתיות.⁵⁸ עניין נוסף הוא העלויות הגבוהות הכרוכות בשליחה למאסר.⁵⁹ לנוכח כל האמור מתעוררת שאלת הבחירה בין הטלת עונש מאסר בפועל לבין נקיטת עונשים אחרים, אשר בין היתר קשורה לשאלת תכליות הענישה והבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה.⁶⁰ מדובר בשאלה קשה וכרוך בה גם המתח בין שמירה על שוויון בענישה לבין הטלת עונש אינדיבידואלי,⁶¹ ובתוך כך השאלה אם להעדיף עקרונות טיפוליים או גמוליים.⁶² שאלה זו חשובה וקשה במיוחד במקרים של עברות קלות.⁶³

יש הסבורים כי ראוי לקבוע הוראה שלפיה אין להטיל עונש מאסר בפועל אלא במקרים שבהם חומרת העברה אינה מאפשרת להסתפק בעונש קל יותר. בהוראה זו הם מבקשים לקבוע שעונש מאסר יהיה שיורי ויוטל רק כאשר אי-אפשר להגשים ולממש את מטרות הענישה באמצעות דרכי ענישה אחרות שפגיעתן פחותה.⁶⁴ עקרון

הסוהר, ראו: שם, *Development in Law: Alternatives to Incarceration*, בעמ' 1875–1885; Herbert J. Hoelter, *Sentencing*, 312, 307, בעמ' Clear & Austin, ראו גם: שם, 1990–1984; *Alternatives – Back to the Future*, 22 FED. SENT. REP. 53 (2009) הערות 5–9.

57 לדיון בעונשים חלופיים למאסר, ראו: שם, *Development in Law: Alternatives to Incarceration*, בעמ' 1894–1898, 1898–1981, 1983–1981; שם, Hoelter, בחלקים II ו V; Clear & Austin, שם, בעמ' 315–322. לדיון בהקשר של עונשי ביוש וצדק מאחה, ראו: Dan Markel, *Wrong Turns on the Road to Alternative Sanctions: Reflections on the Future of Shaming Punishments and Restorative Justice*, 85 TEX. L. REV. 1385 (2007) עוד בהקשר זה, ראו: אברהם טננבוים ושירה לוי "המעבר הגורף מענישה גופנית לעונש המאסר – בין אליאס לפוקו והשלכות לעתיד" **ספר גבריאל בן** 305 (דוד האן, דנה כהן-לקה, מיכאל בן עורכים, 2011). על התוצאות השליליות של מאסר לתקופה קצרה, ראו: בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 143.

58 שם, *Development in Law: Alternatives to Incarceration*, בעמ' 1876. על הטענה שלשיעורי המאסר השפעה מועטה על שיעור הפשיעה, ראו: שם, Clear & Austin, בעמ' 309–311. המחברים קוראים לקיצור תקופות המאסר. ראו: שם, בעמ' 316–319.

59 שם, *Development in Law: Alternatives to Incarceration*, בעמ' 1892–1894.

60 יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" **הפרקליט** נב 413 (2013) (להלן: "ואקי ורבין 'הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה'"). בעניין השפעת מודל הענישה הנבחר על הבחירה בין עונש מאסר לעונש מותנה, ובעיקר להעמדה במבחן, ראו: רות קנאי "היחס בין מטרות הענישה ושיקולי הענישה לשיקול הדעת של השופט בקביעת העונש" **מחקרי משפט** י 39, בעמ' 80 ואילך (1993).

61 רות קנאי "הצעה לתיקון קביעת גזר הדין" **מחקרי משפט** יג 227, 238 (1996) (להלן: "קנאי 'הצעה לתיקון'").

62 יעקב בזק "השיקולים לקביעת אופי העונש ומידתו" **הפרקליט** לג 308 (1981–1980).

63 קנאי "הצעה לתיקון", לעיל ה"ש 61.

64 שם, בעמ' 239. לדעה דומה, ראו: בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 143; דו"ח הסניגוריה על צפיפות בבתי הכלא – 2013, לעיל ה"ש 33, בעמ' 28–29. ראו גם: ס' 8(ב) להצעת החוק שגובשה על

השירות של המאסר אומץ בשיטות משפט רבות⁶⁵ ואולם לא כך הוא המצב בחוק העונשין הישראלי.

עם זאת, סעיף 38(א) לחוק העונשין קובע כי בית המשפט אינו רשאי להטיל עונש מאסר בפועל אלא לאחר שקיבל תסקיר בכתב של קצין מבחן. ואולם לפי סעיף 38(ב) לחוק העונשין, "שר המשפטים רשאי, באכרזה שתפורסם ברשומות, לסייג, מדי פעם, תחולתו של סעיף [זה]". למיטב ידיעתנו, מעולם לא פורסמה אכרזה מכוח סעיף 38(ב). עם זאת, מכוח החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), התשי"ד-1954 (שקדם לסעיף 38)⁶⁶ הוכרזה אכרזת דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן), התשכ"ד-1964, הקובעת כי אין להטיל מאסר על נאשם מתחת לגיל 21 בלא תסקיר של שירות המבחן.

באחד מפסקי הדין הועלתה הטענה, כי אכרזת דרכי ענישה (תסקיר של קצין מבחן), שעל פיה נוהגים בתי המשפט לסייג את קבלת התסקיר, בטלה עם ביטול החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), שמכוחו פורסמה על פי סמכויות שר המשפטים א. לפי טענה זו, כיוון שבוטל החוק לתיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), גם התקנות והאכרזות שהותקנו והוכרזו מכוחו בטלות, ולכן כיום חובת תסקיר חלה על כל מאסר. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט. נקבע כי על פי הוראת סעיף 23 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 האכרזה ממשיכה לעמוד בתוקפה כל עוד לא בוטלה באכרזה של שר המשפטים מכוח החיקוק המבטל, קרי: מכוח סעיף 38(ב) לחוק העונשין.⁶⁷ כן הודגש כי "דין הטענה להידחות גם נוכח ההסתמכות בת עשרות השנים

ידי ועדת גולדברג לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, דין וחשבון (1997), בעמ' 25, הקובע: "לא יגזור בית המשפט מאסר בפועל, אלא אם חומרת המעשה ואשמו של הנאשם אינם מתיישבים עם הטלת עונש מסוג קל יותר". סעיף זה לא נכלל בהצעת החוק הממשלתית בדבר הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה ולא מצא את דרכו גם לחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012, ס"ח 102, בנוסחו הסופי (להלן: "תיקון 113").

⁶⁵ לעתים כהוראה ספציפית לעניין עונשי מאסר. ראו לדוגמה: ס' 152(2) ו-153(2) ל- Criminal Justice Act 2003 האנגלי. לעתים כהוראה כללית לעניין גזירת הדין. ראו לדוגמה: ס' 8 ו-16 ל- Sentencing Act 2002 בניו-זילנד; ס' 718.2(d) ל- Criminal Code הקנדי. עיקרון זה זכה לכינוי "עקרון החסכנות" (parsimony) ולפיו על בית המשפט להטיל את העונש הפוגעני פחות אשר ניתן לתתו בנסיבות העניין.

⁶⁶ בשנת 1970 הוחלף החוק בחוק דיני עונשין (דרכי ענישה) [נוסח משולב], התש"ל-1970, ובס' 4 לחוק החדש נקבעה חובת קבלת תסקיר כדלקמן:

(א) לא יטיל בית המשפט עונש מאסר, שלא על תנאי, אלא לאחר קבלת תסקיר לפי סעיף 3.
 (ב) שר המשפטים רשאי, באכרזה שתפורסם ברשומות, לסייג, מדי פעם, תחולתו של סעיף קטן (א) לפי סוגי בתי משפט, לפי עבירות, לפי גיל הנאשמים או לפי כל סיווג אחר.

בשנת 1977 אומצה הוראה זו כלשונה בס' 38 לחוק העונשין שהחליף את החוק משנת 1970.
⁶⁷ כותרתו של סעיף 23 הינה "תקנות ומינויים לפי חיקוק שבוטל" והוא קובע כך: "משובטל חיקוק, בטלים עמו התקנות והמינויים שנעשו מכוחו; אולם מקום שהחיקוק המבטל קובע הוראות במקום המבוטלות – התקנות והמינויים שנעשו מכוח ההוראות המבוטלות יעמדו

על הפרשנות לפיה האכרזה ממשיכה לחול כל עוד לא בוטלה או הוחלפה באכרזה אחרת של שר המשפטים⁶⁸. כך או כך נקבע כי משניתן תסקיר בעניינו של הנאשם, התסקיר הוא בגדר המלצה בלבד, ובית המשפט הוא שעורך את האיזון בין המלצת שירות המבחן לבין שיקולי ענישה אחרים.⁶⁹

עם השיקולים המקובלים להטלת עונש מאסר בפועל או להימנעות מלהטילו נמנים השיקולים הבאים: האם מדובר בהרשעה ראשונה;⁷⁰ חומרת העברה;⁷¹ הצורך להגן על הציבור על רקע עברו הפלילי של המורשע;⁷² והרתעת הרבים באמצעות שליחת מסר חמור על רקע עברה שהפכה לנפוצה.⁷³

4. פרשנות סעיפי החוק

א. מאסר עולם

סעיף 41 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "מאסר עולם", קובע כדלקמן:

"עבירה שדינה מאסר עולם ולא נקבע שהוא עונש חובה, תקופת המאסר שיטיל בית המשפט לא תעלה על עשרים שנה"

מאסר עולם שהוא עונש חובה – מכלל ההן שבסעיף 41 נשמע הלאו. אם נקבע בעברה "מאסר עולם חובה" או "מאסר עולם ועונש זה בלבד"⁷⁴ אזי תקופת המאסר תהיה בלתי קצובה. המשמעות היא שתקופת המאסר היא "לעולם" אלא אם כן קיבל האסיר חנינה, הקלה, או שנקצב עונשו על ידי נשיא המדינה מכוח סמכותו שבסעיף 11(ב) לחוק-יסוד: הנשיא.⁷⁵ עד שנת 1992 היה מקובל לקצוב מאסר עולם של רוצחים ל-24 שנות מאסר, בלא שיופעל שיקול דעת בעניין. הנשיא עזר ויצמן סבר כי נוהג זה אינו תקין, ובשל כך, סירב לחתום על חנינות באופן אוטומטי ודרש כי

בתקפם עד שיבוטלו בתקנות ובמינויים מכח החיקוק המבטל".

68 ת"פ (שלום ת"א) 2564/07 מדינת ישראל נ' שמשון, תק-על 2009(2) 1848 (2009).

69 ראו למשל: ע"פ 175/05 מדינת ישראל נ' שטרית (פורסם בנבו, 23.6.2006).

70 בזק, לעיל ה"ש 1, בעמ' 142.

71 ע"פ 698/07 אברמוב נ' מדינת ישראל, תק-על 2007(2) 4872, פס' ה(1) לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2007).

72 שם; פרשת שטרית, לעיל ה"ש 69.

73 שם, פרשת שטרית.

74 כיום ניתן למצוא נוסח זה רק בשתי עברות: האחת, עברת הרצח שבס' 300(א)(2) לחוק העונשין והשנייה, עבירת החטיפה ממשמורת שבס' 373(ב) לחוק העונשין.

75 על סמכות החנינה של הנשיא באופן כללי, ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל 1057-1067 (מהדורה שישית, 2005).

תיקבענה אמות מידה כלליות להפעלת סמכות החנינה – בדרך של קציבת עונש המאסר – לאסירים שנדונו למאסר עולם.⁷⁶ לאור עמדתו של הנשיא ויצמן תוקן החוק ונקבע כי ועדת שחרורים מיוחדת תמליץ לנשיא המדינה על קציבת עונשו של אסיר שנדון למאסר עולם.⁷⁷

מאסר עולם שלא נקבע שהוא עונש חובה – לפי לשון סעיף 41 לחוק העונשין, אם מצוין בעברה עונש של "מאסר עולם", ולא צוין במפורש שהוא עונש חובה, תקופת המאסר שיטיל בית המשפט לא תעלה על עשרים שנה. לפיכך, מבחינה נורמטיבית אין הבדל אם העונש שנכתב לצד עברה הוא "עשרים שנה" או שנכתב "מאסר עולם".

הבעיות הפרשניות ופתרוןן – החלת הוראתו של סעיף 41 על סעיפי חוק אחרים עוררה בעיות פרשניות הדורשות ליבון, ובאלו נעסוק להלן. בפרשת **זיאדה**⁷⁸ עמד בית המשפט על ההיסטוריה החקיקתית של הוראת סעיף 41 לחוק העונשין, וקבע כי מקורה בהוראה בנוסח דומה שנכללה בהצעת חוק ביטול עונש מוות, התש"ט-1949.⁷⁹ הצעת החוק ביקשה להביא לביטולו המוחלט של עונש המוות בישראל, למעט בגין עברה של בגידה בשעת חירום.⁸⁰ סעיף 2 להצעת חוק ביטול עונש מוות קבע כי במקום עונש המוות יוטל מאסר עולם. סעיף 4 להצעת החוק קבע כי הוראות חוק הקובעות עונש מאסר עולם יראו אותן כקובעות עונש מאסר של עשרים שנה: "כל הוראה במשפט הקיים הקובעת שאדם שעבר עבירה מסוימת צפוי לעונש מאסר עולם, יראו אותה כקובעת שאדם שעבר אותה עבירה צפוי לעונש מאסר של עשרים שנה". בחוק לתיקון דיני העונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954, אשר

⁷⁶ שם, בעמ' 1062. עתירה שהוגשה כנגד החלטת הנשיא שלא לקצוב את עונשם של אסירים שנידונו למאסר עולם, בטרם ייקבעו אמות מידה כלליות להפעלת הסמכות נדחתה. ראו: בג"ץ 849/00 **שץ נ' שר המשפטים**, פ"ד נו(5) 571 (2002). בית המשפט דחה שם טענה כי נוצר מנהג המחייב את הנשיא לקצוב באופן אוטומטי את עונשו של כל מי שנידון למאסר עולם, ל-24 שנות מאסר: "עצם העובדה כי כך נעשה ככל המקרים הדומים לעניינו, לטענת העותר, אינה מבססת מנהג. נדרש להראות כי בשלב מסוים נוצרה תחושה של חיוב – 'תודעת החיוב' – בקציבת העונש ל-24 שנות מאסר. כזאת, לא הראה העותר בנסיבות המקרה", שם, בעמ' 574, בפסק דינו של הנשיא ברק. עוד נקבע כי אף לו הוכח קיומו של מנהג כאמור, לא היה בית המשפט מחייב את הנשיא לנהוג לפיו.

⁷⁷ ס' 29, 30 ו-30א לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, שם נקבעו השיקולים שלפיהם תקבל החלטתה של הוועדה.

⁷⁸ רע"ב 7501/06 **זיאדה נ' שירות בתי הסוהר**, תק-על 2007(4) 4474 (2007).

⁷⁹ הצעת חוק ביטול עונש המוות, התש"ט-1949, ה"ח 159 (להלן: "**הצעת חוק ביטול עונש מוות**").

⁸⁰ בעקבות תמורות בהצעת חוק ביטול עונש מוות צומצם היקף תחולתה, והיא נחקקה לבסוף ב-16 בפברואר 1954 כחוק לתיקון דיני עונשין (ביטול עונש מוות על רצח), התשי"ד-1954. בגרדי חוק זה בוטל עונש המוות בגין עברת הרצח בלבד (למעט בגין עברת רצח לפי חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התשי"ז-1950), אך לא בוטל עונש המוות בגין עברות אחרות.

כאמור ביטל לבסוף את עונש המוות בגין עברת הרצח בלבד, לא נכללה ההוראה שבסעיף 4 להצעת חוק ביטול עונש מוות. תחת זאת נכללה הוראה דומה בסעיף 2 לחוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה), שנחקק בכנסת כמה חודשים לאחר מכן.⁸¹ נוסחה של הוראת סעיף 2 לחוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה) נותר בעינו, והיא מצאה את דרכה לסעיף 41 לחוק העונשין. בעניין **זיאדה**, קבע בית המשפט, כי: "מן ההיסטוריה החקיקתית ניתן אפוא ללמוד, כי הגם שהמחוקק לא ראה לבטל את עונש המוות באופן כולל, אלא בגין עבירת הרצח בלבד, סבר הוא כי שינוי זה במדרג הענישה, לפיו חלף עונש מוות מוטל מאסר עולם חובה על מורשעים ברצח, מחייב שינוי במדרג הענישה בעבירות שהעונש המרבי שניתן לגזור בגינן הוא עונש של מאסר עולם".⁸² התוצאה הייתה שאת מקומה של הוראת "עונש מוות" תפסה הוראת "מאסר עולם חובה", ואילו הוראת "מאסר עולם" שינתה את משמעותה למאסר עד "עשרים שנה". על תכליתה של הוראת סעיף 41 לחוק העונשין נאמרו הדברים הבאים מפי השופט חשין:

"בין אם סבר המחוקק כי לאחר ביטול עונש-המוות וקביעת עונש מאסר עולם חובה תחתיו, יש וראוי ליצור מדרג עונשים חדש בפסגת הפירמידה (שמא נאמר: בתחתית הפירמידה); בין אם סבר כי עונש מאסר עולם שאינו חובה כפי שנקבע בפח"פ⁸³ עונש כבד הוא יתר-על-המידה; בין כך ובין כך, העונש של 'מאסר עולם' על דרך הסתם נעלם, ומעתה נקבעו ל'מאסר עולם' שאינו חובה קרי וכתוב; כתיב: 'מאסר עולם', קרי: 'עשרים שנות מאסר' [...] לעתיד-לבוא אין לו למחוקק צורך עוד לקבוע בצידה של עבירה עונש של 'מאסר עולם' שפירושו אינו אלא עשרים שנה, כלומר: לומר חנה שעה שכוונתו היא לפנינה. תחת אשר ידבר בשפת סתרים, שפה שזר לא יבינה; תחת אשר יכתוב 'מאסר עולם' ובקריצת-עין ירמוז כי הכוונה אינה למאסר עולם כפשוטו אלא לעשרים שנות מאסר; תחת כל אלה יכול המחוקק לקבוע במישרין עונש בן עשרים שנות מאסר והכל יידעו ויבינו".⁸⁴

81 ראו לעיל בה"ש 22.

82 פרשת **זיאדה**, לעיל ה"ש 78, פס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן. להיסטוריה החקיקתית של ס' 41 לחוק העונשין, ראו גם: ש"ז פלר "מאסר עולם חובה", מאסר עולם ומאסר עשרים שנה' (בעקבות ע"פ 530/90) "משפט וממשל" ב 507, 514-516 (1994).

83 פקודת החוק הפלילי, 1936.

84 ע"פ 4379/02 **פלוגי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006(1) 649, פס' 17 לפסק דינו של השופט חשין (2006). ראו גם: ס' 35(א) לחוק העונשין, הקובע: "בית המשפט שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדיון לאותה עבירה".

בעניין פלוני⁸⁵ התעוררה שאלת התחולה של סעיף 41 על קטינים המבצעים עבירת רצח. המערער בפרשה זו, שהיה קטין ביום ביצוע העברה, טען כי השילוב בין סעיף 300(א) לחוק העונשין, סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971,⁸⁶ וסעיף 41 לחוק העונשין, מביא לתוצאה שלפיה אי-אפשר להטיל על המערער עונש העולה על 20 שנות מאסר. בית המשפט דחה טענה זו. לעניין תחולת סעיף 41, נקבע בדעת הרוב כך:

"לצורכי סעיף 41 לחוק העונשין, המתייחס על-פי נוסחו לעונש כפי ש'נקבע', קרי נקבע בחוק, הרי צמוד להרשעה לפי סעיף 300 עונש מאסר עולם כחובה. סיווגו של העונש לפי סעיף 300 כמאסר עולם חובה אינו משתנה עקב הוראותיו של חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול)".⁸⁷

ובהמשך קבעה דעת הרוב כך:

"שאלה נגזרת היא, כאמור, אם מתן שיקול הדעת לפי סעיף 25(ב) יש בו כדי לשנות ישימותו של סעיף 41 לחוק העונשין לצורך העניין שלפנינו, היינו: האם עונש מאסר עולם חובה לפי סעיף 300(א) הופך בשל הוראותיו של סעיף 25(ב) לעונש בעל מהות משפטית שונה. דעתי כדעת בית המשפט קמא, כי סעיף 25(ב) הנ"ל אינו משנה את ההוראה שבסעיף 300(א) הנ"ל. הוא מוסיף לצדה של ההוראה בדבר מהותו של העונש על רצח, שהוא כדברי המחוקק עונש חובה, חריג של הקניית סמכות להפעלת שיקול דעת לגבי סוג מוגדר של נאשמים, היינו קטינים. לשון אחר, סעיף 25 לא ביקש לשנות את סיווג המשפטי של העונש בשל רצח כעונש חובה, אלא הקנה שיקול דעת לגבי סוג עבריינים. אין בסעיף 25 משום שינוי הקלאסיפיקציה של העונשים או שינוי בהוראותיו של סעיף 300, אלא הקניית סמכות על אף הקלאסיפיקציה האמורה, שהיא שרירה וקיימת".⁸⁸

⁸⁵ ע"פ 530/90 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 648 (1992) (להלן: "פרשת פלוני").

⁸⁶ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, ס"ח 134 (להלן: "חוק הנוער"). ס' 25(ב) קובע: "אדם שהיה קטין ביום ביצוע העבירה, לא יוטל עליו עונש מוות, ועל אף האמור בכל דין אין חובה להטיל עליו מאסר עולם, מאסר חובה או עונש מינימום".

⁸⁷ פרשת פלוני, לעיל ה"ש 85, בעמ' 652.

⁸⁸ שם, בעמ' 653.

משמע, סעיף 25(ב) לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול) מעניק לבית המשפט שיקול דעת אם להטיל על קטין עונש מאסר עולם אם לאו. השופט בך, בדעת מיעוט, סבר כי מקריאת שלושת הסעיפים המוזכרים לעיל יחדיו מתבקשת המסקנה כי בית המשפט רשאי להטיל על קטין שביצע עבֶרת רצח, עונש שלא יעלה על 20 שנות מאסר. השופט לא קיבל את הניסיון להבחין בין עונש מרבי הקבוע ל"עבירה" לבין עונש מרבי הנקבע ל"עברייני":

"כאשר גילו של הנאשם משפיע על העונש המירבי הקבוע בחוק, הרי הופך הגיל מניה וביה לאחד הגורמים המשפיעים על מהות העבירה הנדונה במשפט מסוים".⁸⁹

וגם:

"לשיטתנו: אם יש לבית המשפט שיקול-דעת, אם להטיל על הנאשם המורשע בעבירה מסוימת מאסר עולם או לא, משמע, שהעונש בגין אותה עבירה איננו מאסר עולם חובה".⁹⁰

אף שמלומד אחד לפחות מתח ביקורת על דעת הרוב וסמך ידו על דעת המיעוט,⁹¹ דעת הרוב בעניין פלוני היא עדיין ההלכה בהקשר זה, והיא אושרה בעקיבות בפסיקה.⁹²

⁸⁹ שם, בעמ' 654.

⁹⁰ שם, בעמ' 655.

⁹¹ פלר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 520: "לא נרבה מילים על דעת המיעוט, מן הטעם הפשוט שמזדהים אנו לגמרי עם הגיון השיקולים העניינים שעליהם היא בנויה".

⁹² ראו: ע"פ 1583/91 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד מו(5) 94 (1992); ע"פ 9917/91 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738 (2004); ע"פ 4379/02/02 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(4) 196 (2006). לטענה דומה לזו שנטענה בע"פ 530/90 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 648 (1992) בהקשר של בית הדין הצבאי ונדחתה, ראו: רע"פ 3829/99 כהן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נח(2) 289 (2000). פרשת פלוני, לעיל ה"ש 85. אך השוו לפסק הדין: ע"פ 6619/93 בן דוד נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 170 (1999). המערער הורשע בנסיבות העניין בעברות שוד ורצח מזוין שבוצעו בבלגיה. בישראל העונש על רצח הוא מאסר עולם חובה, ואילו בדין הבלגי עונש מאסר עולם הוא העונש המרבי שאינו חובה אך ניתן להטיל על המורשע ברצח עונש קל ממאסר עולם. בית המשפט מצא כי יש בכבילת שיקול הדעת של בית המשפט הישראלי לעונש מאסר חובה, ממד של חומרה ביחס לדין הבלגי. לפיכך, ובהתחשב באיסור להטיל עונש חמור מן העונש שהיה ניתן להטיל על פי הדין הבלגי (ראו: ס' 15(ב) ו-14(ג) לחוק העונשין) קבע בית המשפט כי יש להעניק שיקול דעת גם לבית המשפט בישראל. עם זאת, בית המשפט מצא לנכון לציין – למען הסרת ספק ותוך אזכור פרשת פלוני, לעיל ה"ש 85 – כי אין בשיקול דעת זה כדי לשנות את אופיו של העונש הקבוע לצד עברת הרצח. משמע, אמנם לפי הדין הבלגי יש שיקול דעת לבית המשפט, אך אין הוראה מקבילה לזו שבס' 41 לחוק העונשין הישראלי. לכן אין תחולה בעניין

בעניין **זיאדה**⁹³ התעוררה השאלה מה דינו של מי שנידון בבית משפט צבאי על עברות לפי תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945⁹⁴ והוטל עליו מאסר עולם. המבקש בעניין **זיאדה** טען כי עונש מאסר עולם שהוטל עליו הוא למעשה עונש מאסר של עשרים שנה לפי סעיף 41 לחוק העונשין. בית המשפט התמקד בתקנה 58 לתקנות ההגנה (שעת-חירום), הקובעת עונש של "מיתה או אותו עונש פחות מזה". בית המשפט בחן את לשון סעיף 41 ותכליתו (לאור ההיסטוריה החקיקתית שלו), וקבע כי הוראת הסעיף אינה חלה על עברה לפי תקנה 58. נקבע כי הוראת סעיף 41 נועדה במקור (וראו הניתוח לעיל) להקל בעונש המרבי שניתן להטיל על מבצעי עברות שדינן מאסר עולם, אך היא לא נועדה לשנות את עונש המאסר המרבי שניתן להטיל בגין עברה אשר העונש בצדה הוא "מיתה".⁹⁵ לפיכך הגיע בית המשפט לכלל מסקנה שבית המשפט הצבאי היה מוסמך להטיל על המבקש עונש של מאסר עולם בלתי קצוב.

ב. מאסר סתם

סעיף 42 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "מאסר סתם", קובע כדלקמן:

"עבירה שדינה מאסר ולא נקצבה לה תקופה, תקופת המאסר שיטיל בית המשפט לא תעלה על שנה אחת".

ראוי להצביע על קושי מסוים בגלום בהוראה זו. ראשית יש לומר כי הוראה זו סותרת עיקרון יסודי בדיני העונשין, אשר לפיו "לכל עבירה עונש **בצידה** ההולם את חומרתה" (ההדגשה הוספה).⁹⁶ סעיף 42 לחוק העונשין מטפל במקרים שבהם סעיף העברה אינו בגדר "נורמה מושלמת".⁹⁷ הטענה שראוי לקבוע לצד כל עברה את העונש בגינה, באה לידי ביטוי בדברים הבאים של המלומד פלר:

"בנוסף לכך, העונש הקבוע בחוק לכל סוג וסוג של עבירה נותן ביטוי קונקרטי לחומרה שבה רואה החברה את סוג העבירה, בדומה

זה לס' 41.

⁹³ פרשת **זיאדה**, לעיל ה"ש 78.

⁹⁴ ע"ר מס' 1442, מיום 27.9.1945, תוס' 2, בעמ' (ע) 855, (א) 1055, עמ' 1195 (א) (להלן: "**תקנות ההגנה**").

⁹⁵ שם, ס' 13-18. השוו, למשל, לס' 97-99 לחוק העונשין.

⁹⁶ ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 45 (התשמ"ד).

⁹⁷ שם.

למשמעות המקבילה של עונש קונקרטי, המוטל על עבירה קונקרטית שנעברה, לגבי חומרתה הקונקרטית".

משמע, סעיף כללי הקובע את מידת העונש לעברות אשר – ככל שהן קיימות – עשויות להיות מסוגים נבדלים מבחינת הערכים המוגנים בהן, וברמות חומרה מגוונות, אינו מבטא את תפיסת החברה הקונקרטית כפי שהיא אמורה לבוא לידי ביטוי בחקיקת סעיף העברה הספציפי. ניתן אפוא לטעון שסעיף כזה פוגע בעקרון החוקיות. אמנם אין כאן פגיעה בעקרון החוקיות במובנו הטכני – שכן קביעה "משלימה" בדבר מידת העונש מצויה בחוק – אך ניתן להצביע על פגיעה בעיקרון במובנו המהותי ובתוך כך בדרישת הוודאות והבהירות.⁹⁸ לפיכך ראוי שעונש ייקבע בצמוד לכל עברה, ואם ישנם סעיפים שנקבע לצדם עונש מאסר בלא שנקצב זמנו, יש לתקנם.⁹⁹

ג. מועד תחילת ריצוי עונש המאסר וחישוב תקופת המאסר

סעיפים 43–44 לחוק העונשין עוסקים בחישוב תקופת המאסר ובסמכות בית המשפט לקבוע את מועד תחילת עונש המאסר. סעיף 43 לחוק, הנושא את הכותרת "חישוב תקופת המאסר", קובע כדלקמן:

"מי שנידון למאסר תיחשב תקופת מאסרו מיום גזר הדין, אם לא הורה בית המשפט הוראה אחרת; היה הנידון משוחרר בערובה אחר גזר הדין, לא יבואו ימי שחרורו במנין תקופת העונש".

⁹⁸ לדיון נרחב בעקרון החוקיות הדיכוטומי (המהותי והפורמלי), ראו: יורם רבין ויניב ואקי דיני **עונשין** כרך א, פרק 5 (מהדורה שלישית, 2014) (להלן: "**רבין וואקי, דיני עונשין**"). עוד בהקשר זה, השוו: ע"פ 401/79 **למדן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לד(4) 46 (1980). באותו מקרה נדון ס' 20 לחוק סוכני המכס, התשכ"ה-1964. סעיף 20 לחוק סוכני המכס קובע נורמת התנהגות כללית, אך לא נאמר באותו סעיף שהתנהגות שאינה תואמת את הקבוע שם, דינה ענישה. בסעיף אחר (סעיף 27, שאמנם תוקן מאז אם כי התיקון לא שינה ממהותו) נקבע מהם המעשים והמחדלים המהווים עברה, ובאחד מהסעיפים הקטנים נקבעה הוראה כללית שלפיה כל עברה על הוראות חוק סוכני המכס דינה ענישה. השופט לנדוי, בדעת מיעוט, קבע שסעיף 20 אינו יוצר כלל עברה פלילית, שכן אינו מסדיר את הסנקציה שהמחוקק התכוון להטיל על סוכן מכס שאינו מצייט להוראת הסעיף. בכך, כמובן, שונה דבר החקיקה שנדון שם מהסעיף שבענייננו, ועדיין אפשר להקיש ממסקנתו של השופט לנדוי לענייננו. יש לציין כי נימוקים נוספים הונחו ביסוד מסקנתו של השופט לנדוי, ובהם הלשון הכללית שבה נוסח סעיף 20. לשופט בכור באותו מקרה, בדעת רוב, לא הפריעה העובדה שפליליותו של סעיף 20 נקבעה מכוח סעיף אחר, אם כי הוא מצא לזכות את הנאשם מעברה לפי סעיף זה מטעמים אחרים.

⁹⁹ ראו: ס' 61(א)(1) לחוק העונשין, הקובע הוראה בעלת אופי דומה לעניין עברות שעונשן קנס שלא נקבע לו סכום.

סעיף 44 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "מאסר נדחה", קובע כדלקמן:

"הטיל בית המשפט עונש מאסר, רשאי הוא לצוות שהעונש יתחיל מן התאריך שקבע".

סעיף 87 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "דחיית מועדים", קובע הוראה כללית באשר לסמכות בית המשפט לדחות ביצוע עונש, וסמכות זו חלה גם על עונש המאסר. הסעיף קובע כדלקמן:

- "(א) נקבע מועד לביצועו של עונש, באחת מהוראות פרק זה או בבית המשפט לפיה, רשאי בית המשפט לדחות את הביצוע למועד אחר.
- (ב) נדחה ביצועו של עונש לפי סעיף קטן (א), רשאי בית המשפט לדחותו פעם נוספת מטעמים מיוחדים שיירשמו.
- (ג) בית המשפט הדוחה ביצועו של עונש לפי סעיף זה רשאי להתנות את הדחיה במתן ערובה ובתנאים אחרים שימצא לנכון; על ערובה הניתנת לפי הוראה זו יחולו, בשינויים המחוייבים, הוראות סעיפים 38 עד 40 ו-44 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה-1965.
- (ד) החלטת בית המשפט לפי סעיף זה ניתנת לערעור".

ניכוי ימי המעצר מהעונש – אם המורשע היה נתון במעצר במהלך ניהול ההליכים בעניינו, מתעוררת שאלת מועד תחילת ריצוי העונש, כלומר אם יש לנכות את תקופת המעצר מתקופת המאסר שנגזר עליו. אין חובה שבדין לחשב את ימי המעצר במניין תקופת המאסר. ואכן ההלכה הרווחת היא כי אין חובה לנכות את ימי המעצר מעונש המאסר, ואולם בתי המשפט בוחנים סוגיה זו במסגרת שיקולי הענישה, ובדרך כלל, בהיעדר נימוקים מיוחדים לחומרה, הם נוהגים לנכות את ימי המעצר מהעונש שנגזר.¹⁰⁰ בהקשר זה נקבע כי על בית המשפט לציין במפורש בגזר הדין אם יש לנכות

¹⁰⁰ ע"פ 13/53 ביטון נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ז 463, 465 (1953); רע"פ 165/05 צומן נ' מדינת ישראל, פס' 5-6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.1.2005); ע"פ 10504/08 זארא נ' מדינת ישראל, תק-על 1/2009 (1) 1566, פס' יא-יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין (2009). לבית המשפט יש סמכות גם לנכות מעונש מאסר שגזר תקופת מעצר בגין תיק אחר. בהקשר זה, ראו: רע"פ 4230/07 אוחנה נ' מדינת ישראל, תק-על 2/2007 (2) 4256 (2007). בית המשפט העליון בפרשת אוחנה ציין, בהקשר זה, את ס' 43 לחוק העונשין, אשר נוסחו הובא בטקסט לעיל. נעיר כי הלכה זו עולה בקנה אחד גם עם חוקת החפות, שכן שעה שאדם נתון במעצר בגין תיק א', ומורשע בתיק ב', ניתן ורואי להניח לטובתו את חזקת החפות בעניין תיק א', ולפיכך לנכות מהמאסר שנגזר בגין תיק ב' את ימי המעצר מתיק א'.

את ימי המעצר מהמאסר שהוטל אם לאו.¹⁰¹ בעניין **גבאי**¹⁰² נקבע כי לנאשם אין "זכות קנויה" לניכוי ימי המעצר והדבר נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. באותו עניין התחשב בית המשפט בכך שהעובדה כי ימי המעצר לא נוכו הייתה ידועה למבקש כאשר הגיש את בקשת רשות הערעור הראשונה, ובכל זאת הוא לא מצא לנכון להעלותה אז. זאת ועוד, בית המשפט העליון מצא כי אי-ניכוי ימי המעצר לא נעלם מעיניו של בית המשפט המחוזי, אשר לא מיצה את הדין עם המבקש, ומכאן שאין מקום להקלה נוספת של ניכוי ימי המעצר.¹⁰³ במקרה אחר¹⁰⁴ בית המשפט מצא

לסוגיה קרובה – דיון בשאלת ניכוי ימי מעצר בחו"ל עקב הליכי הסגרה, מתקופת מאסר שנגזרה על ידי בית משפט בישראל, ראו: רע"ב 4865/04 **מדינת ישראל נ' סויסה**, פ"ד (2) 57 (2005). ראו עוד בפרשת **סויסה**, את עמדתו של בית המשפט בעניין הנוהג באשר לניכוי ימי מעצר מתקופת המאסר שנגזרה, בעמ' 65: "על אף נוסחו של סעיף 43 לחוק העונשין הרי שלמעט מקרים נדירים ויוצאי דופן, נוהגים בתי המשפט לנכות את תקופת מעצרו של אדם בישראל מעונש המאסר אשר הוטל עליו". ראו גם: רע"ב 542/11 **מדינת ישראל נ' ספיר**, תק-על 2011 (1) 1974 (2011). בפרשת **ספיר** נגזר על המשיב עונש מאסר בפועל של 36 חודשים, בניכוי 72 ימי מעצרו בגין אותו תיק (להלן: "**המאסר/ התיק הראשון**"). בעודו מרצה את עונשו, הורשע בתיק אחר, שם נגזר עליו עונש מאסר של ארבעה חודשים, בניכוי 60 ימי המעצר בגין אותו תיק (להלן: "**המאסר/ התיק השני**"). נקבע שעונש המאסר השני יחפוף את עונש המאסר הראשון. המשיב טען כי יש לנכות מעונש המאסר הכולל הן את ימי המעצר בגין התיק הראשון הן את אלו בגין התיק השני, במצטבר. דחינו לפי טענות, מתקופת המאסר של 36 החודשים (המאסר הראשון כאמור), יש לנכות בסך הכול 132 ימי מעצר. טענה זו התקבלה על ידי בית המשפט המחוזי בבאר שבע, אולם בית המשפט העליון הפך את ההחלטה. בית המשפט העליון הזכיר את הוראת ס' 45(ב) לחוק העונשין, הדנה בסמכות בית המשפט הגוזר את דינו של מי שכבר נגזר דינו בעניין אחר. לפי הוראה זו, בית המשפט "הדן באחרונה" מוסמך להחליט אם העונש שנגזר ירוצה באופן חופף או מצטבר, אך הסעיף שותק בשאלת ניכוי ימי המעצר במקרה של מאסר חופף. במבחן התוצאה, ציין בית המשפט העליון, ניכוי ימי המעצר על ידי בית המשפט ש"דן באחרונה" – כפי שביקש המשיב – מביא לקיצור בפועל של עונש המאסר אשר הוטל על ידי המותב הקודם. את זאת בית המשפט "הדן באחרונה" אינו מוסמך לעשות, שכן כפי שקבע בית המשפט העליון, "בהיעדר סמכות מפורשת בחוק אין ערכאה אחת רשאית לשנות הוראה שניתנה על ידי ערכאה אחרת בדבר משך המאסר שלא במסגרת ערעור, וכך גם במקרה שלפנינו". לו טענת המשיב הייתה מתקבלת, התוצאה הייתה שלאחר שהורשע בתיק השני, היה מרצה עונש פחות מזה שנגזר עליו בתיק הראשון. מסקנת בית המשפט העליון היא אפוא שכאשר נקבע בגזר הדין כי ינוכו ימי המעצר, המשמעות היא שאלה ינוכו אך ורק מתוך תקופת המאסר שבית המשפט "הדן לאחרונה" השית על הנאשם, ולא כל ערכאה אחרת. ובאותה פרשה, מתוך ארבעת החודשים שנגזרו בגין התיק השני ינוכו 60 ימי המעצר. התוצאה היא שעל הנאשם היה לרצות עונש מאסר של 36 חודשים, שממנו נוכו 72 ימי המעצר בגין אותו תיק, שם, פס' 9-12.

¹⁰¹ רע"פ 10013/05 **לוי נ' מדינת ישראל**, תק-על 2006 (3) 465 (2006). השוו: רע"ב 7785/07 **חליוה נ' שירות בתי הסוהר**, תק-על 2008 (1) 1443 (2008), בעיקר פס' 15 להחלטת השופטת נאור.

¹⁰² רע"פ 245/10 **גבאי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 13.4.2010).

¹⁰³ שם.

לנכון להעניק רשות ערעור אך ורק לעניין ניכוי ימי המעצר. באותו עניין הנושא לא נזכר בפסק הדין ונתבקשה תגובת המדינה בהקשר זה, וממנה התברר שהנושא אכן לא עלה לדיון כלל. המדינה הסכימה לניכוי ימי המעצר, ובית המשפט נעתר כאמור לבקשה בנקודה זו בלבד, ופסק שהתיקון מוצדק "על פי המקובל בכגון דא".¹⁰⁵ הקלה בעונשו של מורשע עשויה להוות שיקול לאי-ניכוי ימי המעצר.¹⁰⁶ שיקולים נוספים לאי-ניכוי הם חומרת המעשים וסיכון הנובע מהמורשע.¹⁰⁷

דחיית עונש מאסר בשל הגשת ערעור (עיכוּב ביצוע) – שאלה היא מתי יעכב בית משפט את מועד תחילת ריצוי עונש המאסר בשל הגשת ערעור. סעיפים 43, 44 ו-87 לחוק העונשין אינם עוסקים במישרין במצב של עיכוּב ביצוע עונש מאסר בתקופת הערעור. סעיפים אלו מנוסחים בהרחבה ובלא פירוט עילות העיכוּב. עם זאת, סוגיה זו נדונה בסעיף 44 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, המסמין את בית המשפט לשחרר את הנאשם בערובה או שלא בערובה בעת שהערעור תלוי ועומד.¹⁰⁸ ההלכה המנחה בסוגיה זו היא עניין **שוורץ**.¹⁰⁹ עד פרשה זו הכלל הנוהג היה שאת עונש המאסר יש לַרְצוּת מיד, ואין לעכבו אלא בנסיבות יוצאות מגדר הרגיל.¹¹⁰ הלכה זו התבססה תחילה על הנהוג במשפט המקובל האנגלי ולאחר מכן על הוראות החקיקה הרלוונטיות. הרציונל לכלל זה היה שהמשפט

¹⁰⁴ רע"פ 242/07 **אולימבוב נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 11.1.2007).

¹⁰⁵ שם, פס' ד רישא וכן פס' ה-ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁰⁶ פרשת **צומן**, לעיל ה"ש 100, פס' 6; פרשת **גבאי**, לעיל ה"ש 102.

¹⁰⁷ פרשת **לוי**, לעיל ה"ש 101; פרשת **אוחנה**, לעיל ה"ש 100. לשיקול נוסף נגד ניכוי ימי מעצר ראו גם ע"פ 436/80 **עמוסי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(2) 573, 566 (1981). באותו מקרה ציווה בית המשפט המחוזי – לפי חוק הנוער – על החזקת אחד המערערים (נתן רחמים) במעון נעול, ולא בבית סוהר. משך תקופת שהייה במעון הנעול נקבעה על ידי בית המשפט המחוזי באופן שיהיה בה כדי לאפשר את שיקומו של רחמים, ולכן בית המשפט לא מצא לנכון לנכות ממנה את תקופת מעצרו של רחמים לפני המשפט. בית המשפט העליון אישר החלטה זו ואת השיקול שביסודה.

¹⁰⁸ ס' 44(א) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה-מעצרים), התשנ"ו-1996, קובע כדלקמן: "חשוד שטרם הוגש נגדו כתב אישום, נאשם או נידון שערעור תלוי ועומד על פסק דינו, והוא נתון במעצר או במאסר, רשאי בית המשפט, לבקשתו, לצוות על שחרורו בערובה או ללא ערובה".

¹⁰⁹ ע"פ 111/99 **שוורץ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(2) 241 (2000) (להלן: "פרשת **שוורץ**"). לעיכוּב ביצוע העונש לאחר שהחל המבקש לרצות את עונשו, ראו: ע"פ 2247/10 **ימיני נ' מדינת ישראל**, תק-על 2200(2) 2010 (2010).

¹¹⁰ ראו, למשל: דבריו של השופט ש"ז חשין בב"ש 24/55 **פורת (פרלברג) נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל**, פ"ד ט 673 (1955): "בבוא בית המשפט לדון בשאלה אם יש לשחרר בערבות אדם שכבר נידון אך ערעורו טרם נשמע, אין הוא רשאי להתעלם מהעובדה המכרעת שנגד המבקש קיים כבר פסק-דין הגוזר עליו מאסר, ורק במקרים יוצאים מגדר הרגיל ייעתר לו בית המשפט או השופט השומע את הבקשה".

מתברר בערכאה הדיונית, בה נקבעים הממצאים העובדתיים ברמת הוכחה גבוהה, ועם תום ההליך נשללת מהמורשע חזקת החפות.¹¹¹ כמו כן, ובשונה מהשיטה הקונטיננטלית, הערעור אינו חלק אינהרנטי מההליך אלא הליך ביקורת מוגבל.¹¹² עד הלכת **שוורץ** אפוא, סמכות בית המשפט לעכב ביצוע מאסר פורשה בצמצום, פרט למקרים יוצאי דופן, וריצוי העונש החל מיד.¹¹³ לצד גישה מצמצמת זו התפתחו גישות נוספות, גמישות יותר, ובמסגרתן הורחב הפתח הצר המאפשר עיכוב ביצוע מאסר. גישות גמישות אלה הצביעו על שיקולים כגון עברו הנקי של הנידון, התנהגותו במהלך המשפט, והחשש שמא לאחר בירור הערעור יתברר שהנידון ריצה את עונשו לשווא.¹¹⁴ על רקע אי-הבהירות שיצרו הגישות הנבדלות בפסיקה, כמו גם השינויים הנורמטיביים שחלו במהלך השנים ובהם חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נדרש בית המשפט העליון בעניין **שוורץ** לבחינה מחודשת של אמות המידה לעיכוב ביצוע עונש מאסר בתקופת ערעור.

נקודת המוצא לעיצוב אמות המידה, כפי שנקבעו בעניין **שוורץ**, היא שסעיפי החוק הרלוונטיים¹¹⁵ אינם מתווים מסגרת המצמצמת את סמכות בית המשפט לצוות על עיכוב ביצוע העונש למקרים מיוחדים ויוצאים מגדר הרגיל בלבד.¹¹⁶ השיקולים המרכזיים הטעונים איזון הם האינטרס הציבורי באכיפה אפקטיבית של החוק להיבטיו המגוונים, מחד גיסא¹¹⁷ ואינטרס הפרט במימוש זכות הערעור, לרבות מתן משקל לאפשרות שבדיעבד יתברר שהמאסר לא היה מוצדק, מאידך גיסא.¹¹⁸ בית המשפט קבע כי במהלך האיזון בין השניים יש להעניק משקל מיוחד לחשש מפני פגיעה בלתי מוצדקת בחירות. כל עוד לא ניתנה הכרעה סופית, יש פוטנציאל להשבת חזקת החפות על כנה, ומכאן שתיתכן פגיעה בחירותו של חף מפשע. לפיכך העימות בין התפיסות באשר לקיומה או להיעדרה של זכות חוקתית לחירות בשלב הערעור הוכרע בקביעה שהזכות לחירות קיימת, אולם עוצמתה נחלשת לנוכח ההכרעה השיפוטית העומדת בעינה – כל עוד לא בוטלה. לפיכך בעיצוב אמות המידה לעיכוב ביצוע עונש המאסר, יש לשים לב "לחשיבותה ולמעמדה של זכות האדם לחירות אישית, ולגבולות הפגיעה המותרת בה בהתאם לעקרונות שהותוו בחוק יסוד: כבוד

¹¹¹ ראו: סקירה בפרשת **שוורץ**, לעיל ה"ש 109, בעמ' 259–261.

¹¹² שם, בעמ' 254–255. השיקולים הללו לא נקבעו בהוראות החוק הרלוונטיות, ובית המשפט, בהקשר זה, ביקר את ריבוי ההוראות המביא לריבוי מסלולים דיוניים שבהם נדונות בקשות לעיכוב ביצוע מאסר, והיחס ביניהן אינו ברור מספיק. בית המשפט ציין, עם זאת, כי השיקולים שיישקלו בכל אחד מהמסלולים יהיו בדרך כלל זהים. ראו: שם, בעמ' 255–259.

¹¹³ שם, בעמ' 259–261 והפסיקה המובאת שם.

¹¹⁴ שם, בעמ' 262–264.

¹¹⁵ ס' 43, 44 ו-87 לחוק העונשין.

¹¹⁶ פרשת **שוורץ**, לעיל ה"ש 109, בעמ' 265–266.

¹¹⁷ שם, בעמ' 267–270.

¹¹⁸ שם, בעמ' 270–272.

האדם וחירותו".¹¹⁹ על יסוד תשתית זו פירט בית המשפט העליון בעניין **שוורץ** רשימה, לא סגורה, של אמות מידה להחלטה בדבר עיכוב ביצוע עונש מאסר, והן בתמצית אלה:

- חומרת העברה ונסיבות ביצועה;¹²⁰
- אורך תקופת המאסר שהושתה על הנידון;¹²¹
- טיב הערעור וסיכויי הצלחתו;¹²²
- עברו הפלילי של הנידון והתנהגותו במהלך המשפט;¹²³
- נסיבותיו האישיות של הנידון.¹²⁴

לסיכום, הלכת **שוורץ** קובעת כי אין בהגשת ערעור, כשלעצמה, כדי לעכב את ביצוע העונש. עם זאת, עיכוב ביצוע עונש המאסר אינו עוד בגדר חריג החל רק במקרים יוצאים מגדר הרגיל; בית המשפט יאזן בין האינטרסים הנוגדים תוך התחשבות בנסיבות ובשיקולים שהותוו, והנטל מוטל על המבקש את עיכוב ביצוע העונש להראות כי האינטרס הציבורי נסוג בנסיבות המקרה מפני האינטרסים הנוספים המעורבים.¹²⁵

בעניין **גולד**¹²⁶ נדונה בקשה לעיכוב ביצוע עונשי מאסר עקב הגשת ערעור הן על הכרעת הדין הן על גזר הדין. המבקשים שם הורשעו בעשרות עבירות מרמה ונידונו לעונשי מאסר ממושכים. בין היתר נטען על ידי אחד המבקשים כי סיכויי הערעור בענייני גבוהים משום שלא היה מיוצג במהלך משפטו ונגרם לו בשל כך עיוות דין. בהקשרה של טענה זו ציין בית המשפט לערעורים את מורכבותו של התיק ואת היותו סבוך ורחב היקף. צוין כי בדין בבקשות לעיכוב ביצוע ראוי להימנע מלקבוע מסמרות לגוף טענות הערעור. מכאן שעל בית המשפט לבחון רק לכאורה את משקל טענות הערעור, וכפי שנקבע בהלכת **שוורץ**, לבחון את טיב הטענות ואת סוגן, ולהעריך את הפוטנציאל של אותן טענות להשפיע על תוצאות הערעור.¹²⁷ בית המשפט ניתח בהרחבה את שאלת סיכויי הצלחת ערעורו של גולד בהתבסס על טענתו בדבר היעדר

¹¹⁹ שם, בעמ' 272–276. לעימות דומה בין התפיסות בשאלה אם למבצע בצוותא של עברה פלילית עומדת זכות היסוד לחירות אישית, ראו: ע"פ 4713/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529 (2002).

¹²⁰ שם, פרשת **שוורץ**, בעמ' 277–278.

¹²¹ שם, בעמ' 278.

¹²² שם, בעמ' 278–280.

¹²³ שם, בעמ' 280–281.

¹²⁴ שם, בעמ' 281–282.

¹²⁵ שם, בעמ' 283. לתחולת אמות המידה שהותוו בהלכת **שוורץ** על בקשה לעיכוב ביצוע העונש עקב עתירה לקיום דיון נוסף, ראו: ע"פ 10619/08 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ס 5 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 17.4.2009).

¹²⁶ ע"פ 816/10 **גולד נ' מדינת ישראל**, תק-על 2012(3) 10311 (2010).

¹²⁷ שם, פ"ס 15 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ייצוג בערכאה הדיונית. בית המשפט בחן את הרובד הנורמטיבי, כמו גם את היקף החובה למנות סנגור מכוח עקרונות כלליים, והתחשב בעובדה שגולד ניהל את הגנתו ביסודיות, היה בקיא בחומר החקירה, זימן עדים וכן זכה ל"סיוע משפטי" במהלך המשפט. יתרה מזו, צוין כי בית המשפט (קמא) פנה אל גולד כמה פעמים במהלך המשפט והציע לו להיעזר בסנגור, אולם הלה סרב.¹²⁸ לפיכך הסיק בית המשפט לערעורים כי סיכוייה של טענת עיוות הדין בשל היעדר ייצוג אינם טובים.¹²⁹ הבקשה לעיכוב ביצוע נדחתה.

המבקש בעניין פלוני¹³⁰ הורשע בביצוע מעשים מגונים בקטינה בת משפחה, ובהטרדה מינית, ונידון בין היתר לארבע שנות מאסר לריצוי בפועל. בערעור העלה המבקש טענה הנוגעת לעצם העמדתו לדין, והדגיש כי בתחילה החליטה המשטרה לסגור את תיק התלונה של אחת המתלוננות נגדו, והחקירה נפתחה מחדש רק לאחר שמתלוננת נוספת (אחותה של המתלוננת הראשונה) הגישה גם היא תלונה. יש לציין שהמבקש זוכה מכל העברות שיוחסו לו בעניינה של המתלוננת הנוספת. בלי לקבוע מסמרות בעניין, מצא בית המשפט שטענה זו של המערער טעונה בירור. כך הדבר גם באשר לטענת באת כוחו, שלפיה המתלוננת (שבעניינה הורשע) העלתה בעבר טענות שווא בדבר הטרדה מינית.¹³¹ לצד סיכויי הערעור, שאותם כאמור מצא בית המשפט ראויים לבחינה, העניק בית המשפט משקל לנסיבות האישיות של המבקש, וציין כי ראוי להתחשב בהן לעתים גם כאשר מדובר בעברות מין.¹³² שיקול נוסף שהובא בחשבון הוא התנהלותו של המבקש בערכאת הדין, אשר לימדה כי אין חשש ממשי להימלטותו מן הדין.¹³³ לבסוף, בית המשפט התחשב גם באורך תקופת המאסר שהושת על המערער, ואף שמדובר בתקופה לא קצרה (ארבע שנות מאסר לריצוי בפועל) נמצא כי בהצטרף לסיכויי הערעור, מוצדק לעכב את ריצוי המאסר.¹³⁴

¹²⁸ שם, פס' 19–29 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

¹²⁹ יש להעיר כי לצד סיכויי ההצלחה הנמוכים של הטענה בדבר היעדר ייצוג, העברות שבהן הורשע גולד היו בעלות חומרה מופלגת, כפי שתואר על ידי בית המשפט, והוא נידון לתקופת מאסר ארוכה. ההחלטות נוספות שבהן נבחנו נימוקי הערעור בפירוט יחסית, ראו: ע"פ 3751/11 אבו טראש נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(4) 849 (2011); ע"פ 7164/10 ג'אן נ' מדינת ישראל, תק-על 2011(4) 2780 (2010).

¹³⁰ ע"פ 4054/11 פלוני נ' מדינת ישראל, תק-על 2012(2) 1682 (2011).

¹³¹ שם, פס' 16 לפסק דינו של השופט מלצר.

¹³² שם, פס' 17 לפסק דינו של השופט מלצר. בהקשר זה ראו פרשת ג'אן, לעיל ה"ש 129, פס' 15 להחלטתו של השופט מלצר, שם בית המשפט אמנם לא נעתר לבקשה לעיכוב ביצוע העונש עד ההכרעה בערעור, אך מצא לנכון לרחות את התייצבותו של המבקש לריצוי עונשו עד אשר יסיים טיפולים רפואיים שנקבעו לו, שכן היה קשה להניח שיוכל לקבל את הטיפולים הללו מיד במסגרת בית הסוהר, כפי שחייב מצבו.

¹³³ פרשת פלוני, לעיל ה"ש 130, פס' 18 לפסק דינו של השופט מלצר.

¹³⁴ שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט מלצר.

לדעתנו, ההחלטה בעניין פלוני אכן מגשימה את התפיסה שביסוד ההלכה המנחה בעניין שוורץ, שבה ביקש בית המשפט שלא לצמצם את קשת המקרים הראויים לעיכוב ביצוע העונש אך ורק למצבים יוצאים מגדר הרגיל. מנגד, הרציונל היה ונותר שביצוע מידי של העונש הוא הכלל, עיכוב הביצוע הוא היוצא מן הכלל, והנטל לשכנע שמוצדק לעכבו מוטל על המבקש. בפרט יקשה על המבקש לשכנע את בית המשפט לעכב ביצוע של מאסר כאשר מדובר בעבירות חמורות, שנגזר בעניינן עונש ארוך, וכאשר נימוקי הערעור (ככל שהם עשויים להיות בעלי משקל) אינם מופנים כלפי מכלול ההרשעות.¹³⁵

ד. מאסר חופף

סעיף 45 לחוק העונשין, אשר כותרתו "מאסר חופף", קובע בסעיפים קטנים (ב) ו-(ג) שב¹³⁶דלקמן:

"(ב) מי שנידון למאסר ולפני שנשא כל ענשו חזר ונידון למאסר, ובית המשפט שדן אותו באחרונה לא הורה שישא את ענשי המאסר, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא עונש מאסר אחד והוא של התקופה הארוכה ביותר.

(ג) מי שנידון לשתי תקופות מאסר או יותר שאחת מהן חופפת בחלקה את האחרת, אין עליו, לאחר שנשא תקופת המאסר האחת, אלא שארית תקופת המאסר האחרת שאינה חופפת".

ראשית, יש להבהיר את היחס בין סעיף 45 לחוק לבין סעיף 40 לחוק, אשר נוסף בתיקון 113 לחוק העונשין.¹³⁷ עובר לתיקון 113 קבע סעיף 45, בסעיף קטן (א) שבו, כדלקמן:

"מי שנידון במשפט אחד לענשי מאסר בשל עבירות שונות, ולא הורה בית המשפט שישאם, כולם או מקצתם, בזה אחר זה, לא ישא אלא את עונש המאסר של התקופה הארוכה ביותר".

¹³⁵ פרשת אבו טראש, לעיל ה"ש 129. ראו גם: ע"פ 7593/08 ריטבלט נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.2.2009). ראו גם: פרשת ג'אן, לעיל ה"ש 129, פס' 16 לפסק דינו של השופט מלצר, שם הביא בית המשפט בחשבון את עברו הפלילי של המבקש לצד השיקול של חומרת העברות שבהן הורשע.

¹³⁶ ס' 45(א) בוטל בשנת תשע"ב.

¹³⁷ חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012.

סעיף קטן 45(א) בוטל במסגרת תיקון 113, מאחר שלא עמד בקנה אחד עם עקרון ההלימה שנקבע בתיקון, ובמקומו הוסף סעיף 40יג הקובע כדלקמן:

- "(א) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות אירוע אחד, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40ג(א) לאירוע כולו, ויגזור עונש כולל לכל העבירות בשל אותו אירוע.
- (ב) הרשיע בית המשפט נאשם בכמה עבירות המהוות כמה אירועים, יקבע מתחם עונש הולם כאמור בסעיף 40א(א) לכל אירוע בנפרד, ולאחר מכן רשאי הוא לגזור עונש נפרד לכל אירוע או עונש כולל לכל האירועים; גזר בית המשפט עונש נפרד לכל אירוע, יקבע את מידת החפיפה בין העונשים או הצטברותם.
- (ג) בגזירת העונש לפי סעיף זה, יתחשב בית המשפט, בין השאר, במספר העבירות, בתדירותן ובזיקה ביניהן, וישמור על יחס הולם בין חומרת מכלול המעשים ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג העונש, ואם גזר עונש מאסר – לבין תקופת המאסר שעל הנאשם לשאת."

סעיף 40יג לחוק העונשין מטפל בשיקול הדעת השיפוטי בענישה בשלב גזירת העונש בגין כמה עברות או אירועים אשר נדונו באותו הליך. סעיפים 45(ב) ו-45(ג), לעומת זאת, מספקים מענה לשאלת ההצטברות או החפיפה של עונשי מאסר אשר הוטלו על נאשם בהליכים נבדלים, והם חלים על השלב שלאחר גזירת העונש.¹³⁸ סעיף 40יג משנה את המצב שקדם לו. סעיף 45(א) שבוטל קבע בררת מחדל של חפיפה בין העונשים;¹³⁹ ואילו לפי סעיף 40יג(ב), על בית המשפט הגזור עונש נפרד לכמה אירועים פליליים, לקבוע את מידת ההצטברות או החפיפה של העונשים. סעיף 45(ב) פורש בפסיקה ככלל פרשנות יותר מאשר כהנחיה ערכית למותב המתלבט בשאלת הצבירה או החפיפה של עונשו של מי שנידון לעונש מאסר נוסף בשעה שריצה עונש מאסר בגין תיק אחר.¹⁴⁰ עם זאת, מדובר בהכרעה ערכית מצד

¹³⁸ לדיון בסוגיית ריבוי עברות ועונשים ראו: רבין וואקי דיני עונשין, לעיל ה"ש 98, כרך א, בעמ' 367-380, וכן רות קנאי "ריבוי עבירות ועונשים באירוע פלילי אחד" מחקרי משפט ג 247 (התשמ"ד). לדיון בס' 40יג והבעייתיות שבו, ראו: ואקי ורבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", לעיל ה"ש 60, בעמ' 443.

¹³⁹ תפ"ח (מחוזי חי') 44146-08-11 מדינת ישראל נ' עיד (פורסם בנבו, 27.1.2013). השוו: ס' 58 לחוק העונשין, הקובע בררת מחדל הפוכה במצב שבו מופעל מאסר על תנאי.

¹⁴⁰ ע"פ 1601/03 עיני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 949, 957-959 (2005); ע"פ 6535/01 קוזירוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(3) 562, 567-571 (2003). ראו גם: בג"ץ 423/10 יגרמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.6.2010) (להלן: "פרשת יגרמן").

המחוקק באשר לאותם מצבים שבהם המותב שהיה צריך להכריע בשאלת ההצטרבות או החפיפה, שותק בשאלה זו.¹⁴¹ במקרה זה נקבעה בסעיף זה הקלה לנאשם, שכן הוא ירצה עונש מאסר אחד של תקופת המאסר הארוכה ביותר.¹⁴² הסדר זה נועד לאפשר לנאשם "לכפר על עוונותיו על ידי ריצוי עונש אחד ויחיד, היינו על העבירה הכבדה ביותר, אלא אם ראה בית המשפט טעם מספיק לסטות ממדיניותו ולהורות אחרת".¹⁴³ סעיף 45(ב) נועד לפתור את הספק הפרשני הנוצר כאשר המותב שנדרש לפסוק בשאלת הצבירה או החפיפה כאמור, לא עשה כן ופסק דינו שותק בסוגיה זו. במקרה כזה, בִּרְת המחלל שבסעיף 45(ב) היא שהעונשים ירוצו בחפיפה.¹⁴⁴

עם זאת, אין חולק על כך שבית משפט הגוזר את עונשו של מי שכבר מרצה עונש מאסר בגין תיק אחר, מוסמך להורות על הצטרבות העונשים, והוא יעשה כן לפי שיקולי הענישה,¹⁴⁵ ותוך איזון "בין האינטרס החברתי במיצוי הדין לבין האינטרס

¹⁴¹ ואולם, ראו: תזכיר חוק העונשין (ריצוי עונשי מאסר במצטבר ועבודות שירות), התשע"ד-2014, שבו מוצע לתקן את סעיף 45(ב) ולהפוך את בררת המחלל הקבועה בו באופן שעונשי המאסר ירוצו במצטבר, אלא אם כן קבע בית המשפט קביעה אחרת. כפי שמוסבר בתזכיר, הטעמים לתיקון המוצע הם שניים: לפי הראשון "ברירת מחלל של צבירת עונשי מאסר משקפת נאמנה את המטרה העיקרית של הענישה, כפי שנקבע בתיקון האמור [תיקון 113], להשיב לנאשם כגמולו בגין מעשיו". הטעם השני עניינו הקושי המעשי במקרים שבהם התביעה אינה מודעת לכך שכבר נגזר על הנאשם עונש מאסר בהליך אחר ולכן אינה מפנה את תשומת לבו של בית המשפט לצורך לדון בשאלת חפיפת העונשים, דבר המביא לידי כך "שהנאשם יוצא נשכר" שלא בצדק.

¹⁴² פרשת יגרמן, לעיל ה"ש 140, פס' יז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

¹⁴³ ע"פ 237/80 מדינת ישראל נ' קורטאם, פ"ד (4) 576 (1980).

¹⁴⁴ פרשת עיני, לעיל ה"ש 140. לתפיסת סעיף 45(ג) כקובע גם הוא בררת מחלל, ראו פרשת פלוני, לעיל ה"ש 85, פס' 3 (סיפא) לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹⁴⁵ שם, פרשת עיני, בעמ' 958. ראו גם: ע"פ 6952/11 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 6.11.2011). באותו מקרה היה מדובר בגזר דין שניתן בבית המשפט לנוער בגין עברה של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות. באותו זמן נשא המשיב עונש מאסר בגין הרשעות קודמות בעברות של חבלה חמורה בנסיבות מחמירות, החזקת סמים שלא לצריכה עצמית והדחה בחקירה. בית המשפט לא ציין במפורש בגזר דינו אם עונש המאסר יחפוף את עונש המאסר שאותו המשיב כבר החל לרצות, אם לאו, ועל פי בררת המחלל שבסעיף 45(ב) המשמעות הייתה שהעונש יחפוף את העונש הקודם. המדינה הגישה ערעור על גזר הדין בטענה שהיה מקום לקבוע כי העונש המאוחר יצטבר, שאם לא כן התוצאה תהיה שהרשעות המאוחרת תטיל עליו תשעה חודשי מאסר בפועל בלבד, עונש שאינו הולם את חומרת העברות, כנטען. בית המשפט קיבל את טענת המדינה כי תוצאה זו אינה מבטאת נכונה את האיזון הראוי בין שיקולי הענישה, לנוכח חומרת מעשיו של המשיב. עוד נקבע כי אי-אפשר לראות את העונש המאוחר במנותק מההרשעות הקודמות ומעברו הפלילי המכביד של המשיב. באיזון בין השיקולים הללו לבין האינטרס השיקומי (ובתוך כך, חוסר היענותו של המשיב לאפשרויות טיפול ושיקום) מצא בית המשפט, כאמור, שיש לקבל את ערעור המדינה. כערכאת ערעור אשר אינה ממצה את הדין הורה בית המשפט כי חלק מהעונש המאוחר ירוצה במצטבר.

האנושי, נקיטת מידת חסד עם הנאשם, המאפשרת לו לרצות את העונש החמור כדי לכפר על עוונותיו"¹⁴⁶. בפסיקת בית המשפט הוטעמו שני סוגים של שיקולים המצדיקים חריגה מבררת המחול הקבועה בסעיף 45(ב). השיקול הראשון קשור לזיקה בין העברות שבהן הורשע הנאשם. לפי שיקול זה, ככל שהזיקה בין העברות הדוקה יותר עד שניתן לראות בהן "תרחיש עובדתי משותף" או לשייכן ל"מסכת עבריינית אחת" או כאשר הן תוצר של "תכנית עבריינית אחת", אזי הנטייה תהא להטיל עונש חופף.¹⁴⁷ השיקול השני נוגע למהותן של העברות. לפי שיקול זה, ככל שהעברות חמורות יותר כך תגבר הנטייה להטיל עונש מצטבר.¹⁴⁸

בעניין יגרמן¹⁴⁹ נדונה, בין השאר, השאלה מיהו המותב המוסמך והמחויב לדון בשאלת ההצטברות או החפיפה של עונשים, ומיהו המותב ששתיקתו בשאלה זו תפעיל את בררת המחול שבסעיף 45(ב). נקבע שהחובה להכריע בשאלת ההצטברות או החפיפה מוטלת על הערכאה הראשונה הגוזרת עונש מאסר על מי שכבר נידון למאסר וטרם נשא את כל עונשו. יודגש, מדובר בערכאה הראשונה שבפניה ניצבת השאלה, ולא בהכרח בערכאה האחרונה מבחינה כרונולוגית שדנה בענייניו של אותו נאשם כמו לדוגמה ערכאת ערעור שלא הוסיפה תקופת מאסר. משמע, רק שתיקתה של הערכאה הראשונה, שבפניה ניצבה שאלת ההצטברות או החפיפה, מפעילה את בררת המחול שבסעיף 45(ב).¹⁵⁰ הבהרה חשובה נוספת בעניין יגרמן נוגעת לשתיקת ערכאת הערעור. בהקשר זה צוין כי כאשר מונח בפני ערכאת ערעור גזר דין הנוגע לשאלת היחס בין תקופות המאסר – בין במפורש ובין בשתיקה – הרי יחול הכלל הרגיל, שלפיו כל עוד ערכאת הערעור לא קיבלה במפורש טענה מסוימת, קביעות הערכאה הראשונה נותרות על כנן.¹⁵¹

¹⁴⁶ ע"פ 4654/03 וליד נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(2) 4404, פס' 25 (2006); ע"פ 3503/01 תפאל נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(1) 865, 872 (2003).

¹⁴⁷ ע"פ 7075/03 אלון נ' מדינת ישראל, תק-על 2006(3) 1245 (2006); ע"פ 4517/04 מסרואה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(6) 119, 129 (2005); ע"פ 1899/04 ליבוביץ נ' מדינת ישראל, פס' 5 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם בנבו, 2.3.2005).

¹⁴⁸ שם, פרשת אלון. הודגש בפסק הדין כי "רוב המקרים בהם הוטלו מאסרים מצטברים אמנם עסקו, ובצדק, בעבירות חמורות של נטילת חיי אדם, אולם האפשרות להטיל ענישה מצטברת מעולם לא הוגבלה לעבירות ההמתה, ואף לא יוחדה לעבירות של אלימות או פגיעה חמורה בגוף. אדרבא, נקבע כי מודל של ענישה מצטברת עשוי להיות מתאים לכל מקרה שבו 'סבור בית המשפט – בנסיבותיו הספציפיות של עניין פלוני – כי שיקולי הגמול וההרתעה גוברים על שיקולים אחרים'". ראו גם: פרשת וליד, לעיל ה"ש 146, בפסקאות 25–26.

¹⁴⁹ פרשת יגרמן, לעיל ה"ש 140.

¹⁵⁰ שם, פס' יח-כה לפסק דינו של השופט רובינשטיין, פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

¹⁵¹ שם, פס' כט-ל לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

במצבים מסוימים מתעוררת גם שאלה בקשר לדרך ריצוי עונש המאסר. בעניין **צימר**¹⁵² נידון המבקש בפרשה אחת לעונש מאסר בפועל של ארבעה חודשים. בטרם נשא את עונשו זה, נידון בפרשה שנייה לעונש מאסר של שישה חודשים, אשר נקבע כי ירוצה בדרך של עבודות שירות. המבקש טען כי מאחר שבית המשפט שדן בפרשה השנייה לא הורה על הצטברות העונשים, הרי מכוח סעיף 45(ב) עליו לשאת רק בעונש המאסר הארוך, דהיינו שישה חודשי מאסר בדרך של עבודות שירות. בית המשפט העליון דחה את פרשנותו של המבקש בהיותה בלתי סבירה. נקבע שסעיף 45(ב) עוסק בתקופת המאסר, במובחן מדרך ריצוי המאסר. משמע, אמנם מאסר ארוך זמן "בולע" מאסר קצר יותר, אך אין דרך ריצוי מקלה "בולעת" דרך ריצוי מכבדה. משמע, סעיף 45(ב) עוסק בחפיפת תקופות העונשים, והיא אפשרית גם כאשר דרכי ריצוי עונש המאסר הן נבדלות. לפיכך נקבע שעונשי המאסר יחפפו זה את זה, כלומר המבקש ירצה בסך הכול שישה חודשי מאסר: ארבעה חודשים בבית הסוהר והחודשיים הנותרים בדרך של עבודות שירות.¹⁵³

ה. סדר נשיאת מאסר פלילי

סעיף 46 לחוק העונשין עוסק בסדר נשיאת מאסר פלילי, וקובע כך:

"מי שנידון לתקופות מאסר שונות שעליו לשאת בזו אחר זו, ישא תחילה את התקופה הקצרה יותר, להוציא המאסר שכבר התחיל לשאת בשעה שנידון למאסר נוסף, ובכפוף להוראות סעיף 58. היה בין תקופות המאסר בשל אי תשלום קנס, ישא אותו תחילה לפני כל מאסר פלילי אחר, ואם היה במאסר פלילי בעת שהוטל עליו מאסר בשל אי תשלום קנס, יופסק אותו מאסר לשם נשיאת המאסר בשל אי תשלום הקנס וישוב וימשך משתם המאסר האמור".

הוראת סעיף 46 קובעת את סדר נשיאת עונשי המאסר ואולם יש לשים לב לכך שהיא אינה חלה כאשר נגזר על ידי בית המשפט עונש כולל. וכך התבטאה בעניין זה הנשיאה ביניש בעניין ריזי.¹⁵⁴ "הוראת סעיף 46 לחוק העונשין בדבר סדר נשיאת העונשים אינה חלה על עונש כולל. מטעם זה גם אין לומר, כי המאסר שרוצה בפועל מתייחס לעבירה הקלה תחילה, כך שניתן להטיל מאסר על תנאי רק בגין העבירה החמורה [...] ניתן אפוא לקבוע כי במצב הדברים שבו העונש מוטל בגין מכלול העבירות, אין בסיס לקביעה שריצוי העונש יבוצע מן העונש הקצר לעונש הארוך,

¹⁵² רע"פ 5074/06 **צימר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.5.2007).

¹⁵³ שם, פס' 8 לפסק דינו של המשנה לנשיאה השופט ריבלין.

¹⁵⁴ רע"פ 5798/00 **ריזי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נה(3) 1, 15 (2001).

ואין מתעוררת כל שאלה הנוגעת לחפיפת העונשים או להצטברותם". נראה כי הלכה זו כוחה יפה גם היום לאור הקבוע בסעיף 40(א)–(ב) לחוק העונשין.¹⁵⁵ סעיף 46 קובע, כאמור, כי מאסר בשל אי-תשלום קנס ירוצה לפני כל מאסר פלילי אחר. יתר על כן, אם כבר החל ריצוי עונש מאסר פלילי בעת שהוטל מאסר בגין אי-תשלום קנס, יופסק הראשון לשם נשיאת האחרון עד תומו. המשמעות היא שמאסר בגין אי-תשלום קנס הוא **מצטבר** תמיד, כלומר נוסף על כל מאסר פלילי אחר. הדבר נובע גם מסעיף 71(ה) לחוק העונשין הקובע:

"מי שהוטל עליו מאסר בשל אי תשלום קנס ישא אותו בנוסף לכל מאסר אחר, לרבות מאסר בשל אי-תשלום קנס אחר, בין שהמאסר האחר הוטל באותו משפט ובין שהוטל במשפט אחר, זולת אם הורה בית המשפט הוראה אחרת".

מתעוררת השאלה מהו הדין כאשר הנידון משלם את הקנס לאחר שריצה את העונש במקומו, האם ניתן לבטל למפרע את עונש המאסר שרוצה במקום הקנס? מבחינה מעשית מדובר במקרים שבהם ישנה תקופת מאסר פלילי נוספת על הפרק, והבקשה היא שהמאסר שרוצה במקום הקנס ינוכה מהמאסר האחר, שטרם רוצה. העותר בעניין **שעת** שילם את הקנס שנגזר עליו (לצד עונש מאסר) לאחר שהחל לרצות את תקופת המאסר חלף הקנס וסבר כי לא יצטרך אפוא לרצות את חודשי המאסר שנקבעו במקום הקנס. בית המשפט קבע כי הדין בעניין זה, הקבוע בסעיף 46, הוא ברור וחד-משמעי.¹⁵⁶ לפיכך נקבע:

"מהאמור בחוק, בשני הסעיפים הנ"ל, ברור לחלוטין, כי מי שנגזר עליו עונש של קנס ומאסר בתמורה ואינו משלם את הקנס מיידית או ביום שנקבע לתשלום הקנס, יש להפעיל כנגדו מיד, ולפני כל עונש מאסר אחר, את המאסר שבגין הקנס".¹⁵⁷

על הטעם שמאחורי אמירה זו נקבע:

"ההיגיון שמאחורי הוראות אלה נעוץ במדיניות עקבית של המחוקק להמריץ תשלום קנסות על ידי מי שחייב בהם, בין אם מדובר בהליך

¹⁵⁵ ואקי ורבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", לעיל ה"ש 60, בעמ' 444.

¹⁵⁶ בית המשפט הזכיר גם את ס' 71 לחוק העונשין, הדין בנושא של מאסר במקום קנס.

¹⁵⁷ בג"ץ 60/83 שעת נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לז(1) 754, 756 (1983) (להלן "פרשת שעת").

פלילי ובין אם מדובר בהליך אזרחי במהותו.¹⁵⁸

לפיכך נקבע שאי-אפשר לבטל בדיעבד תקופת מאסר חלף קנס שכבר רוצתה. קביעת בית המשפט בעניין **שעת** היא ההלכה המושרשת בעניין זה.¹⁵⁹ בית המשפט חזר על הלכה זו גם במקרה שבו שתי ערכאות אחרות העניקו לנידון אפשרות לשלם את הקנס לאחר ריצוי המאסר בגינו.¹⁶⁰ באותו מקרה ציין בית המשפט שהתוצאה שאליה הגיע מעוררת אי-נוחות, לנוכח ציפיות המבקש הנובעות מהחלטות הערכאות הקודמות, אלא שהחלטות אלה (של הערכאות הקודמות) אינן מתיישבות עם ההלכה המושרשת שלפיה, כאמור, "לאחר שהסתיימה תקופת המאסר חלף הקנס, לא ניתן היה עוד לשלם את הקנס ולבטלה למפרע".¹⁶¹ ואולם, בית המשפט לעניינים מנהליים קבע בהתאם להוראת סעיף 71 לחוק העונשין, כי אם תשלום הקנס בוצע לאחר תחילת ריצוי העונש, אך לפני תומו, יושב לעותר חלקו של הקנס היחסי לתקופה שנשא מאסר בגינו.¹⁶² קביעה זו מתיישבת עם ההלכה שנדונה לעיל, שכן גם שם בית המשפט לא ביטל בדיעבד את התקופה שריצה העותר בגין אי-תשלום הקנס במועד, והיא לא נוכתה מתשעת חודשי המאסר בפועל שנגזרו עליו לצד הקנס.¹⁶³

הלכה מושרשת זו, אשר לפיה אי-אפשר לבטל בדיעבד מאסר שרוצה בגין אי-תשלום קנס, מעוררת שאלה במקרי ערעור שבהם מתבקש עיכוב ביצוע עונש הקנס ולפי אמות המידה שנקבעו בפסיקה לעניין עיכוב ביצוע עונש מסוג קנס אין מקום לעכב את ביצועו. בהקשר זה יצוין בתמצית שבית המשפט אינו נוהג בדרך כלל לעכב ביצוע עונש תשלום קנס. הטעם לכך הוא שתשלום קנס אינו צפוי לגרום נזק בלתי הפיך, ואם יתקבל הערעור בסופו של דבר, יוחזר סכום הקנס למשלמו. בית המשפט יעכב את ביצוע עונש הקנס רק אם ישתכנע כי אין ביכולתו של המבקש לעמוד בביצוע התשלום.¹⁶⁴ לצד זאת הוכר בפסיקה מתווה חלופי, המאפשר הבחנה בין שאלת עיכוב ביצוע עונש הקנס לבין ביצוע המאסר חלף הקנס. משמע, כאשר לפי אמות המידה שנקבעו בפסיקה, אין מקום לעיכוב ביצוע עונש הקנס, בית המשפט עשוי למצוא לנכון להחליט שלא לעכב את ביצוע עונש הקנס, אך בכל זאת להורות על עיכוב ביצוע המאסר חלף הקנס. שיקולי בית המשפט בבואו להחליט כך, פורטו

¹⁵⁸ שם, בעמ' 756.

¹⁵⁹ רע"ב 1104/11 עומר נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2011(1) 3482, פס' ה להחלטת השופט רובינשטיין (2011).

¹⁶⁰ ראו: רע"ב 6201/11 טייב נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2011(4) 1555 (2011).

¹⁶¹ שם, פס' ו להחלטת השופט רובינשטיין. ראו גם: עת"מ (מחוזי חי') 2280-10-12 עמר נ' שירות בתי הסוהר, פס' 14 לפסק דינה של סגנית הנשיאה וסרקרוג (פורסם בנבו 10.10.2012).

¹⁶² עת"מ (מחוזי חי') 508/04 פרג' נ' מדינת ישראל, תק-מח 2004(3) 6264 (2004).

¹⁶³ שם, פס' 6 לפסק דינו של השופט גרשון.

¹⁶⁴ ע"פ 5957/12 רביזדה נ' מדינת ישראל, פס' 7 להחלטת השופט דנציגר (פורסם בנבו, 27.5.13).

בעניין בירנבוים:165

"לדידי נראה, כי נכון לפסוע בנתיב זה בפרט כאשר תלוי ועומד ערעור על עצם ההרשעה, כאשר תקופת המאסר חלף הקנס אינה ארוכה, וכשאין המקרה בא בגדרם של אותם חריגים בהם יורה בית המשפט על עיכוב ביצוע תשלום הקנס עצמו. כאלו הם פני הדברים במקרה דנא. אמנם לא עלה בידיו של המבקש לשכנע כי אין באפשרותו לשלם את הקנס, עם זאת, אין להתעלם לחלוטין מהאפשרות – גם אם היא נמוכה מאוד – שבטרם יסתיים הדיון בערעור יינקטו נגדו הליכי מאסר חלף קנס. דומה, כי אפשרות זו של 'פיצול' הבקשה, כך שחובת תשלום הקנס תעמוד בעינה, לרבות העיצומים הכספיים הנלווים לאי תשלום במועד, ואילו האפשרות לאסור את המבקש חלף הקנס תעוכב, משקפת אל-נכון את השוני בין נקודת האיזון ומתחם השיקולים אשר בית המשפט מביא בחשבון בעת החלטה על עיכוב ביצוע עונש מאסר – אשר טומן בחובו שלילת חירות בלתי הפיכה, לבין אלו הננקטים בהחלטה על עיכוב ביצוע עונש קנס – אשר אינו טומן בחובו שלילת חירות, והוא, כאמור, הפיך. נוכח נסיבות המקרה יש לבחור בדרך זו במקרה דנא, ולהורות, כי תשלום הקנס לא יעוכב, בכפוף להנחיה שלא ינקטו הליכים בעניין השתת מאסר חלף קנס עד להכרעה בערעור. ככל שהמבקש לא ישלם את הקנס במועדו, הוא מסתכן בכך שיתווספו לו תוספות פיגורים על-פי הדין, אך הסיכון שבשלילת החירות אינו מרחף מעל לראשו עד לאחר סיום הליכי הערעור".

1. סדר נשיאת מאסר אזרחי

סעיף 47 לחוק העונשין קובע את סדר הנשיאה של מאסר אזרחי, והוא רלוונטי למישור הפלילי כאשר מוטלים על אדם הן מאסר פלילי הן מאסר אזרחי. סעיפים 47(א) ו-47(ב) קובעים כדלקמן:

"(א) מי שהוטל עליו מאסר אזרחי, ישאנו נוסף לכל תקופת מאסר

165 ע"פ 29/13 בירנבוים נ' מדינת ישראל, תק-על 2013(1) 2081, פס' 8 להחלטת השופט זילברטל (2013); ע"פ 5204/13 אבוטבול נ' מדינת ישראל, תק-על 2013(3) 3724, פס' 6 להחלטת השופט פוגלמן (2013); ע"פ 2333/07 תענן נ' מדינת ישראל, תק-על 2010(3) 343 (2010).

אחרת שעליו לשאת, בין שהמאסר האחר הוא מאסר פלילי ובין שהוא מאסר אזרחי.

(ב) מי שהוטלו עליו מאסר אזרחי ומאסר פלילי, ישא את המאסר האזרחי תחילה; ואם היה נושא מאסר פלילי בעת שהוטל עליו המאסר האזרחי, יופסק המאסר הפלילי לשם נשיאת המאסר האזרחי וישוב וימשך מתום המאסר האזרחי".

הוראות אלה נועדו להסדיר את היחס בין מאסר פלילי למאסר אזרחי ואת דרך ריצוים. בעניין **חזק**¹⁶⁶ ריצה העותר עונש מאסר פלילי ובמהלכו הוצאה נגדו פקודת מאסר על ידי ראש ההוצאה לפועל בשל אי-תשלום חוב. ריצוי המאסר הפלילי הופסק לשם ריצוי המאסר האזרחי עד תום, ולאחריו המשיך העותר לרצות את המאסר הפלילי. לטענת העותר, שילם את החוב מאוחר יותר, ולכן יש לבטל את החלטת ראש ההוצאה לפועל, באופן שתקופת המאסר האזרחי לא תימנה. בית המשפט דחה את טענת העותר וקבע כי המאסר האזרחי אינו בגדר תמורה לתשלום החוב – במובחן מתמורה לתשלום קנס – אלא אמצעי כפייה. מכאן שאם הסתיים המאסר לפני ששולם החוב, אי-אפשר להורות כי התקופה לא תימנה. בית המשפט העיר כי ממילא אין משמעות מעשית לביטול מאסר אזרחי שנועד לכפות תשלום חוב, לאדם אשר היה חופשי עד למאסר זה. השאלה התעוררה בעניין **חזק** מאחר שהעותר היה נתון כל העת במאסר.¹⁶⁷ בהקשר זה ציין בית המשפט את סעיף 47 לחוק העונשין, אשר קובע במפורש כי מי שהוטל עליו מאסר אזרחי יישאנו נוסף על כל תקופת מאסר אחרת, ובפרט ס"ק (ב) הקובע כי מי שהוטל עליו מאסר אזרחי ומאסר פלילי, יישא את האזרחי תחילה, אף אם משמעות הדבר הפסקת המאסר הפלילי לשם נשיאת המאסר האזרחי – כפי שקרה בעניינו של העותר. ויודגש, משמעות הדבר היא שהמאסר הפלילי של העותר אינו מסתיים עוד במועד המקורי שנקבע לו (בטרם הוטל המאסר האזרחי) אלא מאוחר יותר, שכן המאסר האזרחי הפסיק את מרוץ המאסר הפלילי.¹⁶⁸

בעניין **חסן**¹⁶⁹ הדגיש בית המשפט העליון שמאסר שהושת לפי פקודת בזיון בית המשפט¹⁷⁰ נחשב ל"מאסר אזרחי". לפיכך, ולפי סעיף 47 הנזכר, נפסק המאסר הפלילי לשם ריצוי המאסר האזרחי. בית המשפט מצא לנכון לדייק ולקבוע שמאסר

¹⁶⁶ בג"ץ 481/82 **חזק נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד לו(4) 614 (1982). ראו גם: בג"ץ 613/85 **אור נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, 25.12.1985).

¹⁶⁷ שם, פרשת **חזק**, בעמ' 615.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 616. ראו גם: פרשת **אור**, לעיל ה"ש 165.

¹⁶⁹ ע"פ 669/87 **חסן נ' מדינת ישראל**, פ"ד מב(1) 548 (1988).

¹⁷⁰ חא"י א (ע) 332, (א) 356.

לפי פקודת בזיון בית המשפט מפסיק את המאסר הפלילי, ונוסף עליו.¹⁷¹

ז. עבודה במאסר

סעיף 48 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת "עבודה במאסר", קובע כדלקמן:

- (א) אסיר יהא חייב בעבודה לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב–1971, והתקנות על פיה; תקנות אלה יכלו הוראות בעניין שכר ובעניין תנאי עבודתו של האסיר מחוץ לשטח בתי הסוהר.
- (ב) ועדת שחרורים רשאית לשחרר אסיר מחובת עבודה או להגבילה אם ראתה אחת מאלה:
- (1) מצב בריאותו מצריך לעשות זאת;
 - (2) השחרור או ההגבלה יועילו, לדעתה, להחזירו למוטב.
 - (3) סיבה סבירה אחרת.
- (ג) לא יועסק אסיר בעבודה מחוץ למוסדות המדינה אלא בהסכמתו ובתנאי עבודה מקובלים".

בעבר הרחוק עונש המאסר היה כרוך בעבודה קשה או בעבודת פרך כדי שיהיה עונש מכביד וקשה.¹⁷² ההסדר הישראלי שבסעיף 48 לחוק העונשין, שנקבע לראשונה בשנת 1954,¹⁷³ שינה את תכליתה של העבודה בבית הכלא והפך אותה לדרך המכשירה את האסיר לחיי חברה תקינים.¹⁷⁴

¹⁷¹ פרשת חסון, לעיל ה"ש 168, בעמ' 551.

¹⁷² ראו למשל: במשפט הארץ-ישראלי את ס' 19 לקודקס הפלילי העות'מני, 1859, אשר הטיל עונש של עבודת פרך וכן את ס' 39 לפקודת החוק הפלילי, 1936 (שבוטל בשנת 1954), אשר קבע: "כל מאסר יהא כרוך בעבודה קשה, מלבד אם בית המשפט יצווה אחרת".

¹⁷³ ס' 16 לחוק לתיקון דיני עונשין (דרכי ענישה), תשד"י-1954.

¹⁷⁴ וראו: דבריו של פלטיאל דייקן **דיני עונשין – בישראל ובעמים, בעבר ובהווה** חלק שישי 1332 (1962): "עברו הזמנים שהעבודה בבתי הסוהר היתה מכוונת לגרימת צער וייסורים או להפקת רווחים ע"י המדינה. כעת רואים בעבודה דרך להכשיר את האסיר לחיי-חברה תקינים, ואף כשאין סיכויים כל שהם לשיקום העבריינים, או בנידונים למאסר עולם ובאשמים בעבירות חמורות נגד העם והמדינה, גם אצלם אין מתכוונים לגרימת ייסורים אלא לספיגת המרץ, ולמניעת מחשבות מרד או בריחה [...] העבודה היצרנית ברכה בה גם לגבי החיים בתקופת המאסר, גם לגבי השיקום אחרי השחרור. היא גם עשויה להכניס סכומים לאסור בעצמו, ולשמש להקלת חייו, לתמיכה במשפחה, לתשלום פיצויים לניזוקים על-ידו או לצרכי המדינה".

בעניין **שדות**¹⁷⁵ נדונה עתירתם של שלושה אסירים אשר עבדו במהלך כליאתם בבית הסוהר וטענו כי הם זכאים לשכר גבוה מזה ששולם להם בעד העבודה. בית המשפט ציין שאין בהוראות הדין המסדירות עבודת אסירים תשובה ברורה לשאלה מהו השכר המגיע לאסירים בעד עבודה בבית הסוהר. בין היתר עלו השאלות מה משמעות הביטוי "מוסדות המדינה" בסעיף 48(ג) הנזכר,¹⁷⁶ ואם אסיר המבצע עבודה במהלך כליאתו בבית הסוהר זכאי לקבל שכר מינימום.¹⁷⁷

בית המשפט קבע כי חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987 אינו חל על אסירים.¹⁷⁸ צוין בין השאר כי עבודת אסירים נבדלת מעבודה רגילה, ולכן תכלית חוק שכר מינימום אינה הולמת עבודה אסירים. חוק שכר מינימום נועד לווסת את המתח בין האינטרסים הכלכליים של המעביד מחד גיסא ובין האינטרסים של העובד מאידך גיסא. אולם כאשר בעבודת אסירים עסקינן, אין מתח כזה, משום שעבודתם אינה מתבססת, בעיקרה, על אינטרסים כלכליים. עבודת אסיר מכוונת למטרות נוספות כגון שיקומו ושמירה על הסדר בבית הסוהר והאינטרסים הכלכליים הם שוליים.¹⁷⁹ כן נדרש בית המשפט לחשיבותה של עבודת אסירים, ולכך שאסירים רבים ככל האפשר יעבדו במהלך כליאתם בבתי הסוהר. בפועל שירות בתי הסוהר מתקשה לספק עבודה לכל האסירים הכשירים לכך, בשל מחסור של מפעלים בשטח בתי הסוהר. הדבר נובע מכך שיזמים מעטים מוכנים להקים מפעלים כאלה. לפיכך שירות בתי הסוהר מציע תמריצים לזימים. אם יחויבו הזימים לשלם שכר מינימום לאסירים, תיפגע הכדאיות הכלכלית בהקמת מפעלים אלה, ומספר המפעלים עלול אף לפחות. בית המשפט סבר שבנסיונות הללו נדרש תמריץ מיוחד כדי לעודד הקמת מפעלים אשר יגדילו את היצע העבודה לאסירים, ותוגשם תכלית חוק העונשין. במאזן השיקולים תמך טעם זה באי-החלת חוק שכר מינימום על אסירים.¹⁸⁰ בהמשך ציין בית המשפט כי תנאי ההעסקה של אסירים בשטח בית הסוהר נקבעים על ידי שירות בתי הסוהר או נתונים לפיקוחו. החלטות השב"ס בהקשר זה, ובכללן החלטות הנוגעות לשיעור השכר בעד עבודת האסירים, חייבות לעמוד במבחן הסבירות. בית המשפט קבע לעניין זה שיש להתחשב בכבוד האסיר, ברצון לעודדו לעבוד ולקדם את שיקומו, בצורך לתמריץ יזמים פרטיים להקים מפעלים נוספים, במהות העבודה ובתנאיה. אחד השיקולים לעניין הסבירות הוא שכר המינימום.¹⁸¹

175 פרשת **שדות**, לעיל ה"ש 55.

176 שם, בעמ' 826.

177 חוק שכר מינימום, התשמ"ז-1987.

178 פרשת **שדות**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 833.

179 שם, בעמ' 836.

180 שם, בעמ' 837-838.

181 שם, בעמ' 846-847.

אשר לביטוי "מוסדות המדינה" שבסעיף 48(ג) לחוק העונשין, נפסק כי מדובר בחריג לכלל המטיל חובת עבודה על האסיר, ולכן יש לפרשו בצמצום. נקבע כי עבודה "מחוץ למוסדות המדינה" משמעה מפעל פרטי הנמצא מחוץ לשטח בית הסוהר. לפיכך סעיף 48(ג) אינו חל על מפעלים של יזמים פרטיים שהוקמו בשטח בית הסוהר.¹⁸²

השופט זמיר¹⁸³ ציין בסוף פסק דינו שהדין המצוי בנושא עבודת אסירים הוא מיושן ובעייתי, מסדיר את הנושא באופן חלקי בלבד ומותיר עניינים חשובים בלא הסדר. לפיכך הוא קרא למחוקק לקבוע בבירור את חובותיהם וזכויותיהם של האסירים מחד גיסא, ואת סמכויות שירות בתי הסוהר מאידך גיסא.¹⁸⁴ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 41) (תעסוקת אסירים), התשע"ב-2011¹⁸⁵ נועדה להחליף את סימן ד' לפרק ב' לפקודת בתי הסוהר, העוסק בעבודת אסירים, בפרק חדש ומפורט. הצעה זו טרם הפכה לחוק.¹⁸⁶

5. סיכום: עונש המאסר על פרשת דרכים

עונש המאסר הוא העונש הפוגעני ביותר מבין דרכי הענישה המקובלות בשיטת

¹⁸² שם, בעמ' 843-845.

¹⁸³ הוא שכתב את פסק הדין העיקרי. השופטים חשין וביניש הסכימו עם פסק דינו והוסיפו את הערותיהם.

¹⁸⁴ שם, בעמ' 854-855. לפסיקה נוספת בנושא עבודת אסירים, ראו: ע"א (מחוזי ב"ש) 2562/02 אבו קרינאת נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 27.1.2003), שם נקבע, בעקבות פרשת שדות, כי הוראות החוק בנושא עבודת אסירים מעלות אפשרות של קיום יחסי עובד ומעביד בין אסיר לשב"ס, אלא שבאותו מקרה בית המשפט לא נדרש להכריע בשאלה זו. עם זאת, ראו: ע"ב 2126/00 חרב נאיף נ' שטיח ועץ בע"מ (פורסם בנבו, 14.5.2002). שם, נדרש בית הדין לעבודה לשאלה אם התקיימו יחסי עובד ומעביד בהעסקת אסיר בעבודות שיקום מחוץ לבית הסוהר. נפסק כי בתקופת עבודתו אסיר לא התקיימו בין הצדדים יחסי עובד ומעביד. בין הטעמים לכך צוין שעבודת אסיר נעשית מכוח הוראות החוק ולא מכוח התחייבות שהאסיר קיבל עליו באופן חופשי כלפי המעביד; במהלך העבודה ובדרכו אליה וממנה האסיר כפוף לפיקוח מנהל בית הסוהר; ההתקשרות בין האסיר למעביד הייתה תלויה באישורו של שירות בתי הסוהר שאף התערב בקביעת אופן עבודתו של האסיר ותנאיה. ראו בהקשר זה: בג"ץ 147/63 כטיב נ' מנהל בית-הסוהר המרכזי, רמלה, פ"ד יז 2412 (1963). עוד ראו, בעניין תנאי עבודת אסירים בתוך בית הסוהר: עת"א (מחוזי מר') 29813-05-12 סיסו נ' שרות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 26.6.2012); וכן עת"א (מחוזי מר') 50720-01-13 מגאדבה נ' שירות בתי הסוהר (פורסם בנבו, 30.12.2013).

¹⁸⁵ הצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 41) (תעסוקת אסירים), התשע"ב-2011, ה"ח 26.

¹⁸⁶ לביקורת על הצעת החוק, שם, ועל פסק הדין בפרשת שדות, לעיל ה"ש 55, ראו: פאינה מילמן-סיוון "עבודה אסורה: בין הפרטי לציבורי, בעקבות עשור לבג"ץ שדות" עיוני משפט לו 317 (2013).

המשפט הישראלי¹⁸⁷. לעונש המאסר השפעות רבות על חייו של האסיר (ואף על הקרובים לו)¹⁸⁸. במהלך השנים האחרונות הפך עונש המאסר לנפוץ ביותר. לפי הגישה הרווחת, מעשה העברה פוגע בערכים חברתיים ששמירתם חיונית לקיומה של חברה מאורגנת, והעונש, ובראשו עונש המאסר, הוא אמצעי מוסדי להסבת כאב בתגובה על פשע.

עם השנים הופנו ביקורות רבות כלפי עונש המאסר והשימוש הנפוץ בו. כך לדוגמה נטען כי אף שמדובר בעונש חמור המסב סבל רב, אין בו כדי להרתיע מפני עבריינות או כדי לצמצם את ממדי העבריינות. כן נטען כי אין בכוחו של עונש המאסר (ותכניות הטיפול הקשורות בו) כדי להביא לשיקומו של הנאשם אלא להפך – שהייה בכלא מחזקת נטיות פליליות ומביאה לידי אימוץ דפוסי התנהגות עברייניים. עוד נטען ששליחה למאסר כרוכה בעלויות ניכרות ושכבתי הסוהר בישראל יש צפיפות יתר ותנאים ירודים.

חרף חסרונותיו של עונש המאסר והביקורות עליו, ההצעה להמעיט בגזירת עונשי מאסר בפועל אלא אם כן לא ניתן להסתפק בעונש מקל, לא התקבלה וחסרונה בולט במשפט הישראלי¹⁸⁹. עם זאת, על רקע החשש שעונש המאסר יוצר בעיות חברתיות, וכי נזקיו עולים על תועלתו, נדרש לתת מענה הולם לחסרונותיו ומתעורר הצורך לפתח חלופות הולמות לעונש המאסר.

ואכן, התחקות אחר התפתחות דרכי הענישה במשפט הישראלי מגלה כי נעשה חיפוש כמעט מתמיד אחר דרכי ענישה חלופיות ומידתיות אשר יאפשרו לשקם את העברייין ולצמצם את השימוש בעונשי המאסר. חיפוש אשר הוליד לאורך השנים פתרונות חדשים ויצירתיים וביניהם את האפשרות להטיל מאסר אשר ירוצה בעבודות שירות או עונש של "שירות לתועלת הציבור".

פרדיגמה חלופית לענישה הפלילית המסורתית מוצאת את ביטויה בגישה של **צדק מאחה** (restorative justice)¹⁹⁰. הליכי צדק מאחה מבקשים לתקן את הפגיעה, ותכליתם לשלב הכוונה ברורה של התנהגות עם תמיכה ומתן מענה לצרכים השונים של הצדדים. לפי פרדיגמה זו, חשוב יותר לגרום לעברייין לשאת באחריות למעשיו,

¹⁸⁷ להוציא את עונש המוות שאמנם קיים בהוראות חוק אחדות אך דה-פקטו לא הופעל מאז הוצאתו להורג של אדולף איכמן בשנת 1962, שהייתה היחידה בכל שנות קיום המדינה.

¹⁸⁸ ראו לדוגמה: Alison Liebling & Shadd Maruna, *Introducing: The Effects of Imprisonment Revisited*, in THE EFFECTS OF IMPRISONMENT 1 (Alison Liebling & Shadd Maruna eds., 2005).

¹⁸⁹ הכוונה לסעיף 8(ב) להצעת החוק שגובשה על ידי ועדת גולדברג לבחינת דרכי ההבניה של שיקול הדעת השיפוטי בגזירת הדין, דין וחשבון (1997), בעמ' 25, לעיל ה"ש 64.

¹⁹⁰ לדיון מקיף בתיאוריית הצדק המאחה, ראו: ענת פרקש **צדק מאחה בתחום המשפט הפלילי** (2002); טל גל והדר דנציג-רוזנברג "צדק מאחה וצדק עונשי: שני פנים למשפט הפלילי" **משפטים** מג 779 (2013).

להכיר בטעותו ולשנות את אורחות חייו, מאשר להרחיקו מהחברה. גישת הצדק המאחה צמחה על רקע אכזבה מהמשפט הפלילי. המבקרים הדגישו את כישלון ההליך הפלילי ועמדו על חוסר היעילות המאפיין את שיטת הענישה הקיימת, ובראשה עונש המאסר, במניעת פשיעה. צדק מאחה נתפס כהליך משלים או חלופי המקדם מטרות שעיקרן איחוי הפגיעות והעצמת הקהילה לצד התכליות העונשיות או במקומן.

חלופה נוספת לענישה הפלילית הינה **בתי המשפט הקהילתיים**. בתי משפט אלה שמים להם למטרה את שיקומו של העבריין ושילובו בחברה ומשתמשים בסמכותם למען השגת התכלית השיקומית. בתי משפט אלה, הרואים עצמם מחויבים לביטחון הקהילה, קמו בשנים האחרונות במדינות רבות כחלק ממערך של "בתי משפט פותרים בעיות" (Problem Solving Courts). בתי משפט אלה קמו על רקע אכזבת המערכת השיפוטית מדרכי הענישה המקובלות אשר כשלו בצמצום הרצידיביזם.

בחינה מחודשת של אופן הטיפול בעבריינים צריכה להיעשות מתוך שקילת שיקולי עלות ותועלת של דרכי הענישה החלופיות והשוואתן לעונש המאסר.¹⁹¹ לצד חיפוש פתרונות ודרכי ענישה חלופיות, ראוי לבחון את האפשרויות להאריך את עונש המאסר שניתן לרצות בעבודות שירות (שעומד כיום על חצי שנה בלבד), שכן את המאסר מאחורי סורג ובריה יש לשמור למקרים החמורים בלבד. צמצום נוסף של עונש המאסר יכול להיות מושג גם באמצעות הקטנת עונשי המקסימום הקבועים כיום בחוק וצמצום השימוש בעונשי מינימום.

לסיכום, נראה שביטולו של עונש המאסר אינו עומד כיום על הפרק. זאת בעיקר לאור חשיבותו הרבה של המאסר כעונש חמור במיוחד המשקף את הגמול ושאת הנפש מעבירות חמורות במיוחד. לפיכך ההצעות של הגישה האבוליוניסטית לביטול עונש המאסר נראות לנו מרחיקות לכת.¹⁹² ראוי להשתמש בעונש המאסר שימוש מושכל ובררני, כל עוד לא נמצאה חלופה עונשית שיש בה כדי להגשים באופן טוב יותר את תכליותיו של המשפט הפלילי.

¹⁹¹ לצורך כך הוקמה בשנת 2011 ועדה ציבורית לבחינת מדיניות הענישה והטיפול בעבריינים בראשותה של השופטת בדימוס דליה דורנר, והיא עתידה לפרסם המלצותיה בקרוב.

¹⁹² הרעיון המרכזי של גישה זו הוא, ש"הענישה הפלילית היא מוסד מנוון ומיותר שיש לבטלו. כל שיטת הענישה מתחילתה ועד סופה צריכה להיעלם כאילו לא הייתה. לשיטתם, לא הפשע הוא הבעיה החמורה שהענישה היא פתרונה. להיפך, מוסד הענישה הפלילית נתפס בעיניהם כבעיה חברתית שיש למצוא לה פתרון נאות. עצם הענישה יוצר בעיות חמורות יותר מאשר בלעדיה", אברהם טננבוים "הגישה האבוליוניסטית: האם הגיעה העת לבטל את הענישה הפלילית" **שערי משפט** ב(3) 261 (2001), והאסמכתאות שם.