

ארבעים שנה לדיני העונשין*
(תגובה להרצאתה של ד"ר גור-אריה)

מאת

מרדכי קרמניצרי**

א. **דרישת האשמה**; 1. דחף לאו בר-כיבוש; 2. המאזן הכולל.
ב. עקרון החוקיות. ג. החקיקה בתחום המשפט הפלילי. ד. יישום החוק.

בשורות הבאות אנסה להרחיב במקצת את מסגרת הסקירה, וזאת תוך תוספת להרצאתה המאלפת של ד"ר מרים גור-אריה על דרישת האשמה, התייחסות לעקרון החוקיות ולחקיקה בתחום המשפט הפלילי, תוך הצבעה על כיווני התפתחות – הרצויים, בעיני, לעתיד ולמגמות חדשות ומדאיגות בהחלה וכיישום של החוק.

א. דרישת האשמה

1. דחף לאו בר-כיבוש

בעוד שהשופט אגרנט הרהיב עוז להצמיד את המשפט הישראלי אל מעבר למשפט האנגלי, על-ידי מתן הכרה לדחף שאינו בר-כיבוש, בעקבות התפתחות המדע בתחום הנפש ותוך מתן פרשנות א-היסטורית לחוק – נמנעה הפסיקה הישראלית החדשה לצעוד צעד נוסף בעקבות התפתחות נוספת בתחום מדע זה. בפרשת אייזנברג¹ היתה דעת כל המומחים – של ההגנה ושל התביעה – כי מעשה הרצח שבוצע כאותה פרשה נעשה מתוך דחף לאו בר-כיבוש, שאיננו נובע ממחלת-נפש. בית-המשפט דחה את הטענה שלפיה יש לפטור את המערערת מאשמה על-סמך ממצא בלתי-שנוי במחלוקת זה, בקובעו "שהרי גלוי וידוע הוא, שלא אחת מתכנן אדם ומבצע מעשה רצח משום שהוא סובל מליקויים נפשיים מסויימים ונעדר יכולת לרסן עצמו כתוצאה מכך. אולם, כל עוד אין ליקויים אלה מגיעים לדרגה של מחלת נפש על-פי המבחנים המקובלים עדין נושא הוא באחריות למעשה, במלוא החומרה שבו"² – דברים קצרים, וכביכול פשוטים וברורים, אך לאמתו של דבר אין הם פשוטים כלל ועיקר. אמת נכון

* תודתי לקרן Alexander Von Humboldt על עזרתה שסייעה לכתיבת רשימה זו.

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1 ע"פ 476/81 אייזנברג נ' מ.י., פ"ד (1) 819, 824.

2 שם, שם.

שליקוי נפשי סתם איננו פוטר מאחריות פלילית, וכך גם דחף עברייני רגיל לביצוע עבירה, שכן אחרת הדין העונשי היה מבטל את עצמו.³ ואולם, כאשר מדובר בדחף שאיננו בריכבוש — להבדיל מדחף שהוא בריכבוש אף כי קשה לכבושו⁴ — מתעוררת במלוא חריפותה שאלת האחריות הפלילית. בקיצור נמרץ, משמעותו של קיום דחף כזה היא, שהעושה לא היה יכול לנהוג אחרת משנהג. ואם כך, כיצד ועל-סמך מה ניתן לבוא עמו חשבוך, לגנותו על מעשהו ולהענישו? זהו מקרה מובהק של התנהגות בהעדר רצויה, והתנהגות כזו אינה נכנסת לטרקלינו של הדין העונשי, כפי שנקבע גם בגרמניה⁵ ובאוסטריה⁶. גישה אחרת שוללת מדין-העונשין את אופיו כדין צדק, ופירושה הטלת אחריות פלילית ללא אשמה, ובמקרה דנן — אחריות כזו על החמור שבפשעים, שדינו מאסר עולם.

אם בזמן שניתנו פסקי-הדין בענייניהם של מנדלברוט⁷ ומיזן⁸, דעת מומחי-הנפש היתה שדחף כזה קיים במציאות רק על-רקע של מחלת-נפש — וזה היה הבסיס העובדתי להלכת מיזן — תמונה זו השתנתה, והדין צריך להתאים את עצמו לממצאים החדשים של מדע הפסיכיאטריה.

הקושי בקביעת הממצא העובדתי בעניין זה אמנם קיים, אולם תוך הסתייעות בפסיכיאטרים — ואולי תוך שכלול ההסתייעות בהם ברוח הצעותיו של פרופ' פלר⁹ — ניתן להתמודד עם קושי זה, כשם שהפסיקה מתמודדת עם הקושי העובדתי שבטענת אוטומטיזם שולל רצויה, שאין מקורו במחלת-נפש¹⁰ אלא "בגורם חיצוני או במחלה 'פיסית' או בפגם במוח או בהיותו של הפועל נתון במצב של תרדמה", שבעטיים "בשעת הארוע הנדון היה הנאשם נטול הזכיה (או מודעות) על הנעשה איתו ומסכיכו ועקב כך, לא שלט על תנועותיו". המקריה של דחף לאו בריכבוש שאיננו נובע ממחלת-נפש הם ללא ספק חריגים, ולכן יש לבחון היטב, בזירות ובקפידה, את חוות-הדעת הנמסרות לבית-המשפט, אולם התביעה לדין צדק חלה גם על מקרים אלה. אין זה ההקשר היחיד שבו הפסיקה נוטה לאמץ פתרון שאינו הולם את העקרונות והמושגים של דיני-העונשין על-סמך השיקול של הקושי בקביעת העובדות (כך גם בסוגיות של העדר קנטור וכוונה תחילה, אחריות מוחלטת, המבחן לרשלנות, ובעבר גם הניסיון הבלתי-צלילי — הכשל). מבלי להקל ראש בקושי זה, אין הוא מצדיק, ככלל, בשיטת-משפט של שופטים מקצועיים, כשיטתנו, הזתיה ועיוות של הדין המהותי. דומה כי

- 3 ע"פ 187/61 פנו נ' היועץ המשפטי, פ"ד טז(2) 1105, 1111, 1112.
- 4 ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (ירושלים, תשמ"ד) א 671.
- 5 Geilen, "Zur Problematik des schuldauusschliessenden: BGHST 11, 20 (1957) Affekts" *Maurach — Festschrift* (Karlsruhe, 1972), 173; Rudolphi, "Affekt und Schuld" *Henkel — Festschrift* (Berlin, 1974) 199; Kruempelmann, "Motivation und Handlung im Affekt" *Welzel — Festschrift* (Berlin, 1974) 327.
- 6 SSt 42, Nr. 25; OJZ 1972, EvBl. Nr. 329; SSt 44, Nr. 28; OJZ 1976, Ev Bl. Nr. 115; R. Moos, "Die Toetung im Affekt" 89 ZStW (1977) 798, 810-813.
- 7 ע"פ 118/53 מנדלברוט נ' היועץ המשפטי, פ"ד י 281.
- 8 ע"פ 186/55 מיזן נ' היועץ המשפטי, פ"ד יא 770.
- 9 S.Z. Feiler, "Factual Tests for Identification of Volitional Insanity" 19 *Is.L.R.* (1984) 10, 44, 45.
- 10 ע"פ 382/75 חמיס נ' מ.ר. פ"ד ל(2) 729, 735-737.

בעניין זה — כמו בעניינים אחרים — אנו מאמצים בצורה של חיקוי עיוור חששות רווחים מאוד במשפט האנגלו-אמריקני שיפים למקומותיהם, אך לא למקומנו. התפתחות זו של הפסיקה מלמדת על הסכנה שבשימוש בלתי-מדויק במושגים. אם השופט אגרנט היה מבסס את עמדתו במנדלברוט על דרישת הרצייה לבדה, כתנאי מובן מאליו, בסיסי ומקדמי, לאחריות פלילית, במקום להשתמש במעשה המרכבה של סעיפים 15 ו-19 לחוק העונשין¹¹, אפשר מאוד שהעמדה העכשווית של הפסיקה בסוגיא שנדונה באייזנברג היתה הפוכה¹².

ועוד הערה קצרה על היחס שבין המשפט הפלילי לבין דיסציפלינה מדעית אחרת — הפסיכולוגיה. גישת הפסיקה היא "כשהמדובר הוא בסיפור מעשה מפי עד דובר אמת והסיפור הוא הגיוני וסביר אין מקום, בדרך כלל, לחשוש לטעויות מעין אלו"¹³ (והכוונה לטעויות מתוך היסח-הדעת, מגבלות הזיכרון האנושי, השפעות חיצוניות או תת-הכרתיות) (מתוך פסק-הדין קריב). ספק רב אם קביעה זו עולה בקנה אחד עם ממצאי המחקר הפסיכולוגי, והגיעה השעה לניסיון ליצור גשר בין שתי השיטות, ותחילתו, דווקא משום שאין ביטחון שהשעה כשרה להסתמכות של בתי-המשפט על חוות-הדעת של מומחים מדיסציפלינה זו, במפגש בלתי-פורמלי עם המאטריה מתחום הפסיכולוגיה, הכרתה במסגרת של השתלמויות לשופטים.

2. המאזן הכולל

להשלמת תמונת המאזן של ההלכה הפסוקה בהקשר לדרישת האשמה, יש להוסיף לצד החיוב את ההלכה שלפיה נדרשת מחשבה פלילית כלפי התוצאה הקטלנית בעבירת רצח לפי סעיף 300(א)(3) — המתה תוך ביצוע עבירה אחרת, אגב סטייה מן הדין האנגלי¹⁴; ואת ההלכה שלפיה בעבירת גרימה מתוך רשלנות נדרשת צפייה סבירה גם של הליך הגרימה ("גורם מתערב זר") ולא רק של התוצאה המזיקה, תוך מעבר ממבחן נוקשה שאיננו ממין העניין למבחן גמיש וענייני¹⁵. לעומת זאת, יש להוסיף לצד השלילה את גישת הפסיקה לעניין היסודות של העדר קנטור ו"הכנה" במסגרת הכוונה תחילה, שהדין הישראלי עדיין נוקט בה עמדה שהמשפט האנגלי כבר זנח — תוך שימוש במבחנים נוקשים וזרים למאטריה וללשון החוק — עקב העדפה של שיקולי הרתעה על-פני שיקול האשמה¹⁶. ועוד מונחים בצד זה של המאזניים: המבחן האובייקטיבי

- 11 השופט אגרנט חזר על דרישה כפולה זו במאמרו, "התפתחויות במשפט הפלילי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 33, 41, 42.
- 12 אף כי אין בטחון שניתן לאמץ באופן מלא את עקרון האשמה ללא פיתוח מלא וכולל יותר של אמצעי מנע שהשימוש בהם אינו מותנה באשמה.
- 13 ע"פ 648/77 קריב נ' מ.י., פ"ד לב(2) 729, 758.
- 14 ע"פ 125/50 יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 514.
- 15 על ההתפתחות בעניין זה ראה ש"ז פלר (לעיל, הערה 4), 770-780; ע"פ 482/83 מ.י. נ' סעיד, פ"ד לת(2) 533; ש"ז פלר, "הבהרה למהותו של מבחן הצפייה הסבירה בפלילים" הפרקליט לו (תשמ"ד) 460.
- 16 לגישת הפסיקה, ראה בעיקר ע"פ 46/54 היועץ המשפטי נ' סגל, פ"ד ט 393; ע"פ 396/69 בנו נ' מ.י., פ"ד כד(1) 561; ע"פ 655/78 שמידמן נ' מ.י., פ"ד לד(1) 63; ע"פ 686/80 סימן טוב נ' מ.י., פ"ד לו(2) 253. לגישת הביקורת ראה ש"ז פלר (לעיל, הערה 4), 567-581; ש"ז פלר, "הכוונה תחילה" (ע"פ 396/69 בנו נ' מדינת ישראל) הפרקליט כו (תשל"ב) 465; ש"ז פלר, "עוד על

ברשלנות והעמדה שלפיה טעות בעובדה גם בעבירות של מחשבה פלילית, או לפחות בחלקן, צריכה להיות גם סבירה¹⁷ — עמדה החותרת תחת עצם הדרישה למחשבה פלילית — כשם שצריכה להיות סבירה וזטעות לגבי התקיימות מצב דברים עובדתי המצמיח סייג לאחריות פלילית¹⁸.

הסיכום של מאזן זה נראה בעינינו פחות חיובי מזה העולה מהרצאתה של ד"ר גור-אריה.

2. עקרונות החוקיות

עד שאנו באים לדרישת האשמה, מן הראוי ליחד מלים אחדות לעיקרון הקודם לה — עקרון החוקיות. בעניין זה מן הראוי להצביע על מגמה בלתי-רצויה בפסיקתנו, וכוונתי לגישה הפרשנית, שלפיה איסור עונשי דינו להתפרש ככל הוראת חוק אחרת וכי על הפרשן לבחור תמיד באופציה הפרשנית המגשימה בצורה הטובה ביותר את מטרת החוק, גם אם היא נשענת על משמעות חריגה, יוצאת-דופן ומשנית של מלות החוק¹⁹. גישה פרשנית זו, בצירוף נטייה לראות את מטרת החוק כפרישה הרחבה ביותר האפשרית של הגנה על האינטרס המוגן²⁰, חותרת תחת אושיותיו של עקרון החוקיות. גישה זו נתקבלה בביקורת כללית על-ידי הקהילה המשפטית האקדמית²¹, ומותר להביע תקווה כי לביקורת זו תהיה השפעת-מה על מגמת-פניה של הפסיקה בעתיד.

17 היהחנה' כרכיב הכוונה תחילה" הפרקליט לג (תשמ"א) 578; מ' קרמניצר, "כוונה תחילה או כוונה רגילה-ברצח כוונה תחילה" שנתון 'משפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה (תשמ"ו) א 9. ע"פ 291/62 390/62 אבו רביעה נ' היועץ המשפטי, פ"ד יז(4) 2913, 2929; ע"פ 250/78 ה'נ' מ.י., פ"ד לד(3) 589. לביקורת של גישה זו ראה ש"ז פלר, "אינוס מתוך רשלנות על סמך אימרת אגב" משפטים י (תשמ"מ) 373; ש"ז פלר (לעיל, הערה 4) 515-532. לעמדה זו הצטרף גם השופט אגרנט (לעיל, הערה 11) 46-49.

18 ע"פ 54/49 היועץ המשפטי נ' עסלה, פ"ד ד 496, 499; ע"פ 46/53 שורקה נ' היועץ המשפטי, פ"ד וז(2) 545, 550; ש' אגרנט (לעיל, הערה 11), 49, 50. לדעה אחרת, ראה ש"ז פלר (לעיל, הערה 4), 534-537.

19 א' ברק, "פרשנות ושפיטה: יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 467; מזרחי נ' מ.י., פ"ד לה(4) 421; חברת החשמל נ' פרשט, פ"ד לט(3) 1, 6.

הפרה בוטה וחמורה של עקרון החוקיות — שעליה עמדה ד"ר מ' גור-אריה — היא החלתה בישראל, ללא בסיס נורמטיבי, של דוקטרינת האחריות הסולידרית של קושרים. השופט אגרנט הראה במאמרו (לעיל, הערה 11), 60-63, כי הלכה זו "מכוססת... על הרעיון המוטעה, כי החזקה שאדם התכוון לתוצאה שצמחה בדרך טבעית או מסתברת מהתנהגותו הינה חזקה סופית — קרי כלל מהותי — בו בזמן שאלכא דבית המשפט העליון דכאן אין זו אלא הנחה ראייתית, הניתנת לסתירה... נמצא, כי ההלכה האמריקנית, אותה מכנים בשם ה-"Pinkerton Doctrine", מתעלמת מדרישת המחשבה הפלילית" (שם, עמ' 63). אף כי השופט אגרנט חיווה את דעתו כי הסיכויים שבית-המשפט העליון יחזור בו מהלכה זו הם קלושים למדי, הוא הביע את התקווה כי עוקצו של חריג זה יוקהה במרוצת הזמן, אם על-ידי המחוקק ואם על-ידי בית-המשפט (שם, עמ' 65). לתקווה זו אנו מצטרפים, קשה לתאר את מפח-הנפש הנגרם לתלמידי משפטים שנה א', כאשר שנת הלימודים הנפתחת בקול תרועה רמה — בהבלטת מקומו וחשיבותו של עקרון החוקיות, מסתיימת בקול ענות חלושה — בהודאה בהפרה גסה שלו כאשר נלמדת סוגיית הקשר.

20 ראה, לדוגמא, מזרחי (לעיל, הערה 19) והביקורת עליו; מ' קרמניצר, "כריחה ממשמורת חוקית, במהדל? — הערה נוספת" עיוני משפט י (תשמ"ד) 195; ע"פ 696/81 אזולאי נ' מ.י., פ"ד לז(2) 569 וביקורת עליו; מ' קרמניצר, "על חופש העיתונות והעבירה של פרסום "סוביודיצה" שנתון למשפט פלילי, קרימינולוגיה ומשטרה (תשמ"ו) א' 165.

21 ש' אגרנט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י (תשמ"ד) 233, 241.

ג. החקיקה בתחום המשפט הפלילי

ואולם יש להודות כי באחריות לקיומה של שמירת עקרונות דיני העונשין, ובכללם עקרון האשמה ועקרון החוקיות, נושאת לא רק הרשות השופטת. אחריות זו מוטלת גם, ואולי בראש-זכראשונה, על המחוקק. כדי לעשות צדק עם הפסיקה יש לומר כי היא פועלת לעתים קרובות בתנאים קשים מבחינה זו, במציאות שבה המחוקק אינו ממלא כהלכה את תפקידו בתחום זה. את סעיף 15 הצליח המחוקק המנדטורי לנסח בצורה כה "מוצלחת" שהמחלוקת על סעיף זה נסבה על נושאו — "רצייה" לפי ההלכה הפסוקה ומחשבה פלילית לפי פרופ' פלר. מול נימוקיו המשכנעים של פרופ' פלר במאמרו המאלף בנושא זה²² יש לציין כי הניסוח: "אין אדם נושא באחריות פלילית למעשה או למחדל שאירעו שלא מרצונו..." איננו ביטוי מוצלח לדרישת המחשבה הפלילית, שעיקרה מודעות ולא רצון; ועם כל הרצון לקיים במלואה את דרישת המחשבה הפלילית, יש לומר כי היא מחייבת לפרש את סעיף 17 ("טעות בעובדה") פירוש שלפיו ההוראה הראשית שבו חלה דווקא על התחום של אחריות פלילית יוצאת-דופן — תחום הרשלנות — ואילו המצב הרגיל בדיני-עונשין — המחשבה הפלילית — זוכה להתייחסות מכוח סייג בלבד "והוא כשאין הוראה אחרת מפורשת או משתמעת". גם אי-ההכרה במשפטנו בטעות בדין הפוטרת מאחריות ובאחריות מופחתת (הכרה מחויבת מכוח דרישת האשמה)²³ היא מחדל חקיקתי ולא הלכתי.

זהו המקום להפנות את המבט, בהודמנות זו של עריכת מאזן, אל העתיד. המשימה החשובה והדחופה המוטלת על המחוקק הישראלי הוא להעניק לישראל חוק עונשין חדש²⁴. הדרך של תיקוני דרך מוצתה עד תום. הבגר הזה לא ניתן עוד להטלאה. הוא טעון החלפה. המסקנה בדבר חיוניות החלפתו של חוק העונשין בקודקס חדש נובעת הן מהתיישנותו של החוק והן ממקורות צמיחתו ומאופן הרכבתו, כשהוא סובל, לכן, מפגמיו של המשפט הפלילי האנגלי: חקיקה קזואיסטית, על-דרך אימוץ ההלכה הפסוקה המעוגנת יותר במערכות קונקרטיות של עובדות מאשר בעקרונות ובמושגים, חקיקה ספורדית ואי-הקפדה על עקרון החוקיות²⁵. ואולם ניתן לסמוך מסקנה לא רק על ניתוח היסטורי-תורשתי, אלא גם על בחינה עניינית של החוק לגופו:

247, 248; ש"ז פלר, "ברייחה ממשמורת חוקית — במחדל?" עיוני משפט ח (תשמ"ב) 630; א' לדרמן, "מטרת החיקוק, המטרות הנורמטיביות והפרשנות בפלילים" הפרקליט לו (תשמ"ז) 159; ש"ז פלר, "בכוננה לפגוע" כסימן-ייחוד של העבירה לפי סעיף 6 לחוק איסור לשון הרע. תשכ"ה-1965, גישה פרשנית — עד היכן ועל סמך מה? משפטים י"ז (תשמ"ח) 439 Y. Levy. "who is to accomplish Criminal Law Reform: The Interrelationship between Parliament and Judiciary" 22 Is.L.R. 424 (1988); מ' גור-אריה, "ארבעים שנות משפט פלילי — התפתחויות בפסיקה לגבי דרישת האשמה כתנאי לאחריות פלילית"; חוברת זו, הקטע שבין הערות שוליים 43-50. M. Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law" 21 Is.L.R. 358 (1986).
 22 ש"ז פלר, "היסוד הנפשי שבעבירה ודרישת הרצייה" לפי משפט הארץ" הפרקליט כג (תשכ"ז) 308.
 23 ע"פ 870/80 לדאני נ' מ.י., פ"ד (1) 29, 39; ש' אגרנט (לעיל, הערה 11), 42; לעמדה ספקנית ראה ע"פ 476/81 (לעיל, הערה 1), 825.
 24 להנמקה מפורטת של עמדה זו ראה מ' קרמיצר, עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות. חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים (ירושלים, תשמ"מ).
 25 שם, עמ' 320; וראה י' שחר, "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936 עיוני משפט ז (תשל"ט) 75.

למרות המראה החיצוני של מכלול, מדובר למעשה באסופה של עבירות, בחיבור שאיננו שילוב — של רבדים שונים (והחקיקה הישראלית המקורית תרמה למציאות זו. למשל: החמרת הענישה עקב "נסיבות מחמירות" ו"הרשעות קודמות" בחוק לתיקון דיני העונשין [מרמה, סחיטה ועושק]). אסופה זו איננה מהווה מקשה מונוליתית אחת, ואיננה שיטה²⁶. אין היא עומדת בדרישות הרציונליות של עקיבות ואחידות²⁷ ושל התאמה בין החלק הכללי לבין החלק הספציפי²⁸. על אחרים מליקוייו של החלק הכללי של החוק כבר עמדנו, ונזכיר רק את העירוב של מין בשאינו מינו המאפיין את סעיף 17 לחוק העונשין, הכורך יחד שני סייגים לאחירות פלילית — "צורך" ו"הגנה פרטית". נוסף על כך, אין הוא מחיל את הסייג על הצלת זר ואת העדר העיגון בחוק להלכת הצפייה. בתחום העבירות הספציפיות לא מעטות העבירות הנטולות כליל מטען אובייקטיבי שלילי²⁹; עבירות אחרות אינן מהוות יחידות הומוגניות מבחינת הטיפוס האנטי-חברתי באשר הן מהוות מקבץ של מעשים הנכבדים זה מזה, באופן מהותי, מבחינת משמעותם החברתית, כגון גרימת מותו של אדם מתוך עמדה נפשית של קלות-דעת לגבי אפשרות שתיגרים לו חבלת גוף וגרימת מותו של אדם בכוונה (ספונטנית) להמיתו, החוסים תחת צל-קורתה של עבירת ההריגה³⁰. בתחום הענישה לא רק שלעתים חסר מתאם רציונלי בין חומרת העבירה לבין חומרת העונש³¹, אלא שהמחוקק ויתר לחלוטין על הגשמת עקרון החוקיות בתחום חשוב זה, על הדרכה והכוונה אפקטיביות של הרשות השופטת ועל הערך של שוויון בפני החוק. קוד-עונשין חדש, עם נקודת-איזון חדשה בתחום הענישה, הוא אפוא יעד זיוני ודהוף³².

אין זה התחום היחיד שבו נדרשת עשייה חקיקתית: נקודת-איזון אחרת חייבת — לדעתי — להימצא גם בתחום ההליך הפלילי בין היסודות המוצקים של השיטה האנגלו-אמריקנית לבין אלה של השיטות הקונטיננטליות³³. מתחייבת התאמת מתכונת ההליך הפלילי, ובייחוד תפקידו של השופט, למטרה של גילוי האמת. מטרה זו איננה ניתנת כלל להשגה על-פי המתכונת האדוקטרינרית המקובלת אצלנו כאשר הנאשם אינו מיוצג, וקשה, ולעתים לא ניתן, להשיגה כאשר רמת הצדדים או מי מהם אינה מניחה את הרעת. בהקשר זה יש לומר כי לא כל מה שמתאים לאנגלים, למסורתם ולתרבותם מתאים גם לנו, על תרבותנו-שלנו, ולעתים — לא נעים להודות — על חוסר-תרבותנו. הגדרה ברורה של תפקיד השופט לעשות לגילוי האמת והפקדת תיק החקירה בידיו

26 שם, עמ' 14–27.

27 שם, עמ' 45–48.

28 שם, עמ' 11–13, 89–91.

29 ביזוי שופט, לפי סעיף 255 לחוק העונשין, שבו מספיקה מבחינת היסוד האובייקטיבי אמירת או כתיבת דבר על שופט או דיין לעניין כהונתו, ובלבד שנתלוותה כוונה לפגוע במעמדו; הסחה לגזענות, לפי סעיף 144 לחוק העונשין, וראה לעניין זה דברי השופט ויתקין בע"פ 797/77 חייט נ' מ.י., פ"ד לב(2), 127, 133.

30 ראה סעיפים 298 ו-299 לחוק העונשין; וכן הגדרת הגניבה בסעיף 383 לחוק העונשין וחברות בארגון בלתי-חוקי לפי סעיפים 145 ו-147 לחוק העונשין.

31 השווה, למשל, סעיפים 330 ו-456 לחוק העונשין.

32 ראה ש"ז פלר, מ' קרמיצר, "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר תמציתיים" משפטים יד (תשמ"ד) 127.

33 ראה מ' קרמיצר, "התאמת ההליך הפלילי למטרה של גילוי האמת, או האם לא הגיעה העת לסיים את עונת המשחקים" משפטים יז (תשמ"ה) 475.

ישפרו את הסיכוי לבירור האמת, גם עקב היתרון שיש לחומר חקירה ראשוני על-פני עדות מאוחרת עקב הקורוזיה של הזמן ונוכח העדיפות של הודעות שלימות ומלאות על-פני הצגה סלקטיבית ומגמתית של חלקי דברים. הם יגבירו גם את יעילות הדיון ויתרמו משמעותית להחשתו.

בחנינה-מחדש מתבקשת גם בסוגיית ההרשעה על-סמך הודאת נאשם בחקירה. כברת-הדרך הארוכה שצעד בית-המשפט העליון לקראת קבילות הודאות מפי נאשמים שנגכו באמצעי-לחץ הרחוקים מלהעיד על חופש-רצונו של המודה — כפי שציינה ועדת לנדוי³⁴ תוך תרומה נוספת משלה להתפתחות זו³⁵ — מחמירה את החשש מפני קבלת הודאות-שווא כראיה. המבחן של "דבר-מה נוסף", שהיה אולי יפה בשעתו כאשר מבחני הקבילות שקפו יותר את חופש-רצונו של המודה, עשוי להתברר כאשליה של בחינה נוספת; שכן, כאשר נוקטים אמצעי-לחץ כלפי נחקר, אין גם כל קושי ליצור באופן מלאכותי התאמה בין פרט כלשהו שבהודאה לבין המציאות האובייקטיבית. ההתייחסות אל הודאת הנאשם כאל ראיה מכריעה נגדו — פרי זמנים אחרים מבחינת הדין לעניין קבילותה — עלולה להביא בזמננו, נוכח שינוי הדין³⁶, להרשעת חפים מפשע, ואין לך סכנה חמורה ונוראה מזו.

ריפורמה נחוצה גם בתפישה של ריצוי עונש-המאסר, תוך הדגשת זכויות-האדם של האסיר ומטרת שיקומו כיסודות המרכזיים בעיצוב מתכונת הריצוי.

ועוד בתחום החקיקה: על-פי נסיון העבר, ניתן להבחין כי המחוקק פועל על-פי ההנחה שכל המרכה להשתמש בדין העונשי, הרי זה משובת. ולא היא. ההיפך הוא הנכון: ככל שהדין העונשי מוגבל יותר בתחום השתרעותו, כך הוא שומר ביתר נאמנות על אופיו וממלא בצורה טובה יותר את תפקידו החברתי. תכליתו של הדין העונשי במדינה דימוקרטית-ליברלית היא לאפשר קיום אנושי מכובד וחופשי בחברה. ומפני שמדובר באמצעי החמור ביותר העומד לרשות החברה מבחינת פגיעתו בפרט, הוא חייב להיות מוגבל להגנה על הערכים החברתיים החשובים ביותר מפני הפגיעות החמורות ביותר בהם — פגיעות שלא ניתן להתמודד אִתן באמצעים אחרים, שהם פחות דרסטיים ונוקשים. בייחוד יש להזהיר מפני שימוש בדין העונשי: (1) לשם טיפול בזוטות, כגון אי הגשת מים קרים במסעדה³⁷, שכן שימוש כזה מביא לבנליזציה של דין-העונשין כולו ולכרסום המשמעות של גינוי מוסרי הכרוך בהטלת אחריות פלילית. (2) לשם מתן ביטוי להשקפת-עולם נתונה או לעמדה פוליטית מסוימת, כדוגמת האיסורים הנובעים מהשקפת-עולם דתית או מוסרית, המגנים על ערך דתי או מוסרי בתור שכזה או האיסור על קיום מגע כלשהו עם נציג של ארגון-טירור³⁸. שימוש כזה בחוק הפלילי עלול לגרום לאובדן אמון הציבור בו. (3) לצרכים סמליים, כפי שמלמדים הפיאסקו החקיקתי והמוצר המוגמר של האיסור נגד הסתה גזענית³⁹.

34 ועדת-החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת, דין וחשבון (ירושלים, תשמ"ח) 56, פסקה 3.19.

35 מתן היתר לשימוש בהפעלת מידה מתונה של לחץ פיזי על חשודי פח"ע.

36 ע"פ 115/82 מועדי נ' מ"י, פ"ד לח(1) 197, כפי שתומצתה ותוארה בדו"ח לנדוי (ועדת החקירה לענין שיטות החקירה של שירות הבטחון הכללי בנושא פעילות חבלנית עוינת), עמ' 56 ו-57.

37 חוק בניינים ציבוריים (מתקני שתייה למים צוננים), תשמ"ז-1986, סה"ח תשמ"ז 16.

38 סה"ח תשמ"ז 219.

39 סה"ח תשמ"ז 219.

ד. ייצום החוק

משפט פלילי חי איננו רק נורמות שבדין ופרשנותן, הוא גם אופן יישומן והחלתן. לא אוכל לסיים סקירה זו מבלי לציין תופעות מדאיגות אחדות שהתגלו בשנים האחרונות: השימוש ב"חוק הפלילי" בשטחים המוזקקים כאמצעי של דיכוי על-רקע שליטה מתמשכת בשטחים אלה, שזמניתה מקבלת אופי נצחי⁴⁰, והסימנים המדאיגים בדבר העדר-שוויון בשימוש ובהפעלה של החוק הפלילי על יהודים וערבים — חייבים להדאיג כל מי שמצדד במוסר אוניברסלי וחרד מפני מוסר שבטי. דאגה חמורה לשלטון החוק בישראל עולה גם מפרשיות השב"כ, על כל גילוייהן, והדרך שבהן טופלו, שאופיינה במאמץ למנוע חקירה, ובמאמץ שעלה יפה, בסופו של דבר, למנוע הבאת עבריינים לדין, כלומר: חסינות *de facto* של שירות-הביטחון הכללי, ובכלל זה החלפת היועץ המשפטי לממשלה, עשיית שימוש בסמכות החנינה⁴¹ ושימוש בוועדת-חקירה כתחליף לחקירה פלילית. בצד חומרתן כשלעצמן, יש בתופעות אלה כדי לשמש אות-אזהרה מפני הסכנות הטמונות בסמכויות רחבות מדי הנתונות בדין הישראלי לגורמי שלטון שונים על-רקע העדר מסורת שלטונית ראויה, אי-קיומם של הרגלי איפוק וריסון עצמיים בשימוש בכוח וכבוד אמת לחוק, וכן במתן אמון בלתי-מסויג בגורמי השלטון. איסורים גורפים בחוק העונשין, בייחוד בתחום המשיק בחופש-הביטוי, כמו איסורי ההסתה וההמרדה והפגיעה ברגשי דת, שקיומם נסבל בשל אי-הפעלתם — עלולים לקום מתרמתם ולקום על חופש-הביטוי. חשוב אפוא, להשתמש בשעות-כושר פוליטיות — שלמרבה הצער אינן רבות — כדי להתאים הן את האיסורים הפליליים הן את הסמכויות השלטוניות לחברה הישראלית, מתוך היהס לשלטון המאפיין דימוקרטיה אמתית: כבוד והשדנות.

ארבעים שנה למשפט הפלילי הישראלי עומדות בסימן תרומתם המיוחדת של שני אישים לעיצובו ולהתפתחותו של תחום משפט זה, וכוונתי לנשיא לשעבר של בית-המשפט העליון, פרופ' שמעון אגרנט ולפרופ' ש"ז פלד, איש איש ודרכו-שלו: הראשון דחף את המשפט הפלילי הישראלי קדימה, מבפנים, מתוך המשפט הישראלי כחלק מעולם המשפט האנגלו-אמריקני, מעמדה של נאמנות לשיטה ובדרך אכולוציונית של הבלעת השינוי בתוך השיטה, כמעט תוך הסוואת השינוי; והשני — משך אותו מבחוץ, מתוך שיטת-משפט אחרת, ובדרך של תביעה לשינוי רבולוציוני בו. כל אחד מהם תרם תרומה-רכתי להתפתחותו של המשפט הפלילי הישראלי בדרך משלו ולשחרורו מכבלי המשפט האנגלי. לכל אחד מהם ברכת יישר כוח ואיחולים לרוכ כוח. מי יתן שביוכל החמישים למדינה ולמשפט הישראלי יהיה ניתן לדוות על עשייה שלימה ולכרך על המוגמר — מוגמר שהוא, כמובן, שלב בלבד בתהליך האינסופי של יצירת משפט.

40 אני ער לכך שהכינוי "אמצעי של דיכוי" הוא ביטוי קשה, ואולם, כאשר שוללים מבני אדם את זכות הביטוי, ההתארגנות וההפגנה בשדה הפוליטי ומפעילים כלפיהם את המנגנון הפלילי כגין מעשים המצויים במצב רגיל בתחום הלגיטימי של מימוש הזכויות האמורות נראה בעיני הביטוי "דיכוי" משקף והולם, ואין אני רואה סיבה שלא לקרוא לדברים בשמם.

41 מ' קרמיניצר, "חנינת השב"כ — האם עמד בית המשפט הגבוה לצדק במבחן?" עיוני משפט יב (החשמ"ז) 595.