

ביטול הרשעה לאור תיקון 113 לחוק העונשין - משיח של חסד לשיח של מידתיות

ד"ר שי וזנר ועו"ד משה קשלס*

מבנה המאמר:

- א. מבוא
- ב. אי הרשעה כחריג לכלל ההרשעה ומבחן הנזק הקונקרטי
- ג. המודל המוצע: אי-הרשעה כחלק ממתחם הענישה
- ד. מידתיות בהרשעה או: עיקרון שירות ההרשעה
- ה. לפני סיום - האם לא הגיעה השעה לביטול שיח החסד?

א. מבוא

החלטה על אי-הרשעה (או ביטול הרשעה) נתפשת כיום כחריג ל"כלל הרשעה" וכחסד שעושה בית המשפט עם הנאשם שביצע עבירה. בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית המשפט העליון שהחלטה על אי-הרשעה מוגבלת למקרים שבהם ההרשעה תפגע בשיקומו של הנאשם או תגרום לו נזק קונקרטי ומוחשי בעיקר בהקשר התעסוקתי. רשימה זו באה לקדם הסתכלות אחרת על מוסד אי-ההרשעה, ולפיה מוסד זה צריך להיבחן במסגרת מתחמי הענישה שהוגדרו בתיקון 113 לחוק העונשין. על פי המצב המשפטי הנוהג בישראל נלוות לעצם ההרשעה סנקציות שונות הנובעות מהרישום הפלילי ומהשלכותיו, ועל כן נבקש לטעון שיש להתייחס גם להרשעה עצמה כענישה שצריכה לעמוד במבחן עקרון הלימה (הנזכר בתיקון 113), שלפיו צריכה להתקיים הלימה בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש. על פי הסתכלות זו, ייתכנו מקרים שבהם הרף התחתון של מתחם הענישה יתחיל באי-הרשעה (ובסנקציות הנלוות לה). במקרים כאלה החלטת בית המשפט להימנע מהרשעה לא אמורה להיתפש כחריג וכעשיית חסד מצד בית המשפט, אלא כהכרעה הראויה המתבקשת במסגרת קביעת העונש ההולם לנאשם. מתחם הענישה נקבע בעיקרו לפי נסיבות ביצוע העבירה, ואנו מבקשים לטעון שיש מצבים שבהם נסיבות העבירה, ללא קשר לנתוניו האינדיבידואליים של הנאשם, מובילות להגדרת מתחם ענישה אשר מתחיל ברף התחתון באי-ההרשעה, ולעתים אף מצדיקות את סיום ההליך באי-ההרשעה

המשקפת את העונש ההולם והמידתי לנאשם במקרה הקונקרטי. ההלכה הקובעת כי החלטה על אי ההרשעה צריכה להיות מחוזה נדיר בבית המשפט ולהתמקד בפגיעה הקונקרטית של ההרשעה בנאשם, בעייתית מבחינה נורמטיבית ומצמצמת יתר על המידה את המקרים שבהם בתי המשפט מחליטים שלא להרשיע נאשמים. המגמה המצמצמת מחמיצה במקרים רבים את העובדה שהרשעה, מעצם טבעה, עלולה לפגוע באופן לא מידתי בנאשם מבחינה חברתית, בשמו הטוב ובמעמדו. משום כך אנו מציעים לבחון את ההרשעה עצמה במבחן של הלימה ומידתיות, כפי שבתי המשפט בוחנים את המידתיות של הענישה בעקבות תיקון 113 לחוק העונשין. בתחילת הרשימה נסקור בתמצית את המצב המשפטי הקיים כיום, ולאחר מכן נציע את המודל החדש המבוסס על עקרונות תיקון 113 לחוק העונשין וכללי המידתיות של המשפט הפלילי.

ב. אי-הרשעה כחריג לכלל ההרשעה ומבחן הנזק הקונקרטי

בשלב הכרעת הדין אמור בית המשפט להחליט אם לזכות או להרשיע את הנאשם.¹ אך כידוע, המחוקק מאפשר לבית המשפט לנקוט גם בדרך ביניים של "אי-הרשעה", לפיה בית המשפט נמנע מלהרשיע את הנאשם למרות שהשתכנע למעלה מכל ספק סביר שהנאשם עבר עבירה פלילית.² יתירה מזאת, גם אם בית המשפט הרשיע את הנאשם בשלב הכרעת הדין, יכול הוא לבטל את ההרשעה מאוחר יותר בשלב גזירת הדין ולבחור במסלול של אי-הרשעה.³ בשונה מזיכוי יש לאי-ההרשעה השלכות משפטיות המטילות על הנאשם סנקציות שונות: אי-ההרשעה נכללת ברישום הפלילי ועל פי רוב מלווה בדרכי ענישה ופיקוח, כגון: צו מבחן, שירות לתועלת הציבור, התחייבות להימנע מעבירה ופיצוי לקרבן העבירה.⁴

* כותבי המאמר מנחים את הקליניקה לזכויות בהליך הפלילי באוניברסיטת תל-אביב. תודה רבה לד"ר אלקנה לייסט ועו"ד רות הרמן על הערותיהם המצוינות.

1 ס' 182 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: החסד"פ).
 2 ס' 171א(ב) ו-172(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין). על ההיסטוריה החקיקתית של מוסד אי-ההרשעה ועל תכליותיו ראו ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337, בפס' 5 לפסק דינה של כב' השופטת דורנר (להלן: עניין כתב, או: הלכת כתב).
 3 סעיף 192א לחסד"פ: "הרשיע בית המשפט את הנאשם, ולפני מתן גזר הדין ראה שיש מקום לתת לגביו צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור, ללא הרשעה, או לצוות כי הנאשם ייתן התחייבות להימנע מעבירה, כאמור בסעיף 72(ב) לחוק העונשין, בלא הרשעה, רשאי הוא לבטל את ההרשעה ולצוות כאמור".
 4 ס' 71א-76 לחוק העונשין; פקודת המבחן [נוסח חדש], התשכ"ט-1969. לעניין הטלת פיצוי לצד אי-ההרשעה ושירות לתועלת הציבור ראו רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 418.
 5 לעיל ה"ש 2, וראו הדין להלן.
 6 ע"פ 8528/12 ציפורה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 3.3.2013).
 7 במקרים הקלים ההרשעה מתיישנת בחלוף 7 שנים, ובמקרים החמורים תקופת ההתיישנות יכולה להימשך עד 15 שנים בנוסף לתקופת המאסר, וראו ס' 14 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 (להלן: חוק המרשם הפלילי). לאחר תקופת ההתיישנות מוטלות מגבלות על השימוש במרשם, אך הוא נמחק לגמרי רק לאחר עשר שנים מתום תקופת ההתיישנות, וראו שם, בס' 16.

כאמור, התפישה הרווחת בבתי המשפט היא ששורת הדין תובעת את הרשעתו של העבריין. לפי תפישה זו מסלול אי-הרשעה הוא אקט של חסד חריג שמפעיל בית המשפט ביחס לנאשם, בין אם הוא נעשה משיקולי שיקום ובין אם משיקולים של התחשבות והקלה על הנאשם כאשר ההרשעה תפגע בו באופן ממשי. ברוח זו קבע בית המשפט העליון במספר רב של מקרים כי הבחירה במסלול של אי הרשעה תיעשה רק במקרים נדירים, ורק כאשר באיזון שבין האינטרס הציבורי באכיפה מלאה של הדין לבין הפגיעה של ההרשעה בנאשם, גובר בבירור האינטרס האחרון.¹⁸ לשיטה זו, הכלל הוא שאם הוכחה אשמתו של הנאשם יש להרשיע אותו, שכן רק ההרשעה מביאה למיצוי ההליך הפלילי ותכליותיו, מאפשרת אכיפת חוק תקינה ושוויונית, מעבירה את המסר ההרתעתי הרצוי, ומדביקה למעשה העבירה תווית של מעשה פסול בעיני החברה.¹⁹

בפסק הדין בעניין **תמר כתב**²⁰ שרטט בית המשפט את העקרונות בסוגיית אי-ההרשעה, וקבע כי ככלל הימנעות מהרשעה אפשרית כחריג בהתקיימם של שני תנאים מצטברים: א. ההרשעה תפגע פגיעה חמורה בשיקומו של הנאשם; ב. סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה השונים. גם בפסקי דין רבים אחרים מודגש שיקומו של הנאשם כשיקול עיקרי לאי-ההרשעה. אמנם, בפסקי דין אחרים נזכרת גם פגיעה חמורה בעתידו של הנאשם (ללא קשר לשיקומו) כשיקול אפשרי להימנע מהרשעה,²¹ אך זאת רק כאשר הפגיעה בנאשם היא "קונקרטי ומוחשית". אין די בטענה ספקולטיבית שהרשעת הנאשם תגרום לו נזק בעתיד, למשל במקרה שמדובר בנאשם צעיר שטרם בחר במסלול מקצועי ברור.²² בעניין **אלירן ציפור**²³ חיזק השופט אורי שוהם את מבחן הנזק הקונקרטי תוך שציין את הדברים הבאים:

"בבוא בית המשפט לבחון את הנזק העלול להיגרם לנאשם, יש להתייחס לנזק מוחשי-קונקרטי, ואין להידרש לאפשרויות תיאורטיות, על פיהן עלול להיגרם לנאשם נזק כלשהו בעתיד. בעניין פריגין ציינתי, בהקשר זה, כי קבלת הגישה, לפיה יש לבחון נזקים אפשריים, העלולים להתרחש בעתיד, גם אם מדובר בנאשמים צעירים, "תחייב

המטרה העיקרית של מסלול אי-הרשעה כפי שפורשה בהלכת **תמר כתב** ובפסקי דין נוספים הייתה לספק לבית המשפט מרחב תמרון ושיקול דעת במקרים שהוא סבור שהרשעת הנאשם עלולה לפגוע בשיקומו.⁵ לפי תפישה זו, למרות שמטרת המשפט הפלילי היא להרשיע ולהעניש עבריינים, הרי שבמקרים חריגים רשאי בית המשפט לתת משקל לאינטרס החברתי בתהליך שיקומו של העבריין, גם במחיר הוויתור על ההרשעה. בפסיקה מאוחרת נזכר בצד שיקול השיקום גם טעם נוסף לאי-ההרשעה והוא, צמצום הפגיעה הקונקרטית והממשית שתגרם לנאשם בעקבות ההרשעה.⁶ ואכן, הרשעה נרשמת במרשם הפלילי ומכתימה את הנאשם בסטיגמה של "עבריין" למשך שנים רבות;⁷ הרישום הפלילי פוגע בזכות לפרטיות ובכבודו של הנאשם,⁸ ומעבר לכך הוא טומן בחובו השלכות היקפיות ומטיל על האדם מגבלות מעשיות בתחום התעסוקה ובעניינים נוספים.⁹ הרשעה יכולה לפסול אדם מלהשתתף במכרז,¹⁰ למנוע ממנו להקים משפחה בהליך של אימוץ,¹¹ ולפגוע באפשרות לזכות בוויזה למדינות זרות ובסיכוייו לקבל אזרחות ישראלית.¹² מעסיקים רבים דוחים כעניין שבשגרה מועמדים לעבודה בעלי רישום פלילי.¹³ לעיתים קרובות ההשלכות ההיקפיות של ההרשעה עצמה, ארוכות טווח ומשמעותיות יותר מהעונשים ה"קלאסיים" שמוטלים על ידי בית המשפט. כך במקרים רבים הפכו ההשלכות ההיקפיות של ההרשעה למרכיב העונשי העיקרי.¹⁴

לעומת זאת, פגיעתה של אי-ההרשעה בנאשם פחותה בהרבה. הסנקציות הנלוות לאי-ההרשעה, כמו צומחן, שירות לתועלת הציבור והתחייבות להימנע מעבירה, נרשמות אמנם במרשם הפלילי, אך הנגישות לפרטי המרשם מוגבלת למספר מצומצם של גופים לעומת אלו הנחשפים לרישום פלילי של הרשעה,¹⁵ ותקופת הרישום של עניינים אלו קצרה יותר באופן משמעותי: הרישום יימחק מן המרשם בחלוף 5 שנים מיום מתן פסק הדין, בעוד שבמקרה של הרשעה הרישום יימחק רק בחלוף 10 שנים מתום תקופת ההתיישנות שאורכה המינימאלי 7 שנים.¹⁶ ואכן, בשל ההבדלים שבין תוצאות ההרשעה לתוצאות של אי-ההרשעה, שאלת ההרשעה עולה באופן תדיר בבתי המשפט, הן בערכאות הדיוניות והן בערכאות הערעור, בעיקר כאשר מדובר בעברות קלות וכאשר אין לנאשם הרשעות קודמות.¹⁷

8 רותי קמיני **המרשם הפלילי** 108-134 (2016) (להלן: קמיני **המרשם הפלילי**).
 9 נתנאל דגן, ששימש כעוזר המחקר של הוועדה לבחינת חוק המרשם הפלילי, איתר בזמנו 185 מקצועות, עיסוקים והיתרים, אשר חסומים או עשויים להיות חסומים בפני בעלי עבר פלילי. ראו למשל: ס' (ד)4 (1) לחוק סוכני המכס, התשכ"ה-1964; ס' 4(4) לחוק הרשויות המקומיות (מהנדס רשות מקומית), התשנ"ב-1991, ס' 15(א)2 לחוק הגז (בטיחות ורישוי), התשמ"ט-1989; ס' 44(א)1 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א-1961; סעיף 4(ב) לחוק רואי חשבון, התשט"ז-1955. כן ראו הוועדה לבחינת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981 **דין וחשבון** (ירושלים, מאי 2010); ראו גם את רשימת המעסיקים של משרד המשפטים המוסמכים לקבל מידע בדבר רישום פלילי, בכתובת <http://www.justice.gov.il/Units/Pardons/Topics/RestrictionPractice/Pages/RestrictionAreasPractice.aspx>.
 10 ע"א 8189/11 **דיין נ' מפעל הפייס** (פורסם בנבו, 21.2.2013).
 11 ס' 28ח(א)4 לחוק אימוץ ילדים, התשמ"א-1981.
 12 ת"פ 15-07-16068 **מדינת ישראל נ' שוויקי** (פורסם בנבו, 1.11.2012).
 13 קמיני **המרשם הפלילי**, לעיל ה"ש 8, בעמ' 306-307 וההפניות שם.
 14 שם, בעמ' 302-300 וההפניות שם.
 15 ס' 13 לחוק המרשם הפלילי, וכן בתוספת הראשונה לחוק זה. כן ראו ס' 9 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969, הקובע שצו מבחן שניתן ללא הרשעה לא יגרור אחריו תוצאות של הרשעה לשום ענין, אלא אם נקבע אחרת בחוק.
 16 שם, בס' 16(ב), וראו לעיל ה"ש 7.

את בית המשפט להידרש לתרחישים תיאורטיים, שאין לדעת אם יתממשו בעתיד, ולא ברור כלל עד כמה תהיה להרשעה בדין השפעה על התכונות של אותם תרחישים".

גישה זו של בית המשפט העליון מיושמת הלכה למעשה בבתי משפט השלום והמחוזי ומבחן הנזק הקונקרטי שייגרם לנאשם הפך למבחן המכריע בשאלת הרשעתו או אי הרשעתו של נאשם, גם כאשר מדובר בנאשמים צעירים אשר מטבע הדברים יכולים להצביע במקרה הטוב על נזקים אפשריים בלבד.²⁴ אכן קיימים מקרים חריגים בהם בית המשפט ויתר על דרישת הנזק הקונקרטי בעניינם של בגירים צעירים שלא יכלו להצביע על נזק קונקרטי, אך הדבר נעשה תוך שבית המשפט ציין מפורשות כי הוא אינו קובע מסמרות באשר לגישה הראויה בעניין זה.²⁵ נקודה חשובה לעניינו היא, שגם במקרים בהם בית המשפט נעתר לבקשה שלא להרשיע את הנאשם, הדבר נתפש כהכרעה לנהוג עם הנאשם לפני משורת הדין, ולא כתוצאה המשקפת את שורת הדין והנובעת מניתוח של הענישה ההולמת בנסיבות המקרה.²⁶

המצב הקיים הקובע כי ניתן יהיה להימנע מהרשעה רק במקרים חריגים ביותר, והתפיסה הנוהגת כיום כי נדרשת פגיעה חמורה קונקרטי ומוחשית בנאשם כתוצאה מהרשעתו, להבדיל, מפגיעה ערטילאית ותאורטית, אינה מאפשרת לבית המשפט להימנע מהרשעה במקרים רבים אחרים שבהם ראוי לעשות כן גם אם אין פגיעה קונקרטי. המבחן הקיים בוודאי לא עושה חסד עם נאשמים צעירים אשר היכולת שלהם להראות פגיעה קונקרטי לרוב אינה קיימת.

כתבי אישום רבים מוגשים בגין עבירות שרף החומרה שלהן והפגיעה בערך המוגן ובאינטרס הציבורי אינם גבוהים, והנאשמים הם שחקנים חד פעמיים בהליך הפלילי. במקרים אלה סבורה התביעה כי האינטרס הציבורי מחייב להגיש את כתב האישום ולא ניתן לסגור את התיק מחוסר עניין לציבור או בהסדר מותנה. במקרים רבים, נאשמים אלה לא יוכלו להצביע על פגיעה קונקרטי שתיגרם להם בעקבות הרשעתם, אלא רק על פגיעות עתידיות אפשריות. בנסיבות אלה, ובהתאם לפסיקה הקיימת והנוהגת, בית המשפט יהיה מחויב להרשיע. מצב משפטי זה כובל את ידיו של בית המשפט ומצמצם את מספר

המקרים שבהם ניתן להימנע מהרשעה, ובכך מוביל לתוצאה של ענישה לא הולמת ולא מידתית במקרים שבהם נסיבות ביצוע העבירה כשלעצמן מצדיקות הימנעות מהרשעה מבלי להידרש לשאלת קיומה של פגיעה קונקרטי בנאשם ובשיקומו.²⁷

המבחן הקיים יוצר הפליה בין נאשמים שאשמתם זהה. נאשמים שהתמזל מזלם וקיימת בעניינם פגיעה קונקרטי הם על פי רוב בעלי מעמד ועבודה מסודרת, אשר עלולים להיפגע במידה ויורשעו. לעומתם, נאשמים אחרים שאוחזים במקצוע שסובל הרשעה, יורשעו. ההפליה בולטת במיוחד במקרה שבו מוגש כתב אישום נגד שני נאשמים או יותר שביצעו את אותה עבירה. אם רק אחד הנאשמים יכול להוכיח פגיעה קונקרטי שתיגרם לו בעקבות ההרשעה (לדוגמה, סטודנט למשפטים) - הוא יזכה בביטול הרשעתו, בעוד שחבריו יורשעו.²⁸ הפליה שכזו איננה ראויה ונוגדת את רוחו של תיקון 113 לחוק העונשין שחרט על דגלו את הגברת ערך השוויון בין נאשמים.²⁹

המבחן הקיים לא מביא בחשבון את כלל השלכות היקפיות של הרשעה עצמה. כאמור, להרשעה השלכות היקפיות ארוכות טווח הרבה יותר מהעונש שהוטל במקור. לעיתים השלכות היקפיות של הרשעה הפכו למרכיב העונש העיקרי ונדמה כי כבר בשלב בחינת שאלת ההרשעה ראוי לבחון במסגרת שיקולי ההלימה והמידתיות את מרכיב השלכות היקפיות העתידיות.

קושי נוסף במצב המשפטי הקיים מתעורר במקרים שבהם בית המשפט סבור שבשל שיקולי צדק והגיונות משפטית יש להימנע מהרשעה, אך אין לו את הכלים המשפטיים לתת לכך ביטוי מעשי בהעדר הוכחה לפגיעה בסיכויי השיקום של הנאשם או לנזק קונקרטי שייגרם לו. כוונתנו למקרים שבהם בית המשפט סבור כי הפגיעה בתחושת הצדק וההגיונות המשפטית לא מספיק חזקה כדי להצדיק את ביטול כתב האישום מכוח ההנחה מן הצדק, אך מצדיקה את ביטול הרשעה כאמצעי מתון ומידתי לריפוי הפגם. הרחבת הסמכות של בית המשפט לביטול הרשעה, ללא תלות בשיקולי שיקום או נזק קונקרטי, תיתן בידי בית המשפט את הכלים להגיע לתוצאה המשפטית הזו במקרה הצורך.³⁰

17 על פי אורן גזל-אייל, ענבל גלון וקרן וינשל-מרגל "שיעורי הרשעה וזיכוי בהליכים פליליים" (מחלקת מחקר של הרשות השופטת והמרכז לחקר פשיעה, משפט וחברה באוניברסיטת חיפה, מאי 2012), כ-5% מכלל התיקים מסתיימים באי-הרשעה. כמובן שאחוז התיקים בהם מועלית מצד הסנגוריה בקשה לביטול ההרשעה גבוה הרבה יותר. המחקר זמין באתר בתי המשפט: <http://elyon1.court.gov.il/heb/Research%20Division/doc/Research1.pdf>

18 רע"פ 11476/04 מדינת ישראל נ' חברת השקעות דיסקונט בע"מ (פורסם בנבו, 14.4.2010), וכן ראו רע"פ 3336/10 זכוור נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.3.2011).

19 רע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' קליין (פורסם בנבו, 4.9.2007); רע"פ 2513/96 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד (נ) 682 (1996) ("הכלל הוא שיש להרשיע נאשם שעבר עבירה, ומי שטוען את ההפך שומה עליו לשכנע את בית המשפט ששיקולי השיקום גוברים במקרה האינדיווידואלי על השיקולים שבאינטרס הציבורי"); רע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד (נ) 685 (2000).

20 לעיל ה"ש 2.

21 ראו למשל הדיון בע"פ 111/14 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.4.2014).

22 ראו למשל רע"פ 2862/12 מילמן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.1.2019); רע"פ 8627/12 הנסב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 31.12.2012); רע"פ 654/13 אבו בכר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 26.2.2013).

23 לעיל ה"ש 6.

24 רע"פ 3989/15 גוזלן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.8.2015), רע"פ 7109/14 אסייג נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.11.2014), רע"פ

תיקון 113 מנחה את בית המשפט כיצד לקבוע מהו העונש הראוי לנאשם הקונקרטי, ואינו מתייחס לסוגיית אי-ההרשעה. אכן, על פי התפישה המקובלת שתוארה לעיל, ההרשעה עצמה איננה עונש, אלא רק קביעה של בית המשפט שאשמתו של הנאשם הוכחה, ומשום כך אין ההרשעה עצמה תלויה בשיקולי הענישה הקבועים בחוק אשר מנחים את בית המשפט לקבוע את העונש ההולם לאחר ההרשעה. עמדה זו קיבלה ביטוי מפורש בכמה פסקי דין בשלום ובמחוזי.³³ אנו סבורים כי ניתוח פורמלי זה של מוסד ההרשעה - שגוי. שתי החלופות של הרשעה ואי-ההרשעה כוללות בחובן באופן מובנה חבילה של סנקציות נלוות, ולכן ראוי שגם ההכרעה אם להרשיע את הנאשם או להסתפק באי-ההרשעה תיעשה גם היא על פי העקרונות והכללים שהתווה תיקון 113 לקביעת העונש ההוגן. הרשעת הנאשם אינה רק קביעה תיאורטית בה מכריז בית המשפט כי השתכנע שהנאשם ביצע את המיוחס לו, אלא קביעה משפטית בעלת השלכות נורמטיביות ועונשיות הנובעות מהרישום הפלילי ומהשלכותיו השונות. ההרשעה מופיעה אפוא תמיד ביחד עם חבילה צמודה של סנקציות, ואי אפשר לנתק אותה ממשמעויותיה העונשיות.³⁴ משום כך יש צורך לבחון גם את ההרשעה, כמו גם את החלופה של אי-ההרשעה, במסגרת מתחמי הענישה והעונש ההולם על פי המבחנים שהוגדרו בתיקון 113. לבחינה זו תהיינה השלכות לעניין אי-ההרשעה גם בשלב הראשון של קביעת המתחם וגם בשלב השני של קביעת העונש ההולם, כפי שנראה להלן. הנקודה החשובה בניתוח המוצע היא, שמסלול אי-ההרשעה לא ייתפש יותר כחריג המסכל את מטרותיו של ההליך הפלילי, אלא כקביעה המשקפת במקרים הראויים את העונש ההולם בנסיבות המקרה. בניגוד לתפישה שלפיה הרשעה נדרשת כדי להביא למיצי תכליותיו השונות של ההליך הפלילי, אנו מבקשים לטעון שלעתים הסנקציות הנלוות לה פוגעות בנאשם בצורה לא מדתית, וכי תכליות הענישה יכולות לבוא לידי ביטוי מלא ונכון גם בהליך שמסתיים באי-ההרשעה. גם אי-ההרשעה מלווה כאמור בסנקציות שונות, ובאמירה ברורה של בית המשפט שהנאשם אכן אשם בביצוע העבירה המיוחסת לו, ישנם מקרים שבהם התגובה ההולמת והאופטימלית למעשה העבירה היא הנעת הליך פלילי והגשת כתב אישום וסיומו באי-ההרשעה. אנו מדגישים זאת כנגד טענה אפשרית ולפיה הליך

לבסוף נציין כי המיקוד בפגיעה הקונקרטי מוביל בפרקטיקה למניפולציות לא רצויות מצדם של נאשמים שמבקשים לזכות בחסד של אי-ההרשעה. כך, נאשמים רבים, פונים לאחר הגשת כתב אישום נגדם, לחיפוש אחר אפיק לימודים או מקצוע אשר יכול לבסס טענה לנזק קונקרטי למרות שכלל אינם מעוניינים ואינם מתעתדים לעסוק בו בפועל. נאשמים נרשמים ללימודי תיורן, לימודי משפטים ועוד, במטרה לשכנע את בית המשפט כי הרשעתם בדין תגרום להם לפגיעה חמורה, ממשית וקונקרטי. בשיאן של התופעות השליליות ניתן למצוא מקרים שבהם אף הוגש כתב אישום כנגד נאשם בגין זיוף מסמך המתאר פגיעה קונקרטי.³¹

ג. המודל המוצע: אי-ההרשעה כחלק ממתחם הענישה

בניגוד לתפישה המקובלת שתוארה לעיל, אנו מבקשים כאמור לבחון את מוסד אי ההרשעה במשקפי תיקון 113 לחוק העונשין בעניין הבניית שיקול הדעת בענישה, שנכנס לתוקפו בשנת 2012. הטענה היא שאותם מבחנים שנועדו לקבוע מהו העונש הראוי לנאשם צריכים לחול גם על הבחירה בין חלופת ההרשעה לחלופת אי-ההרשעה. גישה זו נקיה יותר מבחינה אנליטית ויכול שתמנע מצבים לא הגיוניים שבהם העונש הראוי לעבריי, על פי מבחני תיקון 113, הינו קל יותר מהסנקציות הנלוות להרשעה עצמה.

תיקון 113 נועד להבנות את שיקול דעתו של בית המשפט בגזירת העונש המתאים לנאשם בנסיבות העבירה (סעי' 40א), כדי להביא לאחידות בגזרי הדין בבתי המשפט השונים וכדי להגביר את ערך השוויון, תוך שמירה על עיקרון הענישה האינדיבידואלית בשים לב לנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה. התיקון הגדיר את העיקרון המנחה בענישה כקיום יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם לבין סוג ומידת העונש המוטל עליו (סעי' 40ב). על פי התיקון, על בית המשפט לקבוע תחילה מתחם ענישה ראוי לעבירה בה הורשע הנאשם בהתחשב בנסיבות הקשורות בביצועה כמפורט בסעיף 40ט לחוק העונשין, ולאחר מכן לקבוע את העונש הראוי בתוך המתחם על פי נסיבותיו של הנאשם ונסיבות אחרות שאינן קשורות בביצוע העבירה, כמפורט בסעיף 40יא לחוק העונשין.³²

2136/15 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.3.2015).

25 ע"פ 4466/13 פורטל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2014).

26 ברע"פ 3515/12 שבתאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.9.2013) (להלן: עניין שבתאי), קבע בית המשפט העליון חריג מצומצם לכלל ההרשעה בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה: "הגם שההלכה הקיימת שלפיה הרשעה בפלילים היא הכלל והימנעות ממנה היא חריג, עומדת בעינה, ניתן להחיל הלכה זו בגמישות רבה יותר כאשר מדובר בעבירות אסדרתיות של אחריות קפידה". בעניין זה קבע בית המשפט מעין מקבילית כוחות: "ככל שהעבירה שעבר הנאשם ונסיבות ביצועה הן ברך הנמוך, כך פוחת האינטרס הציבורי שבהרשעה. כפועל יוצא, ניתן להקל על הנטל המוטל על כתפי הנאשם להראות את עצמת הפגיעה שתיגרם לו כתוצאה מן ההרשעה כתנאי לאי הרשעתו בדין. לגישה דומה המבקשת להגדיל את מרחב אי-ההרשעה ראו גם דעת המיעוט של השופט גרוסקופף בע"פ 11-12-44406 (מחוזי - מר') שואהנה נ' מ"י (פורסם בנבו, 16.2.2012). ואולם, גם הוא רואה בביטול ההרשעה הפעלה של מידת הרחמים ביחס לנאשם. ההצעה שלנו, לעומת זאת, מבקשת למסגר את מוסד אי-ההרשעה בשיקולי הענישה הקבועים בדין, ולא בתחום של הפעלת מידת הרחמים.

27 ראו למשל דבריו המפורשים של השופט עידו דרוריאן-גמליאל, בת"פ 17-03-59837 (שלום - ת"א) מדינת ישראל נ' מניר (פורסם בנבו, 18.3.2018), במקרה שבו הנאשם לא הצליח להוכיח פגיעה קונקרטי: "צר לי מאוד שההלכה הפסוקה כובלת את ידיי בתיק זה, כמו גם בתיקים אחרים. הנאשם אינו יכול להצביע על נזק קונקרטי מעצם ההרשעה, פרט לחשש (הלא מבוסס) שההרשעה עתידה לחסום בפניו דרכים עתידיות. הלכת כתב הידועה הדגישה, ובעקבותיה כמעט כל פסיקה נוספת של בית המשפט העליון, שקיומה של אפשרות בלבד לפגיעה תעסוקתית אינה נחשבת כפגיעה חמורה וקונקרטי לשיקום הנאשם. לפיכך, דוחה אני את עתירת ההגנה, וההרשעה תעמוד על כנה".

שהסתיים באי-הרשעה טוב לו שלא בא לעולם. טענה זו שגויה. לניהול ההליך הפלילי שמסתיים באי-הרשעה ובסנקציות הנלוות לה יש אפקט אקספרסיבי ומרתיע, ואין כל קושי מושגי או נורמטיבי בכך שבית המשפט יקבע שמתחם הענישה על ביצוע עבירה מסוימת יתחיל באי-הרשעה ושהעונש ההולם שיוטל על הנאשם בסופו של דבר, לא יכול הרשעה ורישום פלילי.

לסייג של זוטי דברים במקרים אלה ראוי לדעתנו שמתחם הענישה ברף התחתון שלו יתחיל ב"אי-הרשעה". ובמילים אחרות: הקביעה אם יש עניין ציבורי³⁶ בהגשת כתב אישום איננה צריכה להיות בהכרח עניין בינארי של "כן או לא"; ונכון יותר לספק לתביעה ולבית המשפט ארגז כלים רחב יותר שיאפשר להם לבחור לכתחילה במצב הביניים של הגשת כתב אישום שעשוי להסתיים באי-הרשעה.

מתחם הענישה הראוי נקבע כאמור על פי נסיבות ביצוע העבירה בהתאם לחומרת העבירה ומידת אשמו של הנאשם, על פי השיקולים הנזכרים בסעיף 40ט לחוק העונשין. כך למשל, בית המשפט צריך לבחון האם קדם תכנון לביצוע העבירה? מה הנזק שנגרם מביצוע העבירה? מהי מידת הקרבה של המקרה לאחד מסייגי האחריות הפלילית? מהן הסיבות שהביאו את הנאשם לבצע את העבירה? מה החלק היחסי של הנאשם בביצוע העבירה? האם היה בנסיבות העניין ניצול לרעה של כוחו או מעמדו של הנאשם? וכיצא באלו. ככל שחומרת העבירה ומידת האשם של הנאשם נמוכות - כך צריך בית המשפט לקבוע מתחם ענישה נמוך יותר שיהלום "את חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ואת מידת אשמו של הנאשם" (סעי' 40ב). כאמור, אנו סבורים שיש מקרים בהם ניתוח נכון של חומרת מעשה העבירה ומידת אשמו של הנאשם יביא לקביעת מתחם ענישה שיתחיל ברף הנמוך של אי-הרשעה. ראוי לציין את השיקול בעניין "הקרבה לסייג לאחריות פלילית" שנכלל ברשימת השיקולים שבסעיף 40ט, שלפיו קרבה לסייג לאחריות פלילית מלמדת על מידת אשמה נמוכה יותר שמצדיקה הקלה בעונש. בהקשר שלנו שיקול זה רלוונטי לכל אותם מקרים רבים בהם העבירה המיוחסת לנאשם נמצאת ברף הנמוך ביותר של המדרג הפלילי, ועל כן קרובה מאוד לסייג של זוטי דברים. סייג זוטי דברים קובע שאין אדם נושא באחריות פלילית למעשה שמתקיימים בו יסודות עבירה כלשהי, "אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".³⁵ במקרים המוגדרים כזוטי דברים אין אפוא מקום להגשת כתב אישום כל עיקר. השלב הבא במדרג הפלילי, מטיל על העושה אותו אחריות פלילית ולכן מצדיק גם הגשת כתב אישום, אך הוא קרוב מעצם טבעו לסייג של "זוטי דברים". שלב זה כולל את המקרים הקלים שבהם התביעה צריכה להגיש כתב אישום, אך בשל הקרבה

לאחר הגדרת מתחם הענישה הראוי, עובר בית המשפט לשלב השני בו הוא צריך לקבוע את העונש ההולם לנאשם בתוך גבולות המתחם, על פי מכלול השיקולים הנוגעים לנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה. במקרים בהם הרף התחתון של המתחם התחיל באי-הרשעה יוכל בית המשפט להגיע למסקנה שבשל מכלול הנסיבות שאינן קשורות בביצוע העבירה, הרשעת הנאשם (על חבילת הסנקציות הצמודות לה) מהווה עונש חמור מדי, שאינו מקיים את עקרון ההלימה בענישה. במקרה כזה יבחר בית המשפט במסלול של אי-הרשעה, לא כעשיית חסד עם הנאשם וכפסיקה לפני משורת הדין, אלא כביטוי לעונש ההולם והראוי לנאשם. סעי' 40א מונה כאמור את השיקולים השונים שבית המשפט רשאי לשקול בבואו לקבוע את העונש הראוי לנאשם בגבולות מתחם הענישה. לשיטתנו יש לקרוא את כל השיקולים המנויים בסעיף כמתייחסים גם לשאלה האם העונש המתאים לנאשם כולל הרשעה, או שיש להסתפק ב"אי-הרשעה". ואכן, קריאה של שיקולים אלו מלמדת שכולם רלוונטיים גם לשאלה האם להרשיע או לא להרשיע את הנאשם. כך למשל, השיקול הראשון קובע שבית המשפט רשאי להתחשב ב"פגיעה של העונש בנאשם". המילה "עונש" צריכה לכלול בתוכה גם את ההרשעה עצמה (וחבילת הסנקציות הצמודות לה), ומכאן שבית המשפט רשאי לשקול את הפגיעה של ההרשעה בנאשם, ולבחור בעונש הנמוך יותר של "אי-הרשעה" לצד הסנקציות הנלוות לו (שירות לתועלת הציבור, צו מבחן וכיוצא"ב). ולסיכום: לעתים ההרשעה, על השלכותיה העונשיות, מהווה ענישה חמורה מדי, ובחירה במסלול של אי-ההרשעה היא העונש ההולם לנאשם. "עיקרון ההלימה" בא להבטיח יחס מידתי בין חומרת העבירה ואשמת הנאשם לבין הענישה, והוא פועל לשני הכיוונים: הוא מורה לבית המשפט שלא להטיל על הנאשם עונש קל מדי ביחס לעבירה שביצע, אך גם לא עונש חמור מדי. עיקרון זה

28 ראו ע"פ 17-03-22650 (מחזי - ת"א) **מדינת ישראל נ' אביסדרים** (פורסם בנבו, 8.1.2018).
 29 הפליה מתרחשת גם לנוכח קיומם של הסדרי טיעון בהם הצדדים מסכימים שהנאשם יודה בעובדות כתב האישום ומבקשים מבית המשפט להימנע מהרשעה, וזאת גם אם לנאשם לא תיגרם פגיעה קונקרטי וממשית כתוצאה מהרשעתו. ראו למשל ת"פ 14-07-48715 (שלום - ת"א) **מדינת ישראל נ' חנמי** (לא פורסם, 12.7.2016), ות"פ 15-11-52424 (שלום - ת"א) **מדינת ישראל נ' עזרא** (לא פורסם, 15.5.2018). הסדרים כאלה מתקבלים על ידי בית המשפט מבלי שנערכת בחינה של התנאים שהוגדרו בפסיקה לביטול הרשעה, ומפלים לרעה נאשמים בעבירות דומות שלא הגיעו להסדר טיעון, ושלמרות שבאשמו באתה עבירה בדיוק, כן יורשעו.
 30 אכן לאחרונה קבע בית המשפט העליון (כב' השופט אורי שהם), שבמסגרת שיקולי הגנה מן הצדק יכול בית המשפט לרפא את הפגיעה במבקש על ידי ביטול ההרשעה, וראו רע"פ 4070/18 **שניר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 1.8.2018). ראו גם ת"פ 10-04-12673 (שלום - נצ') **מדינת ישראל נ' עובד** (פורסם בנבו, 19/1/2015), וכן עפ"ד 12-04-44065 (מחזי - מר') **מדינת ישראל נ' דאנו** (פורסם בנבו, 15.7.2012).
 31 ראו למשל ת"פ 17-07-18624 **מדינת ישראל נ' זח** (לא פורסם).
 32 נזכיר כי בית המשפט יכול לחרוג ממתחם הענישה לקולא בשל שיקולי שיקום, או לחומרא בשל שיקולי הגנה על שלום הציבור, וראו סעי' 40-10 לחוק העונשין, וכן ראו הדיון להלן. בפרשת הולילנד (ע"פ 14/4456 **קלנר נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 29.12.2015)), קבע בית המשפט העליון שבית המשפט רשאי לחרוג לקולא ממתחם הענישה גם בשל נסיבות נוספות.
 33 עפ"ג 13-03-22408 (מחזי - ת"א) **סנאיה נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 22.5.2013); ת"פ (שלום - כ"ס) 10-12-51799 **מדינת ישראל נ' זנדון** (פורסם בנבו, 19/3/13). בעניין **סנאיה** קבע בית המשפט בצורה לקונית כי הרשעה איננה עונש. בעניין **זנדון** נאמר כי קביעת מתחם הענישה אינה נדרשת

יותר בדבר גבולות המשפט הפלילי, ומטרותיו של המשפט הפלילי, שאין מקום להרחיב בו כעת [...] אולם ברצוני להתמקד במרה צרה יותר של דיון זה, המתקשר לשאלת המשפט הפלילי וחלופותיו, בהתאם לעקרון המידתיות. יש הגורסים כי המשפט הפלילי הינו האמצעי החריף ביותר שיש למערכת המשפט, שפגיעתו היא הקשה ביותר בזכויות אדם. לכן יש לתור אחר אמצעים חלופיים שיכולים להגן על הערך החברתי באותה אפקטיביות [...]

חברתי השופטת מ' נאור ציינה בפרשת המרכז האקדמי, פס' 22 לפסק דינה, כי "במסגרת שאלת המידתיות, יש לבחון את שאלת קיומם של אמצעים חלופיים, פוגעניים-פחות, להשגתה של התכלית שאותה מיועדת ההוראה הפלילית לקדם". מכאן עולה הטענה כי ההליך הפלילי הוא הליך שיורי, כלומר "התנהגות מזיקה מבחינה חברתית (הפוגעת בערך חברתי) אינה צריכה לבוא תחת המטריה של דיני העונשין, אם ניתן להתמודד איתה באמצעים פחות חריפים וקשים" (קרמניצר, על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני, עמ' 326) [...]

ההצדקה בשימוש במשפט הפלילי תהיה רק אם לא קיים אמצעי אחר המגשים את המטרה או התוצאה המבוקשת, או אמצעי אחר אינו אפקטיבי דיו לשם השגת המטרה או התוצאה המבוקשת.

ברוח זו אנו מבקשים לטעון כי גם בכניסתנו לתחום הפלילי יש להמשיך ולהפעיל את שיקולי המידתיות בצורה דומה בשלב של קבלת ההחלטה אם להרשיע את הנאשם. נוכל לכנות זאת בשם "עיקרון שיוניות ההרשעה". אם ננסה לשרטט באופן סכמטי את תמונת המדרגים השונים של מעשי העבירה נקבל את התמונה הבאה: במדרג הנמוך ביותר נמצאות התנהגויות שגם אם הן פוגעות בחברה, ניתן להתמודד איתן באמצעים אחרים מלבד המשפט הפלילי. מדרג זה כולל, בין השאר, גם מעשי עבירה המוגדרים כזוטי דברים, אשר בגינם אין להגיש כתב אישום. במדרג שמעל נמצאים מעשי עבירה הקלים ביותר שאמורים להיכנס לחלול של המשפט הפלילי,

צריך לחול גם על ההרשעה עצמה, שכן מבחינה מהותית ומושגית אין הצדקה להבחין לעניין זה בין ההרשעה לענישה שבאה בעקבותיה. גישה זו תמנע את התוצאה הפרדוקסלית שבה הענישה המוטלת על הנאשם מכוח עיקרון ההלימה פוגעת בו פחות מעצם ההרשעה עצמה.

לניתוח המוצע כאן יש משמעות נורמטיבית גם במקרים שבית המשפט יקבע כי הרף התחתון של המתחם מתחיל בהרשעה (ולא באי-הרשעה). כידוע תיקון 113 מאפשר לבית המשפט לחרוג לקולא מהמתחם בשל שיקולי שיקום³⁷. בית המשפט יוכל אפוא לקבוע שבשל שיקולי שיקום הוא חורג לקולא ממתחם הענישה ומבטל את ההרשעה. דוגמה זו ממחישה את העדיפות האנליטית שאנו מוצאים במודל המוצע. גם כיום בתי המשפט נממקים פעמים רבות את ביטול ההרשעה בשיקולים של שיקום, אך כאקט של חסד ורחמים הסוטה מכלל ההרשעה. לדברינו יש לראות את שיקולי השיקום במקרים כאלה כביטוי להפעלת שיקולי הענישה על פי תיקון 113, המאפשרים לסטות ממתחם הענישה בשל שיקולי השיקום עצמם. הסתכלות כזו על מוסד אי-ההרשעה נכונה יותר מבחינה אנליטית ותאפשר הפעלת שיקול דעת רחבה מצדו של בית המשפט, כדי להגיע להטלת הסנקציה הראויה וההולמת בנסיבות העניין. יתירה מזאת, בחינת מכלול פסיקותיהם של בית המשפט העליון והערכאות הנמוכות בסוגיית "אי ההרשעה" מעלה כי למעשה גם כיום ההחלטה אם לבטל את ההרשעה מתמקדת, הן בפן המהותי והן בפן הרטורי, בשיקולי ענישה, אך מבלי להשתמש במסגרת האנליטית של תיקון 113. הצעתנו מבקשת לתת מסגרת נורמטיבית ואנליטית מדויקת ונכונה יותר למה שבתי המשפט עושים בכל מקרה.

ד. מידתיות בהרשעה, או: עיקרון שיוניות ההרשעה

בבג"ץ אווה שוורץ³⁸ ביסס בית המשפט העליון מפי השופט ג'זבראן את עיקרון שיוניות המשפט הפלילי. עיקרון זה קובע שיש להשתמש במשפט הפלילי בצורה מידתית ולהפעילו רק אם אי אפשר להשיג את מטרותיו בצורה אחרת שפגיעתה בנאשם פחותה. נצטט מקצת מהדברים:

הדיון בשאלת ההצדקה החוקתית בהעמדה לדיון פלילי, בהתאם לעקרון המידתיות, מתקשר בקשר הדוק לדיון רחב

במקרים הנדירים בהם בית המשפט בוחר לבטל את הרשעת הנאשם או להימנע ממנה. בית המשפט הוסיף כי ההרשעה איננה עונש וציון כי האפשרות להימנע מהרשעה אינה מופיעה בפרק 1 לחוק העונשין שכותרתו היא "דרכי ענישה" אלא רק בחסד"פ או בפקודת המבחן. עוד אמר בית המשפט כי השיקולים להימנע מהרשעה אמנם קשורים לשיקולי ענישה אך הם אינם בגדר שיקולי ענישה. ראו גם להלן הטקסט של די"ש 42. 34 בהקשר זה אנו סבורים ששאלת הסיווג של תכליות הרישום הפלילי והשלכותיו כענישה או כמניעה, אינה משנה לעניין הטיעון שלנו. גם אם המטרות המקוריות של הרישום והשלכותיו אינן עונשיות אלא מניעיות, אין זה משנה את העובדה שהן פוגעות בנאשם בדומה לרכיבי העונש האחרים, ולעתים אף יותר, ומכאן הצורך לבחון את ההרשעה (ואת הרישום הנלווה לה) במסגרת מתחמי הענישה. לגבי סיווג מטרות המרשם כענישה או כמניעה, ראו **קמיני המרשם הפלילי**, לעיל די"ש 8, בעמ' 7-8; וכן עניין **שבתאי**, לעיל די"ש 26: "מהניתוח שהובא בעניין נסאסרה עולה כי הדין מתייחס למרשם הפלילי כאל כלי מינהלי שתכליתו צופה פני עתיד, ולא כסנקציה ענישתית נוספת על העבירות שנעברו בעבר [...] לשון אחר, המרשם הפלילי נועד לאפשר לחברה להתגונן מפני הסיכון שבהפרה חוזרת של החוק מצד מי שהפר אותו בעבר, ולכן קיומו של רישום פלילי עשוי לסייג את הכשרות של אדם להתמנות או להיבחר לתפקידים ציבוריים או לקבל רישיון לעיסוק מקצועי על-פי דין. בנוסף, הוא משמש את רשויות אכיפת החוק בעבודתן, וכן את בתי המשפט בבואם לגזור את עונשו של אדם (ראו סעיף 40א(11) לחוק העונשין). לעומת זאת, יש הרואים ברישום הפלילי - כשלעצמו - משום סנקציה (ראו: רות קמיני "הסיווג הראוי של המרשם הפלילי - העברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו" **עלי משפט** ט 327, 343 (2011)). הסיווג העיוני של ההרשעה ושל הרישום הפלילי אינם נדרשים במישורין להכרעה כאן, אך חשוב לעמוד על ההשלכות השונות שיש לנושא זה". 35 ס' 34 לחוק העונשין: "לא ישא אדם באחריות פלילי למעשה, אם לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך". כך למשל אפשר להניח שמעשה גנבה של שקל אחד נופל בגדר זוטי דברים בהקשר הפלילי.

ה. לפני סיום - האם לא הגיעה השעה לביטול שיח החדס?

מזה שנים רבות נוהג שיח החדס בשאלת אי-הרשעתו של נאשם. ברשימה זו ביקשנו להציע מסגרת אנליטית ונורמטיבית חדשה למוסד אי-ההרשעה, אשר תכלול אותו בתוך מערכת המבחנים של קביעת העונש ההולם בהליך הפלילי. מודל זה יעניק לבית המשפט שיקול דעת רחב יותר ויאפשר להגיע לתוצאות ראויות ומדתיות יותר בסימונו של ההליך הפלילי, לא כאקט של חסד מצד בית המשפט, אלא כביטוי מיטבי של הכללים המשפטיים עצמם. החלת עקרון ההלימה בענישה ועקרון המידתיות על שאלת ההרשעה, נכונה יותר מבחינה נורמטיבית, ראויה יותר ושוויונית יותר. מתווה זה יאפשר ביטול הרשעה במצבים שנסיונות העבירה לבדן מצדיקות אי-הרשעה, ייתן מענה מידתי לעבירות קלות שבוצעו, ייקח בחשבון נסיבות חשובות נוספות מלבד שיקומו של הנאשם והנזק הקונקרטי שייגרם לו ויגביר את השוויון.

המודל המוצע הועלה פעמים אחדות לפני בתי המשפט, אך לא זכה להסכמתם. לאחרונה נפתח פתח לשינוי. בעניין ביבי, בו ייצג אחד מכותבי רשימה זו את הנאשם, הותר בית המשפט המחוזי את השאלה האם ניתן להתחיל מתחם ענישה באי-הרשעה פתוחה, תוך שאמר את הדברים הבאים:

את השאלה האם ניתן להתחיל מתחם ענישה ברמה של הימנעות מהרשעה או מותירים לעת מצוא, שכן דעתנו היא שאפילו נצא מנקודת הנחה שביקרה חפץ הסנגור, קרי שנקודת המוצא של מתחם הענישה יכול ותהיה הימנעות מהרשעה, לא זה המקרה שבו השינוי המושגי יביא גם לשינוי התוצאה.³⁶

אנו מקווים שרשימה זו תסלול את הדרך לאימוץ המודל המוצע ולקביעת הלכה חדשה בנושא זה, וקוראים לכם, הסניגורים, לאתר את המקרה שבו השינוי המושגי יוביל גם לשינוי התוצאה.

שכן רק הוא נותן מענה הולם להתמודדות עם הפגיעה החברתית הגלומה במעשה. מקרים אלה מצדיקים הגשת כתב אישום וניהול הליך פלילי, אך ראוי לסיימם באי-הרשעה אם זו תיתן את המענה ההולם לאינטרס החברתי שנפגע בביצוע העבירה. רק במדרג הגבוה יותר, צריך בית המשפט לסיים את ההליך בהרשעה כחלק מהעונש ההולם למעשה העבירה.

ביטוי נוסף להשקפה זו בדבר קיומו של מדרג עברות קלות העובר את סף המשפט הפלילי אך המצדיק את סימונו של ההליך באי-הרשעה אפשר למצוא במוסד החדש יחסית שקבע המחוקק בעניין "סגירת תיק בהסדר"³⁷. תיקון 66 לחסד"פ שנחקק בשנת 2012 מאפשר לתביעה לסיים הליך פלילי בהסדר מותנה במגוון עבירות³⁸ ככל שהמקרה והחשוד עומדים בתנאים המוגדרים בחוק. לפי סעיף 67א(ד) לחסד"פ תובע רשאי לסגור תיק בהסדר מותנה כאשר העונש המתאים אינו כולל מאסר בפועל ובתנאי שלא היה לחשוד רישום פלילי בחמש שנים שלפני ביצוע העבירה נשוא ההסדר. במסגרת ההסדר מודה החשוד בעובדות העבירה ומקבל על עצמו תנאים והגבלות, שאם יפר אותם - כתב האישום יוגש מחדש. תכליתו של תיקון 66 הייתה ליצור כלי מידתי נוסף במשפט הפלילי. מטרתו היא העשרת "ארגז הכלים" העומד לרשות התביעה, על מנת לאפשר התאמה טובה יותר בין חומרת העבירה ונסיבות ביצועה לבין חומרת התגובה החברתית המופעלת כנגד העבריין. המחוקק בחר להחיל את מבחני תיקון 113 על קביעת תנאי ההסדר³⁹ וקשה שלא להבחין בדמיון הרב שיש בין הסדר מותנה ותנאיו לבין המוסד של אי-הרשעה. בעקבות תיקון 66 לחסד"פ נוצר מדרג נוסף ב"דיני הזוטות". בעבירות הרלוונטיות להסדר מותנה עומדת בפני התביעה האפשרות לבחון חלופה להגשת כתב אישום, ורק אם ההסדר לא מומש מסיבה כלשהי, מוגש כתב האישום. השלב הבא בארגז הכלים צריך להיות בחינת האפשרות לביטול ההרשעה לא כאקט של חסד, אלא כיישום של כלל המידתיות בהליך הפלילי⁴⁰. ההיגיון אומר כי ככל שמבחינת האינטרס הציבורי מקרה מסוים נמצא מתאים לסגירה בהסדר מותנה מחוץ לכותלי בית המשפט הוא בוודאי יכול להוביל לאי-הרשעה בתוך בית המשפט כנקודת מוצא ולא כחריג של חסד.

36 במסגרת תיקון 82 לחסד"פ שהתקבל השנה (2018) (חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 82), התשע"ח-2018), שונה נוסחו של ס' 62א(א) לחסד"פ, והביטוי "שאינו במשפט עניין לציבור" הוחלף בביטוי "אם נסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה לדין". אך כפי שנאמר בדברי ההסבר להצעת החוק, מדובר רק בשינוי של מינוח ולא בשינוי מהותי.

37 סעיף 40 לחוק העונשין.

38 בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 12.7.2010).

39 ס' 67א-67ב לחסד"פ.

40 "נוהל והנחיות להפעלת סימון א'1 בפרק ד' לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב - 1982 - "הסדר מותנה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.3042 (התשע"ז).

41 ס' 167ב(ג) לחסד"פ.

42 ראו ת"פ 43653-12-16 (שלום - ת"א) מדינת ישראל נ' נעם (לא פורסם, 17.4.2018). במקרה זה, בית המשפט נמנע מהרשעת הנאשם, למרות שעניינו לא עומד בתנאי הלכת כתב, מאחר ולא היתה מחלוקת על כך שעניינו מתאים למסלול של הסדר מותנה, ואולם רק בשל תאריך ביצוע העבירה הוא לא נכנס לגדרו של זה.

43 ע"פ 44302-06-17 (מחוזי - ת"א) ביבי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 18.10.2017).