

זכויות אדם והמשפט הפלילי המהותי

מאת

מרים גור־אריה*

שיח זכויות האדם, שהתפתח במשפט הישראלי מאז חקיקת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, כמעט ואינו מורגש בתחום המשפט הפלילי המהותי. תופעה זו אינה ייחודית למשפט ישראלי. להוציא מקרים חריגים, שבהם העבירה הפלילית מגבילה זכויות חוקתיות ייחודיות (כגון חופש הביטוי) או שבהם הגדרת העבירה אינה ברורה דיה כדי לספק הזהרה הוגנת, בשיטות משפט שונות קיים פער משמעותי בין הנכונות להפעיל פיקוח חוקתי על ההליכים הפליליים ועל הענישה מצד אחד, לבין הרתיעה מלפקה, חוקתית, על העבירה הפלילית מהצד האחר. מאמר זה חושף את התופעה ומסביר את הרתיעה מלהחיל משטר חוקתי על העבירה הפלילית באמצעות האופי הדואלי של העבירה הפלילית. איסור העבירה מגן על זכויות יסוד (של הקורבן) באמצעות פגיעה בזכויות יסוד (של העבריין). האיזון בין הזכויות בא לידי ביטוי על ידי ההפרדה בין החוקתיות של ההליך הפלילי והענישה לבין החוקתיות של העבירה הפלילית. לחשוד בביצוע עבירה עומדת חזקת החפות ומובטח, חוקתית, כי אשמתו תתברר במסגרת הליך הוגן ותוכה מעבר לכל ספק סביר. לעבריין שהורשע מובטח, חוקתית, כי העונש שייגזר עליו יהלום את אשמתו ונשיאתו תעשה בתנאים ההולמים את כבוד האדם. אולם בהתקיים כל אלה, הנטייה היא להעניק עדיפות להגנה חוקתית על זכויות הקורבן (ועל אינטרסים חיוניים נוספים) באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות העבריין הנגרמת על ידי האיסור. המסקנה של מאמר זה היא כי מן הראוי להחיל משטר חוקתי גם בתחום המשפט הפלילי המהותי שיכפיף את ההגנה על זכויות הקורבן ועל אינטרסים חיוניים באמצעות איסור העבירה למבחני המידיות, במסגרתם יהיה צורך להביא בחשבון גם את הפגיעה בחירות הפעולה של העבריין ובזכויות נוספות, הנגרמת על ידי האיסור, ואגב כך לתת את הדעת לקיומם של אמצעים אלטרנטיביים, פחות פוגעניים, להגנה על זכויות ועל אינטרסים חיוניים. המאמר ממחיש את החשיבות בהחלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית באמצעות ניתוח ביקורתי של פסיקה רלוונטית מהמשפט הישראלי.

מבוא. א. שיח הזכויות והפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית – היקף התופעה.
1. מגבלות פליליות על ביטוי. 2. הדרישה להגדרה ברורה של עבירה פלילית. 3. פיקוח חוקתי על עבירות פליליות. **ב. דלות שיח הזכויות והרתיעה מהפעלת פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית – הסברים. ג. היש הצדקה לדלות שיח הזכויות במשפט הפלילי המהותי ולרתיעה מפיקוח חוקתי על העבירה הפלילית? ד. החלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית – המחשה. 1. פרשת סילגדו. 2. פרשת שבס. ה. סיכום.**

* הקתדרה למשפט פלילי ע"ש השופט בזיל וונש, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית. תודתי לעוזרת המחקר שלי שירה עפרון, על עזרתה באיסוף החומרים ששימשו בסיס למאמר זה ועל הערותיה המועילות.

מבוא

מאז חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו התפתח במשפט הישראלי שיח של זכויות אדם.¹ בהקשרים מגוונים, הן הפסיקה הישראלית והן הכתיבה האקדמית מרבית לדון במהות הזכות, בשאלה אם הייתה פגיעה בזכות ואם הפגיעה היא מידתית ועומדת במבחני פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד.² שיח זכויות האדם לא פסח על המשפט הפלילי, אך זאת בעיקר בנוגע להליכים הפליליים ולענישה. בתי המשפט דנו לא פעם בזכויות חשודים ופסקו למשל כי לחשודים זכות שלא להיות חשופים להליכים פוגעניים ומשפילים במהלך החקירה.³ בדיון בזכויות נאשמים להליכים הוגנים הודגשה חשיבותה של הזכות לייצוג על ידי עורכי דין.⁴ דגש מיוחד הושם על העונש, החייב להלום את אשמת הנאשם,⁵ ונשיאתו חייבת להתבצע בתנאים אנושיים ולא משפילים.⁶ בית המשפט העליון אף פסל את תיקון פקודת בתי-הסוהר,⁷ המאפשר הקמת בתי סוהר פרטיים, מהנימוק כי הפרטת בתי הסוהר פוגעת פגיעה לא מידתית בכבוד האדם, ולפיכך התיקון איננו חוקתי.⁸ לעומת כל אלה, במשפט הפלילי המהותי, המגדיר את סוגי העבירות, שיח זכויות אדם הוא דל.⁹ רק לעיתים רחוקות בתי המשפט נותנים את הדעת לשאלה אם קיומה של עבירה פלילית האוסרת על התנהגות מסוימת פוגעת פגיעה לא מידתית בזכויות. במקרים הלא רבים שבהם נדרשים בתי המשפט לבחון את חוקיותה של עבירה, הנטייה היא להכשיר את העבירה.

- 1 חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.
- 2 ראו למשל אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** (2014); ברק מדינה **דיני זכויות האדם בישראל** (2016); אייל גרוס "זכות הקניין כזכות חוקתית וחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **עיוני משפט** כא 405 (1998); ברק מדינה "הזכות החוקתית לשוויון בפסיקה בית-המשפט העליון: כבוד האדם, האינטרס הציבורי וצדק חלוקתי" **משפט וממשל** יז 63 (2016); הלל סומר "הזכויות הבלתי-מנויות – על היקפה של המהפכה החוקתית" **משפטים** כח 257 (1997); אדם שנער "חופש הביטוי, חופש המימון ועקרונות איההנצחה" **משפטים על אתר** יב 2 (2018); דני סטטמן וגדעון ספיר "חופש הדת, חופש מדת והגנה על רגשות דתיים" **מחקרי משפט** כא 5 (2004); יהודית קרפ "חוק-יסוד כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כח" **משפט וממשל** א 323 (1993).
- 3 ע"פ 9808/06 **סנקר נ' מדינת ישראל**, פס' 12 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 29.7.2010).
- 4 ע"פ 8868/11 **בגימוב נ' מדינת ישראל**, פס' 27 לפסק דינו של השופט דניציגר (פורסם בנבו, 23.8.2012).
- 5 ההלימה בין העונש לבין אשמתו של הנאשם נכללת בעיקרון המנחה בענישה במשפטנו, המוגדר בס' 40ב לחוק העונשין (תיקון מס' 113), התשע"ב–2012, ס"ח 2330.
- 6 בג"ץ 1892/14 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים** (פורסם בנבו, 13.6.2017).
- 7 פקודת בתי הסוהר (תיקון מס' 28), התשס"ד–2004, ס"ח 348.
- 8 בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ר), חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545 (2009) (להלן: עניין הפרטת בתי הסוהר). לדיון בפסק הדין ראו אלון הראל "על מגבלות ההפרטה (בעקבות בג"ץ 2605/05 חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר)" **משפטים על אתר** ב 1 (2010); מיכל טמיר ואסף הראל "על כבוד האדם והפרטה" **משפטים** מא 663 (2011).
- 9 להדגשת הפער בין ההתייחסות ל"כבוד האדם" במסגרת ההליך הפלילי לבין "כבוד האדם" במסגרת המשפט הפלילי המהותי במשפט הישראלי ראו עדיאל זימרון "מגמות במשפט החוקתי-פלילי בישראל לאור ניתוח מושגי של 'כבוד האדם'" **משפטים** מט 383 (2019).

התופעה המתבטאת בדלות שיח הזכויות במשפט הפלילי המהותי וברתיעה מהפעלת פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית איננה ייחודית למשפט הישראלי. בשיטות משפט שונות קיים פער ניכר בין הנכונות להפעיל פיקוח חוקתי על ההליכים הפליליים ועל הענישה מצד אחד, לבין הרתיעה מלפקח, חוקתית, על העבירה הפלילית מהצד האחר. על פני הדברים, התופעה האמורה מפתיעה, שהרי כל עבירה פלילית מטילה מגבלות על חירותו של הפרט להתנהג כרצונו, מכפיפה את הפרט לסיכון של פגיעה בכבודו בשל הסטיגמה הנלווית להרשעה פלילית וחושפת אותו לאפשרות של הגבלה נרחבת של זכויות נוספות במסגרת נשיאת העונש.

בצד הרתיעה מלבחון עבירות פליליות מפרספקטיבה חוקתית ניתן להבחין בשיטות המשפט השונות גם במקרים חריגים. חריג בולט הוא מקרים שבהם העבירה הפלילית מטילה מגבלות על זכויות יסוד ייחודיות הנוספות על אלו שכל עבירה פלילית מגבילה אותן, כדוגמת המגבלות המוטלות על חופש הביטוי. חריג נוסף נגזר מעקרון החוקיות בפלילים והוא כולל מקרים שבהם הגדרת העבירה אינה ברורה דייה. בשני ההקשרים הלגיטימיות של עצם קיום העבירה והיקפה נבחנים במונחים חוקתיים, ובמסגרת הפעלת הפיקוח החוקתי קיימת נכונות לפסול את העבירה. קיומם של החריגים מלמד על התופעה עצמה – בהיעדר פגיעה בזכויות נוספות, בדרך כלל אין העבירה הפלילית נבחנת מפרספקטיבה חוקתית, ובמקרים המעטים שבהם בתי המשפט נדרשים לבחון את חוקתיות העבירה, נטייתם היא להכשיר חוקתית את העבירה.

מטרתו של מאמר זה היא לחשוף את התופעה כפי שזו קיימת בשיטות משפט שונות והמתבטאת בדלות שיח הזכויות החוקתיות במשפט הפלילי המהותי בצד החריגים לתופעה, להציע הסברים לתופעה זו ולבחון הסברים אלה מנקודת מבט ביקורתית. מסקנת הדיון תהיה כי ראוי להחיל משטר חוקתי על העבירה הפלילית שיעשיר את שיח הזכויות גם במשפט הפלילי המהותי, יגביר את הפיקוח החוקתי על העבירה, ובמקרים המתאימים אף יביא לפסילה חוקתית של עבירה פלילית או לפחות להצרת היקפה.

הפרק הראשון של המאמר יוקדש לחשיפת התופעה המתבטאת בדלות שיח הזכויות החוקתיות במשפט הפלילי המהותי. המאמר יפתח בהצגת החריגים לתופעה דווקא; מן החריגים הללו יהיה אפשר ללמוד על היקף התופעה עצמה. החריג הראשון שיידון הוא הטלת מגבלות פליליות על ביטוי. החריג הנוסף שיידון הוא הדרישה החוקתית לניסוח ברור של עבירה פלילית. בשני ההקשרים הדיון ייעשה מפרספקטיבה השוואתית. בהמשך יוצג הבסיס לפיקוח חוקתי על הסדרים מתחום המשפט הפלילי המהותי בשיטות המשפט השונות שלא במסגרת החריגים האמורים. בהקשר זה תיחשף גם רתיעתם של בתי המשפט בשיטות המשפט השונות להכריז על בטלותה של עבירה פלילית.

הפרק השני של המאמר יספק הסברים לדלות שיח הזכויות החוקתיות במשפט הפלילי המהותי ולרתיעה מלהפעיל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית שלא במסגרת החריגים שהובחרו בפרק הראשון של המאמר. אגב כך גם תוצגנה עמדות תאורטיות שונות באשר למהותן של זכויות אדם העשויות לתמוך בהסבר זה.

הפרק השלישי של המאמר יבחן אם יש הצדקה לדלות שיח זכויות האדם במשפט הפלילי המהותי. חלק זה ישיב בשלילה על שאלה זו ויטען כי ראוי להעשיר את שיח הזכויות גם במשפט הפלילי המהותי ולהגביר את הפיקוח החוקתי על העבירה. **הפרק הרביעי של המאמר ימחיש את החשיבות בהחלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית באמצעות ניתוח ביקורתי של פסיקה רלוונטית מהמשפט הישראלי.**

א. שיח הזכויות והפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית – היקף התופעה

כדי לעמוד על היקף השיח החוקתי במשפט הפלילי המהותי בחרתי לפתוח דווקא במקרים החריגים שבהם קיימת בשיטות משפט שונות נכונות לבחון עבירה פלילית מפרספקטיבה חוקתית. החריג הראשון שבו אדון הוא המקרים שבהם העבירה הפלילית מטילה מגבלות על זכויות ייחודיות, הנוספות על הזכויות המוגבלות בעצם הגדרתה של עבירה פלילית. במקרים אלה הרטוריקה סביב פרשנות העבירה והלגיטימיות שלה שאובה לרוב מהתחום החוקתי וגוברת על רטוריקה אופיינית לתחום הפלילי. דוגמה בולטת בהקשר זה היא הטלת מגבלות פליליות על ביטוי¹⁰ החריג הנוסף שבו אדון בהמשך הוא הגדרתן של עבירות פליליות. בשיטות משפט שונות עבירה שנוסח הגדרתה איננו מאפשר הזהרה הוגנת נתפסת כלא חוקתית, וככזו – בטלה. אגב כך אראה כי בשונה משיטות משפט אחרות הפסיקה הישראלית העכשווית איננה מעניקה ממד חוקתי לנוסח הגדרתה של עבירה פלילית. לאחר הצגת החריגים אראה כי שיח זכויות האדם בתחום המשפט הפלילי המהותי והפיקוח החוקתי על עבירות פליליות שלא במסגרת החריגים שהובחרו הם מצומצמים יחסית.

1. מגבלות פליליות על ביטוי

במשפט הישראלי ההכרה כי יש לבחון מפרספקטיבה חוקתית עבירות המגבילות את חופש הביטוי באה לידי ביטוי מפורש בפסיקה מהעשור האחרון שעסקה בעבירה של העלבת עובד ציבור,¹¹ המוגדרת בסעיף 288 לחוק העונשין.¹² בדיון הנוסף בפרשת **אונגרפלד** (2011) אישר בית המשפט העליון ברוב של שישה נגד שלושה שופטים את הרשעתו של העותר

10 דוגמה נוספת מן המשפט המשווה לעבירות המטילות מגבלות פליליות על זכויות נוספות היא זו של עבירות המגבילות את חופש הדת. ראו S.A.S v. France, 2014-III Eur. Ct. H.R. 341; Larissis v. Greece, 1998-I Eur. Ct. H.R. 378.

11 ראו למשל דנ"פ 7383/08 **אונגרפלד נ' מדינת ישראל**, פ"ד סה(1) 23 (2011); רע"פ 229/12 **כהן נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 16.10.2012); רע"פ 462/18 **יוסף נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 21.5.2018); רע"פ 7544/12 **פלונית נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 18.1.2013); מ"ח 3378/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 17.7.2014); ע"פ 333/10 **סרנקו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 28.10.2010); רע"פ 5991/13 **סגל נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.11.2017).

12 ס' 288 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 קובע: "העלבת עובד הציבור – 288. המעליב בתנועות, במלים או במעשים, עובד הציבור, או דיין או פקיד של בית דין דתי או חבר ועדת חקירה לפי חוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, כשהם ממלאים תפקידם או בנוגע למילוי תפקידם, דינו – מאסר ששה חדשים".

בעבירה של העלבת עובד ציבור.¹³ הן שופטי הרוב והן שופטי המיעוט בפרשה זו השתמשו ברטוריקה חוקתית השאובה מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופטים אומנם הדגישו כי העבירה של העלבת עובד ציבור חסינה מפני ביקורת חוקתית בשל כלל שמירת הדינים הקבוע בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אולם בשל הפגיעה בחופש הביטוי יש לדעתם לפרש את העבירה של העלבת עובד ציבור פירוש מצמצם באמצעות מבחנים שאובים מפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. לגישתם, תכלית העבירה היא ראויה. העבירה אינה מיועדת להגן על כבודו הפרטי של עובד הציבור; התכלית היא להגן על תפקודו התקין של השירות הציבורי.¹⁴ מבחני המידתיות מחייבים לאזן בין הגשמתה של תכלית זו לבין הפגיעה בחופש הביטוי ולהבטיח שהפגיעה בחופש הביטוי לא תעלה על הנדרש. האיזון נעשה באמצעות מבחן משולב של תוכן והסתברות. המבחן התוכני מיועד לקבוע אם הביטוי מגיע כדי "העלבה"; המבחן ההסתברותי יוציא מגדר העבירה ביטויים מעליבים שהסיכוי כי יגרמו לפגיעה בתפקודו של השירות הציבורי איננו סיכון ממשי (לפי חלק מהשופטים)¹⁵ או שאינו מגיע לכדי ודאות קרובה (לפי שופטים אחרים).¹⁶ המחלוקת בין השופטים באשר להרשעתו של העותר בעבירה של העלבת עובד ציבור נבעה מהמשקל השונה שהם ייחסו לכל אחד מהערכים המתנגשים. שופטי המיעוט, שסברו שיש לזכות את העותר מהעבירה, ייחסו חשיבות מיוחדת לביטוי המצוי בליבת חופש הביטוי,¹⁷ ואילו שופטי הרוב, שאישרו את הרשעת העותר, ייחסו חשיבות מיוחדת לליבת כבודו של עובד הציבור, הפוגמת ביכולת תפקודו.¹⁸ בפסק הדין בפרשת סגל (2017) החליטו כל תשעת השופטים שישבו בערעור לזכות את הנאשם מהעבירה של העלבת עובד ציבור.¹⁹ לגישתם, יש להצר את היקף תחולתה של העבירה של העלבת עובד ציבור אף יותר מן ההיקף המצומצם שהוענק לה בפרשת **אונגרפלד**. הצרת ההיקף נעשתה במסגרת המבחן התוכני של הביטוי, ובהתחשב במידה שהביטוי מגשים את תכליותיו של חופש הביטוי. מאחר ש"הביטוי הפוליטי עומד בראש הפירמידה של הביטויים ומגשים במידה הרבה ביותר את

13 עניין **אונגרפלד**, לעיל ה"ש 11.

14 שם, פס' 13–14 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' 4 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה, פס' 4 לפסק דינה של השופטת ארבל.

15 שם, פס' 43 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין, פס' 3 לפסק דינו של השופט לוי, פס' יב לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

16 שם, פס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, פס' 31–32 לפסק דינה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה, פס' 7, 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן, פס' 5–6 לפסק דינה של השופטת ארבל.

17 ראו חוות דעתו של המשנה לנשיאה ריבלין, שכתב את פסק הדין המרכזי של שופטי המיעוט (שם, פס' 29–31).

18 ראו חוות דעתה של השופטת (בדימ') פרוקצ'יה, שכתבה את פסק הדין המרכזי של שופטי הרוב (שם, פס' 26). במקום אחר, מתחתי ביקורת על עמדת הרוב בעניין **אונגרפלד** (לעיל ה"ש 11). ראו גם מרים גור-אריה "המשפט הפלילי בפסיקה בית המשפט העליון בשנת תשע"א – מגמה של הרחבת האחריות הפלילית ושל החמרת הענישה" **דין ודברים** ז 59, 61–68 (2012).

19 ראו עניין **סגל**, לעיל ה"ש 11 (פסק הדין ניתן בהרכב מורחב של תשעה שופטים).

תכליותיו של חופש הביטוי" פסקו השופטים כי "ביטויים פוליטיים יהיו מוגנים כמעט תמיד מפני תחולת עבירת ההעלבה".^{20, 21}

הרטוריקה של שני פסקי הדין – **אונגרפלד וסגל** – אופיינית לדיונים חוקתיים על חופש הביטוי. פסקי הדין כוללים דיון נרחב בחשיבות הזכות לחופש הביטוי, ברציונלים השונים שביסוד הזכות, ואף מיישמים מבחנים המקובלים בדיון בחופש הביטוי.²² במבחן התוכן מעניק פסק דין סגל מעמד מיוחד לביטוי הפוליטי כמתחייב מהתכליות של חופש הביטוי; למבחן ההסתברותי, המקובל בבחינה החוקתית של הגבלות שונות על חופש הביטוי, אין כל עיגון לשוני בהגדרת העבירה, ולמרות זאת בפסק הדין בפרשת **אונגרפלד** אין השופטים נמנעים מליישמו. בשונה מכל אלה, הרטוריקה האופיינית לתחום הפלילי נעדרת ברובה משני פסקי הדין. לא ניתן למצוא בהם דרך ניתוח מקובלת של עבירות המבחינה בין אלמנטים המשתייכים ליסוד העוברתי של העבירה לאלה המשתייכים ליסוד הנפשי שלה. בהקשר רחב יותר, ומנקודת מבט השוואתית, חשוב להדגיש כי ההכרה בחשיבותו של חופש הביטוי בתחום הפלילי איננה מוגבלת לשלב שבו בתי המשפט מפעילים פיקוח

20 שם, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה נאור. לפסקי דין מאוחרים יותר אשר יישמו את הלכת סגל ראו עניין יוסף, לעיל ה"ש 11; ת"פ (שלום ת"א) 28022-02-17 **מדינת ישראל נ' מרסיאנו** (פורסם בנבו, 16.4.2018); ת"פ (שלום רמ') 36366-05-15 **משטרת ישראל תביעות – שלוחת רמלה נ' ברנשטיין** (פורסם בנבו 2.1.2018). לביקורת על העבירה של העלבת עובר ציבור ראו נילי ארד ואח' "רב שיח – גבולות הביקורת הלגיטימית על בית המשפט ורשויות האכיפה" **המשפט** 1 ו 271 (2001); אסף הרדוף "פסקת ההפלה: טיעון חוקתי נגד הפלה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 261–262 (2012); מדינה **דיני זכויות האדם בישראל**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 534–536.

21 גם בקשר לעבירות אחרות המגבילות ביטוי נוטה בית המשפט העליון לפרש את העבירה פירוש מצמצם, בהדגישו את חשיבותו של חופש הביטוי. ראו למשל דנ"פ 8613/96 **גיבארין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 193 (2000). בפרשה זו סבר בית המשפט, בדעת רוב, כי בשל חשיבותו של חופש הביטוי ראוי לצמצם את היקף תחולתה של העבירה שהייתה מוגדרת בס' 4 לפקודת מניעת טרור, התש"ח–1948 (ע"ד, תוס' א 73) ושאסרה על השמעת דברי שבח למעשי אלימות, כדי שתחול רק על שבח למעשי אלימות של ארגוני טרור. בעקבות פרשנות זאת המחוקק התערב, ביטל את ס' 4 לפקודה למניעת טרור, וחוקק במקומו את העבירה האוסרת על הסתה לאלימות או לטרור, המגבילה את פרסום דברי השבח למצבים שבהם "על פי תוכנו של הפרסום המסית והנסיבות שבהן פורסם, יש אפשרות ממשיה שיביא לעשיית מעשה אלימות או טרור" (ראו ס' 2ד144א) לחוק העונשין (תיקון מס' 66), התשס"ב–2000, ס"ח 411). כאשר חוקק חוק המאבק בטרור, התשע"ו–2016, ס"ח 2556, הופרדה העבירה של הסתה לאלימות מהעבירה של גילוי הזדהות עם ארגון טרור והסתה לטרור: ההסתה לאלימות נותרה בחוק העונשין (חוק העונשין (תיקון 123), התשע"ו–2016, ס"ח 925), ואילו האיסור על הזדהות עם ארגון טרור והסתה לטרור הוגדר בס' 24 לחוק המאבק בטרור. לניתוח התפתחותה של הפסיקה בהקשר זה, ראו דפנה ברק-ארו ודודי זכריה "הסתה לטרור וגבולות חופש הביטוי: בין הגבלות ישירות להגבלות עקיפות" **עיוני משפט** לה 555 (2013). במקום אחר, הראיתי כי קודם להצרת גבולותיה של העבירה האוסרת על פרסום שבח לאלימות בעניין **גיבארין הנ"ל**, ובשל הטראומה שעברה על החברה הישראלית בעקבות רצח רבין, בשנים מאז הרצח (1995) ועד להצרת גבולות העבירה (2000) הרשיעו בתי המשפט שלנו בעבירה זו את מי שהביעו דברי שבח לרצח רבין. ראו Miriam Gur-Arye, *Can Freedom of Expression Survive Social Trauma: The Israeli Experience*, 13 DUKE J. COMP. & INT'L L. 155 (2003).

22 להרחבה על המבחנים המקובלים לעניין עבירות ביטוי ראו אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות התממשות של נזק': חשיבה מחדשת" **משפטים** ל 69 (1999); איל כנבנשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" **משפטים** ל 29 (1999).

חוקתי על העבירה הפלילית. עצם קיומן או היעדרן של עבירות האוסרות על ביטוי משקף הבדלים תרבותיים באשר למשקל היחסי של חופש הביטוי לעומת זכויות יסוד אחרות. דוגמה מובהקת בהקשר זה היא עבירות האוסרות על ביטויי שנאה כלפי מי שמשתייכים לקבוצה ייחודית המאופיינת בצבע עור, גזע, מוצא אתני, מגדר או העדפות מיניות, כמו העבירה הקיימת במשפטנו והאוסרת על פרסום הסתה לגזענות (סעיפים 144 א ו-144 ב לחוק העונשין).²³ לא מפתיע כי בשיטת המשפט האמריקני, המעניקה לחופש הביטוי ערך חוקתי גבוה במיוחד (התיקון הראשון לחוקה של ארצות הברית), אין מוטל איסור פלילי על ביטויי שנאה, בשונה מאיסור על ביצוע מעשים ממניע של שנאה.²⁴ התפיסה שם היא שנגד ביטויים הפוגעים ברגשות, גם של אלה המשתייכים לקבוצות מיעוט או המסלפים את האמת ההיסטורית, יש להילחם באמצעות ביטויים סותרים. כיוון שכך, בשיטת המשפט האמריקני גם אין עבירה של הכחשת השואה, שהיא קטגוריה מיוחדת של עבירות האוסרות על ביטויי שנאה.²⁵ לעומת זאת בחלק משיטות המשפט האירופאיות כבוד האדם נתפס כבעל ערך חוקתי גבוה במיוחד (לעיתים אף מוחלט) הגובר על חופש הביטוי.²⁶ שיטות אלו מטילות,

23 ס' 144 ב לחוק העונשין, שהוסף במסגרת תיקון מס' 20, קובע: "איסור פרסום הסתה לגזענות – 144 ב. (א) המפרסם דבר מתוך מטרה להסית לגזענות, דינו – מאסר חמש שנים". "גזענות" מוגדרת בס' 144 א: "144 א. רדיפה, השפלה, ביוזי, גילוי איבה, עוינות או אלימות, או גרימת מדנים כלפי ציבור או חלקים של האוכלוסייה, והכל בשל צבע או השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני". הדגש במאמר זה הוא על ביטויי שנאה, בשונה מעבירות המחמירות את העונש הצפוי על עבירות בסיסיות במקרים שבהם עבירות אלו בוצעו ממניע שנאה, כדוגמת העבירה הקבועה אצלנו בס' 144 (שהוסף לחוק העונשין במסגרת תיקון מס' 82), הקובע: "עבירות ממניע גזענות או עוינות כלפי ציבור – נסיבה מחמירה – 144 ב. (א) העובר עבירה מתוך מניע של גזענות כהגדרתה בסימן א' או של עוינות כלפי ציבור מחמת דת, קבוצה דתית, מוצא עדתי, נטיה מינית או היותם עובדים זרים, דינו – כפל העונש הקבוע לאותה עבירה או מאסר עשר שנים, הכל לפי העונש הקל יותר. (ב) בסעיף זה, 'עבירה' – עבירה נגד הגוף, החירות או הרכוש, עבירה של איומים או סחיטה; עבירות של בריונות ותקלות לציבור ושל מטרדים הכלולים בסימנים ט' ו'א בפרק זה, ועבירה בשירות הציבורי וכלפיו הכלולה בפרט ט' סימן ד', הכל למעט עבירה שהעונש שנקבע לה הוא מאסר עשר שנים ומעלה".

להרחבה על העבירה של הסתה לגזענות ראו מרדכי קרמניצר "פרשת אלבה: 'ביורור הלכות הסתה לגזענות' משפטים ל 105 (1999); רפאל כהן-אלמגור "התמודדות עם ביטויי שנאה וגזענות בישראל – לבטים ולקחים" ספר אליהו מצא 457 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015); ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996); ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535 (1998).

24 על הדין הקיים בארצות הברית בהקשר זה ראו JEREMY WALDRON, THE HARM IN HATE SPEECH (2012); Alon Harel, *Hate Speech and Comprehensive Forms of Life*, in THE CONTENT AND CONTEXT OF FREE SPEECH: RETHINKING REGULATION AND RESPONSES 306 (Michael Herz & Peter Molnar eds., 2012); Calvin R. Massey, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, 40 UCLA L. REV. 103 (1992); William B. Fisch, *Hate Speech in the Constitutional Law of the United States*, 50 AM. J. COMP. L. SUPP. 463 (2002).

25 WALDRON, לעיל ה"ש 24, בעמ' 29.

26 ראו למשל ס' 1(1) לחוק היסוד הגרמני הקובע כי: "Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority" (GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GG] [Basic Law], §1(1), *transaltion at* <https://bit.ly/>

בדרך כלל, איסור פלילי על ביטויי שנאה, כולל על הכחשת השואה.²⁷ אשר להכחשת השואה, ההנחה היא שההכחשה פוגעת בכבודם של מי שנספו בשואה ובצאצאיהם; יוצרת דימוי שלילי ביחס ליהודים ומקדמת אידאולוגיה אנטי-שמית.²⁸ עם זאת, לאור הפגיעה בחופש הביטוי, בית הדין האירופי לזכויות אדם נדרש לא פעם לבחון את חוקתיות העבירות השונות של הכחשת השואה. במרבית המקרים פסק בית הדין כי הגבלת ביטוי במסגרת איסור על הכחשת שואה היא מוצדקת ומידתית.²⁹ לעומת זאת, בית הדין האירופי בחר להתערב כאשר שווייץ החליטה להרחיב את האיסור ולהחילו על הכחשתו של כל פשע של השמדת עם,³⁰ וזאת לאחר שפוליטיקאי תורכי, שבעת שהותו בשווייץ הכחיש את שואת העם הארמני, הורשע בשווייץ בעבירה של הכחשת הפשע של השמדת עם. בשנת 2015 פסק בית הדין האירופי לזכויות אדם כי האיסור על הכחשת שואת העם הארמני הוא בבחינת פגיעה לא מוצדקת בחופש הביטוי משום שהשואה הארמנית היא עדיין בגדר אירוע היסטורי הנתון במחלוקת.³¹ במאמר זה אין ככוונתי להביע עמדה כלפי פסק הדין של בית הדין האירופי בהקשר זה. בהקשר בו אנו דנים חשוב להדגיש כי בית הדין האירופי לזכויות אדם לא נמנע מלפסוק בשאלות על חוקתיות של עבירה פלילית כשזו הצרה את חופש

2QA4xdv (להלן: חוק היסוד הגרמני). להעדפת כבוד האדם על פני חופש הביטוי ראו גם את פסק הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין *Erbakan v. Turkey*, App. No. 59405/00 (Eur. Ct. H.R., 2006), שבו נפסק כי: "[T]olerance and respect for the equal dignity of all human beings constitute the foundations of a democratic, pluralistic society. That being so, as a matter of principle it may be considered necessary in certain democratic societies to sanction or even prevent all forms of expression which spread, incite, promote or justify hatred based on 'penalties' or 'restrictions', 'conditions', 'formalities' intolerance [...] provided that any imposed are proportionate to the legitimate aim"

27 לאיסורים על הכחשת השואה ראו *German Criminal Code, §130 (Ger.) [National Socialism Prohibition Law Act] No. 148/1992, as amended, §3h (Ger.); Law to Punish Denying, [minimizing, justifying or approving the genocide committed by the German National socialist regime during the second world war] §1 of Mar. 30, 1995 [B.S.] [Official Gazette of Belgium], Apr. 22, 1995, 10571 (Belg.); Law Against Support and Dissemination of Movements Oppressing Human Rights and Freedoms (2001), § 261a (Czech); Criminal Code 1881, as amended 2011, Act 1997, Art. 453-457 (Lux.)*

28 לדין ברציונל שביסוד איסורי הכחשת השואה השונים ראו פסק הדין של בית הדין האירופי בעניין *Perincek v. Switzerland*, 2015-VI Eur. Ct. H.R 181, 252-255.

29 ראו הסקירה בפסק הדין של בית הדין האירופי בעניין *Perincek*, שם. מעניין בהקשר זה לציין כי בשנת 2007 פסק בית המשפט החוקתי הספרדי כי האיסור על עצם הכחשת השואה, בשונה מהאיסור על הצדקת השואה, אינו חוקתי. ראו <https://bit.ly/2xio8II> (Spain.), S.T.C., Nov. 7, 2007.

30 ס' 261, שהוסף לקודקס הפלילי השווייצרי בשנת 1995 (Swiss Criminal Code,) "any person who publicly denigrates or discriminates against another or a group of persons on the grounds of their race, ethnic origin or religion in a manner that violates human dignity, whether verbally, in writing or pictorially, by using gestures, through acts of aggression or by other means, or any person who on any of these grounds denies, trivialises or seeks justification for genocide or other crimes against humanity"

31 ראו עניין *Perincek*, לעיל ה"ש 28.

הביטוי, והיה אף מוכן להכריז כי עבירה פלילית (זו האוסרת על הכחשת הפשע השמדת עם בהקשר של שואת העם הארמני) פוגעת פגיעה לא מידתית בחופש הביטוי. לא מפתיע שכשמדובר בהכחשת השואה המשפט הישראלי סוטה מהגישה האמריקנית ומטיל הגבלות פליליות על ביטויים המכחישים שואה.³² אולם בשונה משיטות משפט אירופיות, הרואות בהכחשת השואה פגיעה בכבוד הנספים בשואה, האיסור הישראלי מיועד למנוע ביטויי אהדה או הזדהות עם מי שביצעו "בתקופת השלטון הנאצי [...] פשעים כלפי העם היהודי או פשעים כלפי האנושות".³³

2. הדרישה להגדרה ברורה של עבירה פלילית

הדרישה להגדרה ברורה של עבירה פלילית נגזרת מעקרון החוקיות, המיועד להבטיח זכויות יסוד של הפרט.³⁴ מטרתו של עקרון החוקיות במשפט הפלילי היא להבטיח כי הגבלת חירותו של הפרט והכפפתו לכוחו הכופה של המשפט הפלילי ייעשו בידי הריבון – המחוקק. הזוהרה הוגנת מיועדת להבטיח אוטונומיה כרכיב של כבוד האדם. על כל אדם לדעת מראש מהם האיסורים המוטלים עליו ומהם העונשים הצפויים בגין הפרת האיסור כדי שתהיה לו האפשרות לבחור שלא להפר את האיסור ולכלכל את צעדיו שימנעו הכפפתו למשפט הפלילי. הגדרת גבולותיו של האיסור מראש בחוק ולא בדיעבד בבתי המשפט במקרה קונקרטי זה או אחר תאפשר שוויון לפני החוק שתחולתו תושפע מהמעשה ולא מהאישיות של העושה.

לפיכך בשיטות משפט שונות עבירה שיסודותיה לא הוגדרו ברור נתפסת כעבירה שפוגעת בזכויות חוקתיות ולכן כלא חוקתית. בארצות הברית הפסילה החוקתית של העבירה מתבססת על הזכות החוקתית להליך הוגן.³⁵ לפי דוקטרינת Void-for-Vagueness,³⁶ עבירה פלילית תוכרוז לא חוקתית באחד משני מקרים: או במקרה שבו הגדרת העבירה אינה ברורה דייה כדי לספק הזוהרה הוגנת,³⁷ או במקרה שבו הגדרת העבירה אינה מספקת הנחיה ברורה לרשויות אכיפת החוק ההכרחית למניעת הפליה.³⁸ במשפט הגרמני עבירה שהגדרתה איננה

32 חוק איסור הכחשת השואה, התשמ"ו-1986, ס"ח 1187.

33 ס' 2 לחוק איסור הכחשת השואה, קובע: "2. המפרסם, בכתב או בעל פה, דברים המכחישים את המעשים שבוצעו בתקופת השלטון הנאצי ושהם פשעים כלפי העם היהודי או פשעים כלפי האנושות, או ממעטים את ממדיהם, בכוונה להגן על מבצעי הפשעים הללו או להביע להם אהדה או הזדהות, דינו – מאסר חמש שנים" (ההדגשה הוספה).

34 על חשיבותו של עקרון החוקיות בפלילים בהקשר זה ראו Mordechai Kremnitzer, *Interpretation in Criminal Law*, 21 ISR. L. REV. 358 (1986); בוועד סנגירו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג 165 (2003). כן ראו להלן ה"ש 35-38 וההפניות הנזכרות שם.

35 U.S. Const. Amend. V & XIV.

36 למשמעותה של דוקטרינה זו בהרחבה ראו Robert C. Post, *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, 82 CAL. L. REV. 491 (1994); Orin S. Kerr, *Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act*, 94 MINN. L. REV. 1561, 1573-1575 (2010).

37 ראו City of Chi. v. Morales, 527 U.S. 41, 56 (1999); Coates v. Cincinnati, 402 U.S. 611, 614 (1966); Giaccio v. Pennsylvania, 382 U.S. 399, 402 (1971).

38 עניין Coates, לעיל ה"ש 37.

ברורה באופן המאפשר הזהרה הוגנת נתפסת כעבירה הפוגעת בכבוד האדם, וככזו – איננה חוקתית.³⁹

במשפט הישראלי ההכרה כי הגדרה לא ברורה של עבירה פלילית סותרת את עקרון החוקיות ופוגעת בזכויות יסוד באה לידי ביטוי בשנות החמישים, שנים קודם לחקיקתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992), שהחדיר למשפט הישראלי שיח זכויות חוקתי. בפרשת **אש"ד**,⁴⁰ שבה הואשם הנאשם בעבירה האוסרת על כל מעשה הגורם לתקלה ציבורית,⁴¹ הדגיש בית המשפט כי העבירה מושא האישום היא עבירת סל, הסותרת את "שלטון החוק" ועלולה לקעקע את "חופש פעולותיו של הפרט". לדבריו:

עם קריאת סעיף 105 מזדקרת מיד לעיננו תכונתו היסודית – תכונה שאינה מצויה בשאר סעיפי עבירה בחוק הפלילי – היינו: סעיף זה הן בעבירה בלתי מוגדרת ובלתי תחומה. דומה הדבר כאילו הופקד ביה המשפט על-ידי המחוקק לקבוע ולהחליט בכל מקרה ומקרה אם מעשים מסוימים מהווים – או אינם מהווים – עבירה בתחומי הבלתי מוגבלים של הסעיף [...] נמצא, לכאורה, בני אדם נענשים על מעשים שהוגדרו כעבירות לאחר עשייתם, בחינת "עונשים ואין מזהירים". נוהג זה – כך אפשר לטעון ולקבול – עשוי לקעקע את עצם היסודות אשר עליהם מושתתים העקרונות של שלטון החוק וחופש פעולותיו של הפרט במדינה, והוא היפוכו הגמור של הכלל המקודש במשפט הפלילי "אין עונשין אלא אם כן מזהירין".⁴²

למרות זאת לא ראה בית המשפט עצמו מוסמך לבטל את העבירה, בשל התפיסה, המתיישבת עם הריסון השיפוטי של אותה עת, שגם ביטולה של עבירה – ולא רק חיקוקה – מסור בידי המחוקק. בית המשפט הסתפק בהצרה ניכרת של גבולות העבירה, תוך שהוא קורא למחוקק לבטלה.⁴³

חמישים שנה אחרי, בשנת 2003, נדרש בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת **שבס**⁴⁴ לעצב את תחומי פריסתה של העבירה של הפרת אמונים.⁴⁵ ההחלטה לאשר דיון נוסף בפרשה זו נסמכה על אופייה המיוחד של העבירה כעבירת סל:

39 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, 65 fn. 4–6 (2011).

40 ע"פ 53/54 **אש"ד**, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954).

41 עבירה הייתה מוגדרת בזמנה בס' 105 לפקודת החוק הפלילי, 1936, אשר נהפך לס' 198 לחוק העונשין.

42 ראו עניין **אש"ד**, לעיל ה"ש 40, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

43 רק בחלוף יותר מחמישים שנה, בשנת 2008, בוטלה העבירה בהסתמך על פסק הדין בעניין **אש"ד**, שם.

ראו חוק העונשין (תיקון מס' 100), התשס"ח–2008, ס"ח 2176.

44 דנ"פ 1397/03 **מדינת ישראל נ' שבס**, פ"ד נט(4) 385 (2004).

45 עבירה המוגדרת בס' 284 לחוק העונשין, הקובע: "248. עובד הציבור העושה במילוי תפקידו מעשה

מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור, אף אם לא היה במעשה משום עבירה אילו נעשה כנגד יחיד, דינו – מאסר שלוש שנים".

ענייננו בעבירה ייחודית ומיוחדת, עבירה בת "ריקמה פתוחה", עבירה שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר. העבירה "עבירת מסגרת" היא. ושלא כדרך של עבירות פליליות אין היא בנויה על יסודות מוגדרים באורח מדויק וברור.⁴⁶

במחצית המאה שחלפה למן פרשת אש"ד ועד לדיון נוסף שבס מעמדו של עקרון החוקיות כעקרון יסוד במשפט הפלילי המהווה תנאי מקדמי לאחריות פלילית, עוגן בחוק העונשין;⁴⁷ הזכויות המוגנות באמצעות עקרון החוקיות במשפט הפלילי זכו בהכרה חוקתית עם חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראינו לעיל כי בעקבות חקיקת חוק היסוד העניק בית המשפט העליון פרשנות מצמצמת לעבירה של העלבת עובד ציבור בהסתמך על מבחנים חוקתיים השאובים מפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד אף שהעבירה חסינה מביקורת חוקתית לפי כלל שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק היסוד.⁴⁸ היה אפשר אפוא לצפות כי בדומה לפרשת אש"ד, גם בפרשת שבס ולמרות חסינותה של העבירה של הפרת אמונים מביקורת חקיקתית, יכריז בית המשפט כי עבירת הסל של הפרת אמונים, "שגבולותיה אינם ברורים כלל ועיקר", סותרת את עקרון החוקיות, ולפיכך ראוי שהמחוקק יבטל אותה, כמקובל בשיטות משפט אחרות הדואגות להבטיח כי הגדרת העבירה תהיה ברורה דייה כדי לספק הזהרה הוגנת ואכיפה שוויונית, וכל עוד המחוקק אינו עושה זאת – להעניק לעבירה פרשנות ברורה המצמצמת את גבולות האיסור. אולם בדיון נוסף בפרשת שבס בחר בית המשפט ללכת בדרך שונה. לבד מאמירה אגבית של הנשיא ברק שלפיה "תהא זו תוצאה בלתי ראויה אם השימוש בהכללות אלה [המאפיינות עבירת סל] עד כמה שהוא פוגע בזכויות אדם חוקתיות, יהא בלתי חוקתי",⁴⁹ לא ניתן למצוא בפסק הדין בפרשת שבס כל סממן של רטוריקה חוקתית. בפרשנות העבירה בחר הנשיא ברק (בדעת רוב) במפורש "להימנע מלתת לעבירה פירוש מצמצם, אשר ישלול מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי".⁵⁰

נטייתם של בתי המשפט שלנו להעדיף, גם בתחום הפלילי, פרשנות תכליתית על פרשנות המצמצמת את היקף האיסור אינה חדשה.⁵¹ עם זאת כאשר יסודותיה של העבירה

46 ציטוט מדבריו של השופט (כתוארו אז) חשין, בהחלטתו על קיום דיון נוסף בעניין שבס, לעיל ה"ש 44, פס' 29 לפסק דינו של הנשיא ברק.

47 ס' 1 לחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, ס"ח 1481.

48 ראו לעיל ה"ש 13-20 הטקסט הסמוך להן.

49 עניין שבס, לעיל ה"ש 44, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

50 שם. מעניין לציין כי בהקשר אחר – אם כי לא כזה הנוגע בשאלת חוקתיותה של הוראת חוק – בית המשפט העליון ביטל חלקית צו הגבלה שהפרתו היא עבירה פלילית, מהנימוק שצו ההגבלה אינו מפורט דיו ולכן "אינו מתיישב עם דרישת החוקיות, המחייבת הגדרה ברורה ובהירה של האיסור" (ראו בג"ץ 6358/05 ואנונו נ' אלוף פיקוד העורף יאיר נווה, פס' 21 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.1.2006)).

51 לפסק הדין המוביל בהקשר זה ראו ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, פס' 2-5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1980). לביקורת על עמדה פרשנית זו ראו סנג'רו, לעיל ה"ש 34; מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עברה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז 403 (2002). הפרשנות התכליתית אומצה חלקית בס' 34 לחוק

מוגדרים בכירור, הפרשנות התכליתית מוגבלת לזיהוי הערך המוגן באמצעות איסור העבירה, ואילו יסודות העבירה (הן היסוד העובדתי והן היסוד הנפשי) הם שתוחמים את היקף ההגנה שמעניקה העבירה לערך מוגן זה. כאשר מדובר בעבירת סל כדוגמת העבירה של הפרת אמונים, בהיעדר יסודות ברורים בהגדרת העבירה תיחומו של היקף ההגנה על הערכים המוגנים באמצעות העבירה מסור לבתי המשפט, בסתירה בולטת לעקרון החוקיות. סתירה כזו משתמעת גם מעמדתו של הנשיא ברק, הרואה יתרון בקיום העבירה של הפרת אמונים כעבירת סל המאפשרת לבתי המשפט להחיל את העבירה "על מצבים שקשה לצפותם או להגדירם מראש בעת החקיקה, אך הם נגזרים מנסיבות הזמן והמקום".⁵² ההשתמעות היא שבית המשפט הוא שיכריע אם בשל השתנות הנסיבות ראוי להחיל את העבירה גם על מצבים שלא נצפו מראש, בבחינת החלה למפרע של האיסור הפלילי. מהדיון ההשוואתי שבחלק זה של המאמר עולה כי בדומה לשיטות משפט אחרות, גם הפסיקה הישראלית בוחנת עבירות המטילות מגבלות על ביטוי מפרספקטיבה חקיקתית (החריג הראשון), אולם בשונה משיטות משפט אחרות, אין היא מעניקה ממד חוקתי לאופן שבו מנוסחת הגדרתה של עבירה פלילית (החריג השני כפי שנדון בפרשת שבס).

3. פיקוח חוקתי על עבירות פליליות

שיח זכויות האדם בתחום המשפט הפלילי המהותי והפיקוח החוקתי על עבירות פליליות שלא במסגרת החריגים שהוכהרו מצומצמים יחסית ומנוגדים לשיח הנרחב ולפיקוח החוקתי על זכויות נאשמים וחשודים במסגרת ההגנה החוקתית על הליך הוגן,⁵³ ומנוגדים אף לפיקוח על ענישה שאיננה מתיישבת עם זכויות אדם.⁵⁴ ההבדל האמור משתקף, לא פעם, בעצם הבסיס המשפטי להטלת פיקוח חקיקתי בתחום המשפט הפלילי. למשל, בארצות הברית הפיקוח החוקתי על זכויות חשודים ונאשמים בהליכים הפליליים מעוגן

העונשין (שהוסף בחוק העונשין (חלק כללי וחלק מקדמי) (תיקון מס' 39)). בהתאם לסעיף זה, במקרים שבהם הפרשנות התכליתית מניבה שני פירושים סבירים על הפרשן לבחור בפרשנות המצמצמת את האיסור). הסעיף קובע: "פרשנות – 34כא. ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

52 ראו עניין שבס, לעיל ה"ש 44, פס' 30 לפסק דינו של הנשיא ברק.

53 על עמדה זו בהקשר הישראלי ראו לעיל ה"ש 3–4 והטקסט הצמוד להן. לפיקוח החוקתי על הזכות להליך הוגן בארצות הברית ראו להלן ה"ש 55–56 והטקסט הצמוד להן. במישור הבין-לאומי, הזכות החוקתית להליך הוגן מוגנת באמצעות אמנות בין-לאומיות שונות. ראו למשל ס' 14(1) לאמנה הבין-לאומית לזכויות אזרחיות ופוליטיות (אמנה בין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966)); European Convention on Human Rights, Art. 6, 4.11.1950; (להלן: האמנה האירופית לזכויות אדם).

54 לעמדת הפסיקה הישראלית בהקשר זה ראו לעיל ה"ש 5–8 והטקסט הצמוד להן. לפיקוח החוקתי על ענישה בארצות הברית ראו להלן ה"ש 56 והטקסט הצמוד לה. במישור הבין-לאומי, בית הדין האירופי לזכויות האזרח הפעיל פיקוח על ענישה המפירה את ס' 3 לאמנה האירופית לזכויות האדם, הקובע כך: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment" ראו T. v. United Kingdom, App. No. 24724/94, § 99 (Eur. Ct. H.R. Dec. 16, 1999); Ülke v. Turkey, App. No. 39437/98, §§ 59–64 (Eur. Ct. H.R. Jan. 24, 2006), <https://tinyurl.com/qvqkpl>.

בזכות החוקתית להליך הוגן – התיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמריקנית⁵⁵ (כאמור לעיל, מכוחה של זכות זו גם הוחל פיקוח על עבירות שהגדרתן איננה ברורה, שהביא לפסילתו של החוק המגדיר עבירות אלו); הפיקוח החקיקתי על הענישה מעוגן בתיקון השמיני לחוקה, האוסר על ענישה אכזרית ועל ענישה שאיננה "רגילה" ("Unusual and Cruel Punishment").⁵⁶ לעומת זאת לפיקוח חוקתי על עבירה פלילית אין עיגון חוקתי מפורש בחוקה האמריקנית. במקרים הלא רבים שבהם הפעיל בית המשפט העליון האמריקני פיקוח חקיקתי על עבירה פלילית הוא עשה זאת בדרך כלל באמצעות הרחבת הזכות להליך הוגן המוגדרת בתיקון 14 לחוקה, כדי שתכלול גם אספקטים "מהותיים" (substantive due process of law).⁵⁷ בהסתמך על המושג של "הליך הוגן מהותי" פסק בית המשפט העליון האמריקני בשנת 1965 כי האיסור הפלילי על שימוש באמצעי מניעה איננו חוקתי,⁵⁸ ובשנת 2003 כי האיסור על יחסים הומוסקסואליים בין בוגרים בהסכמה איננו חוקתי.⁵⁹ בפסק הדין האחרון הפך בית המשפט העליון פסיקה קודמת, משנת 1986, שבה אישר בית המשפט העליון האמריקני את חוקתיות האיסור על יחסים הומוסקסואליים בהסכמה.⁶⁰ בשנת 1973 פסל בית המשפט העליון האמריקני חוק האוסר על הפלות בטרימסטר הראשון של ההיריון, בהתבסס על הזכות לפרטיות שאת הבסיס לה עיגן בזכות החוקתית להליך הוגן כפי שזו מוגדרת בתיקון 14 לחוקה.⁶¹ אולם בשנת 1992 הגביל בית המשפט העליון את הקריטריון לפסילה חוקתית של האיסור על הפלות למצבים שבהם האיסור על הפלה, כולל בטרימסטר הראשון, מטיל על האישה ההרה נטל מיותר (undue-burden).⁶² במקרים החריגים שבהם למרות חשיבותו של חופש הביטוי במשפט האמריקני העבירה הפלילית מטילה מגבלות המשתרעות גם על ביטוי, ביסס בית המשפט העליון את הפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית על חופש הביטוי, המעוגן בתיקון הראשון לחוקה. ההסתמכות על חופש הביטוי הניעה את בית המשפט העליון האמריקני לפסוק,

- 55 ראו למשל Connally v. General Construction Co., 269 U.S. 385, 391–392 (1926); City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, 462 U.S. 416 (1983); FCC v. Fox Television Stations, Inc., 567 U.S. 239 (2012); Hoffman Estates v. The Flipside, Hoffman Estates, 455 U.S. 489 (1982).
- 56 Robison v. California, 370 U.S. 660 (1962); Furman v. Ga., 408 U.S. 238 (1972); Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991); Kennedy v. Louisiana, 554 U.S. 407 (2008).
- 57 ראו Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). כן ראו הניתוח אצל Sanford H. Kadish, *Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review*, 87 CAL. L. REV. 943, 964–966 (1999).
- 58 ראו עניין *Griswold*, לעיל ה"ש 57.
- 59 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
- 60 Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
- 61 Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
- 62 Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833 (1992). לדיון במשמעות הפסיקה הדנה בחוקתיות הפלות בארצות הברית ובהשלכותיה ראו Ruth B. Ginsburg, *Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade*, 63 N.C. L. REV. 375 (1985); David J. Garrow, *Abortion 841 – Before and After Roe v. Wade: An Historical Perspective*, 62 ALB. L. REV. 833, 840 (1999).

בשנת 1969, כי העבירה של החזקת חומר תועבה איננה חוקתית.⁶³ בניגוד לפסיקה זו, בשנת 1990 הכשיר בית המשפט העליון האמריקני את חוקתיות העבירה האוסרת על עצם החזקתו של חומר פורנוגרפי שיש בו דמות קטין אף שראה בה עבירה המגבילה את חופש הביטוי של מחזיק החומר הפורנוגרפי.⁶⁴ לבד מעבירות חריגות כגון אלו אין בית המשפט העליון האמריקני נוהג ככלל להפעיל פיקוח חוקתי על עבירות פליליות.⁶⁵

גם במשפט הקנדי, הבסיס להטלת פיקוח חוקתי על עבירות פליליות נקבע באמצעות פרשנות מרחיבה של סעיף 7 ל-1982 Canadian Charter of Rights and Freedoms, המכפיף את הפגיעה בזכות לחיים, לחירות ולביטחון האישי לעקרונות בסיסיים של צדק ("principles of fundamental justice").⁶⁶ בית המשפט העליון הקנדי דחה את הטענה כי מושג זה מוגבל לפיקוח על "הליך הוגן". לגישתו, עקרונות בסיסיים של צדק מאפשרים להפעיל פיקוח חוקתי גם על המשפט הפלילי המהותי.⁶⁷ במסגרת הטלת פיקוח כאמור פסל בית המשפט העליון הקנדי, בשנת 1988, את האיסור על הפלות, בהתבסס על זכותה של האישה לשלמות גופנית.⁶⁸ בדומה לבית המשפט העליון האמריקני, גם בית המשפט העליון הקנדי הכשיר, בשנת 2001, את חוקתיות האיסור על החזקת חומר פורנוגרפי שבו דמות קטין למרות הפגיעה של איסור זה בחופש הביטוי.⁶⁹ בשנת 1993 הכשיר בית המשפט העליון הקנדי את חוקתיות העבירה של סיוע להתאבדות,⁷⁰ אולם בשנת 2015 שינה את ההלכה ופסק כי האיסור המוטל על רופאים לסייע לחולים סופניים להתאבד אינו חוקתי.⁷¹ לעומת זאת במשפט הגרמני הבסיס לפיקוח חוקתי רחב יותר. כעיקרון, מפעיל בית המשפט החוקתי הפדרלי פיקוח חוקתי על פגיעה בזכויות המעוגנות בחוק היסוד הגרמני,

63 Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969).

64 Osborne v. Ohio, 495 U.S. 103 (1990).

65 לניתוח הרתיעה של בית המשפט העליון האמריקני בהקשר זה ראו Kadish, לעיל ה"ש 57; Markus D. Dubber, *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, 55 HASTINGS L.J. 509 (2004) בית המשפט העליון האמריקני נתע מלפסול, חוקתית, עבירה פלילית גם כאשר היא מאפשר גזירת עונש מוות בגין עבירת הרצח הסוטה מדרישת האשמה (ראו להלן ה"ש 158).

66 ראו Canadian Charter of Rights and Freedoms, §7, Part I of the Constitution Act, 1982, הסעיף קובע כך: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice".

67 Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486.

68 Daniel O. Conkle, *Canada's Roe: The Canadian Abortion Decision and its Implications for American Constitutional Law and Theory*, 6 CONST. COMMENT. 299 (1989); Hester Lessard, *The Construction of Health Care and the Ideology of the Private in Canadian Constitutional Law*, 2 ANNALS HEALTH L. 121, 133-144 (1993).

69 R. v. Sharpe, [2001] S.C.R. 45.

70 Rodriguez v. British Columbia (Attorney General), [1993] 3 S.C.R. 519.

71 Carter v. Canada (Attorney General), [2015] 1 S.C.R. 331. על הפיקוח החוקתי על המשפט הפלילי המהותי בקנדה קודם להחלטה זו ראו Jodie Van-Dieën, *20 Years under the Charter: The 20th Anniversary of the Charter: Developments in Criminal Law under Section 7 of the Charter*, 21 WINDSOR Y.B. ACCESS JUST. 129 (2002). לעמדת בית המשפט העליון הקנדי באשר לחוקתיות עבירות הרצח הסוטות מדרישת האשמה ראו להלן ה"ש 158.

ובראשם כבוד האדם. מאחר שכבוד האדם מוגן בחוק היסוד הגרמני הגנה מוחלטת שאינה נתונה לאיזון חוקתי,⁷² ולפיכך כל דבר חקיקה הפוגע בכבוד האדם נתפס כלא חוקתי, הנטייה של בית המשפט החוקתי היא לפרש את הפגיעה בכבוד בצמצום.⁷³ לעומת זאת במקרים של פגיעה בכל אחת מהזכויות הספציפיות האחרות המעוגנות בחוק היסוד בית המשפט החוקתי הגרמני מפעיל פיקוח הבוחן אם הפגיעה בזכות היא מידתית. עם הזכויות הספציפיות שעליהן חוק היסוד הגרמני מגן נמנית הזכות ל"חירות אישית" המתייחסת לזכותו של כל פרט לפתח את אישיותו, ושפורשה במשפט הגרמני כחלה על חירות הפעולה הכללית.⁷⁴ בנוסף לחירות הפעולה הכללית חוק היסוד הגרמני מעניק הגנה מפורשת גם לחופש התנועה.⁷⁵ מאחר שכל עבירה פלילית מטילה הגבלות על חירות הפעולה הכללית, כעיקרון כל עבירה פלילית כפופה לפיקוח חוקתי המחייב לבחון אם הגבלת חירות הפעולה הכללית באמצעות האיסור הפלילי היא מידתית. עבירות המטילות עונש מאסר מחייבות לבחון גם את המידתיות של הגבלת חופש התנועה באמצעות עונש המאסר. למרות זאת בית המשפט הפדרלי החוקתי הגרמני אינו נוטה להכריז על עבירות פליליות כלא חוקתיות. כך למשל, בשנת 1994 הכשיר בית המשפט החוקתי הגרמני את חוקתיות האיסור על החזקת מריחואנה לשימוש אישי,⁷⁶ ובשנת 2008 הכשיר את האיסור על גילוי עריות בין אחים בוגרים בהסכמה.⁷⁷ רתיעתו של בית המשפט החוקתי הגרמני מלהכריז על עבירה פלילית כלא חוקתית, וככזו בטלה, נובעת מהדוקטרינה של "margin of appreciation" (המוכרת במשפט הישראלי כ"מרחב התמרון החקיקתי").⁷⁸ לדוקטרינה זו יש, לדעת בית המשפט החוקתי הגרמני, חשיבות מיוחדת במשפט הפלילי, כפן השני של עקרון החוקיות בפלילים – הפררוגטיבה להכריע בשאלה על אילו זכויות ואינטרסים ראוי להגן באמצעות המשפט הפלילי, ומהו היקף ההגנה המתחייב, מסורה בידי הריבון, קרי המחוקק.⁷⁹

במשפט הישראלי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מאפשר כעיקרון הטלת פיקוח חוקתי הן על פגיעה בכבוד (סעיף 4 לחוק היסוד) והן על הגבלות על החירות האישית (כותרת סעיף 5 לחוק היסוד) באמצעות מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד).

72 ראו ס' 1(1) לחוק היסוד הגרמני, לעיל ה"ש 26.

73 Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 84–86.

74 ס' 1(2) לחוק היסוד הגרמני, שכותרתו היא "Personal Freedom", קובע: "Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law". לעיל ה"ש 39, בעמ' 81. Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 81.

75 ס' 1(11) לחוק היסוד הגרמני, לעיל ה"ש 26, שכותרתו היא "Freedom of Movement", קובע: "All Germans shall have the right to move freely throughout the federal territory". לעיל ה"ש 39, בעמ' 81–83. BVerfG, 2 BvR 2031/92, Mar. 9, 1994. לניתוח פסק הדין ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 81–83.

76 BVerfG, 2 BvR 392/07, Feb. 26, 2008. לביקורת על פסק הדין ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 70, ה"ש 32; Tatjana Hornle, *Consensual Adult Incest: A Sex Offense*, 17 NEW CRIM. L. REV. 76 (2014).

77 ראו ע"מ 4436/02 **תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה – המחלקה לרישוי עסקים**, פ"ד נח(3) 782, פס' 27 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2004).

79 Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 65, 71 וההפניות שם.

הפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית במשפט הישראלי היה יכול להיות רחב מזה שבמשפט הגרמני בשל האפשרות לפרש את כבוד האדם פירוש רחב יותר ולהכפיף את הפגיעה בכבוד למבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה. ואכן, בהקשרים אחרים, לרבות אלו הקשורים בזכויות חשודים ונאשמים בהליכים הפליליים ובהקשר של הענישה הפלילית, בית המשפט העליון נוקט במשפטנו שימוש נרחב ב"כבוד האדם" כבסיס להטלת מגבלות חוקתיות.⁸⁰ למרות זאת בפסק הדין המרכזי, והיחיד, שבו נדרש בית המשפט העליון לפסול חוקתיות הסדר מתחום המשפט הפלילי המהותי בהסתמך על חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, פרשת **סילגדו** משנת 2002,⁸¹ בחר בית המשפט לעגן את הבסיס לפיקוח החוקתי דווקא בסעיף 5 לחוק היסוד, הקובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". הבחירה לבסס את הפיקוח החוקתי במשפט הפלילי על החירות ממאסר נעשתה למרות טענתו של בא כוחו של המערער בפרשה זו כי ההסדר שאותו נדרש בית המשפט לפסול (סעיף 34א(1) לחוק העונשין, שחוקק בשנת 1994 במסגרת תיקון 39 לחוק העונשין),⁸² פוגע בכבוד האדם משום שהוא סוטה מדרישת האשמה ומאפשר להטיל על מבצעים בצוותא אחריות לעבירה נוספת של מחשבה פלילית, לרבות העבירה של רצח אגב ביצוע עבירה אחרת, על בסיס רשלנות.⁸³ הנשיא ברק, בדעת רוב, העדיף מפורשות שלא לפסוק בשאלה אם אכן ההסדר פוגע בכבוד,⁸⁴ וכאמור בחר לבחון את חוקתיות ההסדר לאור הפגיעה בחירות ממאסר, המוגנת בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפרק השלישי של ההמאמר אטען נגד הבחירה לבסס את הפיקוח החוקתי בתחום הפלילי על החירות ממאסר, ובחלקה הרביעי אראה מדוע בחירתו של בית המשפט בפרשת **סילגדו** לבסס את הפיקוח החוקתי על חירות זו היא שהביאה להכשרת חוקתיות ההסדר בנוגע לאחריות מבצע בצוותא לעבירה נוספת למרות הסטייה מדרישת האשמה. נוסף על פרשת **סילגדו**, בשנת 2004 הפעיל בית המשפט העליון פיקוח חוקתי גם על העבירות האוסרות על משחקים אסורים, הימורים והגרלות,⁸⁵ אך זאת מכוח חוק-יסוד: חופש העיסוק.⁸⁶ גם בהקשר זה הכשיר בית המשפט את חוקתיותם של איסורים אלה.⁸⁷

80 ראו לעיל ה"ש 3–8. כן ראו למשל ע"פ 1741/99 **יוסף נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(4) 750 (1999); בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500 (2010); בג"ץ 6319/95 **חכמי נ' שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב-יפו**, פ"ד נא(3) 750 (1997).

81 ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529 (2002). לניתוח פסק הדין ולביקורת עליו ראו להלן פרק ד.

82 ס' 34א לחוק העונשין, הקובע: "עבירה שונה או נוספת – 34א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה – (1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד; (2) יישאו באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי. (ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו".

83 טענות בא כוחו של המערער מובאות בעניין **סילגדו**, לעיל ה"ש 81, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

84 שם, פס' 12.

85 ס' 224–230 לחוק העונשין.

86 חוק-יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

בדומה לפסיקה האמריקנית⁸⁸ והקנדית⁸⁹, בשנת 2006, בעת הכרעת דינו של נאשם בעבירה של החזקת חומר תועבה שבו דמות קטין, שהוספה למשפטנו בשנת 1998,⁹⁰ הכשיר בית משפט השלום בתל-אביב-יפו את חוקתיות העבירה.⁹¹ לעומת כל אלה בית משפט השלום באשדוד הוא שפסק בשנת 2018 כי חזקה מוחלטת של ידיעת גיל במקרים של מכירת משקאות לקטין,⁹² שהוספה לחוק העונשין בשנת 2010, איננה חוקתית, ולכן זיכה בעל עסק שהואשם במכירת משקה לקטין⁹³ שחזותו הייתה של בגיר.⁹⁴

התמונה העולה מסקירה זו מגלה כי אף שקיימת שונות בין שיטות משפט באשר לעצם הבסיס לפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית, שהיקפו משתנה משיטה לשיטה, בכל השיטות הפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית מצומצם מזה שבפיקוח החוקתי על ההליכים הפליליים ועל הענישה. במקרים הלא רבים שבהם מופעל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית נרתעים בתי המשפט מלהכריז על בטלותה של העבירה. בכל אחת משיטות המשפט המקרים שבהם הכריזו בתי המשפט על בטלותה של עבירה פלילית לאורך השנים הם נדירים יחסית.

ב. זלות שיח הזכויות והרתיעה מהפעלת פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית – הסברים

לכאורה, את הרתיעה מלהפעיל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית ובמקרים המתאימים להכריז על בטלות העבירה, בשונה מהנכונות להפעיל פיקוח חוקתי על ההליך הפלילי והענישה, היה אפשר להסביר באמצעות הרתיעה הכללית מלהפעיל ביקורת שיפוטית על חקיקה.⁹⁵ הפיקוח החוקתי על ההליך ההוגן ועל הענישה מתבטא לא פעם בפסילה של

87 עניין **תשעים הכדורים**, לעיל ה"ש 78. לניתוח מפורט של אופן הפעלתו של בית המשפט את הפיקוח החוקתי על העבירה האוסרת משחקים אסורים, הימורים והגולות ראו הדרוף, לעיל ה"ש 20, בעמ' 260–254.

88 ראו לעיל ה"ש 64 והטקסט הסמוך לה.

89 ראו לעיל ה"ש 69 והטקסט הסמוך לה.

90 ס' 214(ב3) לחוק העונשין, שהוסף במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 52), התשנ"ח–1998, ס"ח 1683.

91 ת"פ (שלום ת"א) 5174/06 **מדינת ישראל נ' מיל** (פורסם בנבו, 27.12.2006).

92 החזקה שהוספה בחוק העונשין (תיקון מס' 107), התש"ע–2010, ס"ח 2238, מוגדרת בס' 193א(ג), הקובע: "בעל עסק או מי שעובד בעסק שבו נמכרים משקאות משכרים, אשר מכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין בניגוד להוראות סעיפים קטנים (א) עד (ב), חזקה כי היה מודע לכך שמכר, הגיש או סיפק משקה משכר לקטין, אלא אם כן הוכיח, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט אזרחי, שהקטין הציג לו תעודה כאמור בסעיף קטן (ג), ולפיה הוא אינו קטין".

93 ס' 193א(ב) לחוק העונשין (תיקון מס' 107).

94 ת"פ (שלום אשד') 66506-01-17 **מדינת ישראל נ' דברה** (פורסם בנבו, 4.10.2018).

95 לזיכרון הקיים בישראל באשר להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה ראו למשל אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק ומעמד הכנסת" **הפרקליט** מז 5 (2003); אורי אהרונוסון "מדוע לא ביטלה הכנסת את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס-קוו כקושי אנטי-רובני" **עיוני משפט** לז 509 (2016); אילן סבן "תגובת-הנגד הפוליטית ל'מהפכה החוקתית'" **המרחב הציבורי** 13, 13 (2018); הלל סומר "בזכות הריסון השיפוטי בתחום החוקתי" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 155 (2012). לדין בביקורת השיפוטית על חקיקה מנקודת מבט השוואתית ועיונית ראו יואב דותן "הביקורת השיפוטית

החלטות או של רגולציה מנהליות, ולא תמיד הוא מחייב פסילה של חקיקה ראשית.⁹⁶ לעומת זאת מאחר שהעבירה הפלילית מוגדרת לרוב בחקיקה ראשית, הפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית יחייב את בתי המשפט לפסול, במקרים המתאימים, את החוק המגדיר את איסור העבירה. עם זאת כפי שעולה מהחלק הקודם של מאמר זה, הרתיעה מלפקח, חוקתית, על העבירה הפלילית חורגת מהרתיעה הכללית להפעלת ביקורת שיפוטית על חקיקה. ייחודה של הרתיעה להפעיל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית משתקף לעיתים בעצם הבסיס לפיקוח חוקתי. בחוקה האמריקנית למשל קיים בסיס חוקתי מפורש לפיקוח על ההליכים ועל הענישה, אך לא קיים בסיס מפורש לפיקוח על העבירה הפלילית: הפיקוח על העבירה נעשה באמצעות הרחבת הזכות החוקתית להליך הוגן. הרתיעה מלהפעיל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית אף מנוגדת לנכונותן של שיטות משפט שונות להפעיל פיקוח חוקתי ואף לפסול עבירות שהגדרתן איננה ברורה (החריג השני שנדון בפרק הראשון של המאמר). זאת ועוד, הרתיעה מלבחון עבירה פלילית בפרספקטיבה חוקתית אינה מוגבלת לפסילתה החוקתית של העבירה. רתיעה זו באה לידי ביטוי גם בהיעדרה של רטוריקה חוקתית במסגרת ניתוח העבירה ופרשנותה, בניגוד בולט לרטוריקה שנוקטים בתי המשפט כאשר הם בוחנים ומפרשים עבירות המגבילות זכויות נוספות (כדוגמת העבירות המטילות מגבלות על חופש הביטוי – החריג הראשון שנדון בפרק הראשון של המאמר).

את הרתיעה מלבחון את העבירה הפלילית מפרספקטיבה חוקתית ובמקרים המתאימים מלהכריז על בטלותה של העבירה, בשונה מהנכונות להפעיל פיקוח חוקתי על ההליך הפלילי ועל הענישה, כפי שתוארה בפרק הראשון של המאמר, אני מציעה להסביר באמצעות האופי הדואלי של המשפט הפלילי. התפקיד המרכזי של המשפט הפלילי הוא להגן על זכויות אדם ועל אינטרסים חיוניים לקיום תקין של החברה. האיסור על עבירת הרצח מעניק הגנה על הזכות לחיים, האיסור על אונס מגן על האוטונומיה המינית ועל הכבוד, האיסור על עבירות הגנבה למיניהן מגן על זכויות קנייניות, והאיסור על עבירת השוחד והפרת האמונים מיועד להגן על הפעילות התקינה של השירות הציבורי. ההגנה על זכויות יסוד ועל אינטרסים חיוניים אחרים באמצעות איסור העבירה כרוכה בפגיעה בזכויות – האיסור הפלילי מטיל מגבלות על חירות הפעולה הכללית וחושף את הפרט לסיכון של פגיעה בכבוד באמצעות הסטיגמה הנלווית להרשעה ולמגבלות כבדות משקל על חירות התנועה ועל זכויות נוספות באמצעות הענישה. במסגרת האיזון המתחייב מהאופי הדואלי של המשפט הפלילי המהותי ניתנת עדיפות להגנה על זכויות יסוד ועל אינטרסים חיוניים אחרים באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות של העבריין הנגרמת מאיסור זה. הדאגה לזכויות העבריין נעשית בהליכים הפליליים ובענישה – המשפט הפלילי מבטיח הליך הוגן לכל מי שביצעו עבירה פלילית ובכך פגעו בזכות או באינטרס המוגנים באמצעות איסור העבירה. הוא גם מבטיח שאשמתם של החשודים בביצוע עבירה תוכח מעבר לכל

במסגרת חוקה: שאלת האחריות – מבט השוואתי "משפט וממשל" 489 (2007); COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW: RESEARCH HANDBOOKS IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW (Rosalind Dixon & Erin F. Delaney eds., 2018).

96 במשפט הישראלי לא היסס בית המשפט לפסול חוק במסגרת הפיקוח החוקתי על הענישה. כוונתי לעניין הפרט בתי הסוהר, לעיל ה"ש 8.

ספק סביר, ושהעונש שיוטל עליהם יתיישב עם כבוד האדם. אולם בהתקיים כל אלה די שביצוע העבירה פוגע בזכות או באינטרס חיוני אחר כדי להצדיק, חוקתית, את קיומה של העבירה (אלא אם איסור העבירה פוגע בזכויות נוספות של העבריין כפי שהובהר במסגרת החריג הראשון שנדון בפרק הראשון של המאמר). המשמעות היא כי בתחום המשפט הפלילי האיזון בין זכויות העבריין הנפגעות מאיסור העבירה לבין זכויות הקורבן המוגנות באמצעות האיסור נעשה למעשה באמצעות הפרדה בין הדאגה לזכויות הנאשם להליך הוגן ולענישה אנושית ושאיננה אכזרית מצד אחד לבין ההגנה על זכויות הקורבן באמצעות איסור העבירה מהצד האחר.

ההסבר שהצעתי לעיל עשוי להסביר גם את הנכונות של בתי המשפט בשיטות המשפט השונות להפעיל פיקוח חוקתי על עבירה שהגדרתה איננה ברורה, וככזו סותרת את המתחייב מעקרון החוקיות במשפט הפלילי (החריג השני לרתיעה מלהפעיל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית, שאותו הצגתי בפרק הראשון של המאמר). עקרון החוקיות במשפט הפלילי, שהוא תנאי מקדמי לאחריות פלילית, מיועד להבטיח (בין השאר) כי בלא הזהרה הוגנת לא תוטל אחריות פלילית, יהיו הזכויות והאינטרסים המוגנים באמצעות איסור העבירה אשר יהיו. לפיכך פסילתה החוקתית של עבירה שיסודותיה אינם מוגדרים אינה מחייבת את בתי המשפט לאזן בין זכויותיו של העבריין הנפגעות מאיסור העבירה לבין זכויות הקורבן המוגנות באמצעות האיסור. הפסילה החוקתית של עבירה שיסודותיה אינם מוגדרים נעשית בשלב המקדמי, המיועד להבטיח את הזכויות הכרוכות בהזרה הוגנת, בדומה לזכויות הכרוכות בחזקת החפות והזכויות להליך הוגן. את ההגנה המהותית על זכויות הקורבן ועל אינטרסים נוספים יהיה אפשר להבטיח באמצעות חקיקתה של עבירה חדשה שיסודותיה מוגדרים בבירור, מה שיאפשר הזהרה הוגנת.

התפיסה כי הפיקוח החוקתי על עבירה שיסודותיה אינם מוגדרים נעשית בשלב המקדמי, שבדומה לחזקת החפות ולזכויות דינויות אינו מותנה באיזון בין זכויות העבריין הנפגעות מאיסור העבירה לבין זכויות הקורבן המוגנות באמצעות האיסור, באה לידי ביטוי מפורש במשפט האמריקני, שבו פסילתן של עבירות שהגדרתן איננה ברורה דיה נעשית במישרין מכוח הזכות החוקתית להליך הוגן (בשונה מהרחבת הזכות גם להליכים הוגנים מהותיים, שמכוחה הוחל פיקוח על העבירה הפלילית).⁹⁷ לעומת זאת במשפט הגרמני פסילתה החוקתית של עבירה שיסודותיה אינם מוגדרים דיים כדי לספק הזהרה הוגנת מתבססת על הפגיעה בכבוד האדם.⁹⁸ אולם גם עמדה זו של המשפט הגרמני מתיישבת עם ההסבר שהצעתי לעיל, שלפיו הרתיעה מפיקוח חוקתי על העבירה הפלילית נובעת ממתן עדיפות לזכויות הקורבן המוגנות באמצעות האיסור על פני זכויות העבריין הנפגעות מהאיסור. כפי שהובהר בפרק הראשון של המאמר, כבוד האדם במשפט הגרמני מוגן הגנה מוחלטת שאינה נתונה לאיזון חוקתי. כיוון שכך, בתי המשפט הגרמניים יהיו מוכנים להכריז על הסדר פלילי כפוגע בכבוד, וככזה – בטל, כאשר ההסדר אינו מחייב איזון בין זכויות העבריין לבין זכויות הקורבן (או אינטרסים נוספים). כאמור, פסילתה של עבירה שאינה

97 ראו לעיל ה"ש 35–38 והטקסט הסמוך להן.

98 ראו לעיל ה"ש 39 והטקסט הסמוך לה.

מוגדרת דייה נעשית בשלב המקדמי שאינו מותנה באיזון בין זכויותיו של העבריין לאלה של הקורבן.

לאור הניתוח לעיל, חוסר נכונותה של הפסיקה הישראלית, כפי שבאה לידי ביטוי בפרשת שבס,⁹⁹ לבחון את עבירת הסל של הפרת אמונים מפרספקטיבה חוקתית, שהודגשה בפרק הקודם של המאמר, היא מפתיעה. כפי שהודגש במבוא למאמר זה, הפסיקה במשפטנו מרבה להתייחס לזכויות אדם בכלל ולכבוד האדם בפרט בהליכים הפליליים ובענישה. למרות הקשר ההדוק בין הזכויות הדיוניות להליך הוגן לבין הזכויות הכרוכות בהזרה הוגנת המובטחות, חוקתית, באמצעות הדרישה להגדרה ברורה של העבירה (קשר הבא לידי ביטוי במשפט האמריקני), ולמרות הפגיעה בכבוד האדם הנגרמת מעבירה שיסודותיה אינם מוגדרים באופן המאפשר הזהרה הוגנת (פגיעה הבאה לידי ביטוי במשפט הגרמני), נמנע בית המשפט העליון בפרשת שבס מלנתח את העבירה של הפרת אמונים מפרספקטיבה חוקתית. בפרשה זו בחר בית המשפט להעניק עדיפות לצורך לשמור על הערכים שביסוד השירות הציבורי.

מתן עדיפות לאינטרסים ציבוריים ולזכויות המוגנים באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות העבריין הנגרמת באמצעות האיסור אופייני למקרים שבהם הפיקוח החוקתי חורג מנוסח הגדרתה של העבירה, ובתי המשפט נדרשים לאזן, חוקתית, בין זכויות העבריין לבין זכויות הקורבן ואינטרסים ציבוריים נוספים. הענקת עדיפות חוקתית להגנה על הזכות לחיים, לגוף, לחירות ולקניין ועל אינטרסים חיוניים אחרים באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות של העבריין הנגרמת מהאיסור, באה לידי ביטוי מעניין במשפט הגרמני. ראינו לעיל כי למרות הבסיס החוקתי הרחב יחסית המאפשר הפעלת פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית, בית המשפט החוקתי הגרמני נרתע מלהכריז על עבירה פלילית כלא חוקתית, בהסתמכו על הדוקטרינה של "margin of appreciation", שלפיה הפררוגטיבה להכריע בשאלה על אילו זכויות ואינטרסים ראוי להגן באמצעות המשפט הפלילי מסורה בידי המחוקק.¹⁰⁰ למרות זאת בשנת 1975 לא נמנע בית המשפט החוקתי הגרמני מלהטיל על המחוקק חובה להפלייל ולאסור על הפלה כבר בטרימסטר הראשון של ההיריון במטרה להגן על זכויות העובר.¹⁰¹ ההשתמעות היא כי בית המשפט החוקתי הגרמני מוכן להתערב

99 ראו לעיל ה"ש 44.

100 ראו לעיל ה"ש 79 והטקסט הסמוך לה.

101 John D. Gorby & Robert E. לתרגום של פסק הדין לאנגלית ראו BVerfGE 39, 1 Feb. 25, 1975. Jonas, *West German Abortion Decision: a Contrast to Roe v. Wade*, 9 J. MARSHALL J. PRAC. PROC. 605 (1976). לניתוח פסק דין זה ראו Gur Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 66; Antje dy Bois-Pedain, *The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State*, in LIBERAL CRIMINAL THEORY: ESSAYS FOR ANDREAS VON HIRSCHS 305, 312–313 (A.P. Simester, Antje du Bois-Pedain & Ulfrid Neumann eds., 2014). עם זאת בעקבות האיחוד עם גרמניה המזרחית, שם הייתה מקובלת פרקטיקה של הפלות, פסק בית המשפט החוקתי הגרמני כי המחוקק מוסמך להגן על זכויות העובר באמצעות משטר של יעוץ ושלא באמצעות הטלת סנקציה פלילית. ראו BVerfGE 88, 203 May 28, 1993. תרגום רשמי לאנגלית של פסק הדין ניתן למצוא בכתובת tinyurl.com/yyzkb9k6. לניתוח שני פסקי הדין העוסקים בהטלת חובה לאסור הפלות וההשוואה ביניהם ראו Alon Harel, *The Duty to Criminalize*, 34 LAW & PHIL. 1 (2015); Reva B. Siegel, *The Constitutionalization of*

בפררוגטיבה של המחוקק ולחייב אותו לחוקק עבירה פלילית כדי להגן על זכויות, אך נמנע מלהתערב כאשר המחוקק בחר לחוקק עבירה (שלפי הטענה) פוגעת בזכויות. במשפט הישראלי העדיפות שלה זוכה ההגנה על זכויות על פני הפגיעה בזכויות, באמצעות האיסור על העבירה הפלילית, באה לידי מפורש בדבריה של השופטת שטרסברג-כהן בפסק הדין בפרשת סילגור, שכבר הוזכר לעיל.¹⁰² לדעתה:

לאדם שהדין העונשי מדבר בו אין ניתנת חירות להתנכר לנורמות המשפט הפלילי של החברה בה הוא חי. המשפט הישראלי מגן על חייו, חירותו ועל קניינו של האדם. הוא מגן עליהם גם מפני פגיעה בהם על ידי עבריינים, הנוטלים חירות לעצמם לפגוע בזכויות יסוד של אחרים. הגנה על זכויותיהם של הנפגעים הפוטנציאליים מחייבת הגבלת זכויותיהם של הפוגעים. הגנה על חירות הקורבן מחייבת הגבלת חירות העבריינין. [...] לפיכך, ספק אם יש לתפוס את הנורמה הפלילית ואת עונש המאסר שבצדה כפוגעים מדעיקרא בזכויות אותו אדם – העבריינין – שפעילותו היא זו הפוגעת בזכויות שעליהן בא חוק היסוד להגן.¹⁰³

עמדתה זו של השופטת שטרסברג-כהן מרחיקת לכת מזו של המשפט הגרמני, כפי שהובהרה לעיל. במשפט הגרמני כל עבירה פלילית נתפסת כפוגעת בזכויות חוקתיות (בעיקר בחירות הפעולה הכללית), וככזו נתונה לפיקוח חוקתי. עם זאת במסגרת מבחני המידתיות ובשל הפררוגטיבה המסורה למחוקק, נטייתו של בית המשפט החוקתי הגרמני היא להעניק עדיפות להגנה על זכויות ולאיינטרסים חיוניים אחרים באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות החוקתיות הנגרמת מן האיסור, ולפיכך גם להכשיר את חוקתיות העבירה. לעומת זאת עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן, אינה רואה באיסור הפלילי עצמו כפוגע בזכויות חוקתיות. מאחר שלגישתה אין לפרט חירות לפגוע בזכויות יסוד המוגנות באמצעות איסור העבירה, כבר בשלב הראשון של בדיקת חוקתיותה של העבירה הפלילית המסקנה היא שאיסור העבירה לא פגע בחירות של העבריינין. אומנם בפרשת סילגור הייתה השופטת שטרסברג-כהן בדעת מיעוט בהקשר זה, אולם בעקבות פרשה זו הובעה בספרות לא פעם תמיכה בעמדה דומה שלפיה אין לראות בכל איסור פלילי כשלעצמו איסור הפוגע בזכויות.¹⁰⁴ העמדות התומכות בגישה זו אינן אחידות, ובמאמר זה אתמקד בהצגת הגישות המסבירות מדוע אין לפרט חירות חוקתית לפגוע בזכויות המוגנות באמצעות איסור

Abortion, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW 1057 (Michel Rosenfeld & András Sajó eds., 2012).

102 עניין סילגור, לעיל ה"ש 81.

103 שם, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (ההדגשה הוספה).

104 דן ביין "חוקי-היסוד והעבירות הספציפיות" מחקרי משפט יב 251 (1995); שי לביא "צדק מתקן בפלילים – עיון מחודש ביחס שבין דיני עונשין ומשפט חוקתי" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 511 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); רות קנאי "שמירת על מידתיות בענישה: סוגיה חוקתית או פלילית" משפטים לה 147 (2005). כן ראו המקורות המוזכרים להלן בה"ש 106–107. לגישה מנוגדת, הרואה כל איסור פלילי כפוגע בחירות, ראו להלן ה"ש 131.

העבירה¹⁰⁵ – גישתו של ברק מדינה¹⁰⁶ וגישתם של אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג.¹⁰⁷ ביסוד שתי הגישות הנחה משותפת שלפיה הגדרתה של הזכות החוקתית איננה מתמצית באפיון האינטרס הראוי להגנה. מדינה מתבסס על הנחה זו בנוגע לזכויות אדם ככלל, ואילו בנדור ודנציג-רוזנברג מתבססים על הנחה דומה אגב דיון בשאלה אם איסור העבירה פוגע בזכויות יסוד.

מדינה דוגל בגישת "האילוץ הדאונטולוגי" לזכויות האדם, שלפיה "ההגדרה של הזכות החוקתית אינה כוללת רק אפיון של אינטרסים הראויים להגנה, אלא גם דרכי פעולה לאלגיטימיות של השלטון ביחס לאינטרסים אלה".¹⁰⁸ דרכי פעולה לא לגיטימיות של השלטון יהיו כאלו המפירות אילוץ דאונטולוגי. הזיהוי מתי פעולה של השלטון הפוגעת באינטרס של הפרט מפירה אילוץ דאונטולוגי "קרוב במהותו למוסר הנוהג (commonsense morality)".¹⁰⁹ ביסוד גישה זו התפיסה כי לעצם ההכרה בזכות החוקתית יש משמעות נורמטיבית. "אומנם, אין מדובר עדיין במסקנה סופית, שהרי מוכרת האפשרות לפגיעה מוצדקת בזכות, אך זו אמורה להיות מסקנה בעלת משמעות נורמטיבית – הן לעצמה, כשלב-ביניים במסגרת הבחינה אם המעשה מוצדק, והן לעניינים נלווים, ביניהם לגיטימציה לביקורת שיפוטית [...]".¹¹⁰ כיוון שכך, "כבר בשלב הראשון של הבחינה החוקתית יש

105 הגישות האחרות בהקשר זה ושאוזכרו לעיל ברובן, אינן רלוונטיות לנטען במאמר זה. במאמר שנכתב עוד קודם לפרשת סילגדו הבהיר ביין (שם, בעמ' 253–254) כי ניתן לאתר שתי גישות בסוגיית החוקתיות של המשפט הפלילי המהותי: לפי הגישה האחת, כל איסור פלילי פוגע בחירות הפעולה, וההרשעה פוגעת בכבוד האדם. לפי הגישה האחרת, באמנה החברתית כל פרט מוותר על חלק מחירותו בתמורה להגנה שהמדינה מעניקה לו, ולפיכך אין לראות בכל איסור פגיעה בחירות. אומנם הגישה האחרת מתיישבת עם גישתה של השופטת שטרסברג-כהן בפרשת סילגדו, אך אין ביין מפתח גישה זו כפי שעושים ברק מדינה ואריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג (שאליהם בחרתי להתייחס במאמר זה, ראו להלן ה"ש 106–107). שי לביא אומנם מפתח בסיס עיוני לגישה שיש בו כדי לתמוך בעמדת המיעוט של השופטת שטרסברג כהן בפרשת סילגדו, אולם הבסיס נשען על תפיסה מיוחדת של עונש המאסר, שלפיה "הענישה הפלילית אינה אלא תיקון של הפגיעה בזכויות, שלה אחראי העברייני, ואין לראות במעשה התיקון קלקול, היינו [אין] לראות בענישה פגיעה בזכות" (לביא, לעיל ה"ש 104, בעמ' 515–516). גישתו של לביא מחייבת התמודדות עם תכליתו של עונש המאסר, התמודדות החורגת ממטרותיו של מאמר זה. רות קנאי מתמקדת בענישה ובוחנת מתי ענישה החורגת מהעונש ההולם פוגעת בזכויות יסוד. טענתה היא כי כאשר התריגה מהעונש ההולם מהווה גם סטייה מעקרונות יסוד של המשפט הפלילי, יש לראות בה ענישה הפוגעת בזכויות אדם (קנאי, לעיל ה"ש 104, בעמ' 191). גישתה זו אינה עוסקת בשאלה הרלוונטית לטיעון של מאמר זה בנוגע לחירות של הפרט לבצע עבירה.

106 ברק מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל תכלית ראויה" – בעקבות ספרו של אהרון ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) "משפט ועסקים" טו 281 (2012) (להלן: מדינה "על פגיעה בזכות").

107 אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עברות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325 (2016); Ariel L. Bendor & Hadar Dancing-Rosenberg, *Unconstitutional Criminalization*, 19 NEW CRIM. L. REV. 171 (2016).

108 מדינה "על פגיעה בזכות", לעיל ה"ש 106, בעמ' 292–293.

109 שם, בעמ' 309.

110 שם, בעמ' 296.

לערוך שיפוט נורמטיבי אילו מבין סוגי המעשים שיש בהם פגיעה באחרים ראוי שיהיו 'מכוסים' על-ידי הזכות, ואילו אין זה ראוי שייכללו בגדר הזכות".¹¹¹

עמדתו של **מדינה** איננה מוגבלת לפעולות שלטוניות; הוא מחיל את גישתו גם על איסורים פליליים המוגדרים באמצעות חקיקה. אשר לשאלה אם ראוי כי מעשים המוגדרים כעבירה פלילית ייכללו בגדר הזכות לחירות הפעולה הכללית, עמדתו של ברק מדינה היא עמדת ביניים. אף שאין הוא טוען כי כל מעשה רע איננו "מכוסה" על-ידי הזכות לחירות הפעולה,¹¹² הוא סבור כי אין לפרט חופש פעולה לפגוע במכוון בזכות לחיים או בזכות הקניין, ולפיכך אין לו חירות (חוקתית) להרוג או לגנוב.¹¹³

בנדור ודנציג-רוזנברג מתמקדים בשאלה אם האיסור הפלילי פוגע בזכויות חוקתיות. גם גישתם מבוססת על התפיסה כי "הכרה באינטרס כזכות חוקתית על-חוקתית טעונה הצדקה מיוחדת,"¹¹⁴ אם כי ההנמקה בהקשר זה שונה מזו שבה מצדד **מדינה** ונגזרת "מעקרן השוויון בהקצאת הכוח הפוליטי בחברה".¹¹⁵ לגישתם, ההצדקה מתחייבת משום שבהכרה באינטרס כזכות חוקתית "גלומה פגיעה בסמכותם של נציגי הציבור לקבוע בדעת רוב את הנורמות המשפטיות הראויות בעיניהם".¹¹⁶ כיוון שכך, "כדי שמעשה ייכנס לגדר זכות חוקתית, צריך להיות לו [...] במקרים הרגילים, ערך חיובי 'פודה' שיכשיר את הגבלת כוחו של הרוב".¹¹⁷ אולם "לנוכח הפוגענות המיוחדת הגלומה בעצם הטלת אחריות פלילית ובחשיפה לסנקציות כמאסר, מעצר והסגרה,"¹¹⁸ לדעתם של **בנדור ודנציג-רוזנברג**, ראוי לפרש את הזכות החוקתית לחירות אישית (כמשמעותה בסעיף 5 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו) כמשתרעת לא רק "על מעשים שיש להם ערך חיובי של ממש",¹¹⁹ אלא "גם על מעשים שהם ניטרליים מבחינת ערכם, ואף על מעשים שיש להם מידה מסוימת של ערך שלילי, הגם שמעשים אלה אינם זוכים ככלל בהגנה חוקתית".¹²⁰ לעומת זאת מקומם הטבעי של מעשים אשר יש להם ערך שלילי מהותי – כמו רצח, אינוס או שוד – הוא במשפט הפלילי, ואין לראות בהפלתם פגיעה בזכות החוקתית לחירות אישית.¹²¹ גישה זו, כך טוענים **בנדור ודנציג-רוזנברג**, מיישבת "בין שתי אינטואיציות חזקות אשר לכאורה יש בהן סתירה: האחת, כי מופרך להכיר בזכות חוקתית לפשוע מבלי להיענש; והאחרת, כי ההכתמה (הסטיגמטיזציה) והענישה המאפיינות את המשפט הפלילי פוגעות מעצם מהותן,

111 שם, בעמ' 297.

112 שם, בעמ' 295.

113 שם, בעמ' 294.

114 בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 107, בעמ' 339.

115 שם, בעמ' 339–340.

116 שם, בעמ' 339.

117 שם, בעמ' 340.

118 שם, בעמ' 343.

119 שם, בעמ' 342–343.

120 שם, בעמ' 343.

121 שם.

יותר מכל סנקציה משפטית אחרת, בכבוד האדם ובחירותו, ולכן מן הראוי להטיל עליהן מגבלות חוקתיות ולהכפיף לביקורת שיפוטית¹²².

התפיסה שלפיה אין לפרט חירות (חוקתית) לבצע עבירה פלילית כדוגמת רצח או גנבה, המשותפת לגישות השונות שהוצגו לעיל, מעניקה עדיפות להגנה על זכויות הקורבן באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות העבריין הנגרמת מהאיסור. תפיסה זו שוללת, ככלל, את הפיקוח החוקתי על המידה שבה העבירה הפלילית פוגעת בזכויות העבריין, ובכוחה להסביר מדוע שיח הזכויות במשפט הפלילי המהותי הוא דל. בכוחה של התפיסה האמורה להסביר אף את החריגים לדלות הפיקוח החוקתי על העבירה שהובהרו בפרק הראשון של המאמר. במקרים החריגים הפיקוח על העבירה הפלילית נעשה לא מכוח חירות הפעולה הכללית אלא בהתבסס על הפגיעה בזכויות נוספות של העבריין – הזכות לחופש הביטוי (החריג הראשון) והזכויות הנגזרות מהדרישה להגדרה ברורה של עבירה (החריג השני). כיוון שכך, אין פיקוח כאמור מחויב לתפיסה כי לפרט יש חירות חוקתית לבצע עבירה. בפרק השלישי של המאמר אטען נגד התפיסה האמורה. בשלב זה ברצוני להראות כי העדפת ההגנה על זכויות הקורבן ועל צורכי החברה באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות העבריין הנגרמת מהאיסור באה לידי ביטוי במשפטנו גם אצל מי שאינו שותף לתפיסה כי אין לפרט חירות (חוקתית) לבצע עבירה פלילית.

הנשיא ברק, שהיה בהקשר זה בדעת הרוב בפרשת סילגדו, לא היה שותף לתפיסה האמורה. לגישתו, סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מעניק גם למי שביצעו עבירה פלילית, לרבות רצח, זכות חוקתית לחירות ממאסר, ממעצר, מהסגרה או מכל דרך אחרת המגבילה את חירותו.

כשם שכל הסגרה – גם הסגרתו של רביהפושעים – פוגעת בחירות, וכשם שכל מעצר – גם המעצר המוצדק ביותר – פוגע בחירות, כך גם כל מאסר – גם מאסרו של הרוצח – פוגע בחירותו. על "חירות" רחבת היקף זו בא סעיף 5 [לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו] להגן.¹²³

אף שגישת זו מאפשרת להכפיף כל עבירה שעונש מאסר בצידה לפיקוח חוקתי ולהכריז בשלב הראשון של הפיקוח החוקתי כי כל עבירה המאפשרת להטיל עונש מאסר פוגעת בחירות החוקתית ממאסר, בשלב השני של הפיקוח החוקתי, במסגרת מבחני המידתיות, נטייתו של הנשיא ברק היא להעניק עדיפות לזכויות הקורבנות ולאינטרס הציבורי המוגנים באמצעות איסור העבירה על פני הזכות החוקתית לחירות ממאסר של העבריין. הענקת עדיפות כזו באה לידי ביטוי מפורש בפרשת סילגדו, שבה פסק הנשיא ברק, בדומה לשאר השופטים, כי ההסדר המאפשר להטיל על מבצע בצוותא אחריות לעבירה נוספת של מחשבה פלילית, לרבות עבירת הרצח, על בסיס רשלנות הוא חוקתי, אף שההסדר סוטה מדרישת האשמה. נכונותו של הנשיא ברק להכשיר את חוקתיות ההסדר למרות הסטייה מדרישת האשמה נבעה מהמשקל הרב שייחס הנשיא ברק לצורכי החברה ולהגנה על

122 שם, בעמ' 326–327.

123 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 81, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הקורבנות במסגרת מבחני המידתיות של פסקת ההגבלה. לגישתו, ביצוע בצוותא של עבירה יוצר "מצב מסוכן במיוחד" באשר הוא מגביר את הסיכון שתבוצע עבירה נוספת בידי מי מהמבצעים בצוותא במקרה שמהו ישתבש במהלך הביצוע המשותף. את הסיכון המוגבר "צודק יותר לגלגל [...] אל עבר המבצע האחר מאשר להשאירו אצל הקרבן, העדים ועוברי האורח".¹²⁴

בפרק הרביעי של המאמר אבהיר מדוע אני סבורה כי לא צודק להעדיף בהקשר זה את ההגנה על "הקורבן, העדים ועוברי האורח" על פני הפגיעה בזכויות המבצע בצוותא, הכרוכה בהטלת אחריות פלילית שאינה משקפת את אשמתו. כאן ברצוני להזכיר כי **סילגדו** איננה הפרשה היחידה שבה היה הנשיא ברק מוכן להעדיף את צורכי החברה על הפגיעה בזכויות החוקתיות של העברייין. כאמור בפרק הראשון של המאמר, בפרשת **שבס** נמנע הנשיא ברק מלבחון את העבירה של הפרת אמונים, שיסודותיה אינם מוגדרים, מפרספקטיבה חוקתית, כמקובל בשיטות משפט שונות הפוסלות חוקתית עבירות שיסודותיהן אינם מוגדרים באופן המאפשר הזהרה הוגנת. ההימנעות מהבחינה החוקתית נעשתה כדי לא לשלול "מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי".¹²⁵

מהדיון בחלק זה של המאמר עולה כי קיימת למעשה תמימות דעים באשר לעדיפות שיש להעניק בתחום המשפט הפלילי המהותי לזכויות ולאינטרסים חיוניים אחרים המוגנים באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בחירות הפעולה הכללית של העברייין הנגרמת מאיסור העבירה. ההבדל בין הגישות השונות בהקשר זה נוגע באופן שבו העדפה זו באה לידי ביטוי. העמדה האחת (עמדת הרוב בפרשת **סילגדו** ועמדתו של בית המשפט החוקתי הגרמני) מכירה בעובדה כי האיסור הפלילי, כשלעצמו, פוגע בחירותו של העברייין, וככזה כל איסור פלילי (משפט גרמני), או לפחות כל איסור המאפשר הטלת עונש מאסר (דעת הרוב בפרשת **סילגדו**), נתון לפיקוח חוקתי. העדפתן של הזכויות המוגנות באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בחירות העברייין הנגרמת מן האיסור באה לידי ביטוי בשלב השני של הפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית במסגרת מבחני המידתיות: תכליתה של הפגיעה בחירות העברייין נתפסת ככללית כתכלית ראויה המיועדת להגן על זכויות הקורבן ועל אינטרסים חיוניים אחרים, והפגיעה בזכויות העברייין להשגת תכלית זו נתפסת כפגיעה מידתית המכשירה את חוקתיות האיסור הפלילי. לפי העמדה האחרת (עמדת המיעוט בפרשת **סילגדו**, הנתמכת בחלק מהספרות האקדמית), אין לפרט חירות לפגוע בזכויות המוגנות באמצעות איסור העבירה, ולפיכך כבר בשלב הראשון של הבדיקה החוקתית המסקנה היא שאיסור העבירה כשלעצמו לא פגע בזכות החוקתית לחירות של העברייין, וככזה האיסור הוא חוקתי.

124 שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

125 עניין **שבס**, לעיל ה"ש 44, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ג. היש הצדקה לדלות שיח הזכויות במשפט הפלילי המהותי ולרתיעה מפיקוח חוקתי על העבירה הפלילית?

בחלק זה של המאמר אטען נגד התפיסה שהוצגה בחלקו השני של המאמר המעניקה עדיפות לזכויות ולא־אינטרסים חיוניים המוגנים באמצעות האיסור הפלילי, על פני הפגיעה בזכויות העבריינין, שנגרמת מן האיסור. כדי לבסס טענה זו אצביע על החשיבות בהענקת מעמד חוקתי לחירות הפעולה הכללית בצד הכרה בזכויות חוקתיות נוספות של העבריינין הנפגעות מאיסור העבירה, ואטען נגד הגישות המציעות הצדקה עיונית להנחה שאין לפרט חירות (חוקתית) לבצע עבירה פלילית (חירות לרצוח או לגנוב) בשל מהותן של זכויות האדם (הגישות של **מדינה** ושל **בנדור ודנציג־רוזנברג**). מסקנתו של פרק זה של המאמר תהיה כי ראוי להחיל משטר חוקתי על העבירה הפלילית שיעשיר את שיח הזכויות גם במשפט הפלילי המהותי, יגביר את הפיקוח החוקתי על העבירה, ובמקרים המתאימים יביא לפסילת חוקתיותה של עבירה פלילית או לפחות להצרת היקפה.

כאמור בחלקו השני של המאמר, ביסוד התפיסה השוללת, ככלל, פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית קיימת ההנחה כי אין לפרט חירות חוקתית לבצע עבירה פלילית ולפגוע בזכויות המוגנות באמצעות איסור העבירה. אני חוששת כי הנחה זו מניחה את המבוקש. הזכות החוקתית לחירות המוענקת לפרט איננה חירות לבצע עבירה פלילית (חירות לרצוח או לגנוב). החירות החוקתית הרלוונטית היא החירות הכללית של הפרט להתנהג כרצונו, והשאלה היא אם הגבלת חירות זו באמצעות האיסור הפלילי הספציפי מוצדקת. רק במקרים שבהם הגבלת חירות הפעולה הכללית באמצעות האיסור הפלילי היא חוקתית, "לאדם שהדין העונשי מדבר בו אין ניתנת חירות להתנכר לנורמות המשפט הפלילי של החברה שבה הוא חי", כדברי השופט שטרסברג־כהן בפרשת **סילגדו**.¹²⁶ לעומת זאת כאשר "הדין העונשי" כשלעצמו איננו חוקתי, יש לפרט חירות שלא לציית לו. ההנחה המוטעית בהקשר זה נובעת, בחלקה, מההתמקדות בחירות ממאסר, המוגנת בסעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו והשמה במרכז את עונש המאסר, כבסיס לבחינת החוקתית במשפט הפלילי. אשר לחירות שלא להיענש באמצעות מאסר ייתכן שיהיה "מופרך להכיר בזכות חוקתית לפשוע **מבלי להיענש**" (ההדגשה הוספה) (האינטואיציה שהזכירו **בנדור ודנציג־רוזנברג**),¹²⁷ אולם זאת רק בתנאי שעצם הגדרת המעשה כ"פשע" הוא חוקתי.

החלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית איננה מוגבלת לשאלה אם הגבלת חירות (התנועה) באמצעות הטלת עונש מאסר על מי "שפשע" או על "מי שהתנכר לנורמות המשפט הפלילי" היא חוקתית. החלת משטר חוקתי במשפט הפלילי המהותי מחייבת לשים במרכז את הזכות החוקתית לחירות הפעולה הכללית, המוגבלת מעצם האיסור הפלילי. חירות הפעולה הכללית, ככזו, אומנם אינה מנויה מפורשות כזכות ספציפית בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, אך אין מניעה לגזור אותה מערכים ומזכויות אחרים שבחוק היסוד. כך נעשה במשפט הגרמני, שכפי שכבר הוזכר, החיל את הזכות החוקתית ל"חירות אישית", המוענקת בחוק היסוד והמתייחסת לזכותו של כל פרט לפתח את אישיותו, גם על חירות

126 עניין **סילגדו**, לעיל ה"ש 81, פס' 8 לפסק דינה של השופטת שטרסברג־כהן.

127 **בנדור ודנציג־רוזנברג**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 326.

הפעולה הכללית.¹²⁸ וכך הציע לעשות גם הנשיא ברק בכתיבה מאוחרת שלו. לעומת פרשת סילגדו, שבה התמקד הנשיא ברק (שאומנם לא היה שותף להנחה כי אין חירות לבצע עבירה) בחירות ממאסר כאמור בסעיף 5 לחוק היסוד,¹²⁹ בכתיבה מאוחרת שלו הדגיש כי:

הערכים של כבוד האדם וחירותו מבוססים על חופש (חירות) הרצון של האדם ועל האוטונומיה של רצונו. זהו חופש הבחירה אשר נתון – על בסיסו של שוויון – לכל אדם באשר הוא אדם [...] הזכות החוקתית של כבוד האדם מגשימה ערכים אלה במלוא היקפם. הזכויות החוקתיות האחרות מגשימות ערכים אלה כל אחת במסגרת הייחודית לה [...] הזכות החוקתית של החירות מגשימה ערכים אלה בהקשר של החירות האישית.¹³⁰

ראייתה של חירות הפעולה הכללית כחלק מהאוטונומיה של הפרט להתנהג כרצונו מאפשרת לייחס חשיבות חוקתית מיוחדת לחירות זו ולהסביר מדוע כבר בשלב הראשון של הבדיקה החוקתית יש לראות בכל איסור המגביל את חירות הפעולה כפוגע בזכות חוקתית.¹³¹ אומנם הגבלת חירות הפעולה הכללית כדי להגן על הזכות לחיים, לגוף, לחירות האישית ולקניין באמצעות האיסור הפלילי עשויה להיות לא פעם מוצדקת חוקתית. עם זאת הענקת מעמד חוקתי לחירות הפעולה תחייב להכפיף את ההגנה על זכויות אלה של הקורבן למבחני המידתיות במסגרתם יהיה צורך להביא בחשבון גם את הפגיעה בזכויות העבריינין. כפי שיובהר בהמשך, האיזון החוקתי בין זכויותיו של הקורבן ושל העבריינין יחייב לבחון, חוקתית, את היקף ההגנה על הזכות לחיים, לגוף, לחירות ולקניין באמצעות המשפט הפלילי, ואגב כך גם לתת את הדעת לקיומם של אמצעים חלופיים, פוגעניים פחות, המאפשרים להגן על זכויות אלו.

בפרק השני של המאמר הצגתי את הגישות של מדינה ושל בנדור ודנציג-רונברג, התומכות במסקנה כי אין לפרט, ככלל, חירות חוקתית לבצע עבירה (לרצוח או לגנוב)

128 ראו לעיל ה"ש 74 והטקסט הסמוך לה.

129 עניין סילגדו, לעיל ה"ש 81, פס' 24 לפסק דינו של הנשיא ברק.

130 אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" **משפט וממשל** יט 119, 126–127 (2018).

131 את הטענה כי יש לראות בכל איסור פלילי איסור הפוגע בזכות החוקתית לחירות הפעולה, השמעתה גם במקום אחר. ראו מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק** 327–333 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009) (להלן: גור-אריה "השפעת המהפכה"). כן ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 77–81. לגישה הרואה בכל איסור פלילי כאיסור הפוגע בחירות החוקתית ראו DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION: THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 103 (2008); Kent Roach, *The Primacy of Liberty and Proportionality, Not Human Dignity, When Subjecting Criminal Law to Constitutional Control*, 44 ISR. L. REV. 91, 107–111 (2011); Mordechai Kremnitzer, *Constitutional Principles and Criminal Law*, 27 ISR. L. REV. 84, 86 (1993); יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" **הפרקליט** מב 64 (1995); מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 609, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); הרדוף, לעיל ה"ש 20.

בהסתמכם על ההנחה כי ההכרה בזכות החוקתית מחייבת הצדקה, וההצדקה טמונה או בפגיעה באינטרס אגב הפרת אילוץ דאונטולוגי מטעם הרשות (מדינה) או בערך החיובי, או לפחות הניטרלי, הטמון במעשה הנכלל בגדר הזכות (בנדור ודנציג-רוזנברג). במאמר זה אין בכוונתי להעריך עמדות אלו באופן כללי, טענתי תהיה מוגבלת יותר ותבהיר מדוע אין מקום לדרוש הצדקה מיוחדת להכרה בזכות החוקתית לחירות הפעולה הכללית בתחום המשפט הפלילי, הנפגעת מאיסור העבירה.

כאמור, ביסוד גישתם של **בנדור ודנציג-רוזנברג** ההנחה כי ההצדקה להכרה בזכות החוקתית נדרשת בשל ה"פגיעה בסמכותם של נציגי הציבור לקבוע בדעת רוב את הנורמות המשפטיות הראויות בעיניהם"¹³² הגלומה בהכרה בזכות החוקתית. אולם לפי המסורת הליברלית, הפגיעה המטרידה יותר היא דווקא זו הנגרמת מן השימוש בכוח הכופה של המדינה להצרת חירויות הפרט, במיוחד כשמדובר במשפט הפלילי, המטיל מגבלות כבדות משקל על חירות הפעולה הכללית (האוטונומיה של הפרט להתנהג כרצונו) ומכפיף את הפרט לסיכון של פגיעה בכבוד בשל הסטיגמה הנלווית להרשעה ושל פגיעה בזכויות נוספות באמצעות הענישה הפלילית. הכוח הכופה של המדינה בהקשר זה נקבע בידי נציגי הציבור, שהפגיעה בסמכותם מדאיגה את **בנדור ודנציג-רוזנברג**, והוא משקף פערי כוחות ניכרים בין המנגנונים העומדים לרשות המדינה בהקשר הפלילי לבין חירויותיו של הפרט הבודד. ואכן, החרדה לחירויותיו של הפרט היא שהביאה שיטות משפט שונות לאמץ את עקרון הנזק כעיקרון המנחה והמגביל הפללה, שלפיו הטלת איסור פלילי תהיה מוצדקת רק אם האיסור מיועד למנוע נזק לזולת או לאינטרס ציבורי חיוני.¹³³ ההכרה במעמד החוקתי של חירות הפעולה הכללית והמסקנה כי חירות זו נפגעת מן האיסור הפלילי תעניק לעקרון הנזק עצמו מעמד במסגרת הפיקוח החוקתי על העבירה הפלילית. פיקוח כזה יכפיף כל איסור פלילי הפוגע בחירות הפעולה הכללית לביקורת חקיקתית ויחייב לפסול, חוקתית, איסורים שאינם מיועדים למנוע גרימת נזק לזולת או לאינטרס חיוני אחר.¹³⁴ גם כאשר האיסור מיועד למנוע נזק, מבחני המידתיות יחייבו להמשיך ולבדוק אם אין אמצעים אחרים שיאפשרו למנוע נזק לזולת או לאינטרס ציבורי אחר שפגיעתם בחירות ובכבוד היא פחותה. עמדה זו, כך אני מאמינה, מתיישבת היטב דווקא עם ההנחה שביסוד גישתו של **מדינה**

132 בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 107, בעמ' 339.

133 מקורו של עקרון הנזק במשפט הפלילי הוא במשנתו של ג'ון סטיוארט מיל, ולפיו "The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others" JOHN S. MILL, ON LIBERTY AND OTHER ESSAYS 14 (John Gray ed., 1991). לדין בשאלת משמעותו של עקרון הנזק בתחום הפלילי ראו JOEL FEINBERG, HARM TO OTHERS 31–64 (1987); Joseph Raz, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, in ISSUES IN CONTEMPORARY LEGAL PHILOSOPHY: THE INFLUENCE OF H.L.A. HART 313 (Ruth Gavison ed., 1987); John Kleinig, *Crime and the Concept of Harm*, 15 AM. PHIL. Q. 27 (1978); Richard A. Epstein, *The Harm Principle – and How it Grew*, 45 U. TORONTO L.J. 369 (1995).

134 בהקשר זה ראוי להדגיש כי עקרון הנזק אינו מחייב כי העבירה תאסור על גרימת נזק. גם איסור על ניסיון לגרום נזק וכן איסור על העמדה בסכנה של גרימת נזק עומדים במסגרת האילוצים המתחייבים מעקרון הנזק.

שלפיה להכרה בזכות החוקתית יש משמעות נורמטיבית.¹³⁵ בתחום הפלילי יש חשיבות מיוחדת להעניק משמעות נורמטיבית לחירות הפעולה הכללית. משמעות כזו תאפשר לשמר את המסר שראוי שינחה קודם כול את המחוקק, כי הפניה למשפט הפלילי צריכה להיות המוצא האחרון. אף שהתפיסה כי בשל חומרתה של האחריות הפלילית והפגיעות בזכויות הכרוכות באיסור, בהרשעה ובעונש, יש לפנות למשפט הפלילי רק כמוצא אחרון, היא כעיקרון מקובלת.¹³⁶ שיטות משפט שונות, לרבות שיטת המשפט הישראלי, נגועות בנגע של הפללת יתר.¹³⁷

החרדה לחירויות הפרט והצורך להגביל את הכוח הכופה של המדינה הולידו את התפיסה המקובלת בשיטות משפט מערביות שלפיה אין זה מתפקידו של המשפט הפלילי לאכוף את המוסר המקובל בחברה.¹³⁸ במונחים חוקתיים המשמעות תהיה כי האיסור על התנהגות לא מוסרית שאיננה גורמת נזק פוגע פגיעה לא מידתית בחירות הפעולה הכללית, וככזה איננו חוקתי. אולם הן גישתו של מדינה והן גישתם של **בנדור ודנציג-רוזנברג** אינן מאפשרות להגיע למסקנה זו. הטלת איסור על התנהגות המנוגדת למוסר המקובל איננה מפירה כל אילוץ דאונטולוגי. להפך, היא מתיישבת עם אילוץ כזה שזיהויו – לפי מדינה – "קרוב במהותו למוסר הנוהג".¹³⁹ בדרך כלל יהיה קשה להתייחס להתנהגות המנוגדת למוסר המקובל כאל התנהגות בעלת ערך חיובי או כאל התנהגות ניטרלית ואף לא כהתנהגות שלא גלום בה ערך שלילי של ממש,¹⁴⁰ וכך תוכל להיכנס בגדרה של הזכות החוקתית לחירות, לגישתם של **בנדור ודנציג-רוזנברג**.

המסקנה כי ראוי להתייחס לכל איסור פלילי כפוגע בזכויות חוקתיות, ובעיקר בחירות הפעולה הכללית, וככזה נתון לפיקוח חוקתי, שלה טענתי לעיל, אין די בה כדי להבטיח העשרת שיח הזכויות החוקתיות בתחום המשפט הפלילי המהותי והגברת הפיקוח החוקתי על האיסורים הפליליים. הנטייה להעדיף את הזכויות המוגנות באיסור העבירה על פני הפגיעה בחירות העבריין הנגרמת מן האיסור, שעליה עמדתי במהלך המאמר, עלולה להוביל גם את מי ששותפים למסקנה כי כל איסור פלילי פוגע בחירות למסקנה הנוספת כי הפגיעה בחירות העבריין הנגרמת מאיסור העבירה המיועדת להגן על זכויות הקורבן או על אינטרסים ציבוריים היא מידתית, וככזו מכשירה את חוקתיותו של האיסור הפלילי בלא לתת משקל הולם לשלבים נוספים הנדרשים במסגרת הפיקוח החוקתי. המסקנה כי כל איסור

135 מדינה "על פגיעה בזכות", לעיל ה"ש 106, בעמ' 297.

136 ראו למשל; ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 31–33(6th ed. 2009);

Douglas Husak, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 OXFORD J. LEGAL STUD. 207 (2004);

Jannemieke W. Ouwerkerk, *Criminalisation as a Last Resort: A National Principle under the Pressure of Europeanisation?*, 3 NEW J. EUR. CRIM. L. 228 (2012).

137 ראו למשל HUSAK, לעיל ה"ש 131, בעמ' 3–5; מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנהנו?" **משפטים** יג 159, 164–166 (1983); קנת מן "סנקציות אורחיות-עונשיות" **עיוני משפט** טז 243, 244 (1991).

138 ראו לעיל ה"ש 133 (האזכורים הדנים בעקרון הנזק).

139 מדינה "על פגיעה בזכות", לעיל ה"ש 106, בעמ' 309.

140 כדוגמה לעבירה שאין גלום בה ערך שלילי של ממש מביאים **בנדור ודנציג-רוזנברג** (לעיל ה"ש 107, בעמ' 346) את העבירה על ס' 492 לחוק העונשין, המטילה חובה על בעלי בתי מלון להתקין תאורה בחצרים של המלון, שהיא עבירה טכנית במהותה.

פלילי פוגע בחירות הפעולה הכללית היא רק שלב ראשון בפיקוח החוקתי. גם אם האיסור הפלילי מיועד לתכלית ראויה – הגנה על זכויות הקורבן ועל אינטרסים ציבוריים חיוניים – במסגרת מבחני המידתיות, יהיה ראוי לבחון בכובד ראש קיומם של אמצעים חלופיים שפגיעתם בחירות היא פחותה, והמאפשרים להשיג תכלית זו. נוסף על זה, במסגרת הפיקוח החוקתי על האיסור יהיה ראוי לתת את הדעת לשאלה אם האיסור הקונקרטי שבו מדובר פוגע בזכויות נוספות של העבריין, ובראשן בכבוד האדם, למשל משום שהוא מאפשר להטיל אחריות פלילית החורגת מדרישת האשמה. הפגיעה בזכויות נוספות תחייב להחיל על האיסור את מבחני המידתיות ביתר קפדנות.

בחלק הבא של המאמר אמחיש את המתחייב מהחלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית באמצעות ניתוח ביקורתי של פרשת **סילגדו** ופרשת **שבס**, שנדונו במאמר. אף שכל אחת משתי הפרשות עוסקת בסוגיות אחרות, ואף שבשונה מפרשת **סילגדו** ניתוח העבירה של הפרת אמונים בפרשת **שבס** לא נעשה מפרספקטיבה חוקתית, במהלך הניתוח יתברר כי בשתי הפרשות לא ייחסו בתי המשפט משקל הולם למתחייב מהחלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית.

ד. החלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית – המחשה

כדי להמחיש את המתחייב מהחלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית אתמקד במשפט הישראלי ואנתח את פרשות **סילגדו** ו**שבס** שנדונו במאמר. במהלך ניתוח פסקי הדין אראה כיצד הנטייה להעדיף את הזכויות והאינטרסים המוגנים באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות העבריין הנגרמת מאיסור העבירה הביאה להכשרת חוקתיותו של האיסור (**סילגדו**) ולמתן פרשנות מרחיבה להיקף האיסור (**שבס**) בלא שיינתן משקל הולם לשלבים השונים הנדרשים במסגרת הפיקוח החוקתי על האיסור. כן אבהיר את התוצאה שהייתה מתחייבת מהחלת משטר חוקתי על ההסדר בנוגע לאחריות מבצע בצוותא לעבירה נוספת (שנדון בפרשת **סילגדו**) ועל העבירה של הפרת אמונים (שנדונה בפרשת **שבס**).

1. פרשת סילגדו

כאמור, בפרשת **סילגדו** נדרש בית המשפט לבחון את חוקתיות ההסדר הקבוע בסעיף 34א(1) לחוק העונשין המאפשר לייחס למי שביצעו בצוותא עבירה אחריות גם לעבירה נוספת שנעברה במהלך ביצוע העבירה, אם "בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה".¹⁴¹ מכוח הוראה זו הורשעו שותפיו של סילגדו שניגשו עימו יחד לביצוע שוד, גם בעבירת הרצח שעבר סילגדו במהלך ניסיון השוד,¹⁴² אף שבית

141 לניסוח מלא של הסעיף ראו לעיל ה"ש 82.

142 ס' 300א(3) לחוק העונשין. הסעיף, כפי שהיה בתוקף בפרשת **סילגדו**, קבע: "רצח – 300. (א) העושה אחת מאלה יאשם ברצח ודינו – מאסר עולם ועונש זה בלבד: [...] (3) גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה". ראוי להדגיש כי לאחרונה חלו בסעיף זה שינויים במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה, שנכנסה לתוקף ביולי 2019, ראו חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 2779.

המשפט המחוזי הניח כי גרימת המוות לא הייתה חלק מהתוכנית המשותפת. השותפים האחרים לניסיון השוד אומנם ידעו כי סילגדו נושא עימו אקדח, אולם לא היה להם חלק בהמתה, והם אף לא צפו (כך נפסק) את האפשרות שיעשה שימוש באקדח.¹⁴³ בא כוחו של המערער טען כי ההסדר אינו חוקתי משום שהוא פוגע בכבוד האדם. הפגיעה בכבוד האדם נגרמת משום שההסדר מאפשר הטלת אחריות שאינה משקפת את אשמתו של המבצע: הוא מאפשר לייחס למבצע בצוותא אחריות לעבירה נוספת של מחשבה פלילית על בסיס רשלנות, ובמקרה הקונקרטי מאפשר להדביק אות קין של רוצח במי שהיה רשלן.¹⁴⁴ הנשיא ברק היה מוכן להניח כי ההסדר פוגע בכבוד האדם, אך שלא כמקרים אחרים שבהם עשתה הפסיקה שימוש נרחב יחסית בערך החוקתי של הכבוד, בחר הנשיא ברק בפרשת סילגדו שלא לפסוק בשאלה זו ולבחון את חוקיות ההסדר בהתבסס על הפגיעה בזכות החוקתית לחירות ממאסר (סעיף 5 לחוק היסוד).¹⁴⁵ בדומה ליתר השופטים שישבו בהרכב, הכשיר הנשיא ברק את חוקיות ההסדר המאפשר להטיל על מבצע בצוותא של עבירה אחריות לעבירה נוספת של מחשבה פלילית על בסיס רשלנות למרות הסטייה מדרישת האשמה. לגישתו, תכליתו של ההסדר היא להרתיע מפני הסיכון המוגבר לביצועה של עבירה נוספת במהלך ביצוע בצוותא של עבירה – סיכון הנובע מהמחויבות של כל מבצע להגן על שותפיו לעבירה המקורית. את הסיכון המוגבר "צודק יותר לגלגל [...] אל עבר המבצע האחר מאשר להשאירו אצל הקרבן, העדים ועוברי האורח".¹⁴⁶ כיוון שכך, יש הצדקה להטיל אחריות מוגברת על המבצע לעבירה נוספת גם כשזו סוטה מדרישת האשמה. למרות הסטייה מדרישת האשמה הטלת אחריות כזו היא מידתית, משום שהיא מוטלת רק על מי שבחר במודע להשתתף באירוע עברייני כמבצע בצוותא, אין היא חלה על עבירות כוונה, ולבית המשפט שיקול דעת לסטות מעונשי החובה הקבועים בצד העבירה הנוספת (בעניינו – רצח).¹⁴⁷

החלת משטר חוקתי על המשפט הפלילי המהותי הייתה מחייבת את בית המשפט בפרשת סילגדו שלא להסתפק בבחינת חוקתיות ההסדר בהתבסס על הזכות החוקתית של חירות ממאסר (כפי שנעשה בפרשה זו) ואף לא בהתבסס רק על חירות הפעולה הכללית הנפגעת מכל איסור פלילי (שחשיבותה הובהרה בפרק הקודם של המאמר). על בית המשפט היה לבחון אם ההסדר הקונקרטי שנדון בפרשת סילגדו פוגע בזכויות נוספות של העברייני. מאחר שההסדר סוטה מדרישת האשמה ומאפשר הטלת אחריות פלילית שאינה משקפת את אשמתו של הנאשם, היה על בית המשפט לתת את הדעת למעמדה החוקתי של דרישת האשמה במשפט הפלילי וליחס שבינה לבין כבוד האדם. אחד המתחים המובנים בתחום המשפט הפלילי נובע מהיחס שבין אשמה להרתעה. מתח זה בא לידי ביטוי בתורות הענישה השונות, ומשתקף ביחס שבין תורות תועלתניות, השמות את הדגש על הצורך להגן על

143 פסק דינו של בית המשפט המחוזי מתואר בעניין סילגדו, לעיל ה"ש 81, פס' 2–5 לפסק דינו של הנשיא ברק.

144 טענות בא כוחו של המערער מובאות שם, פס' 7 לפסק דינו של הנשיא ברק.

145 שם, פס' 12 לפסק דינו של הנשיא ברק.

146 שם, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

147 שם, פס' 17.

החברה באמצעות הרתעה מפני ביצוע עבירות, לבין תורות גמוליות השמות את הדגש על ענישה ההולמת את אשמתו של הנענש. כדי לשמור על כבוד האדם במוכן הקנטיאני של המילה ולשלול התייחסות אל הפרט רק כאל אמצעי להשגת מטרת חברתית, דרישת האשמה נתפסת כאילוץ דאונטולוגי על שיקולי הרתעה המונע הטלת אחריות ועונש החמורים מאשמת העבריין גם במקרים שבהם החמרה כזו נדרשת לצורכי הרתעה.¹⁴⁸ אין זה לכן מפתיע כי במשפט הגרמני, המייחס חשיבות מיוחדת לכבוד האדם, לדרישת האשמה מעמד חוקתי, ואחריות פלילית או עונש הסוטים מדרישת האשמה נתפסים כלא חוקתיים.¹⁴⁹ במשפט הישראלי העמדה כי יש להעניק עדיפות לאשמת העבריין על פני השגת מטרת תועלתניות באה לידי ביטוי מפורש בחוק העונשין, בהקשר של ענישה, במסגרת הבניית שיקול הדעת בענישה, שהוספה למשפטנו בשנת 2012.¹⁵⁰ "העיקרון המנחה בענישה הוא קיומו של יחס הולם בין חומרת מעשה העבירה בנסיבותיו ומידת אשמו של הנאשם ובין סוג ומידת העונש המוטל עליו [...]".¹⁵¹ עיקרון זה על בית המשפט לכבד גם במקרים שבהם הוא סבור "כי יש צורך בהרתעת הרבים מפני ביצוע עבירה מסוג העבירה שביצע הנאשם, וכי יש סיכוי של ממש שהחמרה בעונשו של הנאשם תביא להרתעת הרבים", שאז רשאי בית המשפט להביא בחשבון את הנדרש לצורך הרתעת הרבים "ובלבד שהעונש לא יחרוג ממתחם העונש ההולם".¹⁵²

פרשת סילגדו מדגימה מדוע יש חשיבות בהענקת מעמד חוקתי לדרישת האשמה שלא רק בהקשר של ענישה, ובהחלת פיקוח חוקתי על המשפט הפלילי המהותי שיבטיח כי העדפת צורכי החברה וזכויות הקורבן לא תביא להטלת אחריות פלילית החורגת מאשמתו של העבריין. ברמה האנושית, הנטייה להעדיף את זכויות הקורבן על פני הפגיעה בזכויות העבריין (שעליה הצבעתי בפרק השני של המאמר) היא מובנית, שהרי לרוב קל יותר להזדהות עם הקורבן התמים מאשר עם התוקפן האלים. נטייה כזו באה לידי ביטוי מפורש

148 על התפיסה שלפיה שיקולים גמוליים מטילים מגבלות על השגת מטרת תועלתניות באמצעות הענישה הפלילית ככלל ראו למשל: Nicola Lacey & Hanna Pickard, *The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems*, 78 MOD. L. REV. 216 (2015); Richard R. Frase, *Limiting Retributivism*, in THE FUTURE OF IMPRISONMENT 83, 90–104 (Michael Tonry ed., 2004); Malcolm Thorburn & Allan Manson, *The Sentencing Theory Debate: Convergence in Outcomes, Divergence in Reasoning*, 10 NEW CRIM. L. REV. 278 (2007); Michael Tonry, *Proportionality, Parsimony, and Interchangeability of Punishments*, in A READER ON PUNISHMENT 136 (R. A. Duff & David Garland eds., 1994); Douglas Husak, *Retributivism, Proportionality, and the Challenge of the Drug Court Movement*, in RETRIBUTIVISM HAS A PAST: HAS IT A FUTURE? 214 (Michael Tonry ed., 2011).

149 ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 85–86; Miriam Gur-Arye, *Human Dignity of "Offenders": A Limitation on Substantive Criminal Law*, 6 J. CRIM. L. & PHIL. 187, 190–192 (2012) (להלן: Gur-Arye, *Human Dignity*); Tatjana Hörnle, *Human & Mordechai Kremnitzer*; (2011) *Dignity and the Principle of Culpability*, 44 ISR. L. REV. 115 (2011).

150 חוק העונשין (תיקון מס' 113).

151 ס' 40 לחוק העונשין (ההדגשה הוספה).

152 ס' 140 לחוק העונשין (ההדגשה הוספה). הסדר מקביל קיים גם ביחס להרתעת היחיד, כאמור בס' 140 לחוק העונשין.

בגישתו של הנשיא ברק בפרשת **סילגדו**, שסבר כי את הסיכון המוגבר הטמון בביצוע בצוותא "צודק יותר לגלגל [...] אל עבר המבצע האחר מאשר להשאירו אצל הקרבן, העדים ועוברי האורח".¹⁵³ פרשת **סילגדו** גם ממחישה מדוע הנטייה האמורה עלולה בסופו של דבר להביא לכרסום ניכר בדרישת האשמה. כדי לרדת לעומק המשמעות של הכרסום בדרישת האשמה בהקשר זה חשוב להזכיר כי ככלל האחריות הפלילית מותנית ביסוד נפשי של מחשבה פלילית, ואילו אחריות פלילית על בסיס רשלנות היא יוצאת דופן,¹⁵⁴ והעונש המרבי הצפוי בגינה הוא נמוך. במשפטנו חוק העונשין מגביל מפורשות את חומרת העונש בגין עבירות רשלנות לשלוש שנות מאסר.¹⁵⁵ ההסדר המאפשר הטלת אחריות על המבצע בצוותא גם לעבירה נוספת חורג במידה ניכרת מהמגבלות המתחייבות מאופייה יוצא הדופן של הרשלנות בתחום המשפט הפלילי. המבצע בצוותא שחצה את הסף העברייני וניגש עם מבצע נוסף לבצע יחד עבירה – בחר "במודע להשתתף באירוע עברייני" (כלשונו של הנשיא ברק)¹⁵⁶ – יישא באחריות פלילית הן בגין העבירה שבביצועה השתתף והן באחריות לעבירה נוספת שלא היה לו חלק בביצועה, לרבות עבירת הרצח, במקרים שבהם "אדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה" של העבירה הנוספת, קרי במקרים שבהם יחסו הנפשי כלפי העבירה הנוספת לא חרג מרשלנות. האומנם ניתן להצדיק הטלת אחריות לעבירה סטיגמטית כמו רצח על מי שאשמתו ביחס לעבירה זו לא חרגה מגדר רשלנות?¹⁵⁷ הענקת מעמד חוקתי לדרישת האשמה בתחום הפלילי וראייה באחריות פלילית הסוטה מדרישת האשמה כפוגעת בכבוד האדם, הייתה מקשה על בית המשפט העליון בפרשת **סילגדו** להכשיר את חוקתיות ההסדר המאפשר להטיל על מבצע בצוותא אחריות לעבירה נוספת של מחשבה פלילית, לרבות רצח, על בסיס רשלנות.¹⁵⁸ אומנם במסגרת מבחני

153 עניין **סילגדו**, לעיל ה"ש 81, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק.

154 ס' 19 לחוק העונשין.

155 שם, בס' 21(ב).

156 עניין **סילגדו**, לעיל ה"ש 81, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק.

157 במקומות אחרים ביקרתי בהרחבה את עניין **סילגדו** בהקשר זה ראו גור-אריה "השפעת המהפכה", לעיל ה"ש 131, בעמ' 338–333, Gur-Arye, *Human Dignity*; לעיל ה"ש 149, בעמ' 189–192, Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 86–88. כן ראו דר נציג-רוזנברג "הסדר הטלת אחריות לעבירה נגרת – הרהורים על אשמה, על מידתיות ועל נוסחת איון אחרת" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 683 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009); זימרן, לעיל ה"ש 9, בעמ' 404–407. לביקורת מקיפה על עצם ההסדר הנוגע בהטלת אחריות פלילית על מבצע בצוותא גם לעבירה נוספת על בסיס רשלנות ראו Daniel Ohana, *The Natural and Probable Consequence Rule in Complicity: Section 34A of the Israeli Penal Law*, 34 ISR. L. REV. 321, 453 (2000). לעומת זאת לתמיכה בהסדר המטיל על מבצע בצוותא אחריות לעבירה נגרת, כפי שהוא מנוסח בחוק העונשין, ראו מרדכי קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג 109, 124–125 (1996).

158 מנקודת מבט השוואתית, יש להניח כי גם בית המשפט החוקתי האמריקני, בדומה לבית המשפט בעניין **סילגדו**, היה מכשיר הסדר כזה למרות הסטייה מדרישת האשמה. שאלת החוקתיות של *The Doctrine of Natural and Probable Consequence of Complicity*, המקבילה לס' 34 לחוק העונשין, נדונה בהקשר של הטלת עונש מוות, בהסתמך על התיקון השמיני לחוקה האוסר ענישה אכזרית ולא רגילה – Cruel and Unusual Punishment. בשנת 1982, פסק בית המשפט החוקתי כי הטלת עונש מות בגין רצח על שותף, שלא היה לו חלק ברצח במקרים שבהם הייתה יכולת סבירה לצפות את האפשרות שרצח יתבצע במהלך הביצוע המשותף, איננה חוקתית. ראו *Enmund v. Fla.*, 458 U.S. 782 (1982). אולם

המידתיות הדגיש הנשיא ברק כי ההסדר עצמו מרכז את הסטייה מדרישת האשמה משום שהוא מסייג את האחריות לעבירות נוספות במקרים של עבירות כוונה¹⁵⁹ ומעניק לבית המשפט סמכות לסטות מעונשי החובה.¹⁶⁰ בלא לזלזל בריכוכים אלה של האחריות, אין בהם כדי לגשר על הפער האיכותי שבין הטלת אחריות לעבירות של מחשבה פלילית, לרבות לעבירה הסטיגמטית ביותר של רצח, על מי שאשמתו ביחס לעבירות אלה לא חרגה מרשלנות.

זאת ועוד, אפילו מוכנים לקבל את נקודת המוצא של הנשיא ברק שלפיה ההרתעה מפני הסיכון המוגבר לביצוע עבירה נוספת הכרוך בביצוע בצוותא היא תכלית ראויה, במסגרת מבחני המידתיות היה על בית המשפט לתת את הדעת לשאלה אם לא ניתן להשיג את ההרתעה מפני יצירת סיכון זה באמצעים אחרים המתיישבים עם דרישת האשמה. בחינה כאמור הייתה מגלה כי חוק העונשין עצמו מספק אמצעים שונים המיועדים להרתיע מפני הסיכונים הטמונים בביצוע בצוותא והמתיישבים עם דרישת האשמה. בהקשרים שונים חוק העונשין מחמיר את העונש המרבי הצפוי לעבירה במקרים שזו בוצעה בצוותא כדי להגביר את ההרתעה מפני הסיכונים הטמונים בביצוע בצוותא.¹⁶¹ החמרה כאמור חלה גם על עבירת השוד, מושא הביצוע בצוותא בפרשת סילגדו. העונש המרבי של שוד המתבצע "בחבורה" מוחמר מ-14 שנות מאסר (סעיף 402(א) לחוק העונשין) ל-20 שנים (סעיף 402(ב) לחוק). חוק העונשין גם אינו מגלגל את הסיכון המוגבר הכרוך בביצוע בצוותא לקורבן (כהנחתו של הנשיא ברק בהקשר זה); את ההגנה על הקורבן מבטיח חוק העונשין בהטלת אחריות ישירה על המבצע שפגע בו (סילגדו, שגרם במישרין למות הקורבן במהלך ניסיון השוד, הורשע ברצח אגב ביצוע עבירה אחרת).¹⁶² בצד כל אלה הענקת מעמד חוקתי לדרישת האשמה, כפי שמתחייב מכבוד האדם, הייתה מחייבת להכריז על ההסדר הקבוע היום בסעיף 34 לחוק העונשין והמאפשר להטיל על המבצע בצוותא אחריות לעבירה נוספת של מחשבה פלילית על בסיס רשלנות, כהסדר לא חוקתי, ואגב כך להציע למחוקק

כמה שנים לאחר מכן, בשנת 1987, אישר בית המשפט העליון האמריקני את חוקתיותה של הטלת עונש מוות בגין רצח בנסיבת דומות. ראו *Tison v. Ariz.*, 481 U.S. 137 (1987). לעומת זאת, בקנדה, בית המשפט העליון גילה נכונות גדולה יותר להעניק לדרישת האשמה מעמד חוקתי, אגב בחינת החוקתיות של העבירות המאפשרות הרשעה ברצח על מי שגרם מוות אגב ביצוע פשע – *The Felony Murder Rule*. בשנת 1987 פסל בית המשפט את חוקתיות העבירה על סמך עקרונות בסיסיים של צדק (ס' 7 ל-Charter of Rights and Freedoms) משום שעבירת הרצח לא דרשה כל יסוד נפשי באשר למוות שנגרם אגב ביצוע פשע. ראו *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. בשנת 1990, פסל בית המשפט החוקתי הקנדי את עבירת הרצח שהתנתה את היסוד הנפשי באשר למוות שנגרם אגב ביצוע הפשע ברשלנות אובייקטיבית. ראו *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. לעמדתו של המשפט הגרמני בהקשר זה ראו להלן ה"ש 164.

159 ס' 34א(1) לחוק העונשין.

160 ס' 34ב(1) לחוק העונשין.

161 ראו למשל ס' 335א(2) לחוק העונשין המכפיל את העונש הצפוי לעבירת החבלה החמורה (ס' 333 לחוק, עבירה שעונשה המקורי שבע שנות מאסר) או לעבירת הפציעה (ס' 334 לחוק, עבירה שעונשה המקורי שלוש שנות מאסר) במקרים שבהם "כש(ה)יו נוכחים שניים או יותר שחברו יחד לביצוע המעשה בידי אחד או אחדים מהם".

162 שהיה מוגדר אז בס' 300א(3) לחוק העונשין. לניסוח הסעיף ראו לעיל ה"ש 142.

לחוקק הסדר חלופי המתנה את אחריות המבצע בצוותא לעבירה נוספת ביסוד הנפשי של המבצע בצוותא באשר לעבירה זו, ושלפיו אחריותו של המבצע בצוותא לעבירה נוספת תשקף את אשמתו ביחס לעבירה זו.¹⁶³ לפי ההסדר החלופי המחויב לדרישת האשמה במקרים שבהם בעת היציאה לביצוע המשותף צפה המבצע את האפשרות כי במהלך ביצוע העבירה מושא השותפות השותף שלו עלול לבצע עבירה נוספת (עלול להמית במהלך השוד), יהיה אפשר לייחס לו אחריות לעבירה של מחשבה פלילית, לרבות לעבירה של רצח אגב ביצוע עבירה אחרת. אולם במקרים שבהם בעת היציאה לביצוע העבריני המבצע בצוותא סמך על ההסכמה בין המבצעים שלא תבוצע עבירה נוספת (למשל, שלא ייעשה שימוש בנשק גם אם משהו ישתבש) יהיה אפשר לראות במבצע כמי שהיה רשון משום שלא נקט אמצעי זהירות כדי להבטיח שאכן לא תבוצע עבירה נוספת (לא ייעשה כל שימוש בנשק). במקרים אלה יהיה ראוי להטיל עליו אחריות לעבירה נוספת של רשלנות, אם קיימת עבירה כזו (בפרשת **סילגדו** – אחריות לעבירה של גרם מוות ברשלנות).¹⁶⁴

בפסק הדין בפרשת **סילגדו** נמנע בית המשפט מלייחס מעמד חוקתי לדרישת האשמה כפי שמתחייב מכבוד האדם. הימנעות זו אפשרה לבית המשפט להכשיר, חוקתית, את ההסדר המאפשר לייחס למבצע בצוותא אחריות לעבירה נוספת של רצח על בסיס יסוד נפשי של רשלנות. לעומת זאת בפסק הדין בפרשת **טמטאווי** (2015),¹⁶⁵ המאוחרת לפרשת **סילגדו**, התייחס בית המשפט מפורשות לקשר בין דרישת האשמה לבין כבוד האדם במסגרת בחינת השיקולים החוקתיים שיש בהם כדי להשפיע על פרשנות עבירת הרצח שבוצע "כשנעברה עבירה אחרת, כדי להבטיח לעצמו [...] בריחה או הימלטות מעונש", כפי שהייתה מוגדרת בסעיף 300(א)(4) לחוק העונשין קודם לרפורמה בעבירות ההמתה,¹⁶⁶ וכזו הייתה חסינה מפסילה חוקתית. בבחינת השיקולים החוקתיים הדגישה השופטת ברק-ארז כי "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", וכי "הרחבת יתר של האפשרות להרשיע בגין רצח [...] עלולה להביא לפגיעה בכבוד האדם של המורשעים, שמעשיהם חמורים ביותר אך אינם עולים כדי העבירה הקשה ביותר בספר החוקים".¹⁶⁷ מסקנתה של השופטת ברק-ארז הייתה כי יש

163 הסדר כאמור, הוצע בזמנו בהצעת חלק כללי לחוק עונשין חדש שנוסחה בוועדת מומחים בראשות הנשיא המנוח של בית המשפט העליון שמעון אגרנט. ס' 28 להצעה זו קבע: "צד לעבירה יישא באחריות פלילית גם על עבירה נוספת או שונה, שנעברה אגב ביצוע או ניסיון לביצוע עבירה, אם הייתה בתחום צפייתו בפועל, או בעבירות רשלנות – אם היתה בתחום הצפייה הסבירה". להצעה זו ראו שמואל תמיר "אל ציבור המשפטנים" **משפטים** י' 203 (תתש"ם). הצעה זו לא אומצה בסופו של דבר בתיקון 39 לחוק העונשין.

164 בדומה לאחריותם של המשדל ושל המסייע לעבירות נוספות (ס' 34א(2) לחוק העונשין), זו הייתה התוצאה שאליה היה מגיע בית משפט גרמני אילו היה מקרה כדוגמת עניין **סילגדו** נדון בפניו. ראו Gur-Arye & Weigend, לעיל ה"ש 39, בעמ' 85–86.

165 ע"פ 6026/11 **טמטאווי נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 24.8.2015).

166 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 137).

167 עניין **טמטאווי**, לעיל ה"ש 165, פס' 81 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז. זימרון (לעיל ה"ש 9), טוען כי נכונותה של השופטת ברק-ארז בפסק הדין בפרשת **טמטאווי** להכיר ביחס שבין דרישת האשמה לבין

להעניק לעבירה פרשנות מצמצמת שבה היסוד הנפשי בעניין גרימת מוות יהיה של אדישות (ולא יכלול את קלות הדעת), ואילו העבירה האחרת שבעקבותיה בוצע הרצח כדי להימלט מעונש בגינה תהיה עבירה מסוג פשע של אלימות או הכרוכה בסיכון חיי אדם.¹⁶⁸ הפער בין מסקנתה של השופטת ברק-ארו בפרשת **טמטאווי**, שלפיה הטלת סטיגמה של "רוצח" מחייבת להגביל את עבירת הרצח ליסוד נפשי של אדישות דווקא, לבין מסקנתו של הנשיא ברק בפרשת **סילגדו**, שהכשיר, חוקתית, את ההסדר המאפשר הרשעת מבצע בצוותא בעבירת הרצח על בסיס יסוד נפשי של רשלנות, הוא עצום. עם זאת חשוב להדגיש כי בפרשת **סילגדו** נדרש בית המשפט לפסול, חוקתית, את ההסדר המאפשר הרשעת מבצע בצוותא ברצח על בסיס רשלנות, ואילו בפרשת **טמטאווי** הדיון בשיקולים החוקתיים המחייבים להעניק פרשנות מצמצמת לעבירת הרצח שנעברה כדי להבטיח הימלטות מעונש לא היה נחוץ לגוף העניין, ולכן גם לא היה בו כדי לשנות את תוצאות הפסק. בפרשת **טמטאווי** התבסס הזיכוי של המערער מעבירת הרצח על כך ש"לא הוכח מעל ספק סביר כי המערער אכן גרם למותו של המנוח במטרה למלט עצמו מעונש על העבירות האחרות".¹⁶⁹ למרות זאת, ובלא שהדבר נדרש לצורך ההכרעה במקרה הקונקרטי, בחרה השופטת ברק-ארו לבחון, בדרך פרשנות, את ההיקף הראוי של העבירה של רצח שבוצע כשנעברה עבירה אחרת כדי להבטיח הימלטות מעונש. במסגרת המהלך הפרשני, "השיקולים החוקתיים הנמצאים ברקע הדברים" היו רק חלק ממכלול שיקולים פרשניים,¹⁷⁰ הנוגעים ב"לשון החוק",¹⁷¹ ב"היסטוריה החקיקתית",¹⁷² בתבונות מ"המשפט המשווה",¹⁷³ ב"תכלית החקיקתית הלכה למעשה"¹⁷⁴ וב"הצעות לרפורמה בעבירות ההמתה".^{175, 176}

כבוד האדם משקפת שינוי בתפיסת המושג "כבוד האדם". בפסק הדין בעניין **סילגדו** המושג "כבוד האדם" נתפס כמושג אובייקטיבי, ואילו בעניין **טמטאווי** – כמושג סובייקטיבי.

168 שם, פס' 85 לפסק דינה של השופטת ברק-ארו.

169 שם, פס' 88.

170 שם, פס' 43.

171 שם, פס' 45–50.

172 שם, פס' 51–54.

173 שם, פס' 55–64.

174 שם, פס' 65–71.

175 שם, פס' 72–78.

176 התייחסות מפורשת ל"כבוד האדם" ניתן למצוא גם בפסק הדין בדנ"פ 404/13 **פלוני נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.4.2015), שבו התעוררה השאלה אם ניתן להרשיע בהריגה משתתף במרוץ מכוניות שבמהלכו המשתתף האחר במרוץ הגביר את מהירות הנהיגה, איבד שליטה על ההגה, התנגש בקיר ונהרג. בניגוד להכרעה בערעור הפלילי, בדיון הנוסף פסק בית המשפט (ברוב של 6 נגד 1) כי האוטונומיה של הקורבן – שהתבטאה בבחירתו להשתתף במרוץ המכוניות ובהחלטתו להגביר את מהירות הנהיגה בלא שהייתה למערער השפעה ישירה על בחירה והחלטה זו – שוללת את הקשר הסיבתי המשפטי בין השתתפותו של העותר במרוץ המכוניות לבין המוות שנגרם במהלכו של מרוץ זה. בהכרעה זו הדגיש השופט הנדל במפורש את הקשר בין אוטונומיה, המתבטאת בבחירה, לבין כבוד האדם. לדבריו, "הפגיעה באוטונומיה מהווה פגיעה בכבוד האדם בשל שלילת או צמצום חופש הבחירה של האדם [...] בליבת האוטונומיה מצוי הכבוד ובגלעינו של האחרון שוכנת הבחירה [...] המשולש אוטונומיה-כבוד האדם-בחירה חופשית מקרין על כל תחומי המשפט" (פס' 1 לפסק דינו של השופט הנדל). שלא כמו בעניין **טמטאווי**, הדגשת הקשר בין אוטונומיה לבין כבוד האדם הייתה נדבך בהכרעת

המבחן האמיתי לנכונות הפסיקה במשפטנו להעניק מעמד חוקתי לדרישת האשמה, כמתחייב מהחלת משטר חוקתי בתחום המשפט הפלילי המהותי, יהיה כאשר בתי המשפט יהיו מוכנים לפסול, חוקתית, הסדרים הסוטים מדרישת האשמה על סמך פגיעתם בכבוד האדם.

לאחרונה חוקקה הכנסת את הרפורמה בעבירות ההמתה בחוק העונשין (תיקון 137), התשע"ט–2019, שהתקבל בכנסת ביום 1 בינואר 2019¹⁷⁷ ונכנס לתוקף ביום 11 ביולי 2019¹⁷⁸ (רפורמה שההצעה שעליה היא התבססה שימשה נדבך בשיקולים הפרשניים של השופטת ברק-ארז בפרשת **טמטאווי**). השינוי המרכזי במסגרת רפורמה זו מרחיב את עבירת הרצח הבסיסית גם להמתה באדישות,¹⁷⁹ ובעקבות זאת מתנה את העבירה של רצח בנסיבות מחמירות בהקשר של עבירה אחרת ביסוד נפשי של אדישות באשר למוות שנגרם כדי להבטיח המלטות מעונש בגין העבירה האחרת.¹⁸⁰ ההנחה של מנסחי הרפורמה בעבירות ההמתה, התואמת את עמדתה של השופטת ברק-ארז בפסק הדין בפרשת **טמטאווי**, היא כי כדי לתייג נאשם כרוצח נדרש כי תהיה לו "עמדה שלילית מובהקת ויסוד נפשי מגונה כלפי הערך של חיי אדם".¹⁸¹ יסוד נפשי כאמור ניתן לייחס למי שהיה אדיש לחיי אדם כאשר "אחת היא לו אם יקופחו חיי אדם אם לאו".¹⁸² לעומת זאת קלות דעת אינה מצדיקה תיוגו של מי שגרם למוות כרוצח. הנחה זו גררה בעקבותיה שינוי גם בהסדר באשר לאחריות המבצע בצוותא לעבירה נוספת שהיא תוצאה מסתברת מהביצוע המשותף; הסדר המעוגן בסעיף 34 לחוק העונשין ושנדון בפסק הדין בפרשת **סילגדו**. סעיף 301ב(ג) לחוק העונשין, כפי שנוסח בתיקון 137 לחוק העונשין, קובע כי במקרים שבהם העבירה הנוספת שביצע אחד מהמבצעים בצוותא הייתה רצח, "ישא מי שביצע עמו את העבירה המקורית באחריות לעבירה של "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" שעונשה המקסימאלי הוא עשרים שנות מאסר. הנימוק ביסוד שינוי זה, כפי שהובהר בדברי ההסבר להצעת החוק, היה כי כאשר יחסו הנפשי של המבצע בצוותא באשר לרצח שביצע שותפו לא חרג מרשלנות או מקלות דעת באשר לתוצאה הקטלנית, לא יהיה ראוי לתייג ולהעניש את המבצע בצוותא כרוצח.¹⁸³ אומנם יש לברך על כי בעקבות תיקון 137 לחוק העונשין שוב לא ידבק אות קין של רוצח במבצע בצוותא ביחס לעבירה נוספת של רצח שבוצעה על ידי שותפו אגב הביצוע

דינו של השופט הנדל, שפסק כי "החופש מפני ייחוס לאדם פעולות אוטונומיות של אחרים" שולל קיומו של קשר סיבתי בין השתתפותו של המערער במרוץ המכוניות לבין מותו של המשתתף האחר שנגרם במישרין בשל פעולותיו האוטונומיות (שם) (לניתוח המשמעות שיש לייחס לכבוד האדם כפי שמשמעת מעמדתו של השופט הנדל ראו זימרון, לעיל ה"ש 9, בעמ' 424–427). עם זאת ראוי להדגיש כי הניתוח במונחים חוקתיים נעדר מהכרעותיהם של מרבית השופטים האחרים, והשאלה בדבר השפעת האוטונומיה של הקורבן על הקשר הסיבתי במשפט הפלילי נדונה בשיטות משפט שונות במנותק מפרספקטיבה חוקתית (ראו ניתוח משפט המשווה אצל השופטים השונים כולל השופט הנדל עצמו).

177 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 137).

178 שם, ס' 25.

179 ס' 300 לחוק העונשין.

180 ס' 301א(א)(2) לחוק העונשין.

181 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 124) (עבירות המתה), התשע"ו–2015, ה"ח 169.

182 שם.

183 שם, בעמ' 177.

המשותף במקרים שבהם היסוד הנפשי שלו באשר לעבירה זו לא חרג מקלות דעת או מרשלנות, כפי שפסק בית המשפט בפרשת **סילגדו**. אולם כפי שהובהר לעיל, הסדר המחויב לדרישת האשמה היה מחייב להטיל על המבצע בצוותא אחריות לעבירה נוספת לפי היסוד הנפשי שהיה אפשר לייחס לו בעבירה זו. במקרים שבהם היסוד הנפשי שניתן לייחס למבצע בצוותא באשר להמתה שביצע שותפו היה של קלות דעת, היה ראוי להרשיעו בעבירה של המתה בקלות דעת, המוגדרת היום בסעיף 301ג לחוק העונשין, ועונשה המרבי הוא שתים-עשרה שנות מאסר. במקרים שבהם היסוד הנפשי של המבצע בצוותא באשר להמתה לא חרג מרשלנות, אין הצדקה להטיל עליו אחריות החורגת מזו של גרם מוות ברשלנות.¹⁸⁴

2. פרשת שבס

כאמור בפרק הראשון של המאמר, בפרשת **שבס** נמנע בית המשפט מלבחון את העבירה של הפרת אמונים מפרספקטיבה חוקתית. אף שהעבירה היא עבירת סל שאינה מאפשרת הזהרה הוגנת, בחר הנשיא ברק במוצהר להימנע ממתן פרשנות מצמצמת ליסודותיה של העבירה כדי שלא יישלל "מהחברה הישראלית מכשיר חשוב בשמירה על הערכים המונחים ביסוד השירות הציבורי".¹⁸⁵ הערכים המוגנים באמצעות איסור העבירה של הפרת אמונים שאליהם התכוון הנשיא ברק בהקשר זה, הם תקינותן של ההחלטות בשירות הציבורי, אמון הציבור בשירות הציבורי וטוהר המידות של עובדי הציבור. העבירה של הפרת אמונים תחול בכל מקרה של פגיעה מהותית באחד מערכים אלה.¹⁸⁶

בשל חסינותה של העבירה של הפרת אמונים, שנחקקה קודם לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, החלת משטר חוקתי על המשפט הפלילי המהותי לא הייתה מאפשרת לפסול את החוקתיות של העבירה על אף היותה עבירת סל שיסודותיה אינם מוגדרים, שכפי שהובהר בפרק הראשון של המאמר, פוגעת בזכויות חוקתיות לא מעטות.¹⁸⁷ אולם החלת משטר חוקתי על המשפט הפלילי המהותי הייתה מחייבת לבחון, בדרך פרשנית, את ההיקף הראוי לעבירה של הפרת אמונים לאור מבחני המידתיות שבפסקת ההגבלה של חוק היסוד¹⁸⁸ ותוך כדי שימוש ברטוריקה חוקתית.

184 ס' 304 לחוק העונשין, ועונשה המרבי הוא שלוש שנות מאסר.

185 עניין **שבס**, לעיל ה"ש 44, פס' 31 לפסק דינו של הנשיא ברק.

186 שם, פס' 45.

187 ביקורת על היקפה הלא מוגדר של העבירה של הפרת אמונים, הושמעה עוד קודם לעניין **שבס** (שם). ראו מרדכי קרמניצר "על העבירה של מרמה והפרת אמונים לפי סעיף 284 לחוק העונשין ועל המחשבה הפלילית" **משפטים** יג 275 (1983); קנת מן "אי-יושר כמרכיב באחריות פלילית בעבירות שיש בהן הפרת נאמנות" **עיוני משפט** י 505 (1984); מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי-האם עבירה פלילית?" **פלילים** ח 253, 260–270 (1999) (להלן: גור-אריה "הפרת אמונים"); יובל קרניאל "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור – הלכה למעשה" **פלילים** ח 273 (1999); יובל קרניאל "הפרת אמונים של עובדי ציבור – הצעה לפרשנות המבוססת על הערך המוגן על ידי העבירה" **משפט וממשל** ז 415 (2004) (להלן: קרניאל "הפרת אמונים"); רות קנאי "העדר מודעות ליסודות העבירה או טעות במצב המשפטי: העבירה של הפרת אמונים כדוגמה" **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** 203, 207–209 (אלי לדרמן עורך, 2001).

188 לביקורת על הפרשנות שניתנה בעניין **שבס** (לעיל ה"ש 44) לעבירה של הפרת אמונים, אם כי שלא מפרספקטיבה חוקתית, ראו מרים גור-אריה "אחריות פלילית במצב של ניגוד עניינים – אימתי מוצדקת?"

במסגרת הבחינה החוקתית של התכלית של העבירה ואם היא ראויה היה על בית המשפט לתת את הדעת לשאלה אם אכן ראוי להגן, באמצעות העבירה הפלילית של הפרת אמונים, על כל שלושת הערכים שעליהם, לדעת הנשיא ברק, העבירה מיועדת להגן. השופט חשין (כתוארו אז), בדעת מיעוט, פסק כי ראוי להוציא מגדרה של העבירה את ההגנה על אמון הציבור בשירות הציבורי, משום "שאמון הציבור במינהל הציבורי נגזר, על דרך העיקרון, מדרכי התנהלותו של המינהל"¹⁸⁹. ההנחה בהקשר זה, שלה אני שותפה, היא כי יש לשים את הדגש במהות ולא בחזות: פעילות תקינה של המגזר הציבורי מחזקת את אמון הציבור בשירות הציבורי, ולהפך – אמון הציבור במגזר הציבורי נפגע כאשר הפעילות מונעת משיקולים זרים או משרירות.¹⁹⁰ במונחים חוקתיים, המסקנה המתחייבת מעמדה זו היא שתכליתה של הגנה על אמון הציבור בשירות הציבורי, כשלעצמה ובמנותק מתקינות הפעילות במגזר הציבורי, איננה תכלית ראויה.

בבדיקה החוקתית של המידתיות היה על בית המשפט להמשיך ולתת את הדעת לשאלה אם ההגנה על הערכים הנותרים – טוהר המידות ותקינות ההחלטות במגזר הציבורי – מצדיקה לפנות למשפט הפלילי, או שמא קיימים אמצעים חלופיים שפגיעתם פחותה המתאימים יותר להגן על אחד מערכים אלו. אני מאמינה כי הבחינה החוקתית של המידתיות בהקשר זה הייתה מחייבת את המסקנה כי אין הצדקה להבטיח את טוהר המידות של עובדי הציבור באמצעות העבירה הפלילית של הפרת אמונים.¹⁹¹ כל עוד עובדי הציבור ממלאים את תפקידם באופן ענייני, בהגינות וללא הפליה או שרירות, לא מעניינו של המשפט הפלילי לבחון את טוהר מידותיהם אפילו אם הם מגיעים כדי הפרת חוק, כמו למשל העסקת עובדת זרה במשק בית בלא שיהיה לה רישיון עבודה, שאז ניתן לאכוף את החוק שהופר. אם מאמינים כי כהונה בתפקיד כלשהו – למשל שיפוט, רמטכ"לות או מפכ"לות משטרה – מחייבת שלבעל התפקיד יהיו מידות טהורות נוסף על דרך מילוי תפקידו, בעיקר בשל המסר הייצוגי הטמון בתפקיד, הדרך להסדיר זאת היא במסגרת

על העברה של הפרת אמונים בעקבות הדיון הנוסף בפרשת שבס" ניגוד עניינים במרחב הציבורי: **משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה** 545 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009) (להלן: גור-אריה "אחריות פלילית"); **מרדכי קרמניצר ודורון נבות** "לשאלת פליליותה של פעולה של עובד הציבור במצב של ניגוד עניינים" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה** 501, 528–542 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); נאוה בן-אור "על ניגוד עניינים ושחיתות בשירות הציבורי: המשפט הפלילי בישראל ובארצות הברית במבט השוואתי" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי: משפט, תרבות, אתיקה ופוליטיקה** 569, 615–616 (דפנה ברק-ארוז, דורון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009); זאב סגל "משפט ואתיקה – בין תרבות שלטון לשלטון המשפט (בעקבות בג"צ 8192/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נגד ראש הממשלה)" **הפרקליט** מח 244, 245–249 (2004).

189 עניין **שבס**, לעיל ה"ש 44, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.
 190 לביקורת על הכללת אמון הציבור בגדר הערכים המוגנים באיסור העבירה של הפרת אמונים ראו גור-אריה "הפרת אמונים", לעיל ה"ש 187, בעמ' 258–259; קרניאל "הפרת אמונים", לעיל ה"ש 187, בעמ' 425–427; מרדכי קרמניצר ואח' **מרמה והפרת אמונים – בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה** (2008). לביקורת דומה בהקשר לעבירת השוחד ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון "עד היכן תתרחב עוד עבירת השוחד – בעקבות ע"פ 8573/96 **עלי משפט** א 369, 371–375 (2000).
 191 ברוח דומה ראו חיים ה' כהן "הרהורים על טוהר המידות" **משפט וממשל** ב 403, 439 (1994).

דרישות התפקיד, שאותן אפשר לאכוף באמצעים מנהליים באמצעות הדין המשמעתי החל על התפקיד, ואף באמצעות שימוש באמצעים חוץ-משפטיים, כגון לחץ תקשורתי ודעת קהל.

גם במסגרת ההגנה על תקינות הפעילות במגזר הציבורי – שהיא ודאי תכלית ראויה, שמוצדק לאכוף אותה באמצעות המשפט הפלילי – היה על בית המשפט להמשיך ולבחון אם יש מקום להצר את העבירה של הפרת אמונים ולהעניק לה תוכן קונקרטי מוגדר, כמתחייב מעקרון החוקיות וההזרה ההוגנת. היסוד העובדתי של העבירה של הפרת אמונים, לפי הגדרתה, כולל את הדרישה כי המעשה של הפרת אמונים יהיה כזה "הפוגע בציבור".¹⁹² היה ראוי כי בית המשפט יעניק תוכן פרשני קונקרטי לדרישה זו כחלק מהיסוד העובדתי של העבירה ולא יסתפק במסקנה המופשטת יותר, שלפיה פגיעה מהותית באחד הערכים המוגנים באיסור העבירה ממלא אחר הדרישה של פגיעה בציבור. הפרשנות של הרכיב "פוגע בציבור" כחלק מהיסוד העובדתי של העבירה, בצד המסקנה כי יש להגביל את תכלית העבירה של הפרת אמונים להגנה על תקינות ההחלטות במגזר הציבורי, הייתה מחייבת להתנות את העבירה של הפרת אמונים בקיומו של נזק לאינטרס ציבורי,¹⁹³ ובכך להתאים את העבירה של הפרת אמונים לעקרון הנזק, שהוא – כפי שהובהר – עיקרון מנחה בהפללה.

הניתוח של פסקי הדין בפרשות **סילגדו ושבס**, כפי שנעשה בחלק זה של המאמר, איננו מתיימר להציג תמונה מלאה של כל המתחייב מהחלת פיקוח חוקתי על המשפט הפלילי המהותי. מטרת הניתוח היא צנועה יותר – להמחיש, על דרך הדוגמאות, כיצד החלתו של פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית משפיע הן על אופן הניתוח המחייב שימוש ברטוריקה חוקתית והן על תוצאות הפסק. הצעת מתווה מלא לדרך הפיקוח החוקתי על המשפט הפלילי המהותי הייתה מחייבת לתת את הדעת לשאלות עקרוניות נוספות בנוגע להיקף הראוי של ההפלה באמצעים החלופיים לטיפול בתופעות פסולות הקיימות בשיטת משפט זו או אחרת, וכן לשאלות מעשיות בנוגע לעומס שעלול להיווצר על בתי המשפט אם הם ידרשו לבחון את החוקתיות של כל איסור פלילי מהנימוק שהוא פוגע בזכות החוקתית לחירות.¹⁹⁴ הצגת מתווה כאמור חורגת ממטרתו של מאמר זה, שתכליתה הייתה לחשוף את עצם התופעה של דלות שיח הזכויות במשפט הפלילי המהותי והרתיעה מלהפעיל פיקוח חוקתי על העבירה הפלילית, להציע הסבר לתופעה זו ולקרוא להגברת הפיקוח החוקתי על המשפט הפלילי, יהיה ביטויה של הגברת הפיקוח החוקתי על המשפט הפלילי אשר יהיה.

192 ראו הגדרת העבירה בס' 284 לחוק העונשין.

193 על היחס בין הערך המוגן שביסוד העבירה של הפרת אמונים לבין הרכיב הדורש פגיעה בציבור כחלק מהיסוד העובדתי של העבירה, בהרחבה, עמדתי במקום אחר. ראו גור-אריה "אחריות פלילית", לעיל ה"ש 188.

194 כדי להתגבר על עומס כאמור הצעתי במקום אחר לקבוע חזקה (הניתנת לסתירה) בדבר החוקתיות של איסור פלילי התואם מושכלות יסוד של המשפט הפלילי. ראו גור-אריה "השפעת המהפכה", לעיל ה"ש 131; Gur-Arye & Weigend; לעיל ה"ש 39, בעמ' 77–81.

ה. סיכום

שיח הזכויות והפיקוח החוקתי שהתפתחו במשפט הישראלי מאז חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כמעט שאינו מורגש בתחום המשפט הפלילי המהותי. תופעה זו אינה ייחודית למשפט הישראלי, והיא נובעת מהאופי הדואלי של העבירה הפלילית. איסור העבירה מגן על זכויות יסוד (של הקורבן) באמצעות פגיעה בזכויות יסוד (של העבריין). האיזון בין הזכויות בא לידי ביטוי בהפרדה בין חוקתיותו של ההליך הפלילי והענישה לבין חוקתיותה של העבירה הפלילית. לחשוד בביצוע עבירה עומדת חזקת החפות, ומובטח, חוקתית, כי אשמתו תתברר בהליך הוגן ותוכח מעבר לכל ספק סביר. לעבריין שהורשע מובטח, חוקתית, כי העונש שייגזר עליו יהלום את אשמתו, ונשיאתו תיעשה בתנאים ההולמים את כבוד האדם. אולם בהתקיים כל אלה, הנטייה בשיטות המשפט השונות היא להעניק עדיפות להגנה חוקתית על זכויות הקורבן (ועל אינטרסים חיוניים נוספים) באמצעות איסור העבירה על פני הפגיעה בזכויות העבריין הנגרמת מן האיסור.

המסקנה של מאמר זה היא כי ראוי להחיל משטר חוקתי גם בתחום המשפט הפלילי המהותי, שיחייב להעניק מעמד חוקתי לחירות הפעולה כחלק מאוטונומיית הרצון. תפיסה זו תכפיף כל עבירה פלילית לפיקוח חוקתי שיחייב לאזן בין הפגיעה בחירות ובזכויות חוקתיות נוספות של העבריין הנגרמת מאיסור העבירה לבין הצורך להגן על זכויות הקורבן ועל אינטרסים ציבוריים באמצעות האיסור. החלת משטר חוקתי על המשפט הפלילי המהותי תאפשר לקדם את התפיסה כי הפנייה למשפט הפלילי חייבת להיות מוצא אחרון, בהיעדרם של אמצעים אחרים, שפגיעתם בחירות ובכבוד של העבריין היא פחותה.

החלת משטר חוקתי על המשפט הפלילי המהותי איננה מתמצה בביקורת שיפוטית על העבירה הפלילית לאחר שזו חוקקה. משטר חוקתי בהקשר זה מופנה בראש ובראשונה למחוקק ומטיל עליו חובה לא רק לבחון בכובד ראש אם אומנם יש הכרח בהטלת איסור פלילי דווקא, אלא גם לדאוג לפתח אמצעים פוגעניים פחות להגנה על זכויות ולטיפול בתופעות פסולות. במשפט הישראלי עשויה להיות למסקנה זו חשיבות מעשית. כידוע, חלק העבירות שבחוק העונשין שלנו הוא מיושן ומבוסס ברובו על פקודת החוק הפלילי משנת 1936.¹⁹⁵ לאחרונה חוקקה רפורמה בעבירות ההמתה,¹⁹⁶ ויש להניח כי בעתיד תחוקקנה רפורמות נוספות גם לגבי עבירות אחרות שבחוק העונשין. אני מקווה כי במהלך רפורמה עתידית של חלק העבירות הספציפיות שבחוק העונשין ינחה המחוקק את עצמו באמצעות המתחייב מהחלת משטר חוקתי על העבירה הפלילית.

195 חוק העונשין הוא ניסוח חדש של פקודת החוק הפלילי משנת 1936, שניסוחה המחייב היה אנגלית, המשלב בתוכו את תיקוני החקיקה שנעשו לפקודה זו מאז קום המדינה ועד 1977.

196 ראו חוק העונשין (תיקון מס' 137).