

מגמות במשפט החוקתי-פלילי בישראל לאור ניתוח מושגי של "כבוד האדם"

מאת

עדיאל זימרון*

בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התפתחו בשיח המשפטי הישראלי שני דיונים מקבילים, האחד דן בערך החוקתי של "כבוד האדם", והשני בהשפעתו של חוק היסוד על המשפט הפוזיטיבי בישראל ובייחוד על תחומי המשפט הפלילי. במאמר זה אבקש לשלב את שני הדיונים זה בזה, ובתוך כך להציע שלוש חלופות פרשניות לערך החוקתי של "כבוד האדם" ולהראות כיצד אלה עשויות להשפיע על המשפט הפלילי הפרוצדורלי והמהותי, בישראל. כפי שאראה, סמוך לחקיקת חוק היסוד חלו שינויים ניכרים בדין הפלילי הפרוצדורלי, ובעיקר בזכויותיהם של החשודים והנאשמים. עם זאת השפעתו של חוק היסוד נעצרה על סיפו של המשפט הפלילי המהותי והתנקזה כמעט לחלוטין לבחינה של פסקת ההגבלה. המאמר מראה כי לאחרונה ניתן לזהות ניצני שינוי בהשפעתו של חוק היסוד על תחומי המשפט הפלילי המהותי המתבטאים בכך שבית המשפט החל להעניק לעקרון האשמה מעמד חוקתי, לפרש מחדש נורמות מהדין הפלילי המהותי ולעצב את ההליך הפלילי לאור חוק היסוד. המאמר עומד על כך ששינויים אלה נעוצים בפרשנויות שונות המוענקות לערך החוקתי של "כבוד האדם" שבחוק היסוד.

מבוא: המהפכה החוקתית והמשפט הפלילי הישראלי. א. שלוש הגדרות למונח כבוד האדם: אובייקטיבי, סובייקטיבי ופועל מוסרי. 1. האדם – The Human Being; 2. האדם – The Person; 3. האדם – The Agent; 4. התנגשות בין הערכים החוקתיים השונים בתחומי המשפט הפלילי; 5. מתח בין כבוד האדם הסובייקטיבי לכבוד האדם כפועל מוסרי סביב עקרון האשמה; ב. השפעתו של חוק היסוד על זכויות החשוד והנאשם ודחייה של עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. 1. הכבוד והפרוצדורה הפלילית: מאינטרס ציבורי לעבר זכויות הנאשם. 2. כבוד האדם והמשפט הפלילי המהותי: דחייה של עקרון האשמה; 3. מסקנות: כבוד האדם והפרוצדורה הפלילית מול כבוד האדם והדין המהותי; ג. כניסתו של עקרון האשמה כעיקרון חוקתי למשפט הפלילי הישראלי. 1. עניין פלוני: בין הערך החוקתי של קדושת החיים לערך החוקתי המכיר באוטונומיה של הסובייקט; 2. עניין טמטאווי: בעקבות ההכרעה בדיון הנוסף בעניין פלוני; ד. האדם כפועל מוסרי – פרשנות חדשה לערך החוקתי של כבוד האדם. 1. דחיית עקרון האשמה בעניין פלוני: הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי; 2. אימוץ עקרון האשמה בעניין פלוני: הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי; 3. הדים לכבוד האדם כפועל מוסרי בכתביה של השופטת ברק-ארז; 4. כבוד האדם

* ד"ר לפילוסופיה מהאוניברסיטה העברית ועו"ד. עמית בתר-דוקטורט בבית הספר למשפטים של אוניברסיטת NYU. תודתי העמוקה לפרופ' משה הלברטל, פרופ' יוסף ויילר, פרופ' אלון הראל, ד"ר נתנאל דגן, עו"ד אוראל שריקי, שמוליק ברון ואוריה בארי על הערותיהם המועילות לטיוטת המאמר. אני מבקש להודות לעורכי כתב העת ולחברי המערכת על הערותיהם המדויקות ועל עבודתם המקצועית, שהובילו לשיפור המאמר.

כפועל מוסרי ועקרון האשמה החוקתי; ה. במקום סיכום: כבוד האדם כפועל מוסרי – הגדרה מחדש של המתח שבין המשפט החוקתי והמשפט הפלילי. ו. נספח: ביטויים נוספים לכבוד האדם כפועל מוסרי – דוקטרינת "פח יקוש" והזכות לחקירה נגדית.

מבוא: המהפכה החוקתית והמשפט הפלילי הישראלי

סמוך לחקיקת חוקי היסוד הכיר בית המשפט העליון בתוקפם העל-חוקי והעניק להם מעמד חוקתי.¹ כחלק מכך החל בית המשפט בתהליך שכוונה קונסטיטוציונליזציה של ענפי המשפט. ביטוי זה נועד להדגיש כי המהפכה החוקתית לא באה לידי ביטוי רק בסמכותו של בית המשפט למתוח ביקורת שיפוטית על דברי חקיקה, אלא גם יצרה מסגרת נורמטיבית חדשה לדין הפוזיטיבי הנוהג בישראל.² שינוי זה בא לידי ביטוי בפרשנות החוק ברוח חוקי היסוד ובאימוצם של עקרונות חדשים הנגזרים מחוק היסוד לתוך ענפי המשפט השונים, כדי ליצור הרמוניה בין ההסדרים התת-חוקתיים לעקרונות החוקתיים. בלשונו של הנשיא א' ברק: "כל ענף משפטי צריך לשנות את מושגי היסוד ואת תפיסות היסוד על מנת להתאים את עצמו להסדר החוקתי החדש".³ לנוכח העובדה כי מגילת זכויות האדם בחוקי היסוד היא דלה,⁴ אימץ בית המשפט לאורך השנים פרשנות מרחיבה למונח "כבוד האדם" ומצא בו עוגן לזכויות חוקתיות רבות בתחומי המשפט השונים.⁵ אחד מתחומי המשפט הראשונים שהושפעו מחקיקת חוק היסוד הוא המשפט הפלילי.⁶ הסיבה לכך נעוצה בעובדה שההליך הפלילי הוא במהותו הליך פוגעני שבמסגרתו נעשה שימוש בכוחה הרב של המדינה כנגד האזרח.⁷ עמד על כך הנשיא ברק בעניין סילגדו:

- 1 לתיאור התהליך ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 354–353 (1995); בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712 (1996); אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל כרך ב 913 (1996).
- 2 אהרן ברק "המהפכה החוקתית בת מצווה" משפט ועסקים א 3, 39 (2004) (להלן: ברק "המהפכה החוקתית"). ראו גם דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פס" 7 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת).
- 3 ברק "המהפכה החוקתית", לעיל ה"ש 2, בעמ' 34.
- 4 עובדה זו נבעה, בין היתר, מאילוצים פרלמנטריים. ראו יהודית קרפ "חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323 (1993).
- 5 לדוגמאות ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה 258–239 (2014). יש שראו ערך בגזירת זכויות דווקא מכבוד האדם. ראו Reva B. Siegel, *Dignity and the Politics of Protection*, 117 YALE L.J. 1694 (2008); Siegfried Wiessner, *Abortion Restrictions under Casey/Carhart*, 34 YALE J. INT'L L. 525 (2009); Jeremy Waldron, *The Dignity of Groups*, 2008 ACTA JURIDICA 66. אף שתאורטית תהליך של קונסטיטוציונליזציה יכול להיות גם תהליך שנשללות בו זכויות הפרט לפי עיקרון חוקתי; בשיח הדמוקרטי מקובל לראות בחוקה כתב זכויות לפרטים בחברה, ובתהליך הקונסטיטוציונליזציה תהליך היוצר שינוי בדין הפוזיטיבי ומקדם שמירה על זכויותיהם החוקתיות של הפרטים בחברה.
- 6 קביעה זו משתקפת גם בפסקי דין וגם בכתיבה המשפטית (ראו להלן בה"ש 14).

אכן, המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט. טבעי הוא שהאיזון החוקתי החדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על המשפט הפלילי.⁸

אף שבחוק היסוד אין התייחסות קונקרטית לזכויות נאשמים וחשודים, מוסכם שאלה נגזרות מחוק היסוד, והן מעצבות מחדש את המערך הנורמטיבי של הפרוצדורה הפלילית.⁹ על רקע זאת יש להבין את העובדה שסמוך לחקיקת חוק היסוד ניתן מספר רב של פסקי דין שבהם הודגש השינוי שחל בתחום זה בעקבות כניסתו של חוק היסוד לתוקף. עם זאת, כפי שאראה להלן, בשני העשורים שלאחר חקיקת חוק היסוד הצטמצמה השפעתו בעיקר לתחומי הפרוצדורה הפלילית, ובית המשפט נמנע מקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי המהותי.¹⁰ דוגמה מרכזית לכך היא שבעשורים אלה נמנע בית המשפט לראות בעקרון האשמה עיקרון חוקתי המעצב מחדש את המשפט הפלילי המהותי.¹¹ אולם, בעשור האחרון

7 ראו Tatjana Hörnle & Mordechai Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law*, 44 ISR.L.REV 144, 143 (2011) (להלן: Hörnle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest*).

8 ע"פ 4414/98 סילגרו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק (2002).

9 הכתיבה על זכויות החשוד והנאשם בעקבות חוק היסוד היא ענפה. ראו לדוגמה חיה זנברג פירוש לחוק המעצרים (2001); מנחם אלון "חוקי היסוד, עיגון ערכיה של מדינת יהודית ודמוקרטית: סוגיות במשפט הפלילי" מחקרי משפט יג 27 (1996); דליה דורנר "השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים" משפט וממשל ד 13 (1997); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1997); יובל אלבשן "סדר דין פלילי: חוק המעצרים החדש" עיוני משפט כב 87 (1999). ראו גם בהפניות המובאות להלן בה"ש 70. יש הסוברים שראוי לעגן את זכויות החשוד והנאשם בחוק יסוד, ראו יואב ספיר "הגנה ראויה של אנשים לא-נחמדים: הערות על מגילת זכויות הרזה שבהצעת החוקה" משפט וממשל י 571 (2007).

10 גור-אריה סבורה שבהקשר הפלילי, ברק צמצם את "החירות" לחירות התנועה ולא העניק לה משמעות של חירות הרצון. ראו Miriam Gur-Arye & Thomas Weigend, *Constitutional Review of Criminal Prohibitions Affecting Human Dignity and Liberty: German And Israeli Perspectives*, 44 ISR.L. REV. 63, 76 (2011). עוד היא ציינה כי בית המשפט עושה שימוש בכבוד האדם במשפט הפלילי המהותי, בעיקר בנוגע לנפגע העבירה ולא לנאשם. ראו Miriam Gur-Arye, *Human Dignity of 'Offenders': A Limitation on Substantive Criminal Law*, 6 CRIM. L. & PHIL. 187, 188 (2012) (להלן: Gur-Arye, *Human Dignity of 'Offenders'*).

11 במאמר אני משתמש בשלושה מונחים: (1) ערך חוקתי; (2) עיקרון חוקתי; (3) זכות חוקתית. ההבדל בין מונחים אלה נעוץ במידת ההפשטה של האידאל החוקתי. ערך חוקתי הוא אידאל שהחוקה מכירה בו במפורש או במשתמע, ושממנו ניתן לגזור עקרונות חוקתיים המאפשרים פרשנות תכליתית של הסדרים תת-חוקתיים ובחלק מהמקרים גם זכויות חוקתיות קונקרטיות. שלוש ההגדרות שאציע למונח כבוד האדם מכוונות לערך החוקתי הטמון בחוק היסוד, כלומר לאידאל העיקרי שבתשתית החוק. כפי שאראה במאמר, רק מחלק מההגדרות שאציע (המשקפות ערכים חוקתיים שונים) ניתן לגזור את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי במשפט הפלילי. המשמעות של הכרה בעקרון האשמה כעיקרון חוקתי היא שיש לעצב את דיני העונשין לפי עיקרון זה. על ערכים חוקתיים, ראו ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 225; אהרן ברק "כבוד האדם: ניתוח חוקתי השוואתי" ספר לבונטין – מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 37 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין-פסברג עורכים, 2013); אהרן ברק "זכויות חוקתיות והמשפט הפרטי – התחולה במשפט העבודה" ספר אליקה ברק-אוסוסקין 363 (סטפן אדלר ואח' עורכים, 2012). על עקרונות לעומת זכויות קונקרטיות, ראו

ניתן לזהות רוחות של שינוי ביחס שבין המשפט החוקתי למשפט הפלילי בישראל. כפי שיתואר להלן, לאחרונה החל בית המשפט העליון בתהליך קונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי המהותי, שבמסגרתו מוענק לעקרון האשמה מעמד חוקתי, ודיני העונשין מפורשים מחדש לאור חוק היסוד. במאמר אציע הסבר שלפיו שינוי זה התאפשר בעקבות פרשנות חדשה שהוענקה לערך החוקתי של "כבוד האדם".

המאמר עוסק בקשר שבין הפרשנות שהעניק בית המשפט לערך החוקתי של "כבוד האדם" לבין השינויים שחלו במשפט החוקתי-פלילי בישראל. המאמר יחולק לארבעה חלקים: בחלק הראשון, שעיקרו תאורטי-נורמטיבי, יוצגו שלוש חלופות פרשניות לערך החוקתי של "כבוד האדם" והשלכות של כל אחת מהן על עקרונות המשפט הפלילי ובראשם על עקרון האשמה. החלקים השני והשלישי יוקדשו לניתוח מגמות במשפט הפוזיטיבי הנוהג בישראל בתחום החוקתי-פלילי באמצעות בחינת פסקי דין מרכזיים בפסיקת בית המשפט העליון. בחלקים אלה אבקש להראות את השינוי שחל בפסיקת בית המשפט בנוגע לעקרון האשמה: בחלקו השני של המאמר אראה כי בשנים הסמוכות לחקיקת חוק היסוד תחם בית המשפט את השפעתו לתחומי הפרוצדורה הפלילית בלבד וסירב לאמץ את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי.¹² בסיכום חלק זה אציע הסבר שלפיו מגמה זו נעוצה בהעדפת הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי ובחשש מסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי. בחלק השלישי אעמוד על שינוי המגמה שחל בשנים האחרונות, שבמסגרתו החל בית המשפט לראות בעקרון האשמה עיקרון חוקתי ולפרש את הדין הפלילי המהותי לאור חוק היסוד. בחלק הרביעי אטען כי ניתן להסביר את המגמה החדשה בזיקה לפרשנות מחדשת לערך החוקתי של "כבוד האדם" – שעיקרה מעבר מתפיסה של כבוד האדם האובייקטיבי לכבוד האדם כפועל מוסרי. בסיום המאמר אראה כיצד פרשנות זו לערך "כבוד האדם" מעצבת מחדש את מערכת היחסים המורכבת שבין המשפט החוקתי למשפט הפלילי.

א. שלוש הגדרות למונח כבוד האדם: אובייקטיבית, סובייקטיבית ופועל מוסרי

בעקבות חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התפתחו בשיח המשפטי הישראלי שני דיונים מקבילים: האחד דן במשמעות המונח "כבוד האדם" ובערך החוקתי הגלום בו,¹³

ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 44 (2002); RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 24 (1977); Mattias Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, 2 INT'L J. CONST. L. 574 (2004) ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה**, שם, בעמ' 321. על השאלה אם יש לאזן את העקרונות המתנגשים במישור החוקתי או במישור התת-חוקתי, ראו אהרן ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי (Alexy) לעניין היחס בין זכויות חוקתיות כעקרונות ותורת המדתיים" מבחר כתבים ג – עיונים חוקתיים (2017) 765.

Mordechai Kremnitzer & Tatjana Hömle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, 44 12 ISR. L. REV 115 (2011).

13 אורית קמיר הייתה מהראשונות שעסקו במונח זה ובמשמעויותיו הסוציולוגיות והמשפטיות, ראו אורית קמיר **שאלה של כבוד** (2004); אורית קמיר "על פרשת דרכי-כבוד – ישראל בין מגמות של הדרת-כבוד

והשני בהשפעתו של חוק היסוד על המשפט הפוזיטיבי ובייחוד על תחומי המשפט הפלילי.¹⁴ במאמר זה בכוונתי לשלב את שני הדיונים זה עם זה, ולהראות כיצד פרשנויות שונות לערך החוקתי של "כבוד האדם" מעצבות אחרת את המפגש שבין המשפט החוקתי למשפט הפלילי. לשם כך אפתח בשלוש הגדרות קונספטואליות למונח "כבוד האדם" ואעמוד בקצרה על ההשלכות האפשריות של כל אחת מהן על המשפט הפלילי. נקודת המוצא להגדרות שאציע היא שבדומה לשפה המדוברת, שבה "כבוד" מציין יחס מיוחד למי שמבקשים להוציאו מתוך קבוצת הכלל ולהדגיש את ייחודו, כך גם המונח "כבוד האדם" נועד להבדיל את מושא הכבוד מקבוצת ייחוס מסוימת.¹⁵ לפיכך על מנת לפרש מונח זה יש להגדיר תחילה מיהו מושא הכבוד, ובמילים אחרות מיהו ה"אדם" שאליה מכוון חוק

(honor), כבוד סגולי (dignity), הילת-כבוד (glory) וכבוד-מחיה (respect) "תרבות דמוקרטית", 9, 169 (2005); אורית קמיר "זכויות כבוד סגולי וזכויות כבוד מחיה: הצעה להמשגה של זכויות אדם ועיון בחוק היסוד" עלי משפט יג 37 (2016). דני סטטמן מציע שתי זוויות פילוסופיות למושג זה. ראו דני סטטמן "שני מושגים של כבוד" עיוני משפט כד 541 (2001). הנשיא ברק עסק במונח זה בהקשרים רבים. ראו לדוגמה אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" הפרקליט מא 271 (1994); אהרן ברק "כבוד האדם" המשפט ז 517 (2002); ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, לעיל ה"ש 5. לאחרונה ביקר אביחי דורפמן את המשמעות הפלורליסטית שהוענקה למונח. ראו אביחי דורפמן "כבוד האדם והמשפט החוקתי הישראלי" עיוני משפט לו 111 (2013). בניגוד לחוק היסוד המשתמש בנוסח כללי, בחוקה הגרמנית מופיעה הזכות לכבוד כמובן של dignity והזכות לכבוד כמובן של freedom. לדין ראו GRUDGESSETZ [GG] [BASIC LAW], art. 1, para. 1 and art. 2, para. 1, translation available at tinyurl.com/zyeq6m6.

14 ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג 5 (1996) (להלן: ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט"); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64 (1996); יהודית קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם לפי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" משפטים כה 129 (1995) (להלן: קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם"); עמנואל גרוס "הזכויות הדיוניות של החשוד או הנאשם על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" מחקרי משפט יג 155 (1997); לסלי סבה "זכויות האדם ומערכת הענישה האם שנות ה-90 הניבו שתי מהפכות חוקתיות?" מחקרי משפט יג 183 (1996); דן בין "חוקי היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יב 251 (1995); אליהו הרנון "ראיות שהושגו שלא כדין – האם נשתנה המצב המשפטי בעקבות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו?" מחקרי משפט יג 139 (2006); Mordechai Kremnitzer, *The Primacy of Liberty and Proportionality Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control*, 44 ISR. L. REV. 91 (2011); ראו גם בהפניות לעיל ה"ש 9. בעקבות פסק דין סילגדו נכתבו מאמרים שעסקו ביחסים התאורטיים שבין המשפט החוקתי למשפט הפלילי. ראו להלן ה"ש 198. כמה מאמרים עסקו בשאלה אם וכיצד מגביל חוק היסוד את המחוקק בעיצוב הנורמה העונשית. ראו Gur-Arye, *Human Dignity of 'Offenders'*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 187; Hörnle & Kremnitzer, *Human Dignity as a protected interest*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 143.

15 ראו Naomi Rao, *Three Concepts of Dignity in Constitutional Law*, 86 NOTRE DAME L. REV. 183, 224 (2011); Christopher McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, 19 EJIL 655, 656 (2008). חשוב להבחין בין ההיבט הסוציולוגי של הכבוד לדין המוסרי. להרחבה ראו Markus D. Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 HASTINGS L.J. 509, 535 (2004); MARTA C. NUSSBAUM, *SEX AND SOCIAL JUSTICE* 57 (1999).

יזכה למינימום של כבוד המבטא את אנושיותו. נוסף על כך, ערך זה שולל גישות מהותניות הדוגלות בהבחנה אסנציאלית בין בני האדם על רקע מגדרי, גזעי, דתי או אחר – שכן הוא מדגיש את הדמיון בין כל בני האדם וחל על כל בני המין האנושי במידה שווה.²⁰ במובנים רבים, ערך זה הוא תולדה של לקחי המאה העשרים, ובמיוחד מלחמת העולם השנייה, שבה טושטש הפער שבין האדם לבעל החיים, וכבוד צלם האנוש נרמס ברגל גסה.²¹ אולם הוא שואב את קיומו גם מן המסורת המקראית, אשר מתארת את בריאת האדם כמי שרק הוא נברא בצלם אלוהים ובדמותו,²² והוא משתלב גם עם הפילוסופיה הקנטיאנית המתארת את האדם כבריאה מיוחדת הראויה לכבוד מעצם היותה בעלת אוטונומיה.²³ כל אלה מדגישים את ייחודו של המין האנושי המצדיק יחס של כבוד ואי-השפלה.²⁴ ערך חוקתי זה אכנה להלן: כבוד האדם האובייקטיבי.

- 20 Rao, לעיל ה"ש 15, בעמ' 201.
- 21 ראו בפתח פסק דינו של הנשיא ברק בעניין **בנק המזרחי**, לעיל ה"ש 1. על השפעת מלחמת העולם על הכרזת הזכויות ראו JOHANNES MORSINK, THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS (1999). על חשיבותו של כבוד האדם בחוקה הגרמנית בעקבות מלחמת העולם השנייה ראו Edward M. Andries, *On the German Constitution's Fiftieth Anniversary: Jacques Maritain and the 1949 Basic Law (Grundgesetz)*, 13 EMORY INT'L. L. REV. 1 (1999).
- 22 החומר בנושא זה רב. ראו לדוגמה Izhak England, *Human Dignity From Antiquity to Modern Israel's Constitutional Framework*, 21 CARDOZO L. REV. 1903 (2000); Yair Lorberbaum, *Blood and the Image of God: On the Sanctity of Life in Biblical and Early Rabbinic Law, Myth, and Ritual*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 55 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002); McCrudden, לעיל ה"ש 15, בעמ' 655; יהושע אריאלי "תורת זכויות האדם, מוצאה ומקומה בעיצובה של החברה המודרנית" **משפט והסטוריה** 25 (דניאל גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); יאירה אמית "כבוד האדם יסוד מוסד במקרא – מדוע?" **משפט ועסקים** יח 41 (2014). לגישה ביקורתית על תרומתה של מסורת זו לאתיקה ראו Dietrich Ritschl, *Can Ethical Maxims be Derived from Theological Concepts of Human Dignity?*, in THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN HUMAN RIGHTS DISCOURSE 87 (David Kretzmer & Eckart Klein eds., 2002). בתי המשפט מרבים לעגן את כבוד האדם במסורת היהודית המתארת את בריאת האדם בצלם אלוהים. ראו לדוגמה ע"א 506/88 שפר נ' **מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 87, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1993); בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' **גואטה**, פ"מ מו(5) 704, פס' 15, 22, 23 לפסק דינו של המשנה לנשיא אלון (1992).
- 23 ראו IMMANUEL KANT, *GROUNDING FOR THE METAPHYSICS OF MORALS* 41 (James W. Elington trans., 1993); Alan Gewirth, *Human Dignity as the Basis of Rights*, in THE CONSTITUTION OF RIGHTS 10 (Michael J. Meyer & William A. Parent eds., 1992). לסקירה של גישות פילוסופיות שהדגישו את האדם כבריאה המעוררת כבוד ראו Rao, לעיל ה"ש 15, בעמ' 196. יש זרם של הוגים המתקשה במציאת בסיס פילוסופי לכבוד האדם האובייקטיבי. לדיון ראו Richard Rorty, *Postmodern Bourgeois Liberalism*, 80 J. PHIL. 583 (1983); Jeffrie Murphy, *Afterword: Constitutionalism, Moral Skepticism, and Religious Belief*, in CONSTITUTIONALISM: THE PHILOSOPHICAL DIMENSION 239, 248 (Alan S. Rosenbaum ed., 1998); MICHAEL J. PERRY, *TOWARD A THEORY OF HUMAN RIGHTS: RELIGION, LAW, COURTS* 14 (2006).
- 24 סטטמן מכנה רוברד זה של כבוד "יחס לא משפיל" (ראו סטטמן, לעיל ה"ש 13). למרות ההבדל בין הצידוקים השונים שניתנו לערך זה הוא מוסכם על כל ההוגים הליברלים. ראו Herbert Spiegelberg,

כיצד הגדרה זו למונח "אדם" מעצבת את המשמעות המשפטית של כבוד האדם? הכבוד מבטא את היחס הבסיסי הראוי לכל בני האדם ומדגיש את הממד הייחודי של המין האנושי. בהקשר זה נכון לתרגם את המונח "כבוד" ל-"dignity, ומשמעותו צריכה להיות אחידה לכל בני האדם.²⁵ לפיכך הכבוד הוא כבוד מינימלי וחריגה ממנו יכולה לטשטש את הדמיון בין כל בני האדם או את הפער שבין האדם לבעל החיים.²⁶ הביטוי המשפטי של ערך חוקתי זה הוא בעיקרו פרוטקטיבי,²⁷ שכן הוא נועד להגן על זכויותיהן של קבוצות מוחלשות בחברה, אשר בנסיבות אישיות, היסטוריות ותרבותיות עלולות להיחשב למצויות מחוץ למעגל החברתי הזכאי לכבוד.²⁸

מאפיין מרכזי של ערך חוקתי זה הוא שהפגיעה בכבוד האדם אינה פוגעת אך בסובייקט ספציפי, מושא הזכות (לדוגמה נפגע העבירה), אלא במושג ה"אנושיות" האוניברסלי והמופשט. הדמיון בין כל בני האדם והצורך החברתי להדגיש את ייחודו של בן האנוש מובילים לכך שפגיעה בסובייקט יחיד נתפסת כפגיעה בכבודם של כל בני האדם. כך לדוגמה פסק בית המשפט העליון כי הסכמתו של אדם למחול על כבודו אין בה כדי לרפא את הפגיעה החוקתית בכבודו של צלם האדם ולהתיר מעשה שיש בו ביזוי של צלם האנוש וכבודו.²⁹ הערך החוקתי האוסר ביזוי של צלם אדם שייך לכל בני האנוש, ופגיעה בו, גם כאשר היא נעשית בסובייקט מסוים ובהסכמתו, היא פגיעה באתוס החברתי המשותף

Human Dignity: A Challenge to Contemporary Philosophy, in HUMAN DIGNITY 39 (Rubin Gotesky & Ervin Laszlo eds., 1970).

25 על תרגום המונח כבוד ראו חיים כהן "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית – עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט – ספר היובל 9, 31 (1993); קרפ "מקצת שאלות על כבוד האדם", לעיל ה"ש 14, בעמ' 142.

26 פרשנות זו מוצאת ביטוי גם במשפט הפוזיטיבי. לדוגמה, סעיף 1 להצהרת זכויות האדם של האו"ם מדגיש שכל בני האדם נולדו שווים, ובכך מביא לידי ביטוי את הקביעה הנורמטיבית שהכבוד נובע מעצם ההשתייכות לקבוצת בני האדם: "All human beings are born free and equal in dignity and rights". גם לשון סעיף 2 בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הישראלי מדגישה את ההכללה באמצעות הביטוי "אדם באשר הוא אדם".

27 ראו דורפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 114.

28 זה הרקע התאורטי לפסקי דין רבים המעניקים זכויות מינימליות לקבוצות מוחלשות: "כבודו של האדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום הקיום האנושי" (ראו רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו, פ"ד נה(3) 360, פס' 20 לפסק הדין (2001)). "אדם המתגורר בחוצות ואין לו דיור, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הרעב ללחם, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם שאין לו גישה לטיפול רפואי אלמנטרי, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע; אדם הנאלץ לחיות בתנאים חומריים משפילים, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע" (שם, בעמ' 375–376). לפי ערך חוקתי זה נקבעו זכויותיהן של קבוצות מוחלשות כדוגמת אוכלוסייה שאינה בעלת אזרחות (בג"ץ 2150/07 חסיין נ' שר הביטחון, פ"ד סג(3) 33 (2009)); אנשים עם פגיעה קוגניטיבית חמורה (רע"א 5587/97 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד נא(4) 830 (1997)); וזכויותיהם של אסירים ביטחוניים (בג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לבטחון פנים, פ"ד סב(1) 762, 771 (2007)).

29 עניין שפר, לעיל ה"ש 22, בעמ' 117. ראו גם עניין גואטה, לעיל ה"ש 22. גם בנוגע לסרסור בזנות הודגשה הפגיעה בכבוד האדם בלא קשר להסכמת הצדדים. ראו בש"פ 7542/00 חנוכוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 27.10.2000); בש"פ 291/01 רביאי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.1.2001); בש"פ 460/01 מטטוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.1.2001). על כך שהסכמה אינה מרפאת פגיעה בכבוד, ראו דליה דורנר "בין שוויון לכבוד האדם" ספר שמגר חלק א 9, 22 (אהרן ברק עורך, 2003).

המבקש לרומם את ערך חיי האדם ולהעניק לו מעמד בלתי מעורער ובלתי פגיע.³⁰ לפיכך יש הסוברים שכבוד האדם האובייקטיבי עלול להיפגע אף בלי שהתרחשה פגיעה בסובייקט ממשי, כך לדוגמה בסרטים או בתצלומים המתארים ביזוי של צלם אדם.³¹ השימוש בביטוי "קדושת החיים" מכוון להיבט זה של כבוד האדם. אין מדובר על קדושת חייו של הסובייקט אלא על קדושת הממד האובייקטיבי שבאדם, המכונה פעמים רבות צלם אנוש ומהדהד את התיאור המקראי "בצלם אלוהים עשה את האדם".³²

למאפיין זה חשיבות מיוחדת בהקשרו של המשפט הפלילי. המשפט הפלילי הוא משפט המתנהל בין המדינה לנאשם. על אף ההכרה בזכויותיו של נפגע העבירה להיות שותף חלקי בהליך הפלילי³³ לנפגע העבירה אין זכות למחול על הפגיעה בו. ההנחה המובלעת בהליך הפלילי היא שהפרת עבירות הליבה³⁴ של חוק העונשין³⁵ אינה פגיעה רק בסובייקט (אשר יכול לתבוע את זכויותיו בהליך האזרחי) אלא פגיעה בצלם האדם האובייקטיבי השייך לכל בני האדם.³⁶ ההליך הפלילי שבו המדינה תובעת את הנאשם על מעשיו תכליתו לכפר על

30 במובנים מסוימים זו הגישה הגמולנית המנוסחת אצל von Hirsch. לשיטתו, העונש על העבירה נגזר מחומרת המעשה בעיני החברה המענישה, וחומרת המעשה נגזרת ממאפייניו האובייקטיביים בלבד. ראו Andrew von Hirsch, *Punishment, Penance and the State*, in PUNISHMENT AND POLITICAL THEORY 69 (Matt Matravers ed., 1999); ANDREW VON HIRSCH & ANDREW ASHWORTH, PROPORTIONATE SENTENCING EXPLORING THE PRINCIPLES (2005).

31 Hörmle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 155. יש בכך תשובה לטענת גור-אריה, שלפיה הגבלת מסחר בתמונות קריקטוריות לצורכי פורנוגרפיה אינה פגיעה בכבוד האדם. ראו Gur-Arye, *Human Dignity of 'Offenders'*, לעיל ה"ש 10, בעמ' 192.

32 בראשית ט 6. מובן זה מפותח במקורות הדתיים. ראו את לשון המשנה: "חביב אדם שנברא בצלם חבה יתרה נודעת לו שנברא בצלם, שנאמר, כי בצלם אלהים עשה את האדם" (משנה, אבות ג, יד). ראו גם במשנה תורה, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק א, הלכה ד. אלון מציג גישה זו בפירוט רב בעניין שפר (לעיל ה"ש 22). חשוב לציין, שגם כותבים ליברלים מכירים בזכותה של חברה להגביל את חירות הפרט כדי לשמר אתוס חברתי של קדושת החיים. זוהי ההצדקה לאיסורים פליליים גם במקום שקיימת בו הסכמה של הצדדים. ראו Hörmle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 158.

33 מגמה זו מתרחבת בשנים האחרונות הן בחקיקת חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א–2001 והן בהכרה של בתי המשפט. ראו הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ' "הדרור הבא" של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 549 (2015); אריאל בנדור "המעמד החוקתי של זכויות נפגעי עבירה – בעקבות מאמרו של הדר דנציג-רוזנברג ודנה פוגץ' "הדרור הבא" של זכויות נפגעי עבירה: הזכות החוקתית להליך הוגן" עיוני משפט לו 605 (2015).

34 ההבחנה בין עבירות הליבה לעבירות הפריפריה בחוק העונשין הוזכרה אצל כמה כותבים בהקשר זה. ראו לדוגמה שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחדש ביחס שבין עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511 (אלי דרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

35 חוק העונשין, התשל"ז–1977.

36 יש הטוענים שהמשפט המקובל הושפע מתפיסת הכבוד של המלך. במובן זה, המשפט הפלילי נתפס בעבר כתגובה לפגיעה בכבוד המלכות, ואילו היום כפגיעה בכבוד המדינה. לדין ראו S.F.C. MILSOM, HISTORICAL FOUNDATIONS OF THE COMMON LAW 427 (2nd ed. 1981); J.H. BAKER, AN INTRODUCTION TO ENGLISH LEGAL HISTORY 601 (3rd ed. 1990), Dubber; לעיל ה"ש 15, בעמ' 549.

הפגיעה בצלם האנוש ולשמור על הערך החוקתי של כבוד האדם.³⁷ מקרה שבו אדם נפגע בידי אדם אחר בלא שהחברה הביעה את סלידתה מהמעשה והוקיעה את הפוגע באמצעות העמדתו לדין מבטא זילות בערכם של חיי אדם ופוגע בערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי.³⁸

לפיכך חשיבותו של כבוד האדם האובייקטיבי למשפט הפלילי היא כפולה: מחד גיסא הוא מדגיש את החשיבות בפרוצדורה הפלילית ובשמירה על זכויות החשוד והנאשם. הנאשם בהליך הפלילי הוא מי שחשוד בהפרת הקוד החברתי הבסיסי ובפגיעה בערכי החברה והמדינה. בשל כך אפשר שיידחק בקלות אל מחוץ למעגל הזכאים להגנה בסיסית ולזכויות יסוד. לפי ערך חוקתי זה, חוק היסוד מבטיח כי גם אחרון העבריינים יזכה לזכויות יסוד ולהליך משפטי הוגן המבטאים את כבודו כבן אנוש.³⁹

מאידך גיסא ערך זה טומן בתוכו גם את עצם ההצדקה החוקתית לענישה הפלילית כאשר הוכחה אשמה מעל לספק סביר. מקום שבו הוכח כי הנאשם עבר על חוק העונשין ופגע באדם אחר, חולל ערכם של חיי אדם ונפגע הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי. תכליתו של המשפט הפלילי היא להבטיח שמירה על הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי, להשיב את מעמדו של כבוד האדם למקומו ולהבטיח כי בני אדם לא ייפגעו עוד בעתיד. לכן מנקודת המבט של כבוד האדם האובייקטיבי, כאשר אדם פגע בזכויות יסוד של אדם אחר והוא נאשם בפלילים, ראוי להענישו באופן שיבטא סלידה מהמעשה, ירתיע את הרבים וימנע פגיעה נוספת בעתיד. כיוון שהדגש הוא על הפגיעה ולא על הפוגע, כבוד האדם האובייקטיבי רגיש פחות לסוג האישום והעבירה המיוחסים לנאשם, וממילא מידת האשמה המיוחסת לנאשם אינה מוגבלת על ידי הערך החוקתי של כבוד האדם אלא כפופה למשטר דיני העונשין.⁴⁰ בהתאם לכך, אראה להלן כי במקרים שבהם נשמעה טענה כי דיני העונשין מייחסים לנאשם אשמה שהיא למעלה ממידת אשמתו הסובייקטיבית ובכך פוגעים בכבודו, הדגיש בית המשפט את הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי המנביע את עקרון קדושת החיים וביכר אותו על פני ערכים חוקתיים אחרים.⁴¹ נקודה זו היא מרכזית ביותר ואשוב אליה בהמשך.

37 שי לביא תיאר את העבירה הפלילית כפגיעה בשלטון החוק ואת ההליך הפלילי ככפרה על הפגיעה בחוק. ראו לביא, לעיל ה"ש 34. אתייחס לנושא זה בהמשך.

38 ניתן לראות בכך גלגול מודרני של הרעיון *lex talionis*, שלפיו יש לשמור על איזון קוסמי בין הפוגע לנפגע. ניסוח מודרני של הרעיון מתייחס לאתוס שהחברה רוצה לייצר. חברה שאינה מגיבה לפגיעה בבני אדם או המאפשרת פגיעה כזו (גם אם בהסכמת הנפגע) עלולה להחליש את המסר החינוכי-חברתי בנוגע לערכם של החיים. ראו *Jeremy Waldron, Lex Talionis*, 34 ARIZ. L. REV. 25 (1992).

39 בניגוד לבעל חיים, שניתן להורגו רק על חשד ובלא משפט.

40 רות קנאי "שמירה על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147, 151 (2005).

41 גישה זו בולטת בפסקי הדין של המשנה לנשיאה רובינשטיין: "המשפט הפלילי אמנם עוסק בנאשם היחיד, אך בגדרו נקבעו לחברה ערכים, כללים ונורמות המשותפים לכל בני החברה, והנאשם נדון על פיהם; ובקבעו כעיקרון את 'קדושת חיי' של האדם, נדרש חוק היסוד ליסוד היסודות, שבלעדיו אך חידולן ותוהו, קרי, חיי האדם" (ראו ע"פ 6819/01 גרשוני נ' מדינת ישראל, פס"ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 15.6.2005)). לדין בדבריו ראו להלן בתת-פרק ד.1: דחיית עקרון האשמה בעניין פלוני: הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי).

2. האדם – The Person

ההגדרה השנייה למונח "כבוד האדם" מדגישה את הערך של האינדיווידואל כפרט שאינו דומה ליתר הפרטים בחברה ובשל כך מצדיק יחס מיוחד. לפי הגדרה זו, משמעות המונח "אדם" אינה בן האנוש אלא הסובייקט, the person. ביסוד ערך חוקתי זה עומדת תפיסה שעל אף הדמיון בין כל בני האדם כל אדם הוא מהות בפני עצמה המחייבת הכרה בזכות להגדרה עצמית סובייקטיבית. גם רובד זה הוא תוצר, בין היתר, של תהליכים היסטוריים שכללו עלייה בערכי הליברליזם ושחרור האדם מכוחן של הדת והמדינה שכפו זהות הומוגנית על כל בני האדם.⁴² נוסף על זה, רובד זה משתלב אף הוא עם המסורת הקנטיאנית אשר רואה בכל אדם תכלית ומדגישה את היותו יצור תבוני ואוטונומי.⁴³ ערך חוקתי זה אכנה להלן: כבוד האדם הסובייקטיבי.

בניגוד לערך של כבוד האדם האובייקטיבי, שלפיו האדם זכאי לכבוד כחלק מהשתייכותו לקבוצת בני האנוש, בפרשנות זו הכבוד נועד לבדל את האינדיווידואל מיתר בני האדם ולהעניק לו את היחס הראוי על פי קריטריונים סובייקטיביים. יתר על כן, טשטוש השוני בין בני האדם הוא פגיעה בכבודם ובזכותם להגדרה עצמית סובייקטיבית. כלומר כל פרט בחברה זכאי להכרה בזכותו לעצב את מרחב החיים האינדיווידואלי בלא התערבות החברה ולהכרה בהיותו סובייקט נבדל ועצמאי. בהקשר זה נראה שהתרגום הנכון למונח כבוד הוא respect. ערך זה של כבוד האדם שרוי במתח עם הערך של כבוד האדם האובייקטיבי: הערך האובייקטיבי מדגיש את העובדה שהאדם הוא חלק מהמין האנושי ומבקש להתעלם מהאלמנטים הסובייקטיביים בחייו של היחיד, ואילו הרובד הסובייקטיבי קובע שאסור לטשטש את הגבול שבין הסובייקטים השונים בחברה וטוען לזכות משפטית חוקתית להכרה בשונות בין בני האדם.

בהקשרו של המשפט הפלילי, מערך זה של כבוד האדם נגזר עקרון האשמה הסובייקטיבית כעיקרון חוקתי המטיל מגבלה על הדוקטרינה העונשית. עקרון האשמה קובע כי לא ניתן להטיל על אדם אחריות פלילית אשר חורגת ממידת אשמתו הסובייקטיבית.⁴⁴ האדם העומד למשפט פלילי הוא הנאשם הסובייקטיבי – על אישיותו,

42 רובד זה של כבוד האדם מזוהה אצל חלק מהכותבים עם המהפכה הצרפתית. בניגוד ללקחי מלחמת העולם השנייה, שהדגישו את "קרושת האדם", המהפכה הצרפתית הדגישה את חירותו של האדם. ראו McCrudden, לעיל ה"ש 15, בעמ' 660. יש לציין שהמונח "כבוד האדם", אשר מופיע בחוקה הגרמנית והישראלית, אינו מופיע במגילת הזכויות האמריקאית והקנדית – עובדה זו מצביעה על השוני ההיסטורי בו נוסחו החוקות. רבים קשרו בין עקרון זה למושג הליברליזם, שבו האדם שוחרר מאלמנטים כופים של המדינה והדת. לדין ראו CATHERINE DUPR'É, IMPORTING THE LAW IN POS-COMMUNIST TRANSITIONS (2003); JEROME B. SCHNEEWIND, THE INVENTION OF AUTONOMY (1998).

43 התפיסה של קאנט שלפיה ייחודו של אדם נעוץ בהיותו יצור אוטונומי הובילה אותו לעיקרון המוסרי שיש לנהוג בכל אדם כתכלית. ראו KANT, לעיל ה"ש 23, בעמ' 25.

44 המאמר יבחן דוגמאות בהן נוצר מתח בין הצורך בשמירה על ערכים חברתיים מוגנים ובהרתעה, לבין אשמתו הסובייקטיבית של הנאשם. במקרים הפרדיגמטיים למתח זה אין מתקיים יסוד נפשי סובייקטיבי, אולם משקולים של הכוונת הציבור המחוקק מבקש להטיל אחריות עונשית על מבצע העבירה. לדין, ראו עדי פרוש "אחריות מוסרית, אחריות פלילית וערך כבוד האדם – על התפתחויות בחקיקה הפלילית בישראל" מחקרי משפט יג 87 (1996); מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג 109 (1996);

חולשותיו ומעשיו הקונקרטיים. הטלת אחריות עונשית החורגת ממידת האשם האישית סותרת את זכותו החוקתית להישפט ולהיענש כסובייקט. לפיכך הזכות לכבוד האדם מטילה מגבלה חוקתית על האפשרות להרשיע אדם בעבירה החורגת ממידת אשמתו האישית, בלא תלות בחומרת התוצאה של מעשיו ובשאלה אם הדבר עשוי להשיא רווחים חברתיים במישורים אחרים. נוסף על זה, גישה זו מגבילה את השימוש בקריטריונים אחידים ואובייקטיביים בתחומי המשפט הפלילי, שכן אלה מתעלמים מייחודו של הנאשם ופוגעים בזכותו להישפט כסובייקט. במובן זה, הכרה בערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי מובילה לכך שגם אם קיים ערך בענישה לשם הרתעה או בשימוש בחזקות משפטיות, המישור החוקתי מגביל את הדוקטרינה הפלילית ומחייב סובייקטיביזציה של המשפט הפלילי הן במידת האשמה המיוחסת למי שביצע מעשה עבירה והן ברמת הענישה של מי שהורשע.⁴⁵

3. האדם – The Agent

ההגדרה השלישית מדגישה לא רק את היות האדם סובייקט אלא גם את היותו ישות אוטונומית הפועלת באופן חופשי ומתוך בחירה. בשל כך פעולותיו של האדם משקפות את אישיותו ואת עולמו הפנימי, ואין לראות בהן רק פעולות דיאכרוניות אקראיות. המונח אדם לפי פרשנות זו אינו מתייחס רק להיותו סובייקט אלא גם לחלק התבוני והמוסרי שבו – the agent. רובד זה מדגיש כי האדם אינו רק תוצר נתון של נסיבות חייו הסובייקטיביות, אלא הוא "פועל מוסרי" בעל יכולת רפלקטיבית לעצב את חייו, להבחין בין טוב לרע ולפעול על פי שיקולים אינטרניזיים לעולמו הפנימי.⁴⁶ ערך חוקתי זה אכנה: כבוד האדם כפועל מוסרי. תיאור זה של האדם התפתח בעקבות התיאור של קאנט את האדם כיצור אוטונומי. לפי קאנט, האדם הוא בעל יכולת תבונית לנתק עצמו מהמצב הסובייקטיבי שבו הוא נתון ולבחון את המעשה הראוי בחינה מופשטת ואוניברסלית.⁴⁷ תכונות אלה מאפשרות לקשור בין מעשים שקיומם הוא רגעי וחולף לאישיותו של האדם שהיא רציפה. יש לציין כי פילוסופים שבאו בעקבות קאנט העלו את הדילמה הנוגעת ליחס שבין אישיותו של האדם לבין פעולות שנעשות ממניעים חיצוניים או מדחפים פנימיים שאינם בהכרח משקפים את

מרדכי קרמיניצר "על הרשלנות בפלילים" משפטים כד 71 (2004); מרים גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה – חוק העונשין (תיקון 39) (חלק מקדמי וכללי), התשנ"ד–1994" מחקרי משפט יג 129 (1996) (להלן: גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה"); מרים גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה במשפט הישראלי לאור עקרון האשמה" משפטים על אתר ה 1 (2013) (להלן: גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה"); Krennitzer & Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, לעיל ה"ש 12.

45 Dubber, לעיל ה"ש 15, בעמ' 527.

46 ערך זה הוביל לגישה שיש להעניק לכל אדם תנאי מינימום של בריאות והשכלה כדי לאפשר ביטוי של הגורמים האינטרניזיים באישיותו. ראו לדוגמה ALAN GEWIRTH, *THE COMMUNITY OF RIGHTS* (1996); JAMES GRIFFIN, *ON HUMAN RIGHTS* 149–186 (2008); 106–162.

47 קאנט הושפע בעניין זה מרוסו. רוסו הדגיש את חשיבות הבחירה כחלק מהגדרת האישיות. במובן זה קאנט המשיג את רוסו במונחים מטאפיזיים ונתן גיבוי פילוסופי לדבריו. לדין ראו Michael J. Meyer, *Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought*, 8 HIST. OF EUR. IDEAS 319 (1987).

אישיותו.⁴⁸ בהקשרו של המשפט הפלילי, דיונים אלה, על היחס שבין פעולה בודדת של האדם לבין אישיותו, משקפים את המורכבות בחריצת דינו של האדם על סמך מעשה עבירה אחד בתוך כדי כינוס ציר הזמן (של חיי האדם) לנקודה סינגולרית אחת (של מעשה העבירה). האדם במשפט הפלילי נדון על מעשה אחד שעלול להפיל על חיים שלמים ועל פעילות ענפה. הביטוי "אות קין", המשמש רבות במשפט הפלילי, מתאר את מי שהורשע בהליך הפלילי כמי שהעבירה נותרת חקוקה על מצחו תמיד ומשקפת את אישיותו, לפעמים אף לאחר ריצוי העונש.⁴⁹

ערך זה מובחן מהערך של כבוד האדם הסובייקטיבי שתואר לעיל, ובמובן מסוים אף יש מתח בין שני הערכים.⁵⁰ הערך הסובייקטיבי דורש להתייחס לאדם כסובייקט, ובכלל זה להביא בחשבון גם את הגורמים הסביבתיים והסובייקטיביים שבהם הוא נתון כחלק מקביעת האשם, ואילו הערך של כבוד האדם כפועל מוסרי מניח שהאדם יכול להתנתק מנסיבות חייו ולהיות עצמאי בדעתו ובשיפוטיו המוסריים. לפי ערך זה, האדם אינו נפעל על ידי גורמים חיצוניים לו (externals) אלא הוא פועל מתוך מניעים פנימיים (internals) של אישיותו.⁵¹ משמעותו של הכבוד בהקשר זה היא הכרה בכך שיש להתייחס לפעולותיו של האדם כנעשות ממניעים פנימיים ומתוך חופש בחירה וכמשקפות את אישיותו המוסרית.

48 יש פילוסופים שסוברים שרק רצונות של האדם מסדרים גבוהים מתארים את אישיותו. כך לדוגמה אדם שהתמכר לסמים אך רוצה להיגמל, שונה מאדם שמכור לסמים ואינו רוצה לשנות את מצבו, אף ששניהם רוצים בסם. לדין ראו HARRY FANKFURT, THE IMPORTANCE OF WHAT WE CARE ABOUT 11 (1988); Gary Watson "Free Agency", in AGENCY AND ANSWERABILITY: SELECTED ESSAYS (2004) 13. יש שהדגישו את ההבחנה בין שיקולים לטווח ארוך לשיקולים לטווח קצר – רק מעשים שמשתלבים עם הדרך שבה אדם רוצה לעצב את חייו לטווח קצר ניתן לשייך לאישיותו האוטונומית. ראו Michael Bartman, *Practical Reasoning and Weakness of the Will*, 13 Noûs 131 (1979). יש גישות המדגישות את שאלת ההצדקות שאדם נותן למעשיו – רק פעולות שאדם מצדיק משקפות את האוטונומיה שלו. ראו DANA K. NELKIN, MAKING SENSE OF FREEDOM AND RESPONSIBILITY (2011).

49 משמעות העבירה הפלילית לאחר ריצוי העונש מעסיקה את בית המשפט מעת לעת. ראו לדוגמה בג"ץ 3095/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.8.2015); בג"ץ 232/16 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 8.5.2016).

50 עם זאת יש חפיפה חלקית בין ההגדרה של כבוד האדם הסובייקטיבי לכבוד האדם כפועל מוסרי, ובחלק מהמקרים ניתן לראות בפגיעה בכבוד האדם גם פגיעה בכבוד האדם כפועל מוסרי. בשני המקרים אנו מעניקים דומיננטיות לבחינה של הסובייקט על פני ערכים אובייקטיביים מתחרים, בשונה מהערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי. אף שהתשתית הפילוסופית והתורת-משפטית של האדם הסובייקטיבי והאדם כפועל מוסרי היא שונה, הרי שמחוץ לתחום הפלילי, המשפט ממעט לנתח את המניעים הנפשיים והמנטליים של האדם וממעט לבחון את בחירותיו ואת מעשיו מנקודת מבט מוסרית, ועל כן ההבחנה בין ההגדרות השונות לא באה לידי ביטוי. כפי שאראה, הפער בין ההגדרות השונות בא לידי ביטוי בעיקר בתחום הפלילי. הסיבה לכך היא שבתחום הפלילי אנו מדגישים מאוד את המניעים של האדם, מבקשים לחשוף את מצבו הנפשי והמנטלי ובוחנים את המעשה מנקודת מבט מוסרית. בניגוד לתחומי משפט אחרים, בהקשרו של המשפט הפלילי יש חשיבות רבה לשאלה אם האדם הוא פועל מוסרי או נפעל, ואם יש לשייך את המעשה להעדפה מוסרית או לחולשת הטבע האנושי.

51 ראו לדוגמה GRIFFIN, לעיל ה"ש 46, בעמ' 156; Malcolm Thorburn, *Criminal Law as Public Law*, ; in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW (R.A. Duff & Stuart Green eds., 2011).

ערך חוקתי זה משנה את המוקד של ההליך הפלילי, והוא אף עשוי להצמיח חובה חוקתית להרשיע אדם שעבר עבירה.⁵² החובה לראות במעשיו של אדם שיקוף של עולמו הפנימי וביטוי לאישיותו המוסרית⁵³ הופכת את המשפט הפלילי לזירת עימות בין שיקוליו המוסריים של הנאשם לבין הערכים החברתיים המוגנים. לפיכך המשפט הפלילי אינו הליך שאך מתנהל מעל גבו של הנאשם כדי לתקן את הפגיעה החברתית שנוצרה אלא גם מבטא יחס של כבוד כלפי הנאשם.⁵⁴ העמדה של אדם לדין על מעשיו מניחה שהוא פועל מוסרי, ואילו הענקת פטור לאדם על מעשה עבירה שהוא עשה כמוה כולזול ברובד זה של אישיותו ופגיעה בכבודו.

גם מערך זה של כבוד האדם ניתן לגזור את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי, אולם אופיו שונה מזה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי, בשני היבטים: ראשית, עקרון האשמה המתחייב מהערך של כבוד האדם הסובייקטיבי הוא רק פרוטקטיבי, והוא נועד להגן מפני הטלת אחריות פלילית על אדם החורגת ממידת אשמתו הסובייקטיבית. בשונה מכך, לפי ערך חוקתי זה, המדגיש את הצד האוטונומי שבאדם, המשמעות של עקרון האשמה היא שקיימת גם חובה פוזיטיבית להרשיע אדם בגין מעשיו. ההליך הפלילי מבטא יחס של כבוד כיוון שהוא מעניק למעשיו של האדם משקל מוסרי ורואה באדם פועל ולא נפעל. שחרורו של אדם מאחריות פלילית התואמת את מידת אשמתו הסובייקטיבית מציינת אותו כאמצעי שנפעל על ידי גורמים חיצוניים ואינו יכול להיות פועל מוסרי עצמאי.⁵⁵ נוסף על כך, גם בהיבט הפרוטקטיבי יכול להיות שוני: עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי מדגיש את חולשותיו של האדם כחלק ממידת האשמה שלו, ואילו תפיסת האדם כפועל מוסרי מדגישה את הפוטנציאל של האדם להתגבר על חולשותיו ולשקול מוסרית את בחירותיו. להבדלים אלה אפשר שתהיה השלכה על אימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי, ואשוב לדון בכך בהמשך.

בחלק זה הצגתי שלוש חלופות פרשניות לערך של כבוד האדם שבחוק היסוד. בהמשך המאמר אראה שבמשך שנים ארוכות העדיף בית המשפט העליון לאמץ לגדרי המשפט הפלילי את הערך האובייקטיבי בלבד ודחה את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי, ואילו בשנים האחרונות ניתן לזהות רוחות של שינוי בפסיקה הישראלית. אולם בטרם אגש לבחון כיצד תפיסות אלה של כבוד האדם באות לידי ביטוי במשפט הפלילי הפוזיטיבי בישראל, אבקש

52 טענה שקיימת חובה חוקתית להעמיד לדין מנימוקים אחרים מאלה שמוצעים כאן ראו Alon Harel, *The Duty to Criminalize*, 34 LAW & PHIL. 1 (2015).

53 ראו Dubber, לעיל ה"ש 15, בעמ' 553. יש לציין, שבמשפט הפוזיטיבי השאלה אם יש להעניק משקל למניעים הנובעים משיקולים מוסריים כמעט אינה מתעוררת. חריג לכך הוא פטור בגין חרטה מעבירת ניסיון – במקרה זה המניע לחרטה יכול להשליך על הפטור המוענק, ראו גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה", לעיל ה"ש 44; יצחק קוגלר "שני מושגים של אדישות" עלי משפט ה 109 (2006); Yoram Shachar, *Wresting Control From Luck: The Secular Case for Aborted Attempts*, 9 THEORETICAL INQ. L. 139 (2008).

54 John Gardner, *The Mark of Responsibility*, 23 OXFORD L. J. 157, 192 (2003).

55 במובן מסוים ההליך הפלילי אינו רק ביטוי ל"כבוד האדם" אלא הוא גם מכונן רובד זה של כבוד. הידיעה שאדם יכול לעמוד לדין מחייבת אותו לשקול את מעשיו ולהפוך להיות פועל מוסרי. בחברה שבה אדם אינו נשפט על מעשיו, אפשר שהוא ישוחרר מחובתו להיות פועל מוסרי ויאבד את האוטונומיה.

להתעכב על המתח שבין הערכים השונים של כבוד האדם בתחומי המשפט הפלילי. הבנת המתח חיונית לשם ניתוח המגמות במשפט הישראלי.

4. התנגשות בין הערכים החוקתיים השונים בתחומי המשפט הפלילי

מבחינה מושגית הערכים השונים של כבוד האדם הם אקסקלוסיביים. התייחסות לאדם כאובייקט עלולה לטשטש את היותו סובייקט, וכך גם העדפה של האדם כסובייקט עלולה לסתור את היחס אליו כאובייקט. מתח זה בין הערכים יכול לבוא לידי ביטוי במקרים של התנגשות בין מידת הכבוד המינימלית המתחייבת מהיחס לאדם כאובייקט לבין בחירתו הסובייקטיבית. דוגמה פרדיגמטית לכך היא שאלת המתות החד. ⁵⁶ הערך של כבוד האדם האובייקטיבי יכול להוביל למסקנה שלעולם אין לאפשר לאדם לסיים את חייו, שכן המתה היא פעולה שפוגעת בפן האובייקטיבי והאוניברסלי שבאדם, וככזו היא מהווה פגיעה בערך החוקתי של כבוד האדם ואינה נתונה לבחירתו או להעדפתו של הסובייקט. ⁵⁷ לפי כבוד האדם האובייקטיבי ניתן לטעון כי חברה המתירה לאדם לסיים את חייו לפי רצונו מבטאת יחס רלטיבי לחיי אדם שלפיו ערכם מותנה במשתנים נוספים. לכן גם אם הסובייקט מעוניין לסיים את חייו, הפגיעה בצלם האדם ובאתוס קדושת החיים שוללת אפשרות זו. ⁵⁸ מנגד, כיבוד האדם כסובייקט וכפועל מוסרי יכול להוביל למסקנה שיש לאפשר לאדם לסיים את חייו כרצונו ועל פי בחירתו. הכרה בזכותו המלאה של הסובייקט לעצב את חייו כרצונו מובילה להכרה גם בזכותו לסיים את חייו. ⁵⁹ עם זאת חרף ההגדרות האקסקלוסיביות, ברוב

56 דוגמה נוספת היא פסיקת בית המשפט העליון בגרמניה האוסרת מופע חשפנות בשל פגיעה בכבוד האדם חרף הסכמתם של כל המשתתפים, ראו אצל Hörnle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 148.

57 כך נפסק בעניין שפר, לעיל ה"ש 22. בניגוד לכך, השופט טלגם נקט גישה מתירנית להמתות חסד וראה בכך ביטוי לכבוד האדם של החולה. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 2242/95 א' א' נ' קופת החולים הכללית, פ"מ התשנ"ה (2) 263, 253 (1996); ה"פ (מחוזי ת"א) 10403/99 לובצקי נ' קופת-חולים הכללית (פורסם בנבו, 15.4.1999). על פסק הדין האחרון הוגש ערעור לבית המשפט העליון שהפך את פסק הדין. ראו ע"א 3031/99 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני (פורסם בנבו, 30.5.1999). השופט אלון התייחס לסוגיה זו במאמרו: מנחם אלון "הערות והארות בעניין אשיות המרקם התרבותי והרוחני של חברתנו: סוגיית המתות חסד בפרשת לובצקי" *שערי משפט* ב 121 (2000). גישה קרובה לזו של השופט טלגם בפסקי דין של בית המשפט המחוזי. ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 528/96 ביבס נ' עיריית ת"א-יפו (פורסם בנבו, 3.4.1997); ה"פ (מחוזי ת"א) 603/05 פלוני נ' "ארבל" מרכז גריאטרי, פ"מ התשס"ד (1) 865 (2004).

58 לטיעון דומה ראו RONALD DWORKIN, *LIFE'S DOMINION: AN ARGUMENT ABOUT ABORTION*, EUTHANASIA AND INDIVIDUAL FREEDOM (1993). טיעון מעין זה ניתן למצוא גם בדיון על פורנוגרפיה. פילוסופיות פמיניסטיות טוענות שפורנוגרפיה משפיעה על עיצוב דמות האישה בחברה וסוברות שיש לאסור זאת איסור גורף בשל הפגיעה בדמות האישה. לדיון ראו Helen Longino, *Pornography, Oppression, and Freedom: A Closer Look*, in TAKE BACK THE NIGHT: WOMEN ON PORNOGRAPHY (Laura Lederer ed., 1980); CATHARINE MACKINNON, *FEMINISM UNMODIFIED: DISCOURSES ON LIFE AND LAW* (1987); Anne W. Eaton, *A Sensible Antiporn Feminism*, 117 ETHICS 674 (2007).

59 מתח זה משתקף בלשון החוק כמתח בין "כבוד האדם" (האובייקטיבי) לבין "חירות האדם" (הסובייקטיבי).

תחומי המשפט הרבדים השונים אינם סותרים זה את זה.⁶⁰ הסיבה לכך היא שבמרבית המקרים בחירותיו הסובייקטיביות של האדם אינן סותרות את ערכי כבוד האדם האובייקטיביים, ולכן כיבוד האדם כסובייקט וכפועל מוסרי כולל בתוכו גם את היותו אובייקט.⁶¹

לא כך במשפט הפלילי. המשפט הפלילי, מעצם הגדרתו, עוסק במקרים שבהם האדם בוחר לפעול בניגוד לערכים החברתיים המוגנים, ובכך הוא פוגע ברובד של כבוד האדם האובייקטיבי.⁶² כפי שהדגשתי למעלה, תגובת החברה בהליך הפלילי באה לשמור, בין היתר, על כבודו של האדם האובייקטיבי ולעצב את האתוס החברתי של קדושת החיים, שלפיו כל אדם הוא בעל זכויות בסיסיות שאסור שייפגעו.⁶³ במקום שאדם נפגע, נפגע האתוס החברתי, ועל מנת לתקנו יש להעניש את הפוגע.⁶⁴

הערך של כבוד האדם האובייקטיבי מדגיש את העיקרון של קדושת החיים בתחומי המשפט הפלילי, ולא ניתן לגזור ממנו את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי המעצב את המשפט הפלילי סביב אשמתו הסובייקטיבית של הנאשם בלבד. לכן מידת האשמה והענישה של מי שהורשע בהליך הפלילי נקבעות לפי הדוקטרינה הפלילית בלבד,⁶⁵ והן אינן מוגבלות על ידי עקרון האשמה. במקרים שבהם הרציונלים הפנימיים של הדין הפלילי מובילים להטלת אחריות רבה ממידת האשמה הסובייקטיבית, כל זמן שתכליתם להגן על כבוד האדם האובייקטיבי ועל קדושת החיים, אין זה סותר את הערך החוקתי של כבוד האדם. בניגוד לכך, מהערך של כבוד האדם הסובייקטיבי, כמו גם מהערך של כבוד האדם כפועל מוסרי, ניתן לגזור את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי המעצב את דיני העונשין על פי

60 יש שרואים ערך בהותרת העמימות סביב מושג כבוד האדם, המאפשרת לבית המשפט לבחון כל מקרה לגופו בלא להעדיף את אחד הערכים החוקתיים העדפה גורפת ומחייבת. ראו ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה, לעיל ה"ש 5, בעמ' 258–259; ראו גם בהפניות המובאות לעיל בה"ש 5. מנגד, יש שהדגישו כי דווקא בשל השפעתו הרחבה של המונח וכוחו לעצב את המערכת המשפטית יש חשיבות בהגדרה מדויקת שלו. ראו Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in *FOUR ESSAYS ON LIBERTY* Rao; 118 (1969), לעיל ה"ש 15, בעמ' 192. בהקשר הישראלי ראו סטטמן, לעיל ה"ש 13; דורפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 111.

61 דוגמה פרדיגמטית נוספת לסתירה בין שני הרבדים היא "הפללות". גם במקרה זה, כיבוד החירות של הסובייקט בא במחיר פגיעה בכבוד האדם האובייקטיבי. על ביקורת שיפוטית בתחום ההפללות של בית המשפט החוקתי בגרמניה ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10, בעמ' 67.

62 Rao מגדירה את כבוד האדם האינטריוני ככבוד השייך לאדם עצמו, ואילו את כבוד האדם החברתי "Communitarian Dignity" ככבוד שמוכתב לפי התכניות הסוציולוגיות של החברה. בין שני מושגים אלה היא מציגה מתח הדומה במהותו לזה שאני מציג כאן. ראו Rao, לעיל ה"ש 15, בעמ' 226. לדעתי יש קושי להגדיר את כבוד האדם האינטריוני במנותק לחלוטין מתפיסות חברתיות.

63 לדעת גור-אריה וויגנד, הדואליות של כבוד האדם במשפט הפלילי, אשר מתייחס הן לכבודו של הנאשם והן לכבודם של האזרחים ונפגעי העבירה הפוטנציאליים, מונעת מבתי המשפט לערוך ביקורת שיפוטית בתחום הפלילי. ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10, בעמ' 65, 79.

64 כך מסבירים הורנל וקרמניצר מדוע פגיעה בכבוד האדם בתחומי המשפט הפלילי נבחנת במדדים אובייקטיביים של החברה ולא על פי תחושתו הסובייקטיבית של הנפגע. ראו Hörmle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 148.

65 כפי שאראה להלן בדיון בעניין סילגדו (לעיל ה"ש 8), ההצדקה החוקתית של ההסדר הפלילי נבחנת רק לפי פסקת ההגבלה.

מידת אשמתו הסובייקטיבית של הנאשם בלבד. על פי עקרון האשמה, ייתכנו מקרים שבהם כבוד האדם האובייקטיבי ייפגע ממעשיו של הנאשם, אולם מידת אשמתו הפחותה תגביל את האחריות הפלילית שיהיה ניתן לייחס לו.⁶⁶ בעקבות זאת עלול להיווצר מתח בין הרצון לשמור על כבוד האדם האובייקטיבי ולהעניש על פי זה את מי שמעשיו הובילו לפגיעה בערכים החברתיים המוגנים לבין התחשבות בנאשם הסובייקטיבי אשר בנסיבות המקרה הקונקרטי אשמתו יכולה להיות חלקית בלבד.⁶⁷ המשותף לדוגמאות שייבחנו במאמר הוא שמתעורר בהן מתח בין היסוד הנפשי הנדרש בחוק העונשין לבין האינטואיציות המוסריות בנוגע למידת האשמה הסובייקטיבית של הנאשם. בכל המקרים מתקיים היסוד הנפשי הנדרש על פי הדין, ולכאורה ניתן להרשיע את הנאשם. עם זאת בכל הדוגמאות הללו בחינת האשמה רק דרך הפריזמה של אשמה סובייקטיבית – הכוללת את חלקו של הנאשם בביצוע העבירה ואת מידת אחריותו האישית לתוצאותיה – מובילה למסקנה כי אשמתו היא חלקית בלבד.⁶⁸ הרשעה במקרים אלה תיתכן רק על פי שיקולים שהם חיצוניים לאשמה סובייקטיבית. מתח זה, בין הדין הפוזיטיבי לבין הערך החוקתי של כבוד האדם, הוא גם הפתח לטענות חוקתיות במקרים הנדונים.

בהקשר זה אבקש להעיר שגם בלא חוק היסוד עקרונות המשפט הפלילי ודיני העונשין אוסרים להטיל אחריות פלילית על מי שאין לו אשמה כלל. כך לדוגמה, במקרה שבו הנאשם אינו בעל מחשבה פלילית כלל, הטלת אחריות פלילית סותרת את עקרונות הבסיס של דיני העונשין עצמם, ובכך לא חל כל שינוי בעקבות חקיקת חוק היסוד. אולם השאלה אם עקרון האשמה הוא עיקרון חוקתי יכולה להשפיע על עיצוב הדוקטרינה העונשית במקרים שבהם קיימת אשמה חלקית, ומתעוררת השאלה מהי מידת האחריות העונשית שניתן להטיל על הנאשם כדי להגן על ערכים חברתיים נוספים, ובראשם על עקרון "קדושת החיים" הנגזר

66 לדעת Dubber, לפי הערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי, הגנה עצמית צריכה לשנות את אופייה מהגנה לזכות טבועה (ראו Dubber, לעיל ה"ש 15, בעמ' 554). יש לציין שאצל Dubber המתח הוא בין הדוקטרינה הפלילית לדוקטרינה החוקתית, ואילו אני מציע לראות את המתח בתוך המישור החוקתי.

67 פער זה מוצג גם בדברי הצוות שהוקם לבחינת עבירת ההמתה בחוק העונשין. העקרונות המנחים שמוצגים בראשית הדוח מעמתים בין שני ערכים: "1. היחס המיוחד לערך חיי אדם וקדושת חיי אדם – על האיסורים לשקף את החשיבות של הערכים הללו. 2. עקרון האשמה, הנגזר מערך כבוד האדם – דירוג עבירות ההמתה ייעשה לפי עקרון האשמה, שלפיו לא תוטל אחריות פלילית על אדם מעבר למידת אשמתו" (הצוות לבחינת יסודות עבירות ההמתה דו"ח הוועדה 4 (2011) tinyurl.com/y5nzhvrv). המתח בין הערכים הוביל לסטיות מעקרון האשמה. ראו גור־אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה", לעיל ה"ש 44, בעמ' 16, 19–20. לתאור מעט דומה של מתח זה, ראו Dubber, לעיל ה"ש 15, בעמ' 546.

68 המתח בין היסוד הנפשי הפוזיטיבי לבין היסוד הנפשי הנורמטיבי (ההולם אשמה סובייקטיבית) בא לידי ביטוי יפה בפסק דינה של השופטת ברק־ארז (ע"פ 6026/11 טמטאווי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.8.2015) (להלן: ע"פ טמטאווי)), הדין באפשרות להרשיע אדם בעבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין – שלפיו במקרה של המתה כדי להבטיח הימלטות מעונש ניתן להרשיע בעבירת הרצח גם בלא יסוד נפשי של כוונה תחילה. השופטת דנה ביסוד הנפשי הנדרש לפי סעיף זה, ומגיעה למסקנה כי הוא: "דורש יסוד נפשי של פיזיות, המקובל בעבירת ההריגה" (שם, פס' 46). אולם מייד בסמוך, היא טוענת כי אף שמתקיים היסוד הנפשי הפוזיטיבי, התוצאה סותרת את האינטואיציות המוסריות שלנו בנוגע למידת האשמה שיש להטיל על הנאשם: "אין לזלזל במעשים המתוארים בדוגמאות אלה, שכולם הביאו לתוצאה קטלנית וכולם חמורים, מי יותר ומי פחות. אולם, האם הנאשמים בדוגמאות אלה הם רוצחים?" (שם, פס' 47–48).

מהערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי.⁶⁹ להלן אראה בהרחבה שמתח זה בא לידי ביטוי בפסקי דין רבים של בית המשפט העליון אשר עוסקים בעקרון האשמה, וכפי שאטען בהמשך, מתח זה הוביל את בית המשפט להסתייג מהכנסת עקרון האשמה כעיקרון חוקתי לגבולות המשפט הפלילי.

5. מתח בין כבוד האדם הסובייקטיבי לכבוד האדם כפועל מוסרי סביב עקרון האשמה

כפי שציינתי, שני הערכים החוקתיים של כבוד האדם – הסובייקטיבי והאדם כפועל מוסרי – מובילים לסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי, וניתן לגזור מהם את עקרון האשמה החוקתי. עם זאת יש להדגיש כי יכולות להיות שתי משמעויות נפרדות לסובייקטיביזציה של המשפט הפלילי: האחת, כי במרכז ההליך הפלילי המטיל אחריות עונשית על הנאשם יש להציב את הסובייקט ולא ערכים חברתיים מופשטים, כפי שנגזר מהערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי. במובן זה יש זהות בין הערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי לערך של כבוד האדם כפועל מוסרי, ושניהם קובעים את גבולות האשמה רק לפי אשמה אישית. אולם אפשר שתהיה משמעות נוספת והיא שיש להביא בחשבון את מצבו הסובייקטיבי של הנאשם כחלק מבחינת האשם שיש לו במעשה העבירה. סביב הגדרה זו נוצר מתח בין שני הערכים החוקתיים, המגדירים כל אחד אחרת את ה"סובייקט" שאליו מכוון חוק היסוד. כבוד האדם הסובייקטיבי יכול לתאר את האדם כנפעל מוסרי ולהוביל להכרה בתנאי חייו, במעמדו החברתי ובמצבו החברתי-כלכלי כשיקול להקלה במידת האשמה המוסרית שלו, ואילו כבוד האדם כפועל מוסרי מגביל את ההתחשבות במצבו הסובייקטיבי ומחייב לראות באדם פועל מוסרי שחרף מצבו הסובייקטיבי יכול להתגבר על חולשותיו ולפעול באופן אוטונומי ומתוך בחירה. לכן עלול להיווצר מתח בין שני הערכים החוקתיים סביב גבולותיו של עקרון האשמה החוקתי הנגזר מהם.

ב. השפעתו של חוק היסוד על זכויות החשוד והנאשם ודחייה של עקרון האשמה כעיקרון חוקתי

לאחר הצגת החלופות הפרשניות לערך החוקתי של כבוד האדם והמתחים ביניהן אפנה כעת לניתוח האופן שבו פרשנויות אלה מוצאות את ביטוין במשפט הישראלי הפוזיטיבי. כפי שאראה בפרק זה, בשני העשורים שלאחר חקיקת חוק היסוד התחוללה מהפכה בתחום המשפט הפלילי-הפרוצדורלי ובמעמד של החשוד והנאשם, אולם בית המשפט לא ערך קונסטרוקציונליזציה של המשפט הפלילי המהותי וסירב לראות בעקרון האשמה עיקרון חוקתי. כיוון שהשינוי שחל במעמד של החשוד ושל הנאשם בעקבות חקיקת חוק היסוד נדון רבות בפסקי דין ובספרות המשפטית בישראל, יובא הדיון בקיצור, ועיקר הפרק יוקדש להשפעת חוק היסוד על המשפט הפלילי המהותי. בחלק ג אפנה לתאר את מגמת השינוי

69 ליחס שבין מידת העונש על פי דיני העונשין לעקרונות החוקתיים ראו קנאי, לעיל ה"ש 40.

שניתן לזהות בפסיקה הישראלית בעשור האחרון, שבה הוכר עקרון האשמה כעיקרון חוקתי.

1. הכבוד והפרוצדורה הפלילית: מאינטרס ציבורי לעבר זכויות הנאשם

סמוך לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התעוררו בבית המשפט העליון כמה סוגיות העוסקות בקו התפר שבין סדרי הדין של המשפט הפלילי ובין חוק יסוד זה. ניתוח פסקי דין אלה מלמד שעיקר השפעתו של החוק הייתה על נקודת האיזון שבין האינטרס לשלום הציבורי לבין הגנה על זכויות החשוד והנאשם.

המשפט הפלילי מתאפיין במתח מתמיד בין האינטרס לשלום הציבור לבין שמירה על זכויות הפרט. אספקט מרכזי ביותר בהכרה בזכויות אדם חוקתיות הוא הענקת הגנה לכל אדם גם במקום שבו המדינה או הציבור עלולים להיפגע מהגנה זו. הענקת זכויות יסוד מגדירה את האדם היחיד כיחידת המידה הבלעדית לבחינת סבירותה של הפגיעה בזכויותיו, ובשל כך מחייבת בחינה פרטנית ואינדיווידואלית בכל מקרה שבו נפגעות זכויות אדם. כיוון שתפקיד מרכזי של הפרוצדורה הפלילית הוא להגן על הרוב מפני החשוד היחיד שעלול לפגוע בשלומו, הגדרת זכויותיו של החשוד היחיד כבעלות הגנה חוקתית משנה את נקודת האיזון של המשפט הפלילי. כפי שעולה מפסקי הדין, בערב חקיקת חוק היסוד פעלה נוסחת האיזון לטובת האינטרס הציבורי, וזכויות החשוד והנאשם לא קיבלו משקל דומיננטי בעיצוב ההליך, ואילו לאחר חקיקת החוק חל שינוי בנקודת האיזון, ובתי המשפט החלו לתת עדיפות לזכויותיהם על פני האינטרס הציבורי. שינוי זה נבע מהדגשת העיקרון החוקתי שלפיו כל אדם – וכך גם החשוד והנאשם – הוא בעל זכויות יסוד שהפרתן צריכה להיעשות בזהירות ובמשורה לפי המבחנים החוקתיים בלבד.⁷⁰

שינוי זה בא לידי ביטוי, לדוגמה, בשינוי נקודת האיזון בתחום המעצרים. חשוד או נאשם בעבירה פלילית, הגם שמשפטו טרם הסתיים, מבחינה הסתברותית-ריאלית מהווה סכנה לשלום הציבור. בשל כך החוק הפלילי מאפשר לעצור נאשמים הגם שמשפטם טרם הוכרע. ערב חקיקת חוק היסוד העדיף בית המשפט להגן על שלום הציבור בכל מקרה, גם במחיר של פגיעה בזכויות החשוד והנאשם לחירות.⁷¹ אולם בסדרה של פסקי דין שניתנו

70 על שינוי זה בישראל ובעולם ראו אריאל בנדור "סדר-דין פלילי ודיני ראיות: התפתחויות בזכויות-היסוד של האדם במשפט הפלילי הדיוני" ספר השנה של המשפט בישראל – תשנ"ו 481 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1997); עדנה ארבל "המהפכה החוקתית במשפט הפלילי – האיזון שבין זכויות הנאשם לבין זכויות קורבנותיו" ספר שמגר חלק ב 255 (אהרן ברק עורך, 2003); Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10, בעמ' 64.

71 השימוש במעצר עד תום ההליכים ככלי הרתעתי רווח מאוד עד לתיקון חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 9), התשמ"ח-1988. לדיון ראו קנת מן "היקף מעצר עד תום ההליכים בבית-המשפט המחוזי בתל-אביב" עיוני משפט יב 517 (1987). לאחר התיקון, התגלעה מחלוקת פרשנית בין השופטים, אם יש לבחון בחינה קונקרטית את מסוכנות הנאשם. הנשיא ברק דגל בגישה המאפשרת מעצר רק על סמך סוג העבירה. ראו בש"פ 3717/91 מדינת ישראל נ' בן אייב גולדין, פ"ד מה(4) 807, 812-813 (1991). ראו גם את עמדתו של השופט בך בבש"פ 1044/82 מדינת ישראל נ' מולכו, פ"ד לז(1) 78 (1991). ואילו השופט אלון סבר כי יש לערוך בחינה קונקרטית של הנאשם. ראו בש"פ 5700/91 אבידן נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(1) 677 (1992).

בבית המשפט העליון סמוך לחקיקת חוק היסוד הדגיש בית המשפט את השינוי שחל בעקבות חקיקתו, שבגדרו הוענקו זכויות יסוד לכל בני האדם.⁷² לפיכך גם החשוד והנאשם הוכרו כבעלי זכות חוקתית לחירות אשר פגיעה בה יכולה להיעשות רק לפי מבחני פסקת ההגבלה.

הזכויות החוקתיות של חשודים ונאשמים לא באו לידי ביטוי רק בזכות החוקתית לחירות אלא גם בזכות להליך הוגן. בעניין יששכרוב, שהפך לאבן דרך בזכויות החשוד והנאשם במשפט הישראלי, דן בית המשפט בזכות ההיוועצות בעורך דין.⁷³ המסגרת הנורמטיבית שבה נדונה השאלה היא פרשנותו של סעיף 12 לפקודת הראיות. הסעיף קובע כי הודיה של נאשם במעשיו תהא קבילה רק אם בית המשפט נוכח "שההודיה היתה חפשית ומרצון". בפסק דינה של הנשיאה ביניש הודגש כי סעיף זה כולל שתי תכליות נפרדות, האחת היא שמירה על בירור האמת העובדתית, שכן שימוש בכוח יכול להוביל את החשוד להודאת שווא; השנייה היא שמירה על טוהר ההליך, אגב שמירה על שלמות גופו ונפשו של החשוד, כמו גם על אוטונומיית הרצון וחופש הבחירה שלו.⁷⁴ בהמשך פסק הדין קובעת הנשיאה ביניש כי חרף העובדה שגם טרם חקיקת חוק היסוד הכירו בתי המשפט בשתי התכליות, תכליתו הדומיננטית של הסעיף הייתה בירור האמת. על פי זה פסילת ראיות שנגבו שלא כדין נעשתה רק כאשר התגלה חשש לפגיעה בערך האמת. אולם בעקבות חקיקת חוק היסוד מקבלת התכלית של הליך הוגן מעמד עצמאי.⁷⁵ כשם שכל אזרח במדינה זכאי להליך משפטי הוגן שבו הוא זוכה לחזקת החפות ולהזדמנות שווה לשכנע בטענותיו, כך גם החשוד והנאשם הם בעלי זכות חוקתית להליך הוגן. משמעות הדבר היא שאין להשתמש באמצעים פוגעניים בכל מקרה שעשוי לקדם את גילוי האמת ואת האינטרס הציבורי, וגם אלה צריכים להיות מוגבלים ומידתיים. חוק היסוד מטיל מגבלה חוקתית על תפקודו של המשפט הפלילי בגילוי האמת, ופגיעה בזכויות החשוד יכולה לפסול את הראיות מלשמש בתחומי המשפט הפלילי.

פסקי דין אלה מלמדים כי חוק היסוד עיגן את זכויותיהם של החשוד והנאשם במישור החוקתי והוביל לשינוי בנורמות הנוהגות בהליך הפלילי. כשם שלכל אדם זכויות יסוד שאין לפגוע בהן אלא במסגרת פסקת ההגבלה, כך הוענקו גם לחשוד ולנאשם זכויות חוקתיות כגון הזכות לחירות והזכות למשפט הוגן. בעקבות זאת, בניגוד לגישה שרווחה ערב חקיקת חוק היסוד, שלפיה האינטרס הציבורי מצדיק פגיעה בזכויות לשם הגנה על הציבור, בעקבות כניסת חוק היסוד לתוקף זכו החשוד והנאשם בזכויות יסוד חדשות אשר הפרתן מתאפשרת רק לפי פסקת ההגבלה – גם במקום שבו נפגע האינטרס הציבורי.

72 ראו בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338 (1992); בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355 (1995); דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 2; ע"פ 1741/99 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 767, 750 (1999).

73 ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי, פ"ד סא(1) 461 (2006).

74 שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

75 שם, פס' 46–47.

2. כבוד האדם והמשפט הפלילי המהותי: דחייה של עקרון האשמה

בעקבות חקיקת חוק היסוד הדגישו חלק ממלומדי המשפט הפלילי כי הטלת אחריות עונשית צריכה להיות מבוססת רק על עקרון האשמה ולא על עקרונות אחרים כגון הרתעה ויעילות.⁷⁶ גישה זו הובילה בין היתר לקריאה לבטל את סעיפי החוק של אחריות קפידה שבחוק העונשין;⁷⁷ לרכך את האחריות העונשית במקרים שבהם היסוד הנפשי הוא של רשלנות בלבד; לקבוע מבחן סובייקטיבי לרשלנות;⁷⁸ להימנע משימוש במבחן האדם הסביר במשפט הפלילי;⁷⁹ ועוד שינויים המדגישים את המרכזיות של האחריות המוסרית הסובייקטיבית כאבן הבוחן הבלעדית בהליך הפלילי.⁸⁰ במילותיו של פרופ' קרמניצר, יש לאמץ לדיני העונשין את העיקרון שלפיו "מידת אשמתו של העושה קובעת את הסף העליון לענישתו".⁸¹ ואכן, תיקון 39 לחוק העונשין, מהתיקונים היסודיים של החוק, אשר אושר בסמיכות לחקיקת חוק היסוד, מכיל בתוכו תיקונים רבים ברוח חוק היסוד המחזקים את עקרון האשמה האישית.⁸² חרף זאת בחינה של פסקי הדין של בית המשפט העליון שניתנו בשנים שלאחר חקיקת חוק היסוד מגלה כי בית המשפט נמנע מלהרחיב את השפעתו של חוק היסוד על תחומי המשפט הפלילי המהותי, וכחלק מכך דחה את עקרון האשמה

- 76 ראו בהפניות המופיעות לעיל בה"ש 44.
- 77 בתיקון 39 לחוק העונשין, שנכנס לתוקפו סמוך לחקיקת חוק היסוד, הוכנסו כמה שינויים לסעיפי החוק העוסקים באחריות קפידה. בין היתר נקבע בסעיף 22(ב) כי אין מדובר על חזקה חלוטה, וכי אם הנאשם עשה כל שניתן כדי למנוע את העבירה, לא ניתן להרשיעו. כן נקבע בסעיף 22(ג) כי לא ניתן להטיל עונש מאסר בגין עבירות אלה. פרוש וגור-אריה סוברים כי הסעיף החדש עדיין פוגע בעקרון האשמה. ראו מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 (הצעות חוק 2098, מיום 6.1.1992) "משפטים" כד 9, 32 (1995); פרוש, לעיל ה"ש 44, בעמ' 97. לתגובה לביקורת ראו קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 44. ראו גם מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת ציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המנהלי" גבורות לשמעון אגרוט 241 (אהרן ברק ואח' עורכים, 1987).
- 78 מרדכי קרמניצר "על הרשלנות בפלילים – יסוד נפשי, יסוד עובדתי או שניהם גם יחד" משפטים כד 71, 94 (1994).
- 79 גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 44. בעניין זה ראו גם יורם שחר "האדם הסביר והמשפט הפלילי" הפרקליט לט 78 (התש"ן).
- 80 פרוש סבור שיש לאפשר במקרים אחרים שימוש בענישה הפלילית לתכליות חברתיות (פרוש, לעיל ה"ש 44, בעמ' 106-107). בניגוד לכך, גור-אריה סוברת שיש להעדיף כלים מנהליים ולא פליליים (גור-אריה "סטיות מעקרון האשמה", לעיל ה"ש 44). ראו גם קרמניצר "עקרון האשמה", לעיל ה"ש 44, בעמ' 113-115.
- 81 שם, בעמ' 111.
- 82 ראו שם, בעמ' 109; מרדכי קרמניצר "תיקון 39 לחוק העונשין – חמש שנים לחקיקתו" מגמות בפלילים 55 (אלי לדרמן עורך, 2001); גיל עשת הטמעת תיקון 39 לחוק העונשין בפסיקה בישראל 1995-2005 28 (2011); דפנה ברק-ארז "לשים את האדם במרכז – על מקומו של האדם במרכז" עיוני משפט לט 5, 33 (2016). ביקורת על עקרון האשמה בתיקון החוק ותגובה לביקורת, ראו בהפניות המובאות לעיל בה"ש 77 ובה"ש 80. יש לציין כי בעניין סילגרו (לעיל ה"ש 8), שיוצג בהרחבה להלן, נטען כי התיקון מפר את חוק היסוד (ראו את הדיון סביב ה"ש 84-84). איני עוסק כלל בשאלה עד כמה חוק העונשין מעוצב סביב עקרון האשמה – שבו עסקו המאמרים הללו – אלא בשאלה אם בית המשפט אימץ את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. לדיון בשאלה עד כמה תיקון 39 לחוק העונשין השפיע על פסיקת בתי המשפט בישראל, ראו בספרו של עשת (שם).

כעיקרון חוקתי שיש לעצב על פיו את הדין הפלילי המהותי ולפרש על פיו את הוראות החוק.⁸³ עובדה זו מהדהדת במיוחד על רקע פסקי הדין החוקתיים שעסקו בשינויים שחלו במעמד של החשוד והנאשם בעקבות חוק היסוד.

(א) פרשת סילגדו: הרשעה בלא אשמה מלאה

אחד מפסקי הדין הראשונים שעסקו בשאלת התחולה של המשפט החוקתי על המשפט הפלילי הוא עניין סילגדו.⁸⁴ הרקע לפסק הדין הוא שוד מזוין שתכננו שלושה אנשים שבמהלכו, ושלא לפי התכנון המקורי, ירה אחד מהשותפים בעבירת השוד בשניים מהנוכחים בחנות וגרם למותו של אחד מהם. היורה הואשם בעבירת הרצח לפי ההסדר החקיקתי המופיע בסעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, המאפשר להרשיע בעבירת הרצח את מי ש"גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה". השאלה שבה דן בית המשפט היא אם ניתן להרשיע בעבירת רצח לפי סעיף זה גם שותף לעבירה העיקרית (שוד) שנקבע שהוא אינו מבצע בצוותא בעבירה הנוספת (רצח). הקונסטרוקצייה המשפטית המאפשרת את ההרשעה מבוססת על סעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין. סעיף זה מאפשר להרשיע שותף לעבירה בעבירה נוספת שביצע שותפו גם אם לא הייתה תוכנית משותפת והוא לא צפה את ביצוע העבירה, "כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה". למעשה, הסעיף מאפשר להרשיע אדם בעבירה בלא יסוד נפשי סובייקטיבי רק משום שאדם מן היישוב היה יכול לצפות את התפתחות הדברים. כיוון שהסעיף חוקק כחלק מתיקון 39 לחוק העונשין ולאחר כניסת חוק היסוד לתוקף, נטען בפני בית המשפט כי הוא נתון לביקורת שיפוטית, וכי על בית המשפט לבחון את תוקפו על פי המבחנים החוקתיים.

בפסק הדין קבע הנשיא ברק שתי קביעות עקרוניות: הראשונה, כי כל הגבלה על חירותו של אדם – גם אלה שנעשות במסגרת חוק העונשין כחלק מהענישה הפלילית – פוגעת בזכויות היסוד החוקתיות וצריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה; השנייה, שסעיף 34א(א)(1) עומד במבחני פסקת ההגבלה בשל הסכנה הגלומה בעבירה המבוצעת בידי כמה אנשים. פסק הדין זכה לתהודה רבה ולביקורת בקרב חוקרי המשפט בישראל.⁸⁵ במאמר זה אבקש להתרכז בדרך שבה נדחתה טענת ההגנה, ולטעון שדרך זו משקפת את דחיית עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. לשם כך אציג את פסק דינו של הנשיא ברק ואעמוד על מה שיש בו, ובעיקר על מה שנעדר ממנו.

83 ראו Kent Roach, *The Primacy of Liberty and Proportionality, Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control*, 44 ISR. LAW. REV. 91, 92 (2011).

84 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8.

85 מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 1999) (להלן: גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי"); Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10; Gur-Arye, *Human Dignity of 'Offenders'*, לעיל ה"ש 10; לביא, לעיל ה"ש 34; אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עבירות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325 (2015).

ראשית אבקש לעמוד על הדרך שבה מוצגת הדילמה החוקתית שבה יש להכריע. בפתח פסק הדין מוצג טיעון המערערים שהורשעו בעבירת הרצח. הצגת הדילמה, ובעיקר ההתייחסות לעקרון האשמה, חשובות להמשך הדברים ולכן יובאו כלשונן:

הטענה הינה כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעגן בחובו את העיקרון כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם מעבר למידת אשמתו שלו. על-פי הטענה, הוראת סעיף 34א(א)(1) לחוק מטילה על אדם אחריות פלילית בגין עבירה שונה או נוספת אף שאין מתקיימים בו לא היסוד העובדתי שבעבירה השונה או הנוספת ולא היסוד הנפשי שבה. מכאן, שהוראת סעיף 34א(א)(1) לחוק פוגעת שלא כדין בהוראות חוק היסוד, והיא בטלה.⁸⁶

לאחר הצגת הטענות מקבל הנשיא ברק, לכאורה, את טענת המערערים, וקובע:

ודאי שהוראת סעיף 34 לחוק – המאפשר הרשעתו של אדם בעבירה שעונשה הוא מאסר – פוגעת בהוראת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו שלפיה אין נוטלים את חירותו של אדם ואין מגבילים אותה במאסר (סעיף 5).⁸⁷

אף שאפשר שישתמע כי הוא מקבל את דברי המערערים, מניתוח זהיר של דבריו עולה שהוא ממיר את טיעון המערערים אשר הדגישו את הפגיעה בכבוד האדם וטענו שחוק היסוד מחייב אימוץ של עקרון האשמה,⁸⁸ לטיעון במישור שונה לחלוטין, שלפיו העובדה עצמה שמוטל עונש מאסר פוגעת בזכות חוקתית בשל הגבלת החירות. מייד לאחר הקביעה כי כל הטלת מאסר פוגעת בהוראות חוק היסוד וצריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה הוא קבע: "אניח גם – בלא לפסוק בדבר – כי הטלת אחריות פלילית על אדם בהיעדר מחשבה פלילית [...] אך תוך קיום יסוד נפשי של רשלנות או מודעות בכוח פוגעת בכבוד האדם".⁸⁹ דברים אלה מלמדים כי הנשיא ברק היה מודע לפער בין טיעונם המקורי של המערערים לדרך שבה הוא בחר להציג אותו, אך לדעתו להבדל זה אין חשיבות לתוצאה של פסק הדין. כדי להצדיק את המעבר מטיעון המערערים לטיעון שאותו הוא מנתח בפסק הדין, הוא מקדים ואומר כי הוא מוכן להניח, תיאורטית, כי גם הטלת אחריות רבה ממידת האשמה הסובייקטיבית פוגעת בכבוד האדם. אולם לדבריו, הוא אינו נזקק להכריע בשאלה זו, כיוון שבנסיבות של פסק הדין קיימת גם פגיעה בזכות החוקתית לחירות.

86 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

87 שם, פס' 12.

88 טענת המערערים בנוגע לפגיעה בכבוד האדם מנוסחת בבהירות (שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק): "נטען בפנינו כי מכבוד האדם נגזר כי אין להטיל על אדם אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו שלו. נוסף על כך – ובהתייחס למקרה שלפנינו – נטען, כי מכבוד האדם נגזר כי אין להטביע על אדם 'אות קין' של רוצח, אם לא נתקיימה בו מחשבה פלילית [...] וכל שניתן לייחס לו הוא רשלנות בכך שהוא יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה' (סעיף 34א(א) לחוק). נטען כי מצב דברים זה פוגע בכבוד האדם".

89 שם, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

למרות הניסיון לטשטש את המעבר בין שני הטיעונים באמצעות הקביעה ששניהם חוצים את השלב הראשון של הבחינה החוקתית ומחייבים בחינה לפי פסקת ההגבלה,⁹⁰ המעבר משליך דרמטית על המשך פסק הדין. הסיבה לכך נעוצה במישורי הביקורת השונים שעשוי בית המשפט להפעיל במסגרת הבחינה החוקתית. כפי שהדגיש הנשיא ברק עצמו, הבחינה החוקתית לא נועדה רק להכרעה בדבר פסילתו של חוק או אישורו, אלא היא רלוונטית לשאלת הפרשנות הראויה של החוק לפי העקרונות החוקתיים.⁹¹ קביעתו של הנשיא ברק שכל חוק המטיל עונש מאסר צריך לעבור את מבחני פסקת ההגבלה, פטרה אותו מלדון בשאלה מהו היקף הפרשנות הראויה של סעיף 34א(א)(1) לפי עקרון האשמה, ובכך לערוך קונסטיטיונליזציה של המשפט הפלילי.⁹²

נוסף על כך, גם הבחינה של פסקת ההגבלה, שהיא עיקרו של פסק הדין, מושפעת במידה ניכרת מהגדרת המתח החוקתי שאותו בוחן בית המשפט. המתח החוקתי כפי שהוא נטען בפני העותרים מוביל לשאלה אם בנסיבות העניין ראוי להרשיע את הנאשם בעבירת הרצח אף שלא היה לו כל יסוד נפשי התואם את העבירה. בניגוד לכך, המתח החוקתי בדרך שבה בחר הנשיא ברק להציגו מוביל לבחון את השאלה אם בנסיבות העניין ראוי להטיל על הנאשם עונש מאסר. התשובה לשאלה זו היא פשוטה למדי, ומכאן שהבחינה החוקתית בפסק הדין היא קצרה וחד-משמעית.⁹³ במסגרת השאלה אם ראוי להטיל במקרה זה עונש מאסר מופנה הזרקור לצורך בהרתעה מפני ביצוע של עבירות בצוותא:

ביצוע עבירה על-ידי חבורה יוצר מצב מסוכן במיוחד, כיוון שהביצוע המשותף מאפשר ביצוע עבירות בהיקף גדול יותר, חמור יותר [...] בשל סיכון רב זה הטמון בביצוע עבירה על-ידי חבורה עבריינית הצורך בהגנה על אינטרס הציבור והקורבנות הפוטנציאליים מפני ביצוע משותף, והתפתחויותיו האפשריות, הוא הכרחי.⁹⁴

תשובה זו נותנת מענה לשאלה הכללית אם ראוי להטיל עונש מאסר על מי שמבצע עבירות בצוותא, אולם היא אינה בוחנת את הקונסטרוקצייה המשפטית הספציפית המטילה אחריות פלילית עונשית של רצח בלא היסוד הנפשי המתאים לכך.⁹⁵ אילו היה הנשיא ברק מאמץ את טיעונם של המערערים, שלפיו חוק היסוד מטיל מגבלה חוקתית על הרשעה שחורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית של הנאשם, היה עליו לבחון את הקונסטרוקצייה המשפטית של הסעיף ולפרשו לפי עקרון האשמה. מלבד הדיון העקרוני שהתעורר בעניין סילגדו סביב השאלה אם עונש מאסר המוטל במסגרת הליך פלילי הוא פגיעה חוקתית וחייב לעמוד

90 בפתח פסק הדין מציג ברק את שלושת השלבים של הבחינה החוקתית, ובסמוך הוא קובע: "אכן, עיקרו של הערעור שלפנינו מצוי בשלב השני, שעניינו פסקת ההגבלה" (שם, פס' 12).

91 ראו Hörnle & Kremnitzer, *Human Dignity as a Protected Interest*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 144.

92 כך לדוגמה עשתה השופטת ברק-ארו בע"פ טמטאווי (לעיל ה"ש 68), שבו היא סיגה את תחולתו של סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין לאור עקרונות חוקתיים. ראו דיון להלן בתת-פרק 2.ג.

93 יש שראו בניתוח החוקתי הרזה בפסק הדין עדות לחולשה של הגישה שלפיה המשפט הפלילי כולו סותר את המשפט החוקתי וצריך לצלוח את פסקת ההגבלה. ראו בנדור ודנציג-רונוברג, לעיל ה"ש 85.

94 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

95 ראו פרוש, לעיל ה"ש 44, בעמ' 96.

במבחני פסקת ההגבלה, פסק הדין משקף את הרתיעה של בית המשפט מהכנסה למשפט הפלילי את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי המחייב לפרש מחדש את הדין הפלילי המהותי. מגמה זו באה לידי ביטוי גם בעניין ביטון, שאותו אציג כעת.

(ב) דנ"פ ביטון: הרשעה על סמך מבחן אובייקטיבי במשפט הפלילי⁹⁶

סוגיה מרכזית נוספת שבה נוצר מתח בין בחינה סובייקטיבית של הנאשם המתמקדת ביסוד הנפשי של העושה למבחן אובייקטיבי המשקף עקרונות חברתיים, היא הגדרת הקנטור בעבירת הרצח. אדגיש כי איני עוסק במאמר זה בשאלה הנורמטיבית מהו המודל הראוי לנוסחת הקנטור, שאלה שמעסיקה את אנשי המשפט הפלילי ואת המחוקק,⁹⁷ אלא רק בניתוח חוקתי של פסקי הדין שניתנו בעניין.

סעיף 301(א) לחוק העונשין קובע תנאי סף מקדימים להרשעה בעבירת רצח בכוונה תחילה. על פי ההגדרה המופיעה בסעיף, ניתן לראות ממית אדם "כמי שהמית בכוונה תחילה אם החליט להמיתו, והמיתו בדם קר, בלי שקדמה התגרות בתכוף למעשה". אחד מתנאי הסף להרשעה ברצח בכוונה תחילה מחייב לקבוע שההמתה לא נעשתה כתגובה ספונטנית להתגרות של המנוח בתכוף לה.⁹⁸ דרישה זו מכונה תנאי "העדר קנטור", ועל פי הפסיקה הישראלית, היא חלק מהגדרת היסוד הנפשי של "כוונה תחילה".⁹⁹ במקרה שבו קדמה למעשה ההמתה התגרות של המנוח לא ניתן להרשיע בעבירת רצח אלא לכל היותר בעבירת הריגה.¹⁰⁰ לאורך השנים נקבע כי יש שני מבחנים לדרישת הקנטור: מבחן סובייקטיבי ולצידו מבחן אובייקטיבי.¹⁰¹ בפרשת אברהם קבע השופט אגרנט שהמבחן האובייקטיבי הוא כלי נוסף לבחינת הקשר הסיבתי בין הקנטור למעשה ההמתה. על פי זה נקבע בפסק הדין כי הדרישה שלא יהיה שיהוי בין מעשה הקנטור למעשה ההמתה,¹⁰² וכך גם דרישת היחס הסביר בין מעשה הקנטור למעשה ההמתה תואמים את המבחן

96 דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(3) 646 (2006) (להלן: דנ"פ ביטון).

97 ראו בהרחבה אוהד גורדון "נוסחת הקנטור" משפטים מד 159 (2014).

98 לפי הפסיקה, זהו אחד משלושה תנאים שיש להוכיח: החלטה להמית, הכנה והיעדר קנטור. ראו לדוגמה ע"פ 624/89 יחזקאל נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(3) 705 (1991).

99 ראו ע"פ 396/69 אברהם נ' מדינת ישראל, פ"ד כד(1) 561, 567 (1970); ע"פ 339/84 רבינוביץ נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(4) 253 (1985). בספרות יש גם גישות אחרות. ראו אהרון אנקר "רצח בכוונה תחילה" משפטים ו 478 (1976). איני עוסק במאמר זה בנוסחת הקנטור הראויה. נקודת המוצא של הניתוח כאן היא שתנאי הקנטור הוא חלק מהגדרת יסוד הכוונה תחילה. ניתוח זה אפשרי כיוון שכך קבע בית המשפט בפרשת ביטון. אילו היה נקבע שתנאי הקנטור הוא הגנה חלקית, היה הדבר משפיע על הניתוח, שכן במקרה זה היה המבחן האובייקטיבי במהותו מבחן נורמטיבי לשם הקביעה אם ראוי להעניק הגנה במקרה של קנטור. לדיון ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "על היסוד של היעדר קנטור בהגדרת הכוונה תחילה" בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" ספר דיור וינר 547, 557 (2009).

100 העונש על עבירת ההריגה הוא עד עשרים שנה, ובמובן זה, נטען, שאף היא משקפת את חומרת המעשה. ראו קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 99, בעמ' 30; דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 96, פס' 52 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

101 השופט זילברג היה היחיד שהחזיק בדעה כי יש להחיל רק מבחן סובייקטיבי. ראו ע"פ 46/54 היועץ המשפטי לממשלת ישראל נ' סגל, פ"ד ט 393, פס' 16 לפסק דינו של השופט זילברג (1955).

102 עניין אברהם, לעיל ה"ש 99, בעמ' 581.

האובייקטיבי.¹⁰³ מבחנים אלה תורמים לקביעה כי קיים קשר סיבתי בין הקנטור למעשה ההמתה, וכי המעשה נעשה מתוך "חולשת הטבע האנושי".¹⁰⁴ בעקבות הגדרות אלה צעדו אף יתר השופטים במשך השנים.¹⁰⁵ עם זאת ברבות הזמן קיבל המבחן האובייקטיבי ממד נוסף והפך להיות כלי לבחינה נורמטיבית של השאלה אם ראוי להכיר – במונחים חברתיים ערכיים – כי בנסיבות שבהן אירע מעשה ההמתה יאבד אדם את יכולת הריסון העצמי ויפעל בלא שיקול דעת.¹⁰⁶ הגדרה זו מכניסה מדדים אובייקטיביים לבחינת היסוד הנפשי של הנאשם. יתר על כן, היא חוסמת את הדרך בפני בית המשפט לקבוע כממצא עובדתי שבנסיבות המקרה אין מתקיים היסוד הנפשי הנדרש לעבירת הרצח, וזאת רק בשל שיקולים חברתיים-נורמטיביים. במובן זה, המבחן האובייקטיבי סותר את עקרונות היסוד של המשפט הפלילי שלפיהם יש לבחון את מעשה העבירה לגופו, לפי אשמה סובייקטיבית בלבד.¹⁰⁷ מתח זה הוזכר לא אחת בפסקי דין של בית המשפט העליון:

הביקורת העיונית הנמתחת על המבחן האובייקטיבי מצביעה על הסתירה הפנימית הטמונה בקביעה כי אדם אשר קונטר באופן סובייקטיבי וביצע מעשה המתה תוך אובדן שליטה עצמית עדיין יכול להיחשב רוצח בכוונה תחילה אם לא נתקיים לגביו המבחן האובייקטיבי, אף כי בפועל לא נתקיים בו, לאמיתו של דבר, יסוד נפשי של כוונה תחילה כנדרש לצורך הרשעה ברצח.¹⁰⁸

תיאור חריף מזה, המציג את מבחן הקנטור האובייקטיבי כחריג לדיני העונשין, ניתן למצוא אצל השופט ג'ובראן:

במובן זה מתקיים תהליך של אובייקטיביזציה של האחריות הפלילית האישית בעבירת הרצח בכוונה תחילה, שהוא תהליך ייחודי לעבירה זו, והוא חריג לתפיסת האחריות הסובייקטיבית-האישית, המאפיינת את השיטה העונשית המקובלת.¹⁰⁹

103 שם, בעמ' 582.

104 לדעת השופט אגרנט, ללא המבחן האובייקטיבי לא ניתן להבחין בין רצח סתמי לרצח שהוא תוצאה של התגרות (שם, בעמ' 580).

105 ראו ע"פ 322/87 דרור נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(3) 718 (1989); ע"פ 759/97 אליאבייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(3) 459 (2001); ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422 (1999). במרבית המקרים נקבע כי אין צורך להכריע בשאלת הקנטור האובייקטיבי כאשר לא הוכח קנטור סובייקטיבי.

106 פסק דינו של הנשיא שמגר בע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' גנדי, פ"ד מב(3) 383, 390 (1988); ובע"פ 686/80 סימן-טוב נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(2) 263, 253 (1982).

107 קרמניצר ולבנון, לעיל ה"ש 99, בעמ' 557.

108 עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 105, בעמ' 473.

109 ע"פ 2325/02 ביטון נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(2) 460, 448 (2004) (להלן: ע"פ ביטון).

חרף הקשיים הדוקטרינריים והביקורת שהושמעה נגד האימוץ של המבחן האובייקטיבי דבק בית המשפט לאורך השנים בקיומו.¹¹⁰ ההצדקה שניתנה לכך בפסיקה היא כפולה: ראשית, בית המשפט נעץ את הדבר באיזון שבין ערכים חברתיים לאחריות הפרט על מעשיו, בהדגישו כי השיקול בהותרת המבחן האובייקטיבי נעוץ בערכים חברתיים ובקדושת חיי אדם.¹¹¹ נוסף על זה, נטען כי לא ראוי שהשינוי במדרג עבירות ההמתה ייעשה בחקיקה שיפוטית אלא בשינוי של החקיקה הראשית.¹¹²

לשתי הצדקות אלה חשיבות רבה בבואנו לבחון אם וכיצד היה חוק היסוד יכול להשפיע על עיצוב התנאי של היעדר קנטור, ובעיקר על המבחן האובייקטיבי, בשני מובנים: ראשית, אחד השינויים המרכזיים שבאו בעקבות המהפכה החוקתית הוא שינוי נקודת האיזון בין זכויות הפרט לאינטרסים החברתיים. זהו הרקע התאורטי-משפטי שהוביל את בית המשפט לקבוע נורמות חדשות באסור ובמותר בהליך הפלילי – שבגיננו נשללה האפשרות להחזיק נאשמים במעצר לשם הרתעה, ונפסלו ראיות קבילות שנתקבלו אגב הפרת זכויות הנאשם. אם כך נעשה בגדרי הפרוצדורה הפלילית, היה מצופה שעקרונות אלה יחדרו אף לעיצוב הדוקטרינה העונשית עצמה, וכי בית המשפט לא יאפשר הרשעתו של אדם בעבירה שאינה הולמת את מידת אשמתו הסובייקטיבית רק בשל הגנה על ערכים חברתיים. שנית, הטענה כי שינוי מעין זה צריך להיעשות על ידי המחוקק, אף שיש בה טעם בהקשרים אחרים, נסדקת בשער הכניסה לתחום המשפט החוקתי. מהותו של המשפט החוקתי היא בכוחו של בית המשפט להגן על זכויות האדם גם במקרה שההסדר החקיקתי לוקה בחסר בהקשר זה. כפי שנקבע בעניין גנימאת, מעמדם העל-חוקי של חוקי היסוד מעניק לגיטימציה לפרשנות מחודשת של החוק ברוח זכויות האדם חרף סעיף שמירת הדינים.¹¹³ בשל שתי נקודות אלה היה מצופה כי בעקבות חקיקת חוק היסוד יבחן בית המשפט מחדש את הפרשנות המוצעת לעבירות ההמתה וייתן עדיפות לפרשנות ההולמת את ערכיו של חוק היסוד. ואכן, בעניין אזולוס,¹¹⁴ כאשר נטען בפני הנשיא ברק כי בעקבות חוק היסוד יש לבחון מחדש את קיומו של המבחן האובייקטיבי כתנאי להיעדר קנטור, הוא הזכיר את הביקורת הנוקבת אשר מושמעת על המבחן האובייקטיבי, ואף קבע כי עקרונית יש לשקול את ביטולו של המבחן:

שואלים וחוזרים ושואלים, כיצד זה ניתן להכניס, בדרך שיפוטית, מבחן אובייקטיבי לגדריה של המחשבה הפלילית, שכל כולה סובייקטיבית. מוסיפים ותוהים, אם אין זה ראוי – אפילו מכירים במבחן אובייקטיבי – להכיר במידה מסוימת של סובייקטיביזציה של המבחן תוך התחשבות

110 חשוב להדגיש שמדובר על חריגה מעקרונות המשפט הפלילי ולא על קביעה של נורמה פלילית מחמירה המשקפת פגיעה בערכים חברתיים. המבחן האובייקטיבי משתמש בנאשם כאמצעי לשם העברת מסרים חברתיים. ראו קנאי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 151; Krennitzer & Hörnle, *Human Dignity and the Principle of Culpability*, לעיל ה"ש 12, בעמ' 121–122. זאת, בשונה מחקיקה שמחמירה בענישה ומשקפת בכך ערכים חברתיים המוגנים. ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10, בעמ' 66, 71.

111 עניין אליאביב, לעיל ה"ש 105, בעמ' 474. ראו גם ע"פ 553/77 תומא נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 141, 154 (1978); ע"פ 101/77 רינגלשטיין נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(1) 623, 627 (1978).

112 ע"פ 2534/93 מליסה נ' מדינת ישראל פ"ד נא(2) 597, 612 (1997).

113 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 2.

114 ע"פ 3071/92 אזולוס נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 573 (1996).

בנתונים האישיים של הנאשם [...] כשלעצמי, מוכן אני לעיין בהלכה הקיימת, תוך צמצום המבחן האובייקטיבי או אף ביטולו. עם זאת, שינוי כה מרחיק לכת בהלכה הפסוקה, מן הראוי לו שיעשה רק במקרה המתאים לכך.¹¹⁵

במקרה זה נקבע כי המבחן הסובייקטיבי אינו מתקיים, ועל כן יש לדחות את השאלה העקרונית למקרה מתאים, שבו תהיה התנגשות בין שני המבחנים. אולם כמה שנים מאוחר יותר, בע"פ ביטון, נדון מקרה שבו בית המשפט קבע – כממצא ראייתי פוזיטיבי – שמתקיים היסוד הסובייקטיבי של הקנטור, וחרף זאת הרשיע את הנאשם ברצח בשל הקביעה כי בנסיבות המקרה לא מתקיים המבחן האובייקטיבי.¹¹⁶ השופט ג'ובראן, שכתב את דעת הרוב, עמד על מורכבות העניין ונימק מדוע יש להותיר את המבחן האובייקטיבי על כנו. הוא חזר בדבריו על שני הצידוקים שהוזכרו לאורך השנים בפסיקה: היצמדות לחוק ולפרשנותו בהלכה הקיימת והעדפת הערכים החברתיים אגב "עיצוב דמותו של האדם מן הישוב".¹¹⁷ יש לציין כי בפסק דין זה לא נדונה השאלה החוקתית אם המבחן האובייקטיבי הולם את חוק היסוד. אולם על פסק דין זה התקיים דיון נוסף אשר יוחד למבחן האובייקטיבי.¹¹⁸

העתירה בדיון הנוסף כללה בין היתר את הטענה כי "המבחן האובייקטיבי אינו צודק ואינו תואם את 'עקרון האשמה' שבמשפט הפלילי, וכי זניחת המבחן האובייקטיבי מתחייבת מהעקרונות של תיקון 39 לחוק העונשין, ושל חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹¹⁹ הזדמנות זו פתחה לכאורה את השער בפני הנשיא ברק לפרוע את השטר מפרשת אזולאס, להחדיר למשפט הפלילי את ערכי חוק היסוד ולהעניק לעקרון האשמה מעמד חוקתי כחלק מהקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי. אולם ניתוח פסק הדין מלמד כי דווקא במקרה זה העדיף הנשיא ברק להיתלות בלשון החוק ולאמץ גישה שמרנית שהותירה את ההלכה על כנה.

פסק הדין מחולק לשני חלקים עיקריים: בחלקו הראשון מוסבר כי המבחן האובייקטיבי אינו פרי יצירתה של ההלכה השיפוטית אלא נעוץ בלשון חוק העונשין;¹²⁰ בחלקו השני בוחן הנשיא ברק את מהותו וערכו הנורמטיבי של המבחן האובייקטיבי. בחלק זה מוזכרים שני שיקולים מרכזיים: האחד הוא קדושת חיי האדם – הורדת הרף של אחריות פלילית בעבירת הרצח מבטאת זילות בחיי אדם;¹²¹ השני הוא עקרון השוויון בפני החוק – החלת המבחן הסובייקטיבי בלבד יוצרת סטנדרטים שונים ופוגעת בשוויון.¹²²

115 שם, בעמ' 579.

116 ע"פ ביטון, לעיל ה"ש 109.

117 שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

118 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 96, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

119 שם, פס' 9.

120 שם, פס' 45.

121 שם, פס' 53, 59.

122 שם, פס' 37, 53. ערכים אלה מוזכרים גם בפתח הדיון, בהצגת תכליתו של המבחן האובייקטיבי (שם, פס' 36). לצד שני שיקולים מרכזיים אלה החוזרים כמה פעמים בפסק הדין, מופיע גם שיקול של שמירה

גם בפסק דין זה מוזכר הצורך בשינוי חקיקתי במדרג עבירות ההמתה, וכחלק מכך קורא הנשיא ברק לשקול ריכוך של המבחן האובייקטיבי: "הנני סבור כי המבחן האובייקטיבי, כפי שהתפתח בישראל מאז פרשת סגל, ואשר אינו מתחשב בנתונים סובייקטיביים של הממית, הוא קיצוני מדי".¹²³ אולם שינויים אלה צריכים לדעתו להיעשות על ידי המחוקק: "לאחר התלבטות לא מעטה, הנני סבור כי ראוי הוא שהדבר ייעשה על ידי המחוקק".¹²⁴ לסיכום, כמו עניין סילגדו, גם פרשת ביטון משקפת את דחיית עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. להלן אעמוד על הסיבות שבגינן דחה בית המשפט את אימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי ואסביר כי הדבר נעוץ בפרשנות שהוענקה לערך החוקתי של כבוד האדם בחוק היסוד.

3. מסקנות: כבוד האדם והפרוצדורה הפלילית מול כבוד האדם והדין המהותי

ניתן לחלק את פסקי הדין שבהם דן בית המשפט בהשפעתו של חוק היסוד על המשפט הפלילי לשתי קבוצות: האחת עוסקת בפרוצדורה הפלילית ובמעמדן החוקתי של זכויות החשוד והנאשם, ואילו השנייה עוסקת בליבת המשפט הפלילי ובהשפעת חוק היסוד על דיני העונשין. כפי שעולה מניתוח פסקי הדין, בכל הנוגע לזכויות החשוד והנאשם הדגיש בית המשפט את חשיבותו של חוק היסוד ואת השפעתו על ההליך הפלילי, ואילו בתחום דיני העונשין המעיט בית המשפט בהשפעתו ונוזהר מלאמץ את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. לפיכך נדחתה פרשנות מחודשת לסעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין העוסק בביצוע עבירה נוספת בידי שותף בעבירות שבוצעו בצוותא בעניין סילגדו, ונדחתה פרשנות מחודשת של סעיף 301א(א) המרככת את המבחן האובייקטיבי בעניין ביטון.

השאלה העולה מהשוואת שתי הקבוצות היא מה הביא את בית המשפט לתת משקל כה רב לחוק היסוד בתחומי הפרוצדורה הפלילית ולצמצם את השפעתו בתחומי המשפט הפלילי המהותי. הטענה שאבקש להציע היא שבמתח המאפיין את המשפט הפלילי בין הרבדים השונים של כבוד האדם ביכר בית המשפט את ערך כבוד האדם האובייקטיבי על פני הערכים האחרים במחיר של דחיית עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. אבהיר את הטענה. הקבוצה הראשונה של פסקי הדין מדגישה את עצם ההכרה בכך שגם לחשוד ולנאשם יש זכויות חוקתיות. טרם המהפכה החוקתית נקבעו זכויות החשוד והנאשם רק מתוך ההסדרים הסטטוטוריים, אך לאחר חקיקת חוק היסוד הדגיש בית המשפט כי זכויותיהם מקבלות מעמד חוקתי.¹²⁵ משמעות מרכזית של קביעה זו היא כי טרם נקבעה אשמתם מעבר לספק סביר, עומדת להם חזקת החפות, וזכותם לחירות זהה לזו של יתר האזרחים.¹²⁶

על ביטחון הציבור (שם, פס' 59). לדעתי, שיקול זה אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא בבואה של קדושת החיים. כל פרשנות אחרת תהיה אינסטרומנטליזציה קיצונית שקשה לייחסה לנשיא ברק.
123 שם, פס' 68. על דברים אלה הגיבו השופטים ריבלין ורובינשטיין בע"פ 9906/04 חלאילה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 13.12.2007).

124 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 96, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

125 ברק "הקונסטרוקציה של מערכת המשפט", לעיל ה"ש 14, בעמ' 22.

126 ראו RONALD DWORIN, A MATTER OF PRINCIPLE 72 (1985); Laurence H. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 HARV. L. REV. 1329, 1372 (1971); ALEX STEIN, FOUNDATIONS OF EVIDENCE LAW 172 (2005). לדיון נוסף ראו דורון מנשה

הקביעה כי גם מי שנחשד בעבירות החמורות ביותר זכאי לחירות, לחזקת החפות ולהליך הוגן, משקפת את הממד האובייקטיבי של כבוד האדם. הנאשם בהליך הפלילי חשוד בהפרת הקוד החברתי הבסיסי ובפגיעה בשלום הציבור, ולכן האינטרס הציבורי, המעדיף את שלום הציבור על פני זכויות הפרט, יכול להגביל את חירותו גם בלא משפט. בית המשפט הדגיש שחוק היסוד העניק לכל בני האדם, ובכללם גם לאחרון הנאשמים, זכויות חוקתיות מלאות שהאינטרס הציבורי נסוג מפניהן, ולכן לא ניתן להגביל את חירותם בלא משפט הוגן. פגיעה בזכויות החשוד והנאשם תיתכן רק במסגרת פסקת ההגבלה, ולכן סדרי הדין הפליליים חייבים לעמוד במבחני פסקת ההגבלה. לפיכך נקבע שחוק היסוד משנה את נקודת האיזון בין השמירה על כבוד החשוד והנאשם לבין האינטרס הציבורי ומטיל מגבלות על ההליך הפלילי שיתכן שלא היו קיימות ערב חקיקת החוק.

כאשר באים אנו לבחון אם חוק היסוד חולל שינוי בדין הפלילי המהותי בפסקי הדין המסווגים בקבוצה השנייה, אנו מגלים כי התשובה היא בשלילה. בעניין סילגדו לא קיבל הנשיא ברק את טענת המערערים, שלפיה הרשעה החורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית היא פגיעה בכבוד האדם, וייחד את פסק הדין לשאלה אם הגבלת חירותו של הנאשם במקרה זה היא פגיעה בזכותו לחירות. מהלך זה, השולל בחינה חוקתית של סעיף האישום לפי האחריות המוסרית של הנאשם למעשה העבירה ומאפשר להטיל אשמה מסיבות חיצוניות לאשמה הסובייקטיבית, משקף לדעתי את הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי. כפי שהדגשתי בחלק א של המאמר, כבוד האדם האובייקטיבי מדגיש את תוצאת העבירה והפגיעה בערכם של חיי האדם ולא את חומרת המעשה, והוא אינו רגיש לסוג האישום המוטל על הנאשם.¹²⁷ מידת האשמה המיוחסת לנאשם כפופה למשטר דיני העונשין בלבד המאפשרים לשקול אלמנטים נוספים מלבד אשמה סובייקטיבית, והמבחן החוקתי מצמצם לשאלה אם הגבלת חירותו של הנאשם עומדת במבחני פסקת ההגבלה.¹²⁸ לעומת זאת אימוץ הערך של כבוד האדם הסובייקטיבי מוביל לעיגון של עקרון האשמה כעיקרון חוקתי המעצב את הדין העונשי המהותי לפי מידת האחריות האישית של הנאשם, ומאפשר ביקורת שיפוטית על פי קריטריון זה ולא רק על פי בחינה של פסקת ההגבלה.

גם עניין ביטון מלמד שבית המשפט דחה את הפרשנות הסובייקטיבית לכבוד האדם והעדיף את הרובד האובייקטיבי. כפי שהראיתי למעלה, פסק הדין מורכב משני חלקים מרכזיים: הראשון נועד להראות כי המבחן האובייקטיבי מעוגן בלשון החוק, והשני נועד להצדיק את המבחן האובייקטיבי מבחינה נורמטיבית. יש חשיבות רבה למבנה של פסק הדין. הקביעה כי המבחן האובייקטיבי נעוץ בלשון החוק נועדה להדגיש כי מידת האשמה המיוחסת לנאשם אינה שאלה חוקתית כי אם שאלה דוקטרינרית של דיני העונשין. נושא זה

ואיל גרונר מהות הספק הסביר במשפט הפלילי 63 (2017). לביטוי לעיקרון חוקתי זה במשפט הישראלי

ראו בש"פ 8087/95 זאדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 133, 142 (1996).

127 ואכן בעניין סילגדו, הנשיא ברק הצדיק את ההרשעה בעבירת הרצח לאור התוצאה הקשה של המעשה והצורך בהרתעה (עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8, פס' 16 לפסק דינו).

128 הנשיא ברק צפה כי עיקר הדיונים המשפטיים בעתיד יופנו כלפי פסקת ההגבלה ושאלת המידתיות. ראו ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט", לעיל ה"ש 14, בעמ' 14.

שב ועולה גם בסיומו של פסק הדין, שבו חרף העמדה העניינית של הנשיא ברק כי יש מקום לשקול שינוי באופיו של המבחן האובייקטיבי, הוא סבר כי את המלאכה הזאת צריך לעשות המחוקק ולא בית המשפט. מסקנה זו מבהירה, פעם נוספת, כי אין מדובר על שאלה חוקתית – המחייבת את בית המשפט לפרש את הנורמה מחדש לפי הערכים החוקתיים – כי אם על שאלה דוקטרינרית.

יתר על כן, בחלקו העיקרי של פסק הדין, שבו נבחנת השאלה אם המבחן האובייקטיבי רצוי מבחינה נורמטיבית, מציין הנשיא ברק שני טיעונים מרכזיים שממוקדים בקדושת החיים ובערך השוויון בפני החוק. טיעונים אלה נועדו לשלול את הטענה כי מבחן הקנטור האובייקטיבי אינו חוקתי, והם מבטאים דחייה של הפרשנות הסובייקטיבית לכבוד האדם בגדרי המשפט הפלילי. כפי שהדגשתי בחלק א של המאמר, המונח "קדושת החיים" מכוון לרובד האובייקטיבי של כבוד האדם ובמיוחד לחובה המוטלת על החברה להגיב במקום שבו הופרו זכויות יסוד. מקום שבו נפגעו זכויות יסוד של אדם נסדק ערך קדושת החיים, וכבודם של בני האדם נפגע. תכליתו של המשפט הפלילי להשיב את מעמדו של כבוד האדם למקומו ולהבטיח כי בני אדם לא ייפגעו עוד בעתיד. לכן מנקודת המבט של כבוד האדם האובייקטיבי, כאשר אדם נאשם בפלילים, ניתן להרשיעו ולהענישו אף במידה החורגת ממידת אשמתו הסובייקטיבית על מנת להרתיע את הרבים ולמנוע פגיעה נוספת בעתיד, בכפוף למבחני פסקת ההגבלה. גם עקרון השוויון בפני החוק רלוונטי לכבוד האדם האובייקטיבי. כבוד האדם האובייקטיבי מדגיש את הממד האובייקטיבי של בני האדם ואדיש לרבדים הסובייקטיביים. במובן זה העובדה שהנורמה הפלילית חלה על כל בני האדם במידה שווה ואינה משתנה מאדם אחד לאחר, מבטאת היטב את הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי. באמצעות נימוקים אלה מסביר הנשיא ברק מדוע אין במבחן הקנטור האובייקטיבי קשיים חוקתיים אף שהוא מטיל אחריות פלילית במידה החורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית של הנאשם.¹²⁹

כעת אנסה להשיב על השאלה מדוע בתחומי המשפט הפלילי ביכר בית המשפט את הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי על פני הערך הסובייקטיבי. התשובה לכך נעוצה לדעתי בחשש כי הערך הסובייקטיבי של כבוד האדם עלול להוביל לפגיעה בערכם של חיי האדם ולהגביל את כוחו של המשפט הפלילי. כפי שהדגשתי לעיל, הערך של כבוד האדם האובייקטיבי אינו מכוון רק לאדם ספציפי בחברה אלא לאתוס המבקש להשיא את ערכם של חיי האדם ולהגן עליהם. במובן זה, כבוד האדם האובייקטיבי מדגיש את מקומו של הנפגע – המהדהד את הפגיעה בחברה כולה – יותר מאת מקומו של הפוגע. לעומת זאת סובייקטיביזציה של המשפט הפלילי מדגישה את זכויותיו של הפוגע, מגבילה את המשפט

129 גם בארצות הברית נשמעה ביקורת העדפתו של בית המשפט להחיל עקרונות חוקתיים על הפרוצדורה הפלילית ונמנע מלהחילה על המשפט הפלילי המהותי. במאמר מפורסם של הנרי הארט העוסק במהותו של המשפט הפלילי הוא מבקר מגמה זו. ראו Henry M. Hart, *The Aims of the Criminal Law*, 23 L. & CONTEMP. PROBS. 401, 431 (1958) וראו גם William J. Stuntz, *Substance, Process, and the Civil-Criminal Line*, 7 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 1, 1 (1996).

הפלילי ופוגעת לכאורה בערך של כבוד האדם האובייקטיבי.¹³⁰ שתי סכנות אלה, לערכם של חיי אדם וליציבותו של המשפט הפלילי, מוזכרות בפסקי דינו של בית המשפט העליון. כך לדוגמה בעניין אליאבייב הדגישה השופטת פרוקצ'יה את ההתנגשות בין ערכם של חיי האדם לבין העיקרון העונשי שלפיו יש להתייחס בלעדית ליסודות הסובייקטיביים של העבירה:

הצורך להגן על ערך קדושת חיי אדם הוביל את המשפט לסטות מהראיה המקובלת של האחריות הפלילית בממד סובייקטיבי בלבד ולהציב, לצורך הגשמת מטרה חברתית עליונה, רף אובייקטיבי אשר ישמש אמת-מידה לשיקולי הקלה בקביעת סטנדרד ההתנהגות בעבירת הרצח.¹³¹

כך גם הסכנה ליציבותו של המשפט הפלילי מוזכרת בכמה פסקי דין ומתומצתת בידי הנשיא ברק בעניין ביטון:

נפסק כי אילו נתקבלה הטענה של התחשבות בתת-קבוצות כי אז "הפכנו את המשפט הפלילי במקומותינו לבוקה ולמבולקה".¹³²

אבקש להציע כי סיבות אלה הובילו את בית המשפט שלא לאמץ את הערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי לגדרי המשפט הפלילי ולדחות את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. להלן אראה כי בתקופה האחרונה חל שינוי מגמה, ובית המשפט העליון החל לאמץ את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי.

ג. כניסתו של עקרון האשמה כעיקרון חוקתי למשפט הפלילי הישראלי

שינוי המגמה, המכיר בעקרון האשמה כעיקרון חוקתי המעצב מחדש את הדין העונשי, אירע בעניין פלוני.¹³³ חשיבותו של פסק דין זה נעוצה בשני גורמים: האחד, בכך שהוא ממסגר את הדיון בעקרון האשמה בקונטקסט חוקתי מפורש; השני, בכך שהתקיים בו דיון נוסף בבית המשפט העליון שהפך את פסק הדין המקורי.¹³⁴ כך, לעומת עניין פלוני הראשון, שמשקף את ההלכה הישנה הדוחה את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי, דנ"פ פלוני שינה את המצב ובישר את שינוי המגמה. לאחר הדיון בעניין פלוני אדון בעניין טמטאווי שבא בעקבותיו, המבטא מגמה דומה.¹³⁵

130 זו אחת הסיבות שבית המשפט נמנע מביקורת שיפוטית על החקיקה הפלילית. ראו ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782 (2004); ע"פ 7915/15 גדבאן נ' מדינת ישראל, פס' 10 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 9.7.2017); Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10, בעמ' 71, 73.

131 עניין אליאבייב, לעיל ה"ש 105, פס' 9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

132 דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 96, פס' 32 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק.

133 ע"פ 9647/10 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סו(1) 213 (2013) (להלן: ע"פ פלוני).

134 דנ"פ 404/13 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 15.4.2015) (להלן: דנ"פ פלוני).

135 ע"פ טמטאווי, לעיל ה"ש 66.

1. עניין פלוני: בין הערך החוקתי המדגיש את קדושת החיים לערך החוקתי המדגיש את האוטונומיה של הסובייקט

בעניין פלוני דן בית המשפט העליון בשאלה אם ניתן להרשיע משתתף במרוץ מכוניות בעבירת ההריגה לאחר שנהג הרכב הנוסף שהשתתף במרוץ ואדם נוסף שישב לצידו נהרגו במהלך התחרות. במקרה הנדון התאונה נגרמה מאובדן שליטה של הרכב שיושביו נהרגו, ואילו הנהג הנאשם לא היה שותף ישיר בגרימתה. השאלה המשפטית שהתעוררה היא אם ניתן להרשיע את הנהג בעבירת ההריגה על עצם השתתפותו במרוץ אף שהוא לא היה צד לתאונה. בפסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים זוכה הנהג מעבירת ההריגה והורשע בעבירה של סיכון חיי אנשים במזיד בנתיב תחבורה המנויה בסעיף 332 לחוק העונשין.¹³⁶ ערכאת הערעור הראשונה של בית המשפט העליון קיבלה את ערעור המדינה וקבעה שיש להרשיע את הנהג בעבירת ההריגה המופיעה בסעיף 298 לחוק. על פסק דין זה התקיים דיון נוסף, ובו נהפך פסק הדין ונקבע כי אין להרשיע את הנהג בעבירת ההריגה. בכל הערכאות הובעה הסכמה כי המקרה מקיים את דרישת הקשר הסיבתי העובדתי, שכן אילו לא היה הנהג הנאשם משתתף בתחרות – לא היה המנוח מאיץ למהירות כה גבוהה והתאונה לא הייתה נגרמת. עם זאת העובדה שנהג הרכב שהועמד לדין לא היה הגורם הישיר לתאונה עוררה כבר בבית המשפט המחוזי את שאלת הקשר הסיבתי המשפטי. שאלה זו עמדה בלב המחלוקת בין שופטי ההרכב שדנו בערעור, ולה בלבד הוקדש גם הדיון הנוסף.¹³⁷

יש לעמוד על הדמיון בין השאלה שהתעוררה בעניין פלוני לשאלה שהתעוררה בעניין סילגדו. על אף השוני בקונסטרוקציות המשפטיות שנדונו בפסקי הדין (בעניין סילגדו הדיון נסב על חוקתיותו של סעיף 34 לחוק העונשין, ואילו בעניין פלוני הדיון נסב על שאלת הקשר הסבתי המשפטי) בשני המקרים בחן בית המשפט את האפשרות להטיל על אדם אחריות פלילית למעשה נוסף שעשה שותפו לעבירה, כאשר המעשה הנוסף לא היה חלק מהגשמת התוכנית המשותפת.¹³⁸ זו הסיבה שבשני פסקי הדין התעורר דיון חוקתי בעקרון האשמה ובשאלת היחס שבין חוק היסוד לדוקטרינה העונשית. ואכן, בחינה של דעת הרוב בערעור הפלילי הראשון בעניין פלוני מגלה דמיון קונספטואלי בין השיקולים שהושמעו שם לאלה שהושמעו בעניין סילגדו. בעניין סילגדו ביסס הנשיא ברק את פסק דינו על שני אדגים: האחד חומרת העבירה והצורך בהרתעה, והשני קביעה נורמטיבית שלפיה בשל

136 ת"פ 1035/08 מדינת ישראל נ' פלוני (פורסם בנבו, 22.5.2010).

137 שאלת הקשר הסיבתי המשפטי היא שאלה פתוחה שתלויה במבחנים ערכיים ובשאלת המדיניות המשפטית הראויה (ראו דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 134, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא גרוניס).

138 בעניין סילגדו (לעיל ה"ש 8) העבירה המשותפת היתה עבירת שוד ואחד השותפים לעבירה המקורית ביצע בנוסף גם עבירת רצח בלא שהיתה לכך כל תוכנית משותפת. בדומה לכך, בעניין פלוני העבירה המשותפת היתה קיום התחרות בנתיב תחבורה, והנהג הנוסף ביצע, באופן אוטונומי ובלא תוכנית משותפת, מעשה נוסף שתוצאתו הייתה המתה (צורת הנהיגה והבחירה להאיץ, בנוסף לעצם עבירת התחרות). בשני המקרים, האפשרות להרשיע במעשה שביצע האחר מבוססת על צפייה נורמטיבית, שמטרתה להטיל על X אשמה בגין מעשה שבוצע על ידי Y. נציין כי בעניין פלוני, השופט ארבל הדגישה כי שאלת הקשר הסיבתי יכולה להבחן גם כחלק מהדוקטרינה של מבצעים בצוותא (ראו ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 133, פס' 20 לפסק דינה של השופטת ארבל).

חומרת העבירה היה על הנאשם לצפות את הסכנה הכרוכה במעשיו.¹³⁹ בדומה לכך, בעניין פלוני הדגישה השופטת ארבל, שכתבה את דעת הרוב, את חומרת העבירה ואת הצורך המיוחד בהרתעה במקרים אלה: "הצורך להרתיע מפני השתתפות במרוצי מכוניות הינו שיקול משמעותי ביותר המוביל למסקנה האמורה". ובשל כך קבעה כי "לנהג המשתתף במרוץ מכוניות קיימת ככלל חובה לצפות את אפשרות מותו של אחד מהמשתתפים במרוץ" ועל כן ניתן להרשיעו בהריגה.¹⁴⁰

בדיון שערכתי לעיל בעניין סילגדו הראיתי כי אף שהנשיא ברק הציג את טענת המערערים שלפיה ייתכן שבעקבות חוק היסוד יש להעניק לעקרון האשמה מעמד חוקתי, הוא טשטש את הצורך להכריע בשאלה זו. אולם שאלה זו, שנותרה בלא הכרעה בעניין סילגדו, שבה ועלתה בעניין פלוני. כפי שאראה, השופט רובינשטיין סבר שחרף מעמדו של הסובייקט בחברה הליברלית דווקא במשפט הפלילי משתקפים ערכים חוקתיים נוספים המעצבים את הדין הפלילי ומונעים הכרה בעקרון האשמה כעיקרון חוקתי, בעוד שהשופט הנדל סבר כי ניתן לגזור את עקרון האשמה מהערך החוקתי של כבוד האדם.

(א) הדיון החוקתי בפסק דינו של השופט רובינשטיין – תיקוף חוקתי לדחיית עקרון האשמה (המגמה הישנה)

השופט רובינשטיין סבר כי השאלה האם העובדה שהנאשם צפה את האפשרות שמרוץ המכוניות יסתיים במותו של אחד המשתתפים די בה כדי להטיל עליו את האחריות הפלילית להריגה היא שאלה של מדיניות משפטית.¹⁴¹ הוא מציג את המורכבות של הטלת אחריות פלילית על נאשם כאשר המעשה שהוביל לתוצאת ההמתה נעשה באופן אוטונומי בידי אחר, ובהמשך מסביר מדוע בכל זאת המבחן הערכי מצדיק להטיל על הנאשם אחריות פלילית:

ער אני לכך כי ישנו שינוי מגמות מסוים, וכיום, כחלק מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והעלאת קרנו של חופש הפרט בכלל, גוברת ההתחשבות בכך שנפגע העבירה נטל את הסיכון על עצמו, ולשקול זאת בבואנו להחליט האם להטיל אחריות בפלילים על הנאשם שנטל גם הוא סיכון.¹⁴²

לקושי זה הוא משיב בשני מישורים: במישור העובדתי הוא מטיל ספק עד כמה הפעולה של הנהג הנוסף, שהובילה למותו, היא אוטונומית. לשיטתו, עצם ההשתתפות במרוץ משפיע

139 "הבוחר להשתתף כמבצע בצוותא בביצוע של עבירה מקורית (כגון שוד) חייב להביא בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבך, והוא עלול למצוא עצמו מעורב גם בעבירה נוספת (כגון רצח) שאינה בשליטתו" (עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (ההדגשה הוספה)).

140 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 133, פס' 25–26 לפסק דינה של השופטת ארבל.

141 "לטעמי, הבחינה הערכית היא זו המובילה למסקנה, כי כאשר נקט אדם בפעילות מסוכנת, בלתי חוקית, וצפה בפועל כי כתוצאה ממנה ייגרם מותו של אדם אחר, ככלל די יהא בכך לקבוע כי צריך היה לצפות את תוצאות מעשיו" (ראו דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 134, פס' ה לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

142 שם, פס' יב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

על דרך נהיגתו של הנהג הנוסף, ולכן קשה לראות בכך מעשה אוטונומי.¹⁴³ אולם סמוך לניתוח העובדתי הוא פונה למישור העקרוני-חוקתי. לדעתו, גם אם הנהג הנוסף פעל באופן אוטונומי, ניתן להרשיע את המערער בעבירת ההריגה. בשלב זה מדגיש השופט רובינשטיין את הערך המוגן בעבירת ההריגה:

הערך המוגן בבסיס עבירת ההריגה הוא קדושת החיים, ונדמה שאין צורך להכביר מלים על חשיבותו [...] די אם נציין כי סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע, כי "זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו...". וסעיף 2 קובע כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" [...]. החיים הם "חלק אלוה ממעל" (איוב ג', כ"א) [...] רכיב התוצאה של עבירת ההריגה – מותו של אדם – הוא המאפיין הדומיננטי של העבירה.¹⁴⁴

נראה כי לדעת השופט רובינשטיין, עקרון "קדושת החיים" מוביל להרחבה של האחריות הפלילית ולהטלת אחריות עונשית רק בשל הצפייה שתוצאה מעין זו עשויה לקרות גם כאשר מידת האשמה בתוצאה היא פחותה.¹⁴⁵ הוא מדגיש כי הדבר נעוץ בפרשנות חוק היסוד, המעניק דומיננטיות לעקרון קדושת החיים. לשיטתו, לעיקרון חוקתי זה יש השלכה על הדוקטרינה הפלילית:

לדירי יש ליתן משקל משמעותי לכך שעניינו במשפט הפלילי [...] בהליך הפלילי המדינה מייצגת את האינטרס הציבורי הכולל [...] מכאן, לטעמי, כי שאלת האוטונומיה, חשובה ככל שתהא, משנית לצורך שבהקעת מעשיו של מבצע העבירה נוכח הפגם המוסרי שדבק במעשיו, וגם לרצון להרתיע אחרים מפני ביצוע מעשים דומים בעתיד.¹⁴⁶

בדברים אלה הוא דוחה את עקרון האשמה הסובייקטיבית כעיקרון חוקתי במשפט הפלילי. לדעתו, המשפט הפלילי צריך לשקף את העיקרון החוקתי של "קדושת החיים", ועל כן במקום שבו ערך זה נפגע, ראוי להטיל אחריות עונשית על הנאשם, גם אם מידת אשמתו פחותה, בשל הצורך בהקעת מעשיו ובהרתעה. פסק דינו של השופט רובינשטיין מהדהד את ההלכה שנפסקה בעניין סילגדו ובעניין ביטון ומצדיק אותה במישור החוקתי. אולם בניגוד לפסקי דין אלה שבהם זו הייתה עמדת הרוב, בדנ"פ פלוני נותר השופט רובינשטיין

143 ש.ם.

144 ש.ם, פס' יח.

145 המונח "אשמה" שאני משתמש בו במאמר נגזר מהערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי, והוא מכוון לאשמה סובייקטיבית המבוססת רק על חלקו של הנאשם בביצוע העבירה ועל מידת אחריותו האישית לתוצאותיה. ההרשעה, לשיטת השופט רובינשטיין אינה נובעת רק מאשמה אישית אלא גם מערכים שהם חיצוניים לאשמה הסובייקטיבית, כגון קדושת החיים, האינטרס הציבורי והצורך בהרתעה. בכך לדעתי הוא דוחה את עקרון האשמה הסובייקטיבית כעיקרון החוקתי שסביבו יש לעצב את דיני העונשין.

146 ש.ם, פס' טז לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (ההדגשה הוספה).

בדעת מיעוט, ופסק הדין מבשר שינוי מגמה, של הכרה בעקרון האשמה כעיקרון חוקתי הקובע את אמות המידה שעל פיהן יש לפרש את הדין הפלילי המהותי.

(ב) הדיון החוקתי בפסק דינו של השופט הנדל – תיקוף חוקתי לעקרון האשמה (המגמה החדשה)

בפתח פסק דינו בעניין פלוני מזכיר השופט הנדל את העיקרון העונשי הבסיסי שלפיו אין עבירה בלא אשמה אישית.¹⁴⁷ עיקרון בסיסי זה כמוכּן אינו נתון במחלוקת בין השופטים. אין חולק על שלא ניתן להרשיע אדם בלא שהוא ביצע מעשה עבירה המטיל עליו אשמה. שאלת הליבה המשפטית היא מה מעמדו החוקתי של עקרון האשמה. ככל שעקרון האשמה הסובייקטיבית מקבל מעמד חוקתי, כך הוא מעצב את דיני העונשין סביב שאלת האשם הסובייקטיבי ומצמצם את האפשרות להרחיב את גבולות האחריות הפלילית – בשל שיקולים שאינם נוגעים לאשמה אישית – במקרים שבהם עוצמת האשמה האישית פחותה, כפי שנעשה בעניין סילגדו וכפי שעשו שופטי הרוב בעניין פלוני הראשון. זו, ככל הנראה, הסיבה שהובילה את השופט הנדל לעגן את עקרון האשמה בחוק היסוד, ובכך להעניק לו מעמד חוקתי:

עיקרון זה איננו אך ורק עניין שבמדיניות או פריו של סטנדרט יצייר פסיקה אלא אחד מביטויי המשפטיים הקונקרטיים של עיגון כבוד האדם כזכות חוקתית בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] מדובר בעיקרון חוקתי על-חוקי החולש על פני כל ענפי המשפט ובכלל זה על הדין הפלילי [...] אם כן, כלל היסוד הוא עקרון האשמה האישית לפיו אדם הבוחר לבצע מעשה יהיה אחראי – והוא בלבד – לתוצאות מעשיו ולהן בלבד.¹⁴⁸

בעקבות קביעה נחרצת זו מסיק השופט הנדל כי חרף קיומו של קשר סיבתי עובדתי לא ניתן להרשיע את נהג המכונית, הנאשם, בעבירת ההריגה, שכן את המעשה שהוביל ישירות להמתה עשה המנוח באופן אוטונומי, ולא הנאשם. בניגוד לקביעה של הנשיא ברק בעניין סילגדו ולדעת הרוב בעניין פלוני, קובע השופט הנדל כי האפשרות שנהג המכונית הנאשם צפה בפועל שתוצאה זו עשויה להתרחש אינה מספיקה כדי להכתיים אותו בעבירת ההריגה, כשזו נעשתה באופן אוטונומי על ידי אדם אחר והוא לא היה שותף בתוכנית לבצעה. בפסק דינו של השופט הנדל מודגשת החשיבות בקיומה של תוכנית משותפת כתנאי להטלת אחריות עונשית למעשה נוסף שעשה אחד השותפים לעבירה המקורית. כאשר קיימת תוכנית משותפת לעבירה, גם למשתתף שלא ביצע אקטיבית את העבירה יש אשמה אישית בתוצאה, בדומה לרציונל של "מבצעים בצוותא". אולם כאשר אין תוכנית משותפת, עקרון האשמה האישית מנתק את הזיקה בין המעשה הנוסף שביצע השותף לעבירה המקורית לבין

147 שם, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

148 שם (ההדגשה הוספה).

הנאשם ומוביל לכך שאין להטיל עליו אחריות עונשית מקום שבו המעשה שהוביל להמתה נעשה אוטונומית בידי השותף האחר.¹⁴⁹

גישה זו מובילה את השופט הנדל לחלוק על קביעתה של השופטת ארבל שלפיה אילו היה הנפגע צד ג, בכל מקרה ניתן היה להרשיע את הנהג הנאשם בהריגה בלא תלות בשיקולים נוספים. לדברי השופט הנדל: "לדעתי המקרה בו צד ג' – הולך רגל – נהרג על ידי אחת המכוניות במירוץ אינו מוביל בכל מצב להטלת האחריות על הנהג האחר".¹⁵⁰ לשם דוגמה הוא דן במקרה תאורטי אשר מזכיר בקוויו הכלליים את עניין סילגדו, שבו התקיים מרוץ מכוניות בלא "התניה לנסוע בהתאם לפקודת התעבורה ותקנותיה, אבל נהג אחד, כדי להתמודד עם הולך רגל, פותח את החלון ויורה באוויר להפחידו אך הירי פוגע בהולך הרגל". לדעת השופט הנדל, במקרה זה "הנהג השני עשוי לטעון בהצלחה כי ירי זה אינו קשור אליו", שכן "משתמע כמעט במפורש כי פעולת הירי נופלת מחוץ להסכמה".¹⁵¹ גם במקרה הנדון בעניין פלוני, שבו החריגה מהתוכנית המשותפת אינה כה מובהקת, סבור השופט הנדל כי "מהותו של ההסכם היא שכל נהג ייסע באופן אוטונומי. התכנית להשתתף בתחרות מעין זו כוללת בחובה את הכלל כי אחד אינו קובע עבור השני באיזו מהירות הוא ייסע".¹⁵² לפיכך אשמתו של נהג המכונית מוגבלת לעצם השתתפותו במרוץ המכוניות, ויש להרשיעו בעבירה הספציפית למעשה זה, שהיא סיכון אדם בנתיב תחבורה ציבורי. עקרון האשמה האישית שולל את האפשרות לייחס לנהג הנאשם את התוצאה הקשה שנגרמה מדרך הנהיגה של שותפו לתחרות, שנעשתה באופן אוטונומי והיא אינה חלק מהתוכנית המשותפת, ומחייב לבחון את אשמתו דרך הפריזומה של אשמה אישית בלבד בלא להרחיב את האחריות העונשית מכפי מידת האשמה הסובייקטיבית.¹⁵³

פסק דין פלוני הוא המקום הראשון בפסיקה הישראלית שבו אומץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי: "כלל היסוד הוא עקרון האשמה האישית".¹⁵⁴ בניגוד לעמדתו הספקנית של הנשיא ברק בעניין סילגדו, אשר שללה את אימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי והסתפקה בבחינה של פסקת ההגבלה, בעניין פלוני מעצב השופט הנדל את הדוקטרינה העונשית לאור עקרון האשמה וקובע כי חרף האינטרס החברתי והצורך בהרתעה לא ניתן

149 בכך שולל השופט הנדל את הקונסטרוקציה שמציע השופט ברק לפיה: "הטלת האחריות אינה ללא כל אשמה, והיא מתבססת על בחירה ראשונית זו של המבצע בצוותא (של העבירה המקורית)" (עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק). בדומה לכך, השופט הנדל מסביר מדוע מקרה זה שונה מפסק הדין בו הוטלה אחריות פלילית על משתתף במשחק "רולטה רוסית". במרוץ המכוניות, למרות האפשרות לצפות את הסכנה לא ניתן לקבוע כי קיימת תוכנית משותפת לגרום למותו של אחד המשתתפים, לעומת זאת, במשחק הרולטה, המטרה המשותפת היא סכנת המוות. עמדה זו של השופט הנדל פותחה גם בע"פ 5686/07 בסטיקאר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 17.2.2011).

150 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 133, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל.

151 ש.ס.

152 ש.ס.

153 "לשיטתי, דרך המלך להשיג את ההרתעה הנדרשת איננה בהרחבה של האחריות הפלילית ובהגמשה של עקרונות האשמה האישית והאוטונומיה, אלא בהטלת עונש הולם תוך שקלול סעיף העבירה, מעשה העבירה ונסיבותיו יחד עם הנתונים האישיים של העושה" (ש.ס, פס' 16).

154 ש.ס, פס' 9.

להרשיע במקרה זה בעבירת הריגה בשל הגבלות חוקתיות.¹⁵⁵ כפי שציינתי, עמדת המיעוט של השופט הנדל בעניין פלוני הפכה לדעת הרוב בדיון הנוסף. טרם אפנה לדון בערך של כבוד האדם המשתקף מעניין פלוני ולהציע פרשנות לשינוי המגמה, אבקש להראות כי מגמה זו, שבאה לידי ביטוי בעניין פלוני, אומצה בדעת הרוב גם בעניין טמטאווי.

2. עניין טמטאווי: בעקבות ההכרעה בדיון הנוסף בעניין פלוני

כעת אבקש להראות כי דנ"פ פלוני משקף שינוי נורמטיבי בתחומי המשפט הפלילי המהותי בישראל, וההכרה במעמדו החוקתי של עקרון האשמה המעצב מחדש את הדוקטרינה העונשית בא לידי ביטוי גם בפסיקה שבאה לאחוריו. בעניין טמטאווי נדון מקרה שבו שוטר ביקש מנהג רכב לעצור לבדיקה.¹⁵⁶ הנהג, שסמוך לאירוע ביצע מעשה עבירה של גנבה והשחתת מתקן חשמלי, סירב לעצור, פגע בשוטר וגרם למותו. בית המשפט המחוזי זיכה את הנאשם מעבירת הרצח,¹⁵⁷ ועל כך הגישה המדינה ערעור לבית המשפט העליון. סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין קובע כי ניתן להרשיע בעבירת הרצח את ה"גורם למותו של אדם כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו, או למי שהשתתף בביצוע אותה עבירה, בריחה או הימלטות מעונש". לשון הסעיף מאפשרת הרשעה בעבירת הרצח בכל מקרה שבו אדם גרם למותו של אחר בניסיון הימלטות מעבירה אחרת שהוא ביצע, בלא תלות באופייה של העבירה האחרת וביסוד הנפשי שהתלווה למעשה ההמתה. למעשה, הסעיף מאפשר להרשיע בעבירת הרצח גם במקרה שבו היסוד הנפשי של כוונה תחילה אינו מתקיים, בשל החומרה הנלווית למעשה העבירה.¹⁵⁸ השופטת ברק-ארוז קבעה בפסק דינה כי פרשנות מרחיבה של הסעיף יכולה להוביל לתוצאה אבסורדית ואף לקשיים חוקתיים.¹⁵⁹ לאחר דיון ארוך בעבירות ההמתה שבחוק העונשין וברפורמה המוצעת לחוק היא דנה בפרשנותו הראויה של הסעיף – על פי העקרונות החוקתיים של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו:

מלאכת הפרשנות של סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין צריכה להיעשות גם לאור העקרונות החוקתיים המקובלים בשיטתנו, ובאופן יתר ספציפי, לאור עקרון המידתיות הקבוע בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] אכן, סעיף 300(א)(4) חוסה כמובן תחת פסקת שמירת הדינים שבחוק היסוד, ומכאן שלא ניתן לתקוף את חוקתיותו של הסעיף. עם זאת,

155 בעניין בסטיקאר, אשר עסק בהגדרה של מבצעים בצוותא, התייחס השופט הנדל בעקיפין לעניין סילגדו בהסתייגות: "כשלעצמי הייתי נוהר בסוגיה של 'צפיות הלא צפוי' בהקשר של בחינת קיומה של תוכנית" (עניין בסטיקאר, לעיל ה"ש 149, פס' 17 לפסק דינו של השופט הנדל).

156 ע"פ טמטאווי, לעיל ה"ש 68.

157 תפ"ח (מחוזי ב"ש) 1057/08 מדינת ישראל נ' טמטאווי (פורסם בנבו, 9.3.2011).

158 יש לציין כי גם סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין, שעוסק במי ש"גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה", מאפשר הרשעה ברצח בלא כוונה תחילה ומעורר קשיים בדומה לסעיף 300(א)(4) לחוק.

159 ע"פ טמטאווי, לעיל ה"ש 68, פס' 49 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז.

יש לפרשו ברוח חוקי היסוד ולאורם [...] אני סבורה כי יישומם של עקרונות חוקתיים אלה על סעיף 300(א) (4) לחוק העונשין משליך הן לעניין מהותה של ה"עבירה האחרת" והן לעניין היסוד הנפשי הנדרש לצורך הרשעה בעבירה.¹⁶⁰

סמוך לדברים אלה עומדת השופטת ברק-ארז על העקרונות החוקתיים שיש לשקול בפרשנות הסעיף:

הרחבת יתר של האפשרות להרשיע בגין רצח – כל עוד התפיסה הנוהגת בשיטתנו היא שרצח הוא בעיקרו של דבר כזה הנעשה ב"כוונה תחילה" – עלולה להביא לפגיעה בכבוד האדם של המורשעים, שמעשיהם חמורים ביותר אך אינם עולים כדי העבירה הקשה ביותר בספר החוקים. לא זו אף זו, להרשעה ברצח נלווה עונש חובה של מאסר עולם בלבד, באופן ששולל הפעלה של שיקול דעת שיפוטי בעניין (למעט בנסיבות החריגות והנדירות המנויות בסעיף 300 לחוק העונשין). מכאן, יוצא כי הרחבה בלתי מידתית של עבירת הרצח עלולה להביא לפגיעה קשה ביותר בזכות לחירות של המורשעים בה.¹⁶¹

על רקע עקרונות אלה היא מסיקה כי חייבת להיות "הלימה בין חומרת העבירה לבין האחריות המיוחסת לעושה, תוך התחשבות לא רק בעונש המוטל בגינה אלא גם בתפיסה החברתית הנלווית להרשעה בעבירה".¹⁶²

יש לציין כי למרות השוני בין המקרים השאלה העקרונית הנדונה בעניין טמטאווי דומה מבחינה קונספטואלית לזו שהתעוררה בעניין סילגדו ובעניין פלוני, והיא עוסקת במגבלות החוקתיות על האפשרות להרשיע בעבירה (רצח או הריגה) כשמידת האשמה הסובייקטיבית אינה תואמת את אופי העבירה.¹⁶³ אולם בניגוד לפסק דינו של הנשיא ברק בעניין סילגדו,

160 שם, פס' 79–81.

161 שם, פס' 81 (ההדגשה הוספה).

162 שם. השופטת ברק-ארז מפנה לדבריו של השופט ג'ובראן בדנ"פ פלוני, שלפיהם "ישנו קונצנזוס בין המלומדים כי הטלת אחריות פלילית – שלא לפי אשמתו של העושה – פוגעת בכבוד האדם" (דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 134, פס' 5–6 לפסק דינו של השופט ג'ובראן).

163 השוני בין המקרים בא לידי ביטוי ברבדים שונים, לדוגמה: בעניין סילגדו (לעיל ה"ש 8) ובע"פ טמטאווי (לעיל ה"ש 68) נדון מקרה של הרשעה בעבירת הרצח בהיעדר יסוד נפשי של כוונה תחילה, ואילו בדנ"פ פלוני (לעיל ה"ש 134) דובר על עבירת ההריגה. עבירת הרצח מטילה קלון מיוחד על הנאשם ובדרך כלל מצריכה כוונה תחילה, בשונה מעבירת ההריגה שהקלון שהיא מטילה קל מזה של עבירת הרצח, ומכאן גם היסוד הנפשי הנדרש. הבדל נוסף הוא שבעניין סילגדו ובדנ"פ פלוני המעשה נעשה בידי שותף לעבירה, והשאלה הייתה אם ניתן לייחס את המעשה לנאשם רק משום שהוא היה יכול לצפות את התרחשותו, ואילו בעניין טמטאווי אין מחלוקת שהנאשם ביצע עבירה, והשאלה היא בעיקרה שאלת סיווג העבירה לרצח או הריגה. עם זאת, בכל המקרים הנדונים ליבה של השאלה המשפטית הוא בפער שבין האשמה הסובייקטיבית לבין סעיף העבירה שבו מורשע הנאשם. תיאור השאלה המשפטית סביב ציר זה בא לידי ביטוי גם בלשון פסקי הדין. בעניין סילגדו ניסח בית המשפט את טענת המערערים כך: "נטען, כי מכבוד האדם נגזר כי אין להטביע על אדם 'אות קיין' של רוצח, אם לא נתקיימה בו מחשבה פלילית" (עניין סילגדו, שם, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא ברק); בעניין פלוני סיכם השופט הנדל את

שאינו מקבל את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי ומתרכז בשאלה אם ענישה מחמירה בנסיבות המקרה הולמת את פסקת ההגבלה, בעניין טמטאווי – בדומה לפסק הדין של השופט הנדל בעניין פלוני – העיקרון החוקתי הראשון המוזכר בפסק הדין הוא עקרון האשמה, ובחינת המידתיות נבדקת לפי עיקרון חוקתי זה. כיוון שהטלת אחריות פלילית החורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית "עלולה להביא לפגיעה בכבוד האדם של המורשעים" מפרשת השופטת ברק-ארוז את הסעיף בצמצום, לאור עקרון האשמה החוקתי.¹⁶⁴ רק בשלב השני קובעת השופטת ברק-ארוז כי הרחבת יתר של הסעיף עלולה לפגוע גם בזכות לחירות משום שהעונש על עבירת הרצח הוא מאסר עולם חובה.

בכך מאמצת השופטת ברק-ארוז את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי המתווה את הפרשנות הראויה לדיני העונשין. כך, בניגוד לעניין סילגדו, שבו בחן בית המשפט את ההסדר של חוק העונשין רק דרך הפריזמה של פסקת ההגבלה, ולעניין ביטון, שבו נעץ בית המשפט את ההצדקה לפסק הדין בלשון החוק ובערכים מוגנים של קדושת החיים והשוויון, בעניין טמטאווי שימש עקרון האשמה החוקתי כלי פרשני לקונסטרוקציה של הדין הפלילי המהותי. עניין טמטאווי ממשיך את הקו של דנ"פ פלוני, ונראה כי שני פסקי הדין מבשרים על שינוי המגמה בפסיקות בית המשפט העליון באימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. בחלק הבא של המאמר אבקש להראות כי שינוי מגמה זה נעוץ בפרשנות חדשה לערך החוקתי של כבוד האדם.

ד. האדם כפועל מוסרי – פרשנות חדשה לערך החוקתי של כבוד האדם

באחד ממאמריו של הנשיא ברק הוא עמד על החשיבות של הגדרת הערך החוקתי הטמון בחוק היסוד: "שאלת המפתח הנצבת לפנינו היא מהו תוכנו של כבוד האדם כערך חוקתי. כבוד האדם כערך חוקתי קובע נורמה משפטית אשר לה תפקידים חשובים במשפט החוקתי

פסק דינו כך: "הרשעתו בהריגת משתתף אחר שנכנס לסיכון ופעל בו באופן אוטונומי איננה הולמת את המעשה" (ע"פ פלוני, שם, פס' 15 לפסק דינו של השופט הנדל); ובעניין טמטאווי נוסחה הדילמה המשפטית כך: "עקרון המידתיות מחייב כי תהא הלימה בין חומרת העבירה לבין האחריות המיוחסת לעושה, תוך התחשבות לא רק בעונש המוטל בגינה אלא גם בתפיסה החברתית הנלווית להרשעה בעבירה" (ע"פ טמטאווי, שם, פס' 81 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז). זו הסיבה שבכל פסקי הדין התעוררה שאלת מעמדו החוקתי של עקרון האשמה הדורש לעצב את ההרשעה סביב אשמה אישית סובייקטיבית. אעיר כי השופטת ברק-ארוז מתייחסת לדמיון בין עניין טמטאווי לעניין סילגדו ומציינת שני הבדלים שמסייעים לה להגיע לתוצאה שונה, בלא להתעמת עם פסק הדין חזיתית. ראשית, בעניין טמטאווי השאלה אינה חוקתיות סעיף בחוק אלא היקף הפרשנות של החוק לאור עקרונות חוקתיים; שנית, סעיף החוק שנדרון ישירות בעניין סילגדו היה סעיף 34א(א)(1) לחוק העונשין ולא סעיפי המשנה של עבירת הרצח לפי סעיפים 300(א)(3) ו-300(א)(4) לחוק העונשין, חרף היותם של אלה ברקע פסק הדין (ראו ע"פ טמטאווי, שם, פס' 80 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז).

¹⁶⁴ יש לציין כי המשנה לנשיאה רובינשטיין הצטרף לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז. עם זאת, הוא העיר כי לדעתו יש לפרש את סעיף 300(א)(4) לחוק העונשין בהרחבה רבה מזו שבמתווה שהציעה השופטת ברק-ארוז (ראו ע"פ טמטאווי, לעיל ה"ש 68, פס' ב לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין).

והתת-חוקתי"¹⁶⁵. בפתח הדברים הצגתי שלוש חלופות לערך החוקתי המשתקף בכבוד האדם שבחוק היסוד ועמדתי על הנגזרות שלהן למשפט הפלילי. בחלק זה אבקש להסביר כי שינוי המגמה שחל בנוגע למעמדו של עקרון האשמה התאפשר באמצעות פרשנות חדשה לחוק היסוד, המעגנת בו את הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי. כפי שאראה, אימוץ הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי מאפשר סובייקטיביזציה של המשפט הפלילי בתוך כדי ריכוך הקשיים שתהליך זה עשוי לעורר. תחילה אראה כי הערך החוקתי שבגינו דחה השופט רובינשטיין את עקרון האשמה משקף את הערך של כבוד האדם האובייקטיבי. לאחר מכן אדון בפסקי הדין של השופט הנדל והשופטת ברק-ארו שהכירו במעמדו החוקתי של עקרון האשמה. אבקש להראות כי לצד הערך הפרוטקטיבי שבוטא בפסקי דין אלה, הן השופט הנדל והן השופטת ברק-ארו מדגישים כי עקרון האשמה יכול להוביל גם להגברת האחריות העונשית. כפי שאסביר, הדואליות של עקרון האשמה חושפת כי בבסיסו ניצב הערך החוקתי של האדם כפועל מוסרי. בסיום הפרק אסביר מדוע הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי הוא שאפשר לטענת את שינוי המגמה.

1. דחיית עקרון האשמה בעניין פלוני: הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי

כפי שהראיתי, פסק דינו של השופט רובינשטיין דחה את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. במובן זה יש מכנה משותף בין פסק דין זה לפסקי הדין בעניין סילגדו ובעניין ביטון. אולם מה שמייחד את פסק דינו של השופט רובינשטיין בעניין פלוני הוא הדיון החוקתי הגלוי והישיר בחוק היסוד. אין מקום לספק כי הערך החוקתי שהעניק השופט רובינשטיין לחוק היסוד בפסק הדין הוא כבוד האדם האובייקטיבי. השימוש במונח "קדושת החיים" כעיקרון שנגזר מחוק היסוד וכן הציטוט המקראי שלפיו "החיים הם חלק אלוה ממעל" מדגישים את הממד האוניברסלי והאובייקטיבי של החיים, ובמילים אחרות – את האתוס של חיים כדבר שאסור לפגוע בו. השימוש בחוק היסוד נועד להדגיש את עוצמת הפגיעה של מעשה העבירה ואת החובה החברתית להרשיע את מי שמעשיו הובילו לתוצאה זו. תפיסה זו של כבוד האדם מדגישה כי העבירה הפלילית אינה רק פגיעה בסובייקט הנפגע אלא גם בצלם האדם המופשט והאוניברסלי. לפיכך הדגש של כבוד האדם מושם על תוצאת העבירה ולא על מעשה העבירה כפי שמטעים השופט רובינשטיין: "מותו של אדם – הוא המאפיין הדומיננטי של העבירה"¹⁶⁶. בכך מוצדקת הטלת אחריות עונשית גם בנסיבות שבהן האשמה הסובייקטיבית היא חלקית. כפי שמודגש בפסק הדין, האוטונומיה של הסובייקט כערך חוקתי צריכה לקבל מעמד משני בתחומי המשפט הפלילי: "יש ליתן משקל משמעותי לכך שעניינו במשפט הפלילי [...] שאלת האוטונומיה, חשובה ככל שתהא, משנית לצורך שבהקעת מעשיו של מבצע העבירה".

165 השוו לדבריו של השופט הנדל: "נודה על האמת, כי הדיון החוקתי נובע מהגדרת המונח כבוד האדם וחירותו על ידי בית המשפט" (עניין גדבאן, לעיל ה"ש 130, פס' 11 לפסק דינו). דיון על כך בנספח להלן.

166 דנ"פ פלוני, לעיל ה"ש 134, פס' יח לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין.

גישה זו משתקפת גם בעמדתו כאשר למבחן האובייקטיבי בקנטור.¹⁶⁷ בעניין גרשוני דן בית המשפט בערעורו של אדם שהורשע בעבירת הרצח וקבע כי בנסיבות העניין לא הוכח כי מתקיים תנאי הקנטור הסובייקטיבי.¹⁶⁸ בשולי פסק הדין התייחס השופט רובינשטיין לשאלת המבחן האובייקטיבי:¹⁶⁹

אין זה המקום לקבוע מסמרות בשעה שדיון נוסף תלוי ועומד, אך כשלעצמי אין חלקי עם הסבורים שיש מקום לבטל את המבחן האובייקטיבי. גם בחברה המקדשת את האוטונומיה של היחיד, בגדרי כבוד האדם, קדושת חייו של האדם היא מעקרונות היסוד שבסעיף 1 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו [...] זוהי תשתית נורמטיבית שכל בני החברה שותפים לה. המשפט הפלילי אמנם עוסק בנאשם היחיד, אך בגדרו נקבעו לחברה ערכים, כללים ונורמות המשותפים לכל בני החברה, והנאשם נדון על פיהם; ובקבעו כעיקרון את "קדושת חייו" של האדם, נדרש חוק היסוד ליסוד היסודות, שבלעדיו אך חידלון ותוהו, קרי, חיי האדם.¹⁷⁰

לשיטתו, אף שקיימת פרשנות סובייקטיבית לכבוד האדם, המדגישה את הצורך לראות בסובייקט יחידה עצמאית ואוטונומית, בגדרי המשפט הפלילי יש להעדיף את הערך של כבוד האדם האובייקטיבי. לפיכך יש לעצב את המשפט הפלילי סביב הערך האובייקטיבי של כבוד האדם וקדושת חייו ולאפשר הרשעה בעבירת הרצח גם כאשר האשמה היא חלקית בלבד. בדבריו הוא רומז גם לחשש כי סובייקטיביזציה של המשפט הפלילי עלולה להקחות את כוחו ולפגוע ביכולת להשליט סדר חברתי.

2. אימוץ עקרון האשמה בעניין פלוני: הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי

בניגוד לעמדתו של השופט רובינשטיין, כבר בערעור הראשון קבע השופט הנדל, בדעת מיעוט, כי לא ניתן להרשיע בנסיבות המקרה בעבירת הריגה בשל עקרון האשמה. הוא נעץ את עקרון האשמה בחוק היסוד והעניק לו, לראשונה, מעמד חוקתי. בפסקה המיועדת לעגן את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי מפנה השופט הנדל לפסקי דין אזרחיים שבהם הכיר בית המשפט בזכותו החוקתית של האדם לעצב את חייו מתוך בחירה

167 בניגוד לעמדתו של הנשיא ברק בע"פ ביטון, שסבר שיש לשקול ריכוך של המבחן האובייקטיבי (ראו ע"פ ביטון, לעיל ה"ש 109), השופט רובינשטיין הציג עמדה נוקשה השוללת כל הכרה באלמנטים סובייקטיביים (ראו דבריו בעניין חלאילה, לעיל ה"ש 123).

168 עניין גרשוני, לעיל ה"ש 41.

169 העובדה שדברים אלה נכתבו בשעה שעמד בפני בית המשפט דיון נוסף בעניין ביטון (לעיל ה"ש 109), מלמדת עד כמה השופט רובינשטיין חשש מפני ביטול המבחן האובייקטיבי. כפי שעולה מהניתוח כאן, אין מדובר רק על שאלה דוקטרינריות בדיני העונשין אלא גם על שאלה חוקתיות עקרוניות.

170 עניין גרשוני, לעיל ה"ש 41, פס' ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין. השופט רובינשטיין חוזר על הדברים במקומות נוספים. ראו לדוגמה ע"פ 10082/04 אברמוב נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.10.2006); ע"פ 10828/03 נג'אר נ' מדינת ישראל, פס' ד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (פורסם בנבו, 28.7.2005).

חופשית ועצמאית. בפתח הדברים הוא מצטט מפסק דינו של הנשיא שמגר שעסק בזכות החוקתית של קטיין לדעת מיהו אביו,¹⁷¹ ובהמשך הוא מביא מפסק דינו שלו אשר עסק בזכות החולה לבחור איזה טיפול רפואי לקבל.¹⁷² פסקי דין אלה מבטאים הכרה בזכותו של כל אדם לעצב את חייו לפי בחירותיו הסובייקטיביות ומשקפים את עליית ערכה של האוטונומיה האישית – כערך חוקתי – בתחומי המשפט השונים. בניגוד לשופט רובינשטיין, שהדגיש כי פרשנות זו של חוק היסוד צריכה להידחות בתחומי המשפט הפלילי, השופט הנדל מבקש להחיל פרשנות זו של כבוד האדם גם על המשפט הפלילי:

הדגשת מקומה של האוטונומיה האישית איננה יפה אך ורק לדיני הנזיקין. מדובר בעיקרון חוקתי על-חוקי החולש על פני כל ענפי המשפט ובכלל זה על הדין הפלילי [...]. גם במשפט הפלילי, התבוננות מתוך נקודת המבט של האוטונומיה האישית ועקרון הבחירה החופשית יכולה להביא למיצוי חומר הדין עם נאשם אחד, אך להקל כבואנו לדון נאשם אחר. למעשה, עצם הטלת האחריות הפלילית על אדם מבוססת על הכרתנו בכבוד האדם, באוטונומיה האישית ובבחירה החופשית.¹⁷³

כבוד האדם הסובייקטיבי מונע הרשעה של אדם אשר חורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית, והישענות עליומובילה לאימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. אולם השופט הנדל מדגיש אף יותר מכך, כי הערך החוקתי של כבוד האדם אינו רק פרוטקטיבי אלא גם פוזיטיבי: "עצם הטלת האחריות הפלילית על אדם מבוססת על הכרתנו בכבוד האדם". ההליך הפלילי והענישה הפלילית הם ביטוי לכבוד האדם, ובחלק מהמקרים הערך החוקתי של כבוד האדם מוביל להחמרה בענישה. לדעתי, בדברים אלה מאמץ השופט הנדל רובד נוסף של כבוד האדם, הבא לידי ביטוי במיוחד בתחומי המשפט הפלילי, שאותו כינתי לעיל כבוד האדם כפועל מוסרי. ערך זה של כבוד האדם מעניק מסגרת חוקתית שונה למשפט הפלילי: תכליתו של ההליך הפלילי – במישור החוקתי – אינה רק להגן על כבוד האדם האובייקטיבי ועל אתוס קדושת החיים כפי שהשתמע מפסק דינו של השופט רובינשטיין – אלא כבודו של הנאשם הסובייקטיבי הוא שעומד בלב ההליך הפלילי. במובן זה, פסק הדין המשלים לעניין פלוני הוא עניין גוטסדינר,¹⁷⁴ שבו השופט הנדל מפנה לעניין פלוני ומיישם את הגישה שלפיה עקרון האשמה אינו רק פרוטקטיבי אלא עשוי לחייב הטלת אחריות פלילית על נאשם.

בפסק דין זה נדון מקרה שבו עובד בגוף מנהלי ביצע במסגרת עבודתו עבירה פלילית, על פי הוראה שנתן לו בעל תפקיד מוסמך ובכיר. השופט הנדל דן בהגנה המופיעה בסעיף 34 לחוק העונשין שלפיה "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה שעשה [...] על פי צו

171 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 133, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל.

172 שם. מקור הציטוט בע"א 9936/07 בן דוד נ' ענטבי, פס' 12 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 22.2.2011).

173 ע"פ פלוני, לעיל ה"ש 133, פס' 9 לפסק דינו של השופט הנדל (ההדגשה הוספה).

174 ע"פ 7621/14 גוטסדינר נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 1.3.2017).

של רשות מוסמכת שהיה חייב לציית לה". הוא קבע כי יש לפרש סעיף זה בצמצום רב¹⁷⁵ והדגיש שהדבר נעוץ במישור החוקתי:

להשקפתי, אין זו רק שאלה דוקטרינרית אלא עסקינן בסוגיה הנמצאת בליבת המשפט הפלילי – וליתר דיוק, בליבת כל מערכת משפטית [...] בבסיס המשפט ניצבת הנחת יסוד כי האדם הוא אוטונומי וכי מעשיו הם תוצר של בחירה חופשית [...] ההנחה כי האדם הוא יצור אוטונומי, אינה ניצבת רק בבסיס דיני הענישה, אלא היא גם זו שעומדת בבסיס "כבוד האדם".¹⁷⁶

לפי קביעה זו מוסבר כי פרשנות מצומצמת של ההגנה מתחייבת מהעקרונות החוקתיים, ולשם כך מפנה פסק הדין לעניין פלוני:

בהקשר אחר סברתי שיש לפטור אדם מאחריות פלילית בשל מעשה זולתו, מנימוקים הרלוונטיים גם לענייננו [...] בדומה לכך שאין לחייב אדם על מעשה זולתו, כך אין לפטור אדם ממעשיו שלו רק בשל העובדה שהוא פעל לפי הוראותיו של אדם אחר.¹⁷⁷

כפי שהראיתי, בעניין פלוני קבע השופט הנדל כי יש להעניק לעקרון האשמה מעמד חוקתי במסגרת דיני העונשין. שם בא לידי ביטוי האופי הפרוטקטיבי של עקרון האשמה והוביל לכך שלא ניתן להרשיע שותף בעבירה פלילית בעבירה נוספת בגין מעשה שביצע אחר בלא שהייתה תוכנית משותפת לביצועה. בשונה מכך, בעניין גוטסדינר בא לידי ביטוי האופי הפוזיטיבי של עקרון האשמה, והוא מוביל להטלת אחריות עונשית על מי שביצע עבירה פלילית:

כבוד האדם אינו רק כבוד שלילי, במובן של האיסור לפגוע בו, אלא הוא מייצר חובות פוזיטיביות על המדינה [...] אי העמדה לדין כמוה כפגיעה בייחודיותו של האדם ובכבודו [...] אי-העמדה לדין או אי-ענישה על מעשה עבירה, רק בשל העובדה שהנאשם מילא אחר הוראות של גורם אחר – הופכת את האדם לאמצעי בידי האחר ופוגעת בכבודו.¹⁷⁸

לפי השופט הנדל, ההליך הפלילי מבטא יחס של כבוד לנאשם בכך שהוא רואה בו כמי שפעל באופן אוטונומי ומתוך בחירה. המשוואה שיוצר השופט הנדל בין עניין פלוני לעניין גוטסדינר מבהירה כי עקרון האשמה אינו רק כלי המבטיח הרשעה וענישה מדתיות אלא

175 לניתוח דוקטרינרי של הסעיף ראו ע"פ 7704/13 מרגולין נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.12.2015).

176 עניין גוטסדינר, לעיל ה"ש 174, פס' 39 לפסק דינו של השופט הנדל.

177 ש.ם.

178 ש.ם.

הוא גם עיקרון חוקתי פוזיטיבי – המחייב להתייחס לאדם כפועל מוסרי שיכול לתת דין וחשבון על מעשיו.¹⁷⁹

3. הדים לכבוד האדם כפועל מוסרי בכתביה של השופטת ברק-ארז

כפי שהראיתי, בעניין טמטאווי אימצה השופטת ברק-ארז את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי שעל פיו יש לעצב את הדין העונשי. אף שבפסק דין זה עקרון האשמה מעוגן בחוק היסודי, לא נערך בו דיון פרשני בערך החוקתי של כבוד האדם. עם זאת אבקש להשלים חסר זה מכתבתה האקדמית ומפסקי דין מקבילים ולהראות שאף הם משקפים את הערך של כבוד האדם כפועל מוסרי. במאמר יסודי ומקיף שכותרתו וכן התמה המרכזית בו, הן הקריאה לשים את האדם במרכז,¹⁸⁰ מציגה השופטת ברק-ארז בהרחבה את הטענה כי "המשפט נועד למען בני-אדם, ועל כן במרכזם של ההסדרים המשפטיים יש להעמיד את ההתייחסות לפרט כאישיות מוסרית, מובחנת וייחודית – הן בהקשר של הענק זכויות והן בהקשר של הטלת חובות". במאמר נדון ביטוי של עקרון רוחב זה במשפט הפלילי, וכחלק מכך מאוזכר גם פסק דינה בעניין טמטאווי:

במשפט הפלילי מושם דגש מיוחד בשאלת האשם הסובייקטיבי [...] בעניין טמטאווי אומצה פרשנות מצמצמת לאפשרות של הרשעה ברצח במקרה של גרימת מוות אגב בריחה מעברה אחרת, כך שזו תיתכן רק בנסיבות שבהן דרגת האשם של הנאשם גבוהה יחסית. ברקע הדברים, עמדה התפיסה הגורסת כי הטלת אחריות פלילית בגין עברה חמורה הכרוכה בסטיגמה חברתית, ללא כל יסוד של אשמה אישית, עשויה לעורר אף קושי חוקתי.¹⁸¹

ציטוט זה מלמד לכאורה על אימוץ הערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי לתחומי המשפט הפלילי, אשר מונע הרשעה החורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית. עם זאת בהמשך המאמר מסבירה השופטת ברק-ארז כי שימת האדם במרכז מחייבת להכיר בו כאישיות מוסרית שפעולותיה משקפות בחירה, ובהקשר זה היא מעניקה לערך החוקתי של כבוד האדם גם משמעות פוזיטיבית המחייבת להרשיעו על עוולותיו. בדונה באחריותם הפלילית של נושאי משרה בתאגיד היא קובעת:

גם אם התוצאה אינה נוחה מבחינת הפרט, במקרים מתאימים הטלת אחריות אישית מבטאת, באופן עמוק, את הכבוד לאדם כמי שיש לו רצון חופשי ויכולת לשאת באחריות.¹⁸²

179 עיקרון זה מפותח בהרחבה אצל ANTONY DUFF, ANSWERING FOR CRIME: RESPONSIBILITY AND LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW (2007). להלן אראה כי השופט הנדל מפנה, במקומות אחרים,

לכתביו של דאף בעניין.

180 ברק-ארז, לעיל ה"ש 82.

181 שם, בעמ' 32–33.

182 שם, בעמ' 43.

קביעה זו דומה לדבריו של השופט הנדל בעניין פלוני: "עצם הטלת האחריות הפלילית על אדם מבוססת על הכרתנו בכבוד האדם, באוטונומיה האישית ובבחירה החופשית". קיים דמיון קונספטואלי בין הדיון של השופט הנדל בעניין גוטסדינר, שעוסק בפטור מאחריות פלילית בשל הוראה של גורם בכיר, לבין הדיון של השופטת ברק-ארז העוסק בפטור בשל אחריות התאגיד. בשני המקרים קיימת קונסטרוקציה משפטית שמאפשרת לפטור אדם מאחריות פלילית-פרסונלית בשל האחריות של גורם אחר (אדם או תאגיד), ובשני המקרים מודגש כי הענקת הפטור עלולה לפגוע בכבוד האדם. הניתוח המשפטי בשני המקרים משקף הכרה בכך שבגדרי המשפט הפלילי הערך החוקתי של כבוד האדם אינו מסתכם רק בהכרה במאפייניו הסובייקטיביים של הנאשם אלא גם בהיותו פועל מוסרי היכול לתעדף את בחירותיו ולפעול על פיהן. ערך זה של כבוד האדם מעניק משמעות שונה לעקרון האשמה החוקתי הנגזר ממנו, ולפיו הוא אינו רק מגן מפני אחריות עונשית במקום שבו האשמה חלקית בלבד, אלא אף מחייב להטיל אחריות עונשית לפי מידת האשמה. אציון כי דברים אלה יש בהם כדי להאיר מחדש גם את עניין כהן שבו התייחסה השופטת ברק-ארז לחשיבותה של הטלת אחריות אישית על עובדי תאגיד במקום שבו הוטלה אחריות פלילית על התאגיד: "הטרדה אותי המחשבה שהסדר הטעון מותיר את העבירות של גרימת מוות ברשלנות, שנעברו אף לשיטת הפרקליטות על-פי כתב האישום המתוקן, יתומות מאחראי בשר ודם".¹⁸³ בפסק הדין מודגש האינטרס הציבורי בהטלת אחריות אישית על עובדי תאגיד, אולם על רקע התזה המוצגת במאמרה של השופטת ברק-ארז, המאזכר את פסק הדין, קביעה זו יכולה לקבל משמעות נוספת, ולפיה העמדה לדין היא גם ביטוי פוזיטיבי לעקרון האשמה הנעוץ בערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי.¹⁸⁴

בחלק הבא אבקש להסביר מדוע לדעתי חשיפת הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי היא שאפשרה את קליטת עקרון האשמה כעיקרון חוקתי במשפט הפלילי.

4. כבוד האדם כפועל מוסרי ועקרון האשמה החוקתי

תאורטית ניתן לגזור את עקרון האשמה משני ערכים חוקתיים נפרדים, האחד הוא כבוד האדם הסובייקטיבי והשני הוא כבוד האדם כפועל מוסרי. כפי שהזכרתי למעלה, הערך שבבסיס העיקרון החוקתי משליך על אופיו ועל גבולותיו. אבקש לטעון כי כניסתו של עקרון האשמה כעיקרון חוקתי למשפט הפלילי הישראלי התאפשרה בעקבות פרשנות חדשה לערך החוקתי של חוק היסוד, שלפיה יש להתייחס לאדם כפועל מוסרי. לשם כך אתרכז במשוואת הכוחות של ההרשעה, המורכבת מכוחות בשני כיוונים, האחד הוא קונסטיטוטיבי, והוא שקיים בבסיס ההרשעה, והשני הוא פרוטקטיבי, והוא תוחם את גבולות ההרשעה.¹⁸⁵

183 בג"ץ 4395/12 כהן נ' פרקליטות מחוז מרכז, פס' 2 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 15.11.2012).

184 משמעות זו מתחזקת לאור העובדה כי הוא מופיע במאמרה של ברק-ארז, כחלק מהדיון באחריות האישית במשפט הפלילי.

185 המתח מבוטא במאמר המפורסם Meir Dan-Cohen, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1983).

עקרון האשמה הנגזר מהערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי מחייב לשפוט את האדם בהתחשב במצבו הסובייקטיבי ובמאפיינים הייחודיים של מעשה העבירה. לפי הסבר זה, עקרון האשמה אינו יכול להיות המניע המוביל להרשעה אלא רק הכוח התוחם את גבולות ההרשעה. הכוח המצדיק את ההרשעה, ברובד החוקתי, נותר כבוד האדם האובייקטיבי. כפי שהוזכר במבוא, מעשה העבירה מערער את מעמדו של האדם ומציגו כמי שניתן לפגוע בו. במובן זה הפגיעה אינה נשארת רק בגדרו של נפגע העבירה, והיא מהדהדת בכל בני האדם. הענישה הפלילית מבקשת להחזיר את כבוד האדם למקומו ולחזק את האתוס של קדושת החיים.¹⁸⁶ מנגד, עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי מבקש לתחום את האחריות העונשית ולהציב מגבלה חוקתית לדיני העונשין שלפיה אין להרשיע במידה החורגת ממידת האשמה הסובייקטיבית. החשש באימוצה של גישה זו בא לידי ביטוי בשני מישורים: במישור הפלילי-חוקתי – גישה זו מגבילה את כוחו של המשפט הפלילי ליצור אתוס חברתי של קדושת החיים המעוגן בערכים חוקתיים של כבוד האדם האובייקטיבי. כיוון שעקרון האשמה מגביל את יכולת ההרשעה גם במקרים שבהם נפגע ערך קדושת החיים, נוצר מתח בין שני הערכים החוקתיים. העדפת הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי יכולה לדחות אימוץ של כבוד האדם הסובייקטיבי מתחומי המשפט הפלילי; במישור הפלילי-תפקודי – אופיו הפרוטקטיבי של עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי יכול להוביל לקושי בקביעת גבולותיו ולפתוח פתח לגישות קרימינולוגיות פוזיטיביסטיות המפחיתות מאחריותו של הנאשם למעשיו בשל מצבו הסובייקטיבי כמעט בכל מצב. לדעתי, וכפי שביקשתי להראות,¹⁸⁷ אלו שתי הסיבות המרכזיות שהובילו את בית המשפט לדחות את עקרון האשמה כעיקרון חוקתי. בניגוד לעקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי, עקרון האשמה הנגזר מהערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי אינו מקבל רק משמעות פרוטקטיבית, אלא גם משמעות קונסטיטוטיובית המחייבת להעמיד את הנאשם לדין. כיוון שהנאשם נתפס כמי שפועל מתוך בחירה מוסרית, במקום שבו מעשיו הובילו לפגיעה באחר, מתעוררת חובה לעמת בין ערכיו לבין ערכי החברה ולהעמידו לדין כחלק מזכותו לכבוד האדם. על פי גישה זו, המשפט הפלילי מתרכז בנאשם ומהווה זירת עימות בין ערכיו לבין ערכי החברה. כיוון שכך, עקרון האשמה אינו רק רכיב הגנתי המגביל את כוחו של המשפט הפלילי אלא גם הכוח הקונסטיטוטיובי המצדיק את ההליך הפלילי. טענתי היא שעקרון האשמה הנגזר מן הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי מקהה את שני הקשיים שמתעוררים בעקבות

186 בחלק מהמקרים שבהם סבר המחוקק כי יש להרתיע את הציבור, הוא העלה את רף הענישה אף מעל לגבולות האשמה. לדוגמה, בעבירות תנועה מסוימות כגון "פגע וברח" ובעבירות של פורנוגרפיה. על תופעת הפאניקה המוסרית והשפעתה על דיני העונשין, ראו מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקת בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" דין ודברים ז 59 (2013); גור-אריה "הרפורמה המוצעת לעבירות ההמתה", לעיל ה"ש 67, בעמ' 12; Miriam Gur-Arye, *Can Freedom of Expression Survive a Social Trauma – The Israeli Experience*, 13 DUKE J. COMP. & INT'L L. 155 (2003). לניתוח סוציולוגי-משפטי של התופעה ראו ERIC GOODE & NACHMAN BEN-YEHUDA, *MORAL PANICS: THE SOCIAL CONSTRUCTION OF DEVIANCE* (2nd ed. 2009).

187 ראו את הדיון לעיל בעמ' 414.

אימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי, והוא שאפשר את אימוצו בפסקי הדין המאוחרים של בית המשפט העליון.

במישור הפלילי-חוקתי, שבו קיים חשש כי עקרון האשמה יגביל את כוחו של המשפט הפלילי ביצירת אתוס של קדושת החיים, אכן לפי הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי המסגרת החוקתית הקונסטיטטיבית של המשפט הפלילי מוסטת מהגנה על כבוד האדם האובייקטיבי והאבסטרקטי, שמטרתו לעצב אתוס של קדושת החיים, לעבר הנאשם הקונקרטי וחובתו למסור דין וחשבון לחברה על מעשיו ובחירותיו הערכיות והמוסריות – כחלק מהיחס אליו כפועל מוסרי. כך תיאר השופט הנדל את הדרך בה לדעתו נכון להביט על ההליך הפלילי:

לדעתי אין להקל ראש גם ברכיב החינוכי של המשפט הפלילי המכוון לא רק כלפי החברה אלא גם ובמיוחד כלפי הנאשם. מלומדים רבים – וביתר שאת בתקופה האחרונה – רואים בענישה לא רק גמול או הרתעה, אלא אף את דרכה של החברה להידבר עם הנאשמים וללמדם להבחין בין טוב ורע ובין אסור ומותר [...] על פי קו זה – ההרשעה לא באה רק לתייג את הנאשם, אלא בראש ובראשונה לגרום לו להפנים את משמעות מעשיו ולשוב לדרך הישר.¹⁸⁸

בדבריו הוא מפנה לכתביו של אנטוני דאף, מחלוצי הגישה הקומוניקטיבית,¹⁸⁹ ובכך הוא מסיט את המוקד של ההליך הפלילי – במישור החוקתי – משמירה על כבוד האדם האובייקטיבי לעבר הליך הממוקד בדיאלוג עם הנאשם עצמו.¹⁹⁰

במישור הפלילי-תפקודי, שבו התעורר חשש מסובייקטיביזציה יתר שמכירה בחולשותיו של האדם ומגבילה את אפשרות לראות בו נפעל מוסרי שהוא תוצר של נסיבות חיו ומחייב לראות בו יצור אוטונומי הפועל מתוך שיקולים מוסריים וערכיים. כפי שהראיתי לעיל, הן השופט הנדל והן השופטת ברק-ארז, אשר יישמו את הערך הפרוטקטיבי של עקרון האשמה, הדגישו גם את הפן הפוזיטיבי המחייב להטיל על נאשם אחריות פלילית ולראות בו פועל מוסרי כחלק מזכותו לכבוד האדם. כך, לעומת עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי, שהוא רק חסם לרף ההרשעה ומעורר חשש לסובייקטיביזציה יתר של המשפט הפלילי, עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם כפועל מוסרי מייצר חובה חוקתית להעמיד את הנאשם לדין, ובמקום להדגיש את הפן הסובייקטיבי של חולשת הנאשם הוא מבקש לראות בו פועל מוסרי שיכול לשלוט על דחפיו הפנימיים ולנהוג לפי שיקול דעת מוסרי. כך ניסח את הדברים השופט הנדל:

188 ע"פ 240/16 מדינת ישראל נ' פלוני, פס' 3 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 11.1.2017).
189 עיקרי התאוריה מובאים בספר ANTONY R. DUFF, PUNISHMENT, COMMUNICATION, AND COMMUNITY (2001). ראו גם לעיל ה"ש 179.

190 בדומה לכך, מצטט השופט הנדל בעניין גוטסדינר מדבריו של פרופ' ליפקין, שלפיהם ההליך הפלילי אינו מכוון לחברה אלא לעימות עולמו המוסרי של הנאשם עם ערכי החברה (ראו עניין גוטסדינר, לעיל ה"ש 174, פס' 39 לפסק דינו).

האדם אינו פועל באופן אינסטינקטיבי בלבד ואינו מופעל רק על ידי נתונים סביבתיים אובייקטיביים [...] ההנחה כי האדם הוא יצור אוטונומי, משמעותה, שלאדם יש את היכולת לבחור על פי אלו כללים לנהוג ולתעדף את הפעולה המוסרית על פני פעולה אינטרסנטית מכל סוג שהוא.¹⁹¹

ניתן לתהות אם אימוץ הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי אינו מתייחס לאדם מופשט ואובייקטיבי לפי דמות האדם הסביר באצטלה של פנייה ל"פועל המוסרי", ובכך למעשה הוא משקף את כבוד האדם האובייקטיבי. דעתי היא בשלילה. במישור העקרוני-נרטיבי כבוד האדם כפועל מוסרי ממקד את המשפט הפלילי בנאשם הסובייקטיבי ומבטיח כי במרכז ההליך המשפטי יציב בית המשפט את כבודו ולא ערכים חברתיים מתחרים. לגישה זו משמעות רבה לעיצוב המשפט הפלילי המהותי ולאטנטיביות של בית המשפט לנאשם.¹⁹² במישור הדוקטרינרי אני סבור שהמאמר מצביע על שינוי חשוב בדין הפלילי שחל בעקבות אימוץ עקרון האשמה כעיקרון חוקתי ואציין כמה דוגמאות הממחישות זאת: ראשית, לעומת הערך האובייקטיבי של כבוד האדם, היכול להצדיק את ההסדרים התת-חוקתיים של דיני העונשין גם כאשר הם מטילים אחריות עונשית רבה מכפי מידת האשמה הסובייקטיבית, עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם כפועל מוסרי מחייב להגביל את ההסדר התת-חוקתי לעקרון האשמה. שינוי פרדיגמטי זה משתקף מהשוואת פסקי הדין בעניין סילגדו ובעניין ביטון לפסקי הדין בעניין פלוני ובעניין טמטאווי. בעניין סילגדו, לפי הדין הפוזיטיבי הנעוץ בלשון החוק, הורחבה האחריות הפלילית של המערער גם לעבירת הרצח מסיבות חיצוניות למידת האשמה הסובייקטיבית אף שהוא לא תכנן ולא צפה תוצאה זו. בדומה לכך, בעניין ביטון נקבעה אחריות פלילית על פי אמות מידה אובייקטיביות גם במקרה שבו נקבע שאין מתקיים היסוד הנפשי הסובייקטיבי. בניגוד לכך, עקרון האשמה החוקתי, כפי שהוא עוצב בעניין פלוני ובעניין טמטאווי, הגביל את האפשרות להטיל אחריות פלילית מסיבות חיצוניות לאשמה הסובייקטיבית ועיצב מחדש את הדין העונשי כדי שההרשעה תהלום את מידת האשמה הסובייקטיבית. דוגמה נוספת היא הגברת האחריות האישית לפי הערך של כבוד האדם כפועל מוסרי כפי שנעשה בעניין גוטסדינר, וכפי שיכול להשתקף מדברי השופטת ברק-ארז בעניין כהן. במקרים אלה ייתכן שעל פי ההסדרים התת-חוקתיים ניתן להעניק לנאשם הגנה, אולם הפרשנות החוקתית שמדגישה את עקרון האשמה הסובייקטיבית דווקא מובילה למסקנה כי ראוי להרשיעו. סוגיה נוספת שבה מתעורר מתח בין הערכים החוקתיים השונים, אשר נושקת לנושאים הנדונים כאן וטרם הוכרעה במלואה בפסיקה הישראלית, היא שאלת החזקות המשפטיות בדין הפלילי. לדעתי, כבוד האדם כפועל מוסרי יכול להציע גישת ביניים בין חזקה אובייקטיבית המבוססת על האדם הסביר והמופשט לבין סובייקטיביות מלאה של בחינת

191 שם, פס' 39.

192 ראו את הדין בעניין גדבאן (לעיל ה"ש 130), בנספח למאמר להלן.

היסוד הנפשי ששוללת כל רכיב נורמטיבי.¹⁹³ דוגמאות אלה מצביעות על כוחו של עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם כפועל מוסרי לעצב מחדש את הדין הפלילי המהותי. לסיכום, עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם כפועל מוסרי שונה בשני מובנים מהותיים מזה הנגזר מהערך החוקתי של כבוד האדם הסובייקטיבי: הראשון, עקרון האשמה הסובייקטיבי מגן על הנאשם במשפט פלילי המבוסס על הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי ולכן מתנגש עם ערך חוקתי מתחרה, ואילו עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם כפועל מוסרי מספק רציונל חוקתי חלופי להצדקה של המשפט הפלילי ומסיט את המוקד מהפגיעה בכבוד האדם האובייקטיבי לעבר כבודו של הנאשם עצמו. בכך עקרון האשמה אינו מתחרה עם ערך חוקתי אחר אלא מבטא הגשמה של ערך חוקתי עצמאי; השני, הסובייקטיביזציה של עקרון האשמה הנגזר מכבוד האדם הסובייקטיבי מובילה להכרה במצבו של האדם כנפעל מוסרי כחלק מבחינת אחריותו הפלילית, ובכך מגבילה בצורה ניכרת את המשפט הפלילי, ואילו כבוד האדם כפועל מוסרי תוחם את הפרוטקטיביות של עקרון האשמה ומרכז את החשש מפני הגבלת כוחו של המשפט הפלילי.

ה. במקום סיכום: כבוד האדם כפועל מוסרי – הגדרה מחדש של המתח שבין המשפט החוקתי והמשפט הפלילי

בחתמת הדברים אבקש לעמוד על הפוטנציאל של כבוד האדם כפועל מוסרי להגדרה מחדש של מערכת היחסים המורכבת שבין המשפט החוקתי למשפט הפלילי. חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו מגדיר את מגילת זכויות האדם, ותכליתו העיקרית היא להגן על האזרח מפני כוחה של המדינה. מנגד, המשפט הפלילי הוא המסגרת המשפטית המאפשרת למדינה להשתמש בכוח נגד האזרח לטובת המדינה והשמירה על הסדר הציבורי. כמעט כל הזכויות המפורטות בחוק היסוד כזכויות מוגנות שאין לפגוע בהן נסוגות בגדרי המשפט הפלילי. חירותו של האדם מוגבלת, זכותו לקניין נפגעת, וכך גם פרטיותו. את ההצדקה לפגיעה החוקתית הסביר בית המשפט בכך שתכלית המשפט הפלילי היא להבטיח הגנה על זכויותיהם החוקתיות של האזרחים ושל נפגעי העבירה. לדוגמה, בעניין גנימאת אימץ הנשיא ברק את הגדרתה של יהודית קרפ ותיאר את הדואליות של ההליך הפלילי באמצעות דמותו של האל ינוס בעל שני הראשים כדי להדגיש כי לצד הפגיעה של המשפט הפלילי בזכויות הנאשם הוא מגן על זכויות יתר האזרחים.¹⁹⁴ על פי הגדרה זו, במקום שבו המשפט הפלילי אכן מצליח להגן על שלום הציבור ועל כבודם של נפגעי העבירה מוצדקת פגיעה בזכויות הנאשם. לפיכך עיצובו של המשפט הפלילי נעשה בגבולות פסקת ההגבלה, המאפשרת פגיעה מדתית בזכויות אדם לתכלית ראויה. גישה זו אומצה בבית המשפט הן

193 לעיל הזכרתי את דבריו של הנשיא ברק בהקשר זה בדנ"פ ביטון: "הנני סבור כי המבחן האובייקטיבי, כפי שהתפתח בישראל מאז פרשת סגל, ואשר אינו מתחשב בנתונים סובייקטיביים של הממית, הוא קיצוני מדי" (דנ"פ ביטון, לעיל ה"ש 96, פס' 68 לפסק דינו של הנשיא ברק). ראו גם לעיל ה"ש 123. בנוגע להסתייגותו של השופט הנדל מעניין סילגדו (לעיל ה"ש 8) ראו לעיל ה"ש 155. להתייחסותה של השופטת ברק-ארו לעניין ראו בע"פ 746/14 היילו ימר נ' מדינת ישראל, פס' 12 לפסק דינה (פורסם בנבו, 31.5.2016).

194 דנ"פ גנימאת, לעיל ה"ש 2, פס' 5 לפסק דינו של הנשיא ברק.

בנוגע לפרוצדורה הפלילית טרם הכרעת הדין והן בנוגע לדין הפלילי המהותי ולחוק העונשין. לדוגמה, בפסק דין גנימאת נקבע שזכות הנאשם לחירות זהה לזכותו של כל אזרח, ופגיעה בה אפשרית רק במסגרת פסקת ההגבלה, ובעניין סילגדו נקבע שהמשפט הפלילי "על כרעיו ועל קרבו" סותר את חוק היסוד, וקיומו נעוץ בקרש ההצלה של פסקת ההגבלה.¹⁹⁵

פסק דין סילגדו עורר דיון משפטי ביחסים הראויים שבין המשפט החוקתי והמשפט הפלילי. גישתו של הנשיא ברק זכתה לביקורת מצד מלומדים רבים אשר סברו שלא ניתן לראות בענף משפטי שלם ומרכזי סותר את חוק היסוד.¹⁹⁶ נוסף על הביקורת העקרונית נשמעה גם ביקורת על שהחרגת התחום הפלילי כולו מהמשפט החוקתי מובילה לכך שבמקום להחיל פרשנות חוקתית על הדוקטרינות הפליליות, תהליך המאפשר קונסטיטוציונליזציה של המשפט הפלילי, הדיון המשפטי מתנקז רק לגדרי פסקת ההגבלה.¹⁹⁷ כדי להתיר דילמה זו הוצעו כמה הצעות להבחנה בין עבירות שענישה עליהן סותרת את חוק היסוד לבין עבירות שאין לראות בהן סותרות את החוק. המשותף לכל ההצעות הוא ניסיון להגדיר קבוצת עבירות שהענישה עליה אינה נתפסת כפגיעה בזכויות החוקתיות לעומת עבירות שבהן הענישה מותנית בפסקת ההגבלה.¹⁹⁸ לעומת זאת הצגת המתח סביב כבוד האדם כפי שביקשתי להציג במאמר זה, יכולה להסיט את הדיון מהשאלה אם הענישה על צורותיה השונות היא פגיעה בזכות לחירות, לעבר השאלה אם כבוד האדם של הנאשם נפגע במסגרת ההליך הפלילי. על אף הדמיון בין השאלות אני סבור שהצגת הסוגיה בקונטקסט של "כבוד האדם" ולא רק סביב סוגיית "הזכות לחירות" מאפשרת דיון עקרוני על אופיו של המשפט הפלילי.

התיאור של המשפט הפלילי כסותר לחלוטין את המשפט החוקתי תואם לדעתי את הערך החוקתי של כבוד האדם האובייקטיבי. כבוד האדם האובייקטיבי קובע יחס מינימלי

195 יש לציין כי גם דעת המיעוט של השופטת שטרסברג-כהן, שלפיה העובדה שדיני העונשין אינם סותרים את חוק היסוד, נובעת מהעובדה שהאיזון המגולם בפסקת ההגבלה נעשה בהליך החקיקה (ראו עניין סילגדו, לעיל ה"ש 8, פס' 8 לפסק דינה).

196 ראו בהפניות להלן בה"ש 198.

197 ביקורת זו מוצגת בבהירות אצל דורפמן, לעיל ה"ש 13, בעמ' 116–117. במקרים אחרים ציינו שהעובדה שאין עיקרון חוקתי מנחה מובילה לכך שהבחינה של פסקת ההגבלה הופכת להיות רזה וחסרת משמעות. ראו בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 85, בעמ' 332.

198 גור-אריה מציעה להגדיר עבירות שקיימת בהן הסכמה אוניברסלית כי יש צורך להגן על נפגעי העבירה במחיר הגבלת חירותו של הנאשם. במקרים אלה, לדעתה, אין מוטל על המדינה הנטל להוכיח כי פסקת ההגבלה מתקיימת בנסיבות המקרה (ראו גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי", לעיל ה"ש 85, בעמ' 332; Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 10, בעמ' 67). קנאי מציעה שרק במקרים שבהם העבירה אינה ממלאת את עקרונות היסוד של המשפט פלילי יש להחיל את מבחני פסקת ההגבלה (ראו קנאי, לעיל ה"ש 40, בעמ' 151). לביא מתמקד אף הוא בפגיעה בזכות החוקתית לחירות ומציע להבחין בין עבירות ליבה של המשפט הפלילי, שבהן לדעתו אין כלל פגיעה חוקתית, לבין עבירות פריפריה, שבהן יש פגיעה חוקתית שצריכה לצלוח את פסקת ההגבלה (ראו לביא, לעיל ה"ש 34, בעמ' 519). לאחרונה, הציעו בנדור ודנציג-רוזנברג את "מבחן הערך הגלום במעשה". לשיטתם, במקרים שבהם יש ערך חיובי כלשהו במעשה, יש לראות בהטלת הגבלה עליו פגיעה חוקתית שצריכה לעמוד במבחני פסקת ההגבלה, ואילו במקרים שבהם המעשה נועד רק לפגיעה באחר, אין לראות בענישה פגיעה בזכות חוקתית (ראו בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 85, בעמ' 340–365).

ואוניברסלי לכל בני האדם, והוא אינדיפרנטי למצבו של הפרט. במובן זה זכותו החוקתית של נאשם או של מי שהורשע בהליך הפלילי זהה לזכותו של כל אזרח תמים, והדרך להתגבר על המגבלות שמטיל חוק היסוד היא רק באמצעות פסקת ההגבלה. לאמור: המשפט הפלילי מעצם טיבו אכן פוגע בזכויות אדם המוענקות מכוח חוק היסוד, והצדקתו נעוצה בהגנה על ערך קדושת החיים ועל זכויות נפגעי העבירה במסגרת פסקת ההגבלה. בניגוד לכך, פרשנות חוק היסוד כמחייב לראות באדם פועל מוסרי, ומשכך מטיל חובה חוקתית להעמיד אדם לדין על מעשיו כחלק מכבודו, מציגה את מערכת היחסים שבין המשפט הפלילי למשפט החוקתי באור שונה. גישה זו אינה עוסקת רק בהגדרת התחום שבו יש מתח בין המשפט הפלילי למשפט החוקתי ובבחינת הפגיעה לאור פסקת ההגבלה, אלא דורשת לעצב מחדש את המשפט הפלילי לאור חוק היסוד כדי לראות בו ביטוי לכבוד האדם של הנאשם. משוואת הכוחות המסורתית היא שההליך הפלילי והעונשי פוגעים בכבוד האדם, ואילו המשפט החוקתי מגן עליו באמצעות הטלת מגבלות על הפרוצדורה הפלילית. בניגוד לכך, כבוד האדם כפועל מוסרי מציג גישה חדשה, ולפיה העקרונות החוקתיים אינם רק פרוטקטיביים אלא גם מעצבים את הדוקטרינות העונשיות באופן שהמשפט הפלילי עצמו יהיה ביטוי פוזיטיבי לכבוד האדם. בדוגמאות שהוצגו במאמר ביקשתי להראות שגישה זו אינה מסתכמת רק ברטוריקה של פסקי הדין, והיא משליכה על הפרשנות של הדוקטרינה העונשית. בעניין פלוני ובעניין טמטאווי שינה בית המשפט את ההלכה הקיימת באשר להרשעה בעבירת המתה במקרה שבו אין לנאשם אשמה סובייקטיבית שהולמת את ההרשעה בעבירת ההמתה, ובעניין גוטסדינר פורש מחדש סעיף 34ג(2) לחוק העונשין העוסק בהגנה של מי שפעל על פי צו של רשות מוסמכת.¹⁹⁹ כפי שהראיתי בהרחבה, במקרים אלה בית המשפט לא רק מיקד את הדיון בשאלה אם ההסדר החוקתי סותר את חוק היסוד אם לאו, אלא השתמש בחוק היסוד על מנת לשנות את הדוקטרינה הפלילית ולעצב מחדש את המשפט הפלילי המהותי. ייתכנו מקרים שבהם המשפט הפלילי יכול לסתור את חוק היסוד, ויש לבחון את מידת הלגיטימיות של ההסדר החוקתי באמצעות פסקת ההגבלה, אולם דרך המלך היא, כפי שהגדיר זאת הנשיא ברק, שתחומי המשפט יעברו קונסטיטוציונליזציה בתוך כדי פירושם מחדש לאור חוק היסוד. במאמר זה ביקשתי להראות כיצד פרשנות של כבוד האדם כפועל מוסרי מאפשרת תהליך זה בתחומי המשפט הפלילי המהותי.

1. נספח: ביטויים נוספים לכבוד האדם כפועל מוסרי – דוקטרינת "פח יקוש" והזכות לחקירה נגדית

במאמר התמקדתי בערך החוקתי של כבוד האדם ובשינוי שחל במעמד החוקתי של עקרון האשמה. בנספח אבקש להראות דוגמה נוספת להשפעת עקרון האשמה החוקתי על עיצוב הדין הפלילי המהותי ודוגמה נוספת לכך שפרשנות הערך החוקתי של חוק היסוד ככבוד האדם כפועל מוסרי אינה תחומה רק לעקרון האשמה. בשני פסקי הדין לא נקבעה הלכה

199 בנספח למאמר אראה כי בעניין גרבאן פיתח השופט הנדל, בדעת מיעוט, תאוריה חוקתית באשר לזכותו של הנאשם לחקירה הנגדית בנוגע לעבירות שבהן הוא מואשם (עניין גרבאן, לעיל ה"ש 130).

כדעת השופט הנדל: בעניין קטיעי נקבע שאין נדרשת הכרעה לצורך המקרה הנדון, ובעניין גדבאן נותר השופט הנדל בדעת מיעוט. חרף זאת חשיבותם של פסקי דין אלה נובעת מכך שהם מראים כיצד הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי יכול לתרום לעיצוב הדין המהותי (דוגמה א) ואף להעניק זכויות חדשות לנאשם (דוגמה ב).

א. בעניין קטיעי דן בית המשפט בדוקטרינת "פח יקוש" (Entrapment), המתייחסת למקרה שבו הרשות מנסה להפליל חשוד באמצעות שידולו לעבירה.²⁰⁰ בפסק הדין התעוררה השאלה אם בנסיבות מתאימות יהיה ניתן לבטל כתב אישום בשל פגמים חמורים שנפלו בניסיון של הרשות להפללה באמצעות "פח יקוש". השופט דנציגר סבר כי לאור פסק דין יששכרוב, שבו נקבע כי פגמים בזכות להליך הוגן עלולים לפסול ממצאים חקירתיים: "דומני כי בשלה העת לדון מחדש בשאלה האם יש מקום להחלת הגנת 'הפח היקוש' לא רק בשלב גזירת הדין".²⁰¹ לשיטתו, בדומה לעניין יששכרוב, שבו נקבע כי בעקבות חוק היסוד פגמים בזכות להליך הוגן עלולים להוביל לפסילת הממצאים העובדתיים המרשיעים, כך גם בעניין פח יקוש יכול פגם חמור שנפל בפעולת הרשות להוביל לביטול כתב האישום.²⁰² האנלוגיה בין עניין יששכרוב לדוקטרינת פח יקוש נשענת על העובדה שבשני המקרים הייתה פעולתה של הרשות פוגענית בנצלה את פערי הכוחות שבינה לבין האזרח, ועל הצורך להגן על זכויות החשוד עד כדי ביטול כתב האישום נגדו.

בניגוד לכך, השופט הנדל קבע באופן נחרץ כי לא ניתן לבטל כתב אישום בשל טענת פח יקוש, והלכה זו לא שונתה בעקבות חוק היסוד.²⁰³ לשיטתו, לא ניתן למתוח קו ישיר בין עניין יששכרוב לדוקטרינת פח יקוש. הזכות לכבוד האדם מקבלת ביטוי שונה בשני המקרים ומובילה לתוצאה שונה. בעוד שבעניין יששכרוב, בית המשפט אפשר פסילת ראייה שהושגה תוך פגיעה בזכויותיו של החשוד, בפח יקוש הדיון אינו על פסילת ראייה אלא על ביטול האשמה. הסרת האחריות הפלילית רק בשל העובדה שהחשוד שודל על ידי הרשות, פוגעת בעקרון האשמה:

עיקרון יסוד בדני עונשין הוא כי האחריות בפלילים היא אחריות אישית (ע"פ 246/68 ווגר נ' היועמ"ש, פ"ד כב(2) 477). כך גם ביחס למודח. הבחינה המשפטית של התקיימות יסודות העבירה בהליך הפלילי מתמקדת בנאשם. לפי הגישה הישראלית כמתואר, כאשר הוכח על פי ראיות קבילות היסוד הנפשי והעובדתי אצל הנאשם, אין פעילותם של אחרים כשלעצמה, יהיו אשר יהיו, גורעת מאשמו.²⁰⁴

200 רע"פ 1201/12 קטיעי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 9.1.2014).

201 שם, פס" 2 לפסק דינו של השופט דנציגר. בגישה זו מחזיקה, ככל הנראה, גם השופטת ברק-ארז. ראו את הערתה על פסק דינו של השופט רובינשטיין בע"פ 307/17 זוננישוילי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 21.3.2017).

202 עניין קטיעי, לעיל ה"ש 200, פס" 2 לפסק דינו של השופט דנציגר.

203 שם, פס" 7.

204 שם.

דברים אלה מזכירים את קביעתו העקרונית של השופט הנדל בעניין פלוני ובעניין גוטסדינר, שלפיהם אין לראות בחוק היסוד רק רצועת הגנה על הנאשם המבטיחה שמירה על זכויותיו כי אם גם עיצוב מחדש של דיני העונשין המבטיחים להתייחס לנאשם כפועל מוסרי ולהעמידו לדין על פי מידת אשמתו האישית. לפיכך הענקת פטור מאחריות פלילית רק בשל פעילותם של אחרים (ובמקרה זה פגמים בהתנהלות הרשות) היא עצמה פגיעה בכבודו של הנאשם המציגה אותו כנפעל פסיבי ולא כפועל מוסרי.

ב. בפסק הדין בעניין גדבאן דן בית המשפט בזכותו של הנאשם להיחקר חקירה נגדית בפרשת ההגנה.²⁰⁵ דעת הרוב בפסק הדין הייתה שזכותו של נאשם להיחקר חקירה נגדית על עדותו בפרשת ההגנה על ידי התביעה אינה מגיעה לכדי זכות חוקתית עצמאית, אלא היא תלויה בשאלה אם נפגעה זכותו של החשוד להתגונן מפני הרשעה. בניגוד לכך, השופט הנדל סבר כי זכותו של הנאשם לחקירה נגדית מטעם התביעה נעוצה בזכות החוקתית לכבוד האדם במנותק מזכותו להתגונן מפני הרשעה, והפרתה מחייבת לקבל את גרסתו בנוגע לעבירות שעליהן הוא לא נחקר, גם במקרים שבהם יש ראיות התומכות במסקנה הפוכה. אבקש להראות כי המחלוקת בפסק הדין אינה עוסקת בשאלת המשקל הראייתי של החקירה הנגדית אלא בהשפעת חוק היסוד על המשפט הפלילי. אפתח בהצגת דעת הרוב ואחר כך אציג את עמדתו של השופט הנדל.

עמדתה של השופטת ברק-ארז, אשר כתבה את דעת הרוב, היא ברורה: היקף הזכות לחקירה נגדית של הנאשם על ידי התביעה אינה שאלה חוקתית אלא ראייתית. עדותו של הנאשם אינה שונה מכל עדות אחרת שנשמעת בהליך מפי עדים אחרים, וכיוון שחוק סדר הדין הפלילי אינו מחייב חקירה נגדית, אין לראות במקרה שבו זו לא נעשתה פגם בהליך.²⁰⁶ כבר בפתח פסק הדין קובעת השופטת ברק-ארז כי לדעתה "רוחב היריעה שפרס חברי אינו דרוש לצורך הכרעה בתיק זה, לנוכח התשתית הראייתית שהונחה בעניין השוד וכיוון שלפי מיטב שיפוטי יכולתו של המערער להתגונן במשפטו לא נפגעה".²⁰⁷ רק במקרה שבו היעדר חקירה נגדית עלול לפגוע ביכולתו של הנאשם להוכיח את חפותו יש לקבוע כי נפגעה זכותו. על כך היא מוסיפה כי החקירה הנגדית מטעם התביעה במהלך עדותו של הנאשם בפרשת ההגנה אינה זכות חוקתית של הנאשם אלא כלי של התביעה להפריך את גרסתו.²⁰⁸ מנגד, השופט הנדל ביקש לעגן בפסק הדין את זכותו של הנאשם לחקירה נגדית כזכות חוקתית הנעוצה בחוק היסוד, במנותק מהשאלה הראייתית אם הצליחה התביעה לעבור את רף הספק הסביר. בפתח פסק הדין הוא עומד על כך שבשיטה הישראלית הזכויות החוקתיות אינן מפורטות בחוק היסוד, אולם הן מעצבות מחדש את ההסדרים התת-חוקתיים:²⁰⁹

במגרש הפלילי, בית המשפט בוחן או מעצב את ההליך על פי סעיפים או תקנות [...] אך זאת יש לזכור: ברקע, ולא רק, מצוי התיקוף החוקתי, הנובע מעקרונות השיטה ומחוקי היסוד. התוצאה היא שהזכויות הדיוניות עלו

205 עניין גדבאן, לעיל ה"ש 130.

206 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

207 שם, פס' 2.

208 שם, פס' 13.

209 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל.

בדרגה, והן מקבלות גיבוי וחיזוק מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על שדרוג זה לתת אותותיו בניתוח הזכויות הדיוניות בהליך הפלילי. על דרך ההשאלה, יש לשמוע את המילים של החוק הפרטני, יחד עם המנגינה של העקרונות החוקתיים. בית המשפט המאזין למנגינה, יסתייע בה לפירוש ולניתוח הדין הפלילי, תוך עיצוב והעשרת זכות הנאשם להליך הוגן.

בדברים אלה הוא מבהיר כי המפגש בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי אינו רק יוצר הגבלות חוקתיות על ההליך הפלילי, כפי שעשו פסקי הדין שניתנו סמוך לחקיקת חוק היסוד, אלא בכוחו לעצב מחדש את אופיו של ההליך. לשם כך הוא מדגיש כי המפגש בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי אינו מסתכם בזכות החוקתית של הנאשם לחירות אלא דווקא בזכותו של הנאשם לכבוד:

ואל תשיבני כי סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע מפורשות כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". זוהי הוראה כללית שכשלעצמה אינה מדריכה כיצד להכריע במקרים הנידונים בבית המשפט. סעיף 5 אינו משרטט הוראות קונקרטיות באשר לאופן ניהול ההליך. נודה על האמת, כי הדיון החוקתי נובע מהגדרת המונח כבוד האדם וחירותו על ידי בית המשפט [...] חוק-יסוד זה במובנים מסוימים רקמה פתוחה הוא. אין הוא מגדיר מה הוא כבוד האדם, ודאי לא בהליך הפלילי. מלאכה זו מוענקת לבית המשפט, והרגישות נדרשת.²¹⁰

זכותו של הנאשם לחקירה נגדית היא אפוא חלק מזכותו החוקתית לכבוד, במנותק משאלת המשקל הראיתי שיש בה:

אף אם כליי העבודה מצויים בדין הפנים-פלילי – הפרשנות ודרך היישום יונקים את תוכנם מהמשפט החוקתי. כאן המשמעות של חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. דין זה מרחיב ומוסיף על מערך השיקולים שהובאו בפסיקה שקדמה לו. משכך, להשקפתי, צמצום הסוגיה של היעדר חקירה נגדית לרובד של חקר האמת מציג תמונה חלקית [...] ההסתכלות על התפר שבין המשפט הפלילי והמשפט החוקתי מדגישה את המסקנה כי על בית המשפט לשמור על זכויות הנאשם להליך הוגן.²¹¹

המפגש בין המשפט החוקתי למשפט הפלילי מוביל לעיצוב מחדש של המשפט הפלילי. בניגוד לגישה המסורתית אשר רואה בהליך הפלילי אמצעי אפקטיבי להכרעה בשאלות העובדתיות המובילות להרשעה, המשפט החוקתי משנה את אופיו של המשפט הפלילי ומציב במרכז ההליך את הנאשם ואת זכותו לספר את סיפורו:

210 שם, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל (ההדגשה הוספה).

211 שם, פס' 20.

הנאשם עומד במרכז המשפט. בחירתו להעיד, דווקא מפני שרשאי הוא לשתוק, מהווה שלב מרכזי – אם לא המרכזי – במשפט [...] הנאשם הבוחר להעיד אכן מבקש הזדמנות מלאה לספר את סיפורו. זהו חלק מכבודו.²¹²

האמירה כי זכותו של הנאשם לספר את סיפורו היא שניצבת במרכז ההליך הפלילי תואמת ללא ספק את הערך החוקתי של כבוד האדם כפועל מוסרי ואת השינוי שחל לדעת השופט הנדל במשפט הפלילי בעקבות חוק היסוד. פסק הדין מבקש לעגן את הזכות לחקירה נגדית של הנאשם בעקרונות חוקתיים ובחוק היסוד אף שהיא אינה חלק מהדוקטרינה של סדר הדין הפלילי. הסיבה לכך היא שלדעת השופט הנדל חוק היסוד חולל שינוי פרדיגמטי בדין הפלילי והוא מעצב מחדש את ההליך הפלילי סביב כבודו של הנאשם כפועל מוסרי.