

העונש גדול מסכום הרשעותיו

האם זיכוי חלקי במסגרת ערעור שהגיש מורשע מוביל אוטומטית גם להקלה בעונשו? למרבה הפליאה התשובה שלילית. מתברר שכאשר העונש הוא עונש כולל, אין חובה להקטינו, בניגוד לעונש שהוטל בנפרד על כל עבירה. וגם: התמריץ הבעייתי של המדינה להגיש ערעור על קולת העונש

דוד ברהום

העונש הוטל בנפרד על כל עבירה או שמדובר בעור-נש כולל, ובמצב האחרון אין חובה בדין להקטין את העונש; ובהמשך לכך, אם במצב של עונש כולל הוגש ערעור מקביל על ידי המדינה על קולת העונש, ולו טקטי, שאז על פי רוב תהיה הנטייה שלא להקל בכלל. על זאת יש להוסיף כי לבית משפט בערעור יש סמכות לקבוע מחדש את העונש בגין ההרשעות שנותרו על כנן, לרבות על דרך שינוי סדר החפי-

פה של עונשי מאסר שהוטלו בערכאה הנמוכה, ובכך למעשה ליטול את העוקץ מהזיכוי החלקי.

שורת הצדק והאינטואיציה הבסיסית מחייבות כי זיכוי חלקי בשלב הערעור יוביל אוטומטית להקלה בעונש. היטיב לנסח זאת השופט חיים כהן בד"נ 30/75 קובי נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 757:

זיכוי חלקי אמור להוביל אוטומטית להקלה בעונש, שהרי העונש גדל, לכן, הותרת העונש המקורי על כנו, בהיעדר ערעור מצד המדינה, משמעה החמרה שלא בסמכות

האם מן הדין להקל בעונשו של מי שהורשע בערכאה הדיונית וזוכה חלקית בערעור? למרבה הפליאה, על שאלה חשובה זו, הנוגעת ישירות בחירותו של נאשם, אין מענה ברור וחד-משמעי. לכאורה, המרת הרשעה בזיכוי הייתה אמורה לחולל שינוי בעונש כעניין שבשגרה.

כך למשל מי שנידון לעונש של מאסר בפועל וזר-כה בערעורו, בטלה ההרשעה ובטל העונש כלי.

אותו היגיון היה אמור לחול גם במקרה שהזיכוי אינו מלא אלא חלקי, כלומר זיכוי מאחת או יותר מן העבירות שבהן הורשע הנאשם-הערער באופן שיוביל לביטול חלק מן העונש או להקלה בו במידת מה. ואולם על פי הפסיקה, זיכוי חלקי אינו מוביל אוטומטית להקלה בעונש. ההקלה תלויה בשאלה אם



עו"ד דוד ברהום, בעל משרד עצמאי העוסק במשפט פלילי; מנהל הקליניקה לזכויות בהליך הפלילי, האוניברסיטה העברית



הדיונית עונשים **נפרדים**, יחייב זיכוי בערעור הקלה בעונש, היינו ביטול או צמצום של הרכיב העונשי הצמוד לעבירה מושא הזיכוי. למשל, אם הנאשם-המערער הורשע בשתי עבירות של התפרצות ונגזרה עליו שנת מאסר בפועל בגין כל אחת מן העבירות, ובסך הכל שנתיים מאסר, הרי אם ערכאת הערעור מצאה לנכון לזכותו מאחת מן העבירות – בנפול ההרשעה נופלת שנת המאסר הצמודה לה. לא כך הדין במצב שהעונש הוא **כולל**. כלומר עונש או כמה עונשים שהוטלו בלי לפרט על איזו עבירה שבה הורשע הנאשם-המערער הם מוסבים. במצב זה מסורה הקלה בעונש לשיקול דעתו של בית המשפט שלערעור, והוא אינו מחויב לעשות כן, אף שכדברי הנשיא גרוניס בע"פ 5367/05 **פלוני נ' מדינת ישראל** (4.2.08), "חייבים אנו לשיקול האם ראוי לעשות כן". לאחרונה נשמעה הדעה כי גם כאשר מדובר בהרשעה בעבירה אחת שהומרה לעבירה קלה הימנה, אין על בית המשפט שלערעור חובה מן הדין להקל בעונש. מדובר בבקשה למתן רשות ערעור בעניינו

"אין אני מעלה על הדעת שהמחוקק הישראלי מסוגל היה להתכוון... להסמכת בית-משפט שלערעור שיבטל הרשעה אך ישאיר ענשה בעינו: לטעמי שלי, נוגד דבר זה מושגי יסוד של עשיית צדק". יתר על כן, סעיף 217 לחסד"פ קובע כי "בית משפט לא יגדיל עונש שהוטל על נאשם, אלא אם הוגש ערעור על קולת העונש". ולכן, בחשבון פשוט, זיכוי חלקי אמור להוביל אוטומטית להקלה בעונש, שהרי העונש גדל, לכן, הותרת העונש המקורי על כנו, בהיעדר ערעור מצד המדינה, משמעה החמרה שלא בסמכות. נמחיש זאת באמצעות דוגמה: מי שקיבל שנת מאסר בגין שתי עבירות אלימות חזקה מאחת מהן בערעור, עונשו החדש בגין העבירה שבה הורשע גדול מכפי שהיה בתחילה, שהרי העונש שביטא חומר של שתי עבירות מבטא כעת חומרה של עבירה אחת בלבד. ואולם בפועל הדברים אינם כה פשוטים, והקלה בעונש אינה נגזרת הכרחית של זיכוי חלקי בבתי המשפט בישראל. בהלכת **קובי** נקבע כי רק במצב שהוטלו בערכאה

רב לערכאת הערעור, אם ובאיזה שיעור להקל בעונש במצב של זיכוי חלקי.

קשה לאתר קו מנחה או עקביות בהפעלת שי- קול הדעת במקרה של זיכוי חלקי כשהעונש כולל; לעיתים בית המשפט מקל בעונש, אף שמדובר בע- בירות החמורות ביותר בספר החוקים וטעם הזיכוי הוא טכני במהותו (ראו למשל ע"פ 6399/10 פלוני נ' מדינת ישראל (15.7.12); ע"פ 3314/06 אייזנקוט נ' מדינת ישראל (29.7.10)), ולעיתים העונש נותר על כנו חרף הזיכוי או המרת העבירה לעבירה פחות חמורה (ראו למשל ע"פ 616/10 גולד נ' מדינת יש- ראל (3.9.12)). לצד היעדר קריטריונים להפעלת שי- קול הדעת, דומה כי גם כאשר הזיכוי החלקי במצב של עונש כולל מוביל להקלה בעונש, זו ניתנת לרוב במשורה (ראו למשל: ע"פ 5367/05 פלוני נ' מדינת ישראל (4.2.08); ע"פ 3468/07 עצמון נ' מדינת יש- ראל (14.7.10)).

בנסיבות אלו של זיכוי חלקי במצב של עונש כולל עשוי בית המשפט שלערעור להדריך את עצמו, למשל, וניתן אף לומר בדרך כלל, לפי חומרת העבירות האח- רות שבהן הורשע הנאשם- המערער כנימוק שלא להקל בעונש חרף הזיכוי החלקי (כפי שנעשה למשל לאחרונה בע"פ 5927/11 הררי ואח' נ' מדינת ישראל (23.8.12)), שם

למרות זיכוי המערערים מעבירה של נשיאת נשק הושאר העונש על כנו בשל חומרת העבירות האח- רות שבהן הורשעו, לרבות בהחזקת נשק). באופן האמור, מידת ההתערבות בעונש במצב של זיכוי חלקי תלך ותקטן ככל שהעבירות האחרות שבהן הורשע הנאשם- המערער הן חמורות יותר. להבנתנו זוהי מגמה פסולה שאינה מעניקה לזיכוי באשר הוא את משקלו הראוי במשפט הפילי.

זאת ועוד, נתון נוסף שעשוי להטות את הכף אל עבר אי-התערבות בעונש הכולל עקב זיכוי חלקי קשור להגשת ערעור מצד המדינה. מקום שהגישה המדינה ערעור על קולת העונש ונמצאו טעמים לק- בלו, למרות הזיכוי החלקי, פשיטא שאין מקום להק-

של מי שהורשע בעבירה אחת (תקיפת עובד ציבור בנסיבות מחמירות) שהומרה בערעור לעבירה קלה יותר (תקיפת עובד ציבור), אך בלי להקל בעונשו (רע"פ 5458/12 ליכטמן נ' מדינת ישראל (15.7.12)). בדחותו את הבקשה ציין השופט שהם "למעלה מן הצורך" כי "נוטה אני לדעה כי כאשר מדובר בעבי- רה אחת הרי שיש להתייחס אליה כמכלול, והח- שיבות העיקרית צריכה להינתן למסכת העובדתית שביסודה ולא לסעיף האישום" (ההדגשה הוספה). לגישתנו עמדה זו בעייתית, מאחר שגזר דין הצמוד להרשעה בעבירה אחת הוא מקרה קלאסי של עונש נפרד, המחייב, כאמור בהלכת קובי, התערבות בע- נש. אכן, לו היה מדובר בזיכוי מלא, כי אז העונש היה בטל כולו, אך משעה שהזיכוי הוא "חלקי", במובן שההרשעה המקורית אינה עוד בתוקף, מתחייב כי גם העונש הצמוד לאותה הרשעה יחדל להיות בת- קף ויוקל במידה הראויה.

נקודת הכובד בסוגיית ההקלה בעונש מחמת זי- כוי חלקי מצויה אפוא בסוג העונש, האם הוא כולל או נפרד וצמוד לעבירה שבה הורשע הנאשם- המערער. ברע"פ 5798/00 ריזי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 1 נקבע כי "השיטה של ייחוד העונש לכל עבירה בנפרד היא רצויה, שכן היא מעני- קה אפשרויות בקרה רבות

יותר לבחינת חוקיות העונש; היא מאפשרת לב- חון את אופן חישוב העונש ומידתו, ואף מתווה אמות-מידה להפחתת העונש בערעור, אם מזוכה הנאשם בערכאת ערעור מאחת העבירות שהורשע בהן בערכאה הדיונית". חרף הנחיית בית המשפט העליון בהלכת ריזי, המגמה הכללית העולה מגזרי הדין של הערכאות הנמוכות היא שלא לגזור עונש נפרד לכל עבירה אלא עונש כולל. מגמה זו מכתובה למעשה את גדרי סמכותה של ערכאת הערעור לה- תערב בעונש במצב של זיכוי חלקי. על רקע האמור, זיכוי בערעור – עניין נדיר כשלעצמו – ברוב המ- קרים אינו מוביל אוטומטית להקלה בעונש, שהרי ברוב המקרים העונש הוא כולל ומותר שיקול דעת

**המגמה הכללית העולה
מגזרי הדין של הערכאות
הנמוכות היא שלא לגזור
עונש נפרד לכל עבירה אלא
עונש כולל. מגמה זו מכתובה
למעשה את גדרי סמכותה
של ערכאת הערעור להתערב
בעונש במצב של זיכוי חלקי**

לה אלא להחמרה (או לאיזון אחר בעונש לאור הזיכוי). אך מהפסיקה עולה לכאורה כי המדינה יכולה להגיש ערעור טקטי אף אם אין בו ממש, כדי לשמש משקולת נגד התערבות בעונש הכולל. חשש זה עלה בפרשת **קובי**, ובעניינו ציין השופט נדוי כי "התביעה תוכל להבהיר מראש שערעורה הוגש רק למען הזהירות, למקרה ביטול אחד מפריטי האישום, ואין היא מבקשת להחמיר בעונש". לשיטתנו אין שום סיבה שלא **להקל** בעונש שעה שערעור המדינה על קולתו נדחה או חסר ממשות והוגש רק כדי להקדים תרופה למכה. במילים אחרות, שאלת נפקותו של זיכוי חלקי בערעור צריכה להידון לשיטתנו רק אם יש ממש בערעור המדינה על קולת העונש, ואין די בעצם הגשת הערעור מטעם המדינה, ודאי שלא מטעמי זהירות, כדי לחסום הקלה בעונש במצב של זיכוי חלקי. כל פרשנות אחרת עלולה לתמרץ את

המדינה להגיש ערעורים על קולת העונש כעניין שבשגרה, כדי למנוע הקלה בעונש. יתרה מזו: גם אם ערעור המדינה על ההרשעות הנתרות דינו להתקבל, לא יהיה נכון לומר כי הוא מבטל באחת כל נפקות לזיכוי החלקי בערעור בעבירות אחרות. ניטול כדוגמה אדם שהורשע בשלוש עבירות של סחר בסמים, ודינו נגזר לעבודות שירות. בערעור הוא מזוכה

משתיים מהן, ובה בעת תלוי ועומד ערעור המדינה, הסבורה כי העונש הראוי הוא מאסר לריצוי מאחורי סורג ובריח ולא עבודות שירות כפי שנגזר, ובית המשפט שלערעור מוצא את עמדת המדינה כראויה. במצב המתואר קשה להבין מדוע ערעור המדינה על קולת העונש מבטל כל נפקות לזיכוי (בשתיים מתוך שלוש עבירות), שהרי משקלו הסגולי של זיכוי חלקי עשוי להיות שונה ממקרה למקרה. לשיטתנו, הכלל שלפיו יש לילך הוא שבמצב של זיכוי חלקי בערעור, כאשר נמצא לבית המשפט שלערעור כי ערעור המדינה יש בו ממש, שמורה לו הסמכות **לאזן מחדש** את העונש – להקל בו, להחמיר בו או להותירו על כנו. החלשה נוספת של נפקות הזיכוי החלקי נוצרה

בשעתה בהלכת **קובי**, שם נקבע כי במצב של זיכוי חלקי בערעור מוסמכת ערכאת הערעור להטיל את העונש הראוי על שאר ההרשעות, ובלבד שעונש זה לא יעלה על תקרת העונש שנקבעה בגזר הדין המקורי. מאוחר יותר, בדנ"פ 8086/01 **אייזן נ' מדינת ישראל פ"ד נט(5) 625**, נקבע כי בעת קבלת ערעור נאשם על גזר הדין, ואף שלא הוגש ערעור על קולת העונש, לבית המשפט שלערעור שמורה הסמכות לשנות הוראת חפיפה של עונשי מאסר בפועל כדי ליצור איזון נכון בעונשים, ובלבד שלא יגדל העונש הכולל שהוטל על הנאשם-המערער בגין עבירות שהורשע בהן. השילוב בין הלכות **אייזן לקובי** עלול להביא לכך שאפילו במצב שקיימת לכאורה חובה להקל בעונש עקב זיכוי חלקי, יונצח העונש המקורי כמעט במלואו. ניטול למשל מקרה שבו הורשע אדם בכמה עבירות, והוטלו עליו כמה עונשים, חלקם

עונשי מאסר עם הוראת חפיפה, ואותו אדם הגיש ערעור על ההרשעה ועל גזר הדין. ערעורו על ההרשעה מתקבל חלקית, והעונש הצמוד לעבירה שממנה זוכה מתבטל. אבל לצד ביטול אחד העונשים שינה בית המשפט שלערעור מהוראות החפיפה בעונשים הנתורים באופן שניטרל מעשית את משמעות הזיכוי.

לסיכום, זיכוי במשפט הפלילי הוא עניין נדיר מאוד, ובערעור על אחת כמה וכמה. אי הבהירות המשפטית והמחוסמים שהציבה הפסיקה להתערבות בעונש במצבים של זיכוי חלקי פוגעים בעשיית הצדק לשיטתנו.

ראוי אפוא כי בתי המשפט יקפידו להטיל עונשים נפרדים ובמקביל יחויבו לתת ביטוי מעשי במישור העונשי במצבים של זיכוי חלקי גם כשהעונש הוא כולל. במצב הנוכחי, זיכוי חלקי ללא ביטוי מעשי הוא בבחינת לעג לרש.



הכותב ייצג את הנאשם במסגרת רע"פ 5458/12 ליכטמן נ' מדינת ישראל

**מידת ההתערבות בעונש
בזיכוי חלקי תלך ותקטן
ככל שהעבירות האחרות
שבהן הורשע הנאשם
המערער הן חמורות יותר.
זוהי מגמה פסולה שאינה
מעניקה לזיכוי את משקלו
הראוי במשפט הפלילי**