

פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה

מאת

אסף הרדוף*

שאלת ההפללה (criminalization) בוחנת כיצד להכריע אם להוציא סוג התנהגות מחוקן לחוק ולהכריז עליו כעבירה פלילית. חשיבות ההפללה עצומה ונוגעת לרבדים משמעותיים של חירות הפרט, צדק ושוויון, כלכלה ולגיטימציה. חרף כובד משקלה, יסודיותה והוותק שלה – שאלת ההפללה כמעט שאינה זוכה לניתוח אנליטי שיפרקה לגורמים ויעמוד על מרכיביה. מאמר זה מציע עדשה נוספת להביט בהפללה באמצעות חיבור כלי עיוני מיוחד אל הכלי המשפטי הפורמלי לביקורת חוקים בישראל. המאמר מראה את קשיי הניתוח המעשיים של שאלות הפללה לפי פסקת ההגבלה המופשטת, שמטיבה מחייבת את הצופה למאמץ פרשני בלתי מבוטל ומותירה אותו עם שיקול דעת רחב בדרך להצבעה על שיקולי ההפללה. המאמר מציע עדשה מלוטשת יותר, שתסייע בגישור על הפער האמור. לאחר שמוצג בקצרה כלי עיוני שפותח במיוחד להתמודד עם שאלת ההפללה – “שרשרת ההפללה” – המאמר קושר בינו לבין מבחני המשנה של פסקת ההגבלה בדרך ליצירת “פסקת הפללה”. דהיינו, מוצעת קונקרטיזציה של פסקת ההגבלה באשר לסוג מסוים של בחינה חוקתית: שאלת ההפללה. המאמר מבקש לתרום להחייאת שיח ההפללה בישראל ולהעשרתו, ולהגשים את הלשון המופשטת של הכלי החוקתי הפורמלי.

מבוא. א. גבולות המשפט הפלילי. ב. על דלות השיח בנושא גבולות ההפללה. ג. דיוני הפללה בישראל שלאחר חוקי היסוד. 1. דיוני הפללה ישראלים: משפט פלילי וחוקי היסוד בבית המשפט העליון; 2. דיוני הפללה ישראלים באקדמיה: משפט פלילי וחוקי היסוד, וגבולות המשפט הפלילי; ד. גבולות פסקת ההגבלה. 1. כלליות וכולנות; 2. הפשטה וקונקרטיזציה; ה. גבולות המשפט הפלילי: טקסונומיה/שרשרת של

* מרצה, הפקולטה למשפטים, מכללת צפת; מרצה מן החוץ באוניברסיטת חיפה, במכללה למנהל ובמרכז האקדמי כרמל; חוקר אורח במכון לדמוקרטיה; תובע וסנגור לשעבר בפרקליטות הצבאית. תודה רבה לחבריי על הערות מצוינות ומועילות לטיוטות מוקדמות של המאמר ו/או על עצות טובות: עו"ד שי אוצרי, עו"ד ארתור בלאייר, עו"ד אור בסוק, עו"ד חיים ויסמונסקי, עו"ד בל יוסף וד"ר אלקנה לייסט. תודה גדולה למערכת משפטים, לקורא החיצוני, לעורכים אור אלקן ויעל קריב, לעורכת הלשונית יהודית ידלין ובמיוחד לעורכים לשעבר נגה בליקשטיין ועמית זק על עבודתם המעולה, שאני חש שהביאה לשיפור רב וחשוב של המאמר. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. לתגובות: asafh@gvat.org.il.

הפללה. 1. מבוא; 2. שרשרת ההפללה; 3. תועלתה של שרשרת ההפללה; 4. גבולות המשפט הפלילי בישראל: פסקת ההפללה. 1. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה"; 2. "אלא בחוק או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"; 3. "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"; 4. "שנועד לתכלית ראויה"; 5. "במידה שאינה עולה על הנדרש"; 6. סיכום ביניים; 7. שימושיה של פסקת ההפללה. 1. הליכי חקיקה; 2. ביקורת שיפוטית חוקתית; 3. פרשנות שיפוטית; 4. חסרונותיה של פסקת ההפללה. 1. קריאת תיגר חוקתית ואבדן השפה המשותפת; 2. אבדן יתרונות שרשרת ההפללה; 3. גבולות המשפט הפלילי בישראל: המחשה לפסקת ההפללה. 1. מבוא; 2. הימורים במשקפי פסקת ההגבלה; 3. הימורים במשקפי פסקת ההפללה; סיכום.

מבוא

מכירת סמים, צריכתם; מכירת אלכוהול בלילה ובכלל; צריכת סיגריות; פיתום אווזים, אכילתם; מכירת פרוות, לבישתן; העלאת סרט קולנוע לאינטרנט; שיתוף קבצים; סרסרות לזנות, זנות, צריכת שירותי זנות וחשפנות; הסתה לגזענות; סלקצייה במועדונים; פגיעה בכבודו של אדם; ריטוש תמונות דוגמנות (פוטושופ), פרסום תמונות של דוגמניות שדופות; הטעיה בפרסום; מכירת חמץ בפסח, עבודה בשבת; קרב גלדיאטורים, קרב אגרופים ברחוב, קרב אגרופים בזירה; התפרעות בכביש, מירוץ מכוניות פרטי – כל אלה הם סוגי התנהגות שיש מדינות המכריזות על חלקם עבירה ויש הטוענים בעד הכרזה על חלקם עבירה או בעד ביטול ההכרזה עבירה. כיצד ראוי לקבל החלטות בתחום סבוך זה בישראל, כיצד ראוי לבקרן וכיצד ראוי לפרשן? האם הכלי שיש לנו משונן דיו וערוך למשימות אלו או שמא הגיע הזמן ללטשו? בשאלות אלו עוסק מאמר זה.

לשאלה מהי בכלל עבירה כמה רבדים: הנמוך בוחן אם מעשהו המסוים של פלוני הוא עבירה וכרוך ביישום הדין המהותי בעובדות כפי שהתבררו במשפט; רובד הביניים עניינו הגדרת העבירה: לשונה ותכליתה, רכיביה. הוא כולל מבט בעבירה קיימת ללא קשר הכרחי למקרה נתון, מבט דרך משקפי החלק הכללי של דיני העונשין לצד עקרונות פרשנות נוספים; הרובד הגבוה בוחן מה ראוי להיחשב עבירה וכולל פן קונקרטי ופן מופשט: הקונקרטי נוגע לסוג התנהגות צר כמו צריכת מריחואנה, או רחב כמו ביטוי מסוכן ומסית. התשובה עשויה להיות שסוג התנהגות ספציפי ראוי או אינו ראוי להיחשב עבירה, ולא מן הנמנע שהתשובה תיגע גם ברובד הביניים ותתרום לתיחום העבירה. הפן המופשט של הרובד הגבוה בוחן כיצד להכריע אם להפיל כל סוג התנהגות שהוא. מכל שלושת רובדי העבירה, הנמוך זוכה לתשומת לב ניכרת מהצדדים להליך הפלילי, באשר הוא חיוני כמעט לכל הכרעת דין שאינה תולדה של הודאת נאשם בבית המשפט. לבו הוא ראייתי והתשובה לו יכולה להיות פשוטה אף שהדרך אליה עשויה להיות ארוכה

ומורכבת, כיאה לדיני הראיות, למשל: בתום ההליך מתברר שהנאשם דקר בכוונה תחילה את חברו בצווארו, ומכאן שביצע עבירת רצח. מובן שגם סדר הדין עשוי להשפיע על התוצר של רובד זה ולמנוע את ההכרזה שמדובר בעבירה. רובד הביניים זוכה לניתוח לעתים קרובות פחות אך עדיין תדירות, למשל כשיש ספק בנוגע לגבולות העבירה. לבו משפט פלילי מהותי, והוא מצריך שליטה בחלק הכללי של דיני העונשין ובעקרונות פרשניים. האם נאשם שסייע לחברו החולה למות מקיים את יסודות עבירת הרצח? התשובה תכלול פן עקרוני, החורג מהרובד הנמוך וכוך ב"תיחום מעודן" של גבולות הדין הפלילי. "תיחום", על שום שלתשובה השלכות משפטיות על חירותו של הפרט שישקול מחר לסייע לחבר חולה למות; "מעודן", על שום שההשלכות מכוונות להיבט מסוים של איסור מסוים אף שמוכן שעשויות להילמד השלכות עקיפות גם בעניין איסורים קשורים או דומים.

הרובד הגבוה של העבירה נותר על פי רוב מחוץ לדיון. ככלל, השאלה אם ראוי שסוג התנהגות מסוים ייחשב עבירה אינה עולה בהליך הפלילי. הפן הקונקרטי שלה עשוי, בהקשר נתון, לזכות בפרץ ספורדי של תשומת לב. למשל, אפשר לתהות אם צריכת שירותי זנות ראויה להיחשב עבירה. לעומת זאת הפן המופשט של רובד זה לא רק שאינו זוכה לניתוח בהליך הפלילי, גם האקדמיה אינה מקדישה לו תשומת לב שיטתית וכוללת. מדהים שהעבירה ברובדה המופשט, או במילים אחרות שאלת ההפללה (criminalization), שהיא שאלת יסוד בדיני עונשין והרת גורל בשביל הפרט והחברה, כמעט שאינה זוכה להתייחסות מצד קהילת המשפטנים בארץ ובעולם. בכל סוג התנהגות שלילי לכאורה אפשר להביט בעדשות שונות. האחת היא אינטואיציה אישית וערכית, שתאפשר לכל קוראת להשיב, באופן בלתי מחייב, אם סוג התנהגות צריך להיחשב עבירה פלילית. השנייה היא של המשפט הפלילי הקיים, שמביט בסוג התנהגות שהוכרז עבירה דרך הכלים הנהוגים בדין: יסודות העבירה, סייגים לעבירה וכדומה. עדשה שלישית היא של המשפט החוקתי הקיים, שמאפשר מבט ביקורתי בהתנהגות דרך החוק שמסדיר אותה. עדשה רביעית תוצג במאמר: עדשה שלוטשה במיוחד בשביל שאלת ההפללה, ככתוב בספר "הפשע המקוון"¹, שבו הצעתי שרשרת הפללה. השרשרת לא נכתבה למידותיו של המשפט הישראלי. מאמר זה ינסה להתאימה לכך ולהציע עדשה חמישית, שתשלב את השלישית עם הרביעית, תחבר את הפן המופשט של הרובד הגבוה אל המשפט הקיים ותאפשר לשרשרת לשמש בפרקטיקה בישראל. שרשרת ההפללה תימזג לתוך הכלי הפורמלי הקיים בישראל לביקורת חוקים: פסקת ההגבלה. דהיינו, אציע לבוש חדש לכלי

1 אסף הרדוף הפשע המקוון (2010). הערה טרמינולוגית: אני זונח שני מינוחים בהם השתמשתי בספרי. "טקסונומיה של הפללה", יוחלף ב"שרשרת הפללה" למען הפשטות; והמונח "פשע" יוחלף ב"עבירה" (במקור השתמשתי בראשון כנורמטיבי ובשני כדסקריפטיבי), לנוכח המטען שהמונח "פשע" נושא עמו מסעיף 24 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 – "פשע" כסוג החמור ביותר של עבירה, להבריל מ"עוון" ומ"חטא".

ישן: אשתמש במלבושי שרשרת ההפללה, באמצעות מהלך לשוני ופרשני, ככסות חדשה לפסקת ההגבלה המוכרת היטב, כסות שתבקש להלום אותה לצורך אירועים מסוג מסוים ולצורכם בלבד: דיוני הפללה. איני מבקש להתעלם מפסקת ההגבלה אלא אך לנסוך בה מעט קונקרטיזציה. מטרת המהלך כפולה: ראשית להציע דרך סלולה להתמודד עם שאלות הפללה במשפט הישראלי ולעורר את שיח ההפללה, שהוא מהחשובים ביותר בדיני העונשין ובעל מהות חוקתית, שיח מרתק שכורך בחובו פוטנציאל לתרום תרומה גדולה לאיין-ספור דיונים שכבר נערכים בפורומים שונים באשר להפללות קונקרטיות ולהעשירים. שנית, להמחיש כיצד אפשר לערוך קונקרטיזציה של פסקת ההגבלה ולחדדה באשר לסוגים של שאלות לקראת דיונים שלמים ומדויקים יותר.

המאמר יפתח בהתייחסות לגבולות המשפט הפלילי תוך התמקדות במצב בישראל. יוצגו הגבולות שיש למשפט הפלילי והגבולות שנראה שאין לו, לפחות מבחינת החוק: גבולות ההפללה. אסביר מדוע ועד כמה חשובים הם. אבחן אילו דיונים נערכו בנושא בישראל, אצביע על חסרים בהם ואנתחם. אראה מקור אפשרי לחסרים: ההישענות הטבעית והמוחלטת על פסקת ההגבלה ככלי ביקורת חוקים. אבהיר מדוע זו אינה יכולה להביא (לברדה) לידי דיוני הפללה שלמים, חדים ומדויקים. אציג את שרשרת ההפללה, כלי חלופי לדיוני הפללה שאנסה כעת לקשרו לפסקת ההגבלה כדי שדיונים חוקתיים שיערכו בנושא ההפללה יוכלו להישען על הכלי המשפטי הפורמלי, פסקת ההגבלה, אך גם להיות שלמים ומדויקים יותר בעזרת תוספת השיקולים שאיתרה שרשרת ההפללה ומזיגתם לתוך מבחני המשנה של פסקת ההגבלה. כך תיווצר "פסקת הפללה": פסקת הגבלה שאוצרת בתוך מבחני המשנה הפורמליים שלה שיקולי הפללה מהותיים. "פסקת הפללה" היא מדרגת ביניים מוצעת בין פסקת ההגבלה המופשטת לבין דיוני הפללה קונקרטיים, מדרגה שאפשר להגיע אליה במסגרת דיון חוקתי פורמלי בשאלת הפללה נתונה. המאמר יסתיים בהמחשה תרשימית כפולה של פסקת ההגבלה ושל פסקת ההפללה בעניין הימורים.

א. גבולות המשפט הפלילי

המשפט הפלילי אינו כול-יכול ואינו חובק-כול. עם כל עצמתו והיקפו ההולך ותופח אין הוא בלתי מוגבל. יש לו גבולות פיזיקליים, המשורטטים בחוק העונשין עצמו. לגבולות אלו פן גאוגרפי-טריטוריאלי: הדין המקומי (בישראל ובכלל) אינו פורס את זרועותיו עד אין-סוף. גבולותיו הפיזיים ה"טבעיים" הם בתחומי ריבונותה של המדינה, שכוללים את שטחה, שטחי שגרירויות בחו"ל וכן כלי תעופה ושיט הרשומים בה. הכלל הוא תחולה

מקומית.² המשפט הפלילי תחום גם בזמן. ככלל, הוא חל מכאן ואילך, אך יש שהוא חל למפרע, ביחס לפרשנות הדין הקיים³ וכשהוא מקל עם נאשמים⁴ ונידונים.⁵ מבחינת מקום וזמן המשפט הפלילי מוגבל לכל הפחות פורמלית ולעתים (לרוב, יש לקוות) גם מהותית. גבולות המרחב והזמן אומרים היכן ומתי (לא) חל המשפט הפלילי המקומי. הם אינם אומרים דבר על סוגי ההתנהגות שעליהם יכול המשפט הפלילי לפרוס את זרועותיו החזקות והרחבות. הניתן למצוא איזו מגבלה שהיא, פורמלית או מהותית, בהקשר זה, והאם יש לכך בכלל חשיבות?

אשיב קודם לשאלה השנייה: ודאי. יש לכך חשיבות עצומה. החשיבות האינטואיטיבית ביותר, אולי, היא זו שמשרטטת את החירות מהתערבות הריבון, מהאיום שלו בסנקציות שהמשפט הפלילי רותם.⁶ החירות עצמה עשויה להתקשר גם לצדק: קיימים סוגי התנהגות שעל פני הדברים נראה לנו שבלתי מוצדק לאסור אותם.⁷ הפלה עשויה להיות

- 2 ראו ס' 17-7 לחוק העונשין. וראו בהקשר זה: ע"פ 8831/08 מדינת ישראל נ' אלשחרה (פורסם בנבו, 30.6.2010).
- 3 ראו הציטוט מדברי השופט הולמס שהביא הנשיא ברק בפסקה 10 לפסק דינו במ"ח 8390/01 אקסלרוד נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(2) 607 (2005): "החלטות שיפוטיות פועלות למפרע קרוב לאלף שנים" (Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 U.S. 349, 372 (1910)).
- 4 ראו סעיף 5(א) לחוק העונשין בעניין אלו שפסק דינם טרם ניתן או נהיה חלוט. על נזילות גבולות אלו של הדין הפלילי אפשר ללמוד מפרשת אקסלרוד, לעיל ה"ש 3, שבה החיל הנשיא ברק פרשנות הלכתית חדשה של סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח-1948 על פסק דין חלוט והביא לזיכוי דרך הרעיון של משפט חוזר, הגם שאילו ערך המחוקק את אותו שינוי בפקודה למניעת טרור בעצמו, לא היה הדבר מביא לידי זיכוי אקסלרוד.
- 5 ראו ס' 4 ו-5(ב) לחוק העונשין בעניין ביטול עבירה והפחתת העונש בחוק המוגבלת להפחתה מנהלית, בהתאמה. עוד ראו ע"פ 7853/05 רחמיאן נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.11.2006).
- 6 JOHN STEWART MILL, ON LIBERTY, REPRESENTATIVE GOVERNMENT AND THE SUBJECTION OF WOMEN 13, 108-109 (1879, reprinted in 1996); 1 JOEL FEINBERG, THE FEINBERG, MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 7-9 (1984) (להלן: "HARM TO OTHERS"); 3 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS 4 (1986) (להלן: "HARM TO SELF"); 4 JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARMLESS WRONGDOING 64-66 (1990) (להלן: "HARMLESS WRONGDOING").
- 7 JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION 1 (1994); Claire Finkelstein, *Positivism and the Notion of an Offense*, 88 CAL. L. REV. 335, 358 (2000); ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 22 (5th ed. 2006); NINA PERŠAK, CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS 1, 5-6, 10, 12 (2007).

שלילית גם במובן מתן כוח-יתר לרשויות.⁸ יש לה גם חשיבות כלכלית נוכח מוגבלות המשאבים: קל יותר לאכוף 10 איסורים מלאכוף 100, ולאכוף 1,000 מ-100,000. משאבי השיטור, התביעה, השפיטה והענישה מוגבלים, והתרחבות הדין הפלילי אינה ברכה לאיש.⁹ במובנים אלו ואחרים גבולות המשפט הפלילי חשובים מאוד. אמת, בשדות משפטיים רבים מלאכת תחימת הגבול אינה פשוטה. גם גבולות המשפט הפלילי הם דינמיים והעבירות שבספר החוקים משתנות על פי הזמן והחברה.¹⁰ ובכל זאת כמעט כל חברה תרה אחר קווי גבול, גם אם חשוב לה להותיר לעתים מרחב תמרון. העולם והמשפט מלאים גבולות, לעתים משורטטים היטב ולעתים פחות, לעתים משרתים ערך ברור ולעתים לא.¹¹ שאלת הצורך בחדותו של הגבול תלויה כמדומני במטרה שמשרת הגבול. הרעיונות שמשרת הגבול בעניין ההפללה – חירות, צדק, לגיטימציה, משאבים ועוד – מצדיקים שיהיה מעט חד יותר מגבולות המשרתים מטרות אחרות, גם אם עדיין יישארו אזורים עמומים. גבולות המשפט הפלילי מבחינת מהות, מבחינת סוגי ההתנהגות שראוי שהמשפט (לא) ייגע בהם, מעניינים או צריכים לעניין אותנו. האומנם מעניינים?

ב. על דלות השיח בנושא גבולות ההפללה

כבר כתבתי על מיעוט הכתיבה באשר לפן המופשט של הרובד הגבוה של העבירה.¹² הפניתי למלומדים מובילים בני ימינו במשפט האנגלי-אמריקני שהצביעו על דלותו של

- 8 Geraldine Szott Moohr, *Defining Overcriminalization Through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U. L. REV. 783, 784–785 (2005); Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703, 716–718 (2005); Sara Sun Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U. L. REV. 747, 748–751 (2005).
- 9 HERBERT L. PACKER, *THE LIMITS OF THE CRIMINAL SANCTION* 259–260 (1969); ASHWORTH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 65; דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155, 158 (1983); מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל 937, 935 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (להלן: קרמניצר "האם המשפט הפלילי").
- 10 ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 116–117 (1984); ASHWORTH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 4; PERŠAK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 61, 78.
- 11 בקשר לסוגיה בדיני הראיות, הכשרות להעיד, תהיתי באשר לגבול שבין המשפט האזרחי למשפט הפלילי, לגבול שבין חברים לבין מאורסים לבין נשואים, ולעוד גבולות. ראו אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" דין ודברים ג 273 (2007).
- 12 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, פרק 1.

משפטים מב תשע"ב
פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה –
על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה

שיח ההפלה באקדמיה ובספרי ההדרכה בדיני עונשין.¹³ אתמקד כעת בדלות השיח הישראלי בעניין זה.

ראיה מידית לדלות נלמדת מהשפה. מקרב המעטים שנגעו בסוגיה היו שהשתמשו במונח "קרימינליזציה".¹⁴ במקום לנסות ולתרגם את המונח האנגלי *criminalization*, הוא ננקט כפי שהוא בשינוי הסיומת האנגלית לזו המקובלת בעברית למונחים לועזיים – "ציה". אני מבכר "הפלה", מונח עברי שנעשה בו שימוש גם בהקשר זה.¹⁵ שימוש זה אינו ברור מאליו.¹⁶ ניסיתי לספק הסבר תוך הבהרה שהמונח "הפלה" נהוג בשפה המשפטית והיום-יומית בעיקר להביע אמירה ראייתית קונקרטית: "פלוגי מפליל את אלמוני בביצוע עבירה", להבדיל מ"המחוקק הפליל את השימוש בסמים". שורשה של

- 13 Nicola Lacey, *Contingency and Criminalization*, in *FRONTIERS OF CRIMINALITY* 1, 2, 18 (1995); Finkelstein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 336; Douglas Husak, *Is the Criminal Law Important?*, 1 OHIO ST. J. CRIM. L. 261, 261 (2003); Douglas Husak, *Crimes outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 765 (2004); DOUGLAS HUSAK, *OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW* 58–65 (2008) (להלן: HUSAK, *OVERCRIMINALIZATION*); PERŠAK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5; ולאחרונה: Alfonso Donoso M., *Book Review: Douglas Husak, Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, 3 CRIM. L. & PHIL. 99 (2010).
- 14 למשל: דן ביין "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יג 251, 252–251 (1995); יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד 280 (2001); דנה פוגין "קרימינליזציה של גינוני חזור מקובלים? מרמה, טעות הקרבן והסכמה לעניין עבירות מין" מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית 149 (אליעזר לדרמן עורך, 2001); אורן גול ענישה בהסכמה – חלופות להליכי משפט בפלילים 70 (עבודת גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת חיפה – החוג לפילוסופיה, 2002); יששכר רוזן-צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר חדש לסדרי הדין" משפטים לח 515, 489 (2009).
- 15 לשימוש במונח "הפלה" להבעת הרחבת האחריות הפלילית באשר למעשים ובאשר לסייגים ראו ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 452, 463, 470, 479, 592 (1986). מנגד ראו את השימוש במונח להבעת הכנסת אדם למסגרת פלילית קונקרטית: שם, בעמ' 514–515; מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'בירור הלכות הסתה לגזענות'" משפטים ל 105, 117 (1999); מרדכי קרמניצר המרמה הפלילית 43, 90, 93, 95, 96, 98, 136, 153, 172 (2008). הפלה היא המונח העיקרי שבו השתמש קרניאל (בהטיות) בכל ספרו, לעיל ה"ש 14, בעמ' 14 ואילך (ובו הבהיר שמדובר בשאלה אם ראוי ליצור עבירה); וכך עשו גם שחר אלדר "ארבע תהיות בעקבות השוואת העונש בגין הניסיון לעונש שבצר העבירה המושלמת" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 35 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); נויה רימלט "על זנות, מגדר ומשפט פלילי: הרהורים על הצעת החוק להפלת צרכני זנות" משפט וממשל יג 439 (2011). כן ראו שי אוצרי טעות במצב משפטי – היבטים תיאורטיים 53 (עבודת גמר מחקרית לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת חיפה – הפקולטה למשפטים, 2008).
- 16 לא במובן המילוני: "הפלה – הבאה בפלילים, הגשת תביעה פלילית". ראו מילון אבן-שושן המרוכז: מחודש ומעודכן לשנות האלפיים 233 (2004).

"הפללה" הוא גם שורשה של המילה "פלילי", ומשמעותה הפיכת דבר (= סוג התנהגות) לפלילי, רעיון שמובע גם באנגלית בצורה מועילה, לטעמי.¹⁷ דלות הלשון עולה גם מהמונח הנגדי להפללה – legalization – שנעדר תרגום עברי מקובל הולם, למעט התרגום הפונטי "לגליזציה".¹⁸ בין שהמונחים "קרימינליזציה" ו"לגליזציה" מוכרים ובין שלא, אין מחילה לשימוש העברי, משום שהרעיונות שאליהם הם מכוונים הם רעיונות משפטיים או חברתיים ותיקים ומתייחסים לתופעה ותיקה: יצירת פשעים או ביטולם. העובדה שאין להם שמות עבריים אינה מעידה שהמונחים הלועזיים השתמשו (ואם כבר, הדבר נכון לכל היותר ללגליזציה, ובשום אופן לא לקרימינליזציה)¹⁹ אלא על דלות השיח הישראלי, עד כדי חסר במינוח לתופעה משפטית כה שגורה וחשובה: הפללה.

ומה פרט לטרמינולוגיה? באופן טבעי ההפללה כמעט שאינה זוכה לניתוח בהלכה, שמתמקדת בשאלות קונקרטיות. באופן טבעי פחות, היא כמעט שאינה זוכה לניתוח אקדמי. מלומדי המשפט הפלילי בעולם ובישראל מתמקדים ברובם בחלק הכללי של דיני העונשין, ולעתים נוגעים בחלק הספציפי. אך לא בשאלת ההפללה, המשקפה על החלק הספציפי ממבט-על. כשלתי לאתר בכתיבת מומחי המשפט הפלילי בישראל לדורותיו מחקר שיטתי של שאלת ההפללה ברובדה הגבוה ובפן המופשט, להבדיל מהפן

17 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 33, ה"ש 4.

18 המונח "לגליזציה" לפחות מובן היטב, אולי בשל דיונים בנושא סמים. מונח מטורבל יותר הוא "דה-קרימינליזציה" (אפשר שלגליזציה מגדירה הסדרה אקטיבית של התנהגות/מוצור, ואילו "דה-קרימינליזציה" היא הסרת ההפללה מספר החוקים). ראו פרידמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 159; יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 115 (1996) (להלן: קרפ "המשפט הפלילי"); קרמניצר "האם המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 9, בעמ' 958; גול, לעיל ה"ש 14, בעמ' 193. ראו גם את השימוש בשני המונחים ב"מדיניות התביעה – סמים: אחזקה ושימוש לצריכה עצמית" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1105 (התשס"ג), ואת ההטיה הזאת: אייל ליאני "סמים 'מותרים' – דה לגליזציה של חומרים פסיכואקטיביים שטרם נאסרו בפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], התשל"ג-1973" רפואה ומשפט כו 147 (2002). פניותיי לאקדמיה העברית ללשון לבירור המונחים העבריים המתאימים ל-legalization ול-criminalization לא נענו. סבורני שמונח עברי הולם ל"לגליזציה" יהיה "התרה", מלשון הפיכה למותר. מונח חלופי, "הכשרה", מוצלח פחות משום שאולי משתמע ממנו שביטול איסור כמוהו כאמירת המדינה שסוג ההתנהגות הוא חיובי, וזו מסקנה אפשרית אך לא הכרחית. כלומר, אפשר שההבחנה בין "התרה" ל"הכשרה" זהה להבחנה בין "דה-קרימינליזציה" ל"לגליזציה".

19 שימושים במונח "דה-קרימינליזציה" במקום במונח "לגליזציה" מעידים שגם האחרון אינו מונח טבוע היטב. ראו למשל את פסק דינה הקצרצר של השופטת שטרסברג-כהן ברע"פ 3237/99 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 140, 144 (1999).

הקונקרטי שדן רק בסוג התנהגות מסוים,²⁰ מלומדים שעוסקים בהיבטים שמרכיבים את שאלת ההפלה כמטרות המשפט הפלילי נוטים להסתפק באמירות מופשטות כ"ערכים מוגנים" (ובמשפט האנגלי-אמריקני: "עקרון הנזק") ואינם צוללים לתוך המהות של שאלת ההפלה.²¹ כשכותבים שהמשפט הפלילי בא כדי "להגן על ערכים", אין אומרים בכך הרבה, שכן כמפורט בהמשך, גם ענפי משפט אחרים מגנים על ערכים, וכשאינן אומרים הרבה, אין הרבה סיבות להתווכח. הדיון נותר ברמת הפשטה גבוהה, שאינה מעניינת חלק מציבור המשפטנים, ומי שמתעניין – אינו מתדיין. וכך נותרת שאלת ההפלה באפלה, בלתי נראית, מיותרת מתשומת לב אקדמית, למעט התייחסות אנקדוטלית ותמציתית. מחברי ספרי ההדרכה (textbooks) שנכתבו לאורך השנים בישראל בדיני עונשין נגעו בשאלת מונח ה"עבירה" בלקוניות בדרך כלל, מבלי להציע אמירה ברורה בנושא גבולות המשפט הפלילי מבחינת סוגי ההתנהגות שהוא (אינו) יכול לכסות. כך בשנות החמישים,²² בשנות השמונים²³ ובימינו אנו.²⁴ כששאלת ההפלה

20 קרניאל, המלומד היחיד בישראל שחקר את שאלת ההפלה ברובד כללי, עשה כן בעבודת הדוקטורט שלו (בהנחיית מרדכי קרמניצר), שחקרה את עבירת המרמה והפרת אמונים, אך מרכז מחקרו הנו תקשורת ומשפט. על עבודה זו בוסס ספרו אשר פורסם בהמשך (ראו קרניאל, לעיל ה"ש 14). בחו"ל המצב אינו טוב בהרבה, ובשנת 2008 כתב הוסאק על היעדר מומחה בן זמננו המזוהה עם שאלת ההפלה. ראו Husak, Overcriminalization, לעיל ה"ש 13, בעמ' 58–65.

21 כך גם בבית המשפט העליון. למשל: "תכליתם העיקרית של דיני העונשין הינה להגן על הערכים החיוניים לתפקודה התקין של החברה, תוך איוון ראוי עם זכויות האדם". ראו רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.8.2008) (להלן: רע"פ אונגרפלד).

22 דייקן הגדיר עבירה כ"כל מעשה אדם, שהוא מוזהר על אסורו ונענש עליו מדיני אדם", מעשה (חיובי) או מחדל (שלילי). ראו פלטיאל דייקן (דיקשטיין) דיני עונשין 41 (1954).

23 לוי ולדרמן כתבו ש"עבירה" היא התנהגות המאופיינת בפגיעה באינטרס הציבור ובמוסר שבגינה צפוי אדם להיענש בעקבות הליך משפטי שהשליטה על פתיחתו, ניהולו ומימוש תוצאותיו מסורה בידי הריבון. הגדרה זו דסקריפטיבית בחלקה (צפי ההליך והענישה). בחלקה הנורמטיבי היא רחבה (מהו אינטרס ציבורי?) וצרה (עבירות רבות אינן כוללות פגיעה במוסר). ראו יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית שער ראשון – הגדרת האחריות הפלילית 14–19, 25, 47 (1981); פלר, לעיל ה"ש 10, בעמ' 116–117, הדגיש את היסוד ההיסטורי של העבירה וגילה הבנה להשתנותה ממקום למקום ומעת לעת. פשע הוא אמנם תופעה משפטית וחברתית, וככזה הוא תלוי חברה וזמן. זהו לקח חשוב שעלה לאורך ההיסטוריה מכמה מקורות ותיקים (Emile Durkheim, The Rules of Sociological Method 67–72 (1964) וחדשים (Roger A. Shiner, Theorizing Criminal Law Reform, 3 Crim. L. & Phil. 167, 168 (2009)). פלר לא הציע כיצד לקבוע סוג התנהגות מסוים ייחשב עבירה.

24 הלוי הקדיש תת-פרק לדיון במקורותיה הנורמטיביים של הנורמה הפלילית: "ייעודה המרכזי של הנורמה הפלילית הוא בהגשמתה וביישומה של השליטה החברתית המשפטית [...] על הנורמה הפלילית לשקף את רצונה של החברה, שכן החברה היא המקור לנורמה הפלילית". ראו גבריאל הלוי

כבר מצליחה לקבל מעט תשומת לב, אין מתעניינים בגופה אלא בלבושה דאיתו יום: תשומת הלב האקדמית אינה מוענת לרובדה הכללי אלא לשאלות הפללה קונקרטיות. או אז נערך הניתוח בכלים האקדמיים המסורתיים שתיאר שונשק (Schonsheck) כגישת האיזון הכולל: פירוט השיקולים בעד ונגד והכרעה.²⁵

גם בבתי המשפט מקבלת שאלת ההפללה מעט מאוד תשומת לב. סיבה לכך טרם עידן חוקי היסוד היא ודאי היעדר אסמכתה משפטית ברורה שתאפשר לבית המשפט סמכות לפסול חוק.²⁶ האם נשתנו פני הדברים בעידן חוקי היסוד? סעיף שמירת הדינים, סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁷ הבטיח שבכל הקשור לאיסורים ישנים, מה שהיה הוא שיהיה למעט לכל היותר שינוי פרשני, שוודאי היה אפשרי גם עובר לחוקי היסוד. באשר לחקיקה החדשה, גם בעניין ההפללה השליכו הסנגורים ייבם על פסקת ההגבלה בניסיון להצלת לקוחותיהם ממלתעות ההרשעה; לרוב הניסיונות לא צלחו וכשלו להדהד מעלה. כלומר, פסקת ההגבלה אינה מועילה כנגד איסורים ישנים; באשר לאיסורים חדשים, אם הם חמורים, קשה לצפות להצלחה בקריאת תיגר חוקתית נוכח התכלית הראויה שלכאורה עומדת מאחוריהם, ואם הם קלים, ייתכן שסנגורים נמנעים מלהשקיע בחזית זו או לרכז בה מאמצים, ואם השקיעו – ייאוש בדרך לערכאות גבוהות

תורת דיני העונשין כרך א 242 (2009). בהמשך כתב שמושג הליכה בדיני העבירות הוא הנזק החברתי, שבחינתו מופשטת ולא קונקרטית ונוגעת לבחינת מכלול ההשלכות של אירועים מסוג זה על החברה. ראו: גבריאלי הלוי תורת דיני העונשין כרך ד 46, 49, 59 (2010). במהדורה הראשונה הקדישו רבין וואקי שני עמודים ל"גבולות השימוש במשפט הפלילי" תוך סקירה תמציתית של דברי מלומדים על החשש מהתרחבות-היתר של הדין הפלילי. ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין (מהדורה ראשונה, 2008). במהדורה השנייה שלה הייתה לי הזכות לתרום ולהעיר, הרחיבו השניים את האמור לכדי פרק שלם. ראו יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין פרק 3 (מהדורה שנייה, 2010) (מכאן ואילך ההפניות לרבין וואקי יכוונו רק למהדורה השנייה); סימני התעוררות של שיח ההפללה בקרב מלומדי ישראל עולים (אמנם באנגלית) גם מגיליון הבכורה של כתב העת THE JERUSALEM REVIEW OF LEGAL STUDIES, שעניינו סימפוזיון לרגל חיבורו של הוסאק (HUSAK, OVERCRIMINALIZATION, לעיל ה"ש 13). ראו *Book Symposium on Douglas Husak's, Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. (2010).

25 לחסרונות גישה זו ראו SCHONSHECK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30–35; הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48.

26 למשל, כשדן בית המשפט בעבירה בעייתית ביותר מבחינת גבולות המשפט הפלילי, "היזק ציבורי", שאלת חוקיות האיסור או חוקתיותו לא עלתה על הפרק וההרשעה אושרה בדעת רוב. ראו: ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(1) 785 (1954). אותה עבירה עגומה, שלידתה בבתי המשפט באנגליה והמשכה בסעיף 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936 ובסעיף 198 לחוק העונשין ("תקלה ציבורית"), הוסרה מספר החוקים רק בשנת 2008.

27 ס"ח התשנ"ב 150.

או הסדר טיעון מנעו ביקורת שיפוטית גבוהה בנושא.²⁸ ברור גם שטיעון הפללה סנגוריאלי מכוון מטיבו לאיסור מסוים בחוק ואינו כרוך בדיון הפללה ברובד כללי. לכן כשעל הפרק והפרקטיקה טענת הפללה חוקתית, הניתוח יכלול שני היבטים: סוג ההתנהגות שעל הפרק והחלת מבחני פסקת ההגבלה על האיסור עליו. ניתוח כזה יתקשה לייצר דיון הפללה שלם ורציני ויכלול דילוגים וחסרים ושפע מרחב פרשני לשופטת שדנה בתיק.

ג. דיוני הפלה בישראל שלאחר חוקי היסוד

חוק העונשין²⁹ אינו מגביל את סוג ההתנהגות שאפשר לאסור לפי הדין הפלילי. החלק המקדמי של חוק העונשין מתווה את התשובה לרובד הביניים של העבירה אך אינו תורם הרבה ובמישרין לרובד הגבוה, שבו עסקינן. בהיעדר אמירה בחוק פונה ציבור המשפטנים, אם בכלל, לבררת המחדל בנוגע לביקורת חוקים: פסקת ההגבלה. הפנייה לרוב תכוון לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך יש שתכוון דווקא לחוק-יסוד: חופש העיסוק.³⁰ רב המרחק בין שאלת ההפלה לבין פסקת ההגבלה, וסבוכה מלאכת הגישור. לא נעשו ניסיונות מרובים לכך באקדמיה וגם לא בבית המשפט. אפתח בהלכה.

28 במקרה אחד עודד בית המשפט העליון ביקורת חוקתית בערכאות נמוכות במקום להחליט בעצמו. משה הנדלמן עתר לבית המשפט העליון (בג"ץ 8424/01 הנדלמן נ' נציב מס הכנסה (פורסם בנבו, 30.9.2002)) אך בהמלצת בית המשפט נמחקה העתירה והטיעון החוקתי נגד האיסור על ייצוג שלא כדין לפי סעיף 1ב236 לחוק תיקון פקודת מס הכנסה (מס' 110), התשנ"ו-1996 הועלה בבית משפט השלום. השופט רוזן קיבל את טענת עורך הדין ד"ר אלדר ופסל את הסעיף בקביעה שפגיעתו בחופש העיסוק אינה עומדת אף באחד ממבחני המשנה של מבחן המידתיות. ראו ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן (פורסם בנבו, 14.4.2003). עד לדיון בערעור (הנדלמן ערער על הקביעה שביצע עבירות אחרות אף שהשופט רוזן בחר שלא להרשיעו) הגיב המחוקק בבטלו את הסעיף במסגרת סעיף 42 לחוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, התשס"ה-2005; אפשר להעריך שאם לא כן הייתה קביעת השופט רוזן נהפכת בבית המשפט המחוזי, כעולה מאמרת אגב של כותבת פסק הדין בהרכב תלתא, השופטת שיצר, שסברה שמוטב היה לנהוג איפוק שיפוטי ולפרש את הסעיף פירוש מצמצם מאשר לבטלו. ראו ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 הנדלמן נ' מדינת ישראל, פס' 18 לפסק דינה של השופטת שיצר (פורסם בנבו, 1.12.2005); לעומת זאת ולדימיר מיל העלה טענה חוקתית (מתבקשת, לטעמי) נגד האיסור על החזקת פורנוגרפיית ילדים. הוא הורשע ואז נחתם הסדר טיעון בין הצדדים. ראו ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 מדינת ישראל נ' מיל (פורסם בנבו, 27.12.2006).

29 התשל"ג-1977.

30 ס"ח התשנ"ד 90.

1. דיוני הפללה ישראליים: משפט פלילי וחוקי היסוד בבית המשפט העליון

(א) ניתוח מפורט

הדיון החשוב ביותר בתוקפה החוקתי של עבירה שמצאתי בבית המשפט העליון, מבחינת היקף ועומק, ניתן במרס 2004. פסק הדין בפרשת תשעים הכדורים ניתן על ידי השופט גרוניס ונושא כ-30 עמוד, כמחציתם מוקדשים לדיון החוקתי בשאלת ההפללה ומחציתם לפרשנות האיסור במקרה זה.³¹ בפרשה נדון ההסדר החוקי בישראל בנוגע להימורים לאור חוק-יסוד: חופש העיסוק. המערערת הפעילה מועדון חברים שבו ניהלה משחקי בינגו. המשטרה סירבה לתת לה רישיון עסק בשל איסורי חוק העונשין על הימורים. משנדחתה עתירתה לבית המשפט לעניינים מנהליים, פנתה לבית המשפט העליון בטענה שהיא עומדת בתנאי החריג לאיסור על קיום משחקים אסורים, והוסיפה שהחיקוק האוסר על הימורים אינו חוקתי בגין פגיעה בחופש העיסוק.³² לפי סעיף 10 לחוק היסוד, מיום 14.3.2002 אין עוד תוקף לשמירת הדין שקדם לחוק היסוד, ועל כל חוק הפוגע בחופש העיסוק לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.

בחרתי להרחיב על פרשה זו משום שניתוח ההפללה בה היה רחב ורציני, ארוך ומעמיק גם בהשוואה לדיונים חוקתיים רבים, שלעתים קצרים ואינטואיטיביים מאוד. מבחינת אורכו – ואיני גורס שהאורך הוא אינדיקציה מוחלטת לרצינות ועומק, אך ודאי מלמד על השקעה רבה – הניתוח של פסקת ההגבלה אינו נופל מפסיקה חוקתית שהכריזה על בטלות חוקים.³³ הדיון שערך השופט גרוניס פורק למבחני המשנה של

31 ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782 (2004).
 32 בשלב מסוים הועמדה המערערת לדיון בבית משפט השלום בגין הנהלת מקום למשחקים אסורים, אך פנייתה לבית המשפט העליון הייתה במסגרת הערעור על בית המשפט לעניינים מנהליים.
 33 בפרשת לשכת ההשקעות נדון חוק הסדרת העיסוק ביעוץ השקעות ובניהול תיקי השקעות, התשנ"ה-1995. המתקפה החוקתית כוונה כלפי כמה הוראות והתמקדה בשאלת המידתיות בלבד. לראשונה נפסל חלק מחוק, הוראת המעבר שבסעיף 48 לחוק, כשהדיון שהוקדש לחוקתיותה היה בן פחות משלושה עמודים. ראו בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 60-63 לפסק דינו של הנשיא ברק (1997) (להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות).
 דיון ארוך נערך בעניין משך הזמן המותר למעצר חייל טרם הבאתו בפני שופטת. חלק מהדיון הוקדש לשאלות כלליות של נטל ההוכחה בעניין המידתיות ולייחודה של פסקת ההגבלה הנוגעת לכוחות הביטחון. ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 266-283 (1999); בפרשת ערוץ 7 נתקף חוקתית תיקון לחוק הבזק, התש"ם-1982, שהעניק רישיון וזיכיון להפעלת תחנת שידור לשידורי רדיו לערוץ 7. התיקון בוטל והניתוח שהקדיש השופט אור לפסקת ההגבלה השתרע על פני כשמונה עמודים. ראו בג"ץ 1030/99 אורון נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נו(3) 640, 661-669 (2002); בפרשת ההתנתקות, בפסק דין עתיר יריעה, כלל הדיון בנושא הוראות החוק שנפסלו, הסדרים מסוימים בעניין הפיצויים, פחות מחמישה עמודים. ראו בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 237-243 לפסק הדין (2005). בפרשת עדאלה נדונה חוקתיות של שני סעיפים בחוק הגזיקים האזרחיים (אחריות המדינה) (תיקון מס' 4), התשס"ב-2002. כשמונה

פסקת ההגבלה לפי סדרם, שאינו חופף לסדר הצגתם בפסק הדין. לצד הניתוח אציג ביקורת קצרה. סבורני שמקור הבעיות בניתוח, וזו תזה מרכזית של מאמרי, הוא ההישענות הטבעית על פסקת ההגבלה המופשטת, שלא הונדסה לשם דיוני הפלה.³⁴ פגיעה בחופש העיסוק: אין מחלוקת, כתב השופט גרוניס, שחוק העונשין פוגע בחופש העיסוק של המבקשים לעסוק בארגון משחקים אסורים, ואפילו פגיעה מהותית.³⁵ דומני שחוק-יסוד: חופש העיסוק ביטא את ליבת הזכות בשביל המערערת ואפשר לה לתקוף דין ישן, וייתכן שנמנעה מלטעון בדבר "חירות המהמר" כדי שלא לעורר אנטגוניזם בטיעון שיישמע צבוע. אך פגיעת האיסור בהימורים אינה נוגעת רק לבעלי העסק; היא נוגעת גם (ומבחינה מספרית בעיקר) למהמרים. למהמר חופש העיסוק אינו רלוונטי אלא אם נפרש אותו בהרחבה יתרה; מנגד החירות רלוונטית מאוד. ניתוח שנצמד לפסקת ההגבלה, שהפעם שייכת לחוק-יסוד: חופש העיסוק, ניתוח שאינו בוחן רציונלים והצדקות שלא עלו במישרין מכלי הביקורת החוקתי שעל הפרק – מפסיד משהו. מושג "כבוד האדם" נזכר בפרשה זו פעמיים בלבד, שתיהן בציטוט דברי השופט זמיר על הקלות הבלתי נסבלת של התקיפה החוקתית,³⁶ שבו חתם השופט גרוניס את

עמודים הוקדשו לניתוח פסקת ההגבלה של הסעיף שבוטל. ראו בג"ץ 8276/05 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הביטחון (פורסם בנבו, 12.12.2006); בפסק הדין שפסל את החוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 28), התשס"ד–2004 (הנוגע להקמת בית סוהר מופרט) הוקדשו כעשרה עמודים לניתוח לפי פסקת ההגבלה, מרבייתם לשאלת המידתיות. ראו בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, פס' 45–56 לפסק דינה של הנשיאה בניש (פורסם בנבו, 19.11.2009); בפסק דין האחרון לעת הזו שהכריז על בטלות סעיף חוק, סעיף 5 לחוק סדר הדין הפלילי (עצור החשוד בעבירת ביטחון) (הוראת שעה), התשס"ו–2006, שאפשר קיום דיון בהארכת המעצר ללא נוכחות החשוד, אך ניתוח מבחני פסקת ההגבלה כשבעה עמודים. ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 23–33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.2.2010).

34 וראו להלן דיון בפרק ד.

35 פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 806. זאת הגם ש"עיסוק" שאינו כולל ערכים חיוביים וכל מהותו גרימת נזק לחברה אינו יכול לחסות בהגנת חופש העיסוק. שם, בעמ' 803. כלומר, משתמע מדברי השופט גרוניס שהימורים אינם עיסוק שכל מהותו היא גרימת נזק לחברה.

36 "המסר העיקרי הוא, לדעתי, שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק לא באו לעשות את חוקי הכנסת טרף קל לכל מי שדעתו אינה נוחה מחוק. חוק הכנסת כבודו במקומו מונח: עדיין החוק מבטא את רצון הריבון, הוא העם, ולכן החוק הוא ההולך לפני המחנה, ובו גם בית המשפט. וכי יש צורך לחזור על אמת נדרושה זאת? אכן כן. מי ששומע טענות שעורכי-דין שוטחים לפני בית-משפט זה בעת האחרונה, יכול להתרשם כי חוק של הכנסת הורד לדרגה של החלטה מנהלית. עורכי-דין באים לפני בית המשפט חדשות לבקרים, כשרוממות חוקי היסוד בגרונם, וטוענים כי חוק זה או אחר סותר חוק-יסוד. האם כסדרם היינו לעמורה דמינו, שכל כך הרבה חוקים פוגעים בזכויות היסוד של האדם, עד שאין להם תקנה? ואם אין שום יסוד לומר על חוק מסוים שהוא פוגע,

פסק הדין.³⁷ גורל ה"חירות" אינו טוב בהרבה מזה של ה"כבוד": מלבד אותו ציטוט, הוא מופיע פעמיים בלבד, רק בהתייחס לחופש העיסוק. החירות לשחק במשחק אסור נותרת מחוץ לדיון ולטווח השאלה החוקתית, כנראה כי אינה חלק מהמסגרת הפורמלית של הטיעון. דיון עיוני בשאלת ההפלה היה מתייחס לערך שמשווה הפרט להימורים, ולו כדי לומר שהוא זניח או חלש מהערכים המתנגשים. אך במסגרת דיון פורמלית, לפי כלי ביקורת חוקתי פורמלי, רק חוק-יסוד: חופש העיסוק אפשר תקיפה של דין ישן. וכך, לא רק חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יצא מהמשחק; כבוד האדם וחירותו ויתר הערכים שמגלם חוק היסוד יצאו אחריו. ובחברה שמקדשת את הכבוד והחירות, להבדיל מחברה שמקדשת את חוק היסוד או כלי ביקורת חוקתי כלשהו – זהו מצב בעייתי. אך במסגרת הדין הקיים נדמה שאין מנוס ממנו, לפחות בשלב המהלך החוקתי הפורמלי: חירות הפרט אינה יכול לרכוב על גבי חופש העיסוק, באשר הפורמלי אינו מאפשר לכל מהות ומהות להיכנס למשחק.

הסמכה: מבחן זה לא עלה כרכיב מפורש בניתוח החוקתי. בפתח דבריו קבע השופט גרוניס שבעת עריכת בחינה חוקתית בית המשפט לא ייחס חשיבות לכך שהעיסוק הנדון הוגדר כעבירה פלילית: חוקיות העיסוק אינה אמת מידה בבחינה החוקתית של החופש לעסוק בו. רק פסקת ההגבלה תקבע.³⁸ הדברים הגיוניים: ברור שהיות הפגיעה בחוק עונשי אין פירושה שמדובר בפגיעה מותרת. מנגד, כתב השופט גרוניס בהמשך, דרוש דיון ציבורי מקיף ומעמיק בטרם יוחלט על הסדר חוקי של הימורים בידיים פרטיות.³⁹ אלא שעושה רושם שיש מי שסבר אחרת: הרשות המכוננת. חוק-יסוד: חופש העיסוק כלל סעיף שמירת דינים לתקופה מוגבלת. בתום התקופה העובדה שסוגיה מסוימת טרם זכתה לדיון ציבורי עדכני מקיף ומעמיק אינה יכולה לשמש מחסום בפני ביטול חוק. ה"שביתה בספר החוקים" שהאיסור על הימורים קנה לו לפני עשרות שנים ובואו לשקף "מסר חברתי וערכי שנקבע על-ידי המחוקק"⁴⁰ אינם חשובים לדיון בחוקתיותו. ותק הוא מתכון לחסימת ביקורת לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ולא לפי חוק-יסוד: חופש

למשל, בחופש העיסוק או בזכות הקניין, לפחות אומרים עליו שהוא פוגע בכבוד האדם, כל עותר והכבוד שלו". ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 496 (1996).
 37 על העותרים הוטלו הוצאות בסך 30,000 ש"ח. השופטת (כתוארה אז) ביניש הצטרפה לפסק דינו של השופט גרוניס ללא סייג והדגישה את החשש משימוש מופרז בטענות חוקתיות כדבר שבשגרה. השופט מצא הצטרף בחוות דעת בת כ-40 מילים, כ-30 מהן התייחסו לאי-הצדקה שבהעסקת בית המשפט "בהשגה הבלתי מבוססת על חוקתיותו של האיסור הפלילי". פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 816.
 38 שם, בעמ' 802-803.
 39 שם, בעמ' 811.
 40 שם, בפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (בעמ' 816).

העיסוק. שיקוף מסר חברתי וערכי אינו מחסום מביקורת, במיוחד בדין ישן.⁴¹ אני מתקשה לראות כיצד המסר החברתי והערכי שמאחורי האיסור על הימורים תקף כיום כפי שהיה עת נתקבל בעולם שונה משפטית, חברתית, טכנולוגית, כלכלית וארכיטקטונית.⁴² חוק ותקן שנולד ומסר לצדו – ככל איסור פלילי, יש לקוות – אינו חסין מביקורת שיפוטית אמיתית. את הצורך בדיון ציבורי מעמיק אפשר לפתור בהוראת שעה שתדחה את כניסתה לתוקף של ההחלטה המבטלת את הדין הישן והאוסר מפני חוק היסוד. הלימת ערכי מדינת ישראל: בית המשפט לא נגע במבחן ההלימה,⁴³ ואין זה פלא, באשר חלק זה של הניתוח החוקתי נעדר תדיר מההלכה.⁴⁴

41 מעניין שאת ההנמקה לשינוי פרשנות בהלכה קודמת של המונח "עובד ציבור" בנוגע לעבירת השוחד, מבלי שלשון החוק השתנתה, תלתה הנשיאה ביניש בפרשנות התכליתית: במציאות המשתנה בעידן הפרטה, שהביאה להרשעה בשוחד. בדעת יחיד אמיצה וראויה הציע השופט גרוניס לזכות לאור עקרונות הפרשנות בדיני עונשין. ראו דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 2.3.2009); האם חשיבה מחדש על עבירה, דרך פרשנות תכליתית, מגיעה רק לצורך הרשעה? השופטת פרוקצ'יה ערכה פרשנות תכליתית של האיסור על הימורים לצורכי צמצומו ואי-החלתו על עסק שפעל שנים ברישיון העירייה. בדעת רוב, בפסק דין קצרצר (ובהסכמת השופטת) (כתוארה אז) ביניש), התמקד השופט זמיר בלשון ולא בתכלית, והרשיע. ראו רע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349 (2000).

42 לדיון נרחב על הימורים ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, פרק 5.

43 השופט גרוניס אמנם הפנה למשפט העברי, אך זאת כדי להעלות נוק אפשרי במסגרת מבחן התכלית ולא במבחן ההלימה. ראו פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 796.

44 למעט דיונים שניתחו את מבחן ההלימה ופירקוהו לערכי מדינה יהודית ודמוקרטית, ובהמשך לכך פניות למשפט עברי ("מדינה יהודית") או משווה ("מדינה דמוקרטית"), בפסיקה רבה מבחן ההלימה נבלע במבחן התכלית ואינו נדון עצמאית. ראו למשל בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 47 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 11.5.2006). המבחן האמור לעתים לא נדון אף כשבית המשפט פסל חוק. ראו למשל את ניתוח המשנה לנשיאה ריבלין בבש"פ 8823/07, לעיל ה"ש 33, פס' 15 ואילך לפסק דינו. תשעת שופטי ההרכב לא התייחסו למבחן ההלימה (השופטת ארבל הזכירה את השמירה על אופי המדינה כיהודית ודמוקרטית אך לא קישרה דבריה למבחן זה). מנגד ראו דיון קצר בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, לעיל ה"ש 33, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, שדחתה בפסקה אחת את הטענה שהחוק פוגע בעקרון הפרדת הרשויות ולפיכך אינו הולם את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. החוק נפסל על רקע דרישת המידתיות. יתר השופטים לא התייחסו למבחן ההלימה. לאחרונה שילבה הנשיאה ביניש את מבחן ההלימה במבחן התכלית הראויה וכתבה שהתנאים השני והשלישי בפסקת ההגבלה עניינם תכלית דבר החקיקה הפוגע. היא כתבה בקצרה על התכלית וציינה שהגבלת היכולת לצפות בפורנוגרפיה ככלא עשויה לקדם ערכים חברתיים כשוויון בין המינים וכבוד האישה, שהולמים את ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית. ראו רע"ב 5493/06 פלד נ' שרות כתי הסוהר, פס' 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.10.2010). גורל מבחן זה לא שפר עליו גם בהמשך, כשניתוח בן כעמוד למבחני פסקת ההגבלה הביא למסקנה שתיקון חוק המיטיב עם משוחררי צה"ל מסוימים הולם את ערכי מדינת ישראל. ראו בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פס' 77 לפסק דינה

תכלית ראויה: לפי השופט גרוניס, האיסור בא להגשים "מטרה ערכית מובהקת: ההסדר מבוסס על ההכרה שאדם צריך להתפרנס מעבודתו, ממשלח ידו או מעיסוק לגיטימי אחר כלשהו ולא על דרך התעשרות קלה התלויה בגורל". מטרת אחרות: צמצום התוצאות השליליות של הימורים והגרלות, "התמכרות, נזק כלכלי חמור, פשע, הרס התא המשפחתי ובעקבות זאת הטלת נטל מוגבר על החברה".⁴⁵ השופט גרוניס פנה למשפט העברי ומצא שהמהמר רגיל לשקר במהלך המשחק ולכן עלול לשקר גם בעדות בבית משפט; גם לבו בכספו ולכן עלול לזלזל גם בכספי אחרים ובקנס כספי שיוטל עליו בגין שקריו. לטענה שהאיסור על הימורים בא לאפשר מונופול של המדינה בשוק ההימורים השיב שנראה שמונופול מדינתי בהימורים אינו תכלית האיסור העונשי אלא תוצאתו. אמנם גם הימורים בחסות המדינה מעודדים התעשרות מהירה התלויה במזל וכרוכים בסיכון התמכרות, אך מנגד מאפשרים גיוס כספים למטרות ציבוריות ואינם סובלים מתופעות לוואי כפשע מאורגן, אלימות והלבנת כספים בשל פיקוח המדינה על ההימורים. יש יסוד להבחנה לגיטימית בין הימורים בחסות המדינה להימורים פרטיים, במיוחד לאור מוגבלות מספר הגופים הפועלים בחסות המדינה. לפיכך תכלית האיסור "הגיונית וראויה".⁴⁶ הבעיה בניתוח היא דילוג על שלב ההוכחה או לפחות הנמקה שהימורים אמנם גורמים לכל התופעות הללו, ועל שלב ההוכחה/הנמקה שכל התופעות הללו הן אמנם נזק, ונזק שהמשפט הפלילי יכול לפתור. אין ניסיון לבסס טענה שמניעת התמכרות למשל היא מטרה לגיטימית של הדין הפלילי.⁴⁷ גם ההנחה שלגיטימי להפליל הימורים כדי למנוע "פשע" בעייתית, הן במובן הצורך לבסס היטב את הקשר בין הימורים לבין "פשע" והן במובן הצורך להפליל הימורים כדי למנוע "פשע", שהרי ה"פשע" עצמו כבר הופלל.⁴⁸ תהיות דומות אפשר וראוי להעלות בנוגע לתופעות האחרות שלכאורה נגרמות על ידי הימורים ולכאורה מוצדק להפלילן בשל כך: נזק כלכלי חמור, הרס התא המשפחתי והטלת נטל מוגבר על החברה, שלא לדבר על

של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 12.1.2011). גם בספרות נבלע לעתים קרובות מבחן ההלימה במבחן התכלית. בחיבור עדכני דן הנשיא (בדימוס) ברק במבחני פסקת ההגבלה ובמיוחד במבחן המידתיות. פרק 4 הוקדש לשאלת הפגיעה; פרק 5 להסמכה; פרקים רבים למבחני המשנה של המידתיות; פרק 9, שכותרתו "מטרה ראויה", הוקדש לתכלית, ובו עולים גם ערכי המדינה, הלוא הם ערכי מבחן ההלימה. ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

45 פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 795–796, 804.

46 שם, בעמ' 804–805, 807.

47 השוו: עופר גרוסקופף "פטרנליזם, תקנת הציבור והמונופול הממשלתי בשוק ההימורים" המשפט ז 9, 32–36 (2001).

48 אין מדובר בהפללה של ייצור סמים כדי למנוע שימוש אלא בהפללת הימורים כדי למנוע איזשהו פשע שמן הסתם נגרם גם ללא הימורים. הפללת הימורים על רקע זה היא כרית ביטחון, שספק אם נחוצה ומוצדקת.

התפיסה הערכית הנוגעת לדרכי הפרנסה הראויות בחברה. כל אלו שאלות כבודות משקל ומורכבות המחייבות דיון מעמיק: חברתי, ערכי, משפטי. היש להפיל הימורים בגין הסבת נזק כלכלי חמור, הרס התא המשפחתי, פגיעה בערכי עבודה? טענה כזו מצריכה הסבר להתעלמות מהתנהגויות אחרות שמסבות נזק כלכלי חמור, כהרפתקנות בבורסה; הרס התא המשפחתי, כניאוף; פגיעה בערכי עבודה, כמו לוטו. מלבד זאת השאלה אם קיומם באין מפריע של הימורים בחסות המדינה לצד איסור על הימורים פרטיים מסכל את תכלית האיסור, עניינה מבחן ההתאמה הרציונלית. אם כדברי השופט גרוניס האיסור על הימורים בא למנוע התמכרות וניסיונות להתעשרות קלה התלויה בגורל, וכדבריו אין ספק שהימורים בחסות המדינה מקלים התמכרות וניסיונות התעשרות, קשה לראות התאמה בין אמצעי למטרה.

מידתיות: השופט גרוניס התייחס לשלושת רכיבי המשנה של דרישת המידתיות. אשר למבחן ההתאמה כתב: "ניתן בהחלט להצביע על קשר ברור בין תכליתו של החוק לבין האמצעים שנקבעו בו". מטרת האיסור "למנוע את החוליים השונים הנלווים להימורים" מוגשמת באמצעותו. השופט גרוניס סבר שהימורים באין מפריע בחסות המדינה אינם מנתקים את הקשר הרציונלי שבין האמצעי למטרה, כי הכנסותיהם משמשות למטרות ציבוריות, ויש יכולת לפיקוח הדוק על הימורים בחסות המדינה.⁴⁹ הדילוג פה אולי נעלם מן העין, אך עודנו גדול, ולפיו קיום איסור פלילי על התנהגות פירושו מניעת הנזקים הנלווים לה. מגולמות בו שתי הנחות יסוד חסרות בסיס טבעי גם אם אינטואיטיבית נדמה אחרת: איסור על הימורים אמנם ימנע הימורים; איסור על הימורים ימנע את הנזקים הנלווים להימורים. הנחת היסוד הראשונה היא הנחת יעילות של הדין הפלילי. זו אולי הנחה שבהיגיון, אך היא מצריכה ביסוס. אין להניח שעצם קיומו של איסור ידוע לציבור ומביא למניעת ההתנהגות ואף לצמצומה.⁵⁰ ההנחה השנייה מתרכזת בנוק ולא בהתנהגות, ואילו עד כה התמקדנו רק בהתנהגות. גם בהנחה שאיסור ימנע התנהגות,

49 פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 807.

50 וראו את אותה הנחה משתמעת בניתוח שעשה הנשיא ברק לסעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין. ברק התייחס לסיכון הרב הטמון בעבירה בחבורה, וכתב שמטרת הסעיף לעודד עבריינים הפועלים בצוותא לביצוע עבירה "מקורית" למנוע מאחד מהם לבצע עבירה שונה או נוספת. וכך ברור שהסעיף עומד במבחן האמצעי המתאים: הטלת אחריות זו על מבצע בצוותא מעודדת, טרם היציאה לביצוע המשותף, מניעת אפשרות ביצועה של עבירה שונה או נוספת. ראו ע"פ 4424/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, 541–544 (2002). ההנחה הסמויה היא שעבריינים בחבורה הם רציונלים ויודעים את החוק ולכן הסעיף יכול להרתיעם. הנחה זו בעייתית אמפירית וכרוכה בסתירה פנימית אפשרית. סעיף 34א האמור מחייב חוסר מודעות של צד לעבירה לאפשרות ביצוע עבירה שונה/נוספת על ידי צד אחר מקום שאדם מן היישוב היה יכול להיות מודע כאמור, ואם הצד חסר מודעות לאפשרות העבירה, אין סיבה שתעלה בו המחשבה על תחולה עונשית בתרחיש שכזה. לפיכך ההרתעה אינה רק דמיונית. היא בלתי אפשרית ממש.

האם בהכרח יביא למניעת התוצאות הנלוות לה? כן, אם הן נלוות רק לה. אך במקרים רבים אין זה המצב, וכך באשר להימורים.

השופט גרוניס התייחס בקצרה לחלופת הפיקוח: יש לה יתרונות והיא אף מיושמת במדינות שונות, אך גם האיסור הישראלי אינו חריג, וגם מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מתקיים בשל החשש שלא תושג התכלית באמצעי אחר.⁵¹ לטעמי, היה צריך לבחון אם הסדרת הימורים יכולה למנוע את תופעות הלוואי השליליות של הימורים וכך לבד לאפשר חלק מיתרונותיהם. לשם כך אפשר להביט במצב במדינות זרות שהסדירו הימורים כדי לראות אם יש מודל ישים להשגת התוצאות הרצויות. השופט גרוניס נגע בביקורת שונות על הסדרה, אך דומני שלא בחן שיטתית את שאלת החלופה. נראה שלעובדה שמדובר באיסור, ועוד ותיק, יש השפעה על בית המשפט, שמתקשה למצוא ערך בהימורים מבעד למשקפי פסקת ההגבלה המופשטת.

אשר למבחן התועלת מול הנזק הסביר השופט גרוניס שהתועלת החברתית היא מניעת עלייה בשיעורי הפשע והתמכרות להימורים, ולאורה ניכר יחס סביר בין התועלת לפגיעה בחופש העיסוק.⁵² כמעט בכל מקרה אפשר לחשוב בדיעבד על אמצעים פוגעניים פחות מאלה שבחר המחוקק, אך כל עוד ההסדר החקיקתי אינו בלתי מידתי, בית המשפט לא יתערב.⁵³ אלא שהניתוח של השופט גרוניס לא נומק והקוראת אינה מבחינה מדוע מניעת התמכרות מועילה יותר מאפשר חופש עיסוק בהימורים.

(ב) ניתוח מקוצר

בפרשת אונגרפלד נדונה פרשנות האיסור על העלבת עובד ציבור הקבוע בסעיף 288 לחוק העונשין.⁵⁴ את פסק הדין מקיץ 2008 כתבה השופטת פרוקצ'יה, שהקדישה לו כמעט 40 עמוד. עיקר הדיון הוקדש לפרשנות האיסור, אך נעשה גם ניתוח חוקתי קצר לאיסור.⁵⁵ קוצר יריעתו של הניתוח החוקתי נובע מנגיעתו בפרשנות איסור ולא בתוקפו. סעיף 288 הוא "דין ישן", ולעומת חוק-יסוד: חופש העיסוק, חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו מאפשר תקיפת דין ישן אלא לכל היותר השלכה פרשנית. הניתוח החוקתי

51 פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 808-811. דובר במשחקי בינגו שכרטיס למשחק אחד עלה 10 ש"ח, הפרסים נעו בין 80 ל-5,000 ש"ח, והפדיון למועדון היה 28% מכספי הפדיון. בשפה רפה כתב בית המשפט שאין לומר שהנתונים הספציפיים מוציאים מקרה זה מתחולת האיסור הפלילי, שכן בעתיד עשוי המועדון לשנות את המחירים והפדיון, מה גם שקבלת הטענה החוקתית תאפשר פתיחת בתי הימורים רבים ומגוונים, ואי אפשר יהיה לאסור על קטינים להשתתף בהימורים. כלומר, ביטול האיסור ייצור שוק הימורים חופשי.

52 שם, בעמ' 811.

53 שם, בעמ' 812-813.

54 רע"פ אונגרפלד, לעיל ה"ש 21.

55 שם, פס' 37-39 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

נעשה ככלי עזר אחד מני רבים שעלו בפסק הדין, כמו היזקקות לנוסחאות מכיוון חופש הביטוי, פנייה למשפט משווה ועוד.⁵⁶ לפיכך אקצר.

השופטת פרוקצ'יה פתחה את הניתוח במבחן ההלימה: האיסור הולם את ערכי המדינה בבואו להגן על השירות הציבורי ועל עובדיו. השירות הציבורי מאפשר להגשים את יעדי המדינה. האיסור בא לתכלית ראויה: הצורך לקדם את יכולת השירות הציבורי לתפקד היטב. לבסוף נמצא קשר רציונלי בין התכלית הראויה לבין ההגנה על עובדי ציבור; לא נמצא אמצעי אחר (אזרחי) להשגת התכלית הציבורית שמאחורי האיסור, והוסק יחס סביר בין הפגיעה בחופש הביטוי לתכלית האמורה (רק) במקרים שהפגיעה בעובד הציבור חמורה וקיצונית ועלולה להביא לפגיעה ביכולתו לתפקד.

דומני שקשה לכסות ברצינות פן חוקתי של עבירה בפחות מעמוד. בעיה ראשונה בניית נוגעת לעירוב מושגים בנוגע למבחני פסקת ההגבלה: מבחן ההלימה ומבחן התכלית הראויה סיפקו אותה תשובה. האיסור הולם את ערכי המדינה בבואו להגן על השירות הציבורי ועובדיו; הוא בא לתכלית ראויה בדיוק מאותה סיבה.⁵⁷ בעיה שנייה נוגעת לדילוגים שעליהם הצבעתי קודם, למשל ההנחה שהאיסור יכול להשיג את המטרה שלשמה נחקק. בעיה שלישית עניינה היעדר שיטתיות וקוצר היריעה, מה שמובן בניית

56 כדברי השופטת פרוקצ'יה, שם, בפסקה 36 לפסק דינה: "גם בפרשנות הנורמה הפלילית, האוצרת ניגוד כזה [בין זכויות הפרט לבין אינטרס פרטי או ציבורי – א"ה], יש לשאוב את ערכי האיוון ממושגיה של פסקת ההגבלה, כמתבקש בשיטה משפטית-חוקתית הבנויה על הרמוניה של מושגים ועל שיטת איוון ערכית אחידה ורציפה". לאחרונה נערך דיון נוסף בעניין אונגרפלד. בדעת המיעוט הציע המשנה לנשיאה ריבלין לקבל את העתירה לדיון נוסף ולזכות את העותר. הוא כתב כי פרשנות האיסור הנדון תיערך ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, באופן מידתי. ריבלין לא ערך ניתוח בסגנון פסקת ההגבלה, אך הזכיר את מבחן המידתיות במובן הצר ככזה שמביא לפרשנות מצמצמת של האיסור הפלילי. ראו דנ"פ 7383/08 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 11, 22, 29 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (פורסם בנבו, 11.7.2011). בדעת הרוב דחתה השופטת פרוקצ'יה את העתירה לדיון נוסף ושבה למבחני פסקת ההגבלה בקיצור נמרץ. לדידה האיסור מתיישב עם ערכי המדינה כיהודית ודמוקרטית, לאור תכליתו להגן על הכבוד, המעמד ועל יכולת התפקוד של עובד הציבור הנדון בפרט ושל מערך השירות הציבורי בכלל. האיסור "נועד לתכלית ראויה" משום שההגנה המיוחדת על עובדי ציבור באה לקדם אינטרס ציבורי חשוב שבלעדיו הציבור כולו עלול להיפגע. פרוקצ'יה ציינה בלי לנמק כי האיסור הפלילי עונה גם על יסוד המידתיות, ששלושת מבחני-המשנה שלו מביאים להצרה ממשית של תחומי התפרשותה של עבירת העלבת עובד הציבור. ראו פס' 21–22 לפסק דינה. השופט ג'ובראן הצטרף ותמך בפרשנות הסעיף באמצעות מבחני פסקת ההגבלה. שם, פס' 6 לפסק דינו. יתר השופטים לא התייחסו למבחני פסקת ההגבלה.

57 כאמור, לעתים נעשה ניתוח מאוחד לשני המבחנים, והמסקנה העולה ממבחן האחד גוזרת בהכרח את השני. ראו את הניתוח המאוחד של הנשיא ברק בפרשת סילגדו, לעיל ה"ש 50, בעמ' 542–543 ומסקנתו: "זוהי בוודאי תכלית ראויה, והיא אף הולמת את ערכיה של מדינת ישראל".

שהוא חלק ממהלך פרשני רחב להבדיל מניתוח הפללה ישיר, ואי־זיהוי של לא מעט שיקולי הפללה חשובים, למשל חלופות הפללה שחיפוש מעמיק היה עשוי להניב.

2. דיוני הפללה ישראלים באקדמיה: משפט פלילי וחוקי היסוד, וגבולות המשפט הפלילי

(א) היחסים בין משפט פלילי לבין חוקי היסוד

חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו הביא את האקדמיה בישראל לכתיבה על מערכת היחסים בין הענף הפלילי לזה החוקתי. ביין הדגיש את הצורך במודל שיטתי מסודר הייררכי של חקיקה פלילית כדי למנוע חקיקה מקרית ובלתי הולמת, גרס שחוקי היסוד החדשים כוללים את כל השיקולים לבניית מודל מחשבתי כזה וסבר שזה עיקר תפקידם המסתמן להבדיל מפסילת חקיקה, שוודאי תהיה מקרית ולא תעלה בהיעדר טיעון הגנה קונקרטי.⁵⁸ באותה עת הציגה קרפ משנה מפורטת וביארה שעל המשפט הפלילי להתאים עצמו להוראות חוק היסוד, התאמה שכוללת השראה הדדית: חוק היסוד חודר לבסיס חוקי העונשין, נוסך בהם תוכן ומתמזג בהם, וחוקי העונשין הופכים להיות שלוחה שלו.⁵⁹ המשפט הפלילי כפוף לפסקת ההגבלה, שתכתיב בעתיד את תכניו הראויים. הקודיפיקציה כפופה לפסקת ההגבלה, ותחוקת המשפט הפלילי מכפיפה את חוקי העונשין העתידיים לבקרת בתי המשפט על פי מבחני חוקי היסוד.⁶⁰

לאחרונה כתב לביא שלמהפכה החוקתית חשיבות רבה אך מוגבלת, באשר עקרונות היסוד של המשפט הפלילי המהותי הם שמגנים על זכויות העברייני ועל החברה, ולהם אין המשפט החוקתי יכול לתרום מהותית. את חוקי היסוד יש לפרש בהקשר הפלילי לאור עקרונות יסוד של המשפט הפלילי, ואין לצקת לתוכם ערכים כלליים כחירות או כבוד אלא אם הם מעוגנים במשפט הפלילי. פסקת ההגבלה נועדה לקבוע את גבולות האחריות רק בגין עבירות פריפריה, כעבירות מס, צנזורה ונהיגה רשלנית, ואילו "עבירות הליכה" המובהקות בדיני העונשין, דוגמת רצח, אונס ובגידה, בכלל אינן פוגעות במשטר הזכויות אלא דווקא מגנות עליו, ולכן "אינן זקוקות לפסקת ההגבלה, ופסקה זו לא נועדה עבורן".⁶¹ קרמניצר הגיב בחריפות וכתב שלהוראות חוקתיות עליונות על כל

58 ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 251–252.

59 קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 79, 82.

60 שם, בעמ' 94–95, 120.

61 שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחדש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511, 518–519, 550 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010) (הספר להלן: מגמות בפלילים). מנגד כתבו רבין וואקי כי פסקת ההגבלה היא מוקד עיקרי למאבק החוקתי בתחום הפלילי, ואי־עמידה בתנאי תביא לפסילה חוקתית של העבירה. ראו רבין וואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 51.

הוראה נורמטיבית אחרת. הבסיס הרעיוני של עקרונות היסוד של המשפט הפלילי הוא התכנים החוקתיים, הזכות לחירות והזכות לכבוד אנושי.⁶² הוא דחה את ההבחנה בין עבירות פריפריה וליבה וכתב שלא ייתכן שהמחוקק יוכל לעגן בעבירות פריפריה כל תפיסת טוב שהוא דוגל בה. קרמניצר דחה גם את החשש מהעמסת-יתר על פסקת ההגבלה: אנשים לא יעתרו לבית המשפט נגד איסורים כהריגה, חבלת גוף, אונס או גנבה, ואם יעתרו, ברור ש"יושלכו מכל המדרגות". מנגד יש צורך בפיקוח חוקתי כדי שההגנה על שראוי מאוד להגנה לא תחרוג מהנחוץ והמוצדק.⁶³

הכתיבה האמורה מציפה ויכוחים הנוגעים ליחס שבין משפט פלילי למשפט חוקתי, לתפקידי הדין הפלילי, לדרכי פעולתו, לחלופותיו ולמחיר הערכי הכרוך בהפעלתו.⁶⁴ דיונים חשובים אלו מאתגרים את המשפט הפלילי ומעודדים חשיבה מחדש על היבטים שונים בו. שאלת הזיקה בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי המהותי רחוקה ממיצוי פסיקתי ואקדמי. אך לטעמי השאלה אם המשפט הפלילי "קדם" למשפט החוקתי או אם המשפט הפרטי קדם למשפט הציבורי חשובה פחות;⁶⁵ עקרונות היסוד של המשפט, על ענפיו השונים, משרתים את האדם, והשאלה החשובה היא אם היוזן הדדי בין ענפיו, במקרה זה הפלילי והחוקתי, יתרום לנו. כעולה בהמשך, סבורני שכן.

(ב) גבולות המשפט הפלילי והפלה

החוקה אינה מתכוון בלעדי להתוויית הגבולות של המשפט הפלילי או לצמצומם. מלומדים רבים בישראל ומחוצה לה הצביעו על בעיות שונות בדין הפלילי כמו רוחב-יתר, עמימות ועוד. בעשותם כן תרמו לשרטוט גבולות הדין הפלילי ברובד הביניים החשוב. לא מעט מלומדים התייחסו לפן המופשט של העבירה, להצבת תנאים כאלו ואחרים לכל עבירה ועבירה, והיו שהצביעו על בעיות בדין הפלילי, למשל

62 מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים, לעיל ה"ש 61, 609, בעמ' 622, 624 (המאמר להלן: קרמניצר "עשור לתיקון 39").

63 שם, בעמ' 626–627.

64 לטיעונים על מרווח הפעולה הרחב מדי של החוקה האמריקנית בנוגע למשפט פלילי ראו: Markus Dirk Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 HASTINGS L.J. 509 (2004) (אין מגבולות חוקתיות אמתיות על המשפט המהותי הפלילי, להבדיל ממגבלות על סדרי הדין); Husak, *Overcriminalization*, לעיל ה"ש 13, בעמ' 122 ואילך (מגבלות החוקה בנוגע להפלה והצעת מודל הפלה שחלקו כולל מבחנים חוקתיים).

65 שאול וייסמן דיבר על קדימות המשפט הפרטי לזה הציבורי וקרא לפסקת ההגבלה "פסקת ההתרה", בהתירה לפגוע בזכויות שהן מכשיר משפטי שמשמעותו היא כיבוד. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-16, 49–50 (28.7.2005) www.knesset.gov.il/protocols/ (להלן: פרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת החוקה, חוק ומשפט) (כל אתרי האינטרנט הנזכרים במאמר זה נצפו לאחרונה ביום 24.8.2011).

התרחבותו הכללית והפיכתו מכלי שיורי לראשון שבתוכה הכלים של המחוקק, שאלות הנוגעות לניסוח איסורים באופן כללי ועוד. בכך תרמו לשרטוט גבולות הדין הפלילי בהצבעה על שיקול או שיקולים חשובים בפרשנות עבירה או ביצירתה, ועל בעיה אופיינית העולה בהפלות. אחרים כיוונו חציהם כלפי סוג התנהגות מסוים וקראו להוספתו כעבירה פלילית או להסרתו מספר האיסורים. בכך תרמו לעיצוב גבולות הדין הפלילי ברובד הגבוה של העבירה, בפן הקונקרטי שלו. השיח הנוגע בעקיפין בגבולות העבירה עשיר עד מאוד. דיונים בנוגע לחלק הכללי של חוק העונשין, בשאלות של יסודות העבירה, אחריות צדדים, סייגים וכדומה, הם למעשה דיון מהותי בגבולות האחריות הפלילית שראוי להטיל. דיונים פילוסופיים בתפקיד המשפט הפלילי באכיפת מוסר ובהשגת מטרת אחרות מאתגרים את גבולות המשפט הפלילי. כל דיון פרשני בעבירה תורם לעיצוב הגבולות.

אבל כיצד יכול דיון פרשני בעבירה א' להועיל לדיון פרשני בעבירה ב' ולהחליטה אם לייצר עבירה ג' או לבטל את עבירה ד'? הוא יכול, אם ניקח את האמור בו לרובד הפשטה מתאים. האקדמיה אמורה לספק לפרקטיקה כלים מוצלחים יותר לדיוני הפללה והיא יכולה לעשות זאת. להבדיל ממענה לשאלות קונקרטיות, לחם חוקם של בתי המשפט, האקדמיה מומחית במענה לסוגי שאלות. אך רק מתי מעט בעולם המערבי בכלל ובישראל בפרט ניסו לצבור את סוגי השיקולים והבעיות העולים בקשר להפללה לכדי מודל. בודדים לא הסתפקו בהצבעה על בעיות שונות בהפללה או על שיקול חשוב, אלא ניסו לבנות מכשיר שלם שמאפשר מבט מלא, שיטתי, עקיב וכללי בשאלות הפללה. אותם מעטים לא יצרו מודל יש מאין אלא עמדו על כתפי ענקים כדי להציע שיטה להפללה תוך הצרנה והמשגה של רעיונות מוכרים.⁶⁶ ג'ונתן שונשק ניסה לעשות כן בשנת 1994, ודאגלס הוסאק (Husak) בשנת 2008. אין לטעות: פילוסופים גדולים כג'ואל פיינברג (Feinberg) וג'ון סטיוארט מיל (Mill) לא הציעו מודל הפללה. מיל, שניסח את עקרון הנזק החשוב והמשפיע על גבולות הדין הפלילי, כתב על הגבלת התערבות המדינה באופן כללי בחירות הפרט, בלי זיקה הכרחית למשפט הפלילי. פיינברג הקדיש ארבעה כרכים לשאלת עקרון הפתיחה של שאלת ההפללה: עקרון הנזק, עקרון הפגיעה, פטרנליזם או מוסרנות משפטית. תרומתם של ענקים אלו לגבולות המשפט הפלילי עצומה. אך לא פיינברג ובוודאי לא מיל התיימרו להציע מודל הפללה. בעולם המערבי, למיטב ידיעתי, עשו כן רק שונשק והוסאק, ובישראל עשה זאת יובל קרניאל בשנת 2001.

קרניאל ניסה לקשור מבחנים מופשטים יחסית שניסח להפללה למבחני פסקת ההגבלה. הוא ניסח שש אמות מידה כלכליות וחברתיות להפללה. בתמצית, לפי

66 וכך כתבתי במפורש גם בהציגי את שרשרת ההפללה. ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 94.

הראשונה – גישה כלכלית למשפט – הפלה אפשרית רק כסוג התנהגות אינו יעיל וכשסעד אזרחי כספי אינו מרתיע דיו.⁶⁷ השנייה בוחנת סוג התנהגות במובן ערכי-חברתי, שאלת העוול (wrongdoing), הצדקת האיסור על רקע הערכים החברתיים שעליהם מגנה החברה באופן לגיטימי על רקע חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמתקשר לעקרון ההגנה על ערכים ולעקרון הנזק, שמתקשר לגישה הכלכלית. היא מתקשרת לתאוריה הרתעתית-מניעתית. השלישית מתקשרת לתאוריה גמולית ותרה אחר פגם מוסרי (attribution) בסוג ההתנהגות. גם אותה קישר קרניאל לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמעגן עמדה מוסרית השוללת הרשעה ומאסר בלי הוכחת אשמה אישית.⁶⁸ אמת המידה הרביעית בוחנת את נוסח האיסור, שיהיה ברור ומדריך, מה שמתקשר לרעיון האזהרה ההוגנת.⁶⁹ החמישית עניינה שיוניות הדין הפלילי: שאלת חלופת ההפלה. קרניאל קשר אותה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לעקרון המידתיות שבסעיף 8 לו, המחייב חיפוש חלופות פוגעניות פחות.⁷⁰ אמת המידה השישית בוחנת את יעילות האכיפה.⁷¹ אין אמת מידה אחת מרכזית או חשובה יותר.⁷²

לא אעמיק בביקורת. אדגיש את שציון קרניאל עצמו: אמות המידה שהציע כלליות, אינן מצטברות ואינן מובילות קו מסוים אלא מחייבות אינטגרציה, מה שכמובן מותר לעורך הבחינה מרחב ניכר לשיקול דעת.⁷³ קרניאל העשיר את שיח ההפלה בהבחנות חשובות בין רבדים שונים של שאלת ההפלה: בין הרתעה לנזק, בין אכיפה לחלופה וכדומה.⁷⁴ אלא שכמו שונשק והוסאק, תרומתו הייתה למישור הפילוסופי והמופשט של ההפלה. קרניאל תרם גם למישור הקונקרטי ביותר של שאלת ההפלה, באשר לשאלת מחקרו – ההפלה של הפרת אמונים בתאגיד. אך בנייתו חסר משהו שנעדר גם מחיבורי שונשק והוסאק. הרובד הקונקרטי, שעניינו שאלות הפלה ספציפיות, אינו מייצר שיקולי הפלה ברורים ואינו תורם הרבה לשאלות הפלה ספציפיות עתידיות, למעט כאלו הנוגעות להתנהגות דומה לזו שנחקרה. ואילו הרובד המופשט נעדר שיקולי הפלה ברורים ומותר לפרשנית מרחב גדול של עבודה, מאמץ ושיקול דעת. ברובד זה

67 קרניאל, לעיל ה"ש 14, בעמ' 282.

68 שם, בעמ' 335–336, 340, 343, 360, 411.

69 שם, בעמ' 413–414.

70 שם, בעמ' 195, 237, 417.

71 עדיף להפיל כשמתאפשרת אכיפה ציבורית יעילה וקשה להשיג אכיפה פרטית יעילה. שם, בעמ' 421–422.

72 שם, בעמ' 18, 426.

73 שם, בעמ' 18, 275. לביקורת על חיבורו של קרניאל ראו: בועז סנג'ור "יובל קרניאל: הפרת אמונים בתאגיד (במשפט האזרחי והפלילי)" עלי משפט ג 353 (2003).

74 וכך כתבתי גם בספרי, ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 48.

מצויה גם פסקת ההגבלה. ואולם, פסקת ההגבלה אינה כול-יכולה גם אם הפופולריות שלה מרמזת אחרת. היא זקוקה לעזרה כדי להיות מועילה וטובה יותר בהקשרים מסוימים.

ד. גבולות פסקת ההגבלה

1. כלליות וכוללנות

פסקת ההגבלה הפכה כלי פופולרי למלומדים להניע שינויים בחקיקה, גם הפלילית. הוצגו טענות חוקתיות בנוגע לדיני ראיות, סדר דין פלילי ומשפט פלילי מהותי.⁷⁵ נראה שפסקת ההגבלה מציעה למלומדים כלי לקדם טיעון שבו תמכו בלי קשר. גם לעורכי הדין היא מציעה כלי שימושי, אסמכתה משפטית שמאפשרת לעתים לקדם את הקו שתומך בעמדת הלכות. תלמידי שנה א' לתואר ראשון במשפטים משננים את מבחני סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ואת שלמדו היום יישמו מחר בבית המשפט ובאקדמיה. פסקת ההגבלה כללית ומתירה מרחב פרשני רחב לביקורת חוקתית על חיקוקים. גם אם לא תמיד ברורים וגם אם מעוררים בעיות,⁷⁶ מבחני פסקת ההגבלה אינטואיטיביים יחסית, לפחות לאחר חלוקת המידתיות למבחני משנה, ובמובן זה מעודדים את השימוש בהם גם ככלי לביקורת מהותית.

עם כל המהות שהיא אוצרת בתוכה פסקת ההגבלה היא כלי משפטי פורמלי לביקורת חוקים, כלי כללי שמתייחס לחיקוקים הפוגעים בזכויות יסוד שלפי חוק היסוד ואלו שנקראו לתוכו. "פגיעה" היא כמובן מונח עמום ורחב מאוד בפוטנצייה, וגם "זכויות יסוד שלפי חוק זה" אינן בהכרח מונח מוגדר בבירור ותחום בקפידה.⁷⁷ חוקי היסוד מעלים שאלות קשות: איזה בית משפט מוסמך להכריז על בטלות חוק;⁷⁸ מה כוללת כל אחת מהזכויות;⁷⁹ אם פסקת ההגבלה נוגעת גם לזכויות בלתי מנויות;⁸⁰ מה הכוונה

75 מספר הדוגמאות עצום, וקצרה היריעה מלהביא אף את הספרות הבולטת. אף אני במעגל ה"אשמים": ראו אסף הרדוף אין להשיב לאשמה (2005). גם בענפי משפט אחרים לא נפקד מקומם של חוקי היסוד מהכתיבה.

76 אהרן ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 195, 206 (1994).

77 וראו למשל: בג"ץ 1554/95 עמותת "שוחרי גיל" ת" נ' שר החינוך, פ"ד נ(2) 3, פס' 34-36 לפסק דינו של השופט אור (1996).

78 ראו זאב סגל "הדרך לביקורת שיפוטית של חוקים – הסמכות להכריז על אי חוקתיות חקיקה – למי?" משפטים כח 239 (1997).

79 בעניין כבוד האדם ראו יהודית קרפ "מקצת שאלות של כבוד האדם לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995); בעניין חופש העיסוק ראו יצחק אליאסוף "חוק-יסוד: חופש העיסוק" משפט וממשל ב 173 (1994); סיני דויטש "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן"

בפגיעה שהיא בחוק או לפי חוק⁸¹ וכדומה. משסיפקה הרשות המכוננת כלי כה מרכזי ורחב לביקורת חוקים, עט עליו ציבור המשפטנים. מלומדים השתמשו בו לקידום שינויים שבהם חפצו; עורכי דין בשביל לנצח בתיקים; בתי משפט, אולי, כאסמכתה נורמטיבית לביסוס או לעיגון מחדש של מרחב פרשני שיפוטי ניכר.⁸² פסקת ההגבלה נסכה חיים בדיונים חשובים ובסוגיות מורכבות, ואם לא נסכה חיים, לכל הפחות עוררה דוברים או נסיכות (תלוי את מי שואלים) משנתם, ואולי תעיר גם את שיח ההפלה המנומנם. אלא שמה שנכון לכלים חוקתיים או לעקרונות מופשטים פופולריים אחרים עלול לחול גם כאן: נטייה למצוא במכשיר אינטואיטיבי את הפתרון לכל שאלה. איך להתמודד עם חוק שפוגע בזכויות? פונים לפסקת ההגבלה. בין שעסקינן בדיני נזיקין או חוזים, מסים או קניין, חוקתי או מנהלי, סדר דין אזרחי או פלילי, ראיות או עונשין, פסקת ההגבלה מספקת אסמכתה משפטית פורמלית יחידה לפסילת חוקים. דומה שכחו היא הפכה כתובת אטרקטיבית או אינטואיטיבית גם לאמירה ביקורתית בקרב תלמידי משפטים, טוענים בבית המשפט, יועצי חקיקה, חורצי דין, ובקרב מבקריהם של כל אלו. הפופולריות הרווחת של פסקת ההגבלה עלולה להביא שלוש תוצאות עגומות אפשריות, אם עוד לא עשתה כן:

(1) קריסה תחת עומס ההצלחה: במאמר מרתק הראה הארקורט (Harcourt) כיצד דווקא הפופולריות העצומה של עקרון הנזק הפכה אותו לחסר כוח, כשרבים ניכסו לעצמם את העיקרון המופשט והעמום ופירשוהו לצורכיהם כדי להצדיק טענות בעד הפלה או נגדה גם בענייני מוסר הרחוקים אינטואיטיבית מ"נזק לאחר".⁸³ האם דבר דומה קרה או קורה לפסקת ההגבלה? להבדיל מעקרון הנזק, היא כלי פורמלי. אך כמוהו היא עמומה מאוד, מותירה מרחב תמרון גדול לטוען ומקימה אין-ספור טיעונים לכיווני מחשבה מנוגדים. אפשר שכבר כיום היא "קורסת תחת עומס הצלחתה" במובן שריבוי

מחקרי משפט יב 309 (1996); עלי זלצברגר ואלכסנדר (סנדי) קדר "המהפכה השקטה – עוד על הביקורת השיפוטית לפי חוקי היסוד החדשים" משפט וממשל ד 489 (1998).

80 לניתוח מקיף ראו: הלל סומר "הזכויות הבלתי מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" משפטים כח 257 (1997).

81 ראו אורן גול "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק'" משפט וממשל ד 381 (1998).

82 השוו: מיכאל בירנהק "הנדסה חוקתית: המתודולוגיה של בית המשפט העליון בהכרעות ערכיות" מחקרי משפט יט 591, 622–623, 627–628 (2003).

83 הארקורט הציג דוגמאות רבות לניכוס האמור: עבירות מוסר שלכאורה מעודדות פשע חמור יותר (תאוריית החלונות השבורים), פורנוגרפיה שמזיקה לנשים, יחסי מין חד-מיניים שמפיצים מחלות מזיקות, סמים שהשימוש בהם גורם נזקים עקיפים ועוד. לדידו, טענות בדבר נזק התפשטו לכל מקום עד שעקרון הנזק הפך לחסר משמעות. ראו בכלל מאמרו: Bernard E. Harcourt, *Criminal Law: the Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109 (1999).

הטיעונים בדבר תחולתה מביא (או תורם), אולי, לידי זהירות מרובה בקבלתם ולעתים, כעולה מפרשת תשעים הכדורים, לכעס שיפוטי על עצם העלאת הטיעון.⁸⁴

(2) חוסר אחידות בפסיקה: הלשון הרחבה והעמומה של הטקסט החוקתי והנתונים המגוונים בדבר תכלית הנורמה יוצרים "קרקע נוחה לפיתוח שיקול-דעת שיפוטי בפרשנות חוקה וחוקי-יסוד".⁸⁵ כך באשר לחוקי היסוד באופן כללי וכך באשר לפסקת ההגבלה. כאשר הכלי עמום ורחב, לא ייפלא כי התוצרים מגוונים. הן עמימותה של פסקת ההגבלה והן כלליותה מאפשרות טיעונים רבים, וכך לא נופתע אם נגלה שהניתוח של שופטת פלונית לפי פסקת ההגבלה שונה לחלוטין מזה של שופט אלמוני לא רק בשורה התחתונה אלא גם בהרכב מאוד שורות אחרות ובמה שביניהן.⁸⁶

84 ראו את דברי השופט זמיר בפרשת בנק המזרחי: "[...] אני מבקש להיזהר מאוד שלא לקבוע מסמרות בשאלה מהו קניין ומהי פגיעה בקניין. האם חוק היסוד מעניק הגנה מפני כל חוק חדש שיש עמו פגיעה, לרבות פגיעה עקיפה, בערך הרכוש או בהכנסה כספית? [...] אם כל פגיעה בשווי רכושו של אדם, לרבות פגיעה בחיובים כספיים למיניהם, היא פגיעה בקניין, נמצא כי החוקים הפוגעים בקניין רבים מני ספור; בית המשפט עלול לשקוע ראשו ורובו בבדיקת החוקיות של כל חוק כזה, שמא, בין היתר, הוא פוגע בקניין מעבר למידה הדרושה; והמחוקק יתקשה למלא את תפקידו כראוי. ככל שיורחב ההיקף של הקניין כזכות חוקתית, כך, יש לחשוש, תיחלש עוצמת ההגנה על זכות זאת. ועל כך ניתן לומר: תפסת מרובה לא תפסת". ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 470-471 (1995). וכך ראו את דברי השופט חשין בשנת 1996 בביקורת על הגישה הפרשנית שנקטה השופטת דורנר באותו עניין של פנייה לחוקי היסוד ולפסקת ההגבלה בבואה לפרש את שאלת חובת ההתייצבות של נאשם בפלילים. חשין הביע חשש שהחלה רחבה של חוקי היסוד בכל עניין כ"צעצוע לשעשועי פרשנות [...] הערת שוליים להידורו של כל דבר הלכה", בקריאת "משיח, משיח" ו"זאב, זאב" יביאו לפירור המקשה ואובדן כוחם ביום פקודה: "המתהלך את (עם) קטני ארץ סופו שידמה להם". בג"ץ 7357/95 המפרים נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 769, פס' 5 לפסק דינו של השופט חשין (1996).

85 ראו אהרן ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד" משפטים כב 31, 37-40 (1992).

86 ראו למשל את הפער העצום בשאלת ההתנתקות בין רוב השופטים לבין השופט לוי לא רק באשר לתוצאת הניתוח כי אם גם באשר לדרך הניתוח של מבחני המשנה של פסקת ההגבלה: בג"ץ 1661/05, לעיל ה"ש 33, פס' 78-119 לפסק דינם של שופטי דעת הרוב ופס' 32-40 לפסק דינו של השופט לוי. אמנם אפשר לייחס את הפער האמור לפער הערכי בין השופטים, אולם פסקת ההגבלה, כנראה בגין רמת הפשטתה הגבוהה, לא רק שלא מנעה את הפער התוצאתי, היא לא מנעה אף את הפער בניתוח על פי אותו כלי, אותו הרכב ובאותה סוגיה. פער תוצאתי גדול בניתוח של פסקת ההגבלה עולה בין השופטים ברק ושטרסברג-כהן ביחס לחוקתיות סעיף 34 לחוק העונשין בעניין סילגדו, לעיל ה"ש 50. עוד ראו את פערי הניתוח (ולא התוצאה) בין שלושה מחמשת שופטי הרוב בפרשת המפקד הלאומי: השופטת נאור (פס' 16-60 לפסק דינה), השופט לוי והשופטת פרוקצ'יה: בג"ץ 10203/03 המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 20.8.2008), ואת שוני הניתוח בין הרוב לבין שופטות המיעוט, הנשיאה ביניש (פס' 8-19 לפסק דינה) והשופטת חיות, שהצטרפה לביניש בהנמקה שונה.

(3) **קיבעון מחשבתי:** היותה של פסקת ההגבלה הכלי הפורמלי היחיד לפסילת חוקים היא עובדה קיימת. אין פירוש הדבר שפסקת ההגבלה היא המקום היחיד או אפילו העיקרי לביקורת מהותית על חוק. תוצאה אפשרית שלישית – ואולי הקשה מכול – של הפופולריות היתרה של פסקת ההגבלה היא פיתוח הנטייה לרוץ דווקא לפסקת ההגבלה בנוגע לכל בעיה העולה מחיקוק. נטייה שכזו נסלחת כשמדובר בעורכי דין שזמנם אינו בידם והם מבקשים להישען על כלי פרשני מוכר ופשוט יחסית שמאפשר להם לחזק את הטיעון שמיטיב עם לקוחותיהם. הנטייה מובנת אף אם היא מגיעה מצד ערכאות שיפוטיות, שגם זמנן אינו בידן: בתי המשפט עמוסים לעיפה ואינם יכולים להקדיש תשומת לב אין-סופית לסוגיות מורכבות. מי שאסור שייכבלו בקיבעון מחשבתי הם המלומדים. בכל הכבוד לפסקת ההגבלה ולתבונה הרבה שעומדת מאחוריה, ואמנם רבה היא, אין היא חזות הכול ואין היא התשובה לכול. היא בסך הכול מכשיר שנועד לסייע להתייחס לחקיקה הפוגעת בזכויות; מכשיר מופשט וכללי שעשוי להביא תועלת רבה; מכשיר פורמלי שלעתים מקל את ההגעה למהות; לא יותר מכך. גם אם היא מספקת מסלול יחיד לפסילת חוקים, אין לה מונופול על פרשנות וביקורת. פסקת ההגבלה אינה קודש קודשים, לא בשביל עורכי הדין, לא בשביל בית המשפט, לא בשביל המחוקק ולא בשביל המלומדים.⁸⁷ קצת פחות מעשרים שנה לאחר לידתה פסקת ההגבלה שולחת ידה בכול, ומעבר להגבלת חקיקה ייתכן שהיא מגבילת חשיבה.⁸⁸ כבר נכתב כי הדרך לפתרון של סוגי בעיות מעצבת במידה רבה את תוכן הפתרון.⁸⁹ וכאשר רבים הולכים באותה דרך יחידה, גם אם לא כולם יגיעו בהכרח לפתרון אחיד, הרי שפתרונות מסוימים לא יעלו כלל על הפרק.

87 כדברי הנשיא ברק בהקשר אחר: "מושגי המשפט הם קונסטרוקציה הבאה לשרת את האדם"; "העבירה רבת-הפריטים [...] אין זו תורה המשליטה עצמה כארון על המשפט הפלילי. זו תורה שנועדה לשרת את צרכיו של המשפט הפלילי". וכדברי השופט חשין: "הדוקטרינה – ככל דוקטרינה – אין היא אמורה לשמש בדינו אלא כלי עזר לאנליזה, לפירוש, להבנה, לעשיית משפט צדק. ואולם בור-בוגע שהדוקטרינה תבקש להתגדל עלינו, נעמידנה על מקומה". ראו דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, פס' 18, 27 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 11–14 לפסק דינו של השופט חשין (1998). ראו גישה עקיבה של השופט חשין בפס' 9–10 לפסק דינו בע"פ 5513/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 581 (1993).

88 עניין "רוחב היתר" של כלי ביקורת חוקתי פורמלי אינו המצאה שלנו. נראה שלא מעט מלומדים בארצות הברית שמתייחסים לתיקון הראשון אינם בוחנים בהכרח את ההצדקות אלא מתעמקים בהנמקות פורמליסטיות המתייחסות לחוקה, למשל בנוגע לפורנוגרפיית ילדים וירטואלית. הוסאק כתב שההתמקדות הרבה מדי בחוקה הביאה להיעדר דיון שיטתי בשאלת ההפלה. ראו HUSAK, OVERCRIMINALIZATION, לעיל ה"ש 13, בעמ' 62.

89 ראו בירנהק, לעיל ה"ש 82, בעמ' 592.

2. הפשטה וקונקרטיזציה

פסקת ההגבלה נבנתה ככלי כללי להגבלת חקיקה או הדרכתה, ולא עוצבה במיוחד כדי להתמודד עם הדרכת התנהגות אנושית בכלל ואיסורים פליליים בפרט. כלליותה, המאפשרת החלה על חקיקה מגוונת ועל צורות שונות של פגיעה בזכויות, לאו דווקא איסורים, מותירה שיקול דעת שיפוטי רחב, אולי רחב מדי.⁹⁰ פסקת ההגבלה היא כלי פורמלי כללי לביקורת חקיקה פוגענית, כל חקיקה פוגענית: נזיקית, חוזית, פלילית וכדומה. האם פסקת ההגבלה הולמת את מידותיו של כל אחד מהענפים הללו? לא ייתכן, אלא אם לכולם מתאימה אותה חליפה. ייעוד כלי פורמלי לכל חקיקה פוגענית שהיא מחייב שפה "אוניברסלית" מופשטת בפסקת ההגבלה, שתתאים לנזיקין ולחוזים ולעונשין. שפה מופשטת עשויה להצטיין ביכולת להתייחס למצבים רבים. אלא שיתרון זה בא עם תג מחיר: היעדר יכולת לספק אמירה מפורשת או ברורה לכל מצב. אמנם ייתכן שאין צורך בכלי שיספק תשובה ברורה ונחרצת לכל שאלה קונקרטית, וגם ייתכן מאוד שלא נוכל לייצר כלי שכזה, אך מה באשר לסוגים של שאלות? הרי בין הרובד המופשט ביותר – של "חקיקה פוגענית" – לבין הרובד הקונקרטי ביותר – של חוק פלוני שפוגע בזכות אלמונית – יש לעתים יותר ממדרגה אחת. הרשות המכוננת הציבה את המדרגה העליונה. המחוקק מציב חדשים לבקרים מדרגות תחתונות. האם אין דבר מה באמצע הדרך? האם בכלל זקוקים אנו למדרגות ביניים?

אתחיל בשאלה השנייה. יש תועלת רבה במדרגת ביניים. ככל שהיא תוצב על ידי הרשות המכוננת, תהא בכך תועלת לעקרון החוקיות. אם אפשר לקבוע שלחקיקה פוגענית מסוג X הבחינה היא מסוג Y – בחינה קונקרטית יחסית להבדיל מהבחינה הכללית שבפסקת ההגבלה – יזכה עקרון החוקיות להיות בר-תועלת של ממש. המחוקק יזכה להדרכה ברורה יותר בתהליך החקיקה, עורכי הדין להכוונה טובה יותר בבניית טיעוניהם, והשופטים בכלי אחיד יותר לביקורת החוקים. כלומר, הרשות המכוננת תיטול ענף משפטי מסוים ותפרוט בו את מבחני פסקת ההגבלה לפרוטות, כאלו שתתאמנה לענף ולעקרונות היסוד שבו. האם בשעה שאנו באים לבקר עוולה נזיקית חדשה פרי עטו של המחוקק איננו יכולים לרדת קמעא מרמת ההפשטה הכה גבוהה של פסקת ההגבלה ולנסח מבחנים מעט מפורשים, ברורים ומדריכים יותר, שנבנו בשביל דיני הנזיקין ונתפרו כדי להלום את מידותיהם, כדי שהאדרת תתאים לגברת, לא צרה ולא רחבה מדי? ומה באשר למשפט מנהלי? האם אי אפשר לקחת את שאנו יודעים על עקרונותיו, על

90 לנדוי, נשיא בית המשפט העליון לשעבר שיצא בחריפות נגד "המהפכה החוקתית", כתב כי מבחני פסקת ההגבלה, ש"ערפל סמיך" אופף אותם, מקנים לשופט "חופש גמור" לשפוט לפי השקפת העולם האישית שלו בכל עניין שכרוכות בו סוגיות לבר-משפטיות. ראו משה לנדוי "מתן חוקה לישראל בדרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג' 697, 706–707 (1996). ראו גם את דברי כהן-אליה, פרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 44–45.

סוגים אופייניים של הפגיעה בזכויות דרכו ולהנדס מבחן ביניים שישמש את ציבור המשפטנים באופן רחב בתיקי משפט מנהלי? רבה עשויה להיות התועלת של מבחן שכזה. הוא יחסוך זמן ומאמץ מציבור עורכי דין ושופטות, שצריך לעמול כדי לגשר על הפער בין מבחניה הכלליים והמופשטים של פסקת ההגבלה לבין חוק פוגעני קונקרטי. הוא יקדם (גם אם לא יביא) אחידות שיפוטית, שקיפות ובקרה על הביקורת השיפוטית. הוא יגדיל את הסיכוי להחלטות משופרות בשל עמידה על מלוא השיקולים שעל הפרק בענף משפטי מסוים. עורכת דין פלונית ושופט אלמוני אינם בהכרח מומחים בתחום פלמוני. כיום, כשיבחינו בחקיקה פוגענית בתחום זה, ישנו מותניהם, ייגשו לפסקת ההגבלה, ישקיעו זמן ומחשבה במאמץ להתאימה לשאלה שעל הפרק, ואל נכון לא יגיעו לכל השיקולים החשובים ולא יגיעו בהם, משום שהמלאכה קשה והזמן קצר והמבחנים מופשטים והמציאות קונקרטית. ראוי להקל עליהם את המלאכה, לתור אחר מדרגת ביניים, לשם הלימה ולשם ודאות ולשם אחידות ולשם חיסכון.

כשרב המרחק בין שתי מדרגות, הדילוג נהיה קשה ומתיש, ומלבד המאמץ הכרוך בו כרוכה בו גם סכנת נפילה. לכן מדרגת ביניים היא דבר רצוי. האם מדרגה מטפורית כזו אפשרית כשמדובר בפסקת ההגבלה? דומני שכן. אפשר לשער כי הרשות המכוננת לא תקבע מבחנים שכאלו בזמן הקרוב. אך אין זאת אומרת שאי אפשר להציעם, ולו כמהלך פרשני של הדין הקיים. בניית מדרגה כזו מצריכה מאמץ יצירתי והשקעה מצד מומחים. כולנו, ציבור המשפטנים, מכירים את פסקת ההגבלה. כדי ליצוק בה תוכן קונקרטי וברור יותר, על מומחי ענף פלוני לגשת לאותה פסקה וליישמה בסוג אופייני של מקרי חקיקה פוגענית: "סוג אופייני", להבדיל ממקרה ספציפי. ייתכן שקל יותר לנתח חוק נתון בעדשות הכה רחבות של פסקת ההגבלה. קל יותר אך לא בהכרח מועיל יותר. הניתוח של פרופסור X עשוי להיות שונה מאוד מזה של דוקטור J. לכן ישבו נא יחדיו ונתחו באופן כללי סוגי מקרים הנוגעים לתחום מומחיותם. האם אפשר להצריך שיקולים כלליים מספיק כדי לספק הדרכה שיטתית, משמעותית ואמתית לקראת כל שאלה קונקרטית, אך לא כלליים מדי, כדי שכל פרשנית תגיע למסקנות כראות עיניה? סבורני שבמקרים מסוימים אמנם אפשר. אמחיש זאת ביחס לענף משפט מסוים, דיני עונשין, וביחס לעלה מסוים על אותו ענף: שאלת ההפלה.

ה. גבולות המשפט הפלילי: טקסונומיה/שרשרת של הפלה

1. מבוא

פסקת ההגבלה ותאוריות הפלה "סובלות" מאותן בעיות: כלליות-יתר. ניתוח הפלה קונקרטי תובע עבודה מחשבתית מורכבת ועמה שיקול דעת רחב מאוד, שמאפשר למנתחים להגיע כל אחד למסקנות שונות מאוד משל חברו בדרך שונה למדי. חסר ניתוח

של הרובד הגבוה, ניתוח שיקשור את שני פניו של הרובד יחד, את המופשט והקונקרטי, את הפילוסופיה של ההפללה (או בהמשך, של פסקת ההגבלה) אל הדיון בסוג התנהגות קונקרטי.⁹¹ לכן ערכתי ניתוח עיוני נרחב לשאלת ההפללה, שאיננו נצמד לשיטת משפט פלונית. לא אגן כאן על הכלי שפיתחתי. אציגו בקצרה ואבאר את תועלתו; בהמשך אקשור אותו לפסקת ההגבלה.⁹²

2. שרשרת ההפללה

שרשרת ההפללה נפתחת בשאלת הפוגענות: האם סוג ההתנהגות הנבחן גורם נזק (או פגיעה בערכים מוגנים)? נבחנת תכלית ההפללה במובן התחלתי: הצדקה ערכית להפלת סוג התנהגות. הצדקה קיימת רק אם סוג התנהגות נדון הוא כזה שבאופן כללי, ולא דווקא באופן ספציפי, כרוך בנזק. מה פירוש "נזק" או "פגיעה בערכים מוגנים"? לעניין זה טרם צללתי, וחיבורים שלמים שנכתבו בעניין לא בהכרח האירו את השאלה המורכבת הזו באור מלא.⁹³ אסתפק ואציב דרישה צנועה לכאורה ממונח הנזק: הצבעה על תוצאה (שלרוב אינה סוג ההתנהגות הנדון) בלתי רצויה, כזו שאנו רוצים למנוע. לגישתי, בסיום כל עבירה מונחת תוצאה: כל עבירה היא "עבירת תוצאה ברוחה";⁹⁴ ללא תוצאה רעה המסתמנת ממקרים אופייניים של העבירה, אין הצדקה לקיומה. התוצאה

91 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38–39, ה"ש 20. בנוגע להפללה אני ממקם את הוסקא במדרגה מופשטת יחסית, אף שיפה שיבח את חיבורו כמציג שיח נורמטיבי "לא בשמיים ולא ביסודות, אלא על הקרקע". ראו Gideon Yaffe, *Harmfulness, Wrongfulness, Lesser Evils and Risk-Creation: A Comment on Douglas Husak's Overcriminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 35, 35–36 (2010).

92 להגנה על השיקולים ולפירוט התשתית הספרותית שבבסיסם ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, פרק 1.

93 אם מגדירים "נזק" כהפרת האינטרסים הלגיטימיים של אנשים, כפי שעשה פיינברג (ראו FEINBERG, HARM TO OTHERS, לעיל ה"ש 6, בעמ' 12, 32–36), עלינו להבין ולהגדיר אינטרסים. אם מדברים על פגיעה בערך מוגן עלינו להגדיר ערך מוגן מהו. עקרון הנזק עמום מאוד וכמוהו גם עקרון הפגיעה בערכים. ראו ביקורות שונות על העיקרון: HYMAN GROSS, A THEORY OF CRIMINAL JUSTICE (1979) 114–117; ASHWORTH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 32; PERŠAK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 14, 60–61, 71, 77–91; Dubber, לעיל ה"ש 64, בעמ' 567–568. בקשר לעמימות הערכים (לאו דווקא במשפט הפילי) ראו בירנהק, לעיל ה"ש 82, בעמ' 595–596. התמודדותי עם הגדרת הנזק תמתין להמשך, בחיבור אסף הרדוף "הפללה תכליתית" (טרם פורסם, עותק בידי המחבר).

94 השופט חשין כתב שפרסום לשון הרע "עבירת-התנהגות היא בהגדרתה ובחזותה, אך בתוכנה ובנשמתה עבירת-תוצאה היא, הגם שתוצאה זו אינה מגלה עצמה על-פני ההגדרה כיסוד מיסודותיה. בחזותה החיצונית עבירת התנהגות היא, ברוחה ובפנימיותה עבירת-תוצאה היא". ראו רע"פ 9818/01 ביטון נ' סולטן, פ"ד נטן(6) 554, 592 (2005).

הרעה היא הבסיס המוסרי להפלה⁹⁵ גם כשרב המרחק בין ההתנהגות לתוצאה.⁹⁶ מרחק זה הוא המשתנה השלישי שמרכיב את הפוגענות. ההתנהגות היא מה שאנו אוסרים; הנזק הוא מה שאנו מבקשים למנוע; המרחק/הקשר בין אלו הוא הסיבתיות ההתנהגותית, שצריכה להיות מספקת כדי שלאמצעי, האיסור על התנהגות א', יהיה סיכוי פוטנציאלי להשיג את מטרתו – מניעת תוצאה ב'. טיעון נגד הפלה, בנוגע לשלב הפוגענות, עשוי לכוון לכל אחד משלושת המשתנים: לסוג ההתנהגות שעל הפרק, בטענה שאינו עוול או שמנוסח ניסוח רחב/עמום מדי; לנזק, בטענה שאינו נזק כלל; או לסיבתיות ההתנהגותית, בטענה שהקשר הסיבתי בין סוג ההתנהגות לנזק אינו חזק דיו.

השלב השני בשרשרת ההפלה הוא התכליתיות: האומנם לדין הפלילי יכולת להשגת מטרתו בקשר לסוג ההתנהגות ולסוג הנזק האמורים בשלב הפוגענות? לתכליתיות שני מבחני משנה מצטברים: האכיפות בודקת אם במימוש שיטות עבודתו מסוגל הדין הפלילי למנוע את סוג ההתנהגות הנדון. מבחן זה מתפרק, בתורו, לארבע בחינות משנה מצטברות שמוטלות על רשויות האכיפה: עליהן להיות מסוגלות לאתר את מי שנוהג באופן שנאסר; לתפוס את מי שנהג באופן האמור; לאסוף ראיות שדי בהן להעמדה לדין; לצמצם את סוג ההתנהגות הנדון באמצעות ענישה. בחינת המשנה האחרונה כוללת את השיטות הכלליות יותר של המשפט הפלילי, שלעתים מכונות "שיקולי ענישה", שפועלים במישרין ובעקיפין למניעת העבירה שביצע העבריין ו/או עבירות שונות:⁹⁷ שלילת יכולת;⁹⁸ הרתעה כללית⁹⁹ ואישית;¹⁰⁰ שיקום;¹⁰¹ הלימה/גמול;¹⁰²

- 95 יש הדורשים גם שסוג ההתנהגות יהיה עוול מוסרי, עניין מורכב כשלעצמו, שמתחבר לתאוריות גמולניות של ענישה. ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 52–54.
- 96 ואיני אומר כעת שעל כל עבירה להיות מנוסחת כעבירת תוצאה, אלא שהתוצאה שעשויה להגיע בסיומה של שרשרת התנהגותית היא שצריכה להיות מרכז העניין של המשפט הפלילי.
- 97 כל שיטות הפעולה בוקרו בחריפות. למשל: בועז סנג'ור "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון: הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה–2005" עלי משפט ה 247, 257–259 (2006).
- 98 ההנחה: מבצע ההתנהגות עלול לנהוג כך גם בעתיד, וכליאתו או מגבלה אחרת שתוטל עליו עשויות למנוע זאת.
- 99 ההנחה: לאחר שישמע על שיטת הפעולה הראשונה, בעיקר כליאה, ועל הגינוי הנלווה לה, ישקול הציבור שיקול רציונלי ויימנע מביצוע אותו סוג התנהגות.
- 100 ההנחה: מי שנהג באופן מסוים ונענש, יתקדם קדימה באופן רציונלי ויימנע מלנהוג באופן דומה בעתיד בשל רצונו להימנע מהחוויה הרעה שעבר.
- 101 ההנחה: מערכת הענישה תתרום לשינוי הנטייה הרעה של העבריין.
- 102 ההנחה: מתן עונש או גמול הולם בצורה ממוסדת ומוסדרת עשוי למנוע, או לצמצם, את הסיכוי לענישה פרטית מטעם הקרבן, משפחתו וכדומה. יצוין ששיקול הגמול אינו מקובל בתאוריות תוצאתניות, שאלהן אני נצמד בשלב התכליתיות.

לבסוף, גינוי.¹⁰³ האכיפות באה לוודא שהמשפט הפלילי חמוש בכלים הנכונים לצמצום סוג ההתנהגות הנדון. לעומת זאת מבחן ההפללה המספיקה או הסלקטיבית בוחן לא את סוג ההתנהגות הנדון אלא דווקא את סוג הנזק שתואר בשלב הפוגענות: האם הנזק נגרם גם מסוגי התנהגות אחרים? שאז אין בלעדיות לסיבתיות שתוארה בפוגענות. כלומר, האומנם הדין הפלילי מסוגל למנוע את הנזק הרלוונטי? זהו מבחן צרות יתר. שוו לנגד עיניכם שער נעול בבריאח ואין כלל גדר שהוא קבוע בה. אם המבחן הפלילי מתמקד בסוג התנהגות א' שגורם לנזק ב', אך סוגים רבים אחרים של ההתנהגות (ג', ד', ה', ו') גורמים לאותו נזק ממש באין מפריע (בעיקר אם עושים כן במהלך סיבתי דומה), אז הפללת סוג ההתנהגות א' נראית חסרת טעם או דלת טעם. מבחן זה מצרין ומפשיט טיעוני הקבלה, שעולים לעתים בדיוני הפללה, ותוהה מדוע להפליל את א' כאשר ג' – מתקיימים באין מפריע. אם אין תשובה טובה,¹⁰⁴ ובכפוף לשאלות אמפיריות שכלל חשבות להפללה,¹⁰⁵ כי אז עולה שיקול – לאו דווקא מכריע – נגד הפללת א' או לחלופין בעד הפללת ג' – זהו אחד ממבחני ההפללה החשובים, בתבעו מבט רחב יותר, אשר בעליל איננו מאפיין את הדין הפלילי ואת הדיון בבית משפט, שנוטה לעתים לשקוע לתוך סוגיה אחת ולהתעלם מחלקים בתמונה שעשויים להשליך, ולו פרשנית, על הסוגיה. בעיות באכיפות או בהפללה המספיקה פירושן שבמובן מכשירני, להבדיל מהמובן המוסרי של הפוגענות, הפללה אינה יכולה להשיג את מטרתה – למנוע את סוג ההתנהגות שעל הפרק (בעיה באכיפות) או את הנזק שהוא יסוד השאיפה להפללה (הפללה בלתי מספיקה). התכליתיות עניינה הצדקה מכשירנית תועלתית להפללה.

לאחר שהתבססה הצדקה מוסרית התחלתית להפללה לצד הצדקה מכשירנית התחלתית, יש לתור אחר דרכים נוספות להשגת מטרות ההפללה. חיפוש זה מגולם בשלב השלישי בשרשרת ההפללה – החלופיות. הוא נערך בשלושה אפיקים ושעון על תפיסת הסיבתיות, על ניסיון לעמוד בהרחבה על המהלך הסיבתי של ההתנהגות, כולל חלקים שלפניה, שבינה לבין הנזק ושאחרי הנזק עצמו. האפיק הראשון מביט במה

103 ההנחה: מי שהורשע יישא תגית חברתית שלילית, אות קין, ויסבול נידוי חברתי, שבתורו אמור לצמצם את סוג ההתנהגות שהביא לאות הקין מתוך חשיבה רציונלית.

104 כפי שהבהיר ביין, מניעים פוליטיים להבחנה ודאי ייראו פסולים, אך מנגד הבחנה עניינית מותרת, דוגמת זו המתחשבת במצב נפשי מעורער של אם טרייה, או זו שנערכת לפי קשיי אכיפה מסתמנים. ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 259.

105 השוו: ASHWORTH, לעיל ה"ש 7, בעמ' 53.

106 כמפורט בהמשך, ביין ייחס שיקולים דומים למבחן ההלימה וכתב כי פגיעה בעקרון השוויון משמעותה ברגיל תהיה פסילת העבירה הקיימת והמפלה, אלא אם דובר בפתרון בשלבים מטעם המחוקק: פתרון בשלבים מטעם המחוקק בא בחשבון. אפשר לאסור עישון במקומות ציבוריים, אך לא להחיל האיסור במקומות עבודה בשל קשיים טכניים. הוא הדגיש שאין פסול באיסור האמור אם נועד לשלב ביניים, בתנאי שברורה המגמה להחילו בהמשך גם על מקומות עבודה. ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 259–260.

שקורה לפני סוג ההתנהגות שרוצים להפליל ובוחרן אם אפשר להסיר תנאים חיוניים שמאפשרים סוג התנהגות נדון (למשל, כלים לביצוע פשע) או להסיר תמריצים חיוביים שמעודדים אותו: קטיעת סיבתיות קדם-התנהגותית. האפיק השני מביט "בסיבתיות ההתנהגותית", הקשר שבין סוג ההתנהגות לבין הנזק הנטען, ובוחרן אם יש שלב ביניים שאפשר לקטעו בין סוג ההתנהגות הנדון לבין הנזק (למשל, בין שימוש בסמים לבין הנזק שבגיננו נאסר שימוש בסמים): קטיעת סיבתיות התנהגותית. והאפיק השלישי מביט במה שקורה לאחר שהנזק כבר התגבש ובוחרן אם אפשר לייצר תמריצים שליליים (השונים מאלו שמייצר המשפט הפלילי, למשל סנקציות חברתיות) לסוג התנהגות: קטיעת סיבתיות אחר-התנהגותית.¹⁰⁷ אלו שלושה מוקדים למניעת הנזק שלא באמצעות הדין הפלילי: מניעת ההתנהגות; מניעת הסיבתיות, המהלך שמוביל מההתנהגות לנזק; מניעת הנזק. כל אחד מהם עשוי להקים, ביחס לסוג התנהגות נתון, חלופות הפלה מוצלחות. שלושתם זוכים לעזרה ממודל ההסדרה של לורנס לסיג (Lessig), שניתחתי והרחבתי: המשפט מאפשר לרתום מסדירים אחרים – הארכיטקטורה, הנורמות החברתיות והשוק – ולקטוע את הנזק שלא באמצעות הדין הפלילי.¹⁰⁸

השלב הרביעי והאחרון בהפלה מבקר את סוגי הפתרונות שהועלו קודם – של ההפלה וחלופותיה – כדי להכריע איזהו המוצלח ביותר. המאזן נפתח בעמידה על החסרונות הכרוכים בהפלה, על הפגיעה הערכית המסתמנת מהם – פגיעת ההפלה. לפגיעה זו שני רבדים: פגיעת האיסור עניינה המחיר הערכי המסתמן מעצם קיום האיסור בספר החוקים. מחיר זה כולל בראש ובראשונה את שלילת החירות, בהנחה שאנו תופסים "חירות" ככל מה שהמחוקק לא אסר,¹⁰⁹ או למצער שלילת האינטרס לנהוג באופן מסוים. המחיר כולל לעתים גם פגיעה אקספרסיבית, אם האיסור משרד איזושהו מסר שלילי, של פטרנליזם למשל. לעתים לא רחוקות הוא כולל גם את הנזק של יצירת שוק שחור: גופים שונים, כתאגידים גדולים, אינם יכולים להרשות לעצמם להימנע

107 המשפט הפלילי, הפועל בענישה, ממוקם לעתים כאן ולעתים בין ההתנהגות לבין הנזק, שכן ההתנהגות המופללת לא בהכרח גורמת נזק בכל מקרה, ועודנה נאכפת.

108 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 120–131. שם, בפרק 3 ניתחתי במפורט את האפשרויות של קטיעת נזקים באינטרנט בעזרת שרשרת ההפלה, בחלוקה לפי שלושת המסדירים הללו.

109 זו גישתו של פיינברג ואני בעקבותיו. ראו FEINBERG, HARM TO OTHERS, לעיל ה"ש 6, בעמ' 7–8. נראה שזו גם גישת גור-אריה, שציינה שבישראל וכן בקנדה ובגרמניה הזכויות החוקתיות העיקריות (אך לא היחידות) שאיסורי הדין הפלילי עשויים להפר הן אלה: חירות לנהוג כפי שהפרט רוצה (מופר באמצעות חיקוק האיסור הפלילי); חירות התנועה (מופרת בכליאה); כבוד אנושי (בישראל ובגרמניה). ראו Miriam Gur-Arye, *Comments on Douglas Husak's Overcriminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 21, 33 (2010). אין פירוש הדבר שהחירות לעשות א שווה בערכה לחירות לעשות ב. ראו: Re'em Segev, *Is the Criminal Law (so) Special? Comments on Douglas Husak's Theory of Criminalization*, 1 JERUSALEM REV. LEGAL STUD. 3, 11 (2010).

במופגן מלציית לחוק ונאלצים להפסיק לספק מוצר שנאסר עליהם לספקו. לחלל זה נכנסים גורמים אחרים, שלהם פחות כבוד לחוק ודאגה לצרכן, ולכך עלולות להיות השלכות מעשיות וערכיות קשות.¹¹⁰ על פגיעת האיסור נוספת פגיעת האכיפה, שעניינה המחיר הערכי הצפוי מאכיפת האיסור על פי אסטרטגיית האכיפה שפותחה בשלב האכיפות. המחיר הערכי כולל פגיעות שונות במורשעים, בנענשים ובבני משפחותיהם, עלות כלכלית שנובעת מתפעול האכיפה כמו שיטור, חקירה, תביעה, שפיטה, ענישה ושיקום וכדומה, ובמקרים מסוימים פגיעה בערך חשוב, למשל כשהזירה הטיפוסית לביצוע העבירה היא פרטית מאוד.¹¹¹

לאחר שעמדנו על פגיעת ההפללה (פגיעת האיסור + פגיעת האכיפה), יש לבחון אם היא נובעת רק מההפללה או שהיא שרירה וקיימת בכל מקרה, שאז אין טעם רב "לבוא חשבון" עם ההפללה בגין אותה פגיעה. או אז ננסה לצמצם את הפגיעה מבלי להפסיד את התכליתיות. בהמשך תיעשה הבחינה שנעשתה בנוגע לפגיעת ההפללה גם ביחס לחלופות ההפללה, כדי לאמוד את משמעותן השלילית ולנסות לצמצמה במידת האפשר. בתום מלאכה זו, ורק אז (להבדיל מהגישה המסורתית להפללה, שכל כולה איזון), מגיע שלב האיזון. עורכים מאזן הפללה פנימי, שמשווה את תועלת ההפללה לפגיעתה, ולצדו מאזן חלופה פנימי, שמשווה את תועלת החלופה לפגיעתה. אם מאזן ההפללה הפנימי חיובי, ההפללה מועילה יותר ממזיקה. אלא שאם מאזן החלופה הפנימי חיובי יותר, לפנינו חלופה מנצחת. אם מאזן ההפללה הפנימי שלילי, קרי ההפללה צפויה להזיק יותר מלהועיל (הפללה פוגענית), יש לבחון אם קיימת חלופה מנצחת. אם יש, בוחרים בה; אם אין, מתבקשת חלופת הכלום: אי-הסדרת סוג ההתנהגות המזיק הנדון, כשכל הסדרה תזיק יותר מכפי שתועיל. מטרת המשפט הפלילי לצמצם את הנזק ולא להרחיבו. כך, בתמצית, בנויה שרשרת ההפללה. אבחן עתה איזו תועלת יש בה.

3. תועלתה של שרשרת ההפללה

שרשרת ההפללה היא עדשה נורמטיבית להביט בעבירה. כאמור, ברובדה הגבוהה זוכה שאלת היסוד¹¹² "מהי עבירה" למעט תשובות נורמטיביות, ועיקר המענה לה דסקריפטיבי לחלוטין: "עבירה היא מה שהחוק אוסר". מענה כזה אינו יכול לספק אותנו,

110 למשל, ביחס לאיסור על הפלות: William J. Stuntz, *Self-Defeating Crimes*, 86 VA. L. REV. (2000) 1871, 1886-1887. קרמניצר כתב שעל האיסור הפלילי להיות יעיל והתייחס בקצרה גם לעניין השוק השחור: Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 89-90 (1993).

111 על כל הפגיעות הללו ראו: בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 38 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 26.2.2008).

112 Packer, לעיל ה"ש 9, בעמ' 17.

המשפטנים.¹¹³ גם במענה שמתמקד בפוליטיקה לא סגי: קו זה מרתק וחשוב וזוכה לתשומת לב אקדמית,¹¹⁴ אך אין בכוחו להאיר את הרובד הנורמטיבי. הבלתי נראות הנורמטיבית של העבירה – היעדר שימת לב לרובדה הערכי במובן קיומה בספר החוקים – היא תופעה רווחת מדי, רווחת ומצערת. הניתוח האקדמי בישראל (ובעולם) רווח רכיבים בחלק הכללי של חוק העונשין אך שותק ואולי אף אינו רואה כלל את העבירה כולה במשקפיים נורמטיביים, אלא אם היא חדשה וחריגה מאוד.¹¹⁵ שרשרת ההפלה מספקת משקפיים נורמטיביים לעבירה, על רבדיה: הפוגענות, התכליתיות, החלופיות והמאזן. היא מאפשרת הבנה טובה ושלמה יותר של רכיבי העבירה, חדשה כישנה. היא מאפשרת דינוי הפלה שיטתיים, סדורים, ממוקדים ומלאים, ומקדמת (גם אם אינה משיגה) את האובייקטיביות שלהם.¹¹⁶ היא אינה מקימה

113 להגדרות דסקריפטיביות משדה הקרימינולוגיה ראו: KATHERINE S. WILLIAMS, TEXTBOOK ON CRIMINOLOGY 11–12 (5th ed. 2004); Ken Pease, *Crime Prevention*, in THE OXFORD HANDBOOK OF CRIMINOLOGY 963, 963 (Mike Maguire, Rod Morgan & Robert Reiner eds., 2nd ed. 1997); FRANK E. HAGAN, INTRODUCTION TO CRIMINOLOGY – THEORIES, METHODS, AND CRIMINAL BEHAVIOR 13 (3rd ed. 1994). גם לקרימינולוגים ברור שמושג העבירה כולל סוגי התנהגות כה שונים, עד שקשה לראות את המשותף להם. ראו שלמה גיורא שהם, משה אדד וגיורא רהב קרימינולוגיה 56 (2004). הקרימינולוגים מזהים שההגדרה המשפטית של עבירה היא פשוטה אך אומרת הרבה פחות מגישות אחרות לתופעת הפשע. ראו דני גימשי מערכת הצדק בפלילים – אכיפת החוק בחברה דמוקרטית כרך א 130–133 (2007). מזווית המשפט כתב הארט שהגדרה שלפיה פשע הוא כל מה שמכנים פשע היא פשיטת רגל אינטלקטואלית (אני כמובן מסכים). ראו: Henry M. Hart, Jr., *The Aims of the Criminal Law*, 23 L. & CONTEMP. PROBS. 401, 404 (1958).

114 ראו: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505 (2001); William J. Stuntz, *Reply: Criminal Law's Pathology*, 101 MICH. L. REV. 828, 836 (2002); Luna, לעיל ה"ש 8, בעמ' 729–718; Paul Rosenzweig, *Overcriminalization: An Agenda for Change*, 54 AM.U. L. REV. 809, 809–820 (2005); PERŠAK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 5, 27; Shiner, לעיל ה"ש 23, בעמ' 176, 179.

115 או לחלופין זו עבירה ישנה ששיח ההפלה הקונקרטי בעניינה חי ובוועט, לא דווקא מכיוון מלומדי הדין הפלילי. למשל, השיח הפמיניסטי מקדם דיון הפלה בנוגע לצריכת זנות. לדוגמה: זנות – לקראת המשגה משפטית של קלון חברתי (נייר עמדה בהנחיית שולמית אלמוג, 2009) weblaw.haifa.ac.il/he/Events/eveFile/%D7%A4%D7%AA%D7%99%D7%97%20%D7%9C%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A8%20%D7%94%D7%A2%D7%9E%D7%93%D7%94.pdf; רימלט, לעיל ה"ש 15.

116 שרשרת ההפלה עצמה אינה ניטרלית, וכוללת רובד ערכי. עם זאת היא מאפשרת ואף מזמינה החלת מערכת ערכים, היא נקודת פתיחה ולא נקודת סיום, וגם במובן זה אינה יכולה להשיג תוצאה אובייקטיבית, אם יש בכלל אובייקטיביות בעולם. ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 94–98. גם פסקת ההגבלה אינה "אובייקטיבית". הדרישות שהפגיעה בזכות תהיה בחוק; לתכלית ראויה; תהלוך את ערכי המדינה; תהיה מידתית – כל אלו אינן ניטרליות, גם אם ערכיותן נראית לנו כיום "טבעית".

נטל שאי אפשר לעמוד בו, אך ודאי מחייבת את הטוענת בעד הפללה לרצינות ולהתמודדות עם מלוא שיקולי ההפלה. היא נוסכת תוכן בחזקת החירות העיונית¹¹⁷ ועשויה לסייע בפתרון אחת הבעיות הקשות של הדין הפלילי: התרחבות-היתר שלו.¹¹⁸ השרשרת חוסכת מאמץ יצירתי הכרוך בגישה המסורתית לפתרון שאלת ההפלה ברובד קונקרטי: הגישה של רשימת המכולת שנגדה יצא שונשק,¹¹⁹ בצדק. היא מקדמת שקיפות נורמטיבית בשאלות הפלה,¹²⁰ יוצרת שפה פשוטה יחסית ואחידה וחושפת קרבה בין עבירות ורצינונים. היא מאפשרת דיון בכל סוג התנהגות (ומחדל): תוצאתית, בלתי מושלמת, הסדרתית, פיזית, אקספרסיבית וכדומה. היא מועילה במיוחד לחלק החשוב ביותר של דיוני ההפלה הקונקרטיים: סוגי התנהגות מורכבים שאחד הרכיבים שבהם בעייתי לכאורה, איננו בהכרח כזה שאנו יודעים לזהותו בטרם התבוננו בו באמצעות משקפי שרשרת ההפלה. רכיבי השרשרת מקלים זיהוי בעיות בהפלה, בפוגענות על שלושת משתניה, בתכליתיות על שני חלקיה, בחלופיות על שלושת כיוניה או במאזן של רכיבי המשנה שלו. שרשרת ההפלה גם מאירה סוגי התנהגות שנדמה שעברו מטמורפוזה חברתית, כלכלית, טכנולוגית ואף משפטית.¹²¹

אבחן כעת אם אפשר להשתמש בשרשרת ההפלה בישראל או שמא רב מדי המרחק בינה לבין הכלי המשפטי הפורמלי שמספק כיום תשובות, בין היתר לשאלות של הפללה – פסקת ההגבלה.

1. גבולות המשפט הפלילי בישראל: פסקת ההפלה

כנקודת מוצא מחשבתית ומעוררת השראה פסקת ההגבלה מצוינת, ולא בכדי בה החלו פסיעותיי לעבר שרשרת ההפלה.¹²² השרשרת מציעה גשר בין הפילוסופיה, שאומרת

117 חזקה זו פירושה שכאשר כפות המאזניים של המחוקק מעוינות בין הטלת חובה משפטית לבין הותרת החירות, עליו להותיר לאזרחים את הבחירה החופשית. ראו FEINBERG, HARM TO OTHERS, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9; SCHONSHECK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 63; Finkelstein, לעיל ה"ש 7, בעמ' 371; ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 254.

118 שני שרי המשפטים האחרונים התבטאו בגנות רוחב-היתר של הדין הפלילי: פרידמן במסגרת האקדמית, וראו פרידמן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 158; נאמן עשה כן זמן קצר לאחר כניסתו לתפקיד, אמנם בהתייחס לעבירות הכלכליות, וראו אמנון מרנדה "שר המשפטים בכנסת: כסדרם היינו, לעמורה דמינו" ידיעות אחרונות – Ynet 19.8.2009 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3764 080,00.html.

119 SCHONSHECK, לעיל ה"ש 7, בעמ' 30–35.

120 את המגמה להוסיף ולקדמה אבטא ב"הפלה תכליתית", לעיל ה"ש 93.

121 טכנולוגיה סוחפת חדשה עשויה לעורר דיוני הפלה בעניין סוגי התנהגות שבעבר ההכרעה בהם נראתה מובהקת וכיום פחות. אמנם זו הייתה האמתלה המחקרית לבניית שרשרת ההפלה.

122 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 38, ה"ש 20.

דברים כלליים מאוד שלא תמיד נהירים לציבור הרחב וגם כשנהירים אינם בהכרח מדריכים, לבין דיוני הפלה קונקרטיים, שעשויים להיות מעניינים מאוד אך בה בעת חסרים, בלתי שיטתיים ונעדרי אמירה חדה ומועילה לדיוני הפלה שאליהם נגיע מחר. שרשרת ההפלה היא כלי עיוני שמאפשר לבחון שאלות הפלה במשטר דמוקרטי. היא הוצעה ככלי עזר לחשיבה ביקורתית על איסור, לפני לידתו או אחריה, ואמורה להועיל למחוקק ולמלומדת. כיצד אפשר לייבא את ההיגיון שמציעה השרשרת לדיוני הפלה קונקרטיים שנערכים בבתי משפט? האפשר לקשור את הכלי התאורטי לכלי הדוקטרינרי הפורמלי לביקורת חוקים בישראל?

שרשרת ההפלה לא הוצעה ככלי פורמלי. עורכי הדין ובית המשפט אינם מנועים מלהיעזר בכלי שמסייע להם להשיב לשאלה או לסוג שאלות. השרשרת עשויה להועיל לצורכי פרשנות: להצביע על סיבות טובות לצמצם את תחולת האיסור בלי לבטלו, למשל בהקלה במציאת תכלית החקיקה לקראת פרשנות החוק לאור סעיף 34 ככא לחוק העונשין. היא יכולה להועיל לרשויות לבחון "מה לא עובד" בהפלה, באיזה רכיב הפלה מצויה בעיה, לקראת פתרונה. היא עשויה להועיל בתהליך יצירת איסור חדש או בעניין טכנולוגיה חדשה – להשיב אם התנהגות מסוימת באדרת חדשה עודנה אותה גברת או שמא אדרתה עושה אותה אחרת. היבטים אלו אינם מצריכים לקשור את שרשרת ההפלה לדוקטרינה הקיימת.

כדי להשתמש בשרשרת שימוש ישיר לביקורת איסור בישראל, יש לקשור את שרשרת ההפלה לפסקת ההגבלה כדי שיהיה אפשר להשתמש בתובנותיה במסגרת המשפט הפורמלי. אעשה כן כעת בנייתוח מבחני פסקת ההגבלה בעזרת שיקולי ההפלה שהוזכרו בפרק הקודם. מוקדי הכובד של הדיון יהיו מבחני פסקת ההגבלה, כולל השלב המקדמי – שאלת הפגיעה בזכויות – שאליהם אנסה לקשור במישרין או בעקיפין את שיקולי ההפלה שהצעת.

1. "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה"

השלב המקדמי למבחני פסקת ההגבלה הוא בירור אם החיקוק פגע בזכות יסוד.¹²³ האם איסור פלילי פוגע בזכות יסוד? האם בדיון הפלה אפשר לשקול כל פגיעה בכל זכות? לפסקת ההגבלה תחולה ברורה באשר לזכויות מסוימות (מנויות) אך ברורה פחות באשר לאחרות, אף שהפעלתה באשר לזכויות הבלתי מנויות היא עובדה קיימת.¹²⁴ לעומת זאת שרשרת ההפלה היא כלי עיוני שאינו מוגבל לפגיעה בערכים מסוימים. כיצד אפשר לקשור את התנאי המקדמי של פסקת ההגבלה לשרשרת ההפלה?

123 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 465, 473 (1992).
124 בירנהק, לעיל ה"ש 82, בעמ' 625 וכן סומר, לעיל ה"ש 80, בעמ' 261–263, 303 ואילך.

שרשרת ההפללה מסתיימת במאזן שנפתח בעמידה על הפגיעה הכרוכה בהפללה. פגיעת ההפללה מתפצלת לפגיעת האיסור ופגיעת האכיפה. כל הפללה כוללת פגיעת איסור, שבתורה כוללת לכל הפחות פגיעה בחירות, במובנה העיוני.¹²⁵ האם פגיעה זו נכנסת למסגרת חוקי היסוד? לשון אחר: אם חוק פלילי נוצר שלא כדי להיאכף אלא כדי להיאמר,¹²⁶ האם כרוכה בו פגיעה בחירות? סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". האם יצירת איסור היא כשלעצמה "דרך אחרת" להגבלת חירות? כשהוא לעצמו, פירוש זה אינו נראה לי מוקשה באשר ההיגיון אומר שיצירת איסור פלילי מגבילה את החירות של כל נתין לנהוג באופן הנאסר.¹²⁷ במבט בסעיף בכללותו תשובה

125 חסרונות הפללה אחרים שתוארו בשרשרת ההפללה מתקשרים פחות לפגיעה בזכויות ויותר לשאלות של יכולת החוק להשיג את מטרתו. למשל, יצירת שוק שחור היא חיסרון הנובע מהרבה מאוד הפללות. השוק השחור מתקשר פחות לזכויות ויותר לתכליתיות או למידתיות (תועלת-נזק).

126 ברוח הגישה האקספרסיבית לחוק. ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 64–66.

127 דומני שזו גם עמדת קרמניצר: *Kremnitzer, Constitutional Principles and Criminal Law*, לעיל ה"ש 110, בעמ' 86, 88. נראה שזו גם עמדת ביין, שדחה את הגישה שלפיה על פי "האמנה החברתית" בין האזרח לריבון כל אזרח מוותר מראש על חלק מחירות הפעולה שלו בתמורה להגנה שמקנה לו המדינה, ולכן יצירת עבירה אינה פוגעת בחירות הפעולה. ביין ציין שהצדקת עבירה המגבילה את חופש הביטוי, חופש הדת או חופש העיסוק קשה מהצדקת עבירה שתוכן האיסור שבה אינו פוגע בזכות יסוד. ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 253–254. תמיכה מקל וחומר לפירוש החירות העיונית כחירות עולה בדעת רוב בפרשת סילגדו, שבה נדונה טענה חוקתית נגד סעיף 34 לחוק העונשין, שהרחיב את האחריות הפלילית של צדדים לעבירה. בית המשפט דחה הטענה פה אחד, אך קמה מחלוקת אם הסעיף נכנס לגדרי פסקת ההגבלה, במובן גילום פגיעה בזכות יסוד. הנשיא ברק בפסק דין ארוך והשופט לוי בפסק דין קצרצר היו נחרצים מאוד והשיבו בחיוב. פרשת סילגדו, לעיל ה"ש 50, בעמ' 541, 547–552 לפסק דינו של הנשיא ברק, בעמ' 562 לפסק דינו של השופט לוי. ומנגד ראו את גישת המיעוט של השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 555–556 לפסק דינה. דנציג-רוזנברג תמכה בגישת ברק שאפשר להניח פגיעה, שכן החירות שעליה מדבר הסעיף היא רחבת היקף. ראו הדר דנציג-רוזנברג "הסדר הטלת אחריות לעברה נגרת – הרהורים על אשמה, מידתיות ונוסחת איזון אחרת" ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה 683, 700–701 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009). ברק עצמו הבהיר כי לאדם אין זכות חוקתית לגנוב למשל, אך יש לו זכות חוקתית להגשמת האוטונומיה. הזכות לממש אוטונומיה זו מוגבלת. ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 44, בעמ' 97. רבין וואקי הצטרפו לעמדתו וכתבו כי עצם קיומו של איסור פלילי כלשהו פוגע בזכות החוקתית לחירות ובזכות לאוטונומיה: אפילו האיסור על רצח פוגע בזכות הרוצח לחירות, ומובן שגם הענישה פוגעת בזכות לחירות. המאסר פוגע בזכות החוקתית לחירות ובזכות לתנועה, והקנס פוגע בזכות לקניין. פגיעה כזו מהווה בסיס לביקורת שיפוטית חוקתית מצד בית המשפט על חוקתיות ההוראות. רבין וואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 46–49. ראו גם Dubber, לעיל ה"ש 64, בעמ' 546 (על הפגיעה בכבוד); Husak, Overcriminalization, לעיל ה"ש 13, בעמ' 92–100 (המשגת "הזכות שלא להיענש").

זו מאבדת מעט מהגיונה: חירות עיונית שונה מאוד ממאסר, מעצר והסגרה, שעניינם רובד פיזי ולא מופשט של המונח "חירות". עם זאת הקושי האמור הוא בעיקר מושגי, כאשר איסורים לרוב אינם באים כעניין אקספרסיבי גרידא, ודיון חוקתי בהם, אם יתעורר, ודאי יהיה כרוך בפגיעה ממשית בחירותו של פלוני ולא רק בפגיעה עיונית בחירותם של כל האזרחים, שלטעמי גם אותה ראוי לשקול מרגע שהעניין עלה לדיון. קשה יותר לחלוק על אותה פגיעה ממשית בחירות.¹²⁸ פגיעה כזו עשויה להיות גם בקניינו של פלוני (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) ככל שמדובר בקנס,¹²⁹ או בכבודו (סעיף 2).¹³⁰ היא עשויה להיות קשורה גם להליך עצמו:¹³¹ מכוח האיסור עשויה המשטרה לרכוש סמכות להיכנס לרשות היחיד שלא בהסכמתו, לערוך חיפוש ברשותו, על גופו, בגופו ובכליו ולפגוע בסוד שיחו ובפרטיותו (סעיף 7). מכוח האיסור עשוי בית המשפט לרכוש סמכות להגביל את תנועת הפרט גם שלא במעצר או מאסר אלא במניעת יציאתו מהארץ או במגבלת תנועה בתוכה (סעיף 6). וכמובן עשויה להיות פגיעה ממשית ועיונית בחופש העיסוק, מכוח סעיף 3 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

כל האמור מתקשר לתת-שלב מסוים בשרשרת ההפלה – פגיעת האכיפה: עמידה על הפגיעה שצפויה מאכיפת האיסור על פי אסטרטגיית האכיפה. כשאיסור נולד לשם חיות ולא רק לשם דיבור, אכיפתו עשויה להיות כרוכה בכל אחת מהפגיעות הללו.¹³² שרשרת ההפלה מתחשבת גם בפגיעה באינטרסים ולא רק בזכויות ואינה מדגישה רק זכויות מנויות. במובן זה היא שלמה ומהותית יותר (ופורמלית פחות) ומאפשרת מבט גם על ערכים (ואינטרסים) חברתיים חשובים שלא נכנסו לחוקי היסוד. את הערכים האלה אפשר, אולי, לנסות ולבטא בפסקת ההגבלה על פי מבחן התועלת מול הנזק – אם לא

128 עמדת לביא בשאלה זו שונה, בהישענה על רעיון הצדק המתקן: ענישת הפושע ביסודה אינה פגיעה בזכות אלא תיקון של הפגיעה בזכויות שלה אחראי העבריין. ענישה לפי עקרונות היסוד של המשפט הפלילי אינה מלכתחילה פגיעה בזכויות הנאשם. איסורי הליכה של המשפט הפלילי אינם פוגעים בזכויות אלא מעגנים אותן, וענישה אינה פוגעת בזכות אלא מגנה עליהן. רק ענישה על עבירת פריפריה היא הפרת זכות. לביא, לעיל ה"ש 61, בעמ' 515, 518, 523, 541, 546. קרמניצר דחה את עמדת לביא וכתב שאינה מגובה. עונש פלילי פוגע בזכויות יסוד כחירות, כבוד וקניין. העובדה שענישה היא מעשה של צדק אינה שוללת את טיבה כפוגעת בזכויות, אלא שעל הפגיעה להיות מוצדקת, מה שמצריך להתייחס לעבריין כאדם בעל זכויות, שתשללנה בנסיבות מוצדקות ובמידה המוצדקת. המעשה העבריין אינו גורע מזכויות העבריין אלא מצדיק פגיעה מידתית בהן. קרמניצר "עשור לתיקון 39", לעיל ה"ש 62, בעמ' 622, 627–628.

129 פרשת סילגור, לעיל ה"ש 50, בעמ' 548 לפסק דינו של הנשיא ברק.

130 שם, בעמ' 541 לפסק דינו של הנשיא ברק.

131 על המגבלות החוקתיות על הדיון הפלילי ראו יהודית קרפ "החקיקה הפלילית לאור חוקי-היסוד" מחקרי משפט יג 275 (1996) (להלן: קרפ "החקיקה הפלילית").

132 יש לשים לב כי חלקים אחרים בשלב המאזן יימזגו לתוך מבחן המידתיות. המאזן אינו מקשה אחת אלא מורכב מכמה מבחני משנה.

במסגרת הניתוח החוקתי הפורמלי אז לפחות במסגרת הניתוח החוקתי הפרשני, כמפורט בהמשך.

2. "אלא בחוק או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"

מבחן ההסמכה מוודא שהפגיעה נעשית בחוק או מכוחו. זהו מבחן פורמלי פשוט שאינו מצריך הרחבה,¹³³ ולכאורה אינו שופך אור מעניין על שאלת ההפללה, בהתייחסו לפן של עקרון החוקיות המוכר היטב. האם מבחן משנה זה של פסקת ההגבלה נחוץ לדיוני הפללה? עקרון החוקיות נלמד מסעיף 1 לחוק העונשין, מה שמאותת על חשיבותו הרבה: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".¹³⁴ מבחן ההסמכה אינו מיותר באשר הוא נותן תוקף על-חוקי לעקרון החוקיות הגם שהיה אפשר לנסות ולשאוב תוקף כזה בדרך עקיפה. מה מעבר לכך? בנוגע לחקיקה ישנה יש לפסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו השפעה פרשנית לכאורית. תחולה מלאה יש לה רק באשר לחקיקה חדשה. ייתכן למשל שעיקר כוחה של פסקת ההגבלה הרתעתית, פעולה מדריכה מראש ותרומה לעיצוב חקיקה חדשה יותר מהבאה לפסילת חוקים. לעומת זאת שרשרת ההפללה אינה כלי פוזיטיבי אלא תאוריה נורמטיבית, שאינה מבחינה בין חקיקה ישנה לחדשה. שלא כמו פסקת ההגבלה, אין היא חלה ככלי המחייב את המחוקק הישראלי בעידן החוקתי אלא אך ככלי מדריך למחוקק ולעוד שחקנים. בסופו של דבר, מבחן ההסמכה קל יחסית לצליחה בדיוני הפללה. לכן אין חשיבות גבוהה לקשירתו לשרשרת ההפללה, שמניחה שאמנם מדובר בחוק או בתקנה מפלילים.

3. "חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"

מה לערכי מדינת ישראל ולחקיקה מפלילה? מבחן ההלימה דורש שהחוק הפוגע יהלום את ערכי המדינה. יישומו הפוזיטיבי הכללי של המבחן בישראל תרגם אותו לערכים יהודיים ודמוקרטיים.¹³⁵ מבחן זה לא יושם על ידי השופט גרוניס בפרשת תשעים הכדורים. האם פירוש הדבר שאין למבחן מה לתרום לשאלת ההפללה, או שמא המבחן

133 ברק גרס שזהו מבחן פורמלי ומהותי-צר (ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 123, בעמ' 489). קרפ דווקא גורה מבחן מהותי של חוק פומבי, נגיש, ודאי וידוע מראש (קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 98).

134 סעיף 2 לחוק העונשין מבהיר שאמנם אפשר ליצור איסורים לא רק בחוק אלא גם מכוחו, בתקנות, אלא שסמכות זו מוגבלת לאיסורים קלים יחסית.

135 מנחם אלון "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" עיוני משפט יז 659, 668-669 (1993). לפרשנות הערכים הדמוקרטיים והיהודיים ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 44, בעמ' 302-310. כן ראו אריאל בנדר "פגמים בחקיקת חוקי יסוד" משפט וממשל ב 443, 451-454 (1995).

מצוי ברובד הפשטה גבוה כל כך, שהוא מצריך מלאכת תרגום מורכבת לקראת הפקת תרומה אפשרית ממנו לשאלת ההפלה?

כמו פסקת ההגבלה, שרשרת ההפלה מתקשרת לערכי המדינה שבה היא מוחלת. הם נוסכי-התוכן. כל שיקול בשרשרת ההפלה מתקשר במישרין או בעקיפין לערכים ומבטאם. תכלית האיסור באה להגן על ערך מסוים, ובמובן זה עליה להלוו את ערכי המדינה; דרישת סיבתיות מסוג מסוים ולא אחר היא דרישה ערכית; בחינת יכולתו של המשפט הפלילי להשגת מטרותיו מבטאת ערכים וכמוה הבחינה הבוחנת חלופות הפלה ואז את הפתרון הפוגעני פחות.¹³⁶

כל הערכיות הזו בלתי נראית משום שאינה יוצרת איזה מבחן עצמאי שהוא ההפלה. במובן זה ערכיותה של שרשרת ההפלה דומה לערכיותה של פסקת ההגבלה כיישומה בפרשת תשעים הכדורים: ערכיות שברקע. האם אפשר למצוא ערכיות גלויה יותר? מבחן ההלימה בודק אם חוק מסוים דר בשלום עם הערכים המקומיים מלבד אלו המגולמים בשאלת התכלית הראויה. אפשר שבחינת התיישבות חוק עם ערכים מקומיים ובמיוחד קידומו אותם נדרשת, אם בכלל, בחקיקה כללית יותר מאשר באיסורים פליליים, ובנוגע לערכים שנפגעים מהחוק, די במבחן המשנה האחרון של המידתיות. וכך לכאורה מבחן ההלימה אינו דרוש כחלק עצמאי לבחינת הפלה.¹³⁷

136 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 96–97.

137 אפשר לנסות ולקשור את מבחן ההלימה למבחן צרות היתר. מי שדואג לאקספרסיביות של החוק, מי שמעוניין בהרמוניזציה ועקיבות חקיקתית, באופן כללי, בנוגע למשפט פלילי או לכל הפחות בנוגע להפלה – ייתכן שעליו לבחון אם הפגיעה הערכית מתרחשת גם מחוץ להתנהגות שעל הפרק ולבחון את יחסם של החוק ושל החברה לעניין זה. יחס זה, בתורו, עשוי להתקשר למבחן ההלימה. המונח שנקטתי לתיאור הפלה בלתי עקיבה ליחסו של המחוקק להתנהגויות אחרות שגורמות אותו נזק, הפלה סלקטיבית, מתקשר למבחן ההלימה, שעניינו מבט הצידה, בתמונה השלמה, בערכי המדינה כפי שמשקפים מהמצב החקיקתי הקיים בה, הנורמטיבי כפי שמתממן מהפוזיטיבי (מנגד, ניתן לסבור שמבחן ההפלה הסלקטיבית אינו מתאים, וזאת בהנחה שמבחן ההלימה שבפסקת ההגבלה פונה לערכי היסוד של מדינת ישראל, למישור הרצוי ולא לחוק הקיים). חיזוק לעמדה זו מצוי במאמרו של ביין, שנכתב בתקופה שמבחן ההלימה טרם נזנח. את המבחן תרגם ביין לערכים שונים מגילת העצמאות, כמו שוויון, חופש דת ומצפון, וכדומה. מעניין לראות שהוא החיל מעין מבחן צרות יתר על הפללות סלקטיביות, לגבי איסור פלילי שעשוי לאבד מהצדקתו לנוכח שרירותו. ביין תהה שמה יש לפסול עבירה שחלה על גברים בלבד, בשעה שאין עבירה דומה החלה על נשים, ואף הפנה לפסיקה קנדית בעניין חוקתיות האיסור על בעילת קטינה בשעה שאין איסור על אישה לבעול קטין. הוא התייחס לעבירה של סרסרות ביחס לזונה ממין זכר בלבד, לא עצר בשוויון מגדרי ותהה, בהנחה שקיימת עבירה האוסרת על שימוש בסמים, אם מוצדק שלא לכלול אלכוהול, שהוא סם ממכר ומביא לעתים לאלימות. ביין כיוון זאת לעיקרון השוויון בין צרכני האלכוהול לצרכני הסמים. ראו ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 258–259; ראו גם את שאלת התחליף של הוסאק, התרה אחר תחליף התנהגותי עבור מבצע העבירה: Husak, Overcriminalization, לעיל ה"ש 13, בעמ' 147–148.

4. "שנועד לתכלית ראויה"

מבחן התכלית הראויה נראה חשוב בבירור להפללה. מה בינו ובין השרשרת? ברור שלא כל תכלית ראויה של חוק (ואפילו חוק פלילי) היא מניעת נזק.¹³⁸ תכלית ראויה עשויה להיות קידום ערכים פוזיטיבי ולא מניעת פגיעה, קידום שאינו בהכרח קשור לאיסורים. הזנת תלמידים, עיגון זכויות סטודנטים, קידום מהלך מדיני – תכליתם ראויה לכאורה,¹³⁹ אך איננה מניעת פגיעה ערכית, לפחות לא במובן המצומצם של מונח עמום זה.¹⁴⁰ תכלית ראויה היא גם הגנה על ערכים מפני פגיעה בלתי אנושית, כהגנה על ערך החיים מפני פגיעות טבע ואחרות או מפגיעה אנושית מחוץ לגדרי הדין הפלילי, כמיגון בעת מלחמה. תכליות ראויות אלו אינן קשורות לשרשרת ההפללה.

במחקרי עמדתי בקצרה על הקושי הקיים במונחים "נזק" (במשפט האנגלי-אמריקני) ו"ערכים מוגנים"/"הגנה על ערכים" (במשפט הקונטיננטלי ובישראל), מונחים עמומים ורחבים מאוד, שרוב הנסתר על הגלוי בהם.¹⁴¹ אפילו פיינברג, שהתעמק עד מאוד במונח "נזק", היה חשוף לביקורת רחבה על ההגדרה שסיפק, שכללה מונחי שסתום אחרים: אם מגדירים "נזק" כפגיעה בלתי לגיטימית באינטרס, יש להגדיר "פגיעה", "בלתי לגיטימית" ו"אינטרס".¹⁴² מה שנכון לנזק נכון לפגיעה בערכים מוגנים: מהי פגיעה ומהם ערכים מוגנים? משפטן פלוני עשוי להשיב תשובה שונה מאוד ממשפטנית אלמונית. במובן זה "תכלית ראויה" ו"הגנה על ערכים" נראות דומות. שתיהן עמומות מאוד ומותירות מרחב שיקול דעת עצום לפרשנים. האם אפשר לומר משהו יותר מכפי שאומרים מונחים מופשטים אלו ולספק לפרשנים כלי עבודה ברורים יותר לקראת התמודדות עם שאלת הפללה קונקרטית? במחקרי נמנעתי מניסיון עצמאי להגדיר את המונחים נזק או פגיעה בערכים. הנחתי את קיומם. החוליה הראשונה של שרשרת ההפללה בחנה נזק כפי ששיטת משפט מסוימת תתפוס אותו. ויתרתי (לאותה עת) על

138 חוק פלילי יכול לכוון לדיני ראיות או פרוצדורה שעשויים לכלול מטרות שונות. גם למשפט הפלילי המהותי יש חוקים שאינם באים במישרין למנוע נזק או פגיעה בערכים.

139 השוו: ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 44, בעמ' 525; ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק", לעיל ה"ש 76, בעמ' 208.

140 קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 108.

141 הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 42-44, 49-52.

142 ראו לעיל ה"ש 93 והטקסט הצמוד לה. גם הוסאק, בחיבורו המקיף והעדכני, נמנע מלהגדיר "נזק" ו"עוול", מה שגרר ביקורת מצד שגב וגור-אריה (ראו Husak, Overcriminalization, לעיל ה"ש 13). הראשון סבר שהוסאק לא חקר לעומק את מושגי המפתח של תורתו ("הזכות שלא להיענש", "עוול", "נזק", "רוע" ו"גמול") אלא נשען על הבנה אינטואיטיבית שלהם; אם הליכה של חלקם אינה מובנת, כך גם היבטים מכריעים בתורה. השנייה סברה שבלי למלא מונחים אלו בתוכן קשה להגן על טענת הוסאק שהדין הפלילי שונה מיתר ענפי המשפט. ראו בהתאמה: Segev, לעיל ה"ש 109, בעמ' 7-8; Gur-Arye, לעיל ה"ש 109, בעמ' 25.

הקרב אך לא על המלחמה: דרשתי הכרזה ברורה של הנזק כפי שהוא נתפס. חלף הצגת מבחן מופשט ל"נזק" תבעתי קשר ברור בין הנזק הנתען לבין ההתנהגות שמבקשים להפליה. כפי שרמזתי קודם, אין זו דרישה צנועה כלל ועיקר: הצורך להכריז על התוצאה הרעה שמבקשים למנוע ועל הקשר הסיבתי בינה לבין ההתנהגות שמבקשים לאסור מחייב את תומכי ההפלה לא רק להכריז על התוצאה הרעה, מה שאינם חייבים לעשות כיום, אלא גם לבסס קשר משכנע בין ההתנהגות הנאסרת לאותה תוצאה. דרישה פשוטה זו מצריכה מאמץ גם כשמדובר בעבירות מוכרות כמו שימוש בסמים: איזה נזק גורם המעשה וכיצד הוא גורם אותו. וכך הדרישה מקנה חיות לדיוני ההפלה.¹⁴³ מה בין הפוגענות למבחן התכלית הראויה?

את מבחן התכלית הראויה אפשר לחבר לשרשרת ההפלה משום שמניעת הנזק או הפגיעה שנובעים מההתנהגות האסורה היא תכלית ראויה, להבדיל ממניעת ההתנהגות שגורמת להם.¹⁴⁴ כיום נדרש מהלך פרשני, לעתים מורכב, כדי לאתר את התכלית

143 לביא כתב שהאיסור על התנהגויות כרצח, שוד ואינוס – מובן מאליו. לביא, לעיל ה"ש 61, בעמ' 534. אני כופר בטענה זו. שום איסור אינו מובן מאליו. יש כאלו שקל יחסית לייחס להם תכלית ראויה, דוגמת רצח, שוד ואינוס. אולם אפילו בהם מציאת התכלית אינה בהכרח פשוטה, כפי שהמחיש קרמניצר. בהנחה שקרמניצר ודאי שותף לה, שתכלית האיסור על רצח היא להגן על החיים, האם יש להגן עליהם במצב של מחלה סופנית מלאת סבל? האם ראוי להגן על חיי העובר? האם יש להגן על החיים מפני כל סכנה מופשטת? קרמניצר הטעים כי שאלות קשות עולות גם בנוגע להגנה על קניין, על חירות ועל הסדר המשטרי. ראו קרמניצר "עשור לתיקון 39", לעיל ה"ש 62, בעמ' 626. הדברים יתחברו בהמשך למבחן צרות-היתר.

144 ביין כתב שזו הדרישה החשובה ביותר לתכנון החקיקה, והיא מעלה שאלות עקרוניות, הקשות פחות כשמדובר באיסורים ותיקים ובכאלו הקיימים במשפט זר, וקשות יותר כשמדובר באכיפת מוסר, פטרנליזם, התערבות עמוקה בתוך המשפט האזרחי והתאגידי וכדומה. ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 260–261. קרפ כתבה שבקנדה פורש התנאי המקביל כמחייב תכלית חקיקה חשובה דייה כדי להצדיק פגיעה בזכויות וכן את סוג האמצעי הפוגע ואת רמתו. נפסק שם שלצורך הצדקת מטרתו של חוק אי אפשר לשנות מהמטרה המקורית של המחוקק כדי לספק צרכים שהמחוקק לא צפה בזמנו. קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 108–110. רבין וואקי כתבו שמבחן התכלית הראויה מצריך להראות ערך מוגן חברתי חשוב, כמו ערך החיים, שלמות הקניין, החירות, טוהר השיפוט וכדומה. רבין וואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 54. דנציג-רוזנברג הציגה גישה שונה וגרסה כי ההצדקה לפגיעה בזכויות יסוד ובחירותו של אדם באמצעות המשפט הפלילי מותנית בקיומה של אשמה מצדו כלפי הפגיעה בערך המוגן הגלום בעבירה. לא די בתכלית תועלתנית כדי לדלג מעל המשוכה החוקתית, וכדי שתהיה ראויה היא מחייבת בסיס ראוי של אשמה ושל יסודות גמוליים. גישה אחרת פירושה התייחסות לאדם כאל אמצעי בלבד ולא כתכלית כשלעצמה. תועלת לבדה אינה מספיקה להיות תכלית ראויה. דנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 127, בעמ' 690, 704. גישתה מעניינת אך כרוכה בקשיים. האחד הוא פוזיטיבי: דחיקת רעיון הרשלנות בפלילים היא אולי רעיון מוצלח, אך עד כה רחוק מאוד מהדין הקיים בישראל ובעולם. השני הוא אנליטי: תועלת היא ודאי תכלית ראויה, וכך גם הניסיון למנוע פגיעה חמורה או פגיעה בחבורות. אם אמנם רעיון הרשלנות הפלילית מבטא

האמורה, והאינטואיציה של כל אחד מאלה: האזרח, השוטרת, התובעת, השופט והמחוקק עשויה להיות שונה מאוד, שונה בתכלית.¹⁴⁵ אך מעת שהנוק המדובר שקוף לכולם, אפשר לנהל דיון מושכל יותר בשאלה אם אמנם מדובר בנוק, ולדון בו גם בהמשך המהלך הפרשני.¹⁴⁶

5. "במידה שאינה עולה על הנדרש"

מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה:¹⁴⁷ שלושתם חשובים מאוד לדיון בזכויות¹⁴⁸ ולשאלת ההפללה¹⁴⁹ אלא שהם עמומים למדי¹⁵⁰ הגם שאולי עמומים פחות מיתר המבחנים ולכן נדונים בהרחבה רבה יותר. יש להתאימם להחלה על איסורים פליליים.

מבחן המשנה הראשון הוא התאמה, בחינת הקשר בין אמצעי למטרה: אם החוק עשוי להשיג את מטרתו.¹⁵¹ קודם נבחנה שאלת התכלית כשלעצמה; כעת בוחנים אם

התייחסות לאדם כאל אמצעי בלבד, אין פירוש הדבר שהרעיון אינו לתכלית ראויה, אלא שאינו מידתי.

145 זהו כמובן קושי שאינו ייחודי למשפט הפלילי. ועדת החוקה, חוק ומשפט דנה בפסקת ההגבלה, לרבות שאלת התכלית הנסתרת או השקרית ושאלת הצורך בדרישת התכלית. פרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 15-21, 25-29, 40-41.

146 ובלשון ברק: "העיסוק הפרשני בחוקה ובחוקי-היסוד צריך להיות גלוי וכן". ברק "פרשנותם של חוקי-היסוד", לעיל ה"ש 85, בעמ' 38.

147 להתפתחות מבחני המשנה בהלכה ראו: בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, פ"ד מט(5) 12, 1 (1996); בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54 (1997); פרשת לשכת מנהלי ההשקעות, לעיל ה"ש 33, בעמ' 385-388. למרכזיות מבחן המידתיות ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" משפט וממשל א' 9, 31 (1992); יהונתן גינת "ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי: לאן נעלמה התשתית העובדתית?" מחקרי משפט יד 209, 210 (1997). מבחני המידתיות קשורים היטב להגדרת התכלית. ראו ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 261; דנציגר-רוזנברג, לעיל ה"ש 127, בעמ' 713.

148 משה כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות: בעקבות David Beatty, The Ultimate Rule of Law (Oxford, 2004) משפט וממשל ט' 297, 298 (2005) (להלן: כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות").

149 השוו: PACKER, לעיל ה"ש 9, בעמ' 272.

150 אהרן יורן "היקף ההגנה החוקתית על הקניין וההתערבות השיפוטית בחקיקה כלכלית" משפטים כח 443, 451 (1997); דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון 281, 292 (1997).

151 ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 123, בעמ' 536; ברק "חוקי-יסוד: חופש העיסוק", לעיל ה"ש 76, בעמ' 211. די במידה נאותה של הסתברות להגשמת התכלית. ראו דורנר, לעיל ה"ש 150, בעמ' 289. כן ראו קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 110. לאחרונה כתב ברק כי מבחן "ההתאמה" טרם נבחן לעומק, ובכלל יסודותיה של המידתיות טרם נבחנו לעומקם: "רבה העבודה המונחת בפני החוקר והשופט". ראו אהרן ברק "מבחן המידתיות במובנו הערכי" ספר מישאל חשין 201, 205,

היא בת השגה. בדיון במבחן התכלית הראויה כתבתי שלטעמי כדי שהתכלית תהיה ראויה נדרש שהנזק שמבקשים למנוע יהיה אמנם נזק. לכך מתווספת כעת דרישה לקשר ברור על פני הדברים בין ההתנהגות שמבקשים לאסור לבין הנזק שמבקשים למנוע.¹⁵² עוד פן של שרשרת ההפלה מתחבר היטב למבחן ההתאמה. בהנחה שראוי למנוע נזק פלוני, יש לוודא שהפללת התנהגות אלמונית תסייע לכך. קיומה של סיבתיות התנהגותית הכרחי להתאמה כזו. הכרחי אך לא מספיק: אין להניח כי מעצם האיסור על התנהגות מזיקה קיים קשר רציונלי בין האיסור לתכלית. הפללת התנהגות אין פירושה שאפשר בהכרח לצמצמה באמצעות איסורה, והפללת התנהגות אין פירושה צמצום הכרחי של הנזק הנגרם ממנה. אין בסיס להנחה מוחלטת שלפיה איסור פלילי יכול למנוע או אפילו לצמצם מאוד את הנזק המגולם בהתנהגות הנאסרת, והאמרה "גזירה שהציבור אינו יכול לעמוד בה" בהחלט רלוונטית. ביסוס ההנחה האמורה הכרחי לשם התאמה בין חקיקת האיסור לבין תכליתו. ביסוס כזה מספק שלב התכליתיות,¹⁵³ שבוחן אם האיסור הפלילי יכול להשיג את מטרתו, והוא כולל שני מבחני משנה: אכיפות וצרות-יתר. האכיפות בוחנת אם המשפט הפלילי מסוגל לממש את שיטות פעולתו באשר להתנהגות שמבקשים לאסור: אם הוא מסוגל לאתר את ההתנהגות והמתנהג, לתפוס אותו, לאסוף ראיות נגדו ולצמצם את ההתנהגות באמצעות ענישה פלילית. אם יש בעיה מובנית באחד ממבחני המשנה הללו, לא תהיה אכיפות, והמשפט הפלילי לא יוכל לצמצם את סוג ההתנהגות שעל הפרק, ומכאן שאין התאמה בין האיסור לתכליתו.¹⁵⁴

211 (אהרן ברק, יצחק זמיר ויגאל מרזל עורכים, 2009). רבין וואקי כתבו שבקשר להפלה המבחן בודק אם האיסור מספק הגנה לאינטרס המוגן. רבין וואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 56.

152 באמרת אגב אני תוהה אם מבחן ההתאמה הרציונלית מתאים למבחן התכלית הראויה ולא למבחן המידתיות. איני בטוח שחוק שאינו מתאים ואינו יכול להשיג את מטרתו הוא "בלתי מידתי" ולא חוק "שלא לתכלית ראויה". ייתכן שכדי לדבר על תכלית ראויה יש לראותה עולה כבר במבט באיסור עצמו, בעיקר בשיטת משפט שאינה תובעת הכרזה פורמלית על תכלית החקיקה בתוך החקיקה עצמו. קרפ ציינה שבקנדה נקבע מבחן הקשר ההגיוני כחלק אינטגרלי במבחן התכלית הראויה: בהיעדר קשר כזה יש ספק בעצם קיום התכלית ומתערערת הצדקת הפגיעה. קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 110.

153 מבחן התכליתיות זכה לשמו משום שהוא שבוחן אם האיסור יכול להשיג את תכליתו, אם הוא תכליתי. נאמן לדבריי בהערת השוליים הקודמת אני סבור ש"תכליתיות" מתאימה יותר מ"רציונליות". אך בסופו של דבר, כינויי המבחנים שבשרשרת ההפלה אינם חשובים כלל, ומהותם היא שנמוגת למבחני פסקת ההגבלה.

154 דוגמה לבעיה מובנית באכיפות: אפשרות לעקיפה קלה של האיסור, למשל דרך יציאה מהמדינה לקבלת סיוע להתאבדות. מבחן האכיפות חשוב גם לשאלת הפגיעה: כשנגבש אסטרטגיית אכיפה, לדוגמה בנוגע לעבירות הנעשות במדיום מסוים (כמו האינטרנט) או בפורום מסוים (כמו בפרטיות הבית), נוכל לעמוד על הפגיעות הצפויות מאכיפת האיסור, להבדיל מאלו הצפויות מחקיקתו. דומני שפגיעות אלו רלוונטיות מאוד לדיון הפלה. למשל, האפשרות לשלוח מדי יום סיוור משטרתי לכל

מבחן צרות-היתר מתמקד בסוג הנזק שמבקשים למנוע ובוחרן אם הוא נגרם גם בלי קשר לסוג ההתנהגות שמבקשים לאסור. אם סוג ההתנהגות שמבקשים לאסור אמנם מזיק, אך אותו נזק נגרם גם על ידי סוגי התנהגות אחרים, במיוחד באופן דומה – הרי שבכפוף לעניינים של מידה קשה למצוא התאמה בין האיסור לתכליתו. לטעמי, מטרת המשפט הפלילי למנוע נזק או פגיעה בערכים ולא למנוע התנהגות כמטרה בפני עצמה. מניעת ההתנהגות או צמצומה היא מכשיר להשגת המטרה הראשית של מניעת הפגיעה הערכית או צמצומה. ואם כך, שומה עלינו לבחון אם איסור על התנהגות פלונית מקדם בהרבה את המטרה של מניעת הנזק הנובע ממנה. המוקד כעת הוא הנזק ולא ההתנהגות, ומבחן צרות-היתר מחייב מבט הצדה, בסוגי התנהגות אחרים שגורמים לאותו נזק וביחסם של המשפט והחברה אליהם. למשל, בהנחה רגעית שהאיסור על שימוש בסמים קלים בא למנוע נהיגה בשיכרון חושים ולפיכך תאונות דרכים, קשה לראות כיצד האיסור מקדם הרבה את התכלית במדינה שמתירה צריכת אלכוהול. ייתכן כי ההחלטה להתיר צריכת אלכוהול ראויה לבחינה מחדש במצב שכזה. ואף אם היא מוצדקת נוכח ערך פודה שכביכול יש לאלכוהול ואין לסמים, העובדה שהוא חופשי לצריכה בוודאי פוגעת בשאיפת הדין הפלילי למנוע או אף לצמצם תאונות על רקע שיכרון חושים.

כאמור, תוצאות המבחן תלויות בשאלות מורכבות וקשות של שכיחות¹⁵⁵ ושל קשר סיבתי¹⁵⁶ וגם בשיקולים שמאחורי ההבחנה בין סוגי התנהגות. מבחן זה אינו בהכרח פוסל הפללה, אך עשוי להיות שיקול הפללה חזק. מובן שכוחו של המבחן עולה ככל שהצלחנו להגדיר את הנזק הגררר חדה ונהירה, מלאכה שרחוקה מלהיות פשוטה, ולעתים מצריכה חידוד. מבחן צרות-היתר מאפשר חידוד שכזה, מן הטעם שאיננו יכולים עוד להסתפק בהסבר מדוע א' כן; כעת אנו נדרשים להסביר מדוע א' כן ואילו ב' לא.¹⁵⁷

בית כדי לאכוף עבירות מסוימות שמתבצעות בעיקר בפורום פרטי; כשקיים רצון לאכוף ובהיעדר דרך אחרת לאכיפה, עניין זה ודאי רלוונטי להפללה, לשלב שעניינו המבחן של תועלת-נזק. שבתורה מתקשרת לשאלות של קלות הפעולה, של הסדרה חלופית לדין הפלילי ולדין בכלל ועוד. ייתכן שהתנהגות א מופללת והתנהגות ב לא, משום שהתנהגות ב קשה מאוד לביצוע או מפני שהיא מוסדרת ביעילות שלא בדרך של הפללה.

156 שאלת זיהוי המהלך הסיבתי כמובן מורכבת עד מאוד. מבחן צרות-היתר אין פירושו שנוכח ריבוי הגורמים שעשויים להסתגל למהלך זה "הכול פלילי" או "דבר אינו פלילי". שלב הסיבתי התנהגותית מצריך זיהוי של מהלך טיפוסי, התנהגות-סיבתי-נזק. בשלב מבחן צרות-היתר אפשר וראוי לתהות באשר לעוד גורמים שמובילים לאותו נזק. בהנחה שמטרת הדין הפלילי למנוע או לצמצם נזקים, ברור שכל גורם נזקים הוא חשוד ומועמד להפללה. עם זאת ההחלטה אם להפיל או אינה שעונה רק על הסיבתי, והפלתו מצריכה דיון עצמאי. מנגד קיומם של גורמים רבים שמובילים לנזק מסוים בהחלט מעלה סימני שאלה בנוגע לטעם בהפללת אחד מהם בלבד.

157 לכאורה אפשר לתקוף את מבחן צרות-היתר ולומר שלפי הגיונו אין הפליל הריגה שתוצאתה היא נזק בדמות מוות לא רצוי, שהרי בכל מקרה יתרחשו מקרי מוות לא רצויים בעת התאבדות או תאונות. לכך אשיב כי עבירת ההריגה אינה באה כדי למנוע מוות לא רצוי, שהרי כמעט כל מוות אינו

פרט לאלו, גם היבט שתואר בפגיעת האיסור נראה חשוב: שוק שחור. שוק כזה נוצר כמעט אוטומטית לכל מוצר צריכה שנאסר; הפגיעה הנובעת מכך היא לעתים בפרט; למשל, האיסור על הפלות שתורם למות נשים הרוות שהתעקשו להפיל ופנו לשוק השחור וקיבלו טיפול רפואי נחות. לעתים הפגיעה מתקשרת לתכליתיות ולהיעדר היכולת להשגת מטרת ההפלה, ככל שהשוק השחור גדול ופורח.

מבחן ההתאמה עבר התאמה: התאמת שרשרת ההפלה. אני מחבר אותו, ודומני שהחיבור טבעי מאוד לשלב התכליתיות.

מה בנוגע למבחן המשנה השני של המידתיות? מבחן ההכרחיות/האמצעי שפגיעתו פחותה/הצורך – בוחן אם קיים אמצעי שפוגע בזכות פחות ומאפשר להגשים את מרבית המטרה.¹⁵⁸ בהתאמה לאיסורים פליליים, מבחן ההכרחיות ניתן לפירוק לשני מבחני משנה: האחד דן בשאלת החלופה: חיפוש דרך קשה פחות למניעת הנוק;¹⁵⁹ מבחן המשנה השני נוגע לשאלת ניסוח האיסור.

רצוי. מבחן צרות-היתר ממחיש את הצורך בהגדרה בהירה, מדויקת וחדה של הנוק. הנוק שעומד מאחורי עבירת הרצח והנוק שעומד מאחורי עבירת ההריגה אינו "מוות בלתי רצוי", בדיוק משום שיש אין-ספור גורמים שמביאים למוות בלתי רצוי. איננו מפלילים את כל הגורמים הללו, לשיטתי, משום שהם אינם מביאים לפגיעה הערכית שאנו מנסים למנוע. פגיעה ערכית זו אינה עצם המוות אלא מתקשרת לאופן שבו נגרם המוות. מבלי להתחייב כעת לתשובה סופית באשר לעבירות ההמתה המורכבות, דומני שהפגיעה הערכית שמאחוריהן היא הזילות של ערך החיים של אחרים. אחזור לכך בעתיד ב"הפלה תכליתית", לעיל ה"ש 93. בדומה, ראו את המהלך שערך קרמניצר כדי לחדד את הערך המוגן בעבירת המרמה. הוא הביט "הצדה" ופסל מקרבה של העבירה אי-אילו התנהגויות המזכירות אותה. לנוכח זאת טען שהערך המוגן בעבירה אינו חופש הרצון, חופש הפעולה וחופש הבחירה של הפרט, בהיותו ערך רחב עד מדי, וגרס כי הערך המוגן בעבירה מתקשר לרכוש. ראו קרמניצר המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 39–47. בהמשך חידד גם את הערך האמור, שוב באמצעות מבט הצדה לסוגי התנהגות קרובים. ראו שם, בעמ' 51–59. כן ראו את המהלך שעשיתי אני בנוגע לחידוד הגדרת הנוק הנובע מהימורים בשלב מבחן צרות-היתר: הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 313 ואילך; וביחס לנוקי עבירת הגניבה: אסף הרדוף עבירת הגניבה פרק 4 (טרם פורסם, עותק בידי המחבר).

158 להרחבה: כהן-אליה "הפרדת רשויות ומידתיות", לעיל ה"ש 148, בעמ' 307, 317; דורנר, לעיל ה"ש 150, בעמ' 289–290; ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 44, פרק 11, וברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק", לעיל ה"ש 76, בעמ' 212.

159 בחינת חוק היא הן על הרקע של היעדר חקיקה במקומו והן על רקע חלופות אפשריות. ראו יורן, לעיל ה"ש 150, בעמ' 451. קרפ ציינה שמבחן זה היה מכריע באיזון לפי פסקת ההגבלה בסעיף 1 לצ'רטר וכתבה שתנאי המידתיות מחייב לכאורה את בחינת עצם השימוש במשפט הפלילי כאמצעי המתאים להשגת המטרה נוכח חלופות כקנסות מנהליים, חינוך והסברה. קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 111–112, 115. ראו גם ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 261–262; רבין וואקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 57; קרמניצר "עשור לתיקון 39", לעיל ה"ש 62, בעמ' 624. להדגשת הרכיב האמפירי

על שאלת נוסח האיסור לא ארחיב כעת. אסתפק ואציין שלניסוח עשויה להיות השלכה עצומה על מידת הפגיעה בזכות שכרוכה באיסור. הניסוח עשוי להשפיע על רוחב האיסור,¹⁶⁰ על עמימותו ועל יכולת ההדרכה שלו, ובמובן זה הוא מתקשר לא רק למוסריות ולפוגענות אלא גם למבחן המשנה הקודם של המידתיות, ההתאמה: הדרכה טובה מגבירה את הסיכוי שהחוק הפלילי יוכל להשיג את מטרתו.¹⁶¹ אפשר לקשור עניין זה גם למבחן ההסמכה לפי הגישה שהדרישה שהפגיעה תהיה בחוק כוללת גם דרישות מהותיות כגון בהירות האיסור.¹⁶²

אתעכב על מבחן המשנה הראשון של ההכרחיות – שאלת החלופה. טבעי וקל לומר שיש לתור אחר פתרון פוגעני פחות מהמשפט הפלילי. קל פחות להעלות פתרונות כאלו באופן שיטתי. להיבט זה התייחסתי בשלב השלישי של שרשרת ההפללה – החלופיות. מתוך ההנחה שלמשפט הפלילי הפוטנציאל הפוגעני ביותר מקרב מאגר הכלים שבידי המחוקק, התקדמתי לשלושה "מקומות" אפשריים להשגת מטרת האיסור שלא באמצעות הפללה. החיפוש אחר חלופות נעשה בעזרת הבנה שלמה ככל האפשר של המהלך הסיבתי של הפגיעה הערכית. שרשרת סיבתית של סוג של התנהגות מזיקה עשויה להיראות כך (בטרם התערבנו): קיום תנאים ותמריצים חיוביים ← סוג התנהגות ← (סיבתיות התנהגותית) ← נזק ← היעדר תוצאות שליליות לשחקן. יש לנו שלוש אפשרויות מושגיות לקטיעת השרשרת: האחת, "קטיעת סיבתיות קדם-התנהגותית", מכוונת להסרת תנאים חיוניים שמאפשרים סוג התנהגות נדון או להסרת תמריצים חיוביים שמעודדים אותו. היא קוטעת את הדרך לנזק באמצעות חיתוך החוליה שלפני ההתנהגות. השנייה, "קטיעת סיבתיות התנהגותית", מכוונת לשלב ביניים, ככל שקיים, וקוטעת את הקשר שבין סוג ההתנהגות לבין הנזק. השלישית, "קטיעת סיבתיות

שמאחורי תנאי זה ראו HUSAK, OVERCRIMINALIZATION, לעיל ה"ש 13, בעמ' 146–153 (הצורך שהפללה תוכל לצמצם התנהגות מזיקה) וכן דנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 127, בעמ' 714.

Richard H. Fallon, Jr., *Making* ; 154 בעמ' 160 HUSAK, OVERCRIMINALIZATION, לעיל ה"ש 13, בעמ' 154; *Sense of Overbreadth*, 100 YALE L.J. 853, 859–866, 877–880, 884–886 (1991); מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות 9–4, 45–43, 51–49, 295–294 (עבודת גמר לתואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 1980); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי 5, 7 (1997). קרפ כתבה כי בית המשפט העליון פסל הוראת חוק בקוויבק שאסרה שימוש בשפה שאינה צרפתית במקום ציבורי. נפסק שהמטרה לשמר את השפה הצרפתית ולבטאה ראויה, אך הפגיעה בחופש הביטוי מוגזמת ודי בחובה לכיתוב גם בצרפתית. קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 113.

A.P. SIMESTER & G.R. SULLIVAN, CRIMINAL LAW – THEORY AND DOCTRINE 37, 40, : 161 ראו; 42 (2nd ed. 2003); Paul H. Robinson, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of* Legality, 154 U. PA. L. REV. 335, 361, 365 (2005); קרמניצר וגנאים, לעיל ה"ש 160, בעמ' 11. 162 קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 99–98.

בתר-התנהגותית", קוטעת את השרשרת בסיומה, בהנחה שבתום שרשרת אחת עשויה להתחיל (באחד הימים) שרשרת חדשה, ובהנחה שהמתחיל יחשוב פעמיים אם לנהוג באופן מסוים שעה שאיזו צרה תמתין לו בקצה השרשרת.¹⁶³ בכל האמור לעיל לא די לעמידה במבחן ההכרחיות. העובדה שלדין הפלילי פוטנציאל הפוגענות הגבוה ביותר אין פירושה שכך תמיד. ייתכנו מקרים שבהם חלופת הפללה תהיה פוגענית יותר מההפלה עצמה.¹⁶⁴ לכן יש לעמוד על חסרונות החלופות ולצמצמן במידת האפשר בטרם עוברים לשלב הבא והאחרון הן לפי פסקת ההגבלה והן לפי שרשרת ההפלה – האיזון.

מבחן המשנה השלישי והאחרון של המידתיות, מידתיות במונח הצר או מבחן עלות-תועלת, עניינו בחינת המידה שבה יכול האמצעי הנבחר להגשים בפועל את מטרת החקיקה המוצהרת למול עצמת הפגיעה בזכות שנגרמת מנקיטת אמצעי זה.¹⁶⁵ האמצעי הנבחר הוא הפללה, ובוחרים את תועלתו, שבשלב זה כבר אפשר להניח שתושג: מניעת הנזק הנובע מההתנהגות שאותה מבקשים לאסור למול העלות – פגיעת האיסור ופגיעת האכיפה, שעליהן עמדנו קודם, ככל שאלו מתקשרות לזכויות שהולידו את הניתוח החוקתי הפורמלי. אם המאזן ("מאזן ההפלה") חיובי, יש לבחון אם "מאזן החלופה" חיובי יותר. אם מאזן ההפלה שלילי, אפשר לפנות לחלופת ההפלה, ואם גם היא אינה מספקת פתרון טוב, אפשר להסתפק ב"חלופת הכלום" ולהותיר את ההתנהגות נטולת הסדרה משפטית.

6. סיכום ביניים

בראשית המאמר הומחשו, גם אם לא הוכחו מדעית, הבעיות הקיימות בניית הפללה בעזרת פסקת ההגבלה. בפרק הקודם הוצגה שרשרת ההפלה, כלי תאורטי לבחינת הפללה. בפרק זה הוצעה דרך לקשור אותה לפסקת ההגבלה, למזוג את הראשונה התאורטית אל השנייה המעשית. לשם כך אין צורך בצעד חוקתי או חקיקתי, באשר

163 דוגמה לקטיעה כזו: העמדה לדין משמעתי במקום דין פלילי. ראו בג"ץ 88/10 שורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.7.2010).

164 שם, פס' 21 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

165 ברק "חוק-יסוד: חופש העיסוק", לעיל ה"ש 76, בעמ' 212. ברק כינה מבחן זה "הערכי" וכתב שזהו לב לבה של המידתיות, שכולל גם רכיב סבירות. המטרה אינה מקדשת את האמצעים. ברק פרשנות במשפט, לעיל ה"ש 123, בעמ' 208–211. מנגד כהן-אליה הרחיב על הבעייתיות של הסמכת בתי משפט להחיל בחינה זו לאור פלישה לשאלת האיזון הערכי, שמטבעה שייכת למחוקק. ראו: משה כהן-אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקה בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט יא 473, 475–482, 494 (2007). כהן-אליה כתב על "חשש גדול לסובייקטיביזציה של ההליך השיפוטי" ותהה אם אפשר לנסח מבחן זה באופן קונקרטי יותר. פרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 22–23.

מבחיני פסקת ההגבלה נותרים ברגיל על מקומם המופשט, וכשעל הפרק דיון הפללה הם יתמלאו בתוכן מיוחד קונקרטי. איני קורא להחליף את פסקת ההגבלה; אני מניח שהיא פה כדי להישאר וקורא ליצוק מעט תוכן לתוך מבנה הניתוח החוקתי המקובל. "פסקת ההפללה" היא אך מטפורה, תוכן מהותי בכלי פורמלי קיים, לא מהפכה משפטית או ערכית ובוודאי לא שינוי פורמלי. שרשרת ההפללה נמזגת לפסקת ההגבלה, וערכיה של הראשונה זוכים בתוכן שמאפשר להגשימם בהתייחס לסוג השאלות. סבורני שפסקת ההפללה מספקת מענה מוצלח, ברור ושלם יותר לשאלות הפללה. הסיכוי שלא תאתר שיקולים חשובים נמוך מן הסיכוי שתעשה כן פסקת ההגבלה המופשטת, שכן פסקת ההפללה מצויה ברובד הפשטה נמוך יותר ונתפרה במיוחד למידותיה של שאלת ההפללה. דיון הפללה שמתנהל דרך פסקת ההגבלה המופשטת עלול שלא לגלות שיקולים חשובים. היצמדות רק להקשר חוקתי נתון עלולה לגרום איבוד של שיקולי הפללה מהותיים ושל פגיעות ערכיות חשובות הנובעות מהאיסור. היצמדות לחוק-יסוד: חופש העיסוק ואי-התייחסות לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הביאה לידי אי-גילויים או אי-זיהויים של ערכים חברתיים שנפגעים מהפללת הימורים, כמו הערך החברתי שיש למהמר (ולהבדיל מזה שיש למארגן ההימורים).¹⁶⁶ האם פסקת ההפללה הייתה נותנת לו ביטוי מסוים בשלב התועלת-נוק נוכח חיפוש כולל אחר הפגיעות השונות הנובעות מהאיסור, להבדיל מהתחלה בפגיעה המסוימת שמקימה את העילה לדיון החוקתי? במבחן הלשון של פסקת ההגבלה דומה שהתשובה היא שלילית, באשר פגיעה במידה העולה על הנדרש מתייחסת ל"זכות שלפי חוק זה", ובמקרה המדובר "חוק זה" היה חוק-יסוד: חופש העיסוק בלבד. מנגד לפי פרשנות פסיקתית של פסקת ההגבלה, שכזכור פירקה את המבחן לשלושה חלקים שהאחרון שבהם עניינו מאזן של תועלת מול נזק, איני בטוח שעל הניתוח החוקתי להישיר מבט רק בנוק ל"זכות שלפי חוק זה" ולהתעלם מנזקים אחרים הכרוכים בחוק גם אם הם נוגעים לזכויות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁶⁷ פסקת ההפללה כוללת מבט הצדה, המתמקד בערך שעליו מבקש האיסור

166 בניתוח שעשיתי בספרי (הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297–334) הוגבל במפורש הדיון בשאלת ההפללה של הימורים לזווית המהמר, עניין שמתקשר גם לניסוח האיסור. לכן חופש העיסוק לא עלה שם בהיעדר רלוונטיות למהמר עצמו.

167 איני בטוח שמהלך כזה, שמאפשר להתחשב בפגיעות שאינן בזכות שעל הפרק, הוא בעייתי יותר מהכנסת זכויות בלתי מנויות ל"זכויות שלפי חוק זה". ויודגש: אין בכך משום עקיפה של מגבלת שימור הדינים. אי אפשר יהיה לפסול איסור ישן רק על רקע פגיעתו בזכות המנויה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. "כרטיס הכניסה" לתקיפה חוקתית (להבדיל מדיון פרשני גרידא) עודנו חוק חדש או לחלופין פגיעה בזכות המנויה בחוק-יסוד: חופש העיסוק. אבל לפי גישה זו, מי שכבר מצויד בכרטיס כזה אינו מנוע מלהצביע על נזקים נוספים הנובעים מהאיסור. נזק לזכויות ולערכים אינו פסול מלהישקל אך משום שאינו מזכה בכרטיס כניסה עצמאי: מבחן המשנה של נזק-תועלת אינו צריך להניח שבצד הנזק מצויה רק הזכות הנפגעת שאפשרה את התקיפה החוקתית. אם לצד הפגיעה בה יש עוד פגיעות בזכויות ובערכים, אין זה נתון בלתי רלוונטי למבחן כללי ומופשט של נזק-תועלת,

להגן ובבחינה עד כמה אמנם יוגן על ידי ההפלה ועד כמה ההפלה עקיבה באשר לגישות הקיימות בחוק ובחברה. פסקת ההגבלה המופשטת בוחנת את התכלית בצורה סלחנית ואולי אף נמהרת; פסקת ההפלה אינה "עושה הנחות" כאלו למחוקק ואינה מניחה שהפללת התנהגות מזיקה תביא בהכרח לצמצומה, אלא בוחנת אם וכיצד תעשה כן, עניין שבתורו יתקשר גם לשאלת הפגיעה הערכית הנובעת מההפלה – פגיעת האכיפה. היא אמנם מניחה "נזק", אך הדרך שבה היא בוחנת את שאלת ההפלה בהקשר זה מקדמת שקיפות בנוגע לנזק הנטען ולסיבתיות שבינו לבין ההתנהגות הנאסרת. ניתוח המידתיות לפי פסקת ההגבלה כיישומה דהיום אף הוא מוגבל. מבחן ההתאמה הרציונלית עלול לייצר קפיצה מחשבתית שלפיה קיום איסור פלילי על התנהגות משמעו מניעת הנזקים הנלווים להתנהגות. מנגד פסקת ההפלה לא תכשיר קפיצה שכזו אלא תבחן את שאלת ההתאמה עקב בצד אגודל. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מביא כיום את הפרשנית לחיפוש אנקדוטלי אחר חלופות הפלה.¹⁶⁸ לעומת זאת החיפוש שמציעה פסקת ההפלה שיטתי ורחב. מבחן התועלת מול נזק כפשוטו עלול להחסיר את הפגיעות שלא זוהו קודם, כמו גם פגיעות אחרות הנובעות מההפלה, למשל הפגיעה הטבועה כמעט של צמיחת שוק שחור למוצר שנאסר או הפגיעה בזכויות בלתי מנויות ובערכים חברתיים חשובים.

וידוגש: פסקת ההפלה בישראל, כמו שרשרת ההפלה, אינה סוף פסוק או מכשיר מדעי שיביא לתשובה הכרחית. התוצאה תלויה בשאלות מורכבות כמו תפיסת נזק והגדרתו, עניין המושפע מתפיסות ערכיות-פילוסופיות; שאלות של סיבתיות, שמצריכות מחקרים אמפיריים; שאלות של יכולת אכיפה, שתלויות בטכנולוגיה, בכוח אדם ועוד; שאלות של פתרונות חלופיים, שלעתים מצריכות מומחיות של אנשי מקצוע. אכן, שאלת ההפלה מורכבת עד מאוד. ובכל זאת פסקת ההפלה מקדמת את המענה לה. אם נביט בכל אחד מסוגי ההתנהגות שפורטו בראשית המאמר, כמו פיתום אווזים או שיתוף קבצים, ונשאל אדם מהישוב אם צריך להפלים, ודאי נקבל תשובה אינטואיטיבית. אם נשאל משפטנית מן היישוב, נקבל אותו דבר במקרה הרע, ואת פסקת ההגבלה במקרה הטוב. פסקת ההפלה עמוקה יותר ותחשוף יותר שיקולים. ההכרעה, לעולם, תהיה בידי בעל שיקול הדעת, באשר איננו עוסקים במדע מדויק. כאשר משוואה מורכבת מערכים, להבדיל ממספרים, ספק אם אפשר להגיע להכרעה אחידה וחותרת. עם זאת פסקת ההפלה מספקת מסגרת דיון הדוקה בהרבה מזו של פסקת ההגבלה. בפרק הבא אנסה להראות כי תועלתה של פסקת ההפלה רבה מחסרונותיה.

שבוחן ומאזן שיקולי מדיניות רחבים. מי שסבור שאין לשקול פגיעות נוספות בבחינה החוקתית הפורמלית עשוי לתמוך בשקילתן כחלק מהמהלך הפרשני של איסור, כמפורט להלן בפרק 3.1 למאמר.

168 כאמור, מבחן זה כולל גם התייחסות לנוסח האיסור, אך פסקת ההגבלה אינה מספקת כל הדרכה ברורה בהקשר זה. שאלת הניסוח, ככתוב, מורכבת מאוד ומחייבת מחקר נפרד.

ז. שימושיה של פסקת ההפלה

1. הליכי חקיקה

דומה שהכתובת הראשונה והטבעית של פסקת ההגבלה מצויה במשכן הכנסת. אכן, האחריות להתאמת המשפט הפלילי לפסקת ההגבלה מוטלת בראש ובראשונה על המחוקק.¹⁶⁹ ואכן דומה שכלל, הליכי החקיקה בכנסת נעשים במודעות לחובת הכנסת לכבד את הוראות חוקי היסוד.¹⁷⁰ הליך החקיקה בא להבטיח תשתית נאותה לחוק, ולכן יש בכנסת שירותי ייעוץ ומחקר מגוונים.¹⁷¹ למחוקק אמצעים כלכליים ומשפטיים למחקר אמפירי ולבחינה שיטתית של שאלת ההפלה. ביכולתו להיעזר במומחים כדי לבחון את הקשר הסיבתי בין התנהגות לנזק, את החלופות ואת המחיר המסתמן מצורות ההסדרה השונות. ביכולתו לבחון שאלות של צרות-יתר ולתהות אם בנוסחו הנוכחי יכול האיסור להשיג את מטרתו.¹⁷² המחוקק הוא הגוף המתאים לקבוע קביעות ערכיות כלליות. הוא אינו תחום בזמן ואפשר שאינו מוטרד משיקולי לגיטימציה. שיקוליו אינם נופלים רק במסגרת הדיון ותפקידו אינו אך להכריע במחלוקת שהתגלעה לפניו. הכרזה שיפוטית על בטלות חוק אינה תורמת לוודאות וליציבות ואינה בשורה משמחת. מוטב לאזרחים ולרשויות כי החוקים שייצאו תחת ידי המחוקק יהיו מוצלחים וראויים, ובכלל זה האיסורים הפליליים.

2. ביקורת שיפוטית חוקתית

קשה לחלוק על מיעוט הפסיקה החוקתית בתחום המשפט הפלילי המהותי.¹⁷³ מה חשיבות יש לפסקת ההפלה במצב שבו בתי המשפט כמעט שאינם עוסקים בשאלות של הפלה? דומני שפסקת ההפלה היא צעד נוסף, לצד הכתיבה העדכנית שנסקרה קודם,

169 ביין, לעיל ה"ש 14, בעמ' 255, 263; קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 95. על האפקט המדריך מראש של חוקי היסוד ראו גם קרפ "החקיקה הפלילית", לעיל ה"ש 131, בעמ' 276.

170 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: עקרונות יסוד 256 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד).

171 ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואחרות 729 (2005).

172 ראו את הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט בהצעת חבר הכנסת פינס, שדיבר בגנות ההימורים המדינתיים החוקיים וגרס שהם יוצרים קרקע להימורים הבלתי חוקיים, אך לא קרא להפלים; מנגד שני קרא להפלים במפורש את ההימורים המקוונים, שוב משום שמצא את האיסור הקיים כצר מדי. מקריאת הפרוטוקול אפשר להתרשם כי הגישה כלפי הימורים שלילית מאוד, אך לא כל כך ברור מדוע, ויש גם קולות בעד הסדרה. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 471 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-15 (15.5.2002) www.knesset.gov.il/protocols/data/html/huka/2002-05-15.html

173 לביא ראה בכך עדות לעצמאות המשפט הפלילי. לביא, לעיל ה"ש 61, בעמ' 513.

על חיזוק הממד החוקתי של המשפט הפלילי, שמצדו עשוי להתקשר לגליטימציה.¹⁷⁴ בקריאה חוזרת של מאמרה של קרפ קשה שלא להתרשם מהפער הגדול בין פוטנציאל התרומה של חוקי היסוד למשפט הפלילי, לבין המציאות שבה הדיון ההלכתי בסוגיה רזה מאוד.¹⁷⁵ לא אחזור על המהלך המעניין והמפורט שערכה קרפ, שממחיש היטב את פוטנציאל הכוח של מבחני המשנה של פסקת ההגבלה בנוגע למשפט הפלילי המהותי. אפשר ללמוד רבות מהמשפט החוקתי הקנדי בכלל ומהתחוקה של המשפט הפלילי שם בפרט.¹⁷⁶ אך יש לזכור שישראל וקנדה רחוקות זו מזו, ולא רק גאוגרפית. גם אם פסקת ההגבלה שלנו דומה לזו הקנדית, הרי שרוב השוני בין המדינות מבחינת משפט ומסורת משפטית, מבחינת יחסי כוחות בין רשויות ופוליטיקה וכדומה.¹⁷⁷ אלא שגם אם רב המרחק, כפי שממחיש היטב עשור ומחצה שחלף ממאמריהם של ביין וקרפ, אין זאת אומרת שאי אפשר לחזק את התחוקה של הדין הפלילי, לשלוח זרמים חדשים במעגל שעליו כתבה קרפ, שבין העונשין לבין החוקתי, לערוך קונקרטיזציה של המופשט והמשגה של הקונקרטי.¹⁷⁸ אין לשכוח כי הריסון השיפוטי בנוגע לביקורת חוקתית על תוכני חקיקה אינו ייחודי למשפט הפלילי.¹⁷⁹ ובכל זאת השיח החוקתי תורם לענפי משפט אחרים, כמו הפרוצדורה הפלילית,¹⁸⁰ לא רק בצורת קבלת טיעונים חוקתיים אלא גם בצורת דחייתם, שאף היא מעשירה את השיח ומציפה ערכים אל שולחננו. האם קשה במיוחד לטעון חוקתית נגד איסור פלילי? אולי נדרשת תעוזה רבה יותר לטעון שאיסור אינו מתיישב עם החוקה ולפיכך אינו צריך להתקיים מאשר לגרום שפלוני לא עבר עליו

174 ראו: Dubber, לעיל ה"ש 64, בעמ' 530.

175 קרפ סקרה מקרים רבים שבהם שימש הצ'רטר הקנדי לבית המשפט עוגן לביטוס, חיזוק ופיתוח עיקרי היסוד של המשפט הפלילי, וכתבה שאבן הפינה לשמירת זכויות האדם התמקדה לא בפרוצדורה אלא דווקא בסעיף 7 לצ'רטר, שעניינו הזכות לחיים ולחירות (ראו The Canadian Charter of Rights and Freedoms (1982)). נעשה בו שימוש להבטיח צדק מהותי בדיני עונשין. קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 86. קרפ נהגה זהירות ולא ניסתה לחזות כיצד יגדיר בית המשפט בישראל את תפקידו בתחום התחוקה של המשפט הפלילי ואילו זהירות שיפוטית וריסון עצמי ינהג, לעומת האקטיביות הגבוהה של בית המשפט העליון בקנדה, שכאמור שם, בעמ' 122, ה"ש 240, לא היסס לשכתב חוקים עונשיים, למחוק ולהוסיף מילים ולהכריז על בטלות חוקים. קרפ הייתה מודעת לשאלות מוסדיות ולמתח שבין הרשויות, נוסף על המתח שבין עקרונות המשפט הפלילי המבקשים ודאות ויציבות למול תהליך תחוקה דינמי ומתחדש. שם, בעמ' 122–123.

176 לסקירה מאוחרת יותר של דיונים חוקתיים הנוגעים למשפט הפלילי ראו פרק 18 לספרו של הוג: PETER W. HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA (5th ed. 2007).

177 השו: רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה" משפטים כח 21, 39, ה"ש 36 והטקסט הצמוד לה, 99, 112 ואילך (1998).

178 קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 124.

179 על הריסון השיפוטי הניכר ראו רובינשטיין ומדינה עקרונות יסוד, לעיל ה"ש 170, בעמ' 252–257.

180 למשל פסקי הדין בעניין בש"פ 8823/07, לעיל ה"ש 33, ובעניין צמח, לעיל ה"ש 33.

או שפעולות השיטור בתיקו מחייבות תוצאה של ביטול האישום.¹⁸¹ האם "קל" יותר לפסול חוק שעניינו פרוצדורה פלילית מלפסול חוק עונשי? אולי נדמה שאיסור פלילי מבטא מסר ערכי חזק יותר מחוק דיוני, ולכן התערבות בו פוגעת עמוק יותר בעקרונות הפרדת הרשויות. איני בטוח שאכן כך.¹⁸² כל חוק מלא בערכים, בהיסטוריה שהולידה אותו, באופן שבו פורש ומפורש על ידי בתי המשפט בעבר ובהווה ובצורה שבה הציבור תופס אותו ומכלכל בחירותיו לאורו. מאחורי כל חוק ניצבים ערכים וגם לפניו.¹⁸³ כך בענפי משפט שאינם דיני עונשין, וכך גם במשפט הפלילי המהותי. סבורני שאין מניעה להעשיר ענף זה בתובנות מהשיח החוקתי, שמאפשר ואף לעתים מחייב מבט מחודש בנורמות שהשתרשו ושהמסר הערכי העומד מאחוריהן אינו מוצק או אינו ברור ואינטואיטיבי, דוגמת האיסור על הימורים. איני צופה עתירות של סוחרי סמים וסוחרי אדם על סמך חוקי-יסוד: חופש העיסוק. אך אין לחשוש אפילו מעתירות כאלו, שתאפשרנה לחדד וללטש מסר ערכי עדכני בנוגע לאותן עבירות. ובאשר לאיסורים אחרים, יש יסוד לתהיות חוקתיות על פשרם. בין שאנו סבורים שהאיסור על החזקת חומרי תועבה שבסעיף 214(ב3) לחוק העונשין עומד בתנאי פסקת ההגבלה ובין שלא, יש מקום לדון בכך ברצינות כדי לדחות או לאשש את התכלית העומדת מאחוריו. פסקת ההפלה תקל על נאשמים ותאפשר להם מסגרת הדוקה יותר לדיון בטענות חוקתיות הנוגעות לאיסורים.

3. פרשנות שיפוטית

פחות מעשרה סעיפי חוק בוטלו לאור חוקי היסוד. ריסון שיפוטי בנוגע להכרזה על בטלות חוק הוא מגמה רחבה ולא כזו הנוגעת לדיני עונשין דווקא. בדרך כלל חלף הכרזה על בטלות בוחר בית המשפט לפרש את החקיקה ככזו שמשלבת עם חוקי היסוד. כך מושגת התוצאה הראויה לדעתו בלי להתעמת עם הכנסת.¹⁸⁴ כך באופן כללי, וכך ודאי

181 לנדוי הביע חשש שמא סנגורים ינצלו את "הבקעה הרחבה" ויטענו שהאיסור שבו הואשם מרשם לוקה באי-חוקתיות. לנדוי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 709. דומה שחשש זה רחוק מאוד ממימוש עד היום.

182 ריסון שיפוטי קיים גם בסדר הדין הפלילי, בלי קשר לטיעון חוקתי, למשל בעניין טענות הגנה מן הצדק, שמועלות שוב ושוב ונדחות שוב ושוב. ראו מיכל טמיר "על רשלנות ועל כוונה להפלות: היבטים ייחודיים לאכיפה" מחקרי משפט כו 217, 235 (2010).

183 השוו: הרדוף עבירת הגניבה, לעיל ה"ש 157, פרק 4. החשש מ"השתלטות ערכית" של בית המשפט "על חשבון" המחוקק קיים באופן כללי, כעולה מפרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 54-56.

184 בית המשפט מכיר בגבולות הלגיטימיות של החקיקה השיפוטית. הריסון השיפוטי מתבטא גם בנטל שעל הטוען לבטלות החוק להוכיח את פגיעת החוק שלא כדין; בנטייה שלא להכריז על בטלות הוראות חוק שמשך תחולתן מוגבל בזמן; בכלי הבטלות היחסית. ראו רובינשטיין ומדינה עקרונית יסוד, לעיל ה"ש 170, בעמ' 257-259.

במשפט הפלילי המהותי, המוקיר מאוד את היציבות והוודאות. לכן מסלול ראשי להתמודדות שיפוטית עם איסורים הלוקים בפגם כזה או אחר הוא מסלול הפרשנות. מסלול זה כמובן אינו חדש. אלא שפסקת ההגבלה מוסיפה לו ממד פרשני, ופסקת ההפלה מחדדת את הממד הזה. דיון פרשני לפי פסקת ההגבלה המופשטת ייטה להיות קצר יחסית, כעולה מפרשת אונגרפלד. דיון לפי פסקת ההפלה מן הסתם יהיה מעט ארוך ושלם יותר. במקום לקבוע אם איסור פלוני הוא חוקתי, ירתום בית המשפט את פסקת ההפלה כדי למצוא את הדרך הנכונה בעיניו לתת לאיסור פרשנות חוקתית. פרשנות איסור כוללת פוטנציאל נמוך יותר לעימות רשויות ולזעזוע מערכת. כפי שפירש בעבר חקיקה דיונית ברוח חוקי היסוד,¹⁸⁵ יוכל בית המשפט לנסוך תוכן חוקתי באיסורים ותיקים כחדשים. שאלות של פרשנות כבר זוכות לממד חוקתי, למשל האיסור על פגיעה בפרטיות פורש בצמצום ובמידתיות,¹⁸⁶ ואיסור תנועה בצו שנוסח בוטל בהיותו עמום ובלתי מידתי.¹⁸⁷ פסקת ההפלה תאפשר חיפוש פרשני שיטתי יותר. כדי לפרש את האיסור על רכיבת אופניים ללא קסדת מגן נצטרך לעמוד על איתנות הקשר שבין סוג ההתנהגות לבין הנזק, תכלית שנצטרך להגדיר אותה אולי כפטרנליזם. הפירוש ישפיע על גבולות העבירה, גבולות הדין הפלילי. כיצד יפורש האיסור על הפסקת היריון? לנוכח חלופת הפלה מוצלחת, שאפשר לחפשה בעזרת מבחני הקטיעה הסיבתית, יהיה אפשר להציע לו פרשנות מצומצמת.¹⁸⁸ כיצד יתפרש האיסור על מכירת אלכוהול בלילה? נצטרך לבחון אם יש קשר רציונלי בין האיסור למטרתו, מן הסתם מניעת תאונות דרכים. מבחן צרות-היתר עשוי ללמד שכפי שהוגדר האיסור, הוא עשוי אך להביא את המכירה והצריכה לנדוד למחוזות אחרים, מה שאולי מצדיק פרשנות מצומצמת. האם המתת חסד היא רצח? מבחן צרות-היתר עשוי לסייע בחידוד הערך המוגן ולהראות כי מה שמוגן באיסור על רצח אינו ערך החיים אלא חיים בעלי ערך, או האוטונומיה על החיים,¹⁸⁹ ולכן אין להחיל את האיסור על המתת חסד. אותו מבחן עשוי לאותת לנו כי אין טעם להטיל אחריות פלילית על מי שהשתמשה באזנייה אחת בנהיגה,

185 ראו למשל דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995).

186 ראו עניין ביטון, לעיל ה"ש 94, פס' 42 לפסק דינו של הנשיא ברק. באותה פרשה פורש בדעת רוב האיסור על לשון הרע ככזה שהכוונה המיוחדת בו אינה נלמדת לאור הלכת הצפיות. אחד השיקולים בעד פרשנות זו היה החלופה האזרחית עבור הנפגע. הנשיא ברק נשען בין היתר על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו שם, פס' 25–28 לפסק דינו. מנגד ראו את ביקורתו של המשנה לנשיא חשין, שם, פס' 11 לפסק דינו.

187 ראו בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף, פס' 20 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006).

188 קרפ כתבה כי תנאי המידתיות ללא ספק ישמש את בית המשפט בפרשנות באופן שהיקף האיסור לא יחרוג מהלשון לאור המטרה, והוסיפה כי דומה שהמידתיות רלוונטית גם לגבי חלופות פליליים, כמו קנסות מנהליים, חינוך, משמעת וכדומה. קרפ "המשפט הפלילי", לעיל ה"ש 18, בעמ' 115.

189 ראו לעיל ה"ש 157 והטקסט הצמוד לה.

משום שממילא הדין אינו אוסר על פעולות אחרות שפוגמות בריכוז, כמו החלפת תחנה ברדיו.¹⁹⁰ דומני שבבחינה חוקתית פרשנית, להבדיל מבחינה חוקתית פורמלית, ודאי אין מניעה לשקול בשלב התועלת-נזק פגיעות נוספות על הפגיעה ב"זכות שלפי חוק זה": פגיעות בערכים ופגיעות בזכויות בלתי מנויות. מבט באיסור על הימורים במשקפי פסקת ההגבלה עשוי לספק הזדמנות לבחון מחדש את ערכינו: האומנם מניעת פגיעה בערכי עבודה היא תכלית ראויה של משפט פלילי? אם אינה כזו, שומה עלינו לפרש את האיסור בצמצום. ואם היא כזו, אין לפרשו באופן שיחול על משחק בינגו שעלותו 10 ש"ח והפרס המרבי בו הוא 5,000 ש"ח.

ח. חסרונותיה של פסקת ההפללה

1. קריאת תיגר חוקתית ואבדן השפה המשותפת

אפשר לגרוס כי פסקת ההפללה קוראת תיגר על המשפט החוקתי בהציעה לייצר טיפול חוקתי נבדל לסוגיית ההפללה. חלף מסגרת חוקתית אחידה לביקורת חקיקה יש מעתה שתי מסגרות: זו הרגילה וזו של ההפללה. בהמשך לכך אפשר לסבור שהמסגרת החוקתית מספקת, בהקשר המדובר, שפה משותפת לכלל ענפי המשפט, והנה מוצעת לה שפה זרה כאילו שאלת ההפללה מצדיקה כדבר הזה.

לטענה הראשונה אשיב כי איני קורא תיגר על המשפט החוקתי כלל ועיקר. פסקת ההפללה אינה סותרת את פסקת ההגבלה אלא מגשימה אותה. כל טענה חוקתית נגד סעיף חוק מצריכה גישור בין חוק היסוד המופשט מאוד לבין סעיף החוק הקונקרטי מאוד. הואיל ומדובר במדרגות מרוחקות למדי, מלאכת הגישור עשויה להיות סבוכה מאוד ולהצריך מאמץ אינטואיטיבי רב. פסקת ההפללה מאפשרת קיצור דרך בשביל

190 ראו עניין לוי, לעיל ה"ש 19, ובמיוחד חוות דעתה של השופטת שטרסברג-כהן. לטעמי זהו מהלך מובהק (גם אם לא בהכרח מודע) של מבחן צרות-יתר, שמאפשר לזהות את התכלית המשכנעת ביותר שמאחורי האיסור תוך דחיית תכליות שאינן חדות דיין. וראו גם, באשר לפרשנות רכיב ההטעיה בעבירת המרמה, את מהלכי ההקבלה של קרמניצר המרמה הפלילית, לעיל ה"ש 15, בעמ' 68-71. ממש לאחרונה ראו את המגמה להפלייל את ההצבה של מכונות לממכר סיגריות שעוקפות את האיסור על מכירה לקטינים: פנחס וולף "המכונות לממכר סיגריות יוצאו מחוץ לחוק" וואלה! 23.1.2011. news.walla.co.il/?w=/1/1783786. למבחן צרות-היתר היגיון כמובן גם בשאלות שאינן פליליות. כך למשל בפרשת אימפריית החושים תיאר חשין עד כמה רווחת הפורנוגרפיה בחנויות וידאו ובמכונות וידאו ובבוטיקים למין, וכתב בלשון מטפורית קולעת: "מה טעם נסגור דלת ראשית לפני אורח לא-קרוא אם יכול הוא אותו אורח להיכנס אל-הבית באין מפריע דרך הדלת האחורית (שאף היא אינה עוד דלת אחורית כל-כך?)". ראו בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 691 (1997).

סעיפי חוק מסוימים, בשביל איסורים. קיצור הדרך הזה, בתורו, נולד בעזרת שרשרת ההפלה, שהיא כלי שהתפתח לאור עקרונות יסוד של המשפט הפלילי ובהשראת פסקת ההגבלה עצמה. פסקת ההפלה מהדקת את המסגרת של פסקת ההגבלה, שומרת עליה ואינה כופרת בה.¹⁹¹ ההתמודדות החוקתית הנבדלת המוצעת לשאלות של הפלה אינה סותרת את עקרונות המשפט החוקתי. בכל מקרה בית המשפט מקבל הכרעה קונקרטית ולעולם לא יוכל להרשות לעצמו להתנתק מתוכנות השיח הרלוונטי, יהא זה משפט פלילי, סדר דין, משפט מנהלי וכדומה. מלבד זאת זכור פסקת ההפלה היא צעד ראשון המוצע בדרך לקונקרטיזציה של פסקת ההפלה, ואיני סבור ששאלת ההפלה – ורק היא – מצדיקה סטייה מהקריאה האחידה של פסקת ההגבלה. מומחים לענפי משפט אחרים יוכלו להציע עוד צעדים. הדבר יצריך עבודה אקדמית, שבתורה תקל על עורכי דין ועל שופטות הקלה שעשויה לתרום להגשמה אמיתית של עקרונות פסקת ההגבלה והתבונה הרבה שבבסיסה.

באשר לשימור השפה המושגית האחידה, אשיב בשני ראשים: האחד הוא כי האחידות אינה קודש קודשים, ואין לנהוג שווה כלפי שונים. שאלת החוקתיות של איסור פלילי שונה משאלת החוקתיות של הפרטת שירות ציבורי. לשתיהן מסגרת כללית אחידה, אך פרט לה ולאמירות כגון "לא מידתי" ו"כן הולם", רב השוני על הדמיון. ראש התשובה השני הוא כי איני מציע שפה שונה אלא ניב שונה. שפת המשפט אינה אחידה לגמרי אלא מורכבת מניבים: ניב פלילי, ניב מנהלי וניב נזיקי. דומני שאפשר וראוי לייבא את הניב אל תוך השפה החוקתית המופשטת שעה שהיא דנה בסוג מקרים שבו מתמחה הניב. מעבר משפה כללית לעבר ניב, מעבר מחוקתי כללי לחוקתי-פלילי מהותי או לחוקתי-נזיקי עשוי לתרום אף לאחידות: אחידות מהותית להבדיל מפורמלית. פסקת ההגבלה מותירה מרחב שיקול דעת גדול מאוד לשופט, ובמקום שבו יש שיקול דעת רחב

191 השני מארבעה מודלים להגבלת זכויות במשפט ההשוואתי שסקר כהן-אליה למען ועדת החוקה, חוק ומשפט היה קביעת פסקת הגבלה ספציפית לכל זכות, על פי מאפייניה הייחודיים, לאפשר הדרכה טובה יותר לבתי המשפט. כהן-אליה היה חד-משמעי בנוגע לחוסר התועלת בניסיון זה, שלא הצליח לערוך ניסוח חד מספיק שיצמצם את הפוטנציאל של האקטיביזם השיפוטי. פרוטוקול ישיבה מס' 559 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, לעיל ה"ש 65, בעמ' 29–30 (וראו את התייחסות סומר, שם, בעמ' 34–35). פסקת ההפלה המוצעת היא מצד אחד מטפורה ולא כלי פורמלי; מצד אחר הותאמה לסוג של שאלות ולא לסוג של זכויות כמו קניין או חופש הביטוי, שמטיבן רחבות מאוד וגוררות שיקולים שונים במקרים שונים, ואפילו לא ל"זכות שלא להיענש" של הוסאק, שלכאורה מתעוררת באשר לכל הוראה מהמשפט הפלילי המהותי ואפשר שגם מזה הדיוני והראייתי. במשפט החוקתי האמריקני הבחינה החוקתית נעשית ברמות שונות לאור השאלה הנבדקת, ועשויה למשל להיות הדוקה (strict scrutiny) יותר או פחות, לדרוש מטרה בעלת חשיבות או משכנעת (compelling or substantial) וכדומה (ראו בקשר להפלה: HUSAK, OVERCRIMINALIZATION, לעיל ה"ש 13, בעמ' 126 ואילך). לעומת זאת פסקת ההפלה אינה רמה גבוהה או נמוכה מהרגיל של מבחני פסקת ההגבלה אלא קונקרטיזציה מסוימת שלה. זאת ותו לא.

עד מאוד – קשה למצוא אחידות.¹⁹² לא הרי יישום פסקת ההגבלה בידי שופט א' כהרי יישומה בידי שופטת ב'. אחידותה של פסקת ההגבלה המופשטת אינה רחוקה מאוד מאחידותו של הרעיון שחוק צריך להיות טוב. אך מהו טוב? אם נדע, נוכל להגשים את המופשט. אם בדיוני הפרטה נדע כיצד ראוי לבחון התאמה בין התכלית לאמצעי והיכן נכון לתור אחר חלופות, אם נצדין את כל סוגי השיקולים האופייניים ונקרא להם "פסקת ההפרטה", נקדם את האחידות הפנימית בממד החוקתי של דיוני ההפרטה. פסקת ההפרטה תהיה מועילה, יש לקוות, אך עדיין תהיה מטפורה, דרך לגישור הפער מהמופשט לקונקרטי, דרך לוודא שיישום פסקת ההגבלה אינו מחסיר שיקולים חשובים. פסקת ההגבלה הפורמלית תשמר את האחידות הפורמלית כצורתה דהיום.

2. אבדן יתרונות שרשרת ההפלה

חיסרון אפשרי אחר שעמו עליי להתמודד הוא "פנימי": אפשר לגרום שהתאמת שרשרת ההפלה לנוסח פסקת ההגבלה מעקרת את יתרונות שרשרת ההפלה והופכת אותה לזהה, הלכה למעשה, לפסקת ההגבלה.

אמנם יש שוני בין שרשרת ההפלה לפסקת ההפלה. הסדר שונה: שרשרת ההפלה פותחת בתכלית, ממשיכה ביכולת לממשה, מתקדמת לחיפוש חלופות ומסיימת בעמידה על חסרונות הפתרונות ובאיזון. השלב הראשון הוא התכלית; היא הסיבה ללידת האיסור. תוצאותיו השליליות תיבחנה בהמשך כשנוכל לעמוד עליהן בצורה שלמה יותר, לאחר שהיטבנו להבין את האיסור ומשמעותו. מנגד פסקת ההפלה נפתחת בתוצאה הפוגעת של החוק, ממשיכה להסמכה והלימה, מתקדמת לתכלית ומקנחת במידתיות. השלב הראשון הוא הפגיעה: היא הסיבה שהחוק מבוקר, העילה לתקיפה החוקתית. ייתכן שמוטב להתחיל בסיבה שהחוק נולד, הן כביטוי לכבוד מסוים למחוקק, הן כי לא בכל מקרה יהיה מי שיבקר, והן כי לא פשוט לעמוד על מלוא הפגיעה בשלב זה ללא הבנה שלמה של המהלך הסיבתי של הנזק ודרכי קטיעתו, על משמעותן. אך זו בסך הכול שאלה של סדר. לכאורה אנו אמורים להגיע לאותה תוצאה בסוף, אך בסדר שונה. האם יש שוני מהותי יותר מסדר?

כאמור, שרשרת ההפלה נבנתה כדי להתמודד עם איסור פלילי. היא אינה כפופה למנגנון פורמלי, אינה מוגבלת בשיקוליה ועשויה לשלול הפללה בגין פגיעה בערך או בזכות בלתי מנויה. האם המחוקק עשוי להימנע מלהפליל כדי שלא לפגוע בערך או בזכות בלתי מנויה? בוודאי. המחוקק אינו מנוע מלשקול סיבות נוספות נגד הפללה.

192 על הקושי המובנה של נורמה משפטית מפורטת ומדויקת, לא כל שכן מופשטת וכללית, במתן פתרון חד-משמעי לאירוע ספציפי עתידי, ועל התרחבות שיקול הדעת הפרשני הנלווית לכך ראו בדנ"א 1516/95 מרום נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נב(2) 813, פס' 8 לפסק דינו של השופט חשין (1998).

פסקת ההגבלה אינה חזות הכול בחקיקה אלא בסך הכול מכשיר מסנן. שרשרת ההפלה עשויה להציע עוד מכשיר מסנן, מכשיר וולונטרי ולא פורמלי. ברתמה את עיקרי השרשרת לתוך מסגרת פורמלית מקומית¹⁹³ פסקת ההפלה אינה מאיינת את השרשרת. בסופו של דבר, הן השרשרת והן הפסקה אינן אלא מכשירים, מטפורות לסיוע באיתור השיקולים הדרושים. השיקולים הדרושים קיימים בנפרד ממכשירים והם חשובים מהם. וגם אם יש מחיר עיוני במעבר משרשרת ההפלה לפסקת ההפלה, יתרונה הגדול של האחרונה מתקשר לשאיפה האקדמית להעשרת חיי המעשה, להתכתבות עם הליכי החקיקה והשפיטה בשפה השגורה בפיהם, ואולי בהמשך אף להעשרתה של שרשרת ההפלה, שתוכל לנסות לחדד ולהמשיג שיקולי הפלה שעלו בדיונים קונקרטיים.

ט. גבולות המשפט הפלילי בישראל: המחשה לפסקת ההפלה

1. מבוא

בחלקו האחרון של המאמר תיושם פסקת ההפלה בתמצית. קצרה היריעה מכדי לערוך כעת ניתוח הפלה שלם ומלא. אסתפק בהמחשה בהתייחס לניתוח עבירת ההימורים, אותה עבירה שזכתה לניתוח בפרשת תשעים הכדורים. לפני כן אתמודד עם קושי מתודולוגי.

טענתי קודם לכן, כעניין של היגיון, כי כלי שנבנה במיוחד לסוג של שאלות מתאים יותר לספק מענה, וצפוי להביא לחיסכון בזמן, לקדם אחידות שיפוטית ושקיפות של הביקורת השיפוטית וכדומה. מלבד זאת כיצד אוכל להוכיח שפסקת ההפלה מספקת מענה מוצלח יותר לשאלות של הפלה? אפשר לעשות זאת באמצעות מקרה מבחן של גוף אחר שניתח שאלה של הפלה ולהראות מה חסר בניתוח. אפשר לקחת פסק דין או מאמר ולהראות את השיקולים החסרים. אלא שבהציעי כלי חלופי, לעולם אהיה חשוף לביקורת שבחתי פסק דין או מאמר חלשים כדי שאוכל לבקרו, ואין חולשתו של פסק הדין מלמדת על הצורך בכלי אחר. מנגד אילו לקחתי שני סוגי התנהגות וניתחתי אותם ניתוח עצמאי כפול, האחד במשקפי פסקת ההגבלה והשני במשקפי פסקת ההפלה, כי אז הייתי חשוף לביקורת שכאשר עשיתי את הניתוח בפסקת ההגבלה השמטתי במכוון טיעונים חשובים כדי להציגם בפסקת ההפלה. במאבק זה מול הביקורת המסתמנת בחרתי באפשרות הראשונה. בחרתי בפסק דין של הגוף השיפוטי העליון בישראל, ולא במאמר, כדי להדגיש את הרובד הדוקטרינרי של פסקת ההפלה. לטעמי זהו פסק דין רציני ומעמיק ומשום כך בחרתי. לו מצאתי פסק דין המנתח ניתוח מלא יותר של פסקת

193 בסופו של דבר על כל מערכת משפט לעמוד באתגר של משפט פלילי חוקתי המתאים למסורת שלה.
ראו: Dubber, לעיל ה"ש 64, בעמ' 531.

ההגבלה בדבר איסור פלילי, כי אז הצבתו במוקד. בסופו של דבר, כוחה של פסקת ההפלה הוא בהקלת הניתוח, משום שהותאמה להתמודד עם סוג השאלות המדובר. כשהכלי היחיד שבנמצא הוא מוט, הרי שבידיו של בנאי מיומן ומוכשר, היודע להשתמש בו לצרכים כמו דפיקת מסמר והברגה, התוצאה תהיה מעולה ואנו הצופים לא נחוש שעבד בכלי גס יחסית. אבל גם לבנאי מיומן תהיה העבודה קלה יותר אם ישתמש בפטיש ובמברג, על אחת כמה וכמה לבנאי מתחיל. באשר לי, אוכל לנסות ולהמחיש את טענתי באמצעות מאה מסמרים שיש לנעצם במקום כלשהו ולנסות ולהראות שבשימוש בפטיש הייתה התוצאה מוצלחת יותר. בסופו של דבר עדיפות הפטיש היא בשלב זה טיעון לוגי, ותשכנע רק כאשר בנאים אחרים ישימו את המוט בצד, ירימו הפטיש ויראו אם מלאכת דפיקת המסמרים קלה וקולעת יותר כעת. תיקח נא משפטנית סוג התנהגות – כל סוג שהוא – ותנתח את שאלת הפללתו מבעד למשקפי פסקת ההגבלה. לאחר מכן תבצע נא ניתוח באמצעות פסקת ההפלה, ותראה אם לקלחת הניתוח נוספו שיקולים חדשים. אפשר כמובן לעשות תרגיל הפוך ולראות אם פסקת ההגבלה מוסיפה משהו שפסקת ההפלה לא סיפקה. עד שהכדור יעבור למגרשם של אחרים, אוכל אך לטעון כעניין שבהיגיון. הרי כעניין של היגיון, פסקת הגבלה שתאמר שחוק צריך להיות "טוב" ודאי תותיר עבודה רבה יותר מכלי שאומר כמה דברים על מהו "טוב". אין להתעלם מכך שהכלי של פסקת ההגבלה מוליד לעתים קרובות ניתוחים קצרים ואינטואיטיביים, כאלו שפסקת הגבלה של "פגיעה בזכות לא תיעשה אלא בחוק טוב" אולי הייתה מספיקה בשבילם.¹⁹⁴ מאמר זה מציג פטיש הפללה. מחר, אולי, יוצגו מברגי הפרטה.

כעת, במקום סיכום מפורט אציג תרשים זרימה של ניתוח ההימורים דרך משקפי פסקת ההגבלה כעולה מפרשת תשעים הכדורים. מיד אחריו אציג תרשים דומה, של פסקת ההפלה. לא אנתח ניתוח מלא שאלה של הפללת הימורים, מטעמי מקום. לא אגן על פסקת ההפלה אשר להימורים, באשר מטרתי כאן היא המחשה בלבד, לא קידום טענה בנוגע להימורים. לדיון כמה הנחות מוצא ששאלתי מפיינברג: הנזק הנדון איננו פגיעה מוסרית מעצם הידיעה על מעשי אחרים;¹⁹⁵ אינו מתייחס לפגיעה ארוכת טווח שעניינה שינוי האופי המוסרי של הפרט¹⁹⁶ או לפגיעה ארוכת טווח שעניינה שינוי השקפות חברתיות בנוגע לדרך החיים;¹⁹⁷ נמנע כפי האפשר מפטרנליזם,¹⁹⁸ בחריג

194 בפרשת בנק המזרחי כתב הנשיא ברק כי בית המשפט אינו צריך לבחון אם החוק הוא טוב, יעיל ומוצדק, אלא אם הוא חוקתי. ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 438. איני בטוח עד מה רב המרחק המובנה בין "טוב" לבין "לתכלית ראויה, הולם את ערכי המדינה ומידתי".

195 FEINBERG, HARM TO OTHERS, לעיל ה"ש 6, בעמ' 50.

196 שם, בעמ' 66–70.

197 FEINBERG, HARMLESS WRONGDOING, לעיל ה"ש 6, בעמ' 9, 65–77.

198 FEINBERG, HARM TO SELF, לעיל ה"ש 6, בעמ' 57–58.

ההתמכרות להימורים. בניגוד למחקרי, לא אשים בצד דיונים על נזקים מוסריים.¹⁹⁹ אלו הנזקים שיובילו את הדיון, אף שאפשר להעלות על הדעת עוד ועוד: קידום פרזיטיות; התמכרות והפסדים כלכליים; פגיעה בקטינים; הלבנת כספים; אבדן הכנסה למדינה. כל הנזקים נובעים מהימורים ולא מארגון הימורים. הבחנה זו אינה התפלפלות; פירושה שההימור קרוב לנזק יותר מארגון ההימור (בדומה למצב הנוגע לייצור סמים וסחר בהם לעומת שימוש בהם), ושאינן טעם טוב לדון בעיסוק בארגון הימורים בלי לדון בהימור עצמו, למעט הטעם הפורמלי של מסגרת הדיון החוקתי, כעולה מפרשת תשעים הכדורים.²⁰⁰

2. הימורים במשקפי פסקת ההגבלה

(א) פגיעה בזכויות

פגיעה בחירות העיסוק בקרב מארגני ההימורים.

(ב) הסמכה

מתקיים ולא נדון.

(ג) הלימה

לא נדון.

(ד) תכלית ראויה

מלחמה בפרזיטיות, בהתמכרות, בנזק כלכלי חמור, בהרס התא המשפחתי ובנטל מוגבר על החברה (ואולי גם בפיתוח נטייה לעדות שקר ולזלזול בכסף) – ראויה.

(ה) מידתיות

התאמה בין אמצעי למטרה: הפללת הימורים מונעת את החוליים השונים הנלווים להימורים.

מבחן ההכרחיות: האיסור הפלילי אינו חריג בעולם, ויש חשש שהתכלית לא תושג באמצעי אחר.

199 טיעונים בדבר נזקים כאלו ראו את עמדת השופטת פרוקצ'יה בעניין רומנו, לעיל ה"ש 41, בעמ' 358 (התעשרות בזכות מזל היא תופעה חברתית לא בריאה, שמקדמת פרזיטיות ועצלות) וכן פרשת תשעים הכדורים, לעיל ה"ש 31, בעמ' 795–796. לביקורת על סוג הטענות האמור ראו גרוסקופף, לעיל ה"ש 47, בעמ' 29–31.

200 לתשתית המחקרית שעליה שעון הניתוח בנוגע להימורים ראו הרדוף הפשע המקוון, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297–334.

מבחן המידתיות במובן הצר: יש תועלת חברתית במניעת עלייה בשיעורי הפשע והתמכרות להימורים ולאורה הפגיעה בחופש העיסוק סבירה גם אם קיימים אמצעים פוגעניים פחות.

3. הימורים במשקי פסקת ההפלה

(א) פגיעה בזכויות

בהקשר חוקתי של ביטול חוק: פגיעה בחירות העיסוק בקרב מארגני ההימורים. בהקשר של פרשנות האיסור הקיים: פגיעה בחירות העיונית והמעשית להמר; פגיעה בקניין (במקרי סגירת עסק פועל והחרמת רכוש).

(ב) הסמכה

מתקיים ואינו מאיר באור מעניין את הדיון.

(ג) הלימה

כדי שהמבחן יוסיף דבר מה על שיקולי ההפלה, יש להניח כי ההלימה תרה אחר מבט בערכי המדינה כמשתקפים מחוקיה, להבדיל מערכיה המשתקפים ממסמכי יסוד כמגילת העצמאות. האם ערכי המדינה מוקיעים פרוזיטיות, אבדן כלכלי לא רציונלי או מוצרי צריכה ממכרים ונלחמים בהם? התשובה משפיעה על התשובה לשאלה אם איסור על ארגון הימורים הולם את ערכי המדינה. במובנים אלו, הפללת הימורים מצטיירת כ"הפללה סלקטיבית".

(ד) תכלית ראויה

האם מניעת הנזק או הפגיעה הערכית שמבקשים למנוע באמצעות האיסור על ארגון הימורים היא תכלית ראויה? אפשר בהחלט לטעון שמלחמה בפרזיטיות, באבדן כלכלי ובהתמכרות, בפגיעה בקטינים, בהלבנת הון ובאבדן כסף למדינה – ראויה.

(ה) מידתיות

התאמה בין אמצעי למטרה: האם הפללת ארגון הימורים תסייע למניעת הנזקים האמורים? ייתכן שבמידה רבה הפללת ארגון הימורים מביאה למניעת ארגון הימורים רציני בישראל. אך האם היא מביאה למניעת הנזק הנגרם מהימורים? אני נוטה להשיב בשלילה. נראה כי על פני הדברים קיימת בעיה בסיבתיות ההתנהגות, ואני מתקשה לראות קשר ברור בין ארגון הימורים פרטיים לבין הנזקים שנמנו קודם. במובן זה האיסור אינו מתאים להגשמת מטרתו. איני בטוח כי התעשרות בזכות מזל מקדמת פרוזיטיות או פגיעה בערכי עבודה, וכי יש קשר אמפירי בין התרת הימורים פרטיים לבין פרוזיטיות. איני סבור כי התרת הימורים תביא בהכרח להתמכרות ולהפסדים כלכליים, באשר התרה

כאמור אין פירושה ההכרחי התרה ללא מגבלות. התרת ההימורים גם אינה מחייבת להתיר לקטינים להמר, והקשר בין הימורי קטינים לבין שבר מוסרי מצריך ביסוס. לא בטוח שהימורים פרטיים מקלים הלבנת הון, ואולי דווקא הפלתם היא שמקדמת הימורים בחסות השוק השחור. גם אבדן הכנסה למדינה איננו נובע בהכרח מהתרת הימורים פרטיים, באשר מיסוי יעיל עשוי להשיב למדינה תגמול רב מזה שאבד.

מלבד זאת, אפילו בהנחה שהימורים גורמים לנזקים האמורים, מבחן צרות-היתר חושף עד כמה האיסור צר מכדי להגשים את מטרתו. למשל, באשר לקידום פרויטיות קשה מאוד להישיר מבט לתרבות ישראל והמערב בימינו בלי להיתקל בכל עבר בתופעות המקדמות שאיפות להתעשרות ולהצלחה מהירות, והכול בלב הקונצנזוס ולמול המצלמות. אין טעם להילחם בהימורים כדי למנוע את שקיים ממילא. בדומה, לא ברור מה הטעם להילחם בהימורים כדי למנוע התמכרות והפסדים כלכליים, מונח שיכול לכוון לאלף פנים, ויש לתהות מדוע דווקא התמכרות להימורים מטרידה יותר מהתמכרות למוצרים שצריכתם מותרת: אלכוהול, סיגריות, שוקולד, טלוויזיה, אינטרנט, מין ועוד ועוד. "הפסד כלכלי" הוא מונח רחב לא פחות, שנובע מאין-ספור התנהגויות. קשה למצוא טעם רב במניעת הימורים בשם הרצון למנוע הפסד כלכלי בעודנו מכשירים השקעות בבורסה, הרפתקאות כלכליות שונות והוצאות של הפרט על דברים שהם מיותרים בעיני העולם אך לא בעיניו. בדומה לזה לא ברור מה מיוחד בפגיעה בקטינים הנגרמת מהימורים, ולא ברור אם הימורים פרטיים גורמים להלבנת הון יותר מכפי שגורמים מוצרים בלתי מופללים אחרים, כזנות וחשפנות, אלכוהול, סיגריות ועוד. כלומר: יש אכיפות אך אין הפלה מספיקה, ובהיעדרה של זו, ובמיוחד לנוכח צמיחת שוק שחור למוצר ולנוכח ההימורים שבחסות המדינה, אין התאמה בין האמצעי למטרה. מבחן ההכרחיות תר אחר חלופות (ולא אכנס פה לשאלות ניסוח, שגם להן הוא חשוב). פסקת ההפלה מצביעה על כיוונים אפשריים להביא לצמצום הסיכוי להתממשות כל אחד מהנזקים, הכול בצורה פוגענית פחות ביחס לפרט. אפשר לחפש חלופות לפני התרחשות ההימורים. אפשר לשער שהתמריץ הגדול ביותר להימורים הוא כלכלי, וכך אפשר להטיל מיסוי כבד על בתי הימורים פרטיים ועל פרסומם ועל רווחי המהמרים ולצמצם את התופעה. אפשר גם לערוך מסעות תעמולה נגד הימורים. מוקד אחר לצמצום הנזק יהיה בין ההימורים לבין הנזק, בקטיעת המהלך הסיבתי הטיפוסי. המהלך הסיבתי בין ההימורים לנזקים השונים אינו מובן מאליו. ככל שהוא ארוך יותר, גדל הפוטנציאל לנסות ולקטעו. למשל, אפשר לפקח על הכניסה לבית ההימורים ובכך למנוע הימורי קטינים; אפשר לפקח על גובה ההימור ותכיפותו ועל זהות המהמר ובכך למנוע הפסדים כלכליים מופרזים; אפשר ליצור מסדר רישוי מפקח ולהבטיח הכנסות למדינה. ולבסוף, אפשר לדמיין, ולו בדוחק, תמריצים שליליים ששונים מאלו שמייצר המשפט הפלילי לארגון הימורים. אפשר לנסות וליצור עוולות נזיקיות לנפגעי ההימורים

או לערוך מסעות תעמולה שיקדמו את פעולת הנורמות והסנקציות החברתיות נגד המארגנים והמהמרים.²⁰¹

מבחן המידתיות במובן הצר עורך איזון. אם המבחן נערך כחלק ממהלך פרשני ולא כמבחן חוקתי פורמלי, כי אז להבנתי אפשר לשקול גם הפסדים הנוגעים להפללה שאינם כרוכים במישרין בפגיעה בזכות. למשל, הפגיעה בחירותם של המהמרים מצד אחד; שוק שחור הנובע באופן מובנה מהאיסור על הימורים, שגבוהים סיכוייו לייצר את אותם הנזקים שבגינם נולד האיסור מצד אחר. דומני שהפללת הימורים מזיקה יותר מכפי שהיא מועילה, אך שאלת האיזון לעולם תהא פתוחה לפרשנות.

סיכום

פסקת ההפללה אינה סוטה מהדוקטרינה הקיימת אלא מגשימה אותה ויוצקת בה קונקרטיזציה. הדוקטרינה איננה כוללת אמירה ערכית נגד יציקת תוכן. העובדה שעד היום הדבר טרם נעשה באשר לסוג מסוים של שאלות – של הפללה, של משפט מנהלי, של דיני נזיקין וכדומה – אין פירושה התנגשות וסטייה אלא ניסיון לפרוט לפרוט את ההיגיון והאינטואיציה הכלליים שמאחורי מבחני פסקת ההגבלה ולהתאימם לסוגיה ספציפית. ממש כפי שהתרגום של פסק דין מסוים את פסקת ההגבלה המופשטת אל השאלה הקונקרטית אינו בהכרח סוטה מהרעיונות שבבסיס פסקת ההגבלה, סבורני שגם התרגום ממופשט מאוד למעט פחות מופשט אינו סותר את רוחה של פסקת ההגבלה אלא מגשים אותה בסייעו למבצעי הניתוח מכאן ואילך להגיע לכל סוגי השיקולים החשובים.

במאמר זה ביקשתי לחבר את שרשרת ההפללה למשפט הישראלי, על הכלי הפורמלי הקיים בו לביקורת חוקים – פסקת ההגבלה – שקיומו מאפשר לתהות על קנקנם של איסורים. מזיגת שרשרת ההפללה לתוך פסקת ההגבלה יוצרת מדרגת ביניים בשביל השופט ועורך הדין בישראל. מדרגת ביניים שכזו, אני משער, ניתנת לבנייה גם באפיקים אחרים כדי להקל דיונים חוקתיים בסוג אופייני של שאלות שמתעוררות בענף משפטי מסוים. הצעתי במאמרי מדרגת ביניים בענף דיני העונשין בסוג של שאלות: שאלות הפללה קונקרטיות. מדרגה זו היא פסקת ההפללה. היא איננה מדרגה מושלמת שמספקת תשובה מדעית מוחלטת ונחרצת לכל שאלת הפללה קונקרטית, אלא אך מדרגת ביניים מטפורית מועילה, שמונעת את הצורך לקפוץ ולצלוח את המרחק הרב שבין המדרגה המופשטת מאוד – פסקת ההגבלה – למדרגה הקונקרטית ביותר – שאלת

201 כפי שהבהרתי בספרי, לא כל החלופות נראות משכנעות: קשה להעלות על הדעת גינוי חברתי ממש שיאפשר סנקציות חברתיות, ולא ברור מי יוכל לחבוע בגין עוולה של הימורים. מנגד חלופת הפיקוח נראית אפשרות רצינית למניעת חלק ניכר מהנזקים. ראו שם, בעמ' 318–326.

הפלה ספציפית. כמו פסקת ההגבלה גם פסקת ההפלה מאפשרת שימוש פשוט ואינטואיטיבי. כמוה, גם היא מצריכה מאמץ מחשבתי ולצדו מחקר אקדמי. אך להבדיל מפסקת ההגבלה, פסקת ההפלה כוללת תוכן מהותי רב יותר, חיסכון רב במאמץ הפרשני, צמצום חסרים בדיוני ההפלה וקידום אחדות בתוצאת הבחינה. ולבסוף, פסקת ההפלה היא צעד בדרך לקונקרטיזציה של פסקת ההגבלה, אני מקווה שלא צעד אחרון.