

אגב הפסיקה

"רטרואקטיביות" – מהי ואימתי?

(קטאשווילי נ' מ"י, ע"פ 85/80 1 רד"נ 25/80²)

מאת

פרופ' ש"ז פלר

א. נתוני רקע. ב. תגובת בית המשפט העליון לטענת ה"רטרואקטיביות".
ג. הפאראמטרים של תחולת הנורמה הפלילית בזמן. ד. תגובת בית המשפט
העליון לאור הפאראמטרים האמורים. ה. החלטת בית המשפט לאור התרופות
להפרת סדרי הדין. ו. סיכום.

א. נתוני רקע

הנאשם הורשע בבית המשפט המחוזי¹ על סמך עדות שותפו לדבר עבירה, כאשר
יומני העבודה שצירפה התביעה לחומר הראיות נחשבו כראיה מסייעת שיש בה כדי
להכשיר את העדות האמורה כראיה נגד הנאשם.

בע"פ קטאשווילי קבע בית המשפט העליון שאין ביומני העבודה הללו "כדי להוות
סיוע מספיק לדברי השותף לעבירה"⁴. לעומת זאת, מצא בית משפט זה את ראית
הסיוע, ההכרחית והמספיקה, לעדות השותף, בעדותו של שותף אחר לאותה עבירה;
ובאשר להלכה הרווחת, שלפיה עדות של שותף לדבר עבירה אינה כשרה לשמש
ראיה מסייעת לעדותו של שותף אחר לאותה עבירה נגד שותף גוסף לה, קבע אותו
בית משפט, מפי השופט שמגר, כי "הסייג הנוקשה הפוסל כוחה של עדות שותף כראית
סיוע, אבד עליו הכלח ואין עוד חובה לנהוג לפיו. ראיה כגון זו מן הנכון שתיבחן
לפי אמינותה וסבירותה ולא לפי סיווגה"⁵. לפיכך יש לקיים את ההרשעה שעליה
הוחלט בבית המשפט המחוזי.

כאשר זכה העניין לדיון גוסף, ציין הנשיא כי בע"פ קטאשווילי אכן הוחלט כי "יכול

1 ע"פ 85/80 קטאשווילי נ' מ"י, פ"ד לד (4) 57 (להלן: ע"פ קטאשווילי).

2 ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מ"י, פ"ד לה (2) 457 (להלן: ד"נ קטאשווילי).

3 ת"פ ת.א. 246/79 מ"י נ' קטאשווילי, פסק הדין לא פורסם. אולי לא למותר לציין, שאחד
משופטי המותב (השופט בר) סבר שההלכה לפיה אין עדות שותף לדבר עבירה עשויה
לשמש ראיה מסייעת לעדותו של שותף אחר לאותה עבירה נגד שותף גוסף לה כבר שונתה.
שני השופטים הגותרים נתנו את דעתם לסוגיה זו תוך שהם מחזיקים בדעה שלא חל כל
שינוי כזה. כמובן, היתה סברתו של השופט בר, באותה עת, בטעות יסודה, כפי שמעיר
גם הנשיא בדיון הגוסף בפרשה זו (ראה ד"נ קטאשווילי, עמ' 460, בשורה האחרונה).

4 קטאשווילי, בעמ' 71, סיפא.

5 שם, בין אותיות השוליים ג'–ד'.

שותף לעבירה לסייע לעדותו של שותף אחר לאותה עבירה. בזה שונתה ההלכה הקודמת, שהיתה רווחת בבית-משפט זה, החל בהחלטות בעניין... ובעניין... והיא שללה אפשרות כזאת⁶. ואילו לגוף העניין, סיכם גם הנשיא כי "אין לנעול את הדלת בפני הכשרת עדות כזאת כראייה מסייעת על-ידי קביעת כלל נוקשה של פסילתה בכל מקרה, אלא יש להניח את הערכת העדויות של שני השותפים לשיקולו של בית-המשפט בלי לכבול את ידיו מראש"⁷.

העתירה לדיון נוסף נדחתה, על כל הטענות שבה, כולל זו "שאי אפשר היה לשנות את ההלכה הקיימת באופן רטרואקטיבי, אחרי שכבר הוחל בבירור דינו של הנאשם"⁸. בטענה זו, ובייחוד בתגובת בית המשפט לה, רצונו לדון, אגב אורחא, עלינו לציין שאנו נמצאים במחנה של אלה המברכים, בפה מלא, על הצעד — ולו גם הצנוע ביותר — הזה, לקראת מסירת חופש הערכה מלא לשופט המקצועי, לפי שיקול דעתו, של הראיות, ללא סייגים קבועים מראש בדבר משקלן הסגולי של הראיות למיניהן. סייגים אלה עשויים לחייב את השופט לחרוץ את הדין בניגוד להשתכנעותו בדבר אשמת הנאשם. מי יתן ונגיע להתנערות מושלמת מן הדירוג ההילכתי של מידת האמינות של הראיות לפי מקורן⁹, כמובן תוך שמירה קפדנית על הכלל שלפיו יש להנות את הנאשם מן הספק — *in dubio pro reo*. ועתה נחזור לתגובת בית המשפט העליון לטענה כי ההלכה החדשה, שלפיה עדות של שותף לעבירה אינה פסולה עוד לשמש ראיה מסייעת לעדותו של שותף אחר לאותה עבירה, הוחלה באורח רטרואקטיבי בידי בית המשפט לערעור על ההליך של גביית הראיות שנערך בבית המשפט המחוזי בהתאם להלכה הקודמת לפני ביטולה.

ב. תגובת בית המשפט העליון לטענות ה"רטרואקטיביות"

1. התגובה פותחת בקביעה "יש לדייק ולומר, שספק הוא, אם אנו עוסקים כאן בכלל בבעיה של רטרואקטיביות"¹⁰. כי בע"פ קמאשווילי "לא דן בית המשפט בבעיה, השייכת לתחום הגדרת העבירה, כלומר העילה להעמדת העותר למשפט, אלא לתחום המשפט האדיקטיבי, הקובע כיצד מוכיחים עבירה בדיון הפלילי, ואת הלכתו החיל בית-המשפט מכאן ואילך על הליכים שטרם הסתיימו (ראה מאמרו של פרופסור ש"ז פלר "על רטרואקטיביות של דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה", משפטים ד' (תשל"ב—ג), 403, 408 ואילך)¹¹. כלומר, בתחום הדיוני, תחולת הדין היא מידית, על ההליכים הנערכים בתקופת תוקפה של ההלכה.

6 ד"נ קמאשווילי, בעמ' 459—460.

7 שם, בעמ' 464, בין אותיות השוליים ד'—ה'.

8 שם, בעמ' 460, מול אות השוליים ב'.

9 אולי להוציא מקרים יוצאי דופן, כגון עדות קטין.

10 ד"נ קמאשווילי, בעמ' 460, בין אותיות השוליים ב'—ג'.

11 שם, בין אותיות השוליים ג'—ד'. וכן ראה: ש"ז פלר, "על רטרואקטיביות של דיני ההסגרה ועל השפעת החנינה עליה", משפטים ד' (תשל"ד) 403, 408 ואילך; וראה גם: ש"ז פלר, "ההתייחסות בפלילים לאור משפט המעבר", הפרקליט כג (תשכ"ו) 204, 216 ואילך; א' הרנון, דיני ראיות א (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, תשל"ל) 23.

2. ממש בהמשך בוהר בית המשפט העליון להידרש לשעת עשיית העבירה עלילת ההליכים, במקום שעת ההליכים שעליהם הוחלה הנורמה הדיונית, האדייקטיבית. באשר לתחום המהותי, הדין בהגדרת העילה לאחריות פלילית, "זכאי אדם לצפות לכך שמעשה אשר היה חוקי בעת עשייתו, לא יוכרז על-ידי המחוקק בדיעבד, אחרי עשייתו, כמעשה פלילי, כי אין עונשין אלא אם כן מזהירין. על כן קובע הדין חוקה, שאין לדבר חקיקה [בעניין מהותי זה] תחולה רטוראקטיבית"¹². מה שאין כן בדין האדייקטיבי: "אין לאדם זכות קנויה, שבמשפט יידון עניינו לפי דיני הראיות שהיו קיימים בעת קרות האירוע מושא המשפט"¹³. "לעניין זה, קובע הדין חוקה הפוכה, שלדיני הדיון יש תחולה רטוראקטיבית, ודיני הדיון כוללים לעניין זה, בדרך כלל, גם את דיני הראיות"¹⁴. כלומר, הפעם נמצאת לפנינו סברה אחרת — מה שאופייני לנורמה הדיונית הוא, שתחולתה בזמן היא רטוראקטיבית, ללא כל סייג.

לא למותר להבהיר כי, כאשר מתייחסים למעמד הבלתי נתון לוויכוח של כלל אי-הרטוראקטיביות של הנורמה הפלילית המהותית, המדובר בנורמה היוצרת עבירה חדשה — *crimen ex novo* — שאלה יש לצרף את הנורמה המחמירה את הדין — *lex peyor* — עליה; ואין ספק כי בד"נ קטאשווילי התכוון בית המשפט העליון לנורמה מסוגים אלה בלבד. אולם, אף בתחום הנורמות המהותיות, כאשר מדובר בנורמה חדשה המבטלת עבירה — *abolitio criminis* — או המקלה את הדין — *lex mitior* — בניגוד, אין כל קדושה בכלל אי-הרטוראקטיביות שלה. אדרבא, במרבית שיטות המשפט — כולל השיטה שבה דוגלת הצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש למדינת ישראל¹⁵ — נהוג הכלל של רטוראקטיביות דווקא של נורמה מסוגים אחרונים אלה; ואין כאן המקום לעמוד, בפרוטרוט, על השיקולים שאכן מצדיקים את הגישה הזאת. די להטעים שאין ברטוראקטיביות של נורמה כזאת כל אלמנט של הפתעה העשויה לפגוע בפרט. כלומר, כשם שניתן לתאר רטוראקטיביות גם של נורמה פלילית מהותית, כך גם לא מן הגמנע לדבר על אי-רטוראקטיביות של הנורמה הפלילית הדיונית, ואולי אף ביתר שאת. כי שורת הדין מחייבת תמיד רטוראקטיביות של הנורמה המקלה עם הנאשם, אם כי היא מהותית; בו בזמן שהמצבים שבהם מתבקשת סטייה מכלל התחולה המידית של הנורמה הדיונית, הם ספוראדיים ביותר.

3. בטענת "הרטוראקטיביות" כלולה ההשגה כי ההחלה של ההלכה החדשה, ישירות, בשלב הערעור, יחד עם פסיקתה, הפתיעה את הנאשם, אשר אירגן את הגנתו בערכאה הראשונה בהתאם להלכה הקודמת, שהיתה בתוקף באותה שעה, וגרמה לו בכך עיוות דין. על השגה זו הגיב בית המשפט העליון במלים אלה של נשיאו:

12 ד"נ קטאשווילי, בעמ' 460, בין אותיות השוליים ד'—ה'.

13 שם, שם, מול אות השוליים ד'.

14 שם, שם, בין אותיות השוליים ה'—ו'.

15 סעיפים 4 ו-5 להצעה, משפטים י (תשמ"מ) 203; ראה גם סעיף 18 (א) ו-1 (ב) להצעת נוסח הוועדה לחוקה, חוק ומשפט של הכנסת. כן ראה סעיף 47 (א) בצירוף 25 (ב) לחוק הנורע (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), תשל"א (ס"ח תשל"א, עמ' 134) ובנושא זה את הרשימה של יעל אריאלי, "התחולה בזמן של הנורמה הפלילית", משפטים יא (תשמ"א) 545. ואילו לעניין שיטות המשפט שבהן מוקנית תחולה רטוראקטיבית לנורמה משפטית המבטלת עבירה או המקלה את הדין עבודה, ראה ש"ז פלר, "בחירות אחדות של עקרון התוקיות בפלילים" משפטים א (תשכ"ח) 19, בעמ' 27—29, ובמיוחד הערות 22—25.

"אילו סברתי, ששינוי ההלכה בערעור בא לסניגור המלומד כרעם ביום בהיר, ושהוא היה עורך את הגנתו אחרת, אילו ידע מראש, שכזאת עלול להתרחש, הייתי רואה בזה קיפוח דיוני, והייתי מחפש לעותר תרופה כדי לתקן זאת"¹⁶.

אך בית המשפט העליון קבע כי דווקא "ניתנה לו הזדמנות מלאה להגיב, גם בערכאה הראשונה וגם בערעור, על הצעת התביעה, שלא ללכת עוד בעקבות ההלכה הישנה"¹⁷. הפעם משתמעת גישה מותנית למדי לתחולה הרטרואקטיבית אף של הנורמה הדיונית.¹⁸ ולבסוף, בבחינת קביעה מסכמת, לאחר הרפורמה אגב הבחנה בין תחילת תוקפו של שינוי בהלכה הפסוקה בתחום המהותי, לעומת תחילת תוקפו של שינוי הלכה פסוקה בתחום הדיוני, כולל דיני הראיות, ואגב הבחנה נוספת בין שינוי בהלכה הפסוקה ובין שינוי בהלכה החרוטה לעניין תחילת תוקפם של שינויים כאלה, מסכם הנשיא:

"דברים אלה אינם צריכים להתעמקות ולהכרעה בעתירה זו, כי כאן לפנינו סוגיה שבדיני הראיות, שלגביה אין ספק, שעקרונית יכול שינוי של הלכה קודמת לחול גם בתוקף למפרע, על אירועים, שקדמו להליכים, שבהם שונתה ההלכה"¹⁸.

כלומר, חזרה בלתי מסויגת לתחולה הרטרואקטיבית. זאת היתה התגובה של בית המשפט העליון בד"נ קאשווילי לטענת ה"רטרואקטיביות" ועל סמך הנימוקים דלעיל, הכלולים בתגובה, נדחתה הטענה.

ג. הפאראמטרים של תחולת הנורמה הפלילית בזמן

טרם ניתן את דעתנו — אבל לא לפני שנצטרף בפה מלא לעצם דחיית העתירה — על הנימוקים הללו מן הבחינה התיאורטית, מן הראוי שנחזור, תחילה, במלים ספורות, על הפאראמטרים של השתרעות הנורמה המשפטית בזמן, כשעינינו מופנות לנורמה הפלילית, המהותית והדיונית.

1. השתרעות הנורמה הפלילית בזמן היא, ראשית כל, עניין של תחילת הנורמה, כלומר של תאריך כניסתה לתוקף ושל פקיעתה של הנורמה, דהיינו תאריך ביטולה, בין המלא, ללא תחליף אחר תהיה, ובין החלקי, תוך החלפתה בנורמה פלילית אחרת, מתקנת. בין שני הזמנים, בתקופת תוקפה, הנורמה היא, כמובן, בתחולה. עד כה אין כל שוני בין נורמה פלילית מהותית לנורמה פלילית דיונית. מערכת הזמנים הרלוונטיים לנושא דיונו מתאפיינת בזמן נוסף, והוא עיתוי האירוע הקונקרטי שעליו עומדים להחיל את הנורמה הפלילית והנמנה עם הקטיגוריה המופשטת המוסדרת בה, ביחס לשני הזמנים האמורים, ביניהם, או לפני הזמן הראשון, של תחילת הנורמה. לפי שלושת הזמנים הללו עשויות להתעורר השאלות: אם הנורמה הפלילית חלה רק על האירועים שאירעו בשעה שהיא היתה בתוקף, כלומר כאשר עיתוי האירוע הוא בין זמני תחילת הנורמה לפקיעתה, או, שמא, היא עשויה לחול גם על אירועים מלפני תחילתה.

16 ד"נ קאשווילי, בעמ' 461, בין אותיות השוליים ו'—ז'.

17 שם, בעמ' 462, בין אותיות השוליים א'—ב'.

18 שם, בעמ' 465, מול אות השוליים ה'.

2. מלבד שלושת הזמנים האמורים – זמן תחולת הנורמה, זמן פקיעתה וזמן האירוע, שלגביו מתעוררת שאלת תחולתה, ביחס לשני הזמנים הקודמים – יסוד חיוני לנושא דיונונו הוא גם זהות האירוע האמור, על טיבו והיקפו. בלי הבחנה מדויקת של אירוע זה מבחינת זהותו מן הנמנע לדון בשאלת השתרעות הנורמה הפלילית בזמן. כי אירוע זה הוא נשוא התחולה. בכך נשלמת מערכת הפאראמטרים של תחולת הנורמה הפלילית בזמן, מערכת המורכבת אפוא משלושת הזמנים האמורים ומהות האירוע שהוא נשוא התחולה.

ארבעת הפאראמטרים הם בבחינת הא בהא תליא; מן הנמנע לקבוע את עיתוי האירוע מבלי לזהותו קודם, על טיבו והיקפו המדויקים, ואילו זהות האירוע היא הקובעת את סוג הנורמה, על זמן תחילתה ופקיעתה, בת-התחולה, ובכך מותנה גם היחס בין עיתוי האירוע ובין שני הזמנים הללו. ניתן לגרוס שזהות האירוע אובייקט ההחלה של הנורמה הפלילית הוא הפאראמטר שבו צריך להתחיל את בדיקת הסוגיה של השתרעות הנורמה הפלילית בזמן; בו, בפאראמטר זה, גם השורש להבחנה בין תחולת הנורמה המהותית ובין תחולת הנורמה הדיונית, כי סוג הנורמה מותנה בזהות, המהותית או הדיונית, של האירוע שהוא נשוא התחולה.

ד. תגובת בית המשפט העליון לאור הפאראמטרים האמורים

1. נידרש אפוא, תחילה, לשאלת זהות האירוע, על טיבו והיקפו, שהוא נשוא התחולה של ההלכה הפסוקה לעניין הכשרות של עדות שותף לעבירה כראיה מסייעת לעדות שותף אחר לאותה עבירה נגד שותף נוסף לה.

מבחינת טיבו, האירוע נעוץ בהליך הבאת הראיות, גבייתן והערכתן בהתאם לדרישות ההלכה. אם הדין פוסל עדות כאמור, ההליך יתבצע בצורה אחרת מאשר במקרה שהדין מכשיר אותה לשמש ראיה מסייעת לעדות שותף אחר לאותה עבירה. הליך זה נועד להוביל, כמובן בהתאם לדין המסדיר אותו, להוכחת העילה שהיא אובייקט בירור הדין. ההליך נמנה אפוא עם תחום דיני הראיות, השייך, כשהוא לעצמו, לתחום סדרי הדין. זוהי בדיוק גם גישת בית המשפט העליון, בד"נ קמאשווילי, לעניין טיבו של ההליך האמור.

2. אבל, לעניין היקפו של ההליך כיסוד אחר, המגדיר את זהותו, נדמה לנו כי עשויים להשתמע מניסוחו של בית המשפט דברים הטעונים תיחום והגבלה. מבחינת היקפו, נדמה לנו שההליך מנוהל ומסתיים בבית המשפט שלפניו מתברר העניין בערכאה הראשונה. אין הליך זה מתמשך גם בבית המשפט לערעור. בית משפט זה מופקד על ביקורת יסודיותו וחוקיותו של פסק הדין של הערכאה הראשונה וכמובן, עקב כך, בין השאר, גם בכל הנוגע להליכים הנוגעים לתחום הראיות. אך ההליכים המרכיבים שלב נפרד זה של בירור הדין, שלב הערעור, הם שונים, בתוכן ובתכלית, מן ההליכים לפני הערכאה הראשונה. לכן, לא נראית לנו הגישה המשתמעת מן הדברים "יש לדייק ולומר, שספק הוא, אם אנו עוסקים כאן בכלל בבעיה של רטרואקטיביות"¹⁹, משום שבע"פ קמאשווילי "דין בית המשפט העליון בבעיה, השייכת... לתחום המשפט האדייק"

19 שם, בעמ' 460, בין אותיות השוליים ב'–ג'.

טיביו... ואת הילכתו החיל בית-המשפט מכאן ואילך על ההליכים שטרם הסתיימו²⁰ (ההדגשה הוספה). אכן, כל עוד העניין נמצא בשלב הערעור, לא הסתיימו כל ההליכים לבירור הדין, אבל יש מהם שהסתיימו. עניין תלוי ועומד אינו בבחינת "הליך אחד" המתחיל עם הפעולה הראשונה באותו עניין ומסתיים עם הפעולה האחרונה בו. יש הליכים בכל שלב דיוני של העניין שהם נפרדים מן ההליכים שבשלב שקדם לו או שבא אחריו — אלה שבשלב החקירה מאלה שבשלב המשפט, אלה שבכל שלב של המשפט מאלה שבשלביו האחרים, ואלה שבשלב ריצוי העונש ומיצוי הדין בנוגע לתוצאות המשפטיות האחרות של חיוב בדין, מאלה שבכל שלב שקדם לשלבים אלה; ואף בכל שלב ניתן להבחין בהליכים בעלי זהות ועיתוי משלהם. לעתים, בתוך הליך שנחשב אחד לעניין פלוני, ניתן להבחין בתת-הליכים בעלי זהות עצמית משלהם לעניין אלמוני. משל הולם הוא ההליך שאנו דנים בו, של הבאת הראיות, גבייתן והעריכתן, שהוא אחד לעניין כשרותה של עדות שותף לעבירה כראיה מסייעת לעדותו של שותף אחר לה נגד שותף נוסף לאותה עבירה. יחד עם זאת, לעניינים אחרים ניתן להבחין בתוך ההליך הזה תת-הליכים שהם בבחינת הליכים בעלי זהות עצמית, העומדים בשרות עצמם, מבחינת טיבם והיקפם, כדוגמת הליך הוחרת העד לפני העדתו, לומר את האמת כולה בנוגע לפרשה שהיא נושא המשפט. הכל תלוי בפונקציה שלאורה מתבוננים בצעד זה או אחר ממכלול הצעדים הנועדים לקדם את מימוש מטרת סדרי הדין. כלומר, המשפט יכול שיהיה "תלוי ועומד", כאשר בתוכו יש הליכים שהושלמו והסתיימו. לדבר זה יש משנה חשיבות לעניין זהותו של כל הליך²¹, היקפו ועיתויו. אי לכך, אם בית המשפט לערעור שינה לראשונה את ההלכה בעניין הכשרות של עדות שותף לעבירה כראיה מסייעת לעדותו של שותף אחר לאותה עבירה נגד שותף נוסף לה, והחיל אותה ישירות על הראיות שהובאו נגדו והוערכו בערכאה הקודמת, ההחלה היא רטרואקטיבית גרידא.

גישתנו החד-משמעית לעניין זה היא אפוא שהשאלה של רטרואקטיביות עשויה להתעורר גם בתחום סדרי הדין ולא רק בתחום הדין המהותי, וזאת כאשר מחילים דין מאוחר על הליך שהסתיים לפני תחילת חוקפו של הדין, אם כי במהלך משפט שהוא עדיין תלוי ועומד. שאלה נפרדת היא, כמובן, אם, בהעדר הוראה מיוחדת סותרת, הכלל הוא תחולה רטרואקטיבית או תחולה מידית דווקא. אך בשאלה זו נדון בהמשך.

3. העמדת פסק הדין בע"פ קטאשווילי במבחן הפאראמטרים של תחולת הנורמה המשפטית בזמן מבליטה בדרך אנאליטית יותר את נכונותה של גישה זו: מבחינת זהות האירוע שהוא נושא התחולה של הנורמה, המדובר בהליך הבאת הראיות, גבייתן והערכתן; מבחינת עיתוי אירוע זה, המדובר בזמן בירור הדין לפני

20 שם, שם, בין אותיות השוליים ג'—ד'.

21 המושג "הליך" משפטי, והליך פלילי במשמע, הוא אפוא מושג יחסי. כי תיחומו, ובכך היקפו, זיהויו ועיתויו, הם פונקציה של התפקיד המיוחד שהוא ממלא בקידום משימת סדרי הדין ואשר לאורו דנים באותו הליך. לכן, ההליך עשוי להתבטא בכל צעד שנעשה בכיוון זה או במגוון צעדים כאלה, כשם שניתן להתייחס לתת-צעדים כאלה כאל הליכים בפני עצמם. המבחן להתבחנות כאלה הוא, אם כן, פונקציונלי בהתאם לתפקידו המיוחד של ההליך העומד לנגד עיני הבוחן אותו.

בית המשפט ששימש ערכאה ראשונה; מבחינת תקופת תוקפה של הנורמה שהוחלה על ההליך האמור, המדובר בהחלה על הליך שעיתויו לפני תחילת תוקפה של הנורמה. מכיוון שכך, ההחלה היתה רטוראקטיבית.

4. אבל, בהמשך, גם בית המשפט העליון בד"נ קטאשווילי לא נרתע מפני החלה רטוראקטיבית של נורמה פלילית ובלבד שתהיה זו נורמה דיונית ולא מהותית. אדרבא, הוא אף גורס שאם בתחום הדין הפלילי המהותי התחולה הרטוראקטיבית היא פסולה "כי אין עונשין אלא אם כן מזהירין"²², בתחום סדרי הדין הכלל הוא הפוך וללא כל סייג: "לדיני הדיון יש תחולה רטוראקטיבית"²³, כאילו הדבר נובע מטבע הדברים.

כל עוד גרסו מי שגרסו²⁴, שהרטוראקטיביות של הנורמה הדיונית מתבטאת בכך שהיא עשויה להיות מוחלת במשפט על מעשה שנעשה לפני תחילת תוקפה של הנורמה, ובלבד שהיא עומדת בתוקפה בשעת החלתה, ניתן היה רק להסב את תשומת הלב לשימוש המוטעה במונח "רטוראקטיביות". כי, לאמיתו של דבר, מדובר בניחול ההליכים בהתאם לנורמות הדיוניות שהיו בתוקף בשעת עריכתם, ולא בהחלת הנורמות הדיוניות על המעשה עילת בירור הדין. על העילה עצמה חלות הנורמות המהותיות, לפיהן יש להגדירה כעבירה פלילית ולקבוע את האחריות הפלילית בגינה. כלומר, באשר לנורמות הדיוניות, החלתן היא, לאמיתו של דבר, מידית מכאן ואילך. כי האירוע, נושא ההחלה, מבחינת זהותו ועיתויו, הוא ההליך הפלילי המתנהל בשעת תוקפה של הנורמה. זהו אפוא שימוש שלא כהלכה במונח "רטוראקטיביות", במקום המונח "מידיות"; יש להצטער על כך, ורצוי להימנע ממנו ולדייק ולנקוט מינוח נכון, כדי שלא נטעה את עצמנו ואת הוולת כאחד.²⁵

22 ד"נ קטאשווילי, בעמ' 460, בין אותיות השוליים ד'–ה'.

23 שם, שם, בין אותיות השוליים ה'–ו'. וכן ראה עמ' 465, מול אות השוליים ה'.

24 ראה דיון מפורט בסברה מוטעית זו: ש"ן פלר, "על רטוראקטיביות של דיני ההסגרה ועל השפעת החגיגה עליה", משפטים ד (תשל"ג) 403, בעמ' 408 ואילך, וכן ש"ן פלר, דיני ההסגרה (ירושלים, 1980) 60–71.

25 לשימוש מוטעה כזה של מטבע הלשון "רטוראקטיביות" נתפס גם בית המשפט המחוזי בבאר שבע (מפי השופטת ד' דורנר) בת"פ 574/78. העבירה עילת המשפט נעברה בחודש מרס 1978. ההרשעה בעבירה בוססה בעיקר על אמירה שמסר עד במשטרה, שממנה חזר בו העד בעדותו בבית המשפט בחודש יוני 1980. השופטת העדיפה את האמירה על העדות בבית המשפט בהסתמכה על הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות (נוסח חדש), שנכנס לתוקפו בחודש נובמבר 1979. המערער חזר בבית המשפט העליון (ע"פ 735/80, כהן נ' מ"י, פ"ד לה (3) 94) על טענתו כי "היתה בזה הפעלה רטוראקטיבית של הוראה חדשה זו" (שם, בעמ' 97 מול אות השוליים ג'). בית המשפט העליון קיבע כי עוד בבית המשפט המחוזי דחתה השופטת את הטענה בנימוק כי "לפי ההלכה הפסוקה יש להוראות שבדיני הדיון ובדיני הראיות בדרך כלל תחולה רטוראקטיבית גם על מעשה שבוצע לפני חקיקת ההוראה החדשה, אם ההליכים, שבהם מופעלת ההוראה החדשה מתקיימים אחרי חקיקתה" (ההדגשה הוספה) (שם, שם, בין אותיות השוליים ג'–ד'). יובחן, שגם כאן השימוש במונח "רטוראקטיביות" הוא מוטעה לחלוטין. כי אובייקט התחולה של הוראת סעיף 10א לפקודת הראיות אינו "המעשה" עילת המשפט, כלל ועיקר, אלא הליך גביית הראיות והערכתן, שהתקיים לאחר כניסתה לתוקף של הוראה זו; והיא, ההוראה, הופעלה לפי כלל התחולה המידית של נורמה דיונית על כל ההליכים הנערכים מתאריך תחילת תוקפה ועד לתאריך פקיעתה, ודאי לא לפי איוו שהיא תחולה רטוראקטיבית.

5. אבל בעניין קטאשווילי, כאשר בד"נ קבע בית המשפט העליון "שלדיני הדיון יש תחולה רטרואקטיבית" ופירט כי, "יכול שינוי של הלכה קודמת לחול גם בתוקף למפרע, על אירועים, שקדמו להליכים שבהם שונתה ההלכה"²⁶, כאשר המדובר ב"אירועים" המתבטאים בהליכים שנוהלו לפני הערכאה הראשונה, השימוש במונח רטרואקטיביות הוא מדויק ונכון. כי עיתויו של האירוע, בעל הזהות הדיונית, קדם לזמן כניסתה לתוקף של הנורמה הדיונית שהוחלה.

אלא, שספק הוא אם אכן גם הגירסה עצמה, כי לנורמה דיונית יש תחולה רטרואקטיבית, היא מדויקת. מדוע ניתן להתעלם כאן, בתחום הדיוני, ממגרעות ההפתעה והבלתי צפוי, הטמונות בתחולה הרטרואקטיבית, שעשויות להיות חמורות לא פחות מאשר המגרעות שבתחולה הרטרואקטיבית של נורמה מהותית בניגוד לעיקרון שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"? אכן, אין לאדם זכות קנויה שבמשפט על עבירה שעבר יידון עניינו לפי דיני הראיות שהיו בתוקף בעת העבירה. אך יש לו זכות שיידע, בשעת הליך של הבאת הראיות, גבייתן והערכתן, את הנורמה הדיונית המסדירה באותה שעה את ההליך הזה, כדי לארגן את הגנתו בהתאם להוראתה. החלה של כל דפוס נורמטיבי שונה, ex post facto, על הליך זה עצמו, כשהיא עשויה להפתיע את האדם ולגרור לו עיוות דין, היא פסולה בתכלית. יש להיזהר אפוא מן הקביעה הגורפת כי "לדיני הדיון יש תחולה רטרואקטיבית". כלומר, המושג רטרואקטיביות ישים גם בתחום הנורמות הדיוניות, אך אין זה אומר כי החלתן באורח רטרואקטיבי היא ההלכה. נהפוך הוא. הכלל הוא אי-רטרואקטיביות גם של הנורמות הדיוניות, כאשר החלתן הרגילה היא מידית; כמובן, ניתן לסטות מן הכלל על סמך הוראה מיוחדת.

6. גם בית המשפט העליון, בד"נ קטאשווילי, ער לכך, למרות גירסתו הבלתי מסויגת שעקרונות תחולתן של הנורמות הדיוניות היא רטרואקטיבית. הוא נותן ביטוי למודעות זו באלה המלים — שכבר צוטטו למעלה: "אילו סברתי, ששינוי ההלכה בערעור בא לסניגור המלומד כרעם ביום בהיר, ושהוא היה עורך את הגנתו אחרת, אילו ידע מראש, שכזאת עלול להתרחש, הייתי רואה בזה קיפוח דיוני, והייתי מחפש לעותר תרופה כדי לתקן זאת"²⁷. למעשה, טמונה בכך נסיגה מלאה מגירסת הרטרואקטיביות, תוך הכנסת התחולה לגבולות המידיות בלבד. כמובן, בליווי הויהוי המדויק של ההליך, כאירוע שהוא נושא התחולה, מבחינת טיבו והיקפו, וכן תוך עיתויו המדויק, עקב כך, של הליך זה.

ובכך הגענו לתרופה להפרת הכלל של אי-רטרואקטיביות של הנורמה הדיונית. ונאמר מראש, שתרופה זו נעוצה בהחזרת התחולה המידית על הליך שטופל באורח רטרואקטיבי, כדי לתקן את הקיפות, במידה שהוא נגרם. תרופה זו מקבילה בדיוק לתרופה הנהוגה במקרה של הפרת כלל אי-הרטרואקטיביות גם בתחום הנורמה המהוית. התרופה האמורה גם הולמת את הטיב הכללי של התרופות המקובלות במקרה של הפרת סדרי הדיון.

26 בעמ' 465, מול אות השוליים ה'.

27 שם, בעמ' 461, בין אותיות השוליים ו'—ז'.

ה. החלטת בית המשפט לאור התרופות להפרת סדרי הדין

1. נדמה לנו, שהכלל הרווח בסדרי הדין הפליליים לעניין תיקון הפרתם הוא שבמקרה של הליך פלילי נגוע בהפרת הנורמה המשפטית המסדירה אותו, שומה על בית המשפט לבדוק, ראשית כל, אם נגרם בכך עיוות דין כלשהו, ואם כן, לפסול אותו — כולו או מקצתו לפי היקף הפגם שגרם את עיוות הדין — ולנקוט את הצעדים הנדרשים לשם הסרת העוול שנגעשה. עקרונית, הפסילה מותנית אפוא בקיפות הנגוע לעניין, ותוך מגמה לתקן ככל האפשר את הפגם ולהסיר את העיוות. כמוכך, ייתכנו מקרים שבהם הפסילה היא בלתי מותנית, בבחינת "יקוב הדין את ההר", כי ההנחה של עיוות דין היא חלוטה, ואין אלא להתעלם מן ההליך הפגום.

ביטוי מובהק של פסילה מותנית בעיוות דין נמצא בסעיף 195 לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965, שלפיו "בית המשפט רשאי לדחות ערעור אף אם קיבל טענה שנטענה, אם היה סבור כי לא נגרם עיוות דין". אפילו נתקבל הערעור בשל עיוות־דין שנגרם במשך ההליכים לפני הערכאה הקודמת, רשאי בית המשפט לערעור הן לתקן בעצמו את העיוות, תוך שינוי פסק הדין של הערכאה הקודמת, ביטולו ומתן אחר במקומו, והן להחזיר את המשפט עם הוראות לערכאה הקודמת (סעיף 193(1) לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965), ובלבד שייעשה משפט צדק בעניין.

זוהי הגישה הבסיסית של מערכת הנורמות הפליליות הדיוניות בנושא התרופה להליכים פגומים בשל הפרת סדרי הדין, כולל בשל הפרת כלל אי־הרטוראקטיביות של נורמה דיונית, כאשר עיקרי הגישה הם שניים: האחד — מתן הזדמנות לבעל־הדין להציג את עמדתו ולהוכיח את גירסתו לאור הנתונים שלפיהם הדין עומד להיחרץ, אם, בשל ההליך הפגום, לא היתה לו הזדמנות לעשות כן; והאחר — תיקון העוול שנגרם לבעל הדין באותו הליך, אם אכן בגלל הפגם שבו בעל הדין יצא מקופה.

2. "ובכן, בד"נ קטאשווילי קובע הנשיא, מפורשות, שתי קביעות בסיסיות, רלוונטיות לעניין: האחת, כי שינוי ההלכה שלפיה "אין שותף מסייע לשותף" לא באה לעותר כהפתעה; והאחרת, כי העותר לא הצביע על כל דרך הגנה חילונית שאותה הוניה משום שבעת הבאת הראיות, גבייתן והערכתן, הוא הסתמך על ההלכה שבתוקף בעת הליך זה, ובשל כך יצא מקופה. במלים של בית המשפט: "הרי ניתנה לו [לפרקליט העותר] הזדמנות מלאה להגיב, גם בערכאה הראשונה וגם בערעור, על הצעת התביעה, שלא ללכת עוד בעקבות ההלכה הישנה"²⁸; ואף הוא "לא הסביר באיזה אופן היה פרקליט העותר דאז משנה את ניהול המשפט מטעם העותר, אילו ידע מראש, שהפעם עומדת ההלכה להשתנות"²⁹. כלומר, לא היתה כל הפתעה וגם אין רואים מה עיוות הדין שנגרם. לכן, אין מקום לבטל את פסק הדין של בית המשפט העליון בע"פ קטאשווילי, ודין העתירה בדיון הנוסף להידחות.

3. יש להניח שאילו הוסיף השופט שמגר בפסק הדין בע"פ קטאשווילי הנמקה כזאת להחלה הרטוראקטיבית של ההלכה החדשה שקבע באותו פסק דין, על הליך שנערך בערכאה הקודמת, אולי היה העותר אף מוותר, בעתירתו לדיון הנוסף, על טענת ההחלה הרטוראקטיבית "הפסולה" של ההלכה החדשה, אם לא היה מוותר

28 שם, בעמ' 462, בין אותיות השוליים א'—ב'.

29 שם, שם, מול אות השוליים א'.

לגמרי על הגשת העתירה. כי אמנם כן, אין תחולה רטרואקטיבית לנורמה הפלילית, אפילו הדיונית ולא רק המהותית, אלא מכוח היתר מיוחד וסותר. והיתר כזה לגבי הנורמה הדיונית טמון בעיקרי גישת המשפט בנושא התרופות להליכים פגומים בשל הפרת סדרי הדין. החוק נותן לגיטימציה גם להליכים הסוטים מן הכללים אם לא נגרם בהם כל עיוות דין ובמיוחד כשהושג בהם גם משום ייעול בירור הדין. לפי הקביעות בדיון הנוסף לא נגרם כל עיוות דין בע"פ קמאשווילי, ואילו, וזוהי התוספת שלנו, השופט שמגר רק ייעל את הבירור בכך שמה שניתן היה לעשות בערעור, ללא כל קיפוח של בעלי הדין, הוא עשה, במקום להחזיר את המשפט לערכאה הקודמת עם הוראות לעשות אותו דבר, אך באיחור לא מבוטל ותוך גרימת עינויים מיותרים.

4. אבל נניח שלא היו הנתונים שמהם נובע כי, עוד בשלב בירור הדין לפני הערכאה הראשונה, הנאשם היה ער לאפשרות שינוי ההלכה, כי ניתנה לו ההזדמנות המלאה להגיב על כך וגם לארגן את הגנתו בהתאם לשינוי המוצע וכי למעשה אף עשה זאת⁸⁰, מה יכול וצריך היה לעשות בית המשפט העליון, כערכאה לערעור, עם שינוי ההלכה? להחיל אותה באורח רטרואקטיבי, למרות עיוות הדין שעשוי היה להיגרם לבעל הדין? הרי ההחלה הרטרואקטיבית היא בבחינת חריג והיא מותרת רק כאשר אין בכך עיוות דין; שאם לא כן, התחולה חוזרת להיות מידית בלבד; או, שמא, לוותר על החלת ההלכה החדשה, למרות שההלכה הקודמת "אבד עליה הכלח"? הרי בכך מעוותים את הדין בכיוון ההפוך; למרות שהאשמה עשויה להיות מוכחת, ייצא הנאשם זכאי.

אך סדרי הדין כוללים תרופה העשויה לספק את כל הדרישות של עשיית משפט צדק. במקרה זה, פתוחה לפני בית המשפט העליון הדרך האמורה בסעיף 193(1) לחוק סדר הדין הפלילי, תשכ"ה—1965: להחזיר את המשפט לערכאה הקודמת עם הוראות להחיל את ההלכה החדשה תוך עריכה מחדש של הליך הבאת הראיות, גבייתן והערכתן בנקודה השנויה במחלוקת. בכך חוזרים לכלל של מידיות ההחלה של הנורמה הדיונית ונמנעים מן החריג של החלתה הרטרואקטיבית, כאשר אין היתר להשתמש בו.

בהנחה שבית המשפט העליון, כערכאה לערעור, היה מחיל את ההלכה החדשה תוך התעלמות מתנאי ההיתר להחלה הרטרואקטיבית שלה, אין לנו ספק שגם בית המשפט העליון, בדיון הנוסף, היה נוהג לפי הדרך האמורה. נשיא בית המשפט העליון אף רמז רמז די ברור לכך כאשר אמר שאילו היה רואה בהחלה הרטרואקטיבית קיפוח דיוני — כלומר אילו נעדרו התנאים לחריג — "הייתי מחפש לעותר תרופה כדי לחקן זאת"⁸¹.

ו. סיכום

1. גישתנו לעניין תחולת הנורמה הדיונית היא, שהכלל הוא שהיא חלה באורח מידתי, ואילו התחולה הרטרואקטיבית שלה היא בבחינת חריג, ומותנית בתנאים מיוחדים. התנאי הפורמאלי ביותר עשוי להתבטא בהוראת נורמה מיוחדת ומפורשת על כך. התנאי הענייני, שהוא גם כללי יותר, הוא שלא ייגרם בכך כל עיוות דין לבעל הדין.

30 ראה את האמור בד"נ קמאשווילי, עמ' 461—462.

31 שם, בעמ' 461, בין אותיות השוליים ו'—י'.

2. סדרי הדין מורכבים ממסכת הליכים שניתן להבחין ביניהם הבחנה ברורה מבחינת זהותם ועיתויים לצורכי ההחלה עליהם של הנורמות הדיוניות המסדירות אותם. עניין התחולה של הנורמה הדיונית בזמן על הליך נתון הוא עניין של זיהוי ההליך בהתאם לאובייקט ההסדרה של הנורמה ועיתויו ביחס לזמני תוקפה של הנורמה. אלה הם הפאראמטרים של התחולה בזמן של הנורמה הדיונית. זמן אירוע העילה שהיא נושא ההליכים אינו שייך לעניין.

3. דיני הדיון מצוידים בהוראות המאפשרות גם התלה רטוראקטיבית של הנורמה הדיונית, כחריג, כמובן בתנאים הקבועים לכך. דיני הדיון מצוידים גם בהוראות המאפשרות את החזרת המשפט לשלבים ההולמים את ההחלה המידית של הנורמה הדיונית, אם התנאים האמורים נעדרים.

4. בד"ג קטאשווילי נתן בית המשפט העליון גושפנקא לגישה לפיה הכלל הוא, שתחולת הנורמות הדיוניות היא מידית דווקא, והחריג של תחולתן הרטוראקטיבית מותנה באיגרימת כל עיוות דין לבעל הדין, זאת, למרות שהכריז, בעת ובעונה אחת, הכרונות גורפות על התחולה הרטוראקטיבית הבלתי מסויגת של נורמות אלה. ואכן, חויבה ההחלה הרטוראקטיבית של נורמה דיונית רק בשל כך שנתמלא התנאי של איגרימת עיוות דין.

5. בד"ג קטאשווילי נמצא סימוכין גם לדעה, שסדרי הדין מורכבים ממכלול הליכים ותת-הליכים, לפי העניין, שהם בעלי זהות עצמית, ועקב כך גם בעלי עיתוי עצמי. רק בתנאי זה ניתן לדבר על הליכים שלגביהם שונתה ההלכה, לעומת הליכים שקדמו לשינוי ההלכה, אם כי כולם, גם אלה וגם אלה, נמנים עם בירור דין באותו עניין. רק בשל מציאות זו ניתן לדבר גם על תחולה רטוראקטיבית של הנורמה הדיונית, לעומת תחולה מידית. אילו נחשב בירור הדין כהליך אחד, פתוח עד לסיומו, על כל שלביו, אף מן הנמנע היה לדבר גם על תחולה רטוראקטיבית.

6. בע"פ קטאשווילי הוחלה הנורמה הפלילית הדיונית באורח רטוראקטיבי. אולם, מלבד ההנמקה המשכנעת לשינוי הנורמה הקודמת היה מקום שפסק הדין יכול גם הנמקה הולמת להחלה הרטוראקטיבית של אותה נורמה, למרות שהרקע להנמקה לא היה חסר הלכה למעשה. חסר זה הושלם בדיון הנוסף ולכן אושר פסק הדין בערעור והושאר על כנו.

7. ולבסוף, לאור האמור לעיל, מלבד מספר הערות והבהרות הנוגעות למישור המושגי והמינוח המדויקים, נדמה לנו כי, לגוף העניין, יש להצטרף בפה מלא לשתי ההחלטות של בית המשפט העליון — האחת שבה הוחלה באורח רטוראקטיבי הנורמה הדיונית, כי אף בעל דין לא קופח בכך, והשנייה שבה אושרה ההחלטה הראשונה והוספו בה גם הנימוקים שהצדיקו את התחולה הרטוראקטיבית במקרה הנדון.