

# השפעתה של פניקה מוסרית על ההליך הפלילי בישראל: השלכות ואתגרים

המאמר חושף את השפעת התופעה החברתית של "פניקה מוסרית", המתבטאת בתגובה חברתית מוגזמת למה שנתפס כאיום מוסרי על ערכים בסיסיים, על מערכת הצדק הפלילי. המאמר מראה כי בשנים 2002 עד 2011 הושפעה הפסיקה הישראלית מפניקה מוסרית שנוצרה בחברה הישראלית בהקשר של עברות פגע וברח: בתי המשפט ראו נהג שברח כבעל פגם מוסרי ולעתים אף כאדם "תת-אנושי" והחמירו את הענישה במידה מופרזת. המאמר מצביע על ההשלכות הנובעות מההשפעה של הפניקה המוסרית על ההליך הפלילי – פגיעה בשוויון ובכבוד מצד אחד, ומהצד האחר – אפקטיביות המתבטאת בירידה במספר העברות נשוא הפניקה המוסרית. המאמר טוען כי השלכות אלו מציבות לפני מערכת הצדק הפלילי אתגרים לא פשוטים, הנדרשים לעומק במאמר.

## מבוא

סוגיית ההשפעה החיצונית על הליכים שיפוטיים מוכרת בעיקר בהקשר של השפעת התקשורת על ההליכים הפליליים.<sup>1</sup> שיטות משפט שונות מטילות – לפחות פורמלית – הגבלות המיועדות להגן על ההליך השיפוטי מפני השפעות של סיקור תקשורת. עברת הסוביודיצה מטילה הגבלות על פרסום "דבר על ענין פלילי התלוי ועומד בבית משפט במטרה להשפיע על מהלך המשפט [...] והכל אם יש בפרסום כדי להשפיע כאמור".<sup>2</sup> "שפיטה על ידי עיתונות"

\* הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית. אני מודה לתלמידי בסדנא למשפט פלילי תשע"ז, למערכת "משפט, חברה ותרבות" ולעוזרת המחקר שלי, נועה זעירא, על הערותיהם המועילות.

1 ראו, למשל, Eric Barendt, *Freedom of Speech* (2<sup>nd</sup> ed., 2007); Gavin Phillipson, *Trial by the Media: The Betrayal of the First Amendment's Purpose*, 71 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 15 (2008); Comment, *Trail by Newspaper*, 33 *FORDHAM L. REV.* 61 (1964). לאתגרים הניצבים לפני מערכת המשפט בעקבות המדיה החדשה ראו הדיון וההצעות של LAW COMMISSION, *CONTEMPT OF COURT: LAW COMMISSION CONSULTATION PAPER 209*, p. 38-61 (2012).

2 ס' 71 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, כפי שתוקן בתשס"ב-2002 (להלן: חוק בתי המשפט). לדיון ביקורתי בהביטים של עברת הסוביודיצה ראו ראם שגב סוב-יודיצה – הגבלת ביטויים לשם הגנה על תקינותם ותדימתם של הליכים שיפוטיים (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2001); זאב סגל "איסור פרסום מטעמי "סוב יודיצה": הצעה להיתר ולהסדר

יכולה לשמש בסיס להגנה מן הצדק, העשויה להביא לביטול כתב אישום או להקלה בעונש.<sup>3</sup> לא פעם, כדי לנטרל את השפעת הסיקור התקשורת, השופטים נוהגים להזהיר את עצמם מפני השפעה זו על פסק דינם.<sup>4</sup>

ברשימה זו ברצוני להצביע על השפעה שונה, לרוב לא מודעת, על ההליך השיפוטי, המתרחשת גם כשההליך מתנהל על ידי שופטים מקצועיים: השפעת התגובה החברתית של פניקה מוסרית על ההליך הפלילי. כפי שיובהר בהמשך, במסגרת הפניקה המוסרית יש לתקשורת תפקיד מרכזי, אך השפעת הפניקה המוסרית על ההליך הפלילי היא עמוקה יותר. התקשורת משמשת גורם מתווך, המשקף את החרדה הציבורית מפני מה שנחזה כאיום חמור על ערכים מוסריים, חרדה המשותפת לחלקים נרחבים בחברה. החרדה שאליה מתייחסת הפניקה המוסרית היא מופרות; היא יוצרת לחץ ציבורי המכוון, בין השאר, אל מערכת אכיפת החוק כדי שתפעל להגן על ערכי המוסר הבסיסיים בחברה. השופטים, השותפים לתחושת החרדה, עשויים לראות את עצמם מחויבים לפעול להשבת הסדר החברתי על כנו ואגב כך הם עלולים לתת לפניקה ביטוי גם במסגרת ההליך הפלילי, בלא שהם עצמם מודעים לכך שמדובר בתגובה מופרות. כיוון שכך, הפניקה המוסרית מציבה לפני מערכת הצדק הפלילי אתגרים מורכבים.

התופעה של פניקה מוסרית היא תופעה מוכרת בסוציולוגיה, ובתחום זה נכתבו עליה עשרות רבות של מאמרים. ברשימה זו אתייחס לגוף הידע לגבי פניקה מוסרית כנתון; במסגרת הפרק הראשון אתפתח בציון המאפיינים של תופעת הפניקה המוסרית כפי שהיא מוכרת בקרב סוציולוגים. בפרק השני אחשוף את השפעתה של הפניקה המוסרית על ההליך

אלטרנטיבי" מחקרי משפט ד 105 (התשמ"ו); זאב סגל "סוב-יודיצה, חופש העיתונות ומניעת משפט על ידי העיתונות" חופש העיתונות – בין מיתוס למציאות 141 (1996); מרדכי קרמניצר "על חופש העיתונות והעבירה של פרסום 'סוב יודיצה' (סעיף 41 לחוק בתי המשפט)" משפט פלילי קרימינולוגיה ומשטרה א 165 (תשמ"ו); Galia Schneebaum & Shai J. Lavi, *The Riddle of Sub-judice and the Modern Law of Contempt*, 2 CRITICAL ANALYSIS OF L. 2:1 (2015) 173.

3 בית המשפט המחוזי שהרשיע את הנשיא לשעבר משה קצב גרס כי אף שהשפיטה על ידי העיתונות הרחיקה-לכת, אין בה כדי לבסס טענת הגנה מן הצדק, אם כי אפשר להתחשב בה בענישה. ראו תפ"ח (תל-אביב יפו) מדינת ישראל נ' משה קצב, גזר דין מיום 22.2.2011, פסקה 20 לפסק דינו של השופט קרא. השופטת שבה, בדעת מיעוט, סברה שההקלה המתחייבת בענישה צריכה להיות ניכרת יותר; שם, פס' 3-12 לפסק דינה של השופטת שבה. בארצות-הברית הביאה שפיטה על ידי עיתונות לביטול הליכים פליליים בנימוק שנפגעה זכותו החוקתית של הנאשם להליך הוגן (מכוח תיקון 14 לחוקה). ראו, למשל, *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1960).

4 ראו, למשל, ת"פ 10-07-2892 מדינת ישראל נ' מור, פסק דינו של השופט כספי (פורסם בנבו, 23.10.2011), שבו נכתב: "יש מקום לשאול האם בית-המשפט מושפע מפרסום כזה או אחר, מתכיפותו או מממדיו. מאחר ושאלה זו נזרקה לחלל האוויר במשפט גופו, ולמרות שאין הנחתום מעיד על עיסתו, מצאתי חובה לעצמי להתייחס אליה. תשובתי לכך ברורה: אין לתקשורת ולפרסומים בה או לכל שיקול זר, השפעה על מה שנפסק במשפט זה. מבחינתי, צריך שתנוח דעתם של השואלים, גם אם יימצאו ספקנים שלא יסכימו עימי".

הפלילי. אתמקד בעברה של הפקרה לאחר בריחה ("פגע וברח") כדוגמה, אצביע על העלאת רף הענישה בעברה זו ואעמוד על הרטוריקה שבה השתמשו בתי המשפט כדי להצדיק את החמרת הענישה. פרק זה ישקף את עיקרי הממצאים של מחקר אמפירי שערכתי בנוגע לעברות של פגע וברח, שבמסגרתו אף הצעתי הסברים אפשריים לפרוץ הפניקה המוסרית בישראל דווקא ביחס לעברות אלו בין 2002 ל-2011.<sup>5</sup> עיקר החידוש במאמר הנוכחי מופיע בפרקים השלישי והרביעי, המוקדשים להערכה נורמטיבית של השפעת הפניקה המוסרית על ההליך הפלילי. בפרק השלישי אצביע על ההשלכות של השפעת הפניקה המוסרית על ההליך הפלילי: אתייחס לפגיעה בכבוד ובשוויון הנגרמת על ידי הפניקה המוסרית מצד אחד, ומהצד האחר אדון באפקטיביות של הפניקה המוסרית כגורם מרתיע מפני ביצוע העברות נשוא הפניקה המוסרית. בפרק הרביעי אדון באתגרים שהשלכות אלו מציבות לפני מערכת הצדק הפלילי. במסגרת זו אבחן דרכים להתמודד עם הפגיעה בכבוד ובשוויון הנוצרת עקב הפניקה המוסרית. התמודדות זו מחייבת, בין השאר, להתחשב בעובדה שכל עוד הפניקה המוסרית בעיצומה על פי רוב השפעתה איננה מודעת.

## א. על פניקה מוסרית

במושג "פניקה מוסרית" השתמש בשנות השבעים הסוציולוג סטנלי כהן לתיאור תגובה חברתית מוגזמת לאירוע הנתפס כמסכן ערכי מוסר בסיסיים.<sup>6</sup> מאז התפתח המושג, וגובשו הקריטריונים הנדרשים לאפיונה של תגובה חברתית כפניקה מוסרית.<sup>7</sup> כדי שהתגובה החברתית למה שנתפס כאיום על ערכים מוסריים תגיע כדי פניקה מוסרית נדרש כי היא

5 ראו Miriam Gur-Arye, *The Impact of Moral Panic on the Criminal Justice System – Hit and Run Traffic Offenses as a Case Study*, 20(2) *New Criminal L. Rev.* (2017) (להלן: Gur-Arye). על האפשרות שהתפתחה בישראל פניקה מוסרית סביב עברות פגע וברח עמדתו לראשונה בקצרה במאמר המוקדש לניתוח הסוגיות המשפטיות שהתעוררו בע"פ 2247/10 ימיני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 12.1.2011) (להלן: עניין ימיני וסימון); ראו מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים 59, 89-93 (התשע"ג). התייחסות רחבה יותר, הנוגעת לדרך שבה התפתחה הפניקה המוסרית סביב עברות פגע וברח בישראל, וכוללת ניתוח עומק של פסקי-הדין הרלוונטיים, אפשר למצוא במאמרי מרים גור-אריה "פניקה מוסרית סביב תאונות פגע וברח – ישראל 2002-2011", ספר אדמונד לוי: קובץ מאמרים לכבודו של השופט אדמונד לוי ע"ה (אוהד גורדון עורך, 2017), 369-390.

6 STANLEY COHEN, *FOLK DEVILS AND MORAL PANICS: THE CREATION OF THE MODS AND ROCKERS* (3rd ed., 2002).

7 להתפתחות המונח "פניקה מוסרית" ולקריטריונים הנדרשים כדי לאפיין תגובה חברתית כפניקה מוסרית ראו Nachman Ben-Yehuda, *The Sociology of Moral Panics: Toward a New Synthesis*, 27 *Soc. Q.* 4 495 (1986); ERICH GOODE & NACHMAN BEN-YEHUDA, *MORAL PANICS: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF DEVIANCE* (2nd ed. 2009); David Garland, *On the Concept of Moral Panic*, 4 *CRIME, MEDIA, CULTURE* 1 9 (2008); Chas Critcher, *Moral Panic Analysis: Past, Present and Future*, 2 *SOCIOLOGY COMPASS* 1127 (2008); Sean P. Hier *Bringing Moral Panic Studies into Focus*, *MORAL PANIC AND THE POLITICS OF*

תכתבא בחרדה המתפשטת בחלקים רחבים בחברה, וכי החרדה תהיה חסרת פרופורציה ביחס לממדי האיום ולטיבו; גם אם יש בסיס אמפירי לראיית התנהגות ככזו שמסכנת ערך מוסרי, התגובה לאותה התנהגות היא מוגזמת. החרדה יוצרת עוינות כלפי מקור האיום ומובילה להליך של דמוניזציה של מקור האיום כ"שטן עממי" (Falk Devil)<sup>8</sup> שהתנהגותו מסכנת ערכי מוסר בסיסיים. יצירת השטן העממי מאפשרת לשים חיץ בין "אנחנו הטובים" לבין "הם הרעים". מטבעה, פניקה מוסרית היא הליך הנתון לשינויים: היא מתפרצת בפתאומיות ובשלב כלשהו שוככת (ייתכנו גם גלים של פניקה מוסרית). אמצעי התקשורת מזינים את הפניקה המוסרית, בצד גופים וולונטריים הנוצרים במיוחד כדי להילחם במה שנתפס כמקור האיום.<sup>9</sup> התפשטותה של הפניקה המוסרית משפיעה גם על גורמי אכיפת החוק, בין השאר באכיפת יתר, בהחמרת הענישה, בהרחבת האחריות הפלילית, ולרוב גם בשפע של הצעות חוק שיאפשרו להתמודד עם המצב שנוצר. שינויים מוסדיים הנוצרים בעקבות הפניקה המוסרית, לרבות שינויי חקיקה, תורמים לא פעם להרגעתה.<sup>10</sup>

פניקה מוסרית היא תופעה חברתית תלוית-זמן ותלוית-מקום. לעתים פניקה מוסרית, שהניבה תגובות משפטיות חסרות פרופורציה, חוצה גבולות. דוגמה מובהקת לכך היא הפניקה המוסרית שהתפתחה בזמנים שונים בחברות שונות סביב פרופיליה.<sup>11</sup> נהוג ליחס את ההסדרים המשפטיים הייחודיים, המיועדים להתמודד עם "מסוכנותו" של הפרופיל גם לאחר ריצוי עונשו, לפניקה מוסרית שהביאה להפרזה בהערכת מסוכנותו של הפרופיל.<sup>12</sup>

- ANXIETY (Sean P. Hier ed., 2012); Angela McRobbie & Sarah L. Thornton, *Rethinking 'Moral Panic' for Multi-Mediated Social Worlds*, 46 BRIT. J. SOCIOLOGY 559 (1995)
- 8 לאפיונו של השטן העממי בהקשר לפניקה מוסרית ראו Stanley Cohen, לעיל ה"ש 6, עמ' 44-41.
- 9 לאופן ההשפעה של הגורמים השונים על העצמת התופעה של פניקה מוסרית ראו Erich Goode & Nachman Ben-Yehuda, לעיל ה"ש 7, בעמ' 27-23.
- 10 שם, בעמ' 41.
- 11 ראו שם, בעמ' 19-21; Amy L. Anderson & Lisa L. Sample, *Public Awareness and Action Resulting from Sex Offender Community Notification Laws*, 19 CRIM. JUST. POL'Y REV. 371 (2008); Daniel M. Filler, *Terrorism, Panic and Pedophilia*, 10 VA. J. SOC. POL'Y & L. 345 (2003). אך ראו לימור עציוני וטליה קלצקי "תופעת הפרופיליה וחוק הגנה על הציבור מפני עברייני מין: על החיבור המתבקש בין פסיכולוגיה-פסיכיאטריה לבין פיתוח נורמות משפטיות ראיות להתמודדות עם התופעה" עלי משפט ט 239, 301-303 (התשע"א), הסברות כי "תהיה זו טעות לראות במהלכי חקיקה ייעודית לטיפול בבעיית הפרופיליה תולדה של פניקה מוסרית, טעות הנובעת מכך שאנו כחברה לא ערים דיינו לשכיחות הגבוהה של גפיעות מיניות בילדים כמו גם לעובדה שמדובר בהפרעה קלינית ייחודית" (שם, בעמ' 303).
- 12 ראו חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, ס"ח 243; חוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001, ס"ח 509; חוק מגבלות על חזרתו של עברייני מין לסביבת נפגע העבירה, התשס"ה-2004, ס"ח 6. על חוקים דומים (ואף מגבילים יותר) בארצות-הברית, המכונים "Megan Laws", ראו Doron Teichman, *Sex, Shame, and the Law: An Economic Perspective on Megan's Laws*, 42(2) HARV. J. LEGIS. 355, 389-391 (2005); Daniel M. Filler, *Making the Case for Megan's Law: A Study in Legislative Rhetoric*, 76(2) IND. L. J. 313, 345 (2001).

במקרים אחרים הפניקה המוסרית מיוחדת לחברה מסוימת בזמן נתון. הדוגמה שאליה אתייחס בהמשך – הפניקה המוסרית סביב עברות פגע וברח – מיוחדת לחברה הישראלית בשנים שבין 2002 ל-2011.

## ב. השפעתה של הפניקה המוסרית על החמרת הענישה בגין עברת ההפקרה לאחר בריחה

עבירת ההפקרה לאחר פגיעה היא עברה מחדלית המטילה על מי שהיה מעורב בתאונת דרכים, שבה נפגע או עלול היה להיפגע אדם, חובה לעצור את רכבו כדי לעמוד על תוצאות התאונה ולהגיש את העזרה הנדרשת למי שנפגע מהתאונה.<sup>13</sup> עברה זו נוספת על העברה הרגולטורית המוגדרת בתקנות התעבורה, המחייבת נהג שהיה מעורב בתאונה שבה נפגע אדם לעצור את הרכב, למסור פרטים מזהים לכל המעורבים האחרים בתאונה ולהודיע למשטרה.<sup>14</sup> כידוע, עברות מחדליות בתחום המשפט הפלילי הן חריגות ומחייבות הצדקה מיוחדת.<sup>15</sup> גם בהשוואה לעברות מחדליות אחרות, עברת ההפקרה לאחר בריחה היא חריגה: אין עוד עברה המטילה על העושה או החודל את החובה להישאר בזירת העברה, וזאת בשל החיסיון מפני הפללה עצמית.<sup>16</sup> את ההצדקה לקיומה של עברת ההפקרה לאחר פגיעה נהוג לבסס על סולידריות חברתיות: הפקרה פוגעת "בשורשי הסולידריות החברתית והאישית

13 ס' 64 לפקודת התעבורה [נוסח חדרש] התשכ"א-1961. לניסוח הסעיף כפי שתוקן בתיקון 101 לפקודת התעבורה ראו להלן ה"ש 54.

14 תקנה 144 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת תשכ"א 1128 עמ' 1425 (להלן: תקנות התעבורה).

15 עדי פרוש "חוק, מוסר והשומרוני הטוב" עיון כז 295 (1976); מרדכי קרמיניצר וראם שגב "המחדל בדין העונשין" ספר תמיר 197, 211-212 (יוסף תמיר ואורה הירש עורכים, 1999); יצחק קוגלר "דרישת החובה לפעול בדיני המחדל הפלילי: הצדקות הדרישה, היקף חלונה והעיגון הפורמלי של החובות לפעול" מחקרי משפט כ 201, 211-215, 234 (2003); JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF CRIMINAL LAW, Vol I. Harm to Others 126-186 (1984); Steven J. Heyman, *Foundations of the Duty to Rescue*, 47 VANDERBILT L. REV. 673 (1994); KILLING AND LETTING DIE, (Bonnie Steinbock & Alastair Norcross eds., 2nd ed.) (1994).  
כן ראו עניין ימיני וסימון, לעיל ה"ש 5, פס' 39-42 לפסק דינו של השופט עמית.

16 ראו בהקשר זה את הדיון אצל דן ביינ "בעיות יסוד בעבירות של 'פגע וברח'" עיוני משפט ד 552, 559-564 (תשל"ז) (להלן: ביינ). בפרשת 431-33, 424 U.S. 424, *California v. Byers*, 402 U.S. 424, 431-33 (1971). הפך בית המשפט העליון האמריקני ברוב של 5:2 פסיקה של בית המשפט העליון בקליפורניה, שלפיה עברות פגע וברח המטילות חובת עצירה בזירת התאונה, הזדהות ודיווח למשטרה, אינן חוקתיות בשל הפגיעה בחיסיון מפני הפללה עצמית. לדיון בהחלטה זו ראו Bernard D. Meltzer, *Privileges against Self-Incrimination and the Hit-and Run Opinions*, SUPREME COURT REVIEW 1 (1971); Jesswe Waldinger, *California v. Byers: Hit-and-Run Statutes and the Privilege against Self-Incrimination*, 38 BROOK. L. REV. 728 (1971-1972); William T. Stuntz, *Self-Incrimination and Excuse*, 88 COLUM. L. REV. 1227 (1988).

המינימלית לקיומה של חברה תקינה".<sup>17</sup> פגיעה זו מסבירה מדוע כבר במקור נקבע לעברה זו בישראל עונש מרבי חמור יחסית – תשע שנות מאסר. באמצעות חומרתו של העונש הועבר מסר בדבר החשיבות שהחברה הישראלית מייחסת לסולידריות החברתית.<sup>18</sup> עם זאת, רמת הענישה בפועל בגין עברת ההפקרה לאחר בריחה הייתה נמוכה במידה ניכרת מהעונש המרבי.<sup>19</sup>

מאז שנת 2003 אפשר לזהות בפסיקה שינוי מגמה. העונש שהוטל על נהגים שהורשעו בעברת ההפקרה לאחר בריחה הוחמר במידה ניכרת. סטטיסטית, הענישה בגין עברות הקשורות לתאונות פגע וברח קטלניות הוחמר מ-48 חודשי מאסר בפועל (2001) ל-72 חודשים (2003), והיא הגיעה לשיא של 168 חודשי מאסר (2011). הענישה בגין עברות הקשורות לתאונות פגע וברח שנגרמה בהן חבלה גופנית קשה זינקו מ-42 חודשי מאסר (2001) ל-160 חודשי מאסר (2009, 2011).<sup>20</sup> במסגרת תהליך זה של החמרת הענישה אפשר לאתר שתי נקודות ציון מרכזיות שבהן החליטו בתי המשפט במודע לסטות לחומרה מרמת

17 רע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 187, 228 (2002) (להלן: רע"פ ויצמן), פס' 55 לפסק דינו של השופט חשין. כן ראו ע"פ 7936/13 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 16.12.2014) (להלן: פרשת לוי); ע"פ 1902/14 מדינת ישראל נ' נתנוב (פורסם בנבו, 1.7.2014); ע"פ 8219/13 סרחאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.9.2014).

18 על האתוס של סולידריות חברתית בישראל ראו מוקי צור "סולידריות: יישוב, מדינה – ומה הלאה?" מסע אל האחוה 250 (ידידיה שטרן ובנימין פורת עורכים, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2014); אסא כשר "אחוות הלוחמים" מסע אל האחוה 380, 385–386; Danny Kaplan, *Commemorating a Suspended Death: Missing Soldiers and National Solidarity in Israel*, AM. ETHNOLOGIST 35 413 (2008)

19 בעשור הראשון לאחר החקיקה של עברת ההפקרה לא נשלחו הנהגים המפקירים לכלא; רישיון הנהיגה נשלל מהם לתקופות ארוכות וכן הוטלו עליהם עונשי מאסר על תנאי. ראו ע"פ 471/68 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 729, 731 (1968); ע"פ 496/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כ"ד(1) 370 (1970); ע"פ 8/70 מדינת ישראל נ' סעיד, פ"ד כ"ד(1) 264 (1970); ע"פ 7/70 מדינת ישראל נ' וואתר, פ"ד כד(1) 397 (1970). במרוצת הזמן הגיב המחוקק לעובדה שלא הוטלו עונשי מאסר, ובשנת 1970 הוסף לעונש הקבוע בצד עברת ההפקרה לאחר פגיעה הסייג שלפיו "בלבד שלא יוטל מאסר על תנאי, בין כעונש יחיד ובין כעונש נוסף". חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 11), התשל"א-1970, ס"ח 83. עם זאת, עונשי המאסר בפועל שהוטלו בגין העברות הכרוכות בתאונות פגע וברח גם הם היו קלים במידה ניכרת מהמקסימום האפשרי. כך, למשל, בע"פ 4396/98 הייב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.1998) הוטל על נהג שהורשע בהריגה, בגרימת חבלה חמורה ובהפקרה לאחר בריחה עונש של שתי שנות מאסר בפועל. העונש החמור ביותר בשנות התשעים הוטל בת"פ (י-ם) 460/97 מדינת ישראל נ' יפת (פורסם בנבו, 12.2.1998). בפרשה זו הוטל על נאשם שהורשע בהריגה, בגנבת דלק ובהפקרה לאחר בריחה עונש של שבע וחצי שנות מאסר בפועל. להסבר אפשרי באשר לרמת הענישה הנמוכה יחסית בתקופה זו ראו Gur-Arye, לעיל ה"ש 5, פרק 4 למאמר.

20 הניתוח הסטטיסטי מבוסס על נתונים שהתקבלו מהמשטרה ומהפרקליטות מכוח חוק חופש המידע, והם מתייחסים לתאונות פגע וברח קטלניות וחמורות בתקופה שבין 1.1.2000 ל-30.4.2013. בתקופה זו, 375 כתבי אישום כללו במקור את עברת ההפקרה לאחר בריחה, אולם רק 296 מתוכם הסתיימו בהרשעה בעברה זו. כתבי האישום האחרים הסתיימו בזיכוי או בסעיף ההפקרה

הענישה הנהוגה: פרשת ישראלי (2003 במחוזי, 21 2004 בעליון<sup>21</sup>) ופרשת ימיני וסימון (2010 במחוזי, 23 2011 בעליון<sup>24</sup>).

בפרשת ישראלי הורשע נהג בגרימת מוות ברשלנות, בהפקרה לאחר פגיעה ובשיבוש הליכי משפט. כדי להכריע בשאלת העונש שיש לגזור על הנהג עיין השופט שוהם (שהיה אז שופט בכית המשפט המחוזי תל-אביב-יפו) בתקדימים, ומצא כי העונש המרבי שנגזר בגין עברת ההפקרה בצרוף עברה של גרימת מוות או עברות אחרות לא עלה על ארבע שנות מאסר בפועל; זאת, גם כאשר "היו נסיבות ביצוע העבירה קשות ומכוערות".<sup>25</sup> למרות זאת בחר השופט שוהם להעלות את רמת הענישה וגזר על ישראלי שנת מאסר בגין גרימת מוות ברשלנות, חמש שנות מאסר מצטברות בגין ההפקרה ושנת מאסר חופפת בגין שיבוש הראיות – סך הכול שש שנות מאסר; נוסף על כך גזר השופט שוהם על ישראלי פסילה מהחזקת רישיון נהיגה למשך 15 שנה מתום ריצוי המאסר. ערעורו של ישראלי על חומרת עונשו נדחה, אף שבית המשפט העליון, מפני השופט ארמונד לוי, היה מודע כי "אין ספק כי העונש אשר נגזר למערער מהווה עליית מדרגה ביחס לענישה שהייתה נהוגה עד היום".<sup>26,27</sup> פסק-הדין בפרשת ימיני וסימון היה קפיצת מדרגה נוספת בעונש שנגזר בגין העברות השונות במקרים של פגע וברח.<sup>28</sup> גם כאן הייתה זו קפיצת מדרגה מודעת. בית המשפט המחוזי הרשיע את סימון בעברות של הריגה, נהיגה בשכרות, גרימת חבלה חמורה, הפקרה לאחר פגיעה ובעברות נלוות נוספות וגזר עליו עשרים שנות מאסר: 12 שנות מאסר בגין ההריגה; שלוש שנות מאסר בגין החבלה החמורה, ששנתיים מהן יצטברו על עונש המאסר בגין ההריגה; שבע שנות מאסר בין עברת ההפקרה, שש מתוכן שנים במצטבר על 14 שנות המאסר שנגזרו בגין התאונה עצמה. על ימיני, הנוסע שהורשע בכיצוע בצוותא של עברת ההפקרה, גזר בית המשפט המחוזי חמש שנות מאסר.<sup>29</sup>

בערעור הביע השופט עמית את דעתו שאכן הגיע הזמן להעלות את רף הענישה במקרים של תאונות דרכים קטלניות שבהן הנהג מורשע בעברות של הריגה ושל הפקרה. למרות זאת הוא לא ראה "מנוס מהמסקנה כי בית המשפט המחוזי חרג באופן קיצוני מרמת הענישה המקובלת בנסיבות דומות".<sup>30</sup> למסקנה זו הגיע השופט עמית לאחר שבחן פסקי דין שמהם עלה –

לאחר בריחה נמחק מכתב האישום במסגרת עסקת טיעון. הניתוח הסטטיסטי מתייחס לכל 296 התיקים.

- 21 ת"פ (ת"א) 40282/02 מדינת ישראל נ' ישראלי (פורסם בנבו, 9.11.2003).
- 22 ע"פ 11222/03 ישראלי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 7.6.2004) (להלן: עניין ישראלי).
- 23 ת"פ (ת"א) 40238-08 מדינת ישראל נ' סימון (פורסם בנבו, 18.3.2010).
- 24 עניין ימיני וסימון, לעיל ה"ש 5.
- 25 ת"פ ישראלי, לעיל ה"ש 21, פס' 4 לפסק דינו של השופט שוהם.
- 26 עניין ישראלי, לעיל ה"ש 22, פס' 3 לפסק דינו של השופט ארמונד לוי ז"ל.
- 27 לניתוח מקיף של פרשת ישראלי ראו מרים גור-אריה "פניקה מוסרית סביב תאונות פגע וברח – ישראל 2002-2011", לעיל ה"ש 5, בפרק 4.
- 28 לדיון נרחב בפרשת ימיני וסימון ראו מרים גור-אריה, שם.
- 29 ת"פ סימון, לעיל ה"ש 23.
- 30 ע"פ ימיני, לעיל ה"ש 5, פס' 85 לפסק דינו של השופט עמית.

רף הענישה המקובל (כהתייחס לעונש מאסר בפועל) בגין עבירת הריגה בתאונת דרכים, תחת השפעת אלכוהול, לעתים בנסיבות חמורות ובצירוף עבירות חמורות (כגון חטיפה), לעתים כאשר תוצאות התאונה אף קשות מהמקרה דנן, ולעתים בצירוף עבירה של הפקרה לאחר פגיעה, נע בין 2.5 שנים לבין 9.5 שנות מאסר בפועל. בנוסף, שעה שמדובר בעבירת הפקרה לאחר פגיעה הניצבת לבדה, נע העונש בין 9 חודשי מאסר לבין 24 חודשי מאסר בפועל.<sup>31</sup>

נוכח כל אלה פסק השופט עמית כי יש לקבל את הערעור של סימון ולהעמיד את עונש המאסר על 14 שנים: עשר שנות מאסר בפועל בגין ההריגה וגרימת החבלה החמורה וארבע שנות מאסר מצטברות על עברת ההפקרה לאחר פגיעה. כן נפסק כי רישיון הנהיגה של סימון ייפסל לתקופה של עשרים שנה.<sup>32</sup> ודוק: עונש של 14 שנות מאסר גם הוא קפיצת מדרגה בהשוואה לעונש המרבי שהוטל בעבר בגין עברת ההריגה בתאונת דרכים בצירוף עברת ההפקרה ועברות נוספות – 9.5 שנות מאסר בפועל.<sup>33</sup>

עונשו של הנוסע ימיני הופחת גם הוא במסגרת הערעור מחמש שנים לשלושים חודשי מאסר; אך זאת משום שהרשעתו של ימיני כמבצע בצוותא הומרה במסגרת הערעור בהרשעה כמסייע להפקרה, והעונש המרבי בגין סיוע לעברה הוא מחצית מזה הצפוי בגין העברה עצמה.<sup>34</sup> גם כאן הדגיש השופט עמית:

בכך אנו מעלים את רף הענישה בעבירת הסיוע להפקרה (ונוכח כי בפרשת ויצמן, הפקירו הנוסעים את השוטר בשעת לילה מאוחרת במקום שאינו הומה אדם, ונגזרו על ויצמן ששה חודשי עבודות שירות בלבד ועל הנוסעות האחרות שלושה חודשי עבודות שירות בלבד). אלא שהגיעה העת להעלות את הרף בעבירות אלה, שנקעה נפשו של הציבור מהן.<sup>35</sup>

בפרשת מור בחר השופט כספי במפורש ללכת בעקבות "המגמה של ההחמרה בעונשיהם של עבריינים כאלה והעלאת רף הענישה",<sup>36</sup> והחליט להחמיר עם הנאשם "שנכשל כישלון חרוץ, חוקית ומוסרית גם יחד".<sup>37</sup> בית המשפט גזר על הנאשם – שהורשע בהריגה, בנהיגה בשכרות ובהפקרה לאחר פגיעה – עונש של 12 שנות מאסר בפועל ופסילה מהחזקת רישיון נהיגה למשך עשרים שנה משחרורו מהמאסר.<sup>38</sup> מספר שנות המאסר בפועל שנגזרו במקרה זה, 12 שנים, אמנם נמוך מ-14 שנות המאסר שהוטלו על סימון, אולם שנות המאסר שנגזרו על סימון כללו גם עונש בגין גרימת חבלה חמורה, עברה שלא התקיימה בנסיבות פרשת מור.

31 שם, פס' 83.  
 32 שם, פס' 87.  
 33 ע"פ 9559/09 מדינת ישראל נ' שיבלי (פורסם בנבו, 30.11.2010).  
 34 ס' 32 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.  
 35 עניין ימיני וסימון לעיל ה"ש 5, פס' 71.  
 36 פרשת מור, לעיל ה"ש 4 עמ' 12 לפסק הדין.  
 37 שם, (ההדגשה הוספה).  
 38 זאת נוסף על 36 חודשי מאסר על תנאי ופיצוי בסך 30 אלף ש"ח למשפחת הקרובים; שם, בעמ' 14 לפסק הדין.



שני נימוקים מרכזיים הובאו בפסיקה לתמיכה בהעלאת רף הענישה בגין עברת ההפקרה לאחר בריחה. נימוק אחד נעוץ בממדי התופעה: "תאונות 'פגע וברח' הפכו למכת מדינה בארצנו".<sup>39</sup> הנימוק האחר נוגע באופי של עברת ההפקרה לאחר פגיעה – עבירה "בזוויה",<sup>40</sup> ה"פוקדת עצמה עם העבירות שיש בהן כיעור",<sup>41</sup> וכמבצע "דבק פגם מוסרי וחרתי כבד".<sup>42</sup> להלן אראה כי שתי ההנמקות משקפות למעשה שני היבטים מרכזיים של פניקה מוסרית – הפרזה בהיקף התאונות של פגע וברח ודמוניזציה של הנהג הבורח.

הנתונים הרשמיים של מספר תאונות הפגע וברח<sup>43</sup> אינם תומכים במסקנה בדבר "ריבוי המקרים בהם נהגים פוגעניים מותירים את קורבנותיהם מוטלים על הדרך, וממהרים להסתלק מהזירה", כהנחתו של השופט אדמונד לוי בדחותו את ערעורו של ישראלי;<sup>44</sup> להפך: מאז שנת 2000 אפשר להבחין בירידה במספר התאונות מסוג זה. בשנת 2000 התרחשו 22 תאונות קטלניות של פגע וברח ועוד 105 תאונות פגע וברח שהסתיימו בחבלות גוף חמורות; בשנת 2003 – שקדמה לשנה שבה ניתן פסק דינו של השופט אדמונד לוי בפרשת ישראלי – עמד מספר תאונות פגע וברח הקטלניות על 14 ותאונות פגע וברח שהסתיימו בחבלות גוף חמורות עמד על 80. פסק דינו של השופט עמית בפרשת ימיני וסימון, שהתייחס לתאונות פגע וברח כאל "מכת מדינה", ניתן בינואר 2011, אף שבשנתיים שקדמו לו נרשמו 11 תאונות פגע וברח קטלניות בכל אחת מהשנים 2009 ו־2010, 60 תאונות פגע וברח חמורות ב־2009 ו־64 תאונות כאלה בשנת 2010.

בהקשר זה חשוב להדגיש כי מאז 2000, אחוז תאונות הפגע וברח הקטלניות מכלל תאונות הדרכים הקטלניות נע בין 3% ל־6% בלבד.<sup>45</sup> במספרים מוחלטים, מספר תאונות הדרכים הקטלניות במשך השנים נמנה במאות ומספר תאונות הדרכים החמורות נמנה באלפים – ומספר תאונות פגע וברח הקטלניות לרוב אינו מגיע לעשרים, ומספר תאונות פגע וברח שהסתיימו בחבלות גוף חמורות נמנה בעשרות. כך, למשל, בשנת 2003 התרחשו 448 תאונות קטלניות ועוד 2,049 תאונות חמורות; מספר תאונות פגע וברח הקטלניות באותה שנה עמד על 14 ותאונות פגע וברח החמורות עמד על 80.

39 עניין ימיני וסימון, לעיל ה"ש 5, פס' 66 לפסק דינו של השופט עמית.  
 40 ת"פ (ת"א) 40033/03 מדינת ישראל נ' ג'לג'ולי (פורסם בנבו, 4.12.2003) (להלן: עניין ג'לג'ולי); ע"פ (חי) 80/08 מדינת ישראל נ' חיו (פורסם בנבו, 25.12.2008), פס' י"ד.  
 41 רע"פ יצמן, לעיל ה"ש 17, פס' 13 לפסק דינו של השופט חשין; ראו גם עניין ג'לג'ולי, לעיל ה"ש 40.  
 42 עניין ימיני וסימון, לעיל ה"ש 5, פס' 77 לפסק דינו של השופט עמית; ברוח דומה ראו ת"פ (ת"א) 40132/05 מדינת ישראל נ' מטיקו (פורסם בנבו, 14.5.2007) (להלן: עניין מטיקו).  
 43 נתונים אלה התקבלו ממשטרת ישראל ביום 30.7.2015 בעקבות בקשה מכוח "חוק חופש המידע".  
 44 עניין ישראלי, לעיל ה"ש 22, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי.  
 45 הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "תאונות דרכים עם נפגעים – סיכום שנת 2014" (4.5.2015).  
 ראו [http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hoda=201527113](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hoda=201527113)

את התחושה בדבר ריבוי תאונות פגע וברח עד כדי כך שנהפכו ל"מכת מדינה" הכנתה התקשורת. מספר הדיווחים בעיתונות<sup>46</sup> לגבי תאונות פגע וברח עלה במידה ניכרת מאז פרשת ישראלי. בעיתון "ידיעות אחרונות", למשל, פורסמו 12 כתבות המסקרות את פרשת ישראלי ו־33 כתבות סיקרו את פרשת ימיני וסימון. לשם השוואה, בכל שנת 2000 אפשר למצוא בעיתון "ידיעות אחרונות" 12 כתבות המסקרות את כל תאונות הפגע וברח שהתרחשו בשנה זו. מאז 2008, שבה התרחשה התאונה בפרשת ימיני וסימון, התייחסו כלי התקשורת – עיתונות וערוצי רדיו – במפורש, ובאופן עקיב, אל תאונות פגע וברח כאל "מכת מדינה"<sup>47</sup> וכאל "התופעה שהפכה למגפה"<sup>48</sup>. מעניין שההבניה של תאונות פגע וברח כ"מכת מדינה" נמשכה בעקביות עד שנת 2013, למרות שכבר בשנת 2008 פורסמה ב־ynet כתבה תחת הכותרת: "מגפת פגע וברח – האמת מאחורי ההיסטריה: [...] האם באמת מדובר במגפה חדשה שמאימת על כולנו, או שמישהו לא רצה לקרוא היטב את הנתונים היבשים?"<sup>49</sup> אמצעי התקשורת לא קראו את הנתונים והמשיכו להתייחס לתאונות פגע וברח כאל מכת מדינה. אפשר להניח כי גם אמצעי התקשורת הושפעו מהפניקה שנוצרה עקב הליכים שהם עצמם יצרו. כך, למשל, את הריאיון בגלי צה"ל עם ניצב־משנה מאיר אור, ראש מחלקת חקירות תנועה במשטרת ישראל, פתח השרד רזי ברקאי באמירה: "מספרים מבהילים של תאונות פגע וברח בישראל. מאחורי המספרים [...] ההתבהמות של החברה הישראלית, נוהגים, מסמסים תוך כדי, אולי גם שותים משהו, דורסים ובורחים, ומתברר שדי משתלם להימלט"<sup>50</sup>. בריאיון עצמו שאל ברקאי: "התחושה שלי, יש הרבה יותר פגע וברח היום מאשר לפני 20 שנה, אני צודק?" ניצב־משנה אור משיב אור: "לא, ממש לא. בקטלניות ובקשות, יש ירידה לעומת לפני 20 שנה." ברקאי חזר והקשה: "אוקיי, אז מאיפה נובעת התחושה הזאת שלי, ואני משער שאני בקטע הזה לא לבד..." וניצב־משנה אור השיב: "כל תאונת דרכים פגע וברח היא תאונה בצבע, כמו שאנחנו מגדירים אותה. היא תאונה עם הרבה מאוד רעש תקשורתי".

46 סקירת הדיווחים בעיתונות החל מאמצע שנות השישים, עת חוקקה העבירה, נעשתה על ידי מקסים ליכטמן מהמחלקה לסוציולוגיה באוניברסיטה העברית, ששימש עוזר מחקר של הכותבת. המאגר של דיווחי העיתונות נמצא בידי הכותבת. הסקירה כללה חיפוש מורחב בארכיון ידיעות אחרונות בצד חיפושים נוספים באתרים של עיתונים אחרים. לפירוט על הדיווח בעתונות ראו Gur-Arye, לעיל ה"ש 5, עמ' 319-322.

47 ידיעות אחרונות, המוסף לשבת עמ' 24 מיום 24.10.2008. ראו גם אבי אשכנזי ותומר ולמר "בתוך שעות ספורות: 3 פצועים בתאונות פגע וברח" מעריב 21.10.2008; בני הכהן "מכת מדינה: 20 הרוגים בתאונות פגע וברח" בחדרי חרדים 29.11.2010; שי ארז, "מכת מדינה ושמה תאונת פגע וברח" וואלה רכב, 12.10.2011.

48 ידיעות אחרונות עמ' 11 מיום 27.8.2009.

49 הלל פוסק "חדשות רכב" ynet 25.10.2008 <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3612234,00>.html

50 רזי ברקאי "מה בוער? גל"צ (22.10.2012), זמין בכתובת: <http://glz.fm/index.php?action=media;sa=item;in=13969sort=3>

ההבניה של תאונות פגע וברח כמכת מדינה על ידי התקשורת חלחלה לפסק דינו של השופט עמית בפרשת ימיני וסימון, שהתייחס מפורשת לכך ש"תאונות פגע וברח" הפכו למכת מדינה בארצנו".<sup>51</sup>

בצד ההפרזה בהיקף התופעה אפשר לאתר הן בתקשורת והן בפסיקה הליכי דמוניזציה של הנהג הנמלט מזירת התאונה, אלא שהדמוניזציה בכלי התקשורת הייתה שונה מזו שבפסיקה. מאז פרשת ישראלי התייחסה התקשורת אל הנהג הבורח כאל "רוצח". הדמוניזציה של הנהג המפקיר הלכה והתגברה בהדרגה<sup>52</sup> עד שהגיעה לשיאה בכינוי ה"רוצח" שפגע וברח "מפלצת אדם".<sup>53</sup> בשנת 2011 פורסם בעיתון "ידיעות אחרונות" עימות בין משה רונן לבין סמדר שיר בשאלה "האם יש להגדיר תאונת פגע וברח כרצח?"<sup>54</sup> משה רונן השיב בשלילה: "כדי להיות מורשע ברצח יש להוכיח שהרוצח התכוון מראש לקטול את הקורבן, הכין את עצמו וביצע את ההמתה ככוונה [...] 'פגע וברח' הוא פשע חמור – אבל פשע אחר. זה לא רצח". לעומתו, סמדר שיר סברה שיש להרשיע ברצח. בהתייחסה לדברי רונן טענה כי "שאלת הכוונה מרבה לשחק לידיהם של סנגורים שנשכרו להגן על מפלצות אדם". למחרת היום התבקשו קוראי העיתון להצביע בעד איזו עמדה הם מצדדים: 87% ממשתתפו הסקר הסכימו עם סמדר שיר שיש להתייחס לפגע וברח כאל רצח; רק 13% הסכימו עם משה רונן שפגע וברח היא עברה חמורה אבל איננה רצח.<sup>55</sup>

מסיבות מובנות לא התייחסה הפסיקה לנהג שפגע וברח כאל רוצח, והדמוניזציה של הנהג נעשתה במונחים "מוסריים". בגזר הדין בפרשת ישראלי (2003) ציטט בית המשפט המחוזי את התובע שהדגיש את חומרת ההפקרה "בשל היותה מעשה נתעב המעיד על פגם מוסרי חמור אשר דבק בנהג המפקיר".<sup>56</sup> בפרשת ימיני וסימון (2011) כבר היה זה השופט עמית שסבר כי בנהג שביצע את עברת ההפקרה לאחר פגיעה "דבק פגם מוסרי וחברתי כבד".<sup>57</sup> בין לבין אפשר למצוא תיאורים המבנים את הנהג שפגע וברח כשטן עממי: "אדם המפקיר פצוע על כביש, מעיד על תת רמתו האנושית. הכיעור בעבירה זו עוטה כסות של חרפה על מבצעו".<sup>58</sup>

51 עניין ימיני וסימון, לעיל ה"ש 5, פסקה 66 לפסק דינו של השופט עמית.  
 52 ראו, למשל, ראובן וייס "הוא רוצח וחיית טרף" ידיעות אחרונות 6.9.2002 עמ' 15; נח קליגר "לא ראויים לרחמים – פגע, ברח ורוצח" ידיעות אחרונות 7.3.2012 עמ' 32; כן ראו את הכתבות המאוזכרות להלן, ה"ש 53-55.  
 53 ראו עמדתה של סמדר שיר בעימות שפורסם בידיעות אחרונות, להלן ה"ש 54.  
 54 ידיעות אחרונות "ראש בראש" 24 שעות, עמ' 2 מיום 19.9.2011 (ההדגשה הוספה).  
 55 ידיעות אחרונות, 24 שעות עמ' 2 מיום 20.9.2011.  
 56 ת"פ (תא) 40282/02 מדינת ישראל נ' ישראלי, לעיל ה"ש 21, פס' 2 (ההדגשה הוספה).  
 57 לעיל ה"ש 5, פס' 77 לפסק דינו של השופט עמית (ההדגשה הוספה). ברוח דומה ראו עניין מטיקו, לעיל ה"ש 42.  
 58 ת"פ (ת"א) 40384/03 מדינת ישראל נ' אדרי (פורסם בנבו, 2.11.2004) (ההדגשה הוספה); ברוח דומה ראו ת"פ (ת"א) 40314/04 מדינת ישראל נ' בשארה, עמ' 2 (פורסם בנבו, 6.3.2005).

הפניקה המוסרית סביב תאונות פגע וברח לא פסחה על המחוקק. שמונה הצעות חוק לתיקון עברת ההפקרה לאחר בריחה הוצעו בכנסת בשנים 2010-2011.<sup>59</sup> בדומה לרטרוריקה שבאה לידי ביטוי בפסיקה, גם הרטרוריקה של חברי הכנסת בדיונים בהצעות החוק היא רטרוריקה האופיינית לפניקה מוסרית. לעניין זה די להביא את סיכום הדיון מפיו של יו"ר ועדת החוקה חוק ומשפט ח"כ דוד רותם:

רבותי, אנחנו יודעים למה החוקים האלה הוגשו. בשנים האחרונות תאונות פגע וברח הפכו להיות מכת מדינה, והעונשים שהוטלו בגין עבירות כאלה, לעתים בגין עסקאות טיעון, הפכו למגוחכים [...] אדם שפוגע ולא עוצר, לדעתי, מוציא את עצמו מהאנושיות, או אם אדם כזה יישב בכלא, זה לא ישנה לי כלום, כי אם זה היה תלוי בי, הוא היה יושב הרבה מאוד שנים בכלא, רק מסיבה פשוטה – אתה לא בן אדם, אתה לא חלק מהחברה, תתרחק מאתנו.<sup>60</sup>

ביום 7 בנובמבר 2011 התקבל בכנסת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מס' 101), שהמיר את סעיף 64 לפקודה, המגדיר את עברת ההפקרה לאחר פגיעה, בסעיף הקובע מדרג ענישה למקרים שבהם נהג המעורב בתאונה שבה נפגע אדם עזב את זירת התאונה בלא להושיט עזרה לנפגע.<sup>61</sup> העונש הצפוי לנהג המעורב בתאונה שלא ידע אך היה עליו לדעת כי נפגע בתאונה אדם (רשלנות) יכול להגיע עד שלוש שנות מאסר. זהו העונש המרכי שאפשר להטיל

59 הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (החמרת הענישה בעבירת הפקרה אחרי פגיעה), התש"ע-2010, פ/2308/18 (17.3.2010); הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (הפקרה אחרי פגיעה), התש"ע-2010, פ/2579/18 (19.7.2010); הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (מאסר מינימום בשל הפקרת אדם שנפגע בתאונה ואיסור עריכת הסדר טיעון עם הנאשם בעבירה), התשע"א-2010, פ/2626/18 (11.10.2010); הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (קביעת מאסר מינימום בשל עבירת הפקרה אחרי פגיעה), התשע"א-2010, פ/2718/18 (22.11.2010); הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (הפקרה אחרי פגיעה), התשע"א-2010, פ/2579/18 (27.11.2010); הצעת חוק לתיקון פקודת התעבורה (החלת עבירת הפקרה אחרי פגיעה על נוסע ברכב), התשע"א-2011, פ/3115/18 (28.3.2011); הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון – הכללת עבירת הפקרה לאחר תאונה), התשע"א-2011, פ/3364/18 (4.7.2010); הצעת חוק זכויות נפגעי עבירה (תיקון – הזכות להתנגד לעסקת טיעון), התשע"א-2011, פ/3096/18 (22.3.2011).

60 פרוטוקול ישיבה מס' 408 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה'18, 12 (15.6.2011).

61 חוק לתיקון פקודת התעבורה (תיקון מס' 101), ס"ח תשע"ב מס' 2319 מיום 9.11.2011 עמ' 2 (ה"ח הכנסת תשע"א מס' 394 עמ' 198) (להלן: תיקון 101 לפקודת התעבורה). הסעיף קובע:

#### 64 הפקרה אחרי פגיעה:

(א) נוהג רכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם, אשר היה עליו לדעת כי בתאונה נפגע אדם או עשוי היה להיפגע אדם, ולא עצר במקום התאונה, או קרוב לו ככל האפשר, כדי לעמוד על תוצאות התאונה ולהזעיק עזרה, דינו – מאסר שלוש שנים.

(ב) נוהג רכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם, ולא עצר במקום התאונה, או קרוב לו ככל האפשר, כדי לעמוד על תוצאות התאונה, או עצר כאמור ולא הזעיק עזרה, דינו – מאסר שבע שנים.

(ג) נוהג רכב המעורב בתאונה שבה נגרמה לאדם חבלה חמורה או שבה נהרג אדם, ולא עצר או לא הזעיק עזרה כאמור בסעיף קטן (ב'), דינו – מאסר 14 שנים.

בגין עברות רשלנות,<sup>62</sup> והוא זהה לעונש הצפוי בגין העברה של גרם מוות ברשלנות.<sup>63</sup> לנהג שידע כי נפגע בתאונה אדם (מחשבה פלילית) ועזב את הזירה בלא להושיט לו עזרה צפויות על פי התיקון שבע שנות מאסר אם נפגע בתאונה אדם<sup>64</sup> ו-14 שנות מאסר במקרים שבהם נגרמה לאדם חבלה חמורה או נהרג אדם.<sup>65</sup> עוד הוסיף התיקון את סעיף 1א64 לפקודת התעבורה, המטיל חובה על "נוסע הרכב המעורב בתאונה שבה נפגע אדם להתקשר לגופי ההצלה הנחוצים ולהזעיקם למקום התאונה, בהקדם האפשרי בנסיבות העניין, אלא אם כן נוהג הרכב עצר והזעיק עזרה." העונש הצפוי לנוסע הוא מחצית העונש הצפוי לנהג – 3.5 שנות מאסר במקרה של תאונה שפגעה באדם, שבע שנות מאסר במקרה שהתאונה גרמה לאדם חבלה חמורה או מוות. חשוב לשים לב שהחמרת העונש הצפוי בגין עברת ההפקרה לאחר פגיעה במסגרת תיקון 101 לפקודת התעבורה גם היא "קפיצת מדרגה" בהשוואה לעונש שהוטל בפרשת ימיני וסימון. בפרשה זו, כזכור, הוטל על הנהג סימון עונש של 14 שנות מאסר, שהורכב מעשר שנות מאסר בגין הריגה וגרימת חבלה חמורה ומארבע שנות מאסר נוספות בגין ההפקרה. התיקון לפקודה מאפשר להטיל 14 שנות מאסר על עצם ההפקרה! עוד חשוב להשוות את העונש המוטל על נוסע שלא התקשר לגופי ההצלה – העשוי להגיע עד שבע שנות מאסר – עם העונש המוטל על מי שלא הזעיק עזרה מכוח חוק לא תעמוד על דם רעך, שהוא קנס בלבד;<sup>66</sup> כן יש להשוותו עם העונש המוטל על נהג העובר במקום התאונה ואינו מגיש עזרה – שישה חודשי מאסר.<sup>67</sup>

## ג. השלכות

### 1. פגיעה בכבוד ובשוויון

המשפט הפלילי מטבעו גורם לפגיעה בזכויות יסוד: האיסור הפלילי פוגע בחירות הפעולה הכללית, עונשי מאסר פוגעים בחירות התנועה, קנסות פוגעים בזכויות קנייניות, והסטיגמה הנלווית להרשעה פלילית פוגעת בכבוד. עם זאת, המשפט הפלילי מעניק ערובות המיועדות להבטיח כי בשלבים שונים של ההליך הפלילי יישמר כבוד האדם: כבודו של החשוד במהלך המעצר ובניהול החקירה הפלילית,<sup>68</sup> כבודו של הנאשם במשך הדיון המשפטי<sup>69</sup> וכבודו של

62 ס' 21(ב) לחוק העונשין.

63 שם, ס' 304.

64 ס' 64א(ב) לפקודת התעבורה.

65 שם, ס' 64א(ג).

66 ס' 4 לחוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998, ס"ח 1670 תשנ"ח, עמ' 245.

67 תקנה 144 לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961, ק"ת תשכ"א מס' 1128, (עמ' 1425).

68 ראו דליה דורנר "השפעת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל

ד 13 (1977); עמנואל גרוס "היבטים חוקתיים של דיני המעצר בצבא" משפט וממשל ה 437

(2000). על ההשפעה של הערך ברבר כבוד האדם על דיני החיפוש ראו אצל Thomas Weigend

& Khalid Ghanayim, *Human Dignity in Criminal Procedure: A Comparative Overview*

*of Israeli and German Law*, 44 ISR. L. REV. 199, pp. 211-219 (2011)

69 אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי-היסוד והשלכותיה על

המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5, 21-25 (1996) Winfried Hassemer;

מי שהורשע במהלך ריצוי העונש.<sup>70</sup> המחויבות להגן על כבוד הנאשם מחייבת, בראש ובראשונה, להימנע מהשפלתו.<sup>71</sup> בעקבות הפניקה המוסרית שנוצרה בישראל סביב תאונות פגע וברח כמו נשכחה המחויבות להימנע מהשפלת הנאשם בעברת ההפקרה לאחר בריחה. במהלך ההליך הפלילי שופטים מבזים את הנהג המפקיר ומשפילים אותו בכיטויים בוטים כמו אלה המייחסים לנאשם "פגם מוסרי", רואים בו יצור "תת-אנושי" העוטה על עצמו "כסות של חרפה". גינויו של הנהג המפקיר סותר עקרונות בסיסיים של צדק, המצדיקים גינוי של המעשה האנטי-חברתי אך לא של העושה. על האופי יוצא-הדופן של גינוי הנהג אפשר ללמוד כשמשווים את הרטוריקה שבה השתמשו בתי המשפט בגינוי הנהג המפקיר לרטוריקה שננקטה במסגרת עברות חמורות ו"בוזיות" כמו עברות מין, כולל פרופיליה בתוך המשפחה. בעברות אלה הסלידה היא תמיד ממעשיו של הנאשם ולא מהנאשם עצמו: "מעשים כאלה הם מעשים בזויים וחמורים, וברור שפגעו פגיעה קשה בקורבנות העבירה [...] עדות הקטינה א' רק מדגימה את הכיעור שבמעשי הנאשם";<sup>72</sup> "מדובר במעשים חמורים ומכוערים [...] על הענישה לכטא את הסלידה העמוקה של החברה מתקיפות מיניות ומביצוע עבירות בזויות שכאלה כנגד גופם של קורבנות תמימים".<sup>73</sup> הסלידה מהמעשים הפליליים שביצע הנאשם מתיישבת עם ראיית הנאשם כאדם אוטונומי, בעל יכולת לבחור בין ביצוע עברה לבין הימנעות ממנה: כאשר הוא בוחר לבצע עברה אפשר לגנות את בחירתו. תפיסת הנאשם כאדם אוטונומי בעל יכולת בחירה היא גם שמקשרת בין כבוד האדם במוכן הקנטיאני של המושג<sup>74</sup> לבין עקרון האשמה.<sup>75</sup> התייחסות אל כל אדם כבעל ערך משל עצמו, ולא רק כאמצעי להשגת מטרת אחרות (קנט), מציבה במרכז את האדם האוטונומי המסוגל להבחין בין טוב לרע ולהתנהג בהתאם. האחריות הפלילית מוטלת על בסיס הבחירה

- Human Dignity in the Criminal Process: The Example of Truth-Finding* 44 *ISR. L. REV.* 185 (2011); Weigend & Ghanayim, *Ibid.* at 199-211
- 70 בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009) פסל בית המשפט העליון חקיקה שהתירה הקמת בית סוהר פרטי בנימוק שלפיו "הגענו למסקנה כי עצם העברת הסמכויות לניהול בית סוהר מידי המדינה, הפועלת בשם הציבור, לידי של זכין פרטי הפועל למטרת רווח, גורמת לפגיעה קשה וחמורה בזכויות האדם הבסיסיות של האסירים לחירות אישית ולכבוד" (פס' 19 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). לדיון בפסק דין זה ראו הילה שמיר "הפרטה: המדינה השוק ומה שביניהם – למשמעויותיה של פסיקת בג"ץ בנושא בית-הסוהר הפרטי" עיוני משפט לה(3) 747 (2013).
- 71 על המשמעות של כבוד האדם כזכות לא להיות מושפל ראו AVISHAI MARGALIT, *THE DECENT SOCIETY*, 209-211 (1998).
- 72 תפ"ח (חיפה) 5005/08 מדינת ישראל נ' פלוני, פסק דין מיום 18.12.2008 (ההדגשות הוספו). ברוח דומה ראו תפ"ח (ב"ש) 1059/07 מדינת ישראל נ' סמי (פורסם בנבו, 21.4.2009).
- 73 תפ"ח (ת"א) 1120/07 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 15.9.2008) (ההדגשות הוספו).
- 74 IMMANUEL KANT, *METAPHYSICS OF MORALS* 254-257 (M. J. Gregor eds. 1996)
- 75 Mordechai Kremnitzer & Tatjana Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 *ISR. L. REV.* 115 (2011); Miriam Gur-Arye, *Human Dignity of "Offenders": A Limitation on Substantive Criminal Law*, 6 *CRIM. L. AND PHILO.* 187, 189-192 (2012).

של הנאשם לפגוע בערך החברתי המוגן, וחומרתה אמורה לשקף את חשיבותו של הערך המוגן שבו בחר הנאשם לפגוע ואת היחס הנפשי של הנאשם כלפי ערך זה. עיקרון זה בא לידי ביטוי במשפט הישראלי במסגרת "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה",<sup>76</sup> שלפיה "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו".<sup>77</sup> העונש ההולם צריך לשקף את החומרה היחסית של העברות (פרופורציונלית אורדינלית; מדורגת).<sup>78</sup> בעקבות הפניקה המוסרית סולפה חומרתה היחסית של עברת ההפקרה לאחר בריחה. למרות חריגותה (עברה מחדלית המכרסמת בחיסיון מפני הפללה עצמית), התייחסו אליה בתי המשפט כאל "אחת העבירות המכוערות שידענו בספר החוקים, עבירה שיש בה פגיעה קשה בעקרונות המוסר והמצפון האנושי, עבירה המאפיינת באטימות רבה ובחוסר רגישות לחייו ולשלומו של הקורבן, המתבוסס בדמו בעקבות התאונה".<sup>79</sup> רטוריקה זו הופכת את עברת ההפקרה לאחר בריחה לאחת מהעברות הבזויות בספר החוקים. האומנם אפשר להשוות את חומרתה לעברות כמו אינוס, לרבות פדופיליה בתוך המשפחה, רצח אכזרי, שוד קשישות? האין בראייתה כ"אחת העבירות המכוערות שידענו בספר החוקים" משום זילות של העברות האחרות? החומרה שהפסיקה מייחסת לעברת ההפקרה לאחר פגיעה, שהובילה להעלאה ניכרת של רף הענישה, אינה מותנית בשאלה אם תרמה ההפקרה למות הקרבן; גם במקרים שבהם "כתוצאה מהתאונה נגרם מותו המידי של הקורבן, אין בעובדה זו כדי להביא להקלה בדינו של הנהג הפוגע".<sup>80</sup> למרות הרטוריקה, החומרה היתרה שהפסיקה מייחסת לעברת ההפקרה איננה מושפעת מהשאלה אם אכן נותרו קרבנות התאונה בזירת התאונה מתבוססים בדמם כשלא היה בנמצא מי שיגיש להם עזרה. הפסיקה עצמה הייתה ערה לעובדה שבמציאות הישראלית קרבנות של תאונת דרכים זוכים על פי רוב לקבל את העזרה הנדרשת: "כידוע הוא, כי מיד לאחר התרחשות אירוע תאונה מתרכזים במקום נהגים, וכך הוא לגבי עוברים ושבים, המבקשים להושיט עזרה לנפגעי התאונה".<sup>81</sup> אם כן, חומרתה של עברת ההפקרה איננה טמונה בעצם הפגיעה בערך של חיי אדם או של שלמות גופו, ואף לא במידת הסכנה לערך זה עקב הבריחה מזירת התאונה; החומרה טמונה ב"בפן הבלתי מוסרי אשר מתנוסס

76 סעיפים 40א-40א לחוק העונשין, שנחקקו במסגרת חוק העונשין (תיקון 113), התשע"ב-2012.

77 סעיף 40ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977. לדיון במשמעות העונש ההולם בהקשר זה ראו יניב ואקי ויורם רבין "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: תמונת מצב והרהורים על העתיד לבוא" הפרקליט נב 413, 413-423 (1997); חגית לרנאו וישי שרון "שמונה הכרעות ערכיות בחקיקת חוק הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" הסניגור 183, 14, 16-17 (2012); עמי קובו "פירוש לתיקון מס' 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה" הסניגור 183, 4, 4-6; רות קנאי "לקראת יישום ראוי של תיקון 113 – הערות ראשוניות" הסניגור 196, 4 (2013); אורן גולי-אייל "מתחמים לא הולמים: על עקרון ההלימה בקביעת מתחם העונש ההולם" משפטים על אתר ו' 1 (2013).

78 ראו לסלי סבה ואיריס ויינריב "רמות ענישה בחיפוש אחר תאוריה" חוקים ג 99, 106 (2011).

79 גור הדין בפרשת ישראלי, לעיל ה"ש 21 פס' 4 לפסק דינו של השופט שוהם (ההדגשה הוספה).

80 שם.

81 שם.

מעל מעשה קשה זה. זהו אותו פן אשר מזעזע את הנפש ומעורר את סלידתנו העמוקה.<sup>82</sup> אולם, הפן הבלתי-מוסרי של מעשה או מחדל כשלעצמו איננו חלק מליבת המשפט הפלילי. לפי עקרון הנזק, המיועד להגביל את השימוש בכוח הכופה של המדינה, מטרתו של המשפט הפלילי היא להגן על ערכים חברתיים שהשמירה עליהם הכרחית למניעת נזק לפרט, לעצם קיומה של המסגרת המדינתית או לפעילות התקינה של מוסדותיה.<sup>83</sup> אכיפת מוסר אינה מתפקידיו של המשפט הפלילי.

סיבה נוספת להחמרת הענישה לפי הפסיקה נעוצה בכך שתאונות פגע וברח נהפכו ל"מכת מדינה". החמרת הענישה במקרים של מכת מדינה היא פרקטיקה מוכרת,<sup>84</sup> המבוססת על ההנחה שכדי להתמודד עם עלייה ניכרת בהיקף הביצוע של עברה מסוימת יש להגביר את הרתעת הכלל, וזו תושג על-ידי החמרת הענישה.<sup>85</sup> עם זאת, המחויבות לכבוד האדם וראיית האדם כבעל ערך עצמאי מונעות ענישה רק כאמצעי להרתעת הכלל. אפשר להצדיק את הרתעת הכלל באמצעות ענישה ההולמת את אשמתו של הנענש. מגבלה זו באה לידי ביטוי מפורש בסעיף 140 לחוק העונשין: "מצא בית המשפט כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים, רשאי הוא להתחשב בשיקול זה בכואו לקבוע את עונשו של הנאשם, ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם". כך בכלל; ודאי שאין הצדקה להחמרה בענישה כשאין אחיזה במציאות להנחה בדבר התגברות תופעה עבריינית מסוימת עד כדי הפיכתה ל"מכת מדינה". כפי שהובהר לעיל, ההנחה שתאונות פגע וברח נהפכו למכת מדינה ניוונה מהפרזה שהובנתה במסגרת הפניקה המוסרית סביב תאונות פגע וברח – אף כי למעשה, מאז שנת 2000 חלה ירידה מתמדת במספרי תאונות פגע וברח קטלניות וחמורות. זאת ועוד: כאמור, מאז שנת 2000 אחוז תאונות הפגע וברח הקטלניות והחמורות מכלל תאונות הדרכים נע בין 3%-6% בלבד (בשנים 6-2005, 2012 – הגיע אחוז תאונות פגע וברח ל-6% מכלל התאונות, ואילו בשנים 2007, 2013 אחוז תאונות פגע וברח ירד ל-3%) עם זאת, רמת הענישה בגין תאונות פגע וברח הוחמרה במידה ניכרת בהשוואה לענישה בגין תאונות דרכים אחרות; וזאת אף שהפסיקה התייחסה בשנים האחרונות בחומרה לתאונות דרכים קטלניות, במיוחד כאלו שנגרמו על ידי נהג שיכור (מאלכוהול או מסמים).

- 82 ע"פ 5729/09 לוי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.4.2010).
- 83 הבסיס לעקרון הנזק במשפט הפלילי הוא בכתביו של מיל. ראו, John Stuart Mill *On Liberty*, in JOHN STUART MILL, ON LIBERTY AND OTHER WRITINGS 13 (Stefan Collini ed., Cambridge University Press 1989).
- 84 ראו, למשל, ע"פ 3160/12 כריסטיאן נ' מדינת ישראל, פס' 9 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 21.4.2013). על שאלת הקריטריונים שמהם בית משפט יכול להסיק כי מדובר ב"מכת מדינה" ראו ע"פ 5535/12 כאברי נ' מדינת ישראל, פס' 13-14 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 1.5.2013).
- 85 מחקרים קרימינולוגיים מעלים ספק בתקפותה של הנחה זו וטוענים כי הגורם המשפיע ביותר על הגברת ההרתעה הוא הסתברות התפיסה ולא החמרת הענישה. ראו, למשל, Daniel S. Nagin, *Deterrence: A Review of the Evidence by a Criminologist for Economists*, 5 Annu. Rev. Econ. 83, 101 (2013).



ההחמרה עם נהגים שיכורים הגורמים תאונות דרכים קטלניות באה לידי ביטוי בנטייה להעמיד נהגים אלה לדין בגין הריגה ולא להסתפק בגרימת מוות ברשלנות. הטווח של עונשי המאסר בפועל בגין נהיגה בשכרות שגרמה לתאונת דרכים קטלנית, בין 2008 ל-2013, נע בין 18 לשמונים חודשים; הקפיצה הניכרת בענישה הייתה בין 2011 ל-2013, שבהן נע הטווח בין שישים לשמונים חודשי מאסר.<sup>86</sup> טווח זה נמוך במידה ניכרת מהענישה במקרים שבהם הנהג שגרם לתאונה הקטלנית נמלט מזירת התאונה. כזכור, בשנת 2011 הפחית בית המשפט העליון את עונשו של סימון – שהורשע בהריגה עקב נהיגה בשכרות, בגרימת חבלה חמורה ובהפקרה לאחר בריחה – ל-14 שנות מאסר; על מור נגזרו באותה שנה 12 שנות מאסר בגין הריגה עקב נהיגה בשכרות והפקרה לאחר בריחה. בשני המקרים הניחו בתי המשפט כי מות הקרבנות נגרם על ידי התאונה עצמה. לעומת זאת, העונש החמור ביותר שנגזר בשנת 2011 בגין הריגה עקב נהיגה בשכרות ללא הפקרה הגיע לשש שנות מאסר.<sup>87</sup> המשמעות היא שהבריחה מזירת התאונה – אף שלא היה בה כדי להושיע את הקרבנות – הביאה להכפלת העונש שהוטל על הנהג. הכפלת העונש עומדת ביחס הפוך לחומרת ההתנהגות ולמידת האשמה. בהבדל מבריחה מזירת התאונה – שכאמור חומרתה אינה מותנית בתרומתה לתאונה הקטלנית ואף לא בשאלה אם היו אחרים שהגישו לנפגע עזרה – נהיגה בהשפעת שכרות היא הגורם ההכרחי לתוצאה הקטלנית. הבחירה של מי ששתה אלכוהול או לקח סמים לנהוג בעודו שיכור משקפת את נכונותו לקחת במועד סיכון לגרימת תאונה קטלנית. לעומת זאת, בריחה מזירת התאונה נובעת לא פעם מהפניקה שאחזה בנהג ומהרצון (הפסיכולוגי המובן) של מי שהיה מעורב בתאונה להתנתק מהאירוע הטראומטי.<sup>88</sup> כן יש לזכור את אופייה היוצא־דופן של עברת ההפקרה לאחר בריחה, שהיא עברה מחדלית המכרסמת בחיסיון מפני הפללה עצמית: אין עברה נוספת המחייבת הישארות בזירת העברה. את ההסבר לחוסר הפרופורציה בין ענישת נהגים שיכורים שגרמו באשמתם לתאונת דרכים קטלנית והורשעו בהריגה, לבין הענישה כשהצטרפה להרשעה זו גם בריחה מזירת התאונה, אפשר לקשור להשפעה של הפניקה המוסרית בנוגע לתאונות פגע וברח. החמרת העונשים שנגזרים על נהגים הפוגעים ובורחים הושפעה מפניקה מוסרית, ואילו החמרת עונשם של נהגים שיכורים שגרמו לתאונת דרכים קטלנית התבססה על מדיניות מחושבת. הרטוריקה שבה השתמשו בתי המשפט להצדקת ההחמרה בענישה במקרים של תאונות דרכים קטלניות שנגרמו על ידי נהגים שיכורים איננה אופיינית לפניקה מוסרית: היא אינה כוללת הפרזה בהיקף תאונות הדרכים הקטלניות שגרמו נהגים שיכורים ואף לא דמוניזציה

86 הניתוח מבוסס על כל פסקי הדין שכללו הרשעה בהריגה במקרים של נהיגה בשכרות בשנים אלו, כפי שאותרו על ידי החיפוש במאגר נבו ובאתר הרשות השופטת.

87 בת"פ (חי) 39004-09-10 מדינת ישראל נ' עטאללה (פורסם בנבו, 13.7.2011) (להלן: עניין עטאללה) אמנם נגזרו על הנהג שגרם לתאונה בעודו שיכור 15 שנות מאסר; אבל זאת משום שההרשעה כללה הרשעה בארבע עברות הריגה, שלוש עברות של גרימת חבלה חמורה, נהיגה בפסילת רישיון ועברות נוספות על חוקי התעבורה.

88 פרשת לוי, לעיל ה"ש 17, פס' 38 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 16.12.2014). ראו גם את עמדת הנציגה של שירות המבחן בוועדת החוקה חוק ומשפט, אגב הדיונים בהצעת תיקון 101 לפקודת התעבורה – פרוטוקול 456 מיום 4.10.2011. ברוח דומה ראו את התחקיר של מרב בטיטו "שביל הבריחה" ידיעות אחרונות – 7 ימים, 17.2.2012.

של הנהגים השיכורים.<sup>89</sup> ההחמרה עם נהגים שיכורים הגורמים לתאונות דרכים קטלניות נעשתה על בסיס הצורך להגביר את המודעות לסכנות הטמונות בנהיגה בשכרות וכך לגרום למי ששתו להימנע מנהיגה. כך, למשל, בפרשת בורנפלד (2012) הדגיש בית המשפט:

מדיניות הענישה בעבירות הגורמות לקטל בדרכים הולכת ומחמירה וביתר שאת, כאשר מדובר בעבירות של הריגה ונהיגה בשכרות [...] (ההחמרה) (הניכרת ברמת הענישה, נועדה להרתיע נהגים ולגרום לשינוי באורחות נהיגתם והגברת מודעותם לתוצאות האפשריות של נהיגה המפרה את חוקי התנועה וגורמת לסיכון חיי אדם.<sup>90</sup>

חוסר הפרופורציה בין ענישת נהגים שיכורים שגרמו באשמתם לתאונת דרכים קטלנית והורשעו בהריגה, לבין הענישה כשהצטרפה להרשעה זו גם בריחה מזירת התאונה, בולט גם מנקודת מבט השוואתית. בשיטות משפט שאין בהן עדות לפניקה מוסרית סביב תאונות פגע וברח, השפעת הבריחה מזירת התאונה על עונשו של מי שגרם לתאונה קטלנית פחותה במידה ניכרת. כך, למשל, העונש המרבי הצפוי במדינות השונות של ארצות הברית בגין עברה של פגע וברח נע ככלל בין חמש לעשר שנות מאסר.<sup>91</sup> במקרים של הרשעה הן בהריגה והן בעברה של פגע וברח, החומרה שייחסו בתי המשפט לבריחה הייתה פחותה במידה ניכרת מזו שיוחסה להריגה, ורחוקה מאוד מהעונש המרבי הצפוי לעברה של פגע וברח: שש שנות מאסר בגין הריגה ורק שישה חודשי מאסר בגין בריחה לאחר הפגיעה;<sup>92</sup> 15 שנות מאסר בגין הריגה ורק שמונה חודשי מאסר בגין בריחה לאחר הפגיעה;<sup>93</sup> עשר שנות מאסר בגין הריגה ורק שנת מאסר בגין בריחה לאחר פגיעה.<sup>94</sup>

כאמור, פניקה מוסרית מטבעה היא הליך הנתון לשינויים. היא מתפרצת בפתאומיות ובשלב כלשהו שוככת. גם לדעיכתה של הפניקה המוסרית יש השפעה על רמת הענישה. אכן, בשנת 2014 אפשר להבחין בדעיכתה של הפניקה המוסרית סביב תאונות פגע וברח

89 ראו, למשל, עניין עטאללה, לעיל ה"ש 87. בפרשה זו ייחס בית המשפט את החומרה שבהתנהגות הנאשם לכך ש"התנהגותו מצביעה על חוסר מורא מפני החוק והחלטות שיפוטיות, וזלזול בכללי התנהגות בסיסיים הדרושים להתנהלותה של חברה תקנית ובטוחה, לכן יש לשימו מאחורי סורג ובריה לתקופה ארוכה (פסקה 11)". כן ראו את פסקי הדין בה"ש 90 להלן.

90 ת"פ 10-03-36319 מדינת ישראל נ' בורנפלד פסקה 37 לגזר הדין מיום 22.2.2012. ברוח דומה ראו ת"פ 07/40230 מדינת ישראל נ' זיזובי, עמ' 7 לגזר הדין (פורסם בנבו, 7.5.2008).

91 לעונש מרבי של חמש שנות מאסר ראו Ohio (ORC Ann. 4549.021); Oregon (Oregon Vehicle Code Title 59 Chapter 811 (2015)); Delaware (21 Del. Code sec. 4202 (2015)); Texas (Tex. Transp. Code sec. 550.021 (2012)); Minnesota (Minn. Stat. sec. 169.09 (2012)); Michigan (MCLS sec. 257.617 (2012)); West Virginia (W. Va. Code sec. 17C-4-1 (2012)). לעשר שנות מאסר כעונש מרבי ראו 10 years' imprisonment may be imposed in: Pennsylvania (75 Pa.C.S. sec. 3742 (2012)); New-York (NY CLS Veh & Tr sec. 600 (2012) NY CLS Penal sec. 70.00 (2012)); Massachusetts (A.L.M GL ch. 90 sec. 24 (a1/2) (2015)); Louisiana (La. R.S. 14:100 (2012))

92 .People v. Miranda 21 1464 (Cal. App. 4th ed. 1994)

93 .People v. Butler 184 469 (Cal. App. 3rd 1986)

94 .People v Scheer 68 1009 (Cal. App.4th ed 1998)

בישראל.<sup>95</sup> הדיווח העיתונאי על תאונות פגע וברח עבר שינוי: על כלל תאונות הפגע וברח שהתרחשו בשנת 2014 – תשע קטלניות ו־49 חמורות – ניתן לאתר רק 15 דיווחים ב"ידיעות אחרונות"; באף אחד מהם לא מופיע הביטוי "מכת מדינה" או דומה לו; גם הדמוניזציה של הנהג כרוצח נעדרת מהדיווח העיתונאי של שנת 2014.<sup>96</sup> גם הרטוריקה בפסיקה עברה שינוי ניכר: אמנם הפסיקה המשיכה להתייחס לעברות של הפקרה לאחר בריחה כעברות חמורות, אולם את החומרה ייחסה הפסיקה לפגיעה בסולידריות החברתית,<sup>97</sup> להפרת חובה חוקית ומוסרית<sup>98</sup> ואף להתחמקות מאחריות לתאונה ולאי־שיתוף פעולה עם רשויות אכיפת החוק בחקירת נסיבות התאונה.<sup>99</sup> ביטויים המייחסים לנהג עצמו "פגם מוסרי" או מבזים אותו בדרך אחרת נעדרים מהפסיקה של 2014. בעקבות דעיכתה של הפניקה המוסרית החלה להסתמן מגמה של הפחתה בעונש, וזאת למרות ההחמרה החקיקתית של העונש המרבי בגין עברת ההפקרה לאחר בריחה ל־14 שנות מאסר, במסגרת תיקון 101 לפקודת התעבורה מנובמבר 2011.<sup>100</sup> בשנת 2014, שבה דנה הפסיקה בתאונות פגע וברח שהתרחשו לאחר כניסתו של התיקון לתוקף, הוטלו עונשים פחותים מאלה שהוטלו בשנים 2003–2011. כך, למשל, בת"פ (באר שבע) 57742-09-11 מדינת ישראל נ' אבו עראד<sup>101</sup> גזר בית המשפט המחוזי על נהג מיניבוס שהורשע בגרימת מוות ברשלנות ובהפקרה ארבעים חודשי מאסר בפועל (שלוש וחצי שנים), שהם כ־20% מצירוף העונשים המרביים בגין עברת ההפקרה (14 שנים) ובגין גרימת מוות ברשלנות (שלוש שנים). לעומת זאת, על ישראל, כזכור, גזר בית המשפט המחוזי בשנת 2003 עונש כמעט כפול – שש שנות מאסר בגין גרימת מוות ברשלנות והפקרה, שהן 50% מצירוף העונשים המרביים של עברת ההפקרה (בעת ההפקרה העונש המרבי בגינה היה תשע שנים) ושל גרימת מוות ברשלנות (שלוש שנים). פסק הדין בפרשת אבו עראד איננו חריג. מתוך 13 ערעורים שנדונו בבית המשפט העליון בשנת 2014 על חומרת העונש שנגזר בגין עברות הכרוכות תאונות של פגע וברח, הפחית בית המשפט בעונשם של חמישה נהגים.<sup>102</sup>

- 95 לפירוט הנתונים התומכים במסקנה בדבר דעיכתה של הפניקה המוסרית ראו Gur-Arye, לעיל ה"ש 5, עמ' 37–334.
- 96 הדיווחים העיתונאים נמצאים בידי המחברת.
- 97 ע"פ נתנוב, לעיל ה"ש 17; ע"פ סרחאן, לעיל ה"ש 17; פרשת לוי, לעיל ה"ש 17, פס' 34 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 98 ע"פ 5832/13 רובין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.4.2014).
- 99 פרשת לוי, לעיל ה"ש 82, פסקה 28 לפסק דינו של השופט סולברג.
- 100 לעיל ה"ש 61.
- 101 ת"פ (כ"ש) 57742-09-11 מדינת ישראל נ' אבו עראד (פורסם בנבו, 20.2.2014).
- 102 ראו פרשת לוי, לעיל ה"ש 82, שבה הפחית בית המשפט העליון בעונשו של המערער בגין עברת ההפקרה, כעברה יחידה, מ־36 חודשי מאסר ל־26 חודשי מאסר; ע"פ 5832/13 רובין נ' מדינת ישראל, לעיל ה"ש 98, שבו הופחת עונש של 42 חודשי מאסר ל־36 חודשים; ע"פ 4420/14 צ'צ'שוילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.7.2014), שבו הופחת עונש של 16 חודשי מאסר ל־12 חודשים; ע"פ 3304/14 פראן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.10.2014), שבו הופחת עונש של 18 חודשי מאסר ל־14 חודשים; ע"פ 3754/14 גורמזנו נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.11.2014), שבו הופחת עונש של 18 חודשי מאסר ל־14 חודשים.

יש לברך על עצם המגמה של הפחתת העונש בגין עברות פגע וברח באופן שיהלום את חומרת העברה וטיב האשמה.<sup>103</sup> הבעיה היא שהפחתת העונש לאחר דעיכתה של הפניקה המוסרית יוצרת אי-שוויון בולט בין נהגים שהורשעו עת הייתה הפניקה המוסרית בעיצומה, ונשלחו לחודשי מאסר רבים, לבין נהגים שהורשעו לאחר שוך הפניקה.

## 2. אפקטיביות

כאמור, מאז שנת 2000 אפשר להבחין בירידה במספר תאונות הפגע וברח. בשנת 2000 התרחשו 22 תאונות קטלניות של פגע וברח ועוד 105 תאונות פגע וברח של חבלות גוף חמורות; בשנת 2011 (שבה ניתן פסק הדין של בית המשפט העליון בפרשת ימיני וסימון) ירד מספרן ל-17 תאונות פגע וברח קטלניות ו-65 תאונות פגע וברח חמורות; בשנת 2014 המשיך מספר תאונות הפגע וברח לרדת – תשע קטלניות ו-49 חמורות. האם יש קשר בין הירידה במספרי תאונות הפגע וברח הקטלניות והחמורות לפניקה המוסרית סביב תאונות אלו? אפשר להצביע על שני הסברים אפשריים הקושרים בין הפניקה המוסרית לבין הירידה במספרי תאונות הפגע וברח. הסבר אחד נעוץ בהגברת האכיפה. כאמור, החרדה מפני האיום, והלחץ לטפל באיום במסגרת הפניקה המוסרית, מביאים בדרך כלל להגברת האכיפה. אפשר לזהות הגברת אכיפה גם בהקשר של תאונות פגע וברח. בריאיון בתכנית של רזי ברקאי בגלי צה"ל התייחס ניצב-משנה מאיר אור, ראש מחלקת חקירות תנועה במשטרת ישראל, לאחוזי הפענוח של תאונות פגע וברח: "אם [...] בשנות התשעים, בתחילת שנות האלפיים, היינו מגיעים לערכים של גילויים של 40-50% ממוצע שנתי, היום אנחנו עומדים על ערכים של 80-90% ממוצע שנתי".<sup>104</sup> כידוע, הגדלת סיכויי התפיסה תורמת להגברת ההרתעה.<sup>105</sup> הסבר אחר לירידה במספרי תאונות הפגע וברח נעוץ ברעש התקשורתי סביב תאונות אלו. כאמור, הבריחה מזירת התאונה נובעת לא פעם מהפניקה האוחזת בנהג ומהרצון של מי שהיה מעורב בתאונה להתנתק מהאירוע הטראומתי. ייתכן שהרעש התקשורתי ואף הדמוניזציה שנעשתה לנהגים הן בתקשורת והן בפסיקה גרמו בסופו של דבר לנהגים להתגבר על הרחף הראשוני לברוח ואולי אף להפנים את הפסול הנעוץ בהימלטות מהזירה.

גם אם נניח שהפניקה המוסרית סביב תאונות פגע וברח הייתה אפקטיבית והביאה לירידה במספר התאונות האלו, ספק רב אם יש הצדקה למחיר ששולם כדי להשיג את האפקטיביות האמורה. הגברת האכיפה דורשת משאבים. מבחינת סדרי עדיפויות בחלוקת המשאבים, קשה להצדיק את ההשקעה המיוחדת באכיפת החוק במקרים של תאונות פגע וברח דווקא – הן בשל מספר תאונות הפגע וברח, הן בשל מהות העברה שעליה דובר לעיל והן בהתחשב בכך שבמרבית המקרים הבריחה מזירת התאונה איננה גורמת ואף לא תורמת לתוצאה הקטלנית. חשוב מאלה: המחויבות הבסיסית לכבוד האדם איננה יכולה להצדיק הרתעה אפקטיבית באמצעות דמוניזציה של נהגים, ביזוים והשפלתם. יהיו ההשלכות כמונחים הרתעתיים אשר

103 על השאלה אם הפניקה המוסרית משפיעה על טיב האשמה של מי שמוכן לנטוש את זירת התאונה עת הפניקה בעיצומה ראו להלן בפרק 4ד.

104 רזי ברקאי לעיל ה"ש 50.

105 מחקרים קרימינולוגיים רבים מצביעים על האפקטיביות ההרתעית שיש למידת הוודאות שבהטלת העונש על פני חומרת העונש. ראו, למשל, Daniel S. Nagin, לעיל ה"ש 85.

היו, אין להשלים עם תפיסת הנהגים הבורחים מזירת התאונה כ"מפלצות אדם" (עיתונות) או "כתת-אנושיים" (פסיקה).

## ד. אתגרים

### 1. נטרול השפעתה של הפניקה המוסרית על בתי-המשפט

כאמור במבוא למאמר, שיטות משפט מטילות הגבלות המיועדות לנטרל את השפעת הסיקור התקשורתית על ההליך הפלילי והשופטים נוהגים להזהיר את עצמם מפני השפעה כאמור. גם אם אין בכך כדי לנטרל לחלוטין את השפעת הסיקור התקשורתית,<sup>106</sup> יש בכך כדי להקטין את השפעתה. השפעתה של הפניקה המוסרית על ההליך הפלילי שונה. השופטים שותפים לפניקה – וספק אם הם מודעים לעצם קיומה ולהשפעתה על המקרה שלפניהם. מאחר שכך, כאשר הפניקה בעיצומה קשה לנטרל את השפעתה על ההליך השיפוטי. גם אם אפשר היה לנטרל את ההשפעה של הפניקה המוסרית, מתעוררת השאלה אם על בתי המשפט לפסוק בניגוד לחרדה המשותפת לחלקים גדולים בציבור, הנוצרת במסגרת הפניקה המוסרית. במסגרת הדיון בשאלות האם ניתן והאם ראוי לנטרל את השפעתה של הפניקה המוסרית על בתי המשפט, אני מציעה להבחין בין שני אספקטים של הפניקה המוסרית: דמוניזציה של נאשמים והחמרת ענישה (כפי שנותחו בהרחבה לעיל).

כאשר שופטים נוטלים חלק בהליכי דמוניזציה נגד נאשמים, מבזים אותם ומתייחסים אליהם כאל שטן עממי, ספק רב אם הם עושים זאת מתוך שיקול דעת. אני נוטה להאמין כי שופטים מקצועיים מבינים את ההבדל בין גינוי מוצדק של מעשים אנטי-חברתיים, שאותם בחר נאשם לעשות אף על פי שהייתה לו אפשרות שלא לעשותם, לבין ביזוי המבצעים של אותם מעשים, וכי לכן העובדה שלמרות זאת שופטים נוטלים חלק בהליכי דמוניזציה של נאשמים נובעת מהיסחפות עם הפניקה המוסרית. גם כך אין להשלים עם פגיעה נחרצת בכבודם של נאשמים ובביזוים. הדרך לנטרל את השפעת הפניקה המוסרית על הליכי דמוניזציה בבתי המשפט היא ביקורת עקבית: יש לחזור ולומר בלשון שאינה משתמעת לשתי פנים כי דמוניזציה של נאשמים היא לעולם פסולה. התקווה היא שאמירה מפורשת כזו, שתחזור ותישמע בצורה ברורה ועקבית לאורך זמן, בסופו של דבר תופנם, וכשיתעורר גל נוסף של פניקה מוסרית יימנעו בתי המשפט מלקחת חלק בדמוניזציה של הנאשמים.

ההתמודדות עם השפעת הפניקה המוסרית על החמרת הענישה היא מורכבת יותר. ההפרזה בחומרת האיום וחוסר הפרופורציה בין הסכנה לערך לבין חומרתו הם ליבת הפניקה המוסרית. יש להניח שכל עוד הם מונעים על ידי הפניקה המוסרית, גם השופטים המקצועיים שותפים לתפיסה בדבר חומרת האיום, מאמינים שהעלאת רף הענישה היא הכרחית ושאין היא בלתי פרופורציונלית. כאשר הפניקה המוסרית בעיצומה, ספק רב אם אפשר יהיה לשכנע אחרת את השופטים, הרואים את עצמם כאמונים בהערכת חומרתה של עברה מסוימת בזמן נתון. גם אם נניח שאפשר היה להפנות את תשומת לבם לעובדה

106 ראו אמירות מפורשות של שופטים המובאות אצל זאב סגל, קמיל פוקס ותיקי בלס "השפעת התקשורת על עמדות הציבור במשפטים פליליים: משפטו של נשיא המדינה לשעבר, משה קצב, כמקרה בוחן" קשר 41, 4, 6-7 (2011).

שהחמרת הענישה איננה פרופורציונלית לחומרת האיום על הערך החברתי המוגן ושהיא מונעת מפניקה מוסרית, אין זה מובן מאליו שראוי שהשופטים ימנעו מהחמרת העונש. יש הקשרים שבהם בתי המשפט מתחשבים ב"דעת הקהל" כדי שלא לאבד את אמון הציבור בהליך השיפוטי.<sup>107</sup> כך, למשל, פרשנות האיסור על "ענישה אכזרית ובלתי רגילה" ("cruel and unusual punishment"), הקבוע בתיקון השמיני לחוקה האמריקנית,<sup>108</sup> נקבעת בהתאם לסטנדרט הרווח בקרב העם האמריקני באשר לטיב העונש ולחומרתו.<sup>109</sup> באנגליה, המועצה המפרסמת הנחיות להבניית שיקול הדעת בענישה (Sentencing Guidelines Council) פונה אל הציבור הרחב בבקשה למסור תגובות להנחיות המוצעות.<sup>110</sup> אשר לפניקה המוסרית, אין מדובר רק בהתחשבות בדעת הקהל משיקולים הנוגעים באמון הציבור במערכת הצדק הפלילי. הפניקה יוצרת חרדה מפני איום על ערך מוסרי שנתפס כערך בסיסי בחברה, והחרדה משותפת לחלקים נרחבים באוכלוסייה. השאלה היא אם במסגרת הערכת העונש ההולם את חומרת המעשה העברייני יש להביא בחשבון את התפיסה הציבורית באשר לעוצמת האיום על הערך החברתי, גם אם זו מוגזמת.

את הטענה שבמסגרת ההערכה של חומרת העונש יש להביא בחשבון את החרדה הנוצרת במסגרת הפניקה המוסרית אפשר יהיה לבסס לכאורה על תפיסות מודרניות של הצדקות הענישה. בהתאם לתורה של "גמול אמפירי", בכואנו להעריך איזה עונש הולם את העברה (מבחינה גמולית), אין להסתמך רק – ואף לא בעיקר – על עמדות מוסר דאונטולוגיות, אלא יש להביא בחשבון את התפיסות הרווחות בציבור באשר לענישה צודקת או הולמת.<sup>111</sup> למרות הדגש על הערכת עונש ההולם את העברה מבחינה גמולית, בבסיסה הגישה היא תועלתנית, והיא מניחה שכדי להשיג הרתעה אפקטיבית יש להבטיח את אמון הציבור

107 כב"ש 290/76 ידלין נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 671 (1976) החליט הנשיא זוסמן לעצור את אשר ידלין, המועמד למשרת נגיד בנק ישראל, לאחר שהוגש נגדו כתב אישום חמור בעברת שוחד, למרות עברו הנקי, בשל "הצורך להביא בחשבון את האפקט הציבורי של שחרור נאשם בעל מעמד כזה". לדוגמאות נוספות ראו אביעד הכהן "על 'דעת המקום' ועל 'דעת הקהל' כשיקול בהכרעת הדין: 'למה יאמרו הגויים'" פרשת שלח תשס"ה, גליון 212; בתי-המשפט ודעת הקהל, פרלמנט (המכון הישראלי לדמוקרטיה), גיליון 13 (1996).

108 U.S. CONST. amend. VIII.

109 גישה זו התקבלה לראשונה ב-1910 בפסק הדין (1910) 349 U.S. 217. *Weems v. United States*.  
כן ראו פסק הדין (1958) 86 U.S. 356. *Trop v. Dulles*. להרחבה על אודות ההתפתחויות ההיסטוריות של הפסיקה בהקשר זה ראו Tracy E. Robinson, *By Popular Demand?*, 14  
(2004) 107, 110-122. *GEO. MASON U. CIV. RTS. L.J.*  
קהל בהקשר זה ואם אפשר להשתמש בסקרי דעת קהל ראו David A. Singleton, *What is Punishment? The Case for Considering Public Opinion Under Mendoza-Martinez*, 45  
SETON HALL L. REV. 435, 454-457 (2015).

110 אורן גול-אייל ורות קנאי "כיצד קובעים עונשי מוצא?" *חוקים* 3, 155, 161 (2011). על פעילות המועצה, ולהרחבה על נוהל ההתייעצות עם הציבור, ראו Sentencing Council, "About-Us",  
available At: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-us/>

111 Paul H. Robinson & John M. Darley, *Intuitions of Justice: Implications for Criminal Law and Justice Policy*, 81 S. CAL. REV. 1, 19-31 (2007) (להלן: Robinson & Darley).

במערכת אכיפת החוק.<sup>112</sup> הטענה תהיה שענישה שאיננה מתחשבת בעוצמת החרדה הנוצרת במסגרת הפניקה המוסרית תיתפס בציבור כלא צודקת ותגרור חוסר אמון במערכת הצדק הפלילי; וזה מצדו יפגע ביעדים ההרתעתיים של הענישה.

הטענה שחומרת העונש צריכה לשקף את העמדות הרווחות בציבור עשויה לכאורה להתיישב גם עם תורות אקספרסיביות המשתייכות לתורות גמוליות כגון זו המדגישה את חשיבות המסר הציבורי של הוקעת המעשה באמצעות הגינוי,<sup>113</sup> או זו הרואה בענישה אמצעי של "תקשורת" בין העברה, החברה והקרבן.<sup>114</sup> לפי טענה זו, מסר ציבורי המועבר באמצעות ענישה ככלל, ותקשורת בין העבריין לחברה בפרט, מחייבים להיות רגישים לתחושות הרווחות בציבור באשר לחומרת האיום על הערך המוגן. אף שבהתאם לתורות אקספרסיביות גמוליות אין רלוונטיות לתוצאות העשויות לנבוע מהמסר בדבר מידת החשיבות של הערך המוגן, תוך הוקעת חומרת הפגיעה בו, בהקשר שבו אנו דנים בטווח הארוך עשויות להיות למסר מסוג זה גם השלכות תוצאתניות. אישוש החשיבות שהחברה מייחסת לערך המוגן עשוי להרגיע את תחושת החרדה של הציבור ובסופו של דבר אף להביא לדעיכתה של הפניקה המוסרית. תהליך מעין זה, אם כי ברמה החקיקתית, התרחש בנוגע לפניקה המוסרית סביב תאונות פגע וברח. כאמור, דווקא לאחר החמרת העונש המרבי לעברת ההפקרה לאחר בריחה בנובמבר 2011, ל-14 שנות מאסר, החלה מסתמנת מגמה של הפחתה בענישה. את ההסבר לשינוי המגמה אפשר לקשור למסר שהעביר המחוקק כשהחמיר את העונש המרבי לעברת ההפקרה; מסר שלפיו הוא רואה בחומרה יתרה את הפגיעה בסולידריות החברתית בישראל, הנגרמת על ידי הפקרה לאחר פגיעה. אישוש חקיקתי זה בדבר חשיבות האתוס של סולידריות חברתית בישראל הרגיע את הפניקה המוסרית, ובעקבות דעיכתה הופחתו במידה ניכרת העונשים שהוטלו בגין עברות במקרים של תאונות פגע וברח.

אפשר להמשיך ולטעון כי התחשבות בפניקה המוסרית בהתאם לניתוח לעיל מתיישבת עם מטרתו הכפולה של המשפט הפלילי: הגנה על הערך החברתי המוגן ושמירה על תחושת הביטחון של הציבור. לפי הטענה, עוצמת הערעור של תחושת הביטחון של הציבור רלוונטית להערכה של חומרת העברה ויש להביא אותה בחשבון בהערכת העונש ההולם. ההתחשבות בעוצמת הערעור של תחושת הביטחון של הציבור בהקשר זה איננה סותרת את דרישת האשמה: במהלך הפניקה המוסרית, התפיסה בדבר חומרת האיום על הערך המוגן היא גלויה ופומבית ומשקפת הסכמה רחבה. ביצוע עברה בתקופה זו משקף את נכונותו של הנאשם לצאת נגד מה שנתפס על ידי מרבית הציבור כאיום חמור על הערך המוגן – נכונות המקרינה על מידת אשמתו.

112 ש.ם.

113 ANDREW VON HIRSCH, CENSURE AND SANCTIONS (1993)

114 R. Anthony Duff, *Punishment, Retribution and Communication*, in *PRINCIPLED SENTENCING READINGS ON THEORY AND POLICY* 126, 128-131 (Andrew Ashworth, Andrew von Hirsch & Julian Roberts eds., 3rd ed., 2012)

אף אם ממבט ראשון טיעונים אלה נראים בעלי משקל, המשפט הפלילי אינו צריך להיגדר אחר פניקה מוסרית. מבחינה נורמטיבית אין זה ראוי שבתי המשפט יחמירו את הענישה בהתחשב בעוצמת החרדה שנוצרה במסגרת הפניקה המוסרית. המשפט הפלילי אמנם מיועד להשיב את תחושת הביטחון של הציבור, אבל ערעור של תחושת הביטחון איננו יסוד אמפירי המשקף את תחושות החרדה בפועל של הציבור בזמן נתון. הערעור של תחושת הביטחון נגזר מהפגיעה בערך החברתי המוגן עקב ביצוע עברה פלילית; ביצוע זה סודק את ההגנה שהמשפט הפלילי מעניק לערך זה. תגובה עונשית ההולמת את טיב הפגיעה בערך החברתי המוגן היא שאמורה להשיב את תחושת הביטחון לציבור. לעומת זאת, החרדה הנוצרת במסגרת הפניקה המוסרית היא מופרזת מעצם טיבה והיא אינה פרופורציונלית לטיב האיום על הערך החברתי או המוסרי ולממדיו. התחשבות בחרדה זו מעוותת את ההיררכיה בין הערכים החברתיים המוגנים על ידי עברות שונות, מסלפת את חומרתן היחסית של העברות ופוגעת בפרופורציה האורדינלית. ברמה הנורמטיבית לא ראוי שבתי המשפט יתנו יד לעיוותים אלה. בדומה, בכוא בית המשפט להעריך את חומרת האשמה של הנאשם, אל לו להיכנע לתגובה החברתית המופרזת המאפיינת את הפניקה המוסרית. חומרתה של האשמה אמורה לשקף את האיום האמתי שאיים ביצוע העבירה על הערך החברתי המוגן, ולא את האיום הנחזה במסגרת הפניקה המוסרית, שהוא בהכרח מוגזם.

המסקנה שלפיה אין להתחשב בפניקה המוסרית בהערכת העונש ההולם את העברה אינה עומדת בסתירה לתורות שהובאו לעיל, המצדיקות את הענישה. גם אם מוכנים לקבל את ההנחה שבבסיס תורת הגמול האמפירי, שלפיה יש להתחשב באינטואיציות של הציבור כאשר לגמול עונשי הולם, התחשבות זו מוגבלת לשיקולים הכלליים הרלוונטיים להערכה של חומרת האשמה, דוגמת השיקול שלפיו חומרת העונש צריכה לשקף את חומרת הנזק שנגרם גם אם גרימתו היא בגדר "מזל מוסרי".<sup>115</sup> התומכים בגישה זו אינם מציעים להתחשב בדעת הקהל כאשר לעונש ההולם מקרה קונקרטי: לא זו בלבד שאין לציבור יכולת להעריך איזה עונש הולם מקרים קונקרטיים, אלא שעמדות הציבור כאשר לענישה קונקרטית נוטות לא פעם להחמרת יתר.<sup>116</sup> בדומה, בהשתייכן לתורות גמול דאונטולוגיות, המסר המועבר באמצעות התורות האקספרסיביות – הוקעה ותקשורת – צריך לשקף את החומרה היחסית של העברה ואת מידת האשמה כפי שהן, ולא כפי שהן נחזות להיות במסגרת הפניקה המוסרית שהיא בהכרח מוגזמת.

אמנם ענישה שאינה מתחשבת בפניקה מוסרית מסתכנת בכך שהיא תגרום לניכור של הציבור ולחוסר אמון במערכת הצדק הפלילי; עם זאת, יש לזכור כי הפניקה המוסרית מטבעה נתונה לשינויים. יש לקוות שעם דעיכתה ישוקם אמון הציבור במערכת הצדק הפלילי. זאת ועוד: פניקה מוסרית אינה המקרה היחיד שבו הציבור – המונע מתחושת זעם – קורא להחמרת הענישה וסבור כי בית משפט שלא נכנע לקריאות אלה לא עושה את מלאכתו

115 דוגמה זו לקוחה מתוך Robinson & Darley, לעיל ה"ש 111, בעמ' 57-59.

116 שם, בעמ' 41-42; ראו גם Jason A. Cairns & Jonathan J. Koehler, *Cruel and Unusual Punishments: A Comparison of Public and Judicial Opinion*, 54 *JURIMETRICS* 109 (2014); Francis T. Cullen, Bonnie S. Fisher & Brandon K. Applegate, *Public Opinion about Punishment and Corrections*, 27 *CRIME & JUST.* 1 (2000).



נאמנה. גם אלה המאמינים שכדי לרכוש את אמון הציבור במערכת יש להתחשב בתחושות הציבור אינם מציעים כי בכואם לגזור את הדין במקרה קונקרטי יתחשבו בתי המשפט בתחושות זעם ציבוריות;<sup>117</sup> להפך: בתי המשפט נוטים להזהיר את עצמם מפני זעם ציבורי, כפי שהוא בא לידי ביטוי באמצעי התקשורת.<sup>118</sup> אני מקווה שאינני שוגה בהערכתי שלפיה מערכת הצדק הפלילי חסינה דיה כדי לגבור על תסכול ציבורי. חשוב לחזור ולהדגיש כי הדיון הנורמטיבי בהקשר זה הוא במובנים רבים תאורטי. גם אם ברמה הנורמטיבית ראוי היה שבתי המשפט לא יחמירו את הענישה בעקבות הפניקה המוסרית, כל עוד הפניקה המוסרית בעיצומה ספק אם אפשר – ואם יהיה מי שינסה – להשפיע על בתי המשפט לנטרל את השפעתה של הפניקה המוסרית.

## 2. תיקון אי-השוויון בענישה

הניסיון הישראלי מלמד שאפשר לנטרל את השפעתה של הפניקה המוסרית על החמרת הענישה עם דעיכתה של הפניקה המוסרית, ואז גם אפשר למצוא אוזן קשבת בבתי המשפט. כך, בנמקו את ההחלטה להפחית את עונשו של המערער בפרשת לוי (2014), שהורשע בהפקרה לאחר בריחה כעברה יחידה, התייחס השופט סולברג לביקורת שהושמעה נגד החמרת הענישה בגין עברת ההפקרה, לרבות זו המקשרת את ההחמרה עם פניקה מוסרית:

רבות דובר בפסיקה על הפגם החוקי, המוסרי והאנושי שבעבירת הפקרה אחרי פגיעה, ועל הענישה החמורה המתחייבת כפועל יוצא מכך. אכן, בתודעת הרבים צרוב יחס של בוז כלפי מי ש'פגע וברח'. על רקע זה, מן הראוי ליתן פתחון-פה גם לגישות אחרות ולתת את הדעת עליהן [...]

הביקורת חשובה, מפרה את המחשבה, לכל נהיה שבויים לעולם ועד באותו הלך מחשבה אחיד, המתייחס בבוז ובשעט נפש לעבירת הפקרה אחרי פגיעה, קורא שוב ושוב להחמרת הענישה, ומתעלם מן התמונה בכללותה. יחד עם זאת, ההיבט המוסרי לבטח עומד במלוא תוקפו ביחס לנהג הפוגע ובכלל: חמלה אנושית, סולידריות חברתית, עזרה לזולת הנתון בסכנה. הביקורת שבאה לידי ביטוי במינוח 'פניקה מוסרית' לא נועדה לנטרל את ההיבט המוסרי, אלא ליתן לו משקל ראוי ומינון הולם. צריך גם להישען על נתונים בדוקים עד כמה נפוצה התופעה, ולא על הכרזות פופוליסטיות שאין להן כיסוי. דומה כי לעת הזאת מסתמנת יציבות בשיעור תאונות 'פגע וברח', לבטח אין להשלים עם מצב זה, יש לחתור לירידה מתמדת עד לביעור הנגע, אך יש לראות אל-נכון את הממדים האמתיים.<sup>119</sup>

117 Paul H. Robinson, Robert Kurzban & Owen D. Jones, *The Origins of Shared Intuitions of Justice*, 60 VAND. L. REV. 1633, 1653-1654 (2007); Paul H. Robinson, *Empirical Desert*, in CRIMINAL LAW CONVERSATIONS 29, 33-34 (Paul H. Robinson, Stephen Garvey & Kimberly Kessler Ferzan eds., 2011).

118 ראו ע"פ 3372/11 קצב נ' מדינת ישראל, פסקה 396 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 10.11.2011); ת"פ 10-07-2892 מדינת ישראל נ' מור, לעיל ה"ש 4.

119 פרשת לוי, לעיל ה"ש 17, פס' 33-34 לפסק דינו של השופט סולברג.

בפרשה זו הזכיר השופט סולברג מפורשות את הביקורת הקושרת את החמרת הענישה בגין עברות של פגע וברח עם התופעה של פניקה מוסרית.<sup>120</sup> מדבריו משתמע כי בתי המשפט הושפעו, למעשה, משני המאפיינים המרכזיים של הפניקה המוסרית: הם נשענו על "נתונים פופוליסטיים שאין להם כסוי" כאשר להיקף התופעה (הפרזה), ושיקפו "יחס של בוז כלפי מי שפגע וברח" (דמוניזציה). לגישתו, בקביעת העונש ההולם אמנם יש להביא בחשבון את ההיבט המוסרי הכרוך בעברות של פגע וברח, אך יש לבסס את חומרתו של העונש על "נתונים בדוקים עד כמה נפוצה התוצאה". יש להניח כי לא בכל המקרים שיגיעו לבתי המשפט לאחר דעיכתה של הפניקה המוסרית יהיו בתי המשפט ערים להשפעה שהייתה לפניקה המוסרית על החמרת הענישה,<sup>121</sup> וממילא גם לא יהיו מודעים לדעיכתה. עם זאת, כשם שכרוך המקרים השפעת הפניקה המוסרית על החמרת הענישה אינה נעשית במודע, כך גם הנכונות להפחית בשלב מסוים את הענישה איננה חייבת להיות מונעת, במודע, מדעיכתה של הפניקה המוסרית. לצורך הטיעון בתת פרק זה די להראות כי בשלב מסוים הגיע בית המשפט למסקנה שהענישה שנגזרה בעבר בגין עברה מסוימת הייתה מופרזת בחומרתה באופן עקבי, התבססה על "נתונים שאין להם כסוי במציאות" וסילפה את חומרתן היחסית של העברות השונות – כך שהגיע הזמן להטיל עונשים בעלי "מינון הולם", כדברי השופט סולברג.

הפחתת הענישה עם דעיכתה של הפניקה המוסרית היא מבורכת כשלעצמה, אך היא מעוררת את בעיית הא־שוויון כלפי אלה שעונשם נגזר עת הייתה הפניקה בעיצומה – והם נשלחו לכלא לשנים רבות, בשונה מאלה שעונשם נגזר לאחר דעיכתה. האם ראוי והאם אפשר לתקן את חוסר השוויון בענישה?

כאשר הפחתת העונש הצפוי בגין עברה מסוימת נעשית בדרך חקיקתית, התפיסה המקובלת היא שראוי להחיל רטרואקטיבית את השינוי בהשקפות כאשר לחומרת העברה, גם לגבי עברות שבוצעו בטרם נכנס השינוי לתוקף. תפיסה זו באה לידי ביטוי בסעיף 5(א) לחוק העונשין, שלפיו "נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע [...] לעונש שנקבע לה, יחול על העניין החיקוק המקל עם הנאשם". ההתחשבות בחיקוק המקל בהתאם לסעיף זה כפופה לעקרון סופיות הדיון, והיא אפשרית כל עוד לא ניתן פסק דין חלוט. משניתן פסק דין חלוט ההתחשבות בהפחתת העונש מוגבלת יותר, והיא תחול

120 ההתייחסות היא לביקורת שהשמעתי במאמר מרים גור־אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה", לעיל ה"ש 5, עמ' 89-93.

121 עם זאת, ראוי להדגיש שאפשר לזהות מודעות להשפעה של פניקה מוסרית על ההליך הפלילי גם בהקשרים אחרים. כך, למשל, בפרשה שנצרכה בדעת הקהל כפרשת "הפרופיל מנחלאות", זיכה בית המשפט המחוזי בירושלים אדם שהואשם בשורה של עברות מין בקטינים בנימוק שלפיו "עדויות הילדים נגועות בזיהום כללי, קרי אווירה של פחד, חששות ופניקה בקרב שכונה מרובת אוכלוסין וצפופה בה יש קשרים והכריות בין הורים, ילדים ומשפחות"; תפ"ח (י-ם) 40709-08-11 מדינת ישראל נ' פרי משלנו, פס' 37 (פורסם בנבו, 7.11.2013); עוד נאמר בפסק הדין כי "עוד קודם חקירתו ומעצרו של הנאשם ועוד קודם שהילדים הגיעו לחקירה, נוצר בשכונה סוג של דמוניזציה כלפי הנאשם" (שם). במילים אחרות, הפניקה המוסרית סביב הפרשה היא שערערה את אמינות העדויות של הילדים והביאה לזיכוי הנאשם.

רק במקרים שבהם העונש שנגזר בפועל על הנאשם גבוה מהעונש המרבי החדש שנקבע לעברה, שאז "יהיה עונשו העונש המירבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה".<sup>122</sup> במקרים של פניקה מוסרית אין מדובר בשינויי חקיקה. השינוי נובע מדעיכתה של הפניקה המוסרית שהניעה בזמנו את בתי המשפט להחמיר בענישה. על פני הדברים נראה כי התחשבות בשינויי ענישה מסוג זה היא בעייתית יותר. אין זה סביר שכל אימת שמסתמנת בפסיקה מגמה של הפחתת ענישה תהא להחלטת בית המשפט להפחית את העונש השפעה על גזרי דין קודמים, חמורים יותר. התאמת העונש במקרים אלה הייתה מחייבת לסטות מעקרון סופיות הדין, לפתוח מחדש את גזרי הדין החמורים יותר ולגזור שוב את העונש שהיה ראוי לגזור על נאשמים בפרשיות קודמות בהתאם לשינוי המגמה ולהפחתת הענישה. למרות זאת אני סבורה כי ההתחשבות בהפחתת ענישה בעקבות דעיכתה של הפניקה המוסרית שונה מהותית ממקרים אחרים שבהם השתנתה התפיסה בפסיקה באשר לעונש ההולם את העברה. כפי שנטען ברשימה זו, החמרת העונש עת הייתה הפניקה המוסרית בעיצומה היא מופרזת, לא פרופורציונלית למהות העברה ולהיקף ביצועה ומסלפת את החומרה היחסית של העברות. כל עוד הפניקה בעיצומה אי אפשר היה לנטרל את השפעתה; נטרול כזה אפשרי רק לאחר דעיכת הפניקה, שאז גם מתבררת השפעתה על ההחמרה המוגזמת בענישה. אם מכירים בעובדה שבעת השיא של הפניקה נגזרו על נאשמים עונשים מופרזים שאינם מוצדקים, שהתבססו על "נתונים שאין להם אחיזה במציאות" והושפעו מיחס של "בוז ושאת נפש" (כדברי השופט סולברג שהובאו לעיל), ואם מקבלים את ההנחה שכל עוד הפניקה המוסרית בעיצומה אי אפשר היה להימנע מכך – יש לפעול בדיעבד לתיקון העוול שנגרם לנאשמים אלה ובכך גם להשיג שוויון בענישה.

בהקשר זה מתחייבת הבהרה. על פי רוב, פניקה מוסרית פורצת בפתאומיות יחסית ובאותה פתאומיות היא גם דועכת.<sup>123</sup> כפי שעולה מניתוח הפניקה המוסרית סביב עברות פגע וברח בישראל, כאשר פניקה מוסרית פורצת, היא הולכת ומתעצמת בהדרגה. גם דעיכתה עשויה להיות מדורגת. לפיכך, יש להניח כי ההכרה בהשפעה שהייתה לפניקה מוסרית על ההליך הפלילי, כמו גם ההכרה בהשפעת דעיכתה, לא תהיינה מיידיות. זאת ועוד: גם כשיכירו בתי המשפט בעובדה שהענישה שנגזרה בעבר הייתה מופרזת בחומרתה, יש להניח כי לא כל המקרים שבהם הייתה לפניקה המוסרית השפעה על חומרת העונש שנגזר ייכללו בהערכה זו. ייתכן שבתחילת ההליך לא תבלוט השפעתה של הפניקה המוסרית על חומרת העונש בחריגותה, ולכן גם בדיעבד לא תיתפס הענישה כמופרזת. לפיכך, תיקון העוול כדי להשיג שוויון בענישה יוגבל למקרים שהושפעו מהפניקה המוסרית כשזו הייתה בעיצומה, כשבדיעבד התברר שההפרזה בחומרת העונש שנגזר הייתה בולטת בחריגותה. מעשית, ההפרזה החריגה בענישה תבטא גם בשנות מאסר רבות יחסית, מה שיאפשר לגורמים המתאימים לזהות כי אכן נעשה עוול ויותר בידיהם די זמן לפעול לתיקונו.

את העוול שנגרם למי שנגזר עליו עונש מופרז בעת שהפניקה המוסרית הייתה בעיצומה אפשר לתקן בשתי דרכים.

122 ס' 5 (ב) לחוק העונשין.

123 ראו ERICH GOODE & NACHMAN BEN-YEHUDA, לעיל ה"ש 7, עמ' 41-42.

דרך אחת, המתונה מהשתיים, היא מוסד החנינה, המעניק לנשיא המדינה סמכות להפחית את העונש. אפשר להצביע על שתי תפיסות עיקריות באשר לתפקיד של מוסד החנינה: התפיסה השלטת במשפט האנגלי רואה בחנינה חסד המוענק כשההליך הפלילי סיים את תפקידו: Mercy is not the subject of legal rights. It begins where legal rights end.<sup>124</sup> כהתאם לתפיסה זו, החנינה מוגבלת לשינוי בנסיבות האישיות של מי שמרצה את העונש – נסיבות הנוגעות למצבו הבריאותי, המשפחתי או הכלכלי. לעומת זאת, התפיסה הרווחת במשפט האמריקני רואה בחנינה, בין השאר, כלי לתיקון עיוותים שנוצרו במסגרת ההליך הפלילי: “Executive clemency has provided the ‘fail safe’ in our criminal justice system”<sup>125</sup>. לפי תפיסה זו אפשר לפנות לחנינה גם כדי לתקן עוול שנגרם עקב גזירת עונש מופרז. במשפט הישראלי, בדומה למשפט האנגלי, הנטייה היא לראות בחנינה מעשה חסד המביא בחשבון נסיבות אישיות שהתעוררו לאחר גזירת הדין.<sup>126</sup> עם זאת, במקרים חריגים נעשה שימוש במוסד החנינה גם כדי לתקן עיוותים שנגרמו בהליך הפלילי.<sup>127</sup> תפיסה אחרונה זו תאפשר לפנות לחנינה כדי לתקן את העוול שנגרם למי שעונשו נגזר בעת שהפניקה המוסרית הייתה בעיצומה. פנייה לחנינה תשמר את עקרון סופיות הדיון ותאפשר להפחית את הענישה במקרה קונקרטי שבו מתברר בדיעבד כי העונש שהוטל אכן היה מופרז. החנינה המוענקת במסגרת הליך אינדיבידואלי, הרחק מעיני הציבור, לא תעורר מחאה ציבורית מצד אלה בציבור שטרם השתחררו מהמסר לגבי חומרת העברה שהועבר עת הייתה הפניקה בעיצומה; כמו כן היא תשמר את אמון הציבור בהליך הפלילי, העלול להיסדק מעצם ההכרזה הפומבית שבתקופה מסוימת גזרו בתי המשפט עונשים מופרזים בחומרתם. בעיניי, בהיעדרה של הפומביות נעוץ גם חסרון החנינה: המחויבות לענישה הולמת – בצד תפיסות אקספרסיביות של ענישה המבוססות על תקשורת בין העברייני, החברה והקורבן – מחייבת להעביר מסר גלוי בדבר הצורך בתיקון ההשפעה שהייתה לפניקה המוסרית על החמרת הענישה.

דרך אחרת להפחתת הענישה, מהפכנית יותר ופומבית, היא בחינה מחדש של עונשים שהוטלו עת הייתה הפניקה המוסרית בעיצומה. דרך זו מעניקה עדיפות להתאמת עונשים לעונש ההולם את חומרת העברה ואת מידת אשמתו של הנענש, על פני סופיות הדיון, והיא מניחה כי יש מצבים שבהם מתברר בדיעבד כי הערכת העונש שנחשב הולם בעת גזר הדין הייתה מוטעית. על אף המהפכנות שבה, כבר היו מי שהציעו ללכת בדרך דומה. בשנת 2011 הציע Model Penal Code של המכון למשפט פלילי אמריקני<sup>128</sup> להסמיך בחקיקה

124 *Royal Commission on De Freitas v. Benny* 5 W.L.R. 388, 392 (1976). באופן כללי ראו *Criminal Justice Report* (London, 1993), paras 11.17-11.18.

125 *Herrera v. Collins* 506 U.S. 390 (1993) at, p. 415.

126 ראו עופר גוט עיוות דין בהליך פלילי 274-278 (2008); ראו גם בג"ץ 177/50 ראוֹבֶן נ' יוֹרֶר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה' 737, 751 (1951); בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ' (3) 505, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1986).

127 גוט, שם בעמ' 276-277. לעמדה הקוראת להשתמש בחנינה לתיקון עיוותים בהליך הפלילי בישראל ראו ליאון שלף "סוף מאסר בחנינה תחילה" הפרקליט מד 72 (1998); ליאון שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחנינה" קרית המשפט א 133, 140 (2001).

128 Model Penal Code: Sentencing §305.6 (Am. L. Inst. Tentative Draft No. 2 2011).

הרכב מיוחד של שופטים שיבחן מחדש עונשי מאסר של מי שריצו 15 שנות מאסר מהעונש שנגזר עליהם, כדי להעריך אם “the purposes of sentencing [...] would better be served by a modified sentence than the prisoner’s completion of the original sentence”<sup>129</sup>. לדעת המציעים, למרות חדשנותה, בחינה מחודשת של ענישה חמורה מתחייבת משום שבחלוף הזמן מאז גזר הדין המקורי ייתכן שחלו שינויים בהערכה של חומרת העברה, כמו גם בהערכה של מסוכנות הנאשם ושל אפשרות שיקומו.<sup>130</sup> המוטיבציה מאחורי הצעה של המכון למשפט אמריקני טמונה בהכרה שעונשי המאסר המוטלים בארצות-הברית הם חמורים במידה ניכרת מאלה שנגזרים בדמוקרטיה מערביות אחרות; ובהכרה בכך שהחברה האמריקנית משלמת מחיר כבד – כלכלי, חברתי ואנושי – מעונשי המאסר הכבדים כל כך.<sup>131</sup>

129 להלן עיקרי ההצעה בניסוחה המקורי:

### § 305.6 – Modification of Long-Term Prison Sentences; Principles for Legislation.

The legislature shall authorize a judicial panel or other judicial decisionmaker to hear and rule upon applications for modification of sentence from prisoners who have served 15 years of any sentence of imprisonment.

[...] Sentence modification under this provision should be viewed as analogous to a resentencing in light of present circumstances. The inquiry shall be whether the purposes of sentencing [...] would better be served by a modified sentence than the prisoner’s completion of the original sentence [...]

The judicial panel or other judicial decisionmaker shall be empowered to modify any aspect of the original sentence, so long as the portion of the modified sentence to be served is no more severe than the remainder of the original sentence. The sentence-modification authority under this provision shall not be limited by any mandatory-minimum term of imprisonment under state law.

Model Penal Code: Sentencing §305.6 עמ' 75-77.

The passage of many years can call forward every dimension of a criminal sentence for possible reevaluation. On proportionality grounds, societal assessments of offense gravity and offender blameworthiness sometimes shift over the course of a generation or comparable periods [...] It would be an error of arrogance and ahistoricism to believe that the criminal codes and sentencing laws of our era have been perfected to reflect only timeless values [...] On utilitarian premises, lengthy sentences may also fail to age gracefully. Advancements in empirical knowledge may demonstrate that thought to be well founded in one era were in fact misconceived [...] Similarly, with ongoing research and investment, new and effective rehabilitative or reintegrative interventions may be discovered for long term (im)mates inmates who previously were thought resistant to change.” (at p. 80)

131 שם, בעמ' 78.

לכן ההצעה מוגבלת לבחינה מחדש של עונשי מאסר ארוכים במיוחד, והיא חלה על מי שריצו 15 שנות מאסר מהעונש שנגזר עליהם.<sup>132</sup>

את הבחינה המחודשת של ענישה במציאות הישראלית אני מציעה שלא להתנות בכך שתקופת המאסר תהיה ארוכה מאוד. המוטיבציה לבחינה מחודשת של עונשי מאסר בהקשרנו היא מוטיבציה של תיקון עוול: ברגע שמכירים בכך שגזירת העונשים הושפעה מפניקה מוסרית שהתפתחה בחברה סביב העברה וגרמה להפרזה בחומרת העונש, ומאחר שמודעות כזו נוצרת רק לאחר דעיכתה של הפניקה המוסרית, יש לעשות כל מאמץ להתאים את העונש שנגזר לעונש ההולם את העברה בהתאם לסיכון האמתי שהיא מעוררת ולמידת האשמה של הנאשם. עם זאת, כפי שכבר הובהר, יש להניח שמבחינה מעשית תוגבל הבחינה המחודשת של הענישה למקרים שבהם הוטלו עונשי מאסר ארוכים יחסית, שאז אפשר יהיה להראות שעונשים אלה אכן היו מופרזים בחומרתם, ושגם לאחר דעיכתה של הפניקה המוסרית עדיין תהיה משמעות להפחתה בעונש. כך, למשל, עם ההכרה בדעיכתה של הפניקה המוסרית ביחס לעברות פגע וברח, בשנת 2014,<sup>133</sup> אפשר יהיה להצביע על ההפרזה בעונשים שהוטלו על סימון<sup>134</sup> – 14 שנות מאסר שאותן החל לרצות בשנת 2010, ועל מור<sup>135</sup> – 12 שנות מאסר שאותן החל לרצות בשנת 2011. בשני המקרים נותרה למורשעים תקופת ארוכה דיה לריצוי העונש, כך שהפחתת העונש עשויה להיות משמעותית לגביהם. הפחתת העונש (בשנת 2014 או בסמוך אליה) עשויה להיות משמעותית גם ביחס לנהגים נוספים שבין 2009 ל-2010 נגזרו עליהם תשע או עשר שנות מאסר.<sup>136</sup> לעומת זאת, ישראל<sup>137</sup> – שבשנת 2003 החל לרצות שש שנות מאסר – לא היה "זוכה" להקלה בעונש.

יש מחירים לא מבוטלים לטטייה מעקרון סופיות הדיון כדי להתאים את העונש.<sup>138</sup> עם זאת, אין זה המקרה היחיד שבו שיטת המשפט מוכנה לסטות מעקרון סופיות הדיון כדי לתקן "עיוות דין". אחת העילות לקיומו של משפט חוזר היא כאשר "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".<sup>139</sup> עיוות דין יכול להיווצר לא רק כשיש חשש

132 Cecelia Klingele, *Changing the Sentence without Hiding the Truth: Judicial Sentence Modification as a Promising Method of Early Release*, 52 WM. & MARY L. REV. 465, 536 (2010); Sarah F. Russell, *A "Second Look" at Lifetime Incarceration: Narratives of Rehabilitation and Juvenile Offenders*, 31 QUINNIPIAC L. REV. 489, 519 (2013); Richard S. Frase, *Second Look Provisions in the Proposed Model Penal Code Revisions*, 21 FED. SENT'G REP. 194, 196-99 (2009) מנימוקים של סופיות הדיון והן בשל התפסיה כי תורת הגמול מחייב להעריך את הענישה בהתצאם לחומרה שיוחסה למעשה בעת הביצוע, ראו Meghan Ryan, *Taking Another Look at Second-Look Sentencing*, 81 BROOKLYN L. REV. 149 (2015).

133 ראו הדיון בפרשת לוי, בסמוך לה"ש 119 לעיל.

134 עניין ימיני וסימון, לעיל ה"ש 5.

135 ת"פ 10-07-2892 מדינת ישראל נ' מור, לעיל ה"ש 4.

136 ראו הנתונים המפורטים בטבלה 7 אצל Gur-Arye, לעיל ה"ש 5.

137 ת"פ (תא) 40282/02 מדינת ישראל נ' ישראלי, לעיל ה"ש 21.

138 ראו הדיון אצל Ryan, לעיל ה"ש 132, בעמ' 156-158.

139 ס' 31(א)(4) לחוק בתי המשפט.

מהרשעת שווא, אלא גם כשהעונש שהוטל על הנאשם מופרז ואינו הולם את חומרת העברה ואת מידת אשמתו. בהקשר זה חשוב להדגיש כי אינני מציעה להחיל את הליכי המשפט החוזר לצורך בחינה מחדש של ענישה שנגזרה עת הייתה הפניקה המוסרית בעיצומה. הליכי הבקשה למשפט חוזר – ובמקרים הספורים שבהם בקשה זו מתקבלת, המשפט החוזר עצמו – נמשכים זמן רב ומחייבים הערכה מחדשת של הראיות שביססו את ההרשעה, בין לאור ראיות חדשות שהתגלו, בין משום שהתברר שאחת מהראיות הייתה מזויפת או שקרית, ואף לצורך המסקנה שנגרם לנאשם עיוות דין.<sup>140</sup> בחינה מחדשת של ענישה שנגזרה עת הייתה הפניקה המוסרית בתוקף היא מטבעה מוגבלת יותר ואינה מחייבת הליכים ארוכים ומורכבים. הבחינה המחודשת מותנית אמנם בהנחה שבתקופה מסוימת הושפעה הענישה הפלילית מפניקה מוסרית (או ממאפייניה המרכזיים – הפרזה בהיקף התופעה ודמוניזציה של נאשמים), אולם אפשר לבסס הנחה זו על ידי סקירה השוואתית של גזרי דין בגין עברה מסוימת במשך תקופה נתונה, תוך בחינת הרטוריקה שבה השתמשו בתי המשפט להצדקה של גזרי הדין, ותוך השוואת הענישה בגין עברה זו לענישה בגין עברות דומות באותה תקופה. משהונח הבסיס לחדש שענישה בגין העברה בתקופה מסוימת אכן הושפעה מפניקה מוסרית, יחייב תיקון העוול להתמקד בגזר הדין שהוטל על הנאשם בתקופה זו, ולהעריך אם העונש היה מופרז במידה חריגה כך שהיה בו כדי לסלף את חומרתן היחסית של העברות. כידוע, השיקולים המשפיעים על גזר הדין, כמו גם הראיות המובאות במסגרת גזירת הדין, מצומצמים בהיקפם. בשל אופי הבדיקה המתחייבת כדי להניח את הבסיס לתיקון העיוותים בענישה – השפעתה של פניקה מוסרית או של מאפייניה על גזרי הדין שנגזרו בתקופה מסוימת – הגוף האופטימלי לבחינת עיוותים בענישה איננו בהכרח גוף המורכב משופטים בלבד.

ברור לי שההצעה לבחון מחדש ענישה שהושפעה מפניקה מוסרית מחייבת המשך חשיבה וירידה לפרטים, שבמסגרתם יידרש לקבוע אם יש עילות נוספות העשויות להצדיק סטייה מעקרון סופיות הדיון ובחינה מחדש של עונש שהוטל, וכן על איזה גוף יוטל לבחון מחדש ענישה כאמור. אני אף ערה לעובדה שהצהרה פומבית – שלפיה בתי המשפט גזרו עונשים מופרזים בעת שהפניקה המוסרית הייתה בעיצומה – עלולה לערער במידת מה את אמון הציבור בהליך הפלילי. עם זאת, אני סבורה כי שיטת משפט אינה צריכה לשבת בחיבוק ידיים כאשר בדיעבד מתברר העוול שנגרם על ידי ענישה מופרזת שהונעה על-ידי פאניקה מוסרית שהתפרצה בתקופה מוגדרת. בטווח הארוך, ההכרה יש בשיטת המשפט מנגנונים לתיקון עוול שנגרם לנאשמים עשויה להגביר את אמון הציבור בשיטה.

140 שם, ס' 31א(1)+(2). להליכי המשפט החוזר בישראל ולהתמשכותם ראו ליאון שלף "על סופיות הדיון ועל עשיית צדק במשפט פלילי: הרהורים נוגים על משפט חוזר, ערעור פלילי וחגיגה", לעיל ה"ש 127; אביטל בגין "טעויות קורות: משפט חוזר" פרלמנט 49, 10(המרכז הישראלי לדמוקרטיה, 2005); בועז סנג'רו ומרדכי קרמניצר "המשפט החוזר – מציאות או חלום? על תבוסתו של הצדק בהתמודדות עם כלל סופיות הדיון (מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334)" **עלי משפט א** 97 (1999).

## סיכום

להתפרצות של פניקה מוסרית תיתכן השפעה ניכרת על ההליך הפלילי, כפי שאירע בישראל בשנים 2002-2011 ביחס לעברות של פגע וברח. בהשפעת הפניקה המוסרית החמירו בתי המשפט במידה ניכרת את העונש שגזרו על נאשמים בעברות אלו והשתמשו ברטוריקה הגורמת לדמוניזציה של נאשמים.

בהבדל מהגינוי הלגיטימי של התנהגותם של מי שבחרו לבצע עברה, דמוניזציה של הנאשמים עצמם, המבזה אותם ופוגעת בכבודם, היא לעולם פסולה. החמרת העונש בהתחשב בעוצמת החרדה שנוצרה בציבור עקב הפניקה המוסרית גם היא אינה לגיטימית. החרדה הנוצרת במסגרת הפניקה המוסרית היא מופרות מטבעה ואיננה פרופורציונלית לאיום על הערך החברתי ולממדיו. התחשבות בחרדה זו מעוותת את ההיררכיה בין הערכים החברתיים המוגנים על ידי העברות, מסלפת את חומרתן היחסית ופוגעת בפרופורציה האורדינלית. הבעיה היא שכל עוד השופטים מונעים על ידי הפניקה המוסרית, גם הם שותפים לתפיסה בדבר החומרה המופרזת של האיום, וגם מאמינים כי העלאת רף הענישה היא הכרחית וכי היא אינה בלתי-פרופורציונלית. כאשר הפניקה המוסרית בעיצומה, ספק רב אם אפשר לשכנע אחרת את השופטים, הרואים את עצמם כאמונים על הערכה החומרה של עברות בזמן נתון. הנטרול של השפעת הפניקה אפשרי רק לאחר דעיכתה, שאז גם מתבררת השפעתה על ההחמרה המוגזמת בענישה.

אם מכירים בעובדה שבעת שהפניקה הייתה בעיצומה נגזרו על נאשמים עונשים מופרזים שאינם מוצדקים, ושכל עוד הפניקה המוסרית הייתה בעיצומה אי-אפשר היה להימנע מכך, יש לפעול בדעיכת לתיקון העוול שנגרם לנאשמים. דרך אפשרית אחת לתיקון העוול על ידי הפחתת העונש המופרז שנגזר עת הייתה הפניקה הציבורית בעיצומה היא מוסד החנינה; דרך אחרת, מהפכנית יותר ופומבית, היא בחינה מחדש של עונשים שהוטלו עת הייתה הפניקה המוסרית בעיצומה. דרך זו מעניקה עדיפות להתאמת עונשים לעונש ההולם את חומרת העברה ולמידת אשמתו של הנענש על פני סופיות הדיון.

את תיקון העוול אפשר יהיה להשיג גם כשהשפעתה של הפניקה המוסרית, כמו גם דעיכתה, אינן מודעות – ובלבד שבתי המשפט יכירו בעובדה שעונשים שנגזרו על נאשמים בעברה מסוימת היו במשך תקופה מסוימת מופרזים בחומרתם, התבססו על נתונים מסולפים בדבר היקף התופעה, הונעו מיחס של בוז לנאשמים וסילפו את חומרתן היחסית של העברות. עם זאת, ככל שתהיה יותר מודעות לתופעה של פניקה מוסרית, וככל שירכו המחוקקים המצביעים על השפעתה על ההליך הפלילי, כך יגדל הסיכוי לתיקון העוול לאחר דעיכתה של הפניקה המוסרית.