

פרשנות מרחיבה בפלילים!?

האומנם "אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה"?
על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת

מאת

בועז סנג'רו*

א. חשיבותו של כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים. ב. הפסיקה שקדמה לחלק הכללי החדש של חוק העונשין (תיקון 39). ג. חקיקת כלל הפרשנות בסעיף 34 לחוק העונשין – נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על. ד. כלל (מוחלש) של פרשנות מצמצמת או כלל (מוגנב) של פרשנות תכליתית? הפרשנות הראויה לסעיף 34 לחוק העונשין. ה. ההבחנה בין המבצע-כצוותא לבין המסייע – דוגמה ליצירתיות שיפוטית תוך רמיסת דבר המחוקק. ו. אחרית דבר.

א. חשיבותו של כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים

עקרון היסוד בדיני העונשין הוא עקרון החוקיות ("nullum crimen sine lege"), ולפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו", ו"אין עונשין

* דוקטור, מרצה בכיר, ראש החטיבה למשפט פלילי וקרימינולוגיה, המכללה האקדמית למשפטים (רמת-גן). תודתי נתונה לדוקטור רינת קיטאי ולעורכת-הדין אלינה ברגר על הערותיהן לטיוטת המאמר.

למפרע"¹. עקרון זה מקובל בכל שיטות המשפט. במקומותינו זכה להכרה כבר מראשיתה של הפסיקה הישראלית:

"(1) אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה;

(2) צמצום נוסף, מיוחד לדרכי הפרשנות של החוק הפלילי, והוא כי עד כמה שמדובר הוא ב'יצירת' עבירות, היינו, בהכרזת מעשים מסויימים כמעשים אסורים, אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה 'משלו' על סמך שיקולי הגיון" (ההדגשות במקור)².

לעקרון החוקיות כמה הסברים עיקריים, המצטברים זה לזה³. האחד – מתן אזהרה הוגנת לפרט – כרוך בחירות הפעולה של היחיד, המבוססת על ידיעה בזמן הפעולה של התחום האסור. שהרי, תפקיד מרכזי של דיני העונשין הוא הדרכה, הכוונה והזהרה לשם מניעת עבירות (ולא יצירת עבריינים וענישתם לאחר מכן; "אין עונשין אלא אם כן מזהירין"). בהקשר זה יש לזכור כי במשפט הפלילי – בהבדל מבענפי המשפט האחרים – חשוף הפרט לשלילת חירות (עונש המאסר, למשל) ולקלון (סטיגמה חברתית). הסברים עיקריים אחרים לעקרון החוקיות נוגעים ליציבות ההסדרים החברתיים, לאכיפה שווה של החוק ולהפרדה שבין רשויות המדינה וחלוקת הסמכויות ביניהן. לעקרון החוקיות השלכות חשובות מאוד, ואלה העיקריות שבהן: א. הדרישה של פומביות החוק; ב. הדרישה של הגדרה מפורטת ובהירה של האיסור; ג. הכלל של פרשנות דוקנית, המצמצמת את היקף האיסור; ד. הכלל השולל תחולה רטוראקטיבית של האיסור הפלילי.

הגישה הראויה לפרשנות המשפט הפלילי⁴ כוללת שלושה כללים (שניתן לראותם גם כשלושה שלבים, בסדר שלהלן):

- 1 סעיפים 1-31 (בהתאמה) לחוק העונשין, תשל"ז 1977-, ס"ח 322. וראו גם, למשל, ש"ז פלר יסודות **בדיני עונשין** (כרך א, תשמ"ד), בעמ' 3-30.
 - 2 דברי השופט זילברג בע"פ 53/54 **אש"ד**, **מרכז זמני לתחבורה נ' היוהמ"ש**, פ"ד ח' 785, בעמ' 819.
 - 3 ב' סנג'רו **הגנה עצמית במשפט הפלילי** (תש"ס) 41.
 - 4 M. Kremnitzer "Interpretation in Criminal Law" 21 *Isr.L.R.* (1986) 358.
- הסתייגותי מהגישה – הראויה מאוד, לדעתי – שמציע קרמניצר לפרשנות המשפט הפלילי היא מהאפשרות שהוא מותיר לשימוש (נדיר) בתכלית החקיקה לשם הרחבת האיסור במקרה ששני הכללים האחרים (המשמעות הטבעית והרגילה של מילות החוק וכלל הפרשנות המצמצמת) מובילים לתוצאה אבסורדית, המרוקנת את החוק מתוכנו. לדעתי, נוכח הסכנה הממשית שפתח צר

א. יש לפרש את האיסור על-פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו.
 ב. אם קיימים שני פירושים סבירים לאיסור הפלילי, יש להעדיף את זה המצמצם את האיסור (ובהתאמה – מרחיב את חירות האדם).
 ג. ניתן וצריך להשתמש במטרת החקיקה, אך רק בכיוון אחד: **צמצום** האיסור אף מעבר למילותיו.

אשר לכלל הראשון, שלפיו נקודת המוצא חייבת להיות המשמעות הטבעית והרגילה של מילות החוק, יש לזכור כי זהו המסר הראשון והפשוט ביותר של החוק, ואסור להתעלם ממנו. כלל זה מבטא מתן כבוד מינימלי הכרחי למחוקק כביטוי לתפיסה דמוקרטית של הפרדת רשויות. יתרה מזו, הכלל נועד לאפשר לפרט להבין את היקף האיסורים – לדעת מה בדיוק מותר לו לעשות ומה בדיוק אסור לו – ובכך משקף כבוד והגינות כלפי האזרחים. כן חשוב כלל זה לשמירת כבודם של בתי-המשפט – פן יצטיירו השופטים כלהטוטנים וייפגע האמון שרוחש הציבור למערכת המשפט⁵.

אשר לכלל היסוד של פרשנות מצמצמת בפלילים, הרי שכפי שכתב פרופ' פלך⁶:

"...הפרשנות הדווקנית דוחה פרשנות סבירה אחרת מן הטעם שיש לצאת מן ההנחה, שהאדם עשוי לעמוד על אותו מובן של מילות החיקוק – ratio verborum – המותיר לו חופש התנהגות רחב יותר, בהניחו כי זהו קנה-המידה האמיתי להיקף תחולתו של האיסור... הפרשנות הדווקנית מתחייבת גם כאשר היא אינה עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק, שכן, כאשר לשון החוק ברורה, יש לפרשו מתוך לשונו הוא וללמוד את ה-ratio legis מן ה-ratio verborum, ולא מעבר לכך. אין דרישה אחרת כלפי הפרט".

זה יורחב מאוד על-ידי הפסיקה, יש לשלול גם אותו ולהותיר את מלאכת החקיקה למחוקק ללא סייג כלשהו.

5 ראו עמ' 365 ואילך למאמרו של קרמניצר (**לעיל**, הערה 4). וראו גם ב' סנג'רו "להטוטנות פרשנית בפלילים? ומיתת נשיקה לכלל הפרשנות המצמצמת? (עוד על 'בכוונה לפגוע' בעבירת לשון הרע)" **משפטים** כט (תשנ"ט) 723, בעמ' 730.

6 עמ' 18 לספרו של פלך (**לעיל**, הערה 1). יצוין כי לכלל הפרשנות המצמצמת תמיכה רבה מאוד בקרב אנשי האקדמיה המומחים למשפט פלילי. אמנם אין בכך כדי לחייב את השופטים לקבל את עמדתם של אנשי האקדמיה, אך לאחר שנחקק סעיף 34כא לחוק העונשין במסגרת תיקון 39, היה ראוי שהשופטים המפרשים אותו יהיו קשובים יותר לקולות המומחים לדבר, כמקובל מאוד בשיטות משפט אחרות.

167

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Users\ruti\Desktop\בועז\פרשנות מרחיבה בפלילים.doc

וכפי שהקשה פרופ' קרמניצר⁷:

"How can a person who acted according to a reasonable understanding of the prohibition be condemned? What more can be expected of the individual? Does not the imposition of criminal liability on such a person contradict the sense of justice, in light of the natural human inclination towards freedom and of the constitutional importance of the value of freedom?"

הן הכלל שלפיו יש ליתן משקל גדול למשמעות הטבעית והרגילה של מילות החוק והן כלל הפרשנות המצמצמת הופכים לחשובים עוד יותר נוכח הכלל המסורתי שלפיו אי־ידיעת החוק (לרבות טעות בחוק) אינה פוטרת מאחריות ומעונש. אמנם במסגרת תיקון 39 מיתן המחוקק כלל זה בהוסיפו את החריג הרצוי והמתחייב מעקרון האשמה "זולת אם הטעות היתה בלתי נמנעת באורח סביר"⁸, אולם חריג זה הוא מצומצם מאוד, ועדיין הנחת היסוד של המשפט הפלילי היא שהכול יודעים את החוק ואת פרשנותו. לאור הנחה קיימת זו, שתוצאותיה הן אחריות פלילית וענישה, גוברת חשיבותם של כללי הפרשנות המיוחדים למשפט הפלילי.

כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים נובע ישירות מהשאיפה למתן אזהרה הוגנת לפרט. הוא הכרחי אם רוצים לנהוג בפרט בהגינות, ולא להפתיעו לאחר מעשה. אך אין אלה הצדקותיו היחידות של כלל חשוב זה. כפי שכתב פרופ' Ashworth⁹, לצד הרציונל של מתן אזהרה הוגנת לפרט קיים רציונל נוסף, חוקתי, שהוא – לדעתו – אף חזק יותר (ההדגשות שלי – ב' ס'):

"... but the primar argument is constitutional... they [the courts] are the ultimate agency for determining the practical limits of the law, and yet they are an *unelected group*. Parliament should retain the main responsibility for the extent of the criminal law, and, indeed, it has the

7 עמ' 370 למאמרו **לעיל**, הערה 4.

8 ראו סעיף 34 יט ("טעות במצב משפטי") לחוק העונשין, תשל"ז 1977-, והשוו לכלל המסורתי הקשוח לחלוטין שהיה קבוע בסעיף 12 לחוק העונשין בנוסחו המקורי. וראו גם מ' גור-אריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת מאחריות פלילית" **עלי משפט ב** (תשס"ב) 33.

9 A. Ashworth *Principles of Criminal Law* (Oxford, 3rd ed., 1999), at p. 82. וראו גם A. Ashworth "Interpreting Criminal Statutes: A Crisis of Legality?" 107 *Law Quarterly Rev.* (1991) 419.

right to determine the courts' approach towards the task of interpretation (for example, by including some *canons of interpretation in the Criminal Code*). The practical implication of this approach is that the *courts should exercise restraint* in their interpretive role, favouring the defendant where they are left in doubt about the legislative purpose".

אם כך נאמר במשפט האנגלי, שהתפתחותו ההיסטורית היא כידוע בעיקר בהתאם לתקדימים של בתי-המשפט ופחות בהתאם לדבר המחוקק, קל וחומר במשפט הישראלי, שבו לא היו אמורים להתעורר ספקות באשר לסמכותו העדיפה של המחוקק על פני השופט.

חיזוק נוסף לכלל הפרשנות המצמצמת ניתן למצוא בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו¹⁰, המכתיב העדפה של קיום זכויות האדם (והנאשם) על פני הגבלתן. כדי להבין כראוי את כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים יש להדגיש את המילה "סבירים" שבכלל שלפיו מבין שני פירושים סבירים יש לבחור בזה המצמצם את היקף האיסור (ומרחיב את חירות האדם). המסלול הקל והמוטעה שבו נוהגים לתקוף כלל זה כבלתי הגיוני או כבלתי מעשי עובר דרך ההתעלמות מדרישת הסבירות. ודוק, הכלל אינו מכוון לפרשנויות דחוקות, פרי להטוטים פרשניים, העושות ללעג ולקלס את האיסור הקבוע בחוק. עוד טוענים כנגד הכלל, כי זיכוי אדם שלפי ההיגיון – אילו רק השכיל המחוקק לנסח היטב את העבירה – מן הראוי היה להרשיעו, הוא מחיר כבד מדי עבור החברה. האומנם? ראשית, בעקבות זיכוי שכזה פתוחה הדרך בפני המחוקק – אם אכן סבור הוא שהמעשה צריך להיות פלילי – לתקן את החוק כך שבעתיד אכן יהא מעשה כזה פלילי¹¹. שנית, קיימת דרך הרבה יותר קיצונית להתמודדות עם איסורים מעורפלים במטרה לשמור על מתן אזהרה הוגנת לפרט ועל עקרון החוקיות. כך, במשפט

10 ס"ח תשנ"ב 150. הסעיפים הרלוונטיים לענייננו – 5 ו-81 לחוק היסוד – מצוטטים להלן בטקסט המפנה להערה 20. וראו M. Kremnitzer "Constitutional Principles and Criminal Law" 27 *Isr. L. R.* (1993) 84; M. Kremnitzer "Constitutionalization of Substantive Criminal Law: A Realistic View" 33 *Isr. L. R.* (1999) 720. לדעה אחרת ראו יי קרפ "המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטרוקציונליזציה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, בעמ' 117.

11 אפשרות זו הפתוחה בפני המחוקק תומכת בנימוק נוסף שהועלה להצדקת כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, ולפיו מכיוון שהמדינה היא המחוקקת את החוקים, יש לפרשם נגדה (בהיקף מכלל הפרשנות נגד המנסח שבדיני חוים) – ראו L. Hall "Strict or Liberal Construction of Penal Statutes" 48 *Harv. L. R.* (1935) 748, at p. 757.

האמריקני איסור פלילי מעורפל הוא בטל בהיותו נוגד את החוקה¹². אל מול האפשרות לפסול כלילי איסור מעורפל כך שגם אדם שעבר את העבירה לפי כל פירוש סביר שלה יזוכה, אין המחיר החברתי של כלל הפרשנות המצמצמת גבוה, ויתרונות הכלל עולים על מחירו עשרת מונים ואינם אמורים להותיר דילמה כלשהי בחברה ובשיטת משפט המתהדרות בשמירה על עקרון החוקיות. בהקשר זה כתב פרופ' לדרמן כך¹³:

"עקרון החוקיות יכול, בנסיבות מסוימות, להוביל לתוצאות שבעיני איש המוסר הלא־משפטן אינן מבטאות בהכרח את התגלמות הנכון והצודק. אי השוויון הזועק בין המדינה־המאשימה לפרט־הנאשם יצק דפוס קביעת אחריות בפלילים שיש בהם אהדה בסיסית לפרט הניצב מול המנגנון אדיר הכח של הרשות, והוא נושא עמו מידה מסוימת של אי־מיצוי הצדק במובנו הרגיל והיומיומי של המונח. עקרון החוקיות והפרשנות הדווקנית המהווה, במצבים המתאימים, חלק ממנו, אינם קנאים רק לזכותו של הצדיק תמים־הדרך שלא להתקרב לתחום האסור, אלא אף, ואולי בראש ובראשונה, לזכותו של המהלך על הסף, אפילו בידועין, בנסיבות שהאינסטינקט הראשוני ואף ערכי המוסר מגנים את התנהגותו..."

...החברה־המאשימה היא חזקה ובוטחת דיה בעצמה כדי שלא לחוש ניוזקה גם מקום שמאן דהוא ימלט מאחריות ועונש עקב ניצול אי־בהירות, או מה שעשוי להראות אפילו כפירצה בהוראת חוק; והשיטה אינה נתפסת כלקויה בשל קביעת תחולה צרה לחיקוק כלשהו, בשל מגבלות לשוניות או סגנוניות."

מגמה נוספת המוליכה להתנערות מכלל הפרשנות המצמצמת היא החלתו באופן גורף מדי על כל דין הנוגע לעניין הפלילי הנדון באותו דיון משפטי,

12 ראו, למשל, W.R. La Fave, A.W. Scott *Criminal Law* (St. Paul, 1972) בעמ' 83 ואילך, תחת הכותרת "unconstitutional uncertainty – the void-for-vagueness doctrine". וראו P.H. Robinson *Criminal Law Defenses* (Minn., 1984; Cumulative Supplement 1988) Vol. I pp.159 ff.

13 א' לדרמן "מטרת החיקוק, 'המטריה הנורמטיבית' והפרשנות בפלילים" הפרקליט לז (תשמ"ז) 159, בעמ' 173-174.

לרבות הוראות כלליות¹⁴ שבמשפט הפלילי המהותי ולרבות אפילו הוראות דיוניות וראייתיות¹⁵. ודוק, הרציונל המרכזי לכלל הפרשנות המצמצמת – עקרון החוקיות

14 כך, למשל, אין טעם רב בהחלת כלל הפרשנות המצמצמת על הוראת החוק העוסקת ב"אי שפיות הדעת" (סעיף 34 לחוק העונשין, תשל"ז 1977-), שהרי הבלתי שפוי אינו משתולל ועובר עבירות בהסתמכו על כך שהוא נכנס להגדרה זו שבחוק.

שאלה כבדת משקל היא אם יש טעם רב בהחלת כלל הפרשנות המצמצמת על הוראות כלליות שבחוק המסדירות את היסוד הנפשי. לגישה שלפיה יש להחילו גם עליהן ראו הצעתם של המחברים קרמניצר ולבנון להחילו על ההוראה שבחלק הכללי של חוק העונשין המתייחסת ליסוד הנפשי בסיוע – מ' קרמניצר, ל' לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים" **מחקרי משפט** יז (תשס"ב) 403, בעמ' 408-409 (וראו גם הדיון – באותו הקשר – אשר בע"פ 4317/97 **פוליאקוב נ' מדינת ישראל**, פ"ד נג(1) 289, בעמ' 315). אולם תיתכן גישה אחרת, שלפיה אין טעם רב בהחלת כלל הפרשנות המצמצמת על היסוד הנפשי שבעבירה. ראשית, רק לעתים נדירות נוצר מצב שבו העושה מסתמך על ידיעתו בדבר היסוד הנפשי הנדרש לשם התגבשות העבירה (כך, למשל ובעיקר, אם היה משוכנע שהאחריות באותו תחום מבוססת על מודעות (מחשבה פלילית) ולא על רשלנות, ייתכן שבשל כך נמנע מלנקוט אמצעי זהירות. אולם נראה שכיום אין אמורות להתעורר שאלות פרשניות כאלה נוכח הקביעה המפורשת בסעיף 19 לחוק העונשין, תשל"ז 1977- כי הכלל הוא שנדרשת מחשבה פלילית, וכי החריג של הסתפקות ברשלנות הוא רק אם "נקבע בהגדרת העבירה כי רשלנות היא היסוד הנפשי הדרוש לשם התהוותה"). שנית, באשר ליסוד הנפשי בדרך כלל אין מדובר בפרשנות של מילות החוק, אלא במשמעות המקובלת של המושגים, החייבים להיות מוגדרים היטב ובאופן בהיר בחלק הכללי של חוק העונשין (על פרשנות ומושגיות בפלילים ראו ב' סנג'רו "היהפכו המטרות למניעים? ומה צפוי להלכת הצפיות? (עוד על 'בכוונה לפגוע' כסימן ייחוד של עבירת לשון-הרע ועל פרשנות המשפט הפלילי)" **משפטים** יח (תשמ"ח) 337, בעמ' 348 ואילך.

כך גם, למשל, לא היה מקום להצעתו של פרופ' פלר להביא בחשבון את תחולתה של "הלכת הצפיות" על "מטרה" אך לא על "מניע" ואת "טשטוש" הגבול בין העבירה הפלילית לבין העוולה האזרחית שהיא לכאורה יוצרת, לפני הפעלתו של כלל הפרשנות המצמצמת על שני פירושים אלה לביטוי "בכוונה לפגוע" שבעבירת לשון הרע, ולהגיע למסקנה המוזרה כי פירוש הביטוי "בכוונה לפגוע" כ"מטרה" הוא בלתי סביר. ראשית, כאמור, ספק אם יש מקום להפעלת כלל הפרשנות המצמצמת על היסוד הנפשי שבעבירה. שנית, אפילו נוקטים גישה שלפיה יש מקום להפעיל כאן את כלל הפרשנות המצמצמת, הרי שלא ייתכן לשלול סבירותו של פירוש ("בכוונה לפגוע" כ"מטרה") על בסיס תחולתה של הלכת הצפיות, שהרי אין לצפות מהאזרח הנחשף להגדרת העבירה שבחוק לשקול שיקולים כה מסובכים (כתחולתה של הלכת הצפיות ו"טשטוש" הגבול בין העבירה הפלילית לבין העוולה האזרחית שהיא לכאורה יוצרת), שאפילו פרופסורים מומחים למשפט פלילי מגיעים אליהם רק ב"מחשבה שנייה" (ש"ז פלר "לשון הרע – עבירה ומשמעות הדרישה 'בכוונה לפגוע' –

171

נבו הוצאה לאור בע"מ nevo.co.il המאגר המשפטי הישראלי

C:\Users\ruti\Desktop\בועז\פרשנות מרחיבה בפלילים.doc

ואזרה הוגנת לפרט – מתייחס להגדרת העבירה עצמה, ובעיקר ליסוד העובדתי שבה. הרעיון הוא שאין להפתיע אדם בהטלת אחריות פלילית כשניתן להבין את הגדרת העבירה באופן סביר ("פירוש סביר") כך שאינה כוללת את מעשהו הספציפי של אותו אדם. לפיכך על כלל הפרשנות המצמצמת לחול על הנורמות מכוונות ההתנהגות, הפונות אל הפרט, ולא בהכרח יש מקום, צורך והצדקה להחלתו על הנורמות שבהן אין המחוקק פונה אל הפרט אלא אל בית-המשפט.

כך, למשל, הצעתי במקום אחר¹⁶ להבחין – לעניין תחולתם של עקרון החוקיות ושל כלל הפרשנות המצמצמת על הגנות¹⁷ – בין הגנות מסוג צידוק (justification) לבין הגנות מסוג פטור (excuse). הבחנה כזו ניתן לבסס על כך שבעוד שהפטורים אינם חלק מהמסר ההדרכתי של המחוקק, הרי שהצידוקים הם חלק ממסר זה, לצד האיסורים הפליליים. כך, כשם שבהגדירו עבירה מדריך המחוקק את הפרט להימנע מהתנהגות מסוימת, בקובעו צידוק מדריך הוא את הפרט כי בנסיבות מיוחדות אלה רצוי דווקא שיעשה את המעשה האסור לכאורה. לעומת זאת הגנות מסוג פטור אינן מיועדות להכוונת התנהגות, אלא חלות רק בדיעבד ומדריכות את השופט שלא להרשיע. ייתכן שהשימוש במילה הכללית "דין" בסעיף 34 כחוק העונשין עלול להתברר כמקרה של "תפסת מרובה לא תפסת". לדידי היה עדיף להתמקד בעמידה חסרת כל פשרות על פרשנות מצמצמת של האיסור עצמו ושל הנורמות מכוונות ההתנהגות. ההתפרסות על פני כל ה"דין", שאינה מתחייבת מהרציונל של מתן אזהרה הוגנת לפרט, מחלישה את כלל הפרשנות המצמצמת ומקלה את מלאכתם של הקמים עליו להרגו.

מחשבה שנייה "משפטים כג (תשנ"ד) 515 (כמו כן דווקא פירוש המילים "בכוונה לפגוע" כ"מניע" אינו סביר בהיותו חורג מאוד מלשון החוק) – ראו מאמרי לעיל, הערה 5.

15 כך, למשל, הוחל משום מה כלל הפרשנות המצמצמת שבסעיף 34 לחוק העונשין גם על פרשנות ההוראה הראייתית הקבועה בסעיף 56 לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א 1971 - (דמ"י 421) בדבר השפעת "ראיה שנתקבלה שלא כדין" על תוקפה של ההרשעה – ראו דנ"פ 188/94 מדינת ישראל נ' אבוטבול, פ"ד נא(2) 1.

16 ראו ספרי (לעיל, הערה 3), בעמ' 29-49, ובייחוד בעמ' 42-43. וראו שם דוגמאות המבהירות את ההבחנה המוצעת. וראו והשוו למאמרו הידוע של מאיר דן-כהן, אשר מתייחס להבחנה האפשרית שבין "כללי הכרעה" לבין "כללי התנהגות", אך אינו מתייחס לכלל הפרשנות המצמצמת – M. Dan-Cohen "Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law" 97 Harv. L. Rev. (1984) 625.

17 מכיוון שמדובר בפרשנות מצמצמת של האיסור, הרי שבאשר להגנות מדובר בעצם בפרשנות מרחיבה (של ההגנה). לפיכך יש המעדיפים לדבר על "פרשנות לטובת הנאשם" – ראו ספרי (לעיל, הערה 3), שם. ואכן בסעיף 34 לחוק העונשין מדובר על "הפירוש המקל ביותר".

אשר לכלל הפרשנות השלישי של המשפט הפלילי, המתייחס לתכלית החקיקה, יש לציין ולהדגיש את עקרון שיוויון הדין הפלילי. מקובל כי האיסורים הפליליים הם האמצעי הקיצוני ביותר של המשפט, באשר הם כרוכים בשלילת החירות ובקלון, ולפיכך יש להשתמש בהם אך ורק כשאין אפשרות להשיג את המטרה באמצעי קיצוני פחות, כגון דיני הנזיקין. המשפט הפלילי אמור לעסוק אך ורק במעשים הגורמים נזק משמעותי לסדר החברתי-משפטי¹⁸. אכן, איסור העבירה בחוק בא להגן על ערך מסוים ("הערך המוגן"), אך לא בכל מחיר; לא תוך שלילה גורפת של חירויות האדם. לפיכך מטרת החקיקה הפלילית באשר לאיסור מסוים היא להגן על "הערך המוגן" מפני פגיעה **מסוימת בו (ולא מפני כל פגיעה שהיא, קלה כחמורה). כך, למשל, בעוד שנוכח הערך הגבוה של חיי האדם קיימת גם עבירה של גרם מוות ברשלנות¹⁹, אין מקובלת בעולם המשפט הפלילי עבירה של גרם נזק לרכוש ברשלנות, אלא רק כשמדובר במחשבה פלילית (המבוססת על מודעות) קיים האיסור הפלילי. הבחנה חשובה זו יש לזכור כשנתייחס להלן לגישתה של הפסיקה הישראלית לנושא.**

לבסוף, צמצום האחריות הפלילית כך שהיקף האיסור לא יחרוג מהנחוץ על-פי מטרתו מתחייב גם מחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו²⁰. סעיף 5 לחוק היסוד קובע: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת", וסעיף 8 מוסיף את מה שידוע כ"עקרון המידתיות": "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש...".

ב. הפסיקה שקדמה לחלק הכללי החדש של חוק העונשין (תיקון 39)

נקודת המפנה בפסיקה זו היא אמרתו הידועה של השופט ברק בפסק-הדין בפרשת מזרחי, ולפיה:

"חוק פלילי, כמו כל חוק אחר, אין לפרשו לא על דרך הצמצום ולא על דרך ההרחבה, אלא על דרך מתן משמעות הגיונית וטבעית ללשון החוק כדי להגשים את מטרת החקיקה. מלותיו של החוק אינן מבצרים, שיש

18 ראו, למשל, בעמ' 364-365 למאמרו של קרמניצר (לעיל, הערה 4). וראו עמ' 412-413 למאמרם של קרמניצר ולבנון (לעיל, הערה 14).

19 סעיף 304 לחוק העונשין, תשל"ז 1977, ס"ח 322.

20 ס"ח תשנ"ב 150. וראו והשוו קרפ (לעיל, הערה 10), בעמ' 115.

לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק"²¹.

בעוד שעד אז היה כלל הפרשנות המצמצמת מקובל בפסיקה הישראלית – כבשיטות משפט רבות אחרות, וגם אם לא תמיד הופעל כראוי, נמנעו השופטים מלהתכחש לו לפחות ברמה ההצהרתית, הרי שמאז הפכה האמרה "מלות החוק אינן מבצרים שיש לכבשם בעזרת מילונים" לאחת האמרות המצוטטות ביותר בפסיקה הפלילית הישראלית והביאה לשינוי משמעותי ובלתי רצוי ביחסם של שופטי ישראל לפרשנות המשפט הפלילי.

במקום אחר²² כבר עמדתי על כך שמכיוון שאפילו השופט ברק מדבר על הצורך ב"נקודת-אחיזה-ארכימדית בלשון החוק"²³, הרי שדווקא הדוגל בגישתו הפרשנית של השופט ברק הוא הנזקק באופן תדיר למילון לצורך מציאת "נקודת-אחיזה-ארכימדית" בלשון החוק – אפילו רופפת ביותר (וככל שמתרופפת נקודת האחיזה, ומסתפקים במשמעויות משניות של המילים, כן גדל הצורך במילון). והרי לפי הגישה הפרשנית הראויה למשפט הפלילי הנתמכת במאמרי זה אין צורך במילון. כדי לעמוד על המשמעות הטבעית והרגילה של המילים די בשליטה בסיסית בשפה העברית. למעשה, ההסתפקות ב"נקודת-אחיזה-ארכימדית בלשון החוק" היא התנערות גם מהכלל שלפיו יש לפרש (לשונית) את האיסור על-פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו. ההתנערות מכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים הביאה לתוצאות שונות ומשונות. כך, למשל, גרס השופט ברק בפסק-הדין בפרשת בורוכוב נגד יפת כי ניתן לכלול במושג "כוונה" מבחינה לשונית(!) הן "ראיית הנולד של התרחשות התוצאה ורצון להשיגה" (דהיינו, המשמעות המושגית המקובלת) והן משמעות נוספת: "ראיית הנולד של התרחשות תוצאה, תוך מודעות להסתברות קרובה לוודאי כי התוצאה תושג, גם אם לא קיים רצון להשיג תוצאה זו"²⁴ (כלומר, המצב שעליו חלה הלכת הצפיות, ב' ס'). הכיצד ייתכן לפרש (לשונית!) את המילה "כוונה" כמשתרעת על מצב שבו אין רצון?²⁵

21 ע"פ 787/79, 881 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, בעמ' 427.

22 ראו עמ' 346 למאמרי לעיל, הערה 14.

23 למשל, א' ברק "יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט י (תשמ"ה) 484.

24 ע"פ 677/83 בורוכוב נ' יפת, פ"ד לט(3) 205, בעמ' 214.

25 לביקורת מפורטת על פסיקה זו ראו עמ' 345 ואילך למאמרי (לעיל, הערה 14). זאת ועוד, הרצון לשמר בידי השופטים את שיקול הדעת אם להחיל את הלכת הצפיות על עבירות מסוימות, הביא לכך שבעקבות תיקון 39 לחוק העונשין, שבו עוגנה הלכת הצפיות במפורש בחוק (בסעיף 20(ב)), קבע השופט ברק כי הסעיף חל רק על "כוונה" ולא על "מטרה", "מכיוון ש'מטרה' כמחשבה פלילית בעבירה התנהגותית אינה קשורה כלל ל'כוונה' כמחשבה הפלילית הדרושה בעבירה תוצאתית"

ההתנערות מכלל הפרשנות המצמצמת וההתלהבות מכך ש"מלותיו של החוק אינן מבצרים שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום" הביאו גם להתנערות מהמושגיות המקובלת במשפט הפלילי. רק כך ניתן להסביר את הקביעות של השופט ברק בפסק-הדין בפרשת בורוכוב נגד יפת, שלפיהן היסוד הנפשי הנדרש בעבירת לשון הרע – "בכוונה לפגוע" – יתפרש כ"מתוך רצון או מתוך מטרה או מתוך מניע לפגוע"²⁶, ושלפיהן לעניין תחולתה של הלכת הצפיות על בית-המשפט לבחור "מבין המשמעויות הלשוניות את המשמעות המשפטית על פי ההקשר בו מופיע אותו ביטוי (כוונה)²⁷."

לעתים אף נקטה הפסיקה דרך פרשנית משונה, שלפחות מהבחינה הלוגית הייתה מגדירה כחידוש של מעין "כלל הפרשנות המרחיבה (!) בפלילים". כך, בהתייחסה

(ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ(5) 221, בעמ' 301). ודוק, בשני המקרים מדובר בדיק באותו יחס נפשי: רצון, שאיפה. הכיצד אפוא "אינה קשורה כלל"? ואם אכן "אינה קשורה כלל", מדוע אין הדבר מוביל לראיית סעיף 20(ב), המתייחס ל"כוונה" בלבד, כקובע הסדר שלילי באשר לתחולתה של הלכת הצפיות על עבירות המטרה? (שם, עמ' 302). אמרו מעתה: הן כוונתו והן מטרתו של השופט היו לשמר בידי הפסיקה את שיקול הדעת, ואם שלל המחוקק את שיקול הדעת במפורש באשר ל"כוונה", לא בנקל תשחרר ה"מטרה" מכבליו של שיקול דעת זה... עולם כמנהגו נוהג, וגם לאחר תיקון 39 עדיין עלינו לחיות ממקרה למקרה, ואין אפשרות לדעת מראש (כמתחייב מעקרון החוקיות) מהו הדין. לבסוף, להסרת הספק יצוין כי העמדה הנכונה – לדעת – בסוגיה זו היא עמדתו של השופט מצא (באותו פסק-דין בפרשת **אלבה**, בעמ' 262, 281), שלפיה סעיף 20(ב) קובע תחולה כללית של הלכת הצפיות, ללא כל הבחנה בין עבירות "כוונה" לבין עבירות "מטרה" (וראו, בדומה, גם עמדתו של השופט אנגלרד בעמ' 319 לפסק-הדין בעניין פוליאקוב (**לעיל**), הערה 14).

דוגמה נוספת למגמה לשמר בידי הפסיקה את מרב שיקול הדעת תוך התעלמות מהמגמה הברורה של המחוקק בתיקון 39 ניתן למצוא ברע"פ 1875/98 **אורן בנגב – מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(4) 529, 536. חרף המגמה הברורה בסעיף 22 לחוק העונשין למנוע מצב שבו הפסיקה (בהבדל מהמחוקק) תוכל לחדש בעצמה "אחריות קפידה" (לשעבר "אחריות מוחלטת"), מעלה השופט ברק את האפשרות המוזרה לפרש את סעיף 22 כך שהסמכות הזו עודנה קיימת. לפרשנות הנכונה ראו דבריה של השופטת בייניש ברע"פ 608, 26/97 **לקס ואח' נ' מדינת ישראל**, פ"ד נב(2) 673, בעמ' 695.

26 עמ' 219 לפסק-הדין לעיל, הערה 24. להגדרות (מתוך ספרו של פרופ' פלר) הנבדלות של מושגים אלה שביניהם בחר השופט לערבב ראו הערת שוליים 52 שבעמ' 348 למאמרי (**לעיל**), הערה 14). לביקורת על ערפול זה ראו שם, עמ' 345 ואילך.

27 עמ' 215 לפסק-הדין (**לעיל**), הערה 24). לביקורת על יצירתיות שיפוטית זו ראו עמ' 345 ואילך למאמרי (**לעיל**), הערה 14).

לעבירת האינוס במרמה, הקבועה בסעיף 345(א)(2) לחוק העונשין ("הבועל אשה בהסכמת האשה, שהושגה במרמה לגבי מיהות העושה או מהות המעשה"), יצאה מתחת ידיה של השופטת דורנר הקביעה הזו:

"לדעתי, הפירוש הראוי למונח 'מהות המעשה' – הנובע מתכלית ההוראה ומתיישב עם לשונה – הוא המטרה שלשמה המעשה נעשה... אין לפרש את העבירה באופן שהיא תחול רק לגבי נשים בוגרות שאינן מודעות לאופי המיני של בעילה. מציאותן של נשים כאלה בימינו היא, כידוע, נדירה עד מאוד, ואין להניח כי עליהן בלבד מכוון הסעיף להגן. מנגד, מקרים של מרמה בדבר מטרת המעשה המיני ביחסים שבין מטפל למטופל אינם כה נדירים"²⁸.

דהיינו, הפירוש האחד נדחה משום שהוא מחיל את האיסור על מספר מועט של מקרים (מצמצם את היקף העבירה), והפירוש השני הועדף משום שהוא מחיל את האיסור על מספר גדול יותר של מקרים (מרחיב את היקף העבירה)...

ג. חקיקת כלל הפרשנות בסעיף 34 לחוק העונשין – נשיא בית המשפט העליון כמחוקק-על

בסעיף 57 להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב 1992-²⁹ נאמר כך:

"ניתן דין לפירושים סבירים אחדים, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית". (כותרת השוליים של הסעיף היא "פרשנות").

בדברי ההסבר³⁰ נאמר באשר לסעיף זה ולסעיף 58 ("דין ספק סביר") יחדיו כי:

"סעיפים אלה מבטאים מושכלות יסוד במשפט הפלילי, המושרשים היטב בפסיקת ארצנו אך עד כה לא קיבלו ביטוי מפורש בחוק החרות" (ההדגשה שלי – ב' ס').

28 ע"פ 7024/93 פלח נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 2, בעמ' 35. ייתכן שכוונת השופטת הייתה לקבוע כי אחד משני הפירושים המתחרים הוא בלתי סביר. ואפילו כך – האומנם אינו סביר?

29 ה"ח 114.

30 שם.

176

בדיון שנערך בכנסת ביום 14.1.1992 הסביר שר המשפטים דאז דן מרידור את הצעת החוק כך³¹:

"גם בסעיפים 57 ו-58 יש חידוש. בסעיף 57 אנחנו קובעים כך: 'ניתן דין לפירושים סבירים אחדים, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית'. **בעבר זו היתה ההלכה. עם הזמן הלכות הפרשנות קבעו דרך קצת אחרת.** קובעים את הפירוש המתאים למטרה החקיקתית מתוך הפירושים הסבירים, או שקובעים פירוש סביר ביותר, או שקובעים כל מיני דרכים אחרות. **אני לא בא לבקר עכשיו מה שקבעה הפסיקה. היא קבעה. זאת הדרך שהיא הלכה בה. אנו מציעים שבפלילים – אנחנו מדברים פה, כמובן, רק על דיני עונשין – כאשר יש כמה פירושים וכולם סבירים, ייבחר הפירוש המקל ביותר עם מי שעומד לשאת באחריות פלילית באותה סיטואציה" (ההדגשות שלי – ב'ס').**

מדברים אלה עולה בבירור כי המחוקק לא היה מרוצה מזניחת כלל הפרשנות המצמצמת על-ידי חלק משופטי ישראל, ולפיכך קבע (בקריאה הראשונה של הצעת החוק) כלל יסודי זה במפורש בחוק. שנתיים ומחצה לאחר מכן (25.7.1994) – מהפך. אל בין שיניה של הצעת החוק נדחפו בכוח רב המילים "לפי תכליתו". ואותו דן מרידור – הפעם כיושב-ראש ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, מציג עמדה הפוכה (!) לזו שהציג בדיון הקודם (ההבלטות הוספו)³²:

"בהצעה שלפנינו יש סעיף הדן בפרשנות. שימו לב לסעיף 34כא, שאנחנו קובעים בו: 'ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית לפי אותו דין'. אני רוצה להדגיש כמה נקודות לסעיף הזה. **תורת הפרשנות מקבלת בשנים האחרונות ניסוח מחדש, כתיבה מחודשת, כתיבה אינטגרטיבית וכוללת לגבי דיני הפרשנות בכל שטחי המשפט. שני כרכים מספרו הגדול של פרופסור ברק כבר יצאו לאור, השלישי עומד לצאת בשבועות או בחודשים הקרובים, ועוד שניים ייתוספו עליהם...**

31 ד"כ 124 (תשנ"ב) 2301-2302.

32 ד"כ 139 (תשנ"ד) 9825 (הדיון בהצעת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי)).

...יש חשיבות רבה לכך שתהיה תורת פרשנות אחת, קוהרנטית, ולכן כתבנו כאן את המשפט הבא, הפותח במלים: 'ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו'. הביטוי 'לפי תכליתו' הוא הד למגמה שאנחנו מאמינים בה, והפירוש של החוק לא צריך להיות רק פירוש מילולי, אלא המפרש צריך לראות לנגד עיניו את התכלית שלשמה נחקק החוק.

אחר כך כתבנו, שהעניין יוכרע לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית לפי אותו דין. מפני שעסקינן בחוק פלילי, ואנחנו עומדים להרשיע אדם ולגזול ממנו את זכויותיו, אולי את חירותו, את כספו, אנחנו צריכים לנהוג מנהג של החמרה עם עצמנו והקלה עם הנאשם. זה מה שכתבנו פה, שהפירוש יהיה הפירוש המקל ביותר באותו עניין עם מי שאמור לשאת באחריות הפלילית".

מה פשר רעידת האדמה שהתרחשה בין שני הדיונים בכנסת? הבה נבלוש בין דפי הפרוטוקול של "ועדת המשנה של ועדת החוקה חוק ומשפט לענין חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), תשנ"ב 1992-". בפרוטוקול מספר 13 של הדיון שנערך ביום 18.10.1993 אנו מוצאים את יושב־ראש הוועדה דן מרידור מציג בפני חברי הוועדה את משנתו הפרשנית של השופט ברק³³. לאחר מכן התקיים דיון לא קצר של חברי הוועדה בכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, התגלעה מחלוקת בין חברי ועדת המשנה, ונקבע שהדיון בכלל זה יימשך בישיבה הבאה³⁴. בפרוטוקול הבא (מס' 14, מיום 17.11.1993) מתחדש הדיון, ויושב־ראש הוועדה מרידור אומר: "ביקשתי מגב' קרפ לבדוק את הנקודה הזאת עם פרופ' ברק, הוא נמצא עדיין במישיגן. בבקשה, גב' קרפ³⁵". לאחר שעורכת־הדין קרפ מביאה בפני חברי הוועדה את שאמר לה נשיא בית־המשפט העליון, נמשך הדיון, ובו שוב מחלוקת בין חברי ועדת המשנה. בסיומו מסכם יושב־ראש הוועדה מרידור כך (ההדגשות שלי – ב' ס')³⁶:

"אני לא מרגיש בשל לסגור את העניין הזה. לא נערוך עוד ישיבה, לכן נביא למליאת הוועדה שתיים או שלוש גירסאות... במקביל, אנסה לדבר עם פרופ' ברק שאמור לבוא ארצה בימים הקרובים... ואני שוב מזכיר את פרופ' ברק שאני מעריך כי נחיה עם תורת הפרשנות שהוא פיתח הרבה

33 עמ' 23 ואילך לפרוטוקול מס' 13 מיום 18.10.1993.

34 שם, עמ' 36.

35 עמ' 9 לפרוטוקול מס' 14 מיום 17.11.1993.

36 שם, עמ' 15.

**שנים קדימה בכל ענפי המשפט... גב' מלחי, בינתיים אנחנו לא מכריעים
בענין זה ובהיעדר הוראה אחרת תביאי את הנוסח כמו שהוא. אני
מקווה שנמצא נוסח אחר ואם כן נודיע לכם".**

ההבלטה האמצעית משקפת את העובדה שהמחוקק מכפיף עצמו לשופט (מחוקק-
העל?). ההבלטות האחרות מלמדות שלמליאת הוועדה (העיקרית) אמורות היו להיות
מובאות שתיים-שלוש גרסאות המשקפות את המחלוקת המשמעותית מאוד שהייתה בין
חברי ועדת המשנה, או – לחלופין – הותרת הנוסח הקיים (אז) – ללא המילים "לפי
תכליתו".

והנה, בפרוטוקול ועדת חוקה, חוק ומשפט מיום 18.1.1994 אנו מוצאים שבסופו
של דבר לא נהגו לפי הסיכום בוועדת המשנה, אלא נקבע נוסח אחד ויחיד, שעליו
הועמסו בכל זאת המילים "לפי תכליתו"³⁷. וכפי שנוכחנו, בעת הצגת הצעת החוק בפני
מליאת הכנסת לא הציע יושב-ראש הוועדה מרידור נוסח אלטרנטיבי כלשהו המשקף
את המחלוקת העקרונית והחשובה מאוד שהתגלעה בין חברי הוועדה בענין זה³⁸.
הנוסח שנקבע בחוק הוא כדלקמן:

"34כא פרשנות

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש
המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

שמונה שנים מאוחר יותר מתפרסמת עתה בכתב-העת "מחקרי משפט" הרצאתו של
נשיא בית-המשפט העליון "על פרשנותה של הוראה פלילית". וכך מסופר הסיפור
מנקודת מבטו שלו (ההדגשה שלי – ב' ס')³⁹:

"...ניתן לומר בבטחה – והפסיקה המעטה שניתנה מאז הוחקה ההוראה
(סעיף 34כא לחוק העונשין, ב' ס') אמרה זאת – כי הוראה זו מבקשת
לקבוע שהפרשנות התכליתית תחול גם בפרשנות דין פלילי. אוסיף
כזיכרון אישי, כי בשלב מסויים הייתי שותף בעיצובה של הוראה זו...
שר המשפטים דאז, חבר הכנסת דן מרידור, שאל לעצתי... כתשובה

37 עמ' 11 לפרוטוקול מס' 143 של ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 18.1.1994 (יצוין כי
בארכיון הכנסת לא נמצא המשך לאותו פרוטוקול).

38 ראו לעיל, הערה 32 והטקסט המפנה אליה.

39 א' ברק "על פרשנותה של הוראה פלילית" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 347, בעמ' 348.

הצעתי לו נוסח דומה לזה המופיע היום בחוק העונשין, אשר לפי השקפתי אכן מבטא את הפרשנות התכליתית".

ד. כלל (מוחלש) של פרשנות מצמצמת או כלל (מוגנב) של פרשנות תכליתית? הפרשנות הראויה לסעיף 34כא לחוק העונשין

כפי שנוכחנו⁴⁰, מלכתחילה נועדה הכללתו של סעיף פרשנות בחלק הכללי החדש של חוק העונשין להחזיר עטרה ליושנה, לשדר מסר ברור של המחוקק לבתי-המשפט כי בתחום הפלילי חל כלל הפרשנות המצמצמת ואין לפרש את האיסור הפלילי פרשנות יצירתית על-פי "מטרת החקיקה".

על רקע זה מאלף להיווכח כי לאחר שהצליח נשיא בית-המשפט העליון לזרוע באדמת סעיף 34כא את המילים "לפי תכליתו", לא הסתפקו שופטים אחדים של בית-המשפט העליון בהתייחסות אל הסעיף כאל כלל מוחלש (באמצעות המילים "לפי תכליתו") של פרשנות מצמצמת בפלילים, אלא מיהרו להכריז עליו כעל לא פחות ולא יותר מאשר כלל הפרשנות התכליתית (!) בפלילים.

כך, למשל, כתב השופט גולדברג בע"פ 2831/95 אלבה⁴¹:

"סעיף זה (34כא, ב'ס') מעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים, והוא מחייב את בית המשפט להפעילה. כלל הברירה שבו נוגע הן למצב שבו תכלית החוק אינה מצביעה בבירור על אלטרנטיבה פרשנית אחת להוראה, והן כאשר קיימת יותר מתכלית אחת לחוק. בכל מקרה כזה שומה על הפרשן לבחור בפרשנות המיטיבה עם הנאשם" (הדגשת המילה "בחוק" במקור, יתר ההדגשות שלי – ב'ס').

ובע"פ 6696/96 כהנא מפתח השופט גולדברג את הקונסטרוקציה הזו⁴²:

"סעיף זה (34כא, ב'ס') מעגן את הפרשנות התכליתית בפלילים. הוא קובע כלל ברירה בין הפירושים לנורמה האוסרת, אשר עולים כולם בקנה אחד עם תכליתה, ולפיו יש להעדיף את הפרשנות המקלה עם הנאשם. הדרך הפרשנית שמתווה סעיף 34כא היא אפוא דו-שלבית. בשלב

40 ראו דברי שר המשפטים אשר בטקסט דלעיל המפנה להערה 31.

41 ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, בעמ' 311.

42 ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, בעמ' 550.

הראשון נדרש בית-המשפט לבחון אלו מבין הפרשנויות המוצעות מגשימות את תכלית הנורמה האוסרת. ואילו בשלב השני בורר בית- המשפט מבין פרשנויות אלה את זו שמקלה עם הנאשם" (ההדגשה שלי – ב' ס').

נראה כי מבחינתם של שופטי בית-המשפט הדוגלים בפרשנות התכליתית (גם) בפלילים, נהג המחוקק כבלעם: בא לקלל ויצא מברך... ביקש לכפות עליהם את כלל הפרשנות המצמצמת, אך יצר עבורם קולב בחוק שעליו מבקשים הם לתלות את כל תורת הפרשנות התכליתית. יצויין כי הרושם מציטוט דבריו של השופט גולדברג עלול להטעות, שכן הוא לפחות נהג להתייחס אל סעיף 34 ככא לחוק ולהותיר תוכן מסוים (אם כי מוגבל מאוד) לכלל הפרשנות המצמצמת שבו. שופטים אחרים מתעלמים כליל מכלל הפרשנות המצמצמת⁴³. עם זאת קיימת בפסיקת בית-המשפט העליון גם קרן אור, בדמות פסקי-דין בודדים שבהם הופעל כראוי כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים⁴⁴. כדי לעמוד על הפער העצום שבין האמור בסעיף 34 לחוק – אפילו לאחר שנדחסו לתוכו המילים "לפי תכליתו" – לבין פרשנות הפסיקה שלפיה מדובר בכלל הפרשנות

43 ראו, למשל, פסק-הדין של השופט זמיר ברע"פ 9140/99 רומנו נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(4) 349, בעמ' 373 (אך השווה לפסק-הדין של השופטת פרוקצ'יה, שבו הופעל כראוי כלל הפרשנות המצמצמת – שם בעמ' 368); ופסק-הדין של השופט קדמי בדנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193, בעמ' 213.

44 ראו למשל רע"פ 3237/99 לוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(4) 140. יצוין כי סעיף 34 לחוק העונשין לא נזכר כלל בפסק-הדין שבו מופעל היטב כלל הפרשנות המצמצמת בפלילים לצורך פרשנות האיסור שבסעיף 169 לתקנות התעבורה, תשכ"א 1961 – ("לא ינהג אדם רכב ולא ילך עובר דרך בכביש כשלאוונור צמודות אוזניות המחוברות למכשיר להשמעת צלילים או קולות..."), כך שאינו אוסר על נהיגה כשלאחת (בלבד) משתי האוזניים צמודה אוזנייה המחוברת למכשיר טלפון סולרי. בית-המשפט הבהיר שם נכונה כי "תכליתו של האיסור שקובעת תקנה 169 הנ"ל היא למנוע מצב שבו 'מתנתק' הנהג ברכב מסביבתו על-ידי הצמדת אוזניות **לשתי אוזניות**, וזאת להבדיל מ'כרסום' גרידא ברמת הקשב..." (שם, עמ' 142), וקבע כך: "סוף דבר, הנוסח הקיים של תקנה 169 לתקנות ניתן לשני פירושים סבירים: האחד – איסור על הצמדת **שתי** אוזניות **לשתי** אוזניים, והשני – איסור **גם** על הצמדת אוזנייה אחת לאוזן אחת. במצב דברים זה, מן הדין להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם, ובמקרה דנא, יהיה זה הפירוש המצמצם את האיסור להצמדת **שתי** אוזניות **לשתי** האוזניים. אם מבקש המחוקק לאסור גם על שימוש באוזנייה **אחת**, עליו ליתן לכך ביטוי ברור בלשון התקנה..." (שם, עמ' 143). ודוק, פרשנות שלא בהתאם לכלל הפרשנות המצמצמת בפלילים, אלא בהתאם למטרת החקיקה, בהחלט הייתה עלולה להוביל שופטים אחרים לטעות שלפיה מטרת החקיקה היא למנוע **כל** פגיעה (משמעותית) בקשב.

התכליתית, מוצע לקוראים לספור כמה ממילות הסעיף מוקדשות לפרשנות המצמצמת וכמה מהן מוקדשות לפרשנות התכליתית, לבחון את מבנהו התחבירי של הסעיף ולשאול עצמם (ולנסות להשיב) כיצד היה מנוסח הסעיף אילו אכן נועד לקבוע את "כלל הפרשנות התכליתית".

המילה המפורטת האחרונה באשר לגישה הרווחת בבית-המשפט העליון באשר לנושא דיוננו נאמרה עם פרסומה לאחרונה של הרצאתו של נשיא בית-המשפט העליון "על פרשנותה של הוראה פלילית"⁴⁵:

"ניתן לומר בבטחה – והפסיקה המעטה שניתנה מאז הוחקה ההוראה (סעיף 34 כא לחוק, ב' ס') אמרה זאת – כי הוראה זו מבקשת לקבוע שהפרשנות התכליתית תחול גם בפרשנות דין פלילי... על הפרשן לסרטט את מתחם המשמעויות הלשוניות. בעשותו כן הוא פועל כבלשן... מתוך מתחם זה של מובנים לשוניים הוא שולף את המובן המשפטי של הטקסט, וזאת על פי אמת המידה של התכלית המונחת ביסוד הדין. תכלית הדין הם האינטרסים, המטרות, הערכים, המדיניות והפונקציה אשר הדין נועד להגשים. תכלית הדין היא מושג נורמטיבי. זו קונסטרוקציה משפטית".

כבר כאן נעצור לרגע ונשאל: נוכח העובדה ש"תכלית הדין" היא מושג כל כך מורכב, אשר יום יום נחלקים ביניהם משפטים והשופטים עצמם בשאלה 'מהי באשר לעבירה מסוימת זו או אחרת, הכיצד ניתן לצפות מהאזרח המבקש לשמור חוק לנחש מהי? האם יש סיכוי כלשהו לשמירה על עקרון האזרה ההוגנת ("אין עונשין אלא אם כן מזהירין") כשמפרשים את העבירה לא על-פי המשמעות הטבעית והרגילה של המילים אלא על-פי "מטרת החקיקה"? איזו חירות פעולה נותרת לאדם במצב דברים שכזה? בייחוד בשים לב לעובדה ש"התכליות האובייקטיביות" אינן קפואות בזמן. הן דינמיות ומשתנות מתקופה לתקופה"⁴⁶. ואיזו חירות פעולה תיוותר לאזרח שומר החוק, השומר על מרווח ביטחון ונמנע מהתנהגות (מותרת!) אשר עלולה להתפרש ביום מן הימים כפלילית – על רקע של עדכון "התכלית האובייקטיבית"?

45 ראו עמ' 348 ואילך להרצאה (לעיל, הערה 39).

46 שם, עמ' 350. לאמיתו של דבר, "מטרת החוק" (עוד יותר מ"כוונת המחוקק") אינה אלא פיקציה – ראו ח' ה' כהן "דין אמת לאמיתו" גבורות לשמעון אגרונט (א' ברק ואח' עורכים, תשמ"ז) 35, בעמ' 75.

נשוב למשנתו הפרשנית של נשיא בית-המשפט העליון, בדיוק לאותו מקום בטקסט שם עצרנו בפסקה המצוטטת הקודמת⁴⁷:

"תכלית זו מורכבת משני רכיבים מרכזיים: האחד, התכלית הסובייקטיבית. אלה האינטרסים, המטרות, הערכים, המדיניות והפונקציה שיוצר הדין – בענייננו המחוקק (הכנסת) – ביקש להגשים. מושג זה סובייקטיבי, ומשקף את רצונו של המחוקק ההיסטורי. הרכיב השני הוא התכלית האובייקטיבית. אלה הם האינטרסים, המטרות, הערכים, המדיניות, הפונקציה אשר דין מסוגו נועד להגשים. מושג זה אובייקטיבי, ומשקף את רצונה של השיטה בהווה. התכלית של הדין נקבעת באיזון הראוי בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית".

כידוע, וכפי שעולה ממכלול דבריו של השופט ברק, האיזון (בין התכלית הסובייקטיבית – של המחוקק – לבין התכלית האובייקטיבית – "של השיטה") נקבע על-ידי השופט. ואף "התכלית האובייקטיבית" נקבעת על-ידי השופט. ומהי "התכלית האובייקטיבית"? האומנם היא כל כך "אובייקטיבית"? נוכח מורכבותה הרבה, שעליה מעידים דבריו הנ"ל של השופט ברק, ונוכח שיקול הדעת הרחב של השופט בקביעתה (ויעידו על כך כאלף עדים מחלוקות השופטים בבית-המשפט העליון בעניין זה), האין היא בעצם התכלית הסובייקטיבית של השופט הקובע אותה? ודוק, לפנינו בעצם תחרות בין התכלית הסובייקטיבית של המחוקק לבין התכלית הסובייקטיבית של השופט. ובתחרות זו מיהו שמכריע? השופט. כלום יהא זה הוגן להתעלם מכך שהוא אדם ולדרוש ממנו אובייקטיביות גמורה בהכרעה זו? ושימו לב עד כמה בעייתית הופכת תחרות תכלית זו כשמדובר לא בחוק עתיק יומין, אלא בדבר חקיקה חדש – שאז מתחדדת מאוד שאלת הפרדת הרשויות.

זאת ועוד, אל מול התיאור של תכלית המחוקק כסובייקטיבית ושל תכלית הדין (הנקבעת על-ידי השופט) כאובייקטיבית, ניתן היה לתאר את הדברים לגמרי אחרת: לדבר על מילותיו המפורשות של החוק כעל הגורם האובייקטיבי, ועל התכלית הנקבעת על-ידי השופט כגורם הסובייקטיבי. לאן תיטינה אז כפות המאזניים? והאינטואיציה? ולאן ייטו השכל והרגש?

בהמשך דבריו עומד השופט ברק על מה שהוא מכנה "חזקות התכלית", שלדעתו כלולות במושג (המורכב מאוד!) "התכלית האובייקטיבית". האחת היא "החזקה, כי

47 עמ' 349 להרצאה (לעיל, הערה 39).

מטרתו של הדין הפלילי היא לקדם את אינטרס הציבור⁴⁸. מה עלינו ללמוד מחזקה זו? שעלינו להרחיב עוד ועוד את האחריות הפלילית כדי להגן על הציבור? חזקה אחרת היא ה"חזקה שהדין הפלילי נועד להגשים דברים שבהגיון, ותוצאות סבירות והוגנות"⁴⁹. מה נלמד מחזקה זו? שמא ניתן ללמוד ממנה שמותר בתחום הפלילי ההיקש (אנלוגיה)? אכן, בהמשך מובאות גם חזקות רצויות, אך דומה שמרוב עצים לא רואים את היער, מרוב חזקות לא ניתן להבחין ב"תכלית האובייקטיבית", עד אשר יבוא השופט ויחשוף אותה בפנינו (לפחות עד שיבוא לאחר מכן חברו השופט האחר וידחה אותה מפני "תכלית אובייקטיבית" אחרת...).

תחת הכותרת "ההתנגשות בין התכליות"⁵⁰ מגיע השופט ברק אל מה שנותר לשיטתו מכלל הפרשנות המצמצמת:

"נמצא כי מקום שכפות המאזניים מאויינות (צ"ל מעוינות, ב' ס'), יש להעדיף את הפירוש המקל עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית. זה 'המקום הגאומטרי' של הוראה זו. היא חלה לאחר שהפרשן אמד את התכליות השונות, עימת ביניהן, והגיע למצב של חוסר הכרעה... ומה יעשה הפרשן אם במצב דברים זה יש כמה פירושים מקילים הנוגדים זה את זה? במצב דברים זה נמנע החוק לקבוע כלל של בררת דין. העניין נתון לשיקול דעת השופט. השופט הדין בפלילים חוזר למסלול הרגיל של הפרשנות התכליתית. בהיעדר כללים, במצב זה, נותר השופט הפרשן עם עצמו. כשלעצמי, הנני מודרך על ידי השאיפה להגיע לפתרון הצודק."

מדוע רק מקום שכפות המאזניים מעוינות? הן מכלול דבריו של השופט ברק ותיאורו את "התכלית האובייקטיבית" והן פסקי-הדין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון מאז נחקק סעיף 34כא, מלמדים ש"המקום הגאומטרי" שמותרת הפסיקה לכלל הפרשנות המצמצמת הוא, כפי הנראה, קבוצה (כמעט?) ריקה. אשר להתייחסות דלעיל למצב של כמה פירושים מקילים, כלום לא נחפו השופט להגיע אל מחוז חפצו ("במצב זה, נותר השופט הפרשן עם עצמו") עד כי נעלמה מעיניו המילה החשובה מאוד "ביותר" אשר בסעיף 34כא לחוק ("יוכרע העניין לפי הפרוש המקל ביותר")? ואם די לנו ב"שאיפה להגיע לפתרון הצודק" (שהוא, משום מה, כמעט בכל המקרים שבהם ניתן וצריך היה לפנות לכלל הפרשנות המצמצמת, הרשעה דווקא), לשם מה לנו חוק פלילי?

48 שם, עמ' 350.

49 שם.

50 שם, עמ' 351-352.

כלום לא עדיף לפנות ישירות למודל של המלך היושב בשער העיר ושופט את העם אך ורק על-פי צו מצפוננו?

נשוב לרגע אל "התכלית הסובייקטיבית" של המחוקק כפי שהיא נתפסת על-ידי השופט. בע"פ 3027/90 חברת מודיעים כתב השופט ברק את הדברים המאלפים האלה (בהתייחסו לטענה הפרשנית ההגיונית כי משחוקק המחוקק סעיף חוק מסוים אשר חזר על הנוסח הקודם, הוא אימץ לעצמו את הפרשנות שניתנה לחוק זה בעבר על-ידי הפסיקה, והביע דעתו שהוא תומך בה)⁵¹:

"גישה פרשנית זו ('הלכת האימוץ') אינה נראית לי. היא מבוססת על ההנחה המוטעית, לפיה המחוקק עוקב אחר הפרשנות השיפוטית... גישה פרשנית זו אינה מתחשבת במציאות הפרלמנטרית, בה משמשים בערבוביה שיקולים שונים... שיקולים פוליטיים... אך מעבר לכך: גישה פרשנית זו נראית לי כהתערבות בלתי ראויה של הרשות השופטת בחופש החקיקה של הרשות המחוקקת. על פיה, הרשות השופטת כאילו מודיעה למחוקק, שאם לא יחוקק, תהא לכך משמעות פרשנית, ובכך מטילה עליו את נטל החקיקה. איני סבור כי במשטר דמוקרטי יש להטיל נטל שכזה על הרשות המחוקקת. זו צריכה להיות חופשית בחקיקתה או באי-חקיקתה".

האין מדובר בהתבטאות שבלשון העם יש לכנותה "הפוך על הפוך"? האומנם לפנינו הגנה על המחוקק ועל הפרדת הרשויות, או שמא זלזול במחוקק? על רקע הדברים המצוטטים לעיל, האם סביר להניח שהשופט ייתן אי פעם משקל משמעותי ל"התכלית הסובייקטיבית" של המחוקק?

מהי אפוא הפרשנות הראויה לסעיף 34 כחוק העונשין? אפשרות אחת היא לראות בו כלל – מוחלש מעט – של פרשנות מצמצמת בפלילים. ההחלשה הקלה נוצרה עם "הגנבת" המילים "לפי תכליתו" אל תוך הסעיף. ברוח זו מציעים קרמניצר ולבנון במאמרם לפרש מילים אלה כבאות לשלול פרשנות אבסורדית, המרוקנת את האיסור הפלילי מכל תוכנו⁵². יודגש כי לדעתם, ההוראה המרכזית שקובע סעיף 34 לחוק היא כלל הפרשנות המצמצמת, וכי הסייג של שלילת פרשנות אבסורדית על בסיס תכלית החקיקה הוא החריג המצומצם. כן מציעים הם להשתמש במטרת החקיקה לשם צמצום היקף האיסורים תוך שלילת אחריות פלילית במצבים שבהם אין האחריות נדרשת לשם

51 ע"פ 3027/90 חברת מודיעים בינוי ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד מה(4) 364, בעמ' 401.

52 ראו עמ' 411 ואילך למאמרם (לעיל, הערה 14).

השגתה של מטרת החקיקה. זאת ועוד, את מטרת החקיקה יש להגדיר בצמצום, שהרי מדובר בהגנה על הערך המוגן מפני התקפה מסוימת עליו, ולא מפני כל פגיעה אפשרית בו.

כמפורט לעיל⁵³, עיקריה של גישה זו מקובלים גם עליי. ברם, לטעמי יש להשמיט ממנה את החריג המותר אפשרות של פרשנות מרחיבה – על בסיס מטרת החקיקה – נוכח תוצאה אבסורדית. השימוש היחיד שיש לעשות במטרת החקיקה הוא בכיוון של צמצום האחריות הפלילית במצבים שבהם אין האחריות נדרשת לשם השגת המטרה. אמנם המחברים מצמצמים מאוד את האפשרות של תוצאה אבסורדית ומדברים על מצב קיצוני של ריקון האיסור הפלילי מתוכנו, אולם חוששני כי במציאות שיפוטית של התלהבות מהרעיון שמילות החוק אינן מבצרים שיש לכבשם בעזרת מילונים, והתלהבות מהאחדת כל ענפי המשפט – דיני חוזים כדיני עונשין – תחת קורת הגג של "תורת הפרשנות התכליתית", אין להותיר אפילו את הפתח המצומצם המתייחס לתוצאה אבסורדית. מה שסביר בעיניו של א' עלול להיות אבסורדי בעיניו של ב'. בתחום דיני הנפשות – דיני העונשין – יש להותיר את עקרון החוקיות כעקרון על חסר כל סייגים ופשרות, המכתיב תמיד פרשנות לפי מובנן הטבעי והרגיל של מילות החוק, והמכתיב לעולם צמצום של האיסור הפלילי (שולל החירות!) כשלאיסור יותר מפירוש סביר אחד. אין עונשין אלא אם כן מזהירין – תמיד, ולא רק בדרך כלל. אזהרה הוגנת לפרט – לעולם, לרבות בדיון המשפטי הנוכחי, ולא רק מכאן ולהבא, תוך הקרבת חירותו של הנאשם הנוכחי על מזבח "התכלית האובייקטיבית". רק אז תוגשם אמירתו של השופט זילברג: "אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה"⁵⁴.

ה. ההבחנה בין "המבצע בצוותא" לבין "המסייע" כדוגמה ליצירתיות שיפוטית תוך רמיסת דבר המחוקק

53 בסוף פרק א'.

54 לעיל, הערה 2.

לפני חקיקת החלק הכללי החדש של חוק העונשין (תיקון מס' 39), לא נהגה הפסיקה הישראלית להבחין בין המבצע-בצוותא לבין המסייע. כך, למשל, נאמר בפסק-הדין בפרשת כדורי⁵⁵:

"כאשר ראובן, שמעון ולוי תוקפים את הקרבן בצוותא ובדעה אחת, וכל אחד פוצע אותו, ואין לדעת מי גרם בפועל למות הקרבן, מרשיעים את כולם בגרם המוות, כי ממה נפשך: אם נניח שהמוות בא מידו של ראובן, אשם הוא כעבריין ראשי, וגם שמעון ולוי אשמים במלוא המידה כמסייעים בידו. ואם שמעון גרם למוות, הרי שראובן ולוי הם המסייעים. במסיבות אלה אין איפוא הבדל בדבר, ועל כן אין צורך להוכיח, מי הנחית את המכה הפטלית".

על הלכה זו ועל הרחבת גבולות הסיוע תוך התעלמות מהאפשרות של ביצוע-בצוותא נמתחה ביקורת⁵⁶, אך הפסיקה פְּשְׁלָה. נוכח העובדה שהעונש המרבי שהיה קבוע בחוק למבצע-בצוותא ולמסייע היה זהה, ונוכח החלתה של הלכת "האחריות הסולידארית של הקושרים" על שניהם, לא ראתה הפסיקה צורך להבחין ביניהם. בתיקון 39 קבע המחוקק שלושה שינויים מרכזיים בהשוואה למצב החוקי הקודם: האחד – בסעיף 32 לחוק העונשין נקבע שעונשו של המסייע מוגבל למחצית העונש שנקבע בחיקוק בשל ביצועה העיקרי של העבירה; השני – בסעיף 499(ב) לחוק בוטלה האחריות הסולידרית של הקושרים, כשנקבע כי "הקושר קשר יישא באחריות פלילית גם על עבירה שלשמה נקשר הקשר או שנעברה לשם קידום מטרתו, רק אם היה צד לעשייתה לפי סימן ב' לפרק ה'" (העוסק ב"צדדים לעבירה" – המבצע, המשדל והמסייע); והשינוי השלישי – בסעיף 34 לחוק הגביל המחוקק את אחריותם של המשדל והמסייע ל"עבירה שונה או נוספת" כך שיהיו אחראים רק לעבירת רשלנות, בעוד שהמבצע-בצוותא מתחייב בעבירה של מחשבה פלילית.

55 ע"פ 97/57 כדורי נ' היוהמ"ש, פ"ד יב(2) 1345, בעמ' 1350. על הלכה זו חזר בית-המשפט העליון גם, למשל, בע"פ 158/58 אבו-עמרם נ' היוהמ"ש, פ"ד יג(3) 1966 ובע"פ 418/77 ברדיאן נ' מדינת ישראל, פ"ד לב(3) 3.

56 ראו מ' גור-אריה "שותפות ולא סיבתיות, ביצוע עיקרי ולא סיוע" משפטים יא (תשמ"א) 518; מ' גור-אריה "צורות של ביצוע עבירה פלילית" פלילים א (תש"ן) 29, בעמ' 32 ואילך; מ' קרמניצר "המבצע בדיני עונשין – קווים לדמותו" פלילים א (תש"ן) 65, בעמ' 73 ואילך.

נראה כי דעתם של השופטים לא הייתה נוחה מצמצום זה של סמכותם, והתגובה לא איחרה לבוא: החלו להבחין בין המבצע-בצוותא לבין המסייע, אך בעוד שבעבר הרחיבו מאוד ומדי את הסיוע, כיום מרחיבים מאוד ומדי את הביצוע-בצוותא⁵⁷. אין בכוונתי לדון במסגרת זו לעומק בסוגיה כבדת המשקל של ההבחנה בין הביצוע-בצוותא לבין הסיוע. לעניין זה הוצעו מבחנים שונים, ובעיקר ההבחנה בין מעשי הכנה לבין ניסיון, מבחן השליטה ומבחנים משולבים⁵⁸. המעניין הוא שהפסיקה הרחיבה את הביצוע-בצוותא מעל ומעבר לכל מבחן מקובל שהוצע, וזאת לאו דווקא באופן מוצהר – בקביעת המבחן – אלא בדרך יישומי⁵⁹. כמו כן הרחיבה הפסיקה את אחריות השותפים לעבירות שונות או נוספות והקימה לתחייה (בפועל) את האחריות הסולידרית של הקושרים⁶⁰.

הגדיל לעשות השופט חשין. לאחר שהוא עומד על הקושי בשרטוט הגבול שבין הביצוע-בצוותא לבין הסיוע ומצר על כך שהמחוקק העניק לשופט סמכות רחבה מדי להחליט אם הנאשם הוא מבצע-בצוותא או מסייע, אך צמצם את סמכותו בגזירת הדין ("כשם שהרחבת הסמכות קשתה עליי, כן קשה עליי צמצום הסמכות"⁶¹), ומציין שמקובל כי ההכרעה אם מדובר בביצוע-בצוותא או בסיוע היא מהותית וקודמת לשאלת העונש, הנגזר מן ההבחנה, הוא כותב בפסק-דינו בפרשת מרדכי את הדברים המאלפים האלה⁶²:

57 כך, למשל, קבע השופט ברק בע"פ 2796/95 פלונים נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 388, בעמ' 409-408, כי גם מי שנמלך בדעתו, הודיע טלפונית לחברים אחרים בקבוצה שאין בדעתו להשתתף בביצוע הרצח, ובפועל לא הגיע למקום האירוע ולא מילא את תפקידו, יורשע כמבצע-בצוותא של עבירת הרצח, תוך ניתוח משפטי המקים לתחייה (בפועל) את האחריות הסולידרית של הקושרים שאותה ביקש המחוקק לבטל.

58 ראו המקורות לעיל, הערה 56. וראו א' אנקר "על ההבחנה בין המבצע בצוותא למסייע" מחקרי משפט יז (תשס"ב) 339.

59 כפי שכתבה פרופ' גור-אריה "בעוד שברמה הרטורית האמירות בפסיקה תואמות, בדרך כלל, את מהות ההבחנה בין הביצוע בצוותא לבין הסיוע, ואף משקפות את המבחנים השונים, שהוצעו בספרות המשפטית להבחנה זו, ברמה המעשית השתלט הביצוע בצוותא על במת השותפות" – ראו מ' גור-אריה "צדדים לעבירה – תיקון 39 לחוק העונשין במבחן הפסיקה" מגמות בפלילים, עיונים בתורת האחריות הפלילית (א' לדרמן עורך) 83, בעמ' 86.

60 ראו לעיל, הערה 57. וראו עמ' 94 ואילך למאמרה של גור-אריה (לעיל, הערה 59).

61 ע"פ 4497,4389/93 מרדכי ואח' נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, בעמ' 260.

62 שם, עמ' 261 ואילך.

"ואחרי כל זאת, אני מתיר לעצמי לסבור אחרת. דעתי היא, כי בבואנו להחליט מי הוא מבצע בצוותא ומי הוא מסייע – וכיצד נתווה את קו הגבול בין הממלכות – שומה עלינו להביא במניין את העונשים שמבצע בצוותא או מסייע צפויים להם, כל אחד מהם לעצמו; ושיקול העונשים יאצול – לאחור, כביכול – על התוויית הגבול בין השניים... ודומה שגורם העונש הינו לא אך גורם משפיע על הגדרות המבצע בצוותא והמסייע. גורם משפיע מרכזי ועיקרי הוא... יסוד העונש הוא יסוד יוצר בעבירות" (ההדגשה במקור).

ושבה סמכותו הרחבה מאוד של בית-המשפט על כנה... חידוש עצום מחדש לנו השופט חשין. לא עוד מוטל על השופט לטרוח ולפרש את ההגדרות שקבע המחוקק בחוק העונשין לביצוע-בצוותא ולסיוע, אלא מוסמך הוא להחליט – ישירות – מהו העונש הראוי בעיניו לנאשם, ורק אחר כך לשוב אחורה ("לאחור, כביכול") ולהדביק את התווית הנוחה לו – "מבצע-בצוותא" או "מסייע". אם נתמיד בדרך חדשנית זו, לשם מה לנו חוק פלילי? די לנו בשופטים שידעו להתאים את העונש הראוי לכל מקרה ומקרה. כדברי השופט חיים כהן (בהקשר אחר)⁶³:

"מסימני ההתנשאות הוא גם אמונתם של רבים מן השופטים שכדי לגזור גזר-דין צודק, די באינטואיציה שחנן אותם אלוהים. אין מן הצורך לבזבז זמן שיפוטי יקר על שיקולים ושקילות ולהעמיק חשוב וחקור: טביעת עינם מגלה להם מיד מה צודק ומה איננו צודק. מידת העונש היא ענין לתחושה בלבד, והתחושה הקולעת נחה על השופט, מכוח תפקידו, כמו רוח הקודש".

לבסוף, בפסק-הדין בע"פ 2796/95 פלוניס מרחיק השופט חשין לכת, חוזר על משנתו החדשנית בעניין גזירת הסיווג כ"מבצע-בצוותא" או "מסייע" מהעונש שהוא מעוניין לגזור ומקשה כך⁶⁴:

"מה היה לו למחוקק שראה להבדיל באורח הרמטי בין מבצע-בצוותא לבין מסייע? ... לא עוד אלא למחצית העונש בדיוק? מדוע ניטל מבית-המשפט שיקול-הדעת שהיה לו קודם תיקון 39... מדוע לא יוכל בית-המשפט להטיל על 'מסייע' עונש לפי מידתו כמסייע: ליתן לרשע רע כרשתו, למסייע מן הקטנים כמידתו ולמסייע מן הגדולים כמידתו? חידה היא בעיני ופתרונה לא ידעתי" (ההדגשות במקור).

63 ח' כהן 'ענישת 'צדק' – הרהורים שלאחר השפיטה" פלילים א (תש"ן) 9, בעמ' 21.

64 עמ' 413-414 לפסק-הדין (לעיל, הערה 57).

ומיד אחר כך באים דבריו המהווים אולי מעין-מרד של השופט בחוקק:

"אכן, לא כל מה שמתקיים במעבדה יכול שיתקיים באוויר החופשי. יש חומרים שיתקיימו במעבדה, אך משיוצאו אל האוויר החופשי יתפרקו על-אתר ולא עוד יהיו"⁶⁵.

ומהו מקורו של מעין-מרד זה, אם לא הגישה הפרשנית המעניקה משקל מועט ביותר למילות החוק⁶⁶, זונחת את המושגים וההגדרות המקובלים של המשפט הפלילי ושואפת

65 שם, עמ' 414.

66 מעניין להיווכח כי אותו שופט אשר כה ממעט בערכן של מילות החוק ומתעלם מכלל הפרשנות הבסיסי במשפט הפלילי, שלפיו יש לפרש את האיסור על-פי המשמעות הטבעית והרגילה של מילותיו, גילה בהקשר אחר רגישות רבה לחשיבותם של "צליל המלה באוזני אדם בימינו" ושל "לשון היומיום". בע"פ 4463/00, 4351 מדינת ישראל נ' אבו-אלהוא, פ"ד נה(3) 327 דובר בנאשם אשר (בלשון בית-המשפט המחוזי, המצוטטת על-ידי השופט חשין) "דקר את המנוח את הדקירה הקטלנית בסכין". תחת הכותרת "הערת לשון" הקדיש השופט חשין למעלה מעמוד שלם (שם, עמ' 335-336) כדי "לבוא בריב עם מושג ה'דקירה' כמושג המתאר את מעשהו של המערער", שכן "נזכור שנאשם זה נעץ סכין בירכו של המנוח, והסכין חדרה אל גופו של הקורבן לעומק של כאחד-עשר סנטימטר". תוך שימוש בציטוטים מעניינים מן המקרא טורח השופט לשכנענו כי "לא-כן הוא בימינו, שדקירה היא נעיצת מחט או סיכה, כדקירת-זריקה או כדקירה לבדיקת דם. זה פירוש המלה 'דקירה', וזה צליל המלה באוזני אדם בימינו. כך הוא בלשון היומיום, הגם שנשתמרו בשפה מטבעות-לשון במשמעותה המקורית של דקירה, כגון בצירוף התיבות כמדקרות-חרב". תחת המילה "דקר" מציע השופט להשתמש בפעלים אחרים: נעץ או תקע, והוא מציינ כי אפשריים גם פעלים נוספים: הכה, החדיר, שיקע, הכניס, תחב, פילח, חתך – אך לא (רק) דקר. ודוק, השופט עצמו עומד על כך שהשימוש במילה "דקר" מתיישב עם השפה העברית, אך חשוב לו מאוד לשלול אותו, משום שאינו משקף את לשון היומיום, לשון בני-האדם, דהיינו המשמעות הטבעית והרגילה של המילה.

כנגד כל אותם פסקי-דין שבהם מתעלמים השופטים (לרבות השופט חשין) מן המשמעות הטבעית והרגילה של המילים כשמדובר במילות החוק המופיעות באיסורים פליליים, אבקש להציב את הדברים שהשופט חשין חתם בהם את פסק-הדין הנ"ל, ולהזכיר כי אפילו לא דובר שם במילות החוק, אלא אך ורק בתיאור עובדתי של מעשה הנאשם: "ואם ישאל השואל, מה היה לי שהטרחתי את עטי ואת הקורא בהערת-לשון שלכאורה אין היא אלא שולית וטפלה לעיקר, אשיב אני ואומר: הלשון היא – ואמורה היא להיות – אספקלריה למציאות, למחשבה, לנפש. אספקלריה ראוי לה שתהא נקייה ומצוחצחת, כי תשקף – ובמדויק – את שאמורה היא לשקף, הן במובן ובמשמעות הן בצליל. כך בענייננו וכך בכל עניין ועניין. והמבין יבין וידע".

לגזירה ישירה של הפתרונות מערכי היסוד של השיטה? כהמשך דבריו של השופט חשיין⁶⁷:

"ההכרעה בשאלה אם הנאשם עבריין ראשי הוא אם עבריין משני הוא, לא תהיה הכרעה משפטית-טכנית, כמקובל, אלא עמדה ערכית"⁶⁸.

ו. אחרית דבר

בשלהי דבריו "על פרשנותה של הוראה פלילית" אמר אבי תורת הפרשנות על-פי מטרת החקיקה השופט ברק כך⁶⁹:

"פירושה של נורמה פלילית מעורר שאלות סבוכות. עם שאלות אלה ביקשה הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין להתמודד. אנו מצויים אך בתחילת הדרך. איני טוען שגישתי שלי היא היחידה האפשרית. אני טוען שהיא ראויה" (ההדגשה שלי – ב' ס').

בחרתי להדגיש משפט זה בתקווה ששופטים אחרים לא ינקטו גישה זו.

67 עמ' 414 לפסק-הדין בע"פ 2796/95 (לעיל, הערה 57).

68 יובהר כי אמנם פרק זה שבמאמרי אינו עוסק ישירות בכלל הפרשנות המצמצמת, אך ראיתי לנכון להוסיפו כדי להמחיש לקוראים את הסכנה שבגישה הפרשנית האלטרנטיבית לזו הנתמכת במאמרי.

69 עמ' 354 להרצאה (לעיל, הערה 39).