

עקרון החוקיות וחוקתיות בדיני העונשין בישראל

מאת

גבריאל הלוי*

- 1 מבוא
- 2 מעמדו החוקתי של עקרון החוקיות בדיני העונשין במדינה הליברלית
 - 2.1 השורשים ההתפתחותיים-השוואתיים של עקרון החוקיות בדיני העונשין
 - 2.2 הביסוסים הליברליים והחוקתיים של עקרון החוקיות המודרני בדיני העונשין
- 3 השפעות חוקתיות על עקרון החוקיות בישראל
- 4 הערת סיכום – רטוריקה חוקתית ולא השפעה חוקתית מהותית

1- מבוא

עקרון החוקיות בדיני העונשין מהווה את אחד מארבעת עקרונות היסוד עליהם מושתתים דיני העונשין המודרניים, ועיקר מהותו מתמצה בקביעת מסגרת התצורה של תחולת הנורמה הפלילית. ישנם אף הרואים בו מקור מרכזי להגנה מפני שימוש לרעה בדיני העונשין כלפי פרטים בחברה אנושית מאורגנת.¹ למעשה עקרון החוקיות

* מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו.
1 יובל לוי "היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין" **עיוני משפט** ד 22, 23–24 (1975) מציין את עיקרו של עקרון החוקיות במילים "אל לשלטון להעניש בשל התנהגות אלא אם זו נאסרה קודם על ידי החוק. מקובל משכבר לראות בעקרון כלל הנעוץ בשרשי המשפט הפלילי והמעוגן ביסודות האדמיניסטרציה של הצדק. תכלית העקרון שמירת איזון בין כוחו של השלטון לבין הפרט, והרעיון הנעוץ בו מיועד להבטיח את חרות הפרט תוך הגנה עליו מפני שימוש שרירותי בכוח שלטוני". במהדורה החמישית לספרו ANDREW ASHWORTH, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 68 (5th ed., 2006) "being governed by rules which are fixed, knowable, and certain" בהשראת ההגדרה מן הספר JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 214–215 (1979). בספרו של ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** כרך א 4 (1984) הוגדר עקרון החוקיות במילים "אין עבירה ואין עונש אלא על פי

אינו קובע את תוכנה של הנורמה הפלילית (איסור הרצח, איסור השוד, איסור התרמית וכיוצא באלה), אלא את כללי היסוד של תצורתה. תצורה זו כוללת התייחסות למקור הנורמה הפלילית, לתחולתה בזמן, לתחולתה במקום ולעקרונות פרשנותה. לפיכך עוסק עקרון החוקיות בפליליות *in abstracto*, במובנה כהגדרת הנורמה הפלילית כחוקית, ולא בפליליות *in concreto*, במובנה כהטלת אחריות פלילית קונקרטית על אדם בגין הפרתה של הנורמה הפלילית.

שורשי המודרניים של עקרון החוקיות נעוצים במסורת המשפטית הליברלית הקלאסית, לפיה אין עונשין אלא בחוק (*Nullum Crimen sine Lege*)², עד כי הפך למאפיין יסודי של שלטון החוק בשיטות המשפט המערביות. בישראל אומצו בחוק העונשין, התשל"ז–1977³, עיקרים מעקרון החוקיות כחלק בלתי-נפרד מדיני העונשין הכלליים במסגרת רפורמת תיקון מס' 39 לחוק.⁴ במקביל התקבלו בשנת 1992 בישראל הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.⁵ גם הוראותיו המרכזיות של חוק יסוד זה נעוצות במסורת המשפטית הליברלית הקלאסית, המעצימה את חירויות הפרט.⁶ כניסתן לתוקף של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הביאה לשינוי רטורי בפסיקת בתי המשפט, אשר החלו להשתמש ברטוריקה חוקתית לצורך הנמקת הכרעותיהם. לאור הדמיון הקונספטואלי שבין עקרון החוקיות בדיני העונשין ובין הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן היה לצפות כי השימוש ברטוריקה החוקתית על ידי ערכאות משפטיות יוביל להעצמה של עקרון החוקיות ותחולתו; שכן העקרונות הליברליים של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שעונים על אותה תפישת עולם משפטית כעקרון החוקיות המודרני.

בפועל, הובילה הרטוריקה החוקתית פעמים רבות דווקא להעצמה של כללים, המכרסמים במסורת המשפטית הליברלית הקלאסית, כפי שהיא מוצאת ביטוייה

חוק שעמד בתקפו בעת עשיית העבירה ושחל עליה גם מבחינת מקום עשייתה".

² לניתוח מימרה זו ראו את ההערה שפורסמה ב- *The Use of Analogy in Criminal Law*, 47

COLUM. L. REV. ;613, 616–617, 624 (1947) ולהלן בפס' 2.1.

³ חוק העונשין, התשל"ז–1977, ס"ח 226 (להלן: חוק העונשין).

⁴ חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 348 (להלן: תיקון מס' 39 לחוק העונשין). למעשה נדבק התחולה הטריטוריאלית שבעקרון החוקיות אומץ כבר בחוק העונשין כנוסחו טרם כניסתו לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין במסגרת ס' 3–11 לחוק העונשין כנוסחו אז. הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין ייחדו לחלקים שאומצו מעקרון זה את הוראות החלק המקדמי בו.

⁵ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150 (להלן: חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), וכפי תיקונו בשנת התשנ"ד בס"ח התשנ"ד 90.

⁶ המדובר הוא, לדוגמא, בחירות הקניין (ס' 3), בחירות האישית (ס' 5) ובחירות התנועה (ס' 6), ולא בחירויות קולקטיביות או בזכויות חברתיות.

בעקרון החוקיות. בתי המשפט בישראל העדיפו באופן עקבי ערכים קהילתיים (קומוניטריאניים) וקולקטיביים על-פני ערכים ליברליים קלאסיים, וזאת דווקא תוך שימוש ברטוריקה חוקתית, אשר הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משמשות את המסד הרחב לרטוריקה זו. למעשה, תרומתה של רטוריקה זו היתה דווקא להצרת עקרון החוקיות ולא להעצמתו. כך, למשל, השתמשה פסיקת בתי המשפט ברטוריקה החוקתית דווקא כדי להרחיב את התחולה במקום של דיני העונשין לכלל תחולה אקסטרא-טריטוריאלית רחבה תוך הדיפת חסמי עקרון החוקיות להרחבה זו. הדיפת חסמים אלה נעשתה בכלים חוקתיים ובדרך של רטוריקה חוקתית.⁷ ספק רב אם השפעה זו הולמת את ערכי המסורת המשפטית הליברלית הקלאסית, אשר עליה מושתתים הן עקרון החוקיות הן אושיות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

ברשימה זו נבחן את השפעת השימוש בכלים החוקתיים וברטוריקה החוקתית על עקרון החוקיות בישראל. ראשית, נבחן את שורשיו ומעמדו החוקתי של עקרון החוקיות המודרני בישראל כדי ליצור את הבסיס התיאורטי לדיון בהשפעות כלפיו.⁸ לאחר מכן נבחן את השפעת הכלים החוקתיים והרטוריקה החוקתית על עקרון החוקיות. לא תיבחנה בעניין זה כלל האפשרויות שנדונו בפסיקת בתי המשפט בישראל, אלא אך שלוש מרכזיות. המדובר הוא בהשפעת חוקי היסוד על העמימות הנורמטיבית של מונחים משפטיים בהגדרתן של עבירות ספציפיות,⁹ על התחולה במקום¹⁰ ועל תפישת המידתיות וההלימות של הנורמה הפלילית¹¹ – כולן היבטים ספציפיים של עקרון החוקיות המודרני בישראל. בסיכום הדברים נעמוד על מהותה הכללית של ההשפעה החוקתית על עקרון החוקיות בפלילים וננסה להתוות את המגמה העולה הימנה.

2- מעמדו החוקתי של עקרון החוקיות בישראל במדינה הליברלית

2.1- השורשים ההתפתחותיים-השוואתיים של עקרון החוקיות בישראל

עקרון החוקיות במתכונתו המודרנית עוצב בעידן הנאורות של המאה השמונה עשרה, אולם ניצנים של נוסחיו הקדומים ושל תפישותיו הבסיסיות מצויים כבר בישראל העונשין במזרח הקדום. המשפטים הפליליים המתועדים במסופוטמיה (שומריים,

7 ראו להלן בפס' 3.2.

8 ראו להלן בפס' 2.

9 ראו להלן בפס' 3.1.

10 לעיל ה"ש 7.

11 ראו להלן בפס' 3.3.

אשוריים ובבליים כאחד) הן מוגבלים מלכתחילה לחקיקה קיימת ומפורסמת בלבד ולא ניתן היה להטיל אחריות פלילית על אדם, אם אחריות זו חרגה מן המסגרת החקוקה.¹² ביטוי מובהק לכך ניתן עם יצירת קובץ חוקי חמורבי,¹³ אשר היווה קובץ משפטי קונקלוסיבי,¹⁴ אך תפישה זו קדמה לו והיתה מושרשת במזרח הקדום כבר בחוקי אור-נמו,¹⁵ שם נקבע במסגרת הוראות החוק השני, כי התנאי המקדמי להטלת אחריות פלילית הוא התנהגות בלתי-חוקית.¹⁶ המשפט העברי אף הוא קיבל את התפישה הכללית ששרתה במזרח הקדום והביאה למסגרת יישומית של הצבת תנאי מקדמי להטלת אחריות פלילית בדמות אזהרה מוקדמת לפי חוק.¹⁷ הרמב"ם החיל את התנאי המקדמי גם ביחס לפרשנות הנקוטה על-ידי בתי הדין בפלילים, וצמצמה לפרשנות דווקנית, המבוססת על תשתית עובדתית ברורה בלבד.¹⁸ עם זאת, בתי הדין נטו לסטות מתנאים אלה במקרים רבים¹⁹ ולפיכך נמנע מכללים אלה המעמד המכונן

¹² ראו בעניין זה Raymond Westbrook, *Social Justice in the Ancient Near East*, in SOCIAL JUSTICE IN THE ANCIENT WORLD 157 (1995); Samuel Greengus, *Legal and Social Institutions of Ancient Mesopotamia*, 1 CIVILIZATIONS OF THE ANCIENT NEAR EAST 469, 474–475 (1995); Edwin M. Good, *Capital Punishment and Its Alternatives in Ancient Near Eastern Law*, 19 STAN. L. REV. 947, 974 (1967)

¹³ חמורבי מלך בבבל בין השנים 1792–1750 לפנה"ס. לסקירה כללית של קובץ חוקי חמורבי ראו Jack M. Sasson, *King Hammurabi of Babylon*, 2 CIVILIZATIONS OF THE ANCIENT NEAR EAST, 901 (1995)

¹⁴ HENRY W. F. SAGGS, THE GREATNESS THAT WAS BABYLON 206 (1962)

¹⁵ המלך אור-נמו (2112–2095 לפנה"ס) יסד את שושלת אור, אשר איחדה את המלכות השומרית עם המלכות האכדית בשנת 2100 לפנה"ס ויצירת קובץ החוקים המאוחד לשתי הממלכות שאוחדו תחת שלטונו מהווה ציון דרך משפטי משמעותי במשפט הפלילי של המזרח הקדום. ראו בעניין זה: Dominique Charpin, *The History of Ancient Mesopotamia: An Overview*, 2 CIVILIZATIONS OF THE ANCIENT NEAR EAST, 807, 811–812 (1995)

¹⁶ Russ Versteeg, EARLY MESOPOTAMIAN LAW 20, 107–108 (2000); הלה מתרגם לאנגלית את החלק הרלוונטי בחוק השני כדלהלן: "If a man acts lawlessly, they shall kill him" קיימת מחלוקת ביחס לפרשנות הביטוי "lawlessly" – האם מדובר באיסור סטטוטורי, או שמא גם בעבירות ספציפיות שהוכרו גם בפסיקה, כלומר בפעילות הנחשבת בלתי חוקית בעיני בית המשפט היושב בדין, והוא אשר מכריז עליה ככזו. הדעה הרווחת היא כי מדובר בהתנהגות פסולה בהתאם לנורמה חקוקה סטטוטורית.

¹⁷ ראו, לדוגמא, זבחים קו, ע"ב; מכות ה, ע"ב; נדרים כ, ע"א; ירושלמי, נדרים ב, ה.

¹⁸ רמב"ם, משנה תורה, סנהדרין כ, א.

¹⁹ יישומו של עקרון החוקיות בדיני העונשין במשפט העברי עורר מחלוקות בשני מישורים – המישור הפרשני והמישור הקונסטטיטוטיבי של יצירת עבירות. באשר למישור הפרשני קבע רבי ישמעאל, כי ביחס לעבירות שלא נקבעו מפורשות במקרא, אלא נלמדו בדרך פרשנית, אין ללמוד את עונשה בדרך פרשנית זו, שהרי "אין עונשין מן הדין", כלומר אין עונשין מתוך פרשנות (בבלי, מכות ה, ע"ב). בתלמוד הירושלמי נתקבל כלל זה כ"למדיין מקל וחומר, ואין

של עקרון החוקיות בידי העונשין.

במשפט הרומי נמצאו הוראות המרמזות על דרישת עקרון החוקיות כאחת מדרישות היסוד המקדמיות להטלת אחריות פלילית כבר בתקופת הרפובליקה,²⁰ אך לא תמיד נשמעו הטרובונלים המשפטיים להוראות אלה. הדעה הרווחת היא כי המימרה הלטינית, כי אין עונשין אלא בחוק²¹ – Nullum Crimen sine Lege – למרות לטיניותה – לא התפתחה במשפט הרומי, אלא דווקא במאה השמונה עשרה.²² בתקופה מאוחרת יותר, בתקופת האימפריה, הקיסר לא רשאי היה להכריז על התנהגות כבלתי חוקית, אלא ביצירת חוק חרות, הצופה פני עתיד,²³ אולם עד לשנת 440 לסה"נ חוקקו מספר חוקים פליליים למפרע (רטרואקטיבית).²⁴ המשפט הרומי לא התייחס לעקרון החוקיות בידי העונשין במונחים חוקתיים, אלא במונחים השאובים

עונשין מקל וחומר" (ירושלמי, יבמות יא, ה; ירושלמי, עבודה זרה ה, יב). לעומתו סבר רבי עקיבא, כי "עונשין מן הדין", וכי ניתן להטיל אחריות פלילית על אדם בדרך של פרשנות והיסק, אף אם הדבר לא נקבע מפורשות במקרא (בבלי, סנהדרין עד, ע"א; בבלי, מכות יז, ע"ב; בבלי, זבחים קו, ע"ב). במישור הקונסטטוטיובי של יצירת העבירות הקושי היה רב יותר. בשלב כלשהו בימי הבית השני נטלו חכמי ההלכה סמכות לעצמם לקבוע חקיקה פלילית חדשה, אף שלא נקבעה סמכות כזו במקרא ואף שיש בכך משום "עקירת דין מן התורה ב'קום ועשה", מאחר שעל-פי דין תורה אין להטיל עונש מלקות על אדם שאינו ראוי לעונש זה (משנה תורה, סנהדרין, פרק טז, הלכה יג). על נטילת סמכות עצמית זו בישר רבי אליעזר בן יעקב באומרו "שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה" (בבלי, סנהדרין מו, ע"א; בבלי, יבמות ז, ע"ב). ההסבר שניתן לנטילת סמכות זו היה כורח-השעה ("מיגדר מילתא"), שכן היה מדובר בצורך למגר תופעות שליליות, הגם שלא נאסרו מפורשות בחוק המקראי, אלא בידי חכמים בלבד, והדברים הודגמו בהמשך דבריו של רבי אליעזר בן יעקב (בבלי, יבמות ז, ע"ב), כי "א"ר אלעזר בן יעקב שמעתי שב"ד מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה ומעשה באדם אחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים והביאוהו לב"ד וסקלוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך ושוב מעשה באדם אחד שהטיח באשתו תחת התאנה והביאוהו לבית דין והלקוהו לא מפני שראוי לכך אלא שהשעה צריכה לכך מיגדר מילתא". אמוראי ארץ-ישראל דנו בהיקף תחולתה של סמכות זו, ומחלוקת פרשנית נתגלעה ביניהם. יש אשר הרחיבו את השימוש בה גם במקרים של ראיות בלתי מוצקות (ירושלמי, חגיגה ב, ב) ויש אשר חייבו ראיות ברורות וחד-משמעיות (ירושלמי, חגיגה ב, ב, דברי רבי יוסה), אולם לא נסבה המחלוקת על עצם נטילת הסמכות לקבוע עבירות ולהטיל אחריות בגינן.

²⁰ OLIVIA F. ROBINSON, THE CRIMINAL LAW OF ANCIENT ROME 15–17 (1995).

²¹ ANSELM FEUERBACH, LEHRBUCH DES GEMEINEN IN DEUTCHLAND GELTENDEN PEINLICHEN RECHTS 20 (GISSEN, 1801); כן ראו לעיל ה"ש 2. הכלל נוסח גם בקוד יוסטיניאנוס, ראו: "Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam".

²² JEROME HALL, GENERAL PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW 28–29 (2nd ed., 1960, 2005).

²³ ROBINSON, לעיל ה"ש 20, בעמ' 9–14.

²⁴ HALL, לעיל ה"ש 22, בעמ' 30.

מן הדין הפלילי, משל היה אחד מני עקרונות דיני העונשין לצד עקרון ההתנהגות, עקרון האשם ואחרים.²⁵ ההתייחסות לעקרון החוקיות בדיני העונשין כחלק מן העקרונות החוקתיים של שיטת המשפט החלה רק בימי הביניים המאוחרים.

ההוראות הדיוניות בסימן 39 לכתב הזכויות האנגלי, ה-Magna Carta משנת 1215, הזכירו היבטים צרים ודיוניים בלבד של עקרון החוקיות.²⁶ עם זאת, נראה, כי הסיבה המרכזית להתייחסות להיבטים הדיוניים הצרים שבסימן 39 לכתב הזכויות האנגלי כאל עקרונות חוקתיים לצדן של חירויות היסוד במשפט האנגלי, כפי שמדגימים דברי Fortescue מן המאה החמש-עשרה,²⁷ נבעה מתפישת המשפט הפלילי באנגליה כאקט שלטוני, אשר יש להגבילו לצורך הימנעות משרירות בהפעלתו על-ידי הרשויות. לגופן של הוראות אלה, קשה למדי לראות בהן כביסוס מספק לעקרון החוקיות בדיני העונשין, שכן אין הוראות אלה מתייחסות לתצורת "משפט הארץ", אשר אין מניעה בהוראות אלה, כי יחול למפרע (רטרואקטיבית), למשל, וכן מדובר בהוראות דיוניות (פרוצדוראליות) יותר מאשר מהותיות (סובסטנטיביות), כאמור.

למעשה, מקורו של עקרון החוקיות במובנו המודרני נעוץ בתובנות עידן הנאורות של המאה השמונה-עשרה באירופה ובלחצם של מעמדות הביניים הכלכליים על השלטונות ליצירת מסגרת משפטית הולמת להגנה על אינטרסיהם הכלכליים החדשים בעקבות המהפכה התעשייתית הראשונה. עוד במסגרת המשטר הישן והאבסולוטי יצרה המהפכה התעשייתית הראשונה מעמד ביניים כלכלי חדש, אשר ניזון מן הייצור התעשייתי והתבסס בערים. למעמד זה התעוררו צרכים חברתיים חדשים, אשר לא היו דרושים לאצולה או למשקי הבית הכפריים, אשר התבססו על המקרקעין.²⁸ כך למשל, נייעור הצורך בהגדרת עבירה פלילית חדשה של הברחת סחורה, אשר לא היתה כה רלוונטית, אלא למעמד הביניים החדש, המבוסס על

²⁵ ROBINSON, לעיל ה"ש 20, בעמ' 15.

²⁶ הוראות סימן 39 ל-Magna Carta קבעו, כי "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super cum ibimus, nec super cum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre"

²⁷ בעניין זה ציין Sir John Fortescue במאה החמש עשרה בספרו: SIR JOHN FORTESCUE, DE LAUDIBUS LEGUM ANGLIAE 93 (Stanley Bertram Chrimes trans. 1874) כי "In such a Constitution, under such humane laws, every man may live safely and securely"... "Indeed, one would much rather that twenty guilty persons should escape the punishment of death, than that one innocent person should be condemned and suffer capitally"

²⁸ MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH 87 (1979).

התעשייה.²⁹ במקביל, הענישה הדרקונית שהיתה קיימת בעבירות הרכוש שהיו מצויות בתקופה זו, הובילה להתחמקות של בתי המשפט מלהרשיע את חסרי-הכל בדרך של פרשנות משפטית מרחיקת-לכת, ובכך נמנעה גזירת אותה ענישה דרקונית על נאשמים אלה. התוצאה היתה היוותרותם של בני מעמד הביניים חשופים לפשיעה נגד רכושם ללא מערכת אפקטיבית להגנה.³⁰ לחצם כלפי השלטונות היה מופנה כלפי יצירת עבירות פליליות חדשות, אשר הענישה בהן תהא מידתית (פרופורציונלית), ואשר נוסחן ההוגן יוביל להרתעה חברתית כמו גם אכיפתן בבתי המשפט.

הביסוסים הליברליים של עקרון החוקיות בידי העונשין, כפי שיידונו להלן, נוספו והתעצמו באירופה של עידן הנאורות תוך חיזוק מעמדו החוקתי של העיקרון, שכן במקביל להתפתחות המהפכה התעשייתית הראשונה באירופה, התפשטו רעיונות הנאורות, אשר הובילו להתגבשותה של הפילוסופיה הפוליטית הליברלית, אשר במסגרתה הועמד הפרט ראשון בסדר העדיפויות החברתי והפוליטי. ביטוי מובהק לאימוץ הליברליזם בהקשר ספציפי זה של עקרון החוקיות ניתן לעתים בדרך של עיגון העיקרון במסגרת של חוקה פורמלית, ולא רק במסגרת של הוראות החקיקה הפלילית הספציפית. המהפכה הצרפתית קבעה את עקרון החוקיות כעיקרון חוקתי הנובע מן התפישה הליברלית הקלאסית של זכויות האדם וחירויות הפרט כבר בשנת 1789,³¹ וזאת לאחר הופעת שורה של קודכסים פליליים באירופה, אשר אימצו את עקרון החוקיות במובנו הליברלי המודרני – תחילה באופן חלקי ולאחר מכן במלואו.³² כך, חוקתית, כחלק בלתי נפרד מזכויות האדם ומחירויות הפרט הליברליות, אט-אט לא ניתן היה להטיל אחריות פלילית על אדם, אלא לפי חוק, העומד בדרישות הבסיסיות של עקרון החוקיות המודרני. מסורת ליברלית זו מוצאת ביטויה בעולם המערבי כיום בשלושה מישורים מרכזיים:

א. **במישור החוקתי של מדינות באמצעות הגדרת עקרון החוקיות בחוקה, כפי**

29 Cal Winslow, *Sussex Smugglers*, in ALBION'S FATAL TREE: CRIME AND SOCIETY IN EIGHTEENTH-CENTURY ENGLAND (1975)

30 JEREMY BENTHAM, THEORY OF LEGISLATION 179, 207, 217 (1975)

31 כך, סימן 8 להצהרה הצרפתית בדבר זכויות האדם והאזרח משנת 1789 קבע: "Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée"

32 בהקשר זה ניתן להצביע על הקוד הפלילי הפרוסי משנת 1721, על הקוד הפלילי הבווארי משנת 1751 ועל הקוד הפלילי האוסטרי משנת 1769, אשר הושפעו באופן ישיר מן הרעיונות הליברליים של עידן הנאורות. הקוד הפלילי הראשון שאימץ מגבלות גורפות על החקיקה הפלילית היה הקוד הפלילי האוסטרי של פראנץ יוזף השני משנת 1787, ערב פרוץ המהפכה הצרפתית.

שנעשה לדוגמא בארצות-הברית³³ ובגרמניה³⁴;
 ב. במישור התחיקתי של מדינות באמצעות הגדרת עקרון החוקיות בקודכסים הפליליים, כפי שנעשה לדוגמא בגרמניה³⁵ ובצרפת³⁶;
 ג. במישור הבינלאומי באמצעות הגדרת עקרון החוקיות כחלק בלתי נפרד מזכויות האדם האוניברסליות, כפי שנעשה לדוגמא בהצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם של האומות המאוחדות משנת 1948,³⁷ באמנה האירופית בדבר זכויות האדם וחירויות היסוד משנת 1950³⁸ ובפסיקת טריבונלים בינלאומיים.³⁹
 כיום ניתן להתייחס לעקרון החוקיות כמונחים אוניברסליים, אם כי שיטות משפט שונות מאמצות אותו בדרכים שונות ומייחסות לו תפקידים שונים. עם זאת, הגרעין

33 ראו: U.S. CONST. art. I, §9(3): "No bill of attainder or ex post facto Law shall be passed", §10(1): "No state shall enter into any treaty, alliance, or confederation; grant letters of marque and reprisal; coin money; emit bills of credit; make anything but gold and silver coin a tender in payment of debts; pass any bill of attainder, ex post facto law, or law impairing the obligation of contracts, or grant any title of nobility"

34 Grundgesetz, art. 103 (II)

35 הוראות סימן 1 לקוד הפלילי הגרמני קובעות: "Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde"

36 הוראות סימן 3-111 לקוד הפלילי הצרפתי קובעות: "Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention" להוראות אלה מן הקוד הפלילי הצרפתי משנת 1994 קדמו הוראות סימן 4 לקוד נפוליאון משנת 1810, אשר קבעו, כי "Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis" הוראות סימן 4 לקוד נפוליאון משנת 1810 שימשו גם מקור השראה לקודכסים פליליים נוספים באירופה של המאה התשע-עשרה, ובהם הקוד הפלילי הבווארי משנת 1813, הקוד הפלילי הפרוסי משנת 1851 והקוד הפלילי הגרמני משנת 1870.

37 UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, 1948, sec. 11(2): "No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed"

38 EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS, 1950, art. 7

39 ראו בעניין זה אצל לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26 וכן: 7 [1984] Malone v. United Kingdom, E.H.R.R. 14

המרכזי של עקרון החוקיות, המהווה את ליבתו הנו יציב בדרך-כלל בשיטות המשפט השונות. כך למשל, בגרמניה אומץ עקרון החוקיות (Gesetzlichkeitsprinzip) בסימן 1 לקוד הפלילי הגרמני⁴⁰ והוא נתפש גם כחלק בלתי נפרד מן התפישה החוקתית בגרמניה, שכן הוא אומץ גם בחוק היסוד הגרמני,⁴¹ כאמור. עיקרו של עקרון החוקיות נעוץ באיסור יצירת עבירות פליליות בידי בתי משפט, אלא בידי המחוקק בלבד. לכך מתווספים גם איסורים על ענישה למפרע (רטרואקטיביות), אם היא מחמירה את מצבו של הנאשם, איסור על פרשנות עבירות בדרך של היקש ותחולה מקומית של דיני העונשין בכפוף לחריגים.⁴² דיני העונשין בגרמניה אימצו לתוך עקרון החוקיות גם שני עקרונות נוספים. הראשון הוא עקרון הסובסידיאריות (Subsidiaritätsprinzip). עיקרון זה קובע, כי השימוש בדיני העונשין יהא אך כמוצא האחרון (Ultima Ratio) להתמודדות המדינה עם תופעה חברתית הפוגעת בזכויות מוקנות.⁴³ השני הוא עקרון ההגנה על זכויות משפטיות (Rechtsgüterschutzprinzip). עיקרון זה קובע, כי התערבות דיני העונשין היא חוקית אך במקרים של פגיעה בזכויות משפטיות, המהווה פגיעה בערכים חברתיים. פגיעה בערכים מוסריים כשלעצמה אינה מהווה בסיס משפטי מספק להתערבות דיני העונשין.⁴⁴

במשפט המקובל האנגלי מזהה עקרון החוקיות עם שלטון החוק (Rule of Law). גישת המשפט המקובל האנגלי היא כי לנתינים יש זכות להישלט בידי כללים משפטיים שאינם שרירותיים, שאינם נסתרים ואשר הם ודאיים.⁴⁵ לתפישה זו נפקות הן במסגרת המשפט המהותי והן במסגרת המשפט הדיוני, אך נפקותה המרכזית היא

40 לעיל ה"ש 35.

41 לעיל ה"ש 34.

42 עיקר הוראות עקרון החוקיות מצוי במסגרת הוראות סימנים 1–10 לקוד הפלילי הגרמני. לפרשנות עקרון החוקיות בדיני העונשין במשפט הגרמני ראו: HANS-HEINRICH JESCHECK UND THOMAS WEIGEND, LEHRBUCH DES STRAFRECHTS – ALLGEMEINER TEIL 128–137 Heribert Schumann, *Criminal Law, in* INTRODUCTION TO GERMAN LAW 387, 388–389 (2ND ed., Mathias Reimann & Joachim Zekoll eds., 2005); NIGEL FOSTER, GERMAN LEGAL SYSTEM & LAWS 203 (2ND ed., 1996).

43 Arthur Kaufmann, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, GRUNDFRAGEN DER VOLKERGESAMTEN STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, Festschrift für Henkel 89 (1974) KREY, DEUTSCHES STRAFRECHT ALLGEMEINER TEIL, TEIL I: GRUNDLAGEN 14–23 JESCHECK UND WEIGEND; (2002) שם, בעמ' 258.

44 Albin Eser, *The Principle of 'Harm' in the Concept of Crime – A Comparative Analysis of the Criminally Protected Legal Interests*, 4 DUQ. U. L. R. 345 (1966) FOSTER, לעיל ה"ש 42, בעמ' 203; JESCHECK UND WEIGEND, שם, בעמ' 7; BVerfGE 45, 187.

45 ראו בעניין זה JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW 214–215 (1979).

כי בתי המשפט יימנעו מלהטיל אחריות פלילית אם עקרון החוקיות אינו מתקיים במקרה הספציפי העומד לדיון. עקרון החוקיות נתפש כאוסף של ארבעה כללים מרכזיים, המגדירים את סמכות הריבון לקבוע נורמות בפלילים, ואשר הוכרו בפסיקת המשפט המקובל האנגלי. כך, כולל עקרון החוקיות במשפט המקובל האנגלי את הכלל נגד קביעה למפרע (רטרואקטיבית) של נורמות בפלילים,⁴⁶ כלל הוודאות המרבית,⁴⁷ כלל הפרשנות הדווקנית⁴⁸ וחזקת החפות.⁴⁹ חקיקת החוק החרות⁵⁰ Human Rights Act, 1998 הוסיפה נדבך של זכויות אדם לעקרון החוקיות,⁵¹ אך דוקטרינות פסוקות כרסמו בכללי עקרון החוקיות במשפט המקובל האנגלי, לדוגמא: כלל הקרח הדק,⁵² מדיניות ההגנה החברתית,⁵³ גישת הפרשנות התכליתית⁵⁴ ומדיניות ההקלה בנטל

46 Shaw, [1962] A.C. 220, [1961] 2 All E.R. 446, ראו: The Non-Retroactivity Principle [1961] 2 W.L.R. 897; Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd., [1973] A.C. 435, [1972] 2 All E.R. 898, [1972] 3 W.L.R. 143; Tan, [1983] Q.B. 1053

47 Hughes v. Holley, (1988) 86 Cr. App. R. ראו The Principle of Maximum Certainty 130; Pattni, [2001] Crim. L.R. 570; Cotter, [2002] Crim. L.R. 824; Clark, [2003] 2 Cr. App. R. 363

48 Taylor, [1950] 2 K.B. 368; Gomez, [1993] ראו The Principle of Strict Construction A.C. 442, [1993] 1 All E.R. 1, [1992] 3 W.L.R. 1067; Pepper v. Hart, [1993] A.C. 593; Hinks, [2001] 2 A.C. 241, [2000] 3 W.L.R. 1590, [2000] 4 All E.R. 833; Andrew Ashworth, *Interpreting Criminal Statutes: A Crisis of Legality?*, 107 L.Q.R. 419 (1991)

49 Woolmington, [1935] A.C. 462, [1935] All E.R. ראו: The Presumption of Innocence 1, 25 Cr. App. R. 72, 30 Cox C.C. 234; Lambert, [2002] 2 A.C. 545, [2001] 3 W.L.R. 206, [2002] 1 All E.R. 2; Sheldrake, [2005] 1 A.C. 264, [2005] 1 All E.R. 237; [2005] 1 Cr. App. R. 28

50 Human Rights Act, 1998, C.42 מיום 9 בנובמבר 1998.

51 כך למשל, קובעות הוראות ס"ק (1)3 לחוק הכפפה של פרשנות החקיקה לאמנה האירופית לזכויות האדם, כדלהלן: "(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights". בתי המשפט בבריטניה קיבלו עקרונית גישה זו, ראו, לדוגמא: Percy, [2002] Crim. L.R. 835, [2002] A.C.D. 24; A. v. The Secretary of State for the Home Department, [2005] 2 W.L.R. 87, [2004] U.K.H.L. 56; ANDREW ASHWORTH, *HUMAN RIGHTS, SERIOUS CRIME AND CRIMINAL PROCEDURE* (2002)

52 The Thin Ice Principle לפיו פעילות מודעת הקרובה לגבול האחריות הפלילית מהווה נטילת סיכון בהפללה, ראו: Chan Chi-hung, [1996] A.C. 442; ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 73–74 (5TH ed., 2006)

53 בהתאם למדיניות זו, מידה מסוימת של חוסר בהירות בניסוח חוקים פליליים טומנת בחובה תועלת חברתית באשר היא מאפשרת לרשויות אכיפת החוק להתמודד בגמישות וביעילות עם תופעות חברתיות בלתי רצויות, ראו: Lim Chin Aik, [1963] A.C. 160, [1963] 1 All E.R.

ההוכחה.⁵⁵

בארצות הברית נתפש עקרון החוקיות כאחת הנחות היסוד בידי העונשין. מרכז הכובד של עקרון החוקיות הוא הקשר שבין בתי המשפט למחוקק באשר ליישום דיני העונשין במשפטים פליליים. אחד מן הכללים הבסיסיים שהתפתחו במסגרת עקרון החוקיות במשפט האמריקאי הוא כי נורמה עמומה מובילה לבטלות (void-for-) (vagueness).⁵⁶ בעבר ההשפעה המרכזית על התפתחות כלל זה היתה השפעה חוקתית, לפיה אי-וודאות בניסוח נורמה פלילית אינה עומדת בסטנדרטים חוקתיים, הקבועים בתיקון השישי לחוקה האמריקאית,⁵⁷ אולם כיום עיקר ההשפעה החוקתית מצוי בתיקונים החמישי והארבעה עשר לחוקת ארצות-הברית.⁵⁸ במקביל הוכר בכלל בדבר פרשנות דווקנית ומצירה של החקיקה הפלילית לטובתו של הנאשם,⁵⁹ המושפע גם הוא מן הצורך בעמידה בסטנדרטים חוקתיים.⁶⁰ היבט נוסף של עקרון החוקיות הוא הכלל בדבר איסור על חקיקה למפרע (רטרואקטיבית). גם כלל זה נתפש ככלל חוקתי הנובע ישירות מן החוקה האמריקאית והוא מתייחס הן לרמה הפדראלית והן לרמה המדינתית.⁶¹ האיסור פורש, למעשה, כמתייחס ליחסים שבין בתי המשפט למחוקק, כך

- 223, [1963] 2 W.L.R. 42; Cambridge and Isle of Ely County Council v. Rust, [1972] 2 Q.B. 426, [1972] 3 All E.R. 232, [1972] 3 W.L.R. 226
- Charles, (1976) 63 Cr. App. R. 252; Oxford v. Moss, (1978) 68 Cr. App. R. 183, ⁵⁴ [1979] Crim. L.R. 119; Gold, [1987] Q.B. 1116, [1987] 3 All E.R. 618, [1987] 3 W.L.R. 803, [1988] A.C. 1063; Preddy, [1996] A.C. 815, [1996] 3 All E.R. 481, [1996] 3 W.L.R. 255
- Hunt, [1987] A.C. 352, [1987] 1 All E.R. 1, [1986] 3 W.L.R. 1115, 84 Cr. App. R. ⁵⁵ 163; Carass, [2002] 2 Cr. App. R. 77; Andrew Ashworth & Meredith Blake, *The Presumption of Innocence in English Criminal Law*, CRIM. L. R. 306 (1996)
- United States v. Brewer, 139 U.S. 278, 11 S.Ct. 538, 35 L.Ed. 190 (1891); James v. ⁵⁶ Bowman, 190 U.S. 127, 23 S.Ct. 678, 47 L.Ed. 979 (1903); United States v. Evans, 333 U.S. 483, 68 S.Ct. 634, 92 L.Ed. 823 (1948)
- United States v. L. Cohen Grocery Co., 255 U.S. 81, 41 S.Ct. 298, 65 L.Ed. 516 ⁵⁷ (1921); Yu Cong Eng. V. Trinidad, 271 U.S. 500, 46 S.Ct. 619, 70 L.Ed. 1059 (1926)
- Connaly v. General Constr. Co., 269 U.S. 385, 46 S.Ct. 126, 70 L.Ed. 322 (1926); ⁵⁸ WAYNE R. LAFAYE, CRIMINAL LAW 103–104 (4TH ED., 2003)
- Commonwealth v. Wotan, 422 Mass. 740, 665 N.E.2d 976 ראו לדוגמא את פסקי הדין ⁵⁹ (1996); Jones v. United States, 529 U.S. 848, 120 S.Ct. 1904, 146 L.Ed.2d 902 (2000); State v. Colvin, 645 N.W.2d 449 (Minn. 2002)
- Almendarez-Torres v. United States, 523 U.S. 224, 118 S.Ct. 1219, 140 L.Ed.2d 350 ⁶⁰ (1998)
- לעיל ה"ש 33. ⁶¹

שהאיסור מופנה כלפי בית המשפט לבל יישם חקיקה פלילית למפרע.⁶² עם זאת, התחולה של דיני העונשין במקום אינה נתפשת במשפט האמריקאי כחלק מעקרון החוקיות, אלא כשאלה של סמכות בתי המשפט.⁶³ בישראל ניתן להתייחס לעקרון החוקיות בשני מישורים: המישור החוקתי ומישור דיני העונשין. **במישור החוקתי** מעוגן עקרון החוקיות בשילוב הוראות סעיפים 2, 3, 5, 6 ו-7 עם הוראות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. שילוב ההוראות קובע, כי לא ניתן לפגוע בחייו (סעיף 2, באמצעות הטלת עונש מוות), בגופו (סעיף 2, באמצעות הטלת עונשי גוף, לדוגמא: מאסר בפועל, מאסר בדרך של עבודות שירות), בכבודו (סעיף 2, באמצעות הטלת האחריות הפלילית והנלווה לה), בקניינו (סעיף 3, באמצעות הטלת עונשים כלכליים, לדוגמא: קנסות, שלילת אפשרות לעבוד), בחירותו האישית (סעיף 5, באמצעות מאסר, מעצר, חלופות מעצר, הסגרה), בחירות תנועתו (סעיף 6, באמצעות מגבלות כניסה ויציאה מן הארץ) או בפרטיותו (סעיף 7, באמצעות חיפושים, האזנות, חשיפה פומבית) של אדם, אלא לפי חוק, העומד בדרישות סעיף 8 לחוק היסוד (הלימת ערכי מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידתיות בין התכלית ובין האמצעי המשפטי).

במישור דיני העונשין אימצו הוראות חוק העונשין במסגרת הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין חלקים מעקרון החוקיות במובנו הליברלי המודרני, כפי שיפורט להלן, ולכך הוקדש החלק המקדמי של חוק העונשין.⁶⁴ הביטוי למעמדו של עקרון החוקיות מצוי גם בעצם קביעת העיקרון בסעיף הראשון בחוק העונשין.⁶⁵ עקרון החוקיות במובנו הליברלי המודרני כולל ארבעה היבטים, כאמור, המתייחסים לתצורת הנורמה הפלילית ביחס למקורה הנורמטיבי,⁶⁶ לתחולתה בזמן, לתחולתה במקום

⁶² Calder v. Bull, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 1 L.Ed. 648 (1798); Galvan v. Press, 347 U.S. 522, 74 S.Ct. 737, 98 L.Ed. 911 (1954); Rogers v. Tennessee, 532 U.S. 451, 121 S.Ct. 1693, 149 L.Ed.2d 697 (2001)

⁶³ United States v. Bowman, 260 U.S. 94, 43 S.Ct. 39, 67 L.Ed. 149 (1922); Smith v. United States, 507 U.S. 197, 113 S.Ct. 1178, 122 L.Ed.2d 548 (1993)

⁶⁴ בדברי ההסבר להצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992, ה"ח 115, 115 (להלן: הצעת חוק העונשין, 1992) הוסבר, כי "פרקים א' ו-ב' להצעה, דנים בשלושת ההיבטים של עקרון 'חוקיות הענישה', שהוא עקרון יסודי בדיני עונשין בכל מדינה מתוקנת המושתתת על שלטון החוק: העבירה ועונשה חייבים להיקבע בהוראה חקוקה ואין עבירה או עונש על פי דין בלתי חקוק או על פי שיקולי הגיון של בתי המשפט; הפעלתה של הוראה חקוקה, מותנית בזמן ביצוע העבירה ובמקום ביצועה".

⁶⁵ הוראות ס 1 לחוק העונשין, פרי תיקון מס' 39, קובעות: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו".

⁶⁶ כמתחייב מהיות ההוראה בגדר חיקוק, כוללת הדרישה גם דרישות פומביות, ודאות ובהירות בנוסח החיקוק.

ולפרשנותה.⁶⁷

שלושת ההיבטים הראשונים אומצו, כאמור, בחלק המקדמי בחוק העונשין ולכל אחד מן ההיבטים שאומצו נקבעו מפורשות גם הרחבות ספציפיות שהוגבלו. כך, ביחס להיבט הראשון הוסמך גם מחוקק המשנה, בנוסף על המחוקק הראשי, לקבוע עבירות פליליות, אך הן מוגבלות בענישה.⁶⁸ ביחס להיבט השני הוכרה תחולה למפרע של עבירה פלילית, אך לקולת העושה.⁶⁹ ביחס להיבט השלישי הוכרה תחולה במקום של דיני העונשין המקומיים על אירועים שאירעו מחוץ לישראל, אך תוך שמירת זיקה לישראל או להתחייבויות בינלאומיות שמדינת ישראל נטלה על עצמה.⁷⁰ באשר להיבט הרביעי, אומצה בהוראות סעיף 34כא לחוק העונשין גישה מרוככת למדי של הפרשנות, אשר סתתה מן העיקרון עצמו ואף מגרסאות קודמות של הצעת החוק, ועל כך יורחב להלן.⁷¹

2.2- הביסוסים הליברליים והחוקתיים של עקרון החוקיות המודרני בידי העונשין

ביוריספרודנציה המודרנית עולה השאלה, מהם אפוא הביסוסים הליברליים של עקרון החוקיות בידי העונשין. נראה, כי הביסוסים הליברליים הם אלה הקושרים כיום את עקרון החוקיות בידי העונשין לתפישת שלטון החוק במובנה החוקתי של הדמוקרטיה המודרנית. במסורת המשפטית הליברלית בהקשר הספציפי של דיני העונשין מקובל לזהות **שני כוחות מנוגדים**. מן הצד האחד קיים הכוח של המדינה (או הריבון) לשליטה חברתית (Social Control). כוח זה קיים בכל מוסדות המדינה ובתהליך החברות (סוציאליזציה), גם ללא קשר למדינה ולמוסדותיה.⁷² בהקשר הספציפי של דיני העונשין מדובר **בשליטה חברתית משפטית**⁷³ (Legal Social Control). המשמעות

⁶⁷ וראו בעניין זה את דבריו של פרופסור פלר בספרו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 18 כדלהלן: ("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").

⁶⁸ ההסמכה למחוקק המשנה ומגבלת הענישה כלפיו הוכרו במסגרת הוראות ס' 2 לחוק העונשין.

⁶⁹ במסגרת הוראות ס' 4 וס"ק 5(ב) לחוק העונשין.

⁷⁰ המדובר הוא בהוראות סימן ג לפרק ג לחוק העונשין.

⁷¹ להלן בפס' 3.1.

⁷² לתהליך החברות קיימים גם היבטים משפחתיים, חינוכיים, כלכליים ואחרים, ולא אך היבטים משפטיים. תהליך החברות אינו תהליך משפטי, אלא תהליך חברתי, אך המשפט, ככלי חברתי, עשוי לשמש בו כגורם מעצב, המכוון את התנהגות הפרטים בחברה. גם תהליך החברות במשפחה לדוגמא, עשוי לעצב את התנהגות הפרטים במסגרת התא המשפחתי ומחוצה לו, וכך גם ביחס לכל מערכת חברות בנפרד.

⁷³ למהות השליטה החברתית המשפטית ("Sozialordnung") ראו KREY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2–7.

הישירה של השליטה החברתית המשפטית היא בכוחה של המדינה לכוון את התנהגות נתיניה בדרך מסוימת. לעתים כיוון ההתנהגות נעשה תוך הגנה על ערכים מסוימים, לדוגמא: קביעת עבירות רכוש מתוך הגנה על הקניין הפרטי⁷⁴ או קביעת עבירות המתה מתוך הגנה על חיי אדם.⁷⁵ לעתים המדובר הוא ביצירת סדר חברתי כשלעצמו, גם מבלי להגן על ערכים חברתיים ספציפיים, לדוגמא: קביעת עבירה פלילית לאי מתן זכות קדימה לרכב הבא מימין דווקא ולא משמאל.⁷⁶ כוח זה של שליטה חברתית משפטית מאפיין כל שלטון בחברה אנושית – עתיקה או מודרנית, דמוקרטית או טוטאליטרית. ההבדל בין החברות האנושיות השונות נעוץ באיזון השליטה החברתית המשפטית עם הכוח האחר.

הכוח האחר הוא האינדיווידואליזם. בהקשר הספציפי של דיני העונשין מדובר באינדיווידואליזם משפטי⁷⁷ (Legal Individualism). האינדיווידואליזם המשפטי מוצא את ביטויו בחירויות הפרט הבסיסיות⁷⁸ כחירות הקניין וחירות התנועה, לדוגמא. האינדיווידואליזם המשפטי המודרני צמח מתוך המאבקים הפוליטיים בשלטון האבסולוטי באירופה של המאה השמונה-עשרה. השלטון האבסולוטי השתמש בכוחו השלטוני לשליטה חברתית משפטית באמצעות דיני העונשין בדרך של יצירת נורמות פליליות לכוון את התנהגות הנתינים.⁷⁹ זיהוי המשפט הפלילי עם הכוח השלטוני האבסולוטי היה ישיר ומוחלט, שכן השימוש במשפט הפלילי נתפש כאקט שלטוני של הריבון. המאבקים הפוליטיים של עידן הנאורות בשלטון האבסולוטי הובילו להכרה באינדיווידואליזם המשפטי וליצירת נקודת איזון שבין השליטה החברתית המשפטית לבין האינדיווידואליזם המשפטי.⁸⁰ אמנם באנגליה כבר במאה השבע-עשרה התקיים מאבק פוליטי דומה במסגרת המהפכה המהוללת, אולם התנהלות הממשלה הוויגית

⁷⁴ Stansbury v. Luttrell, 152 Md. 553, 137 A. 339 (1927); State v. Gemma, 60 R.I. 382, 198 A. 784 (1938); State v. Jackson, 218 N.C. 373, 11 S.E.2d 149 (1940); Commonwealth v. Rivers, 31 Mass.App.Ct. 669, 583 N.E.2d 867 (1991); Sheffield v. State, 708 So.2d 899 (Ala.Crim.App.1997); People v. Kwok, 63 Cal.App.4th 1236, 75 Cal.Rptr.2d 40 (1998)

⁷⁵ State v. Fisher, 120 Kan. 226, 243 P. 291 (1926); People v. Moran, 246 N.Y. 100, 158 N.E. 35 (1927); State v. Jones, 353 N.C. 159, 538 S.E.2d 917 (2000)

⁷⁶ בהתאם להוראות תקנת משנה 64א לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, ק"ת 1425 (להלן: תקנות התעבורה).

⁷⁷ MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH 3–6, 32–73 (1979); JOHN BREWER & JOHN STYLES, AN UNGOVERNABLE PEOPLE: THE ENGLISH AND THEIR LAW IN THE SEVENTEENTH AND EIGHTEENTH CENTURIES 14 (1980)

⁷⁸ JOSEPH VINING, LEGAL IDENTITY 2 (1978)

⁷⁹ LINDSAY FARMER, CRIMINAL LAW, TRADITION AND LEGAL ORDER 6 (1997)

⁸⁰ FRANCO VENTURI, UTOPIA AND REFORM IN THE ENLIGHTENMENT (1971)

(Whig) במישור זה של יצירת נורמות במשפט הפלילי לא היתה שונה משל השלטון האבסולוטי עד למהלך המאה השמונה-עשרה.⁸¹

למן המאה השמונה-עשרה האינדיווידואליזם המשפטי החל לשמש בהדרגה כמגבלה על כוחה של המדינה לשליטה חברתית משפטית. עד לאחר מלחמת העולם השנייה התהפך המצב, עד כי האינדיווידואליזם המשפטי עצמו הפך להיות נקודת המוצא למדינה הליברלית המודרנית, ואילו השליטה החברתית המשפטית הפכה להיות המגבלה ההכרחית על האינדיווידואליזם המשפטי לצורך קיום חיים חברתיים תקינים בחברה אנושית מאורגנת.⁸² מצב זה תאם את הקונספט הליברלי המודרני של המדינה, לפיו העם הוא הריבון בדרך של תבנית המדינה, כלומר על המדינה לשקף את האינדיווידואליזם המשפטי בשלטונה תוך הטלת מגבלות מינימליות בלבד על האינדיווידואליזם המשפטי, ההכרחיות בלבד לקיום חברה אנושית מאורגנת. התערבות המדינה בחיי הפרט ובחירותו דורשת מעתה הצדקה מפורשת, שכן היא מהווה את החריג. אי ההתערבות מהווה את הכלל, ראוי רצוי.⁸³

כך, הפך יישומו של האינדיווידואליזם המשפטי להיות חלק בלתי נפרד משלטון החוק במדינה הליברלית. על החוק הפלילי להיקבע בידי נציגי העם בלבד, כלומר בידי המחוקק הנבחר על-ידי העם לייצגו⁸⁴ ולא בידי ממונים (בידי האל או בידי האדם⁸⁵), מוכשרים ככל שיהיו.⁸⁶ תפישה חוקתית זו הגיעה לבשלות לאחר מלחמת העולם

E. P. THOMPSON, WHIGS AND HUNTERS 259–265 (1975); Douglas Hay, *Property, Authority and the Criminal Law*, ALBION'S FATAL TREE (1977); ALAN NORRIE, CRIME, REASON AND HISTORY – A CRITICAL INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW 16–19 (2nd ed., 2001, 2006).

Ian Dennis, *The Critical Condition of Criminal Law*, 50 CURRENT LEGAL PROBLEMS 213 (1997).

H. L. A. HART, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY 181 בעניין זה ציין Hart בספרו: (1968) “...the simple idea that unless a man has the capacity and a fair opportunity or chance to adjust his behaviour to the law its penalties ought not be applied to him”. כן ראו בעניין זה אצל Dennis, שם.

NORRIE בספרו, לעיל ה"ש 81, בעמ' 19 ציין, כי “Change of the law is for the legislators. The proper and logical solution to the problem of law is a comprehensive legal code, which in one coherent, logical, concise document establishes the law, its penalties, and the duties of free citizen” (ההדגשה במקור).

המונארכים האבסולוטיים באירופה מימי הביניים ועד מלחמת העולם הראשונה ביססו את כס שלטונם על התפישה הדתית, כי הם מונו לכך בידי האל בעצם הולדתם. כך, באופן נגזר, היתה זו הכנסייה הממליכה מלכים בהתאם לייחוס המשפחתי. העם הנשלט כלל לא נקט עמדה של ביקורת כלפי השלטון. ידועה היא מימרתו של המלך לואי הארבעה עשר, כי מוטב לו לעם שישא ויסבול מאשר שייבקר את הכושל שבמלכים, האל לבדו הוא שופטם.

גם בתקופת האבסולוטיזם הנאור באירופה, בה קיימו מונארכים בחצרות המלוכה גם פילוסופים

הראשונה ולשיא בעידן שלאחר מלחמת העולם השנייה, כאמור. סטייה מתפישה חוקתית זו היתה למאפיין של משטרים רודניים, כמשטר הנאצי בגרמניה.⁸⁷ כפועל יוצא של התפישה החוקתית הליברלית דלעיל נבעו קונוונציות חוקתיות תואמות של שלטון החוק. המרכזית שבהן היא עליונות המחוקק. אמנם הפרדת הרשויות, בין במתכונתה האנגלו-אמריקאית של איזונים ובקורות (Checks and Balances) ובין במתכונתה הקונטיננטלית המונטסקיאנית,⁸⁸ מאפשרת חירות פעולה מזוגבלת לרשויות השלטון, אך כלל רשויות השלטון כפופות למחוקק בהיותו נבחר העם והמופקד על הגשמת רצונו הריבוני של העם. גם כאשר בתי המשפט בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות התערבו בחקיקה הראשית, ההצדקה שניתנה להתערבות היתה אי ההתאמה הנטענת של החוק החרות לחוקה, בהיות החוקה המסמך הנורמטיבי העליון המחייב באותה שיטה ואשר משקף את הקונצנזוס החברתי הרחב ביותר.⁸⁹ בשיטות המשפט הקונטיננטליות ראו לנכון לאמץ בחינה חוקתית מלכתחילה במסגרת בתי משפט לחוקה או מועצת החוקה, העשויה לשקף קונצנזוס זה.⁹⁰ שני הבדלים מרכזיים התגלעו בין שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות ובין שיטות

מתקדמים והיטו אוזן לדבריהם, הרי שהנאורות היתה פועל יוצא של קפריזה שלטונית של השליט המכהן או אף אופנה מזדמנת – ברצונו מקיים אותה וברצונו מבטל אותה. העיגון המשפטי-חוקתי אינו עשוי להישען על רצון מזדמן של שליט בלבד.
 87 כך למשל, ביום 28 ביוני 1935 הוכנס תיקון לקוד הפלילי הגרמני ביוזמת המשטר הנאצי, אשר להלן נוסחו: "Irgendeine Person wird bestraft werden, der eine Handlung einsetzt, die das Gesetz erklärt, strafbar zu sein, oder, der von Strafe gemäß grundlegenden Ideen von Strafgesetz und der gesunden Empfindung der Leute verdient. Wenn kein bestimmtes Strafgesetz direkt zutreffend zur Handlung ist, wird es gemäß dem Gesetz, die grundlegende Idee bestraft werden, von dem ihm am besten passt." גם הסובייטים עשו שימוש בגישה זו במסגרת הוראות סימנים 6 ו-10 לקוד הפלילי הסובייטי משנת 1926, ראו אצל לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 27.

88 JOHN H. MERRYMAN, THE CIVIL LAW TRADITION 27–34, 40–49 (1969); J. M. KELLY, A SHORT HISTORY OF WESTERN LEGAL THEORY 258–277 (1992).

89 ראו לעניין זה: Dr. Bonham's Case, (1610) 8 Co. Rep. 107a, 114a C.P. 1610, בו קבע השופט Sir Edward Coke, כי "[I]n many cases the common law will controul acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right or reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it and adjudge such Act to be void" מאוחרת יותר היא פסק-דינו המפורסם של בית המשפט האמריקאי בעניין Marbury v. Seminole Tribe of Florida v. Florida, Madison, 5 U.S. 137 (1803). כן ראו לעניין זה: 116 S.Ct. 1114, 134 L.Ed.2d 252 (1996) 517 U.S. 44.

90 BERNARD ASSO ET FREDERIC MONERA, CONTENTIEUX ADMINISTRATIF (2006); ERIK ARNOULT ET FRANÇOIS MONNIER, LE CONSEIL D'ÉTAT (1999).

המשפט הקונטיננטליות ביישום החוקתי הליברלי דלעיל. שיטות המשפט הקונטיננטליות נטו שלא לקבל את פראקטיקת התקדים המחייב (Stare Decisis), המאפשרת חקיקה שיפוטית בדרך של קביעת ערך נורמטיבי מחייב לפסקי-דין של הרשות השופטת. השופטים אינם נבחרים ציבור, על כן אינם משקפים בהכרח את רצונו, ועל-כן לא הורשו לחוקק. תחת זאת הועצמה מסורת הקודיפיקציה בקונטיננטל האירופי, באשר הקודקס מהווה פועל יוצא נורמטיבי של המחוקק, נבחר העם, הרשות העליונה והמשקף את רצון העם.⁹¹ במשפט האנגלו-אמריקאי אמנם נטו לקבל את פראקטיקת התקדים המחייב, אך ככל שהדבר התייחס לדיני העונשין, לא ראו עצמם בתי המשפט כמסומכים לחוקק בדרך שיפוטית באופן נרחב,⁹² כפי שגם הותווה בידי ספרות המלומדים.⁹³

הבדל אחר מתייחס לפונקציונליות של עקרון החוקיות בידי העונשין. בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות נתפש עקרון החוקיות כ"מגן" בלבד מפני הפעלת השליטה החברתית המשפטית של דיני העונשין בדרך שאינה תואמת את התפישה הליברלית דלעיל. עקרון החוקיות מתפקד כמגינו של הפרט מפני הפעלת המשפט הפלילי כאקט שלטוני כלפיו. בשיטות המשפט הקונטיננטליות, לצד תפקודו של עקרון החוקיות בידי העונשין כ"מגן" כדלעיל, הוא עשוי לשמש גם "חרב".⁹⁴ עקרון החוקיות בשיטות המשפט הקונטיננטליות מיועד להתייחס גם להיבט נוסף של השליטה החברתית המשפטית – הוא היבט ההפעלה השרירותית של ההליך הפלילי. לדין של שיטות המשפט הקונטיננטליות, חלק בלתי נפרד מעקרון החוקיות הוא כי ההליך הפלילי יופעל בשוויון, לכן מקום שננקטה פעולה משפטית פלילית כלפי פרט אחד, יחייב עקרון החוקיות לנקוט אותה פעולה כלפי כל פרט אחר, אם הנסיבות מתאימות.⁹⁵ במשפט האנגלו-אמריקאי ההתייחסות להפעלה שרירותית של ההליך הפלילי היא במסגרת דיני הפרוצדורה הפלילית ולא במסגרת עקרון החוקיות בידי

⁹¹ NORRIE, לעיל ה"ש 81, בעמ' 19, ראה בקודיפיקציה בפלילים גם כהגנה אפקטיבית על חירויות הפרט מפני כוחה של המדינה המודרנית בציינו, כי "The code both guards individual liberty against the State and safeguards individual property and security through deterrence. It provides the ideal text for the individual to read and calculate by, as well as maximum protection and respect for his liberty".

⁹² ראו לדוגמא, את דברי הלורד Hailsham בעניין [1976] A.C. 182; Morgan, בעמ' 213; ואת דברי הלורד Edmund-Davies בעניין [1977] A.C. 755; Abbott, בעמ' 772.

⁹³ NEIL MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY 15, 227 (1978); NICOLA LACEY, CELIA WELLS AND OLIVER QUICK, RECONSTRUCTING CRIMINAL LAW 17–23 (3rd ed., 2003, 2006).

⁹⁴ GEORGE P. FLETCHER, BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW 206–211 (1998).

⁹⁵ שם וכן אצל KREY, לעיל ה"ש 43, בעמ' 2–19.

העונשין, וגם אז מדובר בטענת "מגן" ולא בטענת "חרב".⁹⁶ בישראל, הקונוונציות החוקתיות דלעיל והקונספט הליברלי בבסיס עקרון החוקיות השתלבו, כאמור, הן בנורמה החוקתית של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והן בנורמה המשפטית הפלילית של חוק העונשין. נקודת המוצא של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היא האינדיווידואליזם המשפטי דווקא, ואילו השליטה החברתית המשפטית נתפשת כחריג המחייב הצדקה ומגבלות. כך לדוגמא, קובעות הוראות סעיף 3 לחוק היסוד, כי אין לפגוע בקניינו של אדם (נניח, בדרך של הטלת עונש קנס). זוהי נקודת מוצא של האינדיווידואליזם המשפטי, האוסרת פגיעה בחירות פרט ספציפית מסוג של חירות הקניין.⁹⁷ הפעלת השליטה החברתית המשפטית על-ידי המדינה, הפוגעת באינדיווידואליזם המשפטי של חירות הקניין, נתפשת בסעיף 8 לחוק היסוד כחריג, אשר כפועל יוצא מחויבת לעמוד בתנאים מגבילים באופן מצטבר: קביעה של נבחר העם (המחוקק), לצורך הקיום החברתי האנושי (הלימת ערכי הקולקטיב – המדינה ותכלית קונקרטיה ראויה) ובמידת הצורך בלבד (מידתיות בין הנורמה הפלילית לבין הצורך בקיום החברתי האנושי). תפישה זו של איזון האינדיווידואליזם המשפטי עם השליטה החברתית המשפטית תואמת את הקונספט הליברלי שתואר לעיל. נמעני החובה לנהוג בדרך זו הם כלל רשויות השלטון בישראל,⁹⁸ והחובה ממוענת ישירות אליהן.

קונספט זה עולה גם מן ההוראות הקונקרטיות של עקרון החוקיות בחוק העונשין כנוסחו לאחר כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39. כך לדוגמא, כחלק מן התפיסה הליברלית הכללית של שלטון החוק בדרך של שליטה חברתית משפטית בידי נבחר העם, קובעות הוראות חוק העונשין, כי המחוקק הוא הרשאי לקבוע נורמות פליליות במדינת ישראל.⁹⁹ עם זאת, כאשר יעשה כן מחוקק המשנה, המופקד על הציבורי, על הנורמות הנקבעות על-ידו להיות תואמות את הנורמות המסמיכות של המחוקק,¹⁰⁰

⁹⁶ ראו בעניין זה, לדוגמא: United States v. Batchelder, 442 U.S. 114, 99 S.Ct. 2198, 60 L.Ed.2d 755 (1979); Romer v. Evans, 517 U.S. 620, 116 S.Ct. 1620, 134 L.Ed.2d 855 (1996); Vacco v. Quill, 521 U.S. 793, 117 S.Ct. 2293, 138 L.Ed.2d 834 (1997)

⁹⁷ יש להדגיש, כי נוסחו של ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא: "אין פוגעים בקניינו של אדם." ולא "ניתן לפגוע בקניינו של אדם בהתקיים תנאים...". לשון ס' 3 הנ"ל היא קטגורית, כיאה לניסוחו של כלל.

⁹⁸ הוראות ס' 11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מטילות חובת ציות ישירה על רשויות השלטון בישראל כדלהלן: "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה".

⁹⁹ לעיל ה"ש 65.

¹⁰⁰ בהתאם להוראות ס"ק 2(א) לחוק העונשין, הקובעות, כי "הסמכות להתקין תקנות לביצוע חוק, כוללת אף את הסמכות לקבוע עבירות על התקנות ועונשים על עשייתן; ואולם, עונש מאסר שנקבע בתקנה, תקופתו לא תעלה על ששה חודשים, ואם נקבע עונש קנס – לא יעלה שיעורו

הענישה תהא מוגבלת לששה חודשים בלבד או לקנס המינימלי בחוק¹⁰¹ וכן יידרש אישורה של וועדה של הכנסת, בה חברים נציגי הציבור – "נבחרי העם"¹⁰², ומכל מקום אין הסמכה לרשות השופטת לקבוע נורמות ענישות בפלילים.

כך הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והוראות החלק המקדמי בחוק העונשין מצביעות על אותה תפישה משפטית ליברלית, מקיימות את אותו המכאניזם המשפטי ונובעות מאותה נקודת איזון שבין האינדיווידואליזם המשפטי לבין השליטה החברתית המשפטית. לפיכך, לכאורה, ניתן היה לצפות, כי עם כינונו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והשימוש בשיח החוקתי וברטוריקה החוקתית בדיון המשפטי בפלילים, תתעצם התפישה המשפטית דלעיל, כך שנקודת האיזון בין האינדיווידואליזם המשפטי לבין השליטה החברתית המשפטית תיטה יותר ויותר לכיוון האינדיווידואליזם המשפטי ותטיל מגבלות חריפות יותר על המדינה הליברלית החפצה להשתמש בשליטה החברתית המשפטית לצורך הצרת האינדיווידואליזם המשפטי. למצער, ציפייה זו נתבדתה, כאמור. נבחן להלן את יישום הדברים במשפט הישראלי לאחר כניסתן לתוקף של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ושל הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין.

3- השפעות חוקתיות על עקרון החוקיות בישראל

האם כניסתן לתוקף של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו העניקה לבתי המשפט בישראל כלים חוקתיים אפקטיביים להעצמת תפישות היסוד של עקרון החוקיות בישראל העונשין בדרך של חיזוק האינדיווידואליזם המשפטי, האם מדובר ברטוריקה בלבד אשר לא שינתה מאומה, או שמא השתמש בית המשפט בתפישה החוקתית דווקא כדי להעמיק את השליטה החברתית המשפטית בניגוד לעקרון החוקיות בישראל העונשין, המכוון להעצים את האינדיווידואליזם המשפטי. שאלה זו תיבחן בשלושה מן היישומים הרבים של עקרון החוקיות בישראל העונשין: שאלת העמימות הנורמטיבית של מונחים ונורמות בישראל העונשין, שאלת גבולותיה המשפטיים של התחולה

על הקנס שניתן להטיל בשל עבירה שעונשה הוא קנס שלא נקבע לו סכום".

¹⁰¹ שם, בצירוף הוראות ס"ק 61(א) לחוק העונשין.

¹⁰² בהתאם להוראות ס"ק 2(ב) לחוק העונשין, הקובעות, כי "תקנות שבהן נקבעו עבירות ועונשים טעונות אישור ועדה של הכנסת". כמוכן, אין בשימוש במונח "עם" במסגרת צמד המלים "נבחרי-העם כדי לזהות את המונח "עם" עם המונח "מדינה", אלא כדי להעצים את משמעות הייצוגיות של נבחרי העם להיבטים המשפטיים החוקתיים הרלוונטיים. לביקורת הקשר בין "עם" ו"מדינה" לעניין התחולה המגוונת של דיני העונשין ראו: יורם שחר "בגנות התחולה הנציגונית של דיני העונשין" פלילים ה 5, פס' ז, ח (1996).

הטריטוריאליה של דיני העונשין ושאלת המידתיות וההלימות הנדרשות בין נורמת השליטה החברתית (הנורמה הפלילית) לערכי האינדיווידואליזם המשפטי. לשאלת העמימות הנורמטיבית של מונחים ונורמות בדיני העונשין, נראה, כי נקודת המוצא היא הצורך בבהירות ובוודאות¹⁰³ בקביעת הנורמה הפלילית, שכן מאחר שחלק בלתי נפרד מעקרון החוקיות הוא ניסוחו של המחוקק – נבחר העם¹⁰⁴ – כיוצר הנורמות בפלילים, את הנורמה הפלילית באופן מדויק, ברור וחד-משמעי. אם כך נהג המחוקק, אין עולה בעיה. הקושי עולה כאשר יצר המחוקק נורמה פלילית, הכוללת מונחים עמומים, רחבים או סתומים.¹⁰⁵ כאמור, מאפיין בולט של משטרים רודניים הוא יצירת נורמות פליליות עמומות כדי שכתמי המשפט ימלאו את החלל בדרך פרשנית מרחיבה לצורך הפללת-יתר (Over Criminalization) של ההמונים, או לפחות יצירת פוטנציאל להפללת-יתר כזו, אשר ברצונו של המשטר – תופעל, וברצונו – לא תופעל.¹⁰⁶ לעומת זאת, מאפיין בולט של משטרים ליברליים הוא בבחירה באי-הפללה של נאשם בגין נורמה עמומה. כך למשל, נוהגים בתי המשפט בארצות-הברית לפסול

¹⁰³ ראו בעניין זה אצל לוי, לעיל ה"ש 1, בעמ' 28–43. הלה מציין שם, כי "להיבט זה של עקרון החוקיות משמעות כפולה. מחד פניה למחוקק כי ינסח את דבר החקיקה בלשון ברורה וחד משמעית, ומאידך פניה לשופט כי ימנע מקביעת איסורים והטלת חובות על דרך היקש, גזירה שווה, או מכוח קל וחומר. תכלית אחת לפניה: לתרום ליציבות המשפטית אגב תיחום קווי גבול בהירים, המצביעים ברורות על צורות התנהגות אסורות והמורים בדרך השיוויון של המותרות. להצבת הגבולין ערך עליון בדיני העונשין אשר בגינם צפויים רבים לפגיעה בגופם או בחרותם, והרי אין מטרת המשפט הפלילי טמינת פח לפרט, אלא איפת אורחות התנהגות רצויות בדרכים שהתוו בחוק". בעניין זה קבע בית המשפט האמריקאי בעניין *People v. Grogan*, 86 A.L.R. 1266 (1932), בעמ' 1270, כי "Statutes which create crimes must be definite in specifying conduct which is condemned or prohibited. They must afford some comprehensible guide rule, or information as to what must be done and what must be avoided, to the end that the ordinary member of society may know how to comply with its requirements".

¹⁰⁴ למונח זה ראו לעיל ה"ש 102.

¹⁰⁵ ראו בעניין זה את דברי השופט אור בדנ"פ 1789/98 **מדינת ישראל נ' כהנא**, פ"ד נד(5) 145, 158 (2000). כן ראו לעניין זה את התייחסות הפסיקה הצבאית לעבירת ההתנהגות שאינה הולמת, המהווה עבירה רחבה בגבולותיה ועמומה כדלהלן: ע/123/02 **ישי נ' התובע הצבאי הראשי** (לא פורסם, 17.3.2004); ע/180/01 **התובע הצבאי הראשי נ' כספי**, פד"ץ 2001, 408; ע/170/00 **התובע הצבאי הראשי נ' בארוס**, פד"ץ 2000, 465; ע/256/96 **התובע הצבאי הראשי נ' ביבאס**, פד"ץ 1996, 436. נוסח העבירה, בהתאם להוראות ס' 130 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו–1955, ס"ח 171, הנו כדלהלן: "חייל בדרגת סמל או בדרגה גבוהה מזו שהתנהג באופן שאינו הולם את דרגתו או את עמדתו בצבא, דינו – מאסר שנה".

¹⁰⁶ ראו את הדוגמא של המשטר הנאצי בגרמניה ושל המשטר הסובייטי בברית-המועצות, לעיל ה"ש 87.

נורמות פליליות עמומות מטעמים חוקתיים של הליך הוגן (Due Process of Law) כקבוע בתיקונים החמישי והארבעה-עשר לחוקה האמריקאית.¹⁰⁷ בהתאם לכך קבע השופט McIntyre בעניין Gallegos¹⁰⁸ כדלהלן:

...criminal statutes cannot be couched in terms so vague and indefinite as to deny due process to an accused.¹⁰⁹

השופט Frankfurter בבית המשפט העליון הפדראלי בארצות-הברית ציין בעניין Butler¹¹⁰ כמטאפורה, כי when legislation is not reasonably restricted to the evil with which it is said to deal, it is like burning the house to roast the pig¹¹¹. בישראל, קבע השופט חיים כהן בעניין רוס¹¹² כדלהלן:

"כלל גדול הוא בידי העונשין: 'אין עונשין מן הדין' (סנהדרין נ"ד, ע"א. ועוד) – לא מקל וחומר, ולא מגזירה שווה, ולא מכל היקש או אנאלוגיה, אלא מן החוק הכתוב והחוק בלבד. החוק הוא אשר יכול לעשות מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית; ומה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, אין שום פרשנות ואנאלוגיה והגיון יכולים לעשות. דברים מן

¹⁰⁷ התיקון החמישי משנת 1791 לחוקה האמריקאית קובע: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation" 1868 משנת 1868 לחוקה האמריקאית קובע: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"

.State v. Gallegos, 384 P.2d 967 (1963) ¹⁰⁸

שם, בעמ' 968. ¹⁰⁹

.Butler v. Michigan, 352 U.S. 380, 77 S.Ct. 524, 1 L.Ed.2d 412 (1957) ¹¹⁰

שם, בעמ' 383. יש להניח, כי המטאפורה הישראלית המקבילה למטאפורה זו היא שפיכת המים עם התינוק בניסיון לרוקן את המים בלבד מעריסת התינוק. ¹¹¹

ע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל, פ"ד כז(2), 365, 372 ד-ה (1973). ¹¹²

המושכלות הראשונים הם, ואין צורך להאריך.

אמירה זו משנת 1973 עולה בקנה אחד עם התפישה הליברלית הבסיסית של האינדיווידואליזם המשפטי, העומדת בבסיס עקרון החוקיות בדיני העונשין. אמירה זו לא בוססה על חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מן הטעם הפשוט שחוק זה טרם חוקק בעת מתן פסק-הדין. לכך הוסף גם נדבך חשוב של פרשנות דווקנית בדיני העונשין, כחלק בלתי-נפרד מעקרון החוקיות, כפי שציין פרופסור ש"ז פלר בכרך הראשון לספרו, כי "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".¹¹³

גם לאחר כניסתן לתוקף של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היו פסיקות של בתי משפט בישראל, אשר עלו בקנה אחד עם גישה זו, אך מדובר במיעוט המקרים בדרך-כלל, בערכאות נמוכות ובלא כל שימוש בחוקי היסוד, בהנמקה חוקתית או ברטוריקה חוקתית מכל סוג שהוא. כך לדוגמא, בעניין מסרי,¹¹⁴ עלתה השאלה בבית המשפט המחוזי בחיפה, האם המונחים "מטען ברכב או עליו" שבתקנה 85 לתקנות התעבורה¹¹⁵ כוללים גם מטען הנישא על נגרר, הנגרר על-ידי הרכב. פסיקת בית המשפט המחוזי מסוף שנת 2004 קיבלה את הפרשנות המצרה, לפיה "ברכב או עליו" אינו כולל את הנגרר, אך זאת ללא כל שימוש בחוקי היסוד, בהנמקה חוקתית או ברטוריקה חוקתית מכל סוג שהוא. בית המשפט אמנם נותר נאמן להיבט זה של עקרון החוקיות, כפי שנוסח בשנת 1973 בעניין רוס דלעיל, אך לא השתמש בכל הנמקה חוקתית, כאמור, כדי לבסס את קביעתו.

אדרבא, כאשר השתמש בית המשפט בהנמקה חוקתית ובהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו היה הדבר דווקא כדי לסטות מהיבט זה של עקרון החוקיות תוך הרחבת השליטה החברתית המשפטית והצרת האינדיווידואליזם המשפטי. דא עקא, כי משנקבע כך בבית המשפט העליון, הפך הדבר להיות הלכה ותקדים מחייב.¹¹⁶ המקרה

¹¹³ פלר, לעיל ה"ש 67, בעמ' 18.

¹¹⁴ ע"פ (מחוזי חי') 1777/04 מסרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.12.2004).

¹¹⁵ לעיל ה"ש 76. הוראות תקנת משנה 85(א) לתקנות התעבורה קובעות: "לא יוביל אדם מטען ברכב או עליו ובעל רכב או מי שהשליטה עליו לא יניח ולא ירשה להוביל מטען ברכב או עליו אלא אם כן מבנה הרכב, על כל חלקיו ואבזריו, מתאים להובלת המטען בבטיחות וכאשר..." (ההדגשה אינה במקור).

¹¹⁶ פראקטיקת התקדים המחייב אומצה באופן מסויג בישראל במסגרת הוראות ס"ק 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78. הסייג הוא כי הלכה פסוקה של בית המשפט העליון בלבד הנה מחייבת, מלבד את בית המשפט העליון עצמו.

המובהק, הן בקביעתו, הן בהנמקתו והן ברטוריקה בהקשר זה הוא עניין **פלונית**,¹¹⁷ בו נדונה בחינת המונח "התעללות". בעניין זה דובר באם שהכתה את שני ילדיה והועמדה לדין גם בעבירת ההתעללות בקטין.¹¹⁸ כל שופטי ההרכב הסכימו ביניהם, כי המונח "התעללות" אינו חד-משמעי ואינו ברור כל צורכו.¹¹⁹ אין כל ספק, כי ה"אשם" שביצירת עבירה עמומה ועמימות נורמטיבית נלווית, תלוי במחוקק ולא בבית המשפט. עם זאת, השוני שבין גישה של העצמת השליטה החברתית המשפטית לבין גישת האינדיווידואליזם המשפטי נעוץ ביחסו של בית המשפט לנורמה זו, ובעניין זה אכן התפלגו הדעות בבית המשפט.

דעת הרוב הובאה על-ידי השופטת ביניש (כתוארה אז) ובהסכמת הנשיא ברק, והשתמשה בפרשנות הלשונית של המונח התעללות כנקודת מוצא בלבד.¹²⁰ למעשה, תוך שימוש בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹²¹ השתמשה דעת הרוב בעמימות הנורמטיבית של עבירת ההתעללות דווקא כדי להגביר את השליטה החברתית המשפטית בפרטים בחברה בדרך של הכוונת ההתנהגות של הורים ביחסיהם עם ילדיהם, מתוך ניסיון לקדם תפישה חינוכית ערכית של מניעת שימוש באלימות על-ידי ההורים. דעת הרוב השתמשה ברטוריקה החוקתית דווקא כדי לשרת ערכים חברתיים קומוניטריאניים, המחלישים את האינדיווידואליזם המשפטי.¹²² ציון התופעה והמודעות החברתית לה,¹²³ הצורך "להחמיר עם מבצעייהם של מעשים אלה",¹²⁴ נקיטת עמדה של מגן הקורבנות,¹²⁵ "חינוך" הציבור כיצד לחנך את ילדיו¹²⁶ ונקיטת עמדה של "מומחה" חינוכי ופסיכולוגי בחינוך ילדים¹²⁷ – שימשו את הבסיס לדחיית הערעור והותרת הרשעת המערערת על כנה. לכאורה, היה עשוי להיות מדובר

¹¹⁷ ע"פ 4596/98 **פלונית נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(1) 145 (2000) (להלן: עניין פלונית).

¹¹⁸ המדובר היה בעבירה לפי ס' 3368 לחוק העונשין [חוק העונשין (תיקון מס' 26), התש"ן-1989, ס"ח 10], הקובעת: "העושה בקטין או בחסר ישע מעשה התעללות גופנית, נפשית או מינית, דינו – מאסר שבע שנים; היה העושה אחראי על קטין או חסר ישע, דינו – מאסר תשע שנים".

¹¹⁹ עניין **פלונית**, לעיל ה"ש 117, בעמ' 166–168 (דעת הרוב) ובעמ' 190, 193 (דעת המיעוט).

¹²⁰ שם, בעמ' 166–167: "פנינו להגדרה המילונית של הביטוי 'התעללות', כדי שזו תשמש לנו כנקודת מוצא פרשנית...".

¹²¹ שם, בעמ' 184–185.

¹²² ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 167–ה-1, כי "תיקון החוק..., מבטא מגמה חברתית שהתפתחה..." (ההדרגה אינה במקור), ובית המשפט מפי דעת הרוב ראה עצמו מחויב לקדם את המגמה החברתית (שליטה חברתית משפטית) ולא בהכרח לבחון את הגנת הפרט מפני יישומה כלפיו.

¹²³ שם, שם.

¹²⁴ שם, מול האות ה.

¹²⁵ שם, בעמ' 180.

¹²⁶ שם, בעמ' 173–178.

¹²⁷ שם, בעמ' 183, 185.

בפסק-דין נוסף בעל תפישה חזקה של שליטה חברתית, אך הנקודה המעניינת היא כי לכך התווספה דווקא הנמקה חוקתית, המבוססת על הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לפי דעת הרוב, חוק היסוד "מקנה תוקף מחייב לכבוד ולהגנה של החברה לספק לחלשים ולחסרי הישע שבתוכה..."¹²⁸ וכן כי "בעקבות חוק-היסוד ייטיב המחוקק עשות אם יעיין מחדש בכמה מן ההיתרים המצויים עתה בחוק, שמא רחבים הם יתר על המידה".¹²⁹ למען הסר ספק, לא התייחסה דעת הרוב להיתרים שסופקו לרשות, אלא דווקא להיתרים שסופקו לפרט (!). ההנמקה שניתנה לכך היא כי האפשרות של מתן היתרים אלה לפרט "מרחיקה אותנו משאיפתנו לחברה נקייה..."¹³⁰ ברי, כי זוהי אינה הנמקה המעצימה את האינדיווידואליזם המשפטי, אלא דווקא את השליטה החברתית המשפטית. השימוש בתפישת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו הולם גישה זו, שכן תפישתו היא הפוכה ומנוגדת. קשה להצדיק כיצד ניתן להשתמש בחוק המבוסס על ערכי האינדיווידואליזם המשפטי, המגן על הפרט מפני כוחה הרב של המדינה בדרך של שליטה חברתית, דווקא כדי לבסס את השליטה החברתית. וזאת יש לזכור, כי חוק היסוד לא נועד להגן על החברה מפני הפרט, אלא על הפרט מפני כוחה הכופה של החברה. זוהי תמצית מהותו הליברטריאנית. לו אכן היה הרציונל בו הפוך, כדעת הרוב בעניין פלונית, כי אז ניתן היה לצפות להיכללותן של זכויות חברתיות במסגרת חוק היסוד, ולא כן הדבר. חוק היסוד נסמך אך על חירויות היסוד הליברטריאניות.

דווקא דעת המיעוט, מפי השופט אנגלרד, אשר זיכתה את המערערת, לא עשתה כל שימוש, מכל סוג שהוא, בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. למעשה, חוק יסוד זה, או כל חוק יסוד אחר, כלל לא הוזכר בדעת המיעוט. דעת המיעוט אמנם הסכימה עם דעת הרוב, כי המונח התעללות אינו ברור וחד-משמעי,¹³¹ אך דרך הטיפול של דעת המיעוט בעמימות הנורמטיבית – שונה בתכלית. דעת המיעוט נתלתה בעקרון החוקיות בדיני העונשין במובנו הליברלי כמקדם את האינדיווידואליזם המשפטי,¹³² תוך סקירת ההתייחסות לעמימות הנורמטיבית בפלילים בשיטות משפט

¹²⁸ שם, בעמ' 184.

¹²⁹ שם, בעמ' 185.

¹³⁰ שם (ההדגשות אינן במקור).

¹³¹ שם, בעמ' 190–194.

¹³² שם, בעמ' 194. השופט אנגלרד את דעת הרוב, כי "לפי גישתה, הכלים אשר יאפשרו להבחין בין מקרי תקיפה סתם לבין מקרי התעללות הם המצפון והרגש של הבוחן את המעשים. נקודת מוצא זו אינה מקובלת עליי. כאמור, עקרון החוקיות מחייב כי העבירה תוגדר מראש בהגדרה כוללת ככל שניתן, והרעיון כי המצפון והרגש יגדירו לאחר המעשה את אופיו הפלילי אינו

שונוות.¹³³ המסקנה אליה הגיעה דעת המיעוט היא כי נוכח ההגדרה העמומה של המונח "התעללות" ונוכח מקרים אחרים של "התעללות" שכבר נפסק בהם בישראל¹³⁴ והם פורסמו ושימשו כאזהרה הולמת בבחינת "אין עונשין, אלא אם כן מזהירין"¹³⁵ – יש לזכות את המערער, שהרי לא ניתן לייחס לה אישום בהתעללות. זאת, כאמור, דווקא ללא כל אזכור של הוראה מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ללא כל אזכור של חוק יסוד אחר בישראל וללא כל שימוש בהנמקה חוקתית או ברטוריקה חוקתית.

במילים אחרות, בחינת דעת הרוב בעניין פלונית מעלה, כי למרות שחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מעצים, או אמור להעצים, את האינדיווידואליזם המשפטי, השתמש בו בית המשפט העליון דווקא כאשר חפץ בהעצמת השליטה החברתית המשפטית. כאשר העצים בית המשפט את האינדיווידואליזם המשפטי – הוא לא ראה כל מקום או צורך להשתמש בהוראות חוק היסוד. לשאלה האם מדובר בהשפעה מקרית או בחלק ממגמה מבוססת היטב יש להמשיך ולבחון את ההשפעה גם ביחס ליישומים נוספים של עקרון החוקיות בידי העונשין.

לשאלת גבולותיה המשפטיים של התחולה הטריטוריאלית של דיני העונשין נראה, כי מאחר שחלק בלתי-נפרד מעקרון החוקיות הוא קביעת המחוקק, הריבון נבחר העם, כיוצר הנורמות בפלילים, נדרש כי תחומן הטריטוריאלי של הנורמות בפלילים יהא חופף לתחום הריבונות הטריטוריאלית של המחוקק. עבירות פליליות תישפטנה לפי דין מקומן (lex loci delicti) או דין מקום ביצוע העבירה (lex loci delicti commissi), מאחר שברירת הדין העקרונית בידי העונשין היא טריטוריאלית.¹³⁶ הדבר מתיישב גם עם עקרונות היסוד של המשפט הבינלאומי בדבר הריבונות הטריטוריאלית.¹³⁷ עם היחלשות עקרונות הריבונות הטריטוריאלית, לאחר תום

מתיישב עם הכלל שאין עונשין אלא אם כן מזהירין".

¹³³ שם, בעמ' 193–194.

¹³⁴ במשפט הפלילי, במשפט האזרחי ובפסיקה הצבאית. שם, בעמ' 195–197. עוד ראו לעניין זה את הפסיקה הצבאית, העוסקת במהותה של ההתעללות בתנאי שררה ומרות לדוגמא: ע/153/03 שגיא נ' התובע הצבאי הראשי (לא פורסם, 5.8.2004); ע/146/03 התובע הצבאי הראשי נ' רוזנר (לא פורסם, 21.8.2003); ע/38/02 התובע הצבאי הראשי נ' לוי, תק-צב 2002 (2) 1; ע/27/02 התובע הצבאי הראשי נ' חזן, תק-צב 2003 (1) 1; ע/137/00 פורת נ' התובע הצבאי הראשי, פד"ץ 2000 358 (2000).

¹³⁵ לעיל ה"ש 17.

¹³⁶ ראו לעניין סוג זה של ברירות דין אצל LAWRENCE COLLINS, DICEY AND MORRIS ON THE CONFLICT OF LAWS 1508 (13TH ED., 2000) וההפניות שם.

¹³⁷ JOHN AUSTIN, LECTURES ON JURISPRUDENCE 220 (5TH ED., 1911); יורם דינשטיין "סמכות השיפוט הפלילית: גבולות והגבלות" עיוני משפט א 303 (1971); אך ראו גם: ש"ז פלר "סמכות 359

מלחמת העולם השנייה על רקע עלייתן של תפישות אקטיביסטיות של זכויות אדם במישור הבינלאומי, והתגברות הפשיעה הבינלאומית,¹³⁸ הכירו שיטות משפט רבות בעולם בחריגים רבים להיבט זה של עקרון החוקיות בדיני העונשין, לדוגמא: התחולה המגוננת¹³⁹ (פרוטקטיבית) של דיני העונשין הוכרה כמאפשרת את החלת דיני העונשין של מדינה אחת על מעשים שבוצעו בתחומי מדינה אחרת. כך בישראל¹⁴⁰ ובעולם.¹⁴¹ כפועל יוצא קובע עקרון החוקיות בישראל בחקיקה, כי מעשה ספציפי שנסיבותיו אינן בגדר אחד החריגים המוכרים ואשר בוצע מחוץ לשטחה הריבוני של מדינת ישראל¹⁴² – דיני העונשין של מדינת ישראל לא יחולו עליו.¹⁴³ עם זאת, אם חלק מן המעשה בוצע בישראל – ייחשב המעשה כ"עבירת פנים" ודיני העונשין של מדינת ישראל יחולו עליו (תחולה טריטוריאלית ישירה).¹⁴⁴ יתר על-כן, גם אם המעשה כשלעצמו לא בוצע בישראל, לא מנייה ולא מקצתיה, עדיין קיימת האפשרות, כי דיני העונשין של ישראל יחולו עליו בתורת תחולה טריטוריאלית נגזרת.¹⁴⁵ מצב זה אינו שונה מן המצב המשפטי במדינות רבות בעולם.¹⁴⁶

כדי לאפשר החלה של דיני העונשין על מקרים, בהם בוצעו מספר עבירות במדינה

השיפוט הפלילית: גבולות והגבלות, אילו והיכן הם? "עיוני משפט ב 582 (1973).
 138 ראו בעניין זה אצל מנחם אמיר "פשע מאורגן בין-לאומי: תחילתה של תיאוריה ושיקולי מדיניות" **מגמות בקרימינולוגיה: תיאוריות, מדיניות וישום** 639 (2003).
 139 למהותה של התחולה המגוננת (פרוטקטיבית) בישראל ראו: פלר, לעיל ה"ש 1; יורם שחר "בגנות התחולה הנציונלית של דיני העונשין" **פלילים** ה 5, 8-10 (1996); ש"ז פלר ומרכזי קרמניצר "תגובה לחיבור 'בגנות התחולה הנציונלית של דיני העונשין' מפרי עטו של פרופסור יורם שחר" **פלילים** ה 65 (1996).
 140 ראו לעניין זה את הוראות סימנים ב, ג לפרק ג לחוק העונשין.
 141 לדוגמא: סימנים 3-7 לקוד הפלילי הגרמני וסימנים 1-113 – 12-113 לקוד הפלילי הצרפתי. כן ראו לעניין זה: IAIN CAMERON, *THE PROTECTIVE PRINCIPLE OF INTERNATIONAL CRIMINAL JURISDICTION* (1994).
 142 הגדרת "שטח [מדינת] ישראל" נקבעה בהוראות ס"ק 7(ג) לחוק העונשין.
 143 לעניין התחולה על עבירות פנים ראו הוראות ס' 12 לחוק העונשין ולעניין החריגים האקסטרטריטוריאליים ראו הוראות סימן ג לפרק ג לחוק העונשין.
 144 הגדרת "עבירת פנים" נקבעה בהוראות ס"ק 7(א) לחוק העונשין. הוראות ס"ק 7(א)(1) רואות כעבירת פנים גם "עבירה שנעברה כולה או מקצתה בתוך שטח ישראל" (ההדגשה אינה במקור).
 145 ייתכן והמונח המדויק יותר הוא "תחולה טריטוריאלית נגזרת" ולא "תחולה טריטוריאלית נגזרת", שכן טיבה של תחולה טריטוריאלית זו עומד על סוגים של האחריות הפלילית הנגזרת ולא על אחריות נגזרת לעניין ספציפי. הגדרתה של תחולה טריטוריאלית זו בחוק הישראלי נקבעה בהוראות ס"ק 7(א)(2) לחוק העונשין כדלהלן: "מעשה הכנה לעבור עבירה, נסיון, נסיון לשדל אחר, או קשירת קשר לעבור עבירה, שנעשו מחוץ לשטח ישראל, ובלבד שהעבירה, כולה או מקצתה, היתה אמורה להיעשות בתוך שטח ישראל".
 146 לעיל ה"ש 141.

אחת ומספר עבירות במדינה אחרת, פותחה בשיטות המשפט הקונטיננטליות דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה (delictum continuatum), אשר כונתה בישראל גם "דוקטרינת עבירת השרשרת".¹⁴⁷ השימוש בדוקטרינה זו מותנה באופיין העובדתי הדומה של העבירות השונות.¹⁴⁸ וברקע הנפשי האחיד של כלל החוליות בשרשרת.¹⁴⁹ באופן זה, היא בית המשפט רשאי להחיל את דיני העונשין בבחינת דין הפורום (lex fori), על מכלול המעשים כאילו היו עבירה אחת. דוקטרינה זו יצרה איזון ברור: ניתן יהיה אמנם להחיל את דיני העונשין המקומיים על ההתרחשות, שכן חלקה בוצע באותה מדינה, אך אם אכן ההתייחסות להתרחשות היא כאל עבירה אחת, הרי שהתרחשות זו תיחשב לעבירה אחת לכל דבר ועניין, לרבות לעניין הטלת האחריות הפלילית (הרשעה אחת, עונש אחד). בשיטות המשפט, בהן נוהגת דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה, איזון זה מהווה חלק בלתי נפרד מן הדוקטרינה.¹⁵⁰ כך לדוגמא, אם בוצעה שרשרת מעשי עבירה, שאך חוליה אחת בשרשרת התרחשה בישראל, ניתן יהא להחיל את דיני העונשין של ישראל על כלל שרשרת המעשים, אך השרשרת כולה תיחשב גם כן כעבירה אחת לעניין הטלת האחריות הפלילית. זוהי משמעות האיזון. בישראל עלה לדיון תוקפה של דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה בהקשר התחולה במקום של דיני העונשין של ישראל על אירועים שאירעו מחוץ לשטח ישראל, בעניין **משולם**.¹⁵¹ כלל שופטי בית המשפט העליון דחו את תחולת הדוקטרינה, אך בהקשר ספציפי זה התפלגו דעות השופטים באשר לתחולת "העבירה רבת-הפריטים" לדעות רוב ומיעוט, השונות מדעות הרוב והמיעוט לעניין תוצאת פסק הדין.¹⁵² הנשיא ברק, בדעת הרוב, דחה את דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה והבהיר את מהותה של העבירה רבת-הפריטים כמאפשרת את שבירת האיזון, בו אוחזת החברה בחבל משני קצותיו – גם החלת דיני העונשין של ישראל וגם שפיטה בנפרד של כל אחת מחוליות

¹⁴⁷ בשונה מן העבירה הנמשכת – delictum continuum – ראו בעניין זה אצל ש"ז פלר **יסודות בידי עונשין** כרך ג 223–248. למהותה של דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה ראו גם אצל ש"ז פלר "עבירת השרשרת", מהותה "משפטים" כט 529 (1998).

¹⁴⁸ פלר, **יסודות בידי עונשין** כרך ג, שם, בעמ' 224, 228–226.
¹⁴⁹ פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232–233.
¹⁵⁰ פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 232–233.

¹⁵¹ דנ"פ 4603/97 **משולם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(3) 160 (1998) (להלן: עניין **משולם**).

¹⁵² העתירה לדיון נוסף פלילי בכללותה, ובעיקר ביחס לתוצאה הסופית של העתירה, נדחתה ברוב דעות על-ידי השופטים גולדברג, חשין, קדמי וביניש נגד דעתם החולקת של השופטים ברק, אור ומצא. עם זאת, לעניין תחולת העבירה רבת-הפריטים בישראל התקבלה תחולתה ברוב דעותיהם של השופטים ברק, גולדברג, חשין, קדמי וביניש נגד דעתם החולקת של השופטים אור ומצא.

השרשרת כעבירה העומדת בפני עצמה.¹⁵³ הקושי הוא רב: אם אכן מדובר בכל חוליה בעבירה עצמאית ונפרדת – כי אז לא ניתן להחיל את דיני העונשין של ישראל על כל עבירה עצמאית ונפרדת שאירעה מחוץ לישראל.¹⁵⁴ נוסף, לא הבהיר בית המשפט אימתי תהא דוקטרינה זו ניתנת לשימוש ומהם מקורותיה הנורמטיביים בישראל, שכן אין היא מהווה חלק מדיני העונשין הכלליים הסטוטוריים בישראל.¹⁵⁵ בכך למעשה, מדובר בהרחבת תחום הפליליות כלפי נאשמים באמצעות דוקטרינה פסוקה, אשר אינה מעוגנת בחקיקה ראשית (או בחקיקה כלשהי), עליה מכריז בית המשפט לדאשונה במסגרת פסק-הדין ומחילה רטרואקטיבית על המעשה. ואכן קשה מאוד לראות, כיצד עולה דוקטרינה פסיקתית זו ויישומיה בקנה אחד עם עקרון החוקיות בדיני העונשין.

קושי זה היה ידוע לדעת הרוב והנשיא ברק אף הודה בו, כי "אמת הדבר, גבולותיה של העבירה רבת-הפריטים אינם מדויקים".¹⁵⁶ באשר לעקרון החוקיות או להנמקה חוקתית, לא מצאה לנכון דעת הרוב להתייחס אליהם עניינית כדי לבסס דוקטרינה חדשה זו שמקורה אינו בחוק, שהמחוקק אינו גילה דעתו כלל ביחס אליה, ואשר רלוונטיותה למשפט הישראלי לוטה בערפל סמיך הממאן להימוג.¹⁵⁷ עם זאת, לצורך דחייתה של דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה המאוזנת זכר היטב בית המשפט את עקרון החוקיות וקבע, כי "אפילו הכרה בדוקטרינה זו אין בה פגיעה בעקרון החוקיות במובנו הפורמאלי, בוודאי שיש בה פגיעה בעקרון החוקיות במובנו המהותי".¹⁵⁸ לכך

¹⁵³ עניין משולם, לעיל ה"ש 151, בעמ' 192ד, שם נקבע, כי "אם מקצת הפריטים בעבירה רבת-פריטים – בכמות שאינה זניחה – מבוצעים בישראל ומקצתם האחרת מחוץ לישראל, יש להכיר בסמכות השיפוט של בית המשפט בישראל על כל פרטי העבירה כולם".

¹⁵⁴ לדוגמא, עבירת שרשרת ספציפית כוללת שלוש חוליות. אם חוליה אחת בוצעה בישראל והשתיים האחרות מחוצה לה, לבית המשפט בישראל תהא סמכות שיפוט ודיני העונשין של מדינת ישראל יחולו על כל עבירת השרשרת על שלוש חוליותיה, שכן מדובר בעבירת שרשרת אחת. אם, לעומת זאת, כל אחת מן החוליות מהווה עבירה עצמאית העומדת בפני עצמה, כי אז לבית המשפט בישראל תהא סמכות שיפוט ודיני העונשין של מדינת ישראל יחולו רק ביחס לעבירה ("חוליה" בעבירת השרשרת) שבוצעה בישראל. ביחס לשתי העבירות האחרות לא תהא לבית המשפט בישראל כל סמכות שיפוט ודיני העונשין של מדינת ישראל לא יחולו, בהיותן בגדר "עבירות-חוץ" עצמאיות. שבירת האיזון מוצאת ביטוייה באחיזת החבל בשני קצותיו, כאמור, כך שלצורך קיום סמכות השיפוט לבית המשפט בישראל ולצורך החלת דיני העונשין של מדינת ישראל – יראו בשלוש חוליות אלה כעבירה אחת, אך לעניין הטלת האחריות הפלילית, יראו בהן כשלוש עבירות נפרדות ועצמאיות העומדות בפני עצמן.

¹⁵⁵ עניין משולם, לעיל ה"ש 151, בעמ' 190.

¹⁵⁶ שם, בעמ' 190ד.

¹⁵⁷ ראו לעניין זה גם בפסק דינו של השופט אור, שם, בעמ' 213ה.

¹⁵⁸ שם, בעמ' 179א-ב. ייתכן, כי גם פיצולו המלאכותי של עקרון החוקיות בדיני העונשין

נוספה גם הנמקה עקרונית קוואזי-חוקתית, כי "תוצאותיה של עבירת השרשרת נוגדות את מטרות המשפט הפלילי אשר באמצעות עבירות ועונשים ביקש להגן על החיים, על החירות, על הקניין ועל ערכים אחרים של הפרט והציבור".¹⁵⁹ כלומר, לצורך דחיית הדוקטרינה המאוזנת, מקים בית המשפט לתחייה את ערכי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (מבלי לאזכרו מפורשות), אך דווקא במגמה ההפוכה של שליטה חברתית משפטית, כאילו נועד להגן על הציבור מפני הפרט: "האינטרס של הקיום האנושי עומד מעל הטכניקה של עבירת השרשרת".¹⁶⁰ הפועל היוצא הוא כי ככל הנראה ב"קיום האנושי" של דעת הרוב אין מקום לאינדיווידואליזם המשפטי. מכל מקום, כאמור, לא מצאה דעת הרוב לנכון להתייחס להוראות חוק היסוד בכססה את העבירה רבת-הפריטים הבלתי מאוזנת.

דעת המיעוט ביחס לעבירה רבת-הפריטים נוסחה בידי השופט אור. הבסיס המשפטי הרחב לדעת המיעוט הוא עקרון החוקיות בידי העונשין וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופט אור התייחס לעקרון החוקיות במונחים של "עקרון מלכותי",¹⁶¹ אשר "זכה כיום לעיגון חוקתי, בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו".¹⁶² לדיוו, מאחר שדוקטרינת שרשרת מעשי העבירה אינה מבוססת סטטוטורית יש לדחותה על אתר, שכן אין החלתה בידי העונשין עומדת בסטנדרטים הבסיסיים ביותר של עקרון החוקיות.¹⁶³ בעניין זה, בשונה מדעת הרוב, דעת המיעוט היא קוהרנטית ואינה עוצרת בנקודה זו. השופט אור גזר גזירה שווה בין דוקטרינת שרשרת מעשי העבירה לעבירה רבת-הפריטים, שכן שתיהן אינן מעוגנות בחקיקה ובשתיהן רב הנסתר והעמום על הנגלה בקובעו, כי "הנשיא דוחה דוקטרינה קונטיננטלית אשר זהו שמה ומאמץ דוקטרינה אחרת, של 'עבירה רבת-פריטים'. דבריי לעיל, ולהלן, יפים במידה רבה גם לגבי דוקטרינה זו".¹⁶⁴ ובאשר ליישום הספציפי של הדברים ביחס לתחולה במקום של דיני העונשין של ישראל על אירועי חוץ קבע השופט אור, כי "...עקרון החוקיות מחייב כי הדוקטרינה של עבירה רבת-פריטים תיקבע בחקיקה, תקפה במלוא עוצמתה גם בהקשר שבו עלתה דוקטרינה זו בענייננו".¹⁶⁵

ל"פורמאלי" ול"מהותי" טומן בחובו את הנטייה להגמיש את נוקשותו של עקרון החוקיות בידי העונשין, שאם לא כן לא יהא בית המשפט, אלא אנוס להתעלם מכל דוקטרינה המפירה את הוראותיו.

¹⁵⁹ שם, בעמ' 180 א (ההדגשה אינה במקור).

¹⁶⁰ שם, בעמ' 180 ב.

¹⁶¹ שם, בעמ' 209 ב.

¹⁶² שם, בעמ' 209 ה.

¹⁶³ שם, בעמ' 210.

¹⁶⁴ שם, בעמ' 211 א.

¹⁶⁵ שם, בעמ' 211 ה.

למעשה, הצביעה דעת המיעוט על יצירת קטיגוריית עבירות חדשה של "עבירות-פנים" שהן בפועל "עבירות-חוץ", ואשר "קטיגוריה כזו אינה מעוגנת בחוק העונשין. היא אף עומדת בסתירה לאפיונים של עבירת-פנים בחוק העונשין. קשה ליישב תוצאה זו עם עקרון החוקיות"¹⁶⁶, ואף לו היה מדובר בדוקטרינת-עזר פרשנית בלבד,¹⁶⁷ עד כמה שיש משמעות לדבר. לכך הצטרף גם השופט מצא בקביעה, כי "לבי אינו שלם עם קביעת הנשיא, כי נוסחת העבירה רבת-הפריטים מהווה חלק מן הדין ובסיס לקניית סמכות שיפוט במסכת מעשים פליליים שחלקם נעשו מחוץ לתחום השיפוט"¹⁶⁸. אך זוהי, כאמור, דעת מיעוט בלבד שלא נתקבלה. עניין משולם ביסס בישראל את העבירה רבת-הפרטים. כך גם בעניין התחולה במקום, למרות שהעקרונות החוקתיים מעצימים, או אמורים להעצים, את האינדיווידואליזם המשפטי, נקט אותם בית המשפט העליון דווקא כאשר חפץ בהעצמת השליטה החברתית המשפטית.

לשאלת המידתיות וההלימות הנדרשות בין הנורמה הפלילית לערכי האינדיווידואליזם המשפטי, הרי שהמידתיות וההלימות מהוות את היישומים המהותיים של עקרון החוקיות בדיני העונשין בהיותן בוחנות את תוכן של הנורמות ואינן מסתפקות בבחינת היבטים חיצוניים לתוכן הנורמות. כך למשל, בעוד מגבלת התחולה במקום מגבילה את הנורמה בדיני העונשין באשר היא מבלי להתייחס לתוכנה, מגבלת המידתיות וההלימות בוחנת האם תוכן הנורמה עומד בקריטריונים של האינדיווידואליזם המשפטי, וכל זאת כחלק מכללי תצורתה של הנורמה הפלילית. לכאורה, קיבלו המידתיות וההלימות צביון חוקתי במסגרת הוראות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו,¹⁶⁹ באשר נדרש, כי הנורמה הפוגעת באינדיווידואליזם המשפטי, המוגדר בסעיפים 2–7 לחוק היסוד, נדרשת להלום את ערכי הקולקטיבי ("ערכי מדינת ישראל", "לתכלית ראויה") וכן למזער את הפגיעה באינדיווידואליזם המשפטי למינימום הנדרש לצורך השגת התכלית ("ובמידה שאינה עולה על הנדרש"). יישום המידתיות וההלימות ניתן לבחינה הן ביחס לדיני העונשין הכלליים והן ביחס לעבירות הספציפיות, אך ביתר שאת ביחס לדיני העונשין הכלליים, שכן אלה הם פרי תיקון מס' 39 לחוק העונשין, אשר נכנס לתוקפו לאחר כניסתן לתוקף של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. נבחן להלן כיצד יישם בית המשפט את המידתיות וההלימות בהזדמנויות שנקרו בפניו.

¹⁶⁶ שם, בעמ' 215.

¹⁶⁷ שם, בעמ' 216 א–ב.

¹⁶⁸ שם, בעמ' 220.

¹⁶⁹ הוראות ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעות, כי "אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו".

דוקטרינת האחריות הנגררת המסתברת של השותפים לדבר-עבירה מתייחסת למצבים, בהם חלק מן השותפים לדבר-עבירה ביצעו עבירה פלילית שלא היוותה חלק מן התכנון המוקדם הכולל, ואשר האחריות הפלילית לעבירה בלתי מתוכננת זו מוטלת גם על יתר השותפים לדבר-עבירה שלא נטלו כל חלק בביצועה של העבירה הבלתי מתוכננת ושלא ידעו על דבר ביצועה.¹⁷⁰ דוקטרינה זו היתה קיימת בישראל ביחס לשותפים הישירים לדבר-עבירה שנכחו בזירת העבירה במסגרת הוראות סימן 24 לפקודת החוק הפלילי, 1936 ואומצה בסעיף 28 לחוק העונשין.¹⁷¹ הוראות תיקון מס' 39 לחוק העונשין "שדרגו" את ההסדר והחילוהו כלפי כלל השותפים לדבר-עבירה – ישירים ועקיפים – במסגרת הוראות סעיף 34 לחוק העונשין.¹⁷² למעשה, ההסדר המשפטי הקיים כולל התייחסות שונה לשותפים העקיפים מאשר לשותפים הישירים לדבר-עבירה. תנאי היסוד לכניסה להוראות הדוקטרינה הוא כי התקיים בשותפים הנותרים (שלא ביצעו פיסית את העבירה השונה או הנוספת) יסוד נפשי מסוג רשלנות. אין בצד תנאי יסוד זה כל דרישה של יסוד עובדתי, כלומר אין נדרש שהשותפים הנותרים יבצעו התנהגות כלשהי, אך עליהם להימצא במצב נפשי של רשלנות ביחס לעבירה השונה או הנוספת שלא בוצעה על-ידם. ההסדר ביחס לשותפים העקיפים לדבר-עבירה הוא הסדר מאוזן. על התקיימות בפועל של יסוד נפשי מסוג רשלנות, יישאו השותפים העקיפים לדבר-עבירה באחריות פלילית

¹⁷⁰ כך למשל, שלושה, שתכננו לבצע שוד בנק בצוותא חרא, חילקו ביניהם את התפקידים, כי שניים מהם ישרדו את הכספת והשלישי ישמור את צעדיו של המאבטח. אם בשלב מסוים ישלוח השלישי את אקדחו ויירה למוות במאבטח במחשבה פלילית, יישאו השניים הנותרים באחריות הפלילית להמתת המאבטח, אף שלא ביצעו פיסית את עבירת ההמתה ואף שלא היו מודעים לה, פזיזים ביחס אליה או מתכוונים לה, אם הם אכן עומדים בתנאי ההסדר שבס' 34 לחוק העונשין. למהות האחריות הנגררת המסתברת ראו: ע"פ 3390/98 רוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(5) 871 (1999); ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501 (2001); ע"פ 4478/03 פורטנוי נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 97 (2004); ע"פ 6157/03 הוך נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 28.9.2005).

¹⁷¹ פקודת החוק הפלילי, 1936, ע"ר תוס' 1 263. הוראות ס' 28 לחוק העונשין כנוסחו טרם כניסתן לתוקף של הוראות תיקון מס' 39 לחוק קבעו, כי "שניים או יותר שחברו יחדיו כדי להשיג מטרה בלתי חוקית, ובמהלך השגתה של המטרה נעברה עבירה שהיא לפי טבעה תוצאה מסתברת של אותו מהלך, יראו כל אחד מהם שנכח בשעת העבירה כאילו הוא עבר אותה".

¹⁷² הוראות ס"ק 34(א) לחוק העונשין קובעות, כי "עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה – (1) ישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד; (2) ישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי".

לעבירת רשלנות, עד כמה שקיימת עבירה מתאימה כזו.¹⁷³ בהקשר זה יש לציין, כי ענישתן של עבירות הרשלנות מוגבלת בחוק¹⁷⁴ משום תפישתן כחריג לעקרון האשם.¹⁷⁵

ההסדר המשפטי ביחס לשותפים הישירים אינו מאוזן. על התקיימות בפועל של יסוד נפשי מסוג רשלנות, יישאו השותפים הישירים לדבר-עבירה באחריות פלילית לאותה עבירה, לרבות עבירת מחשבה פלילית.¹⁷⁶ הצעת החוק משנת התשנ"ב היתה רחבה יותר והחילה את הכלל גם ביחס לעבירות כוונה,¹⁷⁷ אולם המחוקק הסתייג מכך והגביל את האחריות הנגררת המסתברת ביחס לעבירות הכוונה לאחריות בשל אדישות בלבד, אולם עדיין בגדר המחשבה הפלילית ובשום פנים לא ברשלנות.¹⁷⁸ מידתיותו והלימותו של הסדר משפטי בלתי מאוזן זה עלתה לדיון בעניין סילגדו¹⁷⁹ וכל שופטי ההרכב היו מודעים לבעייתיות זו ולחוסר האיזון.¹⁸⁰

בפועל, הכשיר בית המשפט את ההסדר הבלתי מאוזן תוך שימוש בטרוריקה חוקתית השאובה מהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בקביעה כי מדובר בהסדר מאוזן, העומד בסטנדרטים של מידתיות והלימות מלכתחילה. גם כאן, עשה בית המשפט העליון שימוש בהוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו דווקא כדי להעצים את השליטה החברתית המשפטית וכדי להחליש את האינדיווידואליזם המשפטי. דעת הרוב, מפי הנשיא ברק והשופט לוי, כלל לא ראתה צורך לדון בהסדר בלתי מאוזן זה כפגיעה בזכות חוקתית של הנאשם, ועל כך לא הסכימה עמה דעת המיעוט, מפי השופטת שטרסברג-כהן, אשר ראשית ראתה בהסדר זה כפגיעה בזכות חוקתית – ככזו – ובעקבות זאת נדרש דיון בעמידת הפגיעה בסטנדרטים החוקתיים של מידתיות והלימות.¹⁸¹

עם זאת, קבעה דעת המיעוט (בהסכמת דעת הרוב), כי "לצד הצורך להגן על זכויות

¹⁷³ בהתאם להוראות ס"ק 34א(א)(2) לחוק העונשין.

¹⁷⁴ בהתאם להוראות ס"ק 21(ב) ו-90ב לחוק העונשין.

¹⁷⁵ Speidel v. State, 460 P.2d 77 (1969); People v. Johnson, 193 Colo. 199, 564 P.2d 116 (1977); Santillanes v. State, 115 N.M. 215, 849 P.2d 358 (1993); DAVID ORMEROD, SMITH AND HOGAN CRIMINAL LAW 130–131 (11th ed., 2005); לדעה אחרת

ראו: פלר, יסודות בריני עונשין כרך א, לעיל ה"ש 139, בעמ' 634–633.

¹⁷⁶ בהתאם להוראות ס"ק 34א(א)(1) לחוק העונשין.

¹⁷⁷ הצעת חוק העונשין, 1992, בעמ' 132–133.

¹⁷⁸ ההקלה ביחס לעבירות הכוונה נקבעה בהוראות ס"ק 34א(א)(1) סיפא לחוק העונשין.

¹⁷⁹ ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו"ד (5) 529 (2002).

¹⁸⁰ אצל הנשיא ברק – שם, בעמ' 540–541; אצל השופטת שטרסברג-כהן – שם, בעמ' 559–560; אצל השופט לוי – שם, בעמ' 562.

¹⁸¹ שם, בעמ' 553–554.

האדם של העבריין קיים צורך מקביל למנוע הפיכתו של חוק היסוד למגן שבידי העבריין¹⁸², אלא שכאמור, זהו ייעודו של האינדיווידואליזם המשפטי. לכך הוסיפה דעת המיעוט ביחס להגנת זכויות הפרט של הנאשם במסגרת החוקתית, כי "הגנה זו אינה צריכה לבוא על חשבון הסדר החברתי המתוקן"¹⁸³. על כך יש לתהות, על חשבון מה בדיוק הניח בית המשפט שהגנה זו תבוא! האם האינדיווידואליזם המשפטי אינו אמור מלכתחילה לאזן את השליטה החברתית המשפטית? אם התשובה היא חיובית, הרי שזהו המחיר החברתי – הוא ולא אחר. ומכל מקום, קבע בית המשפט, כי ממילא הפגיעה היא בסך-הכל בעבריינים: "זאת לזכור, כי המבצע בצוותא אינו אדם תמים, אלא שותף למבצע עברייני"¹⁸⁴. לפיכך יש להניח, כי הפסד חברתי גדול לא יצמח מכך...

כך יושמו הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ביחס לדוקטרינת האחריות הנגזרת המסתברת והפכו להלכה מחייבת.

גם ביחס לעבריינות הספציפית שנדונה בבית המשפט תחת בחינה חוקתית – לא ניכר שוני רב, אם בכלל. בעניין **שמוקלר**¹⁸⁵ נדונה תקיפה חוקתית של עבירה פלילית לפי חוק עזר עירוני, האוסר מכירת בשר חזיר, כעבירה פלילית. דעת הרוב נזקקה אמנם להוראות חוק היסוד, אך דווקא כדי להבהיר מדוע הנאשמים, אשר מכרו בשר חזיר, הם אלה הפוגעים בהוראות חוק היסוד, נוכח אופיה היהודי והדמוקרטי של המדינה¹⁸⁶, שכן גם אופי זה עולה מהוראות חוק היסוד.¹⁸⁷ קביעה זאת נעשתה תוך היקש מן הכיתוב של שטרות דולר ארצות-הברית "In God We Trust" כאסמכתא לקביעה זו.¹⁸⁸ כפועל יוצא מן הדברים, לא ההוראה הפלילית היא הנדרשת לעמוד לבחינה חוקתית, אלא דווקא הנאשמים. דעת המיעוט לא סברה כך וקבעה כי יש לבטל את העבירה, לו נשמעה דעתה, שכן אין העבירה עולה בקנה אחד עם חוקי היסוד ועם "רוח חוקי היסוד"¹⁸⁹, אך דעתה לא נשמעה, והיא נותרה דעת מיעוט.

182 שם, בעמ' 556.

183 שם, בעמ' 561.

184 שם, בעמ' 560.

185 ע"פ (מחוזי ב"ש) 7182/98 **שמוקלר נ' מדינת ישראל**, פ"מ התשנ"ח (2) 241 (1999) (להלן: **עניין שמוקלר**).

186 שם, בעמ' 286.

187 הוראות ס' 1א לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ס"ח התשנ"ד 90) קובעות, כי "חוק-יסוד זה, מטרתו להגן על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל".

188 **עניין שמוקלר**, לעיל ה"ש 185, בעמ' 286.

189 שם, בעמ' 277.

בדיון הנוסף בעניין **כהנא**¹⁹⁰ נדונה בהרכב של שבעה שופטים שאלת הערך המוגן שבעבירת ההמרדה, לפי הוראות סעיף 136 לחוק העונשין, ואיזונה מול חופש הביטוי.¹⁹¹ אף לא אחד משופטי בית המשפט העליון במסגרת הדיון הנוסף סבר, כי יש צורך להתייחס להנמקה חוקתית כאשר דנים בעבירה, המתנה באופן כה חד על ערך חופש הביטוי, לרבות תפישת המידתיות שבהנמקה חוקתית. ואכן, במסגרת הדיון הנוסף כלל לא אוזכרה הוראה מהוראות חוקי היסוד. כך, וייתכן שבאופן נגזר, התקבלה עתירת המדינה בדיון הנוסף, זיכוי של המשיב בוטל והרשעתו הושבה על כנה.¹⁹² האם דיון, הנערך למעלה משמונה שנים לאחר כניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בעבירה המצירה את חופש הביטוי אינו סיבה הולמת דיה לבחינה חוקתית של העבירה – ותהא תוצאת הבחינה אשר תהא. הגם כי בערעור הפלילי (בלבד) שקדם לדיון הנוסף סבר הנשיא ברק, אך ללא כל אזכור של רטוריקה חוקתית או של הוראה מהוראות כל חוק יסוד שהוא, כי יש "לשקול את ביטולה של עבירת ההמרדה",¹⁹³ הרי שיש להזכיר, כי בעניין **אלבה**,¹⁹⁴ בו נדונה פגיעת עבירת ההסתה בחופש הביטוי ובחופש האקדמי, קבע בית המשפט העליון כפועל יוצא של בחינה חוקתית, כי ההסדר מאוזן והולם את ערכי כבוד האדם וחירותו.¹⁹⁵ ועוד רבים הם המקרים וקצרה היריעה מלהכיל אף את קצתם.

4- הערת סיכום – רטוריקה חוקתית ולא השפעה חוקתית מהותית

בחינת הדברים דלעיל מעלה תמונה קודרת למדי באשר לפיתוחו ולהתפתחותו של עקרון החוקיות בדיני העונשין בעידן חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. יש אשר בית המשפט דן בעניינים, אשר מהם מתבקשת התייחסות חוקתית, ובית המשפט כלל לא העביר עניינים אלה תחת שבטן של הוראות חוקתיות,¹⁹⁶ וכך הופך השיח החוקתי להיות עניין וולונטרי ולא מחייב. ברצונו – יתייחס בית המשפט לכך, וברצונו – לא יתייחס, ואין נפקה מינה, אם ההתייחסות היא במסגרת העקרונות שבחוק היסוד או במסגרת סעיפי ההגבלה.¹⁹⁷ עם זאת, כאשר בית המשפט השתמש בשיח החוקתי, היה

¹⁹⁰ דנ"פ 1789/98 מדינת ישראל נ' כהנא, פ"ד נד(5) 145 (2000) (להלן: עניין כהנא).

¹⁹¹ שם, בעמ' 161–164.

¹⁹² שם, בעמ' 181–182.

¹⁹³ ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 586 (1998)

¹⁹⁴ ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221 (1996).

¹⁹⁵ שם, בעמ' 285.

¹⁹⁶ לדוגמה: בעניין כהנא, לעיל ה"ש 190.

¹⁹⁷ נשיא בית המשפט העליון בדימוס, אהרן ברק, הגיב לטיוטה קודמת של רשימה זו במסגרת כנס

הדבר מיועד דווקא כדי להעצים את השליטה החברתית המשפטית באמצעות הרטוריקה החוקתית, ובכך נפגע האינדיווידואליזם המשפטי, אשר ממנו קורצו ההוראות החוקתיות הללו יחד עם עקרון החוקיות בידי העונשין.¹⁹⁸ לעומת זאת, כאשר בחר בית המשפט, אף בדעת מיעוט, להעצים את האינדיווידואליזם המשפטי, הרי שהוא לא נזקק לרטוריקה החוקתית בהכרח והצדיק את קביעתו מתוך הדין עצמו ללא פנייה לנורמות חוקתיות.¹⁹⁹

המסקנה המתבקשת היא כי אין בפועל השפעה חוקתית מהותית של הוראות חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על עקרונות דיני העונשין, לרבות עקרון החוקיות. אמנם לעתים עושה בית המשפט שימוש בשיח משפטי חוקתי, אך ללא כל השפעה להעצמת האינדיווידואליזם המשפטי. שיח משפטי מסוג זה אינו אלא בבחינת רטוריקה בלבד, שאין לתלות בה השפעה מהותית על הדין. באשר לשימוש ברטוריקה החוקתית דווקא כדי להחליש את עקרון החוקיות בידי העונשין ואת האינדיווידואליזם המשפטי תוך חיזוק השליטה החברתית המשפטית, קשה מאוד להימנע מהשוואת הרטוריקה החוקתית לצד ההשפעה החוקתית לאלה שננקטו בארצות-הברית בשנת 1857, ערב מלחמת האזרחים, בעניין *Dred Scott*.²⁰⁰

שם אמנם השתמש בית המשפט העליון הפדראלי של ארצות-הברית ברטוריקה חוקתית (התיקון החמישי לחוקה, כי אין לשלול קניינו של אדם ללא הליך משפטי הוגן)²⁰¹ ובזכות העמידה של בני-אדם בפני בית המשפט²⁰², אך זאת דווקא כדי לעגן

בעניין השפעת חוקי היסוד על המשפט הלא חוקתי, אשר נערך בקריה האקדמית אונו בחודש יוני 2007. במסגרת תגובתו העיר, כי מסגרת האיזונים של הזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עם זכויות "מתנגשות" אחרות היא מסגרת סעיף ההגבלה שבחוק היסוד ולא במסגרת הזכויות הספציפיות שבחוק היסוד. על כך יש להשיב, כי כאשר בית המשפט אינו נזקק כלל לשיח החוקתי, לא לזכויות הספציפיות שבחוקי היסוד ולא לסעיף ההגבלה, הרי שקביעת מיקומה הנורמטיבי של מסגרת הדיון אינה מעלה ואינה מורידה, שכן אין היא מהווה כלל חלק מן ההנמקה של בית המשפט.

¹⁹⁸ לדוגמא, בעניין פלונית, לעיל ה"ש 117.

¹⁹⁹ שם.

²⁰⁰ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 15 L.Ed. 691 (1857); ראו בעניין אומללותה של החלטה זו: Dennis K. Boman, *The Dred Scott Case Reconsidered: The Legal and Political Context in Missouri*, 44 AM. J. LEGAL HIST. 405 (2000); Paul Finkelman, *The Dred Scott Case, Slavery and the Politics of Law*, 20 HAMLINE L. REV. 1 (1997); Robert A. Burt, *What Was Wrong with Dred Scott, What's Right about Brown*, 42 WASH. & LEE. L. REV. 1 (1985); Henry A. Forster, *Did the Decision in the Dred Scott Case Lead to the Civil War*, 52 AM. L. REV. 875 (1918).

²⁰¹ שם, בעמ' 451–450.

²⁰² שם, בעמ' 451–452.

את העבדות, שכן אין לפגוע בזכות הקניין של הבעלים ביחס לעבדו-קניינו ללא הליך משפטי הוגן, וכי אין לעבד זכות עמידה בפני בית המשפט, שכן זכות זו שמורה לבני-אדם בלבד ולא לעבדים. והכל תחת רטוריקה חוקתית ברורה ושיח חוקתי מובהק. אמנם כי כן השימוש בכלים חוקתיים הנו שימוש בכלים משפטיים בעלי עוצמה רבה, אך הרטוריקה החוקתית כשלעצמה – אין די בה. לעומת זאת, שימוש בכלים החוקתיים, אף בבחינת רטוריקה, דווקא כדי להעצים את השליטה החברתית המשפטית וכדי להחליש את האינדיווידואליזם המשפטי – מהווה שימוש מסוכן, אשר תחילתו נודעת, אך סופו מי יישורנו.