

צדק – עניין של זמן: דין פלילי מקל, שלטון החוק ושלטון הערכים – הזמן(ה) לשינוי

מאת

אסף הרדוף*

החוק, לרבות החוק הפלילי המהותי, כפוף לשינויים. כאשר אלו קורים, לעיתים קרובות הם מינווריים וכמעט בלתי מורגשים; לעיתים קרובות פחות, הם בולטים או מקיפים, למשל כאשר נולדת עבירה חדשה או מתבטלת עבירה קיימת, וכאשר עבירה או כמה עבירות קשורות ומוכרות עוברות רפורמה נרחבת.

מה נפקותו של שינוי בחוק הפלילי המהותי על מי שהעבירה המיוחסת לו בוצעה בטרם השינוי? חוק העונשין, התשל"ז-1977 משיב בשני פרקי הראשונים. סעיף 3, חלק מעקרון החוקיות המוכר, משקף כלל דמוקרטי משכנע וראוי, הקובע כי הרחבת הדין הפלילי והחמרתו חלים רק מכאן ואילך. שלושת הסעיפים הבאים אינם חלק מעקרון החוקיות, והדין שהם סוללים שונה מאוד מזה המקובל בדמוקרטיה רבות. סעיף 4 קובע כי ביטול עבירה יחול מכאן ואילך וגם למפרע. סעיף 5 קובע כי מי שפסק דינו אינו חלוט ייחנה מכל שינוי לקולא בעבירה, ומי שפסק דינו חלוט ייחנה לכל היותר משינוי ענישה מסוים. סעיף 6 מסייג את שני קודמיו ומונע מנאשמים להישען עליהם בשני סוגי מצבים – איסור שנולד לזמן קצוב, ואיסור שנתון מטיבו לשינויים מעת לעת.

זהו הסדר מורכב ביותר, מבחינה דוקטרינרית ובעיקר מבחינה נורמטיבית. הוא מייצר חיבורים וניתוקים בין חוקים קודמים לבין חוקים חדשים, בין תפיסה ערכית קודמת לחדשה. הוא שולח מסרים כלליים משתמעים באשר לזיקה שבין עברנו, ההווה והעתיד שלנו, לכוחה של התפתחות ערכית ולמוגבלותה, לשרירות ומקרייות, ליציבות, ודאות, יעילות, הגינות ואף לשוויון בפני הדין.

המאמר טוען כי ההסדר אינו בהיר מבחינה דוקטרינרית ואינו עקיב מבחינה נורמטיבית, ובוחן שלוש חלופות לשינויו. האחת היא ביטול סעיפים 4–6 לחוק העונשין, כך שכל אדם יישפט לפי הדין שהתקיים בעת האירוע הפלילי המיוחס. השנייה היא אפשרות בחינה מחודשת לכל תיק, לרבות חלוט, בראי החוק החדש והמקל. השלישית, בה מצדד המאמר, מתירה

* דוקטור, מרצה בכיר, המכללה האקדמית צפת; מלמד וחוקר את כל ענפי המשפט הפלילי מאז 2009; לשעבר תובע וסנגור בפרקליטות הצבאית; מפעיל ערוץ היוטיוב "משפטים בקטנה". מאמרי מוקדש לזכר אדריכל תיקון 39 וההסדר מושא מאמרי, פרופ' ש"ז פלר, מענקי המשפט הפלילי שלנו, שלא הכרתי כלל, אך למדתי ממנו רבות; תשוקתו והשפעתו לשיפור הדין הפלילי בישראל מהדהדות עד היום בכתיבתו העשירה והמגוונת בעברית, בחירה ערכית שהפכה נדירה בעידן האמריקניזציה של האקדמיה בישראל. תודה גדולה למערכת משפטים, לקורא החיצוני ובמיוחד לעורכים על הערות והארות מאתגרות, שהובילו לשיפור המאמר. תודה רבה למתן גולדבלט על העזרה בכללי הציטוט האחד של חקיקה זרה. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד. מחכה לתגובות: asafhardoof@gmail.com

לבחון גם פסקי דין חלוטים באורו של דין פלילי חדש מצמצם, אך זאת רק בתנאי שאין צורך בבירור עובדתי נוסף.

מבוא. 1. דיני ההרחבה: שלילת תחולה למפרע של הרחבת הדין הפלילי והחמרת הענישה.
2. דיני ההצרה: תחולה למפרע של צמצום הדין הפלילי והקלה בענישה. **ב. מתי ראוי להחיל דין מצר ועל מי: ביקורת.** 1. מבט במכלול. 2. לא טעות; תמורה. 3. ביטול איסור או צמצומו?
4. שינוי ענישה. 5. שינוי תווית. **ג. חיפוש פתרונות: צדק היסטורי, צדק מודרני ומה שביניהם.**
1. קידום הסדר עקיב. 2. נאמנות מלאה לצדק ההיסטורי. 3. נאמנות מלאה לצדק המודרני. **ד. סיכום.**

מבוא

כשם שהחוק בכלל והחוק הפלילי בפרט הם עניין של מקום, במוכן היותם שונים מהותית ממדינה למדינה, הם גם שונים באותו מקום מעת לעת;¹ העבירה הפלילית היא תופעה משפטית התלויה בחברה ובזמן.² כמו בחברה, לרוב גם השינוי במשפט הפלילי איטי ומדורג, ולעיתים קשה להבחין בו.³ בהקשרים מעטים השינוי בחוק הפלילי המהותי בולט, למשל כאשר נולדת עבירה חדשה או מתבטלת עבירה קיימת, מצד אחד, וכאשר עבירה או כמה עבירות קשורות ומוכרות עוברות רפורמה מהותית, מצד אחר.

ההשלכות המשפטיות של חידוש בדין המהותי מתוארות בראשיתו של חוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין או החוק), ללמדנו על חשיבותן העקרונית.⁴ סעיף 3 לחוק קובע כי הרחבת הדין הפלילי והחמרתו יחולו רק מכאן ואילך. סעיף 4 קובע כי ביטול עבירה יחול מכאן ואילך וגם למפרע. סעיף 5 מתפצל בין מי שפסק דינו אינו חלוט, אשר ייהנה מכל שינוי לקולא בעבירה, לבין מי שפסק דינו חלוט, שיהנה לכל היותר משינוי ענישה מסוים. סעיף 6 מסייג את שני קודמיו ומונע מנאשמים להישען עליהם בשני סוגי מצבים המפורטים בו.

בחלק מכריע משפתו, ההסדר הישראלי העוסק בתחולה בזמן אינו בהיר; ואילו הרקע הנורמטיבי בבסיסו בהיר הרבה פחות, במיוחד כאשר מביטים בהוראותיו כמכלול. מבחינה פילוסופית, זהו מההסדרים המסקרנים ביותר בדין הפלילי ואולי בדין בכלל, משום שהוא מייצר חיבורים וניתוקים בין חוקים קודמים לבין חוקים חדשים, בין תפיסה ערכית קודמת לחדשה, ושולח מסרים כלליים משתמעים באשר לזיקה שבין עברנו, ההווה והעתיד שלנו,

¹ פלר הדגיש את היסוד ההיסטורי של העבירה וגילה הבנה להשתנותה ממקום למקום ומעת לעת: ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 116–117 (1984).

² Roger A.; EMILE DURKHEIM, THE RULES OF SOCIOLOGICAL METHOD 67–72 (1964)
Shiner, *Theorizing Criminal Law Reform*, 3 CRIM LAW AND PHILOS 167, 168 (2009)

³ בכרך שעסק בשאלת ההפלה על בסיס מוסרנות משפטית התייחס פיינברג לתגובתו של המשפט לשינויים בחברה וציין שהאחרונים נוטים להיות הדרגתיים ואיטיים ולכן גם אינם יוצרים ניכור. JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF THE CRIMINAL LAW: HARMLESS WRONGDOING 73–80 (1990)

⁴ כמפורט בהמשך, גם במדינות שונות באירופה מופיעים סעיפים דומים בראשיתו של הקוד הפלילי.

לכוחה של התפתחות ערכית ולמוגבלותה, לשרירות ומקריות, ליציבות, ודאות ויעילות ואף לשוויון בפני הדין. חרף זאת, אין כמעט ספרות משפטית שעסקה בהסדר בהרחבה.⁵ מאמרי בוחן את ההסדר מבחינה נורמטיבית במגמה להבין את מסריו הערכיים ואת האיזון הראוי בין מטרותיו המסתמנות והמתנגשות, אשר באופן ציורי אמישג בהמשך כשלטון החוק וכשמירת הצדק ההיסטורי, קרי: אכיפת החוק שהתקיים בזמן ביצוע המעשה, למול מה שאמישג כשלטון הערכים וחתיירה לצדק המודרני, קרי: העדפת החוק המקל לאור השינוי הערכי המסתמן בבסיסו. המאמר טוען כי ההסדר הקיים אינו עקיב מבחינה נורמטיבית, ומציע שלוש אפשרויות לפתרון. האחת והקיצונית היא לבטל את סעיפים 4–6 לחוק העונשין או את חלקם, ולהעדיף בכך את הצדק ההיסטורי, על היציבות, הוודאות והיעילות שהוא מגלם. אפשרות הקיצון ההפוכה היא לבכר את הצדק המודרני, ולאפשר בחינה מחודשת לכל תיק, לרבות חלוט, בראי החוק החדש והמקל. אצדד באפשרות ביניים, המקדמת את העקיבות ואת הצדק המודרני, אך לא באופן שיזעזע את המערכת היא להישען על נוסחה פשוטה, המתירה לבחון מחדש גם פסקי דין חלוטים באורו של דין פלילי חדש מצמצם, בתנאי שאין צורך בכירור עובדתי נוסף. המאמר יכול שלושה פרקים. הראשון והקצר יציג את ההסדר המשפטי הישראלי בסוגיה ויסקור את החוק, הפסיקה המנחה והספרות, כולל התייחסות אקטואלית לדין מיוחד בנושא, במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה. השני והארוך יבחן את ההסדר באופן ביקורתי, דוקטרינרי ונורמטיבי, ויצביע על קשיים בחוק, בפסיקה ובספרות. השלישי יבחן שלושה פתרונות חלופיים: נאמנות מלאה לצדק ההיסטורי, נאמנות מלאה לצדק המודרני, וגישת ביניים שתכונה צדק פרגמטי.

א. עניין של זמן: ההסדר המשפטי בישראל

1. דיני ההרחבה: שלילת תחולה למפרע של הרחבת הדין הפלילי והחמרת הענישה

פרק ב לחוק העונשין עוסק בתחולת הדין הפלילי המהותי לפי זמן. סעיף 3, "אין עונשין למפרע", אינו שייך לפרק זה, אף שהוא צד נוסף וחשוב למטבע העוסק בחוק משתנה. בהיותו ביטוי פורמלי לאחד מרבידיו החשובים של עקרון החוקיות המפורסם, הוא משויך לפרק הראשון בחוק העונשין, "הוראות יסוד". עקרון החוקיות, כידוע, משרת מטרות מגוונות, כהגבלת השרירות בהפעלת כוח ממשלתי, וכקידום הגינות וודאות משפטית.⁶ בהתאם לסעיף

⁵ דן ביין "תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העבירה – פרשנות, ביקורת והיקף התחולה של חידושי תיקון" *מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין* 557 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

⁶ John Calvin Jeffries, Jr., *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, Tracey Maclin, *What Can Fourth Amendment Doctrine?* 71 VA. L. REV. 189, 190 (1985) (2001) *Learn From Vagueness Doctrine?*, 3 U. PA. J. CONST. L. 398, 408–409 (2001); פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 8; יורם רבין ויניב ואקי *דיני עונשין* 92–97 (מהדורה שלישית, 2014); בועז סנג'רו *ביקורת דיני העונשין הישראליים* 61 (2020). ראו גם את ההצהרה האוניוורסלית בדבר זכויות האדם מיום 10.12.1948, סעיף 11(2).

3 לחוק העונשין, שינוי חקיקתי המגדיל את היקפו או חומרתו של המשפט הפלילי – יחול רק מכאן ואילך, לאחר פרסומו, ולעולם לא יחול על מעשים אשר נעשו לפני כן. בלי כלל מכריע בחשיבותו זה, יתר הרבדים המוכרים של עקרון החוקיות הם דלי טעם, משום שהמחוקק תמיד יכול להשתמש במשפט הפלילי כדי להעניש היום מעשים אשר לא הוגדרו כעבירה בזמן עשייתם.⁷ סעיף 3 חיוני להכוונת-התנהגות יעילה ומשקף הגנה בסיסית על זכויות הפרט וחירותו.⁸

הכלל העולה בסעיף 3 כמעט ולא אותגר במשפט הישראלי, ודאי בגין היתפסו כצודק כמעט לגמרי. האתגר הבולט הכמעט יחיד לו עלה מהחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם), בעת שבה לא התקיים בדין הפלילי המהותי סעיף מקביל לסעיף 3. בשנת 1962 דחה בית המשפט העליון את טענת **אייכמן** נגד החלת החוק למפרע, וקבע כי החוק האמור למעשה מגשים את משפט העמים שהיה קיים כבר בזמן מעשיו של אייכמן.⁹ אף שלמען האמת בית המשפט העליון לא שפט את אייכמן לפי "משפט העמים", אלא לפי החוק הישראלי המאוחר למעשיו של אייכמן, הרי כל חיותו של החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם כיוונה לתחולה על מעשים שנעשו לפני קבלת החוק, לרבות מעשיהם של יהודים שטרם עלייתם לישראל סייעו לנאצים.¹⁰

כיום חוק זה הוא אך שריד היסטורי, וכמוהו גם קריאת התיגר העיונית על תוכנו של סעיף 3 לחוק העונשין.¹¹ תחולה של דין פלילי מרחיב לאחר ביצוע העבירה עודנה עובדה קיימת בישראל, אך ככלל לא בדין המהותי.¹² לנאשם אין זכות קנויה לדין הדיוני והראייתי הקודם, שעליו לא הסתמך, וממילא אין הכרח לכבד ציפייה לדין מקל שאינו מהותי. כך למשל הוחלו שינויים בדיני הראיות אשר איפשרו הרשעה בגין שינוי הכללים של דיות הראיות, הן בחקיקה,¹³ והן בהלכה;¹⁴ וכך למשל הוחל דין פלילי דיוני חדש שאיפשר להסגיר את מי שלא היה בר-הסגרה זמן קצר לאחר ביצוע העבירות מחוץ לישראל.¹⁵

2. דיני ההצרה: תחולה למפרע של צמצום הדין הפלילי והקלה בענישה

הרחבה חקיקתית של האחריות הפלילית או הענישה חלה רק לעתיד לבוא, ולא על מעשים שכבר נעשו. מה קורה כאשר השינוי מקטין את היקפו או חומרתו של המשפט הפלילי? סוגיה זו אינה מתקשרת במישרין לעקרון החוקיות, ואינה יוצרת סטנדרטים מינימליים למשפט

⁷ אסף הרדוף "עקרון החוקיות: חזק על חלשים" **משפט ועסקים** (עתיד להתפרסם, 2022).

⁸ רע"פ 8273/13 **מדינת ישראל נ' עו"ד חיימוביץ'** פס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג (נבו, 25.12.2014).

⁹ ע"פ 336/61 **אייכמן נ' היועץ המשפטי**, פ"ד טז(3) 2033, פס' 10–11 (1962).

¹⁰ ע"פ 77/64 **ברנבלט נ' היועץ המשפטי**, פ"ד יח(2) 70 (1964).

¹¹ לניסיון לנסוך מעט מהות מודרנית מאתגרת לסעיף ראו ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 572–574.

¹² גם בדין המהותי אפשרית הרחבה של הדין הפלילי בדיעבד, באשר לאיסור אשר התקיים בחוק בעת ביצוע העבירה, וזאת באמצעות פרשנות הנושאת את מילותיו להקשר חדש: הרדוף, "חזק על חלשים", לעיל ה"ש 7.

¹³ ע"פ 735/80 **כהן נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(3) 94 (1981).

¹⁴ ד"נ 25/80 **קטאשילי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(2) 457 (1981).

¹⁵ ע"פ 3025/00 **הרוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 111 (2000).

הפלילי.¹⁶ בלשונו הציורית הנאה של השופט הנדל, עסקינן ב"מעין מראה מהפכת" לכלל בסעיף 3.¹⁷ זהו הדין על גבולות ההצרה האפשרית עבור חשודים, נאשמים ואפילו מורשעים במקרים מסוימים, כאשר אין עוד התעקשות מתמדת להחיל את החוק שהיה קיים בזמן ביצוע המעשה. המחוקק מבדיל בין שני מצבים עיקריים – ביטול העבירה למול שינויה.

(א) סעיף 4 לחוק העונשין

סעיף 4 לחוק העונשין שולח מסר דרמטי: ביטול בחוק של איסור מוביל לביטול מכאן ואילך של ההשלכות הפליליות. אף משפט לא יימשך; אף ריצוי-מאסר לא יימשך; אף רישום פלילי לא ייוותר. ככתוב בדברי ההסבר להצעת החוק, ביטול עבירה הוא דרך שינוי שורשית מאוד לעמדת החברה.¹⁸ הסדרים דומים קיימים במדינות רבות באירופה.¹⁹

הבסיס הערכי לסעיף 4 אינו מובן מאליו. ברוח הדיון שלעיל באשר לסעיף 3, ניתן לטעון כי החוק הרלוונטי הוא זה שהתקיים בזמן ביצוע העבירה. אדם ביצע עבירה ביום ראשון; מה משנה שהעבירה בוטלה ביום שני, בטרם חקירתו; ביום שלישי, בטרם משפטו; ביום רביעי, בטרם הרשעתו; ביום חמישי, בטרם ריצוי מלוא עונשו; או ביום שישי, בטרם התיישנה הרשעתו ונמחק הרישום הפלילי בגינה? הרי העברייך המחיש שאינו מכבד את הדין הקיים. הייתה לו הזדמנות לקרוא את החוק ולהימנע מביצוע עבירות, אך הוא בחר אחרת. אפילו אם נתעלם מהפגיעה בערכים שהעבירה ביקשה להגן עליהם, העברייך הוכיח זלזול בחוק.²⁰ במובן מטפורי ניתן להציע, כי הפגין אנטי-חברתיות דמוקרטית, בנכונותו לפעול בניגוד לחוק הפלילי. לפיכך, אף אם החוק בוטל לאחר ביצוע העבירה, ניתן היה להציע כי הביטול יהיה רק מכאן ואילך.

אף שגישה זו רחוקה ממופרכת, המחוקק בחר אחרת. חרף אי-ציות מופגן לנורמה, כך הוצע, חוש הצדק של הציבור אינו תומך עוד בענישה בגין עבירה שבוטלה; החוק החדש מיטיב לשקף את דרישות החברה, צרכיה ותודעתה, ואין טעם הצופה פני עתיד להעניש בגין איסור שבוטל,²¹ לא ראוי להעניש בגין מעשה שכיום נתפס כמותר.²² שאלת הערך המוגן נתפסת כחשובה יותר ממעמדו של האיסור הפלילי.²³ ההסדר מסיג את שלטון החוק הפורמלי לטובת שלטון החוק המהותי,²⁴ ובמובן ציורי, לטובת שלטון הערכים.

¹⁶ רע"פ חיימוביץ', לעיל ה"ש 8, פס' 21 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹⁷ ע"פ 2149/20 מרון נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו, 22.7.2021).

¹⁸ דברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 2098, בעמ' 116.

¹⁹ ראו למשל את הדין באיטליה: ART. 9(1) C.p. (It.); ברומניה: CODUL PENAL art. 4 (Rom.); בפורטוגל: CÓDIGO PENAL, art. 2, no. 2 (Port.); ברוסיה: UGOLOVNYĬ KODEKS ROSSIĬSKOĬ; בפולין: KODEKS KARNY art. 4, § 4 (Pol.); בליטא: FEDERATSII art. 10, pt. 1 (Russ.); ALMENN HEGNINGARLÖG art. 3, para. 2 (Lith.); ובאיסלנד: BAUDŽIAMASIS KODEKSAS art. 3, para. 2 (Ice.).

²⁰ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 577–579.

²¹ פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 226–227.

²² ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 785 (1992).

²³ מרים גור-אריה "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב-1992 "משפטים" כ"ד 9, 24 (1994).

²⁴ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 577.

הדוגמה הציבורית המפורסמת ביותר לביטול עבירה בישראל היא משכב זכר, או ביתר דיוק, "סטיות מדרך הטבע", בשנת 1988.²⁵ בהתייחסו לדוגמה זו כתב קרמניצר כי התופעה של דין מקל כמעט תמיד מבטאת שינוי תפיסתי-ערכי ואף תיקון בדיעבד של מה שנתפס כיום כמעוות ובלתי מוצדק גם בשעתו.²⁶ הפסיקה אימצה את הרטוריקה האמורה. בעניין **מוחתסב** כתב השופט עמית כי נורמה פלילית מקלה מוחלת כביטוי להכרה חברתית מאוחרת במצב שהתקיים לכאורה מאז ומעולם, כהצהרה שזו הנורמה שהייתה אמורה להתקיים מלכתחילה; תוך הפניה לביטול "האיסור על משכב זכר".²⁷ בעניין **חיימוביץ'** כתב השופט סולברג, כי ביטולו של איסור משקף אמירה ערכית שמלכתחילה לא היה נכון להפליל, תוך הפניה לביטול האיסור על "סטיות מדרך הטבע".²⁸

(ב) סעיף 5 לחוק העונשין

לעומת ביטולו של איסור, פעולה הנראית דרמטית, שינויה של עבירה באופן שמצמצם את האחריות או העונש לה מצטייר כפעולה צנועה יותר, וניתן לצפות שגם שכיחה יותר. פעולה זו מוסדרת בסעיף 5 לחוק העונשין, המבחין בין שני מצבים לפי פרמטר יחיד: קיומו של פסק דין חלוט (סופי). כידוע, פסק דין הופך חלוט באחד משני מצבים – חלוף הזמן לערעור, או לאחר מיצוי זכות הערעור. מבחינה היסטורית, סעיף 5 לא בא "להקל" עם עושה העבירה, אלא להוביל החלה דינמית של הנורמה המעודכנת והמקלה.²⁹ כעולה מסעיף 5(א), כאשר עדיין אין פסק דין חלוט, כל שינוי שמצמצם את האחריות הפלילית או מקל בעונש ייכנס לתוקפו ויחול אף על מי שביצע את המעשים בשעה שהחוק היה רחב או חמור יותר. בדומה למצב שמגולם בסעיף 4, המבצע נהנה מהשינוי שמגלם החוק החדש – אחריות מוצרת ועונשו מוקל. הסדרים דומים קיימים במדינות רבות באירופה.³⁰

²⁵ חוק העונשין (תיקון מס' 22), התשמ"ח-1988, ס"ח התשמ"ח 62 (להלן: תיקון 22). למעשה, לא הייתה בספר החוקים עבירה שנשאה את הכותרת "משכב זכר"; זהו שכתוב היסטורי המבוסס, אולי, על הביטוי התנ"כי המוכר, הנגזר מהפסוק "ואיש אשר ישכב את זכר" (ויקרא, כ, י"ג). העבירה "סטיות מדרך הטבע" היא ירושה מנדטורית מפקודת החוק הפלילי, 1936, שסעיף 152(2) לה כלל שלושה איסורים: יחסי מין עם אדם אחר שלא כדרך הטבע; יחסי מין עם בהמה; הרשאה לזכר לשכב עמו/עמה שלא כדרך הטבע. כל אלו היו חלק מעבירת מין נרחבת שכללה גם חלופה של אינוס ושל יחסי מין עם בני/בנות מתחת לגיל 17. חוק העונשין יצר עבירות נפרדות, אך מהותה של העבירה האמורה שרדה, וגם הכותרת "שלא כדרך הטבע", בסעיף 351 דאז.

²⁶ מרדכי קרמניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 609, 642-643 (אלי לדרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010).

²⁷ רע"פ 4562/11 מוחתסב נ' מדינת ישראל, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית (7.3.2013).

²⁸ רע"פ חיימוביץ', לעיל ה"ש 8, פס' 25, 35 לפסק דינו של השופט סולברג.

²⁹ דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 116.

³⁰ ראו למשל את הקוד הפלילי בגרמניה: ART. 2 Sr (Ger.); STRAFGESETZBUCH, § 2, para. 3; בהולנד: ART. 2 Sr (Neth.); באיטליה: ART. 6 C.p. (It.); בבלגיה: NAKAZATELEN KODEKS art. 2, para. 2; בפורטוגל: CÓDIGO PENAL, art. 2, no. 4 (Port.); בטורקיה: CEZA KANUNU art. 7; בצרפת: CODE PENAL art. 112-1 (Fr.); בפנינלנד: RIKOSLAKI ch. 3, art. 2, para. 2 (Turk.); בצ'כיה: TRESTNÍ ZÁKONÍK, ZÁKON č. 40/2009 Sb., art. 2(3) (Czech); בפולין: 2 (Fin.);

עניין ההקלה בעונש אפילו עלה עוד לפני חקיקת סעיף 5. בעניין **מזרחי**, הנאשם הורשע במעשה מגונה בכפייה, ונגזרו עליו 4 שנות מאסר. במועד גזר הדין נכנסו לתוקפם שינויים בפרק עבירות המין בחוק העונשין, כאשר הסעיף שעסק במעשה מגונה בכפייה בוטל; והסעיף החדש הקרוב ביותר, "תקיפה מינית", כלל עונש מירבי בן 3 שנים. בית המשפט העליון ראה את התיקון המקל כתקלה חקיקתית ברפורמה שעיקרה בא להחמיר, ובכל זאת קבע בשנת 1989 כי לא ראוי להותיר עונש העולה על העונש המירבי בחוק המעודכן, לנוכח גילוי הדעת הערכני של המחוקק.³¹

יושם לב כי בשונה מסעיף 4, העוסק בביטול איסור, השינוי בסעיף 5(א), העוסק בשינוי לקולא של איסור, אינו פועל באשר לפסקי דין חלוטים. ההבחנה בין ביטולו של איסור לבין צמצומו סבוכה בהרבה מהנראה לעין במבט ראשון.³² מונחי המפתח לענייננו – "עבירה", "איסור", "ביטול" ו"שינוי" – אינם מוגדרים בשום מקום בחוק העונשין. מה פירוש "נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה"? ומה ההבדל בין ביטול לשינוי המקל, "חל שינוי (מקל) בנוגע להגדרתה"?

ביין הבהיר כי ביטולו של איסור אינו עניין פורמלי גרידא, אלא נושא מהות. לדידו, עבירה שבוטלה פורמלית אך הועמדה בלבוש אחר – למשל תקיפה מינית ומעשה מגונה – אינה משקפת איסור ש"בוטל"; בהסרת עבירה מספר החוקים ויצירת עבירה חדשה במקביל עם יסודות דומים, אין תחולה לסעיף 4.³³ כפתרון נורמטיבי להבחנה בין ביטול לבין שינוי מקל, הציע לבחון אם המחוקק ויתר על ההגנה המשפטית לערך מסוים, או רק צמצם אותה, באופן שאינו מבטא "מהפך" בעמדה חברתית.³⁴ בעניין **חיימוביץ**, באמרה שבדיעבד לא הייתה נחוצה להכרעה בפרשה,³⁵ אימץ השופט סולברג את המבחן של ביין לצורך ההבחנה בין ביטול לשינוי: אם ויתר המחוקק על ההגנה שהמשפט הפלילי מקנה לערך, זהו "ביטול"; אם נמשכת ההגנה על אותו ערך, אם כי במתכונת מצומצמת, מדובר ב"שינוי" מקל גרידא.³⁶

;ALMENN HEGNINGARLÖG art. 2 (Ice.); KODEKS KARNY art. 4, § 1 (Pol.); ובקראוטיה: KAZNENI ZAKON art. 3, para. 2–3 (Croat).

³¹ ע"פ 63/89 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מג(4) 396, 388 (1989). ובהמשך: עניין **מרזן**, לעיל ה"ש 17, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

³² רע"פ **חיימוביץ**, לעיל ה"ש 8, פס' 29–30 לפסק דינו של השופט סולברג.

³³ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 581. לשאלה מהו בדיוק "ביטול" של איסור אתייחס בהרחבה בפרק ב.3. למאמר.

³⁴ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 584.

³⁵ תושב תל אביב-יפו החנה את מכוניתו בצמוד לאבני שפה שנצבעו בצבעי כחול-לבן בלי לשלם, שלא באזור מגוריו, בעת שבה הדבר נאסר, והוטל עליו קנס בן 100 שקלים. בטרם שילם, תוקן חוק העזר ואפשר חניה כאמור, בתנאי שהדבר סומן בתמרור. תמרורים המסמנים כאמור נפרסו בהרחבה, ואז פנה התושב וביקש לבטל את הקנס. תיקו התגלגל עד לבית המשפט העליון. השופט סולברג, לאחר פסק דין ארוך ועקרוני, קבע שאין מדובר בביטול האיסור, הן משום שהביטול אינו בחקיקה, והן משום שההגנה על הערך לא הוסרה, אלא רק ניתנה הקלה לקבוצה בלתי מסוימת. לדידו, יש תחולה פוטנציאלית לסעיף 5(א); אולם למעשה מדובר בהסדר שמטיבו נתון לשינויים מזמן לזמן, ולפיכך סעיף 6 מסיג את תחולתו של סעיף 5. רע"פ **חיימוביץ**, לעיל ה"ש 8, פס' 61–65 לפסק דינו של השופט סולברג.

³⁶ שם, פס' 47 לפסק דינו של השופט סולברג.

דברים אלו אומצו במפורש בבית המשפט העליון מאוחר יותר, בעניין **מליאנקר**³⁷ ובעניין **בורעי**³⁸.

כעולה מסעיף 5(ב), כאשר פסק הדין סופי, משתנות ההשלכות המשפטיות של שינוי החוק, ומוגבלות להפחתת העונש, אם זו עולה בבירור מהשינוי: תחולה למפרע של דין מקל, בלי לפתוח מחדש את ההליך הפלילי.³⁹ בהיעדר מחלוקת בדבר תחולתו של סעיף 5(ב), אין צורך בצו שיפוטי (בניגוד למשל לאיטליה ודנמרק),⁴⁰ אלא די בהחלטה מינהלית של הרשות המפקדת על ביצוע העונש, בלי לפתוח מחדש את הדיון המשפטי לגבי העונש.⁴¹ הסדרים דומים קיימים ברומניה, רוסיה ופולין.⁴²

לכאורה צמצום ההיקף של עבירה פלילית לא ישפיע כלל על מי שכבר נשפט, לרבות מי שמרצה עונש מאסר, אפילו אם היה מזוכה בבירור אילו עמד לדין כיום. השינוי היחיד שעשוי ליהנות ממנו מי שפסק דינו חלוט הוא הפחתת המחוקק בעונש, בהנחה שהדבר רלוונטי כלפיו: רק כאשר השינוי במידת העונש או בסוגו הוא כזה שברור ממנו כי יש לבטל מרכיב בענישה שנגזרה על הנאשם או שיש להחיל עליו את התיקרה החדשה. לעומת זאת, הנידון אינו יכול לפנות לבית המשפט ולטעון כי היחס בין העונש שהוטל עליו לבין העונש המירבי מצדיק חישוב מחדש של ענישתו לאור ירידה מסוימת בעונש המירבי בחוק. למשל אם העונש על עבירת הגניבה יופחת משלוש שנות מאסר לשנה, גנב מורשע שפסק דינו חלוט והחל לרצות מאסר בן שנתיים – לא ירצה יותר משנה. לעומתו, גנב שפסק דינו חלוט והחל לרצות מאסר בן שנה – לא יוכל לטעון כי בית המשפט כיוון להטיל עליו שליש מהעונש המירבי, ולכן יש לשנות באופן יחסי את עונשו.⁴³ בחירת המחוקק לאפשר תחולה של הדין המצמצם למי שמשפטו אינו חלוט, ולעומת זאת לאפשר למי שמשפטו חלוט ליהנות רק משינוי חותך בבירור, פורשה בבית המשפט העליון ככזו שסובבת סביב עקרון סופיות הדיון. כך בעניין **רחמיאן** משנת 2006 הטעים הנשיא (בדימוס) ברק כי תחולתו של סעיף 5(ב) מוגבלת למצבים שבהם מתקיים שינוי טכני מינהלי בעונש, שניתן להבינו ולהחילו בלי לפנות לבית המשפט, "כלל הגילויטינה".⁴⁴

³⁷ ע"פ 6834-14 **מליאנקר נ' מדינת ישראל** פס' 8 לפסק דינו של השופט פוגלמן (נבו, 26.2.2015).

³⁸ בג"ץ 9057-20 **בורעי נ' התביעה הארצית** פס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו, 28.12.2020).

³⁹ בג"ץ 5293/19 **סלומון נ' כנסת ישראל** פס' 10 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו, 19.11.2019). דובר בדחייה על הסף של עתירה נגד חוקיותו של סעיף 25(ג) לחוק העונשין, הרפורמה בעבירות ההמתה, שתידון בהמשך המאמר, בפרק ב.4.

⁴⁰ ראו את הקוד הפלילי באיטליה: Art. 9(3) C.p. (It.); ובדנמרק: STRAFFELOVEN § 3, para 2 (Den.).
⁴¹ ע"פ 4002/01 **קורקין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נו(4) 255, 250 (2002); ע"פ 2928/20 **ביטון נ' מדינת ישראל** פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית (נבו, 24.11.2020).

⁴² ראו את הקוד הפלילי ברומניה: Codul penal art. 6, para 1 (Rom.); ברוסיה: Ugolovnyĭ Kodeks Rossiĭskoĭ Federatsii art. 10, pt. 2 (Russ.); ובפולין: Kodeks Karny art. 4, § 2 (Pol.).

⁴³ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 586. בסוגיית השינוי בענישה ארון בפרק ב.4 למאמר.

⁴⁴ ע"פ 7853/05 **רחמיאן נ' מדינת ישראל**, פס' 9–11 לפסק דינו של הנשיא (נבו, 27.11.2006). מסריו אלו של התקדים מהדהדים ביתר שאת לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה, שתידון בהמשך: עניין **ביטון**, לעיל ה"ש 41, פס' 10–14 לפסק דינו של השופט עמית; עניין **מרון**, לעיל ה"ש 17, פס' 10–11, 16 לפסק דינו של השופט הנדל; ע"פ 3568/20 **עשור נ' מדינת ישראל**, פס' 12 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו, 20.1.2021).

(ג) סעיף 6 לחוק העונשין

ההסדר העוסק בתחולה לפי זמן מסתיים בסעיף 6, "עבירות שהזמן גרמן". הסעיף מגביל את התחולה של שני קודמיו וקובע, כי כאשר איסור מסוים נולד עבור תקופה מסוימת – סיומה של התקופה אינו מהווה את ביטולו של האיסור; הסדרים דומים קיימים במדינות שונות באירופה.⁴⁵ כאשר מלכתחילה מדובר באיסור שמטיבו נתון לשינויים – גם אז לא יוכל נאשם ליהנות מסעיפים 4 ו-5.

הדוגמה למסר הראשון עולה מתקופת מגפת הקורונה, אז נחקקו צווים שונים, שחלקם בעלי תוקף פלילי.⁴⁶ גם לאחר סיומה המוצלח של ההתמודדות המדינית עם מגפת הקורונה וגם לאחר ביטול הצווים, מי שנשפט לפיהם או עדיין יתנהל נגדו הליך לפיהם – לא יוכל לבנות על סעיפים 4 ו-5.

הדוגמה למסר השני פשוטה אף היא, ועוסקת בעיקר בעבירות טכניות, דוגמת עבירות תעבורה קלות. אדם נהג במהירות 80 קמ"ש בכביש שבו תמרוך מהירות מותרת מירבית בת 50 קמ"ש. בטרם משפטו, מחליטה המדינה להעלות את המהירות המירבית בכביש זה ל-80 קמ"ש, אף שתנאי הכביש לא שופרו. הנאשם מעוניין להפנות לסעיף 5(א); אולם סעיף 6 חוסם אותו. השינוי בחוק אינו משנה. גם אם ההסדרה הראויה בכביש מסוים תתיר נהיגה במהירות 80 קמ"ש, וגם אם הסקנו בדיעבד שגם אתמול זו הייתה מהירות הגיונית ומתאימה עבור הכביש, הדבר לא יועיל למי שנהג במהירות מופרזת כפי שהוגדרה אמש. בדומה, גם שינויים של הסדרי חניה, שבאופן מוזר משתייכים למשפט הפלילי, לא יועיל לפרט בדיעבד.⁴⁷

(ד) אקטואליה: סעיף 25 לתיקון 137

אף שהצרת הדין הפלילי אינה תכופה בישראל, היא אינה סוגיה עיונית גרידא; ואף שבפסיקה נכתב בעבר כי פרשנות הסעיפים ברגיל אינה סובבת סביב איסורים חמורים, משום שאין לגביהם שינוי חברתי ניכר,⁴⁸ לפחות בסוגיה אחת נראה לאחרונה שינוי דרמטי. שאלת התחולה של דין מצמצם באשר לפסק דין חלוט קיבלה זווית חדשה לאחר הרפורמה בעבירות ההמתה בשנת 2019, במסגרת תיקון 137 לחוק העונשין (להלן: תיקון 137).⁴⁹ קצרה היריעה מתיאור מפורט של הרפורמה,⁵⁰ אולם בין השינויים החשובים שהובילה היה שינוי מפת העבירות. כמה עבירות המתה עיקריות התקיימו בחוק העונשין עשרות שנים: רצח בסעיף 300, עבירה שדינה היה מאסר עולם חובה, למעט במקרים שתוארו בסעיף 300א דאז, "עונש מופחת", שביטל את החובה להטיל מאסר עולם; הריגה בסעיף 298, עבירה שדינה היה מאסר

⁴⁵ ראו את הקוד הפלילי בגרמניה: Art. 9(1) C.p.; STRAFGESETZBUCH, § 2, para. 4 (Ger.); באיטליה: Art. 9(1) C.p.; בפורטוגל: Código Penal, art. 2, no. 3 (Port.); בטורקיה: CEZA KANUNU art. 7, para. 4; בספרד: C.P. art. 2, § 2 (Spain); ובקרוואטיה: KAZNENI ZAKON art. 3, para. 5 (Croat.).

⁴⁶ למשל תקנות שעת חירום (נגיף הקורונה החדש - אכיפה), התש"ף-2020.

⁴⁷ רע"פ חיימוביץ', לעיל ה"ש 8, פס' 64 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁴⁸ שם, פס' ב לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁴⁹ ס"ח תשע"ט מס' 2779 מיום 10.1.2019 עמ' 232-230; וכן ה"ח הממשלה תשע"ו מס' 972 עמ' 166.

⁵⁰ לביאור מפורט: מרדכי קרמניצר, חאלד גנאים **הרפורמה בעבירות ההמתה (2019) לאור עקרונות היסוד של**

המשפט ומחקר היסטורי והשוואתי (2020).

עשרים שנה; והעבירה הקלה מכל, גרימת מוות ברשלנות, שדינה שלוש שנות מאסר. לאחר הרפורמה קיימות בחוק העונשין חמש עבירות המתה עיקריות: רצח בנסיבות מחמירות בסעיף 301א, עבירה שדינה מאסר עולם חובה (למעט במקרים המתוארים כהמתה באחריות מופחתת, כעולה מסעיף 301ב); רצח בסעיף 300, עבירה שדינה מאסר עולם, כאשר ניתן להטיל בגינה מאסר לתקופה בלתי קצובה או לתקופה שלא תעלה על שלושים שנה, כעולה מסעיף 301א; המתה בנסיבות של אחריות מופחתת, שהיא למעשה רצח או רצח בנסיבות מחמירות בתוספת נסיבות המובילות לפיחות בתווית ובעונש, ל-20 או 15 שנה; המתה בקלות דעת בסעיף 300א, עבירה שדינה שתיים עשרה שנות מאסר; והעבירה שלא השתנתה כלל, גרימת מוות ברשלנות. הרפורמה כללה הוראה קונקרטית לעניין תחולתה הפוטנציאלית על פסקי דין חלוטים וקבעה בסעיף 25(ג) לתיקון, כי על עבירה שבוצעה לפני יום התחילה וניתן פסק דין חלוט בעניינה, יחול הדין הישן; ואולם מי שהורשע ברצח לפי סעיף 300א לדין הישן, ייראה כמי שהורשע בסעיף של "המתה בנסיבות של אחריות מופחתת" (ולא ב"רצח") ועונשו המירבי יהיה כאמור בסעיף 301ב לדין החדש.

תיקון 137 הוחל בשלהי שנת 2019 בעניין **מחאג'נה** על מי שביצע את המעשים בטרם התיקון, במובן הנכונות השיפוטית לבחון אם התיקון מקל על מי שנאשם ברצח תחת הדין הישן, ופסק דינו לא היה חלוט.⁵¹ מהלכים דומים נעשו גם בשנת 2021,⁵² ובשנת 2022.⁵³ בד בבד, ניסיונות של מורשעים ברצח לפי סעיף 300א לחוק הישן, ליהנות מהתחולה למפרע בשינוי פסק דינם להמתה באחריות מופחתת, תמו בכישלון⁵⁴ או בכישלון חלקי.⁵⁵ התחולה למפרע כרוכה בטירחה למערכת, אולם כפי שקבע השופט אלרון בעניין **עשור** בתחילת שנת 2021, אין פירושה ויתור על עקרון סופיות הדיון לעבירת המתה. הדיון השיפוטי בדבר התחולה למפרע אינו כרוך בבירור עובדתי מחודש, אלא שעון על עובדותיו של פסק הדין המקורי. רק אם עולה מהן בבירור המסקנה כי אילו היה נשפט היום, הנאשם היה מרוויח מהדין החדש – תהיה תחולה לדין זה.⁵⁶ בדעת יחיד, הסכים השופט הנדל כי המטרה אינה לפתוח את תיק הראיות מחדש, אולם אם לא יהיה ברור מהתיק המקורי מדוע הורשע הנאשם בסעיף 300א, ייאלץ בית המשפט להשלים את החסר.⁵⁷

ניסיון יצירתי ליהנות מהדין המצר נעשה מצדו של מי שהורשע בסעיף 300 לחוק הישן בשנת 2015. אוחיון הורשע ברצח, על שבאופן ספונטני דקר למוות אדם אחר; דינו נגזר למאסר עולם, כמחויב בחוק. בסיום פסק דינו ציין השופט מלצר אגב אורחא, כי אילו הייתה תחולה לרפורמה המסתמנת בעבירות ההמתה, ודאי היה אוחיון מועמד לדין תחת עבירת ההמתה השנייה בחומרתה, שהעונש בגינה אינו מחייב להטיל מאסר עולם.⁵⁸ לאחר

⁵¹ בית המשפט הסיק שהן תחת הדין הישן והן תחת הדין החדש דינו של הנאשם מאסר עולם חובה. ע"פ 8965/18

מחאג'נה נ' מדינת ישראל פס' 41–49 לפסק דינו של השופט אלרון (נבו, 3.11.2019).

⁵² למשל ע"פ 7722/19 **זרטנאי נ' מדינת ישראל** (נבו, 19.4.2021).

⁵³ למשל ע"פ 3168/19 **אדלאו נ' מדינת ישראל** (נבו, 26.1.2022).

⁵⁴ עניין **עשור**, לעיל ה"ש 44, פס' 12 לפסק דינו של השופט אלרון.

⁵⁵ עניין **מרזן**, לעיל ה"ש 17.

⁵⁶ עניין **עשור**, לעיל ה"ש 44, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט אלרון (בהסכמת השופטת ברק-ארז).

⁵⁷ שם, פסק דינו של השופט הנדל.

⁵⁸ ע"פ 2760/14 **אוחיון נ' מדינת ישראל**, פסק דינו של השופט מלצר (נבו, 7.10.2015).

שהתקבלה הרפורמה בעבירות ההמתה, עתר אוחיון בבקשה למשפט חוזר וטען, כי לו היה נשפט תחת הדין החדש, היה זה תחת עבירת הרצח ולא תחת עבירת הרצח בנסיבות מחמירות, ולפיכך לא הייתה חובה להטיל עליו מאסר עולם. בשלהי שנת 2021 דחה המשנה לנשיאה הנדל את העתירה. הוא ציין כי שאלת המשפט החוזר לא הוכרעה ברפורמה, אך הבהיר כי משפט חוזר אינו נערך בעילה של הקלה מתבקשת בעונש; למעט עניין ההמתה באחריות מופחתת, המחוקק ביקש למנוע עתירות להקלה בעונש בכל תיק רצח חלוט, וביקש למנוע טענות הגנה שמהותן כי הנאשם ביצע "רצח" תחת הדין החדש ולא "רצח בנסיבות מחמירות". את הותרת העונש המקורי על כנו, אפילו אילו כיום היה נגזר עונש נמוך יותר בגין תיק זה, הצדיק הנדל בהישענות על פסק דין רחמיאן, בגין עקרון סופיות הדין, והבהיר כי אין זה ראוי לערוך דיון מחודש בכל תיק רצח ישן.⁵⁹

ב. מתי ראוי להחיל דין מצר ועל מי: ביקורת

שאלת ההשפעה של הצרה בדין הפלילי באשר לאירועים פליליים אשר הושלמו לפני ההצרה היא מורכבת מאוד, הן כמכלול והן כאוסף של שאלות משנה שהיא חובקת. פרק זה יציע ביקורת אנליטית על הדין הקיים. אפתח במבט בסעיפי החוק כמכלול ואציע, שאין הם מייצגים קו ערכי עקיב. אגרוס כי תפיסתו הראויה של שינויו של דין פלילי אינה כתיקון טעות, אלא כתמורה ערכית. ארחיב על ההבחנה המורכבת בין ביטול איסור לבין שינוי, אציע כי הספרות המשפטית והפסיקה בעקבותיה יישמו הבחנה בעייתית ביותר, הן מבחינה דוקטרינרית והן מבחינה נורמטיבית. אתקדם לדון בשאלת השינוי בענישה ואציע, כי החוק הקיים מייצר קושי נורמטיבי, אשר הולך ומתחדד ככל שהשינוי בענישה גדל. אסיים ואתייחס לסוגיה שלא נדונה כלל אך יש לה חשיבות ברורה, לפחות במצבים מסוימים – שינוי שמה של העבירה, שינוי התווית.

1. מבט במכלול

אף אם לרגע נדמה קל להצדיק את כל אחת מתוצאותיו הקונקרטיות של ההסדר החקיקתי באשר לתחולתו של דין פלילי חדש בכלל ודין פלילי חדש מצמצם בפרט, אין זה פשוט לזהות קו ערכי ישר העולה מקריאתם של סעיפים 3–6 כמכלול. החוק מזגזג מבחינת השלכותיו של הדין המצמצם על ההווה ועל העבר. דין מרחיב משפיע רק על העתיד. הדין המצמצם, לעומתו, מזגזג: כאשר הדין המצמצם הוא ביטולו של איסור, הוא משליך על העבר, ההווה והעתיד; כאשר הדין המצמצם הוא צמצומו של איסור, הוא משליך על ההווה והעתיד בלבד, ואילו כאשר הדין המצמצם מייצר שינוי ענישתי חותך, הוא עשוי להשליך במידה מסוימת גם על העבר; כאשר הדין המצמצם עוסק בעבירות שנולדו מראש לזמן קצוב או בעבירות שמטיבן נתונות לשינויים – הוא משליך על העתיד בלבד. כך נראות השורות התחתונות של ההסדר בטבלה.

⁵⁹ מ"ח 8786/20 אוחיון נ' מדינת ישראל פס' 4–11 לפסק דינו של המשנה לנשיאה הנדל (נבו, 7.11.2021).

טבלה 1 : תחולתו של דין חדש

סעיף החוק	עתיד	הווה	עבר (חלוט)
סעיף 3 : יצירת איסור חדש או החמרה בעונש	הדין המרחיב	הדין המצומצם	הדין המצומצם
סעיף 4 : ביטול איסור	הדין המצומצם	הדין המצומצם	הדין המצומצם
סעיף 5(א) : שינוי מקל בהגדרת עבירה/ באחריות לה/ בעונשה	הדין המצומצם	הדין המצומצם	הדין הרחב (למעט בשינוי ענישה, שם חל סעיף 5(ב)).
סעיף 5(ב) : שינוי מקל בענישה	לא רלוונטי – יחול סעיף 5(א)	לא רלוונטי – יחול סעיף 5(א)	הדין הרחב, בתיקרת הדין המצומצם
סעיף 6 : שינוי בעבירות שנוגדו לזמן קצוב או נתונות לשינוי מטיבן	הדין המצומצם	הדין הרחב	הדין הרחב

כדי לבחון אם קיים היגיון בפיצול התוצאות, יש להעמיק הן בהבנת הרציונלים אשר בבסיסו של כל סעיף וסעיף-משנה, והן בהבנת הדוקטרינה. השאלה הראשונה, גם אם לעיתים הסמויה, היא מהו המסר אשר הצרת הדין הפלילי שולחת אל העבר המשפטי.

2. לא טעות; תמורה

ככתוב בפרק א, בספרות המשפטית בישראל ובעקבותיה בפסיקת בית המשפט העליון נכתב כי דין מקל ובעיקר ביטול של איסור מבטא תיקון של עוול משפטי או טעות משפטית: אמירה שהדין החדש הוא הנכון ותמיד היה נכון. סבורני שזו תפיסה שגויה, הנשענת יתר על המידה על מחיקת האיסור על סטיות מדרך הטבע, לעיתים תוך שכתובו ההיסטורי ל"משכב זכר", כפרדיגמת הביטול. זאת אולי משום שלא עולה על דעתנו דוגמה נוספת, או משום שאנו גאים בתוצאה זו, אף שלמעשה האיסור לא בוטל בחוק במפורש מעולם, אלא פשוט נעלם מספר החוקים.⁶⁰ אולם אין זה נכון לגזור ממנה מסקנה כה גורפת.

מבחינה דוקטרינרית, כידוע ביטולו של איסור אינו מוביל לפיצויו של מי שריצה עונש, ולו כבד, או להשבת קנסות ששולמו.⁶¹ אם אומנם גרמנו עוול ולמצער טעינו, מדוע התיקון פועל רק מכאן ואילך? הרי טעויות מסוימות, שפירושן הוא כי אדם הורשע או נאסר בעוול, בטעות ואפילו באי-הגינות – מערכת המשפט לא רק מתקנת, במסגרת משפט חוזר; היא גם בוחנת פיצויו.⁶² המערכת מוכנה לבחון פיצויו אף בגין העמדה לדין כשלעצמה,⁶³ או בגין

⁶⁰ ניסיונות קודמים לביטול הסעיף כשלו בגין לחצי המפלגות הדתיות. תיקון 22, לעיל ה"ש 25, לא הודיע כלל על ביטול האיסור, אלא פשוט יצר עבירות מין אחרות. אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה ההומוסקסואלית" המשפט 195, 205 (2002).

⁶¹ בייך, לעיל ה"ש 5, בעמ' 583.

⁶² למשל ת"פ 1212/02 מדינת ישראל נ' ברנס (נבו, 6.6.2003).

⁶³ סעיף 80 לחוק העונשין; וכן ע"פ 6621/01 בדליאן נ' מדינת ישראל, פ"ד נו (5) 870 (2003).

מעצר.⁶⁴ בלשון מילולית וציורית, על טעויות משלמים. אם אומנם טעינו, מדוע איננו משלמים ואיננו מתקנים?

מבחינה נורמטיבית, אבקש להציע תפיסה שונה באשר לדין מצר בכלל ובאשר לסעיף 4 בפרט: הסעיף מגלם רצון לשינוי ערכי, בגבולות הנוגעים ליעילות ולהקצאת משאבים. בלי כוונה לספק למונח עמום זה הגדרה מופשטת וכללית להקשרים אחרים, אשתמש במילה "צדק" כקיצור המתאר הכרעה קונקרטיה באשר להתנגשותם של ערכים מגוונים בקשר להווייה חברתית מסוימת, כאשר "ערכים" כוללים גם זכויות, אינטרסים וכדומה. המשפט של אתמול משקף הכרעה קונקרטיה באשר להתנגשותם של ערכים, שתכונה "צדק היסטורי"; ואילו המשפט של היום משקף הכרעה קונקרטיה שתכונה "צדק מודרני".

ביטולו של איסור משקף את העמדה, כי האיזון הערכי המצוי בבסיסו, הצדק ההיסטורי, אינו מקובל עוד על המחוקק. המשך הגשמתו של האיזון הישן ושל הצדק ההיסטורי – בין בהמשך הכליאה ובין בהמשך ההליכים המשפטיים כנגד חשוד או נאשם – אינו בלתי הוגן; אך חסרונותיו עולים על יתרונותיו. סעיף 4 משקף סובלנות בדיעבד כלפי הפרת חוק כשלעצמה, פתיחות לשינוי וחתירה לתוצאה ערכית מודרנית, וזאת על חשבון יציבות, ודאות ותוצאה ערכית היסטורית. הסעיף מצמצם גם את השרירות והמקריות, במובן אי-הבחנה עקרונית בין מקרים הנדונים בהווה (או שהיו יכולים להידון בעתיד) לבין מקרים אשר נדונו בעבר. בד בבד, ההבחנה בין מי שכבר ריצה עונש – מאסר, עבודות שירות, קנס וכדומה, לבין מי שתיקו נסגר כיום בלי כל השלכות משפטיות לחובתו – אינה כזו שהמשפט מבקש לתקן. רק האחרון הרוויח מקירבתו בזמן לשינוי הערכי הפורמלי, שינוי שבתורו ודאי מתכתב עם שינוי חברתי מהותי שקודם לו. הצדק המודרני מועדף על הצדק ההיסטורי.

אומנם, לא כל שינוי בדין בהכרח מגלם שינוי בהשקפה ערכית; הוא עשוי לעיתים לשקף שינוי מהותי נקודתי בתנאי החיים, שבעקבותיו אין עוד צורך או טעם באיסור. למשל שינוי מקל במפת תמרוורים עשוי להתקשר להשבחת הכביש, המכוניות או הנהגים, ואינו בהכרח משקף תובנה ערכית כלשהי. אולם אפילו כאשר לפנינו שינוי בדין אשר אכן משקף שינוי בתפיסה נורמטיבית, אין זה בהכרח מלמד כי התפיסה הקודמת הייתה "טעות". כפי שיצירת עבירה חדשה אינה בהכרח הודאה בטעות בכך שלא התקיימה עד כה, גם ביטולה של עבירה אינו הודאה הכרחית בכך שהיא התקיימה בטעות, אלא אך ביטוי לתמורה בתפיסה הערכית. כל עבירה פלילית – ובדומה לה כל סעיף בחוק המהותי, ואף כל סעיף בכל חוק, פלילי ואחר – משקפת תפיסה ערכית: מלוא המשפט ערכים.⁶⁵ בהתאם, גם ביטולה של עבירה משקף תפיסה ערכית מאוחרת. ההנחה כי המשפט היום מדויק וראוי, ואילו המשפט אתמול מוטעה ופסול, משדרת יהירות נורמטיבית של ההווה על העבר ולצדה, כאמור, אופק ערכי צר. הרי גם המשפט העכשווי יהפוך במהרה, לפחות בחלקו, למשפט העבר. דוברי המשפט כיום – המחוקק, בתי המשפט, עורכי הדין, המלומדים וכדומה – כולנו נהפוך לאבק, נקודה

⁶⁴ ס' 38 לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996; רינת קיטאי סנג'רו **המעצר: שלילת החירות בטרם הכרעת הדין** 470 (2011).

⁶⁵ אסף הרדוף **עברת הגנבה** 108–109 (2014).

בהיסטוריה של המשפט האנושי. האם כאשר האנושות העתידית תפתח תפיסות ערכיות חדשות,⁶⁶ יתברר כי גם האנושות העכשווית "טעתה" ? גישת זו, של נצחיות נורמטיבית, התייחסות לדין קודם כפסול מאז ומתמיד, נוטה לשכוח או להתעלם מכך שגם הדין שבו אנו מתהדרים כיום יהפוך במהרה לדין קודם. כידוע, המשפט הפלילי הוא דינמי, ובין היתר משקף תקופה, חברה, תרבות ועוד.⁶⁷ העבדות, שנסבלה לאורך רוב הציוויליזציה האנושית ואף הוסדרה באופן שניתן לכנות "דיני עבדות",⁶⁸ אינה נסבלת כיום.⁶⁹ ברור לנו כיום כי העבדות "תמיד" הייתה פסולה. בד בבד, כליאה מתמשכת, ניצול שיטתי וטבח המוני של בעלי חיים עדיין מקובלים במימדי ענק בכל מדינה בעולם.⁷⁰ האם מחר, בעידן שבו המין האנושי יחדל משעבוד בעלי חיים ומטבח בהם, נגיד כי אלפי השנים שבהן פגענו בבעלי חיים וניצלנו אותם שיקפו "טעות פסולה" ? נוח ונעים לבטא דברי תוכחה כלפי דין פלילי קדום באספקלריה מודרנית, לחוש עליונות ערכית כלפי משפט, חברה ואנשים אשר אינם פה כדי להגן על עמדתם או לדון בה מחדש. לעומת זאת, האפשרות, שאני משער שהיא ודאית בהקשרים רבים, שמישהו ידבר על הדין הפלילי שלנו בתוכחה נחרצת ובתחושת עליונות נורמטיבית כלפינו – נוחה פחות. הצדק המודרני עשוי ואף צפוי להפוך בעתיד לצדק היסטורי, ובאספקלריה שאני כאמור מסתייג ממנה, לעולל היסטורי. קל לנו לומר כיום – בניגוד אולי למרבית ההיסטוריה של המשפט המתועד – כי האיסור על סטיות מדרך הטבע היה שגוי מלכתחילה; אולם אין זאת אומרת שאנשי העתיד יסברו כמונו, ובוודאי אין לגזור מכך מסקנות כלליות באשר להצדקות לתחולתו של דין מקל.

3. ביטול איסור או צמצומו?

בדומה לסעיף 4, גם סעיף 5(א) משקף סובלנות ופתיחות וחתירה לתוצאה ערכית מודרנית, וזאת על חשבון יציבות, ודאות ותוצאה ערכית היסטורית. סעיף 5(א) מבחין בין קבוצת המקרים אשר נדונים ויידונו בעתיד, שלגביה הוא מחיל את הדין המצר, וזאת לעומת קבוצת המקרים החלוטים, שלגביה הוא מותיר את תחולתו של הדין המרחיב (וכאן ההבדל שבינו לבין סעיף 4). הסירוב לצמצם את הדין למפרע מתבסס על הבחנה נורמטיבית בין ביטול איסור לבין צמצומו. כזכור, הצעתו של ביין להבחנה, לבחון אם המחוקק ויתר על ההגנה

⁶⁶ נצמדתי ל"תמורה ערכית", ונמנעתי מ"התקדמות ערכית", ביטוי המתאר שינוי ומרמו שהוא חיובי; זאת בהבנה כי מה שנראה היום כהתקדמות עשוי להיראות מחר כנסיגה.

⁶⁷ עניין **מרזן**, לעיל ה"ש 17, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

⁶⁸ עדו רכניץ "דיני עבדות" **מבקשי צדק – בין חברה לכלכלה במקורות היהודיים** 613, 614–615 (חנוך דגן, בנימין פורת עורכים, 2016).

⁶⁹ החזקה בתנאי עבדות וסחר באדם הן עבירות לפי סעיפים 375 ו-377א לחוק העונשין, שדין שש עשרה עד עשרים שנה.

⁷⁰ Gary L. Francione, *Animal Rights and Animal Welfare*, 48 RUTGERS L. REV. 397, 444
 Jerry L. Anderson, *Protection for the Powerless: Political Economy History* ;(1996)
Lessons for the Animal Welfare Movement, 4 STAN. J. ANIMAL L. & POL'Y 1, 6, 30–31
 (2011); אסף הרדוף "אילו היו מוגנים: המשגה מחודשת של הפגיעות האנושיות בבעלי חיים בדרך למשפט העתידי" **משפט וממשל** (עתיד להתפרסם).

המשפטית לערך מסוים או רק צמצם אותה, אומצה בעניין **חיימוביץ'** בידי השופט סולברג. אולם מבחינה נורמטיבית, מדובר במבחן בעייתי מאוד. תת-פרק זה יבחן באופן ביקורתי את המהלך האמור. אפתח בהבחנה הדוקטרינרית בין ביטול סעיף איסור כאכסניה לבין ביטולו של איסור במובן התרת המעשים שתוארו בו. אציע טענה נורמטיבית, שלפיה הגנה ערכית אינה נעלמת לחלוטין גם כאשר איסור מבוטל במובן התרת המעשים שתוארו בו, וזאת משום שערכים הם בהגדרה רעיון מופשט מאוד, שאין קושי לחברם לעבירות אחרות שלא בוטלו. צדו השני של המטבע שיואר הוא שכמעט כל צמצום של הדין הפלילי ניתן בלי קושי להמשגה כפעולה המשפיעה על ערכים או מגלמת ערכים. אתקדם לדיון בצמצום שיפוטי של הדין הפלילי, אשר כיום אינו מוסדר בחוק העונשין כלל, ואציע שתוצאתו הערכית דומה לתוצאתו של צמצום חקיקתי, מה שיוצר דיסוננס בין ההשלכות הפורמליות של צמצום חקיקתי לעומת היעדרן בצמצום פסיקתי. אסיים תת-פרק זה בדיון ביקורתי בסעיף 6 לחוק העונשין ובשאלת הזיקה שבין שינוי דין העונה על סעיף 6 לבין ערכים.

(א) מבט דוקטרינרי קצר: הסרה + הוספה = ביטול?

מבחינה דוקטרינרית, ביין נסך רובד מהותי לשאלת הביטול בהבהירו, כי אין מדובר למשל בהסרת עבירה מספר החוקים ויצירת עבירה חדשה במקביל עם יסודות דומים.⁷¹ כאשר יסודותיה של העבירה החדשה אינם חופפים לזו הישנה, המצב מורכב יותר.⁷² ביין כתב בתמצית כי האיסור לא בוטל אם העבירה החדשה כוללת את האיסור שהיה קיים בעבירה שבוטלה.⁷³ התזה אומצה בקצרה בידי השופט שטיין בעניין **בורעי**, אשר קבע כי סעיף 4 אינו עוסק בביטול של סעיף עבירה כאכסניה חוקית לאיסור, אלא בביטול האיסור על המעשים שתוארו בעבירה.⁷⁴ דהיינו, נדרש ביטול מהותי, ולא ביטול פורמלי.⁷⁵ יש בכך היגיון, אם כי מסקנה דוקטרינרית זו אינה אפשרות סבירה יחידה.⁷⁶

⁷¹ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 581.

⁷² רע"פ **חיימוביץ'**, לעיל ה"ש 8, פס' 36 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁷³ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 581.

⁷⁴ עניין **בורעי**, לעיל ה"ש 38, פס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין. העותר דרש לשחררו ממאסר בפועל בן 30 שנה שהשית עליו בית הדין הצבאי בלוד, בטענה שבמסגרת כניסתו לתוקף של חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 בוטלו תקנות 85(1)(א) ו-66 לתקנות ההגנה (שעת חירום), שעל בסיסן הורשע. טענתו נדחתה בקצרה. דברים דומים נפסקו בהקשר דומה בבית המשפט המחוזי: ת"פ (ירושלים) 29121-07-17 **מדינת ישראל נ' זעירי** פס' 8-10 לפסק דינה של השופטת כהן-לקח (נבו, 7.3.2018). כך גם בהקשרים נוספים: ת"פ 33767-08-16 **מדינת ישראל נ' בית הלחמי** פס' 60 לפסק דינה של השופטת פינק (נבו, 19.1.2017); ת"פ 4232-10-16 **מדינת ישראל נ' שיטריט**, עמ' 4-5 (נבו, 28.4.2019).

⁷⁵ הדברים מסתבכים כאשר מחיקת העבירה מגיעה מייד, ואילו עבירה חלופית פוטנציאלית נולדת או מתרחבת בחלוף שנים.

⁷⁶ למשל כאשר המחוקק ביטל את סעיף 393 לחוק העונשין בשנת 2009, סעיף שהוכתר "גניבת מקנה", הוא כתב במפורש בתיקון שלא תהיה תחולה לסעיף 4 בעניין זה. ס"ח תש"ע מס' 2213 מיום 3.11.2009 עמ' 236 – תיקון 101 (להלן: תיקון 101). תיקון זה בשום אופן לא התיר לגנוב מקנה, אלא אך בא להחמיר ולאחד גניבות חמורות מסוגים מסוימים. גם בהצעת החוק אין זכר למגמה להתיר גניבת מקנה. בכותרתה ובגופה עסקה ההצעה בהחרמת ענישה בעבירות רכוש: ה"ח הממשלה תשס"ח מס' 372 עמ' 432. הצעה מקבילה עסקה בגניבת ציוד חקלאי

תחת גישת ביין, מה קורה כאשר העבירה החדשה אינה מכילה את קודמתה, אלא אך חלקים ממנה? סביר להניח כי בכל שינוי של עבירה לא תהיה חפיפה מלאה, שאחרת אין מדובר אלא בשינוי הכותרת, וזאת כמעט ולא קורה. ככל שאזורי החפיפה גדלים, ממילא קטן הסיכוי שהדבר היה עשוי להשליך על פסקי דין חלוטים. אולם אם נביט באזור שאינו חופף, שהיה אסור תחת העבירה הישנה ואינו אסור תחת העבירה החדשה, האם לגביו מדובר ב"ביטול איסור"? אף שביין לא השיב, תשובה עלתה בעניין מליאנקר בשנת 2015, כאשר השופט פוגלמן כתב כי מחיקתה של עבירה וכתובה מחדש של חלק ממנה במסגרת שונה, באופן שאינו מכסה את מעשי הנאשמת – הוא "ביטול איסור".⁷⁷

(ב) מבט נורמטיבי ראשון: הגנה ערכית – לעולם נשאר

מבחינה נורמטיבית המבחן שהוצע להבחנה בין ביטול איסור לצמצומו, מבחן האיון הערכי, הוא בעייתי. אפילו במצב שנראה במובהק כביטול איסור אין קושי לטעון, כי אין לפנינו "ויתור" של המחוקק על ההגנה לערך מסוים. תכליתו של חוק היא מושג מורכב ביותר.⁷⁸ הדיון השיפוטי בתכליתו של איסור – המשגת הערכים המוגנים בו – ככל שעולה בכלל (וברגיל אינו עולה), הוא לעיתים קרובות מופשט ביותר, מפנה לערך מוגן מופשט מאוד, דוגמת "חיים", "אוטונומיה", "קניין", "פרטיות" וכדומה, ואינו מציב רף כניסה מינימלי או מדד כלשהו לפגיעה בערך המוגן המצדיקה את החלת האיסור.⁷⁹ בית המשפט בישראל נוטה להסתפק באמירה אינטואיטיבית, המחברת את האיסור לנרטיבים מוכרים ולסכימות חברתיות ומשפטיות שכוחות, ואינו בוחן ביסודיות ובשיטתיות את הזיקה שבין יסודות העבירה לבין הערכים המוגנים. אילו היה עושה כן היה מגלה, כי הערכים הללו נפגעים קשות בהרבה מקרים מבלי שהאיסור חל, ולעיתים קרובות אף מבלי שאיזשהו איסור אחר חל.⁸⁰ אולם אפילו ההכרה השיפוטית בכך שאיסורים אינם מגנים באופן שלם על הערכים אשר בבסיסם – נדירה מאוד.⁸¹ כפועל יוצא, ניתן להציע כי המחוקק לעולם אינו "מוותר" לגמרי על ערך מסוים ואינו זונח אותו לחלוטין, אלא לכל היותר מצמצם את ההגנה עליו. מלכתחילה הגנה לעולם אינה מוחלטת; ובהמשך לעולם אינה מתאינת.

אמחיש בדוגמה המובהקת ביותר בישראל ל"ביטול איסור", סטיות מדרך הטבע, אף שאתיחס אליו בשלמותו, ולא רק לשכתובו ההיסטורי ולהתמקדות המוחלטת במשכב הזכר. אפילו בדוגמת קיצוץ זר, לא פשוט להסיק כי המחוקק ויתר על ההגנה לערך. מה בכלל היה

ותוצרת חקלאית, וביקשה אף היא להחמיר בענישה בזירה זו: ה"ח הכנסת תשס"ח מס' 188 עמ' 70. האמירה החקיקתית שאין תחולה לסעיף 4 הפעם עשויה להתחבר לתפיסה דוקטרינרית, שלפיה ביטולה של מסגרת הוא ביטול איסור; שאם לא כן, לא היה צורך באמירה חקיקתית שתמנע את תחולתו של הסעיף, שלפי עניין בורעי כלל אינו רלוונטי.

⁷⁷ עניין מליאנקר, לעיל ה"ש 37, פס' 8–9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁷⁸ בועז סנג'רו "פרשנות מרחיבה בפלילים?!" **עלי משפט** ג' 165, 181 (2003).

⁷⁹ אסף הרדוף "פרשנות תכליתית או מצמצמת, או שמא תכליתית ומצמצמת? סעיף 34 לחוק העונשין ועמיתותן של הלשון, התכלית והפגיעה" **ספר גרוניס** (עתיד להתפרסם, 2022).

⁸⁰ אסף הרדוף "שיעור מהרוד ס: משפט פונקציונלי, אנלוגיה מפלילה ועקרון יסוד מזכה" **משפטים על אתר** יז 17, 31–34 (2021).

⁸¹ להכרה כזו: ע"פ 3583/20 פלוגי נ' מדינת ישראל פס' 33 לפסק דינו של השופט שטיין (נבו 9.11.2020).

הערך המוגן בבסיסו של האיסור על סטיות מדרך הטבע? אם מטרת האיסור, בחלקו שעסק במין עם בעלי חיים, הייתה מופשטת, למשל לחזק את הדיכוטומיה אדם-חיה, הרי שביטול האיסור לא מוטט את הדיכוטומיה, ורחוק מכך.⁸² אם לחלופין מטרת האיסור הייתה קונקרטי, למנוע התאכזרות לבעלי חיים, ביטולו לא אייץ את ההגנה המשפטית לבעלי חיים מפני התאכזרות, משום שסעיף 495 לחוק העונשין דאז אסר על התאכזרות לבעלי חיים,⁸³ וכיום האיסור המקביל חמור בהרבה.⁸⁴ ניתן עוד להציע, שאיסור כללי נגד התאכזרות לבעלי חיים מכסה את האיסור הישן על משכב בהמה.⁸⁵ כך, אפילו במובן הנורמטיבי הקונקרטי, לא בוטלה הגנה על ערך כלשהו.

במבט בחלק שקושר למשכב זכר, במשקפיים מודרניים, קל יותר לזהות באיזה ערך מוגן פגע האיסור, מאשר על איזה ערך הגן. אם מטרת האיסור הייתה למנוע הפצת מחלות,⁸⁶ איסורים אחרים עדיין ניתנים להמשגה ככאלו שבאים למנוע הפצת מחלות.⁸⁷ אם המטרה הייתה מופשטת יותר, להגביל אוטונומיה מינית ולמנוע מין מוסכם, וכך לקדם אכיפת מוסר,⁸⁸ ביטולו ודאי הגדיל את החופש המיני, אך חופש זה עדיין נשלל בשורת הקשרים. האיסור שלל אוטונומיה ליחסי מין "שלא כדרך הטבע", שפורשו בפסיקה ישראלית כחדירה אנלית

⁸² על דיכוטומיה זו ראו בפן החברתי: ענת בן-יונתן "שומרי הגבולות: על סדר, גבולות ואלימות בעבודתם של שוחטים בישראל", 31, 36–37 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב, 2020). בפן המשפטי: הרדוף, "אילו היו מוגנים", לעיל ה"ש 70.

⁸³ סעיף 495, שכלל מאסר בן חודש, החליף את סעיף 386 לפקודת החוק הפלילי, 1936, שהגדיר עבירה שדינה מאסר שבוע.

⁸⁴ גלגולו המודרני של האיסור, בסעיף 2(א) לחוק צער בעלי חיים (הגנה על בעלי חיים), התשנ"ד-1994, פורש כאיסור למנוע גרימה של כאב או סבל לבעל חיים, פיזי או נפשי, ללא הצדק ובאופן שאינו מידתי: רע"א 1684/96 עמותת תנו לחיות לחיות נ' מפעלי נופש חמת גדר בע"מ, פ"ד נא(3) 832, פס' 13–27 לפסק דינו של השופט חשין (1997).

⁸⁵ Antonio M. Haynes, *The Bestiality Proscription: In Search of a Rationale*, 21 ANIMAL STUART P. GREEN CRIMINALIZING SEX – A UNIFIED LIBERAL ;LAW 121, 148–49 (2014) THEORY 346–49 (2020).

⁸⁶ בשנות השמונים, הוצדקו מגבלות ופגיעות על יחסים הומוסקסואליים על בסיס החשש מהפצת האיידס: Bernard E. Harcourt, *Criminal Law: The Collapse of the Harm Principle*, 90 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 109, 111–12 (1999).

⁸⁷ מדינות רבות בעולם המערבי, לרבות ארצות הברית, אנגליה וקנדה, מפלילות במישרין את ההפצה של נגיף ה-HIV: James Richardson, *Criminal Transmission of HIV Laws: Are They Outdated or*; Brigid Bone, *Whose Responsibility is it to PrEP for Safe Sex? Archaic HIV Criminalization and Modern*, 53 WASH. U. J.L. & POL'Y 319, 325–27 (2017). בישראל, סעיף 218 לחוק העונשין משקף הפללה רחבה ועמומה בהרבה. ראו: אסף הרדוף "טיפול פלילי – איסור חולה: מבט ביקורתי בהפללה של הפצת מחלות פוטנציאלית" *משפט וממשל* כד 97–120 (2022). חוקים נוספים בישראל באים למנוע הפצת מחלות, גם באמצעות איסורים פליליים. למשל: פקודת הכלבת, 1934; פקודת מחלות בעלי חיים [נוסח חדש], התשמ"ה-1985.

⁸⁸ כמוסבר בידי הראל, לעיל ה"ש 60, בעמ' 197, 212.

או אורלית.⁸⁹ אולם כאשר תיקון 22 העלים את העבירה וכתב מחדש את פרק עבירות המין בשנת 1988, סעיף 347 לחוק העונשין החדש עדיין שיקף תפיסות ערכיות קודמות. במובן האחד, האוטונומיה המינית הנוגעת לחדירה שאינה וגינלית – עדיין נשללה בידי המחוקק מתחת לגיל 18. תיקון 22 יצר פער בין גיל ההסכמה לחדירה וגינלית (16) לבין גיל ההסכמה לחדירה אחרת (18).⁹⁰ פער זה בוטל רק בחלוף תריסר שנים, בתיקון 56.⁹¹ גם כיום בישראל קיימים איסורים על יחסי מין בהסכמה, מעבר לאיסורים המגנים על הסכמה חופשית ומדעת; כך כאשר למין מתחת גילים מסוימים, ולמין במערכות יחסים שונות. האוטונומיה לבצע מעשה סדום, או כל מעשה מיני, עדיין מוגבלת בישראל המודרנית גם לגבי מקום ביצועה; סעיף 349(א) אוסר לבצע מעשה מגונה בפומבי בפני אחרים ללא הסכמתם, ואילו סעיף 348(ו) מגדיר מעשה מגונה בהרחבה, באופן הכולל כל מניע מיני.⁹²

ראוי להטעים, כי תיקון 22 ביטל את האיסור על סטיות מדרך הטבע, אולם סעיף 347 כלל את הכותרת "מעשה סדום", וזו שרדה עד ימינו. בניגוד לעבירות מין אחרות (למשל "אינוס"), כותרת זו מתארת פעולה פיזיולוגית-מינית שאינה אסורה כשלעצמה. הכותרת עבירה בשמו של מעשה מיני – ניתנת להבנה כגינוי משתמע למעשה עצמו.⁹³ במילים אחרות, דרמטי וחשוב ככל שהיה ביטולו של האיסור המדובר,⁹⁴ המחוקק לא "הפקיר" ערך כלשהו. עוד ראוי להטעים שאפילו האיסור הישן ממילא לא שלל לגמרי את האוטונומיה המינית, אלא פורש כמתמקד בחדירה אורלית ואנלית. לסיכום הנקודה: בזמן האיסור על משכב זכר עדיין התקיימה אוטונומיה מינית; לאחר התיקון עדיין נשללה אוטונומיה מינית. אין זה גורע מאום מחשיבותו של תיקון 22; אולם מפת הערכים המוגנים לפניו וגם אחריו נותרה יחסית. מה שנכון כאשר לעבירת מין נושנה נכון גם כאשר לעבירות מין מודרניות, דוגמת שתי עבירות המין החדשות ביותר בחוק העונשין, יחסי מין בין מטפל נפשי למטופל בסעיף

⁸⁹ ע"פ 229/53 והבה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח 276, 279 (1954).

⁹⁰ תיקון 22, לעיל ה"ש 25.

⁹¹ ס"ח תש"ס מס' 1746 מיום 21.7.2000 עמ' 228. בהצעת החוק נכתב בקצרה שמוצע לקבוע גיל הסכמה אחיד לעניין בעילה ומעשה סדום: ה"ח תשנ"ז מס' 2639 עמ' 474 – תיקון מס' 56. זאת בלי להסביר את ההבחנה המקורית או להסתייג ממנה.

⁹² עבירות נוספות הקשורות למיניות מתחברות גם להגנה מופשטת על מוסר. למשל האיסורים הנוגעים לתועבה ולפרסום חוצות בסעיפים 214 ו-214א בהתאמה, כאשר האחרון אף כולל במפורש את הביטוי "רגשותיו המוסריים של הציבור". מבחינה היסטורית, האיסור על הפצת תועבה והצגתה נולד באנגליה ובהמשך בארצות הברית כדי להגן על המוסר הציבורי: Susan W. Brenner, *Complicit Publication: When Should the Dissemination of Ideas and Data Be Criminalized?* 13 ALB. L.J. SCI. & TECH. 273, 307–09 (2003). ערך מוגן זה היה הבסיס להרשעת אדם בהפצת פורנוגרפיה אף בבית המשפט העליון: ע"פ 495/69 עומר נ' מדינת ישראל, פ"ד כד (1) 408, 411–415 (1970). בהמשך, גם לחוק העונשין הגיע האיסור על רקע החשש מהשחתת המוסר: ס"ח תשל"ז מס' 864 מיום 4.8.1977 עמ' 260. כן ראו: בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות פ"ד נ(5) 661, 691–694 (1997).

⁹³ קמיר ביקרה בחריפות ביטוי זה (ואחרים) בעבירות המין: אורית קמיר "ואם בעל - קנה": סיפורי 'בעילה' ו'היבעלות' בחוק העונשין" פלילים ז 121, 150 (1999); אורית קמיר "יש סקס אחר – הביאווה לכאן" משפט וממשל ז 669, 760 (וכן ה"ש 214 שלה) (2005).

⁹⁴ כמצוין בהמשך, נוכח היעדרה המוחלט של אכיפה במשך שנים רבות, לביטול היה ערך סמלי יותר מאשר מעשי.

347, 95 ויחסי מין בין כוהן דת לאדם שקיבל ממנו ייעוץ או הדרכה בסעיף 347ב.96 עבירות אלו ביקשו למנוע ניצול מיני במסגרת יחסי תלות, אפילו בהסכמה בין בגירים, משום תפיסת ההסכמה הזו כפגומה ולא חופשית.⁹⁷ נניח לרגע כי אחד האיסורים הללו נמחק מספר החוקים. במצב דברים זה, תתרחב החירות של בעלי התפקידים הללו – ובאופן אגבי גם חירותם של מטופלים ומאמינים – להוסיף מין למערכת היחסים ביניהם, חרף ההיררכייה; ההגנה על הערך המוגן המשווער, האוטונומיה המינית, תצטמצם. במקרים מסוימים עשויות לחול עבירות פליליות אחרות, דוגמת עבירת האינוס, ובכך עדיין מוגנת האוטונומיה המינית, לכאורה הערך המוגן העיקרי בכל עבירות המין.⁹⁸ אפילו אם יבוטלו כל עבירות המין, אין קושי לטעון שהמחוקק לא ויתר לחלוטין על הגנה ערכית. ניתן פשוט להמשיג מחדש את הערך, ברמת הפשטה גבוהה יותר, ולומר כי מדובר באוטונומיה; וזו מוגנת בהקשרים אחרים, שאינם מיניים באופן מובהק. מנגד, אפילו אם נאסור לחלוטין על מגע מיני בין אנשים, ניתן עדיין לטעון שקיימת אוטונומיה מינית, במובן אינטראקציה מינית ללא מגע, תקשורת מינית וכדומה. זהו משחק ההפשטה, ששום איסור או ביטול אינם יכולים לעצרו.

בדומה, נביט לרגע באיסור על חדירה לחומר מחשב בסעיף 4 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 (להלן: חוק המחשבים). סברה שלפיה האיסור בא כדי להגן על פרטיות עלתה הן בספרות,⁹⁹ והן בפסיקה.¹⁰⁰ נניח כי המחוקק מחליט למחוק את הסעיף. ברור למדי כי האיסור על חדירה לחומר מחשב – בוטל, ומי שהורשע אמש בחדירה לחומר מחשב – ישוחרר מכלאו, ולכאורה מקודמת החירות לחדור לחומר מחשב, על חשבון הפרטיות. חדירה לחומר

⁹⁵ חוק העונשין (תיקון מס' 77), התשס"ד-2003, ס"ח 18.

⁹⁶ חוק העונשין (תיקון מס' 122), התשע"ו-2016, ס"ח 718.

⁹⁷ הצעת חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מס' 71) (ניצול תלות של מטופל במטפל), התשס"ב-2002, ה"ח 868, 869; 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.

⁹⁸ Ben A. Mcjunkin, *Deconstructing Rape by Fraud*, 28 COLUM. J. GENDER & L. 1, 7 (2014); Stuart P. Green, *Lies, Rape, and Statutory Rape*, in *LAW AND LIES: DECEPTION AND TRUTH-TELLING IN THE AMERICAN LEGAL SYSTEM* 194, 206 (Austin Sarat ed, 2015); Elizabeth Hanus, *Rape by Nonphysical Coercion: State v. Brooks*, 64 KAN. L. REV. (2016); Joseph j. Fischel & Hilary R. O'Connell, *Disabling Consent, or* ; 1141, 1144 (2016); *Reconstructing Sexual Autonomy*, 30 COLUM. J. GENDER & L. 428, 446-72 (2016); אסף הרדוף "אינוס מרחוק או רחוק מאינוס? על מחוקק אדיש, על תביעה יצירתית ועל דיני האנוס, מטרתם וגבולותיהם" **עלי משפט** יג 65, 83-112 (2016). להמשגה חלופית: Jed Rubenfeld, *The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy*, 122 YALE L.J. 1372, 1379 (2013); Catharine A. MacKinnon, *Rape Redefined*, 10 HARV. L. & POL'Y REV. 431, 436 (2016).

⁹⁹ שרון אהרוני-גולדנברג ואריה רייך "חדירה למחשב כעוולה נזיקית" **שערי משפט** ד(1) 415, 425-428 (2006); שרון אהרוני-גולדנברג "חדירה למערכות מחשב – היקפה הרצוי והמצוי של העבירה" **ספר דיויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 429, 438-439 (דרור ארד-אילון, יורם רבין ויניב ואקי עורכים, 2009).

¹⁰⁰ בש"פ 7368/05 **זלוטובסקי נ' מדינת ישראל**, פס' 7 (נבו, 4.9.2005); ע"פ 9893/06 **לאופר נ' מדינת ישראל**, פס' 19 (נבו, 31.12.2007); ע"פ 8627/14 **דביר נ' מדינת ישראל**, פס' 7 (נבו, 14.7.2015); בש"פ 7917/19 **אוריך נ' מדינת ישראל** פס' 19-21 לפסק דינו של השופט ארלון (נבו, 25.12.2019).

מחשב כשלעצמה לא תיחשב עוד עבירה, ולא תיתפס כפגיעה בפרטיות כשלעצמה; אולם אין זה ברור כלל כי המחוקק "ויתר על ההגנה שהמשפט הפלילי מקנה לערך", משום שהפרטיות עדיין תוגן בהקשרים מגוונים,¹⁰¹ כמו כל ערך, ותופקר באחרים, כמו כל ערך. גם אם נפרש באופן שונה את הערך המוגן אשר בבסיס האיסור על חדירה לחומר מחשב, למשל קניין,¹⁰² התשובה תישאר זהה, שהרי שפע של איסורים מגנים לכאורה על הקניין.¹⁰³ לשון אחר: ביטול האיסור על חדירה לחומר מחשב, מעשה שלכאורה נעשה בידי אנשים רבים מאוד, פעמים רבות מאוד,¹⁰⁴ ישוב מעולם האיסורים לעולם החירות; אולם אפילו בשורה דרמטית זו אינה קרובה להמשגה כאיונה של ההגנה על ערכים. בכל שינוי מצר של הדין הפלילי, תמיד ניתן לדמיין צמצום גדול יותר, או קטן יותר; ותמיד ניתן להמשיג מחדש את עולם הערכים ולהפשיטו כדי להציע שהצמצום כרסם בערך מופשט, אשר עדיין מוגן בהקשרים אחרים.

תרגיל דומה ניתן לערוך בכל איסור. לפי תפיסתו של ביין, צמצום רובד אחד בעבירה והותרת היתר פירושם שינוי ולא ביטול, משום שהערך נותר מוגן, ואילו ביטול איסור הוא הפסקה מוחלטת להגן על הערך. אולם למעשה, ביטולו של סעיף אחד אינו עוצר את ההגנה על הערך, אלא רק סוגר אפיק הגנה אחד, ומותיר אחרים, בחוק חדש או ישן. בהתאם לטיב האיסור, הביטול ודאי משתנה במידת הרלוונטיות שלו לחלקים בציבור, בחשיבותו האופרטיבית, הסמלית והציבורית. אולם גם כאשר הביטול רלוונטי לרבים, ונושא חשיבות אופרטיבית, סמלים וציבורית – עדיין אין קושי לטעון שהדבר אינו משקף איון ערכי, משום שההגנה על ערכים היא לעולם יחסית.

פירושו של כל ביטול אינו אלא שהווייה חברתית קונקרטי, תשלובת ייחודית של יסודות עבירה – צירופם המצטבר של מעשה או מעשים, נסיבות, ולעיתים תוצאה – אינה עוד אסורה. ביטול כזה אין פירושו כי ה"מעשה" שתואר באיסור – כעת מותר בכל הקשר; אלא שבקשר לאותה תשלובת, כאשר המעשה מתלווה לנסיבות, התוצאה (אם נדרשת) והיסוד הנפשי המוגדרים באיסור שבוטל, הדבר אינו מהווה עבירה עצמאית. אין טעם לייצר דיכוטומיה הרת-גורל בין "ביטול" לבין "שינוי" בהתאם לאיכות הצמצום או כמותו. אין דרך לבחון את חשיבותו של הביטול אף מבחינה כמותית. נוכח רוחבו של המשפט הפלילי ועמימותו, נוכח רוחבם ועמימותם של ערכים, ונוכח העובדה שהמשפט הפלילי, החירות והערכים אינם ניתנים למדידה מתמטית, הרי שאיננו יכולים לבחון כמה באמת גדלה החירות האנושית בעקבות ביטול האיסור, וכמה צומצמה במקביל ההגנה על ערך כזה ואחר. לכל היותר נחוש אישית ואינטואיטיבית את חשיבותו הנורמטיבית או הסמלית של שינוי מצר מסוים ואת שוליותו של אחר; אולם ספק אם תחושתנו תמיד תחפוץ לתחושותיהם של אחרים.

מה שנכון כאשר לדוגמאות היפותטיות נכון גם לגבי דוגמה פסיקתית. לאחר הרשעת **מליאנקר** ולפני שנגזר דינה בגין עבירות ביטחון, נמחקה מספר החוקים אחת העבירות שבה

¹⁰¹ למשל בסעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

¹⁰² דברי הסבר להצעת חוק המחשבים, התשנ"ד-1994, ה"ח 2278, עמ' 480; אהרוני-גולדנברג ורייך, לעיל ה"ש 99, בעמ' 424-425; אהרוני-גולדנברג, לעיל ה"ש 99, בעמ' 434-443.

¹⁰³ הרדוף **עברת הגנבה**, לעיל ה"ש 65, פרק 4.

¹⁰⁴ אסף הרדוף "חומר מחשב, חומר למחשבה: מבט תכליתי באיסור החדירה לחומר מחשב" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל – כשלים ואתגרים** 651, 662 (אלון הראל עורך, 2017).

הורשעה: העבירה הכללית של מעשים מטעים והטעייה שבתקנה 134(1)(ה) לתקנות ההגנה, וזאת במסגרת תיקון עקיף בחוק לתיקון פקודת בתי הסוהר (מס' 47), התשע"ד-2014. בית המשפט העליון בחן אם וכיצד אמורה המחיקה להשפיע על עניינה של הנאשמת. השופט פוגלמן הסביר כי העבירה שנמחקה לא מצאה מקומה במסגרת החדשה, וקבע כי חל סעיף 4 לחוק העונשין. אף שקודם לכן הפנה למבחן של ביין ולאיימוצו בעניין **חיימוביץ'**, פוגלמן לא בחן אם נפסקה ההגנה על הערך, ויתרה מזאת, הדגיש כי היוותרותה של עבירה נוספת בכתב האישום שבה הורשעה הנאשמת בגין אותו מעשה, מרמה והפרת אמונים, אינה משליכה על ביטול האיסור.¹⁰⁵ עבירות שונות מגנות על רבדים שונים של ערך אחד (קניין, פרטיות, אוטונומיה וכדומה), ולכן ביטולה של האחת לעולם לא יאיין לחלוטין הגנה על ערך.

(ג) מבט נורמטיבי שני: כל צמצום מגלם ערכים

צדו השני של המטבע הוא כי גם במצב שנראה כמובהק כהקלה באחריות גרידא עדיין ניתן לטעון, כי המחוקק שלח מסר ערכי מהותי. בניגוד לגישת ביין, צמצום של איסור, אשר אינו מבטל אותו בכל מרחב תחולתו אלא רק בנסיבות ספציפיות ובמקטע צר,¹⁰⁶ ניתן לתיאור כשינוי ערכי מהותי, במובן צמצום ההגנה הערכית על ערך, במובן המשלים והמובנה של קידומה של חירות הפעולה, או בשני המובנים גם יחד. כפי שנכתב בעניין **חיימוביץ'**, לא תמיד תיקון משקף תמורה גדולה בהשקפת המחוקק, עד כדי הישמטות הבסיס העיוני והערכי לתחולת הסעיף; אולם אין זאת אומרת שהסעיף מוגבל למצבי קיצון המשקפים מהפך עמוק ומשמעות סמלית, או לחקיקה ראשית בלבד.¹⁰⁷ קודם לכן הסכמנו כי אין לפנינו תנאי טכני פורמלי מספיק או חיוני פשוט לביטולו של איסור, אלא נדרשת מהות. בהתאם, תיאורו של שינוי בדין כ"ביטול" או "שינוי מקל" תלוי לחלוטין באספקלריה שנבחר.

בדוגמה הראשונה, שנתן ביין כהמחשה בלתי-מפורטת לשינוי שאינו "ביטול", משתנה גיל ההסכמה בעבירת הבעילה האסורה.¹⁰⁸ למשל המחוקק מפחית את גיל ההסכמה מ-16 ל-14, כאשר הנאשם שכב בהסכמה עם בת 15. שינוי גיל ההסכמה הוא דבר שכבר קרה, הן בישראל,¹⁰⁹ והן במדינות אחרות.¹¹⁰ מבחינה פורמלית העבירה נותרה בספר החוקים. אולם כבר אמרנו שהשאלה הפורמלית אינה מכרעת, ואם כך, אין קושי להציע תפיסה מהותית

¹⁰⁵ עניין **מליאנקר**, לעיל ה"ש 37, פס' 8–9 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

¹⁰⁶ ביין כתב כי סייג חדש אינו מבטל את האיסור בכל מרחב תחולתו אלא רק בנסיבות ספציפיות ובמקטע צר, אינו "מהפכה" בהשקפת העולם החברתית לגבי העבירה, אלא רק הקלה לנאשם מסוים. ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 582.

¹⁰⁷ רע"פ **חיימוביץ'**, לעיל ה"ש 8, פס' 34–35 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹⁰⁸ ביין כתב שהמחוקק מעלה את גיל ההסכמה, אך נראה שהתבלבל והתכוון להורדת גיל ההסכמה: לעיל ה"ש 5, בעמ' 584.

¹⁰⁹ שחר כתב שגיל ההסכמה לבעילה עבר שורת מהפכים, מספר השינויים הגדול ביותר שעבר נושא כלשהו במשפט הפלילי הישראלי, כנראה בשל התקשרותו לערכים סותרים ומשתנים: יורם שחר "משפט פלילי ותרבות במדינת ישראל" **פלילים** ז 77, 112–113 (1999).

¹¹⁰ גיל ההסכמה עבר תהפוכות דרמטיות ברחבי העולם ולאורך ההיסטוריה: PHILIP JENKINS, BEYOND TOLERANCE – CHILD PORNOGRAPHY ON THE INTERNET 26 (2001); לוי עדן **הילד – מין ואלימות**

בחברה ובראי המשפט 21, 89, 110 (2005).

חלופית: הוויה חברתית מסוימת הייתה אסורה בזמן ביצועה, אולם היא מותרת לאחר מכן. במשטרנו החקיקתי, הוויה זו הייתה חלק מאיסור ואיננה עוד; אין זה מסובך כלל לדמיין משטר חלופי, שבו הוויה זו הייתה איסור שלם, שכעת נמחק לגמרי, מה שוודאי תורם לתחושה אינטואיטיבית שלפנינו "ביטול". אולם למעשה, הפרדה מושגית בין מצבים אסורים ניתן לייצר הן באיסור אחד בעל כמה רבדים, והן בכמה עבירות באותו פרק בחוק העונשין. נדמיין משטר חד וקונקרטי יותר, שבו עבירה עצמאית של יחסי מין עם אדם אשר גילו בין 15 ל-16; עבירה עצמאית נפרדת של יחסי מין עם אדם אשר גילו בין 14 ל-15; וכדומה.¹¹¹ אם אחת העבירות הקונקרטיות נמחקת, דומה כי במונח פורמלי לפנינו "ביטול" איסור. אף שאיננו במשטר כזה, קודם לכן הסכמנו כי מחיקה פורמלית אינה מספיקה למסקנה שאיסור בוטל, ואם כך, עלינו להסכים כי איסור יכול להתבטל גם ללא מחיקה פורמלית של עבירה שלמה.¹¹² מה שחשוב, כעולה מגישת ביין והפסיקה, אינו מחיקת מילים או כותרות מספר החוקים; אלא מהות ערכית. אין זה מסובך להציע כי הורדת גיל ההסכמה מקפלת לתוכה מהות ערכית רבה, המגלמת הן צמצום של ההגנה על האוטונומיה המינית של בני גיל מסוים, והן הרחבה של החירות, לרבות שלהם עצמם, לממש את האוטונומיה המינית.¹¹³ ויודגש: מבחינה לשונית, "ביטול איסור" פירושו כי הוויה חברתית שהייתה אסורה אתמול – אינה אסורה עוד, וכפי שהסביר השופט שטיין בעניין בורעי, השאלה החשובה אינה ביטול המסגרת הישנה.¹¹⁴

הדוגמה השנייה, השונה לחלוטין ושלא עלתה אצל ביין, מתכתבת עם מאבק חקיקתי אקטואלי ומתמשך ללגליזציה של סם הקנביס, בישראל ובעולם. בשנת 2018 ביצע המחוקק הישראלי צעד קטנטן בכיוון, בתיקון 15 לפקודת הסמים המסוכנים [נוסח חדש], תשל"ג-1973 (להלן: פקודת הסמים המסוכנים), אשר סייג את תחולת האיסור על שימוש בסמים מסוכנים באשר לקנביס לעבירת קנס, כאשר מדובר בעבירה ראשונה.¹¹⁵ הצעד מיתן את הפגיעה בחירות המשתמשים; אך זו עדיין נפגעת, ובוודאי המחוקק לא איין את ההגנה הערכית המתקשרת לתכלית האיסור על שימוש בסמים מסוכנים.

נדמיין מהלך דרמטי: המחוקק הישראלי מוחק לחלוטין את הקנביס מהתוספת של פקודת הסמים המסוכנים; ואינו כולל הוראה מיוחדת הנוגעת לתחולה בזמן, הווה אומר יחולו

¹¹¹ אם משטר זה נשמע מופרך אזכיר כי בישראל העבירה של בעילה אסורה בהסכמה, באחת מחלופותיה, עוסקת ביחסי מין עם אישה מתחת לגיל 16; ואילו העבירה של אינוס, באחת מחלופותיה, עוסקת ביחסי מין עם אישה מתחת לגיל 14.

¹¹² מביין עצמו ניתן להבין כי לא נדרשת בהכרח מחיקה של סעיף עבירה כדי לדבר על ביטולו של איסור. לדידו אם עבירת המסגרת קיימת ואילו חוק חיצוני שעליו נשען אחד מיסודות העבירה במקרה המדובר בוטל, העבירה בוטלה. ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 581.

¹¹³ ראו: Frances Olsen, *Statutory rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 TEX. L. REV. 387, 401–12 (1984); *Feminist Legal Analysis and Sexual Autonomy: Using* ;REV. 387, 401–12 (1984); *Statutory Rape Laws as an Illustration*, 112 HARV. L. REV. 1065, 1076, 1079–80 (1999); Olivia Horton, *Mind the Gap: Theorizing Asymmetry Between Parental Involvement and Statutory Rape Laws*, 28 YALE J.L. & FEMINISM 171, 176 (2016).

¹¹⁴ עניין בורעי, לעיל ה"ש 38, פס' 4 לפסק דינו של השופט שטיין.

¹¹⁵ ס"ח תשע"ח מס' 2746 מיום 26.7.2018 עמ' 916.

סעיפים 4–6 לחוק העונשין. כמעט כל עבירות הסמים – סחר, ייבוא, גידול, החזקה, שימוש וכדומה – נותרו בלשונן, משום שהעבירות מופשטות וכלליות ואינן כוללות רכיב המפרט סם מסוכן קונקרטי. אין קושי להבין מה יקרה עם מי שמשפטו טרם הסתיים: ההליך הפלילי יופסק. אולם מה ייעשה באלו המרצים עונש מאסר בגין סחר בסם מסוכן ובאלו שנושאים רישום פלילי בגין שימוש בסם מסוכן, הכל בקשר לקנביס בלבד? העבירות שבהן הורשעו אינן מזכירות את המילה "קנביס" כלל. מבחינה פורמלית, ניתן להציע כי שום איסור לא בוטל, משום שעבירות הסמים המסוכנים נותרו במהותן ולא השתנו כלל; אולם אין קושי להציע לחלופין, כי האיסור על פעולות בקנביס בוטל במלואו, משום שכעת מותר להשתמש בו, לסחור בו וכדומה. המבחן הערכי אינו פותר את הבעיה כלל וכלל. ניתן להציע כי הערכים שעליהם ביקשה פקודת הסמים המסוכנים נותרו מוגנים באשר לכל המעשים האסורים ולכל החומרים הרבים המופיעים בתוספת לפקודה, ולפיכך לפנינו "שינוי" ולא "ביטול"; ולחלופין לגרוס כי הוצאת הקנביס מהפקודה היא עניין ערכי מהותי, המגלם תפיסה חברתית מעודכנת של סובלנות לפעולות בחומר, או תפיסה משפטית שלפיה הקנביס מלכתחילה לא היה צריך להיות ברשימה האמורה משום שאינו פוגע בערכים המגולמים בפקודה.¹¹⁶

בשתי הדוגמאות שלעיל, אף כי מבחינה פורמלית קיימים הבדלים ברורים, ניתן להציע שוויון מהותי. לא הבחירה בין האחדת מעשים לכדי איסור אחד בעל כמה רבדים המגנים על ערך דומה, לבין פיצול של כמה איסורים נפרדים המגנים על ערך דומה באותו פרק בחוק – תלמדנו אם קרה "מהפך" ערכי. התוצאה של מחיקת עבירה קטנטנה ("בעילת בת 15" או "שימוש בקנביס") ושל צמצום עבירה גדולה ("בעילה אסורה" ו"שימוש בסם מסוכן") באותו חלק – זהה לחלוטין: נטילת פיסה מהדין הפלילי, הווייה אנושית שהופללה בעבר, והוצאתה אל עולם החירות והמותר. במילים אחרות, כל צמצום בעבירה מבטא תמורה חברתית ומשפטית, גם אם נותר שריד פורמלי לעבירה. השאלה אינה נוגעת לזיהוי מהפך, או אפילו לזיהוי שוני דרמטי, משום שכמודגש לעיל, התשובה לשאלה האחרונה בהכרח תלויה בתפיסה אישית הנוגעת לרלוונטיות של איסור מסוים לחיינו או לזיקה הערכית שאנו חשים לשינוי – אהדה או סלידה. השאלות העיקריות שלפנינו הן מה אנו רוצים לעשות עם השינוי, ומה אנו מוכנים לשלם לשם כך.

יואר, כי מה שנכון באשר לצמצום העבירה בגין יסודותיה נכון גם באשר לצמצום האחריות לעבירה, למשל לגבי סייג. אומנם עוד יותר מדיני העבירות, דיני הסייגים אינם נוטים להתפתח בחקיקה בישראל. נניח כי סייג מסוים התרחב, כך שמקרה שנדון בפסק דין חלוט והסתיים בהרשעה בגין עבירה ובענישה, כלל לא היה מוביל להעמדה לדין כיום.¹¹⁷ באספקלריה המתמקדת באותה עבירה, ברור כי לא חל שינוי ערכי משפטי או חברתי; אולם

¹¹⁶ עמית דויטשר האיסור הפלילי הישראלי על שימוש בסמים מסוכנים: בחינה ביקורתית (חיבור לשם קבלת תואר מוסמך למשפטים, אוניברסיטת תל אביב, 2020).

¹¹⁷ ראוי לאזכור עניינו המפורסם של שי דרומי, בעל משק חקלאי, אשר ירה בשנת 2007 בשני פורצים והרג אחד מהם. הפורץ היה בגבו אליו, ופירוש הדבר שהירי לא נבע מהגנה עצמית, אלא לכל היותר מהגנה עצמית מדומה. דרומי הואשם בהריגה ולבסוף זוכה ברוב דעות מחמת הספק ולאחר שנכנס לתוקף תיקון לחוק העונשין: ת"פ (ב"ש) 1010/07 מדינת ישראל נ' דרומי (נבו, 15.7.2009). הסייג המתוקן לחוק נחקק בעקבות הסערה הציבורית באותו עניין, וכדין פלילי מקל הוחל כבר לגבינו: מרים גור-אריה וגליה דאור "הגנה מיוחדת לבית מגורים, לבית עסק ולמשק חקלאי: סכנותיה ותחימת גבולותיה בעקבות פרשת שי דרומי" משפט וממשל יג 141, 153 (2010).

באספקלריה המתמקדת בסייג, ברור כי חל מהפך ערכי. הן בהאחדת תרחישים של עבירות לכדי איסור אחד והן בפיצולם, כל צמצום של הדין הפלילי פירושו התרה של הוויה חברתית שהופללה אמש; זהו המצב גם באשר ליצירת סייג חדש או הרחבתו של סייג קיים, באופן המצמצם את גבולות המשפט הפלילי.

יתרה מזאת. ההמשגה המקובלת מציעה כי הסייג נדרש משום שהוא פוטר או מצדיק מבצע מיוחד או סיטואציה מיוחדת.¹¹⁸ אולם ניתן להציע המשגה חלופית, שלפיה סייגים נדרשים בגין הפללת-יתר. בנוגע לסיטואציה מיוחדת, למשל הגנה עצמית, ניתן להציע, כי מלכתחילה הסייג נדרש בדין רק משום שעבירות מסוימות הן רחבות מדי. הסייג הוא דרך המילוט אשר יצר המחוקק עבור מי שביצעו את כל יסודות העבירה, אך למרות זאת איננו מעוניינים להטיל עליהם אחריות פלילית. עבירות ההמתה, הכוכבות הבלתי-מעוררות של דיוני ההגנה העצמית בבית המשפט, היו ונתרו רחבות ועמומות ביותר, בלי בדל הדרכה, וסוכבות סביב "הגורם מוות", מונח סתום לגמרי, שמתמלא שברירי-תוכן בדיעבד בידי רשויות האכיפה והשיפוט, ודאי משום שטרם נמצאה דרך טובה יותר להתמודד עם סכנות ערכיות קשות.¹¹⁹ עבירות ההמתה לא הבחינו כיאות בין קטילה מחושבת של אדם אחר, שאנו מגנים בכל תוקף, לבין קטילה מחושבת של אדם אחר, שאנו פוטרם ואפילו מצדיקים. חוסר היכולת של המחוקק לדייק בסרטוט הגבולות של איסורים פליליים פירושו, כי במקרים מסוימים יסודות העבירה, אף שהתקיימו במלואם, עדיין אינם מגוללים בפנינו סיפור הראוי להחלת המשפט הפלילי, בהיותו נסבל ונסלח, או אפילו רצוי. משכך, נדרשים פתחי יציאה צרים, שיאפשרו למשפט הפלילי המהותי להימנע מלהגיע למסקנה לא רצויה של אשמה.¹²⁰ לענייננו, אם יצרנו פתח יציאה חדש או הרחבנו פתח יציאה קיים, צמצמנו בכך את שדה ההפללה והגברנו את שדה החירות, המותר והנסבל. שום "איסור" לא בוטל; אולם הוויה חברתית, שהייתה עבריינית אמש, אינה עבריינית כיום. ברמת הפשטה גבוהה, שורה תחתונה זו אינה שונה מביטולו של איסור או צמצומו: שינוי בגבולות האחריות כמוהו כשינוי בגבולות העבירה – צמצום גבולותיו של הדין הפלילי.

כך נכון גם בנוגע לעושה מיוחד. יצירת סייג או הרחבתו ודאי מגלמת מסר ערכי רחב וחובק-כל; אם למשל נעלה את גיל האחריות הפלילית בסעיף 134 לחוק העונשין מ-12 ל-13, פירושו הדבר שאנו סבורים כי גם בני 12 אינם צריכים להיות מטופלים במשפט הפלילי בגין כל עבירה שביצעו, וכי עלינו להסתפק בטיפולם בכלים החלופיים הקיימים.¹²¹ כמו ההגנה העצמית, גם סייג הגיל אומר במשתמע כי העבירות הקיימות רחבות מדי – בתחולתן הכללית על כל אדם. אם כך אנו סבורים, מדוע שנשאיר בכלא אדם שנשפט בגין מעשה שביצע בגיל 12?

¹¹⁸ ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 370–373 (1987); יורם רבין ויניב ואקי דיני עונשין 86–92 (מהדורה שלישית, 2014); שי אוצרי הפטרים רציונאליים – כיצד הם בגדר האפשר? (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, אוניברסיטת חיפה, 2018).

¹¹⁹ השוו: חאלד גנאים "כמה ביקורות על תחולתם, הצדקתם והיקפם של הסייגים לאחריות פלילית (על הספר "דיני עונשין" של יורם רבין ויניב ואקי) המשפט יז(2) 567, 572–573 (2014).

¹²⁰ אסף הרדוף "עבירה מאיימת – מבט ביקורתי בעברת האימים" משפטים על אתר יג 33, 47 (2019).

¹²¹ חוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א–1971.

(ד) מבט נורמטיבי שלישי: צמצום שיפוטי של גבולות הדין הפלילי

צמצום גבולותיו של הדין הפלילי יכול לקרות לא רק בחקיקה, אלא גם בהלכה. סעיפים 4–6 עוסקים בשינוי בחוק בלבד, ואינם מתייחסים כלל לביטול איסור או לצמצומו בבית המשפט. בית המשפט העליון מעולם לא ביטל איסור בישראל, וכמוהו גם בית המשפט המחוזי.¹²² לעומת זאת, צמצום הלכתי של איסור אינו חזון נפרץ לחלוטין בישראל. זיכוי המתבסס על פרשנות מצמצמת לדין המהותי אינו בהכרח "מצר" את הדין הפלילי, משום שככלל בית המשפט הוא הפרשן המוסמך של הדין והפרשנות המזכה היא לכאורה הנכונה, ואינה תיקון וצמצום אלא הכרזה על משמעות החוק מלכתחילה. אולם מה קורה כאשר בית המשפט מצמצם את הפרשנות המקובלת של איסור?

הדוגמה הרלוונטית ביותר לענייננו היא פרשת **אקסלרוד**. הלה הועמד לדין בעבירה לפי סעיף 4(א) לפקודה למניעת טרור, תש"ח-1948, משום שזמן קצר לאחר רצח רבין התראיין ברצח, בו אמר בין היתר: "זה לא יהודי נרצח. זה בוגד חוסל... חיסול אויב זה דבר חיובי". בית משפט השלום זיכה אותו, אך הוא הורשע בערעור בבית המשפט המחוזי. בקשתו לערוך דיון בבית המשפט העליון נדחתה בשנת 1999. הוטל עליו מאסר על תנאי וקנס בן 3,000 שקלים, אותו שילם. כשנה וחצי לאחר מכן הכריע בית המשפט העליון בדיון נוסף בפרשת **ג'בארין**, שם נדון עיתונאי שפרסם כתבה שתמכה באינתיפאדה, והורשע אף הוא באותה עבירה. בדעת רוב קבע בית המשפט העליון בשנת 2000 כי העבירה האמורה מוגבלת לפרסום שבח ועידוד למעשי אלימות של ארגון טרור, ואינה חלה באשר לשבח ועידוד למעשי אלימות גרידא.¹²³ בשנת 2005 פנה אקסלרוד לבית המשפט העליון בדרישה למשפט חוזר. הנשיא ברק, בדין יחיד, כתב כי הותרת הרשעתו מעוררת תחושה קשה של מקריות, המולידה חוסר שוויון ותחושת הפליה, המבססים חשש לעיוות דין. שינוי הפירוש לעבירה משמיט את הבסיס החברתי-מוסרי להרשעתו של המבקש. אף שאין תחולה לסעיפים 4 ו-5 במצב זה, משום ששינוי בפרשנות הפסיקה אינו מבטל את החקיקה, הרציונל אשר בבסיס סעיפים אלו דווקא חל; ההגיון החברתי וחוש הצדק שביסוד הסעיפים חלים גם לעניין הלכה שיפוטית מיטיבה. לפיכך, קבע, נגרם לאקסלרוד "עיוות דין", וראוי לערוך לו משפט חוזר; אולם למעשה, הוסיף הנשיא, אין טעם במשפט חוזר, משום שברור שיסתיים בתוצאת זיכוי. בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, זיכה את אקסלרוד.¹²⁴

¹²² שופט שלום פסל את סעיף 1ב236 לחוק תיקון פקודת מס הכנסה (מס' 110), התשנ"ו-1996: ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 **מדינת ישראל נ' הנדלמן** (נבו, 14.4.2003). עד לערעור ביטל המחוקק את הסעיף במסגרת סעיף 42 לחוק הסדרת העיסוק בייצוג על ידי יועצי מס, התשס"ה-2005. סביר להניח כי אלמלא כן, היה ערעור המדינה לבית המשפט המחוזי מתקבל. ע"פ (מחוזי ת"א) 70597/04 **הנדלמן נ' מדינת ישראל**, פס' 18 לפסק דינה של השופטת שיצר (נבו, 1.12.2005). בדומה, קבעה שופטת שלום כי תיקון לסעיף 193א לחוק העונשין אינו חוקתי, ומשכך קיבלה טענת הגנה מן הצדק של ההגנה וביטלה את האישום: ת"פ (שלום אשרד) 66506-01-17 **מדינת ישראל נ' דברה** (נבו, 4.10.2018). בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המדינה, דחה את הבסיס החוקתי והתמקד בשאלות דוקטרינריות: ע"פ 29421-11-18 **מדינת ישראל נ' דברה** (נבו, 25.9.2019). בית המשפט העליון דחה את הערעור ברוב דעות, תוך התמקדות מוחלטת בשאלות דוקטרינריות והתעלמות מהשאלה החוקתית. רע"פ 3870/20 **דברה נ' מדינת ישראל** (נבו, 29.7.2021).

¹²³ דנ"פ 8613/96 **ג'בארין נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 193 (2000).

¹²⁴ מ"ח 8390/01 **אקסלרוד נ' מדינת ישראל** פדאור (לא פורסם) 05 (23) 237 (2005).

פסק דינו של הנשיא חושף חולשה ערכית בדוקטרינה, בגין התמקדות הסעיפים שבמוקד מאמרי בשינוי חקיקתי בלבד, כאילו רק הוא נושא השלכות רחב ערכיות ורק הוא ראוי לחולל אדווה למפרע. בהמשך לנוסחת ביין, ניתן להציע כי שינוי גבולותיה של העבירה, כך שתכסה מכאן ואילך רק תמיכה בארגון טרור, ולא במעשי טרור כשלעצמם, אינו מגלם ויתור על ההגנה הערכית, אלא רק מצמצם אותה. אולם אפילו אילו קיבלנו את הטענה, כי הלכת ג'בארין פירושה "ביטול איסור", הרי שהואיל ו"ביטול" זה אינו בחוק – לכאורה אין לו כל השלכה על פסקי דין חלוטים.¹²⁵ מבחינה דוקטרינרית, פסק דין אקסלרוד אינו מושת על קרקע איתנה. ראשית, המחוקק הכריע כי חקיקה פלילית מצמצמת כוללת השלכות רוחביות, לעיתים אף על תיקים שתמו; אך לא ניתן להסיק מדבריו כי כך נכון גם לגבי פסיקה פלילית מצמצמת. שנית, אפילו אם ניתן היה להסיק שקילות בין חוק מצמצם עבירה להלכה מצמצמת עבירה (ללא ביטולה), כפי שחוק מצמצם מועיל רק למי שמשפטו טרם תם לחלוטין, כך גם אמורה פסיקה מצמצמת. נדמיין, כי לאחר שפסק דינו של אקסלרוד הפך חלוט, המחוקק עצמו תיקן את האיסור והוסיף לו יסוד של תמיכה בארגון טרור כתנאי חיוני להרשעה. הוספת יסוד לעבירה, ברגיל, מייצרת מסננת נורמטיבית נוספת לאיסור ומצמצמת את תחולתו, הופכת חלק משטח שהיה אסור אמש – למותר כיום. תחת הדוקטרינה המקובלת ניתן להציע, כי מהלך כזה, אפילו נעשה בידי המחוקק, אינו "ביטול איסור" אלא רק שינוי מקל, ולכן אין בכוחו להשפיע על פסקי דין חלוטים. אם כך, הייתכן ששינוי פסיקתי פרשני ישפיע למפרע במצב שבו שינוי חקיקתי חד לא יכול להשפיע למפרע? איני רואה היגיון (או צדק) בכך. לא למותר להטעים, כי גם הקביעה במסגרת הבקשה למשפט חוזר, כי לאקסלרוד נגרם "עיוות דין", משוללת יסוד; מונח מורכב ועמום זה עוסק בפגם בהליך המקורי אשר אפשר שתתקן להרשעה. 126 איני רואה כיצד הוא נובע כשלעצמו משינוי הדין לאורך זמן. הרשעתו של אקסלרוד לא הייתה כרוכה בשום עיוות דין מוכח; הוא הורשע לפי החוק הקיים, זכות הערעור שלו מוצתה ואיש ברשויות לא עשה לו עוול. אם כבר, דווקא פסק הדין בבקשה למשפט חוזר מעוות הן את לשונו של סעיף 5 והן את הרציונל שבבסיסו, בשמה של גישת הנצחיות הנורמטיבית.

לעומת המהלך הדוקטרינרי המוקשה, מבחינה נורמטיבית, פסק דינו של הנשיא דווקא משכנע, לפחות חלקית. הצדק המודרני אכן תומך בתוצאה, בגין שינוי הפירוש לעבירה; ואכן מתעוררת תחושת מקריות ואי-שוויון. אולם ברק התעלם מכך שזו בדיוק התוצאה המתבקשת, לא רק מגופם של סעיפים 4–5, אלא גם מרוחם. הרציונל המסתמן מסעיף 5 אינו לאפשר לאיוון הערכי החדש לטלטל את מערכת המשפט, ואינו להבטיח תוצאה שווה לכל מי שאי פעם נשפט בעבירה מסוימת. כפי שכתבו במדויק השופט עמית והשופטת ברק-ארז, בכל קביעה של מועדים, מידות ומשקלות יש מידה של שרירות;¹²⁷ וכפי שכתב במדויק

¹²⁵ גם במשטרים אחרים, המכירים בהשלכות כלליות למפרע של ביטול העבירה (abolitio criminis), נדרש שהביטול יהיה בחוק: Gino Scaccia, *The Lesson Learned from the Taricco Saga: Judicial Nationalism and the Constitutional Review of E.U. Law*, 35 AM. U. INT'L L. REV. 821, fn 159 (2020).

¹²⁶ מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529, פס' 59–60 לפסק דינו של הנשיא ברק (1999).

¹²⁷ רע"פ מוחתסב, לעיל ה"ש 27, פס' 22 לפסק דינו של השופט עמית, פס' 3 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

השופט סולברג, אין מנוס מתוצאות שונות לגבי תיקים זהים שהוכרעו בזמנים שונים.¹²⁸ אולם הצדק שמגלם סעיף 5 אינו סובב כולו סביב ערך השוויון בפני הדין, אלא כולל רכיב נוסף, שכזכור הנשיא ברק עצמו הרחיב עליו והתבסס עליו כדי לדחות עתירה להחלת הדין החדש המקל בחלוף שנה אחת מפרשת **אקסלרוד**, וזאת בעניין **רחמיאן**, שריצה מאסר עולם ועתירתו נשאה חשיבות מעשית רבה בהרבה מזו של אקסלרוד. צמצומה של עבירה אינו מועיל כהוא זה למי שפסק דינו חלוט, בגין עקרון סופיות הדיון. אין זו טעות, ואין זו "רוחו" של הסעיף להוביל לפעולה במצבים אלו; גופו ורוחו מובילים במישרין לדחיית עתירות דוגמת זו של אקסלרוד. הדרך שבה פסע הנשיא מנוגדת לדוקטרינה, ולא בכדי אינה מוזכרת בפסיקה מנחה מאוחרת (או בספרות משפטית ביקורתית), אשר שוב ושוב הזכירה את הדרך ההפוכה והלכה בה, תקדים **רחמיאן**. אולם ברמת הפשטה גבוהה, המהלך של הנשיא בעניין **אקסלרוד** הוא כזה שמבקש להחיל למפרע צמצום של עבירה, בגין התחושה שאין זה צודק שאתמול הורשע אדם בגין הוויה חברתית מסוימת, והיום מזוכה אדם בגין הוויה דומה.

(ה) מבט נורמטיבי רביעי: גם ביטול לא ישנה?

כזכור, סעיף 6 לחוק העונשין, הנושא את הכותרת התמוהה "עבירות שהזמן גרמן", שולל את התחולה של שני קודמיו באשר ל"חיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת, או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן". בעניין **מוחתסב** נכתב כי אם מראש העבירה נועדה לתקופה קצובה, תום התקופה לא יועיל לנאשם;¹²⁹ ואילו בעניין **חיימוביץ'** הוסבר כי כי פקיעתה של עבירה זמנית אינה מלמדת על הכרה חברתית שמלכתחילה לא היה מקום לאיסור, אלא שתמה שעתו.¹³⁰

בתור ההחלטה של קודמיו, ברור כי סעיף 6 אינו משקף את האיזון הערכי המגולם בהם. הדין ההיסטורי מועדף באופן גורף על הדין המודרני; הוודאות והיציבות מועדפות על סובלנות ופתיחות, גם כאשר פירושן ההכרחי הוא הנצחת השרירות והמקריות של המשפט המשטרה. מי שנשפט אתמול הפסיד; מי שנשפט היום זוכה. האומנם הסעיף משכנע מבחינה נורמטיבית?

בספרות הוצדק הסעיף באשר לאיסורים הנקבעים מראש לתקופה מסוימת, בטענה כי אף כאשר צורכי השעה השתנו, עדיין ראוי להעניש את מי שפגע בהם בזמן אמת.¹³¹ אולם למעשה, הצדקה זו יפה גם למקרים המתוארים בסעיף 4, בגין ההחצנה של האנטי-חברתיות הדמוקרטית. מה הטעם המיוחד לבוא חשבון על צורכי השעה עם מי שעבר על "איסור זמני", לעומת מי שעבר על "איסור קבע"? מהי הצדקה לכך שדווקא איסורים זמניים בהגדרה יהיו בעלי תוקף נצחי, במובן שגם לאחר שיפוג תוקפם, מי שעבר עליהם בזמן תוקפם לעולם לא ייהנה מביטולם?

ניתן להציע, כי השוני נובע מכך שביטולם של איסורים זמניים כלל אינו נושא מסר ערכי. ביטולם עשוי לנבוע גם בגין שינוי בתנאי החיים, שבעקבותיו אין עוד צורך או טעם באיסור: למשל שינוי סביבתי, טכנולוגי, כלכלי, סוציולוגי ואפילו משפטי. האומנם?

¹²⁸ רע"פ **חיימוביץ'**, לעיל ה"ש 8, פס' 48 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹²⁹ רע"פ **מוחתסב**, לעיל ה"ש 27, פס' 11 לפסק דינו של השופט עמית.

¹³⁰ רע"פ **חיימוביץ'**, לעיל ה"ש 8, פס' 52 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹³¹ גור-אריה, "הצעת חוק העונשין", לעיל ה"ש 23, בעמ' 25.

נדמיין כי מיגרנו בהצלחה את הקורונה. ניתן לגרוס כי עדיין ראוי יהיה להמשיך באכיפתם הפלילית של צווי הקורונה בגין הפרות מוקדמות, כדי לגמול למי שהראה זלזול או אדישות לבריאות הציבורית. אולם מנגד ניתן להציע, כי המניע שלנו להמשיך בהליכים נובע מתפיסה ערכית חיצונית, שאינה נובעת מצווי הקורונה כלל, אלא מתקשרת להצדקה של עבירת קבע כללית וחמורה, סעיף 218 לחוק העונשין, מעשה העלול להפיץ מחלה. לשון אחר, מי שירצה להמשיך בהליכים כנגד מפרי צווי-קורונה גם לאחר חזרה מוחלטת לשיגרה ותחושה ודאית שהקורונה מוגרה בהצלחה – ודאי מחזיק בעמדה זו לא משום שהוא סבור שצווים זמניים הם נצחיים בתוקפם, אלא משום שהוא סבור שסיכון בריאות הציבור ראוי להפללה. הבה נסיף ונדמיין, כי יחד עם הקורונה מיגרנו בהצלחה גם את כל המחלות האנושיות בהווה ובעתיד, ועמן מיגרנו גם את סעיף 218 לחוק העונשין. בגין אותה הוויה אנושית, אדם נאשם בהפרת צווי-קורונה, עבירת קנס, ובעשיית מעשה העלול במודע להפיץ מחלה, עבירה שדינה שבע שנות מאסר. תחת סעיפים 4 ו-6 לחוק העונשין, האישומים החמורים כנגדו יבוטלו; אך אישומי צווי הקורונה יוותרו בתוקפם ולגביהם יימשכו ההליכים. כיצד ניתן להצדיק דואליזם משפטי כזה? ממילא, בצניעות המתחייבת, גם כאשר עבירה אינה מוגבלת במפורש ומראש, היא בהכרח נולדת עבור תקופה מסוימת ונכונה עבורה, לא לנצח. כלומר, אף שאני מסכים כי ביטול איסור זמני עשוי לבוא בגין סיבה שאינה ערכית עצמאית, ובמובן זה ניתן להציע שעל האיסור לחול גם לאחר מכן, הרי שאין בכך ייחוד לאיסור הזמני לעומת איסור הקבע. גם איסור הקבע עשוי להתבטל או להצטמצם בגין שינוי חיים מודרני. האיסורים הזמניים מתקשרים לערכים המוגנים גם באיסורי הקבע, ולפחות במקרים רבים ניתן למצוא לאיסור הזמני בני משפחה ערכיים, דוגמת צווי הקורונה וסעיף 218.

ההבחנה המכרעת בין איסור זמני לאיסור קבע אינה ערכית, אלא מעשית. אם באופן כללי בסיום תקופת התחולה, בטל האיסור, על כל המשתמע מכך, לכאורה לא ניתן כלל לאכוף את האיסור, למעט במהירות רבה ותוך תקופת התחולה, מה שבתורו ייצור תמריץ להגנה למשיכת ההליכים. אולם מבחינה לשונית ניתן להציע, כי איסור אשר נקבע מראש לפרק זמן מסוים – נניח איסור יציאה מהבית בעת סגר בריאותי – כלל אינו איסור ש"בוטל בחוק".¹³² מבחינה מעשית, אף שבתום התקופה לא ייאסר עוד לצאת, אכיפת העבירה בתום תקופת התחולה נראית הכרחית כדי לאפשר גם לאיסור זמני להיאכף ביעילות.¹³³ אם העתיד ישקף מהפך ערכי באשר לאיסור, בצורת תפיסתו בדיעבד כטעות נורמטיבית, יוכל המחוקק אד-הוק לבטל את השלכותיו. לא למותר להדגיש, כי איסורים זמניים אינם ראויים לשימוש שיגרותי, ומתאימים מטיבם למצבי חירום.¹³⁴

לעומת האיסור הזמני, הרי שבאשר לאיסור שנובע מטיבו שהוא משתנה מעת לעת, מדובר למעשה בקבוצה ריקה ובהחרגה מיותרת של סעיפים 4–5. שינוי בהצבת התמרוקים כשלעצמו, בניגוד לשינוי המאיים לחלוטין סוג של תמרוק ממת המרורים, אינו משקף "ביטול איסור", ולכן ממילא אין תחולה לסעיפים 4–5 בעניינו, כזו המסבירה את סעיף 6 המסתייג מאפשרות זו. אם יחליט מחוקק המשנה לבטל לחלוטין את חובת העצירה כנורמה,

¹³² זאת לעומת איסור שחל בפרקי זמן מסוימים בלבד, אך קיים בקביעות, דוגמת איסור הצגת חמץ בפסח. זהו אינו איסור זמני כלל.

¹³³ דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 116.

¹³⁴ פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 233. מובן שאין הכוונה למצב החירום המתמשך של המדינה.

למשל מתוך תפיסה שזו חובה מיותרת ואולי אף מזיקה, זהו ודאי ביטול איסור. במצב דברים היפותטי זה איני רואה לסייג את סעיף 4, רק משום שפעם סברנו שהימנעות מעצירה היא מסוכנת; ביטול דרמטי כזה אינו עוסק באיסור "שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן". לעומת זאת, הסרתו של שלט "עצור!" מכביש מסוים, אף שנושאת השלכות נורמטיביות צנועות, אינה מלמדת על ביטולו של איסור כלל וכלל, או אפילו על צמצומו. הנורמה המשפטית החוקית הכללית המחייבת לעצור בראותנו את השלט אינה מתבטלת, ואף אינה משתנה אך משום ששלט הוסר בכביש מסוים. הסרת שלט מהכביש, שהכרעה מינהלית, היא פעולה משפטית, המשליכה על יישומו של דין פלילי כזה ואחר; השלכה כזו אין פירושה ביטול דין פלילי (סעיף 4) או הקלה בו (סעיף 5). כך נכון לגבי הכרעות מינהליות אחרות, כמו מתן רישיון או היתר לשאת נשק, להשתמש בסמים או לערוך תהלוכה בכביש; אלו פירושם שפלוני יכול לבצע פעולה, שאילו ביצע בלעדי ההיתר המנהלי, הייתה נחשבת כעבירה. עשיית שלום עם אויב פירושה שהאזרחים יכולים כעת לבצע פעולות שנאסרו אמש, כמו לבוא עמו במגע; אך האיסורים על פעולות מגוונות הנוגעות לאויב, כמו איסור מגע עם אויב, אינם מתבטלים או מצטמצמים. השלכה מצמצמת על תחולתו של איסור אינה חופפת לביטולו ואפילו להצרתו. מה שנכון באשר לפעולות של המדינה נכון אף לגבי שינויים אחרים בעולם. למשל התבגרותו של ילד משליכה על דין פלילי מסוים, שאינו חל עוד באשר לאנשים אחרים; סיום בעלות או התחלתה משליכים על תחולתן של עבירות מסוימות; וכמוהם אין ספור גורמים ופעולות. מותו של אדם משליך על דין פלילי, שאינו מגן עוד על גופו; כפי שלידתו משליכה על הדין הפלילי בייצור תחולה, אך אינה מייצרת עבירה חדשה או מרחיבה עבירה קיימת. השלכות נקודתיות, אישיות, מקומיות על תחולתם של איסורים, ואפילו השלכות רוחביות וכלליות, אינן בבחינת "ביטול איסור" (או יצירתו) או שינוי בהגדרה של העבירה או באחריות לה, כל עוד הנורמה נותרת כפי שהיא בספר החוקים. לכן, סעיף 6 סיפא משקף למעשה קבוצה ריקה.

ראוי להדגיש, כי המשפט הפלילי בכלל ואיסוריו בפרט מטיבם נתונים לשינויים. נוסח עכשווי של איסור משקף צדק מודרני, הכרעה קונקרטית של איזון בין ערכים בקשר להווייה חברתית מסוימת. בחברה דינמית משתנים חשיבותם של ערכים, ההקשרים שבהם הם נפגעים ושבהם יש להגן עליהם, והאיזון ביניהם לבין ערכים אחרים. אכן קיימות בישראל עבירות שלא השתנו בנוסחן החקיקתי, כמו גניבה, ולעומתן קיימות עבירות שהשתנו שוב ושוב, כמו אינוס.¹³⁵ עדיין ניתן להציע, כי גם הראשונות אינן אלא עבירות אשר טרם השתנו. עבירת הגניבה בישראל 2022 עדיין שעונה מילה במילה על נוסח של חוק אנגלי משנת 1916, אף שהמחוקק האנגלי שינה באופן דרמטי את החוק באשר לה ולעבירות קרובות עוד בשנת 1968, כדי להתאימו למציאות המשתנה.¹³⁶ מתישהו בעתיד ודאי ישנה המחוקק הישראלי את העבירה כדי להתאימה למציאות.¹³⁷ באופן כללי, היותה של עבירה בסיס לשינוי אינה שיקול כללי נגד תחולה למפרע, משום שכל עבירה (וכל חוק ומשפט) היא בסיס לשינוי; עבירות משתנות משום שהמציאות משתנה – בכלכלה, בחברה, בטכנולוגיה, במשפט ואף בשפה.¹³⁸

¹³⁵ עניין מרזן, לעיל ה"ש 17, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹³⁶ על החוק האנגלי הישן ושינויו ראו: EDWARD GRIEW, THE THEFT ACTS 1 (7th ed. 1995).

¹³⁷ צוות שמינה משרד המשפטים שוקד כעת על רפורמה בעבירות הרכוש; הח"מ הופיע בפניו בינואר 2022.

¹³⁸ אסף הרדוף "דיני העונשין גולשים באינטרנט: היסוד הפיזי הווירטואלי", הפרקליט נב 67, 71 (2013).

עבירה קשיחה לחלוטין לאורך שנים – עשרות, מאות, אלפי שנים – פירושה מציאות קפואה או משטר אטום; המשפט מטיבו משתנה. העובדה שבהקשרים מסוימים השינויים תכופים יותר – אינה מספקת כשלעצמה הצדקה להעדיף את שלטון החוק על שלטון הערכים. אפשר אולי להציע באופן כללי, כי בעבירות קלות מאוד – כאלו הנגזרות מתקנות וצווים (ולמטה מכך, תמרורים) – מוטב להעדיף את הצדק ההיסטורי, בהנחה שהשינוי בתחולתן ממילא אינו מגלם תמורה ערכית. מנגד, גם הצדק ההיסטורי נראה חשוב פחות בעבירות כה מינוריות. בכל מקרה, אין להתעקש על אכיפת הדין הישן במצבים שבהם הסקנו בדיעבד שאותו דין אינו ראוי.

4. שינוי ענישה

בדומה לצמצום חקיקתי של המשפט הפלילי המהותי, גם צמצום חקיקתי של ענישה או מרכיביה אינו מחזה שגור בספרי החוקים שלנו; אם כבר, ניתן להציע כי הדין הפלילי בישראל מתאפיין בענישה גבוהה או רבה מדי.¹³⁹ אולם צמצום כזה אינו עיוני לחלוטין, ומוסדר בסעיף 5(א), כזכור, מחיל את העונש המצומצם על כל מי שמשפטו אינו חלוט, לרבות מי שביצע את העבירה כאשר העונש היה כבד יותר. לעומתו, סעיף 5(ב) מגלם סובלנות חלקית ביותר, בנכונותו לעסוק בשינויי ענישה חותכים בלבד, "כלל גיליוטינה". באופן ציורי, הצדק המודרני היחיד שסולל סעיף 5(ב) הוא הצדק של הגיליוטינה, אף שזו אינה חותכת את ראש האזרח, אלא דווקא חותכת בעונשו. ביתר הפרמטרים, מבכר סעיף זה את עקרון סופיות הדין, המתחבר בקלות ליציבות, ודאות ויעילות. היציבות והוודאות משרתות לא רק את המערכת אלא גם את הקורבנות ומשפחותיהם, ככל שיש כאלו, ואולי גם את אמון הציבור.¹⁴⁰ בד בבד, היציבות והוודאות והיעילות פירושו הכרחי הוא גם השלמה עם שרירות ומקירות, במובן אי-הבחנה בין מקרים אשר נדונו שלשום לבין מקרים אשר נדונים כיום. האם הדבר ראוי? כתבתי לעיל כי השיקולים הנורמטיביים התומכים בתוצאות הדרמטיות של ביטול איסור מצדיקים לכאורה תוצאות דרמטיות בכל מצב של צמצום גבולותיו של המשפט הפלילי. לכאורה המצב אינו זהה באשר למצב של צמצום חקיקתי בענישה, משום שגבולותיו של המשפט הפלילי לא השתנו כלל; מה שהשתנה הם גבולות התגובה המדינתית, גבולות הסנקציה. צמצום גבולות הסנקציה ישפיע על מי שמשפטו חלוט רק במצבים חותכים, בגין עקרון סופיות הדין: סירוב להוביל לדיון שיפוטי מחודש בתיק שהסתיים, לצד נכונות של מערכת המשפט להפעיל מחדש שיקול דעת מינהלי פשוט. מיהם הנדונים הנהנים מהכלל הזה?

כמצוין לעיל, אפילו ביטול של איסור אינו מוביל לפיצוי אדם שריצה עונש מאסר או השבה לאדם ששילם קנס; מקל וחומר זהו המצב לגבי מי שסיים לרצות את עונשו, ובדיעבד הסקנו כי עונש זה חמור מדי לעבירה זו. מבחינה עיונית, מהכלל נהנה רק מי שטרם החל או טרם סיים לרצות את עונשו. צמצום חקיקתי חותך של העונש עשוי להוביל לצמצום עונשו; צמצום שאינו חותך לא יועיל לו, אפילו אם מדובר בצמצום דרמטי בפוטנציה, שהיה יכול

¹³⁹ בועז סנג'ור "מי מעוניין במאסרים ארוכים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת בענישה), תשס"ה-2005 "עלי משפט" ה' 247, 248-251 (2006); סנג'ור, ביקורת דיני העונשין הישראליים, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21.

¹⁴⁰ עניין מרזן, לעיל ה"ש 17, פס' 16 לפסק דינו של השופט הנדל.

לחסוך לו שנות מאסר רבות. זו המסקנה החותכת מעניין **רחמיאן** בשנת 2006, שבו דחה הנשיא (בדימוס) ברק, בהסכמת הנשיאה הטרייה ביניש והמשנה הטרי ריבלין, בקשה להחיל סייג חדש, שעניינו אפשרות להקלה בעונש של מאסר עולם, בגין סעיף 5 לחוק העונשין ובגין עקרון סופיות הדין.¹⁴¹ זו המסקנה החותכת גם בעניין **אוחיון** משלהי שנת 2021, כאשר המשנה לנשיאה הנדל סירב לבחון מחדש עונש מאסר עולם חובה עבור מי שכיום לכאורה היה נשפט בעבירת ההמתה השנייה בחומרתה, ולא בראשונה בחומרתה, כתוארה דאז.¹⁴² במובן דוקטרינרי, התוצאות האמורות מדויקות; במובן נורמטיבי, הן רחוקות ממובנות מאליהן. כמודגש לעיל, כל שינוי בחוק הפלילי נושא משמעות מהותית ערכית; בדומה, גם לשינוי ענישתי יש משמעות נורמטיבית בלתי מבוטלת, בעיקר כאשר הוא דרמטי בפוטנציה. אף שבחירתו של המחוקק שלא לאפשר דיון ענישה מחדש ברורה מבחינה לשונית והיסטורית, הן באופן כללי והן באשר לרפורמה בעבירות ההמתה, היא עדיין מייצרת הבחנה דרמטית, שאינה פשוטה להצדקה.

לכאורה ניתן היה לנסות ולהצדיק את ההבחנה העונשית בין תרחישים זהים ואת הסירוב להקלה תחת מועד ביצוע העבירה כקריטריון הקובע, המבחין בין מי שנדון אתמול לבין מי שיידון מחר. אולם בהינתן שלא כל מי שביצע את הדין אתמול כבר הורשע ונגזר דינו, ברור כי אין זה הקריטריון הקובע, משום שחשודים שנתפסו מאוחר ונאשמים שמשפטם התמשך – ייהנו מהדין החדש. אדם שהשתתף בשנת 2018 בתרחיש, אשר היווה "רצח בכוונה תחילה" וכיום מהווה "רצח" גרידא – יזכה כיום באפשרות המעשית להימלט ממאסר עולם חובה, הן בדרך של משא ומתן עם הפרקליטות, והן בפנייה ישירה לרחמיאן של בית המשפט.¹⁴³ אדם אחר בתרחיש דומה, שבחר להודות במשפטו, חסך בזמנו של בית המשפט ומנע מתח ממשפחת הקורבן, ואולי אף הביע חרטה כנה על מעשיו – נדון למאסר עולם חובה, ולא יישמע בניסיון להגיע לתוצאה של "עמיתו". פער זה משרת נאמנה את עקרון סופיות הדין על ערכיו, אך גם משקף שרירות ומקרינות, אשר אינן מותרות תחושה נוחה במבט רחב במערכת המשפט.

5. שינוי תווית

השיח הישראלי הדל בנושא הדין הפלילי המשתנה לא עסק בשאלת שינוי התווית הפלילית. באופן כללי, שאלת התווית הפלילית זנוחה למדי בישראל ואפילו מחוץ לה, חרף חשיבותה

¹⁴¹ רחמיאן הורשע ברצח אשתו בשנת 1992, לאחר שטענותיו בדבר אי-שפיות נדחו, ונגזר עליו מאסר עולם חובה. ערעורו לבית המשפט העליון נדחה בשנת 1994, ובכך הפך פסק דינו לחלוט. בשנת 1995 קיבל המחוקק את סעיף 300א לחוק העונשין, שבין היתר איפשר להטיל עונש שאינו מאסר עולם חובה במצב שאף שהנאשם לא היה במצב אי-שפיות, הוא לא היה רחוק מכך. בשנת 2004 פנה רחמיאן לבית המשפט המחוזי וביקש להחיל עליו את סעיף 300א, אך נדחה לאור סעיף 5 לחוק העונשין. בית המשפט העליון דחה את ערעורו לאור סעיף 5 לחוק העונשין והבהיר, כי לצד הרצון להחיל את הנורמות הפליליות העדכניות, קיים גם רצון לשמור על סופיות הדין, למנוע התדיינות משפטית בלי סוף ולהבטיח ביטחון ויציבות במשפט. עניין **רחמיאן**, לעיל ה"ש 44.

¹⁴² מ"ח **אוחיון**, לעיל ה"ש 59.

¹⁴³ ראו למשל הסדר טיעון בפרשת הרצח של פאדיה קדיס על ידי בתה ובן-זוגה, שבו הוסכם על עונש מאסר של 25 שנה לכל אחד משני הרוצחים. תפח (ת"א) 13903-07-18 **מדינת ישראל נ' מרמש** (נבו, 14.9.2020).

הנורמטיבית.¹⁴⁴ לחוק בכלל ולחוק הפלילי בפרט יש משמעות אקספרסיבית.¹⁴⁵ אם ארגון העבירות ומיקומן בספר החוקים נושאים משמעות כזו,¹⁴⁶ ראוי שכותרתו של איסור תשקף במדויק את מידת העוול או הנזק הכרוכים בה, ואת ההבדל במידת החומרה בין הוויות חברתיות קרובות,¹⁴⁷ את האופי שבו החוק הופך ואת עוצמתו.¹⁴⁸ התווית יכולה לשקף לציבור, כמו גם לרשויות המעיינות במרשם הפלילי, מהי ההוויה העבריינית שאדם נטל בה חלק, על סכנותיה ופגיעותיה; והיא מקבלת משנה חשיבות בעידן רווי מידע, שבו חלקים בציבור תרים אחרי מידע מתומצת וקצר. כותרתה של עבירה מתקשרת ודאי לפרדיגמה הציבורית והתקשורתית הרווחת שלה.¹⁴⁹ מה קורה כאשר משתנה התווית הפלילית? כהארת פתיחה, לא תמיד קל למדוד חומרה של תוויות. למשל העבירה של "מעשה מגונה" הוחלפה בשנת 1988 בעבירה של "תקיפה מינית",¹⁵⁰ בטרם הושבה העבירה של "מעשה מגונה" בחלוף שנתיים גרידא.¹⁵¹ איזו תווית קשה יותר לפרט? קשה לומר. לעומת זאת, במקרים מסוימים התווית החדשה נהיית בעליל חמורה יותר, או אז ברור מסעיף 3 לחוק העונשין כי אין לכך השפעה על מי שביצע את המעשים עובר לשינוי התווית. באופן אקטואלי, מי שבעבר הורשע בהריגה תוך שבית המשפט מציין כי נהג באדישות, ייתכן כי כיום היה נאשם בעבירה של רצח; התווית הפלילית הוחרפה, אך הוא לא יסבול מכך. מה קורה כאשר התווית החדשה נראית בעליל קלה יותר? אם מחיקת סעיף מסוים מספר החוקים והחלפתו בסעיף אחר אינה נחשבת "ביטול איסור", ברור כי אין תחולה לסעיף 4 לחוק העונשין, ומי שפסק דינו חלוט – לא יופסקו ההליכים נגדו ולא ייעצרו ההשלכות, לרבות מחיקת המרשם הפלילי. לכאורה גם סעיף 5 לא ישפיע על הרישום הפלילי. באופן אקטואלי, במובן הסטיגמה הפלילית, יש מי שהורשעו בעבר בהריגה, עבירה שכאמור דינה 20 שנות מאסר, אך כיום היו מורשעים בעבירה קלה יותר, המתה בקלות דעת בלבד, שדינה 12 שנה בלבד. עבירת ההריגה הישנה הייתה גסה, והכילה שלוש אפשרויות נפשיות שונות

¹⁴⁴ במקרים נדירים, התווית עשויה להיות חשובה אפילו ככלי פרשני. ראו את פסק דינו של השופט אור, דנ"פ ג' בארץ, לעיל ה"ש 123, בעמ' 202–203; ומנגד את פסק דינו של המשנה לנשיא ש' לוי, שם, בעמ' 215–216. לעומת זאת, יש מקרים נוספים שבהם קיימת סתירה בין כותרתה של עבירה לבין תוכנה, והדבר לא הוביל לצמצום פסיקתי של גוף העבירה. כך למשל העבירה של "מעשה מגונה בפומבי" בסעיף 349 כוללת שלושה מופעים, שניים מהם עוסקים במפורש במעשים שמתבצעים "בכל מקום שהוא".

¹⁴⁵ Richard H. McAdams, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. ERIC LUNA, *Principled Enforcement of Penal Codes*, 4 ; L. REV. 338, 391, 397–407 (1997) .BUFF. CRIM. L. REV. 515, 539, 546 (2000).

¹⁴⁶ מרדכי קרמניצר עיקרי מבנה וארגון של העברות הספציפיות 173, 179–182, 200–203, 212 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980).

¹⁴⁷ C.M.V. Clarkson, *Theft and Fair Labeling*, 56 MOD. L. REV. 554, 554–55 (1993)

¹⁴⁸ Stuart P. Green & Matthew B. Kugler, *Community Perceptions of Theft Seriousness: A Challenge to Model Penal Code and English Theft Act Consolidation*, 7 JELS 511, 515–16, 520 (2010).

¹⁴⁹ הרדוף, "אינוס מרחוק", לעיל ה"ש 98, בעמ' 114.

¹⁵⁰ תיקון 22, לעיל ה"ש 25.

¹⁵¹ חוק העונשין (תיקון מס' 30), התש"ן-1990, ס"ח 196.

בעליל, ללא כל הבחנה פורמלית בסעיפי משנה או בעונש – כוונה, אדישות וקלות דעת. לנוכח הוראות המעבר של הרפורמה, השינוי לא ישפיע על מי שהורשעו בעבר. אף שהמחוקק איפשר תחולה למפרע לגבי המתה באחריות מופחתת, הוא מנע תחולה כזו לגבי הריגה.¹⁵² לא רק העונש לא יופחת;¹⁵³ גם התווית הפלילית, שבבירור הפכה קלה יותר באיתותה על יסוד נפשי קל יותר, לא תתוקן.¹⁵⁴ אם דיני המתה החדשים הם הנכונים והראויים, על עונשיהם ותוויותיהם, פירוש הדבר כי לפחות חלק ממי שנשפטו לפי הדין הישן בפסק דין חלוט – נושאים תווית לא מדויקת, לחומרא. החוק אינו מאפשר להם תיקון. הותרת התווית החמורה של הריגה עבור מי שביצע המתה בקלות דעת היא ביטוי קונקרטי לבעיה מופשטת רחבה, של עבירות גסות הנעדרות הבחנות מדויקות המבחינות בין מקרים שונים לפי חומרתן. בדין המתה הקודם הוכללו מופעים השונים לכאורה בחומרתם תחת סל אחד (הריגה) וללא הבחנה פורמלית, ואילו בדין החדש קיימת הבחנה. הכללת תרחישים בעלי חומרה שונה לכאורה באותה עבירה – אינה נחלתה הבלעדית של עבירת ההריגה הישנה. למשל עבירת הגניבה הישראלית אינה יוצרת הבחנות הנוגעות לשווי הרכוש,¹⁵⁵ כך שאם בעתיד ייווצרו כאלו, המורשעים בפסק דין חלוט ימשיכו כולם לשאת את התווית העמומה, לרבות אלו שגנבו מעט. עבירת האימים בישראל אינה מבחינה בין המאיים על אחר ברצח למאיים על אחר שישרוט את רכבו;¹⁵⁶ אם מחר ייצר המחוקק עבירות איום מגוונות וחדות יותר, המורשעים של אמש ימשיכו כולם לשאת את התווית העמומה. אפילו הרפורמה בעבירות המתה, שפטרה אותנו מעבירת ההריגה הגסה, יצרה עבירת רצח גסה, המכילה בתוכה המתה באדישות והמתה בכוונה, ללא הבחנה עונשית;¹⁵⁷ אם מחר יבחין המחוקק בין המצבים, ויכנה אחד "המתה באדישות" ואחר "רצח בכוונה" או אפילו "רצח", עדיין יישאו כל מורשעי אמש את התווית "רצח".

¹⁵² הנדל שיער שהדבר נבע מהתיוג החמור של רצח; מהמורכבות והרוחב של עבירת ההריגה הישנה, שתצריך פתיחה מחדש של ההליכים כדי לקבוע איזו עבירה בוצעה לפי הדין החדש; ומכך שסעיף 5(ב) עוסק בשינוי באותה עבירה ולא ביצירת עבירה חדשה תחת ישנה. עריכת השוואה בין הדין הישן והחדש היא מלאכה מורכבת שיכולה לעורר מחלוקת ואי בהירות, ולכן מועיל סעיף 25(ג) לתיקון. עניין **מרזן**, לעיל ה"ש 17, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט הנדל.

¹⁵³ ההפחתה ממילא הייתה בעיקרה עיונית משום שרף הענישה לא עבר 12 שנה במקרים אלו, לעיתים אף לא התקרב לכך. ראו למשל: ע"פ 880/20 **לונסי נ' מדינת ישראל** (נבו, 10.9.2020); ע"פ 3092/20 **נאצר נ' מדינת ישראל** (נבו, 19.11.2020); ע"פ 7162/19 **ראש נ' מדינת ישראל** (נבו, 3.1.2021); ע"פ 2014/20 **אנקרי נ' מדינת ישראל** (נבו, 19.1.2021); ע"פ 7222/19 **אלגראוי נ' מדינת ישראל** (נבו, 10.10.2021). קיימים מקרים שבהם נפסק עונש גבוה יותר: ע"פ 55/20 **רושרוש נ' מדינת ישראל** (נבו, 19.7.2020); ע"פ 2050/21 **אלהואשלה נ' מדינת ישראל** (נבו, 13.4.2021).

¹⁵⁴ במדינות באירופה שוודאי היוו השראה לדין הישראלי – לא איתרתי הוראות העוסקות במפורש בשינוי תווית.

¹⁵⁵ הבחנה כזו קיימת במשטרים מסוימים: Green & Kugler, לעיל ה"ש 148, בעמ' 512.

¹⁵⁶ הרדוף, "עבירה מאיימת", לעיל ה"ש 120, בעמ' 37.

¹⁵⁷ מרים גור-אריה "הרפורמה בעבירות המתה: על מדרג עבירות המתה ועל רצח מתוך אדישות" **ספר יעקב וינרוט** 441, 459–463 (גרשון גונטובניק, אבי וינרוט, חיים זיכרמן עורכים, 2021).

ג. חיפוש פתרונות: צדק היסטורי, צדק מודרני ומה שביניהם

1. קידום הסדר עקיב

הפרק הקודם הצביע על שורת בעיות נורמטיביות בהסדר הקיים בישראל בנוגע לתחולתו של דין פלילי חדש מקל. ביקרתי את ההבחנה בין ביטול איסור לבין צמצומו, מבחינה דוקטרינרית ונורמטיבית. איני רואה הצדקה גורפת להחיל למפרע "ביטול איסור" ולמנוע החלה למפרע באשר לשינוי מקל בהגדרת העבירה; ממילא המחוקק לא סיפק הגדרה למונחים אלו, והספרות והפסיקה לא היטיבו לחדד את ההבחנה.

עקיבות היא אידיאל משפטי ותיק, אולי אפילו אבן הפינה של רציונליות: מתן תגובה משפטית דומה למקרים דומים.¹⁵⁸ העקיבות משקפת את השאיפה, שהדין יהיה הגיוני מפרספקטיבה שלמה, קו ישר ולא אוסף נקודות גרידא.¹⁵⁹ הסדר ללא עקיבות סותר את עצמו, לא ניתן להבנה,¹⁶⁰ ולא ניתן להצדקה.¹⁶¹

קיימות שתי נקודות קיצון הפוכות אפשריות ליצירתו של הסדר עקיב בתחום השפעתו של דין פלילי מצר: נאמנות מלאה לצדק ההיסטורי, ונאמנות מלאה לצדק המודרני. בין נקודות הקיצון אצביע על נקודה, הקרובה יותר לצדק המודרני מהנקודה של הדין הקיים. פרק זה יבחן את שלוש הנקודות הללו, על יתרונותיהן וחסרונותיהן. הראשונה שתידון, נאמנות מלאה לצדק ההיסטורי, עניינה ביטולם המלא של סעיפים 4–6 לחוק העונשין, לצד הותרת סעיף 3 על כנו, כך שהכלל המוחלט שיעלה יהיה שהחוק הרלוונטי יהיה תמיד זה שהתקיים בעת ביצוע העבירה. השנייה שתידון, נאמנות מלאה לצדק המודרני, תציע את צדו ההפוך של המטבע: החוק המקל יחול תמיד, בין שפסק הדין חלוט ובין שלא. השלישית, שבה אצדד חרף היותה פחות עקיבה נורמטיבית מקודמותיה, תהיה צדק פרגמטי: אפשר דיון משפטי בפוטנציאל של שינוי הדין גם בתיקים חלוטים, אך זאת ללא בירור עובדתי מחודש.

2. נאמנות מלאה לצדק ההיסטורי

(א) התמקדות בזמן ביצוע העבירה

דרך אחת לעקיבות בהסדר היא פשוטה ביותר: ביטולם של סעיפים 4–6 לחוק העונשין, ולמצער ביטולו של סעיף 5.¹⁶² ביטולם של שלושת הסעיפים ייצור מצב אשר התקיים בישראל לפני תיקון 39, ואף קיים כיום במשטרים רבים, דוגמת האנגלו-אמריקנים, מבטיח את הצדק ההיסטורי ודוחה את הצדק המודרני. סעיף 3 לחוק העונשין, כמובן, נותר על כנו,

¹⁵⁸ Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade & Ilana Ritov, *Predictably Incoherent Judgments*, 54 STAN. L. REV. 1153, 1154, 1156, 1162 (2002)

¹⁵⁹ William A. Edmundson, *The Antinomy of Coherence and Determinacy*, 82 IOWA L. REV. 1, 1 (1996)

¹⁶⁰ Joseph Raz, *The Relevance of Coherence*, 72 B.U.L. REV. 273, 276 (1992)

¹⁶¹ J. M. Balkin, *Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence*, 103 YALE L.J. 105, 115–17 (1993)

¹⁶² תחת ביטולו של סעיף 5, רק ביטול חקיקתי מלא של איסור, שפירושו התרה של הווייה חברתית מסוימת, יוביל להשלכות על אזרחים שביצעו את העבירות לפני התיקון, בסייג הנוגע לסעיף 6.

והמסר העולה ממנו לא יסויג עוד באשר לצמצום הדין: החוק הרלוונטי הוא זה שהתקיים בזמן ביצוע העבירה. מי שביצע עבירה פלילית אינו זכאי ליהנות משינוי חקיקה מאוחר, בין בביטולו של איסור ובין בצמצומו וכדומה, משום שחרף השינוי הערכי המשתקף בחקיקה החדשה, עדיין עסקינן במי שלכל הפחות הפגין זילות כלפי הדין.¹⁶³ הסטטוס הנוכחי של העברייני אינו חשוב: חשוב, נאשם, מורשע, אסיר וכדומה. אותו אדם יתקשה לזעוק את זעקת המקריות והשרירות, משום שלהכביל מאנשים שיבצעו מחר את שהוא ביצע אתמול, מבצעי המחר אינם מזלזלים בדין הפלילי. גם כאשר הדין משתנה ושני אנשים נשפטים באותו יום, האחד תחת הדין הישן והאחר תחת החדש, עדיין קל לראות את ההיגיון ואף את הצדק: איש בדינו יישפט, בהתאם למועד שבו בחר לבצע את העבירה.

(ב) יתרונות וחסרונות

גישה זו מייצרת הסדר עקיב מאוד, ודאי ויעיל. בית המשפט לא יצטרך להתחבט אם דין חדש הוא מקל, ואיזה דין עדיף לנאשם; אלא פשוט יישם את הדין שהתקיים בשעת ביצוע המעשה. הדבר גם ימנע ניסיון הגנתי למשוך הליכים, בתקווה לשינויים מקלים בחקיקה פלילית עתידית,¹⁶⁴ חשש שהועלה במפורש לקראת חקיקת סעיף 6 לחוק.¹⁶⁵ אף שמסופקני כמה נאשמים מדמיינים שינוי מקל בחוק הפלילי, אין זה מופרך להניח כי כאשר רפורמה מסוימת נדונה וכאשר מסתמנת הקלה בעתיד הנראה לעין, יש המנסים למשוך את ההליך ולהינות מהחוק החדש, אם וכאשר יגיע. מגמה זו, אם קיימת, תיעלם תחת השינוי. אף שהסדר קל ופשוט להבנה וליישום, גם חולשתו קלה להבנה: אטימות לשינוי הערכי המסתמן, לפחות במקרים מסוימים, תוך הותרת כובד משא העבר על המורשעים בו, על הקושי הנלווה לכך להשתלבותם מחדש בחברה.¹⁶⁶ קושי זה אינו בהכרח כה גדול. ברפורמות המגלמות שינוי ערכי, כזה שהמחוקק באופן נדיר מוצא חשוב במיוחד מבחינה ציבורית או סמלית, ניתן לייצר הוראת מעבר אד-הוק לגבי הדין הישן, ברוח סעיף 4, ברוח סעיף 5(א) ואפילו 5(ב), או בדרך אחרת, כפי שנעשה במדינות אנגלו-אמריקניות – דוגמת חנינה, מחיקה וכדומה.¹⁶⁷ רפורמות אחרות עשויות להיתפס בידי

¹⁶³ השוו: פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 225.

¹⁶⁴ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 578–579; רע"פ חיימוביץ', לעיל ה"ש 8, פס' 48 לפסק דינו של השופט סולברג.

¹⁶⁵ דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 18, בעמ' 116.

¹⁶⁶ אהרון מלמד "חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים: המשפט העברי - החוק והשלכותיו" הפרקליט לה 118 Sara C. Schiavone, *Wiping the Slate Clean: A Proposal to Expand Ohio's*; (1985) *Expungement Statutes to Promote Effective Offender Reintegration*, 45 CAP. U.L. REV. Brian M. Murray, *Retributive Expungement*, 169 U. PA. L. REV. 665, ; 509, 516–20 (2017) (2021) 678–88. למחקר אמפירי עדכני המראה כיצד מחיקת הרישום הפלילי תואמת להפחתה בשיעור הפשע ולהעלאה בשיעור התעסוקה: J.J. Prescott & Sonja B. Starr, *Expungement of Criminal Convictions: An Empirical Study*, 133 HARV. L. REV. 2460 (2020).

¹⁶⁷ רפורמות המבטלות את ההפללה של עבירות קנבים מסוימות נערכות ברחבי העולם, ולעיתים כוללות הוראות המקלות עם מי שנשפט תחת הדין הישן, בזריקת הכפפה אל המורשעים או באמצעות מהלך מינהלי אקטיבי, כחנינה או מחיקה של התיק הפלילי. ראו: Deborah M. Ahrens, *Retroactive Legality: Marijuana Convictions and Restorative Justice in an Era of Criminal Justice Reform*, 110 J. CRIM.

המחוקק ככאלו שאינן מגלמות שינוי ערכי מהותי, ואינן מצדיקות הוראות מעבר מיוחדות; זו ברירת המחולל בדין המבכר ככלל את הצדק ההיסטורי. דרך חלופית למתן את הצדק ההיסטורי תהיה להותיר לתביעה ולבית המשפט אפשרות לקבוע אד-הוק, כי בשינוי חוק מסוים או בתיק מסוים ראוי להקל. חלופה זו, מטיבה, תצמצם את הוודאות המשפטית, היעילות והעקיבות ששינוי זה מאפשר, לטובת מעט גמישות מינהלית ושיפוטית.

2. נאמנות מלאה לצדק המודרני

(א) החלת כל דין מקל חדש

בהנחה שאנו מעוניינים בקידומו של הצדק המודרני באופן כללי, ואיננו רוצים להיסמך על הכרעות אד-הוק באשר לעצם ההיתכנות של תחולתו של דין מקל חדש, נקודת הקיצון השנייה, והפשוטה גם היא, תהיה לאפשר תחולה לדין המקל החדש תמיד, הן לתיק חלוט והן לתיק עומד. כל שינוי מקל, לרבות צמצום בהיקף עבירה, בעונשה, בהרחבת סייג או בפחות בתווית, יכריע לא רק תיקים תלויים, אלא גם תיקים שתמו. כל תיק שתם – בין שהנאשם סיים לרצות את עונשו ובין שלא – ייפתח מחדש לבקשת נאשם שהורשע, ובמידת הצורך יישמעו עדים ויוגשו ראיות כדי לבסס או להפריך את העובדות הנדרשות תחת הדין החדש.¹⁶⁸

(ב) יתרונות וחסרונות

כמו קודמתה, גם נוסחה זו עקיבה ובהירה. היא עשויה להוביל לזיכוי במקרים מסוימים, להרשעה מחודשת באחרים. זה וזו ישקפו את הערכים העכשוויים, יקדמו בבירור את הצדק המודרני. גם תחת נוסחה זו לא צפוי ניסיון הגנתי למשוך הליכים, בתקווה לשינויים מקלים בחקיקה פלילית עתידית, משום שלעולם לא יהיה מאוחר לנסות ולרתום שינוי מצר בדין לטובת המורשע.

לעומת זאת, נקודת קיצון זו תטלטל ובפוטנציה תזעזע את יציבות המערכת, נוכח ההשלכות הפוטנציאליות של כל שינוי על תיקים שתמו מזמן. נוסחה זו נוגסת עמוק בוודאות וביציבות, מצריכה משאבים מערכתיים רבים בבירור עובדתי, וההליך המחודש עשוי אף להסב מתח לקורבן ומשפחתו.¹⁶⁹

Douglas A. Berman and Alex Kreit, *Reforming*; L. & CRIMINOLOGY 379, 406–411 (2020)
Arizona Criminal Justice: Ensuring Marijuana Reform Is Effective Criminal Justice
Katie Jagers, *Correcting Injustices: C*; *Reform*, 52 ARIZ. ST. L.J. 741, 755–762 (2020)
Prior Marijuana Convictions Is Kentucky's Next Best Step Towards Restorative Justice, 48 N. KY. L. REV. 385, 393–99 (2021).

¹⁶⁸ הקוד הפלילי הספרדי קובע תחולה למפרע לדין מקל אפילו בתיק חלוט שבו מרצה המורשע מאסר, ואם קיים ספק באשר לתחולת הדין המקל, יישמע האסיר: C.P. art. 2, § 2 (Spain).

¹⁶⁹ אף שמצד אחד לא בכל מקרה יש כאלו, דוגמת משכב זכר; ומצד אחר, מתח לקורבן ומשפחתו עשוי להתעורר גם בהליכים אחרים, כבקשה לשחרור מוקדם.

מעבר לכל אלו, הרצון למנוע זעזוע כזה עלול להוביל בתורו לקיפאון חקיקתי. כך עולה מתורת המשחקים,¹⁷⁰ הבוחנת כיצד שחקנים רציונלים, בעלי חלופות פעולה, פוטנציאל של היעדר ידע,¹⁷¹ ופונקציה של תגמול,¹⁷² שמקושרים או תלויים הדדית¹⁷³ מקבלים החלטות בסביבה שאינה סטטית אלא אסטרטגית.¹⁷⁴ אם שינוי מצר של הדין הפלילי יהדהד תמיד למפרע, ניתן לדמיין מהלך תלת שלבי: ראשית, הצפה בעתירות מורשעים ליהנות מהשינוי; שנית, ההצפה תוביל תגובת-נגד – לחץ ציבורי ותקשורתי, ולחץ משפטי בקרב הפרקליטות ובתי משפט; ושלישית, תגובת-הנגד תוביל לקיפאון חקיקתי, להימנעות המחוקק מהצרת המשפט הפלילי. דומה שחוק פלילי מהותי קפוא הוא תוצאה גרועה יותר מאי-שוויון משפטי בין מבצעי מעשה אתמול לבין מבצעי כיום.

ניתן להסתייג מהניתוח שלעיל. ראשית, ממילא הדין הפלילי המהותי בישראל אינו מצטיין בהתחדשות חקיקתית, ודאי לא בהצטמצמות. כפי שצוין, המחוקק הישראלי אינו נוטה לבטל עבירות או לצמצמן; זהו המצב גם מחוץ לישראל.¹⁷⁵ לפני למעלה מארבעים שנה נכתב על ליקויים גדולים, רחבים ועמוקים בחלק הספציפי של חוק העונשין;¹⁷⁶ אולם רפורמה כוללת בחלק הספציפי, המבוסס כידוע על משטר קולוניה בריטי, מעולם לא נערכה בישראל.¹⁷⁷ מערכת המשפט בכלל והמחוקק בפרט פשוט אינם מבחינים בקיומה של הבעיה או בחומרתה.¹⁷⁸ אף אם מצב שבו האיזון הערכי שמגלמת עבירה אינו משקף עוד את התפיסה החברתית הרווחת אינו נדיר, הדבר ברגיל אינו מוביל לביטול העבירה, אלא ל"ייבושה" בידי רשויות האכיפה, שפשוט מפסיקות לאכוף אותה.¹⁷⁹ לא למותר להזכיר כי בשנת 1988, מועד הביטול של העבירה של סטיות מדרך הטבע, אף משפט לא הופסק ואיש לא שוחרר מהכלא,

JOHN VON NEUMANN AND OSKAR MORGENSTERN, *THEORY OF GAMES AND ECONOMIC BEHAVIOR* (1944) ¹⁷⁰

William B.T. Mock, *Game Theory, Signaling, and International Legal Relations*, 26 *GW J. INT'L L. & ECON.* 34, 38 (1992) ¹⁷¹

GUILLERMO OWEN, *GAME THEORY 1* (2ND ED., 1982) ¹⁷²

FRANK C. ZAGARE, *GAME THEORY – CONCEPTS AND APPLICATIONS* 7 (1991) ¹⁷³

MORTON D. DAVIS, *GAME THEORY – Nontechnical Introduction* 3–4 (revised ed., 1983) ¹⁷⁴

מערך תמריצים למחוקק, לתביעה ולבית המשפט מוביל להתרחבות מתמדת של הדין הפלילי, ולא להצטמצמותו: William J. Stuntz, *The Pathological Politics of Criminal Law*, 100 *MICH. L. REV.* 505, 528–32 (2001) ¹⁷⁵

מרדכי קרמניצר **עיקרי מבנה וארגון של העבירות הספציפיות** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1980). ¹⁷⁶

לקריאה ההחלפת החלק הספציפי בחוק העונשין: יצחק קוגלר **כוונה והלכת הצפיות בדיני העונשין** 152–153, ופרק ד לספרו (1997); סג'ר, **ביקורת דיני העונשין הישראליים**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 21, 345. ¹⁷⁷

אסף הרדוף "אי-חקיקה, משפט-יתר וחירות-חסר: על פסיביזם חקיקתי ואקטיביזם ליטיגטורי-שיפוטי, גבולות המשפט וגבולות האי-משפט" **מאזני משפט** יב 55, 78–87 (2019). ¹⁷⁸

דליה אבן-להב "מנהגה של הרשות שלא לאכוף חוק" **משפט וממשל** ב 477, 489 (1994); Stuntz, לעיל ה"ש 175, בעמ' 506–507, 598–599; Douglas Husak, *Is the Criminal Law Important?*, 1 *OHIO ST. J. CRIM. L.* 261, 266 (2003) ¹⁷⁹

משום שעבירה זו ממילא לא נאכפה עשרות שנים, בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה.¹⁸⁰ ביטולה של עבירה במצבי חידלון אכיפתי מתמשך אינו חסר משמעות מעשית, אך משמעותה העיקרית ודאי סמלית. בעבירות אחרות יש חשיבות פחותה לסמליות של הביטול, ומעת שהן מפסיקות להיאכף – איש אינו דוחף לביטולן.

שנית, ובהיפוך מראה לרעיון שעלה בגישת הצדק ההיסטורי, ניתן להציע כי כאשר המחוקק אינו מעוניין בהשלכות למפרע של דין מצר חדש, הוא יודע למנוע אותן במפורש, ולחסום שינוי דרמטי מדי בנוגע לדין המשתנה. כך עשה, כזכור, ברפורמה בעבירות ההמתה; וכך עשה בעבר, למשל בעניין ביטול העבירה של תקלה ציבורית בסעיף 198 לחוק העונשין,¹⁸¹ ובעניין ביטול סעיף 174 לחוק העונשין (הריסת מצבה) וסעיף 393א (גניבת מקנה).¹⁸² באותה נשימה, יש להזכיר כי במסגרת הרפורמה בעבירות ההמתה המחוקק לא מנע תחולה אקטיבית מצד מי שמשפטו בגין המתה טרם הסתיים, אפילו אם משך את המשפט בעצמו, בתקווה ליהנות מהדין החדש המצר.

לבסוף, אם אומנם דין פלילי חדש ומצר משקף את הדין הראוי, הלחצים המגוונים נגד החלתו למפרע אינם צריכים לגבור על השאיפה לצדק מודרני גם ממי שמשפטו חלוט, במיוחד (אך לא רק) מי שלקח אחריות על מעשיו וסיים את משפטו בלי להציב שלל מכשולים בפני מערכת המשפט, נפגעי העבירה וכדומה.

4. צדק פרגמטי: צעד היסטורי לכיוונם של ערכים

(א) דיון משפטי בפוטנציאל שינוי הדין – ללא בירור עובדתי מחודש

נקודות הקיצון מקדמות עקיבות, אך כוללות גם חסרונות ניכרים, שלאורם ניתן להסתפק בצעד לשינוי הדין הקיים, להגברת העקיבות והצדק המודרני, תוך צמצום הזעזוע המערכתי. במקום המונחים הסתומים והמבחנים העמומים העולים כיום בסעיפים 4–5, מוצע פישוט הדין. שאלה יחידה תועלה לדיון בכל מצב שבו גבולות המשפט הפלילי הצטמצמו לכאורה: האם התוצאה המשפטית תחת הדין החדש משתנה בכיור לטובת המורשע, כך שתחת העובדות כפי שנפסקו במשפטו החלוט, הדין הפלילי החדש מוביל לשינוי התוצאה לטובתו. מחיקתה של עבירה מספר החוקים ללא יצירת עבירה חלופית מובילה בכיור למסקנה לטובת הנאשם, מסקנה שבתורה תוביל להשלכות המוסדרות כיום בסעיף 4 – לא יהיו עוד תוצאות הנובעות מההרשעה (זאת, כמובן, ללא פיצוי, השבה או התנצלות). כך גם באשר

¹⁸⁰ הראל, לעיל ה"ש 60, בעמ' 204; רע"פ מוחתסב, לעיל ה"ש 27, פס' 17 לפסק דינו של השופט עמית. הנחיית היועץ התייחסה במפורש ל"משכב זכר", אף שכזכור כותרת העבירה הייתה שונה.

¹⁸¹ עבירה זו, אשר נולדה בבית המשפט הבריטי, בוקרה בהריפות יתרה בבית המשפט העליון קצת לאחר קום המדינה: ע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, פ"ד ח(1) 785 (1954). חרף זאת, העבירה מצאה את דרכה לחוק העונשין ובוטלה רק בשנת 1998. בביטולה נקבע כי ס' 4 לחוק העונשין לא יחול בעניינה: ס"ח תשס"ח מס' 2176 מיום 6.8.2008 עמ' 812. להגבלה זו, שנראית מוזרה מאוד נוכח האכיפה הנדירה של האיסור, לא הוצע כל הסבר בדברי החוק: ה"ח הכנסת תשס"ח מס' 240 עמ' 357 – תיקון מס' 100.

¹⁸² תיקון 101, לעיל ה"ש 76. הואיל ועסקינן ברפורמה בענישה ובתוויות של גניבה מוחמרת, ולא בהחלטה לבטל עבירה מסוימת לגמרי, אין פלא כי בהצעות החוק אין זכר לדיון באשר לשלילת תוקפו של סעיף 4. לעומת זאת, העבירה שבוטלה לגמרי, "הריסת מצבה", כלל לא נדונה בהצעות החוק שקדמו לתיקון: ראו ה"ח מס' 372, ה"ח מס' 188, לעיל ה"ש 76.

למחיקתה של עבירה מספר החוקים תוך יצירת עבירה חדשה, אשר בבירור אינה מתקיימת במקרה הנדון; כך באשר לצמצום עבירה, למשל באמצעות הוספת יסוד שבבירור לא התקיים, או בדומה בפסיקה מנחה; וכך באשר ליצירתו של סייג חדש או בהרחבתו למחוז חדש, אשר בו הנאשם בבירור נהנה ממנו. בפשטות, מי אשר מערך עובדות קבוע וסופי היה מוביל באופן חותך לשינוי דינו לטובתו תחת הדין החדש – ייחנה מהדין החדש גם כאשר משפטו כבר חלוט; כלל גיליוטינה. כך מושג הצדק המודרני, על חשבון הצדק ההיסטורי.

כאשר תחת הדין הפלילי החדש לא עולה מסקנה מובהקת לטובת המורשע, מי שפסק דינו חלוט לא יוכל להעלות טענות עובדתיות חדשות, אך יוכל להעלות טענות משפטיות בדבר משמעותו המכרעת של הדין החדש, בראי העובדות שנקבעו בתיקו המקורי. כך תיתן הזדמנות צנועה לצדק המודרני להביס את הצדק ההיסטורי, אך ללא דיון עובדתי מחדש, על הטורח, המשאבים והמתח שהוא מגלם. פסק הדין המקורי עשוי להיות לא מספיק בהיר או מפורט, והדבר מטריד ומצער כשלעצמו; אולם חשוב למנוע התדיינות עובדתית מחודשת ואף אין סופית. כבר כיום, גם במצב של תחולה פוטנציאלית למפרע, הבהיר בית המשפט העליון כי גבול ההחלה למפרע תלוי גם בניסוח פסק הדין המקורי.¹⁸³

גם בשאלת התווית, אם שינוי הדין יוצר תוצאה חדה לטובת המורשע – הוא יוכל ליהנות מכך, בהסכמת המינהל ולמצער בעתירה לבית המשפט. למשל מי שבית המשפט הרשיעו בהריגה, וציין במפורש כי נהג בקלות דעת,¹⁸⁴ יוכל לזכות בשינוי תווית במרשם הפלילי, על כל הנובע מכך. בדומה, כאשר הצטמצמה תיקרתה של הסנקציה העונשית בגין עבירה באופן שאינו ניתן ליישום מינהלי גרידא, לדוגמה השינוי הדרמטי בעבירות ההמתה החמורות, הדבר ודאי מלמד על שינוי ערכי. במצב זה, מי שפסק דינו חלוט וטרם סיים לרצות את עונשו יוכל ליהנות מהשינוי, כאשר העובדות בפסק הדין המקורי כשלעצמן תומכות באופן משכנע בטענתו ולא נדרש לשמוע ראיות נוספות.

לעומת זאת, הנמכת רף הענישה כאשר התיקרה החוקית החדשה עדיין גבוהה מהעונש שהוטל על הנאשם – מייצרת אתגר סבוך. ניתן להציע כי במצב כזה יש להפחית את העונש שהוטל על הנאשם בהתאם לחלק היחסי שהוטל עליו תחת הדין הקודם.¹⁸⁵ לחלופין, ברוח יתר ההצעה, דומה שמה שנדרש אינו בירור עובדתי מחודש בשאלה ואינו חישוב אריתמטי, אלא הכרעה שיפוטית אם שינוי פוטנציאל הענישה נושא חשיבות בתיקו של הנאשם. ראוי לדון מחדש רק בתיקים שבהם לשאלה יש השפעה אופרטיבית על הנאשם, ולא לערוך דיונים סמליים גרידא עבור מי שכבר סיים לרצות את עונשו ומבקש לטעון בדיעבד שעונשו הראוי היה נמוך יותר. ככל שההשפעה הפוטנציאלית גדלה, ראוי לקיים דיון מחודש.

ההסדר המוצע יתיר לגורם בכיר ברשויות, למשל היועץ המשפטי לממשלה, פרקליט המדינה או נציגו, לחוות דעה אם אומנם בגין שינוי הדין נגזר שינוי משפטי חד בתיק החלוט.

¹⁸³ ראו למשל דחייה של עתירת מורשע ליהנות מהרפורמה בחלק שבו היא חלה למפרע, המתה בנסיבות של אחריות מופחתת. גזר הדין המקורי כלל כמה עבירות ללא פירוט של העונש בגין כל עבירה. לאחר שרק עבירה אחת השתנתה ברפורמה, עבירת ההמתה, ברור היה כי דיון מחודש יצריך תהליך סבוך של פירוק והרכבה מחדש של גזר הדין, ובוודאי לא ניתן יהיה להסתפק בהפעלה של שיקול דעת מינהלי פשוט. ע"פ ביטון, לעיל ה"ש 41, פס' 13 לפסק דינו של השופט עמית.

¹⁸⁴ למשל ע"פ 1982/98 מדינת ישראל נ' מירו, פ"ד נב(5) 145 (1998).

¹⁸⁵ ביין, לעיל ה"ש 5, בעמ' 586.

אם ישיבו בחיוב, לא יהיה צורך בפנייה לבית המשפט, ולכל היותר יוצג הדבר לאישורו; אם ישיבו בשלילה ניתן יהיה לפנות לבית המשפט, בערכאה שבה הסמכות לדון בתיקים מסוג זה. החלטת בית המשפט תהיה בבחינת פסק דין, וניתנת לערעור בזכות.¹⁸⁶

בד בבד, שינויים שאינם בחקיקה או בפסיקה מנחה, כמו שינויים מינהליים מצמצמים המשליכים על הדין בשטח, לא יוכלו כלל להוביל לשינוי דין. אין זה ראוי בעיניי שכל תמרור שמוסר מרחוב – יטלטל את מערכת המשפט או אפילו את שוליה. ההסרה אינה מגלמת שינוי עקרוני, חקיקתי או הלכתי, ובלעדיו ממילא אין בסיס נורמטיבי לטעון כי עלינו לבחון מחדש את התחולה של דין חדש בהתאם לערכינו המודרניים. כיום איננו מוכנים לתת לדין מהותי מקל בענישה להשפיע על פסקי דין חלוטים, בחריג של הפעלה מינהלית טכנית; המינהל חוסך את בית המשפט. אין זה הגיוני או צודק כי שינוי מינהלי טכני בפריסת הדין יוביל לדין שיפוטי מחדש, למעט במקרים חריגים שבהם השינוי המינהלי כרוך בהודאה בטעות, שאז ניתן להניח שתימצא הדרך לבטל את ההשלכות השליליות גם בתיקים חלוטים.

הנוסחה המוצעת מקדמת את הצדק המודרני. באשר לסעיף 6, כאשר שינוי הדין אינו נראה קשור כלל לשינוי בתפיסה הערכית, או כאשר השינוי עוסק באיסור שנקבע מראש להיות זמני, אין תחולה להצעתו. גם שינוי נקודתי בפריסתן של נורמות טכניות שאינן כוללות לצדן עונשי מאסר – דוגמת הצבת תמרור והסרתו, אינו כזה שלגביו תהיה תחולה להסדר המוצע.

(ב) יתרונות וחסרונות

יתרונה של הנוסחה המוצעת הוא בקידום הצדק המודרני מחד גיסא, ובפישוט המצב המשפטי הקיים כיום מאידך גיסא, אף שלא כמו ההצעות הקודמות. גם בנוסחה זו פוחתת חשיבותו של השלב בו מצוי ההליך, ולפיכך פוחת התמריץ למשיכת ההליכים.

לצד זאת, גם לנוסחה זו, כמוכּוּן, יש חסרונות. לפחות במקרים מסוימים, היא מסיגה את הצדק ההיסטורי, הוודאות והיציבות, ולעיתים עשוי ההליך המחודש אף להסב מתח לקורבן ומשפחתו, ככל שקיימים כאלו. כדי לצמצם את המתח ולחסוך זמן ומשאבים, נוסחה זו אינה תומכת בקיום בירור עובדתי נוסף בבית המשפט. לעומת זאת, היא כן דורשת משאבים של תשומת לב, מצד בכירי פרקליטות לכל הפחות, ומצד בית המשפט במקרים אחרים, לרבות מצד ערכאות ערעור. משאבים אלו אינם תובעים זמן רב, לפחות במקרים רבים. הדיון מוגבל לשאלה אחת, למשל האם הווייה חברתית מסוימת, שהובילה להרשעה תחת הדין הקודם, תוביל להרשעה תחת הדין החדש; האם התווית הקלה החדשה – מתאימה; וכדומה. ממילא משאבים מערכתיים נתבעים גם כיום בהליכים המבקשים להוביל לתיקון תוצאה, בעתירות למשפט חוזר ובבקשות אחרות, שגם הן עלולות להסב מתח למשפחת הקורבן.¹⁸⁷

התנגדות נוספת להצעה תהיה כי אף שחשיבותו של השלב בו מצוי ההליך המשפטי תרד, עדיין ייווצרו הבחנות מקריות: תלות בפירוט העובדתי של פסק הדין, עד כמה עלו בו דיונים שיתגלו בדיעבד כחשובים תחת הדין החדש. בהמשך לכך, הדבר עשוי לייצר תמריץ סניגוריאלי לקבלת התייחסות שיפוטית לכמה שיותר עובדות, רלוונטיות ולא רלוונטיות

¹⁸⁶ באיסלנד נקבע במפורש שקיימת זכות ערעור בהחלטות מסוג זה: Almann hegningarlög art. 2 (Ice).
¹⁸⁷ ראו דיווח על המתח של אלמנתו של גדי ויכמן, שנרצח בידי אוחיון, לקראת הדיון בבקשתו של האחרון למשפט חוזר: www.ynet.co.il/news/article/SJzNBcz3v#autoplay.

כאחד, מה שעלול להביא לסרבול של ההליך והדיונים העובדתיים, ואולי אף להיכנס שלא לצורך לשאלות רגישות, דוגמת כאלו הנוגעות לנפגעי עבירה. תמריץ הפוך נוגע לשופטים, שאולי יבכרו שלא לפרט, כדי להגן על החלטותיהם לכל עתיד לבוא.

איני סבור שדי בכך כדי לדחות את ההצעה. החשש מכניסה לעובדות מיותרות נראה ערטילאי. אני מתקשה לדמיין סניגור שיבקש להיכנס לפירוט של עובדות הרחוקות מהאישום רק מתוך מחשבה, שאולי הדבר יועיל תחת צמצום עתידי של הדין הפלילי, אם יהיה כזה בכלל. איני מדמיין גם שופט שנמנע מהתייחסות לפרטים אשר נראים לו חשובים, בגין אותה מחשבה, מה גם ששינוי הכרעתו בדיעבד במצב כזה לא ילמד ולא ירמוז שהוא טעה, אלא אך שהדין השתנה. פרט לכך יצוין, שלסניגור ולשופט (ולתביעה) קיימים כבר כיום תמריצים, להיכנס למידע לא רלוונטי מסיבות שונות (להגנה), ולקמץ בפרטים מסוימים על ההנמקה בנוגע להאמנה לעדים כאלו ואחרים כדי לצמצם את הסיכוי להתערבות ערכאת הערעור (לבית המשפט).¹⁸⁸

אכן, לפי ההצעה תיווצר הבחנה אופרטיבית שלא על בסיס ערכי, בהתאם למידת הפירוט של תיקים חלוטים. עם זאת, מצד אחד הבחנה זו כבר עלתה בדוקטרינה, באשר לחלק קטנטן ברפורמה בעבירות ההמתה, כמפורט לעיל.¹⁸⁹ בנוסף, כבר כיום ברור שמידת הפירוט של הכרעות עשויה להשפיע על האופן שבו ניגשת ערכאת הערעור לתיק, או שהמערכת ניגשת לבחון בקשה למשפט חוזר. מצד אחר, דומני כי בסוגי מקרים לא מעטים אפילו פירוט דל יספיק כדי להשיב על השאלה הנדרשת. למשל בתיקים הנוגעים לסם מסוכן ודאי יהיה ברור איזה סם החזיק הנאשם, באיזה משקל וכדומה; בתיקים הנוגעים לגיל של קורבן, ודאי יהיה ברור גילו המדויק. אף שיהיו תיקים שבהם יחסר בדיעבד פירוט רלוונטי, לכל הפחות תגבר המודעות לחשיבותם של ניסוח פסק דין ושל פרטיו, עניין שכיום נעדר סטנדרטיזציה, ובשל השיפור.

בסופו של דבר, הצעה זו אינה מאיינת את השרירות לחלוטין, על המחיר הכרוך בכך, אך עדיין מצמצמת אותה, ללא מחיר כבד, ובכך עדיפה על הדין הנוכחי. במקום שסעיף 5(א) יבחין בין כל פסקי הדין החלוטים לבין כל אלו שלא, לפחות חלק מפסקי הדין החלוטים יזכו למענה ערכי מודרני.

ד. סיכום

סעיפים 4–6 לחוק העונשין מייצרים הסדר משפטי המתווה את גבולותיו של חוק פלילי חדש, המצמצם את האחריות או העונש. גבולות החוק המצמצם מתקשרים לגבולותיו המקוריים של המשפט הפלילי או של הסנקציות המוטלות בגינו, ובניגוד לחוק המרחיב את האחריות, אינם פועלים רק לעתיד לבוא, אלא לעיתים גם להווה ואפילו לעבר. הם שולחים גלי שינוי, שבתורם עשויים לטלטל את היציבות והוודאות המשפטית, ומאפשרים גם למי שביצע עבירות פליליות תחת דין מחמיר יותר ליהנות מאותם גלים, לפחות במצבים מסוימים. הם

¹⁸⁸ שאלת התמריצים בניסוח פסק דין מורכבת ביותר ואיני מתיימר לעסוק בה במאמרי. לעניין פירוט ההנמקה העובדתית ראו למשל דורון מנשה "תכליתה ומהותה של חובת ההנמקה העובדתית במשפט הישראלי" עלי משפט יא 399 (2014).

¹⁸⁹ עניין עשור, לעיל ה"ש 44, פס' 12–13 לפסק דינו של השופט אלרון.

מתירים לצדק המודרני – האיזון הערכי העכשווי המכריע באשר להווייה חברתית מסוימת – לשלוח אדווה למפרע, ולצמצם בכך את השרירות והמקריות. שרירות ומקריות זו אינן נעלמות; הן חלק הכרחי בכל שיטת משפט מתפתחת. אין מנוס מלהכיר באי-שוויון של המשפט על תיקים דומים לאורך זמן, כפי שאין מנוס מלהכיר בכך שהדין שנראה לנו כיום כצדק מובהק, על ערכיו ואיזונו, עשוי להיראות לילדינו כעוול זועק מחר. חרף חשיבותן של היציבות והסופיות, הן אינן אלא מכשירים להגשמת הצדק, הערכים אשר מגלם הדין המהותי; וכאשר זה משתנה ומצטמצם, אנו מוכנים להסיג לטובתו את היציבות והסופיות. בלשונו

הציורית המפורסמת של הנשיא זמורה: "אמת ויציב – אמת עדיף"¹⁹⁰.

הדין הפלילי משתנה, וכך גם האיזון הערכי שהוא משקף; אין זאת אומרת כי הדין הקודם היה טעות. כאשר השינוי הוא בצמצום גבולות הדין הפלילי, מבחינה נורמטיבית אין זה משנה אם השינוי מתבטא במחיקה של סעיף שלם או תת סעיף מספר החוקים, בהוספת תנאי לעבירה המצמצם אותה, בהוספת סייג לאחריות פלילית או בפסיקה מנחה. כל שינוי כללי מצמצם נושא מהות ערכית, העשויה להקרין לא רק להווה ולעתיד, אלא גם לעבר. אפילו שינוי ניכר בענישה המירבית נושא מהות ערכית, וגם שינויה של התווית הפלילית.

המאמר זיהה קשיים דוקטרינריים וחוסר עקיבות נורמטיבית בהסדר הקיים. גרסתי כי שינוי של דין פלילי אינו בבחינת תיקון טעות, אלא שיקוף תמורה ערכית. הראיתי את הבעייתיות הנורמטיבית בהבחנה בין ביטול איסור לבין שינוי, בהבחנה בין הצרה חקיקתית להצרה פסיקתית, בהבחנה גורפת בין שינוי באחריות הפלילית לבין שינוי בענישה, ובהתעלמות משאלת שינויה של התווית הפלילית. לאור כל אלו בחנתי שלוש הצעות חלופיות לשיפור הדין הקיים. האחת מגלה נאמנות לצדק ההיסטורי, ומבטלת את סעיפים 4–6 לחוק העונשין: כל אדם יישפט לפי הדין שהתקיים בשעת ביצוע המעשה, וכל תיקון של הדין לאחר המעשה לא ישפיע עליו. הצעה זו מפשטת מאוד את הדין כיום ומקדמת את הוודאות והיציבות, ובוודאי אינה מגלמת עוול כלפי מבצעי עבירות תחת דין ישן. זהו המצב במדינות רבות בעולם. ההצעה ההפוכה מגלה נאמנות לצדק המודרני, וקובעת כי דין מקל חדש יוכל לחול על כל נאשם ומורשע המבקשים ליהנות ממנו. בהינתן שהדין הוא משרת ולא אדון, ומטרתו להגן על ערכי החברה ולקדם, פסקי דין חלוטים אינם צריכים לזכות בחסינות מפני תפיסתנו הערכית העכשווית. הצעה זו משקפת שיא של צדק מודרני, שמטיבו מגיע על חשבון היציבות המשפטית וערכים נוספים. איני מכיר משטר כזה בעולם.

ההצעה הפרגמטית, שבה צידדתי, מציעה שביל ביניים: נוסחה חלופית להחלתו למפרע של דין פלילי מצר, שלפיה אם המורשע, תחת עובדותיו של פסק דינו המקורי וללא בירור עובדתי נוסף, היה מזוכה בבירור תחת הדין הפלילי החדש, הוא ייחנה מהדין החדש ולא יישא בכל השלכות שליליות נוספות. אם הדין החדש מאפשר דיון משפטי ללא בירור עובדתי נוסף, יוכל המורשע להעלות טענות הנוגעות גם לצמצום עונש ולשינוי תווית. השינוי המוצע יתיר למי שפסק דינו חלוט לבקש דיון מינהלי או משפטי מחודש בעניינו לאור תיקון מקל של חוק או לאור שינוי פסיקתי מקל. שינוי זה יצמצם את השרירות והמקריות, ויקדם צדק מודרני, על חשבון הצדק ההיסטורי, היציבות והוודאות; אך לא במידה שתזעזע את המערכת ותצריך משאבים כבדים. יחסותה של ההצעה היא חולשתה, ואין היא מאיינת לגמרי את אי-

¹⁹⁰ "אין אני מזלזל בחשיבותו של עיקר יציבות ההלכה במתן פסקי דין. אבל אמת ויציב – אמת עדיף". ע"א 376/46

השוויון המהותי שבפני הדין. יחסיותה היא גם חוזקתה, בשוקלה את משאבי הזמן שמערכת המשפט דורשת, שלעיתים הם מכריעים. במובנים רבים, כמו החוק, גם צדק הוא עניין של זמן.