

שיעור מהדוד סם: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מזכה

מאת

אסף הרדוף*

בנובמבר 2020 זיכה בית המשפט העליון את פלוני מביצוע מעשה מגונה בנסיבות היותו בן משפחה, על רקע העובדה שהתגרש מדודתה הביולוגית של הקורבן בטרם ביצע את המעשה, והסתפק בהרשעתו במעשה מגונה בנסיבות מחמירות. המאמר מנתח בהרחבה מאבק שנדון בפסק הדין בין מגמת הפרשנות הלשונית למגמת הפרשנות התכליתית בישראל. בפן הכללי חושף המאמר את חולשתה הכללית של ההישענות על התכלית, בהיות הישענות זו חריגה מכללי הדין, וכן בשל הקושי לאתר את התכלית ובשל ההכנה שבמקרים רבים מאוד התכלית המשווערת אינה מוגנת כלל – הכול במציאות המשפטית שבה התכלית אינה מובילה לזיכוי של מי שמבחינה לשונית קיים בבירור את יסודות העבירה. המאמר קורא להגביל את השימוש בפרשנות התכליתית בדיני העונשין למקרים המפורטים בסעיף 34כא לחוק העונשין, בהימנעות מוחלטת מפרשנות תכליתית המרחיבה את הלשון אל מעבר לשימוש הטבעי. בפן הקונקרטי המאמר מצדיק את התוצאה המשפטית של הזיכוי החלקי וחושף את ליקויי התזה התביעתית במובני לשון, דוקטרינה ותכלית. בתום הדיון ביחסי לשון ותכלית, המאמר מצביע על כוחו של הפורמליזם להגן על זכויות הפרט ועל חירותו במשפט הפלילי ביעילות ובמסירות, הגנה שאינה מאפיינת את האקטיביזם השיפוטי במשפט הפלילי בישראל, ומציע לראות בהיצמדות לעקרונות יסוד במשפט הפלילי הגנה על זכויות הפרט לא פחות מפנייה לכלים חוקתיים.

מבוא; 1. רקע: פרשת פלוני; 2. הקדמה. **א. לשון ותכלית בדיני העונשין**; 1. עקרון החוקיות בישראל; 2. עקרון החוקיות והיחס שבין לשון החוק לתכליתו; 3. הרחבה תכליתית כשיטה פרשנית רחבה בדיני העונשין בישראל וקוצר ידו של סעיף 1 לחוק העונשין; 4. חולשתה הערכית של התכלית; 5. נגד פרשנות תכליתית מרחיבה. **ב. בן משפחה – ביולוגיה, תחונה ופונקציונליות**; 1. לשון ודוקטרינה; 2. תכלית וערכים וזיקתם לגוף העבירה. **ג. על פורמליזם להגנת זכויות הפרט ועל משפט חוקתי פונקציונלי**. **ד. סיכום**.

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי זה תריסר שנים; לשעבר תובע וסגנון בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". תודה לקורא החיצוני, למערכת משפטים על אתר ובמיוחד לעורכת דניאל רגב על הערות מעולות לשיפור המאמר ועל טיפול זריז. תודה למערכת הטכנית ולעורכת הלשונית על תרומתן להשבחת המאמר. מאמרי מוקדש לשני אנשים שאין לי עימם קשר ביולוגי: הראלה, דודתי האהובה, שבשעה קשה עשתה מעל ומעבר למען אחדות משפחתנו, בעמל, בדאגה ובנדיבות־נפש; ויואב, אחי בנפש, מעיין נובע עבורי לשמחה וחיוך, עידוד ונחמה, חיבוק וחום, אהבה וחמלה. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com.

מבוא

1. רקע: פרשת פלוני

בתחילת נובמבר 2020 ניתן פסק דין ובו חוות דעת נדירה וחשובה בבית המשפט העליון בעניין פלוני, שוודאי תילמד בכל קורס בדיני עונשין בישראל.¹ פסק הדין זיכה את הנאשם מעבירת מין במשפחה, לפי סעיף 351 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, וחלף זאת הסתפק בהרשעתו במעשה מגונה בנסיבות מחמירות, לפי סעיף 348(ב) לחוק, בגין נגיעות באיבר מינה של ילדה בת 9, ובניסיון להדחה בחקירה לפי סעיף 245(א), בגין הפצרתו (הכושלת) בילדה שלא תגלה. לא הייתה מחלוקת על עובדות חמורות אלו או באשר לעובדה נוספת: פלוני התגרש מדודתה של הילדה, שמר על קשר עם המשפחה, ואת העבירה ביצע לאחר גירושיו. התביעה טענה שיש לראות בו "דוד" לצורך סעיף 351(ג)(2) לחוק, לראות בו בן משפחה שביצע את העבירה, מה שהופך אותה לחמורה יותר מבחינה עונשית. המדינה הדגישה שהנאשם שמר על קשר יום-יומי עם גרושתו, נתפס כבן זוגה במעגל המשפחתי הרחב יותר, ונראה לקורבן העבירה דוד לכל דבר. הוא המשיך לתפקד כבן זוגה של הדודה, ולכן כדוד עבור הקורבן. המילים "בן משפחה" מבקשות להחמיר באחריותם ובעונשם של מי שמנצלים לרעה את המסגרת המשפחתית ואת קרבתם לקטנים, ותכלית זו תומכת בפירוש פונקציונלי רחב למילים "בן משפחה" ו"דוד". בית המשפט המחוזי קיבל את עמדת המאשימה והרשיע את פלוני בביצוע עבירת מין בקטין בתוך משפחה. חרף אי-נוחות שמתעוררת מהכלל הפרשני בסעיף 34 לחוק העונשין, החשיבות העיקרית היא למהות הקשר בין הפוגע לנפגע העבירה ולא לסיווג הפורמלי של הקשר. הוא גזר עליו 32 חודשי מאסר בפועל.²

בערעור בבית המשפט העליון פתח השופט שטיין והעיר שאילו היינו באנגליה או בארצות הברית, לא הייתה השאלה האמורה מתעוררת כלל, משום שהתשובה לה ברורה כשמש ומובנת מאליה: "דוד" הוא דוד עכשווי ואמיתי, בגין קשר דם או קשר חיתון – אח של אחד מההורים או מי שנשוי לו. דוד אינו דוד לעתיד, דוד לשעבר או דוד פונקציונלי; תפקודו של אדם כדודו של קטין אינו הופך אותו ל"דוד", אלא לכל היותר לחבר המשפחה. השופט שטיין הביא ציטוט נאה מפסק דין עדכני ממדרשו של בית המשפט העליון האמריקני, שאותו תרגם כך: "כאשר מילותיו המפורשות של חוק נותנות לנו תשובה אחת ושיקולים לבר-טקסטואליים תומכים בתשובה אחרת – אין שום תחרות. רק המילה הכתובה היא בגדר דין וכלל הציבור זכאי להיבנות ממנה".³ הוא הבהיר שגישה כאמור אינה מבטאת פורמליזם גרידא אלא תפיסה ערכית המגינה על האזרח מכוח השררה שיכולות להפעיל נגדו הרשות האוכפת והרשות השופטת. הגנה זו ניתנת לאזרח במתיחת קווים בהירים ותחומים מראש בין האסור למותר, בין החמור לקל. הואיל ובדין הישראלי עסקינן, התשובה שלעיל

1 ע"פ 3583/20 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) (9.11.2020).

2 שם, פס' 8-11 לפסק דינו של השופט שטיין.

3 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין (המצטט מתוך פסק הדין של בית המשפט העליון בארצות הברית בעניין (Bostock v. Clayton Cnty., 140 S. Ct. 1731, 1737 (2020)).

מסתבכת בשל רעיון הפרשנות התכליתית, שלעיתים מוביל להרחבת לשון החוק.⁴ כך למשל בעניין מזרחי המפורסם, כאשר קבע בית המשפט העליון כי אסיר שאינו שב לכלא בתום חופשתו "בורח ממשמורת חוקית".⁵

למרות רעיון הפרשנות התכליתית קיבל השופט שטיין את הערעור על ההרשעה כשהוא נחרץ מאוד. סעיף 351(ה) לחוק העונשין מגדיר בן משפחה: "(1) הורה; בן זוגו של הורה אף אם אינו נשוי לו; סב או סבתא; (2) מי שמלאו לו חמש עשרה שנים והוא אחד מאלה: אח או אחות; אח או אחות חורגים; דוד או דודה; גיס או גיסה". השופט שטיין הבהיר שהוראה זו קובעת רשימה סגורה של בני משפחה שישאו בעונשים מוגברים בגין עבירת מין המנויה בסעיף 351 לחוק. כבר כאן עולה מסקנה חד-משמעית על מיצוי ההסדר ועל שלילת האפשרות להחילו באשר לפלוני. הסדר חוקי הכולל מילים מדויקות ומפורטות אינו יכול לשאת פרשנות המוסיפה "דודים פונקציונליים" לרשימת בני המשפחה.⁶

ככלל התייחס השופט שטיין לרעיון הפרשנות התכליתית והבהיר שאין בכוחו להרחיב איסור עוד ועוד כדי להגן על הערכים המוגנים בעבירה, בין היתר משום שאיסורים אינם בהכרח מספקים הגנה מלאה לערך. אין בישראל כלל פרשני המסמך בתי משפט להתאים את לשון החוק לערכים החברתיים שעליו האיסור מבקש להגן. מהלך כזה נעשה, למיטב ידיעת השופט שטיין, רק בהלכת מזרחי שהוזכרה, שאותה ביקר בחריפות כנושאת פרשנות לא טבעית ואף לא הגיונית בדרך להרשעה.⁷

השופט שטיין הטעים פן תכליתי נוסף, שלעיתים נדמה שנשחק במשפט הפלילי בישראל – הצבת מגבלות לכוח המדינתי להפליל, להאשים, להרשיע ולהעניש ולפגוע בחירותם, בכבודם וברווחתם של חשודים ונאשמים. גבולות אלה מסומנים במילות החוק, המגדירות את העבירה, והגנה על הגבולות מונעת כוח יתר מהמדינה על חשבון הפרט. ההגנה על הגבולות היא חלק מתכליתם של דיני העונשין, תכלית שאינה פחותה בחשיבותה מההגנה על ערכים חברתיים מפני עבריינות. המשטרה, הפרקליטות והרשות השופטת אינן חופשיות להתייחס אל מילות החוק כאל חומר ביד היוצר שיהיה אפשר לעצבו מחדש כדי להגן על הערכים המשתקפים באיסור, משום שפירוש הדבר יחס לנאשם כאמצעי נטול כוח וחסר זכויות. כך באשר להבחנה בין עבירה לבין חירות, וכך באשר להבחנה בין עבירות חמורות לקלות. רק מילות החוק מכוננות, מגדירות ומגבילות את הסמכות השלטונית להרשיע ולהעניש. מיצוי הדין עם העבריין אינו תכלית יחידה אלא מחצית מפרשנות דו-תכליתית, המגשימה את עקרון החוקיות בכל היבטיו. חובה לקבוע עבירות ועונשים בתוך כללים משפטיים מוגדרים וברורים, בניסוח מפורט, ולא בסטנדרטים מופשטים ועמומים, המעצימים את רשויות האכיפה בפרשנות יצירתית.⁸

בהקשרים אלו הזכיר השופט שטיין את סעיף 1 לחוק העונשין, הקובע שרק חוק הכנסת הוא בסיס לקביעת איסורים פליליים; את סעיף 3, האוסר על הפללה ואף על החמרת ענישה

4 שם, פס' 4–6 לפסק דינו של השופט שטיין.

5 ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (4) 421 (1980).

6 ע"פ 3583/20 פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 23–32 לפסק דינו של השופט שטיין.

7 שם, פס' 40–45.

8 שם, פס' 33–36.

למפרע; את סעיף 34כא, העוסק בפרשנות מקילה. הוא ציטט בהרחבה מדעת היחיד של השופט גרוניס בעניין כהן, על חשיבותו של עקרון החוקיות,⁹ והסביר שהחובה להיצמד ללשון החוק אינה נובעת מהנחה פיקטיבית שהאזרח קורא את החוק אלא מההכרח להגביל את כוחן של הרשויות. פרשנות האיסור הפלילי לפי לשונו הרגילה איננה "פרשנות מצמצמת" ואיננה "פרשנות מרחיבה": עקרון החוקיות אינו דורש פרשנות מצמצמת דווקא, אלא דורש שלא להרחיב את גבולות האיסור מעבר ללשונו, אפילו בשם הערך המוגן באיסור.¹⁰

בעניין הקונקרטי הכריע השופט שטיין שרשויות האכיפה אינן יכולות להפוך את מי שאיננו דוד לדודו של קורבן העבירה באמצעות פרשנות יצירתית ומרחיבה כדי להשיג תכלית עונשית, משום שהדבר מנוגד לעקרון החוקיות. הכללתו של "דוד פונקציונלי" במונח "דוד" מנוגדת למשמעות הטבעית והרגילה של המילה, ולכן אינה אפשרית ואינה קבילה. התוצאה של הותרת אנשים כאלו מחוץ למעגל העבירה המוחמרת נובעת מהיות השיטה מבוססת על כללים ולא על סטנדרטים, ולכן יש מחיר במקרים כגון דא, אך זהו מחיר שעלינו לשלם לקיום עקרון החוקיות ולהגנת האזרחים מפני כוח מדינתי עודף. היצמדות לעקרון החוקיות אף יכולה לייעל את עבודת הרשויות, לאפשר לאזרחים לבחור כיצד להתנהל ולהגביר את אמון הציבור ברשויות. שטיין ביטל את ההרשעה בעבירה בכך משפחה והסתפק בהרשעה במעשה מגונה בנסיבות מחמירות. לבסוף הציע להפחית את העונש ל-27 חודשי מאסר.¹¹

2. הקדמה

להערכת פסק הדין החדש הוא מכונן בפוטנצייה. חשיבותו קשורה בעיקר למאבק שבין שתי מגמות פרשניות עיקריות בישראל, מגמת הפרשנות הלשונית ומגמת הפרשנות התכליתית. הפן הכללי של המאבק נוגע למחויבות לעקרון החוקיות בכלל וליחס שבין לשון החוק לבין תכליתו בדיני העונשין בפרט. הפן הקונקרטי של המאבק עוסק הפעם ברכיב נסיבתי מרכזי בסעיף 351, "בן משפחה", וביתר דיוק – "דוד". מאמרי יבחן את פסק הדין על שני פניו, יצדד בו ובהנמקותיו וירחיב ויעמיק את הדיון הפורמלי והנורמטיבי, במהלך דו-שלבי מהכללי אל הקונקרטי.

בפן הכללי ישבח המאמר את ההנמקה של השופט שטיין, יגרוס שהיא משקפת מחויבות נדירה ורחבה לעקרון החוקיות, וינגיד אותה למציאות המשפטית הרווחת בבית המשפט העליון בעשורים האחרונים. המאמר יבהיר את חולשתה הכללית של ההישענות על התכלית, בהיות ההישענות הזו חריגה מכללי הדין, וכן בשל הקושי לאתר את התכלית, בשל ההבנה שבמקרים רבים מאוד התכלית המשוערת אינה מוגנת כלל – הכול במציאות המשפטית שבה התכלית אינה מובילה לזיכוי של מי שמבחינה לשונית קיים בכירור את יסודות העבירה. המאמר יקרא להגביל את השימוש בפרשנות התכליתית בדיני העונשין

9 ע"פ 766/07 כהן נ' מדינת ישראל (נבו 19.11.2007).

10 ע"פ 3583/20 פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 38, 48 לפסק דינו של השופט שטיין.

11 שם, פס' 39, 48–50, 57.

למקרים המפורטים בסעיף 34 כא לחוק העונשין, בהימנעות מוחלטת מפרשנות תכליתית המרחיבה את הלשון אל מעבר לשימוש הטבעי.

בפן הקונקרטי יצדיק המאמר את התוצאה המשפטית של הזיכוי מהעבירה בסעיף 351, ידחה את הטענה התביעתית ויבאר את ליקוייה וחסרונותיה במובני לשון, דוקטרינה ותכלית. המאמר יציע שפסק הדין הוא הזדמנות מצוינת להרהר מחדש בנוסחו של סעיף 351 על רקע תכליתו, יראה את חולשת הטענה שלפיה פגיעה מינית במשפחה היא נסיבה מחמירה ויצביע על הניצול ועל רוחבו כתופעה שעל המשפט הפלילי לבחון.

בתום הדיון ביחסי לשון ותכלית יהיה הפן האחרון שבו ייגע המאמר מופשט, פן שלא נכתב במפורש בפסק הדין אך ניתן להסיק – באשר לכוחו של הפורמליזם להגן על זכויות הפרט ועל חירותו במשפט הפלילי ביעילות ובמסירות, הגנה אשר אינה מאפיינת את האקטיביזם השיפוטי במשפט הפלילי בישראל, ובאשר לכוחם של עקרונות יסוד במשפט הפלילי במלאכה זו, לעומת דלות פועלם של הכלים החוקתיים במישור זה.

מבנה המאמר יהיה כלהלן: פרק א יעסוק בפן הכללי של עקרון החוקיות, ישבח את המחויבות שהפגינה חוות דעתו של השופט שטיין לעיקרון ויצביע על החולשות הנובעות מהישענות על פרשנות תכליתית לצורך הרחבת איסור. פרק ב יעסוק במאבק הקונקרטי בין לשון החוק לתכליתו, יצדיק את התוצאה המשפטית הקונקרטית ויראה קשיים לשוניים, דוקטרינריים ונורמטיביים במהלך התביעה. פרק ג יציע בקצרה שפסק הדין החדש ממחיש כיצד דווקא פורמליזם משפטי מגן על זכויות הפרט במשפט הפלילי, לעומת האקטיביזם השיפוטי הפוגע בהן, וכיצד עקרונות היסוד של המשפט הפלילי מספקים הגנה מהותית לזכויות הפרט לא פחות טוב מכפי שהדין החוקתי היה יכול לעשות בישראל, אך לא עשה. בסיכום אקרא לנצל את פסק הדין לחשיבה מחודשת על תכליתם של איסורים פליליים בפרט ועל תכליתם של חוקים פליליים וחוקים בכלל, על ההרמוניה או הדיסהרמוניה שבין התכלית לבין הגוף בכל איסור ואיסור ובכל חוק וחוק ועל תפקידם המדויק של הערכים במשפטנו.

א. לשון ותכלית בדיני העונשין

1. עקרון החוקיות בישראל

עקרון החוקיות אינו דרישה פורמלית סתמית. הוא מגן על ערכים חשובים: הוא חלק מעקרון שלטון החוק, מגביל את השרירות בהפעלת כוח ממשלתי, מחייב שקיפות, מקדם שוויון ואחריותיות וכולם קפריזה וגחמה, שימוש לרעה בכוח הממשלתי למטרות פרטיות והסתמכות חשאית על קריטריונים לא לגיטימיים של בחירה.¹² הספרות המשפטית בישראל נוהגת לפרק את עקרון החוקיות לכמה רבדים, דרישות עקרוניות באשר לתחולתם של איסורים פליליים, הכוללות את הקביעה שעבירות ייוולדו רק מכוח החוק, שהחוק יהיה

12 ראו John Calvin Jeffries Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 Va. L. Rev. 189, 190 (1985).
Tracey Maclin, *What Can Fourth Amendment Doctrine Learn From Vagueness Doctrine*, 3 U. Pa. J. Const. L. 398, 408–409 (2001).

פומבי, שתחולתו המפלילה והמענישה תהיה לאחר פרסומו, שהעבירות יהיו בהירות ומפורטות, ושבמקרים דר-משמעיים הפרשנות תהיה לטובת הנאשם.¹³

כחריג בפסיקה הישראלית המודרנית התייחס השופט שטיין לעקרון החוקיות בקווים כלליים, בהרחבה ובשיטתיות, בהתייחסות נדירה לכל אחד מרבדיו, בנותנו הסבר על חשיבותו כעיקרון המצמצם את תחולתו של הדין הפלילי והמגן בפועל על זכויות הפרט הנאשם. בשונה מדיונים שיפוטניים רבים על עקרונות וכללים המגינים על זכויות פרטים נאשמים, הדיון של שטיין לא נועד להיאבק בעיקרון, לצמצמו, לסייגו או לדחותו.¹⁴ הפסיקה הישראלית משופעת בדיונים חוצבי להבות על זכויות אשר מסתיימים בפרשנות לחובת הנאשם, כמו דחיית בקשתו להסרת חיסיון¹⁵ או קבלת ראייה שהופקה שלא כדין.¹⁶ אולם לא הפעם. המחויבות הכללית המופגנת לעקרון החוקיות, אגב הכרעה קונקרטית התואמת את עקרון החוקיות במקום הכרעה המסבירה מדוע הוא אינו חל או אינו מסייע לנאשם, היא נדירה ביותר.¹⁷

מוקד הדיון הכללי של השופט שטיין מזהה היטב את הרובד הרלוונטי בעקרון החוקיות: עבירות נולדות בחוק ומכוחו (בתקנות) בלבד. הוא מדייק בכותבו שאין בענייניו שאלה של פרשנות מצמצמת או מרחיבה. פרשנות טבעית של הלשון אינה קשורה להרחבה או לצמצום אלא היא שיקוף של שלטון החוק ושל כיבוד דברו.¹⁸ פרשנות לפי לשונו

- 13 יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין (חלק ראשון)" **עיוני משפט** ד 22, 23–24 (1976); ש"ז פלר **יסודות דיני עונשין** א 3–21 (1984); גבריאל הלוי "עקרון החוקיות וחוקיות בדיני העונשין בישראל" **קריית המשפט** ח 335, 343–347 (2009); יורם רבין ויניב ואקי **דיני עונשין** 131–79 (מהדורה שלישית, 2014). כן ראו עמנואל גרוס "הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות" **עלי משפט** יא 7, 29 (2014); בועז סנג'רו **ביקורת דיני העונשין הישראליים** 57–58 (2020).
- 14 למגמה שיפוטית להתייחס לס' 34כא כדי לשלול את תחולתו, ראו למשל ע"פ 7507/02 **בוגצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד נז(4) 652, פס' 10, 14 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (2003); ע"פ 2597/04 **רויטמן נ' מדינת ישראל**, פס' 6–9 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 20.11.2006); ע"פ 10736/04 **כהן נ' מדינת ישראל**, פס' 32–33 לפסק דינו של השופט לוי (נבו 26.9.2006); רע"פ 7036/11 **מדינת ישראל נ' חורי**, פ"ד סו(3) 783, פס' 38–40, 42, 44–45 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ג'ובראן (2014); ע"פ 3506/13 **הבי נ' מדינת ישראל**, פס' 164–191 (נבו 12.1.2016); ע"פ 4143/17 **עאבר נ' מדינת ישראל**, פס' 33 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 13.8.2018); ע"פ 6414/18 **היועץ המשפטי לממשלה נ' עייש**, פס' 36–37 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 17.11.2019).
- 15 ראו את הפער בין הרטוריקה הכללית הנחרצת על הגנת חפים וחשיבותה לבין הקביעה הקונקרטית הלאקונית שאין טעם בהסרת החיסיון באותו עניין, בהחלטה בב"ש 838/84 **ליבני נ' מדינת ישראל**, פ"ד לח(3) 729 (1984). הרטוריקה הכללית צוטטה שוב ושוב לאורך השנים, בפסיקה שדחתה שוב ושוב את הבקשות להסרת חיסיון. ראו אסף הרדוף וליאת מרקס "צללים של ביקורת ומנוחת הדעת: חיסיון, חקיקה ושופטים לטובת המדינה" **דין ודברים** יד (צפוי להתפרסם ב-2021).
- 16 ראו בועז סנג'רו "כלל פסילת הראיות שהושגו באמצעים פסולים מתפתח, אך עדיין ללא נכונות לשלם מחיר חברתי (ולזכות אשם בעבירה חמורה שעודנו חי)" **משפטים על אתר** ד 25, 41–43 (2012); אסף הרדוף "רעיון בלתי-קביל, אמת לא-נוחה: פסילת ראיות בגין אופן השגתן" **משפט וממשל** כ 141, 161–162, 181–191 (2019) (להלן: הרדוף "רעיון בלתי-קביל").
- 17 חוות הדעת של השופט גרוניס בעניין **כהן** (דנ"פ 10987/07 **מדינת ישראל נ' כהן**, פ"ד סג(1) 644, פס' 2–7 (2009)) הפגינה מחויבות כללית כזו, אך הייתה דעת יחיד, ולפיכך ודאי משוחררת מכבלי האחריות שבחריצת הדין. דעת הרוב, כמפורט בהמשך, התרחקה מאוד ממחויבות לעקרון החוקיות (שם).
- 18 בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג 165, 167 (2003).

הטבעית של החוק היא למעשה המשמעות המהותית של סעיף 1 לחוק העונשין, באופן סמלי הסעיף הראשון בחוק הראשי בחשיבותו בדין הפלילי המהותי בישראל. דרישה זו אוסרת להרשיע מתוך היקש או הקבלה.¹⁹ אף שבעבר לא היה לדרישה זו מקור חוקי מפורש,²⁰ כיום היא עולה בסעיף 1, וניתן אף למצוא לה בסיס חוקתי.²¹ אומנם קיימת פסיקה בולטת המגלה מחויבות לרעיון זה, לפני לידת סעיף 1 ואחריו – בולטת בהיותה נדירה.

בפרשת אש"ד משנת 1954, שסבבה סביב האיסור העמום והרחב על "היזק ציבורי" או "תקלה ציבורית", עמד פסק דינו המופתי של השופט זילברג בנחרצות על שרק המחוקק מייצר עבירות. בית המשפט אינו רשאי לחרוג מלשון החוק אפילו במעט, אינו יכול לחדש עבירה על סמך שיקולי היגיון, ואפילו במצב שהמחוקק טעה ושכח – יזוכה הנאשם בדין.²² בחלוף עשור ניתן פסק דין שגילה מחויבות עמוקה לעקרון החוקיות, ועוד בתיק חמור, ולא קל ערך כאש"ד. בעניין ברנבלט זיכה בית המשפט העליון נאשם ממסירת נרדפים לשלטון ערין לפי החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י–1950, בהבהירו שבדיני עונשין, בוודאי בחמורים שבהם, בית המשפט אינו רשאי להרחיב תחולתו של איסור בדרך פרשנית מעבר לתחום משמעות מילות המחוקק. ענישה מתוך היקש או מקל וחומר ולא על פי החוק המפורש, אסורה במדינת שלטון חוק והסכנה שעושה מעשה מרושע לא יוענש, קטנה מהסכנה שבית המשפט יעניש שלא על פי חוק ברור ומפורש.²³ בחלוף עשור נוסף, כתב השופט חיים כהן בעניין רוס, בתיק הסגרה, כי כלל גדול בדיני העונשין הוא "אין עונשין מן הדין": לא מקל וחומר ולא מגזרה שווה, ולא מכל היקש או אנלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחוק בלבד; רק החוק יכול להפוך מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית, ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, שום פרשנות, אנלוגיה והיגיון אינם יכולים לעשות.²⁴

על פי הדרישה שעבירות ייוולדו בחוק בלבד, רשויות האכיפה ואף הרשות השופטת, כפי שהקפיד שטיין להדגיש, אינן מוסמכות לייצר עבירות חדשות. רק המחוקק, ובמקרים קלי ערך גם הממשלה, יכולים לעשות זאת. במשטר דמוקרטי נבחר העם מייצרים את כללי המשחק המהותיים במערכת המשפט בכלל ובמשפט הפלילי בפרט, והם מכונני העבירות הפליליות, מה שמקדם את שלטון החוק ואת הפרדת הרשויות ומגביר את הוודאות המשפטית ואת ההגינות כלפי אזרחים. השופט שטיין מזהה בחדות את כוחם של השחקנים החזקים במשפט הפלילי – המשטרה והתביעה – כיוצרים בפועל של הדין הפלילי ומדגיש

- 19 ראו למשל יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין" (חלק שני) "עיוני משפט" ד 271, 274–271 (1976).
- 20 ש"ז פלר "בחינות אחדות של עקרון החוקיות בפלילים" משפטים א 19, 22–24 (1969).
- 21 ראו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 489 (1992). ומנגד, ראו יהודית קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב 64, 98 (1996).
- 22 ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח (1) 785, פס' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) זילברג (1954).
- 23 ע"פ 77/64 ברנבלט נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח (2) 70, 79–82 (1964).
- 24 ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז (2) 372, 365 (1973).

את ההכרח בהגבלת כוחם, כמו גם הגבלת הכוח השיפוטי. הדברים נכונים במיוחד כאשר לדין מהותי רחב ועמום, בעיה שזוהתה כגדולה ומטרידה בארצות הברית,²⁵ שדנתי בה בעבר בהרחבה בישראל.²⁶ זיהויה השיפוטי המפורש של תופעה זו בישראל הוא נדיר, מבורך וחשוב ביותר, יש לקוות שבדרך לצמצומה.

2. עקרון החוקיות והיחס שבין לשון החוק לתכליתו

נדיר מעט פחות אך עדיין חשוב ומבורך הוא הדיון של השופט שטיין ביחסים שבין לשון החוק לבין תכליתו במשפט הפלילי. בעבר כתבתי שלמקרא פסקי דין שונים בישראל מתקבל הרושם כי בין שלושת אפיקי הפרשנות – לשון החוק, "התכלית הסובייקטיבית" (ההיסטוריה החקיקתית) ו"התכלית האובייקטיבית" – בוחר בית המשפט באפיק או באפיקים הנוחים והמועילים לשם הגעה לשורה הערכית התחתונה הרצויה לו.²⁷ כן כתבתי שהאחריות הראשית לכך מוטלת על המחוקק, שנמנע מלייצר תורת פרשנות מחייבת, או אפילו אמירה כללית ברורה בדבר חשיבותה של לשון החוק.²⁸ אולם גם בהיעדרה של אמירה כזו אין משהו פרובוקטיבי במיוחד בטיעון שלשון החוק היא בסיס, ודאי במשפט הפלילי, ולעיתים עולות אמירות כאלו בבית המשפט העליון.²⁹

הלשון המשותפת היא בסיס מוצק ושווה לכל נפש, הרבה יותר משני אפיקי הפרשנות האחרים. ההיסטוריה החקיקתית לעיתים אינה שלמה, אינה מדויקת, ואף כוללת סתירות פנימיות, למשל בין דברי חבר כנסת אחד שתמך בחוק לבין דבריו של תומך אחר מסיבות אחרות,³⁰ ולעיתים עולה בה אפילו חוסר כנות של מחוקקים.³¹ "התכלית האובייקטיבית" של החוק היא פיקציה, משום שאף שוודאי שיש תכלית לכל חוק, היא אינה "אובייקטיבית". תכלית זו גם אינה מקור פרשני עצמאי, משום שאם כך היה, לא היה ניתן להישען על הלשון כדי להגיע אליה וגם לא על ההיסטוריה, אולם בלי אלו – אין דרך להתקדם.³² הלשון היא כלי העבודה העיקרי של החוק, של המשפט ואף של התרבות והחברה: היא האופן שבו אנו מתקשרים ואף האופן שבו אנו חושבים על החוויה האישית

25 William J. Erik Luna, *Transparent Policing*, 85 IOWA L. REV. 1107, 1108, 1132 (2000) כן ראו William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 MICH. L. REV. 505, 506–507, 519, 598–599 (2001).

26 אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי-משפט" **מאזני משפט** יב 55, 75–76, 81–82 (2019) (להלן: הרדוף "אי-חקיקה").

27 אסף הרדוף "כשר בג"ץ: יהדות נגד יהדות, כשרות נגד נאמנות, משפט נגד שינוי" **המשפט ברשת** 60, 6 15–9 (דצמבר 2016) <https://bit.ly/3vU9OP6> (להלן: הרדוף "כשר בג"ץ").

28 הרדוף "אי-חקיקה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 87.

29 רע"פ 9140/99 **רומנו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 349, פס' 1–2 לפסק דינו של השופט זמיר (2000).

30 ראו למשל את הוויכוח השיפוטי באשר לשאלה במה מצדדת ההיסטוריה החקיקתית בקשר לפרשנות ס' 3(א) לחוק איסור הונאה בכשרות, התשמ"ג–1983, בבג"ץ 6494/14 **גיני נ' הרבנות הראשית** (נבו) 6.6.2016.

31 ראו למשל את ביקורת בג"ץ על לידת החקיקה שיצרה מונופולים של הימורים עבור המדינה אגב הסוואת שיקולים כלכליים כערכיים: בג"ץ 131/65 **סביצקי נ' שר האוצר**, פ"ד יט(2) 369, 374 (1965).

32 הרדוף, "כשר בג"ץ", לעיל ה"ש 27, בעמ' 14.

והאנושית. אומנם גם היא לא תמיד אובייקטיבית ולא תמיד מדויקת. היא דינמית ומייצרת משמעויות חדשות, לרבות משמעויות ציוריות.³³ היא ממילא מבטאת את החוויה האנושית האישית. בלעדי חוויה זו הלשון היא רק מילה אחת שמוגדרת באמצעות מילים אחרות, שבתורן מוגדרות במילים אחרות, שבתורן מוגדרות באמצעות המילה האחת שאותה אנו מבקשים להבין. כלומר, הגדרות לשוניות הן מעגליות, בין שהמעגל צר ובין שהוא רחב. אין דרך להבין את הלשון בלי לחיות אותה ולהסיק בעזרת החוויה האישית שלנו מה פירושו של שילוב כמה עיצורים והברות. ללא החוויה, אלו אינם יותר מנהמה קולית או מציור על דף. בהתחשב בהיותן של החוויות האישיות שלנו שונות, גם תפיסת הלשון שלנו עשויה להיות שונה.

עדיין הלשון היא אפיק הפרשנות שניתן לתמרון במידה הקטנה ביותר, אפיק הפרשנות השקוף ביותר וההגון ביותר. היא גם היחידה שזמינה לכל אורח בקלות, במהירות ובחינם. לעומת הפסיקה, שלעיתים ארוכה וסבוכה לקריאה אפילו עבור מומחים למשפט, הוראת החוק קצרה יותר. אף שפסיקת בית המשפט העליון נגישה לכל אורח בחינם, דרך האתר הראוי לשבח של הרשות השופטת, לא כן פסיקת ערכאות אחרות אף שבימינו ממילא כל ערכאה מקלידה פסקי דין ואין כל מניעה לפרסם בחינם לכולם. לשון החוק זמינה תמיד, אף שהמחוקק לא פעל לכך בעצמו באופן כללי, כפי שהיה ראוי שיעשה – לוודא שכל חוקי ותקנותיו זמינים ברשת. נגישות החוק והישענותו על שפה גלויה וזמינה הן סיבות חשובות נוספות להעדפת הלשון על פני ערכים מוגנים משוערים, שממילא אינם מוגנים בשפע מקרים, כמפורט בהמשך.

יובהר כי אני מסכים עם השופט שטיין, שחשיבותן של זמינות החוק ושל ההיצמדות השיפוטית ללשונו – אינה שעונה על הפיקציה שלפיה כל אורח או אפילו אורחים רבים קוראים את החוק בטרם מעשה. אכן רעיון זה (לכל הפחות) מגביל את כוחן של הרשויות ואת שרירות פעולתן. לצד זאת אין לנו שום דרך לדעת אילו עבירות נמנעו משום שאזרחים קראו אותן, הבינו את לשונן ונמנעו מלבצען מצד אחד, ואילו אזרחים ביצעו פעולות מסוימות לאחר קריאת לשון החוק ובהישענות עליה. אפילו אם מעטים האזרחים הבוחרים לממש את זכותם ולקרא חקיקה בטרם פעולה – יש ערך רב בעיניהם למחויבות השיפוטית ללשון החוק.

מלבד זאת, ההנחה הבעייתית שלפיה אזרחים ממילא אינם קוראים את החוק ולכן ההיצמדות ללשונו אינה חשובה, מקדמת אותנו צעד נוסף לעבר הנחה בעייתית במיוחד, ולפיה אזרחים ממילא אינם קוראים את החוק, ולכן גם אין צורך לכתוב אותו כלל, משום שמוטב להותיר למשטרה, לתביעה ולבית המשפט לסרטט את האסור באמצעות שיקוף של תפיסות ציבוריות מקובלות. הנחה אחרונה זו מתנגשת חזיתית בסעיף 1 לחוק העונשין ובמטרותיו, כמו שלטון החוק והפרדת הרשויות, הגברת הוודאות המשפטית וההגנות כלפי אזרחים. כל אלו מקודמים לא רק במחויבות לכתוב את החוק לפני אכיפתו אלא גם במחויבות לקרוא אותו לפי שפתו לקראת אכיפתו, במהלכה ואחריה.

33 אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי" הפרקליט נב 67, 140–141 (2013) (להלן: הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט").

3. הרחבה תכליתית כשיטה פרשנית רחבה בדיני העונשין בישראל וקוצר ידו של סעיף 1 לחוק העונשין

סעיף 1 לחוק העונשין אינו מזכיר פרשנות כלל, אולם ברור שפרשנות היא חלק מהותי במשמעות הכלל שלפיו רק המחוקק מייצר עבירות, ולכן חשוב לעמוד על דרך הפרשנות שסלל המחוקק. סעיף 34כא לחוק העונשין, שכותרתו "פרשנות", קובע: "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". כפי שתיאר השופט ברק עצמו כאנקדוטה, וכפי שתיאר פרופ' סנג'רו בביקורתיות חריפה, המילים "לפי תכליתו" לא היו בהצעת החוק המקורית, שבאה כתגובת נגד למגמה הבעייתית של פרשנות מרחיבה בפלילים במשפט הישראלי עוד לפני 1994, שנת לידתו של תיקון 39. לאחר היועצות של המחוקק בנשיא בית המשפט העליון דאז – הוחלט להוסיף.³⁴

אף שתוספת המילים "לפי תכליתו" מצמצמת בבירור את פוטנציאל הזיכוי של סעיף 34כא, הן אינן בסיס פורמלי לפרשנות מרחיבה של עבירות. כפשוטן, המילים "ניתן דין לפירושים סבירים אחדים" מכוונות בבירור ללשון ואינן עוסקות במצב שבו לשון החוק ברורה, שאז הפירוש הסביר הוא יחיד. אם יש מי שסבור שפרשנות של חוק תמיד מתחילה בעמידה על לשונו ועל תכליתו, יביט נא בפסיקה הפלילית הטיפוסית וייווכח כי במקרים רבים תכליתו של החוק אינה נזכרת כלל, לרבות מקרים מפורסמים של דילמות פרשניות בדין המהותי.³⁵ כותרתו של סעיף 34כא, "פרשנות", היא מטעה,³⁶ משום שתוכנו אינו רלוונטי למרבית הדילמות הפרשניות, ולא בכדי הסעיף אינו נזכר כלל במרביתן.³⁷ רק כאשר

34 ראו אהרן ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז 347, 348 (2002); סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!", לעיל ה"ש 18, בעמ' 175–185.

35 למשל בעבירה על ס' 24(א)(1) לחוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך–1960, ראו ע"פ 7295/95 דיסנציק נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 193 (1997). בעבירת קבלת דבר במרמה לפי ס' 415 לחוק העונשין, ראו ע"פ 849/07 בן-אשר נ' מדינת ישראל (נבו) 21.1.2008. בעבירת החזקת נשק לפי סעיף 144 לחוק העונשין, ראו ע"פ 8416/09 מולנר נ' מדינת ישראל (נבו) 9.6.2010. בעבירת גרימת מוות ברשלנות לפי ס' 304 לחוק העונשין, ראו ע"פ 7832/00 יעקובוב נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 534 (2002). בעבירת הריגה לפי ס' 301 לחוק העונשין, ראו ע"פ 1982/98 מדינת ישראל נ' מירו, פ"ד נב(5) 145 (1998); ע"פ 11/99 ויניצקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 145 (1999); ע"פ 4512/09 רוסו-לופו נ' מדינת ישראל (נבו) 31.8.2010. בעבירת רצח לפי סעיף 300 לחוק העונשין, ראו ע"פ 10023/06 טואלבו נ' מדינת ישראל (נבו) 9.12.2009.

36 במרבית המקרים בית המשפט אינו מייחס משמעות פרשנית ממשית לכותרת. למשל, העבירה "מעשה מגונה בפומבי" בס' 349 לחוק העונשין כוללת שלושה סוגי תרחיש, שניים מהם מדגישים שהם ניתנים לביצוע "בכל מקום שהוא". מהלך מפתח פרשני השעון על כותרת העבירה, בשונה מתוכנה, הוא דבר נדיר ונעשה בישראל למשל באשר לס' 4(א) לפקודה למניעת טרור, התש"ח–1948, ראו דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, פס' 5–8 לפסק דינו של השופט אור (2000); ובשונה מזה, ראו שם, פס' 1–4 לפסק דינו של המשנה לנשיא לוי.

37 לדילמות פרשניות בולטות שהובילו להרשעה בלי התייחסות לס' 34כא לחוק העונשין, ראו ע"פ 3626/01 ויצמן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 187 (2002); ע"פ 9603/09 פלוני נ' מדינת ישראל (נבו) 27.9.2011. במקרים אחרים מוזכר ס' 34כא לחוק העונשין במהלך סקירת טענות ההגנה או סקירת ההכרעה של בית משפט קמא, בלי כל התייחסות שיפוטית בערעור לסעיף זה במסגרת הדילמה הפרשנית. ראו למשל ע"פ 8457/15 מדינת ישראל נ' ווזו (נבו) 1.11.2018; דנ"פ 6022/18 פלוני נ'

לשון של עבירה כוללת לפחות שתי משמעויות, מצמצמת (מזכה) ומרחיבה (מרשיעה), יש לבחון אם הפרשנות המצמצמת מתיישבת עם תכלית העבירה בטרם נזכה. כלומר, המילים "לפי תכליתו" הוסיפו תנאי מצטבר לזיכוי במצב של דו-משמעות לשונית. מנגד, כאשר הלשון ברורה וצרה, התכלית המשווערת אינה רישיון חקיקתי להרחבה.³⁸ כאשר הפרשנות הלשונית היא בבירור לטובת הנאשם, בית המשפט ממילא אינו יכול לגשת לפרשנות התכליתית.³⁹ עצם הדיון בה לקראת הרשעה אפשרית בעייתי בעיניי, ומשקף נכונות שיפוטית להתמודד עם סוגיה שהדוד מאמריקה היה מכנה non-issue.

נכונות כזו עלתה בפרשת לוי המפורסמת בשנת 1999, אשר נלמדת בקורסים רבים בדיני עונשין בישראל, ודאי תחת הכותרת "פרשנות מצמצמת". לוי נהגה ברכב כשלאזוניה צמודה אוזנייה והועמדה לדין לפי תקנה 169 לתקנות התעבורה, התשכ"א–1961 (להלן: תקנות התעבורה): "לא ינהג אדם רכב ולא ילך עובר דרך בכביש כשלאזוניה צמודות אוזניות [...]". בית המשפט לתעבורה הרשיע אותה, וערעורה לבית המשפט המחוזי נדחה. בית המשפט העליון נתן רשות ערעור. האיסור בתקנה נוגע להצמדת אוזניות לאוזניים ולא להצמדת אוזנייה לאוזן. מנגד הפנתה המדינה לסעיף 5 לחוק הפרשנות, התשמ"א–1981, שלפיו "יחיד" כולל "רבים" וההפך, וטענה שנקיטת הלשון "רבים" בתקנה האמורה כוללת גם "יחיד" – אוזנייה אחת הצמודה לאוזן אחת. התביעה הציעה לראות בתכלית העבירה מניעת פגיעה ברמת הקשב של הנהג וביכולתו לשמוע את הנעשה סביבו, ולעומתה הציעה ההגנה לראות בתכלית מניעת התנתקות מוחלטת של הנהג מצלילי סביבתו. בפסק דין קצרצר זיכה השופט קדמי את לוי. אף שפרשנות התביעה מגשימה את תכלית החוק טוב יותר, כאשר לשון החוק מאפשרת פירוש מצמצם, המתיישב עם תכלית האיסור, אפילו בתרומה צרה יותר לתכלית, יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם. אם רוצה המחוקק, בכוחו לנסח איסור בהיר וחד-משמעי גם על שימוש באוזנייה אחת. ממילא אין איסור כללי על פגיעה ברמת הקשב וביכולת השמיעה של הנהג. השופט שטרסברג-כהן הצטרפה והטעימה שממילא לא ניתן להשיג בטיחות מוחלטת, ולמשל השימוש ברדיו אינו אסור. המחוקק יכול לנסח איסור בהיר, וכל עוד לא עשה כן, ייחנה הנאשם מהדואליזם הפרשני האפשרי, והתקנה תפורש פירוש המקל עימו.⁴⁰ אף שאני מסכים לתוצאה באותו עניין, אני רואה צידוק לעצם הדיון בתכלית העבירה. עמדת המדינה, שלפיה ניתן לפנות לחוק הפרשנות, לפרש רבים כיחיד ולהרחיב כך את העבירה – מוקשה מאוד. חוק פרשנות כללי אינו יכול להרחיב במשתמע עבירות פליליות באמצעות שינוי מהותי של לשון. לשון הרבים שהאיסור בחר אינה ניתנת לעיוות דרך יציאה מתקנות התעבורה, ואפילו לא אל פקודת התעבורה או אל חוק העונשין, אלא לחוק שרחוק מלהיות כלי פרשנות מרכזי בדיני העונשין, חוק שהאזרח אינו יכול להעלות על דעתו לפנות אליו בניסיון להבין את הנורמה.

מדינת ישראל (נבו 14.4.2019). בהמשך המאמר יתוארו דילמות נוספות שסעיף 34 כלל לא הוזכר בהן.

38 גם בפרשה קודמת הטעים השופט שטיין את ההכרח לפסוק לפי הלשון, אף במחיר ערכי. ראו עניין **עייש**, לעיל ה"ש 14, פס' 23–30.

39 מרדכי קרמיניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה – על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז 403, 411–412 (2002).

40 רע"פ 3237/99 לוי נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נג (4) (1999).

השופט שטיין הבהיר את חשיבותה של הלשון וציין שלמיטב ידיעתו, פרשת **מזרחי** הייתה היחידה שבה התאים בית המשפט את לשון החוק לערכים החברתיים שעליו האיסור מבקש להגן. אכן חוסר המחויבות השיפוטי ללשון החוק בולט באותה פרשה. ביטוי הממחיש זאת היטב מהדהד עד היום בפסיקה משופעת: "מילותיו של החוק אינם מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק".⁴¹ שימוש בציטוט מפורסם ופופולרי זה בפסק דין מאוחר מלמד לרוב על נכונות שיפוטית לחרוג מהלשון הברורה של החוק. ציטוט זה עוטף רעיון חי, בן עשרות שנים בישראל, על חולשתו של עקרון החוקיות בפרט ועל חולשתם של עקרונות במשפט הפלילי בכלל, לפחות עד פסק דינו החדש של השופט שטיין. זו כנראה הנקודה הכמעט יחידה שבה אני חולק על שטיין, המרמז שפסק הדין **מזרחי** משקף בעיה נקודתית צרה. למעשה, אף שקיימות גם דוגמאות לזיכויים, הרי שהתאמת לשון החוק לערכים החברתיים המשווערים בדרך להרשעה היא מגמה רחבה, עמוקה ומתמשכת בבית המשפט העליון ולא הבלחה טורדנית חד-פעמית.

כך למשל בשנת 1992 הרשיע הנשיא שמגר בעניין **סמחא** את הנאשם באונס בקובעו מפורשות שאצבע היא "חפץ", גם כאשר תיקון חוק מפורש נכנס לתוקף לאחר מעשה הנאשם ולפני תום ההליך. שמגר הצדיק את התוצאה מבחינה תכליתית: הנזק הפיזיולוגי הפוטנציאלי והנזק הנפשי זהים בין שהמוחדר הוא חפץ דומם ובין שהוא אצבעותיו של אדם.⁴²

בשנת 2006, בדיון נוסף בפרשת **ביטון**, הרשיע בית המשפט העליון פה אחד ברצח את הנאשם, אף שנקבע שהוא חווה התגרות מבחינה סובייקטיבית. הנשיא ברק הכיר במפורש בכך שפרשנותו אינה מתיישבת עם לשון החוק, אך ביכר אותה בגין קדושת חיי האדם ותחושת הביטחון בחברה – התכלית המשווערת של עבירת הרצח בכוונה תחילה. מוטב היה שהמחוקק יתקן את החוק, אך עדיף המצב הלא ראוי של פרשנות שיפוטית בעייתית מנאמנות לחוק, שאותה כינה "תיקון אנאליטי" שייצור "תקלה חברתית". המשפט שכתב מייד בהמשך, "תיאוריה או חברה – חברה עדיפה", מבטא במפורש חוסר מחויבות שיפוטית ללשון החוק, אפילו כאשר לחמורה שבעבירות, בדרך לשליחת נאשם למאסר עולם חובה.⁴³

בשנת 2009 הרשיע בית המשפט העליון בפרשת **כהן** בשוחד את הנאשם וקבע שהוא "עובד ציבור" חרף היותו מאבטח בחברת אבטחה פרטית, משום שבמסגרת ההפרטה הופקד על אבטחה במשרד הפנים; אם תרצו, "עובד ציבור פונקציונלי". בדיון נוסף ובהרכב

41 עניין **מזרחי**, לעיל ה"ש 5, בעמ' 424.

42 ראו ע"פ 3907/92 **סמחא נגד מדינת ישראל**, פ"ד מז(1) 104, 106–108 (1992), שם קבע הנשיא שמגר כי אצבע היא "חפץ" לצורך נוסח סעיף 348(ג) לחוק העונשין (ראו), שקבע: "המחדיר חפץ לאיבר המין של אישה או לפי הטבעת של אדם, באחת הנסיבות המנויות בסעיף 345, דינו כדין אונס" (ראו חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח–1988, ס"ח 63).

43 דנ"פ 1042/04 **ביטון נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(3) 646, פס' 62–65 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') ברק (2006). לביקורת, ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון מורג "על היסוד של העדר קנטור בהגדרת ה'כוונה תחילה' בעקבות דנ"פ 1042/04 ביטון נ' מדינת ישראל" **ספר דיורד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 547 (דורר ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

רחב הודגש כללית ועקרונית, כי הפרשנות התכליתית יכולה גם יכולה להוביל להרחבת האחריות הפלילית, אפילו בחריגה מסוימת מלשון האיסור. הנשיאה ביניש כתבה שעבירת השוחד מגינה על שלושה ערכים: טוהר המידות של פקידי ציבור, פעילותו התקינה של המנהל ואמון הציבור במערכת השלטונית. אלו נפגעים במצב הנדון לא פחות מבמקרים של לקיחת שוחד בידי עובדים שמעסיקה המדינה במישרין, ולכן יש להרשיע את כהן.⁴⁴ באותה פרשה אף הטעים השופט רובינשטיין כי עקרון החוקיות אינו עקרון החסיד השוטה, ועם כל הסימפתיה לרעיון הפרשנות הדווקנית, בפירוש החוק יש לזכור גם את זכויות החברה והקורבנות להגנה ראויה של המשפט הפלילי, שלשמה נועד במידה רבה.⁴⁵

חוסר המחויבות השיפוטית לעקרון החוקיות התבטא בבירור בשנת 2015 בפרשת קרופצקי, אז הרשיע בית המשפט העליון את הנאשם בנהיגה בשכרות על שישב מעולף מאלכוהול ליד ההגה, בלי שהרכב נע ולו בסנטימטר. השופט שהם הטעים את תכליתן של עבירות תעבורה ככלל – חשש לפגיעה בכושר הנהיגה של הנהג ומניעת סיכונים לו ולאחרים, ואת תכלית האיסור על נהיגה בשכרות – החשש מפגם בשיקול הדעת של הנהג ובכושר נהיגתו. בהמשך קבע שתכלית האיסור על נהיגה בשכרות מתקיימת גם כאשר הרכב במצב עמידה, בשל החשש שהנהג יעביר את הרכב למצב תנועה.⁴⁶

דוגמה אחרונה שאביא הייתה באותה שנה בעניין עזרא, כאשר השופט רובינשטיין הרשיע את הנאשם בבית המשפט העליון בחדירה לחומר מחשב אגב שכתוב לשון החוק והפיכת זיכוי בשתי הערכאות הקודמות שהתבססו על עקרון החוקיות. רובינשטיין הסכים שפרשנותו מרחיבה ופוגעת ברעיון האזהרה ההוגנת, אלא שהדבר נדרש להרשעת עברייני מחשב ממשיים ולהשגת תכלית האיסור – מניעת התנהגות לא-מוסרית עתידית לאחר החדירה.⁴⁷

המקרים שלעיל ואחרים כמוהם מלמדים על קוצר ידו של סעיף 1 לחוק העונשין. הרי איש ברשויות האכיפה ובבית המשפט אינו מערער על סעיף זה, ואף שופט אחד בישראל לא העז מעולם להכריז חגיגית על לידתה של עבירה חדשה. אולם אין זאת אומרת שבית המשפט אינו עושה פעולות שאין קושי לדמותן ליצירה של עבירה חדשה, "חקיקה פונקציונלית",⁴⁸ ובוודאי אין קושי לתארן כמילוי חלל מהותי בעבירה קיימת. כאשר המשטרה והתביעה נתקלות בסוג התנהגות חדש למראה, מקומם ופוגעני, הן אינן מרכינות ראשן בצער לנוכח סעיף 1 לחוק, אינן מתנצלות בפני הנפגע ואינן מרימות ידיים באמירה שאין מה לעשות, שזהו המחיר של עקרון החוקיות. המציאות רחוקה מכך מאוד.

44 ראו עניין דנ"פ כהן, לעיל ה"ש 17, פס' 9–25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

45 שם, פס' יד–כד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין.

46 רע"פ 5166/14 קרופצקי נ' מדינת ישראל, פס' 19–20, 32 לפסק דינו של השופט שהם (נבו 5.5.2015).

47 רע"פ 8464/14 מדינת ישראל נ' עזרא, פס' ז–כ לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (נבו 15.12.2015). לביקורת, ראו אסף הרדוף "מסע בין רשויות: חדירה לחומר מחשב וחדירה לבית המחוקקים" הסנגור 4 228 (2016).

48 מאמר אקדמי ודאי חופשי יותר להישען על מטפורות כדי להביע מסר לעומת פסק דין פלילי הקובע אשמה פלילית. לא למותר לציין שלא הייתי מוכן לבסס האשמה של שופט בגין חריגתו מהוראת ס' 1 לחוק העונשין על אותה "חקיקה פונקציונלית", שאינה אלא מטפורה אקדמית ואיננה כלי שבאמצעותו נחרצות זכויות וסנקציות משפטיות.

הדבר מתקשר לעמימות המשפט הפלילי ורוחבו. השאלה אם התנהלות אנושית נתונה היא עבירה לפי הדין הקיים היא לעיתים סבוכה מאוד, ומלאכת ה"שיוך" בין עבירה לבין הוויה אנושית אינה מדעית ואינה מדויקת, משום שהמשפט אינו מדע ואינו מדויק. חומרי הגלם המרכיבים כל עבירה פלילית – מילים – אינם תמיד קשיחים, וגם התוצר הכולל של חומרי הגלם – הגדרת העבירה – אינו תמיד קשיח. המשטרה והתביעה אינן יכולות להחשיד ולהאשים אדם בעבירה שאינה קיימת, בעבירה שהיא במוצהר חדשה, ואינן עושות כן, אולם הן יכולות גם יכולות להחשידו ולהאשימו בעבירה קיימת, בפרשנות חדשה שלה, והן עושות כן בהחלט. במקרים רבים לא מסובך לתאר הוויה אנושית, אף אם נראית חדשה ממבט ראשון, כיין חדש בבקבוק ישן, וקיימת מוטיבציה ברורה לתיאור מהסוג הזה ולא לתיאור מהסוג של בקבוק חדש. בבקבוק חדש המשפט הפלילי מנוע מלהגיב כלפי מעשים שנעשו לפני פרסום החוק החדש. לעומת זאת בבקבוק ישן המשפט הפלילי הקיים יכול להגיב, ואומנם כך הוא עושה, בשיתוף פעולה שיפוטי רחב.

מילים מסוימות בחוק הן עמומות ביותר, ומתירות קרקע רחבה לרשות האוכפת ולרשות השופטת לסרטט את גבולות האיסור כפי ראות עיניהן, בשרירותיות ובהיעדר שיטתיות, כמו למשל בעבירות ההמתה בישראל, שאינן כוללות רכיב התנהגותי ברור כלשהו ("הגורם"). אף שמפאת קוצר היריעה לא ארחיב את הדיון עליהן ואמנע מלהמחיש שפע עבירות עמומות ורכיבים עמומים בישראל, אני יכול שלא להזכיר את עבירת המעשה המגונה, עבירת הבסיס שנדונה בעניין פלוני, ולמנותה עם העבירות העמומות ביותר בספר החוקים, הגם שבענייננו התקיימה במובהק.⁴⁹ בעבירה זו ובאחרות המחוקק ויתר הלכה למעשה על כוחו לקבוע גבולות מהותיים לעבירה, והעביר את הכוח – במשתמע ולא בהסמכה מפורשת ושקופה – לרשויות האחרות. אלו אכן משתמשות בכוח, וברגיל לא לקול מחאתו של בית המשפט על הלשון החקיקתית הרחבה והעמומה.

כך למשל אף שהעבירה של מעשה מגונה באדם הוחלה בעבר בעקיבות רק על מגע מיני ישיר, במרץ 2020 הורשע פלוני בנחיצות בבית המשפט העליון במעשה מגונה באדם דרך האינטרנט, בלי בדל של ביקורתיות כלפי ההגדרה הרחבה והעמומה ביותר של המעשה המגונה.⁵⁰ הטכנולוגיה ששינתה את העולם ואת החברה הובילה גם לעבריינות בולטת בהקשר מיני, אשר בתורה ניתנת לתיאור כמשהו חדש או משהו ישן. במדינות אחרות התמודדו עם התרחישים הפוגעניים הללו בתיאורם כמשהו חדש, עבירות חדשות ומפורשות.⁵¹ לעומת זאת בחוק העונשין הישראלי לא היה מעולם סעיף בעבירת מין שהתייחס או הותאם במפורש לתקשורת ממרחק הכרוכה בניצול של צד חלש ומובילה אותו לעשייה מינית עצמית. אם נתאר את הפעולה הפוגענית הזו כמשהו חדש – ברור שהמשפט הפלילי יהיה מנוע מלהגיב עד שהמחוקק ייצר עבירה חדשה, ואז לא יהיה אפשר להחילה

49 אסף הרדוף "מעשה מגונה במשפט הפלילי" **דין ודברים** יד 15, 29–38 (2021).

50 ע"פ 1195/19 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פס' 20 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו 3.3.2020). כל זאת מצד הנואם המרכזי בכנס שנת המשפט התשע"א באוניברסיטת חיפה, שהדגיש בו שוב ושוב את חשיבותו של הפורמליזם כתפיסת נגד להתמקדות השיפוטית בערכים. דבריו פורסמו בהמשך כמאמר, ראו נעם סולברג "שמרו משפט ועשו צדקה" **דין ודברים** ח 13, 19–22 (2014).

51 למשל: 18 U.S.C. § 2422(b).

על מי שכבר ביצע את המעשים. התביעה הישראלית בחרה לתאר זאת כמשהו ישן והובילה לאישומים ולהרשעות בישראל בעבירות מין ממרחק ובאמצעות תקשורת בלבד, כולל אפילו עבירת המין החמורה מכול, האינסוס.⁵² כמו בעניין הדוד הפונקציונלי, מהלך חסר תקדים זה נעשה כדי להחמיר עם מי שפוגע בילדים. למרות זאת המהלך היצירתי לא גרם אפילו לשופט שטיין להרים גבה כאשר נתקל במבנה יצירתי זה, אומנם בדיון ענישה.⁵³ כך, התיאור של פעולה כסוג התנהגות חדש או כביטוי שונה לסוג התנהגות ישן משקף שיקול דעת, בחירה ובעיקר כוח שררה גדול של רשויות האכיפה בשלב ראשון, ושל הרשות השופטת בשלב השני. אלו באים בבירור על חשבון כוחו של המחוקק לייצר עבירה חדשה מתאימה ולצידה עונש מתאים, וכמובן על גבו וחירותו של הפרט הנאשם. לפיכך הרובד הראשון של עקרון החוקיות והחשיבות המעשית של סעיף 1 לחוק העונשין מתגלים כדלי משמעות במקרים רבים. כאשר הרשות האוכפת נתקלת בסיפורים מקוממים חדשניים, היא פשוט מחפשת עבירה קיימת לפרש בהרחבה, ופרשנות רחבה הרי ניתנת להחלה גם למפרע.⁵⁴ הואיל והדין הפלילי רחב ועמום במקרים רבים, מלאכת השידוך היצירתי מתאפשרת ומתממשת לא אחת בישראל.

4. חולשתה הערכית של התכלית

ככלל, כדברי השופט שטיין, לא כל פגיעה בערך המוגן המשווער – מכוסה בעבירה. הדגשה זו חשובה מאין כמוה בבואה מבית המשפט העליון, ואני מברך עליה. אולם אהיה נחרץ וחריף יותר: להערכתי רוב הפגיעות ברוב הערכים אינן בבחינת עבירות פליליות. ממילא אין לנו רשימה פורמלית של ערכים מוגנים מצד אחד, וסולם מדויק למדידת הפגיעה ובתוכו רף מינימלי מצד אחר.⁵⁵ אין סוף מעשים ניתנים לתיאור כפוגעים בערכים כמו החיים, שלמות

52 אסף הרדוף "פסיכזום שיפוטי ומשפט פלילי פיקטיבי: על הרשעות בלתי-יסודיות ובעיית השקר המשפטי" **המשפט** כד 39, 41–45 (2018).

53 ע"פ 3792/18 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 11.11.2018). עד היום טרם הכריע בית המשפט העליון אם המבנה תקף, אולם לא הביע כל תהייה ביקורתית על קיומו במסגרת ערעורי ענישה. ראו למשל ע"פ 707/14 **פלוני נ' מדינת ישראל** (נבו 6.7.2015); ע"פ 8720/15 **מדינת ישראל נ' פינטו** (נבו 11.9.2016).

54 ראו את הציטוט שהביא הנשיא ברק במ"ח 8390-01 **אקסלרוד נ' מדינת ישראל**, פ"ד ס(2) 607, פס" 10 (2005) מתוך דברי השופט הולמס ב-(1910) 349, 372 U.S. *Kuhn v. Fairmant Coal Co.*; "החלטות שיפוטיות פועלות למפרע קרוב לאלף שנים".

55 בעיה דומה קיימת במשפט האנגלו-אמריקני, הסובב סביב עקרון הנזק. קשה למצוא הגדרה בהירה וחדה למונח "נזק", וכך ניתן לתאר כמעט כל דבר כנזק וכמעט כל פעולה כמזיקה, במיוחד אם מביאים בחשבון נזק פוטנציאלי ויצירת סיכון בנזק. ראו למשל: Andrew Von Hirsch, *Extending the Harm Principle: 'Remote' Harms and Fair Imputation*, in HARM AND CULPABILITY 259, 260–264 (Andrew P. Simester & Tony H. Smith eds., 1996); Bernard E. Harcourt, *The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 110–113 (1999); Matthew D. Adler, *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 MINN. L. REV. 1293, 1310–1312 (2003); Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. PA. L. REV. 963, 966–970 (2003); Douglas Husak, *What Moral Philosophers Might Learn from Criminal Theorists*, 36 RUTGERS L. J. 191, 192–193 (2004); R. A. Duff, *Criminalizing Endangerment*, 65 LA. L. REV. 941, 963–965 (2005); Andrew Ashworth, *Conceptions of Overcriminalization*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 407, 413–417 (2008).

הגוף ובריאותו, חירות התנועה, קניין, פרטיות, אוטונומיה וכדומה. הרחבתי על הדיסוננס הזה בביקורתיות בהזדמנויות רבות ובהקשרים מגוונים: מעשים רבים שאינם נחשבים לעבירות נתונות פוגעים בבירור פגיעה חמורה בתכליתן הפסיקתית. כך למשל מעשים רבים שאינם גנבה – פוגעים קשות בקניין;⁵⁶ מעשים רבים שאינם אונס – פוגעים קשות באוטונומיה המינית;⁵⁷ מעשים רבים שאינם נחשבים להתעללות בבעלי חיים – פוגעים קשות בתכליות החמלה, ההוגנות וההגינות כלפי החלשים והרגישות לאחר;⁵⁸ הימורים שנעשים כחוק ובחסות המדינה – פוגעים קשות בערכים המגוונים המשווערים של עבירת ההימורים, כמו ערכי עבודה, הגנה מפני התמכרות ועוד, וגם מעשים רבים אחרים פוגעים בערכים אלו;⁵⁹ איומים חוקיים רבים – פוגעים קשות באוטונומיה האנושית;⁶⁰ מעשים רבים מסכנים מאוד את בריאות הציבור ופוגעים בה קשות, ולא רק הפצה של מחלות קטלניות פוגעת כך.⁶¹

הודאתו הברורה והלא מתנצלת של שופט עליון, בפסק דין שהמשפט הפלילי אינו מספק הגנה מלאה לתכליתו, היא בעלת חשיבות עצומה. פירושה לא רק הבנה של קוצר ידו של האיסור להגן על עבירה גם בהקשרים שלכאורה תכליתה נפגעת בהם אלא גם השלמה עם קוצר היד כל עוד לא תוקן האיסור.

אולם עולה שאלה, שאינה נדונה בפסק הדין, והיא אולי אחת השאלות הקשות והחשובות ביותר במשפט הפלילי המהותי, אולי אפילו שאלת השאלות: מדוע. מדובר לא בשאלה נקודתית אלא בשאלה חוזרת ואף סדרתית, כפי שהמחשתי לעיל, אולי אפילו שאלה מובנית. חרף רוחבה וחרף חשיבותה העצומה הברורה מבחינה פורמלית ומבחינה נורמטיבית, מפתיע לגלות כי לא רק שלא הוצעה לה תשובה בהירה בפסק הדין ובספרות המשפטית בישראל, אלא שלא הוצעה לה תשובה כלל.

אומנם שיח הערכים הישראלי הזכיר לעיתים נדירות ובאופן אנקדוטי שאין עבירה חופפת את הערך המוגן בה, בעיקר במסגרת הבהרה שבית המשפט אינו יכול להרחיב עבירה מעבר ללשונו. שני המקורות שאליהם הפנה השופט שטיין באמירתו שתכליתו של איסור אינה מוגנת במלואה באמצעות האיסור – ספרו הנפלא של פרופ' פלר ומאמר הביקורת החשוב של פרופ' קרמניצר – לא הרחיבו כלל על הדיון העקרוני בתכלית העבירה ולא הסבירו כלל מדוע עבירות אינן מגינות על הערכים שבבסיסן במלואם, לא כל שכן

56 אסף הרדוף **עברת הגנבה** פרק 4 (2014).

57 אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצרנית ועל דיני האונס, מטרם וגבולותיהם" **עלי משפט** יג 65, 89–91 (2016) (להלן: הרדוף "אינוס מרחוק"). עוד ראו Asaf Harduf, *Normatively Shattered: Abolishing Rape Law and Reconstructing Sex Offences* (unpublished, on file with author).

58 אסף הרדוף "התעללות ראווה"? בין צער בעלי חיים לעונג האדם" **דין ודברים** י 141, 197–200 (2017).

59 אסף הרדוף "הימור מסוכן: מבט נורמטיבי ביקורתי בדיכטומיה פרטי-ציבורי במשטר ההימורים הישראלי" **משפט וממשל** יח 157, 190–194 (2017).

60 אסף הרדוף "עבירה מאיימת – מבט ביקורתי בעברת האיומים" **משפטים על אתר** יג 33, 48 (2019).

61 אסף הרדוף "טיפול פלילי – איסור חולה: מבט ביקורתי בהפללה של הפצת מחלות פוטנציאלית" **משפט וממשל** כד (צפוי להתפרסם ב-2021).

הצדיקו זאת.⁶² בחלוף כארבעים שנה מאז פרסום החיבורים הללו טרם סיפקה הספרות המשפטית בישראל הצדקה נורמטיבית למצב זה, ולמצער הסבר. לא רק זאת, המשפט הישראלי בכלל והמשפט הישראלי הפלילי בפרט סובבים עשרות שנים סביב שיח של ערכים מוגנים,⁶³ אולם מבט ערכי מופשט בעבירה אינו מסוגל לספק הצדקה ערכית לחוסר יכולתה הלשונית להגן על הערך במקרים רבים אחרים ולהגן נורמטיבית על צרות היתר שלה.⁶⁴ הספרות המשפטית בישראל, למרות חיבורה לשיח הערכים המוגנים, כמעט שאינה מכירה במציאות זו או מתייחסת אליה חרף חשיבותה הערכית העצומה. התהייה מתגברת בשל החיבור החוקתי הפוטנציאלי לבעיה. בשפה החוקתית, אם תכליתו של חוק אינה מושגת במקרים רבים, ספק אם הוא עומד במבחן המשנה של המידתיות שעניינו התאמה רציונלית בין האמצעי (החוק) למטרה (התכלית או הערך המוגן).⁶⁵ מדוע הערכים המוגנים בבסיסה של עבירה – אולי כל עבירה – אינם מוגנים על ידיה במקרים רבים, ומה ההצדקה הערכית לכך?

בהיעדר הצדקה ערכית ברורה ועקיבה להימנעות מהגנה על הערך המוגן הרלוונטי גם במקרים שהוא נפגע פגיעה קשה ומכוערת, ההישענות על שיח הערכים המוגנים הולכת ונחלשת. סבורני שמה שמנע מאיתנו להגיע למסקנה העגומה הזו עד עתה היא נטייתנו להיצמד להקשר צר, כמו גם נטיית המלומדים של המשפט הפלילי המהותי בעולם המערבי להזניח את החלק הספציפי ולהתמקד בדוקטרינות בחלק הכללי,⁶⁶ אף שגם בו אין קושי לזהות דיסוננסים ערכיים.⁶⁷ שיח פלילי ערכי שיטתי – דיון רחב ומעמיק באופן שבו המשפט הפלילי מתייחס לערך מוגן מסוים שלא בזיקה לעבירה מסוימת דווקא – האוטונומיה האישית, הזכות לקניין, הזכות לחירות, הזכות לחיים, הזכות לשלמות הגוף וכדומה – אינו נערך בישראל ובמקומות אחרים, אולי משום מורכבותו, רוחבו ועומקו, ואולי משום נטייה אקדמית להיצמד למבנים קונקרטיים ולא לערכים מופשטים. אם ייערך שיח כזה, הוא יוביל לזיהוי בורות ערכיים רבים שאינם מוגנים בעבירה, כפי שתואר לעיל בדבר שפע של עבירות.

לא כל עבירה או נסיבה לחומרה נאמנה לערך המוגן המשווער במלואו. כדי לזהות זאת בקלות לא צריך אלא לנתק ביניהן לרגע, לשים בצד את העבירה או הנסיבה המחמירה

62 ראו פלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 11–12; מרדכי קרמניצר "ברייחה ממשמורת חוקית, במחדל? – הערה נוספת" עיוני משפט י 195, 202 (1984).

63 מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות פרק ו (חיבור לשם קבלת תואר "דוקטור למשפטים", האוניברסיטה העברית 1980) <https://bit.ly/35Uba1w>; מרדכי קרמניצר "האם חסרי עבירות אנחנו?" משפטים יג 159, 160 (1983); רע"פ 2660/05 אונגרפלד נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (נבו 13.8.2008).

64 נושא צרות היתר של עבירות מעסיק אותי זה יותר מעשור, ראו אסף הרדוף הפשע המקוון 73–76 (2010).

65 למבחן זה, ראו אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה פרק 10 (2010).

66 Douglas Husak, *Crime Outside the Core*, 39 TULSA L. REV. 755, 767 (2004).

67 כך למשל החקיקה המתווה את הסמכות האקסטרה-טריטוריאלית מלאה דיסוננסים ערכיים, חלקם מפורשים ועולים בבירור מלשון החוק. לביקורת, ראו אסף הרדוף "תפסת מקצת, תפסת הכל: עולם ללא גבולות, משפט ללא גבולות – תחולת המשפט הפלילי הישראלי על פעילות מקוונת, בשום מקום ובכל מקום" מאזני משפט יג (צפוי להתפרסם ב-2021) (להלן: הרדוף "תפסת מקצת, תפסת הכל").

ולתמקד רק בערך המוגן המשווער: אילו עוד סוגי התנהגות פוגעים בו? התשובה לשאלה זו תחשוף את צרות היתר הערכית של העבירה. אם נחפש – נמצא. גם בארצו של הדוד סם זיהה מאמר משנת 2013 סתירה ערכית בדיני האונס, שם באשר לשאיפה להגן על האוטונומיה המינית בעבירה זו מחד גיסא, לצד הימנעות מהפללה ברוב המוחלט של מקרי משגל במרמה מאידך גיסא.⁶⁸ המאמר הוליד גל תגובות אקדמיות בניסיון להתיר את הסבך הערכי, לרבות בהצעת בסיס ערכי שונה לאחת העבירות המפורסמות בעולם, זו שלכאורה כה ברור שנועדה להגן על האוטונומיה המינית.⁶⁹ הדיסוננס הערכי שנחשף שם אינו אלא קצהו של קרחון ערכי ענק, שרובו עדיין נסתר מעין.

בעיניי, פירוש הדבר מטריד ומרחיק לכת הרבה יותר ממה שעולה מפסק דין פלוגי: איננו "יודעים" את התכלית המדויקת,⁷⁰ אם בכלל קיימת כזו, או איננו מזהים אותה בחדות. אנו פשוט מסתפקים באמירה אינטואיטיבית, המחברת את העבירה לנרטיבים מוכרים ולסכמות חברתיות ומשפטיות שכיחות, בלי לבחון ביסודיות ובשיטתיות את הזיקה בין יסודות העבירה לבין תכליתה המשווערת. אם איסור מבוסס על רצון להגן על ערכים, ואם הערכים הללו נפגעים קשות בהרבה מקרים אחרים מבלי שהאיסור חל, ואף (ובעיקר) מבלי שאיזשהו איסור אחר חל – בסיס ההצדקה הערכי לאיסור שבנידון מתערער, מיטלטל ואולי אף קורס. אולם ברגיל איננו דנים בכך ואף איננו מכירים בכך, אולי משום שאם נתחיל נגלה שההצדקות הערכיות בבסיס המשפט הפלילי בפרט ובבסיס המשפט בכלל – מתנפצות לרסיסים.⁷¹

דומה שהמשפט הפלילי הקיים וזה שאינו קיים מוסברים טוב יותר במבט בהיסטוריה ובתרבות,⁷² ולצידם גם פוליטיקה.⁷³ המשפט בכלל והמשפט הפלילי בפרט משקפים סיפור היסטורי, תרבותי ופוליטי, וסיפור זה מסביר מה הופלל ומה לא, מה הוחמר ומה לא. כל הסיפורים הללו יספקו עובדות מאירות עיניים, אך הטוב שבהסברים העובדתיים אינו מסוגל כשלעצמו לספק הצדקה ערכית או אפילו להתקרב לכך.

68 Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372 (2013).

69 ראו למשל Ben A. McJunkin, *Deconstructing Rape by Fraud*, 28 COLUM. J. GEN. & L. 1 (2014); Stuart P. Green, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, in LAW AND LIES: DECEPTION AND TRUTH-TELLING IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM 194 (Austin Sarat ed., 2015); Catharine A. MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 HARV. L. & POL'Y REV. 431 (2016); Luis E. Chiesa, *Solving the Riddle of Rape-by-Deception*, 35 YALE L. & POL'Y REV. 407 (2017).

70 ראו סנגירו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!", לעיל ה"ש 18, בעמ' 181.

71 ראו Asaf Harduf, *Criminal Law's Normative Schizophrenia: Personal Autonomy, Fraudulent Sex, and Intimate Abuse* (unpublished, on file with author) (להלן: *Normative Schizophrenia*).

72 ראו פלר, לעיל ה"ש 13, בעמ' 116–117; יורם שחר "משפט פלילי ותרבות בישראל" פלילים ז' 77, 81 (1998); Roger A. Shiner, *Theorizing Criminal Law Reform*, 3 CRIM. L. & PHILOS. 167, 174–175 (2009).

73 Paul Rosenzweig, *Epilogue: Overcriminalization: An Agenda for Change*, 54 AM. U. L. REV. 809, 809, 812 (2005).

צרות יתר ערכית זו אינה משמחת, אך היא חלק מהמשפט הפלילי, ולא חלק קטן כפי שניתן אולי להסיק מדברי השופט שטיין על כללים ועקרונות. אם נביט בערכינו בשיטתיות ובמנותק מהסדר משפטי צר העומד על הפרק נגלה שבהקשר אחד המדינה מגינה עליהם בחירוף נפש, בהקשר אחר היא אדישה להם, ובהקשר נוסף תוקפת ואפילו מפלילה אותם.⁷⁴ יתרה מזאת: צרות יתר זו היא חלק – גם הוא לא קטן – מהחיים האנושיים, אשר מלאים בדיסוננסים ובסתירות ערכיות, למשל בין סירובנו הערכי להמית ולאכול בעלי חיים מסוג מסוים לבין בחירתנו השיטתית להמית ולאכול בעלי חיים מסוג אחר.⁷⁵ בדומה לזה, העניין הרב שיש לנו בהגנה על קטינים מפני עבירות מין, לצד העניין הפחות ממנו שיש לנו בהגנה עליהם מפני אלימות, מפני פגיעות נפשיות ורגשיות שקטינים אחרים מסיבים להם וכדומה – הוא דיסוננס. גם את אלו לכל היותר ניתן להסביר באמצעות הישענות על תרבות ועל היסטוריה, אך להצדיקם בשפת הערכים – בלתי אפשרי.

5. נגד פרשנות תכליתית מרחיבה

הפרשנות התכליתית במשפט הפלילי הרחיקה לכת בישראל עד כדי נכונות של הפרקליטות לטעון בענייננו שדוד הוא גם מי שהיה דוד אך הפסיק להיות. זהו טיעון בסגנון ההגדרה המטרידה והמוזרה שעדיין מופיעה בפקודת הדיג, 1937, למונח "דג": "כל חייט-מים בין שהיא דג ובין שאינה דג". טיעון הדוד הפונקציונלי אינו הפרשנות המטפורית הראשונה שמעלה התביעה. לפני יותר מעשור הפכה התביעה את דיני העונשין לדיני המשלים וטענה בבית המשפט העליון שיש להחיל את עבירת הגנבה על העתקת מידע ממוחשבת, ואף שהעבירה דורשת כוונה לשלילת קבע, שבבירור אינה מתקיימת בהעתקת מידע, העתקת בחינות גורמת לאובדן ערכן לבעלים, "והדבר משול לשלילה עולמית".⁷⁶ בחלוף שנים ספורות טענה התביעה שלצורך העבירה של הפקדה לאחר פגיעה, בסעיף 64א לפקודת התעבורה [נוסח חדש], התשכ"א–1961, גם הנוסע שליד הנהג הוא "נהג".⁷⁷ בהמשך טענה התביעה שהמונח "באדם" בעבירת המעשה המגונה כולל גם אדם מת.⁷⁸ בלשון אחרת, שלילת קבע פונקציונלית, נהג פונקציונלי ואדם פונקציונלי. ניכר שהתביעה תופסת את הפרשנות התכליתית ככלי שיטתי לגיטימי להרחבת האחריות הפלילית בדרך להרשעתו ולענישתו של מי שהיא סבורה שראוי להרשעה ולעונש. האחריות לכך מוטלת קודם כול על

74 כך למשל בנוגע לאוטונומיה האישית, ראו Harduf, *Normative Schizophrenia*, לעיל ה"ש 71.

75 ראו מרווין הריס **פרות קדושות וחזירים משוקצים** (ציפי בורסוק מתרגמת, 1987); FREDERICK J. SIMOONS, *EAT NOT THIS FLESH* (2nd ed. 1994). פראנסיון (Francione) הרחיב על "סכיופריה מוסרית" בעניין בעלי חיים, ראו Gray L. Francione, *The Use of Nonhuman Animals in Biomedical Research: Necessity and Justification*, 35 J. L. MED & ETHICS 241 (2007). כן ראו אסף הרדוף "דיני הסוס? דיני האפסיים והדיסוננסים: ההצדקה למחקר והוראה של דיני בעלי חיים" **מעשי משפט יג** (צפוי להתפרסם ב-2021); אסף הרדוף "אילו היו מוגנים: שפה, משפט והמשגה של פגיעות אנושיות בבעלי חיים – שבירת החומות הקוגניטיביות" **משפט וממשל** (צפוי להתפרסם).

76 רע"פ 11066/03 **מדינת ישראל נ' רום**, פס' ג לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו) 28.5.2007.

77 ע"פ 2247/10 **ימיני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סד(2) 666, פס' 30 לפסק דינו של השופט עמית (2011).

78 ע"פ 7128/16 **פלוגי נ' מדינת ישראל** (נבו) 16.5.2018.

בית המשפט, שלפחות במקרים רבים, כאמור לעיל, משתף פעולה עם קו זה, וכן על המחוקק, שלא יצר כללי פרשנות פורמליים בהירים ומחייבים.

מלבד עקרון החוקיות ומטרותיו, תפקודה המעשי של הפרשנות התכליתית ככלי להרחבת האחריות הפלילית מקומם על רקע תפקידה הזניח עד לא קיים בהצרה של אחריות פלילית. הואיל ותכליתו של איסור פלילי אינה חלק פורמלי בו, אינה יסוד בעבירה, הנאשם אינו יכול לטעון שאין להרשיעו משום שתכלית האיסור לא נפגעה ממעשיו. למשל, לאחר שקבע בית משפט העליון שהאיסור על חדירה לחומר מחשב בא כדי למנוע פשע או נזק מאוחר, נאשמים עתידיים לא יזוכו רק משום שחדרו לחומר מחשב בלי לפשוע ולהזיק בהמשך.⁷⁹ בדומה לזה, בית המשפט העליון קבע בעבר שהערך המוגן בעבירת הגנבה הוא קניינו של הפרט.⁸⁰ אדם שגנב מאחר את רכושו ונתפס מייד, ולא פגע אפוא ברכוש ואף לא גרע מבעליו את השימוש בו, לא יזוכה אם יטען בבית המשפט שתכלית האיסור לא נפגעה ממעשיו. בית המשפט העליון קבע שעבירת האיומים באה להגן על שלווה נפשית וביטחונו של הפרט, על חופש הפעולה והבחירה שלו.⁸¹ נאשם אשר יטען שלא פגע כאמור, משום שהמאומים לא הוטרו מדבריו אפילו טיפה – לא יישמע בטענה זו, והיא לא תבסס עילה לזיכויו. מי שמשתמש בסם מסוכן ללא היתר, אף אם יצליח לשכנע את בית המשפט שלא הייתה כל סכנה במעשיו לערך המוגן העמום במיוחד בעבירה זו – לא יוביל בכך לזיכויו.⁸²

הרעיון שלפיו בתיק מסוים התקיימו יסודות העבירה אך בלי לפגוע בתכליתה, צריך להטרידנו עד מאוד, אפילו לטלטל אותנו מבחינה נורמטיבית. עבירה שהרציונל שלה חל רק על חלק מההתנהגות הנאסרת, שאפשר לעבור על לשונה גם בלי לפגוע ברציונל שבבסיסה, היא רחבה מדי (overinclusive).⁸³ פירושו של מצב דברים זה הוא בכירור הפללת יתר, על כל הרע שיש בזה: פגיעה לא רציונלית ולא מידתית בפרט ובזכויותיו, ערעור ערכי החברה, מתן כוח עודף לרשויות האכיפה, בזבוז משאבים ועוד.⁸⁴ הסיבה היחידה להרשעתו

79 למקרים כאלו, ראו אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואחרים 651, 678 (אלון הראל עורך, 2017) (להלן: הרדוף "חומר מחשב").

80 ראו למשל ע"פ 232/93 הרנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(5) 787, 810–814 (1993); דנ"פ 2334/09 פרי נ' מדינת ישראל, פ"ד סד(3) 502, פס' 47–50 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011).

81 רע"פ 8736/15 צוברי בר נ' מדינת ישראל, פס' 20–22 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 17.1.2018).

82 אף שעבירות הסמים רחבות, חמורות ומגוונות, השיח באשר לתכליתן דל ביותר, וקשה אפילו לאתר התייחסות שיפוטית לתכלית המדויקת בישראל. הספרות המשפטית מפנה לתכליות מגוונות ושונות מאוד זו מזו, ראו למשל DOUGLAS HUSAK & PETER DE MARNEFFE, THE LEGALIZATION OF DRUGS 41–71 (2005).

83 DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW 154–157 (2008) (להלן: HUSAK, OVERCRIMINALIZATION).

84 ראו Geraldine Szott Moohr, *Defining Overcriminalization through Cost-Benefit Analysis: The Example of Criminal Copyright Laws*, 54 AM. U.L. REV. 783, 784–785 (2005); Erik Luna, *The Overcriminalization Phenomenon*, 54 AM. U. L. REV. 703, 716–718 (2005); Sara Sun Beale, *The Many Faces of Overcriminalization: From Morals and Mattress Tags to Overfederalization*, 54 AM. U.L. REV. 747, 748–751 (2005).

ולענישתו היא פורמלית וטכנית – עצם קיומו של החוק והפרתו אותו.⁸⁵ זו אינה נתפסת כסיבה נורמטיבית חזקה מספיק, למשל, כדי להותיר על כנה את הרשעתו של מי שעבר על החוק בעבר, לאחר שהתפיסה הערכית שבבסיסו השתנתה והאיסור בוטל.⁸⁶ התכלית היא הרי רוחה ונפשה של העבירה, הסיבה לקיומה, הסיבה ללידת האיסור הפלילי, על כל כוחו מעורר המורא.⁸⁷ מבחינה ערכית הפללת יתר היא פסולה ומסוכנת, משום שהיא מובילה להחשדה, להאשמה, להרשעה ולהענשה של מי שאין סיבה ערכית טובה להענישו, מי שאין תאוריה והצדקה בבסיס ההפללה של מעשיו.⁸⁸

עבירה שגופה רחב מתכליתה מטרידה עד מאוד ומטלטלת. לא פחות מטריד ומטלטל הוא חוסר הנפקות המשפטית הפורמלית בישראל של טיעון הגנה על רוחב יתר ערכי של גוף העבירה. הנאשמים שתוארו לעיל ואחרים כמוהם לא יוכלו לטעון לפרשנות תכליתית מזכה בלי שיצביעו על עוגן לשוני מצמצם באיסור כדי להיכנס לסעיף 34 כא לחוק העונשין. במצב שלשון העבירה מתקיימת במובהק, דיון שיפוטי תכליתי אפילו לא ייערך, לא כל שכן יוביל לזיכוי. במקרים רבים שבהם לשון החוק ברורה ומרשיעה, תכלית האיסור אינה נזכרת כלל בפסק הדין, ולחלופין נזכרת בקצרה, כשהיא שטחית למדי.⁸⁹ התכלית אינה מכשיר מחייב בדין הפלילי בישראל. היא כלי רטורי בדיוני ענישה מזה, וכלי לחסימת טענות הגנה רבות בדבר פרשנות לשונית סבירה מצמצמת בסעיף 34 כא מזה, הודות לבחירתו הנפסדת של המחוקק לשלב בסעיף את המילים "לפי תכליתו". אולם זיהוי מדויק של התכלית הוא מלאכה מורכבת בהרבה ממה שנדמה ממבט אינטואיטיבי קצר, כפי שיומחש בפרק הבא.⁹⁰ ממילא יוכל בית המשפט, אם ירצה בכך, לדחות טענה תכליתית של נאשם שלפיה הערך המוגן לא נפגע – באמצעות המשגתו מחדש של הערך המוגן, באמצעות קביעה שהערך המוגן נפגע פגיעה מופשטת וסמלית, ואפילו באמצעות קביעה שאין הוכחה שהערך לא נפגע.

85 הארט (Hart) כתב כי תפיסתה של עבירה ככל מה שהמחוקק מכנה עבירה מנוגדת להבנה הרווחת בחברה והיא בבחינת פשיטת רגל אינטלקטואלית, ראו Henry M. Hart, Jr, *The Aim of the Criminal Law*, 23 LAW & CONTEMP. PROBS. 401, 404 (1958).

86 ראו את ס' 4 ו-5 (א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

87 אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" **משפטים** מב 243, 272–273 (2012) (להלן: הרדוף "פסקת ההפללה").

88 שאלת ההצדקה להפללה היא מהמורכבות ביותר במשפט הפלילי. שיח ההפללה כולל דיונים רבים על תנאי מינימום מהותיים להפללה, הרחק מעבר לקביעת הגדרה של עבירה בחוק ופרסומה: JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARM TO OTHERS* (1984); JONATHAN SCHONSHECK, *ON CRIMINALIZATION* (1994); NINA PERŠAK, *CRIMINALISING HARMFUL CONDUCT: THE HARM PRINCIPLE, ITS LIMITS AND CONTINENTAL COUNTERPARTS* (2007); Husak, לעיל ה"ש 83.

89 גם הסייג בס' 34 לחוק העונשין, זוטי דברים, אינו מפנה במפורש אל התכלית, וממילא סייג זה אינו זוכה ביישום רחב בפסיקה. ראו למשל ע"פ 807/99 **מדינת ישראל נ' עזיזיאן**, פ"ד נג(5) 747, 761–762 (1999).

90 ראו הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 110–126; הרדוף "חומר מחשב", לעיל ה"ש 79, בעמ' 666–682.

פרשת **רומנו** היא דוגמה נדירה שבה הציעה השופטת פרוקצ'יה לזכות מארגון משחק אסור את מי שבבירור קיים את יסודות העבירה אך בלי לפגוע בתכליתה נוכח השווי הזניח של הזכייה, נקודות המאפשרות להמשיך לשחק במכונה. זאת ותו לא.⁹¹ אולם היא הייתה בדעת יחיד. בדעת רוב ציין השופט זמיר בקצרה שאין "הוכחה" שהמשחק האמור אינו פוגע בערך המוגן, ושם רוצה המחוקק להתיר משחק כזה, יוכל לתקן את החוק.⁹² דוגמה נדירה נוספת לתרומה תכליתית לזיכוי במצב שבו יסודות העבירה התקיימו בבירור עלתה בעניין **טמטאורי**, שבו זיכתה השופטת ברק-ארוז נאשם בביצוע רצח השעון על המתה בניסיון להימלט לאחר ביצוע עבירה פלילית, אגב דיון ביקורתי בתכליתו של סעיף החוק (שתוקן מאז) והסתפקות בהרשעתו בהריגה, בגנבה ועוד.⁹³ אולם ברגיל, כאמור, לאי-התקיימות התכלית אין משמעות משפטית מזכה מבחינת הנאשם, ומשכך התכלית הופכת ל-"non-issue". הדרך היחידה לנסות לרתום אותה ככלי מזכה היא לפנות למשפט החוקתי ולטעון לפרשנות מצירה בהישען על תכלית האיסור.⁹⁴ אולם כפי שיצוין בפרק ג, המשפט החוקתי בישראל, בלשון המעטה, אינו מצטיין בהשפעה על המשפט הפלילי המהותי ובהצרתו.

במציאות משפטית שבה התכלית כמעט שאינה מזכה לעולם את מי שבבירור הגשים את לשון העבירה, נחלש עוד יותר תוקפה של ההישענות על הפרשנות התכליתית ככלי להרחבתם של איסורים פליליים מעבר ללשונם.⁹⁵ לעומת זאת מי שתומך בתכלית כדרך להרחבת איסור מעבר ללשונו מפאת חשיבותו העודפת של הערך המוגן ומרכזיותו, שומה עליו להסביר ולהצדיק מדוע חשיבות עודפת זו של התכלית אינה מובילה לצמצום איסורים שלשונם התקיימה בלי פגיעה ערכית לצידה.

בשל המגמה התכליתית המרחיבה ארוכת השנים קשה להיות אופטימיים בדבר צמצום ההישענות על התכלית לשם הרחבת האחריות הפלילית. גם ההנמקה של השופטים פוגלמן ויילנר רחוקה מלהביע מחויבות מלאה לעקרון החוקיות וגט כריתות לפרשנות התכליתית המרחיבה. השופט פוגלמן הדגיש את המחיר המוגבל לזיכוי, שהרי ממילא פלוני הורשע בעבירה אחת, וממילא ניתן לשקול את קרבתו למשפחה כשיקול עונשי.⁹⁶ השופטת וילנר תמכה בתוצאה אך התרחקה מהשיח העקרוני הכללי של השופט שטיין והפנתה לפרשת **כהן**⁹⁷ כתימוכין לאפשרות לחרוג מלשון החוק להרחבת איסור במקרים נדירים בלי להסבירם.

91 ראו רע"פ **רומנו**, לעיל ה"ש 29, פס' 12–18 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

92 שם, פס' 1–2 לפסק דינו של השופט זמיר.

93 ע"פ 6026/11 **טמטאורי נ' מדינת ישראל** (נבו 24.8.2015).

94 הרדוף "פסקת ההפלה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 296–298.

95 סנג'רו טען שהשימוש הראוי היחיד בתכלית העבירה הוא לצמצום האחריות הפלילית, ראו סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!", לעיל ה"ש 18, בעמ' 184–185.

96 לצד זאת ראוי לציין את היצמדות השופט פוגלמן לעקרון החוקיות בתיק אחר שעסק במעשה מגונה, ראו ע"פ 7128/16, לעיל ה"ש 78. את פסק דינו שיבחתו במקום אחר, ראו אסף הרדוף "הרצחת וגם ביזית? כבוד המת והפללת החי: על הפללת הפגיעה בגופה" **משפטים על אתר** טו 1 (2020) (להלן: הרדוף "הרצחת וגם ביזית?").

97 דנ"פ **כהן**, לעיל ה"ש 17, פס' 9–25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

ובכל זאת פסק דינו של השופט שטיין הוא ראשית תקווה לשינוי. השיעור החשוב שהביא השופט שטיין מהדוד סם בתחילת פסק הדין הוא אוויר לנשימה עבור עקרון החוקיות, אשר נחנק בישראל כבר עשרות שנים. פרשנות תכליתית אינה יכולה ואינה צריכה לתמרן את השפה הפשוטה. אפילו הנכונות השיפוטית לעסוק בה במצב שהחוק ברור ומזכה, כשיקול עיוני המצדד בהרשעה, בשונה מהנמקה ומהסבר על דחייה כמו בעניין פלוני, היא פסולה. כאשר הלשון בהירה ולטובה הנאשם, שום תכלית אינה יכולה להרחיבה, לעקמה ולסלפה. כל עוד התכלית לא הפכה ליסוד בעבירה, היא אינה רלוונטית כלל לשאלת ההרשעה של מי שבבירור אינו מקיים את לשון העבירה. הרלוונטיות שלה מוגבלת לשם חשיבה מחודשת על החוק לקראת בנייתו מחדש ברשות המחוקקת.

ב. בן משפחה – ביולוגיה, חתונה ופונקציונליות

1. לשון ודוקטרינה

ככלל, פרשנות תכליתית אינה צריכה להוביל להרחבת איסורים פלייסיים. גם קונקרטי ההרחבה שיזמה התביעה ואימץ בית המשפט המחוזי – בעייתית עד מאוד. עד נובמבר 2020 היתקלות מקוונת בצימוד הכתוב "דוד פונקציונלי" ודאי הייתה מעלה על הדעת דוד מים יעיל, המתחמם במהרה ומספק מים חמים בשפע, ואומנם מי שהיה מחפש את הביטוי המדויק בגוגל היה מגיע לאתרים המציעים דודי מים למכירה.⁹⁸ גם בעלי דמיון עשיר ודאי לא היו מעלים בדעתם שהצימוד האמור מכונן לתיאור משפחתי הנוגע למי שהיה נשוי לדודה ביולוגית, התגרש ממנה, אך נותר בקשר עם המשפחה; לא כל שכן מבססים על צימוד זה ניסיון להרחבה דרמטית של האחריות הפלילית, אשר פירושה עלייה של חמש שנות מאסר לעומת עבירת הבסיס, תוספת של 50%, כעולה מסעיף 351(ג) (2) לחוק העונשין. אולם יש יצירתיות ברשויות האכיפה. כך כתב השופט שטיין במפורש,⁹⁹ וכך כתבתי לפני שנים בכותרתו של מאמר שבגופו עסק בהרחבת גבולותיה של עבירת האונס אל העולם המקוון.¹⁰⁰

למען האמת, כדבריו האמיצים של השופט שטיין בתחילת הדיון: שאלת הדוד הפונקציונלי לאו שאלה היא. בשיטת משפט המחויבת ללשון החוק בפרט ולעקרון החוקיות בכלל – איש בתביעה לא היה מעלה אותה בדעתו ולא היה מעז לטעון אותה, ולא היה צורך במאמרי. עצם הטיעון התביעתי, עצם ההרשעה בבית המשפט המחוזי ועצם הדיון הארוך יחסית בבית המשפט העליון – כל אלו מלמדים עד כמה הרחקנו לכת מעקרון החוקיות ועד כמה ארוכה דרכנו חזרה. כעולה מפרק א, בשיטה המחויבת לעקרון החוקיות הפרשנות התכליתית בכלל אינה סוגיה שצריכה לעלות כטיעון להרחבתו של איסור מעבר ללשונו הברורה. איסור ברור – גם אם לכאורה נראה צר מהראוי בהקשרו – עדיין מחייב; כך בכלל

98 למשל: "דודי דנקו" Techno <https://bit.ly/3w5spHY>. כיום, החיפוש יוביל קודם כול לפסק הדין שבנדון.

99 ע"פ 3583/20 פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 36, 39 לפסק דינו של השופט שטיין.

100 הרדוף "אינוס מרחוק", לעיל ה"ש 57, בעמ' 128–129.

וכך בענייננו. המובן המובהק של "דוד" שעון על קשר ביולוגי וכן על קשר נישואין עכשווי. בהשאלה, "דוד" הוא כינוי המאפיין אדם מבוגר, אהוב או חבר, לרבות ידיד המשפחה.¹⁰¹ במשפחות מסוימות, למשל זו שבסרט הנהדר "קוקו", הכינוי "דוד" ניתן לכל בן משפחה מבוגר, קרוב כרחוק, ובדומה לזה, הכינוי "אימא" ניתן גם לסבתא ולסבתא רבתא.¹⁰² "דוד" הוא אפילו כינוי חיבה פטרייטי למדינה שלמה: "הדוד סם" שהזכרתי לעיל, ועבורנו בישראל "הדוד מאמריקה".

המשפט הפלילי אינו שעון על סלנג ואינו חי בסרט. חוק המייצר עבירה נשען על מילים כתובות, וככל שנשתף פעולה עם הרחבתן החברתית והציורית – כך תאבד העבירה את גבולותיה. אולם אפילו במציאות שקיימים בה איסורים עמומים ורכיבים עמומים בשפע, אין הדבר משליך על איסורים ורכיבים ברורים שנוצרו בהקשרים אחרים, דוגמת סעיף 351. בשונה ממונחים פליליים פופולריים כמו "הגורם", "העושה מעשה" ו"שלא כדין", "דוד" אינו מונח עמום, מורכב ומבלבל כלל ועיקר. טיעון שפלוני הוא "דוד" אינו אלא טיעון אחר בתחפוש, טיעון שפלוני ראוי לעונש מוחמר. כל מטרתו וכל חיותו של הטיעון התביעתי הן החמרה בעונש, אולם טיעון השואף להחמרה בעונש, מוצדקת ככל שתהיה שאיפה זו, אין בכוחו לשכתב את לשון החוק ואת כללי המשפט.

מלבד הפרשנות הלשונית הטבעית של המונח "דוד", הרי שכפי שציין בצדק השופט שטיין, ההגדרה הרחבה של "בן זוג" בסעיף 351, שמציינת במפורש את חוסר הנחיצות של נישואין, לצד אי-קיומה של הגדרה רחבה כזו באשר למונחים אחרים, ובהם "דוד", משליכה דוקטרינרית על יתר ההגדרות.¹⁰³ כאן ניתן וצריך היה לעצור את הדיון המשפטי כבר בבית המשפט המחוזי. החוק לא הגדיר בן משפחה הגדרה פונקציונלית או מופשטת ורחבה הנוגעת לכל המשפחה, לרבות הקרובים הרחוקים, וממילא לא ידוע לי על פונקציות מיוחדות שממלא דוד במשפט הישראלי.

יתרה מזאת, ונוסף על ההנמקה של השופט שטיין, יש לשים לב כי גם בתוך המעגל המשפחתי המצומצם ערך הסעיף הבחנות פנימיות: "ואולם לעניין עבירה של בעילה אסורה לפי סעיף קטן (ב) או של מעשה מגונה לפי סעיף קטן (ג) שנעשו במי שמלאו לו שש עשרה שנים, לא ייכללו דוד או דודה, גיס או גיסה בהגדרת 'בן משפחה'". במילים אחרות, יש משפחה קרובה ויש משפחה קרובה פחות; ההבחנה ביניהן חשובה ומלמדת בבירור שלא כל מי שמבצע עבירת מין במסגרת המשפחתית נכנס בשל כך לנסיבה המחמירה. קיים מדרג משפחתי, וממילא המחוקק לא כיסה כל בן משפחה שהוא בעבירה, דוגמת בן דוד ודוגמת אחי הסב.

101 אברהם אבן שושן מילון אבן שושן המרוכז: מחודש ומעודכן לשנות האלפיים 175 (2004).

102 www.imdb.com/title/tt2380307/ (OCO (Pixar Animation Studios 2017).

103 בעולם משפטי אידיאלי לא היינו זקוקים להגדרות, כי הכול היה ברור. בעולם אידיאלי פחות יש הגדרה אחידה לאותו מונח בכל החוקים. בעולם אידיאלי עוד פחות יש הגדרות שונות לאותו מונח, וכל חוק יידון לפי הגדרתו, על פי לשונה הטבעית. בחקיקה אחרת יודע המחוקק לכלול גם אנשים מסוגו של פלוני. למשל, חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א–1991 מגדיר "בן משפחה" במפורש "לרבות מי שהיה בן משפחה בעבר". תודה לתלמידי רון אייל על שיח מאלף בתגובה לפסק הדין, שהפנה אותי לחוק זה.

סיבה נוספת לתפיסת פלוני כמי שאינו דוד או בן משפחה היא שמרגע חשיפת המעשה בקרב המשפחה ניתן לשער שהוא הורחק ממשפחתה של הקורבן לצמיתות מייד, אף שלא רשמית. הרחקה שכזו ניתנת לביצוע מיידי ומוחלט רק באשר למי שאין לו קשר ביולוגי או משפטי. היא אינה ניתנת לביצוע באשר למי שיש לו קשר ביולוגי – שאותו ניתן לנדות, אך לעולם לא להוציא מהמשפחה הפורמלית. היא אינה ניתנת לביצוע מיידי באשר למי שיש לו קשר משפטי כל עוד לא התיר המשפט את קשר הנישואין, תהליך שלעיתים הוא ארוך, מורכב, מסורבל ומייסר. לעומת זאת קשר חברתי או פונקציונלי מתבסס על מהות ועל תפיסה חברתית, וזו יכולה להשתנות בן רגע, לעומת קשר ביולוגי שהוא נצחי וקשר משפטי שיצירתו וסיומו תלויים בכוח המשפט. אומנם ניתן לתפוס את רעיון הנישואין המשפטי כקשר רציני יותר בדיוק משום שמסובך יותר לסיימו ונדרשת לזה פעולה משפטית, ואם כך, המשפט אינו יכול להשיב בדלת החברתית אל חיק המשפחה את מי שעזב אותה משפטית. רעיון "הדוד הפונקציונלי" מנוגד בבירור לעקרון החוקיות, ואילו השתמשה התביעה בכינוי אחר כדי לתארו, למשל "הדוד האנלוגי" או "הדוד המטפורי" – אולי היה מזהה בית המשפט המחוזי שהוא למעשה נתבקש להרשיע על סמך היקש, פעולה שהוא יודע היטב שאינה בסמכותו, משום שכך נפסק לא אחת בעבר, כעולה מפרק א דיני העונשין אינם עוסקים באנלוגיות ובמטפורות, ואף לא בפונקציות. הם עוסקים בהגדרות ובמונחים, ושפתם מחייבת וקובעת את גבולותיהם.

2. תכלית וערכים וזיקתם לגוף העבירה

גם מבחינה תכליתית-ערכית הפרשנות המרחיבה ל"דוד" סובלת מקשיים מגוונים שאת חלקם זיהה השופט שטיין ואת חלקם לא, והיא אינה משכנעת כפי שנראה ממבט שטוח. המדינה העלתה טיעון שהשופט שטיין הציג כ"שובה לב": אנשים כמו פלוני מנותקים פורמלית ממשפחת הקטין אך נותרו במעגל המשפחתי שלו וניצלו מינית את קרבתם אליו. אולם הטיעון שובה לב רק במבט שטחי, משום שהפרשנות התכליתית המוצעת אינה אלא קצהו של קרחון ערכי שאינו מוגן מצד אחד, והוא חרב פיפיות מצד אחר. הטיעון התביעתי אינו מספק גבולות מהותיים לפרשנות התכליתית המוצעת. מדוע חשוב בזה שפלוני היה נשוי בעבר לדודה? שוו בנפשכם שפלוני רק החל מערכת יחסים עם הדודה. במהרה מנצל פלוני את ההזדמנות ותוקף מינית את אחייניתה. הוא זכה להזדמנות בשל הקשר המשפחתי: לא הקשר המשפחתי שלו עם הקורבן אלא הקשר המשפחתי של הדודה והקורבן. הקשר המשפחתי חושף ילדים לפגיעה לא רק בידי בני משפחה ביולוגיים ומשפטיים אלא גם בידי המעגל החברתי של כל אלו, דוגמת חבריהם הקרובים, שכניהם ואחרים.

אפשר להוסיף ולהקשות מדוע הקשר המשפחתי הופך עבירות מין לחמורות יותר, שאלה שאינה נדונה בעניין פלוני, אולי מפאת תפיסה שאינה חשובה להכרעה, ואולי משום שהיא נלקחת כמובנת מאליה. אולם היא רחוקה ממובנת מאליה. האם ההחמרה שעונה על היות המשפחה סמל? המציאות המתמשכת שבה נישואין הם מוסד חברתי ומשפטי פופולרי

אולי מסבירה את היחס המיוחד למי שבוחר להיכנס אליו,¹⁰⁴ אולם הצדקה של החמרה מיוחדת גם מלבד הביולוגיה ודאי אינה מסתפקת בסמליות משפחתית. קשה להשעין החמרה עונשית דרמטית על בסיס סמליות. אומנם קיימות עבירות שעיקרן בסיסן הוא סמליות, שהבולטת בהן בישראל היא ודאי פגיעה בכבודו של דגל המדינה או סמל המדינה, כעולה מסעיף 5 לחוק הדגל, הסמל והמנון המדינה, התש"ט-1949, המכונן עבירה שדינה שלוש שנות מאסר. מדובר בחוק שנולד שנה לאחר קום המדינה, וכמעט שלא נאכף, וכאשר נאכף היה זה ככלל לצד עבירות חמורות יותר, לקראת עונש קל למדי.¹⁰⁵ ייתכן שהאכיפה הדלה משקפת תפיסה שמדובר בעבירה שלה בסיס נורמטיבי בעייתי, בין היתר נוכח הפוגענות המפוקפקת של המעשה, לצד פגיעתה המובהקת של העבירה בחופש הביטוי.¹⁰⁶ במבט מעט עמוק יותר, הלכה למעשה הפללת פעולה בגין פגיעתה בסמל מגינה על דברים שאותם הסמל מהדהד, כמו תחושת לאומיות בנוגע לסמלי מדינה מזה, ורגשות הציבור הזועם על הפגיעה בסמל מזה. אף שהמדינה מעודדת בבירור לאומיות ומעודדת גם תחושות חיוביות לסמליה, איננו נוהגים להפליל מעשים אך בגין היותם פוגעים ברגשות ציבוריים,¹⁰⁷ אולי משום שאיננו תופסים את הפגיעה האמורה כחמורה דייה כדי להצדיק הפללה.¹⁰⁸ מלבד זאת, כאשר מעשה נעשה במכוון נגד סמל, ברור שהפללתו פוגעת קשות

104 לדיון ביקורתי עשיר וערכני על ביטול הנישואין כסטטוס, ראו שרון שקרגי, **כללי ברירת הדין בענייני נישואין וגירושין לאור השינויים שחלו בדין המהותי** פרקים 7, 9 (2015).

105 מצאתי חמישה פסקי דין בסך הכול, ראו ת"פ (שלום עכו) 13240-01-09 **מדינת ישראל נ' חוסרי** (נבו 17.12.2009); ת"פ (שלום י-ם) 42062-04-10 **מדינת ישראל נ' חזן** (נבו 17.5.2011); ע"פ (מחוזי י-ם) 31749-05-15 **אסתרוביץ נ' מדינת ישראל** (נבו 17.12.2015); ת"פ (שלום פ"ת) 9220-05-14 **מדינת ישראל נ' ברוך** (נבו 17.7.2016); ת"פ (שלום ת"א) 11125-05-14 **מדינת ישראל נ' אמסיס** (נבו 14.9.2016).

106 Mohammed Saif-Alden Wattad, *The Meaning of Wrongdoing – A crime of Disrespecting the Flag: Grounds for Preserving National Unity*, 10 SAN DIEGO INT'L L. J. 5 (2008).

107 קיימות שלוש עבירות בלבד בחוק שכוללות רכיב של פגיעה ברגשות ציבור: (1) כניסה ללא רשות למקום פולחן או קבורה, עבירה שדינה 3 שנות מאסר (ס' 172 לחוק העונשין); (2) פגיעה ברגשי דת, עבירה שדינה שנת מאסר (ס' 173 לחוק העונשין); (3) פרסום פוגע של שלטי חוצות, עבירה שדינה 6 חודשי מאסר (ס' 214 לחוק העונשין). עבירות אלו אינן זוכות לאכיפה רבה. להצעה לבטל את האיסור על פגיעה ברגשות דתיים, ראו מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי – הצעה לביטול האיסור הפלילי על ביטויים הפוגעים ברגשות דתיים** (2003).

108 בחיבור הרחב ביותר בנושא הפללה במשפט המערבי בהן הפילוסוף פיינברג (Feinberg) ארבעה עקרונות יסוד להפללה, לפי סדר חוזק יורד – נזק לאחר, פגיעה באחר, נזק עצמי ולבסוף מוסרנות משפטית. על סמליות כתב פיינברג בקצרה בשניים מכרכיו. בדיון בעקרון הפגיעה באחר תיאר פיינברג "פגיעה" כמצב מנטלי לא אהוד, אך לא כזה שמגיע לכדי "נזק" (שבו עסק בכרך הראשון). הוא כתב שאי-נעימות ממטרד עשויה להיחשב פגיעה, אך רק כאשר חוסר הנעימות נובע לגמרי מצליל, מצבע או מניחוח ולא ממשו סמלי. לעומת זאת בהמשך כתב על השחתת סמלים כמשהו שעשוי להיחשב "פגיעה יסודית", ראו JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: OFFENCE TO OTHERS* 1, 10, 53–56 (1985). בכרך הרביעי (שם) כתב פיינברג על מוסרנות משפטית: הרצון לשמר את דרך החיים המסורתית, הרצון לאכוף מוסר, הרצון למנוע רווח בעוול והרצון לשפר את האופי האנושי. קונקרטי היא המחשה אי-מוסרית ללא קורבן בכמה מצבים, לרבות חילול סמל. ראו JOEL FEINBERG, *THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARMLESS WRONGDOING* 3, 161 (1990).

בחופש הביטוי, ערך מוגן חשוב בפני עצמו המגביל פרשנות של איסורים במשטר דמוקרטי.¹⁰⁹ מנגד, כאשר המעשה פוגע בסמל בלי כוונה, לא ברור מדוע פגיעה נלווית זו מצדיקה הפללה או החמרה.

בעיה נוספת היא שסמליות שולחת לעיתים לא רחוקות מסרים סותרים.¹¹⁰ מה המסר המשפטי המדויק בנוגע למשפחה שניתן לגזור מהרשעת פלוני וכיצד הוא מתורגם באפיקים משפטיים אחרים? משפחה יכולה להיות עניין ביולוגי, דתי, משפטי, חברתי ועוד. מבחינת הדין, משפחה היא מה שהמשפט קובע ומה שהמשפט מכיר, עניין המצוי במחלוקת עמוקה בשלל הקשרים, דוגמת ההכרה המשפטית בנישואין מסוגים מסוימים ולא באחרים. המשפט מכיר בבידור במשפחה הביולוגית ומכיר גם במשפחה שנוצרה על פי דין. הוא אינו מכיר במשפחה החברתית כשלעצמה ובאופן כללי ומופשט, המשפחה הפונקציונלית. למשל הוא אינו מכיר בחברים הטובים ביותר כמשפחה אף כאשר הם תופסים עצמם כאחים בנפש, אף כאשר הם קרובים רגשית ומנהלים קשר עמוק ורחב בהרבה מבני משפחה ביולוגיים רבים.

בעניין פלוני הסמל המשפחתי עוסק בכך משפחה לשעבר. תיוגו כבן משפחה שולח מסר מבלבל על גבולות המשפחה בכלל ועל חשיבותו של מוסד הנישואין (והגירושין) המשפטי בפרט. השופט שטיין תהה בצדק מה היה קורה אילו הייתה הדודה הביולוגית מסייעת לפלוני לאחר ביצוע העבירה – האם היינו מכירים בה כזוגתו במקרה הזה? ספק אם התביעה הייתה הולכת באפיק כזה. במשטר משפטי היפותטי, שבו ביצוע עבירה בידי בן משפחה היה סייג לאחריות הפלילית, ניתן לשער שהטענות היו מתהפכות: ההגנה הייתה טוענת בלהט שפלוני הוא "דוד" ו"בן משפחה", והתביעה הייתה דוחה את הטענה בשתי ידיה. כמו סגור המעלה את הטיעון המשרת את לקוחו, וכמו שופט הבוחר באפיק הפרשני המשרת את המטרה שאליה הוא חותר, כך עושה גם התביעה. ההבדל הוא שטיעון הגנה כזה עשוי להיתפס כציני וכאופורטוניסטי, בעוד טיעון תביעתי זה נתפס כצעד הגון.¹¹¹

הדברים חורגים מהמשפט הפלילי. בדיני המשפחה למשל התנגדה המדינה בנחרצות להכרה באחיות כידועות בציבור לצורך קצבת שאירים לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה–1995 אף שחלקו חייהן במשק בית משותף, חשבון בנק משותף ועוד.¹¹² היה אפשר לטעון שהן "ידועות בציבור פונקציונליות", אולם המדינה התעקשה אחרת. המדינה בוחרת בפרשנות תכליתית כאשר הדבר נוח לה ודוחה אותה כשהדבר נוח לה. כך ודאי יהיה נכון גם לשפע הקשרים נוספים שבהם ההכרה בתא המשפחתי מצויה במחלוקת. ניתן לתהות לדוגמה בדיני העונשין, אם תכיר המדינה באב בדיכאון שהמית את בנו התינוק

109 אייל בנבנשתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל 29, 50 (1999); אלון הראל "עבירות המגבילות את חופש הביטוי ומבחן 'אפשרות ההתממשות של נזק': חשיבה מחודשת" משפטים ל 69, 70 (1999); מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים הסתה, לא המרדה – ההמרדה בדיני העונשין: הדין המצוי והדין הרצוי 15, 41 (1997).

110 John F. Decker, *Symbolism and the Criminal Justice System*, in CRIMINAL SCIENCE IN A GLOBAL SOCIETY: ESSAYS IN HONOR OF GERHARD O. W. MUELLER 263, 280 (Edward M. Wise ed., 1994).

111 אסף הרדוף "כשאתה אומר כן, למה אתה מתכוון? על טכנולוגיה אינטימית, אוטונומית החשוד ואופורטוניזם משפטי: חדירה לטלפון נייד ב'הסכמת' החשוד" הסנגור 4, 224 (נובמבר 2015).

112 עב"ל (ארצי) 45818-02-17 פישביין – המוסד לביטוח לאומי (נבו 15.6.2018).

ותחיל עליו את עבירת ההמתה המקילה בסעיף 303 לחוק העונשין, שעוסקת באימהות בלבד. בדיני הראיות ניתן לתהות אם תכיר המדינה במי שגידלה את אחותה בפועל – כ"הורה" שלה לצורך פקודת הראיות, התשל"א-1971 – וכך תאפשר לבית המשפט לקבוע שאינה כשרה להעיד נגדה, כמצוות סעיף 4. אם דוד לשעבר יכול להיחשב דוד פונקציונלי, מדוע שאח לא ייחשב הורה פונקציונלי, גם כאשר הדבר מנוגד לאינטרס המדינתי להעידו?¹¹³

ייתכן שהמבחן האמיתי להגדרת מונח כלשהו בכלל ומונח ה"דוד" בפרט הוא כזה שמערכת המשפט אינה עומדת בו ואינה מעוניינת לעמוד בו: מבחן האחידות. הגדרה אשר תספק תשובה אחידה למונח זה בכל הקשר תקדם את הוודאות המשפטית, את ההגיונות ואת היושרה של מערכת המשפט. היא לא בהכרח תבוא על חשבון מטרות חברתיות, משום שהגדרה אחידה אין פירושה הסדרה אחידה בכל הקשר שבו המונח מופיע. יהיה אפשר לערוך הבחנה ערכית או פונקציונלית לפי סוגיה ולערוך אותה בכל הסדר מחדש. במקום להגדיר "דוד" או "בן משפחה" הגדרה שונה בין ענפי משפט, בין חוקים שונים בענף אחד ואפילו בין סעיפים שונים באותו חוק, בכוחנו לספק הגדרה אחידה ולייצר מסרים נורמטיביים שונים בעזרת הלשון, בעזרת מילים נוספות אשר יאפשרו להשיג את התכלית. לבסוף, אם סמליות משפחתית היא עילה עצמאית להסדרה, אם פגיעה בה היא עילה להסדרה, עולות שאלות קשות נוספות. מדוע פעולות אחרות הפוגעות בתא המשפחתי אינן מופללות ולמצער מוסדרות? לדוגמה ניאוף הוא פעולה שברגיל פוגעת בתא המשפחתי ובמקרים רבים אף מובילה לפירוק, אך אינה מופללת ואפילו אינה מוסדרת בישראל.¹¹⁴ בד בבד עולה התמיהה הנורמטיבית מדוע עבירות אחרות אשר נעשות נגד בן משפחה אינן הופכות חמורות יותר בגין הסמליות המשפחתית, לרבות עבירות שקל יחסית לבצע בזירה הביתית, דוגמת גנבה או אפילו רצח של בן משפחה.¹¹⁵ בכלל, המונח "משפחה" אינו אורח תדיר בחוק העונשין, כלומר ביצועה של עבירה נגד בן משפחה אינו הופך אותה ככלל לחמורה יותר.¹¹⁶

113 ראו ס' 3-4 לפקודת הראיות, התשל"א-1971 (העוסקים בבני זוג ובהורים וילדים, ולא במסגרות משפחתיות נוספות, לרבות התא הגרעיני של אחים). לחשיבות של קשר האחאות, ראו רות זפרן "אחים ואחיות במשפט" **עיוני משפט** מא 5, 9-16 (2018).

114 לעומת זאת, נכון לשנת 2020, כמעט עשרים מדינות אמריקניות עדיין מפלילות ניאוף, אם כי כמעט שאינן אוכפות את עבירת הניאוף. ראו Edward Stein, *Adultery, Infidelity, and Consensual Non-Monogamy*, 55 WAKE FOREST L. REV. 147, 148-149 (2020) כן ראו Susan A. Jacobsen, *Private Affairs: Public Employees and the Right to Sexual Privacy*, 68 CLEV. ST. L. REV. 811, 815-816 (2020). לדיון ביקורתי בבחירה הישראלית שלא להסדיר את הניאוף, ראו אסף הרדוף "סוגיה ליברלית מופקרת: האם להפליל, להסדיר או להפקיר 'בגידה' מינית בנישואין"? **המשפט** כו (צפוי להתפרסם ב-2021).

115 סעיף 301א לחוק העונשין ("רצח בנסיבות מחמירות"), כולל בסעיף קטן (א)(6) רצח של בן זוג לאחר התעללות שיטתית או מתמשכת בו, ובסעיף קטן (א)(8) רצח של חסר ישע, קטין בן למטה מ-14 או קטין שהרוצח אחראי לו. רצח של הורה או סב, רצח של אח, דוד או אחיין ואפילו רצח של ילד שאינו קטין – נותרים "רצח" גרידא, ואינם מגיעים כדי "רצח בנסיבות מחמירות".

116 מלבד ההקשר המיני, המונח משפחה מופיע בס' 301ב לחוק העונשין (המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, המתה בן משפחה מתעלל); ס' 329(ב) לחוק העונשין הופך את הנסיבה המשפחתית לכו

לבסוף, קריאה זהירה של סעיף 351 מלמדת שאפילו עבירות מין במשפחה אינן הופכות חמורות יותר ככאלו. סעיף 351(א) קובע: "העובר עבירה של אינוס לפי סעיף 345(א) או של מעשה סדום לפי סעיף 347(ב) באדם שהוא קטין, והוא בן משפחתו או באדם שהוא חסר ישע והוא אחראי עליו, דינו – מאסר עשרים שנים". כלומר, נדרש הן שהעבירה תהיה בבן משפחה והן שהיא תהיה בקטין, במצטבר. סעיף קטן ב שולח מסר דומה באשר לבעילה אסורה בהסכמה ולמעשה סדום בהסכמה בבני 14–21. סעיפים קטנים ג–ד עוסקים בהתאמה בעבירות מעשה מגונה באדם ובפני אדם בבן משפחה שהוא קטין. כלומר, אדם שאונס את בתו או את אחותו בת ה-18, אדם שאונס את אימו, אישה שמבצעת בבנה בן ה-18 עבירה של מעשה סדום וכדומה – כל אלו אינם מצויים בסעיף 351 כלל. עניין זה מחליש מאוד את התפיסה של הפגיעה במשפחה כבסיס להחמרה.

מה שנכון באשר למשפחה נכון גם באשר לרעיונות אחרים שהחברה מעריכה, דוגמת קהילה. היותה של עבירה נגד בן קהילה מסוימת, מגובשת ככל שתהיה, אינה נסיבה מחמירה בשום עבירה, וכמוה גם ביצוע עבירה נגד בן של קהילה מתחרה. יתרה מזאת, פעולה הנעשית במסגרת תא חברתי, כמו משפחה או קהילה, יכולה להיחזות כשיקול להחמרה בעונש, אך ניתן גם להציע טיעון הפוך, שלפיו בשל הכוח שיש לתא החברתי ובשל הצפי לעונש מצטבר מצידו אין סיבה שהמשפט יוסיף ויחמיר. לקהילה בכלל ולמשפחה בפרט יש כוח גדול בהטלת סנקציות חברתיות על מי שמפר את כלליה.¹¹⁷

אם סמליות אינה בסיס ערכי איתן להחמרה דרמטית בעונש, אולי הקשר המשפחתי הופך את העבירה לחמורה יותר משום שהדבר נתפס כסטייה ביולוגית או כמעורר גועל תרבותי? סטייה ביולוגית וגועל תרבותי אינם מצדיקים כשלעצמם התערבות של המשפט הפלילי.¹¹⁸ כך ודאי במשפט הפלילי הישראלי, הנוהג כאמור לדבר בשפת הערכים. ממילא כאמור סעיף 351 אינו מחמיר את העונש במרבית המקרים שבהם העבירה נעברה נגד בן משפחה בגיר. עוד יצוין שלפלוגני עצמו אין קשר ביולוגי לקורבן, והסטייה המעוררת סלידה בעניינו אינה קשורה לקשר ביולוגי.

שמייצרת עונש מזערי לחבלה בכוונה מחמירה; ס' 335(א) הופך חבלה חמורה לחבלה בנסיבות מחמירות, ומעלה את רף המקסימום משבע לעשר שנות מאסר; סעיף 382(ב) לחוק העונשין הופך עבירה של תקיפה סתם לתקיפה בנסיבות מחמירות, ומעלה את הרף משנתיים לארבע שנות מאסר.

117 ראו Richard Deridder, Sandra G.L. Schrujijer & Rama C. Tripathy, *Norm Violation as Precipitating Factor of Negative Intergroup Relations*, in 3 NORM VIOLATION AND INTERGROUP RELATIONS (Richard Deridder and Rama C. Tripathy eds., 1992). כן ראו Christine Horne, *Sociological Perspectives on the Emergence of Norms*, in SOCIAL NORMS 3, 4, 19 (Michael Hechter & Karl-Dieter Opp eds., 2001).

118 גועל תרבותי יכול לעלות גם בקשר למין בין בגירים, למשל גילוי עריות. ראו Courtney Megan Cahill, *Same-Sex Marriage, Slippery Slope Rhetoric, and the Politics of Disgust: A Critical Perspective on Contemporary Family Discourse and the Incest Taboo*, 99 NW. U. L. REV. 1543, 1568–1569, 1573, 1576–1577 (2005). לדחיית הגועל התרבותי כבסיס להפללה: Naomi Cahn, *Accidental Incest: Drawing the Line – Or the Curtain – For Reproductive Technology*, 32 HARV. J.L. & GENDER 59, 90–91 (2009).

בשפת הערכים ניתן להציע שבסיס ההחמרה נוגע לניצול של קטין בהיותו פגיע מינית¹¹⁹ מצד אחד, ולהפרת אמון מצד אחר.¹²⁰ ואומנם יש לכך בסיס בהיסטוריה החקיקתית בישראל.

סעיף 351 תוקן ארבע פעמים לאחר לידת חוק העונשין. הצעת החוק שהובילה לתיקון 30 לחוק העונשין עסקה בכלל ב"בן בית" ולא בבן משפחה וביקשה להחמיר לא רק עם הורים עברייני מין אלא עם כל המבוגרים האחראים לילד והגרים עימו או קרוביו הישירים.¹²¹ בהצעה שהובילה לתיקון 71 לחוק העונשין נכתב שההחמרה נובעת מהתקשרות העבירה ל"ניצול התלות המוחלטת של הקטין בבן משפחתו".¹²² בהצעה שהובילה לתיקון 85 נכתב שההחמרה נובעת מ"הנסיבות המיוחדות של סמכות מצד הפוגע בנפגע, תלות של הנפגע בפוגע, הזדמנות גדולה יותר של הפוגע לבצע את העבירות והחשש מקשר שתיקה סביב העבירות האלה, שמקשה על הנפגע להתלונן. כל אלה נובעים מעצם טיבה של מסגרת משפחתית קרובה, מגורים משותפים או תדירות המפגשים בין הפוגע לנפגע".¹²³

אם נלביש על העבירה המוחמרת את הערכים שהועלו לאורך ההיסטוריה החקיקתית (אף שעלינו לשים לב לשוני בהמשגה ובדגשים), נגלה שהמלווים צרים מדי בהקשרים רבים (קצה הקרחון), ורחבים מדי באחרים (חרב פיפיות). ניצול מיני של קטינים בגין תלות או סמכות אינו מתמצה בתא המשפחתי הביולוגי והמשפטי, ורחוק מכך. ברור שאנשים רבים מחוץ למעגל המשפחתי הביולוגי והמשפטי יכולים לנצל מינית את הקרבה המינית לילדים, ושמיעוטם אומנם עושה כן: חברים קרובים של ההורים, שכנים, מטפלים, מורים, מנהלים, מדריכים, מאמנים, רופאים, כוהני דת, והרשימה עוד ארוכה. חלקנו נוטים לחשוב

119 אלו רציונלים מקובלים להפללת יחסי מין עם קטינים אף בהסכמה, ראו Michelle Oberman, *Regulating Consensual Sex with Minors: Defining a Role for Statutory Rape*, 48 BUFF. L. REV. 703, 708–709 (2000); Erin K. Jackson, *Addressing the Inconsistency between Statutory Rape Laws and Underage Marriage: Abolishing Early Marriage and Removing the Spousal Exemption to Statutory Rape*, 85 UMKC L. REV. 343, 372–373 (2016) גם בנוגע להפללת יחסי מין עם מי שסובל מפגיעה קוגניטיבית: Russell L. Christopher & Kathryn H. Christopher, *The Paradox of Statutory Rape*, 87 IND. L. J. 505, 518 (2012); Elizabeth Nevins-Saunders, *Incomprehensible Crimes: Defendants with Mental Retardation Charged with Statutory Rape*, 85 N.Y.U. L. REV. 1067, 1088, 1091–1101 (2010).

120 להגדרה של ניצול מיני כניסיון לשימוש לרעה בעמדת פגיעות, בפערי כוחות או באמון למטרות מיניות, ראו U.N. Secretary-General, Secretary-General's Bulletin: Special Measures for Protection from Sexual Exploitation and Sexual Abuse, § 1, U.N. Doc. ST/SGB/2003/13 (Oct. 9, 2003) <https://bit.ly/3w1P5t>. לטיעון על החומרה של הפרת יחסי אמון, ראו Caroline Forell & Anna Sortun, *The Tort of Betrayal of Trust*, 42 U. MICH. J. L. REFORM. 557, 566–568 (2009).

121 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 34), התש"ן–1990, ה"ח 229, 230.

122 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 68) (עבירות מין בחסר ישע בידי האחראי עליו), התשס"ב–2002, ה"ח 694.

123 הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 85) (עבירות מין במשפחה אומנת), התשס"ה–2005, ה"ח הכנסת 164. התיקון האחרון לסעיף זה, תיקון 121, היה טכני למדי, ראו הצעת חוק אומנה לילדים, התשע"ה–2014, ה"ח הכנסת 38 (ביקשה בין היתר להשעין את הביטוי "משפחת אומנה" על הגדרתו בחוק החדש שהוצע).

שמרבית הפגיעות המיניות בילדים נעשות בידי פדופילים זרים האורכים בסמטאות (וכיום גם ברשת). אולם כפי שמרבית עבירות האונס מתבצעות בידי מכרים במהלך מפגש ולא בידי תוקפים זרים ברחוב חשון,¹²⁴ גם הרוב המוחלט של עבירות המין נגד ילדים מבוצעות בידי בני משפחה או כאלו שקרובים לילד, שלהם שפע הזדמנויות לנצל,¹²⁵ ורוב הניצול מתרחש בבית.¹²⁶ האם ניצול מיני מפר-אמון בידי חבר המשפחה חמור פחות מניצול מיני בידי מי שקשור למשפחה בקשר נישואין וללא קרבה ביולוגית?

ערך מוגן של יחסי אמון עם אדם פגיע אינו משתקף במדויק ובמלואו מקשרי ביולוגיה ונישואין. מצד אחד יחסי אמון עמוקים עם אדם פגיע קיימים גם הרחק מחוץ לביולוגיה ולמוסד הנישואין, ומצד אחר, ואין לשכוח אותו, במקרים לא מעטים קשר משפחתי ביולוגי או משפטי אינו כולל קשר רגשי עמוק עם ילד, קשר כלשהו או אפילו הכרה הורית, לא כל שכן יחסי אמון. אם הפרת אמון כלפי קורבן פגיעה היא ההופכת פגיעה מינית לחמורה יותר – אין קושי חקיקתי לייצר במפורש רף מחמיר לעבירות מין במצבים כאלו, בלי להשעינו על ביולוגיה ונישואין. מעבר כזה מהפורמלי למהותי כולל יתרונות ערכיים ברורים של הגנה רחבה יותר מפני הבעיה המדויקת שאנו מבקשים להיאבק בה.

לצד זאת, מעבר מהפורמלי למהותי כולל גם חסרונות מובהקים, הנוגעים לעבודה שיפוטית מורכבת מזה, ולשכתוב גבולות האיסור בלי הרף מזה. בענייננו, אם הפרת אמון וניצול מיני של אדם פגיע הם הבסיס הערכי להחמרה, הרי שיש לבססה באופן עצמאי בכל תיק מחדש ולא להסתפק במבט שטחי על מערכת היחסים, עניין שמפניו הזהיר השופט פוגלמן. כאן עולה חרב הפיפיות התכליתית. במבט תכליתי ערכי, בן משפחה מנוכר עשוי שלא להיחשב עוד "בן משפחה". מבט תכליתי מדוקדק לא בהכרח יוביל להרשעה גם של מי שיש לו קשר משפחתי עם הקורבן כאשר הקשר אינו כולל תלות או סמכות. למשל, אם בסיס ההחמרה המדויק הוא "התלות המוחלטת של הקטין בבן משפחתו", ברור שבמצבים רבים אין כזו תלות, לפי גילו של הקטין, לפי מגוריו, לפי יכולותיו הקוגניטיביות, לפי נפשו המיוחדת וכדומה.¹²⁷ מצד אחד, לפי אפיונו המדויק של הפוגע מצד אחר, ולמערכת היחסים

124 Margo Kaplan, *Rape Beyond Crime*, 66 DUKE L.J. 1045, 1061–1062 (2017); Alena Allen, ראו *Rape Messaging*, 87 FORDHAM L. REV. 1033, 1035–1036 (2018).

125 Dana D. Anderson, *Assessing the Reliability of Child Testimony in Sexual Abuse Cases*, 69 ראו *Sophia Rowlands, Cole's Law Confronts* S. CAL. L. REV. 2117, 2118, 2140 (1996).

Constitutional Issues: Expanding the Availability of Closed-Circuit Child Testimony in the Face of the Confrontation Clause, 37 MCGEORGE L. REV. 294, 298 (2006).

126 Fiona E. Raitt, *Judging Children's Credibility – Cracks in the Culture of Disbelief, or Business as Usual?*, 13 NEW CRIM. L. REV. 735, 743 (2010).

127 בהקשר קרוב הועלו תהיות קשות בנוגע לאונס הסטוטורי, השעון על בחירה אחידה של גיל, בהתעלם ממרכיבי הזהות של האדם שעל הפרק. ראו Anna High, *Good, Bad and Wrongful Juvenile Sex: Rethinking the Use of Statutory Rape Laws Against the Protected Class*, 69 ARK. L. REV. 787, 794 (2016). נכתב שאדם נע על רצף מתמשך בין ילדות לבגרות ולא בקפיצות, ראו Rigel Oliveri, *Statutory Rape Law and Enforcement in the Wake of Welfare Reform*, 52 STAN. L. REV. 463, 485 (2000).

המדויקת ביניהם, מצד נוסף.¹²⁸ אף אם מבחינה אינטואיטיבית ניתן לסבור שלהורה יש כוח עצום על ילדו הגר עימו (ולא רק ילדו הקטין),¹²⁹ אין זה המצב בהכרח כאשר לבני משפחה רבים, שהקטין אינו תלוי בהם בשום אופן, דוגמת דוד המתגורר באמריקה, ואין זה המצב כאשר לזירות מיוחדות של ביצוע העבירה, כמו הזירה המקוונת שהוזכרה בפרק א.

הסטת בית המשפט לדיון מהותי, במקום זה הפורמלי הנעשה כיום, תצריך את בית המשפט לדון ולהעמיק בפרמטרים שבהם תלוי הערך המוגן המדויק, ואלו סבוכים ומורכבים. אם הגבולות הפורמליים של העבירה קורסים ומוחלפים במהות, הדין הפלילי מטולטל ומשוכתב עד היסוד, ונוסף על זה יצטרכו שחקניו להתרגל לשגרת עבודה שאינה מוכרת להם – ביסוס מפורש של הפגיעה בערך המוגן בכל מקרה ומקרה. חרף היתרון הערכי המובהק בכך, דבר זה יפתח בתורו פתח לסיבוכי מהותי, שכזכור אינו קיים היום בדין הפורמלי, שער אטום בפני נאשמים בישראל כמעט לגמרי – לטעון שאף שקיימו את כל יסודות העבירה, אין להרשיעם משום שלא פגעו בערך המוגן. האם גם את השער הזה מבקשת התביעה לפתוח? ברור שלא. האם נכון לפתוח אותו? ייתכן. אם הערכים האמורים הם הסיבה שלשמה יצרנו את סעיף 351, ניתן לטעון שעלינו להתחייב להם ולבסס את הפגיעה בהם ישירות בכל תיק ותיק, ולא להישען על קיומו של קשר פורמלי גרידא. אולם זו כמובן שאלה גדולה ומורכבת, הנוגעת לאופן שבו הדין הפלילי מגשים את תכליתו בכל מקרה, ולשאלה אם ועד כמה זהו יסוד מכריע בעינינו, אם נכון להפוך את התכלית ליסוד מיסודות העבירה, שלא ניתן לדלג עליו לעולם.

מה שנכון בנוגע למשפחה נכון גם בהקשרים אחרים. עד שנת 2002 עסק סעיף 351 רק בעבירות מין במשפחה. באותה שנה תוקן הסעיף כדי להתייחס לא רק לעבירות מין במשפחה אלא גם לעבירות שנעברות בידי האחראי לחסר ישע.¹³⁰ בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 68) (עבירות מין בחסר ישע בידי האחראי עליו), התשס"ב–2002 נכתב שדפוס דומה לתלות המוחלטת של הקטין בבן משפחתו עולה גם בנוגע לחסר ישע בגיר לבין האחראי לו.¹³¹ תיקונים אלו ממחישים יפה כיצד ניתן וראוי להרחיב את גבולותיה של העבירה המחמירה כדי להגן על הערך המוגן שבבסיסה: בחקיקה מפורשת. מלבד זאת, הם שבים ומלמדים על חוסר המיצוי הערכי של העבירה גם לאחר הרחבתה. המונח "חסר ישע" מוגדר בסעיף 368 לחוק העונשין: "מי שמחמת גילו, מחלתו או מוגבלותו הגופנית או הנפשית, ליקוי השכלי או מכל סיבה אחרת, אינו יכול לדאוג לצרכי מחייתו, לבריאותו או לשלומו". הגדרת המונח האמור נתקבלה בתיקון 26 לחוק העונשין,¹³² כאשר הצעת החוק הבהירה את החומרה של הפגיעה במי שאין בכוחו להגן על עצמו.¹³³ אולם ברור שאין צורך

128 כניסה פלילית להערכה של מערכת יחסים היא עניין סבוך. השוו אסף הרדוף "בעל נגד אישה, אמת נגד משפחה, או: המבט הרביעי על כשרות להעיד במשפט הפלילי" **דין ודברים** ג 273, 295–297 (2007) (להלן: הרדוף "בעל נגד אישה").

129 בצדק גמור תהתה מקינון (MacKinnon, לעיל ה"ש 69, בעמ' 462) מה בדיוק משתנה בגיל 17 ו-366 ימים.

130 חוק העונשין (תיקון מס' 70), התשס"ג–2002, ס"ח 58.

131 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 68).

132 חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן–1989, ס"ח 10.

133 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 31), התשמ"ט–1989, ה"ח 146.

להיות מוגבל מחמת גיל, מחלה וכדומה כדי להיות פגיע ואף חסר הגנה מול גורם אחר, כך ככלל וכך בהקשר מיני. האם נכניס לתוך החוק גם את חסר הישע הפונקציונלי, ולצידו את האחראי הפונקציונלי?

מה שנכון לבני המשפחה בסעיף 351 ולבני המשפחה ה"פונקציונליים" נכון גם לעבירות מין אחרות. למשל, נביט בשתי עבירות המין החדשות ביותר בחוק העונשין. עבירת יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל בסעיף 347א נולדה בתיקון 77 בשנת 2003,¹³⁴ והיא ביקשה למנוע ניצול מיני במסגרת יחסי תלות, אפילו בהסכמה בין בגירים, משום תפיסת ההסכמה הזו כפגומה ולא חופשית.¹³⁵ העבירה של יחסי מין בין כוהן דת לאדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה בסעיף 347ב נולדה בחלוף יותר מעשור, בתיקון 122 בשנת 2016,¹³⁶ וגם היא ביקשה למנוע ניצול מיני במסגרת יחסי תלות מסוג שונה.¹³⁷ לידתן של עבירות אלו שבה ומוכיחה כיצד ניתן וכיצד ראוי להרחיב את גבולותיו של המשפט הפלילי בהקשרים של ניצול מיני: בחקיקה מפורשת.¹³⁸ אולם גם עבירות אלו, המשקפות הרחבה של גבולות הדין הפלילי לשטחים שהיו בעבר מחוזות של חירות אנושית, ודאי צרות מדי לתכליתן המשווערת. גם אותן לכאורה ניתן למשוך לכיסוי "המטפל הפונקציונלי" שנכנס לנבכי נפשו של אדם אחר ומדריך אותו גם בלי תואר ומסגרת טיפול ו"כהן הדת הפונקציונלי", שמדריך את חברו בנבכי הדת גם ללא תואר רשמי או מזויף, ונושא משום כך השפעה מיוחדת וכוח גדול כלפיו.

לא נעצור כאן: פרשנות תכליתית עשויה לתבוע הרחבה יתרה הרחק מעבר לאלו. מבחינה ערכית תכליתן המשווערת של העבירות המיוחדות הללו ודאי אינה סובבת סביב עניין שיש למשפט הפלילי רק בבעלי תפקידים אלו אלא סביב יחסי הייררכייה מיוחדים ופערי הכוחות המאפיינים אותם. לצד המטפל הנפשי וכוהן הדת רבים אחרים נהנים מכוח הייררכי ועשויים לנצל מינית, דוגמת רופא מול מטופל, סוהר מול אסיר, מעביד מול עובד, שופט מול עוזר משפטי, מרצה מול תלמיד ורבים נוספים.¹³⁹ האם נוכל למשוך מערכות

134 חוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד–2003, ס"ח 18.

135 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 71) (ניצול תלות של מטופל במטפל), התשס"ב–2002, ה"ח 869, 868.

136 חוק העונשין (תיקון מס' 122), התשע"ו–2016, ס"ח 718.

137 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 125) (יחסי מין תוך ניצול תלות נפשית ממשית במסגרת ייעוץ או הדרכה של כהן דת), התשע"ו–2016, ה"ח הכנסת 81.

138 בהערת אגב אציין כי העיסוק הבלעדי בניצול מיני וההתעלמות מסוגי ניצול אחרים מעלים תהיות ערכיות סבוכות שמחזקות את הרושם כי המשפט משקף תרבות והיסטוריה טוב מכפי שהוא משקף ערכים.

139 ראו Patricia J. Falk, *Rape by Fraud and Rape by Coercion*, 64 BROOK. L. REV. 39, 61–65, ראו 79–84 (1998); Michal Buchhandler-Raphael, *Criminalizing Coerced Submission in the Workplace and in the Academy*, 19 COLUM. J. GENDER & L. 409, 422–429 (2010). כן ראו MacKinnon, לעיל ה"ש 69, בעמ' 463.

יחסים כאלו אל תוך העבירות הקיימות ולטעון למשל שגם רופא הוא מטפל נפשי פונקציונלי?¹⁴⁰

לרעיון הפונקציונליות אין גבולות בשכתובן של עבירות. טקס חברתי חילוני יהפוך לנישואין פונקציונליים בעבירת ריבוי נישואין בסעיף 176 לחוק העונשין; עט יהפוך לסכין פונקציונלי בעבירת החזקת סכין בסעיף 186; מאבטח פרטי ואזרח המסייר בשכונתו יהפכו לשוטרי פונקציונלי בעבירות תקיפת שוטר בסעיף 273 והפרעה לשוטר בסעיף 275; פגיעה נפשית קשה באחר תהפוך לחבלה חמורה פונקציונלית בעבירת החבלה החמורה בסעיף 333, וכדומה. אולם פונקציונליות אינה רעיון המאפשר לשכתב את גבולותיו של איסור ולהעבירו מעולם הלשון לעולם הערכים, עניין שכאמור סבוך בהרבה מכפי הנדמה, ובוודאי אינו מתיר להרחיב את הערך על חשבון הלשון.

המפתח לדלת הראשית בדרך לספק הגנה שלמה יותר מצוי אצל המחוקק. בכוחנו לעיין מחדש בחוקינו ובתכליות אשר בבסיסם לקראת שיפור הדין. בדרך זו נוכל לזהות, לעיתים לא רחוקות, שהעבירות והנסיונות המחמירות שיצרנו בינתיים – צרות מדי במקרים מסוימים ורחבות מדי באחרים, ובכל המקרים הללו זו בשורה רעה. הבשורה הטובה היא שניתן לתקן את החוק כדי לספק הגנה שלמה יותר לערך היקר לנו. הערך המסתמן לרגע מסעיף 351 לחוק העונשין הוא המשפחה, אולם במבט ביקורתי ברור שאין זה הערך המדויק, במיוחד לאחר שינוי הכותרת של הסעיף וגופו שלפיו יעסוק גם בחסרי ישע ובשל הקריאה הזוהירה של הסעיף וההבנה שכמעט שאינו חל על קורבנות משפחתיים בגירים.

ייתכן שעבירות המבוצעות נגד אנשים במצב פגיע אגב ניצול אמונם והפרתו, כפי שוודאי קרה בעניין פלוני, צריכה להיות שיקול לחומרא בעבירות מין, ולא רק בהן. ככלל וכמובן בלי למצות את הדיון או להתקרב לכך, ניצול אנושי הוא תופעה מכוערת ופוגענית, שעל המשפט בכלל ועל המשפט הפלילי בפרט לשים לב אליה. כך בהקשר המיני וכך גם בהקשרים שאינם מיניים, דוגמת ניצול משפחתי, ניצול רומנטי, ניצול מקצועי וניצול חברתי – כולם תופעות פוגעניות, מכוערות ושכיחות שברגיל אינן מופללות ואפילו אינן מוסדרות. בדומה לזה, גם עשיית עבירות נגד קורבנות במצב פגיע היא תופעה שעל המשפט הפלילי לבחון בשיטתיות. עליו לבחון זאת בחינה מהותית ואישית, לא בהגדרה כוללת של אנשים מסוימים כפגיעים בהתעלם מייחודם, ובהתעלם מאנשים אחרים שהם פגיעים חרף היותם למשל בגירים ולא "חסרי ישע". פגיעות היא רעיון שאינו חופף גיל או תכונה, רעיון העולה בין היתר גם במצבים שונים שבהם מצוי כל אדם, ולו החזק שבאנשים, מצבים פיזיים ומצבים מנטליים-רגשיים. מצבים פיזיים של פגיעות כוללים למשל שינה ועירום, מצבים שבהם האדם אינו מסוגל להגן על עצמו או מתקשה בכך מאוד, ומצבים רגשיים כוללים למשל קרבה בזמן לאירוע טראומטי, כמו מותו של אדם קרוב, פיטורין, נשירה ממסגרת לימודית ואפילו פרדה רומנטית או סיום קשר עם חבר נפש. בדומה לזה, נצלנות אינה צריכה להעסיקנו רק בהקשר המיני, ודאגה לאנשים פגיעים אינה צריכה להתבסס על מאפיינים

140 הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 71) הציעה במפורש להחיל את העבירה על טיפול נפשי, רפואי, פרה-רפואי או סוציאלי. המחוקק בחר לבסוף להסתפק בטיפול נפשי.

שטוחים כמו גיל, אלא על קריטריונים מהותיים. שאלת ההפללה או ההחמרה המדויקת כמובן מורכבת ביותר ומצריכה מסגרת עצמאית אגב בחירת המינוח המתאים, הברור והמדויק ביותר. מאמרי אינו מעלה הצעת חקיקה אלא הצעה לדיון.

ג. על פורמליזם להגנת זכויות הפרט ועל משפט חוקתי פונקציונלי

פסק דין פלוני מגלם ניצחון של חירות הפרט הנאשם על האינטרס הציבורי בביטוי הערך המוגן שבבסיס סעיף 351 ובהרשעה בעבירה החמורה יותר. מלבד תבוסת התכלית המוערת בידי הלשון, מתבטא במשתמע גם מאבק רחב יותר, ובמובנים מסוימים חשוב יותר – בין אקטיביזם שיפוטי לבין פורמליזם שיפוטי.

אף שניתן להמשיג את האקטיביזם השיפוטי באופן מגוון מאוד,¹⁴¹ לענייננו נראה לי שתאורו כשימוש בכוח שיפוטי יוצר הולם מאוד,¹⁴² ובמידת-מה גם כשינוי הדין הגדול ביותר מבין האפשרויות.¹⁴³ לעומתו, אתאר בפשטות את הפורמליזם השיפוטי כמחויבות ללשון החוק, במיוחד כאשר היא ברורה. במובן זה, פסק דין פלוני, אשר מבהיר בפירוט את עדיפות הלשון על פני אפיקים פרשניים אחרים בדין הפלילי המהותי, ואף מבהיר את התועלת ואת החשיבות שבדבר, הוא פורמליסטי בעליל, אף שאינו מתאר עצמו ככזה.¹⁴⁴ סבורני שפסק הדין, על תוצאתו המשפטית ועל הנמקתו השיפוטית, מספק הוכחה ברורה לכוחו של הפורמליזם בהגנה על זכויות הפרט וחירותו במשפט הפלילי בכלל ובמשפט הפלילי המהותי בפרט.

בלשון המעטה, גישת הפורמליזם השיפוטי נראית לא פופולרית בישראל, באקדמיה ובבית המשפט. הפורמליזם מקדם השקפה שקיימת טכניקה מחייבת לפרשנות חוקים על חשבון נטיותיו הערכיות של השופט אגב דחיית מטרות אחרות. הפורמליזם, שכלל מקנה ללשון החוק מעמד פרשני עדיף על יתר אפיקי הפרשנות, עשוי להיתפס בתור "הקטנת ראש", טכנאות, חוסר ביקורתיות, חוסר ערכיות וחוסר צדק, ובמקרים מסוימים להיחזות כאדיש או אטום לפגיעות קשות בזכויות אדם.¹⁴⁵ אף כי ברור שלעיתים הפורמליזם אכן משלים עם פגיעות קשות בפרט, יש צד נוסף למטבע הפורמליסטי, כפי שממחישה היטב

141 ראו שלמה לוין "אקטיביזם שיפוטי בדיני ראיות ובדין אזרחי" **עיוני משפט** יז 863, 863 (1993); אהרן ברק "מהות האקטיביזם השיפוטי על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 476, 475 (1993) (להלן: ברק "מהות האקטיביזם"); סיני דויטש "אקטיביזם שיפוטי בדיני חוזים" **מאזני משפט** ו 21, 27–29 (2007); זאב סגל וליילך ליטור **אקטיביזם ופסיביזם שיפוטי במבחן בג"ץ ובית הדין הארצי לעבודה** 17–19 (2008).

142 לוין, לעיל ה"ש 141, בעמ' 864.

143 ברק "מהות האקטיביזם, לעיל ה"ש 141, בעמ' 497–498.

144 התייחסות יחידה בפסק הדין לנושא היא הטעמת היצמדות הדין האנגלו-אמריקני ללשון החוק ככזו שאינה מונעת מפורמליזם גרידא, ראו ע"פ 3583/20 פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 5 לפסק דינו של השופט שטיין.

145 ראו אריאל בנדור "חיי המשפט הם היגיון, ולכן הכול שפיט – על פורמליזם משפטי ראוי" **משפט וממשל** ו 591, 592–591 (2002); דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" **המשפט** יא 9, 9 (2007).

פרשת פלוני. הפורמליזם אינו רק מקדם את עקרון שלטון החוק ואת הפרדת הרשויות, אלא גם יכול לספק הגנה ממשית וחזקה לזכויות הפרט, במשפט הפלילי בכלל ובדין הפלילי המהותי במיוחד. כאשר הוא דן באיסור, העובדה שהתיק שלפניו מקומם אינה מסיטה אותו ואינה יכולה להסיטו מהטכניקה הפרשנית הרגילה שלו: נאמנות ללשון החוק הברורה. הפעם משמעות הדבר היא זיכוי (בעניינו אומנם חלקי) של פרט שביצע מעשה מכוער, פוגע ומקומם. פרשנות מצמצמת לאחריות הפלילית משקפת הגנה על זכויות יסוד של פרט שקשה ביותר מבחינה ערכית, משפטית וחברתית להתייבב לצידו. אין פלא שחוגים ליברליים העוסקים בזכויות אדם במשפט הציבורי אינם נוטים להתייחס להרשעות מרחיבות-חוק ומרחיקות-חוק של מי שביצע מעשים מכוערים ופוגעניים, לא כל שכן להתקומם נגדן. השופט שטיין הגן, אומנם חלקית, על זכויותיו של פרט שביצע מעשים מכוערים, פוגעניים ומקוממים, פרט שאיש אינו רוצה להתייבב להגנתו. אין הוכחה גדולה מזו למחויבות אמיתית לעקרון החוקיות ולתכליותיו ולכוחם של אלו להגן על זכויות הפרט הגנה ממשית ולא רטורית גרידא. כל זאת עשה השופט שטיין כשהוא מבהיר היטב עד כמה רחוקה המחויבות ללשון יכולה להיות מטכנאות, מחוסר ביקורתיות ומחוסר ערכיות. גם מי שחולק על השורה התחתונה ואפילו על ההנמקה אינו יכול לטעון טיעון משכנע כי פסק הדין הוא "הקטנת ראש". פסק הדין נוטף ביקורתיות וערכים, ואלו אינם באים על חשבון ההיצמדות לחוק אלא דווקא בזכותה. הפורמליזם מלא ערכים, בין היתר משום שהחוק מלא בערכים, מקדמם ומסיגם, ואילו ההיצמדות השיפוטית לגבולות לשון החוק מאפשרת להגשים את הערכים שבחר המחוקק לקדם על חשבון אחרים.

לעומת זאת פסקי הדין שתוארו בסיפא של פרק א.3 הם ביטוי לאקטיביזם השיפוטי הרחב בשדה המשפט הפלילי בישראל. אי-המחויבות השיפוטית ללשון החוק הברורה במקרים אלו ואחרים נוטפת ערכים במובהק, ברגיל אגב הצנעת הערכים הנפגעים מכך. הערכים שאותם מקדם האקטיביזם השיפוטי הם בעיקר האינטרס הציבורי, או בהמשגת המשפט הפלילי – "תכלית" או "ערך מוגן" – על חשבון חירות הפרט וזכויותיו. הדבר מעניין ולא לגמרי אינטואיטיבי, שהרי אחד מבסיסי התמיכה העיקריים של האקטיביזם השיפוטי הוא שיח הזכויות וההגנה על זכויות וחירויות של פרטים, גם ובעיקר על חשבון האינטרס הציבורי, כביטוי לתפיסת הדמוקרטיה המגינה על זכויות האחד מפני אינטרס הרבים.¹⁴⁶ לפיכך לכאורה היה אפשר לצפות כי האקטיביזם השיפוטי לטובת זכויות הפרט הנאשם יהיה רב במיוחד בשדה המשפט הפלילי. אף שמבט בכינוסי המשפט הציבורי הפופולריים בישראל מראה התעלמות כמעט מוחלטת מהמשפט הפלילי (למעט עיסוק בנאשמים פוליטיקאים), ראוי לזכור ולהזכיר כי המשפט הפלילי הוא חלק מהמשפט הציבורי.¹⁴⁷ כדבר שבשגרה, הוא אינו רק כולל את העימות שבין המדינה לבין הפרט, אלא

146 ראו הפניות אצל אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" **משפט ועסקים** א 3, 35, ה"ש 151–157 (2004).

147 ראו Markus D. Dubber, *Criminal Law between Public and Private Law*, in THE BOUNDARIES OF THE CRIMINAL LAW 191, 200–201 (RA Duff et al. eds., 2010); מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" **מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין** 609, 622, 624 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

אף מציב אותו בשיאו, פורמלית ומהותית. מבחינה פורמלית כתב האישום הטיפוסי מנוסח "מדינת ישראל נ' פלוני". מבחינה מהותית המשפט הפלילי הוא מכשיר שבאמצעותו המדינה פוגעת בפרט ובזכויותיו: בחירותו, בכבודו, בקניינו, בפרטיותו, ולעיתים אפילו בחייו, בדרך למימוש התכלית, האינטרס הציבורי. לא בכדי המשפט הפלילי הוא השדה המשפטי שנהוג לתארו ככולל את הפגיעה הקשה ביותר בזכויות אדם.¹⁴⁸

ההיות האמורות מתגברות על רקע אחד התוצרים או הביטויים המובהקים ביותר של האקטיביזם השיפוטי בישראל: "המהפכה החוקתית".¹⁴⁹ שלוש שנים לאחר לידת חוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוקי-יסוד: חופש העיסוק, הכריז בית המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי** כי חוקי היסוד הם חלק מחוקה בבנייה, וכי חקיקה חדשה של הכנסת כפופה לביקורת שיפוטית, אשר תבטיח כי החקיקה תעמוד בדרישות חוקי היסוד,¹⁵⁰ הכרזה שנפרעה בחלוף שנתיים.¹⁵¹ בית המשפט העליון נכון לפסול חקיקה בגין הפגיעה המדינית הגלומה בה בזכויות הפרט.

מהשדה החוקתי היה אפשר לצפות להגנה מיוחדת על זכויות הפרט במשפט הפלילי, אולי אפילו לביטול חקיקה פוגענית. אולם עד היום נערכו בבית המשפט העליון רק שני דיונים יסודיים בתקיפה חוקתית של הדין הפלילי המהותי, לפני כשני עשורים. הראשון והמפורסם מכול היה בקשר לסעיף 34א לחוק העונשין, אשר נחקק בשנת 1994 במסגרת תיקון 39 והתיר להרשיע שותפים לעבירה פלונית גם בעבירה אלמונית שביצע שותפם, אף שהלה עשה זאת בניגוד לתוכנית העבריינית. בעניין **סילגדו** קבעו הנשיא ברק והשופט לוי בדעת רוב כי הסעיף אכן פוגע בזכויות יסוד, ובראשן החירות. אולם קביעה זו הועילה לסילגדו כקליפת השום, משום שתקיפתו החוקתית נדחתה בקביעה שהחוק מידתי, ובגין שותפותו בשוד בנסיבות מחמירות הוא הורשע גם ברצח שלא ביצע, לא תכנן ולא הסכים לביצועו.¹⁵² התקיפה החוקתית השנייה והאחרונה שהובילה לדיון חוקתי יסודי בחוק פלילי מהותי בבית המשפט העליון הייתה בעניין **תשעים הכדורים**, באשר לארגון משחקים אסורים, בסעיף 225 לחוק העונשין. פסקת הדינים של חוק-יסוד: חופש העיסוק פקעה, ומוסד שארגן משחקי בינגו עם סכומי פרסים צנועים עתר נגד האיסור בטענה חוקתית מפורטת. בין היתר זו תקפה את האיסור על גוף פרטי לארגן משחק אסור בשעה שהמדינה עצמה מפעילה הימורי ענק. גם הפעם השפה החוקתית לא הועילה כלל לבלום את כוחה של

148 ראו Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction* 250 (1969); Nils Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, 2 OHIO ST. J. CRIM. L. 521, 524–525 (2005).
ראו קרמניצר **עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות**, לעיל ה"ש 63, בעמ' 51; סג'ורו **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 62–64.

149 אהרן ברק "המהפכה החוקתית: זכויות יסוד מוגנות" **משפט וממשל** א 9 (1992).

150 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221 (1995).

151 התקיפה החוקתית המוצלחת הגיעה רק שנתיים לאחר מכן, ראו בג"ץ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367 (1997).

152 ע"פ 4424/98 **סילגדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(5) 529 (2002).

המדינה, והניסיון להישען עליה אף הוביל לנזיפה שיפוטית בעותרים בגין בחירתם בתקיפה חוקתית.¹⁵³

בעניין גנימאת המפורסם תואר השדה החוקתי בבית המשפט העליון כמשנה-איוון באשר לשדות משפטיים אחרים, במיוחד כאלו שבמסגרתם המדינה פוגעת בזכויות פרט.¹⁵⁴ אולם המציאות מספרת סיפור שונה. המהפכה החוקתית והאקטיביזם השיפוטי לא הובילו לשינויי איוון מרשימים בדין המהותי, ולמעשה לא הובילו בו לשינויי איוון כלל. בשנת 2012, בדיון ביקורתי על החוקתיות של יצירת עבירות ופרשנותן, הטעמתי את דלות השיח החוקתי בישראל בקשר לדין הפלילי המהותי.¹⁵⁵ בחלוף כעשור שבתי להטעים כי לצד התפתחויות דלות בדין הפלילי הדיוני, וכמעט אפס התפתחויות בדיני הראיות בישראל, לא הייתה במשפט הפלילי המהותי בישראל ולו התפתחות חוקתית אחת בעלת חשיבות בשלושת העשורים של חוקי היסוד.¹⁵⁶

השיח החוקתי ודאי מעסיק ומעניין אותנו המשפטניות. לעומת זאת סבורני שהוא אינו מעניין את הפרט הנאשם כלל ועיקר כל עוד אינו מועיל לו. הרטוריקה השיפוטית החוקתית המופשטת על הפרט וזכויותיו, אף כאשר היא דרמטית ביותר, אינה תורמת לנאשם שעל הפרק דבר וחצי דבר, כאשר בשורה התחתונה בית המשפט מצדד באינטרס הציבורי. בקשר לדין הפלילי המהותי השיח החוקתי לכל היותר הוסיף רטוריקה לצד הצגת אמרות ללא כיסוי. למשל, בפסק דין ואנונו רתם בג"ץ בשנת 2006 את שיח הזכויות החוקתי והבהיר כי חובה להגדיר עבירות פליליות בבהירות, וכי עמימותן עלולה להוביל לביטולן החוקתי.¹⁵⁷ אולם באותו מקרה ממילא איש לא הועמד לדין, והמסגרת הייתה בסך הכול סעיף אחד עמום בצו צבאי אישי, אשר הותקף בידי העותר בטרם הוא הפר אותו. לעומת זאת בעולם הפלילי האמיתי, לפני כן ואחרי כן, לא ביטל בית המשפט העליון ולו עבירה אחת בשמו של המשפט החוקתי או בשם רעיון אחר, אף שעבירות עמומות אינן במחסור בישראל, כפי שתואר בקצרה.

על רקע המציאות המשפטית, שבה השיח החוקתי לא הוביל לצמצום של הדין הפלילי המהותי, והאקטיביזם השיפוטי אפילו מוביל להרחבתו, ניכרת חשיבותו המופשטת הגדולה ביותר של פסק דין פלוני. זהו פסק דין בעל פוטנציאל, וכמדומני שגם יומרה, להשלכות רוחב המגינות על זכויות הפרט ועל חירותו מפני כוח המדינה. כל זאת נעשה כמעט באפס התייחסות לדין החוקתי ובאפס הישענות עליו. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מוזכר בפסק הדין פעם יחידה, בהתייחסות קצרצרה ואגבית לאפשרות העיונית לבטל איסורים פליליים מופשטים ומעורפלים, כאמור בפרשת ואנונו, וגם המילה "חוקתי" מופיעה פעם יחידה,

153 עת"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, המחלקה לרישוי עסקים, פ"ד נח(3) 782 (2004). הניתוח החוקתי בפסק דין זה זכה לביקורת שהצביעה גם על דלותו של השיח החוקתי בקשר להפללה בישראל עד 2012, ראו הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 87.

154 דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 586, 633, 641 (1995).

155 הרדוף "פסקת ההפללה", לעיל ה"ש 87, בעמ' 296–298.

156 אסף הרדוף "המהפכה החוקתית שלא הייתה: תרומתו הזניחה של העידן החוקתי לשדה הפלילי – שלושה ענפים בשלושה עשורים" (לא פורסם).

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

כמילה אחת בתוך ציטוט ארוך יחסית של דעת יחיד של השופט גרוניס בפסק דין כהן.¹⁵⁸ מנגד, חירות הפרט, זכויותיו וכבודו מוזכרים בפסק הדין כמה פעמים, כמו גם רעיון הרווחה האנושית, שאינו מנוי בחוקי היסוד, אך חשיבותו לפרט גדולה וברורה.

אף שאיני יודע מה ההסבר לרטוריקה של השופט שטיין, אני יודע זאת: כפי שלנאשם לא אכפת מרטוריקה שיפוטית על הגנה על זכויות אדם וחשיבותה כאשר זו ניתנה בפסק דין הדוחה את טענות ההגנה במלואן ומשליך את הנאשם לכלא, כך גם לא אכפת לו איזו הנמקה שיפוטית שומרת עליו מפני פגיעת המדינה ומפני כליאה נוספת. הוא אינו מתעניין ברטוריקה חוקתית או עקרונית או בהשלכות פוטנציאליות על תיקים עתידיים, אלא רק בעתידו האישי ובהשלכות של השורה התחתונה על חייו ועל חיי משפחתו ויקיריו.¹⁵⁹ עבורו ועבורם אין בדל חשיבות לשאלה אם נחסכו ממנו חמישה חודשי מאסר בגין המשפט החוקתי או בגין עקרון החוקיות דווקא. איני בטוח אם לנו צריך להיות אכפת, אך אני בטוח שמחויבות אמיתית לעקרון החוקיות בפרט ולעקרונות היסוד של המשפט הפלילי בכלל – היא הגנה אמיתית לזכויותיו גם ללא התייחסות לדין החוקתי. המשפט הפלילי אינו זקוק לשיעור חוקתי באשר לחשיבותה של חירות הפרט, שבה הוא מרבה לעסוק בעצמו כדבר שבשגרה, ושאלה הוא מחויב בעקרונות היסוד שלו גם ללא חוקה וחוקי יסוד. חירות הפרט נדונה בהרחבה בכל תאוריה דמוקרטית של הפללה וענישה, בלי קשר למשפט חוקתי מקומי כזה ואחר.

ככל שמגמת המחויבות השיפוטית לעקרונות היסוד של המשפט הפלילי תגבר, כן יפחת הצורך בשינויי האיוון החוקתי, שממילא לא הגיעו למשפט הפלילי המהותי בישראל. לא בכדי הופגנה מחויבות לזכויות הפרט החשוד והנאשם הרבה לפני העידן החוקתי בפרשות שהוזכרו במאמר, והופגנה לפני העידן החוקתי גם בהקשרים אחרים, בסדר הדין הפלילי.¹⁶⁰ ובדיני הראיות.¹⁶¹ המשפט הפלילי יודע יפה להגן על זכויות הפרט וחירותו כאשר הוא מעוניין בכך ואינו זקוק להיתלות באילנות חיצוניים או להישען על שינויי איוון חוקתיים. מחויבות לערכי חירות הפרט אינה נובעת מהמשפט החוקתי יותר או פחות מכפי שהיא נובעת מעקרונות יסוד של המשפט הפלילי; היא נובעת מרעיון אשר חשיבותו אינה נמדדת בזיהוי השדה שממנו בא או בהמשגתו הדוקטרינרית. מכל מקום, היא תלויה בפרמטרים רבים, כמו לשון החוק, תכליתו, ערכי השופט, ואפילו המשמעות האופרטיבית של אימוץ פרשנות כזו ואחרת ועוד. ההקשר המעשי של השאלה שעל הפרק אינו מנותק מההכרעה המשפטית העקרונית, ובית המשפט יודע היטב את ההשלכה המעשית של הקביעה

158 ע"פ 3583/20 פלוני, לעיל ה"ש 1, פס' 36–37 לפסק דינו של השופט שטיין.

159 דומני שגם לנפגע העבירה לא חשוב כלל מה גרם להפחתה בעונש, ורטוריקה כזו אינה עדיפה מבחינתו לעומת רטוריקה אחרת, אינה מציעה סיבה מנחמת יותר לתוצאה שאינה רצויה לו.

160 ראו למשל ה"מ 44/72 שמש נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 660, 654 (1972); ע"פ 325/84 אברגיל נ' מדינת ישראל פ"ד לח(3) 370, 365 (1984).

161 ראו למשל חוות הדעת של השופטים בך ושינבויים כנגד חוות דעתו החולקת של השופט (כתוארו אז) ברק בבג"ץ 249/82 ועקנין נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לז(2) 393 (1983).

המשפטית, ואפשר שגם מביא אותה בחשבון.¹⁶² זיכוי של פלוני גרע חמישה חודשים ממאסרו, פרק זמן לא זניח לאדם, ודאי לא ביחס לשלושים ושניים חודשים – 15.5%. האם היה פלוני מזוכה גם אילו הייתה המשמעות האופרטיבית גריעת מאסרו לחלוטין? איני בטוח כלל.

מחויבות מתמשכת של בתי המשפט לעקרון החוקיות תחזק בעליל את סימון הגבולות של העבירות הפליליות בישראל, גבולות שלעיתים יתגלו כצרים מדי. גילויים כאלו, כשהם מתווספים לאינטרס הציבורי הנובע מהמחויבות לעקרון החוקיות, יובילו לתשומת לב חקיקתית וליזומות חקיקה ממשרד המשפטים ומאורגנים נוספים, בדרך להרחבה מוצדקת של עבירות. וזאת לא בדרך פתלתלה של פרשנות מטפורית בעייתית מרימת גבה ומעקמת לשון, כי אם בדרך המלך – בחוק מפורש. כך כתבתי במפורש בעבר.¹⁶³ והינה, בשלהי דצמבר 2020, כחודש וחצי בלבד לאחר ע"פ 3583/20 פלוני, כבר הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק העונשין (תיקון – עבירות מין על ידי בן משפחה פונקציונאלי), התשפ"א–2020, המבקשת לסתום את החור הערכי שזוהה בע"פ 3583/20 פלוני ולהחמיר בענישה כלפי בני משפחה פונקציונליים, מי שכבר אינם בעלי קשר משפטי פורמלי לקורבן אך מקיימים קשר מסוים עם בני המשפחה, לרבות בני המשפחה הקטינים.¹⁶⁴ אף שכאמור בפרק ב, סבורני שהתייחסות לבני משפחה לשעבר רחוקה מלמצות את הבעיה הערכית שאלה מתייחס סעיף 351, ההצעה בכל זאת ממחישה כיצד ניתן וראוי להרחיב את גבולות המשפט הפלילי: בחקיקה מפורשת המפיקה לקח ותובנות ממחיר העבר.

יתרה מזאת, לאורך זמן מגמה של זיכויים, זיהוי ברורות ערכיים וניסיון חקיקתי למלאם עשויה אפילו להוביל ליקיצה חקיקתית כוללת מהתרדמת הישראלית הממושכת שנוגעת לחלק הספציפי של חוק העונשין, שמשווע למבט שיטתי מחודש ולריענון.¹⁶⁵ אלו בתורם ישרתו את האינטרס הציבורי טוב יותר מכל פרשנות תכליתית המעקמת את הלשון בשמם של ערכים. מחויבות מערכתית ללשון החוק, גם במקרים שבהם מפתה להתעלם ממנה לטובת האינטרס הציבורי, תוביל לתשלום מחיר בטווח קצר, מחיר שבו הכיר השופט שטיין. מחיר זה הוא חוסר היכולת להחיל מבנים של החקיקה הפלילית המהותית על מעשים שכבר נעשו, נחשפו ונדונו בבית המשפט, בין שמדובר בעבירות ובין שמדובר בנסיבות מחמירות. זהו מחיר שכבר לפני שנים הדגשתי שחייבים לשלמו, משום שאם אין לעקרון החוקיות מחיר – אז גם אין לו משמעות; למרבה הצער, לדברים טובים יש מחיר.¹⁶⁶ כמובן, אין לאבד פרופורציה בתפיסת המחיר הזה: קוצר ידו של החוק בתיק מסוים אינו כזה שעל המערכת לחשוש ממנו, כמערכת השעונה על חוק ולא על "צדק" גרידא, וזיהוי פרצה

162 השופט חשין כתב במפורש שהוא קובע מיהו "מבצע בצוותא" ומיהו "מסייע" לפי העונש שהוא מבקש להטיל, ראו ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 260 (1996). לביקורת חריפה, ראו סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!", לעיל ה"ש 18, בעמ' 187.

163 הרדוף "אי-חקיקה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 80–81; הרדוף "הרצחת וגם ביזת?", לעיל ה"ש 96, בעמ' 21–22.

164 הצעת חוק העונשין (תיקון – עבירות מין על ידי בן משפחה פונקציונאלי), התשפ"א–2020, 2598/23 פ.

165 סנג'רו ביקורת דיני העונשין הישראליים, לעיל ה"ש 13, בעמ' 21, 345.

166 הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 33, בעמ' 139.

בחוק אינו קטסטרופה אלא גם הזדמנות לחשיבה מחודשת על ערכינו ועל חוקינו לקראת יצירת הגנה טובה יותר.¹⁶⁷

לצד זאת ראוי להכיר גם במחיר הכבד שכרוך בגישה הקיימת, שבה לשון החוק אינה עוד מחייבת במשפט הפלילי המהותי במקרים שבהם אינה מתאימה להשגת התכלית המשוערת. מחיר זה כולל לא רק פגיעה בנאשם ובזכויותיו. הוא אף אינו עוצר בפגיעה בעקרון החוקיות ובמטרותיו הציבוריות, במיוחד הפרדת הרשויות. הוא כולל גם פגיעות קשות וסמויות באינטרס הציבורי. כאשר בית המשפט פותר את הבעיות בחוק הפלילי הקיים, ממלא את החסרים בו ונוטל אותו לאופקים חדשניים, המחוקק אינו מזהה בעיה שעליו להתמודד עימה. בית המשפט מתרגל לחופש רחב מדי, החופש להתעלם מלשון החוק במקרים שערכיו דוחפים אותו לכך.¹⁶⁸ לעיתים, אומנם לא במשפט הפלילי, הדבר מקומם עליו את המחוקק, מוביל להשחרתו בידי פוליטיקאים ומחליש את אמון הציבור בו, פגיעה מצערת שלא ניתן שלא לחוש בה בישראל זה שנים. מלבדה עולה עוד פגיעה באינטרס הציבורי, שלהערכתי נובעת מכך שהמחוקק התרגל שלא להשית ליבו לבעיות ולחסרים בחוקיו במציאות שבה כל בעיה גדולה נפתרת בפרשנות מרחיבה: קיפאון חקיקתי המאפיין את הדין הפלילי המהותי זה שנים, במיוחד בנוגע לאיסורים פליליים.¹⁶⁹ קיפאון זה מוביל גם להתעלמות מתופעות פוגעניות מגוונות שצמחו עם הטכנולוגיה, הכלכלה והחברה, תופעות שאפילו משטרה ותביעה יצירתיות לא העלו על דעתן (או לא העזו) לנסות ולהפליל באמצעות פרשנות חקיקה קיימת, דוגמת ביוש ובריונות ברשתות חברתיות, לרבות בידי קטינים ונגד קטינים, עד כדי הובלה להתאבדויות.¹⁷⁰ המשפט הפלילי בכלל והמחוקק בפרט מפקירים זירות חשובות בידי מסדירים פרטיים, והאינטרס הציבורי בהן מופקר גם כן, כחלק ממציאות שבה החוק הפלילי המהותי בישראל כמעט שאינו משתנה.¹⁷¹ אף שבלי ספק היצמדות לעקרון החוקיות כרוכה במחיר לאינטרס הציבורי בטווח הקצר, הרי שבטווח הארוך, ולאחר זניחה מוחלטת של הפרשנות התכליתית ככלי מרחיב לשון

167 הרדוף "הרצחת וגם ביוזת?", לעיל ה"ש 96, בעמ' 21–22.

168 הרדוף "אי-חקיקה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 84–85.

169 מובן שאיני טוען שאין בכלל רפורמות בדיני העבירות בישראל. בולטת מאוד הרפורמה בעבירות ההריגה והרצח משנת 2019, ראו חוק העונשין (תיקון מס' 137), התשע"ט–2019, ס"ח 230, 232–230. אולם היא מקרה חריג, שלהערכתי נובע מכך שהרפורמה סיפקה לתביעה כלי שאפילו אקטיביזם שיפוטי חריף לא היה מסוגל לספק לה – אפשרות להגיע להסדרי טיעון בתיקי רצח, שאינם עוד תיקים של מאסר עולם חובה, אפשרות שכבר נעשה בה שימוש (ראו תפ"ח (מחוזי ת"א) 13903-07-18 **מדינת ישראל נ' מרמז** (נבו 17.9.2020)). לעומת זאת עבירות אחרות בישראל שמרו על נוסחן חרף שינויים מהותיים במציאות, בחברה, בכלכלה ובטכנולוגיה. לדוגמה, עבירות ההימורים שומרות על נוסחן בישראל מלידת חוק העונשין חרף תהיות דוקטריניות ונורמטיביות קשות (ראו אסף הרדוף "יותר מול משכל: הפער בין תכליתם של איסורי ההימורים לבין גופם" **משפט ועסקים** כא 33, 47–70 (2018)). עבירות הגניבה בישראל נאמנה עדיין לנוסחה בחוק אנגלי משנת 1916, אף שהאנגלים שינו את החוק כדי להתאימו למציאות המשתנה עוד בשנת 1968 (ראו הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 42).

170 ראו Liat Franco & Shulamit Almog, *Precarious Childhood: Law and Its (Ir) Relevance in the Digital Lives of Children*, 7 PENN. ST. J.L. & INT'L AFF. 53 (2019). כן ראו ליאת פרנקו, שולמית אלמוג וחאלד גנאים "ילדות ברשתות חברתיות – מרחב נעדר חוק" **מחקרי רגולציה** ב 61 (2020).

171 הרדוף "אי-חקיקה", לעיל ה"ש 26, בעמ' 84–85, 98–105.

בדיני עונשין, נרוויח לא רק את עקרון החוקיות וכל תכליותיו החשובות, אלא גם הגנה איתנה יותר על האינטרס הציבורי. זו בהכרח תגיע לאחר מחיר, וכך יקרה שוב בעתיד, משום שהחוק אינו מושלם כבר בעת כתיבתו, לא כל שכן לאחר התפתחויות חברתיות, כלכליות, טכנולוגיות ומשפטיות.¹⁷² נוכל להשיג את הטוב משני העולמות אם רק נסכים לשלם את המחיר. את הרע, מכל מקום ולמרבית הצער, לא נוכל למנוע לחלוטין.

ד. סיכום

ע"פ 3583/20 פלוני קובע שלא ניתן להפוך את הביטוי "בן משפחה" לפונקציונלי, משום שקביעה כזו מנוגדת לפרשנות הטבעית של לשון החוק של העבירה המוחמרת. ממילא היה אפשר לגזור על פלוני עונש חמור בהרבה גם בהרשעה הפחותה, שכוללת עונש מאסר מרבי בן עשר שנים, יותר מפי שלושה מהעונש שנגזר בבית המשפט המחוזי בגין העבירה המוחמרת. ממילא היה בית המשפט העליון חופשי להביע את סלידתו מההקשר הנצילי של המעשים, היה יכול לבטא באמצעות החמרת העונש מעבר לרף המקובל בעבירה שבה הורשע הנאשם, ואפשר שאף עשה כן, במודע או שלא במודע. במילים אחרות, היה מוטב לתביעה בבית המשפט המחוזי להשקיע בטיעונים לעונש על המעשה המגונה החמור בסעיף 348(ב) ולא בפרשנות מטפורית של סעיף 351. שוו בנפשכם שביקום מקביל היה בית המשפט המחוזי דוחה את טענת התביעה לפרשנות תכליתית מרחיבה, מסתפק בהרשעה במעשה מגונה בנסיבות מחמירות ומטיל על פלוני 32 חודשי מאסר. האם היה בית המשפט העליון מתערב בעונש גם במצב דברים זה? ייתכן, לפי הרושם האישי שעורר פלוני בשופטי בית המשפט העליון, אך גם ייתכן מאוד שלא. קבלת הערעור על הכרעת הדין יצרה מומנטום הגנתי חזק, ואף שבית המשפט העליון היה מוסמך לקבל את הערעור על הכרעת הדין ולדחות את הערעור על גזר הדין,¹⁷³ מקובל וסביר יותר לצפות לביטוי עונשי לפיחות בהרשעה.

השופט שטיין קבע ככלל שפרשנות תכליתית אינה סיסמה תביעתית להרחבת לשון החוק הפלילי והזכיר את חשיבות ההגנה על זכויות נאשמים וחשודים מפני כוח השררה של המדינה כשיקול פרשני של הדין המהותי. כל זאת עשה בלי להתנצל על התוצאה המשפטית, בלי להתפלפל ובלי להתפתל – וכך ראוי.¹⁷⁴ שופט אינו צריך להתנצל על קוצר ידו של החוק, שמצוי באחריותו המלאה של המחוקק, ואינו צריך להתנצל על שאינו מוכן לכופף את החוק, בדיוק אותו חוק שבגינו עומד הפרט למשפט: אין להפר חוק בשם החוק. המשפט והשופט (כמו התובע, השוטר, הסנגור ועוד) – כפופים לחוק ואינם צריכים לדברר את

172 הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט", לעיל ה"ש 33, בעמ' 71.

173 לדוגמה נדירה וראויה בעיניי לקבלה חלקית של ערעור על הרשעה לצד דחייה של הערעור על גזר הדין, ראו ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501, פס' 13 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2001).

174 השוו לקביעתו המדויקת של השופט עמית שאין תימוכין משפטיים לעצור את כרמל מעודה חרף הזעם הציבורי הרב עליה בבש"פ 5720/19 מעודה נ' מדינת ישראל (נבו 19.9.2019). לתמיכה אקדמית, ראו אסף הרדוף "נקמה עד תום ההליכים: בעקבות בש"פ 5720/19 מעודה נ' מדינת ישראל" המשפט ברשת <https://bit.ly/3jkEFS5> (אוקטובר 2020) 15, 4, 100.

עמידתם בחוק ובדרישותיו, בשעה שהם חלק ממשפט אשר מעמיד לדין וכולא אנשים על שלא צייתו לחוק. מי שצריך לחוש אחריות לקוצר ידו של החוק הוא המחוקק, והוא גם היחיד שיכול להאריך את היד ולפתור את הבעיות שיצר בלשונו. אחראים נוספים הם מי שלא עוררו את המחוקק לכך, דוגמת התביעה ומשרד המשפטים, ובית המשפט במקרים שהוא מאמץ פרשנות מרחיבה. כל אלו הם חלק מרכזי בבעיה המנציחה את עצמה. טרגי הדבר שהניסיון לפתור את הבעיה – בפרשנות במקום בהנעת חקיקה – יוצר בעיה גדולה, שהשלכותיה הרעות אינן תמיד גלויות, אך הן תמיד קיימות.

הכרתו השיפוטית של השופט שטיין בכך שעבירות אינן מגינות על התכלית שבבסיסן הגנה שלמה, אף שאינה מתיימרת להיות אמירה מקורית, היא מדויקת מאוד וחשובה ביותר, אולי אפילו מהפכנית בפוטנצייה. היא מזמינה חשיבה מחדש על עבירות ועל תכליות. מהי התכלית המדויקת בבסיסה של עבירה? זו שאלה חשובה ביותר, אולי שאלת השאלות בכל עבירה, משום שעבירה אשר נעדרת תכלית מוצדקת – היא עבירה חסרת צדק, איסור לא תכליתי. פסק הדין החדש מזמין חשיבה ביקורתית על הזיקה שבין יסודות עבירה לתכליתה, ובמיוחד על חוסר ההתאמה היסודית-ערכית, כאשר העבירה צרה מכדי להשיג את תכליתה המשווערת, וכאשר היא רחבה מכדי לשרת את תכליתה המשווערת.¹⁷⁵ שני סוגים אלו של חוסר ההתאמה מטרידים ומסוכנים, ומבחינה ערכית מאותתים על הפללת חסר, וגרוע בהרבה אף שאין היא עולה בפסק הדין – על הפללת יתר. ע"פ 3583/20 פלוני מלמד על הפללת חסר, או נכון יותר – על החמרת חסר. תוצאה משפטית זו מעודדת אותנו למבט רחב יותר על ההתאמה שבין תכלית הנסיבה המחמירה לבין לשונה; החמרת חסר צריכה להטרידנו, ולא פחות ממנה צריכה להטרידנו החמרת יתר במקרים שהיא עולה.

בשיטת משפט המקדשת ערכים לא סביר שהדיון עליהם כה שטוח ואינטואיטיבי. לא הגיוני שלא קיבלנו הצדקה משכנעת ולמצער הסבר מפורט לכל מקרה שבו הערך המוגן אינו מוגן. לא מתקבל על הדעת שכמעט שלא נתקלנו אפילו בהכרה שיפוטית בפער שבין גוף העבירה לתכליתה, או בהתייחסות אקדמית שיטתית אליה, בשונה מאמירה אנקדוטלית בחיבור שעוסק בשאלות אחרות. מדובר בשאלה נורמטיבית מכרעת, הראויה לקדמת הבמה ואף לבמה כולה.

מה שנכון לעבירות פליליות נכון גם לחקיקה פלילית מהותית אחרת, לחקיקה פלילית דיונית, חקיקה פלילית ראייתית וחקיקה בכלל.¹⁷⁶ אם הערך הוא הכוח המניע והיוצר את

175 הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל ה"ש 56, בעמ' 111–112. ליישומו, ראו הרדוף "חומר מחשב", לעיל ה"ש 79, בעמ' 667.

176 לטענה על צרות יתר בחקיקה פלילית מהותית בנושא סמכות אקסטרה טריטוריאלית, ראו הרדוף "תפסת מקצת, תפסת הכל", לעיל ה"ש 67. טענות על צרות יתר ערכית מחוץ לדין הפלילי המהותי אינן במחסור. למשל בנושא צרות היתר של חסיונות, ראו אסף הרדוף "חיסיון מרחוק או רחוק מחיסיון? חיסיון עורך דין וירטואלי: על חיסיון עורך-דין, תכליתו וגבולותיו" **משפט ועסקים** יט 305, 334–343 (2015); אסף הרדוף "חיסוי ללא מיצוי: דיני החסיונות, הגיונם ומוגבלותם – בעקבות יצחק עמית חסיונות ואינטרסים מוגנים (2021)" **הפרקליט** (צפוי להתפרסם, 2022). בנושא צרות היתר של כללי פסילה, ראו הרדוף "רעיון בלתי קביל", לעיל ה"ש 16, בעמ' 164–176. בנושא צרות היתר של כללי כשרות להעיד, ראו הרדוף "בעל נגד אישה", לעיל ה"ש 128; אסף הרדוף "הגנה נגד הגיונות: הגנת נפגעי עברה, הזכות להליך הוגן והגעה לאמת העובדתית בראי החוק לתיקון דיני הראיות (הגנת ילדים)"

החוק, ואם הערך אינו מוגשם במקרים רבים, אנו זכאים להצדקה שתבחין בין ההגשמה לאי־ההגשמה. בהיעדר הצדקה אנו זכאים להסבר. בהיעדר הסבר אנו זכאים לפחות להכרה בדיסוננס הערכי.

בין שאנו מצדדים באקטיביזם שיפוטי ובין שאנו מצדדים בפורמליזם, אנו זכאים וצריכים לבקש חוקים המגשימים את ערכינו בעקבות, משום שבלי עקיבות אנו נותרים עם סתירה עצמית לא מובנת,¹⁷⁷ ללא רציונליות,¹⁷⁸ ללא לגיטימציה¹⁷⁹ וללא הצדקה.¹⁸⁰ בלי התאמה יסודית־ערכית שום אנלוגיה וכיפוף לשון פונקציונלי לא יפתרו את הליקויים העמוקים במשפט הפלילי בפרט ובמשפט בכלל. לכל הפחות, מוטב שנהיה צנועים יותר כאשר אנו ממערים לנופך בדגלים ערכיים כלפי פרטים שפגעו בערך, בשעה שאותו ערך נדרס קשות באין מפריע בשלל הקשרים, ובאין כל חוק להגן עליו.

- משפט וממשל** כא 117, 128–136 (2020). בנושא תחולתו של עקרון חוקיות המנהל, על ערכיו, ראו אסף הרדוף "דין פלילי בלתי־מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" **ספר יורם דנציגר** 389, 406 (לימור זר־גוטמן ועידו באום עורכים, 2019). בנושא היכולת של נאשמים, חשודים ונפגעי עבירה להשפיע על ההליך, ראו אסף הרדוף "ויתור, הידברות, בג"ץ: שחרור חסמים בסדר הדין הפלילי, צמצום הכוח המנהלי והגברת הביקורת השיפוטית" **ספר רובינשטיין** 1817, 1820–1837 (אהרן ברק ואח' עורכים, 2020). בנושא דיות ראיות ראו אסף הרדוף "סיוע, חיזוק, דבר מה, שום דבר? התוספת שתופסת: מבט אנליטי בשאלת דיות הראיות" **המשפט ברשת** 104, 11–14 (2021).
- 177 Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U. L. REV. 273, 276 (1992).
- 178 Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade & Ilana Ritov, *Predictably Incoherent Judgments*, 54 STAN. L. REV. 1153, 1154, 1156, 1162 (2002).
- 179 William A. Edmundson, *The Antinomy of Coherence and Determinacy*, 82 IOWA L. REV. 1, 11 (1996).
- 180 J. M. Balkin, *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, 103 YALE L. J. 105, 115–117 (1993).