

הסיווג הראוי של מרשם פלילי: על הקושי שבהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות ומשמעותו

מאת

רות קמיני*

1. מבוא. 2. עניין חטיבת זכויות האדם – תמצית העובדות וההכרעה; א. תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר; ב. הקושי בהקניית סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר לידי גורם פרטי. 3. מרשם פלילי – שאלת הסיווג; א. הצגת השאלה; ב. חשיבות הסיווג. 4. סיווג באמצעות התכלית; א. התכלית הנבדלת של הסנקציה הפלילית והסנקציה האזרחית-מנהלית; ב. מרשם פלילי: התכלית המצויה; ג. הצורך בסיווג מחודש של המרשם הפלילי; ד. מסקנת ביניים. 5. מרשם פלילי – התכלית הראויה; א. מבוא: הדמיון בין מרשם פלילי לעונשי ביוש; ב. עונשי ביוש ותכליות הענישה המסורתיות; ג. מסקנות ביניים. 6. סיכום.

1. מבוא

מטרת מאמר זה לדון בסיווגו הראוי של מרשם פלילי כסנקציה. בתוך כך, אצביע על הקושי המשותף למרשם פלילי ועונשי מאסר מידיים פרטיות. ביום 19.11.2009 פסק בית המשפט העליון, בהרכב מורחב של תשעה שופטים, כי תיקון מס' 28 לפקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971¹ (להלן: "תיקון 28") בטל².

* הכותבת היא דוקטור למשפטים, מורה מן החוץ – הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, וכן שימשה כמרכזת "ועדת קנאי" – הוועדה לבחינת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981. מאמר זה מבוסס, בחלקו הגדול, על פרק מתוך עבודת הדוקטורט שנושאה "מרשם פלילי" (הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר אילן, רמת גן, תשס"ט). העבודה נעשתה בהנחייתו של פרופ' רון שפירא, כיום נשיא המרכז האקדמי "פרס" ברחובות. בהזדמנות זו אבקש להביע את תודתי והערכתי הגדולה לפרופ' שפירא. אבקש להודות עוד לפרופ' רות קנאי על הערותיה החשובות לטיוטה מוקדמת של מאמר זה.

התיקון עסק בהקמתו של בית סוהר בניהול פרטי ובהפעלתו. נקבע כי התיקון פוגע בזכויות החוקתיות לחירות אישית ולכבוד האדם, ואינו עומד במבחני פסקת ההגבלה החוקתית³. הפגיעה החוקתית נובעת מכך שהתיקון "...מביא להעברת סמכויות יסוד של המדינה בתחום אכיפת החוק – סמכויות הכליאה – שהפעלתן כרוכה בפגיעה מתמדת בזכויות אדם, לידי תאגיד פרטי הפועל למטרות רווח"⁴. הקושי הטמון בהעברת סמכויות יסוד של המדינה במסגרת ההליך הפלילי, והענישה בפרט, לידיים פרטיות נדון ומודגש באופן חוזר ונשנה לאורך פסק הדין. עצם העברתן של אותן סמכויות משמש טעם מרכזי לקביעה בדבר קיומה של פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות⁵. במאמר זה אני מבקשת להצביע על כך שמרשם פלילי מעורר קושי דומה. אלא שבהקשר של מרשם פלילי אותו קושי מוביל, לדעתי, לצד טעמים נוספים, למסקנה נורמטיבית שלפיה מרשם פלילי אינו ראוי לשמש סנקציה פלילית כלל, אלא אזרחית-מנהלית. העברת סמכות הענישה מידי המדינה לידיים פרטיות מצויה אפוא בשורש הדיון בשאלת תכליתו הראויה של מרשם פלילי. זאת, במובחן מעונש המאסר. האחרון נתפס, בדרך כלל, כעונש פלילי לגיטימי⁶. על פני הדברים אפוא נימוקי פסק הדין תומכים בתפיסה שלפיה אין זה ראוי שמרשם פלילי ישמש כעונש.

עם זאת במאמר זה אבקש להציע תפיסה שונה של הקושי הנובע מהעברת נטל הענישה לידיים פרטיות. אימוץ תפיסה זו יוביל להעברת הדיון לפסים מושגיים, שכן הדיון שייעשה בהקשר של מרשם פלילי מבוסס על טיעון שלפיו עונש פלילי אינו ניתן להמשגה ללא

- 1 פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], תשל"ב-1971, נ"ח 459 (להלן: "פקודת בתי הסוהר").
- 2 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים ע"ר נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 2009) (להלן: "עניין חטיבת זכויות האדם" או "פסק הדין").
- 3 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.
- 4 ראו פסק הדין, לעיל ה"ש 2, בפתח פסק דינה של הנשיאה, השופטת ביניש.
- 5 ראו, בין השאר, פס' 18, 25, 28-30, 36-39 לפסק דינה של השופטת ביניש; פס' 1-5 לפסק דינה של השופטת ארבל; פסק דינו של המשנה לנשיאה, השופט ריבלין; פס' 1-28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; פס' 2-3 לפסק דינה של השופטת חיות; פסק דינו של השופט ג'ובראן; פס' 1-7, 11-13 לפסק דינה של השופטת נאור.
- 6 ראו חוק העונשין, תשל"ז-1977. בפרק ו', שכותרתו "דרכי ענישה", מצוי סימן ב', שכותרתו "מאסר". אמנם קיים גם מאסר "אזרחי", אלא שהמחוקק חסך מאתנו את הדיון המסובך בשאלת סיווג המאסר (כפלילי או כאזרחי), דיון המתעורר במלוא עוזו, כפי שנראה בהמשך, בהקשר של מרשם פלילי. לעניין מאסר, המחוקק הגדיר "מאסר פלילי" כ"מאסר שהוטל במשפט פלילי כעונש בשל עבירה, לרבות מאסר בשל אי תשלום קנס שהוטל כאמור". מאסר "אזרחי" הוא, בעיקרו, כזה "... שאינו מאסר פלילי...". ראו ס' 47(ד) לחוק העונשין.

התייחסות לתפקיד המדינה בהטלתו⁷. אם כן, אין מדובר עוד בפגיעה חוקתית שעשויה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה, אלא במגבלה מושגית שאין לה תקנה. דיון משותף בבתי סוהר פרטיים ובמרשם פלילי מחייב תחילה להוביל את הקורא דרך נבכי הקשיים שמעורר סיווג המרשם הפלילי כסנקציה. אשר על כן, מבנה המאמר יהיה כדלקמן:

תחילה אתאר בקצרה את פסק הדין, תוך שימת דגש על הטיעון שמענייננו כאן, הוא הקושי שבהעברת סמכות הענישה לידיים פרטיות. לאחר מכן אערוך לקורא היכרות תמציתית עם עולם המרשם הפלילי. על רקע זה אעבור לדון בשאלה המרכזית, היא שאלת הסיווג של מרשם פלילי. כפי שיתברר, הקושי הנובע מהעברת סמכויות יסוד בתחום ההליך הפלילי לידיים פרטיות, עליו נסוב עיקר פסק הדין, משמש טעם מרכזי להכרעה בדבר תכליתו הראויה של מרשם פלילי. שאלת הסיווג של מרשם פלילי תידון בשני מסלולים: המצוי והראוי. בתוך כך אצביע על המתח בין שני המסלולים, והמשמעות הנורמטיבית שיש לכך. במסגרת הדיון במצב המצוי אציג את שאלת הסיווג וחשיבות הפתרון. לאחר מכן, שאלת הסיווג תידון על רקע התכליות הנבדלות של הסנקציה הפלילית לעומת האזרחית-מינהלית, על פי סטנדרט המיון המקובל. דיון במרשם הפלילי על רקע השוני בין התכליות כאמור, יוביל למסקנה שהתכלית המצויה של מרשם פלילי (לפחות באופן משוער) בשיטות המשפט שאותן בדקתי היא מניעתית, ועל כן הוא איננו נחשב עונש. מסקנת הביניים הלכאורית תהיה אפוא שיש לסווג מרשם פלילי כסנקציה אזרחית-מינהלית. לכאורה, כאן נפרדות דרכיהם של המרשם הפלילי ועונש המאסר, באשר אין עוררין, לענייננו לפחות, שהאחרון נחשב לסנקציה פלילית. אלא שאין הדבר כך, מאחר שהמסקנה הלכאורית לעניין מרשם פלילי תהיה נכונה ככל שמרשם פלילי עונה, בפועל, על התכלית המניעתית בלבד. ואולם בשלב זה אראה כי לא ניתן להסביר את הסדרי המרשם הפלילי הקיימים באמצעות התכלית המניעתית בלבד, שכן השלכות המרשם הפלילי אינן מצטמצמות לכדי מתן מענה לתכלית זו בלבד, אלא נכנעות בפני תכליות דמויות גמול והרתעה. משמע, קיים פער בין המטרה המוצהרת (או המשווערת) לבין ההסדרים בפועל. פער זה מנביע מחדש את שאלת הסיווג. סיווג המרשם הפלילי יידון, אם כן, פעם נוספת. הפעם באמצעות כלים שהוצעו בפסיקה, ואשר נועדו להסדיר את שאלת הסיווג במצבים שבהם קיים פער בין התכלית התאורטית לבין מצב הדברים בפועל. בהתאם לכלים הללו, אציע לסווג את המרשם הפלילי המצוי כסנקציה פלילית. אלא שסיווג כזה מעורר את השאלה הנורמטיבית, אם ראוי שמרשם פלילי ישמש כעונש. בנקודה זו אכן נפרדות דרכיו של המרשם הפלילי מאלו של

7 זאת, בהתבסס על הנטען במאמרו של הראל: Alon Harel, *Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: On the Incoherence of Privately-Inflicted Criminal Sanctions* 8, 11 (2006), available at ssrn.com/abstract=950106.

עונש המאסר, שכן כאמור, תכליתו הפלילית של המאסר נתפסת, בדרך כלל, כלגיטימית⁸. אלא שהדיון בתכליתו הראויה של מרשם פלילי מוביל, מאליו, לסימן שאלה באשר ל"פליליות" עונש המאסר כאשר הוא מבוצע בידיים פרטיות, כפי שיתואר להלן. בהתייחס למרשם פלילי, אבקש להצביע על דמיון רב בין רישום פלילי – ובפרט כזה המצוי במאגר פומבי, במידה כזו או אחרת – לעונשי ביוש. לפיכך, השאלה תהיה אם עונשי ביוש הם צורת ענישה ראויה. בחינת ההצדקה לשימוש בעונשי ביוש תיעשה באמצעות דוגמאות לעונשים כאלה לאורך ההיסטוריה, ודיון בשאלה אם ענישה כזו הולמת את תכליות הענישה הפלילית המקובלות. בהקשר זה, הדיון בשאלת הקושי שבהעברת נטל הענישה מהמדינה לידי הציבור יתפוס מקום מרכזי. מסקנת הדיון תהיה שצורת ענישה זו אינה ראויה ואינה טובה. מכאן ינבע, שגם מרשם פלילי אינו יכול לשמש צורת ענישה ראויה. לפיכך המצב הקיים אינו ראוי, וממילא אין טעם בסיווג מחודש של המרשם הפלילי כסנקציה פלילית. על רקע זה אטען כי גם עונש מאסר, כאשר הוא מבוצע באמצעות ידיים פרטיות, מאבד מאופיו ה"פלילי" והופך, במידה רבה, לעונש פרטי.

2. עניין חטיבת זכויות האדם – תמצית העובדות וההכרעה

א. תיקון 28 לפקודת בתי הסוהר

פסק הדין עוסק בשאלת החוקתיות של תיקון 28. בפרט, השאלה היא אם "הפרטת" סמכויות, שהשימוש בהן כרוך בפגיעה בזכויות אדם, היא חוקתית⁹. ליתר דיוק, השאלה היא אם ניתן "להפריט" את סמכות הענישה הפלילית. ואולם יש לזכור כי בשלב זה לא בוררה עדיין השאלה אם ניתן להפריד בין הטלת העונש הפלילי לבין הביצוע שלו, באופן שמאפשר להטיל את משימת הביצוע של העונש על גוף פרטי, מבלי לפגוע במהותו של העונש כפלילי. בהמשך נראה כי זוהי שאלה מרכזית¹⁰. ייאמר כבר עתה כי בית המשפט לא

8 גם במסגרת העתירה בעניין חטיבת זכויות האדם לא הועלו טענות בנוגע לתכליתו הראויה של עונש המאסר בכלל. בפרט, לא הועלו טענות כנגד עצם קיום הסמכויות המנויות בתיקון 28 (כגון הסמכויות המוקנות למנהל בית הסוהר, למאבטחי אסירים ולעובדי זכייני בכירים, בסעיפים 128 יח, 128 כה, 128 כז לפקודת בתי הסוהר) והנחיצות שלהן לשם הפעלתו התקינה של בית סוהר. ראו פסק הדין, לעיל ה"ש 2, פס' 11-13 לפסק דינה של השופטת ביניש. עוד בהקשר זה, ראו להלן ה"ש 27.

9 ראו פסק הדין, שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת ביניש.

10 ראו להלן, הדיון בתת-פרק 5.ב.(2). ו-5.ב.(3).

עסק בשאלה זו באופן ישיר במסגרת חוות הדעת המרכזית בפסק הדין, שניתנה מפני הנשיאה¹¹.

אם כן במסגרת תיקון 28 נוספו לפקודת בתי הסוהר סעיפים המטפלים בהקמתו של בית סוהר על ידי תאגיד פרטי, בניהולו ובתפעולו. אותו תאגיד שיעמוד בתנאי הסף שנקבעו במסגרת התיקון ישמש כזכייין על פי היתר, ויתקשר בהסכם עם שירות בתי הסוהר¹². עוד במסגרת תיקון 28, נקבעו תחומי האחריות המוטלת על הזכייין הפרטי ומרחב הסמכויות הנתונות בידיו. כך נקבע כי הזכייין ועובדיו אחראים לשמירה על הסדר, על המשמעת ועל ביטחון הציבור במסגרת בית הסוהר; למניעת בריחתם של אסירים; לדאגה לרווחת האסירים ובריאותם ולנקיטת צעדים במהלך המאסר שייסיעו לשיקומם לאחר השחרור¹³.

11 ניתן למצוא בדברי השופטת ביניש רמזו לקושי המועלה כאן, בדבריה בפסק הדין, לעיל ה"ש 2, בפס' 30: "ראשית, המדינה, לאחר שקבעה באמצעות בתי המשפט שלה כי יש להטיל על אדם מסוים עונש מאסר, אינה נושאת במלוא האחריות להוצאתה לפועל של החלטה זו...". עם זאת אפשר להבין את הדברים כמתיישרים עם תפיסה שלפיה ניתן להפריד, נורמטיבית, בין הקביעה בדבר הטלת העונש לבין הוצאתה לפועל של החלטה. בהמשך, הנשיאה דוחה את טענת הזכיינית שלפיה תיקון 28 עוסק בהסתייעות בלבד (של רשות בגורם פרטי) ולא בהאצלה (ראו פס' 31 לפסק דינה). אמנם, לשאלה זו קווי דמיון לזו שמועלית כאן, ועם זאת יש לשים לב לכך שאין מדובר באותה שאלה, שכן התייחסות השופטת נוגעת לשאלה אם הסמכויות הכרוכות בהפעלת בית הסוהר הואצלו לגורם פרטי, או שמא מדובר בהסתייעות בלבד באותו גורם פרטי. משמע, דיון זה נשען על ההנחה שביצוע עונש המאסר עומד בפני עצמו ומכאן נובעת השאלה אם סמכויות הביצוע הואצלו או שמדובר בהסתייעות בלבד. שונה הדבר מהדיון שאבקש לעורר כאן, והוא בשאלה אם בכלל ניתן להפריד בין הטלת העונש לבין ביצועו. כך או אחרת, אני סבורה שפסק הדין נשען על ההנחה שהפרדה כזו היא אפשרית, מהטעם שפסק הדין עוסק בשאלת הפגיעה החוקתית ואם היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה. לדעתי, כפי שעוד אבאר בהמשך, אילו בית המשפט היה מסכים לכך שהפרדה אינה אפשרית, לא היה צורך בהמשך הדיון החוקתי. עם זאת חשוב לציין כי בקרב שאר השופטים ניתן למצוא אמירות המתיישבות עם התפיסה שתוצע כאן. כך למשל דברי השופטת נאור, בפס' 5 לפסק דינה: "לגישתי, ההבחנה בין עצם הטלת המאסר לבין ביצועו בפועל היא מלאכותית; המדובר בהליך פלילי אחד שיש בו דרגות שונות של שיקול דעת". ראו גם דבריה של השופטת פרוקצ'יה, בפס' 11 לפסק דינה: "...כל אלה מובילים למסקנה כי אין לנתק בין הגורם השלטוני האחראי ליצירת כללי השימוש בכח, לבין הגורם המפעיל ומיישם אותם, הלכה למעשה". ובהמשך, בפס' 12 לפסק דינה: "הגורם השלטוני, האחראי לעיצוב הנורמה הפלילית, ואשר בידיו הופקד כח הענישה בפלילים במובנו הרחב, הוא האחראי במישור המשפטי, החברתי והמוסרי להפעלת כח זה, תוך עמידה במכלול מגבלותיו". אולם הן השופטת נאור הן השופטת פרוקצ'יה בוחנות את הסוגיה במישור החוקתי. לדעתי, בחינה כזו אינה יכולה לרפא פגם מושגי עמוק.

12 ראו פסק הדין, שם, פס' 1, 11 לפסק דינה של השופטת ביניש.

13 כאמור בסעיף 128 יב לפקודת בתי הסוהר, כפי שמובא בפסק הדין, שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת ביניש.

אשר לסמכויות שניתנו בידי הזכייין ועובדיו, יש לציין כי ביד מנהל בית הסוהר הפרטי הופקדו, בחלקן, סמכויותיו של מנהל בית סוהר לפי פקודת בתי הסוהר. בכלל זה, בית המשפט מוצא לנכון לציין את הסמכות להורות על החזקתו של אסיר בהפרדה מנהלית למשך פרק זמן מרבי של 48 שעות, הסמכות להורות על בחינה חזותית של גופו העירום של אסיר, הסמכות לאשר שימוש בכוח סביר לשם עריכת חיפוש על גופו של האסיר ועוד¹⁴. בית המשפט מציין כי גם בידי עובדי הזכייין, הכפופים למנהל בית הסוהר בניהול פרטי, ניתנו סמכויות פוגעניות¹⁵. לבסוף, בית המשפט מתייחס לתפקיד של "מאבטח אסירים", המקביל לתפקידו של סוהר בבית סוהר של שירות בתי הסוהר (בכפוף למגבלות מסוימות). האחרון מוסמך, בין השאר, להשתמש בנשק כדי למנוע הימלטות של אסיר מבית הסוהר, לעצור ולעכב אדם בלא צו ולערוך חיפוש על גופו של אסיר בעת קבלתו למשמורת ובעת שהייתו בבית הסוהר¹⁶.

הבעייתיות שבהקניית הסמכויות הללו לידי גורם פרטי משמשת ביסוד קביעת בית המשפט שלפיה תיקון 28 אינו חוקתי. בהקשר זה, בית המשפט מצביע על כמה היבטים מעוררי קושי, אותם אזכיר להלן.

ב. הקושי בהקניית סמכויות הניהול וההפעלה של בית סוהר לידי גורם פרטי

כאמור, בבסיס פסק הדין מצויה הקביעה שלפיה עצם הקניית הסמכות לנהל בית סוהר ולהפעילו לגורם פרטי מהווה פגיעה בזכויות חוקתיות, בחירות אישית ובכבוד האדם¹⁷. להלן, בתמצית, ההיבטים המרכזיים שאליהם בית המשפט מתייחס במסגרת קביעה זו:

(1) הקניית הסמכויות מנוגדת לתפיסת היסוד המדינית: בהתאם לתפיסה המדינית המודרנית, למדינה תפקיד ייחודי באכיפת החוק הפלילי. המדינה נתפסת כגורם האחראי לאכיפת החוק הפלילי, סמכות הענישה הפלילית היא מסמכויותיה המובהקות, ולה נתונה הרשות הבלעדית לעשות שימוש בכוח מאורגן לשם אכיפת המשפט הפלילי

14 ראו שם, פס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש.

15 ראו, למשל, סעיף 128 לפקודת בתי הסוהר, המובא על ידי בית המשפט, שם, פס' 13 לפסק דינה של השופטת ביניש.

16 ראו סעיף 128 כו לפקודת בתי הסוהר, המובא על ידי בית המשפט, שם.

17 לעניין הפגיעה בזכות לחירות אישית ראו שם, פס' 29-30 לפסק דינה של השופטת ביניש. לעניין הפגיעה בזכות לכבוד האדם ראו שם, פס' 36-39 לפסק דינה של השופטת ביניש.

- בפרט¹⁸. הפעלת אותו כוח מאורגן – המוסמך להגביל חירות ולשלול זכויות אדם – על ידי המדינה ומטעמה, היא שמעניקה לו את הלגיטימיות הדמוקרטית שלו¹⁹.
- (2) אין לנתק בין הגורם השלטוני האחראי ליצירת הכללים לבין הגורם המפעיל והמיישם אותם: שלב הענישה הוא מהותי ובלתי נפרד משאר ההליך הפלילי. כשם שהמדינה אחראית להסדרת החקיקה הפלילית באמצעות הרשות המחוקקת, כך היא גם נושאת באחריות לאכיפת החוק הפלילי ולענישת עבריינים בהתאם לו, באמצעות הרשות המבצעת²⁰. המדינה היא שנושאת באחריות המשפטית, המוסרית והציבורית ליישומם של כללי השימוש בכוח הממסדי, כמי שיצרה אותם. לפיכך, אין לנתק בינה לבין הגורם המפעיל והמיישם את הכללים הללו, הלכה למעשה²¹.
- (3) גורמים פרטיים מונעים על ידי שיקולים זרים למטרות הענישה: מידת הלגיטימיות של שלילת החירות מושפעת באופן ישיר מהשאלה איזה אינטרס מניע את בעל הסמכות; אם אינטרס ציבורי או פרטי²². תאגיד פרטי (כבעניין שנדון בפסק הדין) מונע, בראש ובראשונה, על ידי שיקולים כלכליים, שהם זרים למטרות הענישה הציבוריות. הכפפת אסירים לגוף פרטי כאמור מהווה, כשלעצמה, פגיעה חוקתית²³.
- (4) גורמים פרטיים אינם כפופים לנורמות של השירות הציבורי: במובחן, גוף הפועל במסגרת המדינה כפוף לביקורת מנהלית ושיפוטית, ולאתוס של השירות הציבורי הממלכתי. בכך יש כדי להפחית משמעותית את הסכנה כי הכוח הנתון לאותו גוף ינוצל לרעה, באופן שרירותי או לשם קידום מטרות זרות²⁴. אמנם, בתיקון 28 נקבעו מגבלות

- 18 ראו שם, פס' 23-25 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 19 ראו שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם שם, פס' 28 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 20 ראו שם, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם שם, פס' 4, 23 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.
- 21 ראו שם, פס' 11-14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה. ראו גם דבריו של השופט ג'ובראן: "...בשליחתו של העבריין המורשע אל מאחורי חומות בית הסוהר אין המדינה מסיימת את תהליך הענישה, ובמובנים רבים הכניסה אל בינות כותלי הכלא מהווה את ראשיתו של התהליך ואת לב ליבו", וכן דבריה של השופטת נאור, בפס' 5 לפסק דינה: "לגישתי, ההבחנה בין עצם הטלת המאסר לבין ביצועו בפועל היא מלאכותית; המדובר בהליך פלילי אחד שיש בו דרגות שונות של שיקול דעת".
- 22 ראו שם, פס' 22 לפסק דינה של השופטת ביניש.
- 23 ראו שם, פס' 29-30, 36 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם פס' 5 לפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 16-17, 26 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה, וכן פס' 17-18 לפסק דינה של השופטת נאור.
- 24 ראו שם, פס' 26 לפסק דינה של השופטת ביניש, וכן פס' 14-16, 18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

שונות וכן אמצעי פיקוח על פעילות הזכיין. עם זאת אמצעי הפיקוח אינם יכולים לתת מענה לקושי הטבוע בעצם הניהול של בית סוהר והפעלתו על ידי גורם פרטי²⁵. (5) הממד ההבדלי של העברת סמכות הכליאה לידיים פרטיות: להעברת סמכות הכליאה מידי המדינה לידיים פרטיות יש משמעות חברתית וסמלית. מהלך זה מבטא הסרת חלק ניכר מאחריות המדינה לגורלם של האסירים, תוך חשיפתם לפגיעה בזכויותיהם, על ידי גוף פרטי הפועל למטרות רווח. זהו היבט נוסף של הפגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם²⁶.

אלו הם אפוא ההיבטים המרכזיים המעוררים קושי, לגישת בית המשפט, בהקשר של העברת סמכות הכליאה מידי המדינה לידיים פרטיות. להלן אראה כי הבעייתיות משותפת גם לרשם פלילי, ואף בעוצמה רבה יותר. בהקשר של מרשם פלילי, הקושי מתעורר כבר בשאלה המקדמית, הנוגעת לסיווגו הראוי – כסנקציה פלילית או אזרחית-מנהלית. אם כן תידון להלן שאלת הסיווג של מרשם פלילי: המצוי, ולאחר מכן – הראוי.

3. מרשם פלילי – שאלת הסיווג

א. הצגת השאלה

בפתח הדברים יש להבהיר מהי שאלת הסיווג ומדוע היא מתעוררת במלוא חריפותה בהקשר של מרשם פלילי. זאת, במובחן מעונש הכליאה. האחרון נתפס, בדרך כלל, כצורת ענישה הממלאת כראוי אחר תכליות הענישה המקובלות, או לפחות חלקן²⁷. ככלל, שאלת

25 ראו שם, פס' 41-43 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם פס' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל, ופס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

26 ראו שם, פס' 38-39 לפסק דינה של השופטת ביניש. השופטת ארבל מתייחסת למראית העין שנוצרת עם העברת סמכות הפעלת בית הסוהר לידי גורם פרטי. ראו שם, פס' 5 לפסק דינה. עם זאת יש להעיר כי בשנים האחרונות נשמעת ביקורת על צורת ענישה זו. למעשה, השימוש בסנקציות אלטרנטיביות, וביניהן עונשי הביוש אשר יידונו בהרחבה במאמר זה, נובע מחוסר שביעות רצון משיטות הענישה הקיימות, ובפרט המאסר. בהקשר זה ראו להלן ה"ש 140-142 והטקסט לידן. לכאורה ניתן היה לדון בשאלה נוספת, שהיא מהו העונש ה"עדיף" מבין השניים: מאסר או עונש ביוש. אלא ששאלה זו מצויה במישור נבדל מזה שנדון במסגרת המאמר הנוכחי. במאמר זה אני מבקשת להציע סיווג ראוי למרשם פלילי, תוך הצבעה על הקושי המשותף למרשם פלילי ולעונשי מאסר מידי ידיים פרטיות. נקודת המוצא היא אפוא שעונשי מאסר, ככלל, הם צורת ענישה מקובלת וראויה (ואכן, הסרת עונש המאסר מסל העונשים שאותם בתי המשפט מוסמכים להטיל לא נחזית כאפשרות ריאלית בעתיד הנראה לעין). במובחן מכך, מרשם פלילי מעורר את שאלת התכלית הראויה במלוא העוז. מכאן גם שאם המסקנה הנורמטיבית הינה שמרשם פלילי אינו ראוי לשמש כעונש, ממילא השאלה מהו העונש העדיף אינה מתעוררת.

הסיווג נובעת מכך שלא כל "סנקציה" היא "פלילית": יכולה להיות גם סנקציה שהיא אזרחית, או מנהלית²⁸. לסיווג הסנקציה נודעת חשיבות, עליה אעמוד בתת הפרק הבא. שאלת הסיווג מתעוררת בהקשר של מרשם פלילי נוכח מאפייניו. קיומו של רישום פלילי מביא להטלת מגבלות שונות על מושא הרישום, ובפרט מגבלות בתחום התעסוקה והרישוי²⁹. אין חולק אפוא שהמרשם הפלילי הוא "סנקציה". יתר על כן, המרשם הפלילי מלווה, בחלק גדול מהמקרים, הרשעה במשפט פלילי³⁰, ובאופן מסורתי קיים קשר הדוק בין הרשעה פלילית לענישה³¹. אמנם, הניסיון לאפיין את העבירה באמצעות העונש זכה לביקורת רבה³²; אולם השאלה המעסיקה אותנו איננה אם מדובר בעבירה, אלא אם המרשם

- 28 ראו בעניין זה ע"פ 758/80 יש לי בע"מ חברה פרטית נ' מדינת ישראל, פ"ד (4) 625 (1981) וכן מאמרו של קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243 (1991).
- 29 ראו לדוגמה המגבלות בישראל: ישנה רשימה ארוכה של מקצועות, היתרים ועיסוקים, החסומים או שעשויים להיות חסומים בפני בעלי עבר פלילי. עו"ד נתנאל דגן, עוזר המחקר של ועדת קנאי, איתר 185 מקצועות, עיסוקים והיתרים, אשר חסומים או עשויים להיות חסומים בפני בעלי עבר פלילי. בקליפת האגוז ממש, ראו ס' (ד)4(1) לחוק סוכני המכס, תשכ"ה-1964; ס' (4)4 לחוק הרשויות המקומיות (מהנדס רשות מקומית), תשנ"ב-1991; ס' 15(א)2 לחוק הגז (בטיחות ורישוי), תשמ"ט-1989; ס' 44(א)1 לחוק לשכת עורכי הדין, תשכ"א-1961; ראו גם ס' (ב)4 לחוק רואי חשבון, תשט"ו-1955, שלשונו: "מצאה המועצה שאין המבקש ראוי מבחינת אופיו לשמש רואה חשבון, רשאית היא לסרב למתן הרישיון אף אם נתמלאו בו כל התנאים האמורים" (ההדגשה שלי – ר"ק). בכלל זה מדובר גם במגבלות על כהונה במשרות ציבוריות שונות. ראו למשל ס' 7 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 (מינוי שופטים); ס' (ב)7 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), תשכ"ה-1965 (כשרות להיבחר כחבר מועצה של רשות מקומית); ס' 9(א)5 לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990 (מינוי למועצת הרשות השנייה); ס' (ה)4 לחוק התרבות והאמנות, תשס"ג-2002 (חברות במועצה הישראלית לתרבות ואמנות).
- 30 או החלטה אחרת בסיומו של הליך פלילי, שמשמעותה כי בית המשפט מצא את מושא הרישום אשם בכיצוע עבירה, כמו לדוגמה צו מבחן: ראו ס' 2(2) לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981 (להלן: "חוק המרשם הפלילי").
- 31 הזיקה בין העבירה לבין העונש הודגשה בניסיונות לאפיין את העבירה הפלילית. ראו למשל GLANVILLE WILLIAMS, TEXTBOOK OF CRIMINAL LAW 25 (2nd ed. 1983). וויליאמס (Williams), בהגדרתו, קושר בין העבירה לבין העונש. ראו גם: ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 19 (5th ed. 2006). אשוורת' (Ashworth) מדגיש כי הענישה היא שמייחדת את המשפט הפלילי, ובהתאמה יש לראות החלטות בדבר אחריות פלילית כהחלטות על נקיטת אמצעי כפייה ונזיפה. ראו גם יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 10-48 (1981). לוי ולדרמן פותחים את הדיון באפיין העבירה הפלילית באמצעות העונש כך: "מדרכו של עולם גוררת אחריה התנהגות פלילית עונש. ואף כי במוצהר אין הענישה כיום תכליתו הבלעדית של המשפט הפלילי, הרי מהווה היא מטרה מיידיית של ההליך הפלילי וניתן לראות בה תוצאה אופיינית של העבירה הפלילית" (שם, בעמ' 26).
- 32 לוי ולדרמן, שם, בעמ' 35-36; ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 122-123 (1984) וכן: SMITH & HOGAN, CRIMINAL LAW 18 (David Ormerod ed., 11th ed. 2005).

שלה הוא בגדר עונש. הגישה המסורתית הקושרת בין עבירה לענישה, עשויה להקשות על כל ניסיון לאפיין סנקציה המלווה הרשעה פלילית כסנקציה מנהלית או אזרחית. עם זאת, ולנוכח התכלית המצויה המשוערת של מרשם פלילי, כפי שתואר בהמשך, מתעוררת השאלה אם המרשם הפלילי הוא סנקציה עונשית.

אם כן שאלתי היא אם לדעת המחוקק המרשם הפלילי הוא סנקציה עונשית. משמע, אם המחוקק, בהתקינו הסדרים של מרשם פלילי, כיוון לכך שהסדרים אלו יהוו ענישה פלילית. שאלה זו מתעוררת במיוחד מהטעם שהמרשם הפלילי נתפס בקרב הציבור כעונש³³; כך עולה מתוצאות מחקר, אשר בדק את רמת המודעות הקיימת בנוגע להסדרי המרשם הפלילי בישראל בקרב שלוש קבוצות אוכלוסיה: תובעים, סניגורים וסטודנטים³⁴. 72% מהסטודנטים ו-69% מהסניגורים ענו לשאלה זו בחיוב. בקרב אוכלוסיית התובעים, 46% ענו בחיוב. משמע, רוב ה"הדיוטות", שהם מושאים פוטנציאליים או קיימים של רישום פלילי (יותר מאשר שתי הקבוצות האחרות, יש להניח), סבורים שהרישום הפלילי הוא "עונש". לא פחות חשוב מכך, רוב הסניגורים סבורים כי הרישום הפלילי הוא עונש. כאמור, בקרב התובעים מדובר באחוז נמוך יותר. תוצאה זו אינה מפתיעה, בהתחשב בכך שתובעים אינם מצויים בקשר ישיר עם מושאי רישום. הם אינם נחשפים ל"עולם האמיתי" של השלכות הרישום הפלילי, ולכן אינם מודעים לעוצמת ההשפעה שיש לרישום הפלילי על חיי הפרט³⁵. בכל זאת, תוצאות המחקר מצביעות על תפיסה רווחת (בקרב ה"אדם מהרחוב" וסניגורים, כאמור) שלפיה רישום פלילי הוא עונש. לדעתי, לתפיסה רווחת זו צריכה להיות משמעות נורמטיבית. בראש ובראשונה, הדבר מחייב בדיקת הסיווג המשפטי של רישום פלילי ומתן מענה לשאלה אם הסיווג המשפטי עולה בקנה אחד עם אותה תפיסה.

ב. חשיבות הסיווג

ברקע הדברים, יש להבהיר את חשיבות סיווג הסנקציה כפלילית או כאזרחית. חשיבות הסיווג כסנקציה פלילית נעוצה, בראש ובראשונה, בתחולה המלאה של עקרון החוקיות, המנביעה, בין השאר, איסור על חקיקה רטרואקטיבית, פרשנות מצמצמת, פסלות החקיקה מחמת עמימות ועוד³⁶. נוסף על כך, המשפט הפלילי מעניק לנאשם הגנות פרוצדורליות

33 זאת, כפי שיבואר בהמשך, בניגוד לחוק ולפסיקה.

34 המחקר נערך במסגרת עבודת הדוקטורט של הכותבת. ראו רותי קמיני מרשם פלילי (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – המחלקה למשפטים, 2009). הסטודנטים שהשתתפו במחקר אינם לומדים משפטים או מקצועות שכנים, כגון קרימינולוגיה.

35 במובחן מסניגורים, המצויים בקשר ישיר עם מושאי רישום וחוזים בהשלכות שיש לרישום הפלילי על חייהם בפועל.

36 ראו ס' 1 לחוק העונשין וכן ASHWORTH, לעיל ה"ש 31, בעמ' 68 ואילך.

ומהותיות. אלה כוללות, בין השאר, את זכות השתיקה, מידת ההוכחה הגבוהה במשפט הפלילי, זכות הייצוג על ידי עורך דין וגילוי ראיות מוקדם³⁷. בארצות-הברית – הזכות למשפט עם מושבעים, לדוגמה, והגנות חוקתיות נוספות³⁸. מאפיין נוסף – ויש שיאמרו מרכזי – של הענישה הפלילית הוא עקרון המידתיות בענישה, בפרט ביחס לתכלית הגמולית³⁹. מידתיות היא גם פועל יוצא של ההגנות המחויבת כלפי העבריין, הבאה לכדי ביטוי בענישתו באופן פרופורציוני למעשיו הרעים⁴⁰. בהקשר זה יש להצביע על הבחנה נוספת: זו שבין השלכות "ישירות" של הרשעה פלילית להשלכות "היקפיות". הבחנה זו קיימת בפסיקת בתי המשפט בארצות-הברית⁴¹.

- 37 מן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 260.
- 38 (1938) 1092, 1093-1094 HARV. L. REV. 51 *Statutory Penalties – A Legal Hybrid*; וכן פסקי הדין 372 U.S. *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003); *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 444 (1963).
- 39 אשוורת', שתומך בהצדקה הגמולית לענישה, סבור שהמידתיות היא אלמנט מרכזי במשפט הפלילי, מאחר שתפקיד המשפט הפלילי לדרג את העבירות ולתייגן באופן פרופורציוני למידת החומרה, בינן לבין עצמן. בהתאם, שיקול המידתיות צריך לתפוס מקום מרכזי בשלב גזירת העונש. ראו אשוורת', לעיל ה"ש 31, בעמ' 19-20. ראו עוד באופן כללי: ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, *PROPORTIONATE SENTENCING – EXPLORING THE PRINCIPLES* 1-11 (2005).
- 40 שם, בעמ' 88 ואילך. בהקשר זה ראו גם רות קנאי "הבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש בעקבות דוח ועדת גולדברג" מחקרי משפט טו 147, 155 (1999).
- 41 ההליך הפלילי, וההרשעה הפלילית בפרט, גוררים השלכות היקפיות נרחבות. אלו מהוות לעתים את מרכז ההליך, וכשהן נלוות להרשעה, עד כדי הפיכתן למרכיב העונשי העיקרי. מדובר בעיקר במגבלות בתחום התעסוקה. לצד זאת יש להזכיר גם מגבלות כגון שלילת זכות ההצבעה, שלילת הזכות להטבות ותכניות סעד, קושי במציאת פתרונות דיור (ציבורי ופרטי גם יחד) ועוד. ראו, בין השאר: Gabriel J. Chin, *Race, The War on Drugs, and the Collateral Consequences of Criminal Conviction*, 6 IOWA J. GENDER, RACE & JUST. 253 (2003); Webb Hubbel, *Without Pardon: Collateral Consequences of a Felony Conviction*, 13 FED. SENT. REV. 223 (2001); Deborah N. Archer & Kele S. Williams, *Making America "The Land of Second Chances": Restoring Socioeconomic Rights for Ex-Offenders (New York State Judicial Institute, 2005 Partners in Justice: A Colloquium on Developing Collaborations Among Courts, Law School Clinical Programs and the Practicing Bar)*, 30 N.Y.U. REV. L. & SOC. CHANGE 527 (2006); Elena Saxsonhouse, *Note: Unequal Protection: Comparing Former Felons' Challenges to Disenfranchisement and Employment Discrimination*, 56 STAN. L. REV. 1597 (2004) Andrew Von Hirsch & Martin Wasik, *Civil Disqualifications Attending Conviction: A Suggested Conceptual Framework*, 56 C.L.J. MARGARET COLGATE 599, 599-600 (1997) LOVE, RELIEF FROM THE COLLATERAL CONSEQUENCES OF A CRIMINAL CONVICTION: A STATE-BY-STATE RESOURCE GUIDE 85 (2006).

הבחנה זו שונה משאלת הסיווג שנדונה כאן, במהות ובהיקף. במהות, מאחר שהשאלה אינה אם ההשלכה היא עונשית, אלא אם היא תוצאה ישירה של ההרשעה. השלכה של הרשעה יכולה להיחשב "ישירה" גם אם אינה עונשית⁴²; זוהי שאלה טכנית יותר מאשר מהותית. בהיקף, תוצאת ההבחנה רחבה וצרה יותר מתוצאת הסיווג, בו־זמנית: רחבה, מהטעם שהשלכה יכולה להיחשב ישירה גם אם אינה עונשית, כאמור; צרה, מאחר שהיא קשורה בשאלת מודעות הנאשם להשלכות בלבד, ולא לעקרונות המשפט הפלילי אשר צוינו כאן. כלומר, הטעם להבחנה הוא השאלה אם הנאשם היה מודע למלוא ההשלכות הישירות של הרשעתו, במובחן מהטעם לסיווג, שנעוץ בתחולת עקרונות המשפט הפלילי שצוינו לעיל, כולם או חלקם.

על רקע הצורך בסיווגו של מרשם פלילי וחיבות הסיווג, אעבור לדון עתה בשאלת הסיווג גופה, תחילה באמצעות תכליות הסנקציות השונות.

4. סיווג באמצעות התכלית

א. התכלית הנבדלת של הסנקציה הפלילית והסנקציה האזרחית – מנהלית

ההבחנה המוכרת בין סנקציה פלילית לבין סנקציה אזרחית או מנהלית נעוצה בתכלית הנבדלת של הסנקציות השונות. מקובל לייחס לסנקציה הפלילית תכליות של גמול, הרתעה, שיקום ומניעה⁴³.

42 כך בעניין *United States of America v. Littlejohn*, 224 F.3d 960 (9th Cir. 2000) דובר בשלילת עזרה סוציאלית ותלושי מזון, שאינם נחשבים לענישה. שם, בעמ' 970-969.

43 על תכליות הסנקציה הפלילית ראו באופן כללי: ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE 75-84 (4th ed. 2005). על ההשפעה המרתיעה של העונש ראו יעקב בזק הענישה הפלילית – דרכיה ועקרונותיה 71-73 (1981). על עלייתו ודעיכתו של השיקום כתכלית עונשית ראו 1-3 PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY (Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 2nd ed. 1998). ראו גם: ANDREW ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE 82-83 (4th ed. 2005); Andrea E. Yang, *Historical Criminal Punishments, Punitive Aims and Un-“Civil” Post-Custody Sanctions on Sex Offenders: Reviving the Ex Post Facto Clause as a Bulwark of Personal Security and Private Rights*, 75 U. CIN. L. REV. 1299, 1315-1317 (2007); MIRKO BAGARIC, PUNISHMENT AND SENTENCING: A RATIONAL APPROACH 151-158 (2001); Francis A. Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 14, 15-17 (Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 2nd ed. 1998); Andrew Von Hirsch & Lisa Maher, *Should Penal*

בהתאם להבחנה האמורה, התכלית המוצהרת של הסנקציה האזרחית-מנהלית היא תרופתית⁴⁴ או אכיפתית⁴⁵. אלא שההבחנה המוצגת אינה חדה, והדבר נובע משני טעמים: ראשית, הסנקציה העונשית מזוהה בעיקר עם תכליות הגמול וההרתעה⁴⁶, ובמידה מועטה עם תכליות השיקום והמניעה. שנית, קשה למצוא קו מבחין אמיתי בין תכלית שמכונה "אכיפת החוק", המיוחסת לסנקציה האזרחית-מנהלית⁴⁷, לבין התכלית המכונה "מניעתית", המיוחסת לסנקציה העונשית. זו כמו זו מבקשות למנוע ביצוע עבירות נוספות, או במילים אחרות, לאכוף את החוק. מכאן שניתן להציע הבחנה אמיתית יותר, שלפיה סנקציה פלילית נועדה לשרת בעיקר תכליות של גמול והרתעה, בעוד שסנקציה אזרחית נועדה לשרת תכלית מניעתית בלבד⁴⁸. הבחנה זו תשמש אותי מכאן ואילך.

Rehabilitation be Revived?, in PRINCIPLED SENTENCING: READINGS ON THEORY AND POLICY 26, 27, 30-32 (Andrew Von Hirsch & Andrew Ashworth eds., 2nd ed. 1998).

מן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 245-247. 44

עניין יש לי, לעיל ה"ש 28, פס' 4-5. 45

ראו למשל דברי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין: *United States v. Halper*, 490 U.S. 435, 448 (1989): "Simply put, a civil as well as a criminal sanction constitutes punishment when the sanction as applied in the individual case serves the *goals of punishment*. These goals are familiar. We have recognized in other contexts that *punishment serves the twin aims of retribution and deterrence... (These are the 'traditional aims of punishment')*" (ההרגשות שלי – ר' ק). ראו גם מסקנות רוב חברי "ועדת גולדברג" (ועדה ציבורית שהוקמה בשנת 1996 על ידי שר המשפטים, על מנת לבחון את הצורך בהבניית שיקול הדעת של השופט בקביעת העונש ואת דרכי ההבניה). הצעת הרוב קובעת רציונל לענישה, הנותן משקל מכריע לעקרון ההלימה בין חומרת העבירה לחומרת העונש. משמע, השיקול הגמולי מקבל משקל מכריע. ההרתעה הכללית מהווה חלק מהשיקולים לקביעת העונש ההולם, והתחשבות בשיקולי מניעה ושיקום תהיה בהתאם לחריגים הקבועים בחוק בלבד. ראו קנאי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 154-165.

התכלית התרופתית אינה רלוונטית למרשם פלילי; מרשם פלילי ממילא אינו יכול לשרת תכלית זו. 47

גם הבחנה זו חייבים לסייג: ראו ע"א 1497/01 הובר נ' הממונה האזורי מע"מ, חיפה, פ"ד נז(5) 947, 959 (2003). בית המשפט מצייין שהחיוב בכפל מס נתפס, לרוב, כאמצעי מנהלי. בית המשפט מוסיף כי אמנם לחיוב בכפל מס יש גם תכלית הרתעתית, אך "...גם תכלית זו ראויה, ככלל, להתפרש כנושאת אופי תרופתי, לאמור: שאף כפל מס (בדומה לקנס מנהלי) מיועד לפצות את המדינה על עלויות האכיפה של חיובי המס". המשמעות היא שהגבולות בין הסנקציה הפלילית לבין הסנקציה האזרחית מטשטשים. עוד יצוין כי בית המשפט נתקל בקושי בבואו לאתר את מהות הסנקציה, וראו למשל דברי בית המשפט בעניין יש לי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 629. כדוגמה למקרה שבו בית המשפט ביצע את מלאכת הסיווג ראו רע"פ 2976/01 אסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 418 (2002).

ב. מרשם פלילי: התכלית המצויה

אבקש לבחון עתה מהי התכלית המצויה של מרשם פלילי. בתכלית "מצויה" כוונתי לתכלית שעליה חשב המחוקק, במובחן מהאפקט שיש להסדרי המרשם הפלילי בפועל. התכלית המצויה של מרשם פלילי נלמדת מתוך הסדרים הקיימים בכמה שיטות משפט שאליהן אתייחס להלן. לדעתי, סקירת ההסדרים הללו מלמדת על כך שהתכלית החקיקתית של המרשם הפלילי באותן מדינות היא מניעתית, ולא עונשית. כך למשל באנגליה, העברת המידע נעשית לצורך סינון מועמדים לעבודה, ובכפוף לרלוונטיות המידע לעיסוק שעל הפרק⁴⁹. מסקנה זו נלמדת גם מההתפתחות ההיסטורית של המרשם הפלילי באנגליה, שהייתה קשורה בזיהוי עבריינים חוזרים והגנה על החברה מפניהם⁵⁰. רושם זה נכון גם לגבי

49 בהתאם ל-Police Act 1997 (להלן: "PA") ישנן שלוש רמות של חשיפת עבר פלילי, שהן: Basic Disclosure – חשיפה של כלל ההרשעות, למעט הרשעות מחוקות. החשיפה נעשית לבקשת מושא הרישום בלבד, והעברתו למעסיק נתונה לשיקול הדעת המוחלט של הפרט (להלן: "הרמה הבסיסית". יצוין כי הרמה הבסיסית אינה זמינה עדיין); Standard Disclosure – מידע שכולל נתונים אודות הרשעות מחוקות ושאינן מחוקות, ומידע נוסף, כגון מידע המצוי במחלקות החינוך והבריאות (להלן: "הרמה השנייה"); Enhanced Disclosure – מידע הכולל גם נתונים מהרמה השנייה וכן נתונים שאינם אודות הרשעות המצויים בתחנות משטרה מקומיות (להלן: "הרמה השלישית"). העברת מידע מהרמה השנייה והשלישית מכוונת לצורך סינון מועמדים לעיסוקים הנחשבים רגישים, כגון עבודה עם ילדים או מבוגרים פגיעים, וכן עיסוקים הקשורים במקצוע המשפט ועיסוקים הדורשים אמון. בקשת מידע אודות עבר פלילי ממועמד לעבודה צריכה להיעשות גם בהתאמה ל-Data Protection Act 1998 (להלן: "DPA"). ה-DPA מסדיר את אופן השימוש במידע אישי באופן הוגן והולם. מידע אודות עבר פלילי נחשב ל-"מידע אישי רגיש". ה-DPA מונה שמונה עקרונות להגנה על מידע. בין השאר, הגבלת מטרת השימוש במידע וכן שימוש במידע באופן התואם את זכויות הפרט מושא המידע. ראו C. 1997 50, available at opsi.gov.uk/acts/acts1997/1997050.htm; C. 1998 29, available at opsi.gov.uk/acts/acts1998/19980029.htm; Home Office, *Criminal Records Bureau – Basic Disclosure: Routing Applications for Basic Disclosure Through Registered Bodies – A Consultation Paper* sec. 1 (2003), available at homeoffice.gov.uk/documents/2003-cons-basic-dsclousure/?version=1; Gabriella Wright, Andrew Sharpe, *Criminal Records and Data Retention: A Guide for Employers*, 3.8 PDP 3 (2003); Carine Patry, *Security Vetting of Teachers: The Legal Framework*, 3 EDU L.J. 211 (2002); Home Office, *Criminal Records Bureau – Reform of the Disclosure Process – A Consultation Paper*, sec. 5 (2003), available at homeoffice.gov.uk/documents/2003-cons-reform-disclosure/?version=1.

50 על ההתפתחות ההיסטורית של מרשם פלילי באנגליה ראו Terry Thomas, *Records Playing Out of Tune: Police Records in Disarray*, 151 (6987) NEW LAW JOURNAL 856 (2001); Terry Thomas, *Criminal Record or Police Record?*, 150 (6958) NEW LAW JOURNAL 1629 (2000); Terry Thomas, *The National Collection of Criminal Records: A Question*

מאגרי המרשם הפלילי בארצות-הברית⁵¹. גם שם התפתחות המרשם הפלילי קשורה בצורכי אכיפת החוק וזיהוי עבריינים חוזרים⁵². התכלית המניעתית משותפת גם לאוסטרליה⁵³, ניו זילנד⁵⁴, קנדה⁵⁵, פינלנד⁵⁶, הולנד⁵⁷ וישראל⁵⁸.

of Data Quality, 2001 CRIM. L. REV. 886, 886-896; 5 LEON RADZINOWICZ & ROGER HOOD, A HISTORY OF ENGLISH CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION FROM 1750: THE EMERGENCE OF PENAL POLICY 246-265 (1986); 3 LEON RADZINOWICZ, A HISTORY OF ENGLISH CRIMINAL LAW AND ITS ADMINISTRATION FROM 1750: CROSS-CURRENTS IN THE MOVEMENT FOR THE REFORM OF THE POLICE 46-53 (1956).

51 מאגרי הרישום הפלילי בארצות-הברית נחלקים לשני סוגים: מאגר פדרלי ומאגרי מדינתיים. חשיפת מידע המצוי במאגר הפדרלי מותרת למטרות הנוגעות לניהול ההליך הפלילי, כמו גם למטרות שמחוץ למערכת המשפט הפלילית. כך, ה-FBI מוסמכת להעביר מידע, בין השאר, לגופים מתוך מערכת המשפט הפלילי – הפדרלית והמדינתית – למטרות הקשורות במערכת המשפט הפלילי, וביניהן לצורך סינון מועמדים לעבודה בתוך המערכת; לסוכנויות פדרליות שאינן חלק ממערכת המשפט הפלילי למטרות רשמיות המנויות בחקיקה פדרלית או בהוראה מנהלית, כגון מטרות של בטחון לאומי ובדיקות רקע למועמדים לעבודה במשרות פדרליות; למנהל התעופה הפדרלי לצורך ביצוע בדיקות רקע אודות פרטים המבקשים לעסוק בעיסוקים הכוללים גישה חופשית לכלי טיס או לאזורים מאובטחים בשדות תעופה; לסוכנויות ממשל מדינתיות ומקומיות לצורכי רישוי והעסקה, במידה שהדבר מותר בדבר חקיקה מקומי אשר אושר על ידי התובע הכללי של ארצות-הברית; למדינות בעלות חקיקה מתאימה הנוגעת לגישה למאגרי פדרליים ומדינתיים לצורך ביצוע בדיקות רקע למועמדים לעבודות של טיפול בקשישים, נזקקים וילדים; לסוחרי נשק מורשים לשם בדיקת כשרותם של קונים פוטנציאליים. ראו: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS, USE AND MANAGEMENT OF CRIMINAL HISTORY RECORD INFORMATION: A COMPREHENSIVE REPORT 75-76 (2001 Update, 2001), *available at* ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/umchri01.htm. אשר למאגרי המדינתיים, קיים חוסר אחידות בהסדרים הנוגעים לחשיפת מידע מן המרשם הפלילי. עם זאת ניתן לציין כי ברוב המדינות אימצו את ההפרדה הקיימת ברמה הפדרלית בין הרשעות ומעצרים טריים (בני פחות משנה, אשר טרם נתקבלה בעניינם החלטה סופית) למידע שאינו אודות הרשעות (הכולל מעצרים בני למעלה משנה שלא נתקבלה בהם החלטה או מעצרים שבהם ההחלטה שנתקבלה היא לטובת הפרט). כמו כן, כל המדינות מאפשרות גישה מלאה לנתוני רישום פלילי לצורך מטרות הקשורות במערכת המשפט הפלילי, למעט אם המידע נחתם על פי חוק או החלטה שיפוטית. בהקשר של מטרות שהן חיצוניות למערכת המשפט הפלילי, מידע מן המאגרי מועבר לגופים המורשים על פי החוק המדינתי, כגון סוכנויות רישוי ומעסיקים מסוימים. ברוב המדינות משתמשים מורשים מחוץ למערכת המשפט הפלילי אינם מקבלי את מלוא נתוני העבר הפלילי אלא מידע אודות הרשעות בלבד. באשר לכלל הציבור, למעט בכמה מדינות בעלות מדיניות של "מרשם פתוח", כגון פלורידה וויסקונסין, כלל הציבור אינו מורשה לקבל נתונים מהמאגרי המדינתיים, למעט בקשר לסוגים מסוימים של מידע, כגון נתונים אודות עברייני מין. ראו: U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, REPORT OF THE NATIONAL TASK FORCE ON PRIVACY, TECHNOLOGY, AND CRIMINAL JUSTICE INFORMATION 18-20 (2001), *available at* ojp.usdoj.gov/bjs/abstract/rntfptcj.htm.

- 52 על הרקע ההיסטורי להקמתם של מאגרי המרשם הפלילי בארצות-הברית ראו U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, REPORT ; 50, 27-17 בעמ' שם, DEPARTMENT OF JUSTICE LAWRENCE M. FRIEDMAN, ; 42-41 בעמ' שם, OF THE NATIONAL TASK FORCE ON PRIVACY .CRIME AND PUNISHMENT IN AMERICAN HISTORY 270-272 (1993)
- 53 ראו: CRIMTRAC AGENCY, GUIDE TO NATIONAL CRIMINAL HISTORY RECORD CHECKING (NCHRC) SERVICES 6-14 (2007), available at crimtrac.gov.au/files/file/nchrc_guide_to_nchrc_service.pdf; Human Rights and Equal Opportunity Commission, *On the Record: Guidelines for the Prevention of Discrimination in Employment on the Basis of Criminal Record*, 7-8, 35-36 (2005), available at hreoc.gov.au/Human_Rights/Criminalrecord/on_the_record/index.html; CRIMTRAC AGENCY, ACCREDITATION PROCEDURES TO ACCESS NATIONAL CRIMINAL HISTORY RECORD CHECKING (NCHRC) SERVICES, 1-2 (2007), available at crimtrac.gov.au/files/file/nchrc_accreditation_procedures.pdf
- 54 ראו Ministry of Justice, *Obtaining A Copy of Your Criminal Record*, available at justice.govt.nz/privacy/; New Zealand Police, *How to Access Your Criminal Record (Clearance Certificate)*, available at police.govt.nz/service/vetting/criminal-record.html; Ministry of justice, *Criminal Records (Clean Slate) Act 2004 – What Does it Mean For Me?* (2004), available at justice.govt.nz/pubs/other/2004/clean-slate/english-clean-slate.pdf; New Zealand Police, *New Zealand Police Licensing and Vetting Services*, available at police.govt.nz/service/vetting/; New Zealand Police, *Vetting Guidelines*, available at police.govt.nz/service/vetting/guidelines.html
- 55 The John Howard Society of Alberta, *Understanding Criminal Records* (2000), ראו available at johnhoward.ab.ca/PUB/A5.htm; Royal Canadian Mounted Police, *Canadian Criminal Real Time Identification Services: Civil Fingerprint Screening Services: How to Obtain A Certified Criminal Record Verification*, available at rcmp-grc.gc.ca/cr-cj/fing-empr-eng.htm; The John Howard Society of Alberta, *A Guide to Pardons* (2007), available at johnhoward.ab.ca/PUB/pardons/guide.htm ראו גם Criminal Records Review Act, [RSBC 1996] Chapter 86, available at qp.gov.bc.ca/statreg/stat/c/96086_01.htm
- 56 Oikeusrekisterikeskus Rattsregistercentralen, *Submission of Data in the Criminal Records*, available at oikeus.fi/oikeusrekisterikeskus/18595.htm; Oikeusrekisterikeskus Rattsregistercentralen, *A Private Person's Right of Data Acquisition*, available at oikeus.fi/oikeusrekisterikeskus/18596.htm; Oikeusrekisterikeskus Rattsregistercentralen, *Authorities' Right of Data Acquisition*, available at oikeus.fi/oikeusrekisterikeskus/18599.htm; Oikeusrekisterikeskus Rattsregistercentralen, *Extract on Criminal Background*, available at oikeus.fi/oikeusrekisterikeskus/18598.htm
- 57 ראו JUSTITIE, CERTIFICATES OF GOOD CONDUCT 3 (2007), available at english.justitie.nl/images/712739%20Verklaring%20Totaal_tcm35-81650.pdf; Ministry of Justice, *Certificates of Good Conduct*, available at english.justitie.nl/themes/cgc/; ERGO: BUREAU VOOR MARKT: EN BELEIDSONDERZOEK, EVALUATION VOG NP – SUMMARY 4-5, available at wodc.nl/images/1281_summary_tcm44-59372.pdf

אם כן התכלית המצויה של מרשם פלילי בקרב שיטות המשפט המוזכרות היא מניעתית. המרשם הפלילי לא נועד להוות ענישה נוספת של העברייין, אלא לסייע באכיפת החוק ולהגן על הציבור מפני ביצוע עבירות נוספות. לכאורה אפוא יש לסווג את המרשם הפלילי כסנקציה אזרחית-מנהלית. להלן יובהר מדוע סיווג זה של המרשם הפלילי הקיים אינו הסיווג הנכון.

ג. הצורך בסיווג מחודש של המרשם הפלילי

הדיון בתכלית המצויה של המרשם הפלילי הוביל למסקנה הלכאורית שיש לסווג מרשם פלילי כסנקציה אזרחית-מנהלית. אולם בחינת ההסדרים הקיימים מגלה פער בין הכוונה הראשונית המשוערת של המחוקקים השונים לבין השלכות המרשם הפלילי בפועל. משמע, לא ניתן להסביר את ההסדרים הקיימים על רקע התכלית המניעתית בלבד; ההשלכות מרחיקות לכת הרבה יותר. כאמור, מתעורר מתח מובהק כאשר מאגר המרשם הפלילי הוא פומבי⁵⁹, שכן אם המטרה היא מניעתית בלבד אין הצדקה לכך שהציבור בכללו יוכל לעיין

58 ראו דברי ההסבר להצעת חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א-1981, ה"ח 218, 219: "...צרכי החברה בענינים מסוימים מחייבים גילוי עברו הפלילי של אדם". משמע, הרישום הפלילי לא נועד לשמש ענישה נוספת, אלא לסייע בהגנה על שלום הציבור. לתוצאה דומה ניתן להגיע באמצעות בחינת מבנה חוק המרשם הפלילי והוראותיו. חוק המרשם הפלילי מצוי מחוץ לחוק העונשין, למרות שפרק ו' לחוק העונשין עוסק ב"דרכי ענישה". נוסף על כך, ההסדרים בחוק המרשם הפלילי הם אוטומטיים. על איתור התכלית החקיקתית באמצעות מבנה החוק והוראותיו, ראו עניין יש לי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 629-631 וכן ר"ע 277/82 נירוסטה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז(1) 826, 830-831 (1983).

59 כפי שקיים במינסוטה, פלורידה וושינגטון. ראו, Minnesota Department of Public Safety, *Bureau of Criminal Apprehension: Criminal Justice Information Systems* (2009), available at dps.state.mn.us/bca/cjis/Documents/CCHInformation.html; Jon Geffen & Stefanie Letze, *Criminal Law in Minnesota: Chained to the Past: An Overview of Criminal Expungement Law in Minnesota-State v. Schultz*, 31 WM. MITCHELL L. REV. 1331, 1342-1343 (2005); U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, REPORT OF THE NATIONAL TASK FORCE ON PRIVACY, לעיל ה"ש 51, בעמ' 21-24. אמנם, בישראל בהתאם לחוק המרשם הפלילי, מאגר המרשם הפלילי הוא חסוי והמידע מועבר רק לגורמים מורשים על פי דין (ראו ס' 3-10 לחוק המרשם הפלילי וכן התוספות לאותו חוק). עם זאת יש מקום לטענה שלפיה גם בישראל המרשם הפלילי הוא פומבי, במידה מסוימת לפחות, בעקבות בג"ץ 7256/95 פישלר נ' מפכ"ל המשטרה, פ"ד נ(5) 1 (1996). בעניין פישלר, בית המשפט העליון קבע כי זכות העיון במידע פלילי כוללת גם את זכות הפרט לקבל לידי תדפיס עם פירוט המידע (ראו שם, בעמ' 12). מאז, מעסיקים רבים, שאינם זכאים לקבל מידע בהתאם לחוק המרשם הפלילי, מבקשים מהמועמדים לעבודה להציג בפניהם תדפיס מידע.

בעיה דומה קיימת בניו זילנד. ראו B.H. Slane, Privacy Commissioner, *Privacy in Employment: Some Changes Proposed: Notes for an Address by the Privacy*

במידע. גם כאשר קיים חשש מפני ביצוע עבירות עתידיות, הסיכון אינו משותף וזהה לכלל הציבור ללא כל הבחנה. כלומר, הרישום הפלילי רלוונטי לאותם חלקים מן הציבור שעומדים בסכנה מפני מושא הרישום. כאשר המאגר הוא פומבי, המשמעות היא שהמידע נמסר לכל מי שחפץ בכך, בהתעלם משאלה של רלוונטיות המידע למבקש. במצב כזה אין הבדל בין מרשם פלילי לעונשי ביוש – כפי שעולה מהדין בצורת ענישה זו בהמשך המאמר.

מתח בין התכלית לבין ההשלכות בפועל מתעורר בהקשרים נוספים: כאשר המידע נשמר במאגר המרשם הפלילי למשך תקופות ארוכות מאוד⁶⁰ וכאשר רישום פלילי פוסל או עשוי לפסול מקבלת רשיונות והיתרים, או השתלכות בעיסוקים מסוימים, וזאת באופן

Commissioner, Bruce Blane, to the 13th Annual Industrial Relations Conference וכן (1999), available at privacy.org.nz/privacy-in-employment-some-changes-proposed/, 49, לעיל ה"ש Home Office, *Criminal Records Bureau – Basic Disclosure*, Terry Thomas, *Employment Screening and the Criminal Records* 21 וכן: 16-13, 55 (2002) *Bureau*, 31 INDUSTRIAL L.J.

60 ראו תקופות ההתיישנות והמחיקה הארוכות בישראל, הקבועות בסעיפים 14 ו-16 לחוק המרשם הפלילי. בניו זילנד קיים הסדר מחיקה מצומצם, המאפשר לפרטים בעלי הרשעות שאינן חמורות, ואשר לא הורשעו במשך תקופה של שבע שנים לפחות, להסתיר את עובדת הרשעתם, למעט במקרים חריגים. ראו: Criminal Records (Clean Slate) Act 2004, available at legislation.govt.nz/act/public/2004/0036/latest/DLM280840.html; Ministry of Justice, *Criminal Records (Clean Slate) Act 2004*, available at justice.govt.nz/privacy/clean-slate.html. גם באנגליה הסדר המחיקה הוא מצומצם: הרשעה נחשבת למחוקה בתום תקופת "רהביליטציה", שאורכה נע בין שישה חודשים לעשר שנים ממועד ההרשעה. הרשעה שבעקבותיה נגזר עונש העולה על 30 חודשים אינה נכללת בהסדר ולעולם לא תוכל להימחק. להסדר זה רשימת חריגים, המתעדכנת מזמן לזמן. המשמעות היא, שהסדר המחיקה אינו חל בהקשר של עיסוקים הדורשים מידה של אמון. ראו Julian Broadhead, *Denying the Past*, 151(7005) NEW LAW JOURNAL 1566 (2001); HOME OFFICE, *BREAKING THE CIRCLE: A REPORT OF THE REVIEW OF THE REHABILITATION OF OFFENDERS ACT 4-5, 12-13, 36* (2002), available at homeoffice.gov.uk/documents/breaking-the-circle?version=1. ראו גם ההסדר הקנדי, שם רישום אודות הרשעות נותר במאגר, ברוב המקרים, עד שהפרט מושא הרישום מגיע לגיל 80. ראו The John Howard Society of Alberta, *Understanding Criminal Records*, לעיל ה"ש 55. עם זאת בקנדה קיימת אפשרות למחילה לאחר תקופות קצרות (3 ו-5 שנים). ראו David Goetz, *Bill C-7: An Act to Amend the Criminal Records* (1999), available at dsp-psd.pwgsc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/LS/362/c7-e.htm; ראו גם: The John Howard Society of Alberta, *A Guide to Pardons*, לעיל ה"ש 55 וכן: Government of Canada, National Parole Board, *Fact Sheet: Pardons*, available at npb-cnrc.gc.ca/infocntr/factsh/pardon-eng.shtml#5

קטגוריאלי או בהיעדר אמות מידה מנחות להפעלת שיקול הדעת⁶¹. בהסדרים מסוג זה ניתק הקשר בין הכוונה הראשונית של המחוקק לבין ההשלכות רחבות ההיקף הקבועות בהסדר. הרי אם מושא הרישום הפלילי אינו עובר על החוק משך שנים ארוכות, מה טעם יש בהותרתו במאגר המרשם הפלילי? בדומה, אם מושא הרישום מהווה סיכון בתעסוקה מסוג מסוים, מדוע למנוע ממנו תעסוקה שאין בינה ובין הסיכון כל קשר? מכאן, שבעוד שהכוונה הראשונית היא מניעתית, לא ניתן להסביר את ההסדרים הקיימים אלא באמצעות תכליות הגמול וההרתעה.

על רקע הפער בין התכלית המצויה של מרשם פלילי (כמשוער על ידי, לפחות) לבין השלכותיו בפועל בהסדרים השונים, מתברר כי קיים צורך לבחון מחדש את שאלת הסיווג הנכון של מרשם פלילי. הסיווג המחודש נדרש משני טעמים: הטעם הראשון הוא, שהתכלית החקיקתית המשוערת, כאמור, היא מניעתית. טעם נוסף הוא שבתי המשפט, להשערתו, יסווגו מרשם פלילי כסנקציה אזרחית, אילו שאלה כזו תבוא בפניהם. על כך להלן.

61 בישראל לדוגמה חוק המרשם הפלילי אינו מגדיר אמות מידה להערכת העבר הפלילי כבסיס לפסילה מעיסוק, מינוי או קבלת רשיון. משמע, המחוקק הראשי לא הבהיר מהם הקריטריונים שמצדיקים פסילה על בסיס עבר פלילי, כגון רלוונטיות העבר הפלילי לעיסוק, הזמן שחלף מאז ביצוע העבירות וכיוצ"ב שיקולים. הגופים שזכאים להביא בחשבון עבר פלילי נהנים, בהקשר זה, משיקול דעת רחב. ראו על"ע 10320/02 בולוס נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד נח(5) 695 (2004). בית המשפט מצייין כי ס' 27 לחוק לשכת עורכי הדין, העוסק בסירוב הלשכה לרשום אדם כמתמחה בעריכת דין "...מקנה ללשכה שיקול-דעת רחב שלא לאפשר רישומו של מועמד כמתמחה... וביסודו עומדת התפיסה שלפיה אין די בכשירויות הקבועות בסעיף 24 לחוק על-מנת לעסוק במקצוע עריכת-הדין, ועל המועמד להיות אדם הגון וישר על-מנת שיהא ראוי לשמש עורך-דין" (פס' 10 לפסק הדין). בית המשפט מתערב רק כשהחלטה אינה סבירה (ראו שם, פס' 13). ראו גם ע"מ 4408/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' אבו סאלם (פורסם בנבו, 2008). לעומת זאת ראו ההסדר ההולנדי, לעיל ה"ש 57. באנגליה, מעסיק אינו רשאי לבקש ממועמד לעבודה מידע אודות עברו הפלילי, אלא אם מידע זה רלוונטי לעיסוק שעומד על הפרק. ראו *HOME OFFICE, BREAKING THE CIRCLE*, לעיל ה"ש 60. על ההסדרים באוסטרליה ראו Human Rights and Equal Opportunity Commission, *Discrimination in Employment on the Basis of Criminal Record: Discussion Paper 7*, 22 Human ; (2004), available at hrec.gov.au/human_rights/criminalrecord/discussion.html, 19-18, בעמ' 53, לעיל ה"ש 57, Rights and Equal Opportunity Commission, *On the Record OFFICE OF THE VICTORIAN PRIVACY COMMISSIONER, CONTROLLED DISCLOSURE OF ; 31-29 CRIMINAL RECORD DATA: REPORT TO THE ATTORNEY-GENERAL PURSUANT TO SECTION 63(3) OF THE INFORMATION PRIVACY ACT 2000* 4, 22-23 (2006), available at privacy.vic.gov.au/dir100/priweb.nsf/content/5D37ECB57A98BDA7CA256C4D0019.E8AD?OpenDocument.

(1) סיווג המרשם הפלילי: התייחסותה המשוערת של הפסיקה

לא ידוע לי על מקרה שבו בית משפט דן בשאלת סיווגו של המרשם הפלילי עצמו. עם זאת מפסיקה שדנה בעניינים קרובים אני מסיקה שבמידה ושאלת הסיווג תובא בפני בית המשפט, ההכרעה תהיה כי מרשם פלילי הוא סנקציה אזרחית. בעניין דרעי⁶² נדונה שאלת סיווגו של סעיף חוק הפוסל את מי שנדון לעונש מאסר בפועל העולה על שלושה חודשים מלהיכלל ברשימת מועמדים לרשות מקומית. טענת העותר הייתה כי מדובר בסעיף עונשי, אשר על כן אין להחיל אותו למפרע. בית המשפט קבע כי אין מדובר באמצעי ענישה, אלא בתנאי כשירות. תנאי זה נובע מהנחת המחוקק שלפיה עבירה שגררה מאסר בפועל לתקופה כזאת נושאת עמה קלון. ממשיך בית המשפט ומציין כי קלון וענישה פלילית הינם אמצעים משפטיים שונים, הנשענים על רציונלים נבדלים⁶³. התייחסות קצרה וזהה לפסליות בתחום התעסוקה נמצאת גם בעניין ארביב⁶⁴. יש לשים לב כי בהיעדר התייחסות לסוגיית הרישום הפלילי באופן ספציפי, בית המשפט גם

62 עת"מ (י-ם) 8774/08 דרעי נ' מנהל הבחירות לעיריית ירושלים (פורסם בנבו, 2008).
 63 שם, פס' 7 ופס' 9. ניתן לטעון שלפסק הדין בעניין דרעי השלכה מרחיקה אף יותר בהקשר למרשם פלילי, שכן בית המשפט קבע עוד כי אף אם היה מדובר באמצעי ענישה, החלתו על העותר לא הייתה נחשבת כהחלה למפרע. בית המשפט מנמק קביעה זו בטעם ששאלת ההחלה למפרע נבחנת על רקע ציפיותיו של מבצע העבירה במועד ביצוע העבירה. במועד זה, בית המשפט קובע, העותר לא הניח וציפה כי יתאפשר לו להגיש מועמדות לבחירות במועד כלשהו. ראו עניין דרעי, שם, פס' 8. בהיקש להשלכות של מרשם פלילי בתחום התעסוקה, המשמעות היא שבכל המקרים שבהם מושאי הרישום – במועד ביצוע העבירה – טרם גיבשו ציפייה לגיטימית להיות עורכי דין, שמאי מקרקעין או מהנדסים של רשות מקומית, הרי שהחמרת ההגבלות על השתלבותם בעיסוקים אלו לא תיחשב לענישה למפרע. נראה לי שהחמרה של בית המשפט בעייתית. אני סבורה עוד, שהאסמכתאות שעליהן בית המשפט נשען אינן תומכות בהנמקה זו. לראיה, אחד הציטוטים שבית המשפט מביא: "כלל גדול הוא בדיני העונשין, כי העונש לו צפוי הנאשם מתגבש ביום ביצוע העבירה" (שם, פס' 8). לדעתי, הכוונה היא לעונש כפי שהוא קבוע בדין ולא לעונש המעוצב בהתאם לציפיותיו של הנאשם מעתידו.

64 עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1992). פסק דינו של השופט ברק (כתוארו אז), בעמ' 781: "החלת החוק הייתה רטרואקטיבית, אילו הפסילה מלשמש כפקיד עורך-דין הייתה נתפסת כעונש נוסף על מעשה הגניבה שבוצע בעבר. מקום שהפסילה מלשמש כפקיד אינה מכוונת כאקט עונשי, אלא כהוראה שנועדה להסדיר את העסקתם של עובדים, החלתה על מי שהורשע בעבר היא החלה אקטיבית של החוק ולא החלה רטרואקטיבית שלו".

אינו מצביע על ההבחנה בין רישום פלילי לבין השלכות נלוות בתחום התעסוקה⁶⁵. עם זאת לאור תפיסת בית המשפט כאמור, יש לשער כי סיווג המרשם הפלילי, במידה ויעלה לדיון, יהיה כשל סנקציה אזרחית.

בעניין *Smith*⁶⁶ נדונה בפני בית המשפט העליון של ארצות-הברית השאלה אם חוק באלסקה, שעניינו רישום עברייני מין ומסירת הודעה לקהילה אודותם⁶⁷ (להלן: "החוק") הוא עונשי, וזאת לצורך האיסור החוקתי על ענישה רטרואקטיבית. החוק מסדיר למעשה מאגר מרשם פלילי אקטיבי; פרטים רבים אודות מושאי הרישום הם פומביים ואלסקה בחרה להפיץ אותם באמצעות האינטרנט⁶⁸. התחקות אחר התכלית החקיקתית של החוק הובילה

65 דיון בהבחנה הנורמטיבית הראויה שבין רישום פלילי לבין מגבלות בתחום התעסוקה חורג מגדר מאמר זה. אציין רק, בקליפת אגוז, כי לדעתי, רישום פלילי הוא תנאי הכרחי, אולם אינו תנאי מספיק, להטלת מגבלות בתחום התעסוקה על רקע עבר פלילי.

66 ראו לעיל, ה"ש 38. בהתאם לחוק עברייני מין או מי שהורשע בחטיפת ילד, הנמצא במדינת אלסקה, מחויב להירשם אצל רשויות האכיפה המקומיות. דרישת הרישום כוללת מסירת פרטים אישיים, ובין השאר: שמו, אפיונים פיזיים מזהים, כתובת, מקום עבודה, תאריך לידה, מידע על הרשעתו, פרטים אודות כלי רכב שאליהם יש לו גישה. במידה והעברייני הורשע בעבירת מין בודדת ללא נסיבות מחמירות, עליו לאמת מדי שנה את המידע שמסר, במשך 15 שנים; במידה וההרשעה היא בעבירה שלווה בנסיבות מחמירות או אם הורשע בשתי עבירות או יותר, על העברייני לעמוד בדרישות הרישום למשך שארית חייו ולאמת את הפרטים אחת לרבעון. חלק מהמידע אודות העברייני פתוח בפני הציבור, ובכלל זה שמו, כתובת, תמונתו, תיאורו הפיזי, מקום העבודה, פרטי ההרשעה, תיאור ופרטי רישוי של כלי הרכב שבהם משתמש, פרטי העונש וכן אם נכון לאותה עת העברייני ממלא אחר תנאי שחרור או לחלופין, הודעה כי אינו ניתן לאיתור. החוק אינו מפרט את הדרכים להפיכת המידע לפומבי ומדינת אלסקה בחרה להפיץ את רוב המידע הפומבי באמצעות האינטרנט. יצוין כי תמונת העברייני מופיעה תחת הכותרת "Registered Sex Offender". ראו שם, בעמ' 90-91, 111.

67 חקיקה מסוג זה מכונה בארצות-הברית "Megan's Law".

68 אני מכנה מאגרים מסוג זה "אקטיביים" מאחר שמאגרי מרשם פלילי הם, ככלל, "פסיביים". משמע המידע שמור במאגר ונחשף במידה שיש מי שמעוניין בו בלבד; המעוניינים פונים למאגר ולא המאגר "פונה" אליהם. מאגר אקטיבי הוא חריג בנוף הרגיל של מרשם פלילי. המידע שמצוי במאגר מסוג זה נמסר באופן אקטיבי וללא צורך בפנייה של מאן דהוא. אבהיר, כי ב"מאגר אקטיבי" אין הכוונה אך ורק למצב שבו מידע נמסר ממש לידי הפרט (באמצעות משלוח גלוית דואר למשל); גם אתר אינטרנט הפתוח לכלל הציבור, שבו מצויים פרטים על עבריינים מסוג מסוים נחשב, לדעתי, למאגר אקטיבי. הטעם לכך הוא שמאגר מסוג זה מייחד את העבריינים הללו, וקורא לציבור להתוודע דווקא אליהם ולא לאחרים. נוסף על כך יש לציין שבדברי החקיקה המסדירים מאגר מסוג זה גלומה קריאה לציבור לבוא וללמוד על אותם עבריינים. עצם הקריאה האמורה היא שהופכת מאגרים כאלה לאקטיביים, בשונה ממאגרים אחרים. עם זאת אציין כי דעה זו אינה, ככל הנראה, הדעה המקובלת. ראו Richard Scorer, *Sarah's Law – The Debate*, 156 NLJ 1907 (2006). הכותב מתייחס למאגר הפתוח בפני

את בית המשפט למסקנה שכוונת המחוקק הייתה ליצור מנגנון אזרחי, ולא עונשי⁶⁹. נוסף על כך, בית המשפט בחן את השלכות החוק בפועל, על מנת לברר אם חרף התכלית החקיקתית הסנקציה היא עונשית, עד כדי ביטול כוונת המחוקק⁷⁰. במסגרת זו, בית המשפט דחה את הטענה בדבר דמיון בין ההסדרים שהחוק קובע לבין עונשי הביוש העתיקים⁷¹ וכן את הטענה בדבר היעדר מידתיות בין מטרת החוק לסנקציה שנקבעה בו⁷². בית המשפט

הציבור כאל מסירת הודעה "פסיבית"; מי שמבקש לעיין במידע רשאי לעשות זאת, אולם המשטרה אינה יוזמת פנייה אל האזרח ומיידעת אותו. כן ראו: Michelle Pia Jerusalem, Note: *A Framework for Post-Sentence Sex Offender Legislation: Perspectives on Prevention, Registration, and the Public's "Right" to Know*, 48 VAND. L. REV. 219, 245 (1995), וכן דברי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין Smith, לעיל ה"ש 38, בעמ' 105, המתייחס אל מאגר המידע האינטרנטי כ"פסיבי".

69 ראו עניין Smith, לעיל ה"ש 38, בעמ' 93-96. דעת הרוב ניתנה מפי השופט Kennedy. בהקשר זה, בית המשפט מציין בין השאר כי המחוקק ציין את כוונתו בגוף החוק, תוך אזכור המועדות הגבוהה בקרב עברייני מין משוחררים, וזיהוי ההגנה על הציבור מפניהם כאינטרס ממשלתי ראשון במעלה. בהקשר זה מסכים בית המשפט כי הטלת מגבלות על עברייני מין הנחשבים למועדים נחשבת למטרה שלטונית לגיטימית ולא עונשית. ראו שם, בעמ' 93.

70 ראו שם, בעמ' 92.

71 זאת בנימוק שבעונשי הביוש היה יותר מאשר הפצת מידע. בעונשי ביוש העברייני הועמד בפני חברי הקהילה לשם ביוזי פנים-אל-פנים, או שגורש כליל. בניגוד לכך, הסטיגמה הנלווית לרישום אינה נובעת מהצגה פומבית של העברייני לשם השפלה וביזוי, אלא מהפצת מידע מדויק בדבר עברו הפלילי, אשר ברובו פתוח לציבור ממילא. בניגוד לעונשי ביוש, המדינה אינה הופכת את הפרסום והסטיגמה הנלווית לו לחלק אינטגרלי מהמטרה שבבסיס ההסדר האזרחי. בית המשפט קובע עוד, שהפצת המידע באמצעות האינטרנט אינה פוגעת במסקנה זו. אמנם, החשיפה מביישת את העברייני בפני הציבור, אולם אין בכך להפוך את הפרסום באינטרנט לעונשי, שכן המטרה והתוצאה העיקרית היא ליידע את הציבור לשם בטחונו ולא להשפיל את העברייני. ראו שם, בעמ' 98-99.

72 הנימוק הוא שהיעדר התאמה מושלמת בין המטרה האזרחית לבין דרך השגתה אינו מוביל, מניה וביה, לסיווג החוק כעונשי. נוסף על כך בית המשפט דוחה את הטענה לגופו של עניין, נוכח סכנת המועדות מפני עברייני מין. לפיכך החלת הוראות החוק על עברייני מין כקבוצה, מבלי להעריך את המסוכנות של כל עברייני באופן ספציפי, אינה הופכת את ההסדר לעונשי. גם תקופת הרישום היא מידתית, לגישת בית המשפט, מהטעם שמחקרים אמפיריים מראים כי עבירות חוזרות של עברייני מין (למשל כאלו שהורשעו בעבירות נגד ילדים), עשויות להתבצע לאחר תקופות ארוכות ואף לאחר 20 שנה ממועד השחרור. ראו שם, בעמ' 103-105. בית המשפט אף קובע כי בהקשר של סכמה מנהלית, המדינה יכולה להותיר בידי הציבור את ההכרעה בדבר המסוכנות הספציפית, בהתבסס על מידע מדויק ולא פרטי בדבר ההרשעות. ראו שם, בעמ' 104.

קבע עוד כי הסנקציה אינה מקדמת תכליות ענישה מסורתיות⁷³. בית המשפט סבור שהחוק אינו מטיל מגבלה פיזית, והחייבים הקבועים בו פחות נוקשים מאשר מגבלות כדוגמת איסור על עיסוק במקצוע מסוים. בהקשר זה, בית המשפט מציין את ההלכה שלפיה מגבלות על עיסוק אינן נחשבות לעונשיות⁷⁴. בעניין *Smith* מדובר אפוא במאגר מרשם פלילי הפתוח לציבור: לאלו המופיעים במרשם מוצמדת הכותרת "עבריין מין" והם מחויבים ברישום למשך תקופה ארוכה, אם לא לצמיתות. מאחר שבית המשפט סיווג חקיקה רחבת היקף זו כאזרחית⁷⁵, קל וחומר שהוא יסוג הסדרים אחרים ומצומצמים יותר של מרשם פלילי כאזרחיים.

על רקע הדברים הללו, יש בסיס מוצק להשערה שמרשם פלילי מסוג, פוזיטיבית, כסנקציה אזרחית. הבעיה היא, שסיווג כזה מותיר את הפער, הקיים בפועל בין תכלית המרשם הפלילי לבין השלכותיו, ללא מענה.

למעשה, בתי המשפט פיתחו כלים להתמודדות עם פערים מסוג זה. בית המשפט אף עשה שימוש בכלים אלו בעניין *Smith*, אם כי לדעתי התוצאה שאליה הוא הגיע היא בלתי ראויה. אבקש לדרוש עתה בשאלה אם ניתן להיעזר בכלים שבתי המשפט פיתחו, כאמור, על מנת לפתור את בעיית הפער בין התכלית של מרשם פלילי לבין השלכותיו בפועל.

73 מדינת אלסקה סברה שההסדר עשוי להרתיע פשיעה עתידית; על רקע זה העותרים טענו כי מדובר בהסדר עונשי. בית המשפט פטר את הטענה בנימוק שישנם הסדרים מנהליים נוספים שעשויים להרתיע מבלי להטיל ענישה פלילית. ראו שם, בעמ' 102.

74 שם, בעמ' 100-101.

75 דעת המיעוט סיווגה את הסנקציה כעונשית. השופט Stevens סבור שניתוח נכון צריך להתבסס, ראשית, על בחינת ההשפעה שיש לחוק הנדון על חירותם של הנאשמים. מסקנתו היא, שהחוק מטיל מחויבות משמעותית וכן סטיגמה חמורה. הוא ממשיך וקובע, שהשלכות ההרשעה בעבירת מין הן עונשיות, לאור שלושה מאפיינים: שלילה משמעותית של החירות, ההשלכות נלוות לכל הרשעה בעבירה רלוונטית, והן מוטלות על אותם עבריינים מורשעים בלבד. עדיין, הוא סבור שיש הצדקה להטלת חובת הרישום ומסירת המידע לציבור כחלק מהסנקציה העונשית של עברייני מין, מאחר והסנקציה עונה על שתי התכליות המסורתיות של הענישה: גמול והרתעה. ראו שם, בעמ' 111-114. השופט Ginsburg מסכים שמדובר בסנקציה עונשית, על רקע המחויבויות המוטלות על פי החוק על עברייני מין וכן מסירת המידע לקהילה, המובילה להשפלה ולנידוי. הוא מתייחס לכך שהמגבלות מוטלות על רקע עבירה שבוצעה בעבר ולא מסוכנות עכשווית. לכן, הוא סבור שהחוק מספק מענה גמולי למעשים שבוצעו בעבר, יותר מאשר מונע עבירות עתידיות. מה שמכריע את הכף מבחינתו הוא היעדר המידתיות ביחס למטרה האכיפתית. זאת כנובע מכך שהחוק חל על כל עברייני המין ללא התחשבות במסוכנותם העתידית, וכן לאור אורך תקופת הרישום, שהיא פועל יוצא של העבירה שבוצעה ולא של שיקולי מועדות. ראו שם, בעמ' 116-117.

(2) סיווג מחדש של המרשם הפלילי

ככלל, הנושא של סיווג סנקציות מעורר קושי⁷⁶. לעתים קרובות המחוקק אינו מבהיר את כוונתו, ומותיר את בית המשפט להתמודד עם השאלה באיזה סוג סנקציה מדובר. במקרים אחרים, חרף תכלית אזרחית ידועה, מתברר כי ההשלכות בפועל חורגות מגדר תכלית זו. בתי המשפט פיתחו כלים לסיווג סנקציות בניסיון להתגבר על הקושי האמור. לענייננו, יש להבחין בין כלים שמסייעים לבית המשפט באיתור התכלית החקיקתית לבין כלים שנועדו לסווג סנקציה אשר השלכותיה בפועל חורגות מגדר התכלית המקורית, כאשר ידוע כי זו הייתה אזרחית.

המסקנה שאלה הגעתי בתחילת מאמר זה היא, שהתכלית המצויה של מרשם פלילי, משמע התכלית החקיקתית, היא אזרחית. מכאן, שמתיתר הצורך באיתור התכלית החקיקתית⁷⁷. עם זאת מתברר כי קיים פער בין התכלית החקיקתית-התאורטית של מרשם פלילי לבין ההשלכות הנרחבות שלו בפועל. כאמור, פער זה מעורר את הצורך בבחינה מחדשת של סיווג המרשם הפלילי.

הפסיקה פיתחה כלים להתמודדות עם הצורך בסיווג מחדש של סנקציות. בהקשר זה יש להבחין, לדעתי, בין שתי קטגוריות של סיווג: האחת עוסקת בסיווג מחדש של הסנקציה לצורך המקרה נשוא הדיון. השנייה עוסקת בסיווג מחדש של הסנקציה נשוא הדיון. להלן אבהיר את שתי הקטגוריות, ואבחן אם ניתן להיעזר באיזו מהן על מנת לפתור את בעיית הסיווג המחודש של מרשם פלילי.

כאמור, הקטגוריה הראשונה עוסקת במעין-סיווג מחדש של הסנקציות בהתחשב בעובדות המקרה הספציפי, ולצורך זה בלבד. ביטוי לקטגוריה זו ניתן למצוא בעניין הובר⁷⁸

76 ראו דברי בית המשפט בעניין יש לי, לעיל ה"ש 28, בעמ' 629: "מקור טבעי למתן תשובה עקרונית למהות העונש ולמשמעות הקנס עשוי להימצא, לכאורה, בעקרונות המשפט הפלילי, אשר ביסודם עומדות העבירה והענישה. עיון בסוגיה זו מלמד, כי רבים המבוכה וחוסר הוודאות השוררים בתחום עיוני זה. ייתכן שהדבר אינהרנטי למטריה הנדונה, באופן שאין למצוא כלל מבחן למהות העבירה ולתכונות הענישה. ייתכן שהסוגיה העיונית האמורה טרם פותחה כראוי. יהא עניין זה כאשר יהיה, אין למצוא בו מצפן ראוי לילך על-פיו, שכן על נקלה מוצא עצמו הפרשן במעגל שוטה, כאשר מהותה העבריינית של ההתנהגות נקבעת לעתים על-פי הענישה בכלל והקנס בפרט, המוטלים על אותה התנהגות, ואילו מהותם הפלילית של הענישה והקנס נקבעת על-פי המהות העבריינית של ההתנהגות" (ההדגשה שלי – ר' ק.).

77 לסיווג באמצעות התחקות אחר כוונת המחוקק ראו עניין יש לי, שם, בעמ' 629-631; עניין נירוסטה, לעיל ה"ש 58, בעמ' 830-831; ראו גם עניין אסף, לעיל ה"ש 48, בעמ' 456-462, פסק דינו של השופט חשין, אשר מסר את דעת הרוב. עם זאת יש לציין כי השופט חשין סבור שלסנקציות יש "צופן גנטי"; מהות משפטית טבועה, אשר אינה תלויה בכינוי שהמחוקק מעניק לה. ראו שם, בעמ' 469-470.

78 לעיל ה"ש 48.

ובעניין *Halper*⁷⁹. בשני המקרים הללו נדון עניינם של נאשמים אשר הורשעו בביצוע עבירות פליליות והוטלה עליהם סנקציה פלילית⁸⁰. נוסף על כך, הוטלו על אותם נאשמים קנסות אזרחיים (להלן: "הסנקציות הנוספות")⁸¹. תוצאת שני פסקי הדין הללו נשענת על רציונל זהה ודו-שלבי: בשלב הראשון, נבחן הסיווג העקרוני, הכללי, של הסנקציות הנוספות. בשלב השני, נבחן מכלול האמצעים שננקטו כנגד הנאשמים, והוכרע כי התוצאה הכוללת אינה מידתית; בהטלת הסנקציות האזרחיות באותם מקרים נותק הקשר עם התכלית האזרחית המקורית, עד כדי כך שהיה להן אפקט עונשי בולט⁸². אם כן לא מדובר ב"סיווג מחודש" של הסנקציות האזרחיות; הללו עדיין ייחשבו לאזרחיות בדרך כלל. עם זאת מדובר ב"מעין-סיווג" מחודש. במקרים פרטניים, הטלת סנקציות אזרחיות עשויה לשוות להן גוון עונשי. אכן, בתי המשפט הדגישו בשני המקרים את אופייה האינדיווידואלי של ההכרעה⁸³.

- 79 לעיל ה"ש 46.
- 80 הובר, לעיל ה"ש 48, הורשע בביצוע סדרת עבירות מס; *Halper*, לעיל ה"ש 46, הורשע בעבירות של קבלת דבר במרמה והונאת דואר.
- 81 הובר חויב בתשלום כפל מס וקנס מנהלי ו-*Halper* חויב בקנס אזרחי.
- 82 בעניין *Halper*, בית המשפט פסק כי הסנקציות הנוספות הן אמנם אזרחיות באופיין; עם זאת אין בכך כדי לשלול את האפשרות לכך שבמקרה פרטי, הסנקציה תהיה כה מרחיקת לכת ומנותקת מהתכלית התרופתית המקורית, עד לכדי ענישה ממש. ההגנה החוקתית מפני ענישה כפולה היא אישית בבסיסה. לכן, בית המשפט סבור כי בהקשר זה פנייה ללשון החוק, מבנהו ותכליתו – לא תסייע. מלאכת הזיהוי צריכה להיעשות באמצעות הערכת אופי הסנקציה הספציפית המוטלת על הפרט והתכלית שאותה סנקציה משרתת. סנקציה אזרחית תאופיין כעונש כאשר הטלתה במקרה ספציפי משרתת את תכליות הענישה. ראו לעיל ה"ש 46, בעמ' 441-442, 447-448. בעניין הובר, בית המשפט אמנם דחה את הטענה בדבר הענישה כפולה, בנימוק שעל הוראות חוק מס ערך מוסף, תשל"ו-1975 (שלפיו הוטל החיוב בכפל מס וקנס מנהלי) חל כלל שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בית המשפט סבר עוד כי פסק הדין בעניין *Halper* אינו מנביע מסקנה אחרת. בהקשר זה אני סבורה שמסקנתו של בית המשפט שגויה מאחר שאופי הסנקציה, על פי עניין *Halper*, נבחן על רקע המקרה הספציפי. מאחר שעקרון שמירת הדינים הוא כללי, השימוש בו אינו יכול להוות נימוק לשלילת הצורך בבדיקת אופייה של הסנקציה במקרה הפרטי. חרף האמור, מסקנת בית המשפט בעניין הובר זהה, למעשה, לזו של *Halper*: בית המשפט סבור כי כפל המס והקנס המנהלי הם, ככלל, סנקציות אזרחיות. עם זאת מכלול האמצעים שננקטו כנגד הנאשם, במסלול הפלילי והאזרחי גם יחד, חורגים, לדעת בית המשפט, מהמידה הראויה. בפרט, הטלת הקנס המנהלי באותו מקרה אינה יכול להיחשב כשימוש בסנקציה אזרחית, אלא נוצר הרושם כי מדובר באמצעי בעל אפקט עונשי. אשר על כן, בית המשפט הורה על ביטול הקנס המנהלי. יצוין כי בית המשפט הבחין בין כפל המס לקנס המנהלי. לגישתו, כפל מס נתפס לרוב כאמצעי מנהלי, בעוד שלקנס מנהלי עשוי להיות, בנסיבות מסוימות, אפקט עונשי. עם זאת אין בדברים הללו כדי לגרוע מהמסקנה הכללית של בית המשפט, והיא שמדובר בסנקציות אזרחיות במקורן. ראו לעיל ה"ש 48, בעמ' 952-960.
- 83 ראו עניין *Halper*, לעיל ה"ש 46, בעמ' 449; עניין הובר, לעיל ה"ש 48, בעמ' 960.

האם ניתן להיעזר בקטגוריה הראשונה לפתרון בעיית הסיווג המחודש של מרשם פלילי? לכאורה, הקושי שנדון באותם מקרים זהה לקושי שמרשם פלילי מעורר. עם זאת לדעתי לא ניתן להסתייע בקטגוריה הראשונה לענייננו. הקטגוריה הראשונה מטפלת במקרים מיוחדים; הסיווג העקרוני של הסנקציות האזרחיות נותר כמות שהוא. לעומת זאת הבעיה של המרשם הפלילי היא, לטענתי, כללית. הדמיון לעונשי ביוש, כפי שיבואר בהמשך, קיים במאגרים פומביים, ובכל מקום שבו המגבלות על הפצת המידע הן רופפות ואינן נשענות על רלוונטיות המידע. ניתן לומר כי בהסדרים מסוג זה, כמו גם בהסדרים שבהם המידע נותר במשך תקופה ממושכת במאגר, ניתן הקשר הרציונלי לתכלית האזרחית המקורית⁸⁴. על רקע היקף הבעיה נדרש דיון כולל בשאלת הסיווג המחודש, ואין להסתפק בתקווה לכך שבמקרים בעלי נסיבות מיוחדות תוכרנה ההשלכות העונשיות של המרשם.

לאור האמור, נבחן את הקטגוריה השנייה ונראה אם היא יכולה לשמש לנו לעזר. הקטגוריה השנייה מספקת כלים לסיווג סנקציה, שלא על פי התכלית שהמחוקק ייעד לה. ביטוי לכך ניתן למצוא בעניין בוטח⁸⁵ ובעניין *Kennedy*⁸⁶. שני פסקי הדין הללו נשענים על רציונל זהה: בתי המשפט מפרידים בין התכלית החקיקתית לתכלית ה"אמיתית" של הסנקציה. איתור התכלית האמיתית של הסנקציה נעשה באמצעות מבחנים שונים. בעניין *Kennedy* בית המשפט מונה את המבחנים לסיווג סנקציות. בתי המשפט מונחים לעשות שימוש במבחנים הללו במקום שבו אין בנמצא הוכחה ברורה לכך שהתכלית החקיקתית הייתה עונשית. ואלו המבחנים⁸⁷:

האם הטלת הסנקציה מערבת מגבלות פוזיטיביות; האם, בבחינה היסטורית, הסנקציה נחשבה לעונש⁸⁸; האם הבסיס להפעלת הסנקציה הוא קיומה של ידיעה פלילית בלבד; האם השימוש בסנקציה מקדם את מטרות הענישה המסורתיות, היינו גמול והרתעה; האם המעשה שבגינו מוטלת הסנקציה נחשב לעבירה; האם ניתן לייחס לסנקציה תכלית חלופית הקשורה אליה בקשר רציונלי, והאם הסנקציה אינה מידתית ביחס לתכלית החלופית. גם בעניין בוטח בית המשפט מחפש אחר התכלית ה"אמיתית" של הסנקציה. בהתאם לגישה שאומצה בפסיקה, בית המשפט אינו מוגבל, בהקשר זה, לתווית האזרחית או

84 לעניין הקשר הרציונלי ראו גם דברי בית המשפט בעניין *Halper*, שם.

85 רע"א 4096/04 בוטח נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 913 (2004).

86 ראו לעיל ה"ש 38.

87 שם, בעמ' 168-169.

88 בחינה בעלת אופי דומה נעשית על ידי השופטת נאור (בדעת מיעוט, אמנם) בעניין אסף, לעיל ה"ש 48, בעמ' 427-428. השופטת נאור בוחנת את התפיסה ההיסטורית של קביעת פיצויים לקרבן עבירה לפי סעיף 77 לחוק העונשין בעזרת ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף.

הפלילית שניתנה לאותה סנקציה בחקיקה הספציפית⁸⁹. עם זאת בית המשפט אינו מונה רשימה של מבחנים כלליים לבחינת הסיווג⁹⁰.

יש לשים לב לכך שפסקי הדין בעניין בוטח ובעניין *Kennedy* אינם מספקים כלים קוהרנטיים וחד-משמעיים לסיווג סנקציות. כך, דומה שהמבחן הראשון שמגוי בעניין *Kennedy* – היינו, השאלה אם הסנקציה מערבת הטלת מגבלות – אינו מיוחד לסנקציות פליליות דווקא. ניתן לומר כי זו תכונה של כל צו שיפוטי, גם כזה שניתן בתחום החוזים והנזיקין. נוסף על כך, השימוש בתפיסה ההיסטורית של הסנקציה ככלי לסיווג הוא חריג ביחס לשאר המבחנים, שכן בחינה היסטורית מיתרת, למעשה, קריטריונים אחרים לסיווג; השאלה היחידה היא, כיצד נתפסה הסנקציה על פי מוסכמות שנוצרו בהיסטוריה. זוהי אפוא אלטרנטיבה לחיפוש אחר מבחנים לסיווג. עוד מתברר כי אחד המבחנים לוקה בחוסר דיוק. הכוונה היא לשאלה אם הסנקציה מופעלת בהתבסס על ידיעה פלילית; ישנן סנקציות פליליות שמופעלות גם בהיעדר ידיעה כאמור, לדוגמה עבירות אחריות קפידה⁹¹.

גם עניין בוטח מאופיין בחוסר קוהרנטיות. אמנם, בית המשפט מחפש אחר התכלית ה"אמיתית" של הסנקציה, אך עושה זאת לרוב באמצעות בחינת סעיפי החוק הרלוונטיים והתייחסות לכוונת המחוקק⁹².

חרף הדברים הללו, אני סבורה שפסקי הדין הללו משקפים רציונל ברור ונכון. הרציונל הוא, שיש להבחין לעתים בין התכלית החקיקתית לבין התוצאה ה"אמיתית" של הסנקציה.

89 ראו לעיל ה"ש 85, בעמ' 917-918. עם זאת סיווג סנקציה כעונשית עשוי להיות לצורך היבטים ספציפיים, ולא לצורך מכלול ההיבטים הקשורים בסנקציה. בכלל זה, לדוגמה, ניתן לשקול החלה חלקית של סדרי הדין הפלילי. ראו שם, בעמ' 924-925. לגישה דומה ראו פסק דינו של השופט ריבלין בעניין אסף, לעיל ה"ש 48, בעמ' 477. ראו גם מן, לעיל ה"ש 28, בעמ' 253-256, 259-261.

90 לצורך הסיווג, בית המשפט בוחן בעיקר את התייחסות הפסיקה למכשיר החילוט, שכן זו הסנקציה שעמדה על הפרק. בכלל זה בית המשפט מתייחס למשפט המשווה בסוגיה. לאחר מכן, בית המשפט בוחן את מכשיר החילוט הספציפי, בעיקר על רקע דבר החקיקה הרלוונטי; במקרה זה, חוק איסור הלבנת הון, תש"ס-2000. בכל זאת בית המשפט מתייחס לקריטריון כללי לסיווג, והוא העובדה שמדובר בהליך שתוצאתו היא שלילת רכוש. בית המשפט סבור שזוהי תוצאה בעלת אפקט עונשי, מאחר שאין מדובר בהטבת נזק. חוק איסור הלבנת הון אינו דורש קשר כלשהו בין הנזק שנגרם להיקף החילוט. ראו עניין בוטח, לעיל ה"ש 85, בעמ' 923. הדבר דומה למבחן הראשון שצוין בעניין *Kennedy*, והוא השאלה אם הסנקציה מערבת הטלת מגבלות. ראו לעיל ה"ש 38, בעמ' 168.

91 ראו ס' 22 לחוק העונשין.

92 כך, בית המשפט מביא את דברי שר המשפטים בדיוני הכנסת שקדמו להצבעה על חוק איסור הלבנת הון, ראו לעיל ה"ש 85, בעמ' 923. בית המשפט בוחן את ס' 22 לחוק איסור הלבנת הון, אשר מצביע על כך שהחילוט עשוי להיות תחליף לענישה פלילית. בית המשפט מתייחס גם לס' 22(ד) לאותו חוק, הקובע כי תנאי לביצוע החילוט הוא ידיעה של בעל הזכות כי הרכוש נגוע במעשה עבירה, שם, בעמ' 924.

התכלית החקיקתית היא תאורטית, ואילו התכלית האמיתית היא זו שהסנקציה משרתת בפועל⁹³. רציונל זה עולה בקנה אחד עם התפיסה המקובלת כיום, שלפיה חיקוק מופקע מכוננתם ההיסטורית של מנסחיו⁹⁴. רציונל זה בא לידי ביטוי בבחינת השאלות אם הסנקציה מקדמת את המטרות המסורתיות של הענישה ואם – חרף איתור תכלית חלופית ובהתקיים קשר רציונלי לסנקציה – הסנקציה בכל זאת אינה מידתית ביחס לתכלית זו⁹⁵. הדמיון בין מבחנים אלו לבין דרך הניתוח של בית המשפט בעניין *Halper* בולט. אלא שכאן, במובחן מעניין *Halper*, הבחינה נעשית לצורך סיווג הסנקציה ככלל ולא לצורך המקרה הספציפי בלבד.

אני סבורה, שבאיתור התכלית האמיתית של הסנקציה אין לכפוף את בית המשפט לכללים נוקשים. כלל הפרשנות המקלה שבחוק העונשין⁹⁶ רלוונטי בהקשר זה. הבחירה

93 בדומה, פלטר (Fletcher) מבחין בין "תאוריית המטרה" לתאוריה הנגדית, "תאוריית ההשפעה". הוא מציין כי גישת בית המשפט העליון בארצות-הברית נעה ונדה בין שתי הגישות. ראו GEORGE P. FLETCHER: THE GRAMMAR OF CRIMINAL LAW – AMERICAN, COMPERATIVE AND INTERNATIONAL, VOL. 1: FOUNDATIONS 245-247 (2007).

94 ראו דברי השופט זוסמן בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970): "דיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו. הוא מקבל צביונו מהקשר הדברים, ומכאן שיש לפרשו לפי המטרה שאותו חיקוק – הוא ולא אחר – בא לשרת". ראו גם דברי הנשיא ברק (כתוארו אז) בע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309, 330-329 (2003): "חיקוק הוא יצור החי בסביבתו החברתית. עם שינוי בתפיסות החברתיות משתנה גם מובנו של החיקוק בעיני החברה בה הוא פועל. איננו מבינים כיום חוקים, פקודות ותקנות ישנים באותו אופן בו הם הובנו בעבר. החיים נמצאים בתנועה מתמדת, ועימם המשפט. מכאן התפיסה הפרשנית – המקובלת באנגליה ובישראל – כי 'החוק מדבר תמיד' (always speaking), וכי יש ליתן לחוק פרשנות עדכנית (updating). הפרשנות היא תהליך מתחדש. ללשון הישנה יש לתת מובן מודרני, התואם את צרכי החיים המודרניים. מכאן אימרתו של פרופ' רדברוק, כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק הוא לעולם חכם מיוצרו...".

95 ראו המבחנים המנויים בעניין *Kennedy*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 168-169.

96 סעיף 34כא לחוק העונשין קובע כי "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". לכאורה ניתן היה לסבור שגישת בית המשפט האמריקני עולה בקנה אחד עם דעה זו, שכן שימוש במבחנים המנויים בעניין *Kennedy* נעשה במידה ואין הוכחה ברורה לכך שמטרת המחוקק הייתה להטיל סנקציה פלילית; משמע, כאשר ברור שזו הייתה הכוונה – שאלת הסיווג אינה עולה. ראו לעיל ה"ש 38, בעמ' 169. גם בעניין *Smith* בית המשפט בוחן את שאלת הסיווג לאחר שהוא מכריע כי כוונת המחוקק הייתה ליצור מנגנון אזרחי ולא עונשי; ראו לעיל ה"ש 38, בעמ' 92-96. עם זאת מתברר כי גישת בית המשפט אינה עולה בקנה אחד עם דעתי. רמז לכך ניתן למצוא בדברי בית המשפט בפתח הדיון בשאלת הסיווג, שם הוא מדגיש כי רק הוכחה ברורה תספיק לשם ביטול הכוונה החקיקתית וסיווג סנקציה שנועדה להיות אזרחית, כפלילית. ראו עניין *Smith*, שם, בעמ' 92. ביטוי ברור לכך נמצא בחוות דעתו

- בפירוש המקל משמעה בחירה בסיווג הסנקציה כפלילית, מקום ששתי אפשרויות הסיווג הן סבירות. זאת, לנוכח חשיבות הסיווג, כמתואר בחלק אחר של מאמר זה.
- לדעתי, יישום הרציונל שבבסיס פסקי הדין בעניין בוטח ו-Kennedy צריך להוביל למסקנה שמרשם פלילי, במתכונתו הנוכחית, הוא סנקציה פלילית. זאת, כנובע ממאפייני ההסדרים הקיימים, שמביאים לפער בין כוונת המחוקק הראשונית לבין השלכות המרשם הפלילי בפועל, כפי שהבהרתי לעיל⁹⁷. למרשם הפלילי הקיים אפקט עונשי בולט. לכן אני סבורה, שיישום המבחנים המפורטים בעניין Kennedy, בשילוב עם הרציונל של פסק הדין בעניין בוטח, חרף הבעייתיות שעליה הצבעתי, מוביל לתוצאה זו:
- רישום מידע במרשם הפלילי מערב מגבלות פוזיטיביות. לדעתי, אלו הן בעיקר המגבלות המרובות בתחום התעסוקה והרישוי. לרוב, המגבלות הללו אינן קשורות בשאלת המסוכנות העתידית של מושא הרישום. בהקשר זה אינני רואה כל הבדל בין מגבלות מסוג זה, למגבלה מסוג של שלילת רכוש. זו האחרונה נחשבה בנסיבות עניין בוטח לתוצאה בעלת אפקט עונשי⁹⁸;
 - קיים דמיון בולט בין מרשם פלילי לעונשי הביוש העתיקים, כפי שיתואר בהמשך המאמר. מכאן שיש מקום לטענה שלפיה בבחינה היסטורית, המרשם הפלילי נחשב לעונש;
 - קיים פער, כאמור, בין הכוונה החקיקתית הראשונית, שהיא מניעתית, לבין השלכות המרשם הפלילי בפועל. לפיכך, לכאורה לפחות, המרשם הפלילי מקדם, בעל כורחו, תכליות של גמול והרתעה⁹⁹;
 - מרשם פלילי נלווה, תמיד, למעשה שנחשב לעבירה;
 - אמנם ניתן לייחס למרשם הפלילי תכלית חלופית ולא עונשית, היא התכלית המניעתית. הדבר מחזיר אותנו לסוגיית הפער בין התכלית החקיקתית לבין ההשלכות בפועל, ומכאן לטענה שהמרשם הפלילי אינו מידתי ביחס לתכלית הראשונית.
- לפיכך, אני סבורה שהסיווג הנכון של המרשם הפלילי הקיים הוא כסנקציה עונשית, לכל הפחות באופן חלקי. בכך אני מסכימה עם הרציונל שבבסיס עניין בוטח, ולפיו לא התגית שהוצמדה לסנקציה מכריעה בדבר אופייה. אם כך, יש לכפוף את המרשם הפלילי לעקרונות

של השופט Souter, שהצטרף להכרעת הרוב. חוות דעתו מסתיימת במסקנה כי מדובר במקרה גבולי: קיימים אינדיקטורים לכך שההסדר עונשי, כמו גם אינדיקטורים לכך שמדובר בהסדר אזרחי. מה שמכריע את הכף עבור השופט Souter הוא חזקת החוקתיות שממנה חוקי מדינה נהנים, ככלל. על בסיס חזקה זו בלבד הוא מצטרף למסקנת הרוב. ראו שם, בעמ' 110.

97 ראו תת-פרק 4.ג.

98 ראו לעיל ה"ש 90.

99 יש לסייג מסקנה זו לאור הדיון שיערך בהמשך המאמר, בשאלה אם עונשי ביוש עונים על תכליות ענישה אלו.

המשפט הפלילי, ולהעניק לנאשם את ההגנות שהמשפט הפלילי מעניק, לפחות בחלקן. כך, למשל, מרשם פלילי צריך להיות כפוף לעקרון החוקיות, וכאשר הרישום מלווה הרשעה – יש לשקלל את השלכותיו במסגרת הטלת העונש.

אמנם, דעה זו אינה מתיישבת עם ההכרעה המשוערת של הפסיקה בעניין זה, ובפרט עם הכרעת בית המשפט בעניין *Smith*. כזכור, בית המשפט דן בסיווג של מרשם פלילי אקטיבי, בעל השלכות מרחיקות לכת ואפילו חריגות בנוף המרשם הפלילי המוכר. בית המשפט עשה שימוש במבחנים שנקבעו בעניין *Kennedy* וקבע שלא מדובר בסנקציה עונשית.

לדעתי, פסק הדין ראוי לביקורת. בקריאת נימוקי פסק הדין מתעוררת התחושה שבית המשפט היה נחוש להגיע לתוצאה מסוימת, גם אם התוצאה ההפוכה מוצדקת באותה מידה ואף יותר. ביטוי לדעה זו ניתן למצוא בהבחנה הדחוקה שבית המשפט עורך בין המאגר האקטיבי לעונשי ביוש. אמנם, בית המשפט מכיר בכך שחשיפת העבר הפלילי מביישת את העבריין בפני הציבור. עם זאת המטרה והתוצאה העיקריות הן יידוע הציבור לשם ביטחוננו, ולא השפלת העבריין. הנגישות הגבוהה לציבור חיונית לשם השגת המטרה; ההשפלה אינה יותר מאשר השלכה נגררת לרגולציה תקינה¹⁰⁰. נימוק זה אינו משכנע; הוא עומד בסתירה למבחנים שבית המשפט עצמו עושה בהם שימוש. מבחנים אלה מבקשים לאתר את התכלית האמיתית של הסנקציה, אשר עשויה להיות שונה מהתכלית החקיקתית. הנימוק של בית המשפט הוא מעגלי, מאחר שהוא חוזר לתכלית החקיקתית ומתעקש עליה, למרות שבפועל היא נבלעת באלמנטים העונשיים המובהקים של המרשם האקטיבי. בהקשר זה, אראה בהמשך כי קיים דמיון בין מרשם פלילי לעונשי הביוש העתיקים. ככל שטענה זו נכונה, קל וחומר שדמיון כזה קיים בהקשר למרשם פלילי אקטיבי. נימוק נוסף דחוק ובלתי משכנע, הוא זה שבית המשפט מספק במענה לשאלת קיומו של קשר רציונלי בין המטרה האזרחית לסנקציה. המטרה הלגיטימית שבית המשפט זיהה היא, כאמור, שמירה על שלום הציבור באמצעות אזהרתו מפני עברייני מין המהווים סיכון. לגישת בית המשפט, הסנקציה אינה מעוררת בעיה של מידתיות ביחס למטרה זו, מאחר וסכנת המועדות של עברייני מין היא גבוהה ומפחידה; העובדה שהחוק חל על עברייני המין כקבוצה, מבלי להעריך את המסוכנות האינדיווידואלית של כל עבריין, אינה הופכת את ההסדר לעונשי; נוסף על כך, משך תקופת הרישום הוא מידתי, מאחר שמחקרים מראים כי עבירות חוזרות מתבצעות לעתים לאחר תקופות ארוכות, ואף לאחר 20 שנה ממועד השחרור מבית הסוהר¹⁰¹. לדעתי, הנימוקים הללו מובילים לתוצאה הפוכה מזו שבית המשפט הגיע אליה: אם המטרה היא להזהיר את הציבור מפני עברייני מין מסוכנים, יש לזהות מבין קבוצת עברייני המין את אלו שמצויים סיכון. התייחסות קטגוריאלית אל כלל העבריינים כקבוצה אינה עולה בקנה אחד

100 ראו עניין *Smith*, לעיל ה"ש 38, בעמ' 98-99.

101 ראו שם, בעמ' 103-104.

עם תכלית אזרחית גרידא, ומשווה לסנקציה גוון עונשי מובהק¹⁰², בפרט משהחוק אינו כולל הסדר של רהביליטציה¹⁰³. נוסף על כך, תקופות הרישום הארוכות אינן מידתיות דווקא בשל הטעם שבית המשפט מפרט, והוא שעבירות חוזרות מבוצעות לעתים לאחר תקופות ארוכות. חרף הרצון הברור והמובן למנוע ולו עבירת מין בודדת, יש לשאול אם תקופה כה ממושכת של ביוש והשפלה עולה בקנה אחד עם האפשרות שעבירות נוספות תתבצענה בעוד 20 שנה. לפיכך, אני סבורה שהכרעת בית המשפט בעניין *Smith* שגויה. ייתכן שהכרעה זו ניתנה על רקע החשש הגדול ממסוכנותם של עברייני מין, שהגיע את חקיקת "חוקי מייגן". במידה ובית המשפט היה מסווג את ההסדר כעונשי, המשמעות הייתה שלא ניתן להחילו רטרואקטיבית. אני מניחה שבית המשפט ביקש להימנע מתוצאה כזו¹⁰⁴.

ד. מסקנת בניינים

הדיון שנעשה עד כה היה תיאורי בעיקר. בחנתי את התכלית המצויה של הסדרי מרשם פלילי קיימים והגעתי למסקנה שזו מניעתית. להשערת, בתי המשפט יגיעו למסקנה זהה במידה והשאלה תובא לפתחם. עם זאת בבחינת ההשלכות של ההסדרים הקיימים בפועל, הראיתי שאלה חורגות באופן ממשי מכוונת המחוקק הראשונית. על רקע זה, כמו גם על רקע השערת לעניין האופן שבו בתי המשפט יסווגו מרשם פלילי, עלה הצורך לבחון מחדש את שאלת הסיווג. הדיון בסיווג המחודש נשען, אמנם, על כלים המצויים בדיון הקיים. עם זאת המסקנה היא ביקורתית ונורמטיבית, באשר היא שונה מהפסיקה הקיימת. כאמור, מסקנתי היא שיש לסווג את המרשם הפלילי הקיים כסנקציה עונשית. מכאן מתעוררת שאלה נורמטיבית נוספת: אם ראוי שמרשם פלילי ישמש כעונש. במידה והתשובה לשאלה זו היא בחיוב, המשמעות היא שהביקורת שלי מצטמצמת לשאלת הסיווג של הסדרי מרשם פלילי קיימים. כלומר, הפער בין כוונת המחוקק הראשונית לבין השלכות המרשם הפלילי בפועל

102 מסקנה זו מקבלת משנה חיזוק על רקע נסיבותיו של העותר הראשון בעניין *Smith*: עותר זה הורשע בתקיפה מינית של קטין תשע שנים לפני חקיקת החוק. מהלך חייו לאחר השחרור מהמאסר מצביע באופן בולט על תהליך מוצלח של שיקום, הכולל נישואין, הקמת עסק, חידוש הקשר עם משפחתו ואף קבלת משמורת על בתו הקטינה. ראו חוות דעתו החולקת של השופט Ginsburg, שם, בעמ' 117.

103 משמע, עברייני מין רשום אינו יכול לקצר את תקופת הרישום ומתן ההודעה לציבור, אף אם יוכיח באופן ברור כי שוקם. ראו שם.

104 על הרקע לחקיקת חוקי מייגן ראו, בין השאר: David A. Singleton, *Exploring Alternatives to the Incarceration Crisis: Article: Panel: Issues Surrounding Punishment of Sex Offenders: Sex Offender Residency Statutes and the Culture of Fear: The Case for More Meaningful Rational Basis Review of Fear-Driven Public Safety Laws*, 3 U. ST. THOMAS L.J. 600, 605-606 (2006); Lara Geer Farley, *The Adam Walsh Act: The Scarlet Letter of the Twenty-First Century*, 47 WASHBURN L.J. 471, 475, 480-485 (2008).

מעורר בעיה; הפתרון לבעיה זו הוא בסיווג המרשם הפלילי כסנקציה עונשית, שמשמעו הכרה באפקטים העונשיים של מרשם פלילי והכפפתו לעקרונות המשפט הפלילי. לעומת זאת במידה והתשובה שלילית, המשמעות היא שסיווג המרשם הפלילי כסנקציה עונשית אינו הפתרון, שכן אם אין זה ראוי מלכתחילה שמרשם פלילי ישמש כעונש, ממילא סיווגו בדיעבד כעונש לא יסייע. מכאן, שתשובה שלילית מחייבת עיצוב מחדש של הסדרי המרשם הפלילי, כך שיענו על תכלית מניעתית-אזרחית בלבד. שאלה נורמטיבית זו בהקשר של עונש המאסר אינה טעונה דיון במסגרת המאמר הנוכחי¹⁰⁵, אלא שהדיון בתכלית הראויה של מרשם פלילי מעלה קושי משותף למרשם פלילי ולעונשי מאסר מידיים פרטיות, על רקע הדמיון בין מרשם פלילי לעונשי ביוש. אפנה עתה אפוא לדיון בשאלה הנורמטיבית שהוצגה.

5. מרשם פלילי: התכלית הראויה

א. מבוא: הדמיון בין מרשם פלילי לעונשי ביוש

בחינת תכליתו הראויה של מרשם פלילי מחייבת בדיקת השאלה אם עונשי ביוש הם צורת ענישה ראויה וטובה. לטענתי, עצם הרישום במאגר המרשם הפלילי, ובפרט חשיפת מידע מן המרשם הפלילי, זהים בתוצאותיהם להטלת עונש מבייש. אפתח בהבהרת טענה זו. מידע אודות עבר פלילי אינו מידע מחמיא. עצם הרישום של עבר פלילי בכלל, וחשיפת מידע כזה בפני גורמים שונים בפרט, מובילים, מטבע הדברים, לתחושת אי-נוחות, בושה ומבוכה אצל מושא המידע¹⁰⁶. כך למשל כשמדובר בפרט אשר מבקש להתקבל לעבודה בתחום מסוים: כאשר הפרט יודע שהמעסיקים הפוטנציאליים מקבלים לידיהם עותק

105 ראו לעיל ה"ש 27.

106 שאלה נוספת ונבדלת נוגעת לקשר בין מרשם פלילי לבין הזכות לפרטיות. השאלה היא אם רישום מידע במרשם פלילי וחשיפתו פוגעים בזכות לפרטיות. כאמור, זוהי שאלה נבדלת מזו שנדונה במסגרת מאמר זה, מאחר שמסקנה שלפיה לרישום הפלילי אפקט עונשי מודגש אינה מחויבת כתנאי הכרחי, ואף אינה תנאי מספיק, כבסיס למסקנה שלפיה מרשם פלילי פוגע בזכות לפרטיות; ולהפך. כלומר, תוצאת הדיון בשתי השאלות אינה חייבת להיות זהה: ייתכן הסדר של מרשם פלילי שאמנם פוגע בזכות לפרטיות, אך אינו בעל אפקט עונשי מודגש. אף על פי כן, קיים קשר בין שתי השאלות. ראשית, חשיפה מוגברת של מידע מן המרשם הפלילי, כזו אשר תתגלה כפוגעת באופן בלתי מידתי בזכות לפרטיות, גם מחזקת את הדמיון בין רישום פלילי לבין עונשי ביוש, שעליו אצביע להלן. שנית, דיון בשאלת הקשר עם הזכות לפרטיות מתחייב על מנת לשמש בסיס לעיצוב מודל ראוי של מרשם פלילי, כנובע מהמסקנה הנורמטיבית של מאמר זה. עם זאת דיון זה חורג מגבולות המאמר והוא אינו נדרש לשם ביסוס המסקנה הנורמטיבית הנוגעת לתכליתו הראויה של מרשם פלילי.

מהמידע המצוי אודותיו במאגר המרשם הפלילי, הדבר בוודאי גורם לתחושת אי-נוחות. דוגמה חריפה יותר היא כאשר מאגר המידע הוא פומבי, או נמצא על גבי רשת האינטרנט – הפרט יודע שמי ממכריו שיתעניין, יוכל לגלות שיש לו עבר פלילי. בהקשר זה ניתן להעלות על הדעת מכרים מסוגים שונים: חברים, שכנים, עמיתים לעבודה, הגנן/ת או מורה של ילדיו של הפרט, ההורים של חברי ילדיו – וכיוצ"ב דוגמאות. יש בכך כדי לגרום לתחושה לא נעימה, בושה ואי-נוחות אצל הפרט מושא הרישום. נוסף על כך, רישום פלילי גורר מגבלות רבות בתחום התעסוקה, בין השאר כפועל יוצא מכך שמעסיקים מעדיפים שלא להעסיק בעלי עבר פלילי¹⁰⁷; זהו למעשה נידוי. הטענה הכללית בהקשר זה היא שהפצת מידע אודות רישום פלילי מובילה ליצירת מעמד נמוך, קבוצה נפרדת ומנודה של פרטים המתויגים כעבריינים¹⁰⁸.

תיאור התחושה הנוצרת אצל הפרט שמידע אודות עברו הפלילי מופץ לגורמים שונים, אינו שונה מהתוצאה שעונשי ביוש מכוונים אליה. אמנם, מלומדים תיארו את עונשי הביוש בדרכים מגוונות; עם זאת אין חולק על המהות הבסיסית: העיקר בעונשי ביוש הוא פרסום דבר העבירה ברבים, באופן שנועד לחזק את הנורמות החברתיות השולטות, ומגנות את התנהגות הפרט המבויש. התוצאה היא גרימת אי-נוחות רגשית למבויש¹⁰⁹. אמנם, פרסום דבר העבירה ברבים עלול ללוות גם את צורות הענישה המסורתיות, כגון מאסר וקנס. עדיין, כאשר מדובר בעונשים המסורתיים, הפרסום הוא תוצאה פוטנציאלית, במובחן מעונשי ביוש, שמטרתם המוצהרת והעיקרית היא הפצת המידע¹¹⁰. כך גם לעניין הבאת המבויש

107 ראו למשל המגבלות בישראל, לעיל ה"ש 29 והטקסט לידה. על מגבלות בארצות-הברית ראו Elena Saxsonhouse, *Unequal Protection*: ; בעמ' 536, Archer & Williams, לעיל ה"ש 41, *Comparing Former Felons' Challenges to Disenfranchisement and Employment Discrimination*, 56 STAN. L. REV. 1597, 1612-1613 (2004). על ההעדפה של מעסיקים להעסיק את מי שאינו בעל עבר פלילי ראו Jocelyn Simonson, *Rethinking "Rational Discrimination" Against Ex-Offenders*, 13 GEO. J. POVERTY LAW & POL'Y 283, 283-284 (2006).

108 ראו טענה זו בהקשר של שלילת זכות ההצבעה ממורשעים: George P. Fletcher, *Symposium: Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia*, 46 UCLA L. REV. 1895, 1897-1898, 1906-1907 (1999); Nora V. Demleitner, *Continuing Payment on One's Debt to Society: The German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative*, 84 MINN. L. REV. 753, 775 (2000).

109 ראו *Note, Shame, Stigma, and Crime: Evaluating the Efficacy of Shaming Sanctions in Criminal Law*, 116 HARV. L. REV. 2186, 2187 (2003).

110 ראו Alon Harel & Alon Klement, *The Economics of Shame: Why More Shaming may Deter Less*, Discussion Paper no. 401, Center for the Study of Rationality, The Hebrew University of Jerusalem, 3-4 n. 10 (2005), available at ratio.huji.ac.il/dp_files/dp401.pdf.

לידי מבוכה, שהיא מטרה עיקרית נוספת של עונשי ביוש, אולם עשויה להיות תוצאה של כל עונש; בהקשר של עונשים שאינם עונשי ביוש המבוכה היא תוצאת לוואי, ויש שיאמרו אף בלתי רצויה¹¹¹.

עונשי ביוש הם אפוא צורת ענישה פרטית. המדינה מבצעת את הקביעה העובדתית בדבר אחריותו הפלילית של הפרט העומד לדין, ומפיצה את המידע אודות ההחלטה. האזרחים מוזמנים להעניש את אותו פרט באמצעות הטבעת סטיגמה עליו¹¹². המונח "סטיגמה" לענייננו, מתאר תווית שלילית המוטבעת בתדמית החברתית של הפרט, ומשמשת, בין השאר, כמכשיר לפיקוח חברתי¹¹³. עונשי ביוש הם התוצאה של הטבעת הסטיגמה¹¹⁴.

אלמנט נוסף שנזכר בהקשר של עונשי ביוש הוא ההשפלה והפחתת המעמד של הפרט המבוש, פועל יוצא של העברת מסר לציבור שלפיו הפרט הוא טיפוס שלילי¹¹⁵. סממן זה הוא מאפיין של הפצת מידע מן המרשם הפלילי גם כן, כפי שנטען לעיל.

מהאמור לעיל עולה אפוא שהפצת מידע מן המרשם הפלילי דומה לעונש מבייש, בכך ששני הדברים מובילים לתוצאה של גרימת מבוכה ואי־נוחות למושא הרישום, ואף להפחתת מעמדו ולהשפלתו. לדעת, אין הבדל בין הטבעת "סטיגמה" במסגרת עונש מבייש לבין רישום העבר הפלילי במאגר מידע וחשיפתו. בשני המקרים מדובר בהטבעת תווית שלילית (היינו, הרישום), הנחשפת בפני חלקים מהציבור. מכאן שביורור התכלית הראויה של מרשם פלילי קשור בקשר הדוק עם בחינתם של עונשי ביוש.

כמובן שעונשי הביוש נועדו להשיג תכלית עונשית. מכאן, שאם יתברר כי עונשי ביוש אינם משיגים את תכליות הענישה המסורתיות, וכי השימוש בצורת ענישה זו אינו ראוי – קל וחומר שאין לבסס הסדרים של מרשם פלילי על תכלית עונשית.

Toni M. Massaro, *Shame, Culture, and American Criminal Law*, 89 MICH. L. REV. 111
1880, 1886 (1991).

Alon Harel, *Symposium: Punishment, Morality, and the State: Why Only the State May
Inflict Criminal Sanctions: The Argument From Moral Burdens*, 28 CARDOZO. L. REV.
2629, 2634 (2007).

ראו שלמה גיורא שוהם, משה אדד וגיורא רהב קרימינולוגיה 452 (מהדורה חמישית, 2004).
ראו הראל, לעיל ה"ש 112, שם.

Dan Markel, *Are Shaming Punishments Beautifully Retributive? Retributivism and
the Implications for the Alternative Sanctions Debate*, 54 VAND. L. REV. 2157, 2162-
2163 (2001). ראו גם את האופן שבו קהאן (Kahan) מתאר את עונשי הביוש המודרניים
מהסוג שהוא מכנה "פרסום סטיגמטי". "פרסום סטיגמטי" מבקש להעצים את ההשפלה
הנלווית גם כך להרשעה פלילית, באמצעות הפצת המידע אודות מעמדו של המבוש לקהל
רחב יותר; Dan M. Kahan, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591,
631-632 (1996).

בחינת עונשי הביוש תיעשה תחילה על רקע דוגמאות לעונשים מסוג זה לאורך ההיסטוריה.

(1) עונשי ביוש: דוגמאות מן העבר

בחינת עונשי הביוש העתיקים מראה כי עונשים מסוג זה שימשו לרוב כנגד חלשים ונרדפים (ובכלל זה נשים ובני מיעוטים). בכך יש כדי להאפיל, מלכתחילה, על כל הצדקה לשימוש בצורת ענישה זו. להמחשת טענה זו, להלן מספר דוגמאות:

– בפרשת "סוטה"¹¹⁶ מתואר טקס משפיל שאותו צריכה לעבור אישה שנחשדה בניאוף, על מנת להפריך את החשד. האישה מצווה לשתות מים שבתוכם עפר וכן דיו שמחה הכהן מן המגילה. ככלל, שתיית המים הללו אינה אמורה לגרום לנזק של ממש לאישה, אלא אם כן באמת נטמעה, שאז תתגלה אשמתה באמצעות התערבות אלוהית¹¹⁷. טקס זה מטופל במשנה ובתלמוד ב"מסכת סוטה", והאופן שבו הוא מתואר שם שונה בפרטים רבים מהטקס המקראי; בין השאר, נוספו לו פעולות של ביזוי האישה מול קהל המשתתפים הכוללות את הפשטת האישה וסתירת שער¹¹⁸. לדעת רוזן-צבי, קיבוץ מחוות הביזוי כפי שנעשה במסכת זו, יוצר אירוע יוצא דופן בספרות חז"ל, שכן ככלל הענישה החז"לית אינה מבוססת על השפלה וביזוי¹¹⁹. מסקנתו של רוזן-צבי היא שהאופן האלים שבו מתואר הטקס במשנה אינו אלא ניסיון דמיוני להשיג שליטה מוחלטת על נשים. בסופו של דבר, המשנה מבקשת לטפל בעניין כולל הנוגע למין

116 במדבר ה' 31-11.

117 ראו אלחנן סמט "פרשת נשא – פרשת סוטה, במדבר ה' יא-לא" עיונים בפרשות השבוע (סדרה שנייה, 2004) daat.ac.il/daat/tanach/samet2/17-2.htm.

סמט מסביר כי ב"קריאה פשוטה" עוסקת הפרשה בטקס משפיל אשר נכפה על האישה מבלי ששואלים את רצונה, על רקע חשדו של הבעל ו"רוח קנאה" שעברה עליו. עם זאת התפיסה ההלכתית של הפרשה כפי שהיא מעוצבת במשנה, בתלמוד ובהלכה הפסוקה, היא שונה במידה רבה. תפיסת חז"ל היא, שנענים לדרישת הבעל רק כאשר היא באה על רקע משפטי מוגדר ולא מפאת גחמה פרטית שלו. יתר על כן, הבדיקה חייבת להתרחש כפועל יוצא של רצונם המשותף של בני הזוג – משמע אין מדובר בכפיית הבדיקה על האישה כנגד רצונה. עוד יוער כי לא מדובר ב"עונש" על מעשה הניאוף, שכן זה יכול להינתן על ידי בית הדין בלבד. ראו שם.

118 ראו ישי רוזן-צבי הטקס שלא היה – מקדש, מדרש ומגדר במסכת סוטה 1, 69-102 (2008). לדעת רוזן-צבי, בניגוד לאמור לעיל בה"ש 117, זהו אינו טקס בדיקה במתכונת אלוהית, כפי שהניחו רוב הפרשנים, אלא טקס ענישה. ראו שם, בעמ' 3.

119 שם, בעמ' 102.

- הנשי: סכנות הנשים ופיתוייהן. הטקס מבטל איום זה, והופך את האישה לנשלטת ומעוקרת מסכנה¹²⁰.
- עונש המלקות הקדום הוא דוגמה נוספת לטקס מבייש, והוא נזכר בספר דברים¹²¹. לפי חז"ל, עונש המלקות מוטל על כל "לא תעשה" שבתורה, לפי ארבע קבוצות, ובסך הכל מדובר על מאתיים ושבעה חייבי מלקות. רוב עונשי המלקות מוטלים בגין עבירות שונות מתחום האיסור וההיתר, כגון גילוי עריות ודיני טומאה וטהרה^{122,123}. כאמור, גם עונש המלקות נועד לבזות, אך בשונה מהטקס המתואר במסכת סוטה, עונש המלקות אינו מבוצע מול קהל¹²⁴.
- ברומא של העת העתיקה (הכוונה היא לתקופה שבין שנת 200 לפנה"ס הנוצרית, לשנת 200 שאחרי הספירה), הביגוד נועד לציין את ההיררכיה החברתית והמוסרית. ביגוד של נשים, בפרט, נועד לסמל את המעמד ואת מידת המוסריות של האישה; משמע, זהות החברתית הייתה מגולמת בתוך הבגד ומזוהה עמו. נשים נשואות נהגו ללבוש בגד שכונה "Stola". בגד זה היה סימן לכך שאותה אישה הייתה נשואה על פי חוק, ולכן היה סמל לכבוד ודרך להבחין בין הנשים על בסיס של מעמד חברתי ומיני¹²⁵. לעומת זאת נשים שעסקו בזנות, ונשים שבגדו בבעליהן, לבשו בגד שונה – הטוגה ("Toga"). באמצעות הטוגה, נשים אלו זוהו בקלות ככאלה אשר דחו את הקוד המוסרי שמגולם ב-Stola¹²⁶. אישה שלבשה טוגה הייתה חשופה להצקות¹²⁷. הבחנה זו באמצעות הביגוד

120 שם, בעמ' 227-236.

121 דברים כה 2.

122 ראו בזק, לעיל ה"ש 43, בעמ' 108-109.

123 לצד הדוגמאות שהובאו מההלכה היהודית חשוב לציין את גישת היהדות, ככלל, בנוגע לביוש ושמירה על הכבוד. במשפט העברי קיים איסור חמור להלבין את פניו של אדם, וחכמים תיקנו תקנות רבות שנועדו למנוע בושת פנים מן הבריות. ראו אביעד הכהן "האיסור לבייש אדם וחובת השמירה על כבודו – הוציאו כל איש מעלי!" 273 פרשת השבוע – פרשת ויגש (2007) daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/273-2.htm. בזק מציין כי גם בפסוקים המתארים את עונש המלקות ניכרת המגמה למתינות והומניות בענישה, המתבטאת בקביעת שיעור מקסימלי נמוך יחסית לעונש המלקות. כמו כן, לפני ההלקאה צריך לבדוק את מצבו של הנלקה על מנת לאמוד בכמה מלקות יוכל לעמוד, ואין מלקים אותו למעלה מכך. ראו בזק, לעיל ה"ש 43, בעמ' 108. עדיין, הביזוי הוא מטרה רצויה של עונש המלקות, ראו להלן ה"ש 124 והטקסט לידה.

124 ראו ספרו של רוזן-צבי, לעיל ה"ש 118, בעמ' 72-73.

125 ראו Kelly Olson, *Matrona and Whore – Clothing and Definition in Roman Antiquity*, in PROSTITUTES AND COURTESANS IN THE ANCIENT WORLD 186, 189, 199 (Christopher A. Faraone & Laura K. McClure eds., 2006).

126 שם, בעמ' 192-193. יצוין כי אין עדות ספציפית לכך שנשים אלה חויבו ללבוש את הטוגה, אולם קיימים רמזים לכך. שם, בעמ' 194, 198. יוער כי ללבוש הגברי (אשר כאמור היה סמל

- משתלבת עם ההתייחסות המסורתית לנשים שעסקו בזנות באותה תקופה. נשים אלו תוארו תוך שימוש במונחים של השפלה חברתית ובושה מינית. הן נחשבו לנחותות מעמד, במובחן מהנשים המכובדות¹²⁸, ונתפסו כטמאות בעיני הנצרות¹²⁹.
- באירופה נהגו לחייב עניים לענווד סימן מזהה, החל מהמאה ה-14. דוגמה ידועה לשמצה בהקשר זה היא חוק אנגלי משנת 1697, שחייב את כל העניים אשר קיבלו קצבת רווחה מהקהילה לשאת על בגדם תג כחול או אדום, באופן בולט. מי שסרב לענווד את התג הסתכן באיבוד הקצבה, או בענישה באמצעות מלקות ועבודת פרך. גם הנשים והילדים של מקבלי הקצבות חויבו בענידת התג, מה שהעיד על תפיסת החוק שלפיה עוני הוא תכונה שעוברת בתורשה. הרקע לחקיקת החוק הוא חשש מפני עלייה דרמטית בעלות הקצבות. מטרת החוק הייתה להרתיע מבקשי קצבות פוטנציאליים, באמצעות הפיכת החיים בקהילה לחוויה משפילה¹³⁰.
- דוגמה נוספת לעונש מבזה היא מסגרת מתכתית, ספק-רסן ספק-מסכה (להלן: "הרסן"). עונש זה היה בשימוש באנגליה ובסקוטלנד בין המאה ה-16 למאה ה-19 לערך, וההנחה היא כי מקורו קונטיננטלי. הרסן נועד בעיקר לענישת נשים אשר דיברו את דעתן. התחצפו או הלכו רכיל. נשים אלו הוכרחו לחבוש את הרסן, וכך הן הובלו ברחובות העיר, כמושא של ביזוי והשפלה. יצוין עוד כי אחד מרכיבי הרסן היה מונח בתוך הפה כשהוא מחודד או קוצני, כך שכל ניסיון דיבור גרם לסבל ממשי¹³¹.
- עונשי ביוש היו נהוגים בארצות-הברית בתקופה שקדמה למלחמת האזרחים. באותם זמנים הדת מילאה תפקיד בעל השפעה בחיי היום יום, ובמקביל אכיפת החוק לא הייתה מאורגנת ומאוישת דיה. על רקע זה, השפלה פומבית הייתה האמצעי העיקרי ללוחמה

למעמד חברתי גם כן) היה בסיס חוקי. ראו שם, בעמ' 195. ייתכן שהיה מדובר במערכת לא פורמלית של כללים אשר הייתה מקובלת. ראו שם, בעמ' 200. כך או אחרת, ההנחה היא שבתקופה מסוימת נשים שעסקו בזנות אכן לבשו את הטוגה, במובחן מנשים אחרות. ראו שם, בעמ' 196.

127 שם, בעמ' 197.

128 ראו Thomas McGinn, *Zoning Shame in the Roman City*, in PROSTITUTES AND COURTESANS IN THE ANCIENT WORLD 161, 169 (Christopher A. Faraone & Laura K. McClure eds., 2006).

129 שם, בעמ' 171.

130 ראו Steve Hindle, *Dependency, Shame and Belonging: Badging the Deserving Poor*, c. 1550-1750, 1 CULTURAL AND SOCIAL HISTORY 6, 8-13 (2004). בתקופה מוקדמת יותר, התגים שעניים ענדו נחשבו לסמל של כבוד, אישור על כך שאותם עניים הוכרו על ידי הרשויות כזכאים לסיוע. המעבר מתפיסה זו של תיוג עניים כאישור, לתיוג כסמל של בושה ומיאוס, החל בסוף המאה ה-16, ושיאו הסימבולי בחוק משנת 1697. ראו שם, בעמ' 11-19.

131 ראו WILLIAM ANDREWS, F.R.H.S., OLD-TIME PUNISHMENTS 38-64 (1970).

בהפרות חוק, מוסר ודת¹³². הענישה הפומבית לבשה צורות מגוונות, ובין השאר צריבת האות הראשונה של העבירה על פני העבריין שתוצאתה, מלבד ההשפלה, הייתה גם מניעת אפשרויות תעסוקה¹³³. תיוג כאמור היה קבוע, והוביל למעשה לסילוקו של העבריין מהקהילה, גם אם לא במובן הפיזי. צורת ענישה אחרת הייתה תיוג זמני: העבריינים עטו על עצמם סימנים או ראשי תיבות. המטרה הייתה אמנם לבייש, אולם באופן רה-אינטגרטיבי; סיום תקופת התיוג סימל את נכונות הקהילה לקבל את העבריין בחזרה לחיקה¹³⁴. דוגמה נוספת היא עמוד הקלון: העבריינים נשלחו אליו לעתים כאשר בצק או כרוב על ראשם, או סימנים אחרים המסמלים את העבירה שביצעו. המטרה הייתה לעורר תחושת השפלה. ממד נוסף של השפלה הגיע מצד קהל הצופים, אשר נתן ביטוי לגינויו באמצעות זריקת ביצים מעופשות, ירקות רקובים ואף אבנים לעבר העבריין¹³⁵. יש לציין עוד כי לתיוג הקבוע יוחסה מטרה נוספת: מניעת העבריין מביצוע עבירות נוספות, באמצעות אוזרת קרבנות עתידיים מפני נטיותיו או באמצעות נטרולן¹³⁶.

— כידוע, "הטלאי הצהוב" היה אות קלון שהיהודים נאלצו לשאת בתקופת השלטון הנאצי על מנת לאפשר את זיהוים. זו הייתה אחת הגזירות המשפילות והמטרידות, אשר אפשרה לגרמנים להבחין ביהודים באופן מיידי. מי ששכח לענוד את הטלאי בצאתו לרחוב היה צפוי לעונשי קנס ומאסר. ה"טלאי הצהוב" לא היה אות הקלון הראשון; גם בתקופות אחרות יהודים נאלצו לשאת סימון מיוחד, באמצעות לבוש ופריטי לבוש שונים בצורתם או צבעם מהמקובל, על מנת להפריד את היהודים משאר האוכלוסייה ולהשפילם¹³⁷.

- Ryan J. Huschka, *Comment: Sorry for the Jackass Sentence: A Critical Analysis of the Constitutionality of Contemporary Shaming Punishments*, 54 KAN. L. REV. 803, 806 (2006). ראו גם Scott E. Sanders, *Note: Scarlet Letters, Bilboes and Cable TV: Are Shame Punishments Cruel and Outdated or Are They a Viable Option for American Jurisprudence?*, 37 WASHBURN L.J. 359, 361 (1998).
- Mark Spatz, *Comment: Shame's Revival: An Unconstitutional Regression*, 4 U.PA. J. CONST. L. 827, 831 (2002).
- 132 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1913, וכן ראו Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2168.
- 133 ראו Massaro, שם, בעמ' 1914, וכן Spatz, לעיל ה"ש 133, בעמ' 831-832.
- 136 ראו Massaro, שם, בעמ' 1913, וכן ראו Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2168.
- 137 ראו יד ושם, רשות הזיכרון לשואה ולגבורה, מרכז המידע אודות השואה, "אות קלון" www.l.yadvashem.org/odot_pdf/Microsoft%20Word%20-%205334.pdf

(2) עונשי ביוש: לקחים מן העבר

רישום אנשים במאגר המרשם הפלילי הוא שווה ערך לתג שהוטבע בהם, ומבדיל בינם לבין האזרחים "שומרי החוק" או אף "ההגונים". מלכתחילה, וככל שמידת החשיפה של התג גוברת, מתעוררת ההשוואה הבלתי נמנעת בין הרישום הפלילי לתגים מביישים מן העבר; כאלו שנשים, עניים ויהודים הוכרחו לענווד. התגים ההיסטוריים נועדו להשפיל ולבזות את העונדים אותם בפני שאר העולם ולהפריד אותם ממנו. הם היו סמל למעמד נחות ערך ונחות זכויות ביחס לשאר האוכלוסיה, וכווננו לאוכלוסיות חלשות ונרדפות. זוהי קונוטציה שלילית וקשה, של תקופות חשוכות בהיסטוריה האנושית. לדעתי, זוהי נקודת המוצא לבחינת תכליתו הראויה של מרשם פלילי: יש לצמצם ככל שניתן (ואף להעלים כליל) כל דמיון בין מרשם פלילי לתגים המביישים מן העבר. אין זה ראוי שמרשם פלילי יעורר קונוטציה של מעמדות ואוכלוסיות נרדפות; אין זה ראוי שמרשם פלילי יהווה בסיס להשפלה ולנידוי¹³⁸. אכן, אחד ההסברים שניתנו לדעיכת השימוש בעונשי ביוש בארצות-

138 זוהי גם מסקנתו של קהאן במאמרו: Dan M. Kahan, *Symposium: Punishment Law and Policy: IV. Modern Crime Control Mechanisms: What's Really Wrong With Shaming* (2006) 84 *TEX. L. REV.* 2075. קהאן סבור שעונשי ביוש מבטאים ערכים של ריבוד חברתי וקונפורמיות כפויה כנובע, בין השאר, מההקשר ההיסטורי של העונשים הללו. ראו שם, בעמ' 2087-2088. בכך קהאן חוזר בו מהתמיכה שהביע בעונשי ביוש, במאמרו, לעיל ה"ש 115. עמדתו שם הייתה שעונשי ביוש אינם מבטאים הייררכיה שקרית והם נטולי הקשרים היסטוריים. לגישתו, הסיבה הייתה ששימוש בעונשים הללו נעשה בעבירות המבוצעות על ידי פרטים מרקע מגוון (גזעי וכלכלי), ולפיכך אין הרבה מקום להנחה ששימוש בעונשי ביוש ינציח חוסר שוויון. ראו שם, בעמ' 647-649. ראו גם התייחסותו של בית המשפט העליון לעונשם של מי שביצעו עבירות אשר כוללות אלמנטים של ביזוי בע"פ 2583/06 עמר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2006) בפס' 5: "העונש שגזר בית המשפט המחוזי על המערער מבטא גם את הביזוי שביזה את המתלונן, את ההשפלה שביקש להשפילו. גזירת כיפתו של המערער ולאחר מכן פאותיו, כשהמתלונן מיוחד וחסר אונים למעשה, מוסיפות חומרה יתרה לאירוע. טרונייתה של הסנגורית על כך שבית המשפט המחוזי ראה את האירוע בחומרה על רקע ההקשר האסוציאטיבי שלו ליתקופות אפלות בהיסטוריה של עם ישראל הינה, לכל הפחות, מתמיהה. חומרת המעשה אינה נגזרת מזהותו הדתית או הלאומית של השופט, כפי שנעשה ניסיון לרמוז או לטעון. מעשה זה שבאופן בלתי נמנע אכן מעלה זכרם של ימים אפלים לעמנו ולאנושות כולה צריך לגרום זעזוע עמוק לכל שופט באשר הוא. הזעזוע ושאת הנפש שהוא מעורר אינם שמורים ליהודים בלבד, אלא הם נחלתו של כל מי שערך כבוד האדם והחובות ההומאניות האחרות יקרים לו. גזירת הפאות נועדה להלך אימים על המתלונן, לפגוע בו, לביישו ולבזותו ובביצועו אין המערער חולק אשמה עם המעורבים האחרים" (ההדגשה שלי – ר' ק'). ראו גם דברי בית המשפט בע"פ 6269/99 כהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 496, 509-510 (2001): "דעתי היא כי אין מקום להתערב בעונש שנגזר אשר נקבע על-ידי בית-המשפט המחוזי לאחר שיקול זהיר, מאוזן ומורכב של מכלול השיקולים הצריכים לעניין. העבירות שנעברו על-ידי המערער הן קשות וחמורות. הן כורכות

הברית בסוף המאה ה-18 ותחילת המאה ה-19 נוגע לשינוי תפיסה פוליטי: הדאגה הגוברת להומניטריות ושוויון גרמה לנטישת אלמנטים המסמלים הייררכיה חברתית, ועונשי ביוש נתפסו כשווי ערך לעבדות, ולכן מנוגדים לכבוד האדם¹³⁹. בראייה היסטורית, יש לפצל הסבר זה לשניים. כרונולוגית, הטיעון נגד עונשי הביוש כנגזרת של הטיעון הכולל בדבר ביטול המעמדות שייך לאמצע המאה ה-18 ואילך. הטלת עונשי ביוש סימלה, כאמור, את שלילת מעמדו של המבוש בהייררכיה החברתית. מכאן שההתקפה על עונשי ביוש הייתה חלק מהמאבק הכולל לביטול המעמדות. ביטוי למאבק זה ניתן למצוא בטענה שלפיה ענישה צריכה לשקף את מה שנתפס על ידי החברה כערך עליון: בחברה שבה חירות נתפסת כך, ענישה ראויה היא שלילת החירות. אשר על כן, עונשים שמשמעותם ביטול המעמד מתאימים לחברה שתופסת את המעמד כערך עליון¹⁴⁰. טיעון המעמדות לא הביא בסופו של דבר לדעיכה המוחלטת של צורת ענישה זו, אלא תפיסה רחבה ומעורפלת יותר של כבוד האדם. לפי תפיסה זו, השפלה פומבית של העבריין היא ברוטלית, לא מכובדת ומעוררת יצרים חיתיים. תפיסה זו אפוא ראתה את הבעיה כדו-כיוונית: הברוטליות והתעוררות היצרים החיתיים מצד הקהל, ובר-זמנית – ביזוי העבריין כנובע מהצגתו בפני הציבור, עד כדי הורדתו לדרגת תת-אדם¹⁴¹.

עמן ניצול כוחני, אלים ובוטה של הזולת תוך פגיעה חמורה וביזוי כבודה של המתלוננת כאדם וכאישה. בעובדה כי המתלוננת עסקה בזנות קודם לפגישתה עם המערער אין כדי לרכך את חומרת מעשיו כלפיה. גם אישה כדוגמתה ראויה להגנה מלאה על כבודה ועל צנעת גופה, ועיסוקיה – יהיו אשר יהיו – אינם גורעים כהוא זה מזכותה לשמור על צלם האדם, והחברה מצווה להגן עליה לכל ייהפכו גופה ונפשה הפקר" (ההדגשה שלי – ר' ק').

139 ראו Huschka, לעיל ה"ש 132, בעמ' 809, וכן Sanders, לעיל ה"ש 132, בעמ' 365-366. הסבר נוסף לדעיכה נוגע להתפרקות הקהילות הקטנות והמבודדות, התגברות הנדידה בין הקהילות (נוסף על הגעת מהגרים מבחוץ) והעובדה שפשעים בוצעו באופן הולך וגובר על ידי זרים. תפיסת ההשפלה כאפקטיבית פחתה, בפרט כשהעבריין המושפל אינו מוכר לחברי הקהילה. נוסף על כך, היו שסברו כי עונשי ביוש עודדו תחושות של טינה כלפי הקהילה ולא תרמו להפקת לקחים המנביעה רצון לחזור חזרה לחיק הקהילה. ראו Sanders, שם, בעמ' 365, וכן ראו Huschka, שם, בעמ' 808-809.

140 ראו: James Q. Whitman, *What is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?* 107 *YALE L.J.* (1998) 1055, 1070-1071.

141 תפיסה זו רווחה בקרב הרפורמיסטים של התקופה הוויקטוריאנית. ראו שם, בעמ' 1072-1079. גורם נוסף לדעיכת עונשי הביוש הוא תמיכה גוברת בשיקום כמטרת ענישה, באמצעות שליחת עבדיניים למאסר. עד אמצע המאה ה-19 בית הסוהר הפך לצורת הענישה המובילה, והוא נתפס גם כהומניטרי יותר מאשר עונשי ביוש. ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1829; Sanders, לעיל ה"ש 132, בעמ' 366; Huschka, לעיל ה"ש 132, בעמ' 809. גם באירופה השימוש בעונשי ביוש דעך באותה התקופה. בין ההתפתחויות שהביאו לדעיכה יש לציין את עליית מדינות הלאום; במאות ה-17 וה-18, השימוש בהשפלה פומבית נועד לסייע בשימור סמכויות השלטון שטרם הוכרו כדבר מובן מאליו, שכן ענישה זו נתפסה כקשה במיוחד. עם

אם כן עונשי ביוש נושאים מטען היסטורי מכביד, אשר צריך לשמש, לדעתי, נורת אזהרה מפני קווי דמיון מתבקשים ביניהם לבין מרשם פלילי. למרות זאת בתי המשפט בארצות-הברית החלו לחזור ולעשות שימוש בעונשים מביישים החל משנות ה-80 של המאה הקודמת¹⁴². השימוש המודרני בעונשי ביוש מעורר תהייה: האם חרף הקונוטציות ההיסטוריות הקשות של עונשי ביוש, הם עונים על תכליות הענישה? לדעתי, רק מסקנה שלפיה עונשי ביוש משיגים את תכליות הענישה המסורתיות באופן מובהק וחסר תחליף יכולה לשמש הצדקה לשימוש בצורת ענישה זו, חרף הקושי שהוצג; ובמידה שמסקנה כזו אכן מבוססת, ייתכן שאין קושי מיוחד בכך שמרשם פלילי מחזיק בקווי דמיון לעונשי ביוש, ואולי זה אפילו ראוי. לפיכך, אבדוק להלן אם עונשי ביוש עונים על תכליות הענישה המסורתיות, שהן בעיקר גמול והרתעה.

התבססות הסדר הציבורי, רשויות השלטון נזקקו פחות לעונשים קשים שידגימו את כוחן. ראו Massaro, שם, בעמ' 1930-1929.

142 ראו Huschka, שם, בעמ' 811. הרקע לשימוש המחודש בעונשי ביוש הוא חוסר שביעות רצון משיטות הענישה הקיימות, ובפרט המאסר, אשר הוביל ליצירת סנקציות אלטרנטיביות חדשות, ובכללן טכניקות ביוש למיניהן. אמנם, קיימת הסכמה רחבה בקרב אנשי אקדמיה בדבר הצורך בשימוש גובר בעונשים אלטרנטיביים; עם זאת השימוש בעונשי ביוש נתון במחלוקת. ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1884-1886, וכן Huschka, שם, בעמ' 809-812.

עוד ראו Dan Markel, *Wrong Turns on the Road to Alternative Sanctions: Reflections on the Future of Shaming Punishments and Restorative Justice*, 85 TEX. L. REV. 1385, 1388-1389 (2007). דוגמאות לעונשי ביוש מודרניים הן מדבקות לפגוש הרכב שמצוין בהן כי הנהג הורשע בעבירה של נהיגה בשכרות, וכן לוחיות רישוי מיוחדות; שלטים שהעבריינין מחויב להעמיד במקום מגוריו (או לשאתם במקומות אחרים) ועליהם כיתוב בולט בהקשר לעברו הפלילי, או חולצות הנושאות כיתוב כאמור שאותן הוא מחויב ללבוש; פרסום בעיתונות המקומית, ואף ברשת האינטרנט. ראו Massaro, שם, בעמ' 1886-1888, Markel, שם, בעמ' 1390. עוד ראו Phaedra Athena O'Hara Kelly, *Comment: The Ideology of Shame: An Analysis of First Amendment and Eighth Amendment Challenges of Scarlet-Letter Probation Conditions*, 77 N.C. L. REV. 783, 784-785 (1999), וכן Huschka, שם, בעמ' 812-813 (יצוין כי המחבר שם מגדיר עונשי ביוש כעונשים שמטרתם העיקרית היא השפלה פומבית. לגישתו, עונשים אחרים – כאלה שהשפלה אינה מרכז הכובד שלהם – אינם עונשי ביוש. בכלל זה, לגישתו, נסיעה עם לוחית רישוי המזהה את הנהג כמי שהורשע בעבירה של נהיגה בשכרות. ראו שם, בעמ' 813-815). השימוש המודרני בעונשי ביוש מצטמצם לסוגים מסוימים של עבירות שהן, בחלוקה רחבה: עבירות מין ומוסר, עבירות בתחום המסחר, ועבירות ראשונות קלות. ראו Whitman, לעיל ה"ש 140, בעמ' 1064-1068. וויטמן מסביר גם מדוע בסוגים אלו של עבירות עונשי ביוש עשויים להיות אפקטיביים. בהקשר לעונשים המודרניים יוער עוד, כי במובחן מהעונשים העתיקים, לא מצפים כיום מהאזרחים לתקוף פיזית את המבווישים, להפך: הציפייה היא למתן הגנה למבוויש על ידי רשויות אכיפת החוק. ראו Markel, שם, בעמ' 1390. עם זאת מרקל מציין כי המציאות מראה שציפייה זו אינה סבירה בהיעדר הגנות מתאימות.

ב. עונשי ביוש ותכליות הענישה המסורתיות**(1) מבוא**

בתת פרק זה תיבחן השאלה אם עונשי ביוש עונים על תכליות הענישה המסורתיות, ובעיקר תכליות הגמול וההרתעה.

בפתח הדיון יש לבחון את המשמעות המעשית של חשיפת מידע ממאגר המרשם הפלילי, בין לציבור בכלל ובין לחלקים מוגדרים מתוך הציבור. מאגר של מרשם פלילי עשוי להיות פומבי באופן מלא, משמע פתוח בפני כל דורש, ללא תנאי מוקדם; כל אדם מן הציבור יכול לעיין במידע שקיים במרשם, ולדעת למשל שלעובד, עמית לעבודה, שכן, לקוח בבנק או דייר שמתגורר אצלו בשכירות יש עבר פלילי. אפשרות אחרת היא, שהמאגר פתוח בפני גורמים מסוימים מתוך הציבור, כגון מעסיקים, ספקי אשראי וביטוח, בעלי בתים וכיוצ"ב דוגמאות. בהנחה שבדוגמאות הללו אין מגבלה על העברת המידע (משמע, המידע מועבר במלואו ללא "צנזורה") וכי לא קיימים איסורים או הנחיות כלשהן באשר לאופן השימוש במידע, המשמעות תהיה שהחלטה כיצד להתייחס למושא הרישום נתונה למי שמעיין במידע¹⁴³. כלומר, שכניו של מושא הרישום יכולים להחליט שהם אינם רוצים להתגורר בסמוך לבעל עבר פלילי, ולדרוש ממנו לעבור דירה או להפוך את חייו לבלתי נעימים עד כדי כך שהוא בעצמו יבקש לעבור. ייתכן שגם במקומות נוספים הוא ייתקל ביחס דומה ויתקשה למצוא מקום מגורים. אפשרות נוספת היא שמושא הרישום ייתקל בסירוב לרשום את ילדו לגן הילדים (הפרטי, לצורך העניין), מהטעם שהגנן/נת למדו על העבר הפלילי של ההורה ומעדיפים שלא להיכנס לקרבה עם ילד-של בעל עבר פלילי¹⁴⁴. יש מקום להניח עוד, שמושא הרישום ייתקל בקושי להתקבל למקומות עבודה שונים החשופים למידע אודות עברו, ועוד כיוצ"ב דוגמאות¹⁴⁵. אם נניח לצורך חלק זה של הדיון כי היחס המתואר הוא בגדר ענישה ראויה, עדיין יוצא שהגוף המעניש הוא הציבור – ולא המדינה. זוהי נקודת דמיון נוספת ומשמעותית בין מרשם פלילי לעונשי ביוש, ובין מרשם פלילי לעונשי מאסר מידיים פרטיות: עונשי ביוש, כמו מרשם פלילי בדוגמאות המתוארות, עומדים בסתירה לרעיון הבסיסי שלפיו המדינה בלבד היא הגוף המעניש, וכך גם מאסר

143 כך במצב הקיים, בהסדרים שבהם המידע פומבי במידה כזו או אחרת, או בהיעדר הנחיות ומגבלות באשר לשימוש במידע. לסקירת הסדרים קיימים ראה לעיל, תתי-פרקים 4-ב-ג.

144 ראו החוק האנגלי מ-1697 אשר חייב גם נשים וילדים לענוד תג המזהה אותם כעניים, לעיל ה"ש 130 והטקסט לידה.

145 יובהר כי לא מדובר בדוגמאות דמיוניות. כאמור, מעסיקים מעדיפים שלא להעסיק בעלי עבר פלילי; ראו לעיל ה"ש 107 והטקסט לידה. עוד ראו על מקרים של אלימות כנגד עברייני מין הרשומים בהתאם ל"חוקי מייגן" בארצות-הברית: 19(4) HUMAN RIGHTS WATCH, NO EASY ANSWERS: SEX OFFENDER LAWS IN THE US 86-92 (2007), available at hrw.org/sites/default/files/reports/us0907webwcover.pdf.

מידיים פרטיות¹⁴⁶. השאלה היא אם העברת נטל הענישה מהמדינה לידי הציבור אינה מעוררת קושי. בתוך כך קיימת שאלה נוספת: אם המדינה מעבירה לציבור את נטל הענישה בלבד. העברה כזו אפשרית במידה וניתן להפריד בין הטלת העונש (במובן של קביעת האשמה וגזירת הדין) לבין ביצועו, באופן שאינו משנה את זהות העונש כעונש שהוטל על ידי המדינה. האם תיתכן הפרדה כזו? אלו הן שאלות מקדמיות לדין בשאלה אם עונשי ביוש עונים על תכליות הענישה; בהקשר של מרשם פלילי ועונש מאסר מידיים פרטיות, אלו הן השאלות המרכזיות. לפיכך אדון תחילה בשאלה זו בהקשר של עונשי ביוש ומרשם פלילי, ולאחר מכן איישם את מסקנות הדיון על עונש המאסר מידיים פרטיות.

(2) הקושי בהעברת נטל הענישה לידי הציבור: עונשי ביוש ומרשם פלילי

לדעתי, קיים קושי ממשי בהעברת נטל הענישה מהמדינה לידי הציבור, ומכאן גם שאין להותיר בידי הציבור את ההחלטה בדבר היחס הראוי לבעלי רישום פלילי¹⁴⁷. לביסוס טענה זו, אבקש לדון בשלושה נימוקים אפשריים אשר הועלו בעניין זה בהקשר של עונשי ביוש. הנימוק הראשון והשני יידחו על ידי כבלתי מספקים; אני מסכימה עם הנימוק השלישי. הנימוק הראשון קשור בחשש מפני התרחשות מהומות, פועל יוצא של חשיפת העברייני לחסדי הציבור, עד כדי איבוד שליטה של המדינה על הנעשה¹⁴⁸. נכון ככל שיהיה¹⁴⁹, נימוק זה הוא פרקטי; אני מניחה שניתן למצוא דרכים להקטין את החשש מפני מהומות. לכן לדעתי נימוק זה אינו מספק. נימוק ראוי יהיה כזה שמצביע על קשר בלתי ניתן לניתוק בין המדינה לבין ענישה פלילית. ניסיון לספק נימוק כזה נעשה על ידי מרקל¹⁵⁰. תפקיד המדינה בענישה נתפס אצל מרקל כאחת מההצדקות הפנימיות של התכלית הגמולית¹⁵¹. כל עבירה היא מרד כנגד סמכות המדינה ליצור כללים. מכאן נובעת מחויבותה של המדינה להגן על עצמה מפני מי שמביע זלזול בחוקיה ופוגע בסמכותה לקבל החלטות. זוהי סמכות שאותו פרט, לכאורה, קיבל על עצמו. יותר מכך, לא רק שלמדינה יש זכות להעניש, אלא שמוטלת

146 ראו Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2216.
147 יש טעמים נוספים למסקנה זו, העולים במסגרת דיון בשאלת הצורך בהסדרה של סוגיית המרשם הפלילי. עם זאת שאלת הצורך בהסדרה מתעוררת בעקבות המסקנה הנורמטיבית הנובעת מהדיון בתכליתו הראויה של מרשם פלילי. לפיכך שאלה זו חורגת מגבולות המאמר הנוכחי.

148 ראו Whitman, לעיל ה"ש 140, בעמ' 1082-1085.

149 ראו לעיל ה"ש 145.

150 Markel, לעיל ה"ש 115.

151 התפיסה הכוללת של התכלית הגמולית המוצגת על ידי מרקל במאמרו נועדה להסביר את ההצדקות הפנימיות של התכלית הגמולית, ולספק לה רציונל באופן שלטענתו טרם נעשה. ראו שם, בעמ' 2159-2161.

עליה חובה לעשות כן; בין שקרבן העבירה הוא פרט ספציפי או החברה בכללותה, העבירה נעשתה כלפי הגוף שהחליט שמעשה זה נחשב לעבירה. אשר על כן, עמידה בחוסר מעש נוגדת את חובתה של המדינה כלפי אדונה – הציבור. במילוי החובה המדינה לא מגנה רק על זכויותיהם השוות של הפרטים, אלא גם על משטר קבלת ההחלטות שעליו הם הסכימו¹⁵². לכאורה, מרקל מספק נימוק משכנע הנסמך על קשר טבוע בין המדינה לבין הענישה הפלילית. לדעתי, נימוק זה אינו מספק, מהטעם שמרקל אינו מפריד בין הטלת העונש לביצוע שלו. אם כך, ההנמקה שלו טובה כהצדקה לכך שהמדינה צריכה למלא תפקיד בלעדי בהטלת העונש; לעומת זאת באשר לביצוע, ההצדקה להותיר תפקיד זה בידי המדינה דווקא מקבלת גוון אינסטרומנטלי¹⁵³. תמיכה לדברים הללו מצויה, לדעתי, בכך שמרקל מעלה את השאלה אם ניתן לראות בהטלת עונש ביוש על ידי בית המשפט הסמכה של הציבור לשמש כשליח המדינה בתפקידה כמענישה. מרקל אמנם עונה לשאלה זו בשלילה¹⁵⁴. לענייננו חשוב לראות שלגישת מרקל, ההפרדה בין הטלת העונש לביצוע שלו היא אפשרית, והיא, כשלעצמה, אינה מעוררת קושי¹⁵⁵. יתר על כן, לגישתו העברת נטל

- 152 שם, בעמ' 2200-2202. יצוין כי הראל דוחה טענה בעלת אופי דומה. ראו Harel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 18-19. הראל טוען שם כי הימנעות מהטלת סנקציות על הפרות חוק אינה מעוררת, בהכרח, ספק בנוגע לכנותה של המדינה ומחויבותה המוסרית לנורמות שעליהן היא הכריזה כמחייבות. הראל מנמק טענה זו תוך הישענות על ההצדקה התועלתנית לעונש. נוסף על כך הוא טוען כי כל עוד המדינה מבטיחה את הטלת העונש, בין מידיה ובין מידי נציגים מהימנים שלה, היא מראה מחויבות רצינית לאיסורים שהנפיקה. על חובתה של המדינה להעניש כנובעת מחוזה שהמדינה צד לו, כמצוין על ידי מרקל, ראו גם Ashworh, Sentencing and Criminal Justice, לעיל ה"ש 43, בעמ' 71. למעשה טיעונים אלו של מרקל דומים לכמה מנימוקי בית המשפט בעניין חטיבת זכויות האדם, כמובא לעיל בה"ש 18-21 והטקסט לידן.
- 153 ואכן, נימוק נוסף של מרקל לכך שהמדינה צריכה למלא את התפקיד המרכזי והבלעדי במערכת המשפט הפלילי הוא שלמדינה בלבד יש את היכולת לזכות ללגיטימציה בקרב כלל האוכלוסייה, על חלקיה השונים (טענה זו נאמרת על רקע המצב בארצות-הברית, אולם ישימה בוודאי למקומות נוספים). ראו Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2199-2200. טיעון הלגיטימיות עולה גם בנימוקי בית המשפט בעניין חטיבת זכויות האדם, כמובא לעיל בה"ש 19 והטקסט לידה. נראה שתמיכה לטענה האינסטרומנטלית מצויה אצל Harel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 7-8. הראל טוען כי הקשר בין עונש גמולי לתפקיד המדינה בהטלתו הוא אינסטרומנטלי. עם זאת הראל אינו דן בטענה הפרטיקולרית של מרקל בהקשר זה.
- 154 ראו Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2218. מרקל מסביר כי היעדר התאמה בין עונשי ביוש ליחסי שולח-שולח קשור בשני היבטים עיקריים של יחסים אלו: היבט השליטה של השולח בשולח, והיבט נטילת האחריות של השולח למעשי השולח אשר בוצעו במסגרת השליחות. נוסף על כך, השבת נטל הענישה לציבור עומדת בניגוד לרעיון שהמדינה היא שליחת הציבור בהטלת עונשים.
- 155 אני סבורה כי תפיסה דומה מצויה גם ביסוד פסק הדין בעניין חטיבת זכויות האדם, עניין שאליו עוד אתיחס בהמשך. ראו לעיל ה"ש 11 והטקסט לידה, וכן להלן תת-פרק 3.5(ב).

הענישה לידי הציבור אינו הקושי המכריע בעונשי ביוש; הוא אף סבור שניתן לאפשר לציבור למלא תפקיד מוגדר בענישה, שאין בו רצון לחזות בהשפלתו של העבריין, ומכאן שהוא אינו מעורר את רוב הביקורת על עונשי ביוש¹⁵⁶. אם כן לגישתו של מרקל לא רק שניתן להפריד בין הטלת העונש לביצוע שלו, אלא שתאורטית, תיתכן אפשרות גם לשתף את הציבור במלאכת ביצוע העונש. מכאן שהנימוק של מרקל אינו מזהה קשר טבוע בין המדינה לענישה הפלילית. קשר כזה ניתן למצוא בנימוק השלישי שאבקש להציג, שאותו מספק הראל¹⁵⁷. בעוד שההצדקה האינסטרומנטלית לתפקידה של המדינה בענישה תופסת את העונש כמשימה המחפשת אחר נציג שיבצע אותה, ההצדקה שהראל מציע תופסת את העונש כבלתי ניתן להמשגה ללא התייחסות לתפקיד המדינה בהטלתו¹⁵⁸.

לכאורה הטיעון דומה לזה של מרקל, המזהה את תפקיד המדינה בענישה הגמולית כהצדקה פנימית של התכלית הגמולית. להלן יובהר כי זהו דמיון לכאורי בלבד, שכן לטענת הראל, עונשים שאינם מוטלים על ידי המדינה – "עונשים פרטיים" – משקפים את השיפוט הפרטי של מי שמטיל אותם, ולא את השיפוט של המדינה בקשר לביצוע העבירה ולעונש ההולם. עונשים כאלה מנתקים את הקשר בין השיפוט של המדינה להטלת העונש; גרימת סבל לעבריין, שאינה נשענת על שיפוט של המדינה, היא גרימת סבל פרטית. אמנם, הסבל הנגרם יכול לשרת מטרות כגון הרתעה, אולם זה אינו סבל שנגרם בגין ביצוע מעשה שהמדינה הכריעה לגביו שהוא בלתי מוצדק¹⁵⁹. מסקנתו של הראל היא אפוא שעונשים

156 Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2221-2223. לדברי מרקל, צורת ענישה כזו מחייבת טקסי חזרה לחברה בסיום המפגש הגמולי. הוא מבהיר עוד כי האפשרות המוצעת על ידיו רחוקה מעונשי הביוש הנהוגים כיום.

157 Harel, לעיל ה"ש 7.

158 שם, בעמ' 8, 11.

159 שם, בעמ' 19-20. הראל מבהיר טענה זו באמצעות שלוש דוגמאות למצבים שבהם אזרח שומר חוק מתבקש להטיל עונש על מי שהורשע בביצוע עבירה, ועליו להכריע אם לקחת חלק בענישת העבריין, באמצעות התרחקות מוחלטת ממנו או צמצום קשריו החברתיים עמו: בדוגמה הראשונה, האזרח מחליט להשתתף בביצוע העונש, מהטעם שכך הוא ממלא את חובתו האזרחית. לטענת הראל, התרחקות מהעבריין מהטעם הזה אינה יכולה להיות מסווגת כענישה פלילית, שכן היא אינה נובעת משיפוט של האזרח שלפיו העבריין ביצע עבירה; עונש משמעו גרימת סבל על רקע סיבה מסוימת – ביצוע עבירה – ועל כן הטעם להטלת הסבל אינו מתאים. בדוגמה השנייה, האזרח מתרחק מהעבריין מהטעם שהוא גיבש דעה שלפיה העבריין ביצע עבירה ומגיע לו להיענש. זהו אמנם עונש בגין ביצוע עבירה, אולם השיפוט של האזרח אודות ביצוע העבירה והעונש ההולם הוא שיפוט פרטי, הוא אינו משקף שיפוט של המדינה בדבר חומרת העבירה והעונש ההולם אותה. גרימת הסבל היא אפוא פרטית. בדוגמה השלישית והאחרונה, האזרח מתרחק מהעבריין מאחר שהוא סומך על השיפוט של המדינה בדבר ביצוע העבירה וחומרת העונש. לכאורה, ענישה כזו מבוססת על שיפוט המדינה, ולכן צריכה להיחשב לעונש מידי המדינה, כאשר האזרח מתפקד כאינסטרומנט של המדינה למימוש אותו שיפוט. אולם לטענת הראל, ספק אם ניתן להצדיק אמון שכזה בשיפוט המדינה,

פרטיים אינם יכולים להיחשב עונשים פליליים. המדינה אינה מעבירה את הסמכות הטכנית לביצוע העונש בלבד, אלא מוותרת על הסמכות להגיע להחלטות מחייבות בנוגע לאי-החוקיות שבמעשה ולעונש המתאים. אלו הן החלטות שצריכות להיעשות על ידי הפרט שמטיל את העונש. בכך, המדינה מנתקת את הקשר בין האיסורים שיצרה לבין הסבל שנגרם לעבריין. מה שהחל בהזמנת המדינה להשתתף בעונש שהוטל על ידה הופך לשיפוט האישי של הפרט, והסבל שנגרם לעבריין הוא סבל פרטי¹⁶⁰. בנימוק של הראל ניתן למצוא אפוא את שהיה חסר אצל מרקל: הראל מבהיר מדוע לא ניתן לנתק בין הטלת העונש לביצוע שלו; ניתוק כאמור בהכרח משנה ממהותו של העונש והופך אותו לעונש פרטי. מכאן שההנמקה של הראל אכן מבססת את הטענה שקיים קושי ממשי בהעברת נטל הענישה מהמדינה לידי הציבור.

כעולה מהאמור לעיל, הסדר של מרשם פלילי המותר בידי הציבור את ההחלטה כיצד להתייחס לבעלי רישום פלילי לעולם לא יוכל לשרת תכליות של ענישה פלילית¹⁶¹. התוצאה תהיה, בהכרח, ענישה פרטית של האחרונים בידי הציבור.

ראוי לסטות לרגע ממסגרת הדיון הנורמטיבית, על מנת להדגיש מדוע ההנמקה של הראל מתחזקת אף יותר לנוכח הסדרי המרשם הפלילי הקיימים, שכן המרשם הפלילי הקיים אינו נתפס כעונש, כאמור, חרף השלכותיו העונשיות. כחלק מתפיסה זו, הוא אינו נלקח בחשבון, למשל, בעת גזירת הדין¹⁶². המשמעות היא ש"שיפוט" המדינה בהקשר של המרשם הפלילי מתמצה בקביעת האשמה (אם קביעה ברמה שעולה על ספק סביר, כאשר מושא הרישום נשפט, ואם קביעה מנהלית כאשר העניין לא הגיע לבית המשפט, המשמשת

שכן במידה ואמון כזה מוצדק, האזרח שפועל על פיו פטור מאחריות להטלת עונשים לא מתאימים; האחריות המוסרית לכך היא של המדינה. פטור כזה מאחריות מוסרית עשוי להיות מוצדק במקרים של עובדי ציבור כגון שופטים וסוהרים, הוא אינו מוצדק כשמדובר באזרחים. עובדי ציבור מורשים, ולעתים מחויבים, למלא את משימותיהם ללא התחשבות בתחושותיהם האישיות. לעומת זאת אזרחים נושאים באחריות מוסרית להטלת העונש, במנותק מהשאלה אם הם עוקבים אחר מדיניות הענישה של המדינה. הנמקה לכך מצויה באופיו המיוחד של תהליך הענישה. ענישה מובילה לתוצאות קשות אצל העבריין, והשיפוט בדבר העונש ההולם לכל מקרה נתון, באופן אינהרנטי, לערעור. לכן האזרח אינו יכול לסמוך על השיפוט של המדינה בהקשר לעניין בעל השלכות כה רציניות, ועליו לגבש דעה משל עצמו. האזרח יישא באחריות המוסרית להטלת עונש בלתי הולם גם אם סמך על שיפוט המדינה ב"עניינים עצומות"; לפיכך הטלת העונש צריכה להיחשב פרטית. ראו שם, בעמ' 20-22.

160 שם, בעמ' 22-23. במקום אחר הראל מפתח את הטענה בדבר העול המוסרי שמוטל על האזרח אשר צריך להגיע להחלטות עונשיות, כהצדקה נוספת להותרת תפקיד הענישה בידי המדינה. ראו Harel, לעיל ה"ש 112.

161 גם ככלי אזרחי, המסקנה תהיה שאין להותיר בידי הציבור את ההכרעות בנוגע למרשם פלילי. ראו לעיל ה"ש 147.

162 בהקשר זה ראו הדיון בתכלית המצויה של מרשם פלילי, לעיל תתי-פרק 4. ב. ו-ג. (1).

מצע לרישום שאינו אודות הרשעה), שהיא הבסיס לעצם הרישום. לעומת זאת השלכות הרישום הפלילי נקבעות על ידי הציבור שנחשף למידע מן המרשם. בהתאמה להנמקה של הראל, השלכות אלו הופכות להיות פרי שיפוט הציבור, ולא המדינה¹⁶³. ניתן אפילו להחריף את הטענה ולומר, שכאשר עצם הרישום אינו תוצאה של שיקול דעת, אלא נלווה להליך הפלילי באופן אוטומטי¹⁶⁴, גם עצם הרישום אינו תוצאה של שיפוט המדינה¹⁶⁵. אם כן במצב הקיים, כאשר מדברים על הטלת ה"עונש" והביצוע שלו, הכוונה היא לעונשים המקובלים, כגון מאסר, קנס וכיוצ"ב. מכאן, שלאחר ריצוי העונש אשר הוטל על ידי המדינה ובוצע על ידה, מרשם הרישום נחשף לענישה נוספת: הפעם לא ענישה פלילית, אלא ענישה פרטית מתחילתה ועד סופה. ניתן לומר שמצבו של מי שכלל לא נשפט חמור אף יותר; מי שהרישום הפלילי אודותיו אינו בעקבות הרשעה, אלא למשל בעקבות חקירה שנסגרה מטעמים שונים. אותו אדם "נענש" כתוצאה מהרישום הפלילי מבלי שעמד לדין. מצבו של המרשם הפלילי הקיים חמור אפוא אף יותר מזה של עונשי ביוש: אלה האחרונים נחשבים לפחות ל"עונש" (וכך גם עונש מאסר מידיים פרטיות), ונדונים בהליך פלילי על ההגנות שהוא מספק לנאשם; מרשם פלילי כלל לא נחשב "עונש".

עונשי ביוש אינם אפוא ענישה פלילית כלל. למעשה, די בנימוק זה על מנת לדחות את האפשרות שלפיה התכלית הראויה של מרשם פלילי היא עונשית. להלן אראה כי קושי דומה מתעורר גם בהקשר של עונשי מאסר מידיים פרטיות, ואצביע על המשמעויות הנלוות.

(3) הקושי בהעברת נטל הענישה לידי הציבור: מאסר מידיים פרטיות

(א) הקושי בהעברת נטל הענישה לידי הציבור: מרשם פלילי ועונשי מאסר מידיים פרטיות – על הדומה והשונה

מסקנת תת הפרק הקודם הייתה כי מרשם פלילי לעולם אינו יכול לשרת תכלית עונשית. הטעם לכך הוא, שבהקשר של מרשם פלילי לא ניתן להפריד בין הטלת העונש לביצוע שלו. התוצאה היא, שמרשם פלילי כ"עונש" הוא גרימת סבל פרטית, ולא ענישה פלילית. לדעתי, מסקנה זו ישימה, גם אם בעוצמה פחותה, לגבי עונשי מאסר מידיים פרטיות, שכן ברגע

163 למעט כאשר חקיקה מפורשת מטילה מגבלות על בעלי עבר פלילי, אז ניתן לומר שמימוש המגבלות הוא פועל יוצא של שיפוט המדינה, לפחות בהקשר של הקביעה הראשונית, המקשרת בין קיומו של עבר פלילי לפסלות.

164 זה המצב ברוב המקרים. ראו למשל ההסדר הישראלי בס' 2 לחוק המרשם הפלילי, הקובע מהם פרטי הרישום.

165 ניתן (ולדעתי ראוי) להפריד בין ההכרעה בדבר אשמת הנאשם לבין השאלה אם ההרשעה צריכה להירשם במרשם הפלילי. לפיכך, כאשר הרישום נעשה באופן אוטומטי, הוא אינו תוצאה של שיפוט כלשהו.

שמדובר בגורם פרטי, ביצוע העונש עשוי להיות מוכתם בשיפוט פרטי. לדעתי, החשש מפני מעורבות של שיפוט פרטי, על המשמעויות הנגזרות מכך, הוא שמהווה את עיקר הקושי בהקשר של עונשי מאסר מידיים פרטיות. בית המשפט בעניין חטיבת זכויות האדם מצביע אמנם על האינטרס הכלכלי שמניע גורמים פרטיים המנהלים בית סוהר פרטי¹⁶⁶. אינטרס זה, בית המשפט מציין, הוא זר לשיקולי הענישה הציבוריים. אלא שישנם שיקולים אחרים העשויים להימצא ביסוד רצונם של גורמים פרטיים להפעיל בית סוהר פרטי, או להוות לפחות חלק ממכלול השיקולים המנחים אותם. לדעתי, שיקולים אלה מעוררים את עיקר הקושי, כפי שיובהר להלן.

טענתי היא כי גורם פרטי לא יבקש להפעיל בית סוהר פרטי, אלא אם הוא מסכים לכך שכליאה היא צורת ענישה ראויה. זאת במובחן מגורמים שסבורים, אולי, שיש למצוא דרכים אחרות להעניש עבריינים (כמו למשל באמצעות קנסות כבדים). טענה זו נשענת על ההנחה שקיימת מידה רבה של "מחויבות ארגונית" מצד גורם המפעיל בית סוהר פרטי, הכוללת הזדהות עם בית הסוהר ומטרותיו¹⁶⁷. הכוונה היא הן לתאגיד המפעיל את בית הסוהר והאנשים העומדים מאחוריו הן למועסקים באותו תאגיד¹⁶⁸. יתר על כן, יש להניח כי בחירת

166 ראו לעיל ה"ש 22-23 והטקסט ליד.

167 המונח "מחויבות ארגונית" שאוב משדה המחקר אודות התנהגות ארגונית. מחויבות ארגונית מוגדרת ככוללת, בין השאר, התקשרות והזדהות עם מטרות הארגון וערכיו. בהקשר זה, נטען כי כוח עבודה מחויב מהווה מרכיב מרכזי בהשגת ביצועים תחרותיים. מחקרים מראים, כי ככל שמידת המחויבות של העובד לארגון גבוהה יותר, העובד משקיע מאמץ גדול יותר בבצוע משימותיו. עובדים שרמת המחויבות שלהם גבוהה שואפים להמשיך ולהשתייך לארגון ולקדם את מטרותיו. לכן הנושא של מחויבות ארגונית תופס כיום מקום מרכזי בתחום של ניהול משאבי אנוש. ראו סיגל וייסנר "מחויבות ארגונית" איפא – האיגוד הישראלי לפיתוח ארגוני ippa.org.il/index.aspx?id=1700, וכן: Ranya Nehmeh, *What is Organizational Commitment, Why Should Managers Want It in their Workforce and is there Any Cost Effective Way to Secure it?*, SWISS MANAGEMENT CENTER (5 Working Paper, 2009), available at swissmc.ch/Media/Ranya_Nehmeh_working_paper_05-2009.pdf, הטקסט ליד ה"ש 3, 12 ו-27. ראו גם Donald P. Moynihan & Sanjay K. Pandey, *Finding Workable Levers over Work Motivation: Comparing Job Satisfaction, Job Involvement and Organizational Commitment*, La Follette School, Working Paper No. 2007-003; Administration and Society, Forthcoming. p. 2, 7-8, available at ssrn.com/abstract=975290.

168 להנחה בדבר המחויבות הארגונית של התאגיד ומפעיליו ניתן למצוא בסיס בפסק הדין. באשר לטענות הזכיינית צוין שם כך: "הזכיינית מרגישה בתשובתה לעתירה את החשיבות המיוחדת על ידה ליעדים החברתיים אותם נועד בית הסוהר להגשים, ובכלל זה לשיקום וחינוך האסירים": ראו לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ביניש. הדברים מעידים על הזדהות של הזכיינית עם היעדים שעונש המאסר מכוון להשיג. אשר למועסקים בבית הסוהר הפרטי, יש להניח כי מפעיל בית הסוהר הפרטי ישאף להגביר ככל שניתן את רמת המחויבות

המועסקים בבית הסוהר הפרטי תיעשה, במידה לא מבוטלת, על רקע יחסם לעונש המאסר. משמע תהיה עדיפות לבחירת מועסקים המחזיקים בדעה חיובית כלפי עונש המאסר וכל הנכלל במסגרתו¹⁶⁹. אם הנחות אלו נכונות, המשמעות היא שיפוט פרטי מצד הגורם המפעיל את בית הסוהר (ואלו המועסקים בו), היורד לשורש דרכי הענישה הנבחרות, שכן המחוקק הוא שקובע אילו עונשים בתי המשפט מוסמכים להטיל על מורשעים¹⁷⁰. המחוקק, המייצג את הרצון הציבורי הכללי. כאשר גורם פרטי מפעיל בית סוהר פרטי על יסוד אמונתו האישית בצורת ענישה זו (במובחן מגורמים פרטיים אשר מתנגדים לה), יש לכך משמעות. המשמעות היא, שביצוע עונש המאסר נובע משיפוט אישי של הגורם הפרטי באשר לעצם הבחירה בצורת ענישה זו כמתאימה להרשעות שבהן הורשעו האסירים בכלא הפרטי. יובהר כי השיפוט האישי עשוי להיות כפול: הוא נוגע הן לעצם הבחירה בכליאה כצורת ענישה ראויה ככלל הן לבחירה בעונש זה עבור המורשעים הספציפיים המצויים בבית הסוהר. הקושי מתחדד כאשר זוכרים כי לצד הגורם הפרטי, המסכים עם כליאה כצורת ענישה ולכן מפעיל בית סוהר פרטי, קיימים גורמים פרטיים שאינם מסכימים עם צורת ענישה זו, ולכן לעולם לא יבקשו להפעיל כלא פרטי.

ניתן להעלות על הדעת מעורבות של שיפוט אישי בהפעלת בית סוהר פרטי באופנים נוספים. כך, למשל, ייתכן גורם פרטי הסבור שאסירים בבתי הכלא הציבוריים זוכים ליחס מחמיר יתר על המידה. בפרט, אותו גורם סבור שראוי להעניק יחס מתחשב יותר לעבריני

והמוטיבציה של עובדיו. וייסגר מציינת כי נמצאו מתאמים חיוביים בין מחויבות ארגונית לבין נוכחות בעבודה, מאמץ בעבודה וביצוע. ראו לעיל ה"ש 167. אחת הדרכים להגברת רמת המוטיבציה היא באמצעות טיפוח תחושת המטרה בקרב העובדים. תחושה של מטרה ארגונית משותפת בקרב המועסקים היא חשובה לשם השגת שביעות רצון מהעבודה ומחויבות ארגונית. ראו Moynihan & Pandey, שם, בעמ' 17, 24-25, 27. יצוין כי המחקר שנפדי ומויניהן ערכו, המתואר במאמרם, עוסק בטיפוח מחויבות ארגונית במגזר הציבורי. ניתן לטעון אפוא כי ישימותו על ענייננו נובעת גם מכך שהפעלת בית סוהר היא, במהותה הראשונית, משימה בעלת אופי ציבורי. עם זאת ביצועה על ידי גורם פרטי מוביל, בסופו של דבר, לתוצאות הנטענות להלן. ראו גם להלן ה"ש 169 והטקסט לידה.

169 זאת שכן מחויבות ארגונית נשענת בחלקה על תכונות אישיות אינהרנטיות. תכונות אלה כוללות, בין היתר, הנחות מוקדמות שקשה ואפילו בלתי אפשרי לשנות. הדבר משפיע על גיוס, העסקה וקידום עובדים. אכן, פנדי ומויניהן מצאו כי תכונות אישיות מהוות חלק מהגורמים המשפיעים על מחויבות ארגונית. ראו מאמרם, שם, בעמ' 8-9, 20. גם נמה (Nehmeh) מציינת כי בהליכי בחירת עובדים נעשה ניסיון לזהות את אלה הצפויים להיות מחויבים לעבודתם. ראו לעיל ה"ש 167, הטקסט ליד ה"ש 20. פנדי ומויניהן מציינים עוד כי ישנן ראיות לכך שעובדי ציבור (במובחן מעובדים במגזר הפרטי) מונעים על ידי הרצון לבצע עבודה ציבורית. גם במחקרם פנדי ומויניהן מצאו קשר בין מוטיבציה לביצוע עבודה ציבורית לבין מחויבות ארגונית. ראו מאמרם, שם, בעמ' 9-10, 21. ראו גם לעיל ה"ש 168.

170 ראו למשל פרק ו' לחוק העונשין.

מין, בדמות תנאי כליאה טובים יותר וכיוצ"ב¹⁷¹. אם כך, הרי שביסוד רצונו של הגורם הפרטי לעסוק בכליאה פרטית מצוי קו מחשבה שדבק בו שיפוט אישי: אותו גורם פרטי שסבור שעברייני מין נענשים בחומרה יתרה, בעצם סבור שהעבירה שבה הם הורשעו אינה חמורה דיה על מנת להצדיק את העונש שאותו הם נשלחו לרצות. ייתכן שהוא אף סבור כי המעשה שביסוד ההרשעה כלל אינו ראוי להיחשב לעבירה. השיפוט האישי מתפרש אפוא לא רק על חומרת העונש, אלא על עצם ההרשעה, משמע עצם הגדרת העבירה בספר החוקים. באופן דומה, ייתכן גורם פרטי אשר סבור כי עברייני רכוש אינם נענשים בחומרה מספקת, ומבקש לעבוד בבית הסוהר הפרטי על מנת לדאוג לכך שאותם עבריינים לא יזכו להקלות שאינן מגיעות להם או לתנאים מיטיבים יתר על המידה. באופן כללי, ניתן להניח שישנם גורמים פרטיים אשר אמונם במערכת הכליאה הציבורית אינו רב, והם מבקשים להפעיל בית כלא פרטי על מנת לחזות כמו עיניהם בכך שמורשעים אכן באים על עונשם. החששות הללו זהים לנימוקים שהראל מספק בתמיכה לטענה שלא ניתן להפריד בין הטלת העונש לבין הביצוע שלו, כאשר העונש "מוטל" על ידי גורם פרטי¹⁷².

כאן עשויה לקום הטענה שלפיה החששות הללו אינם מעוררים קושי חריג, שכן עשויים להיות סוהרים מטעם המדינה המחזיקים בדעות שונות ומשונות לגבי עבריינים מורשעים והעונש המגיע להם¹⁷³, כמו גם לגבי עונש המאסר באופן כללי. לדעתי, טענה זו אינה מבטלת את החשש שעליו הצבעתי, שכן אפילו אם בבתי הסוהר הציבוריים סוהרים מחזיקים בדעות פרטיות כאמור, עדיין מדובר בסוהרים מטעם המדינה¹⁷⁴: הם נציגי

171 קו מחשבה זה עשוי להשפיע לדוגמה על חוות הדעת שתינתן על ידי הגורם הפרטי לוועדת השחרורים. ראו ס' 79 (7) לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001: "בבואה להחליט אם ראוי אסיר לשחרור על-תנאי, תשקול הוועדה את הסיכון הצפוי משחרורו של האסיר לשלום הציבור, לרבות למשפחתו, לנפגע העבירה ולביטחון המדינה, את סיכויי שיקומו של האסיר ואת התנהגותו בכלא; לשם כך תביא הוועדה בחשבון, בין השאר, נתונים אלה: ... (7) חוות דעת על האסיר שנתנו שירות בתי הסוהר, משטרת ישראל או רשויות הביטחון, ולענין אסיר בבית סוהר בניהול פרטי כהגדרתו בפרק ג'2 לפקודת בתי הסוהר – גם מנהל בית הסוהר האמור ומפקח כמשמעותו באותו פרק, וכן במקרים המתאימים גם חוות דעת מקצועיות, בין השאר בנושא גילוי עריות, אלימות במשפחה ובריאות הנפש" (ההדגשות שלי – ר' ק').

172 כמתואר לעיל בה"ש 159. יש לציין כי הקושי קיים גם כאשר הגורם הפרטי מסכים עם ההכרעות המשפטיות ומזדהה עמן באופן מלא. ראו שם.

173 ואכן, טענה דומה הועלתה במשפט מבויס בנושא "בית סוהר פרטי – סיכוב שני" במסגרת השתלמות בנושא "גבולות הפרטה" שנערכה על ידי המכון להשתלמות פרקליטים ויועצים משפטיים של משרד המשפטים. הכותבת שימשה כשופטת במשפט המבויס.

174 לכאורה, בהקשר זה ניתן היה לשוב ולהתייחס לשאלה אם יכולים להתקיים יחסי שולח-שלוח בין המדינה לבין הגורם הפרטי המפעיל את בית הסוהר, כפי שמרקל מנתח שאלה זו. ראו לעיל ה"ש 154. ייתכן שהיעדר ההתאמה בעונשי ביוש ביחסי שולח-שלוח שעליו מרקל מצביע נפתר, לפחות בחלקו, בהקשר של בית הסוהר הפרטי. למשל, סוגיית השליטה, לנוכח

המדינה ולא נציגיו של הגורם הפרטי; הם כפופים לנורמות של המשפט הציבורי ול"אתוס השירות הממלכתי"¹⁷⁵; והם גם נתפסים על ידי הציבור בכלל, והאסירים בפרט, כנציגי המדינה, ולא כאנשים פרטיים¹⁷⁶. לכן, בעוד שנציגי המדינה באים לבית הסוהר הציבורי בראש ובראשונה כנציגי המדינה, נציגי הגורם הפרטי באים לבית הסוהר הפרטי בראש ובראשונה מטעם עצמם. הדעות האישיות של סוהרים מטעם המדינה אינן מנתקות בין הטלת העונש לביצוע שלו; גזירת הדין כמו גם ביצוע העונש נעשים על ידי המדינה. לעומת זאת, על רקע הדוגמאות דלעיל נכון יהיה לומר, לדעתי, שהשיפוט האישי של מפעילי בית הסוהר הפרטי כן מנתק בין הטלת העונש לבין הביצוע שלו. כאן טמון ההבדל. אם כך, המשמעות היא שעונש מאסר מידיים פרטיות אינו עוד "עונש פלילי", אלא גרימת סבל פרטית. מכאן מתחייבת מסקנה נורמטיבית זהה לזו שאליה הגעתי בהקשר של מרשם פלילי, שלפיה אין להעביר את סמכות הכליאה לגורם פרטי. עם זאת אבקש להצביע על כך שלצד הדמיון בין מרשם פלילי לעונשי מאסר מידיים פרטיות בהקשר המדובר, ישנם הבדלים של ממש.

ההבדל הראשון נוגע לשאלת עצם הטלת העונש. בעוד שעצם הטלת עונשי הביוש תלויה בהחלטת הציבור באופן מוחלט, אין הדבר כך בהקשר של עונשי מאסר מידיים פרטיות. משמע, באשר לעונשי ביוש (ומרשם פלילי באופן זהה, כאמור) הציבור מחליט אם בכלל תהיה תגובה כלשהי מטעמו להרשעה, אם לאו. ייתכן שבית המשפט גזר עונש מבייש על מורשע כלשהו, והציבור כלל לא יתייחס לכך ולא יעשה כל פעולה לשם גרימת בושה ומבוכה למושא העונש, אשר ימשיך בחייו כאילו כלום לא ארע¹⁷⁷. דומה שמצב כזה אינו אפשרי בהקשר של בית הסוהר הפרטי. אין חולק על כך שגורם פרטי המפעיל בית סוהר אינו יכול לסרב לקבל אסיר שבית משפט גזר עליו עונש¹⁷⁸, מהטעם שלדעת אותו גורם פרטי התנהגותו של האסיר אינה צריכה להיחשב לעבירה.

מנגנוני הפיקוח אשר עוצבו בתיקון 28. ראו גם פס' 3 לפסק דינה של השופטת נאור, לעיל ה"ש 2. השופטת מציינת כי הזכייין הפרטי פועל מטעם המדינה כ"ידה הארוכה". אלא שגם פתרון קושי זה לא יסייע מקום שבו שיקולי הגורם הפרטי מוכתמים בשיפוט אישי.

175

ראו לעיל ה"ש 24 והטקסט ליד.

176 ראו התייחסות לממד ההבעתי של העברת ניהול בית כלא לידיים פרטיות בעניין חטיבת זכויות האדם, כמובא לעיל בה"ש 26 והטקסט לידה.

177 למשל אם הציבור סבור שהעבירה אינה חמורה, או שההתנהגות שבבסיס ההרשעה כלל אינה צריכה להיחשב כעבירה. ראו לעיל ה"ש 159.

178 ראו דברי ההסבר להצעת חוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 26) (בית סוהר בניהול פרטי), תשס"ד-2003, ה"ח הממשלה 270, בעמ' 273-274: "אל מול סמכות זו מונחת חובת הזכייין לקבל למשמורת בבית הסוהר בניהול פרטי את האסירים המופנים אליו".

מכאן נובע ההבדל השני, הנוגע לזהות הגורם המעניש. בעוד שבהקשר של עונשי ביוש ומרשם פלילי לא ניתן לדעת מי, אם בכלל, מקרב הציבור יהיה הגורם המעניש, אין הדבר כך בהקשר של עונשי מאסר מידיים פרטיות. האחרונים מוטלים על ידי גורם שנבחר על ידי המדינה לאחר תהליך סינון¹⁷⁹.

ההבדל השלישי נעוץ במשך העונש. כנובע מההבדל הראשון, אורכו של עונש הביוש תלוי גם כן, ובאופן מוחלט, בהחלטת הציבור. כאשר מוטל עונש ביוש תקופת העונש עשויה לנוע בין ימים בודדים לחיים שלמים¹⁸⁰. במובחן, עונש המאסר מוטל לתקופה קצובה, ולגורם הפרטי אין כמעט שליטה על משכה של תקופה זו¹⁸¹.

ההבדל הרביעי הוא, שגם עונש מאסר מידיים פרטיות נחשב לעונש, על כל המשמעויות הנלוות לכך¹⁸². לעומת זאת מרשם פלילי, במצב המצוי, אינו נחשב לעונש¹⁸³.

מההבדלים הללו נובע שעוצמת החשש למעורבות שיפוט פרטי, כמו גם היקף השיפוט הפרטי, במידה שקיים, היא פחותה בהקשר של עונשי מאסר מידיים פרטיות ביחס למרשם פלילי. עם זאת מאחר ומדובר בקושי מושגי¹⁸⁴, הרי שדי בכך שהוא קיים, גם אם בעוצמה פחותה, על מנת לבסס את המסקנה הנורמטיבית.

ההבדל האחרון עליו אבקש להצביע נוגע להיקף המסקנה הנורמטיבית הנובעת מהקושי הנדון. בהקשר של מרשם פלילי המסקנה הנורמטיבית היא מוחלטת בהיקפה, במובן זה שמרשם פלילי לעולם אינו יכול לשמש כעונש. במובחן, בהקשר של עונש המאסר, המסקנה הנורמטיבית חלה על הצורה ה"פרטית" של עונש זה בלבד. ייתכן שעונש המאסר ככלל מעורר קשיים הטעונים פתרון¹⁸⁵; אלא שהבעיה הנדונה כאן רלוונטית אך ורק לעונש מאסר מידיים פרטיות. היא אינה מתפרשת על עונש המאסר באופן כללי. מכאן שבעוד שהקושי הנדון יורד לשורש השאלה אם מרשם פלילי ראוי לשמש כעונש, משמעותו לעניין עונש המאסר היא מוגבלת בהיקפה.

על רקע זה אבקש להבהיר את ההבדל בין הדיון שנעשה כאן לבין זה שנעשה במסגרת עניין חטיבת זכויות האדם, להלן.

179 לעניין זה ראו תנאי הסף הקבועים בסעיף 128(א) לפקודת בתי הסוהר.

180 על היעדר האפשרות לקצוב עונשי ביוש בזמן ראו להלן ה"ש 212 והטקסט לידה.

181 למעט כמצוין לעיל בה"ש 171.

182 ראו להלן ה"ש 192 והטקסט לידה.

183 ראו לעיל תתי-פרק 4.ב, 4.ג(1) וכן הטקסט ליד ה"ש 162 ואילך.

184 לאופיו של הקושי כמושגי אשוב עוד להלן.

185 בהקשר זה ראו לעיל ה"ש 8.

(ב) הקושי בהעברת נטל הענישה לידי הציבור: על הדיון שלא התקיים בעניין חטיבת
זכויות האדם

הדמיון בין תוצאת הדיון כאן לבין זו שאליה בית המשפט העליון הגיע בפסק דינו בעניין חטיבת זכויות האדם הוא לכאורי בלבד. ביסוד פסק הדין דיון חוקתי באופיו, בעוד שהמסקנה המוצעת כאן נשענת על קושי מושגי. הדברים יובהרו להלן.

בית המשפט בעניין חטיבת זכויות האדם מרחיב את הדיון בקושי שנובע מ"עצם העברת סמכויות הניהול וההפעלה של בית הסוהר מידי המדינה לידי זכיי פרטי הפועל למטרות רווח"¹⁸⁶. אין חולק בדבר קיומו של הקושי; השאלה היא מה מהותו. לגישת בית המשפט, מדובר בקושי חוקתי. ביסוד פסק הדין מצוי אפוא דיון חוקתי בשאלות אם עצם העברת הסמכויות כאמור פוגעת בזכות החוקתית לחירות אישית¹⁸⁷; אם היא פוגעת בזכות החוקתית לכבוד האדם¹⁸⁸; וכפועל יוצא מתשובה חיובית לשתי השאלות הללו, אם הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה¹⁸⁹. מכאן, שבית המשפט אינו סבור כי הבעיה היא מושגית; כי המושג "עונש פלילי" אינו סובל עונש מאסר מידיים פרטיות. מסקנה זו נכונה גם לנוכח כמה אמירות מצד שופטים שונים, המצביעות על הכרה בקושי להפריד בין הטלת העונש לביצוע שלו¹⁹⁰, שכן הדיון נותר, לכל אורכו, חוקתי. במובחן, הגישה שמוצעת כאן היא שמדובר בקושי מושגי. אם כך, המשמעות היא שלא ניתן להתגבר עליו בכלים חוקתיים, שכן אין מדובר עוד ב"עונש פלילי" אשר עוצב באופן שפוגע בזכויות חוקתיות, ויש לבחון אם הוא עומד בפסקת ההגבלה; העונש אינו עוד "פלילי", ומכאן ואילך פסקת ההגבלה לא תועיל. אשר למושג "עונש פלילי": להבנתי, התפיסה המקובלת היא כי ביסודו של עונש כזה מצוי דבר חקיקה של הרשות המחוקקת, הקובע איזו התנהגות נחשבת ל"עבירה" ומהו העונש שבית המשפט מוסמך להטיל בגינה. האחרון מהווה בסיס לפסיקה של בית משפט מוסמך מטעם המדינה בשאלה אם התקיימו יסודות העבירה במקרה ספציפי. לאחר מכן, בית המשפט גוזר את העונש. לפיכך אני סבורה עוד, שמקובל על כולם כי בהיעדר אחד מהיסודות הנזכרים נשלל גם אופיו של העונש כ"פלילי". כלומר, אם יתקבצו כמה אנשים ויחליטו שהם אוסרים על התנהגות מסוימת, ומי שיבצע אותה יהיה כפוף ל"עונש" מידיהם, כולם יסכימו שאין מדובר בעונש "פלילי". באופן זה, אם גורם פרטי יחליט להקים בית משפט פרטי אשר ידון ויכריע בהתאם לדיני העונשין הישראליים, גם אז העונשים שאותו בית משפט פרטי יפסוק אינם עונשים "פליליים". טענתי לעיל¹⁹¹, שכאשר הטלת העונש

186 ראו לעיל ה"ש 2, פס' 18 לפסק דינה של השופטת ביניש.

187 ראו שם, פס' 20 ואילך לפסק דינה של השופטת ביניש.

188 ראו שם, פס' 34 ואילך לפסק דינה של השופטת ביניש.

189 ראו שם, פס' 44 ואילך לפסק דינה של השופטת ביניש.

190 ראו לעיל ה"ש 11.

191 תת-פרק 5.2).

הטלת העונש מוכתמת בשיפוט אישי, הפגיעה יורדת לשורש הגדרת העבירה והעונש בגינה. מכאן, שאם הגדרת העבירה והעונש בגינה הם פועל יוצא של שיפוט אישי, ולא של דבר חקיקה מאת הרשות המחוקקת, בהכרח אין מדובר עוד ב"עונש פלילי". בהקשר זה ראוי לציין כי ספק אם המחוקק, בהתקינו את תיקון 28, התכוון לסטות מהמשמעות המקובלת של המושג "עונש פלילי"¹⁹². להפך, דומה שנכון יהיה לומר כי הנחת המוצא לתיקון 28, גם אם בלתי מודעת, היא שמדובר באחד מהעונשים הפליליים המנויים בפרק ו' לחוק העונשין, תשל"ז-1977. וליתר דיוק, בעונש המאסר המנוי שם. עם זאת מתברר כי בפועל יש בסיס לטענה שהמושג "עונש פלילי" אינו סובל עונשי מאסר מידיים פרטיות. אם כך זהו פגם מושגי, שאינו ניתן לריפוי אלא באמצעות השבת עונש המאסר לידי המדינה. בית המשפט בעניין חטיבת זכויות האדם אינו דן בפגם מסוג זה. בית המשפט דן בשאלה אם עונש המאסר הפלילי, כאשר הוא מבוצע בידי גורם פרטי, עומד במגבלות החוקתיות. אילו בית המשפט היה מזהה את הקושי המושגי ומשמעותו, הדיון החוקתי היה מתייתר¹⁹³.

(ג) מסקנת ביניים

הדיון עד כה הוביל למסקנה נורמטיבית, שהיא משותפת למרשם פלילי ולעונשי מאסר מידיים פרטיות. למעשה די במסקנה זו על מנת לדחות את האפשרות שלפיה התכלית הראויה של מרשם פלילי היא עונשית, כמו גם את האפשרות של עונשי מאסר מידיים פרטיות. עם זאת, ועל מנת להשלים את הדיון בשאלת הסיווג הראוי של מרשם פלילי, אבקש עתה להצביע על כך שעונשי ביוש (ובעקבותיהם, מרשם פלילי) אינם עונים על תכליות הענישה, במנותק מהקושי המושגי שנדון עד כה. אזכיר כי מאמר זה אינו מבקש לתקוף את עונש המאסר ככלל. לכן, בהמשך הדיון אציין קיומם של קשיים משותפים לעונשי ביוש ולעונש המאסר רק כאשר האחרון הוא מידיים פרטיות.

192 בהקשר זה ראו אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי: על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" עיוני משפט יז 475, 478-479 (1992): "ההנחה הינה, כי יוצרי הנורמות המשפטיות (המחוקק הציבורי והפרטי) הניחו את המושגיות הקיימת כתשתית ליצירתם".

193 ייתכן כי הדיון המושגי היה מתעורר בהקשר של טענת העותרים בעניין חטיבת זכויות האדם, שלפיה תיקון 28 מהווה פגיעה בכלל החוקתי הקבוע בסעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה, שלפיו "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה". ראו לעיל ה"ש 2, שם, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ביניש. אלא שבית המשפט לא נדרש לדיון זה, לאחר שמצא כי תיקון 28 פוגע באופן בלתי מידי בזכויות אדם המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו שם, פס' 63 לפסק דינה של השופטת ביניש.

(4) עונשי ביוש והתכלית הגמולית

(א) עונשי ביוש והתכלית הגמולית: כללי

בתת-פרק זה אבקש לבחון אם עונשי ביוש ככלל, והרישום הפלילי בפרט, עונים על תכלית הענישה הגמולית¹⁹⁴. הטיעון לטובת עונשי ביוש בהקשר זה, קושר בין התאוריה ההבעתית של המשפט והתכלית הגמולית. בהתאם לתאוריה ההבעתית, חוקים ופסקי דין ממלאים תפקיד הצהרתי גם אם אינם מובילים לתוצאות בפועל, כגון שינוי נורמות חברתיות; לממד ההבעתי של המשפט ערך פנימי¹⁹⁵. השילוב בין התאוריה ההבעתית לתכלית הגמולית מנביע את הטענה הבאה: עונש גמולי הולם הוא כזה שמבטא גינוי מוסרי ומאשר מחדש את הערכים שהעברייין, במעשיו, שלל. במילים אחרות, מעשה העבירה מבטא מסר של העברייין, שלפיו הקרבן חסר משמעות; העונש מבטא, במקביל, הכחשה חזקה של המסר הזה וכן צידוד בקרבן ובהערכה הנכונה שלו. על רקע זה, נטען כי עונשי ביוש מבטאים גינוי מוסרי באופן הולם: הגינוי המוסרי נובע מהאופי המשפיל של עונשי הביוש המתבטא, בין השאר, בהוקעת העברייין והעבירה כמנוגדים לנורמות המוסריות המקובלות, ומהפרדתו הטקסטית מאלה שכן פועלים בהתאם לאותן נורמות¹⁹⁶. לכשעצמי, אינני בטוחה שהיחס שמקבלים בעלי רישום פלילי על רקע עברם הפלילי מבטא בהכרח גינוי, וגם אם כן – הגינוי מצוי בשולי הדברים. לדעתי, נידוי של בעלי רישום פלילי במובן של סירוב להעסיק אותם בעבודות שונות, או רחיעה כללית מפניהם, מבטא דעה קדומה, וכן פחד שאינו בהכרח מבוסס. מעסיקים מתרחקים מבעלי עבר פלילי לא על מנת להביע גינוי של מעשה העבירה, אלא כדי להגן על העסק שלהם מפני ביצוע עבירות ולהימנע מתביעות משפטיות. כך גם למשל בעלי בתים המעדיפים להימנע משוכרים בעלי עבר פלילי. באופן כללי אנשים מעדיפים להתרחק מבעלי עבר פלילי מאחר שבעיניהם זה סימן לאופי רע¹⁹⁷.

194 התפיסה הגמולית מחפשת אחר העונש ההולם, אותה "מידה כנגד מידה", אשר תשיב את המאזן המוסרי שהופר על ידי המעשה העברייני על כנו. ראו FLETCHER, לעיל הערה 93, בעמ' 204, 249. כן ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1891-1892.

195 ראו Cass R. Sunstein, *Symposium: Law, Economics & Norms: On the Expressive Function of Law*, 144 U. PA. L. REV. 2021, 2021-2033 (1996). עוד על התאוריה ההבעתית ראו Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL. STUD. 585 (1998); וראו Robert. D. Cooter, *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence and Internalization*, 79 OREGON L. REV. 1 (2000).

196 ראו Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 598-602, 637-635, וכן ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 93, בעמ' 235. ראו גם Chad Flanders, *Shame and the Meanings of Punishment*, 54 CLEV. ST. L. REV. 609, 611-617 (2006).

197 ראו דברי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין *Hawker v. New York*, 170 U.S. (1898), 189. עוד ראו, על ההתייחסות להעדפה של מעסיקים שלא להעסיק בעלי עבר פלילי כרציונלית, מאמרה של Simonson, לעיל ה"ש 107, בעמ' 284, 290, 295-296, וכן ראו

אם כן ניתן לומר שהנורמה החברתית בנוגע לבעלי עבר פלילי נשלטת על ידי דעות קדומות ופחד. נורמה זו היא שממלאת בתוכן את המסר שמבטא הרישום הפלילי, ולא גינוי מוסרי¹⁹⁸. בכך גם מתעמעם הקשר שבין העבירה לעונש, ועל פניו מודגש הקשר שבין העבריין לעונש¹⁹⁹. יתר על כן, לא ניתן לנתק עונשי ביוש, ובעקבותיהם מרשם פלילי, מהמטען ההיסטורי המכביד שנדון לעיל. אם כן עונשי ביוש מודרניים נושאים "בעל כורחם" מסר של השפלה ונידוי כלפי אוכלוסיות חלשות ונרדפות²⁰⁰.

טעם נוסף לכך שעונשי ביוש אינם עונים על התכלית הגמולית הוא הדמיון בין עונשי ביוש לנקמה, במובחן מגמול. זאת, כנובע גם מזהות הגוף המעניש. בדומה לנקמה, עונשי ביוש עשויים להיות בלתי מוגבלים בהיקף ובאינטנסיביות שלהם; הציבור מוזמן למלא תפקיד שדומה ללינין' המבוצע על ידי המון זועם²⁰¹. הדברים נכונים במיוחד בהקשר של ההתייחסות החברתית לבעלי רישום פלילי. בהמשך לנאמר לעיל, אני סבורה שיחס שלילי לבעלי רישום פלילי מונע מאינטרסים אישיים (דעות ופחדים הקיימים בקרב החברה), בדומה לנקמה, ולא מרצון לגנות את ביצוע העבירה.

הדברים האמורים לעיל מראים כי באופן כללי עונשי ביוש, ובעקבותיהם מרשם פלילי, אינם עונים על תכלית הענישה הגמולית. להלן יידונו היבטים ספציפיים של התכלית הגמולית, המובילים למסקנה זוהה.

- Timothy L. Creed, *Negligent Hiring and Criminal Rehabilitation: Employing Ex-Convicts, Yet Avoiding Liability*, 20 ST. THOMAS. L. REV. 183, 201-202 (2008) 198
- שכן המשמעות שיש לפעולות נגזרת מהנורמות החברתיות שעל רקען הן מבוצעות. ראו Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 597. כמו כן פלנדרס (Flanders), לעיל ה"ש 196, מחפש אחר עונשים הולמים מנקודת מבט ליברלית, כאלה שמבטאים גינוי בלבד וחסרים אלמנטים של סבל והשפלה. עונשי ביוש אינם עונים על דרישה זו מאחר שיש בהם יותר מאשר שלילת המסר של העבריין: עונשי ביוש פוגעים בכבודו של העבריין ומעודדים את הציבור להתבונן בו כעל נחות מאדם. עם זאת על רקע המשמעויות החברתיות הקיימות, שלילה מוצלחת של המסר ששלח העבריין מחייבת איזשהו אלמנט של השפלה. מכאן שהמסקנה הבלתי רצויה, אמנם, שפלנדרס מגיע אליה היא, שעונשי ביוש עונים על התכלית הגמולית. בהמשך פלנדרס מסביר כיצד החברה הגיעה למצב בלתי רצוי זה, שבו עונש הולם חייב לערב גרימת סבל או השפלה לעבריין. ראו שם, בעמ' 630-631.
- זוהי בעיית הפרסונליזציה של העונש עליה פלטשר מצביע. לטענתו, עונשים הבעתיים-סמליים 199
- אמיתיים אינם בנמצא עוד בימינו, אך החברה עדיין רוצה שעונשים יגנו את העבירה ואולי את העבריין גם. באופן זה הדגש עלול להיות מוסט מהקשר שבין העבירה לעונש, אל עבר הפיכת העונש לאישי ומכוון לעבריין. הטיעון של פלטשר הוא אפוא שככל שעונש מבטא גינוי, עליו להיות מוטל כנגד מעשה העבירה; למרות שמטבע הדברים המסר מועבר לפרט מסוים, שפת הגינוי היא אימפרסונלית. ראו FLETCHER, לעיל הערה 93, בעמ' 236-238.
- 200 כזכור, מטעם זה קהאן חזר בו מתמיכתו בעונשי ביוש; ראו Kahan, לעיל ה"ש 138.
- 201 Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2216-2220. ראו גם ASHWORTH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 71.

(ב) עונשי ביוש והתכלית הגמולית: כבוד האדם, עקרון המידתיות ועקרון השוויון

המתח בין עונשי ביוש לתכלית הגמולית בא לידי ביטוי בשלושה היבטים נוספים הקשורים האחד בשני: כבוד האדם, עקרון המידתיות ועקרון השוויון בענישה. תפיסת הפרט כסוכן עצמאי, האחראי למעשיו ומסוגל להגיע להחלטות מוסריות, יורדת לשורש ההצדקה של התכלית הגמולית. לפיכך עונש ראוי הוא כזה שמתחשב בכבודו של העבריין כאדם וכסוכן מוסרי, ואינו משתמש בעבריו ככלי²⁰². לעומת זאת עונשי ביוש פוגעים בכבוד העבריין. הם משדרים מסר שלפיו הפרט מושא העונש אינו כשאר האדם, ולכן ראוי לביזוי. מסר זה הוא פועל יוצא של חשיפת קלונו של המבוש ברבים, ומתן ההרשאה לציבור ללעוג לו. המבוש אינו נתפס עוד כאדם ממשי, אלא כדבר שאינו אנושי ואינו מכובד. ייתכן שהיחס המבזה כלפיו נובע מתוך תחושת עליונות; בעיני הקהל, העבריין הוא טיפוס לקוי²⁰³. הפגיעה בכבוד היא גם פועל יוצא של הרגשות המניעים את העונש, ובכללם כעס ושנאה, שכן כאשר המדינה מטילה על האזרחים את הנטל להעניש באמצעות עונשי ביוש היא מעודדת את הציבור, באופן מרומז, לנקוט יחס משפיל וברוטלי כלפי מושא העונש. עונשי ביוש דורשים מהאזרחים לאמץ עמדה שלילית כלפי מושא העונש על מנת שהאחרון, בתורו, יחוש על בשרו את שאט הנפש של החברה. מכאן שעונשי ביוש עלולים להפוך לעונש מידי ההמון, המכוון על ידי רגשות נקמה ולא שיקולים חסרי פניות²⁰⁴.

המרשם הפלילי סובל מקושי זהה. לטעמי, במרשם הפלילי מובלע אישור מטעם המדינה לכך שמושא המרשם אינו ראוי לכבוד כשאר האדם. כאשר המרשם הפלילי נתפס כחזות הכל, ומייתר כל בדיקה נוספת באשר לכישורים ויכולות אחרים שקיימים אצל הפרט,

202 ראו FLETCHER, לעיל הערה 93, בעמ' 249, וכן Markel, שם, בעמ' 2219.
 203 ראו Toni M. Massaro, *The Meanings of Shame: Implications for Legal Reform*, 3 PSYCH. PUB. POL. & L. 645, 699 (1997). עוד ראו Huschka, לעיל ה"ש 132, בעמ' 831, וכן Flanders, לעיל ה"ש 196, בעמ' 620, 624.
 204 ראו שם, בעמ' 623-624, וכן Huschka, שם, בעמ' 831. הטענה היא שעונשים מסוג זה שייכים לפוליטיקה ששואבת את כוחה מהמון משולהב ופרוע, ולא מציבור מפוכח ורגוע. כנטען, דמוקרטיה ראויה היא כזו שנשענת על ציבור מפוכח וממושם. לפיכך חשיפת עבריינים לציבור לשם השפלתם אינה יכולה להיות טובה לפוליטיקה בריאה. כאן עולה שוב הקושי שבזהות הגוף המעניש: המסר הבעייתי ביותר שיכול להילווה לעונשי ביוש הוא שהמדינה נטשה את המונופול שלה להעניש, ומאפשרת לציבור לעשות בעבריו כרצונו. הציבור עשוי להגיב כהמון נזעם. לכן יש להותיר את מלאכת הענישה בידי המומחים למשפט פלילי. ראו Spatz, לעיל ה"ש 133, בעמ' 1091-1092.

המשמעות היא שהיחס אל הפרט הוא כאל יצור לקוי ונחות²⁰⁵. יש לשים לב לקושי דומה שמתעורר בהקשר של עונשי מאסר מידיים פרטיות. בית המשפט בעניין חטיבת זכויות האדם מתייחס למשמעות הסמלית המיוחסת לכליאה בבית סוהר בניהול פרטי, בפרט לכך שהעברת סמכות הכליאה לתאגיד פרטי מבטאת יחס של חוסר כבוד לפרט ולערכו כאדם²⁰⁶.

וויטמן טוען כי כבודו של העבריין נפגע במובן נוסף, בהקשר של עונשי ביוש: המובן הרטוריקלי. הכוונה היא לכך שקיימת נורמה מושרשת בחברה, שלפיה לעולם אין לאלץ אנשים להיקשר ב"עסקה" עם שותפים פראיים או בלתי צפויים. "כבוד" במובן זה קשור בזכות לדעת לאיזה סוג של עסקה הפרט נכנס ומהם תנאיה, ונובע מזכות הפרט להשיב את חובו ובכך לסיים עם נושהו. כאשר המדינה מפנה את הפרט לציבור, כפי שקורה עם עונשי ביוש, היא שוללת ממנו את הכבוד במובן המתואר, שכן לא ניתן לצפות את האופן שבו הקהל יבחר להתייחס לפרט, או לשלוט בו²⁰⁷.

כאמור, עונשי ביוש מעוררים קושי בשני היבטים נוספים: היבט המידתיות והיבט השוויון. עקרון המידתיות הוא אבן הבוחן של התכלית הגמולית. משמעות העיקרון היא שעונש גמולי צריך להלום את מידת החומרה והאשמה הגלומות בעבירה, ולא מעבר לכך. המידתיות באה לידי ביטוי באמצעות מדרג של עונשים המותאמים לחומרתן היחסית של העבירות. משמעות עקרון השוויון בענישה היא שיש לענוש באופן שוויוני, ובהתעלם משיקולים כגון מצב כלכלי, גזע, צבע, מין, יכולות, מצב תעסוקתי או משפחתי. מתוך כך נובע עקרון ההשפעה השווה, שלפיו ענישה צריכה להיות מחושבת באופן שההשפעה על עבריינים שונים (בעלי אמצעים ורגישויות שונות) תהא זהה²⁰⁸.

205 טענה זו מתיישבת עם התפיסה שלפיה לתיוג העברייני יש "אפקט הילה", אשר מכתיב את כישרונותיו וכישוריו של מושא התיוג ומאפיל על אישיותו. ראו שוהם, אדד ורהב, לעיל ה"ש 113, בעמ' 474-475, 487-488.

206 ראו לעיל ה"ש 2, פס' 38-39 לפסק דינה של השופטת ביניש.

207 ראו Whitman, לעיל ה"ש 140, בעמ' 1090-1091. לביקורת על Whitman ראו Markel, לעיל ה"ש 115, בעמ' 2222-2228.

208 ראו ASHWORH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 84, 96-97. ראו גם Harel, לעיל ה"ש 112, בעמ' 2637-2638. עקרון ההשפעה השווה בא לידי ביטוי בעיקר בהטלת קנסות, אולם גם בהקשר למאסר הוא יכול לבוא לידי ביטוי, כאשר מדובר למשל בעבריינים שסובלים מבעיה רפואית או מנטלית אשר עשויה להפוך את השהייה במאסר לקשה במיוחד עבורם. ראו ASHWORH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, שם, בעמ' 97. בהקשר של עונשי ביוש, שמירה על הפן הפורמלי של עקרון השוויון מסכנת את ההיבט המהותי שלו, ומנגד ניסיון לשמור על ההיבט המהותי עלול להוביל להטלת עונשים כבדים על מי שלכאורה אין לו מה לאבד, לעומת בעלי המעמד המבוסס למשל. ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1941. מסרו מציינת עוד את היעדרה של סכמה מובנית שתשמש בסיס להטלת עונשי ביוש. ראו שם.

עונשי ביוש אינם עונים על העקרונות הללו. מלכתחילה הפגיעה בפרט היא מופשטת, ואינה ניתנת להערכה ולכימות. בושה היא רגש אינדיווידואלי: ישנם אנשים שהעונש כלל לא יביא אותם לידי בושה, בעוד אצל אחרים הוא יעורר בושה עמוקה²⁰⁹. גם הפגיעה במעמד החברתי היא אינדיווידואלית: העונש עשוי להשפיע באופן דרמטי על מי שהחזיק במעמד מכובד בקהילה, לעומת מי שממילא בעל מוניטין מפוקפק. במקביל, העונש מוטל על ידי הציבור, והציבור מורכב מאנשים שונים המטילים עונשים שונים – כל אחד לפי מצפוננו ורמתו המוסרית. יתר על כן, ובמובחן מצורות ענישה אחרות המערבות פקטורים הניתנים לכימות – כגון מספר החודשים במאסר, שעות העבודה לתועלת הציבור, גובה הקנס – מבוכה, בושה ומעמד חברתי אינם ניתנים לכימות²¹⁰. אם כן האינדיווידואליות של הרגש והמעמד החברתי משמעה היעדר אפשרות, מלכתחילה, להטיל עונשי ביוש באופן שוויוני²¹¹, ובהיעדר יכולת כימות לא ניתן לעצב עונש מידתי על פי מידת החומרה הגלומה בעברה. בעיית המידתיות מתגברת על רקע הסטיגמה שנלווית לעונשי ביוש, שעלולה להיות בלתי הפיכה, שכן אין אפשרות אמיתית לקצוב את ההשלכות של עונשי ביוש בזמן.

תפיסת הגמול הקנטיאנית נשענת, בראש ובראשונה, על שלושה ממדים של שוויון, וכיניהם שוויון בין נאשמים: המדינה צריכה לטפל בעבריינים שביצעו עבירות זהות באופן זהה, באמצעות הענשתם לפי מידת אשמתם, ומבלי להקל בעונשו של מי אשר הסכים לתרום את גופו לניסויים רפואיים, לדוגמה. עם זאת מדובר בגישה נוקשה, שמתירה עונשים אשר נחשבים כיום לאכזריים. ראו FLETCHER, לעיל ה"ש 93, בעמ' 203-205. על היבט המידתיים ראו גם אצל Flanders, לעיל ה"ש 196, בעמ' 628-629. כזכור, פלנדרס טוען שעונשי ביוש שוללים באופן אפקטיבי את המסר של העברייני, וממלאים בכך אחר התכלית הגמולית. עם זאת עונשי ביוש מערבים השפלה. מההיבט המידתי נשאלת השאלה כמה השפלה צריך על מנת לשלול את המסר של העברייני.

209 אמנם, בושה היא תוצאה שנגררת גם לשאר צורות הענישה; עם זאת יש הבדל בין עונשים המבוצעים רחוק מעין הציבור, כמו מאסר לדוגמה, לבין עונשי ביוש, שלב לבם הוא החשיפה לציבור הרחב. על ההשוואה בין עונשי מאסר לבין עונשי ביוש ראו Huschka, לעיל ה"ש 132, בעמ' 831, אשר סבור כי שהייה בכלא, רחוק מעין הציבור, אינה מערבת השפלה. מנגד ראו Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 645, אשר רואה במאסר טקס משפיל. עוד בהקשר זה ראו Flanders, לעיל ה"ש 196, בעמ' 621-626, וכן Spatz, לעיל ה"ש 133, בעמ' 844.

210 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1937.

211 לעקרון השוויון היבטים נוספים. היבט אחד הוא השאלה אם עונשי ביוש מעוררים קונוטציות של הייררכיה וחוסר שוויון; היבט זה נדון בקשר לרקע ההיסטורי של עונשי ביוש, ראו לעיל תתי-פרקים 5.1(1)-5.2(2). היבט אחר הוא שאלת השוויון בהטלת עונשים שונים, ובפרט בחינת היחס בין עונשי ביוש לעונשים אחרים. על היבטים אלו ראו Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 647-649. קהאן טען שם שעונשי ביוש אינם מעוררים קושי בהקשרים הללו. כמצוין לעיל, קהאן חזר בו מתמיכתו בעונשי ביוש. ראו Kahan, לעיל ה"ש 138. הדיון שנעשה שם הוא בשאלה אם ניתן להטיל עונשי ביוש, בינם לבין עצמם, באופן שיעלה בקנה אחד עם עקרון השוויון.

משעה שהמידע אודות הפרט הפך לנחלת הכלל, הציבור יעשה עם המידע כרצונו. למשל, אם הציבור יחליט לנדות את הפרט, גזר הדין יהיה בלתי מוגבל בזמן והוא עשוי לכלול גם פגיעה במעמד וחוסר יכולת להשתלב בתעסוקה בעלת משמעות. הרי עונשי ביוש מעודדים את השתתפות הציבור בענישה; המשמעות היא שלא ניתן לצפות כיצד הציבור יבחר להעניש פרט מסוים. בשונה מצורות ענישה אחרות אפוא לעונשי ביוש אין נקודת סיום גואלת, כך שלא ניתן להטיל אותם באופן מידתי ביחס לעבירה²¹².

הטיעונים שהובאו לעיל ממחשיבים יפה את המתח הקיים בין עונשי הביוש לעקרונות המידתיות והשוויון בענישה. עם זאת הם אינם ייחודיים לעונשי ביוש, ויכולים לעלות במידה כזו או אחרת גם בקשר לעונשים אחרים. עונש מאסר עשוי להיות מוטל באופן שוויוני על שני אנשים, אולם להביא לתוצאות שונות באופן דרמטי: למשל הטלת עונש מאסר זהה על בעל עסק עצמאי ועל עובד שכיר עשויה להשפיע עליהם באופן שונה לחלוטין – עסקו של העצמאי עשוי להמשיך ולפעול בזמן שהותו במאסר, בעוד שהשכיר יאבד את מקום עבודתו כליל. באותה מידה ניתן לומר שעונשי הביוש מוטלים מלכתחילה באופן זהה, אולם השפעתם השונה היא פועל יוצא של נתונים אינדיווידואליים, רגשיים ותעסוקתיים, בין השאר. אם כן השאלה היא אם עונשי ביוש, ובתוך כך מרשם פלילי, אינם מעוררים בעיה ייחודית בהקשרים הללו, של מידתיות ושוויון. לדעתי הבעיה המתעוררת הינה ייחודית ושונה באופן איכותי, ולא רק כמותי, מהקשיים שעונשים אחרים מעוררים בהקשרים דומים²¹³. לדעתי, ההבדל האיכותי נובע שוב מזהות הגוף המעניש. הטלת עונש על ידי המדינה משמעה ניסיון להגיע לתוצאה עונשית מידתית ושוויונית²¹⁴. ניסיון זה בא לידי ביטוי בהטלת עונשים ברי כימות (ביחידות של זמן או כסף) ובהישענות על עקרון התקדים המחייב²¹⁵. ניתן לומר שענישה שתענה על עקרונות המידתיות והשוויון באופן

212 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1937-1938. הדברים נכונים בפרט בהיעדר הליכים לקבלתו המחודשת של הפרט לקהילה או מגבלות על אופן התגובה הציבורית. ראו גם Massaro, לעיל ה"ש 203, בעמ' 694. עוד יודגש בהקשר זה כי ההשלכות הסטיגמטיות של העונש אינן מושפעת ממשך הזמן שבו המידע פומבי. באשר לאחד, המידע עשוי להיות פומבי לזמן קצר ועדיין להגיע לידיעת הקהל הרלוונטי, בעוד שלגבי אחר, המידע עשוי להיות פומבי לתקופה ממושכת ולא להגיע לידיעת הקהל הרלוונטי. ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1940-1939.

213 ראו Massaro, שם, בעמ' 1941. מסרו מציינת שבעיית האינדיבידואליזם בענישה אינה ייחודית לעונשי ביוש דווקא, אולם היא משמעותית במיוחד בהקשר לעונשים אלו, נוכח האופי החמקמק והאישי של רגש הבושה.

214 ככל שהתכלית העונשית השלטת באותה שיטת משפט היא התכלית הגמולית, וככל שהמדינה מחויבת להטלת עונשים הוגנים. ראו VON HIRSCH & ASHWORTH, לעיל ה"ש 39, בעמ' 3-4, 10-9, 31.

215 ראו ס' 20 (ב) לחוק-יסוד: השפיטה. על חשיבות עקרון התקדים המחייב ראו: Paul A. Dame, Note: *Stare Decisis, Chevron, and Skidmore: Do Administrative Agencies Have the*

מושלים אינה אלא שאיפה בלתי ניתנת להשגה; ההשפעה של העונש היא לעולם אינדיווידואלית. ועדיין, המדינה אינה פוסקת מלנסות. לעומת זאת כאשר העונש מוטל על ידי הציבור, לא נעשה אפילו ניסיון להגיע לתוצאה עונשית מידתית ושוויונית. עונשי ביוש אינם ניתנים לכימות ביחידות כלשהן, הציבור אינו כפוף לתקדימים, אינו מונחה באופן כלשהו באשר לדרך הטלת העונש, משכו והיקפו, הציבור גם יכול להחליט, איש כפי רצונו, אם בכלל להעניש. מכאן שההבדל האיכותי טמון בשאלה אם נעשה ניסיון כלשהו להשיג תוצאה עונשית מידתית ושוויונית, אם לאו. בהקשר של עונשי ביוש, ובתוך כך מרשם פלילי, המדינה מוותרת מלכתחילה על כל אפשרות שהתוצאה העונשית תהיה מידתית ושוויונית, בעצם העברת נטל הענישה לידי הציבור. יותר מכך, המדינה, בהעברת הנטל לאזרחים, שולחת מסר: המסר הוא שאין למדינה כל עניין בכך שהעונש יהיה מידתי ושוויוני; הפרטים שעליהם מוטלים עונשי ביוש כלל אינם ראויים לענישה הוגנת במובן של שמירה על עקרון המידתיות והשוויון; לגביהם – הכל לגיטימי²¹⁶. זהו מסר בעייתי וקשה, המדגיש ביתר שאת את הפגיעה בכבוד האדם אשר נדונה לעיל. מסר זה אינו קיים בעונשים המוטלים על ידי המדינה, שם המסר הוא הפוך: המדינה עושה כל שאלא ידה על מנת להשיג תוצאה עונשית מידתית ושוויונית²¹⁷. הצבעתי לעיל על כך שבהקשרים הללו קיימת

Michael : *Power to Overrule Courts?*, 44 WM. & MARY L. REV. 405, 414-416 (2002)
J. Gerhardt, *Survey: VIII. Judicial Decisionmaking: Attitudes about Attitudes – The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, by Jeffrey A. Segal and Harold J. Spaeth, 101 MICH. L. REV. 1733, 1761-1762 (2003)

216 על הממד ההבעתי של המשפט ראו לעיל ה"ש 195 והטקסט לידה.
217 דומני שתמיכה בקו טיעון זה עשויה להימצא בספרם של VON HIRSCH & ASHWORTH, לעיל ה"ש 39, בעמ' 30-31. המחברים סבורים שהגינוי בעקבות ביצוע עבירה (משמע, העונש) צריך להיעשות בשם הציבור בכללו, מהטעם שהוא קשור בנורמות בסיסיות של אינטראקציה הוגנת בין האזרחים. בכך, המדינה מספקת הערכה ציבורית של המעשה. כלומר, המדינה בתגובתה אינה מדברת בשם הקרבנות ותומכיהן בלבד, אלא בשם הקהילה הרחבה. מעורבות המדינה עשויה להביא לשיפוט מתחשב ועקבי יותר בנוגע למידת החומרה שבמעשה ולחומרת העונש הנדרשת לשם הבעת הגינוי. עם זאת המחברים אינם מספקים תשובה לשאלה מדוע המדינה בלבד מתאימה לביצוע משימה זו.

לעונש המוטל על ידי המדינה, ומשקף לפיכך הערכה ציבורית, משמעות נוספת: במידה וקיים שוני בין עונשים שהוטלו על שני אנשים אשר ביצעו עבירות בעלות אופי דומה, ההסבר להבדל בין העונשים נעוץ בשוני בחומרת העבירות שבוצעו על ידיהם. לעומת זאת חוסר שוויון כתוצאה מהטלת עונשי ביוש נובע מכך שה"עונשים" מוטלים על ידי אנשים שונים מתוך הציבור ולא מטעמים הקשורים בחומרת העבירות. ראו טענה דומה בספרם של VON HIRSCH & ASHWORTH, שם, בעמ' 103.

הבחנה בין מרשם פלילי לבין עונשי מאסר מידיים פרטיות. הקשיים הללו אינם מתעוררים אפוא, ולכל הפחות באותה עוצמה, בהקשר של האחרונים²¹⁸.
 על רקע מכלול הטענות שנדונו לעיל, מסקנתי היא שעונשי ביוש, ובכלל זה מרשם פלילי, אינם עונים על תכלית הענישה הגמולית.

(5) עונשי ביוש והתכלית ההרתעתית

האם עונשי ביוש עונים על התכלית ההרתעתית של הענישה²¹⁹? לכאורה, נראה שכן. החשש מפני ההשפלה והנידוי החברתי הנלווים לעונשי ביוש עשוי בהחלט להרתיע עבריינים בכוח מלבצע עבירות²²⁰. עם זאת יש לזכור שהצלחת ההרתעה תלויה במידת החשיבות שמושא העונש מייחס למעמדו החברתי. המשמעות היא, שעונשי ביוש ירתיעו בעיקר את מי שמעורה חברתית, ואלה בדרך כלל אינם טיפוסים עבריינים²²¹.

ניתן היה להניח שלרישום הפלילי ערך הרתעתי. עם זאת הנחה זו מתערערת לאור בעיית המודעות הציבורית המאפיינת הסדרים הנוגעים למרשם פלילי ולהשלכותיו, שכן תנאי מקדמי להשגת התכלית ההרתעתית הוא מודעות בקרב עבריינים בכוח אודות העונש הצפוי.

218 ראו לעיל הטקסט ליד ה"ש 177-183. עם זאת ראו פס' 14-19 לפסק דינה של השופטת נאור, הסבורה שתיקון 28 פוגע בעקרון השוויון בין אסירים. לעיל ה"ש 2. כמו כן ראו דבריה, שם, בפס' 2: "אף שקיימת בעצם המאסר פגיעה בחירות, הרי שכאשר היא מבוצעת בידי המדינה בעצמה, הפגיעה היא מידתית..."

219 זוהי תכלית תועלתנית, צופה פני עתיד. ענישה הרתעתית מבקשת למנוע עבירות עתידיות באמצעות איום והפחדה. יצוין כי התכלית ההרתעתית זוכה לביקורת עקרונית ואמפירית. ראו לעיל ה"ש 93, בעמ' 248-252, Massaro; לעיל ה"ש 111, בעמ' 1895-1898.

220 ראו Massaro, שם, בעמ' 1898-1899. עם זאת מסרו מציינת בהמשך כי ההיסטוריה של עונשי ביוש מצביעה על כך שערכם ההרתעתי נמוך. ראו שם, בעמ' 1930. עוד ראו Flanders, לעיל ה"ש 196, בעמ' 615; Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 638-640. קהאן מתייחס שם להיבט נוסף של הרתעה: עיצוב העדפות חברתיות, וטוען כי עונשי ביוש עונים גם על היבט זה. קהאן מעלה שאלה נוספת, והיא אם עונשי ביוש לוקים בהרתעת יתר. הוא עונה לשאלה זו בשלילה, וטוען כי התרומה המרבית לסטיגמה נובעת מעובדת ההרשעה עצמה, ללא קשר לעונש שהוטל. ראו מאמרו, שם, בעמ' 640-641. אינני מסכימה עם טענה זו. לדעתי, עיקר הסטיגמה נובע מהפצת המידע אודות ההרשעה ברבים; זה בדיוק האפקט של עונשי ביוש. עוד ראו בזק, לעיל ה"ש 43, בעמ' 71-72, *Shame, Stigma, and Crime*; לעיל ה"ש 109, בעמ' 2190-2192. Huschka, לעיל ה"ש 132, מציין כי בפסק הדין של בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז התשיעי בעניין *United States v. Gementera* דעת המיעוט סברה כי השפלה, כמטרת העונש, אינה מתיישבת עם תכליות הענישה המקובלות: הרתעה, שיקום והגנה על הציבור. ראו שם, בעמ' 820.

221 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1918, וכן המאמר *Shame, Stigma, and Crime*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 2190.

ההסדרים של מרשם פלילי אינם מוכרים לציבור, ואף אנשי מקצוע בתחום המשפט אינם בקיאים בסוגיית המרשם הפלילי והשלכותיו²²². הקושי מתגבר כאשר ההסדר הוא מורכב, וההשלכות השונות של הרישום פזורות על גבי מגוון של דברי חקיקה. ניקח כדוגמה את ההסדר הישראלי. "מודעות" להסדר הישראלי משמעה הכרת תקופות ההתיישנות והמחיקה הנלוות לעונשים השונים, הכרת עשרות רבות של מקצועות, עיסוקים והיתרים החסומים או שעשויים להיות חסומים בפני בעלי רישום פלילי, והפנמת המשמעות הנבדלות של התיישנות ומחיקה²²³. זוהי מודעות מורכבת, שנבדלת באופן משמעותי מה"מודעות" לעונשים המסורתיים. לגבי עונשים כגון מאסר וקנס, טענתי היא שדי במודעות הכללית שביצוע עבירה עשוי לגרור אחריו את הטלת אחד מהם. סביר להניח שמודעות ברמה מינימלית כזו קיימת בציבור. כאשר להסדרים המורכבים של מרשם פלילי, ומאחר שאנשי המקצוע בתחום המשפט אינם בקיאים בהם, אין לצפות מהדיוטות להכיר אותם, וכתוצאה מכך להירתע מהם, אולם ניתן לפתור את בעיית המודעות באמצעות חשיפת ההסדרים לידיעת הציבור וביצוע פעולות הסברה. אז יש מקום לטענה שהערך ההרתעתי של רישום פלילי יפחת ככל שיותר אנשים יהיו רשומים במרשם, וככל שהפצת המידע תהיה רחבה יותר, שכן אם הרבה אנשים נושאים רישום פלילי, הרישום מאבד מעוקצו וייחודו²²⁴.

(6) עונשי ביוש ותכליות המניעה והשיקום

תכליות השיקום והמניעה אמנם פחות מודגשות בענישה הפלילית; עם זאת אבקש להתייחס בקצרה לשאלה אם עונשי ביוש עשויים לקדם תכליות אלה, כבסיס לטענה שלפיה עונשי ביוש עשויים להשיג תוצאה הפוכה מהרצוי. עונש שתכליתו מניעתית הוא כזה שמגביל את יכולתו של העבריין לבצע עבירות נוספות למשך תקופה ממושכת. עונשי ביוש עשויים לקדם את התכלית המניעתית: יש להניח כי הציבור ייזהר מפני מי שמוטבעת עליו תווית של עבריין, ויתרחק ממנו; הדבר יוביל בהכרח

222 מסקנה זו עולה מתוצאות המחקר הנזכר לעיל בה"ש 34 והטקסט ליד. המחקר מצביע על רמת מודעות נמוכה למדי בנוגע להסדרי המרשם הפלילי בישראל בקרב שלושת האוכלוסיות המשתתפות: סנגורים, תובעים וחסרי השכלה משפטית. רמת המודעות היא נמוכה במיוחד בקרב קבוצת האוכלוסיה של חסרי ההשכלה המשפטית.

223 ראו לעיל ה"ש 29, וכן ס' 14-17, 19-20 לחוק המרשם הפלילי. להמחשת חוסר הבהירות בהסדר הישראלי, ראו למשל דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, הוועד המרכזי, פ"ד נט(4) 637 (2004).

224 ראו Harel & Klement, לעיל ה"ש 110. המחברים טוענים שקיים יחס הפוך בין שיעור עונשי הביוש המוטלים למידת ההרתעה שלהם. הם מבססים את הטענה על מודל שבו עלויות החיפוש אחר אזרחים שומרי חוק עולות יחד עם שיעור עונשי הביוש המוטלים; התוצאה עשויה להיות הטלת סנקציות פחות חמורות על עבריינים.

להגבלת האפשרויות של מושא העונש לבצע עבירות נוספות²²⁵. עם זאת התכלית המניעתית מחייבת ביצוע הערכות של מועדות עתידית. ניבוי יתר יוביל לכך שענישה הנשענת על תכלית זו בלבד תתברר כבלתי מוצדקת במצבים שבהם הנענש, בפועל, אינו מועד. אכן, התומכים בתכלית המניעתית מאמינים שאין להעניש את מי שלא מציב סיכון עתידי לקהילה, חרף העובדה שביצע עבירה²²⁶.

התכלית השיקומית מבקשת להשיג מטרה זהה לזו של התכלית המניעתית, הפעם באמצעות הדגשת צורכי העבריין. השאלה אם עונשי ביוש עשויים לקדם תכלית זו טעונה הבחנה בין שיקום "חיובי" לשיקום "שלילי". בשיקום "חיובי", כוונתי לענישה שמערכת הענקת כלים לעבריין שיסייעו לו לעלות על דרך חיים נורמטיבית, כגון השכלה וכישורים תעסוקתיים. לעומת זאת שיקום "שלילי" דומה לעונש הרתעתי-מניעתי: עונש אשר מרתיע את הנאשם מפני התוצאות של ביצוע עבירות עתידיות ובכך מונע ממנו לבצע עבירות כאמור. עונשי ביוש עשויים להשיג, אם בכלל, שיקום שלילי²²⁷. אמנם עונשי ביוש היו עונים על תכלית השיקום אם הייתה להם נקודת סיום, בצורת מחווה מצד החברה, של קבלה מחודשת ומחילה. ספק אם התנאים החברתיים של ימינו מאפשרים מחווה כזו. כיום עבריינים נתפסים על ידי הרבה אנשים כ"פתולוגיים" ובלתי ניתנים לגאולה²²⁸. חמור מכך, נראה שתפיסה זו לא פסחה גם על בתי המשפט²²⁹.

225 על התכלית המניעתית ראו ASHWORH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 80. למשל מעסיקים יימנעו מלהעסיק את אותו אדם ובכך תימנע האפשרות שהוא יבצע עבירה בבית העסק שלהם; אנשים אשר יידעו שהם גרים בקרבת אדם שהורשע בפריצה ירכשו אזעקות משוכללות. ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1899-1900.

226 ראו Massaro, שם, בעמ' 1899. בהקשר של ענישה המבוססת על ניבוי מועדות, ראו תאוריית ה"כליאה הסלקטיבית", ובין השאר: Note: *Selective Incapacitation: Reducing Crime Through Predictions of Recidivism*, 96 HARV. L. REV. 511, 512 (1982); Nora V. Demleitner, *Sanction: Smart Public Policy: Replacing Imprisonment with Targeted Nonprison Sentences and Collateral Sanctions*, 58 STAN. L. REV. 339, 351-352 (2005).

227 ראו ASHWORH, SENTENCING AND CRIMINAL JUSTICE, לעיל ה"ש 43, בעמ' 82 וכן Massaro, שם, בעמ' 1895-1893. ראו גם Flanders, לעיל ה"ש 196, בעמ' 615: לטענת פלנדרס, ביוש מכריח את העבריין להכיר בכך שמעשהו מזמין סטיגמה חברתית, ומותיר אותו להתמודד באופן פנימי עם משמעות הדבר; ייתכן שתוצאת הדברים תהיה שיקום.

228 זוהי למעשה גישתו של ברייטוויט (Braithwaite) – "ביוש רה-אינטגרטיבי": זוהי צורת ענישה שמתמקדת במתן הזדמנות לעבריין להתגבר על הבושה באמצעות התנהגות מקובלת, וכך לזכות בחזרה בכבוד הקהילה. מטרה זו מושגת באמצעות ביטוי של חוסר שביעות רצון מצד הקהילה כלפי העבריין, שמלווה לאחר מכן במחווה של קבלה מחודשת ומחילה. באופן הזה התווית השלילית מוצמדת לעבירה ולא לעבריין, והוא נתפס כאדם טוב בסך הכל, שמעשהו ארעי. ראו *Shame, Stigma, and Crime*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 2192-2193. מסרו סבורה שמדובר בחזון אוטופי, מהטעם שביוש רה-אינטגרטיבי מצריך תנאים חברתיים אשר אינם קיימים כיום. מסרו מתייחסת למצב הקיים בארצות-הברית, שם הדגש הוא על

בהקשר זה ראוי לציין, שקיימת טענה שלפיה בתי סוהר פרטיים אינם מסייעים בהפחתת מועדות, אלא להפך: מעודדים את הגברתה, שכן התאגיד הפרטי מונע, כידוע, מאינטרסים כלכליים. למניע הכלכלי אפקט כפול: הוא מעודד השקעה מינימלית במתן שירותים לאסיר, וביניהם שירותי שיקום. בו-זמנית, המניע הכלכלי מנביע העדפה לעונשי מאסר ארוכים ושיעור מועדות גבוה²³⁰. אם כך, הרי שעונשי מאסר מידיים פרטיות אינם משרתים את תכליות המניעה והשיקום.

מהדברים לעיל לא עולה תשובה חד-משמעית לשאלה אם עונשי ביוש, ובתוך כך רישום פלילי, עשויים לקדם את תכליות המניעה והשיקום. לפיכך אבקש להציג להלן את הטענה שלפיה עונשי ביוש משיגים תכליות שליליות והפוכות מהרצוי: לא רק שעונשי ביוש אינם עונים על תכליות הענישה, הם עלולים להוביל להגברת הפשיעה.

(7) התוצאות השליליות של עונשי ביוש: תיוג וההשפעה הנפשית על מושא המידע

כאמור, מטרת עונשי הביוש היא לגרום לבושה אצל העבריין באמצעות חשיפת קלונו ברבים. תוצאה מסתברת נוספת של עונשי ביוש היא הורדת הסטטוס של המבוש, עד כדי

אינדוידואליות, עצמאות ואוטונומיה, ולא על קשר הדדי, קהילתיות וערכים משותפים. לפיכך התאוריה של ברייטווט נשענת על תנאים שאינם בנמצא בתרבות האמריקנית העכשווית. בתמיכה להיעדר ציפיה לשיתוף פעולה מצד הקהילה, מסרו מציגה את הניסיון הלא מוצלח עם תאוריית השיקום, אשר נבע מהיעלמות התנאים החברתיים המתאימים. לדעתה, דעיכת תאוריית השיקום מצביעה על הקשר ההדוק בין תפיסת הקהילה לגבי התנהגות עבריינית והמשמעות התרבותית של שיטות ענישה. כיום, עבריינים אינם נתפסים כחברים בקהילה אשר עשויים, באמצעות ביוש, לחזור ולהשתלב בה. ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1924-1927. להתייחסות הפסיקה המדינתית בארצות-הברית, להיבט השיקומי של תנאי מבחן מביישים, ראו O'hara Kelly, לעיל ה"ש 142, ובין השאר בעמ' 790, 792, 794-795, 799. על תפיסת בית המשפט העליון בישראל את מוסד ההתיישנות והמחיקה ראו עניין אל נסאסרה, לעיל ה"ש 223, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ביניש (כתוארה אז). בית המשפט הביע חוסר שביעות רצון מהמסקנה שאלה הוא נאלץ להגיע, אשר לפיה לשכת עורכי הדין מנועה מלהתחשב בהרשעות שהתיישנו או נמחקו. בית המשפט סבר, שגם מידע שהתיישן או נמחק עשוי להעיד על היעדר התאמה לעיסוק בעריכת דין ובתפקידים אחרים. ראו גם דברי בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין Hawker, לעיל ה"ש 197, בעמ' 196: "It is not, as a rule, the good people who commit crime..."

ראו Lucas Anderson, *Kicking the National Habit: The Legal and Policy Arguments for Abolishing Private Prison Contracts*, available at ssrn.com/abstract=1534372, 9-10, 19-23 (2010). ראו בהקשר זה טענת הזכיינית בעניין חטיבת זכויות האדם, לעיל ה"ש 2, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ביניש. ראו גם בפסק דינה של השופטת ארבל, פס' 5: "הוא הדין גם בכל הנוגע לחששות בנוגע לטיב השירותים שיסופקו על ידי בית הסוהר בניהול פרטי בתחומים כגון טיפול רפואי, טיפולי גמילה, הכשרה מקצועית ושיקום באופן כללי, אשר זוכים, על פניהם, למענה במסגרת החוזה שבין המדינה לבין מפעיל בית הסוהר."

נידויו המוחלט מהקהילה. בכך יש כדי לפגוע בתמריצים להימנע מביצוע עבירות, שכן משעה שהמבוש איבד את מעמדו ממילא, החשש מפני איבוד המעמד אינו מהווה עוד חסם מפני ביצוע עבירות. טענה חריפה יותר היא, שבשלב הזה כל שנתר למבוש הוא לחפש את כבודו בקרב אלה שמנודים כמוהו – תת-תרבויות עברייניות²³¹. לתוצאה דומה מגיעים על פי תאוריית התיוג: התומכים בתאוריה זו טוענים כי הטבעת תווית של "עברייין" מובילה לעבריינות משנית. משמע, המבוש ימשיך לבצע עבירות, ובכך יתאים את עצמו לתג שהוטבע עליו²³². יודגש כי הסטיגמה העבריינית קשה להסרה, אם בכלל²³³. ההשלכות המתוארות נובעות מתיוג "חיצוני", כלומר מיחסה של החברה אל המבוש. יש לציין שעונשי ביוש בכלל, ורישום פלילי בפרט, עלולים להוביל גם להשלכות פסיכולוגיות, בדמות תיוג "פנימי", כאשר המבוש אינו יודע מי מקרב הסובבים אותו מודע לעונש שהוטל עליו (ובהתאמה, לעובדת קיומו של רישום פלילי). סיטואציה כזו עלולה להוביל לאחת משתי האפשרויות הבאות: האפשרות הראשונה, שהנענש יסתיר את מעמדו ה"אמיתי" על מנת להימנע מההשלכות הנלוות. בפרט, הוא ידאג להסתיר זאת במקום העבודה ובהקשרים חברתיים. הקושי העיקרי הוא שהנענש לעולם אינו בטוח מי מהסובבים אותו מודע לעונש, ומי לא. אמנם, לכאורה הסביבה מקבלת אותו, בהיעדר מודעות לעונש;

231 ראו Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 644-645. כזכור, במאמר זה קהאן הביע תמיכה בעונשי ביוש. תשובתו לטענת התיוג היא שמאסר אינו פחות סטיגמטי מעונשי ביוש. ראו שם, בעמ' 645. עם זאת אני חושבת שאין מקום להשוואה בין מאסר, שאינו ידוע ברבים (בוודאי שלא למעסיקים פוטנציאליים שאין להם היכרות מוקדמת עם מושא המידע) לעונשי ביוש בכלל, ורישום פלילי בפרט. ראו גם *Shame, Stigma, and Crime*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 2193.

232 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1919. מבקרי התאוריה טוענים כי אין בנמצא נתונים אמפיריים המצביעים על כך שהעבריינות המשנית נגרמת מהתיוג דווקא, ולא מתנאים או אינסטינקטים אחרים שגרמו לעבריינות הראשונית. ראו שם, בעמ' 1919-1920. על תאוריית התיוג ראו בין השאר Richard Edney, *Models of Understanding Criminal Behaviour and the Sentencing Process: A Place for Criminological Theory?*, 70 3 JOCL 247 (2006); FRANCIS T. CULLEN, *RETHINKING CRIME AND DEVIANCE* ; 42-39; Walter R. Gove, *The Labelling Perspective: An Overview*, in *THE LABELLING OF DEVIANCE: EVALUATING A PERSPECTIVE* 9, 10 (Walter R. Gove ed., 1980); משה אדד "השפעת התיוג בתהליך ההתהוות העצמית" עבריינות וסטייה חברתית ט 77 (1981).

233 ראו דבריה של Massaro במאמרה, שם, בעמ' 1937: "...the stigma of shaming may be irreversible". הצעה שעלתה היא להטיל עונש ביוש תוך הצעת תמריצים שיקומיים לעברייין, כלומר במידה והעברייין יבחר, באופן וולונטרי, לעמוד ביעדים מסוימים, המצביעים על שיקומו, יצומצם או יוסר החלק המבייש של העונש. ראו גם *Shame, Stigma, and Crime*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 2203-2207.

עם זאת לא ברור אם חוסר המודעות יימשך, ועד מתי. הנענש אף אינו בטוח בכך שהסביבה באמת אינה מודעת. התוצאה היא שהנענש סובל מחרדה בלתי פוסקת, מפני האפשרות שחיי – כפי שהוא מכיר אותם – יתמוטטו בן רגע עם היוודע המידע. תוצאה מקובלת של חרדה כזו היא שהנענש יחוש מנוכר מהקהילות הנוכחיות שאליהן הוא שייך. הפחד מפני גילוי המידע עשוי לגרום לו לבודד את עצמו מהקהילה – בידוד שהוא תוצר ההפנמה הסובייקטיבית של הסטיגמה. יתר על כן, הוא צריך להמשיך ולשקר על מנת לשמור על חוסר המודעות. הקשיים שנלווים לצורך הבלתי פוסק לחיות חיי שקר עלולים לגרום לו לחפש קהילות שבהן הוא יוכל לחשוף את הסטיגמה ללא חשש. התוצאה היא, שוב, התרחקות מהקהילה המקורית. האפשרות השנייה, שהנענש יחשוף את העונש בעצמו בפני הקהילה. תוצאה טיפוסית של חשיפה כזו תהיה חוסר נוחות מצד אלו שנחשפו למידע והתרחקות ממנו, על מנת שהסטיגמה לא תדבק גם בהם²³⁴. לדעתי, מהמכלול עולה המסקנה הבאה: לא זו בלבד שעונשי ביוש אינם עונים על תכלית הענישה הגמולית, וספק אם הם עונים על שאר תכליות הענישה, אלא שהם עלולים להוביל לתוצאות שליליות, והפוכות מהרצוי²³⁵; תוצאות אלו הן נידוי מהקהילה ועבריינות נמשכת.

(8) בשולי הדברים: אפקטיביות עונשי הביוש כיום

אמנם, הניתוח עד כה הראה שעונשי ביוש אינם ענישה פלילית, אינם מקדמים את תכליות הענישה ואף עלולים להוביל לתוצאות שליליות ולהמשך הפשיעה. עם זאת, ברצוני להתייחס לנדבך נוסף המצוי ברקע הדיון שנערך עד כה: שאלת האפקטיביות הפוטנציאלית של עונשי ביוש בחברה המודרנית. נניח, לצורך הדיון בנדבך זה, שעונשי ביוש מקדמים, באופן תאורטי, את תכליות הענישה; שאלה נוספת היא, אם התאוריה מתגשמת בחיי המעשה, היינו על רקע תנאי החברה המודרנית. ככל הנראה, עונשי ביוש אינם אפקטיביים כיום. היסטורית, עונשי ביוש הוטלו על רקע קהילות קטנות, מעמדיות, ושלטון מרכזי חלש. קהילה קטנה מתאפיינת בערכים משותפים, ציפייה גבוהה לגילויי אחריות חברתית, קשרים חברתיים הדוקים ודגש על גאווה וכבוד; לערים המודרניות אין מאפיינים דומים²³⁶. מגבלה

234 ראו שם, בעמ' 2197-2200. ראו גם Spatz, לעיל ה"ש 133, בעמ' 845-847.
235 ראו בהקשר זה הטענה בנוגע לתוצאות השליליות של עונשי מאסר מידיים פרטיות, במאמרו של Anderson, לעיל ה"ש 230, בעמ' 19-25.
236 Massaro, לעיל ה"ש 111, מתייחסת במאמרה למצב הקיים בערים אמריקניות וטוענת כי התנאים הקהילתיים הדרושים להצלחת עונשי הביוש אינם נמצאים בערים אלו. ראו שם, בעמ' 1921-1922. לדעתי, טענה זו אינה מצטמצמת לארצות-הברית בלבד, אלא היא נכונה כתיאור

נוספת על האפקטיביות של עונשי ביוש נובעת מריבוי תרבויות (מאפיין נפוץ של העולם המודרני), המוביל להגדרות שונות של בושה. בהיעדר תפיסה מוסרית אחידה, האפקטיביות של עונשי ביוש מוטלת בספק. לכל הפחות, על הגוף המעניש לדעת איזה עונש נחשב למבייש בקרב תת-התרבות הספציפית; אולם אז, ייתכן שגזרי הדין ישקפו את מאפייני תת-התרבות של השופט²³⁷. טענה נגדית ששיימה גם לרישום הפלילי היא, שבכל זאת קיימות כיום קהילות קטנות ומעמדיות, אם כי מסוג שונה: הכוונה היא ל"קהילות" תעסוקתיות וחברתיות. נוסף על כך, קיימות אפשרויות טכנולוגיות, דוגמת רשת האינטרנט, היוצרות קירבה בין אנשים, גם אם לא פיזית²³⁸. עדיין, הטלת עונשי ביוש במציאות החיים המודרנית מעוררת בעיה פרקטית דר-שלבית: בשלב הראשון, יידרש מעבר מצורת הענישה הנוכחית, הנעשית, ברובה, מחוץ לעין הציבורית, לענישה שמטרתה להביא לידיעת הציבור ספקטרום רחב של החלטות שיפוטיות. שינוי זה ידרוש עיצוב מחודש של הפרקטיקה והפרוצדורות של מערכת הענישה. מכאן נובע הקושי הפרקטי בשלב השני: שימוש נרחב בעונשי ביוש ידרוש כמות גדולה של "ביושים". מלבד הקושי הטכני, הטלת עונשי ביוש באופן אינטנסיבי עלולה להוביל, בסופו של דבר, לדעיכת ההתעניינות הציבורית בעונשים הללו²³⁹. מכאן מתעורר חשש מהותי שעליו כבר הצבעתי, והוא שעונשי ביוש יהפכו לפלטפורמה למיצוי אינטרסים אישיים צרים, במובן החברתי והתעסוקתי, משמע באופן שדומה יותר לנקמה²⁴⁰.

- המציאות המודרנית באופן כללי. ראו גם O'hara Kelly, לעיל ה"ש 142, בעמ' 806-808 וכן Massaro, לעיל ה"ש 203, בעמ' 682.
- 237 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1924-1922. כן ראו Massaro, לעיל ה"ש 203, בעמ' 684-683.
- 238 ראו Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 643-642 וכן Whitman, לעיל ה"ש 140, בעמ' 1066-1067, בהקשר לאפקטיביות עונשי הביוש בקרב סוחרים ובעלי עסקים. עם זאת יוער שגם אם קיימות "קהילות" כאמור, הרי שנוכח מורכבות החיים המודרניים עדיין קשה לזהותן. אנשים משתייכים לעתים לכמה קבוצות ותתי-קבוצות. ראו המאמר *Shame, Stigma, and Crime*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 2196-2197. ראו גם Massaro, לעיל ה"ש 203, בעמ' 695-696, שם היא טוענת כי קשה לצפות את התגובה לעונשי ביוש גם של קבוצת עיסוק מסוגרת יחסית.
- 239 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1921, 1930-1931. ראו גם בעיית הפעולה הקולקטיבית שמתעוררת בהקשר זה: הפרט מטיל הסנקציה נושא במלוא העלויות של הטלתה, בעוד שמהיתרונות שבהטלת הסנקציה, כמו מניעת פשע, נהנית הקהילה בכללותה. מכאן שלפרט אין תמריץ אופטימלי לשאת בעלויות. ראו Harel, לעיל ה"ש 7, בעמ' 7-6 וכן Harel, לעיל ה"ש 112, בעמ' 2636. בהקשר זה ראו גם הטענה בדבר הפגיעה בערך ההרתעתי של עונשי ביוש כתוצאה משימוש אינטנסיבי בהם, לעיל ה"ש 224 והטקסט לידה.
- 240 ראו הדיון במאמר זה בנושא עונשי ביוש והתכלית הגמולית, הטקסט ליד ה"ש 201 לעיל. יש להניח עוד כי מי שאינו מכיר את מושא העונש לא ידע לקשר בין העונש לנענש. אלו שקרובים לנענש ברמה המשפחתית או החברתית לא יפצו ממילא את המידע. ראו *Shame, Stigma, and Crime*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 2196. מה שמותר אפוא את אלה שאינם חפצים ביקרו של הנענש ויש להם אינטרס אישי נגדו.

במידה ועונשי ביוש יכולים להיות אפקטיביים גם כיום, הנחה נוספת היא שהאפקטיביות תבוא לידי ביטוי בעיקר בקרב אוכלוסיית העבריינים מהמעמד הבינוני; כאלה שיש להם מעמד חברתי והם חוששים לאבד אותו, בניגוד למשל לבעלי הון או מעמד חברתי גבוה במיוחד או להפך, בעלי המעמד הנמוך. יש מי שיסבור שזוהי טענה לטובת עונשי ביוש; שהרי היא מצביעה על מידה מסוימת של אפקטיביות²⁴¹. לדעתי, טענה זו מעוררת את הבעיה המהותית של חוסר שוויון בענישה, בפרט על רקע ההשלכות הקשות שעלולות לנבוע מעונשי ביוש.

ג. מסקנות ביניים

הדיון בעונשי ביוש מוביל למסקנות הבאות:

- עונשי ביוש אינם ענישה פלילית כלל. המשמעות של התפרקות המדינה מנטל הענישה היא שינוי במהות העונש והפיכתו לענישה פרטית;
- עונשי ביוש אינם עונים על תכלית הענישה הגמולית, וספק אם הם עונים על שאר תכליות הענישה: ההרתעה, המניעה והשיקום;
- עונשי ביוש עלולים להוביל לתוצאות שליליות של נידוי מהקהילה ועבריינות משנית;
- אפקטיביות עונשי הביוש במציאות המודרנית מוטלת בספק.

על רקע זה מתבררת תכליתו הראויה של מרשם פלילי: תכלית זו אינה יכולה להיות תכלית עונשית. הטעם לכך הוא, שמרשם פלילי דומה לעונשי ביוש, ועונשי ביוש אינם צורת ענישה ראויה. המרשם הפלילי, כמו עונשי ביוש, אינו עונה על תכלית הענישה הגמולית וספק אם הוא עונה על התכלית ההרתעתית, בפרט לנוכח היעדר המודעות להסדרים הרלוונטיים. כמו עונשי ביוש, מרשם פלילי עלול לעקר תכליות של מניעה ושיקום, ולהוביל לעבריינות משנית. פוטנציאל שלילי זה גובר ככל שמרשם פלילי חשוף לחלקים נרחבים יותר של הציבור. מכאן, שהתשובה לשאלה הנורמטיבית היא זו: אין זה ראוי שמרשם פלילי ישמש כעונש. ראוי שהמרשם הפלילי יהיה סנקציה אזרחית-מנהלית, שמטרתה מניעתית בלבד, והיא נטולת תכליות עונשיות, שהן גמול והרתעה. מכאן עולה, שהסדרי המרשם הפלילי הקיימים, שבהם נמצא אותו פער בין כוונת המחוקק הראשונית לבין ההשלכות בפועל, אינם טובים. על בעיה זו לא ניתן להתגבר בעזרת סיווג מחדש של המרשם הפלילי

241 ראו Massaro, לעיל ה"ש 111, בעמ' 1933-1935. עם זאת מסרו מציינת שגם בקשר לעבריינים מהמעמד הבינוני עלולות לצוץ בעיות פרקטיות. יתר על כן, גם בקרב בעלי המעמד הבינוני עשויים להיות כאלה שעונשי ביוש לא יהיו אפקטיביים לגביהם, בהתקיים תנאים למוביליות של מקום המגורים והתעסוקה, ובהיעדר תחושה מבוססת של שייכות קהילתית. ראו גם Kahan, לעיל ה"ש 115, בעמ' 644. על ההשלכות הקשות של עונשי ביוש בקרב עבריינים מהמעמד הבינוני, ובפרט בהיעדר הליכים לקבלה מחודשת לחברה, ראו Massaro, לעיל ה"ש 203, בעמ' 682, 685.

כסנקציה עונשית. אמנם, סיווג כאמור יוביל להחלת ההגנות המגיעות לנאשם בהליך פלילי, או חלקן; עם זאת אין בסיווג זה כדי לשנות מכך שמרשם פלילי אינו יכול להיות ענישה פלילית ולענות על תכליות הענישה, כנובע מהדמיון בינו לבין עונשי ביוש. מכאן מתבררת הבחנה נוספת שבין מרשם פלילי לבין עונשי מאסר מידיים פרטיות. כמו מרשם פלילי, עונש מאסר מידיים פרטיות מעורר את הקושי שבהפרדה בין הטלת העונש לבין הביצוע שלו. קושי זה מוביל למסקנה שהעברת סמכויות הכליאה לידיים פרטיות פוגעת במהותו של העונש כ"פלילי". על כן, העברה זו היא בלתי אפשרית. מסקנה זו מבטלת למעשה את האפשרות להעביר את סמכויות הכליאה לידיים פרטיות, כליל²⁴². עם זאת ביחס למרשם פלילי, המסקנה שלפיה הוא אינו ראוי לשמש כלי עונשי אינה מונעת את השימוש בו ככלי מנהלי-אזרחי. ראוי אפוא לערוך רפורמה בהסדרי המרשם הפלילי, שבעקבותיה סיווג המרשם הפלילי – להלכה ומעשה – יהיה כסנקציה אזרחית-מנהלית. יש לציין כי רפורמה כאמור טעונה דיון בהיבטים שונים של מרשם פלילי: הקשר בין מרשם פלילי לבין הזכות לפרטיות, השימושים הראויים במרשם פלילי, התנאים למחיקת מרשם פלילי ומי הגוף המתאים לדון במכלול הסוגיות הקשורות במרשם פלילי.

6. סיכום

מאמר זה עסק בשאלת הסיווג הנכון של מרשם פלילי כסנקציה. נקודת המוצא לבחינת הסיווג הייתה התכליות הנבדלות של הסנקציות: בעוד שסנקציה פלילית נשענת בעיקר על תכליות הגמול וההרתעה, הסנקציה האזרחית נשענת, באופן בלבדי כמעט, על התכלית המניעתית. בחינת ההסדרים הקיימים של מרשם פלילי אשר הוזכרו לעיל, הראתה כי התכלית המשוערת שאליה המחוקקים כיוונו היא אזרחית.

עם זאת התברר כי ישנו פער בין התכלית החקיקתית-התאורטית לבין השלכות המרשם הפלילי בפועל; פער זה חייב סיווג מחודש של המרשם הפלילי. לצורך הסיווג המחודש הוצגו שתי קטגוריות של סיווג אשר הועלו בפסיקה. סיווג המרשם הפלילי בעזרת הקטגוריה השנייה הוביל, לדעתי, למסקנה, שיש לסווג את המרשם הפלילי כסנקציה עונשית. מכאן עלתה השאלה הנורמטיבית, אם ראוי שמרשם פלילי ישמש כעונש. דיון בשאלה זו נעשה על רקע הדמיון בין מרשם פלילי לעונשי ביוש. בתוך כך, הצבעתי על הקושי המשותף לרישום

242 זאת מבלי להיכנס לדיון בשאלה אם ניתן להעביר לידיים פרטיות ביצוע של פעילויות שונות במסגרת בית הסוהר, כמו למשל הסעדה, כביסה וכיוצ"ב. בעניין חטיבת זכויות האדם, בית המשפט לא נקט עמדה בשאלת חוקיות ההעברה של פונקציות אחרות במערכת אכיפת החוק – שאינן סמכות הכליאה – לידי גורמים פרטיים. ראו לעיל ה"ש 2, פס' 65 לפסק דינה של השופטת ביניש.

פלילי ולעונשי מאסר מידיים פרטיות, המתעורר בעקבות העברת נטל הענישה לידיים פרטיות. קושי זה, שבהפרדה בין הטלת העונש לבין הביצוע שלו, פוגע במהותו של העונש כ"פלילי". המסקנה היא אפוא שהן מרשם פלילי והן עונשי מאסר מידיים פרטיות אינם "ענישה פלילית". אשר לעונשי מאסר, המסקנה הנורמטיבית היא שאין להעביר את נטל הכליאה לידיים פרטיות. מסקנה זו מצומצמת אפוא לצורת הענישה ה"פרטית", והיא אינה מכוונת לעונש המאסר ככלל. אשר למרשם פלילי, ניתוח היבטים נוספים של עונשי ביוש הוביל למסקנה שלפיה תכליתו הראויה היא אזרחית²⁴³, ולא עונשית. לפיכך סיווג המרשם הפלילי כסנקציה עונשית אינו פותר את בעיית הפער בין כוונת המחוקק לבין ההשלכות בפועל; ממילא אין זה ראוי שמרשם פלילי ישמש כעונש. מכאן, שבעוד שהמסקנה הנורמטיבית שוללת את הצורה הפרטית של עונש המאסר כליל, היא אינה שוללת את קיומו של מרשם פלילי כסנקציה, המשרתת תכלית אזרחית. מסקנה זו דורשת, כאמור, התאמת ההסדרים של מרשם פלילי לתכלית האזרחית המקורית, על רקע דיון בהיבטים שונים של מרשם פלילי.

243 בהנחה כמובן שרישום מידע במאגר מרשם פלילי אכן יכול לשרת תכלית אזרחית-מניעתית. שאלה זו כורכת תתי-שאלות נוספות, כגון איזה מידע ראוי ברישום ולכמה זמן. שאלת הרישום והמחיקה של מידע במאגר מרשם פלילי היא אחד מההיבטים הטעונים דיון בדרך לעיצוב הסדר ראוי של מרשם פלילי.