



עפ"ג 32764/04/16 - מדינת ישראל נגד עמית קנדלקר,

בית המשפט המחוזי בחיפה

31 מאי 2016

עפ"ג 32764-04-16 מדינת ישראל נ' קנדלקר

לפני הרכב כב' השופטים:

רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]

בטינה טאובר

תמר נאות פרי

המערערת

מדינת ישראל ע"י פרקליטות מחוז חיפה, מחלקה פלילית

נגד

המשיב

עמית קנדלקר,

ע"י ב"כ עו"ד מירון רוזנטל

פסק דין

השופט רון שפירא, סגן נשיא [אב"ד]:

הרקע לערעור ופסק דינו של בימ"ש קמא:

בפנינו ערעור על פסק דינו של בית משפט השלום בחיפה (כב' השופט ד"ר זאיד פלאח, להלן: "בית משפט קמא") שניתן בת.פ. 14-06-55651 ביום 6.3.16 ובו בוטלה הרשעתו של המשיב והוא נדון לצו מבחן למשך 18 חודשים, צו של"צ בן 250 שעות ופיצוי למתלונן בסך 10,000 ₪. הערעור הוגש על ידי המאשימה נגד ביטול הרשעתו של המשיב ואי השתתפות עונש מאסר בפועל. יוער כבר כעת כי במהלך הדיון בפנינו חזרה בה המערערת מהערעור לעניין העונש והותירה את הערעור רק לעניין החלטתו של בית משפט קמא להימנע מהרשעה.

נגד המשיב הוגש כתב אישום המייחס לו את העבירות הבאות: קשירת קשר להונות, לפי סעיפים 440 + 29 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977 (להלן: "חוק העונשין"); ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 415 (סיפא) + 29 + 25 לחוק העונשין; קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות לפי סעיפים 415 (סיפא) + 29 לחוק העונשין; ושיבוש מהלכי משפט לפי סעיפים 244 + 29 לחוק העונשין.

על פי עובדות כתב האישום, המשיב (נאשם 1 בבימ"ש קמא) ונאשם 2 הינם בני דודים. עובר לאירועים נשוא כתב האישום היו בין עידן צדיק, המתלונן, לבין נאשם 2 קשרי חברות. עובר ליום 10.10.12 קשרו המשיב והנאשם 2 קשר להונות את המתלונן ולקבל ממנו כספים במרמה. במסגרת הקשר ולשם קידומו נאשם 2 פנה אל המתלונן והציע לו במרמה להצטרף אליו לעסק צילום נשים כדוגמניות על אף שאינם צלמים בפועל, ובסיוע הצילומים ימכרו את תקליטורי התמונות למכר של המשיב. המתלונן הסכים לקחת חלק בעסק ולצלם את הדוגמניות. עובר ליום 2.10.12 יצר המשיב חשבון ברשת החברתית "פייסבוק" על שם אישה ששמה "שרון לוי". הנאשם 2 יצר אף הוא עובר ליום 12.10.12 חשבון

עמוד 1



בפייסבוק על שם אישה ששמה "עדי גרשון". ביום 2.10.12 פנה המשיב לנאשמת 3, דרך חשבונה של שרון לוי, העמיד פנים כי הוא מעצבת בגדים המחפשת דוגמניות לצילום קטלוג שלה. הנאשמת 3 השיבה כי היא מעוניינת ומסרה פרטיה. המשיב השיב כביכול בשם "שרון" כי פרטיה יועברו למנהל הצילומים אותו כינה בשם "עמית דקל" אך בפועל מסר לנאשמת 3 את פרטיו שלו. ביום 10.10.12 נפגשו הנאשמת 3 והמשיב. במהלך שיחתם טען המשיב במרמה כי המתלון פרץ לחשבון הפייסבוק שלו, מתחזה לבחורה בשם עדי גרשון, שולח הצעות עבודה לבנות ובהמשך מצלם אותן. המשיב הציע לנאשמת 3 לסייע לו ולנאשם 2 "ללמד את המתלון לקח".

ביום 11.10.12 נפגשו כל הנאשמים וקשרו קשר להונות את המתלון. המשיב והנאשם 2 הציעו לנאשמת 3 שתקבע עם המתלון ונאשם 2 להצטלם עבורם ולאחר מספר צילומים תטיח בפני המתלון שהעסק הינו פיקטיבי, בהתאם לתוכנית, המתלון והנאשם 2 יקראו כביכול לעזרתו של המשיב ולכשיגיע תאיים נאשמת 3 בכזב לפנות למשטרה אם לא ישלמו לה מיליון ₪ בעבור שתיקתה. בהמשך לקשר ולשם קידומו, ביום 12.10.12 קיבלה נאשמת 3 הודעה מחשבון הפייסבוק של "עדי גרשון" ובה הושאר מספר הטלפון של נאשם 2. נאשמת 3 יצרה עמו קשר ונקבע מועד צילומים ליום 15.10.12. ביום 15.10.12 נפגשה נאשמת 3 עם המתלון ונאשם 2. השלושה נסעו ליערות הכרמל והחלו בצילומים חושפניים. לאחר זמן מה פעלה הנאשמת 3 כמתוכנן, העמידה פנים בפני המתלון כי היא חושדת בטיב העסק שלהם, עד אשר המתלון הודה בפניה כי אכן הוא אינו צלם מקצועי. נאשם 2 והמתלון קראו לעזרתו של המשיב ונאשמת 3 איימה במרמה כי תפנה למשטרה באם לא ישלמו לה מיליון ₪ בעבור שתיקתה כביכול. הנאשמים העמידו פנים שהם מסכימים לדרישתה. חלקו של המתלון נקבע לסך של 400,000 ₪. נאשמת 3 דרשה כי למחרת תקבל מקדמה. כל זאת בכוונה לרמות את המתלון וזאת בצוותא חדא עם הנאשמים.

ביום 16.10.12, בהאמינו כי מעשיהם ודבריהם של הנאשמים הינם תרחיש אמת, מסר המתלון למשיב ולנאשם 2 סך של 32,000 ₪ במזומן על מנת שישלמו לנאשמת 3 את המקדמה אותה דרשה. המשיב והנאשם 2 בצוותא חדא קיבלו ממנו את הכסף במרמה, תוך שהם מציגים בפניו מצג שווא שהכסף יועבר לנאשמת 3. ביום 16.10.12 נפגשו הנאשמים בקניון ארנה בהרצליה. המשיב והנאשם 2 נתנו לנאשמת 3 סך של 10,000 ₪ בתמורה לחלקה במרמה. ביום 18.10.12 המשיב והנאשם 2 ביקשו מהנאשמת 3 כי במידה ותיחקר במשטרה תשקר ותאמר שאינה מכירה אותם ופגשה אותם רק לאחר יום הצילומים. כל זאת עשו בכוונה להכשיל הליך שיפוטי. המתלון לא שילם את יתרת הסכום שנדרש על ידי הנאשמת 3 כיוון לאחר ששילם את סכום המקדמה החל לחשוד שמדובר בתרמית והתלון במשטרה.

הנאשם 2 הורשע על פי הודאתו ביום 16.3.15 בביצוע עבירות של קשירת קשר להונות; ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות; קבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות; ושיבוש מהלכי משפט. הנאשם 2 נידון ל-3 חודשי מאסר בפועל בדרך של עבודות שירות וקנס בסך 2,000 ₪. הנאשמת 3 הורשעה ביום 24.11.14 במסגרת הסדר טיעון בעבירות של ניסיון לקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות וקבלת דבר במרמה בנסיבות מחמירות ונדונה למאסר בפועל למשך חודש אחד בדרך של עבודות שירות, מאסר על תנאי וקנס בסך 2,000 ₪.

ביום 16.3.15 הודה המשיב בעובדות כתב האישום והורשע בביצוע העבירות המיוחסות לו. בעניינו של המשיב הוגשו 3 תסקירי מבחן לבימ"ש קמא. ביום 6.3.16 החליט בימ"ש קמא, במסגרת גזר הדין שניתן בעניינם של המשיב והנאשם 2, לבטל את הרשעתו של המשיב וגזר עליו את העונשים המפורטים לעיל.



בימ"ש קמא ציין בגזר הדין כי במעשיהם פגעו המשיב ונאשם 2 בקניינו של המתלון, בשלוות חייו ומידת הפגיעה בערכים המוגנים היא בינונית. עוד צוין כי כל האירועים המתוארים בכתב האישום מהווים אירוע אחד בגינו יש לקבוע מתחם ענישה אחד. בבואו לקבוע את מתחם הענישה ההולם לקח בחשבון בימ"ש קמא את הערכים שנפגעו, את הפסיקה הנוהגת, את חלקם של כל אחד מהנאשמים בביצוע העבירות, את הנזק שנגרם והיה צפוי להיגרם מביצועו, את הבנת הנאשמים המלאה למעשיהם, את הסיבות שהביאו את הנאשמים לבצע את העבירות ואת ניצול חברותו של נאשם 2 עם המתלון בבואו לבצע את העבירות יחד עם הנאשמים.

בימ"ש קמא ציין כי בעניינה של הנאשמת 3 קבע מתחם ענישה הולם הנע בין מאסר מותנה ועד 3 חודשי מאסר בפועל זאת מאחר ונאשמת זו הצטרפה לקנוניה שנרקמה בין הנאשמים בשלב מתקדם יותר אך גם היא קיבלה חלק מהכספים שהוצאו במרמה מהמתלון. הנאשמת 3 לא הורשעה בעבירה שעניינה שיבוש מהלכי משפט.

בהתאם לכל הנ"ל הגיע בימ"ש קמא למסקנה שמתחם העונש ההולם את מעשי המשיב ונאשם 2 אמור להיות מחמיר יותר מזה שצוין באשר לנאשמת 3. נקבע מתחם עונש הולם את מעשי המשיב ונאשם 2 כמאסר המתחיל ב-3 חודשים, אותם ניתן לרצות בעבודות שירות, ועד 9 חודשי מאסר בפועל. בנוגע לעונש בתוך המתחם לקח בחשבון בימ"ש קמא את נטילת האחריות המלאה של הנאשמים על מעשיהם, את עברם הנקי, את חלוף הזמן מאז ביצוע העבירות ועד למתן גזר הדין (כשלוש וחצי שנים), את הודאתם המידית והחיסכון בזמן שיפוטי.

עוד ציין בימ"ש קמא כי בעניינו של המשיב הוגשו שלושה תסקירים מטעם שירות המבחן, שהתייחסו לרקע האישי והמשפחתי, לעברו הנקי, ולכל יתר הנסיבות המפורטות, כאשר בסוף התסקיר הראשון המליצה קצינת המבחן לאפשר דחיה בת חודשיים לצורך הפנייתו לתהליך גישור של פוגע נפגע המתקיים בשירות המבחן. בימ"ש קמא נעתר לבקשה זו. בתסקיר השני נכתב שהליך הצדק המאחה לא התקיים וקצינת המבחן המליצה להטיל על המשיב מאסר שירוצה בעבודות שירות, מאסר מותנה ופיצוי למתלון וכן הטלת צו מבחן למשך שנה. קצינת המבחן לא המליצה לבטל את הרשעתו ובדין שהתקיים נעתר בימ"ש קמא לבקשת הסניגור והפנה את המשיב לקבלת תסקיר נוסף שיבחן את האפשרות לבטל את הרשעתו. בתסקיר השלישי התייחסה קצינת המבחן לתעודת מתווך הנדל"ן של המשיב, לשיחה נוספת שנערכה עמו והיא התרשמה מתחושות הבושה המלוות אותו במהלך ניהול ההליך, מיכולתו להכיר בפסול בהתנהגותו, מאורח חייו התקין ולקחת אחריות מלאה על מעשיו. על כן, המליצה לבטל את הרשעתו, להעמיד את המשיב בצו מבחן למשך 18 חודשים, זאת במקום 12 חודשים עליהם הומלץ בתסקיר הקודם, וכן המליצה להטיל עליו צו של"צ בהיקף 250 שעות במקום עבודות שירות.

בימ"ש קמא ציין בגזר דינו כי שירות המבחן מצא שקיימים הבדלים בין המשיב לנאשם 2, הן מבחינת קבלת אחריות מלאה על מעשיו והן מבחינת סיכויי השיקום והפגיעה מהרשעה. על כן, בשים לב לפסיקתו של ביהמ"ש העליון בנושא הימנעות מהרשעה, קבע בימ"ש קמא כי למרות שהעבירות בהן הורשע המשיב הן עבירות חמורות שבדרך כלל אינן מאפשרות ויתור על הרשעה, מדובר במקרה יוצא דופן בו ניתן לוותר על ההרשעה. כן ציין בימ"ש קמא כי שוכנע שהותרת הרשעתו של המשיב תפגע באופן משמעותי בפרנסתו ובשיקומו בכך שקיים סיכוי גבוה שרישיון התיווך בו הוא מחזיק יישלל. בימ"ש קמא שוכנע כי המשיב השתקם ועל כן החליט לחרוג לקולא מהרף התחתון של מתחם העונש ההולם ולבטל את הרשעתו, זאת לצד העמדתו בצו מבחן למשך 18 חודשים, ביצוע עבודות של"צ בהיקף 250 שעות



ופיצוי על סך 10,000 ₪ למתלונן.

טענות הצדדים:

המערערת טוענת כי שגה בימ"ש קמא בכך שביטל הרשעתו של המשיב. נטען כי ביטול הרשעת המשיב אינו הולם את חומרת המעשים שהמשיב הודה בהם, את נסיבות ביצועם וכן אינו עולה בקנה אחד עם מדיניות הענישה שהותוותה על ידי בתי המשפט.

לטענת המערערת, המשיב פעל בתחכום רב, תוך תכנון מקדים ובניית תשתית על מנת להוציא לפועל את תכנית המרמה, וכאשר נחשפה אותה מרמה, פעל לשיבוש הליכי משפט בכך שניסה יחד עם הנאשם 2 לגרום לנאשמת 3 לשקר בחקירתה במשטרה.

עוד טוענת המערערת כי על אף שסוג העבירות בהן הורשע המשיב הן חמורות ומטיבן אינן מאפשרות ויתור על הרשעה, קבע בימ"ש קמא כי המקרה האמור נכלל בגדר חריג. נטען כי בימ"ש קמא נימק זאת בכך שהמשיב השתקם והרשעתו עלולה לפגוע באופן משמעותי בפרנסתו כמתווך. המערערת טוענת כי שגה בימ"ש קמא בכך שסטה מעקרון אחידות הענישה שכן הנאשמים הנוספים בפרשה, גם הם נעדרי עבר פלילי, הורשעו ונדונו לעונשי מאסר בפועל שירוצו בדרך של עבודות שירות. כן נטען כי שגה בימ"ש קמא שעה שסטה ממתחם העונש משיקולי שיקום זאת לאחר הפניית המשיב לתסקיר מבחן שלישי מבלי שהשתנו הנסיבות בעניינו של המשיב או הוצג אופק שיקומי מעבר לרצונו של המשיב לעסוק כמתווך בתחום הנדל"ן. עוד טוענת המערערת כי שגה בימ"ש קמא שעה שקבע כי המשיב השתקם בהתבססו על העובדה הבלעדית כי המשיב הוציא תעודת תיווך בתחום הנדל"ן ומעוניין לעסוק בכך, כאשר ביהמ"ש התעלם מהתקופה הארוכה מאז חקירת המשיב במשטרה ועד לתסקיר השני אשר מציינ כי המשיב טרם התחיל תכנית טיפולית כלשהי והמליץ על התחלתה וכן על השתת עונש מאסר בדרך של עבודות שירות ולא ביטול הרשעה. לפיכך, נטען, אין מדובר בשיקום ובכל מקרה אין מדובר בשיקום ארוך המצדיק ביטול הרשעה.

המערערת טוענת כי העובדה כי בתסקיר השלישי נערך מקצה שיפורים, בו בחר המשיב לשתף פעולה עם שירות המבחן, אין בה כדי להצביע על השיקום הדרוש הוכחה לשם ביטול הרשעה. כן נטען כי הימנעות מהרשעה במקרה זה, בו לא הוכח נזק קונקרטי הצפוי למשיב מהרשעה, עומדת בניגוד לפסיקת ביהמ"ש העליון. עוד נטען כי שגה בימ"ש קמא עת קבע כי קיים סיכוי גבוה שרישיון התיווך של המשיב יישלל. המערערת טוענת כי שלילת רישיון התיווך בשל הרשעה אינה אוטומטית ובכל מקרה ניתן לחדשו לאחר מספר שנים. לגישת המערערת, השיקולים האמורים אינם מצדיקים את ביטול הרשעת המשיב. הכלל הוא שיש להרשיע אדם שביצע עבירה, גם כאשר מדובר במשיב נורמטיבי וללא עבר פלילי, וודאי כאשר לא הוכח שהרשעת המשיב תפגע במטה לחמו הנוכחי. נטען כי יש צורך בהוכחה פוזיטיבית שהרשעת המשיב תפגע באופן ברור וקונקרטי בעיסוקו, או כל עיסוק אחר, אך בוודאי שלא בכל עיסוק עתידי. המערערת טוענת כי לא ברור כיצד יהיה בהרשעתו של המשיב כדי לפגוע פגיעה ממשית בפרנסתו, כאשר לא ניתן לומר ברמת ודאות כי יפסל רישיונו, אולם ניתן לומר כי אף אם יפסל, יוכל לקבלו חזרה. לנוכח האמור נטען כי נראה כי הנזק הצפוי למשיב כתוצאה מהרשעתו אינו גובר על האינטרס הציבורי להרשיע במקרים חמורים כגון דא.



לחילופין נטען כי אף אם ניתן לקבל את הקביעה שהרשעה עשויה לפגוע בעיסוק המקצועי של המשיב, הרי שלא נתקיים התנאי השני והמצטבר והוא שסוג העבירה ונסיבותיה מאפשרים ויתור על הרשעה, מבלי לפגוע בשיקולי הענישה האחרים, כגון הרתעה אישית והרתעת הכלל. עוד נטען כי אין מדובר במקרה החריג שבו ראוי לתת לנסיבות האישיות של המשיב משקל משמעותי. נטען כי הרשעה בפלילים משבשת את מסלול חייו של כל אדם ואין בנסיבות האישיות של המשיב כדי להצדיק הקלה עמו מעבר לנדרש.

המשיב טוען כי ב"כ המערערת עצמה אמרה לפרוטוקול בימ"ש קמא שההרשעה גורמת למשיב לנזק ושרק כעבור מספר שנים יוחזר רישיונו. כן נטען כי צריך שיעברו 7 שנים כדי להגיש בקשה חדשה לעסוק בתיווך. נטען כי מדובר במשיב נורמטיבי אשר עבר את המבחן לקבלת רישיון תיווך כשהתיק התנהל. נטען כי המשיב נמצא בהליך שיקומי מאוד רציני והמערערת מתעלמת מכך. המשיב משתתף בקבוצה טיפולית לעברייני מרמה בירושלים מזה כחודשיים וללא חיסורים. נטען כי בימ"ש קמא שלח אותו לתסקיר מבחן שלישי מכיוון ששירות המבחן הצביע על פוטנציאל שיקומי ורצון להשתלב בהליך שיקומי והיה גם רצון של המשיב לעשות הליך של צדק מאחז מול הקורבן, אך הדבר לא יצא לפועל מאחר והמתלונן לא רצה לעשות זאת. נטען כי הסכום של 32,000 ₪ הוחזר מיד עוד, לפני התלונה במטרה. נטען כי המתלונן פנה לעבריינים שזרקו בקבוק תבערה לבית אמו של המשיב ולא הוגש כתב אישום נגדו או נגד הגורמים שנשלחו מטעמו. עוד נטען כי העבירה בוצעה ב- 2012 וכתב האישום הוגש רק ב- 2015. המשיב נעצר לתקופה של מספר שבועות. כן נטען כי המשיב החל בביצוע עבודות השל"צ עד שניתן צו עיכוב ביצוע בתיק זה. נטען כי החזרת ההרשעה על כנה תגרום לנזק בלתי הפיך למשיב.

עוד נטען כי מדובר במשיב שעבד בעבר ברפא"ל וקיבל תעודות הצטיינות. את דרכו החל בתחתית החברה. עשה הכל לבד ללא עזרה והחלום שלו היה לעסוק בתיווך. יש לו קרוב משפחה שעזר לו, הוא עבד כמתווך בירושלים וכיום הוא מחזיק עסק מורשה ועוסק אך ורק בתיווך, זה מטה לחמו ומקור פרנסתו. נטען כי המשיב התחתן לפני כשנה וחצי ובני הזוג מעוניינים לקנות בית ולהתקדם ולא יוכלו לעשות זאת אם יחזרו לעבוד במוסך או בעבודה אחרת. כיום מתגוררים בני הזוג עם אמו של המשיב בדירה בגודל 40 מ"ר. נטען כי אם תוחזר ההרשעה על כנה המשיב ימצא עצמו נסוג לפחות עשר שנים אחורה ובכך יגרם לו ולמשפחתו נזק.

נטען כי המשיב מודע לבעיה, הביע חרטה בהזדמנות הראשונה, רצה להגיע לגישור פוגע נפגע. לפני כמה חודשים ניסה המשיב להתקבל לעבודה בנמל חיפה אך תיק המב"ד הפתוח בעניין זה מנע זאת ממנו. נטען כי הוצגה פסיקה עדכנית בעבירות מרמה ובעבירות חמורות יותר בהן לא הסתיימו התיקים בהרשעה בדין. נטען כי בימ"ש קמא לא מיהר לבטל את ההרשעה אלא בחן את הדברים והתרשם. עוד נטען כי לאור העובדה שהמשיב נמצא בהליך טיפולי ונמצא בקשר עם שירות המבחן, יש מקום לבקש משירות המבחן תסקיר נוסף בטרם מתן החלטה בערעור, כדי לבדוק האם יש פוטנציאל שיקומי. כן נטען כי המשיב ביצע חלק נכבד מעבודות השל"צ והוא נהנה מהתרומה שלו לקהילה.

יצוין כי לאחר שב"כ המערערת שמעה את טיעוני ב"כ המשיב ציינה כי אינה מתנגדת כי המשיב יורשע וימשיך לבצע את עבודות השל"צ בהן החל. בכך חזרה בה המערערת מהערעור לעניין העונש והיא עומדת על הערעור רק ככל שהוא מופנה כנגד ההימנעות מהרשעה.



עוד יצוין כי שירות המבחן דיווח כי המשיב הספיק לבצע 10 שעות של"צ במהלך חודש מרץ 2016 ולאחר מכן במהלך אפריל הוקפא צו השל"צ עד להחלטה בערעור. לטענת המבקש הוא המשיך לעבוד גם באפריל ולצורך הדיון אנו מניחים כי אכן ביצע עוד שעות של עבודה במסגרת השל"צ.

דין והכרעה:

לאחר שבחנתי את הערעור שהוגש על נספחיו ואת טענות ב"כ הצדדים אציע לחברותי ההרכב לקבל את הערעור לעניין אי הרשעתו של המשיב ולהורות על הרשעתו של המשיב בעבירות שיוחסו לו בכתב האישום ובהן הודה.

הכלל המנחה הוא כי נאשם שהוכח כי ביצע עבירה יורשע בדינו. החריגים לכלל פורטו בפסיקה. ראו למשל ע"פ 5102/03 מדינת ישראל נ' דני קליין (4.9.2007):

"76. סעיף 192א לחוק סדר הדין הפלילי מסמיך את בית המשפט שהרשיע נאשם לבטל את ההרשעה במסגרת גזר הדין, ולהטיל עליו צו מבחן או צו שירות לתועלת הציבור ללא הרשעה. סעיף 71א(ב) לחוק העונשין מסמיך את בית המשפט, אשר מצא כי הנאשם ביצע העבירה, ליתן צו לביצוע עבודות שירות לתועלת הציבור בלא הרשעה. חלופה עונשית זו מופעלת במשורה, שכן הכלל הרחב הוא כי מקום בו הוכחה אשמתו של אדם, יש, בדרך כלל, להרשיעו בדין. תכליתו של העיקרון הנוהג נהירה על פניה: הרשעתו של מי שעבר עבירה פלילית היא פועל יוצא מהפרת הנורמה הפלילית, והיא חוליה טבעית הנובעת מהוכחת האשמה בהליך הפלילי. הרשעת נאשם בעקבות הוכחת אשמתו מממשת את אכיפת החוק באופן שוויוני, ומונעת איפה ואיפה בהחלת ההליך הפלילי (ע"פ 2513/96 מדינת ישראל נ' שמש, פ"ד נ(3) 682, 684; ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלונים, פ"ד נד(3) 685, 687). ההרשעה הפלילית של נאשם שאשמתו הוכחה ותוצאותיה הן מרכיב חיוני בהליך הפלילי; הן נועדו למצות את תכליותיו המגוונות: להעביר מסר של הרתעת היחיד והרבים, ולשוות למעשה העבירה תווית של מעשה פסול בעיני החברה שגמול עונשי בצידו. חברה המבקשת להפעיל את ההליך הפלילי בדרך אפקטיבית, שוויונית והוגנת תתקשה להשלים עם גישה שיפוטית הפוסטת נאשמים, חדשות לבקרים, מהרשעה פלילית אף שאחריותם הפלילית הוכחה. שהרי ההרשעה היא הביטוי השיפוטי לאחריות הפלילית שהוכחה, ובלעדיה נותרת קביעת האחריות הפלילית חסרה את החוליה האחרונה, המוסיפה לה את המשמעות המשפטית הנורמטיבית הנדרשת.

עם זאת, המשפט מניח כי רקמת החיים האנושיים, בהשתקפותה בהליך הפלילי, מולידה מצבים קיצוניים שאינם מתאימים להחלת העיקרון העונשי הרחב המחייב הרשעה פלילית בעקבות הוכחת אשמה. במצבים חריגים ומיוחדים, כאשר עלול להיווצרפער בלתי נסבל בין עוצמת הפגיעה של הרשעה פלילית בנאשם האינדיבידואלי לבין התועלת שתצמח לחברה ולאינטרס הציבורי מקיומה של הרשעה, נתון בידי בית המשפט הכוח להחליט כי, חרף אשמתו של הנאשם, הוא לא יורשע בדין. בהכרעה בעניין זה

"נדרש איזון שיקולים, המעמיד את האינטרס הציבורי אל מול נסיבותיו האינדיבידואליות של הנאשם. בראייה כוללת, נשקל, מן הצד האחד, הצורך



במיצויו של ההליך הפלילי בדרך של הרשעת העבריין, כדי להשיג בכך, בין היתר, את גורם ההרתעה והאכיפה השוויונית של החוק. שיקול ציבורי זה פועל במשנה תוקף, ככל שחומרת העבירה גדולה יותר, והנזקים לפרט ולציבור מביצועה גוברים. כנגד השיקול הציבורי, נשקל עניינו של הפרט הנאשם, ובמסגרת זו נבחנים נתונים שונים הנוגעים אליו, וביניהם - טיב העבירה אותה עבר וחומרתה, עברו הפלילי, גילו, מצב בריאותו, והנזק הצפוי לו מהרשעה. באשר לנאשמים בגירים, במאזן השיקולים האמור, גובר בדרך כלל השיקול הציבורי, ורק נסיבות מיוחדות, חריגות ויוצאות דופן ביותר, תצדקנה סטייה מחובת מיצוי הדין בדרך הרשעת העבריין".

(ע"פ 2669/00 מדינת ישראל נ' פלוני, פ"ד נ"ד (3) 685. ראו גם ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב (3) 337; ע"פ 3301/06 ביטי נ' מדינת ישראל, תק-על 2006 (4) 1000; ע"פ 7211/04 מדינת ישראל נ' פלוני, תק-על 2006 (1) 3685; פרשת שמש, לעיל).

77. בנסיבות חריגות ומיוחדות, כאשר עלול להיווצר יחס בלתי סביר בין חשיבות ההרשעה לאינטרס הציבורי לבין עוצמת הפגיעה הצפויה לנאשם באם יורשע, ובהתחשב במכלול הנתונים הרלבנטיים לעניין, ניתן לעשות שימוש בסמכות אי ההרשעה. לצורך כך, יש להתחשב, מצד אחד, במשמעותה של העבירה שנעברה מבחינת השלכתה על הנורמות החברתיות והמסר הציבורי המתחייב מהן. מצד שני, יש לתת את הדעת לנסיבות אישיות שונות הקשורות בנאשם - גיל, עבר קודם, - אם נורמטיבי אם לאו, נתונים שונים הקשורים למצבו האישי והבריאותי, והשפעת ההרשעה על סיכויי שיקומו. מעבר לכל אלה, יש גם לשקול במבט רחב את השפעת אי ההרשעה על ההליך הפלילי בכללו, ואת המסר החברתי שאי ההרשעה טומן בחובו בנסיבות העניין הספציפי". (ההדגשות הוספו. ר.ש.).

הפעלת הסמכות שלא להרשיע מותנית בשני תנאים עיקריים: ראשית, סוג העבירה אשר מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה בלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה, ובהם שיקולי הלימה והרתעה. שנית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה ובלתי מידתית בשיקום הנאשם (ראו: ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ"ב (3) 337 (1997); ת"פ (י-ם) 8989-09-01 מדינת ישראל נ' רבינוביץ' (ניתן ביום 07/10/2014)).

כפי שנקבע בע"פ 2083/96 הנ"ל:

"בפסיקתנו נקבע כי המבחן ללא הרשעה הינו חריג לכלל, שכן משהוכח ביצועה של עבירה יש להרשיע את הנאשם וראוי להטיל אמצעי זה רק במקרים יוצאי דופן, בהם אין יחס סביר בין הנזק הצפוי לנאשם מן ההרשעה לבין חומרתה של העבירה. ראו ר"ע 432/85 רומנו נ' מדינת ישראל, תקדין-עליון, כרך 737, (3) 85.

7. תכליתו של סעיף 71 לחוק, כפי שהיא משתקפת גם מן ההסטוריה החקיקתית שלו, דומה איפוא לתכלית סעיף 1 לפקודת המבחן, המאפשר, כאמור לעיל, להטיל מבחן ללא הרשעה. מטרת שני אמצעים אלה הינה שיקומית. ואולם, כידוע, שיקומו של נאשם - הגם שהוא מהווה



שיקול מהותי שלציבור כולו עניין בו - הינו אך אחד משיקולי הענישה, שאליו מתווספים שיקולים אחרים הנובעים מאופיה של העבירה.

אכן, ענישתו של נאשם היא אינדוידואלית, ובית-המשפט בוחן עניינו של כל נאשם ונאשם ואינו קובע את עונשו אך על-פי מהות העבירה. ואולם, מהותה של העבירה, הצורך בהרתעת הרבים, ובעבירות שקורבן אינו הפרט אלא הציבור כולו אף הוקעת מעשי העבירה - בצירוף מדיניות ענישה אחידה ככל האפשר על -יסוד שיקולים אלה - כל אלה משמשים כגורמים העלולים לגבור אף על שיקומו של הנאשם.

הימנעות מהרשעה אפשרית איפוא בהצטבר שני גורמים:

ראשית, על ההרשעה לפגוע פגיעה חמורה בשיקום הנאשם;

ושנית, סוג העבירה מאפשר לוותר בנסיבות המקרה המסוים על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים המפורטים לעיל".

לענין הימנעות מהרשעה במקרים חריגים ראו גם:

ע"פ 9893/06 **לאופר נ' מדינת ישראל** (ניתן ביום 31.12.2007) פסקה 8 - 11;

ע"פ 3515/12 **מדינת ישראל נ' דוד שבתאי ואח'** (ניתן ביום 10.9.2013) פסקה 14 - 23.

בנסיבות העניין לא מצאתי צורך בקבלת תסקיר מבחן משלים קודם להכרעה בעניינו של המשיב. הבאתי בחשבון את מכלול הנתונים כפי שהוצגו בפנינו ואת התסקירים שהוגשו לבימ"ש קמא. בהתחשב בעומס המוטל על שירות המבחן ומשמעות ההפניה לתסקיר, דבר שיעכב את הדיון במספר חודשים, סברתי כי ניתן לבחון את מכלול הנסיבות ולתת את החלטתי בלא שיוגש תסקיר נוסף בעניינו של המשיב. הבאתי בחשבון את המלצות שירות המבחן בתסקיר שלישי ומוכן אני להניח כי לו היה מוגש תסקיר נוסף היה שירות המבחן מחזק את המלצתו.

בעניינו סבורני כי לא היה מקום לחרוג מן הכלל ולהימנע מהרשעתו של המשיב, שכן אינני סבור כי מדובר במקרה חריג המצדיק הימנעות מהרשעה ואין מדובר בסוג עבירה המאפשר לוותר, בנסיבות המקרה, על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי הענישה האחרים.

המשיב גם לא הראה כי ההרשעה תפגע פגיעה ממשית בפרנסתו ובשיקומו. נעיר לעניין זה כי על פי הנטען בפנינו המשיב כבר קיבל את רישונו לעסוק בתווך. מכאן שהוראות סעיף 5(א)(4) **לחוק המתווכים במקרקעין, תשנ"ו-1996** (להלן: "**חוק המתווכים**") אינן רלוונטיות בעניינו. עם זאת נדגיש כי מהאמור בסעיף הנ"ל עולה כי אין מדובר במניעות מוחלטת בקבלת רישיון בהתאם להוראות חוק המתווכים אלא בנושא המסור לשיקול דעת. כך גם



בסעיפי החוק הדינים בעבירות משמעת. בסעיף 14א' לחוק המתווכים קובע כדלקמן:

"מתווך במקרקעין שעשה אחד מאלה, עבר עבירת משמעת:

....

(4) הורשע בפסק דין סופי, בין בישראל ובין מחוץ לישראל, בעבירה שמפאת מהותה,

חומרתה או נסיבותיה אין הוא ראוי לעסוק בתיווך במקרקעין"

סעיף 14יט' לחוק המתווכים קובע:

(א) מצאה ועדת המשמעת כי הנקבל עבר עבירת משמעת, רשאית היא לנקוט נגדו אחד או יותר מאמצעים אלה:

(1) התראה;

(2) נזיפה;

(3) קנס בסכום שלא יעלה על הסכום כאמור בסעיף 61(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז-1977;

(4) התליית הרישיון לתקופה קצובה שלא תעלה על שלוש שנים;

(5) ביטול הרישיון.

(ב) מי שרישיונו בוטל לפי הוראות סעיף קטן (א)(5), לא יגיש בקשה לרישיון לפני שעברו שבע שנים מיום ביטול הרישיון.

ניתן אם כן לראות כי אין מדובר בקביעה אוטומטית אלא בנושא המסור לשיקול דעת גורמי המשמעת האמורים להחליט האם בנסיבות ביצוע עבירה מסוימת אין מבצע העבירה ראוי לעסוק בתיווך במקרקעין.

נעיר בהקשר זה, כי חסד נעשה עם המשיב כאשר בית משפט קמא לא הפעיל סמכותו לפי הוראות סעיף 16 לחוק המתווכים הקובע:

"הורשע מתווך במקרקעין בעבירה לפי חוק זה, או לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, או בעבירה לפי סימן ו' או ז' לפרק י"א לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (עבירות מרמה והונאה. ר.ש.), רשאי בית המשפט, בנוסף לכל עונש אחר, לצוות כי רישיונו של המתווך במקרקעין יבוטל או יותלה לתקופה



שיקבע; ורשאי בית המשפט לבטל או להתלות את הרשיון על תנאי שהמתווך לא יעבור עבירות שיקבע בית המשפט תוך תקופה שלא תעלה על 3 שנים."

גם כאן נוקט החוק בלשון "רשאי", דהיינו, העניין מסור לשיקול דעתו.

להשלמת התמונה ראוי עוד להזכיר את הוראות סעיף 14כח'א) לחוק המתווכים הקובע כי **"ענישה או זיכוי בהליכים פלייט או בהליכים משמעתיים על פי דין אחר, אינם מונעים נקיטת הליכים על פי חוק זה נגד מתווך במקרקעין בשל אותו מעשה או מחדל, ונקיטת אמצעים או זיכוי על ידי ועדת המשמעת בשל אותו מעשה או מחדל אינם מונעים נקיטת הליכים פלייט או הליכים משמעתיים על פי דין אחר נגדו"**. מכאן שכשם שעצם ההרשעה אינו מחייב, בהכרח, את התליית או ביטול רישיון התיווך, גם הימנעות מהרשעה, ואף זיכוי, אינם מונעים נקיטת הליך משמעת. מצאתי לנכון להבהיר את המצב המשפטי לאשורו, זאת ככל שינקטו הליכי משמעת כנגד המשיב, ומבלי שאביע עמדה לעניין הליכים אלו, ככל שינקטו.

נדגיש כי גם אם ינקטו הליכי משמעת כנגד המשיב, ורישיונו יותלה או יבוטל, הרי שבתוך מספר שנים יוכל לבקש את רישיונו מחדש. על כן, מדובר באפשרות לפגיעה זמנית בעיסוקו של המשיב. לעניין זה יש גם להביא בחשבון את העובדה שרק במהלך ניהול התיק קיבל המשיב את רישיון התיווך. אין מדובר במשיב שעוסק במקצוע זה מזה שנים, אלא מדובר במשיב שהתפרנס באמצעות עבודות שונות ואף הצליח להתפרנס יפה, הן טרם האירוע נשוא תיק זה והן במהלך ניהול ההליך.

בנסיבות העניין לא ניתן לקבוע כי מתקיים התנאי של "מידת ודאות קרובה לקיומו של נזק קונקרטי" לפגיעה בלתי מידתית בעתידו ובסיכוי שיקומו של הנאשם. ראו:

רע"פ 7224/14 משה פרנסקי נ' מדינת ישראל (10.11.2014);

רע"פ 3589/14 לוזון נ' מדינת ישראל (10.6.2014);

רע"פ 2180/14 שמואלי נ' מדינת ישראל (26.4.2014);

רע"פ 1439/13 קשת נ' מדינת ישראל (4.3.2013).

על כל אלו יש להוסיף את עקרון האחידות שבענישה. הגם שיש הבדלים בין הנאשמים אינני רואה צידוק לפער כה משמעותי בין הנאשם 2 למשיב שבפנינו.

בסיכומי של דבר, במקרה שבפנינו מדובר במעשה מרמה מתוחכם ומתוכנן. מדובר בעבירות שאינן מאפשרות בנסיבות המקרה לוותר על ההרשעה מבלי לפגוע באופן מהותי בשיקולי ענישה אחרים. לאור חלקו היחסי בביצוע העבירה, אשר זהה לחלקו של הנאשם 2 אשר הורשע, ולאור המפורט לעיל, סבורני כי במקרה זה שיקולי האינטרס הציבורי גוברים על נסיבותיו האישיות של המשיב. לכן, בנסיבות העניין, היה על בימ"ש קמא להותיר את הרשעתו על כנה.



אשר על כן, ומכל הטעמים שפורטו, אציע לחברותי להרכב להתערב בפסק דינו של בימ"ש קמא ולהרשיע את המשיב בעבירות שיוחסו לו ושביצוען הודה.

בנסיבות כפי שפורטו, ולאחר שהמערערת חזרה בה מהערעור על העונש, יישאר העונש שגזר בית משפט קמא ללא שינוי. עם זאת נבהיר כי במקרה זה נעשה חסד עם המשיב וככלל הענישה בעבירות אלו, עבירות מרמה הכוללות תכנון, תחכום ופעולה בחבורה, צריכה להיות מחמירה בהרבה.

ר' שפירא, ס. נשיא

השופטת בטינה טאובר:

אני מסכימה.

בטינה טאובר, שופטת

השופטת תמר נאות פרי:

אני מצטרפת לחוות דעתו של האב"ד - סגן הנשיא כב' השופט שפירא.

אף לשיטתי אין מקום להימנע מהרשעה במקרה זה - הן לאור חומרת הפרשה והן לאור אי הוכחת פגיעה קונקרטית וקשה בסיכויי השיקום או ביכולת הפרנסה של המערער - ונזכור כי המדובר בשני תנאים מצטברים. אבקש עוד להפנות לרע"פ 5115/13 **שרון נ' מדינת ישראל** (8.9.2013), שם ביצע המבקש עבירה של ניסיון לגידול סמים ואחזקת כלים לגידול, לאחר שבביתו נמצאו זרעים לגידול קנביס. טענתו בכל הנוגע לאפשרות להימנע מהרשעה סמכה אף שם על העובדה כי הוא קיבל רישיון לעסוק כמתווך מקרקעין ועל הערכתו כי ההרשעה תגרום לכך שהוא לא יוכל לעסוק במקצוע זה. אף שם הוגשו שלושה תסקירים של שירות המבחן ובאחרון - היתה המלצה לגבי אי-הרשעה. עם זאת, בית משפט השלום שם הורה על הרשעה, הערעור נדחה בבית המשפט המחוזי ובקשת רשות הערעור שהוגשה לבית המשפט העליון - נדחתה. בפסק דינו של בית המשפט העליון צוין כי לא הוכח שיגרם למבקש נזק שמצדיק אי הרשעה, כי אין המדובר במקרה חריג ויוצא דופן, וכי לא היה כל פסול בכך שבית המשפט לא אימץ את ההמלצה של שירות המבחן (סעיף 7, פסקה אחרונה). בדומה, ראו את ע"פ (מחוזי תל אביב) 18647-12-15 **מוראדי נ' מדינת ישראל** (16.3.2016) שם נדחה ערעור על פסק דין המורה על הרשעתו של מי שעבר עבירות של זיוף ומרמה, וביקש להימנע מהרשעה הואיל וההרשעה תפגע ביכולתו לעבוד כמתווך מקרקעין. בנוסף, בע"פ (מחוזי באר שבע) 58339-07-15 **אלזרה נ' מדינת ישראל** (16.12.2015) המדובר היה במי שתקף את אביו, וביקש להימנע מהרשעה שכן הדבר יביא לשלילת רישיונו כמתווך מקרקעין ופגיעה בחופש עיסוקו. ערעורו לגבי ההרשעה נדחה, תוך שנקבע כי לא ניתן להימנע מהרשעה נוכח העבירה והיות ולא הוכח כי רישיונו יישלל או כי משרדו ייסגר.



תמר נאות פרי, שופטת

הוחלט להתערב בפסק דינו של בימ"ש קמא, לקבל חלקית את הערעור, ולהרשיע את המשיב בעבירות שיוחסו לו ושבביצוען הודה ושנקבע ע"י בית משפטו קמא כי ביצע. רכיבי הענישה, כפי שנגזרו, נשארים בעינם ללא שינוי.

בהסכמת ב"כ הצדדים ניתן פסק הדין בהעדרם. המזכירות תשלח עותק מפסק הדין לב"כ הצדדים וכן לשירות המבחן למבוגרים.

ניתן היום, כ"ג אייר תשע"ו, 31 מאי 2016, בהעדר הצדדים.

תמר נאות פרי, שופטת

**בטינה טאובר,
שופטת**

**רון שפירא, סגן נשיא
[אב"ד]**