

מקומה של התשובה במשפט הישראלי

משה דרורי

א. מבוא

ההבחנה בין הצדדים הדתיים של ההלכה ובין החלק המשפטי שבה, המכונה "משפט עברי", מקורה בתחילת המאה העשרים, ותכליתה לברל את תחומי ההלכה שבהם עוסקות גם שיטות משפט אחרות משאר חלקי ההלכה הנושאים אופי דתי יותר.¹ על פניו, "הלכות תשובה" – הדנות במשמעות התשובה והשפעתה על העולם הבא של החוטא – "שייכות" למשפט הדתי. ניתוח יוריספרודנטי של ההבחנה בין שיטת משפט דתית לשיטת משפט שאינה דתית מצוי במאמרו של בעל היובל, חברנו, פרופ' חנינה בן-מנחם.² בן-מנחם מזכיר את הכפרה והחזרה בתשובה כמאפיינים אפשריים של שיטת משפט דתי, אך עמדתו היא כי גם להם יש ממד חברתי-חילוני,³ וזאת כחלק מטיעונו הכללי שאין לראות במשפט התלמודי משפט דתי במובנו השגור. מאמרנו העוסק ביישומים האפשריים של הלכות תשובה במשפט הישראלי מתאים לרעיון זה. המאמר, שהוא חלק מחיבור מקיף על אודות התשובה והיבטיה השונים, מתמקד בעיקר בשאלה האם וכיצד ניתן לעשות שימוש ברעיון התשובה במשפט הישראלי, שאינו שיטת משפט דתית, כשיקול שיש להתחשב בו בשלבים שונים של ההליך כנגד הנאשם בפלילים. את עיוננו בהיבטים שונים של התשובה ומקומה במשפט הישראלי נעשה בזיקה להלכות תשובה של הרמב"ם.⁴

- 1 ראו מנחם אלון המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו 93-94 (מהדורה שלישית, התשמ"ח).
- 2 Hanina Ben-Manahem, *Is Talmudic Law a Religious Legal System? A Provisional Analysis*, 24 J. L. & RELIG. 379 (2008-2009)
- 3 שם, בעמ' 393-394. לפי בן-מנחם גישת הרמב"ם היא שההרתעה קודמת לכפרת העבריין. האסמכתא לכך הינה מורה נבוכים, ח"ג, מא (שם, בה"ש 28).
- 4 נושא התשובה הוזכר בספרות חז"ל במסכת יומא ובמסכת ראש השנה, אך לא זכה למסכת נפרדת. לפני הרמב"ם הקדיש רבי סעדיה גאון דברים מיוחדים לנושא התשובה (אמונות ודעות, המאמר החמישי). וראו דבריו של הרב יוסף קאפח בפירושו על הרמב"ם על ההשוואה בין הרס"ג לרמב"ם (משנה תורה, הלכות תשובה ב, ב (מהדורת קאפח התשס"ו, עמ' תקפו)).

ב. כוחה של התשובה

מכמה מקומות בספרות חז"ל אנו לומדים על כוחה של התשובה לכפר ולנקות את העברייין מחטאו. מפורסמת האגדה שעל פיה שאלו לתורה, לנבואה, לדוד ולחוכמה "החוטא – במה עונשו" ותשובתם הייתה שעל החוטא לשאת בעונשו. רק כששאלו את הקב"ה הוא ענה: "יעשה תשובה ואני מקבל":

שאלו לתורה: החוטא – במה הוא עונשו? אמרה להן: יביא קרבן ויתכפר לו. שאלו לנבואה: החוטא מהוא עונשו? אמרה: הנפש החוטאת היא תמות (יחזקאל יח 4). שאלו לדוד: החוטא במה עונשו? אמר להן: יתמו חטאים מן הארץ (תהלים קד 35). שאלו לחכמה: החוטא במה עונשו? אמרה להם: חטאים תרדוף רעה (משלי יג 21). שאלו לקוב"ה: החוטא מה עונשו? אמר להן: יעשה תשובה ואני מקבל, דכתיב: טוב וישר ה' על כן יורה חטאים (תהלים כה 8).⁵

וכתב על כך אורבך: "ברור, שהתכוון הדרשן לשים בפיו של הקדוש ברוך הוא את הדעה על כוחה המוחלט של התשובה, העולה על כוחה של הכפרה על ידי קורבנות ועל חשיבותה של תורת הגמול".⁶ אך מצד שני משתמע מדברי הדרשן שכוחה של התשובה לכפר יפה רק בעיני הקב"ה, משמע בדיני שמיים ולא בדיני אדם. מכאן עולות אפוא השאלות: האם יש לתשובה השלכות גם בדיני האדם? האם מי שעשה תשובה יהיה פטור מעונשו? אחת האינטואיציות לכך שיש לפטור את בעל התשובה מעונשו, או לפחות להקל בעונשו, גם בהקשר האנושי ולא רק בדיני שמיים, משתקפת בדברי הרמב"ם על התהליך

במשנה תורה לרמב"ם ישנו חידוש מסוים ביחס לקודמיו בכך שסוגיית התשובה "עולה מדרגה", "משתדרגת", הופכת לנושא עצמאי ונפרד כחלק מקודקס הלכתי (להבדיל משיבוצו במסגרת סברות פילוסופיות או ספרות המוסר). לאחר הרמב"ם בתקופת הראשונים נכתבו שני חיבורים על התשובה: "שערי תשובה" לר' יונה בן אברהם גירונדי (ספרד, המאה ה-13), ו"חיבור התשובה" לר' מנחם בן שלמה המאירי (המאות 13-14, פרובנס). במאה ה-20 זכינו לכך שכמה מגדולי הדור כתבו, איש איש בסגנונו, ספר על התשובה: הרב אברהם יצחק הכהן קוק (1865-1935), שהיה רבה הראשי של ארץ ישראל, חיבר את הספר "אורות התשובה". הרב יוסף דב סולובייצ'יק (נולד בפולין בשנת 1903 – נפטר בבוסטון בשנת 1993), שהיה אחד מגדולי הרבנים בארצות הברית (היה גם מועמד לכהן כרב ראשי בארץ ישראל) חיבר את הספר, "על התשובה". ציטוטים רבים משני חיבורים אלה הבאתי בפסק דיני בת"פ (מחוזי י-ם) 2003/06 מדינת ישראל נ' פלוני (נבו) 08.09.2008 (להלן: פרשת פלוני).

ירושלמי, מכות ב, ז (לא ע"ד) על פי קטע גניזה, כפי שהביא אפרים אלימלך אורבך חז"ל – פרקי אמונות ודעות 409, בה"ש 59 (התשל"ו). ראו גם הפניה נוספת אצל נחום רקובר תקנת השבים – מעמדו של עבריין שריצה את עונשו 46, בה"ש 61 (התשס"ו).

אורבך, שם. 6

העמוק שעובר על בעל התשובה.⁷ הרמב"ם מלמד שחזרה בתשובה אינה פעולה חד-פעמית ומעשה חיצוני גרידא. תשובה אמיתית משנה את האדם:

מדרכי התשובה: להיות השב צועק תמיד לפני השם בככי ובתחנונים, ועושה צדקה כפי כוחו, ומתרחק הרבה מן הדבר שחטא בו, ומשנה שמו, כלומר: שאני אחר, ואיני אותו האיש שעשה אותן המעשים. ומשנה מעשיו כולן לטובה ולדרך ישרה. וגולה ממקומו שגלות מכפרת עוון מפני שגורמת לו להיכנע ולהיות עניו ושפל רוח.⁸

"שינוי השם מבטא שינוי כולל באישיותו ובאורח התנהגותו של האדם, ומהווה, משום כך, אחת מדרכי התשובה".⁹ שינוי שמם של אברם ושרי לאברהם ושרה¹⁰ קרע את גזר הדין של העקרות שנגזרה עליהם, ואפשר את לידת יצחק.¹¹ מבחינה זו כפי שאברם ושרי לא הולידו את יצחק, אלא אברהם ושרה, כך אדם שביצע את העבירה ולאחר מכן חזר בתשובה, הפך לאדם אחר הנושא שם אחר, היכול לומר על עצמו, כלשון הרמב"ם: "אני אחר, ואיני אותו האיש שעשה אותן מעשים".¹² הרב יוסף רב סולובייצ'ק¹³ מתאר באופן ציורי את השינוי שחל אצל החוזר בתשובה. כאשר טבל אותו אדם במקווה, כנדרש, כי אז, על פי המטפורה שלו: מי שנכנס לטבול הוא ראובן, ומי שיצא מן הטבילה לאחר השלמת תהליך החזרה בתשובה, הוא אדם אחר, שמעון. אם בעל התשובה הוא אדם אחר, ייתכן שעל אותו "אדם חדש" לא ראוי להטיל עונשים על מה שעשה האדם החוטא. ההתייחסות אל התשובה כאל שינוי מהותי באדם קשורה באתגר משמעותי הניצב בפני בית דין של מטה בבואו לשקול התחשבות בתשובה. כיצד ניתן לבחון את החוזר בתשובה: האם לפנינו מעשה כן, או שמא רק הצגה חיצונית? גם לעניין זה רלוונטיים דברי הרמב"ם:

אי זו היא תשובה גמורה? זה שבא לידו דבר שעבר בו ואפשר בידו לעשותו, ופירש ולא עשה, מפני התשובה; לא מיראה ולא מכישלון כוח. כיצד? הרי שבא על אשה בעבירה, ולאחר זמן נתיחד עימה, והוא עומד

- 7 שיקול אחר למתן משקל לתשובה הוא לעודד את שיקום העברייני; במאמר הנוכחי נתמקד בשיקול המוזכר בפנים.
- 8 משנה תורה, הלכות תשובה ב, ד.
- 9 עדיאל קדרי עיניו תשובה: הלכה, הגות ומחשבה חינוכית בהלכות תשובה להרמב"ם 59 (התש"ע).
- 10 בראשית יז 5, 15.
- 11 כפי שמסבירים המפרשים ומדרשי חז"ל (הובאו אצל קדרי, לעיל ה"ש 9).
- 12 משנה תורה, הלכות תשובה ג, ד.
- 13 הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'ק על התשובה: דברים שבעל-פה 25 (פינחס הכהן פלאי כותב ועורך, התשל"ה).

באהבתו בה, ובכוח גופו ובמדינה שעבר בה, ופירש ולא עבר – זה הוא בעל תשובה גמורה.¹⁴

אף על פי שהתשובה היא עניין פנימי, הרמב"ם נוקט תנאים חיצוניים שמהם ניתן ללמוד אם האדם חזר בתשובה. אם איישם את הדברים של הרמב"ם למצב המשפטי במדינת ישראל דהאידינא, ניתן לומר כי אחד השיקולים להפחתה בעונש הוא כאשר הוכח לבית המשפט כי הנאשם אומנם עבר את אותה מטמורפוזה המובאת בדברי הרמב"ם. דבר זה יכול לבוא לידי ביטוי בכך שאותו נאשם לא היה מעורב בכל עבירה ולא נפתח נגדו תיק כלשהו. כל זה במישור של "סור מרע". בבחינת "עשה טוב", לעיתים הנאשם מבצע פעולות אקטיביות של "חזרה בתשובה", ובהן: גמילה מסמים, השתתפות בקבוצות טיפול, התנדבות בקהילה, וכדומה. אם תנאים אלה מתקיימים, יש בכך אינדיקציה כי הנאשם השתנה, כדברי הרמב"ם, ולכן, יש לראותו כמי שחזר בתשובה, וראוי, כאמור, להקל בעונשו, הכול לפי הנסיבות ומידת חומרת העבירה, וזאת כדי לעודד את הנאשם, החוזר בתשובה אמיתית, להמשיך בדרכו.

ג. האם מי שחזר בתשובה פטור מעונש? עמדת המשפט העברי¹⁵

למרות כוחה הגדול של התשובה לכפר, העמדה המקובלת במשפט העברי היא שאין לפטור את העבריין מעונש. בדיונו סביב השאלה אם במשפט העברי התשובה פוטרת מעונש מגיע נחום רקובר למסקנה על פי הגמרא¹⁶ "שאם עשו תשובה, אין בית הדין של מטה מוחלין להן".¹⁷ עמדתו של הרב סעדיה גאון היא כי תשובה – על כל מעלותיה וחשיבותה – אינה פוטרת מעונש בעולם הזה.¹⁸ מדברי רס"ג משתמע שהוא מתייחס

14 משנה תורה, הלכות תשובה ב, א.

15 זכיתי לשמוע שיעור של פרופ' בנימין פורת שכותרתו "חזרה בתשובה וענישת בית דין: חידה ופשרה", לעיין בדפי המקורות ולשוחח עימו בנושא, וחלק מהדברים בפרק זה הם פרי שיחה זו.

16 בבלי, מכות יג ע"א-ע"ב.

17 רקובר, לעיל ה"ש 5, פרק שני. הציטוט מובא מתוך עמ' 50, וראו גם ה"ש 74 שם. בהמשך הפרק מתייחס רקובר לדין עיר הנדחת, שביחס אליה קובע הרמב"ם במשנה תורה, הלכות עבודה זרה ד, ו: "והיאך דין עיר הנדחת? בזמן שתהיה ראויה להיעשות עיר הנדחת, בית דין הגדול שולחין ודורשין וחוקרין, עד שידעו בראיה ברורה שהורחה כל העיר או רובה, וחזרו לעבודת כוכבים. אחר כך שולחים להם שני תלמידי חכמים להזהירם ולהחזירם: אם חזרו ועשו תשובה – מוטב; ואם יעמדו באולתן – בית דין מצוין לכל ישראל לעלות עליהן לצבא, והן צרין עליהם ועורכין עמהן מלחמה עד שתבקע העיר". ועל כך כתב הרב"ד: "טוב הדבר שתועיל להם התשובה, אבל לא מצאתי תשובה מועלת אחר התראה ומעשה". וראו אצל רקובר, עמ' 52-57, את עמדות הראשונים והאחרונים בסוגיה זו.

18 ר' סעדיה גאון, ספר האמונות והדעות, המאמר החמישי (מהדורת קאפח, עמ' קפו).

לעונשי שמיים ולא לעונשי בית דין, ואפילו עונשי שמיים לא בטלים בעולם הזה בעקבות התשובה. יפים לעניין זה דברי בעל הנודע ביהודה,¹⁹ שכתב שהתשובה אינה מועילה לביטול העונש, משום שאם תועיל תפגע ההרתעה. הוא שואל: "והדבר יפלא, כיון שודאי שהתשובה הועילה, וכבר סר עונו, וחטאתו נתכפרה, למה יומת?". ותשובתו:

אלא ודאי, גזירת הכתוב הוא, שאלמלא כן, בטלו עונשי תורה בכללן, ואין אדם שיומת בכ"ד, כי יאמר: "חטאתי והנני שב". וכיון שהקב"ה רצה ליתן עונש מיתה על קצת עונות, כדי שיתירא האדם מלעבור, לכן נחוץ הוא שלא תועיל התשובה להציל ממיתת ב"ד [...] אלא ודאי, שאין לסיגופים ותעניות עיקר מן התורה, ועיקר התשובה הוא חרטה גמורה. וזה יכול להיות ברגע אחד. ואם אתה אומר שתשובה תציל ממיתת ב"ד – בטלו כל דיני מיתות ב"ד.²⁰

החיד"א מציג גישה שונה, ראייתית, שלפיה גם אם באופן עקרוני ראוי היה שהתשובה תפטור את האדם מעונש, לא ניתן לדעת אם החזרה בתשובה היא כנה או שמא נעשתה "מיראה":

ועיקר הטעם הוא, דאף דאנו רואים שמקבל עליו סיגופים קשים, הושחרו שינוי מפני התעניות, מכל מקום, כיון שעיקר התשובה הוא בלב, דאפשר שהאדם יראה לעינים פרישותו וקדושתו וסיגופיו, וזמנין דלבו לא נכון עמו, ומעשיו משום יוהרא. ובפרט בזמן סנהדרין, כשהעדים התרו בו, יש לחוש דמיראה עבר, לכן מלקין וממיתין אותו, כי בוחן לבות אלהים, ומי עלה שמים לדעת אם תשובתו אמיתית?! ולכן, אין מועלת תשובה לחייבי מיתות ומלקיות.²¹

ההסתייגות משימוש גורף בתשובה כפטור מעונש בגלל השיקול הראייתי קשור במאפייני עליו עמדנו בפתיחה. תשובה אמיתית היא תנועה נפשית פנימית, וקשה לעמוד על כנותה. ועל אחת כמה וכמה כאשר היא נעשית לאחר שכבר נעשו החטא או העבירה, ועולה חשד שמא מדובר בתשובה שתכליתה אינה אלא להיפטור מהעונש או להקל אותו.²²

19 הרב יחזקאל לנדא, פראג (1713-1793).

20 שו"ת נודע ביהודה (קמא), אורח חיים, לה; וראו הדיון והניתוח אצל רקובר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 58-64.

21 הרב חיים יוסף דוד אזולאי (1806-1827). שמחת הרגל, לימוד ג, רמז שני (מהדרות צעדערבוים, עמ' 15). וראו רקובר, לעיל ה"ש 5, עמ' 65, בה"ש 116, שמביא עוד מדבריו בחיבורים אחרים, ומנתח ומשווה בין עמדת החיד"א לזו של הרב לנדא, בעמ' 66 ואילך.

22 בהקשר זה מעניין להזכיר את הגישה השונה שהשופט יוסף שפירא מבית המשפט המחוזי בירושלים בת"פ 3161/07 מדינת ישראל נ' בוזגלו יעקב, פס" 16 (נבו 27.10.2008): [...] אלא שהנאשם במקרה שלפני הודה בכיצוע העבירות (וכן צירף תיק נוסף כאמור לעיל) רק לאחר שהורשע בביצוען. טוענת המאשימה כי משנוכח לדעת כי הורשע,

הרב אשר וייס מסביר באופן אחר את ההתחשבות בתשובה במסגרת הדיון בבית הדין:

אך באמת נראה, דאין כוונת הדברים משום דמפתח התשובה לא נמסר בידי אדם ואינה אלא ביד יוצר בראשית. דבאמת, נצטווינו לקבל תשובת החוטא ולמחול ולסלוח. והרי נצטווינו להתהלך בדרכיו ולדבוק במידותיו. ועוד, דהרי גם בהלכה הפסוקה יש משקל לתשובה, בדרך שבו בעל העבירה חוזר לחזקת כשרות לעדות ולכל דבר, כמבואר בחושן משפט סוף סימן לד.

אלא, שהתשובה ממידת הרחמים היא, ובית הדין יונק את כל כוחו וסמכותו ממידת הדין, ו"אלקים נצב בעדת אל", ואין רחמים בדין.

כך נראה, לעניות דעתי, עיקרון של דברים.²³

מדבריו משמע שניתן להתרשם, לפחות לפעמים, מכנותה של התשובה: לתשובה כנה ישנן השלכות הלכתיות. האופן שבו אנו מתייחסים לאדם לעניין כשרות ועדות ולעניינים נוספים מושפע מהשאלה אם עשה תשובה. אלא שיש להבחין בין התשובה בהקשרים שונים לבין התשובה בהקשר של שאלת העונש בבית הדין: "אין רחמים בדין".

מכאן ואילך נציג דרכים אפשריות ודוגמאות מפסקי דין ליישום רעיון התשובה במשפט הישראלי. קודם לכן, נדגיש כי לא מדובר על יישום של העמדה הפורמלית המקובלת במשפט העברי. כפי שראינו, בתור כלל גורף, תשובה אינה פוטרת מעונש, ובעניין זה יש דמיון בין המשפט העברי למשפט הישראלי. יישום רעיון התשובה במשפט הישראלי רלוונטי במקום שבו מתקיים מרחב שיקול דעת.

ד. חזרה בתשובה כשיקול בהעמדה לדין ובענישה במשפט הישראלי

1. העמדה / אי-העמדה לדין

במדינת ישראל הסמכות להעמיד לדין פלילי מוענקת לתובע,²⁴ והיא סמכות של שיקול דעת: "ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שנסיבות העניין בכללותן אינן מתאימות להעמדה

בצר לו 'שינה כיוון' במטרה ליזכות בהקלה בעונשו מטעם זה [...] הנה כי כן אין מוקדם ומאוחר בתשובה, והגם שבמקרה דנן באה היא לאחר הכרעת הדין, התרשמתי שהנאשם אכן הפנים את מצבו וחרטתו כנה, וכי עתה גמל בליבו לשנות את דרכיו, ואני מביא זאת בחשבון בבואי לגזור את דינו.

23 רקובר, לעיל ה"ש 5, בעמ' 629. מתוך מכתב שכתב הרב אשר וייס לפרופ' רקובר. בהדגשות במקור.

24 כהגדרתו בס' 12(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן – "חסד"פ).

לדין".²⁵ האם חזרה בתשובה של הנאשם, פיצוי נפגע העבירה והתנצלותו של הנאשם בפניו יביאו בהכרח לכך שאותו נאשם – שיש ראיות מספקות לאישומו – לא יועמד לדין? התשובה לכך שלילית, זאת בדומה לעמדת המשפט העברי שהוצגה לעיל. מבחינה זו, גם אם יאמץ המשפט הישראלי את עמדת המשפט העברי בסוגיית התשובה, כל שמדובר בשלב הראשון של ההליכים המשפטיים הפליליים, קרי: העמדה לדין, התוצאה בשתי שיטות המשפט זהה. לצד זאת, בשיטת המשפט הישראלית יש שיקול דעת לתובע והוא רשאי שלא להעמיד לדין פלילי, אם אין בכך עניין לציבור. תחת משבצת זו ניתן לכלול מקרים, שיהיו כנראה קלים יחסית (ולא יכללו, דרך משל, רצח או אונס), אשר בהם הוכח לתובע כי אכן הייתה חזרה בתשובה מלאה של הנאשם, פיצוי נפגע העבירה והתנצלותו של הנאשם בפניו, ואז, ניתן יהיה לקבל החלטה שלא להעמיד את החשוד/ הנאשם לדין פלילי.

ד.2 הסדר מותנה

מתכונת נוספת לסיום הליכים פליליים ללא הרשעה מצויה בסימן א1 לפרק ד של חוק סדר הדין הפלילי, ואשר המחוקק קרא לה "סגירת תיק בהסדר".²⁶ נדרשות מן הנאשם הוראה²⁷ והתחייבויות לעתיד, בבאות לידי ביטוי בהסכמתו לעונש מותנה, ובהן פיצוי הנפגע, החזרת המצב לקדמותו והליכי שיקום,²⁸ כמפורט בחוק החדש.²⁹ כולם מזכירים לנו את תנאי התשובה ושלביה, כפי שנקבעו בהלכות התשובה לרמב"ם.

ד.3 אי-הרשעה

אפשרות אחרת של עשיית שימוש במוסד התשובה היהודי, במסגרת ההליך הפלילי, היא בשלב הבא של המשפט, אליו מגיעים לאחר שהוכח כי הנאשם ביצע את המעשים המיוחסים לו בכתב התביעה – בין בהודאת הנאשם ובין לאחר הבאת ראיות. פועל יוצא מהוכחה זו הוא – ברוב רובם של המקרים – הרשעת הנאשם, ומעבר לחלק השני של ההליך הפלילי, גזירת העונש. אך קיים במשפט הישראלי "יצור ביניים", דהיינו: לאחר קביעה עובדתית כי הנאשם ביצע את המעשים המפורטים בכתב האישום (ואשר

25 ס' 62(א) לחסד"פ. ואז, כאמור בס' 67 לחוק הנ"ל: "אדם שיש להעמידו לדין יגיש עליו תובע כתב אישום לבית המשפט".

26 ס' 67א-67ב לחסד"פ (תיקון מספר 66), התשע"ב-2012.

27 כאמור בס' 67(א) לחסד"פ: "התובע יתחייב להימנע מהגשת כתב אישום נגד החשוד ולסגור את תיק החקירה נגדו אם יודה החשוד בעובדות המהוות את העבירה המפורטות בהסדר ויקיים את התנאים שיפורטו בו".

28 ס' 76(א) לחסד"פ.

29 ראו ווזנר ומשה קשלס "ביטול הרשעה לאור תיקון 113 לחוק העונשין – משיח של חסד לשיח של מידתיות" *הסניגור* 257, 4, 10 (2018).

הם היסודות העובדתיים הנדרשים באותו סעיף הקובע את העבירה, כאמור בחוק), ניתן לפסוק 'אי-הרשעה'³⁰ המתוארת כך בפרשת כתב:

הימנעות מהרשעה אפשרית אפוא בהצטבר שני גורמים: ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם, ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים המפורטים לעיל.³¹

מבחינה דיונית, ניתן גם לאחר הרשעה לבטלה, ולקבוע כי הנאשם ביצע את המעשים המיוחסים לו, אבל אין להרשיעו, וזאת בעיקר מטעמים של שיקום העבריין והערכת הפגיעה החמורה והלא מידתית שתיגרם לו בעקבות ההרשעה.³²

אביא עתה דוגמאות להחלטות על אי-הרשעה, כאשר השיקולים לכך היו בעיקרם התנהגות הנאשם, אשר בפועל ביטאה יישום של הליכי התשובה: הודאה, חרטה, התנצלות בפני נפגע העבירה, וקבלה לעתיד.

בפרשה אחת שנידונה בפניי,³³ הועמד אדם לדין בעבירות של תקיפה של ממש והפקרה לאחר פגיעה באירוע בחניון. לאחר תיקונים מוסכמים בכתב האישום, הודה הנאשם בעובדות,³⁴ והוגש תסקיר שירות המבחן, אשר המליץ על אי-הרשעה ולצד זאת על ביצוע שירות לתועלת הציבור (של"צ). בישיבת בית משפט ארוכה למדי, שהוקלטה כולה, העידה תחילה המתלוננת כחלק מראיות התביעה, ונשאלה על ידי התובעת אם היא מעוניינת שהנאשם יתנצל בפניה באותו יום, היא השיבה בחיוב.³⁵ בעקבות זאת הביע הנאשם צער וחרטה והתנצל בפני המתלוננת, נפגעת העבירה. נערכה הפסקה, בה התייעצה המתלוננת עם בא כוח המאשימה, ולאחר מכן אמרה המתלוננת כי היא סולחת לנאשם. בפסק דיני ראיתי בכך יישום מלא של דיני התשובה שתוארו בהלכות התשובה לרמב"ם.³⁶ נתתי משקל לפגיעה שתהיה לנאשם אם יורשע, הבאה לידי ביטוי

30 הבסיס הסטטוטורי לכך יכול שיהיה בס' 71 לחוק העונשין, תשל"ז-1977 או בס' 1 לפקודת המבחן [נוסח חדש], תשכ"ט-1969; ראו: ע"פ 2083/96 תמר כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337 (1997) (להלן: פרשת כתב). למעמדו ולמשקלו של פסק הדין בפרשת כתב, ראו: וזנר וקשלס, לעיל ה"ש 29.

31 שם, פס' 7 לפסק הדין של השופטת דורנר.

32 ס' 192 לחסד"פ.

33 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 4.

34 שם, פס' 8 ר"10.

35 וכאשר נשאלה המתלוננת אם היא מוכנה שהנאשם יעמוד לידה ויתנצל בפניה, שכן עורך הדין של הנאשם אומר שהנאשם רוצה, מבחינתו, להתנצל, השיבה: "אין יותר גדול מאלוהים, גם אלוהים סולח, יכול להיות שכן" (שם, פס' 43).

36 שם, פס' 513-528.

בכך שלא יוכל למלא תפקיד ציבורי.³⁷ הבאתי בחשבון את היעדר העבר הפלילי של הנאשם, את המלצת שירות המבחן לתוצאה של אי-הרשעה, ויישמתי את המבחנים שנקבעו בפסיקה לגבי אי-הרשעה,³⁸ כפי שהובאו לעיל. התוצאה הייתה אי-הרשעה,³⁹ בתוספת הוראות עונשיות.⁴⁰

37 הבאתי דוגמאות מן הפסיקה שבהן בעבירות חמורות לא פחות נקבעה התוצאה של אי-הרשעה, כדי שהנאשם יוכל להיות עורך דין (פס' 150), להיות כבאי (פס' 152) או לשרת בצבא (פס' 153). וראו על שיקול זה, שהפך מרכזי בסוגיית אי-ההרשעה, במאמרם של וזנר וקשלס, לעיל ה"ש 29.

38 שם, פס' 488-512.

39 שם, פס' 559. תוצאה זו של אי-הרשעה, תוך ציטוט פסק דיני, כאחת האסמכתאות לכך, מצויה בפסק דינה של השופטת רבקה גלט בבית משפט השלום ברמלה [ת"פ (שלום רמ') 830-01-17 מדינת ישראל נ' כתל חנניה בן אבו (נבו) 03.01.2019].

40 פרשת פלוני, לעיל ה"ש 4, פס' 563-650. הרכב; פסילת רישיון נהיגה לארבע שנים; פיצוי למתלוננת, בסך 10,000 ₪; של"צ של 180 שעות (בתסקיר הומלץ על 140 שעות).

לשלמות התמונה אעיר כי בית המשפט העליון קיבל את ערעור המדינה על אי-ההרשעה, אך לא התייחס כלל למשפט העברי, וקבע כי יש להרשיע את הנאשם. ראו: ע"פ 9150/08 מדינת ישראל נ' איתמר ביטון (נבו) 23.07.2009. כל אחד מן השופטים כתב חוות דעת נפרדת: השופט אדמונד לוי התייחס לחומרים שלא עמדו לפני הערכאה הקודמת (פס' 1-2 לפסק דינו) ואירועים שהתרחשו לאחר פס"ד במחוזי (פס' 3-8), כמו גם תסקיר חדש של שירות המבחן, לאחר שהנאשם סיים בהצלחה את השל"צ, ובו חזר בו שירות המבחן מההמלצה הקודמת שהוגשה לבית המשפט המחוזי על אי-הרשעה (פס' 4-5). השופטת עדנה ארבל התייחסה להופעת המתלוננת בפני בית המשפט העליון וחזרתה בה מהסליחה (פס' 3 לפסק דינה): "סליחה ומחילה חשובות הן, אך הכרחי כי ייעשו מתוך רצון חופשי, בלב פתוח ובנפש חפצה". נוסף על כך, התייחסה למה שהתרחש בבית המשפט כ"צדק מאחה", אך סברה כי זה תפקידו של גוף מקצועי ולא של שופט (פס' 9). השופט ד"ר יורם דנציגר כתב בפסק דינו:

נראה כי כבוד השופט דרורי בחר לתת משקל יתר לנסיבותיו האישיות של המשיב, תוך שהוא מוצא תימוכין בהמלצת שירות המבחן שלא להרשיע את המשיב. ואולם, אף אם סבורים אנו כי שגה השופט דרורי שכן שורת הדין, שעל פיה מצויים אנו להכריע, חייבה הרשעתו של המשיב בעבירות שיוחסו לו ושכביצוען הודה, אל לנו להתעלם מכך שמידת הדין יכול שתהא מהולה בשיעור מסויים של מידת הרחמים, ותחושתו היא כי מידה אחרונה זו היא שהניעה את השופט דרורי להחליט כפי שהחליט. ככל בן אנוש גם שופט טועה. השופט הוא בשר ודם ומותר לו לטעות. כערכאת ערעור מוטלת עלינו החובה לתקן את השגגה שנפלה בהכרעתה של הערכאה הדיונית וכך אנו עושים.

אני מקבל דברים אלה, ואף גאה בהפעלת מידת הרחמים. אעיר כי דורון מנשה ויחיאל ש' קפלן, נדרשו לנושא זה במאמרם "רחמים בשיפוט ובענישה" עיוני משפט לב 583 (התשע"א), התייחסו לגישתי בנושא וכתבו:

יש בין שופטי ישראל גם נציגים מובהקים של הגישה המכירה ברחמים במוכח החזק. אחד השופטים שאינם מהססים להדגיש שקיים ערך למידת הרחמים בהליך השיפוט

בשתי פרשות שונות ונפרדות דנתי בשאלה אם ראוי לנקוט בצעד של אי-הרשעה, כאשר מדובר בקטינים שיידו אבנים, כל אחד לפי נסיבותיו.

בפרשה הראשונה⁴¹ שני קטינים כבני 15 מהכפר עיסאווייה ליד ירושלים הועמדו לדין בגין שני אירועים אשר בהם הודו. האירוע הראשון היה זה: בעת התפרעות שבה השתתפו יחד עם כעשרים צעירים אשר יידו יחד עם אחרים אבנים לעבר שני ג'יפים של מג"ב ורכב של יחידת הפיקוח על הבנייה של עיריית ירושלים שאותו ליוו הג'יפים בתוך הכפר. כלי הרכב היו בנסיעה באותה עת. העבירות שבגינן הועמדו הנאשמים לדין היו סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה והתפרעות. באירוע השני שני הנאשמים הללו יידו אבנים לעבר ג'יפ חונה ללא אדם, והודו בעבירה של הזיק בזדון. התסקירים של שירות המבחן, לאחר שציינו את ההפנמה והבעת החרטה של הנאשמים, המליצו על אי-הרשעה ושל"צ. הזכרתי בפסק דיני את עמדת הרמב"ם בהלכות תשובה,⁴² ואת עמדת הקוראן,⁴³ ניתחתי את הפסיקה בנדרון, והגעתי למסקנה כי במקרה זה ראוי לפסוק אי-הרשעה.

פרשה אחרת עסקה בקטין יהודי אשר יידה אבן ובקבוק תבערה לאחר עצרת תפילה למען שלושת הנערים החטופים בקיץ 2014, ועלתה השאלה אם להרשיעו אם לאו. שירות המבחן המליץ על אי-הרשעה ובמסגרת זו פירט את הליכי הטיפול והגמילה שעבר הקטין במוסדות שונים. בפסק דין מקיף – שמועד נתינתו היה יומיים לפני יום הכיפורים – התייחסתי להלכות התשובה לרמב"ם, הן לעצם הבעת החרטה, הן לשינוי שחל אצל החוזר בתשובה, והן הבטחתו לכל יבצע עבירות בעתיד.⁴⁴ הבאתי את שתי

הוא שופט בית המשפט המחוזי בירושלים משה דרורי, אשר השראת המשפט העברי ניכרת בפסיקתו. השופט דרורי קושר את מידת הרחמים לחובתו של השופט שדינו יהיה "דין אמת לאמיתו". לדעתו, יש לאמץ את הדרך שהתוו אלה שכתבו "כי לפעמים צריך הדין לפסוק לפני משורת הדין לפי הזמן והענין, וכשאינו עושה כן, אף שהוא דן דין אמת, אינו אמת לאמיתו". ניכרים כאן ניסיון ממשי וגלוי לייחד פונקציה חשובה לרחמים במלאכת השפיטה נוספות לשילוב המושג "רחמים" בהנמקת ההקלה בעונשיהם של נאשמים, וכן תרומה חשובה לפיתוח השיח בנושא (שם, 616).

41 ת"פ (מחוזי י-ם) 1012/08 מדינת ישראל נ' פלוני ואלמוני (נבו 28.09.2008).

42 ראו פסקה 85 לפסק הדין, ושם גם הפניתי לפסק דיני בעניין פלוני, לעיל ה"ש 4.

43 כך כתבתי בפסקה 86 לפסק הדין:

הנאשמים שבפניי הינם בני הדת המוסלמית, ואנו נמצאים עתה בשלהי חודש רמאדן, וערב חג עיד אל פיטר, ראיתי לנכון לצטט לעניין זה את דברי הקוראן, סורת התשובה 103 (יוסף ריבלין מתרגם, התשכ"ג): "וَأَخْرَجُوا مِنَ الْدِينِ عَلَىٰ خُطَايَاهُمْ, وَعَرَبُوا مَعَهَا يَسْرًا وَأَخْرَجُوا رِعًا, وَأُولَٰئِكَ يَرْجِعُونَ إِلَيْهِمْ, فَيَأْتِيهِمْ سَلَامٌ وَرَحْمَةٌ". דברים אלה נכונים תמיד, ולא כל שכן, מבחינת אמונתם של הנאשמים שבפניי, בימים אלה שהם שלהי צום הרמאדן וערב חג המסיים את הצום, דהיינו: עיד אל פיטר.

44 ת"פ (מחוזי י-ם) 39422-06-14 מדינת ישראל נ' פלוני (קטיין) (נבו 10.10.2016) פסקאות 339-334 (ח' בתשרי התשע"ז).

הדוגמאות, המוכיחות את עמדתי – אותה כתבתי כמה פעמים⁴⁵ – כי בית משפט הוא "עיוור צבעים", וכן "עיוור לאומים".

ד. 4. ענישה על תנאי

אחד מתנאי התשובה, כפי שנקבעו כבר על ידי הרס"ג, וכן על ידי הרמב"ם, הוא הקבלה לעתיד, דהיינו: התחייבותו של העבריין כחלק מטקס החזרה בתשובה כי לא ישוב לזה החטא עוד לעולם. ניתן לראות במאסר על תנאי מעין עונש המותנה בחזרתו בתשובה המלאה של העבריין. בית המשפט אומר לעבריין: מאחר שהורשעת בעבירה יש לגזור עליך עונש מאסר; אולם, אם תחזור בתשובה אמיתית וכנה, דהיינו: אם תעמוד בסיטואציה דומה ולא תעשה את העבירה, לא אענישך היום. אך אם יתברר כי טעיתי ואינך אותו בעל תשובה כן ואמיתי, אני מתרה בך כי כאשר תעבור בעתיד את העבירה הזוהי (או הדומה) לזו שהיום אינך נענש עליה, כי אז, נוסף על העונש החדש בגין העבירה החדשה שתבצע, יהיה עליך לרצות תקופת מאסר נוספת שאותה קבע בית המשפט בעת גזר הדין הראשון.

מבחינת היחס של בית משפט לעבריין, יש בעצם הטלת עונש מאסר על תנאי, במיוחד כעונש יחיד, כאשר העבריין מורשע בפעם הראשונה,⁴⁶ מתן אמון בחזרתו בתשובה של העבריין, אף כי אמון זה מוגבל הוא. אם בתקופת התנאי⁴⁷ לא יבצע הנאשם עבירה דומה לזו שבה הורשע, ואם אותו נאשם לא יועמד לדין ולא יורשע בביצוע העבירה הדומה – במהלך תקופת התנאי או אחריה – כי אז, בדיעבד, הוברר כי האמון שנתן בו בית המשפט הצדיק את עצמו, וניתן לומר כי סופו מעיד על תחילתו, ולפנינו חוזר בתשובה כן ואמיתי. ברם, אם בתקופת התנאי ביצע הנאשם עבירה שעליה חל התנאי, ובית המשפט הרשיע אותו באותה עבירה, כי אז נוכח בית משפט לדעת כי לא הייתה הצדקה לסמוך על דבריו של הנאשם במשפט הראשון, שכן הוא לא חזר בתשובה שלמה. על כן, ראוי, בנסיבות אלה, להענישו לא רק על העבירה החדשה, אלא יש להשלים את ענישתו על העבירה הקודמת, בכך שעונש המאסר על תנאי – שנקבע במשפט הראשון – יופעל בעת גזר הדין במשפט השני.

- 45 ראו: ת"פ (מחוזי י-ם) 39422-06-14 מדינת ישראל נ' פלוני (קטיין) ואח', פס' 76 (נבו 25.03.2015) – פסק דין בעניין נאשמים 2 ו-3; ת"פ (מחוזי י-ם) מדינת ישראל נ' פלוני (קטיין), פס' 63 (נבו 01.04.2015) – פסק דין בעניין נאשם 3; ת"פ (מחוזי י-ם) 23869-04-14 מדינת ישראל נ' מאיר כהן, פס' 35 (נבו 27.04.2015).
- 46 ראו והשוו ל"השעייה על תנאי" לעורך דין וההשוואה למשפט העברי, כפי שערכתי בפסק דיני בתיק עמל"ע (מחוזי י-ם) 10248-04-16 באבא מאזן, עור' נ' לשכת עורכי הדין מחוז חיפה, פס' 253-265 (נבו 21.06.2017).
- 47 על פי סעיף 52(ב)(1) לחוק העונשין, תקופת התנאי נקבעת בגזר הדין, והיא זו: "שלא תפחת משנה ולא תעלה על שלוש שנים".

במקרים נדירים רשאי בית משפט לתת לנאשם הזדמנות נוספת, בכך שתקופת התנאי תוארך.⁴⁸ משמעות הדבר היא כי העברייני לא חזר בתשובה שלמה, אלא ביצע את העבירה שבה הורשע בתקופת התנאי, אולם, בית המשפט מוכן לתת לו הזדמנות שנייה לחזור בתשובה, ואם לא יבצע עבירה דומה במשך תקופת התנאי החדשה (שנתיים מיום פסק הדין החדש), כי אז, בדיעבד יובהר, כי הוא חוזר בתשובה. ברם, אפשרות זו יכולה להינתן לנאשם רק פעם אחת; המחוקק אינו מתיר לבית המשפט להאריך את תקופת התנאי פעם נוספת,⁴⁹ שכן לאחר הארכת התנאי הראשונה, הופך המאסר על תנאי, על פי לשון הפסיקה, ממאסר "בר הפעלה" למאסר "חב הפעלה".⁵⁰

אם אכן זה הרציונל, הניצב מאחורי המאסר על תנאי, כי אז, ראוי להביא בחשבון את פרשנות התנאי והיקף העבירות הנכללות בו ואת עיקרון הכללים בדבר החזרה בתשובה ומטרותיה. לפיכך, מוסכם על פי אותה גישה, כי מן הראוי להפעיל את המאסר על תנאי, במקרה שבו, למשל, המאסר על תנאי הוטל בשל עבירת תקיפה גרידא,⁵¹ והנאשם ביצע בתקופת התנאי עבירה של ניסיון לרצח⁵² או תקיפה הגורמת חבלה חמורה.⁵³ במקרה ההפוך, דהיינו אם התנאי היה על עבירה של ניסיון לרצח, והנאשם ביצע עבירה של תקיפה "סתם", במהלך תקופת התנאי, על פי העיקרון של "אותה אשה ואתו מקום",⁵⁴ ניתן לומר כי הנאשם לא ניצב בפני סיטואציה זהה, ולכן, חזרתו בתשובה ביחס לניסיון לרצח הייתה מוצלחת, והעבירה האחרת שביצע (תקיפה סתם), מבלי לזלזל בה כלל

48 סעיף 56(א) לחוק העונשין: "בית המשפט שהרשיע נאשם בשל עבירה נוספת ולא הטיל עליו בשל אותה עבירה עונש מאסר רשאי, על אף האמור בסעיף 55 ובמקום לצוות על הפעלת המאסר על תנאי, לצוות, מטעמים שיירשמו, על הארכת תקופת התנאי, או חידושה, לתקופה נוספת שלא תעלה על שנתיים, אם שוכנע בית המשפט שבנסיבות הענין לא יהיה צורך להפעיל את המאסר על תנאי".

49 סעיף 56(ב) לחוק העונשין: "לא ישתמש בית המשפט בסמכות לפי סעיף זה אלא לגבי ההרשעה הראשונה של הנאשם בשל עבירה נוספת".

50 רק בסיטואציה מיוחדת ביותר ויוצאת דופן נמצאה דרך דיונית להתגבר על מכשול זה. במקרה נדיר ומיוחד אחד, התייר נשיא בית המשפט העליון, השופט יואל זוסמן, שהיה קפדן בסדרי הדין, לפרוץ מחסום זה כדי למנוע מצב שעברייני מכור לסמים ירצה עונש מאסר מותנה לתקופה ממושכת, בכך שהאריך את המועד לערעור על פסק הדין השני, ובכך מנע את הפסלת המאסר "חב ההפעלה" (ע"פ 536/70 אהמד חמוד קסיר נ' מדינת ישראל, פ"ד כה(1) 281 (1971)). על פרשה זו, וכיצד היא משקפת את הצדק של הנשיא זוסמן, ראו את רשימתו של שופט בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' יצחק זמיר "השופט יואל זוסמן: עם פרישתו מבית המשפט העליון" משפטים י' 187, 189-190 (התש"ם).

51 שעונשה המרבי הוא שנתיים מאסר; סעיף 379 לחוק העונשין.

52 שעונשה המרבי הוא 20 שנות מאסר, סעיף 305.

53 שעונשה המרבי הקבוע בצידה הוא 7 שנות מאסר; סעיף 333.

54 בבלי, יומא פו ע"ב.

ועיקר, אינה הופכת אותו לאדם שנכשל כליל בחזרתו בתשובה, ולפיכך אין זה מן הראוי להפעיל כלפיו את המאסר המותנה.

השופט יצחק קיסטר דן בפסק הדין בעניין עלי איבראהים⁵⁵ בפרשנותו של סעיף בחוק העונשין, וקבע כי כאשר מוזכרת בתנאים של המאסר על תנאי הוראת חוק, ולאחר מכן בוטלה הוראת החוק והוראה אחרת באה במקומה, יראו את גזר הדין כמאזכר את ההוראה האחרת.⁵⁶ באותה פרשה, נידון האדם בעבר למאסר על תנאי בגין עבירה של הוצאת כסף בטענות שווא, על פי פקודת החוק הפלילי, 1936, והעבירה שביצע הייתה על פי החוק לתיקון דיני העונשין (עבירות מרמה, סחיטה ועושק), התשכ"ג-1963. הסנגור באותו מקרה, עו"ד אליהו מרידור, טען כי חוק העונשין מתכוון רק להוראה אחרת הבאה במקומה של ההוראה הישנה, כלומר כוללת את אותם המעשים המהווים את יסודות העבירה שבחוראה הישנה. לטענתו, בפרשה מדובר בהוראה שונה שאינה באה במקום ההוראה הקודמת אלא לעומתה.⁵⁷ לאחר הצגת הטיעון, קובע השופט קיסטר את עמדתו ביחס לפירוש הוראת החוק האמורה על בסיס עקרונות התשובה, ולעניין זה מצטט הוא את דברי הרמב"ם. כך אומר השופט קיסטר:⁵⁸

דעתי נוטה לכך כי יש לפרש את התנאי לגבי סוג עבירות, כחל גם על המעשים שהמחוקק אסר אותם בסנקציה פלילית לאחר הטלת המאסר-על-תנאי. התקנת המוסד של מאסר-על-תנאי באה לתת אפשרות של חנינה לעבריין אשר שב מדרכו הרעה, ויש בכך מעין שימוש במושגי התשובה בשטח המשפט הפלילי. יש והחברה מוכנה לוותר על עונש של עבריין במקרים מסוימים ובלבד שהעבריין יתקן את דרכיו, ובדרך כלל, התנאי הוא שלא יעבור על עבירות חמורות או על עבירות מאותו סוג עליהן הורשע.

זהו אחד מענייני התשובה, כי מיהו השב בתשובה: "זה שבא לידו דבר שעבר בו ואפשר בידו, ופירש ולא עשה מפני התשובה" (רמב"ם, הלכות תשובה, פרק ב, הלכה א); וכן אומר הרמב"ם, שאחת מדרכי התשובה היא "להיות השב [...] מתרחק הרבה מן הדבר שחטא בו [...]". (שם, הלכה ד). אמנם בשימוש במשפט אין בוחנים כליות ולב, ואין דורשים תשובה במובנה המוסרי, אלא מסתפקים בכך שאדם שנכשל מעבירה יתרחק מדרך הפשע ויזהר מעבירות פחות חמורות מאותו סוג אשר בהן נכשל. אם מישהו נכשל בעבירה של לקיחת ממון שאינו שלו, עליו להיזהר מכל

55 ע"פ 395/65 עלי עלי איבראהים נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יט (3) 581 (1965).

56 סעיף 18(ד) לחוק תיקון דיני העונשין (דרכי ענישה), תשי"ד-1954, כפי שתוקן בשנת תשכ"ג; כיום, ההוראה מצויה בסעיף 52(ד) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

57 שם, בעמ' 583-584.

58 שם, בעמ' 584, בין האותיות ג-ז.

התנהגות שהמחוקק יראה אותה כעוון בשטח של חמדת ממון, ואם מדובר בעבירת תעבורה, על העברייין להיזהר ולדקדק שלא ייכשל בעבירות שהמחוקק יראה אותן בשעת מעשה כעבירות השייכות לאותו התחום. אין לומר איפוא שזהו תנאי הכרחי שההוראה החדשה תכיל בדיוק את אותם המעשים המנויים בהוראה הקודמת [...] ⁵⁹.

ה. פיצוי כספי או החזרת הגזילה כשיקול להקלת העונש במשפט הישראלי

עד כה דנתי בבקשת הסליחה של הנאשם ובהיענות של הנפגע לבקשתו זו. אעבור עתה לעניין הפיצוי הכספי כחלק מדיני התשובה, שלפי גישת הרמב"ם מהווה תנאי מוקדם להתנצלות, שלדעתו היא חובה מצד הדין:

אין התשובה ולא יום הכפורים מכפריין אלא על עבירות שבין אדם למקום כגון מי שאכל דבר אסור או בעל בעילה אסורה וכיוצא בהן, אבל עבירות שבין אדם לחבירו כגון החובל את חבירו או המקלל חבירו או גזולו וכיוצא בהן אינו נמחל לו לעולם עד שיתן לחבירו מה שהוא חייב לו וירצהו. ⁶⁰

אציג בקצרה כמה פסקי דין מהמשפט הישראלי שנתנו משקל להחזרת הכסף כשיקול לקולא, ומאידך גיסא, פסקי דין שבהם אי-החזרתו של הכסף הובאה בחשבון כשיקול לחומרא בעת גזר הדין של הנאשם.

באמצע שנות ה-70 של המאה הקודמת, כאשר דן בית המשפט העליון ⁶¹ בערעורו של נאשם שהיה מנכ"ל משרד ממשלתי, והורשע על פי הודאתו בעבירות של קבלת דבר במרמה, מעילה באמון, גניבה על ידי עובד ציבור, קבלת שוחד ועבירות שונות על חוקי המטבע. התייחסות בית המשפט, הן להרשעתו של הנאשם והן להשבת הכספים שנלקחו על ידו, באה לידי ביטוי בדברים אלה:

לגבי חובלים ומזיקים, גנבים וגזלנים, מועלים ורמאים למיניהם, חשובה החרטה שבמעשה מן החרטה שבלב ובדיבור. כבר לימדונו קדמונינו שהמתוודה על חטא ואינו חוזר בו לשלם את הגזל, כמותו כטובל ושרץ

59 על גישתו של השופט ד"ר יצחק קיסטר לתשובה, ראו גם את פסק דינו בעל"ע 1/68 פלוגי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1) 673 (1968), המוזכר בדברי ההסבר להצעת החוק (הובא לעיל בטקסט לאחר הערה 41), וכן את מאמרו "גישת היהדות לעברייין ולשיקומו" הפרקליט כה 481 (התשכ"ט).

60 משנה תורה, הלכות תשובה ב, ט. ראו גם שם, הלכות חובל ומזיק ה, ט.

61 ע"פ 395/75 מיכאל צור נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 589 (1976) (להלן – פרשת צור).

בידו (בכלי, תענית טז, ע"א ורש"י שם, ד"ה "ואינו חוזר בו"); אבל מי שעושה להשבת הגזילה, וידויו וידוי וחרטתו חרטה. ושוב: אפילו הניעו את העבריין מניעים תועלתיים ואנוכיים גרידא, אין בהם כדי לגרוע מערכה של החזרת הגזילה כעילה להמתקת דינו. עיקר תכליתם של דיני העונשין הוא להשליט את החוק; משהופר החוק במעשה גזילה, ראשית השלטתו היא בהשבת הגזילה.⁶²

בהמשך מוצגת עמדה עקרונית, קרובה יותר, מדיני השבת הגזילה:

נוטה אני לומר שדיני הנפשות הולכים אחר דיני הממונות, כמו שהיושר הולך אחר הדין. משבאו דיני הממונות על סיפוקם, שוב דיני הנפשות אינם תובענים ואינם תאוותניים כולי האי; לא באו על סיפוקם, יקומו דיני העונשין ויעשו את שלהם לגדור הפרצות ולחזק בדין החוק.⁶³

בפרשה אחרת⁶⁴ הודה הנאשם – איש משרד החוץ שביצע את העבירות במדינה ששירת בה – עבירות של גניבה בידי עובד ציבור, זיוף מסמכים וקבלת כספים באמצעותם. בית המשפט העליון התייחס לחומרת המעשים ולכך שמדובר בכספי ציבור, שאין יודע מי בדיוק נפגע עקב מעשיו של הנאשם, ומתמודד עם הלכות תשובה לרמב"ם.⁶⁵

בפרשת ה"אופנובנק",⁶⁶ הורשע הנאשם, על פי הודאתו, ב־22 מעשי שוד בנסיבות מחמירות של כספים מסניפי בנק שונים, והוא הגיע באופנוע למקום מזוין באקדה (בו ירה בעשרה מתוך 22 מעשי השוד), כשהוא חובש קסדה למניעת זיהויו. בית המשפט המחוזי (בדעת הרוב) גזר עליו 20 שנות מאסר (לדעת המיעוט העונש הראוי הוא 12 שנות מאסר וקנס כספי כבד).⁶⁷ בית המשפט העליון, מפי השופט – כתוארו אז – מנחם אלון, לאחר שהקדים לפסיקתו את הקושי לגזור את הדין ולקבוע את עונשו של עבריין,⁶⁸ ראה זיקה בין הודאת המערער לבין חרטתו ולבין החזרת הכספים לנשדדים, באומרו:

שופטי הרוב בבית המשפט המחוזי עמדו על הודאת המערער וחרטתו, אך הטילו ספק בכנותה. בכך באו לכלל טעות. תסקיר המבחן שהוגש

- 62 דברי השופט – כתוארו אז – חיים כהן, שם, בעמ' 599.
- 63 דברי השופט חיים כהן, שם, מייד לאחר הציטוט הקודם. אמרה זו צוטטה בפסיקה ב־33 פסקי דין, על פי אתר "נבו" ביום 23.10.2020.
- 64 ע"פ 291/81 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 438 (1981).
- 65 שם, בפסקאות 10-11, בעמ' 445-446, מפי השופט – כתוארו אז – מנחם אלון.
- 66 ע"פ 1399/91 רוני ליבוניץ נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1) 178 (1993) (להלן – פרשת ליבוניץ). העובדות פורטו בעמ' 180 ו־182 של פסק הדין.
- 67 שם, בעמ' 180.
- 68 שם, בעמ' 179-180, בפסקה 1 לפסק הדין. אעיר כי מאז שנת 2012 נקבעו בחקיקה הנחיות לקביעת העונש, וזאת במסגרת תיקון 113 לחוק העונשין, שהוסיף את סימן א' לפרק ו' לחוק העונשין, וכתרתו "הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה" (סעיפים 440-440טו).

לנו, ושלא היה לפני בית המשפט המחוזי, מתאר בפרוטרוט את תולדות חייו הסכוכים והמורכבים של המערער ואת חרטתו העמוקה. ואם יטען הטוען, שגם חרטה זו כבר הייתה לעולמים ואין היא מיוחדת למערער דנן, בא המערער שלפנינו וצירף מעשה של השבת כל הגזלה שגזל לחרטה שבדיבור ושבלב. והכספים לצורך השבת הגזלה, שנלקחו על ידי המערער בהלוואה מאחרים כדי לפצות מיד וללא דיחוי את הנגזלים, בוא יבואו מתוך כספים שיושגו על ידי מכירת ביתו הוא. דנתי גם דנתי בשודדים משודדים שונים, מקצתם מודים ואינם מביעים חרטה ומקצתם מודים ומתחרטים, אך מעולם לא בא לפניי שודד, המשיב, תוך ימים ספורים מרגע הודאתו וחרטתו, את כל הכספים שגזל לבעליהם, בליווי מכתב אישי לכל נגזל ונגזל [...] שבו מכה הוא על חטא ושבו מבקש הוא להסביר לנגזליו כיצד בא לכלל מעשי השוד החמורים.⁶⁹

בפסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה הייתה התייחסות לדברי הרמב"ם, ולצורך להחזיר את הכספים שנמצאו שלא כדין בידי הנאשמים. באותה פרשה הגיעו הצדדים להסדר טיעון, ובית המשפט המחוזי התחשב בהסדר הן בגלל הקשיים הראייתיים והן בגלל טעם נוסף. אף שמדובר בעבירות בתחום המיסוי והמרמה, ההחלטה נוסחה כך:

ראשית יצוין כי במקביל להליך פלילי זה התנהל גם הליך אזרחי שבמסגרתו גובש הסכם לפיו משיבים הנאשמים לקופת המדינה סכומים שהיקפם משמעותי ושווה, בעיקרו של דבר, לסכומים שבהעלמתם הורשעו בסופו של ההליך הפלילי. ההסדר האזרחי נחתם ואושר קודם להסדר הפלילי וחלק ניכר מהסכומים כבר שולם. ההסדר האזרחי שהושג ומתבצע במקביל להליך זה מהווה הסרת מחדל, דבר שיש בו שיקול להקלה בעונש בתיקי עבירות מס. יש לראות בכך ראייה עצמאית לחרטה ותשובה.⁷⁰

בית המשפט המחוזי בחיפה התייחס גם לנושא אחר, אשר ראה בו הליך של חרטה וכפרה, והוא זה: מתן צדקה ותרומות על ידי הנאשמים לנזקקים, למוסדות וליחידות צה"ל,

69 פרשת ליבוביץ, לעיל ה"ש 66, בעמ' 184. בהמשך (עמ' 184), מצטט השופט אלון את דברי השופט חיים כהן בפרשת צור, לעיל ה"ש 61.

70 ת"פ (מחוזי חי') 257/02 מדינת ישראל נ' אסלאן פייסל, עמ' 8-9 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) רון שפירא (נבו) 27.03.2007 (להלן: פרשת פייסל).
תשלום המס (שהועלם או שהנאשם התחמק מלשלמו, עד לתום ההליכים נגדו), נחשב כ"הסרת מחדל", בענייני מס, והדבר מהווה אחד משיקולי הקולא גם בפרשות שבהן נטלתי חלק, כאחד השופטים בהרכב ערעורים. ראו, למשל, עפ"ג (מחוזי י-ם) 13-01-3544 מדינת ישראל נ' יוסף קניבי (נבו) 29.04.2013; עפ"ג (מחוזי י-ם) 16-05-53843 בלאל דרוויש נ' מדינת ישראל (נבו) 28.10.2016; ע"פ (מחוזי י-ם) 16-06-31403 מראד טרוה נ' מדינת ישראל (נבו) 28.02.2017.

בשגרה, לאורך שנים, וכן בעת מלחמת לבנון השנייה. בית המשפט אמר כי "מעשיהם הטובים של הנאשמים צריכים להיזקף לזכותם ביום בו נגזר דינם".⁷¹ לעניין זה, ראה השופט במעשים אלה חלק מיסודות הכפרה, אשר מצאנו בהלכות התשובה לרמב"ם.⁷² בית המשפט ציין כי:

ניתן גם לראות במעשה התרומה והעזרה לנזקקים שביצעו הנאשמים כסוג של פיצוי לחברה, הגם שאין זיקה ישירה ביניהם לבין העבירות שבוצעו, ולהביאם בחשבון באיזון הכולל כמעין השבת המצב לקדמותו או פיצוי לחברה.⁷³

כשם שמצינו התייחסות להשבת כספים שנלקחו שלא כדין כשיקול להקלת העונש, כך במקרה שלא הושבו הכספים ראה זאת בית המשפט כשיקול לחומרא, אף על פי שהתרשם כי הנאשם הביע חרטה. בית המשפט המחוזי בבאר-שבע דן בשאלה מהו העונש המתאים לאדם, אשר במסגרת עבודתו בחברה קדישא ביצע עשרות עבירות של קבלת דבר במרמה, גניבה על ידי עובד ציבור, מרמה, הפרת אמונים וקשירת קשר למעשה פשע ועוון:

חרטתו של נאשם, הודאתו בעבירות והפנמתו את חומרת מעשיו, כולם מבוא הם בשער התשובה, אך רק משיתן הדין על מעשיו ישלים את מעשה התשובה – שכך הורנו הנשר הגדול, הרמב"ם "כל מי שחטא ולקה, חוזר לכשרותו: שנאמר: 'וְנִקְלָה אָחִיךָ לְעֵינֶיךָ' (דברים כח 3) כיוון שלקה, הרי הוא אחיך" (משנה תורה, הלכות סנהדרין יז, ז). ועוד הורנו: "אין

71 פרשת פייסל, לעיל ה"ש 70, בעמ' 9.

72 השופט מצטט את משנה תורה, הלכות תשובה א, ד. מצוטט בפרשת פייסל, לעיל ה"ש 70, בעמ' 10.

73 פרשת פייסל, לעיל ה"ש 70, בעמ' 10. בהקשר זה, מציין השופט כי התבסס, בין היתר, על חוות דעת "מתן תרומות ועזרה לנזקקים על ידי מורשע כעילה להקלה בעונשו" (חוות דעת של הרב יוסף שרעבי וד"ר יובל סיני מהמרכז ליישומי משפט עברי (ישמ"ע) שבמכללה האקדמית נתניה 26.03.2007). נושא זה, על אף העניין הרב שבו, חורג ממאמר זה, ועל כן לא אוכל להרחיב את הדיבור ואת העיון בו, והקורא מופנה לחוות הדעת האמורה, אשר אותה ניתן למצוא באתר האינטרנט הנ"ל.

איי-חוזרת הכספים שהעבריינין נהגה מהם בולטת בעבירות מס. אין מדובר בגזל שבו יש גזל ספציפי, אלא, כדברי בית המשפט, חלים הכללים של "הגזל מהרבים, הגזל אינו יודע את מי הוא גזל, מה חלקו של כל אחד מתוך הציבור בנכס הנגזל, והנגזלים עצמם אינם יודעים בדרך כלל מי גזלם". ת"פ (שלום י-ם) 5177/04 מדינת ישראל נ' ר.א. יוסף בע"מ, עמ' 5 לפסק הדין של השופט דוד מיניץ (עת כיהן כשופט בית משפט השלום בירושלים) (נבו 30.10.2206). כאסמכתאות מביא השופט, בין היתר: טור, חושן משפט, שנט; שו"ת מהר"ם, ה; נד; שו"ת יביע אומר ד, חושן משפט, ו. בית המשפט הוסיף ואמר כי על פי המשפט העברי, אי-תשלום מס מנוגד להלכה.

התשובה ולא יום הכיפורים מכפרין אלא על עבירות שבין אדם למקום [...] אבל עבירות שבין אדם לחברו כגון הגזול את חברו, אינו נמחל לו לעולם עד שיתן לחברו מה שהוא חייב לו וירצהו" (הלכות תשובה ב, ט). ודברים אלה מכוונים כנגד כך שעד עצם היום הזה לא השיב הנאשם מאומה מכספי הגזילה והמירמה שבאו לידו בעבירות בהן הורשע.⁷⁴

ו. סיכום: מה ניתן לאמץ מן המשפט העברי בתחום התשובה בישראל כיום?

בדרך כלל, מקובל לנתח סוגיה משפטית ספציפית, כגון: דיני שומרים או משכון, ולברוק אם ניתן ליישם את ההלכות שבה מן המשפט העברי אל המשפט הישראלי. כך נהגו שופטים רבים החל משנותיה הראשונות של המדינה – השופטים זילברג וחיים כהן – ולאחריהם השופט קיסטר, והגדיל לעשות בכמות ובאיכות פרופ' מנחם אלון. המשיכו אחריו, בדרך זו, השופטים טירקל, אנגלרד, רובינשטיין, סולברג, מינץ והנדל, בבית המשפט העליון ורבים אחרים בבתי המשפט השונים.⁷⁵ במאמר זה נעשה ניסיון לשאוב מן המשפט העברי, וליתר דיוק, מן ההלכה והמסורת היהודית, נורמות או כללי חשיבה רחבים יותר, המשקפים את הערכים היהודיים של ההגות שלנו, וליישם במשפט הישראלי. יש שיאמרו, כי בכך חורגים אנו מן התחום של ד' האמות של המשפט העברי, שהוא חלק מההלכה וכיום מיושם ומופעל במשפט המודרני, כמשפט. אולם, אני סבור כי אולי דווקא קליטה זו של עקרונות יסוד והשקפות עולם, המבטאים את המסורת היהודית ואת ההכרה בעוצמת האדם ויכולתו להשתנות, דווקא את אלה, ניתן לאמץ וליישם ביתר קלות במשפט הישראלי במקום לייבא למשפטנו כללים טכניים ונוקשים של דיני שבת, חמץ בפסח, או איסור נישואי כוהן וגרושה. רוח האדם בימינו נוטה יותר להבנה, ורובו של הציבור, אם לא כולו, מזדהה עם יום הכיפורים ועם המסר הרוחני העולה ממנו, יותר מאשר עם כללים אחרים של ההלכה. לכן, כך מאמין אני, ניתן יהיה לשלב ולאמץ את עקרונות הלכות התשובה במשפט הישראלי, והם ייקלטו בנפש חפצה בכל שדרות הציבור.

אכן, חזרה בתשובה יש בה גם ממד דתי, אך אין להתעלם מן הממד החברתי שבה. ברור לכול, כי המדינה, במסגרת השיטה המשפטית שלה, לא תוכל לאכוף הליך נפשי

74 ת"פ (מחוזי ב"ש) 8100/03 מדינת ישראל נ' משה שרביט, פ"מ התשס"ג(1) 903, עמ' 910-911 לפסק הדין של השופט (כתוארו אז) יוסף אלון (2004).

75 ראו את הניתוח הכמותי והאיכותי בספרו של ד"ר יובל סיני **יישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל** כרך ראשון (התשס"ט), ובמאמרו "המשפט העברי בפסיקת בתי המשפט בישראל בשנים 1994-2006: תמונת מצב עכשווית ומבט לעתיד" **מאזני משפט** ז 355 (התש"ע).

פנימי של חזרה בתשובה על מאן דהו. ברם, סבור אני כי כאשר אותו אדם חוזר בתשובה, ובית המשפט משתכנע כי אכן הוא עבר הליך פנימי המנתק אותו מן החטא, כי אז יש לתת לכך משקל במסגרת יחסה של החברה אל אותו אדם.

מעבר לכך אציין כי הרעיון הבסיסי של חזרה בתשובה ומחילה על חטאי העבר מצוי גם בדת הנוצרית⁷⁶ ובדת האסלאם.⁷⁷ מכאן עולה, כי אימוץ עקרונות אלה אינו זר גם למיעוטים הדתיים (הנוצרי והמוסלמי) המצויים במדינת ישראל. מבחינה זו, גם "הרמת הגבה" כאילו אימוץ המשפט העברי הוא אימוץ ההלכה היהודית ויש בו נופך של מעין "כפייה דתית", או "הדתה", אינה במקום, שכן, כאמור, עקרונות התשובה מצויים גם בדתות אחרות הנפוצות בחברה הישראלית. לכן, יש סיכוי גבוה כי עניין זה יזכה לאהדה ולקבלה בזרועות פתוחות של כל חלקי האוכלוסייה בארץ (יהודים, מוסלמים ונוצרים). גם הדוגלים באימוץ הגישה של "רוח האדם" והאוטונומיה שלו, יראו בחיוב את החלת עקרונות התשובה של הרמב"ם, אשר נותנים ביטוי מרכזי לאמונה בכוחו של האדם להשתנות ולהשתפר. מכאן שפסיעה בשבילי הרמב"ם, מתאימה היא לכל הרבדים של החברה הישראלית.⁷⁸

קשה לדרוש היום, במשפט המודרני, כי לאחר כל אירוע נזיקי ייעשה טקס של התנצלות הנהגה הפוגע לפני נפגעי התאונה, במיוחד כאשר בימינו ברוב רובם של המקרים הפיצוי משולם לנפגע על ידי חברת הביטוח, ולא על ידי המזיק עצמו. אולם, כאשר אנו נדרשים לקבוע מהו העונש הספציפי אשר ראוי להטיל על הנאשם שביצע עבירה פלילית אשר גרמה פגיעות גוף ונפש לנפגע העבירה, רשאי בית המשפט להביא בחשבון את הנתונים בדבר הפיצוי הניתן על ידי העבריין לנפגע העבירה, וגובהו.⁷⁹ לטעמי, יש ליתן משקל גם לצורת הבעת ההתנצלות של הפוגע כלפי נפגע העבירה, כך גם נהגתי באחת הפרשיות שנידונו לפניי.

76 ראו מאמרו של פרופ' אפרים א' אורבך "תשובת אנשי ניווה והוויכוח היהודי-נוצרי" ספר היובל לכבוד י"נ אפשטיין 118 (התש"י). המאמר הודפס מאוחר יותר בשנית בקובץ מעולמם של חכמים – קובץ מחקרים 556 (חנה אורבך עורכת, מהדורה שנייה התשס"ב). עמיתי, סגן הנשיא, כב' השופט עוני חבש, אישר לי כי אכן במסורת המוסלמית יש מוסד המקביל לחזרה בתשובה. דברים דומים מסר לי חברי פרופ' יוסף טובי, העוסק, בין היתר, בהשוואה בין הספרות היהודית לספרות הערבית והמוסלמית בימי הביניים; הפניה למקור אחד בקוראן הבאתי בגזר דיני בת"פ 2072/06 מדינת ישראל נ' שאהר זיתון (2008).

77 לאור דברינו אלה, שמא ראוי לשקול ללמד את קציני המבחן לא רק תיאוריות חדשות, פרי המחקרים של המאה ה-21, אלא גם לאפשר להם להתוודע אל דברי הרמב"ם, בהם עיינו לעיל, מתוך תקווה כי קציני המבחן יפעילו אמות מידה אלה בתסקירים המוגשים על ידם לבתי המשפט.

79 בכמה מקרים, בעת פסיקת העונש בתיקים של פשעים חמורים, המתנתי עד לביצוע התשלום בפועל של הפיצוי לנפגעי העבירה, ורק לאחר מכן גזרתי את העונש, שהביא בחשבון את התשלום.

