

דיני ראיות וסטנדרטים של הוכחה בשלב גזירת הדין - הצעה להסדרה כוללת

יניב ואקי*

1. מבוא

ההליך הפלילי בישראל ובשאר מדינות המשפט האנגלו-אמריקני מורכב משני שלבים עיקריים.¹ שלב ראשון, שבו מכריע בית המשפט בשאלת האשמה ואשר מסתיים בהכרעת הדין; שלב שני, שבו גוזר בית המשפט את עונשו של הנאשם שהורשע ואשר מסתיים בגזר הדין. חלוקה זו מוצאת ביטוי לא רק בהסדר הפרוצדורלי הסטטוטורי² ובפסיקה,³ אלא גם בספרות המדעית ובאקדמיה.⁴ בשונה ממרבית שיטות המשפט האנגלו-אמריקניות, למרות ההפרדה בין השלבים,⁵ בישראל אותו שופט דן בשני השלבים והוא זה שמנהל את הדיון ומקבל את ההחלטה בכל אחד מהשלבים.⁶

לסדר הכרונולוגי של ההליך הפלילי הכולל הפרדה בין שני השלבים נודעת חשיבות מעשית רבה, כפי שמציינת המלומדת הורוויץ:

"ראשית, לצעם קיומה של ההרשעה נודעת חשיבות פסיכולוגית, שכן היא יוצרת סטטוס קוו פונקציונלי המקל על בית המשפט לדון בעונש. שנית, ההבחנה בין שלבי המשפט הפלילי מאפשרת את ייעולו וקיצורו של ההליך, משום שבמקרים המסתיימים בזיכוי בית

המשפט יכול שלא להתייחס לסוגיות הכרוכות בעונש. נוסף על כך, הדיון הנפרד במר הדין מאפשר להשקיע תשומת לב ממוקדת בשאלת העונש, על יסוד אינפורמציה רבה ואיכותית יותר. הסדר הכרונולוגי של ההליך גם תורם להגנה על האינטרסים של הנאשם בכך שפרטיותו של נאשם המזוכה בדיון לא נפגעת כתוצאה מחשיפת פרטים על עברו וחיי האישיים. כמו כן, ההסדר הקיים גם מיטיב עם נאשם הנמצא חייב בדיון, שכן הוא יכול לכפור באחריותו בשלב הראשון של המשפט, ואילו במהלך הטיעון לעונש להתעמת עם אופי העברה, היקפה וחומרתה, בלא שטענותיו יסתרו את הכחשתו המקורית".⁷

לאחר שהוכרע דינו של הנאשם ואם הוא אכן מורשע, מתחיל שלב גזירת הדין. שלב זה נפתח בהבאת ראיותיו של התובע לעניין העונש ולאחריו רשאי הנאשם לשאת דברים ולהביא את ראיותיו שלו להקלה בעונש.⁸ נוסף לכך, רשאי בית המשפט, לאחר שנתן לנאשם הזדמנות להשמיע את טענותיו בעניין, לצוות על הבאתן של ראיות נוספות לעניין העונש.⁹ בגמר הבאת הראיות, טוענות התביעה וההגנה לעניין העונש.¹⁰ שלב גזירת הדין מסתיים כאשר בית המשפט גוזר את דינו של הנאשם.¹¹

* ד"ר יניב ואקי, מנהל מחלקת עררים בפרקליטות המדינה, מרצה בכיר בבית הספר למשפטים, המכללה למינהל ומחבר הספר **דיני ראיות** (2020).
 1. לעומת זאת, בשיטות המשפט הקונטיננטליות אין הליך נפרד לדיון בשאלת העונש ולמתן גזר דין, וההכרעה בשאלת האשמה ובשאלת העונש נעשית במשולב. ראו: ענת הורוויץ **הליך גזירת הדין: היבטים דינאמיים וראייתיים** 11 (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים - הפקולטה למשפטים, 2003) (להלן: הורוויץ, **הליך גזירת הדין**), והמקורות המובאים שם בהערות 28-29.
 2. ראו ס' 182 ו-193 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] התשמ"ב-1982 (להלן: חוק סדר הדין הפלילי); רות קנאי "ראיות בשלב גזירת הדין - בעקבות הצעת החוק להבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" **ספר דיויד וינר** 265, 266 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009) (להלן: קנאי, "ראיות בשלב גזירת הדין").
 3. ראו דבריו של השופט רובינשטיין בע"פ 10669/05 **מטטוב כ' היועץ המשפטי לממשלה** (7.2.2008), בפסקה א' לפסק דינו: "לא הרי **הרשעה** בפלילים כהרי **ענישה** בפלילים. **ההרשעה** - הכרעת הדין (אם מחליטים להרשיע) - היא ליבו של התיק [...]". באשר לעונש, סוג הדיון הוא שונה". ראו גם: רע"פ 9718/04 **מדינת ישראל כ' נוארה** (25.11.2007) (להלן: עניין **נוארה**).
 4. שני נושאים אלה, אשמה וענישה, לא זו בלבד שהם נתפשים כנפרדים במשפט הפוזיטיבי, אלא שגם במישור האקדמי ובספרות המחקרית ההתייחסות אליהם היא כאל דיסציפלינות נפרדות, וכל נושא נחקר ונלמד בנפרד.
 5. מעניין לציין כי ההבחנה שבין שלב הכרעת הדין לשלב גזירת הדין לא הייתה קיימת עת ארוכה, ובמשך מאות בשנים הכרעת הדין וגזירתו התקבלו בהליך משותף. קיימת מחלוקת מלומדים באשר למועד המדויק שבו נוצר הליך נפרד לגזירת הדין. יש הטוענים כי יצירת הליך נפרד לגזירת הדין התרחשה לראשונה במאה ה-19, ויש הטוענים שכבר במחצית השנייה של המאה ה-18 נערך שלב דיוני נבדל לשם דיון במר הדין - ענת הורוויץ "סעיף 300 לחוק העונשין: על משמעות ההבחנה בין יסודות העברה לנסיבות רלוונטיות לעונש" **מגמות בדיני ראיות ובסדר הדין הפלילי** 517, 544-535 (ענת הורוויץ ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: הורוויץ, "סעיף 300 לחוק העונשין"). לדיון מרתק אודות התהליך ההיסטורי שהוביל לפיצול המשפט לשני שלבים נפרדים ראו: Anat Horowitz, *The Emergence of Sentencing Hearings*, 9 PUNISHMENT & SOCIETY 271 (2007). כן ראו: הורוויץ, **הליך גזירת הדין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 40-42. הורוויץ וקנאי עומדות על כך ששלב העונש התפתח, מעת שניתנו לבית המשפט אפשרויות ענישה שונות והתעורר הצורך בענישה אינדיבידואלית. לצורך כך נדרש להביא לפני בית המשפט ראיות לעניין העונש (כגון עברו הפלילי של הנאשם, נסיבותיו האישיות וכיו"ב), אולם, כיוון שאלה אינן קבילות בשלב בירור האשמה, פוצל המשפט לשני שלבים נפרדים. שם, בעמ' 146-148, 179-181; קנאי "ראיות בשלב גזירת הדין", לעיל ה"ש 2, בעמ' 266-267.
 6. במרבית המדינות האנגלו-אמריקניות חבר המושבעים הוא זה אשר אמון על ההכרעה בשלב הראשון ואילו שלב קביעת העונש מופקד בידי שופט. ישנן מדינות שבהן חבר המושבעים מעורב גם בקבלת החלטות בשלב העונש. כך גם, לגבי עונש המוות שבקביעתו המושבעים נוטלים חלק. ראו הורוויץ, **הליך גזירת הדין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 34, והמקור אשר מובא על ידה: 108 *Adriaan Lanni, Jury Sentencing in Noncapital Cases: An Idea Whose Time has Come Again?*, Yale L.J. 1775 (1999). להסבר מדוע לא אומץ מוסד חבר המושבעים בשיטה הישראלית ראו הורוויץ, **הליך גזירת הדין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 34.
 7. הורוויץ, "סעיף 300 לחוק העונשין", לעיל ה"ש 5, בעמ' 541.
 8. ראו ס' 187 (א) לחוק סדר הדין הפלילי, ודבריה של השופטת ארבל בעניין **נוארה**, לעיל ה"ש 3 בפסקה 2 לפסק דינה, לעניין פירושה של התיבה "רשאי [התובע] גם להביא ראיות אחרות לענין זה". התיבה האמורה מאפשרת לתובע להביא ראיות נוספות ואחרות "לענין זה", דהיינו - לעניין עונשו של הנאשם הרלוונטיות, לטעמו, לגזירת הדין ושאינן מוגבלות אך לעברו הפלילי של הנאשם.
 9. ס' 189 לחוק סדר הדין הפלילי: "סיים התובע הבאת ראיותיו לענין העונש, או שלא הביא ראיות כאלה, רשאי הנאשם לנהוג, לענין העונש, כאמור בס' 161 או למסור הודעה בלי להיחקר, וכן רשאי הוא להביא ראיות להקלת העונש". בהתאם לס' 161 לחוק, רשאי הנאשם להעיד כעד ההגנה, ואז יהיה עשוי להיחקר בחקירה שכנגד או להימנע מלהעיד.
 10. ס' 190 לחוק סדר הדין הפלילי.
 11. שם, בס' 192.
 12. שם, בס' 193.

להסכמות ראייתיות בקשת רחבה יותר של סוגיות ראייתיות מאשר אלה המותרות בהליך שנועד לביור האשמה.¹⁸ בדומה, ניתן לראות בהיעדר התנגדות של צד מהצדדים לעובדות הנטענות על ידי הצד שכנגד עובדה מוכחת לעניין העונש.¹⁹

מנגד, שלב הטיעונים לעונש, אשר שיאו בגירת עונשו של הנאשם, עשוי להיות בעל חשיבות עליונה בעבור הנאשם. במקרים מסוימים שלב זה אף חשוב יותר משלב בירור האשמה עצמו,²⁰ כך שלחומרת העונש נודעת השפעה רבה יותר מאשר זו של ההרשעה. על כן, אם אין הסכמה בין הצדדים בעניין העובדות הרלוונטיות לעונש, מן הראוי לקיים דיון משפטי רציני וקפדני ולהחיל את דיני הראיות גם על שלב זה, בכפוף להתאמות הנדרשות. בשל חשיבות העונש והשפעתו על זכויותיו היסודיות של הנאשם, ובראשן הזכות לחירות,²¹ נודעת חשיבות, גם בשלב זה, לשמור על זכויותיו של הנאשם ולאמץ כללים ראייתיים נאותים שייטיבו לעשות כן. נקודת המוצא הראויה בעיני לקביעת כללי הראיות ונטלי ההוכחה היא זו שלפיה מוקנית לנאשם זכות להליך הוגן גם בשלב זה של קביעת העונש.²²

ניתן לומר בהכללה כי הכללים הראייתיים החלים בשלב בירור האשמה ראוי שיחולו ברובם גם בשלב גזירת הדין.²³ גם בשלב זה נודעת חשיבות רבה לערך של גילוי האמת, ועל כן מן הראוי לאמץ את כל אותם כללים ראייתיים שערך זה עומד בבסיסם. כך, למשל, אין מניעה מלהחיל בשלב גזירת הדין את הכלל הפוסל עדות מפי השמועה על חריגיו; את הכלל בדבר הראיה הטובה ביותר בתפישתו המרוככת, ככלל של משקל.²⁴ גם אין סיבה להתנות על כללי כשרות עדים ולא להחילם באותו האופן בשלב גזירת הדין. בדומה, גם עדויות סברה, כמו, לדוגמה, תסקיר של שירות המבחן, צריכים שיהיו מוכחים בהתאם לחריגים המאפשרים קבלת עדות סברה, כגון באמצעות עדות מומחה.²⁵

כמו כן, יש לעצב את דיני הראיות בשלב הענישה באופן שיאפשר לבית המשפט לקבל את מלוא המידע לצורך גזירת הדין. כך, למשל, בדבר הכלל האוסר על הצגת עברו הפלילי של הנאשם. אין הצדקה להחילו בשלב גזירת הדין, שכן בשלב זה ראיות הקשורות בעברו של הנאשם הן קבילות ושייכות לעניין.²⁶

בשיטת המשפט הישראלית התפישה הרווחת היא כי הראיות לעונש אינן חייבות להינתן "בדרכי הראיות המקובלות".¹³ כך הבחין בית המשפט העליון, בעניין **נואורה**, בין דרכי ההוכחה בכל אחד מהשלבים, בצינו כי בשלב בירור האשמה חלות "דרכי הוכחה מלאות", להבדיל מאלה הנהוגות לצורך גזירת הדין.¹⁴

במאמר זה אטען כי יש להחיל את דיני הראיות בשלב הענישה, תוך התאמתם להליך גזירת הדין ולתכליותיו, כפי שמקובל בשיטות משפט רבות אחרות. לעמדתי יש לקבוע כללים ראייתיים ונטלי הוכחה בעת בירור הנסיבות הרלוונטיות לעונש הגם שהם עשויים להיות ייחודיים ומותאמים לאופיו של הליך גזירת הדין וההכרעות המתקבלות בו.¹⁵

בחלקו הראשון של המאמר תידון הסוגיה הכללית בדבר החלת דיני הראיות והצורך בהתאמתם לשלב גזירת הדין. בהמשך יתמקד המאמר בסוגיית נטלי ההוכחה באשר לכל אחד מסוגי הנסיבות הנטענות לעניין העונש, לרבות נסיבות "חיצוניות" הקשורות בביצוע העבירה, נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, ונסיבות המצדיקות חריגה ממתחם העונש ההולם.

2. דיני ראיות בשלב גזירת הדין

אני סבור כי יש להסדיר את כללי הראיות בשלב הענישה.¹⁶ יש לקבוע כללים ראייתיים לשלב זה תוך התאמתם לתכליותיו של הליך גזירת הדין. כך, יש להחיל כללים ראייתיים ונטלי הוכחה בעת בירור הנסיבות הרלוונטיות לעונש שיהיו שונים מאלה אשר חלים על בירור האשמה. דברים אלה מקבלים משנה תוקף לאחר קבלת תיקון מס' 113 לחוק העונשין, אשר מבנה את שיקול הדעת השיפוטי בענישה ואת הליך גזירת הדין.¹⁷

מצד אחד, שלב גזירת הדין נעשה לאחר שהנאשם כבר הורשע ואין עומדת לו עוד חזקת החפות. על כן, אין הצדקה להחיל בהכרח בשלב זה את הכללים בדבר הנטלים הנוהגים בדיון הפלילי המהותי שבבסיסם עומדת לנאשם חזקת החפות. נוסף לכך, כיוון שמדובר בשלב שנועד אך לעסוק בסוג העונש ובמידת העונש שיוטל על הנאשם, ניתן לאפשר לצדדים להתנות על דיני הראיות ולאפשר לתביעה ולנאשם להגיע

13. ע"פ 468/64 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מוחס**, פ"ד יט(4) 121 (1965).

14. עניין **נואורה**, לעיל ה"ש 3, בפסקה ט' לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

15. מטבע הדברים הסדרה שכזו ראוי שתעשה בחקיקה, ואולם, בהעדר חקיקה ניתן לאמץ את הרעיונות המובאים פה וליישם בדרך של פרשנות פסיקתית.
16. על סקירת ההסדרים שנקבעו בשיטות משפט אחרות, ראו: קנאי, "ראיות בשלב גזירת הדין", לעיל ה"ש 2, בעמ' 270-274. ראו גם עמדתה של הוויץ, ולפיה יש להחיל על הליך גזירת הדין את המשטר הראייתי החל על הליך קביעת האחריות הפלילית, בשינויים המחויבים - הוויץ, **הליך גזירת הדין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 343. לפירוט הטעמים המצדיקים עמדה זו, ולדיון מקיף בהם, ראו שם.

17. חוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב-2012 (להלן: תיקון מס' 113). ראו: קנאי, "ראיות בשלב גזירת הדין", לעיל ה"ש 2, בעמ' 269, אשר סבורה כי הבניית שיקול הדעת בענישה מחייבת קביעת כללים חדשים באשר לדיני הראיות בשלב הענישה. ראו גם: Julie L. Hendrix, *Herris v. United State: The Supreme Court's Latest Avoidance of Providing Constitutional Protection to Sentencing Factors*, 93 J. Crim. L. & Criminology 947 (2003).
כן ראו את ס' 40 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 אשר מבנה במידה מסוימת גם את הפרוצדורה בנושא. כאמור בה"ש 15, אני סבור כי הסדרה כוללת של דיני הראיות בשלב גזירת הדין צריכה להיעשות בחקיקה. כפי שטענתי בספרי על דיני הראיות, ראו: יניב ואק, **דיני ראיות** 13-14 (כרך א, 2020) (להלן: ואק, **דיני ראיות**), יש צורך לחוקק חוק ראיות חדש שלם ושיטתי אשר בו יעוגנו עקרונות היסוד והכללים הראייתיים השונים לרבות אלה הרלוונטיים לשלב גזירת הדין. עם זאת, היעדרה של הסדרה חקיקתית עקרונית, וחוסר ההסדרים בתחומים רבים, הפכו את הפסיקה לשדה עיקרי לפיתוחם של דיני הראיות בישראל, לכן לא יהיה זה מן הנמנע כי הסדרת דיני הראיות בשלב גזירת הדין תמשיך ותעשה אף היא בדרך זו.

18. להרחבה על המצבים בהם ניתן להתנות על דיני ראיות, ראו: שם, בעמ' 133.

19. כפי שמקובל גם כיום בקשר לסוגים מסוימים של ראיות. לדיון בנושא, ראו: שם, בעמ' 144-138.

20. עניין **נואורה**, לעיל ה"ש 3, בפסקה 11 לפסק דינה של השופטת ארבל.

21. שנועד לה מעמד חוקתי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

22. אמנם ייתכן כי המצב הקיים, בו נושא הבאת הראיות בשלב גזירת העונש אינו מוסדר בצורה קפדנית דווקא מיטיב עם הנאשם, ואולם, העובדה שנאשמים מסוימים נהנים מרף הוכחה נמוך והיעדר כללים, אינה מצדיקה להשאיר את הנושא בלתי מוסדר - מה גם שיתכן כי שופטים מסוימים מחמירים יתר על המידה.

23. לדיון בדבר תחולת כללי הראיות השונים בשלב הענישה, ראו: הוויץ, **הליך גזירת הדין**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 300-318; Alan C. Michaels, *Trial Rights at Sentencing*, 81 N. C. L. Rev. 1771 (2003).

24. לדיון מפורט בנושא ראו: ואק, **דיני ראיות**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 352-356.

25. זאת חרף העובדה ששירות המבחן הוא גוף שנתפס כאובייקטיבי (או לכל הפחות אינו מזוהה עם אחד הצדדים ונחשב ל"ידו הארוכה" של בית המשפט). שכן ניתן לאמץ לבניו את אותם הכללים של עד מומחה המובא מטעם בית המשפט. ראו: ואק, **דיני ראיות**, לעיל ה"ש 17, בעמ' 840-842.

26. הן למידת עונשו של הנאשם בתוך מתחם העונש ההולם והן לעניין בחירת חריגה מהמתחם משיקולים של הגנה על שלום הציבור, כפי שיפורט בהמשך. לדרך הוכחתו של המרשם הפלילי ראו: ס' 188 לחוק סדר הדין הפלילי.

באשר לשאלת רפי ההוכחה,²⁷ אין הצדקה כי ההכרעות השיפוטיות לעניין עונשו של הנאשם לא תהיינה מושגות על עובדות מוכחות. יש לשאוף כי ההכרעה השיפוטית בדבר הענישה תתבסס על הכרעות עובדתיות אמיונות. ואולם, מידת ההוכחה לקביעת ממצא עובדתי צריך שתקבע לפי השלכותיה של ההכרעה העובדתית על האשמה, על תיוגו של הנאשם וכן על העונש - כמו גם, אם יש בכוחה של הנסיבה להקל בעונשו של הנאשם או להחמיר בו, ומהי מידת השפעתה על העונש.

לצורך הכרעה בשאלת מידת ההוכחה של ראיות לעונש יש להביא בחשבון שני מבחנים. האחד, עניינו בשאלה אם מדובר בראיות אשר נועדו להוכיח נסיבות הקשורות בביצוע העבירה או נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה; השני, עוסק בהבחנה בין הוכחתן של נסיבות מקילות שעשויות להקל בעונש, לבין הוכחתן של נסיבות מחמירות העלולות להוביל להחמרת העונש שייגזר על הנאשם.

הנסיבות הקשורות בביצוע העבירה מתחלקות לשני סוגים: נסיבות שקשורות בביצוע העבירה שהן חיצוניות לעבירה²⁸ ועשויות לחול על כל עבירה, ללא קשר להגדרתה; נסיבות שהן חלק מהגדרת העבירה וקיומן או היעדרן משפיע על מידת העונש הצפוי להיגזר על הנאשם (וגם על חומרתה המושגית של העבירה). כל אחד מהסוגים הללו מתחלק אף הוא לשניים: נסיבות מחמירות ונסיבות מקילות.

מידת ההוכחה הנדרשת צריך שתקבע לפי השפעתה של הנסיבה על האשמה המיוחסת לנאשם ועל מידת העונש שיוטל עליו. כאשר מדובר בנסיבות שיש בכוחן להחמיר באורח ניכר בעונשו של הנאשם, ייתכן שתידרש מידת הוכחה גבוהה יותר. מנגד, ככל שמידת ההשפעה על העונש קטנה, או שמדובר בנסיבה מקילה, יש להסתפק ברף הוכחה נמוך יותר.

הבחנה זו, על שני ציריה, מוצאת ביטוי גם בחקיקה. כך, בתיקון מס' 113 לחוק העונשין, ניתנה התייחסות לדרך הוכחתן של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה ונעשתה הבחנה לעניין רף הוכחתן של נסיבות מחמירות ושל נסיבות מקילות. ואולם, זאת רק לגבי נסיבות הקשורות בביצוע העבירה. לעומת זאת, באופן תמוה אין בחוק התייחסות לנסיבות אחרות, כגון אלה שאינן קשורות בביצוע העבירה ונסיבות המצדיקות חריגה

ממתחם העונש ההולם, בין שמדובר בנסיבות מחמירות ובין שמדובר בנסיבות מקילות.

מאמר זה, כאמור, ידון בכל אחד מסוגי הנסיבות הרלוונטיות לגזירת הדין,²⁹ בשים לב במיוחד למידת ההוכחה הנדרשת להוכחתן.

3. נסיבות מעצבות מתחם - נסיבות "חיצוניות" הקשורות בביצוע העבירה

א. טיבן ואופיין של נסיבות הקשורות בביצוע העבירה והשלב הנדרש להוכחתן

בשלב הראשון, בוחן בית המשפט את החומרה המושגית של מעשה העבירה (בהתאם ליסודות העובדתיים והנפשיים הנמנים בהגדרת העבירה). בשלב השני, נדרש בית המשפט לבחון את חומרת העבירה הקונקרטיה באמצעות שלל נסיבות שאינן נמנות עם יסודות העבירה והמפורטות בסעיף 40 לחוק. מדובר בנסיבות שאינן חלק מיסודות העבירה, אך הן קשורות לפרשת העבירה גופה.

אף שרשימת הנסיבות המנויה בסעיף היא רשימה פתוחה (כאמור בסעיף 40 לחוק), יש לשים לב שעניינה הוא רק בנסיבות הקשורות לביצוע מעשה העבירה. נסיבות שאינן כאלה, ובראשן "נסיבות אישיות", לא ינחו את בית המשפט בקביעת מתחם העונש ההולם.³⁰

כאמור בסעיף 40(ב) לחוק העונשין, הנסיבות המנויות בסעיף 40(א) מתחלקות לשלוש קבוצות: הנסיבות המנויות בסעיף 40(א) עד 40(א)5 לחוק הן נסיבות העשויות לשמש הן לקולא והן לחומרה;³¹ הנסיבות המנויות בסעיף 40(א)6 עד 40(א)9 לחוק עשויות לשמש לקולא בלבד;³² הנסיבות המנויות בסעיף 40(א)10 ו-11 לחוק עשויות לשמש לחומרה בלבד.³³

סעיף 40 לחוק העונשין, כותרתו "הוכחת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה". במקור, לא היה סעיף זה חלק מהצעת החוק והוא נוסף במהלך דיוניה של ועדת החוקה, חוק ומשפט. הטעם להוספתו היה הרצון להסדיר בחוק נושאים הקשורים קשר הדוק לגזירת הדין, ובשל כך שהחוק נותן לנסיבות הללו משקל רב בקביעת העונש.³⁴ חרף ההיגיון הרב בצורך

27. אחת ההבחנות העיקריות לעניין נטלי הוכחה, שמקורה במשפט האנגלו-אמריקני ואשר אומצה במשפט הישראלי, עניינה בהבחנה בין שני סוגים של נטלי הוכחה: נטל השכנוע (burden of persuasion) - מטיל על בעל דין את החובה להוכיח את טענותיו. נטל זה נחשב לנטל ראשי והוא מטיל על בעל דין להוכיח את טענותיו במידת ההוכחה הנדרשת במשפט ולשכנע את בית המשפט כי העובדות שהוצגו לפניו מבססות את טענתו. במשפט הפלילי, מטיל על התביעה להוכיח את אשמתו של הנאשם, במידה שהיא מעבר לכל ספק סביר. נטל הבאת הראיות (burden of producing evidence) - עניינו בחובה להביא ראיות לשם עמידה בנטל השכנוע. נטל הבאת הראיות נחשב כחובה משנית הנלווית לנטל השכנוע, ועל פיו נקבע על מי מבעלי הדין רובצת החובה להציג את ראיותיו. לדיון מקיף בנטלי הוכחה, ראו: יניב ואקי דיני ראיות (כרך ד, עתיד להתפרסם בשנת 2021).

28. נסיבות "חיצוניות" במובחן מנסיבות "פנימיות" הקשורות בביצוע העבירה ואשר מוכחות בשלב בירור האשמה. ראו להלן בה"ש 29.

29. המאמר יתמקד אך בראיות המוכחות בשלב גזירת הדין ועל כן הוא לא יעסוק בהוכחתן של נסיבות שהן חלק מהגדרת העבירה ואשר נדרשות להוכחה בשלב בירור האשמה, הגם שיש בכוחן להשפיע על שאלת העונש. מטבע הדברים, ובשל העובדה שמדובר ברכיבים הנמנים עם יסודות העבירה שאותם יש להוכיח בשלב בירור האשמה, יש להוכיחם כפי שמוכיחים את כל יסודות העבירה הפלילית - מעבר לכל ספק סביר. ודוק, התקיימותן של נסיבות מחמירות שהן חלק מהגדרת העבירה, משפיעה על רף העונש אלא גם על תפיסת האחריות הפלילית והתיגו של מעשיו של הנאשם, גם אם נדמה מלשון החוק כי נפקותן נודעת רק לעניין העונש. ממילא גם אם נסיבות מחמירות הנמנות עם הגדרת העבירה גורמות אך להחמרה בענישה היא זה מוצדק לקבוע רף הוכחה מחמיר בעניין. כאשר מדובר בנסיבות מקילות, על התביעה לשלול את התקיימותן מעבר לכל ספק סביר ודי לנאשם לערור ספק להתקיימותן של אותן נסיבות. מדובר במקרים שבהם קיומן של הנסיבות המקילות מפחית לא רק מהעונש אלא גם מהאחריות הפלילית המוטלת על הנאשם. על כך, כשם שדי לו לנאשם לערור ספק כדי להימנע מנשיאה באחריות פלילית לעבירה מסוימת, גם במקרה זה, די לו שיוותר ספק בקיומן של אותן נסיבות על מנת שלא ייתן יהיה להרשיעו ולהענישו בהתאם לנסיבות המחמירות שבצד העבירה. ניתן להשקיף על נסיבות אלה כאל מעין סייג שמשמעו אי נשיאה באחריות פלילית לעבירה תמורה והפחתת האחריות (ולא פטור מלא מאחריות, כמו בסייג) לעבירה פחותה בחומרתה - מבחינת חומרתה המושגית, תיוגה הציבורי והעונש הנגזר ממנה.

30. להרחבה ראו יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413 (2103) (להלן: ואקי ורבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה").

31. (1) "התכנון שקדם לביצוע העבירה"; (2) "חלקו היחסי של הנאשם בביצוע העבירה ומידת ההשפעה של אחר על הנאשם"; (3) "הנזק שצפוי היה להיגרם מביצוע העבירה"; (4) "הנזק שנגרם מביצוע העבירה"; (5) "הנסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה".

32. "יכולתו של הנאשם להבין את אשר הוא עושה, את הפסול שבמעשהו או את משמעות מעשהו, לרבות בשל גילו"; (7) "יכולתו של הנאשם להימנע מהמעשה ומידת השליטה שלו על מעשהו, לרבות עקב התגרות של נפגע העבירה" (8) "מזוקנתו הנפשית של הנאשם עקב התעללות בו על ידי נפגע העבירה"; (9) "הקרבן לסייג לאחריות פלילית כאמור בסימן ב' לפרק ה'1".

33. (10) "האכזריות, האלימות וההתעללות של הנאשם בנפגע העבירה או ניצולו"; (11) "הניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם או של יחיסו עם נפגע העבירה".

34. פרוטוקול ישיבה מס' 396 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (30.5.2011); פרוטוקול ישיבה מס' 410 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.6.2011).

שתשפיע על רף ההוכחה, ובשני המקרים מוצדק לקבוע רף הוכחה זהה. באשר לנסיבות המקילות נקבע, כאמור, כי די בהוכחתן ברמה של הטיית מאזן ההסתברויות. ההבחנה בין נסיבות מקילות "פנימיות", אשר מובילות להפחתה באחריות הפלילית וליצירת עבירה אחרת הנבדלת מבחינת האשמה הניבטת ממנה, תיוגה והעונש הקבוע בצידה לבין נסיבות מקילות "חיצוניות" מסוג אלה המנויות בסעיף 40ט לחוק העונשין, היא ברורה ואינה מקרית ועל כן לא נדרש כי הנטל שיוטל להוכחת כל אחד מסוגי הנסיבות הללו יהיה זהה, ואין חשש מיצירת אנומליה משפטית בלתי רצויה.³⁵ כאשר מדובר בנסיבות "פנימיות" הנמנות עם הגדרת העבירה, רף ההוכחה יוטל על התביעה ברמה של מעבר לכל ספק סביר, ואילו כאשר מדובר בנסיבות "חיצוניות" הקשורות לביצוע של כל עבירה, רף ההוכחה יעמוד, כקבוע בחוק, על מאזן הסתברויות. נוסף לכך, נסיבות מקילות "חיצוניות" הגם שיש בהן כדי להפחית ממידת אשמו של הנאשם, אין בהן כדי להוביל להטלת אחריות מופחתת, ונפקותן בעיקרה ניכרת בעונש המוטל על הנאשם (או, ליתר דיוק, במתחם העונש ההולם שייקבע לעבירה בנסיבות ביצועה באותו מקרה). הערובות שיש להעמיד לטובת הנאשם, עשויות להיות שונות עת מדובר בנסיבות מקילות בכל אחד מהסוגים האמורים לעיל. ממילא, מידת ההוכחה המינימלית להוכחת מצא עובדתי (באופן פוזיטיבי) היא זו של מאזן הסתברויות. בשונה מאי הוכחת מצא עובדתי (באופן נגיטיבי) שאז די בהעלאת ספק להתקיימותו.

המחוקק נמנע מלקבוע על מי מוטל נטל השכנוע להוכחת הנסיבות. בהתאם לגישה המקובלת, הבאה לידי ביטוי באמרה "המוציא מחברו עליו הראיה", הנטל להוכחת טענה מוטל על הטוען אותה. כאשר מדובר בנסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה, יש להטיל על התביעה את נטל השכנוע (וכאמור לעיל, ברמה של מעבר לספק סביר), ואילו באשר לנסיבות מקילות הקשורות בביצוע העבירה, נטל השכנוע להוכחתן יוטל על הנאשם (חזאת ברמת הוכחה של מאזן הסתברויות). לאחר ההרשעה נטל ההוכחה כבר אינו מוטל באופן בלעדי על התביעה, ונטל ההוכחה להוכחת נסיבות מקילות רובץ על כתפי הנאשם לפי מאזן הסתברויות.

מה דינן של נסיבות המנוסחות באופן נייטרלי, דהיינו אלה שניתן לפרשן לשני הצדדים? כך הן הנסיבות המנויות בסעיפים 40ט(א) עד 40ט(א) לחוק אשר עשויות לשמש הן לקולא והן לחומרה.³⁶ המענה לשאלה זו - על מי יוטל נטל השכנוע ומה יהיה גובהו - צריך שיהא מוכרע לטעמי

בהסדרה ראייתית, משום מה נמנע המחוקק להסדיר סוגיות אלה בקשר לכל מגוון סוגי הנסיבות המשפיעות על העונש.

קבוע בסעיף 40(א) לחוק העונשין, הכלל הוא כי הראיות בדבר נסיבות הקשורות לביצוע העבירה יובאו לפני בית המשפט כבר בשלב בירור האשמה, ולא בשלב גזירת הדין. הוראה זו מחייבת את שני הצדדים למשפט. בהתאם לגישה זו, ככלל, ראיות שמצביעות על חומרה ועל אשם, יש להביא במהלך בירור האשמה, ועל כן יש לציין בכתב האישום. החריגים הם כי, במקרים מסוימים, נסיבות אלה יוכחו בשלב הטיעונים לעונש.³⁵

ודוק, הוכחת העובדות צריך שתיעשה בשלב בירור האשמה, ואילו הסקת המסקנות וההערכה של אותן העובדות והשפעתן על העונש תיעשה בשלב גזירת הדין. נוסף לכך, לענין גזירת עונשו של הנאשם, על בית המשפט להתחשב בכל העובדות שהוכחו כדבעי,³⁶ לרבות עובדות שאינן נכללות בהגדרת העבירות שבהן הורשע הנאשם.³⁷ כאשר מדובר בעובדות המבססות את התקיימותן של נסיבות הקשורות לביצוע העבירה, יובאו אלה בחשבון בקביעת מתחם העונש ההולם, ואילו אם מדובר בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה, תוגבל השפעתן לקביעת העונש המתאים בתוך המתחם.

ב. רף ההוכחה הנדרש להוכחת נסיבות הקשורות לביצוע העבירה

בהתאם להוראת סעיף 40(ג) לחוק העונשין, יש להבחין לענין רף ההוכחה בין נסיבות מחמירות לנסיבות מקילות. נסיבות מחמירות יש להוכיח מעבר לכל ספק סביר. נסיבות מקילות יש להוכיח במאזן הסתברויות.³⁸

מוצדק להציב דרישה מחמירה לצורך הוכחת נסיבות מחמירות, שכן יש בהן כדי להשפיע על רמת הפגיעה בחירותו של הנאשם, לא פחות מיסודות העבירה. מבחינה מוסרית ועקרונית, מוצדק לדרוש רמת הוכחה גבוהה כפי שמקובל לצורך הוכחת אשמה במשפט הפלילי. לנסיבות הקשורות בביצוע העבירה יש השפעה פוטנציאלית רבה על העונש שיוטל על הנאשם. על כן, ראוי שתידרש לגביהן רמת ההוכחה המרבית של מעבר לספק סביר, וכל ספק עובדתי יפעל לטובתו של הנאשם.³⁹

הצדקה נוספת להצבת רף הוכחה זהה במקרה של נסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה, כמו זה של נסיבות מחמירות שהן חלק מיסודות העבירה, מתייחסת לכך שבחוק העונשין הישראלי, ישנה מקריות ב"מיקום" הנסיבות המחמירות. לעיתים, הנסיבות המחמירות הקשורות לביצוע העבירה נמנות עם יסודות העבירה, בעוד שיש עבירות שבהן אותן נסיבות אינן מנויות כחלק מיסודותיהן. אקראיות זו אסור

35. מדובר בשלושה חריגים. החריג הראשון עניינו בראיות מטעם הנאשם. החריג נועד לאפשר לנאשם להוכיח נסיבות מקילות אשר לא היה בידו להעלותן בשלב בירור האשם, כיוון שהיו פוגעות בקו הגנתו. בהתאם לחריג השני (ראיות על פי חיקוק), מאפשר החוק להביא ראיות שהדין קובע שניתן להביאן בשלב הטיעונים לעונש. כך, למשל, "תסקיר קורבן עבירה" לפי ס' 187(ב). בהתאם לחריג השלישי (חריגים שברשות בית המשפט), רשאי בית המשפט להורות על הבאת ראיות בשלב גזירת הדין בהתקיים שני תנאים חלופיים. התנאי האחד הוא "אם שוכנע כי לא הייתה אפשרות לטעון לגביהן בשלב ברור האשמה". התנאי השני הוא "אם הדבר דרוש כדי למנוע עיוות דין".

36. ניתן גם לקבוע ממצא עובדתי על סמך עובדות שלא הוכחו כל עוד הנאשם הודה בהן או שהסכים לגבי התקיימותן. ראו: ואקי דיני ראיות, לעיל ה"ש 17, בעמ' 133.

37. מצב כזה שכיח במקרים שבהם נערך הסדר טיעון בין הצדדים ושחלק ממנו מודה הנאשם בעובדות כתב האישום (המקורי או המתוקן שנערך בעקבות הסדר הטיעון) אף אם עובדות אלה לא נכללות בעבירה שבה הורשע. ראו, למשל, בג"ץ 3315/04 שטרית נ' בית המשפט המחוזי בירושלים, פ"ד ס(2) 413 (2005). או כאשר מדובר בנסיבה העונה על תנאי של ס' 40ב לחוק העונשין הקובע כי: "אין בהוראות סעיפים 40 ו-41 כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לשקול נסיבות נוספות הקשורות בביצוע העבירה לשם קביעת מתחם העונש ההולם, וכן נסיבות נוספות שאינן קשורות לביצוע העבירה לשם גזירת העונש המתאים לנאשם".

38. הסעיף קובע כך: "בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מחמירה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה מעבר לספק סביר; בית המשפט יקבע כי התקיימה נסיבה מקילה הקשורה בביצוע העבירה אם היא הוכחה ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי".

39. לדעות שהובעו לענין זה, לפני חקיקת הוראת ס' 40(ג) לחוק, ראו: עניין נוארה, לעיל ה"ש 3. בעוד שהשופט רובינשטיין היה סבור כי נסיבות מסוג זה יש להוכיח ברמה של מעבר לכל ספק סביר (שם, בפסקה י"א), הביעה השופטת ארבל את דעתה כי אין להרחיב את הדרישה הראייתית של מעבר לכל ספק סביר, באופן גורף גם על נסיבות אלה. עם זאת, ציינה כי אם מבקשת התביעה להוכיח נסיבות מחמירות שהן בעלות השפעה רבה יותר על העונש שיוטל על הנאשם, יש מקום לדרוש לגביהן רף הוכחה גבוה יותר, שעשוי להגיע - במקרים מסוימים - לכדי הרף של מעבר לכל ספק סביר (שם, בפסקה 9).

40. לדעה לפיה אין מקום להבחין לענין נטל ההוכחה בין נסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה לבין נסיבות מחמירות שנכללות בהגדרת העבירה, ראו: ענת הורוויץ "מעמדן של נסיבות מחמירות הקשורות לביצוע העבירה בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין" הסינוור 184, 4 (2012).

41. כך, למשל, הנסיבה בדבר "תכנון שקדם לביצוע העבירה", עשויה לשמש לחומרה אם קדם למעשה העבירה תכנון רב יותר. כאשר מדובר במעשה שנתפש כמעידה חד-פעמית מתוך איבוד קור רוח וללא תכנון מוקדם, עשויה המעידה לשמש כנסיבה לקולא. בדומה, הנסיבה שעניינה ב"חלק היחסי של הנאשם לביצוע העבירה ומידת ההשפעה על אחר על הנאשם", עשויה לשמש לחומרה ככל שמדובר בנאשם שהיה הדומיננטי מבין בני החבורה ואשר שימש כ"רוח חייה" לביצוע העבירה. לעומת זאת, ככל שמדובר בנאשם אשר "נגרר" ולא יום את ביצוע העבירה וחלקו קטן באופן יחסי לביצוע העבירה, יהווה הדבר נסיבה לקולא.

חינוך הציבור והטמעת ערכי החברה. ענישה מחמירה מעבירה לציבור מסר חינוכי ומאשררת את חשיבותם של הערכים החברתיים המוגנים באמצעות החוק הפלילי.

בית המשפט רשאי להתחשב בשיקולי ההרתעה רק כשיש "סיכוי של ממש" שהטלת עונש מסוים תצליח להרתיעו. מדובר במבחן גמיש המותיר מידה רבה של שיקול דעת לבית המשפט. שלא כמו בשיקולי "הגנה על שלום הציבור", הסתפק כאן המחוקק בקביעת מבחן נורמטיבי בלי לציין את האמצעים הראייתיים הדרושים להוכחתו. יש לשים לב גם לרישא של הסעיף: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם". הרישא מכונן בעיקר כלפי עבריינים רצידיביסטים בעלי "עבר פלילי" שממנו עולה כי הנאשם חוזר לסורו אף שנענש בעבר, ועל כן נחוץ בעניינו עונש מרתיע.

לפי לשון החוק, אין נדרשת זהות בין העבירה שהנאשם עומד לדין בגינה לבין העבירה שבית המשפט מבקש להרתיעו מפניה. הסעיף מתמקד בעושה ולא במעשה. עם זאת, לא כל עבירה מצדיקה החמרה בענישה לצורכי הרתעה. כאשר הפגיעה היא בליבת הערכים המוגנים בחוק, נקיטת אמצעים שירתיעו את העבריין מלשוב לסורו נחוצה יותר. המחוקק השתמש במילים "הטלת עונש מסוים", להבדיל מ"החמרה בעונשו". להבדיל מסוג העונש במקרי הגנה על שלום הציבור, הרתעה אינה מחייבת דווקא מאסר בפועל. במקרים רבים דווקא עונש של "מאסר על-תנאי" עשוי להיות אפקטיבי יותר מעונש של מאסר בפועל.⁴⁶

הראיות בדבר נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה וכאלה הקשורות לשיקולי הרתעה, יובאו לפני בית המשפט בשלב גזירת הדין, ואין חובה כי הן יובאו כבר בשלב בירור האשמה. לא זו אף זו, חלק מהנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה **אסור** שיתברר בשלב בירור האשמה. כך, למשל, אסור ככלל לבית המשפט להיחשף לעברו הפלילי של הנאשם בטרם הכרעת דינו של הנאשם.⁴⁷ ניתן לומר בהכללה כי הנסיבות הנמנות עם קטיגוריה זו, מוטב שיתבררו רק בשלב הטיעונים לעונש, בשל הפוטנציאל הטמון בהן לייצר דעה קדומה כלפי הנאשם ולהטות את דעת בית המשפט, או, מנגד, להביא להקלה במידת האשמה שתוטל על הנאשם, בניגוד למסקנה האובייקטיבית האמורה להיחתך מהראיות.

ב. רף ההוכחה הנדרש להוכחת נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה

חרף קביעתן של נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה וקביעת נפקותן

ממקרה למקרה, לפי נסיבותיו. אם יבקש הנאשם להשתמש בנסיבות לשם הקלה בעונשו, הוא יידרש להוכיחן במאזן הסתברויות. אם תבקש התביעה להשתמש בהן, כדי להביא להחמרה בעונש, היא תידרש להוכיח אותן מעבר לכל ספק סביר. בהתאם לגישתי, אשר עומדת בבסיסה של הצעתי להסדרה כוללת, של נטלי ההוכחה בשלב העונש, רמת הוודאות הנדרשת להכרעה צריכה להשתנות בהתאם למידת ההשפעה של ההכרעה על עונשו של הנאשם, ואם מדובר בנסיבה שבכוחה להחמיר עם העונש או להקל עימו.

4. נסיבות המשפיעות על העונש בתוך המתחם - נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה

א. נסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה ושיקולי הרתעה

הנסיבות הקבועות בסעיף 40 אינן לחוק העונשין מתמקדות ברובן בעברייני ולא בעבירה. הן אינן מלמדות על חומרת המעשה או על מידת האשם, ולפיכך אין בהן כדי להשפיע על גבולות מתחם העונש ההולם, אלא רק על העונש שיימרו בגדרו (העונש המתאים). הבחירה של המחוקק לתת לנסיבות אלה משקל במהלך קביעת עונשו של הנאשם מלמדת על הכרעה ערכית שנפקותה אימוץ נקודת ראות כוללת המחשיבה את מכלול נסיבות חייו של הנאשם, נקודת ראות רחבה יותר מההשקפה הגמולנית הצרה שאינה רואה אלא את העבירה עצמה.

התחשבות בנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה היא אפשרית, אך לא חובה, כעולה מלשון הסעיף: "רשאי בית המשפט להתחשב" (לעומת נסיבות הקשורות בביצוע העבירה אשר בהן בית המשפט חייב להתחשב). הסעיף מונה 11 נסיבות. לפי סעיף 40 לחוק, מדובר ברשימה פתוחה, וניתן לצרף נסיבות נוספות בתנאי שהן אינן קשורות בביצוע העבירה. רבות מהנסיבות משמשות שיקול לקולא, ואולם חלקן עשוי לשמש גם כשיקול לחומרה.⁴²

באשר להרתעה, הרתעה היא אחת ממטרות דיני העונשין.⁴³ מקובל להבדיל בין שני סוגים של הרתעה: הרתעה אישית והרתעה כללית. הרתעה האישית מתמקדת בנאשם העומד לדין.⁴⁴ ההרתעה הכללית, מתמקדת בציבור הרחב.⁴⁵ במישור של ההרתעה הכללית, יש משקל רב לסוג העבירה. ככל שהעבירה חמורה יותר או נפוצה יותר, כך גדל הצורך לנקוט ענישה מחמירה שתרתיע עבריינים פוטנציאליים. מלבד "הפחדה", יש לשיקול בדבר הרתעת הרבים גם מטרה רחבה יותר, חיובית, של

42. כך, נטילת אחריות של הנאשם על מעשיו עשויה לשמש כנסיבה להקלה בעונשו של הנאשם, ואולם אי לקיחת אחריות עשויה להוות כנסיבה לחומרה. בדומה, שיפוי נפגע העבירה על ידי הנאשם עשוי לשמש להמתקת עונשו, ואולם, מקום שהנאשם מסרב להחזיר את שגול מנפגע העבירה יש בכך כדי להוות שיקול בהחמרת עונשו. לצד אלה, ישנן נסיבות שבהתקיימותן הן תהווה שיקול לקולא, ואילו היעדרן לא יהווה שיקול לחומרה. כך, שיתוף פעולה של הנאשם עם רשויות אכיפת החוק עשוי להוות שיקול מקל, ואולם, נקבע במפורש כי כפיירה באשמה וניהול משפט על ידי הנאשם לא תשמש לרעתו. בדומה, חלוף זמן רב עת ביצוע העבירה עשוי לשמש כנסיבה להקלה בעונש של הנאשם, ואולם, העדר חלוף זמן אינו מהווה נסיבה לחומרה. באותו האופן, הפגיעה הצפויה של העונש במשפחתו של הנאשם משמשת כשיקול לקולא, אך היעדר פגיעה כזו אינו נזקף לחובת הנאשם.

43. ראו: ואקי ורבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", לעיל ה"ש 30; יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 1423-1425 (כרך ג, 2014). על אף חשיבותם של שיקולי ההרתעה, נמתחה עליהם ביקורת רבה מצד מלומדים. לאור ביקורות אלה נדחה ההרתעה אל תחתית המדרג של שיקולי הענישה הקבועים בחוק, ובהתאם לחוק כיום היא עשויה לשמש רק לשם תנועה בתוך מתחם העונש ההולם. ראו למשל, רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דו"ח ועדת גולדברג" **מחקרי משפט** טו 147, 158-161 (1999); אלון הראל "מדוע להירתע מעונשים מרתיעים? **הסניגור** 264, 4 (2019). לדעה, הגורסת שהחמרת הענישה של עבריינים "חוזרים" אינה מחזקת את ההרתעה, ראו: משה בר-ניב וצבי ספרא "יעילות הבניית שיקול הדעת השיפוטי בהחמרה עם עבריינים חוזרים" **ספר דיני יונר - על משפט פלילי ואתיקה** 583, 589 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי, עורכים, 2009). להסתייגות נוספת ראו: ע"פ 8641/12 **סעד נ' מדינת ישראל**, פסקה ט"ז לפסק דינו של השופט רובינשטיין (5.8.2013): "לטעמי ההרתעה האישית היא בחיי המעשה 'שיקול בעירבון מוגבל'".

44. ס' 140 לחוק העונשין, שכותרתו "הרתעה אישית", קובע כך: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הנאשם מפני ביצוע עבירה נוספת, וכי יש סיכוי של ממש שהטלת עונש מסוים תביא להרתעתו, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

45. ס' 140 לחוק העונשין, שכותרתו "הרתעת הרבים", קובע כך: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בבואו לקבוע את עונשו של הנאשם ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".

46. ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 297 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (20.12.2010); פרוטוקול ישיבה מס' 302 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-18 (27.12.2010).

47. לפירוט על אודות כלל זה ועל החריגים לו ראו: יניב ואקי **דיני ראיות** 1199 (כרך ב, 2020), בפרק 35 על ראיות בדבר עבר פלילי.

ההוכחה של מידת הביניים.

נטל הוכחתן של נסיבות מקילות שאינן קשורות לביצוע העבירה מוטל על ההגנה. לשם ביסוס ממצא עובדתי על נסיבה זו ניתן לקבוע כי עליה לעשות זאת ברמה של הטיית מאזן ההסתברויות, כפי שנדרש בקשר לנסיבות מקילות הקשורות לביצוע העבירה. לאחר ההרשעה, הנאשם אינו נהנה מחזקת החפות, וממילא חזקת החפות כלל לא רלבנטית לעניין, וזאת כיוון שחזקת החפות רלבנטית לאשמה בקשר למעשה העבירה, ולא אמורה כלל לחול בנוגע לנתונים אישיים. לכן אין חלים הכללים בדבר נטלי ההוכחה המחמירים שחלים בשלב בירור האשמה. מידת ההוכחה המינימלית להוכחת ממצא עובדתי (באופן פוזיטיבי) היא זו של מאזן הסתברויות. על כן, על הנאשם להראות בדרגת הוכחה של מאזן הסתברויות שיש מקום להקל בעונשו.

5. נסיבות המצדיקות חריגה ממתחם העונש ההולם

בהתאם להוראות החוק כפי שנקבעו בתיקון מס' 113 לחוק העונשין, יש לבית המשפט אפשרות לסטות ממתחם העונש ההולם (לאחר שנקבע המתחם). סטייה לקולא מהמתחם אפשרית משיקולי שיקום בלבד. סטייה לחומרה מהמתחם אפשרית רק משיקולי הגנה על שלום הציבור. בחוק נקבעו תנאים שעל פיהם ניתן להביא שיקולים אלה בחשבון.⁵⁴

א. חריגה לקולא מטעמי שיקום

אפשרות לחריגה ממתחם העונש ההולם מבטאת הכרה במודל ענישה שיקומי צופה פני עתיד, להבדיל ממודל גמולני. המטרה אינה להשיב לנאשם גמולו על המעשים הרעים שביצע אלא להביא לשילובו מחדש בחברה כאזרח שומר חוק המכיר בערכי החברה ובמוסכמותיה ואינו מסכן אותם עוד. מדובר במטרה תועלתנית של תיקון ושיקום העברין. החוק מאפשר לבית המשפט, במקרים המתאימים, ובהינתן התנאים הקבועים בו, להחליף את עקרון ההלימה בעקרון השיקום.⁵⁵

ההחלטה על חריגה מהמתחם בשל שיקולים של שיקום, נסובה, כאמור לעיל, על הערכה שיפוטית בדבר שיקומו של הנאשם או פוטנציאל השיקום שלו, ואולם זו וגם זו, צריכות להסתמך על ממצאים עובדתיים. כך, לצורך הערכתו של בית המשפט בדבר סיכויי הנאשם להשתקם, יש להוכיח בפניו, למשל, את עברו הפלילי של הנאשם ועל כך שהוא מינורי או נקי; העובדה כי עד לארוע העבריני, המדובר בנאשם אשר ניהל אורח חיים נורמטיבי; העובדה כי שיתף פעולה עם רשויות אכיפת החוק

על העונש (קביעת העונש המתאים בתוך מתחם העונש ההולם), נמנע המחוקק מלהתייחס לרף ההוכחה הנדרש לצורך הוכחתו, כפי שעשה בקשר לנסיבות הקשורות לביצוע העבירה. ייתכן שהסיבה לכך נעוצה בעובדה כי הנסיבות שאינן קשורות לביצוע העבירה דורשות בחלקן הערכה שיפוטית,⁴⁸ ולא רק קביעת עובדות; חלקן עוסקות בהערכה לגבי התרחשויות עתידיות;⁴⁹ אחרות עניינן בקביעת מידת חומרה או הקלה על פני רצף של מקרים.⁵⁰ על כן, נסיבות אלה מצריכות קביעות שמעורבת בהן גם הערכה שיפוטית של העובדות וגם קביעת נקודה על פני רצף אפשרי. עם זאת, מן הראוי לקבוע כללים ראייתיים ברורים להוכחת העובדות העומדות ביסודן.

גם בקטיגוריה זו של נסיבות, יש לטעמי להבחין בין נסיבות לחומרה לבין נסיבות לקולא. כאשר מדובר בנסיבות מחמירות, כגון, הנסיבה בדבר עברו הפלילי של הנאשם, היותה של העבירה "מכת מדינה"⁵¹ המצדיקה ענישה הרתעתית, או אי שיפוי של נפגע העבירה על ידי הנאשם, יש להטיל על התביעה את נטל הוכחתו, ואולם ניתן להסתפק במידת הוכחה אשר אינה מגיעה כדי הוכחה של מעבר לכל ספק סביר. אני סבור כי אין הכרח להציב דרישה להוכחה מחמירה, כשם שנדרש עת מדובר בנסיבות הקשורות לביצוע העבירה (פנימיות וחיצוניות כאחד). על כן, ניתן להסתפק בהוכחה לפי מאזן הסתברויות או לאמץ מידת ביניים, שבין מידת ההוכחה של מעבר לכל ספק סביר לבין זו של מאזן הסתברויות, כזו של "ראיות ברורות ומשכנעות" (Convincing and Clear Evidence). מידת הוכחה זו מציבה דרישה לרמת הסתברות שהיא יותר מ"עודף הסתברות" אך פחות מאשר "מעבר לכל ספק סביר".⁵² כיוון שיתכנו מצבים שבהם ייקבע מתחם עונש הולם רחב,⁵³ שעל פיו יהיו לנסיבות מסוימות כוח השפעה רב יותר על העונש, יש במקרים אלה, להשאיר לבית המשפט את שיקול הדעת להציב דרישה להוכחה מחמירה יותר, בדמות זו של "ראיות ברורות ומשכנעות".

לשיטתי, מידת ההוכחה הפלילית אינה צריכה להיות תלויה בשלב או בזהות ההליך שבו מוכרעות העובדות. עליה להיקבע לפי מהות ההכרעה העובדתית והשפעותיה. לענייננו, אני סבור שההכרעה בשאלת רף ההוכחה הנדרש צריך שתיגזר משאלת ההשפעה האפשרית על העונש. על כן, בנסיבות מחמירות שאינן קשורות לביצוע העבירה, ובהינתן כי השפעתן על מידת העונש מוגבלת למתחם העונש שנקבע (בהתעלם מנסיבות אלה), אין התביעה נדרשת להוכיח את טענותיה במידה הפלילית הנהוגה של "מעבר לכל ספק סביר", ודי לה לעמוד בדרישת

48. כגון, מידת החומרה של עברו הפלילי של הנאשם (במובחן משאלת קיומו או היעדרו) והרלוונטיות שלו לגבי העונש במקרה הקונקרטי.

49. כגון ההערכה בדבר הפגיעה של העונש במשפחתו של הנאשם.

50. כגון הנסיבה בדבר הנזקים שנגרמו לנאשם מביצוע העבירה ומהרשתו. בשונה, למשל, מנסיבה מחמירה בדבר ביצועה של העבירה על ידי מבצע אחד או כמה מבצעים, שאז מדובר בקביעה עובדתית שהתשובה עליה היא בינארית - האם העבירה בוצעה על ידי מבצע יחיד או לא. כאשר מדובר בנסיבה בדבר הנזקים שנגרמו לנאשם, מדובר בהערכה שיפוטית על פני רצף של מידות (הגם שהיא צריכה להתבסס על ממצאים עובדתיים שעל השופט להכריע בהם).

51. וידוגש באומרי "מכת מדינה" כוונתי בהכרעות העובדתיות המשמשות את הבסיס להכרעה הנורמטיבית, כגון הוכחת הגידול בהיקף התרחשותן של עבירות מסוימות באזורים מסוימים.

52. ראו: (1944) 242, J.P. McBaine, *Burden of Proof: Degree of Belief*, 32 CAL. L. REV. 246. אשר מניב הרשעה של "almost certainly true"; רף הוכחה של "ראיות ברורות ומשכנעות" אשר מייצר הכרעה של "highly probably true"; ורף ההוכחה של "מאזן הסתברויות" אשר מצהיר על "probably true". ראו דרך הצגת הדברים אשר מיטיבה להמחיש את ההבדל בין שלוש מידות ההוכחה השונות, כפי שהובאה אצל GEORGE P. FLETCHER, *BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW* 16 (1998): "A sports analogy might be helpful [...]. If the different standards were arrayed on a football field with yard lines numbered from one to 100, and we thought of bearing the burden of proof as analogous to moving up the field with the ball, the strictest standard of 'beyond a reasonable doubt' would require taking the ball at least to the 99th yard line. The standard of 'clear and convincing evidence' might be equivalent to the 70th yard line. And the lowest standard of 'preponderance of the evidence' would coincide with the 51st yard line." כן ראו, Dale A. Nance, *Evidential Completeness and the Burden of Proof*, 49 HASTINGS L. J. 621, 624 (1998) ולפיו מידת ההוכחה של "מאזן הסתברויות" נעה על הרצף שבין 40% ל 70%; דרגת הביניים של "ראיות ברורות ומשכנעות" תנוע בין 70%-ל-90%; ואילו רף ההוכחה של "מעבר לספק סביר", ינוע בין 90%-ל-100%.

53. הגם שבפסיקה הובעה הדעה כי יש להקפיד שמתחם העונש ההולם לא יהיה רחב מדי. ראו, למשל, עניין **טעד**, לעיל ה"ש 43, בפסקה 24 לפסק דינו של השופט סולברג; ע"פ 512/13 פלוני נ' מדינת ישראל (4.12.2013), בפסקה 21 לפסק דינו של השופט מלצר.

54. להרחבה ראו: ואקי ורבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", לעיל ה"ש 30.

55. ס' 140 לחוק העונשין. להרחבה ראו: ואקי ורבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", לעיל ה"ש 30.

ובמיוחד עם שירות המבחן; האם הובעה חרטה מצידו של הנאשם ומה מידת עוצמתה; מצבו המשפחתי ועוד.⁵⁶

ככלל, הראיות בדבר נסיבות שיקומו של הנאשם יובאו לפני בית המשפט בשלב גזירת הדין, ולא בשלב בירור האשמה. ייתכן, כמובן, כי נסיבות מסוימות יוכחו כבר בשלב בירור האשמה (כגון, חרטתו של הנאשם הנלמדת, למשל, מהחזרת כספים שנגנבו מקורבן העבירה), ואולם, אין בכך כדי לחייב צד מהצדדים למשפט, וככלל מקומם של נסיבות אלה להתברר בשלב הטיעונים לעונש.

נטל ההוכחה להוכחת התנאים והנסיבות המצדיקים חריגה ממתחם העונש ההולם בשל שיקולי שיקום, מוטל על הנאשם, ברמה של הטיית מאזן ההסתברויות. כשם שדי ברמה של מאזן הסתברויות כדי להוכיח נסיבות מקילות הקשורות לביצוע העבירה,⁵⁷ אין מניעה מלהסתפק ברמת הוכחה זו עת מדובר בהוכחת נסיבות המקימות את החריגה ממתחם העונש ההולם במקרה של שיקום. אלה גם אלה, משפיעות על עונשו של הנאשם בלבד.⁵⁸

ב. חריגה לחומרה מטעמי הגנה על שלום הציבור

סעיף 40 לחוק מאפשר חריגה ממתחם העונש ההולם מטעמים של הגנה על שלום הציבור. סעיף זה מעגן בחוק את עקרון ההגנה על שלום הציבור, המוכר יותר בשם עקרון ה"מניעה". עיקרון זה מבקש להפסיק את התנהגותו הבלתי חוקית של העבריין על ידי הרחקתו מהחברה והגבלת יכולתו הפיסית לבצע עבירות נוספות. על פי רוב, ה"מניעה" מושגת באמצעות עונש מאסר בפועל שמונע מהעבריין לבצע עבירות כל עוד הוא נתון במאסר. עקרון המניעה מעורר כמה קשיים, הן ברמה המוסרית והן ברמה המעשית. הקושי המוסרי מקורו בכך שעקרון המניעה שולל את חירותו של אדם בשל עבירה שהוא עלול לבצע בעתיד. ברמה המעשית, ההגנה על שלום הציבור היא שיקול רלוונטי רק כאשר יש חשש ממשי שאותו עבריין אכן ישוב לבצע עבירות, אלא שיש לזכור ברקע הדברים את הקושי הברור לנסות לנבא את העתיד.⁵⁹ קושי זה מצדיק את התנאים הנוקשים הקבועים בסעיף לסטייה ממתחם העונש ההולם.

החוק אינו מסתפק במבחן נורמטיבי-מופשט מסוג "חשש ממשי שהנאשם יחזור ויבצע עבירות" אלא מגדיר את האמצעים הראייתיים להוכחת מסוכנותו של הנאשם. האמצעי הראייתי הראשון הוא קיומו של עבר פלילי "משמעותי". קשה לקבוע מהו "עבר פלילי משמעותי". נראה, שאין מדובר רק במבחן כמותי הבוחן את מספר העבירות הקודמות. יש לשים לב גם לסוג ההרשעות, לתדירותן, לעונש שנגזר בגין כל אחת ואחת מהן, לשאלת ביצוען של עבירות בעת שמאסר על-תנאי היה תלוי ועומד, וכדומה. ודוק, חשוב לעמוד לא רק על חומרת העבירות הקודמות אלא גם על העונשים שנגזרו על הנאשם בגינן. כאשר מדובר בעונשי מאסר חוזרים מתחזקת המסקנה שהנאשם לא הורתע, ויש צורך להרחיקו מן הציבור כדי שלא יבצע עבירות נוספות. האמצעי הראייתי השני הוא חוות דעת מקצועית, כגון הערכת מסוכנות, תסקיר של שירות מבחן, חוות דעת פסיכיאטרית או כל חוות דעת מקצועית אחרת. לבסוף, על פי הסעיף, חריגה לחומרה ממתחם העונש ההולם בשל הגנה על שלום הציבור אינה יכולה להיות ניכרת. אלא שהביטוי "החמרה ניכרת" הוא מושג עמום המשאיר שיקול דעת רחב לבית המשפט.

בדומה לאפשרות להחריג את העונש ממתחם העונש ההולם בקשר לשיקום, גם ההחלטה על חריגה מהמתחם בשל שיקולים של הגנה על

שלום הציבור, נסובה, כאמור לעיל, על הערכה שיפוטית בדבר מסוכנותו של הנאשם והחשש כי ימשיך ויבצע עבירות. ואולם, אלה צריך שיסתמכו על ממצאים ראיייתיים שנקבעו במפורש בחוק (קיומו של עבר פלילי משמעותי וחוות דעת מקצועית המעידה על מסוכנותו ועל היות הנאשם - עבריין מועד).

הראיות בדבר נסיבות אלה יובאו לפני בית המשפט בשלב גזירת הדין. לא זו, נסיבות שעניינן בעברו הפלילי של הנאשם, מועדותו ומסוכנותו, אסור להן להתברר בשלב בירור האשמה. כך, ככלל, אסור לבית המשפט להישקף לעברו הפלילי של הנאשם לפני שיכריע את דינו של הנאשם.

חרף חשיבותן של נסיבות אלה החוק שותק בקשר לדרך הוכחתן. אני סבור כי נטל ההוכחה להוכחת התנאים והנסיבות המצדיקים חריגה ממתחם העונש ההולם, בשל שיקולי הגנה על שלום הציבור, צריך להיות מוטל על התביעה, ברמה של מעבר לכל ספק סביר. זאת, בשל כך שיש בכוחן של נסיבות אלה להשפיע לא רק על העונש בתוך המתחם שנקבע, אלא על פריצת גבולות המתחם וחריגה ממנו לחומרה. גם אם שלא באופן ניכר. בשל כך שמדובר בחריגה משיקולים של הבניית הענישה הרגילים והוצאת הנאשם מקבוצת הנאשמים האחרים שביצעו עבירות דומות בנסיבות דומות, והחמרת העונש שלו ביחס אליהם, יש לדרוש את רמת ההוכחה הגבוהה ביותר האפשרית - זו של מעבר לכל ספק סביר.

גישה זו מתיישבת עם העמדה המוצעת על ידי לפיה, בהכרעות המשמשות לקביעת מתחם העונש ההולם והחריגה ממנו, ובכאלה שיש בכוחן להשפיע באופן ניכר יותר על מידת העונש, אין להסתפק ברמת הוכחה הפחותה מזו של מעבר לכל ספק סביר. מנגד, בנסיבות שיש להן נפקות מוגבלת על העונש בתוך מתחם העונש ההולם, ניתן להפחית בדרשה לרמת הוכחה.

6. סיכום

במאמר זה נעשה ניסיון להסב את תשומת הלב להיבטים הראיייתיים בשלב גזירת הדין. שאלת החלתן של דיני ראיות בשלב גזירת הדין ועיצובם של רפי הוכחה בשלב זה, לא זכו לדיון מספק בספרות או בפסיקה, וכולי תקווה שבאמצעות מאמרי, סוגיה חשובה זו תזכה לדיון מעמיק ולהסדרה כוללת, בין אם באמצעות חקיקה ובין אם בפסיקה.

בשל מאפייניו הייחודיים של שלב גזירת הדין מצד אחד (העובדה כי שלב גזירת הדין נעשה לאחר שהנאשם כבר הורשע ואין עומדת לו עוד חזקת החפות; העובדה כי מדובר בשלב שנועד אך לעסוק בסוג העונש ובמידת העונש שיוטל על הנאשם), ובשל השלכותיה של ההכרעה בדבר העונש על זכויותיו היסודיות של הנאשם (לכבוד, לשם טוב, לחירות ולקניין) יש לדרוש את החלת דיני הראיות בשלב זה ולעצב כללים ראיייתיים כך שיתאימו למאפייניו של שלב זה ולתכליותיו.

במאמר זה ביקשתי להתמקד בסוגיית רפי ההוכחה של מכלול הנסיבות הרלוונטיות לקביעת העונש. הצעתי היא כי יש לאמץ גישה אשר תיטיב להבחין בין רפי ההוכחה של הנסיבות השונות, שלא על פי ניסוחן או מיקומן, אלא על פי תפקידן וחלקן של הנסיבות בקביעת העונש והשפעתן על אשמתו ותיוגו של הנאשם. בהתאם לגישה זו, כאשר מדובר בנסיבות שיש בכוחן להחמיר באורח ניכר בעונשו של הנאשם או באשמתו, תידרש מידת הוכחה גבוהה יותר. מנגד, ככל שמידת ההשפעה על העונש קטנה, או שמדובר בנסיבה מקילה, יש להסתפק ברף הוכחה נמוך יותר.

56. לצד מקרים אלו שמעידים על פוטנציאל שיקום גבוה, עשויים להיות כמובן מקרים בהם ניתן יהיה לזהות פוטנציאל שיקול אצל הנאשם, חרף רקע קשה בעברו, הכולל התמכרויות וביצוע עבירות בעבר.

57. כקבוע בס' 40(ג) לחוק העונשין.

58. הגם שאינן מוגבלות להשפעה רק על העונש המתאים בתוך המתחם. נסיבות מקילות הקשורות לביצוע העבירה משפיעות על מתחם העונש ההולם, ואילו נסיבות המצביעות על שיקומו של הנאשם מאפשרות חריגה ממתחם העונש ההולם.

59. יעל חסין "ניבוי קליני לעומת ניבוי סטטיסטי" **עבריינות וסטייה חברתית** יב 51 (1984). ראו עוד: ואקי ורבין, "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה", לעיל ה"ש 30.