

## פרק 3

# גבולות הדין הפלילי

1. מבוא – פריסתו הרחבה מדי של המשפט הפלילי והחשש מפני טשטוש גבולותיו 29
2. העיקרון בדבר האינטרס המוגן (או העיקרון בדבר הערך המוגן) 32
3. העיקרון בדבר היכולת למנוע את הנזק 37
4. עקרון השוירות 39
5. עקרון האמצעי המידתי 43
6. סיכום 44



## 1. מבוא – פריסתו הרחבה מדי של המשפט הפלילי והחשש מפני טשטוש גבולותיו

עד למאה ה-19 היה המשפט הפלילי המקובל ממוקד ומוגבל למספר מועט של עבירות שיוחדו לתופעות אנטי-חברתיות חמורות, ואשר הפרתן גררה אחריות פלילית כבדה, סנקציה כבדה, ובדרך כלל – גם קלון חברתי.<sup>1</sup> מאז המאה ה-19 חלו שינויים מרחיקי לכת בהיקפו של המשפט הפלילי, וקשה כיום לאתר תחום עשייה אנושי שאינו רצוף הוראות, כללים ואיסורים בעלי חשיבויות שונות, שאותם מנסה החברה המודרנית לאכוף באמצעות המשפט הפלילי.<sup>2</sup>

מחקרים מהארץ ומהעולם הצביעו על כך כי בתקופה המודרנית לא ניתן משקל מספיק לעקרונות המגבילים את גבולות פריסתו של המשפט הפלילי. לאור כך, כבש לו המשפט הפלילי שטחים חדשים והתפשט מעבר לגבולות הראויים, לדוגמה באמצעות הטלת אחריות בהיעדר מחשבה פלילית (עבירות רשלנות), באמצעות הטלת אחריות תוך ויתור על הוכחתה של מחשבה פלילית (עבירות אחריות קפידה), באמצעות הגדרות מעורפלות של העבירה הפלילית, תוך עשיית שימוש במושגי "שסתום", וכן באמצעות חקיקה המגדירה עבירות חדשות ב"סיטונות". רבים רואים בצמיחה זו של המשפט הפלילי חריגה אל מעבר לתפקידו הקלאסי וההיסטורי. הביקורת אשר הצביעה על הסכנות הנובעות ממצב זה הייתה בעלת אופי כללי<sup>3</sup> אך

<sup>1</sup> יובל קרניאל הפרת אמונים בתאגיד – במשפט הפלילי והאזרחי 184 (2001).

<sup>2</sup> שם. וראו גם רע"פ 3515/12 מדינת ישראל נ' שבתאי (פורסם בנבו, 10.9.2013), בסעיף 24 לפסק-דינו של השופט פוגלמן: "עקב התפתחויות טכנולוגיות רבות ומגוונות בחוקים שונים, בתחום דיני העבודה, המיסים, הבטיחות, הבריאות, החקלאות, איכות הסביבה, המסחר ועוד. בשונה מן העבירות הפליליות 'הקלאסיות', שהן עבירות של Mala in se הפוגעות בערך חברתי מוגן, ההוראות העונשיות הללו הן ככלל עבירות של Mala prohibita. אלה הן 'עבירות של תקנת הציבור', עבירות רגולטוריות שנוצרו לצורך קביעת הסדרים מנהליים או ציבוריים שונים ואכיפתם, בין היתר על ידי הרתעה מפני הפרתם. ריבוי ההסדרים החוקיים והגידול בהיקפי הפעילות בחברה ובמשק הביאו באופן טבעי לריבוי העבירות על חוקים אלה".

<sup>3</sup> ראו: בועז סנג'ור "מי מעוניין במאסרים מרובים וממושכים יותר? על הצעת חוק העונשין (תיקון): הבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה), תשס"ה-2005" עלי משפט ה 248, 247 (2004): "בכל פעם שמחוקקים במקומותינו חוק חדש, אפילו אם הוא בעל אופי אזרחי לחלוטין, מתעקשים לקבוע בו (בדרך כלל בסופו, כהדרן לשמח בו את הקהל) פרק שכותרתו בדרך כלל 'עונשין', ובו עבירות מיותרות נוספות. עקרון השיוריות של המשפט הפלילי נשכח לחלוטין. לא את כל תחומי החיים ניתן ורצוי להסדיר באמצעות המשפט

התייחסה גם לעבירות קונקרטיות שונות.<sup>4</sup> נטען, כי פרט לפגיעה בזכויות אדם חוקתיות – פגיעה שאינה מוצדקת בזכות הפרט לחירות ולאוטונומיה, עודף של תלונות, חקירות ומעצרים שפגיעתם בפרט קשה – להתרחבות יתר של המשפט הפלילי עלולות להיות תוצאות בלתי רצויות, כגון:<sup>5</sup> שימוש בלתי מבוקר שעושות בו רשויות התביעה;<sup>6</sup> טעויות רבות יותר באכיפתו ובהוצאתו לפועל של המשפט

הפלילי. נהפוך הוא: אם ניתן להסדיר כל תחום ללא המשפט הפלילי – מה טוב" (שם, בהערה 4); מרדכי קרמניצר "ארבעים שנה לדיני העונשין" משפטים יט 696, 701 (1990): "על פי נסיון העבר, ניתן להבחין כי המחוקק פועל על פי ההנחה כי כל המרבה להשתמש בדין העונשי הרי זה משובח, ולא היא"; קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" עיוני משפט טז 243, 244 (1991): "במשפט הישראלי קיימת נטייה בולטת להסתמכות יתרה על המשפט הפלילי".

<sup>4</sup> ראו לדוגמה, אצל קרניאל, לעיל ה"ש 1, אשר בחן את שאלת ההפללה הקשורה להפרת חובת אמונים בתאגיד, ותחימת גבולותיה הראויים; כן ראו, בועז סנג'רו "תיקון 39 לחוק העונשין במבחן סבלנותן של רשויות האכיפה – חוק מאבק בארגוני פשיעה" מגמות בפלילים – לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 91 (אלי דרמן, קרן שפירא-אטינגר ושי לביא עורכים, 2010), שתקף את חוק מאבק בארגוני פשיעה, התשס"ג-2003 (ס"ח 502) מנקודת מבט זו. סנג'רו טען במאמרו נגד ריבוי העבירות והגדרתן בחוק זה, כמו-גם נגד ההגדרה של "ארגון פשיעה" אשר, לשיטתו, חובקת-כול ואינה מתקבלת על הדעת. בגיליון ח' של כתב העת פלילים פורסמו שלושה מאמרים המתמקדים בשאלת גבולות התערבותו של המשפט הפלילי בפוליטיקה: מרים גור-אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח 253 (1999); יובל קרניאל "מרמה והפרת אמונים של עובד ציבור – הלכה למעשה" פלילים ח 273 (1999); אלון ברנר "עבירת הסחיטה באיומים – שאלות של דין רצוי – לחץ פוליטי כ'סחיטה באיומים'" פלילים ח 299 (1999).

<sup>5</sup> להרחבה ראו מרדכי קרמניצר "האם המשפט הפלילי – ידו בכל?" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 935, 937–938 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

<sup>6</sup> למאמר יסודי המצביע על בעיה זו ראו דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983). במאמר זה הציג פרידמן נתונים סטטיסטיים לגבי שנת 1980 המצביעים, כך לדעתו, כי המשפט הפלילי חדל מלעסוק בסטיות וגלש אל עבר ההתנהגות המקובלת. במאמר תגובה למאמר זה, שנכתב על ידי קרמניצר 25 שנה לאחר מאמרו של פרידמן, נטען כי הסתכלות מאוחרת בנתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה מגלה כי פרידמן כתב את מאמרו בתקופה של שיא באכיפה הפלילית, וכי משנת 1985 ואילך ניתן היה לחזות דווקא בירידה תלולה ועקבית במספר ההליכים הפליליים שהוגשו לבתי המשפט. בהתאם לנתונים שאותם הציג קרמניצר במאמר, במהלך 17 השנים שחלפו מאז 1980 ועד שנת 1997, צומצם השימוש בהליך הפלילי בחצי (!), ראו קרמניצר, שם,

הפלילי; אכיפה בלתי יעילה, שכן ככל שהמשפט הפלילי ברור פחות – נלכדים ברשת גם אלה שאינם מודעים לכך שהתנהגותם נופלת בגדרו של איסור פלילי; השקעת משאבים מיותרים על חשבון אכיפה בתחומים חיוניים וחשובים אחרים; ואחרון, שימוש סיטוני במשפט הפלילי הוא בבחינת "תפסת מרובה, לא תפסת" – הוא מביא לשחיקת הסטיגמה שבעצם השימוש במושגים "עבירה" ו"עבריין".

סוגיה זו – פריסתו הרחבה מדי של המשפט הפלילי והחשש מפני טשטוש גבולותיו – מעוררת את השאלה לגבי התנאים אשר בהתאם להם ראוי לקבוע כי התנהגות מסוימת היא אסורה באופן המאפשר הטלת עונש על העושה. אלו סוגי התנהגות ראוי לאסור מבחינה נורמטיבית?<sup>7</sup> שאלה זו, הנשאלת מנקודת מבטו של המחוקק, מכונה שאלת "ההפללה",<sup>8</sup> והתשובה לה קובעת, למעשה, את גבולות המשפט הפלילי. אף שמדובר בשאלה יסודית ביותר, השיח לגבי גבולות הדין הפלילי לוקה בחסר ואינו זוכה למלוא תשומת הלב הראויה לו.<sup>9</sup> ככלל, חוקרי הדין הפלילי מעדיפים לדון בסוגיות אחרות, ונראה שהסיבה לכך נובעת מחוסר העיסוק של בתי המשפט בבעיה זו (שכן, כאמור, שאלה זו מתייחסת במקור למחוקק ולא לבתי המשפט).

כתשובה לשאלת ניסוח גבולותיו הראויים של המשפט הפלילי הציעו מלומדים שונים נוסחאות שונות.<sup>10</sup> נפרט להלן את התנאים להפללה.<sup>11</sup>

בעמ' 936.

7 ראו אסף הרדוף *הפשע המקוון* 31–101 (2010).

8 בעקבות הרדוף, שם, בעמ' 33 (בהערה 4), נעיר כי השימוש במונח "הפללה" – criminalization – מכוון לבחינה המשפטית של סוג ההתנהגות. זאת, בניגוד לשימוש במונח "הפללה" בשפה המשפטית הישראלית היומיומית המתייחסת על פי רוב לתיאור מצב משפטי ראיתי בהליך פלילי שבו פלוני מעיד שאלמוני ביצע עבירה בנסיבות ספציפיות. המונח הלועזי המתאים לנסיבות אחרונות אלה הוא framing.

9 הרדוף, שם, בעמ' 31.

10 לסקירת הספרות באנגלית בנושא זה ראו שם, וכן ראו: Douglas Husak, *Why Criminal Law: A Question of Content?*, 2 CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY 99 (2008); ANDREW ASHWORTH, *PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW* 22–43 (6<sup>th</sup> ed., 2009).

11 החלוקה לארבעת העקרונות שיפורטו להלן היא בעקבות הרדוף, לעיל ה"ש 7; וראו גם אסף הרדוף "פסקת ההפללה: טיעון חוקתי נגד הפללה – על גבולות המשפט הפלילי וגבולות פסקת ההגבלה" *משפטים* מב 243, 272–276 (2012).

## 2. העיקרון בדבר האינטרס המוגן (או העיקרון בדבר הערך המוגן)

משמעותו של "עקרון האינטרס המוגן"<sup>12</sup> הוא, שמוצדק וראוי לצמצם את תפקידו של המשפט הפלילי למניעת התנהגות שהיא מזיקה מבחינה חברתית. הניסוח המפורסם של עיקרון זה – הקרוי גם "עקרון הנזק" – מיוחס לפילוסוף האנגלי ג'ון סטיוארט מיל, בספרו הידוע על החירות. וכך כתב מיל בספרו: "המטרה היחידה שלמענה מותר לבריות, הן כיחידים הן כקיבוץ, להגביל את חופש הפעולה של מי מתוכם היא ההגנה העצמית; שהתכלית היחידה אשר לשמה מותר בדין להשתמש בכוח הכפייה כלפי איש הנמנה עם חברה תרבותית היא מניעת נזק לאחרים"<sup>13</sup>. עיקרון מגביל זה השתרש בשיטת המשפט האנגלו-אמריקנית, כמו גם בשיטת המשפט הקונטיננטלית, ולפיו הפללה היא לגיטימית אך ורק אם היא באה למנוע סוג של התנהגות שמסבה נזק לאחרים.

באחד ממאמריו עמד קרמניצר על תכליתו של העיקרון כפי שפותח במשפט הפלילי הגרמני לאחר מלחמת העולם השנייה:<sup>14</sup> האחד, העיקרון מהווה אמצעי לביקורת של האזרח על המחוקק, המאפשר להבחין בין חקיקה שרירותית לבין חקיקה עניינית. אין הוא רק בסיס ליצירת איסורים אלא גם יסוד מגביל, המותח את הקו שמעבר לו אין ליצור עבירות, ועל ידי כך הוא מהווה ערובה לחירות הפרט. השני, ראיית כל הערכים המוגנים כערכים של הפרט, תוך המרת ההבחנה המקובלת

<sup>12</sup> הרדוף מכתיר עיקרון זה בכותרת "פוגענות – זיהוי סוג של התנהגות פוגענית". ראו הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 49. קרמניצר כינה עיקרון זה "עיקרון הערך המוגן". ראו מרדכי קרמניצר "על מאפיינים אחדים של המשפט הפלילי הגרמני" גבורות לשמעון אגרנט 325, 327 (1987): "תפקידו של המשפט הפלילי מצטמצם למניעת התנהגות מזיקה מבחינה חברתית, להבדיל ממניעת התנהגות בלתי מוסרית"; ראו גם מרדכי קרמניצר, דורון נבות, נאוה בן-אור, עמיר פוקס, גיא ורטהיים מרמה והפרת אמונים – בחינה ביקורתית והמלצות לשיפור החקיקה 19 (2008). ראו ניסוח מעט שונה: מרדכי קרמניצר ואפרת רחף סודות רשמיים – הצעה לתיקון האיסור הפלילי 6 (2005): "ההצדקה העקרונית לחקיקת איסור פלילי על מעשה פלוני טמונה בכך שבמעשה מגולמת אנטי-חברתיות מסוג המצדיק טיפול של הדין הפלילי".

<sup>13</sup> ג'ון סטיוארט מיל על החירות 13 (מהדורה חדשה, אהרון אמיר מתרגם, 2006). הספר ראה אור במקור בשנת 1859. אולם, השאלות: מהו "נזק"? איזו פעולה תיחשב ככזו הגורמת "נזק"? מהן גבולותיו של עקרון הנזק? הינן סבוכות, וניתן למצוא לגביהן דיונים בספרות. ראו להלן בה"ש 26.

<sup>14</sup> קרמניצר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 327.

– בין אינטרסים של היחיד לבין אינטרסים של הכלל – בהבחנה בין ערכים שהם נחלתו הבלעדית של הפרט לבין ערכים שהם נחלת הפרטים-כולם (בבעלות משותפת של כל הפרטים). תפיסה זו נועדה להבטיח שהערך המוגן ישמש נקודת מוצא יעילה ומשמעותית יותר הן למחוקק והן לביקורת החקיקה, שכן הנוסחה "אינטרס של הכלל" היא מעורפלת מדי ועלולה לשמש מסווה או כסות להטלת איסורים שאין להם הצדקה עניינית. השלישי, גיבוש הגדרות מהותיות, מדויקות ומפורטות, של הערכים המוגנים על ידי העבירות השונות. הגדרות אלה מביאות לצמצום היקף האיסורים ביחס להגדרות רחבות, עמומות, המשתמשות במונחים כלליים, עם קונוטציה מוסרית (לדוגמה, כאלה המקובלות בישראל).

יש לציין כי בראייה היסטורית, היו במהלך השנים מלומדים אשר סברו כי תיאורו של המשפט הפלילי ככלי שמטרתו למנוע נזק לזולת הינו צר מדי וכי, נוסף לעקרון הנזק, אין לשלול שימוש במשפט הפלילי ככלי לאכיפת מוסר. מחלוקת מעניינת זו, שליוותה את המשפט האנגלי במאה ה-19, נעורה לחיים חדשים באמצע המאה ה-20. וכך התגלגלו הדברים: באמצע שנות ה-50 של המאה ה-20, מינתה ממשלת בריטניה ועדה ממלכתית לבדיקה מחודשת של החוקים המתייחסים ליחסים הומוסקסואליים ולזנות (ועדת Wolfenden<sup>15</sup>). הוועדה פרסמה את מסקנותיה בשנת 1957. ברוב מכריע של 12 לעומת 1, המליצה הוועדה כי יחסים הומוסקסואליים בין בגירים בהסכמה לא ייחשבו עוד כעבירה. אשר לזנות, צידדה הוועדה, פה אחד, בהמשך קיומו של המצב שהיה קיים אותה עת באנגליה: הזנות, כשלעצמה, לא תיחשב כעבירה, אולם, כדי למנוע הטרדתם של אזרחים תמימים, המליצה הוועדה לנקוט אמצעים חקיקתיים להרחקת הזנות מהרחובות. פרסום הדו"ח היווה את יריית הפתיחה לדיון מחודש ביחס בין מוסר למשפט.<sup>16</sup> היו שסברו כי בעקבות דו"ח הוועדה, יאמץ הפרלמנט את הדו"ח וישמש נושא של דגל הרפורמה בתפיסת תפקידו של המשפט בכלל אל מול המוסר, מעבר למושג הדו"ח עצמו. אולם, מספר שנים מועט לאחר פרסום הדו"ח, בשנת 1962, הפתיע דווקא בית הלורדים את נתן את פסק הדין בעניין *Shaw*<sup>17</sup> שעורר מבוכה רבה. במקרה זה, פרסם הנאשם "מדריך

<sup>15</sup> Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmnd. 247 (1957).

<sup>16</sup> לדיון על משפט ומוסר באנגליה ראו: אמנון רובינשטיין אכיפת מוסר בחברה מתיירנית 35 ואילך (1975); שלמה שוהם, גבריאל שביט, גבריאל קאבאליון ותומר עינת עבירות ועונשים: מבוא לפנולוגיה 44–54 (2009); יובל לוי ואליעזר לדרמן עיקרים באחריות פלילית 20–24 (1981).

<sup>17</sup> *Shaw v. D.P.P.*, [1962] A.C. 220.

לגבירות" ובו שמות, כתובות, מספרי טלפון, ולעתים צילומים, של פרוצות. במקרים מסוימים, ניתן היה להסיק מהביטויים שבמודעות כי המפרסמות תסכמנה להתנהגות סדיסטית או מזוכיסטית. מטרתו המוצהרת של המדריך הייתה לסייע לפרוצות לקיים את מקצוען בשעה שהחוק האנגלי (חוק עבירות הרחוב משנת 1959) מנע מהן להשיג לקוחות על ידי שוטטות ברחוב. בכתב האישום נכללו שלושה פריטים: האחד, קשירת קשר להשחית את המוסר הציבורי, באמצעות המדריך; השני, חיים בודעין על רווחי זונות, ששילמו בעבור פרסומן במדריך; השלישי, פרסום דבר תועבה. במשפט הורשע הנאשם בכל פרטי האישום, אך המחלוקת המעניינת התעוררה בבית הלורדים בקשר לפרטי האישום הראשון (קשירת קשר להשחית את המוסר הציבורי). בהחלטה קבעה דעת הרוב<sup>18</sup> כי המשפט המקובל מכיר בעבירה של קשר להשחית את המוסר הציבורי. יתרה מכך, חלק משופטי הרוב הרחיק לכת וקבע כי תפקיד בית המשפט הוא להיות שומר המוסר. ידועים בהקשר זה דבריו המפורשים של הלורד סימונדס (Simonds): "במישור החוק הפלילי אין בלבי ספק כי בידי בתי-המשפט נותר הכוח השיורי לכפות את מטרתו העליונה והבסיסית של החוק, לשמור לא רק על הביטחון והסדר אלא גם על הטובה המוסרית של המדינה, וכי מתפקידם לשמרה מפני התקפות העלולות להיות ארסיות ביותר משום היותן חדשות, בלא שהתכוננו לקראתן".

היה ברור לכול כי חשיבותו של פסק הדין חרגה אל מעבר לדיון בעבירת הקשר להשחית את המוסר הציבורי ובשאלת מקומה במשפט המקובל. פסק הדין היווה את נקודת השיא בפולמוס הציבורי לגבי היחס בין המוסר למשפט הפלילי, אשר שני דובריו החשובים באנגליה היו השופט הלורד דבלין (Devlin), ופרופ' הארט (Hart). הלורד דבלין טען, בהרצאה שנשא בשנת 1959 לפני האקדמיה הבריטית, כי זכותה של המדינה לקבוע אמות מידה מוסריות ולאכוף אותן על ידי חקיקת חוקים והטלת עונשים. אמות מידה אלה נקבעות לפי "המוסר הציבורי" שהוא "מה שיש להניח שכל אדם בר-דעת רואה כבלתי מוסרי".<sup>19</sup> לדעתו של דבלין, קיים קשר הדוק בין שמירת הקיים בחברה לבין המשך קיום החברה והגנתה של המסגרת החברתית. לתפיסתו של דבלין, ה"דבר" ההופך קובץ בני אדם לחברה הוא אחדות-דעים, לא

<sup>18</sup> נגד דעתו החולקת של הלורד ריד (Reid).

<sup>19</sup> ההרצאה ראתה אור בספרו של דבלין: PATRICK DEVLIN, THE ENFORCEMENT OF MORALS (1965).

הלורד דבלין נחשב בהקשר זה כממשיכו של ג'יימס פיטסג'יימס סטיבן, ראו: JAMES FITZJAMES STEPHEN, LIBERTY, EQUALITY, FRATERNITY (1874).



רק בענייני מדיניות אלא גם בדרך שבה הם חייבים לנהוג איש עם רעהו ולנהל את חייהם. דעותיה של חברה בעניינים אחרונים אלה הן מוסרה. כל ניסיון לייסד חברה, שאין בה הסכמה יסודית אודות טוב ורע, נידון, לדעתו, לכישלון. קשרים אלה של הסכמה משותפת בשאלות של אורחות חיים והתנהגות הם המלכדים בני אדם לחברה, ומהווים, לכן, תנאי חיוני לקיומה. הלורד דבלין נתן דוגמאות אחדות לשורה של עבירות ספציפיות אשר היו קיימות במשפט הפלילי האנגלי מקדמת דנא, כגון המתת חסד, התאבדות, דו-קרב, הפלה, גילוי עריות. לדבריו, המכנה המשותף להן הוא כי כולן יכולות להתבצע בצנעה, בלא שתהיה כרוכה בהן פגיעה באלה שאינם שותפים לביצוען. ההצדקה היחידה, לדעתו של דבלין, להמשך קיומן של עבירות כאלה היא עניינו של המשפט הפלילי בשימורם של עקרונות מוסר.

נגד גישה "מוסרנית" זו התייצב הפילוסוף הארט, אשר תמך באופן בסיסי בעמדתו הקלאסית של הפילוסוף הליברלי ג'ון סטיוארט מיל (Mill), שאותה הביע בספרו הנודע על החירות.<sup>20</sup> כזכור, בהתאם לגישה זו, המשפט הפלילי הוא כלי שבו ראוי להשתמש לצורך מניעת נזק מהזולת, ואין זה מוצדק לעשות בו שימוש לצורך אכיפת נורמות-מוסר חברתיות.<sup>21</sup> הארט מבקר את גישתו של בית הלורדים בעניין *Shaw*. לדעתו, דעת הרוב בפסק הדין משקפת תחייה שאינה מוצדקת של "מוסרנות משפטית" אשר באה לידי ביטוי בהשקפה, הבלתי-ליברלית, שאכיפת מוסר מיני היא במובהק עניינו של החוק. כיצד עונה הארט לדבלין? ראשית, לדעתו, העבירות שאותן מביא דבלין לדוגמה (הפלה, התאבדות, המתת חסד), כחקיקה שכל תכליתה היא אכיפת מוסר, אינן עוסקות באכיפת מוסר אלא בהגנה על הקרבן מפני גרימת נזק לעצמו – לזה קורא הארט "פטרנליזם משפטי". הארט סבור כי המחוקק שואף למנוע מהקרבן לגרום נזק לעצמו ולהגן עליו מפני חולשות עצמו.<sup>22</sup> המחוקק ממקד מבטו בקרבן ומבקש להגן עליו, בעוד שרמתו המוסרית של מבצע העבירה כלל אינה עומדת לנגד עיניו. שנית, יש מעשים הנעשים ברשות הרבים שבגינם, גם לדעתו של הארט, יש להעניש. מעשים מסוימים (כגון זנות בפרהסיה), הופכים את

<sup>20</sup> מיל, לעיל ה"ש 13.

<sup>21</sup> את משנתו שטח הארט בספרו הנודע: H. L. A. HART, LAW, LIBERTY AND MORALITY (1963). הספר תורגם לעברית: ה. ל. א. הארט חוק, חירות ומוסר (מהדורה חדשה, אליה גילדין מתרגמת, 2006).

<sup>22</sup> ראו גם עמוס שפירא "בשולי פרשת הקסדות: זכותה של החברה להגן על הפרט מפני עצמו" עיוני משפט ב 512 (1972). השאלה, אם ראוי לקבוע עבירות לגבי נזק שאדם גורם לעצמו, נדונה בהרחבה בספר הבא: JOEL FEINBERG, THE MORAL LIMITS OF CRIMINAL LAW: HARM TO SELF (1986).

האזרח לעד שלא מרצונו למעשים המעוררים את סלידתו. בהתרחשו בפומבי, ולא ברשות הפרט, כופה עצמו המעשה המנוגד למוסר המקובל על הציבור הסולד ממנו, ואינו מתיר בידיו ברירה אלא להיפגע ממנו.

אם כן, דבלין סבור כי תפקיד המשפט הוא, בין השאר, להגן על החברה או על מוסדות חברתיים. הארט סבור כי תפקידו של המשפט הוא להגן על הפרט מפני נזק.<sup>23</sup>

רות גביזון סיכמה את דעתה בסוגיה זו במילים אלה:<sup>24</sup> "המסורת אשר בשמה מדבר הארט היא המסורת ההומאניסטית-ליברלית, המסורת המתרכזת באדם [...] זוהי מסורת אנושית ארוכה ומכובדת, אך מסורת שתמיד היתה צריכה להיאבק על מקומה. המאבק הזה עדיין נמשך, וקשה להניח שתיאמר בו מילה אחרונה, אף אם לי נדמה כי לא יכול להיות ספק בכך שחברה אנושית המקבלת את הנחות היסוד של מסורת זו תהיה חברה טובה יותר מחברה הדוחה אותן".

חרף דברים יפים אלה יש להודות, כי בוויכוח דבלין-הארט אין לנו, עד היום, "מנצח" ברור. בספרות תקפו בהצלחה טיעון זה או אחר, שלפו דוגמה זו או אחרת. אולם, לגבי העמדות הבסיסיות העומדות ביסוד גישותיהם, חילופי הדברים שימשו בעיקר מוקד להבהרת תחום הדיון והשאלות השנויות במחלוקת.<sup>25</sup>

ניתן לסכם ולומר כי בסוגיית הגבלת החירות ויצירת איסורים במשפט הפלילי, "נזק" היא עדיין מילת המפתח. אם נניח לרגע בצד את הוויכוח על אכיפת המוסר באמצעות המשפט הפלילי, הרי ש"מניעת נזק" הינה טעם מוצדק להגבלת החירות

<sup>23</sup> הוויכוח החשוב בין דבלין להארט חדר לפסיקת בית המשפט העליון. בע"פ 3417/99 הר-שפי נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 735 (2001), עסק בית המשפט בטיבה ובהיקפה של העבירה בדבר אי-מניעת פשע שבסעיף 262 לחוק העונשין. השופט טירקל נמצא תומך בדעתו של דבלין. לדעתו, קיימות נורמות מוסריות שראוי שייאכפו על ידי הדין, כגון חוק לא תעמוד על דם רעך, התשנ"ח-1998 (שם, בסעיף 3 לפסק דינו). מנגד, השופט ריבלין מצטרף לדעתו של הארט, והוא כותב (שם, בסעיף 1 לפסק דינו): "העבירה שעניינה אי-מניעת פשע לא נועדה לאכוף השקפה מוסרית רק בשל שהיא השקפה מוסרית רווחת. היא באה לאכוף נורמה החורגת מן המוסר 'הפוזיטיבי' גרידא (על-פי ההבחנה שהציע פרופ' הארט) והיא עונה על הנורמה הראויה לאכיפה גם על-פי ההשקפה המיליאנית – בשל שהפרתה עשויה להביא נזק לזולת".

<sup>24</sup> דברים שכתבה כהקדמה למהדורה העברית הקודמת של ספרו של הארט, אשר ראתה אור בשנת 1981: ה. ל. א. הארט חוק, מוסר ומשפט 19–20 (1981). בוויכוח דבלין-הארט הביעה גביזון תמיכה בעמדתו של הארט (שם, בעמ' 20): "בין העמדות האפשרויות, עמדתו של הארט היא – לגבי, כמו לגבי רבים – העמדה הראויה".

<sup>25</sup> שם, בעמ' 14.

הן על פי הארט והן על פי דבלין. עם זאת, ומטבע הדברים, "בכל הבעיות שלא נעלמו עדיין מעל סדר-היום של החברה האנושית יש מחלוקת אמיתית לגבי הנזק שבטיפוסי התנהגות מסוימים [...] עבודה רבה חייבת להיעשות, הן בזיהוי הכללי של טיפוסי נזקים הצריכים להילקח בחשבון ושל כאלה הצריכים להיות מוצאים, והן במחקרים אמפיריים לגבי התוצאות של התנהגויות אנושיות מסוימות, על-מנת שנוכל להשתמש בקריטריון של הארט ולהיעזר בו בפתרון בעיות ספציפיות".<sup>26</sup> לבסוף, יש לציין כי "עקרון הנזק" או "עקרון ההגנה על הערכים" הוא כיום, למעשה, בעל מימד חוקתי מכוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע, בסעיף 8 שבו, כי פגיעה בזכות חוקתית (בענייננו, בעיקר פגיעה בזכות לחירות), אינה כדין אלא אם כן החוק הפוגע נועד ל"תכלית ראויה". אכן, "הערך החברתי המוגן באמצעות העבירה הפלילית הינו 'התכלית הראויה' המעוגנת בפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הערך החברתי המוגן הינו, אפוא, גם ערך חוקתי".<sup>27</sup>

### 3. העיקרון בדבר היכולת למנוע את הנזק

זיהויה של התנהגות המסיבה נזק לזולת הוא תנאי להפעלת המשפט הפלילי לצורך הכרזה על איסורה, על אי-חוקיותה. עם זאת, זהו תנאי הכרחי, אך אינו תנאי מספיק. מעת שלפנינו סוג של התנהגות הגורמת נזק, הופך סוג זה של התנהגות מועמד להפללה. הפוגעניות מספקת הצדקה ערכית התחלתית להפללה, אך נדרשת גם הצדקה מכשירנית, טעם מעשי. למשפט הפלילי יש דרכי עבודה שמקובלות כיום, ויש לבחון אם יש ביכולתן למנוע את סוג ההתנהגות החשודה או, לפחות, לצמצמו. השאלה היא של מסוגלות הדין הפלילי להתמודד עם האתגר שניצב

<sup>26</sup> שם, בעמ' 17–18. וראו בהקשר זה דבריו של הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 50–51: "התשובה לשאלה האמורה היא לא תמיד פשוטה. כמעט כל דבר יוצר סיכון בנזק באופן כלשהו, ושפע פעולות עלולות להוביל לנזק. שאלת ריחוק הנזק היא קשה, ובדרך כלל רק גורמים קרובים מעניינים את החוק. גם כשהנזק ברור, שביל הנזק לא בהכרח ברור. מכאן קצרה הדרך לוויכוחים, האם סוג מסוים של התנהגות מזיק או לא. לא בטוח שיש לכך פתרון". לעניין הבעייתיות הטמונה במושג "נזק" והקושי לתחום את גבולותיו ראו גם: Hamish Stewart, *The Limits of the Harm Principle*, 3 CRIMINAL LAW AND PHILOSOPHY (2009).

<sup>27</sup> חאלד גנאים, מרדכי קרמניצר ובוועז שנור לשון הרע – הדין המצוי והרצוי 25 (2005). על ההיבט החוקתי של יסוד זה נרחיב להלן בפרק 4, תת-פרק 4ג, בעמ' 61.

- בפניו.<sup>28</sup> בין השאר, זוהי שאלה של יכולת האכיפה.
- ניתן לחלק את שאלת יכולת האכיפה לארבעה גורמי משנה, שמהווים (בלא להציג שאלות של הקצאת משאבים), חלק בכל אכיפה של כל איסור:<sup>29</sup>
- (1) היכולת לאתר את סוג ההתנהגות והיכולת לאתר את מבצעי ההתנהגות;
  - (2) היכולת לתפוס את מבצע ההתנהגות ולהחזיק בו;
  - (3) היכולת לאסוף ראיות המספיקות להעמדה לדין;
  - (4) היכולת לצמצם את סוג ההתנהגות האסורה באמצעות ענישה.

ניטול דוגמה. החוק הפלילי אוסר על נהג של כלי רכב לנהוג ללא שהוא חגור בחגורת בטיחות. בכך בא המשפט הפלילי למנוע מאדם לגרום נזק חמור לעצמו (של פציעה או של מוות).<sup>30</sup> איסור זה הוא בר-אכיפה באמצעות משטרה הרושמת דו"חות בגין אי-חגירת חגורות בטיחות. וכך הוא גם בהקשר לאיסור על רכיבה על אופנוע ללא קסדת ראש. אך מהו הדין לגבי אדם המבצע פעולה של עישון ברשות היחיד, בביתו פנימה, והגורם עקב כך נזק לעצמו ולבני ביתו? הרי, אין חולק, בהתאם לידוע כיום, כי פעולת העישון גורמת לבני אדם נזק ארוך טווח. אם כך הדבר, מדוע לאסור עישון במקומות ציבוריים בלבד?<sup>31</sup> – רק כאשר אדם גורם נזקים לזולתו במקום ציבורי – ולא לאסור עישון כלל? נראה לנו שהתשובה לכך נעוצה בתפיסה החברתית שלפיה במצבים כאלה סובל המשפט הפלילי מאי-יכולתו למנוע את הנזק ובאי-יכולת להתמודד עם התופעה החברתית של עישון ברשות היחיד. אכן, המשפט הפלילי מתמודד (אגב, לא-תמיד בהצלחה) עם פעולות הגורמות נזק ברשות היחיד, כגון עבירות מין בתוך המשפחה ואלימות בתוך המשפחה. במקרים אלה מדובר בנזק מייד, שהוא, באופן יחסי, פשוט לאיתור. חרף זאת, נראה הדבר כי איסור עישון גם ברשות היחיד לא יניב תוצאות מרחיקות לכת אשר מצדיקות את הפעלתו של המשפט הפלילי. בהחלט ייתכן שאת המטרה של מניעת עישון ברשות היחיד יש לנסות ולהשיג באמצעים של חינוך.

<sup>28</sup> ראו הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 60–62, המכתיר עיקרון זה בכותרת "תכליתיות – יכולת להשגת מטרת: דרכו של המשפט הפלילי להתמודד עם סוגים של התנהגות פוגענית".

<sup>29</sup> להעמקה בסוגיית יכולת האכיפה ראו אצל הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 60–76.

<sup>30</sup> כאן אנו מניחים, בהתאם לעקרון הפטרנליזם של הארט (לעיל ה"ש 21, בעמ' 68), כי עקרון הנזק כולל גם נזקים שאדם עלול לגרום לעצמו, אך הנחה זו אינה מובנת מאליה ויש החולקים עליה. לדין מעמיק בשאלה זו ראו אצל FEINBERG, לעיל ה"ש 22.

<sup>31</sup> ראו החוק למניעת העישון במקומות ציבוריים והחשיפה לעישון, התשמ"ג-1983.

לבסוף, יש לציין כי העיקרון, שלפיו אין להפעיל את המשפט הפלילי אלא אם כן יש ביכולתו למנוע נזק, זכה כיום למעמד חוקתי. זאת, במסגרת פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובעיקר במסגרת מבחן המשנה הראשון של המידתיות העוסק באמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה החקיקתית. בהתאם למבחן זה, יש לבדוק אם העבירה והעונש שבצידה משרתים את המטרה החקיקתית, קרי: אם המשפט הפלילי באופן כללי, והעבירה באופן פרטי, הם כלי מתאים העשוי לספק הגנה לאינטרס המוגן.<sup>32</sup> אם העבירה אינה האמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה החקיקתית, היא תיפסל כלא-מידתית וכפוגעת, שלא כדין, בזכות החוקתית לחירות, שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

#### 4. עקרון השוירות

עיקרון נוסף, התוחם את גבולותיו של המשפט הפלילי, הינו עקרון השוירות.<sup>33</sup> בהתאם לעיקרון זה, "התנהגות מזיקה מבחינה חברתית (הפוגעת בערך החברתי) אינה צריכה לבוא תחת המטריה של דיני העונשין, אם ניתן להתמודד איתה באמצעים פחות חריפים וקשים",<sup>34</sup> כגון באמצעות סנקציות משמעתיות,<sup>35</sup> אכיפה מנהלית,<sup>36</sup> דיני חוזים

<sup>32</sup> על ההיבט החוקתי של יסוד זה נרחיב להלן בפרק 4, תת-פרק 74, בעמ' 62.  
<sup>33</sup> הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 77, מכנה עיקרון זה: "חלופיות – השגת מטרת באמצעות חלופות הפללה".

<sup>34</sup> קרמניצר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 326.  
<sup>35</sup> ראו, יניב ואקי "לא לרוץ למגרש – הגבולות הפליליים של האלימות בספורט" עורך הדין 16, 94 (2012), אשר בוחן את העבירות הפליליות המאפיינות את התופעה של "אלימות בספורט" מנקודת מבט של העקרונות המגדירים את גבולות המשפט הפלילי בכלל ועקרון השוירות בפרט.

<sup>36</sup> ראו עניין שבתאי, לעיל ה"ש 2, בסעיף 25 לפסק דינו של השופט פוגלמן: "התעוררה בספרות ביקורת על השימוש בדין הפלילי לשם אכיפתם של כללי זהירות ורגולציה, ונטען כי את אלה יש לאכוף באמצעים מנהליים ואזרחיים [...] אחד מהטעמים שהובילו את המחוקק לקביעת מנגנוני אכיפה חלופיים הם כדי לתת 'אפשרות למי שעברו עבירה מינהלית לשאת בעונש מתאים בלא שיוכתמו בכתם של מי שעברו עבירה פלילית, אלא בנסיבות מיוחדות". לסקירה של מגוון מנגנוני אכיפה חלופיים לזה הפלילי, ראו, שם, בסעיפים 24-29; ראו גם את סקירת החוקים שיצרו מעבר מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית אצל איל ינון "מגמות בחקיקת הכנסת ה-18 – סיכום ביניים" דין ודברים ז 23, 24-25 (2013); וכן ראו, סיני דויטש "הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 33), התשע"ב-2011 – האמנם ראוי לצמצם את האכיפה הפלילית?" מאזני משפט ח 29 (2012). מאמר

או דיני הנזיקין.<sup>37</sup> הטעם לכך נעוץ באופייה החמור של האחריות הפלילית שהטלתה פוגעת קשה בזכויות יסוד, בעיקר בזכות לחירות. לפיכך, יש להעדיף – על פני הטלת אחריות פלילית – אמצעים אחרים העשויים למנוע את התופעה החברתית המזיקה ושכרוכה בהם פגיעה קשה פחות בזכויות היסוד של הפרט (הפוגע). משום שהדין העונשי הוא האמצעי החריף ביותר, היחס בינו לבין אמצעי הסדרה אחרים הוא שיוורי. כלומר, יש להשתמש בו שעה שאמצעים אחרים אינם מועילים.<sup>38</sup> המשפט הפלילי מצויד באמצעים הדרסטיים ביותר, לרבות שלילת חירות של אדם. לפיכך, יש למעט בשימוש בו. לאור כך, הפנייה אל המשפט הפלילי אינה מוצדקת תמיד וראוי שתיעשה כאמצעי אחרון.<sup>39</sup>

עקרון השיווריות הינו עקרון חיצוני למשפט הפלילי, וככזה אין הוא נכלל בחלק המקדמי או בחלק הכללי של חוק העונשין. המדובר בעקרון אשר תוחם את גבולותיו של המשפט הפלילי ולכן אין הכרח כי יצויין במפורש במסגרת הוראות היסוד של חוק העונשין, ואולם עליו לקבל את ביטויו באמצעות עקרונותיו

זה עוסק בתיקון 33 לחוק הגנת הצרכן, אשר מסמן מעבר מאכיפה פלילית לאכיפה מנהלית. עם זאת, ראו את דעתו של המחבר אשר אינה נוחה עם השינוי (שם, בעמ' 32).  
<sup>37</sup> דוד רונן "שלילת הגנות בשל התנהגות פסולה" הפרקליט מו 342, 356 (2002): "אם המעשה הפסול אינו מהווה עבירה אך מעמיד עילת תביעה אזרחית, יש להותיר את הטיפול למשפט הפרטי. בכך בא עקרון השיווריות על סיפוקו מבלי לפגוע בערך ההרתעה"; וראו גם מיכל אגמון ודוידה לחמן-מסר "תיאוריית האכיפה בהצעת חוק החברות החדש" משפטים כו 543 (1996). המאמר מבהיר את עקרונות היסוד שעמדו בבסיס חוק החברות, התשנ"ט-1999, ביניהם הרצון להימנע מסנקציות פליליות והעדפת מנגנוני אכיפה פנימיים בחברה. הכותבות מבהירות (שם, בעמ' 556), כי: "ההליך הפלילי הוא הליך הפוגע יותר מהליכים אחרים (אזרחיים ומנהליים) באזרח. על כן, במקום שניתן להשיג אותם יעדים שלא על דרך הענישה הפלילית, יש לעשות כן".

<sup>38</sup> קרמניצר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 326–327.

<sup>39</sup> וראו בעניין זה את המחקרים הבאים: JONATHAN SCHONSHECK, ON CRIMINALIZATION (1994); Douglas Husak, *The Criminal Law as Last Resort*, 24 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 207 (2004); DOUGLAS HUSAK, OVERCRIMINALIZATION – THE LIMITS OF THE CRIMINAL LAW (2008). על ספרו זה של Husak, משנת 2008, נערך סימפוזיון בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, והוא שימש בסיס לארבעה מאמרים בנושא של Overcriminalization. ראו, Douglas Husak's, Book Symposium on Douglas Husak's, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, 1 JERUSALEM REVIEW OF LEGAL STUDIES 3 (2010).

וההסדרים הקבועים בו. על המשפט הפלילי בכלל ועל חוק העונשין בפרט לפעול בהתאם למצוותו של עקרון השיוריות והמשמעויות הנגזרות הימנו.<sup>40</sup> הבחנה נוספת היא, ש"לעקרון השיוריות במשפט הפלילי יש שתי משמעויות שונות. עניינה של המשמעות האחת הוא בקביעת עבירות ועונשים. זוהי השיוריות המהותית. על-פיה אין לחוקק חוק המטיל איסור פלילי או המרחיב אותו אלא כמוצא אחרון, כשאין דרך אחרת להשיג את התכליות המבוקשות. עניינה של המשמעות האחרת הוא באכיפת הדין הפלילי – בין כלפי אדם מסוים ובין בקביעה של מדיניות אכיפה. זוהי השיוריות האכיפתית. על-פיה, אין לאכוף את המשפט הפלילי במקרים נתונים אלא כמוצא אחרון".<sup>41</sup>

אין להתפלא על כך, כי עקרון השיוריות מוזכר בפסיקת בתי המשפט בעיקר במשמעות השנייה – השיוריות האכיפתית. הסיבה לכך היא, שבדרך כלל בתי המשפט אינם עוסקים כעניין שבשגרה בשיוריות המהותית, קרי בשאלה אם לחוקק איסור פלילי כזה או אחר (אלא אם כן מדובר בביקורת שיפוטית על חקיקתו של איסור פלילי). עם זאת, בתי המשפט עוסקים מעת לעת בשיוריות האכיפתית, לדוגמה במסגרת ביקורת שיפוטית על ההחלטה של רשויות התביעה להעמיד לדין ובהדרשם לשאלה האם העמדה לדין פלילי הינה כלי ראוי בנסיבות העניין.

ואכן, בפסק-הדין היחיד (עד כה) של בית המשפט העליון אשר בו נדון באופן מעמיק עקרון השיוריות – עניין שוורץ<sup>42</sup> – לא היה זה דיון בהקשר לחוק החורג מגבולותיו הרצויים של המשפט הפלילי (המשמעות הראשונה: שיוריות מהותית) אלא בהשתקפותו של עקרון השיוריות בהחלטתן של רשויות התביעה שלא להעמיד לדין פלילי, אלא לדין משמעתי בלבד, מפקדים של חייל ששלח יד בנפשו. זאת למרות שהמפקדים לא גילו ערנות מספקת לסימנים מקדימים לתוכניות ההתאבדות של החייל, ובכך ייתכן שהתקיימו יסודות העבירה של גרימת מוות ברשלנות (המשמעות השנייה: שיוריות אכיפתית). בית המשפט, מפי השופט

<sup>40</sup> אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "המעמד החוקתי של שיוריות המשפט הפלילי" ספר מצא (יראה אור ב-2014). וראו שם להרחבה ולפירוט של "הכללים הפנימיים" שבהם משתקף עקרון השיוריות – כגון כלל הפרשנות המצמצמת שבסעיף 34 לחוק העונשין וסייג זוטי הדברים שבסעיף 34 לחוק העונשין.

<sup>41</sup> שם (ההדגשות הוספו).

<sup>42</sup> בג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה, בסעיפים 20 ו-21 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 12.7.2010); אך ראו גם את פסק-הדין של בית המשפט השלום, ת"פ (שלום ת"א) 4696/01 מדינת ישראל נ' הנדלמן, תק-של 03 (2) 38 (2003), אשר בו נעסוק להלן, בפרק 4 בעמ' 63.

ג'ובראן, התייחס לעקרון השיוריות בנסיבות העניין כעקרון שיש לתת לו משקל נכבד בעת הפעלת סמכות התביעה שלא להגיש כתב-אישום מטעמים של חוסר עניין לציבור: "הנחת המוצא היא כי קיימים אמצעים, מלבד המשפט הפלילי, שיש בהם כדי להגשים את המטרות הנמצאות בבסיס המשפט הפלילי. [...] על כן רשויות התביעה צריכות לבחון האם העמדה לדין פלילי היא האמצעי המידתי במקרה שנמצא לפניו".<sup>43</sup> על עקרון השיוריות באופן כללי הוסיף השופט ג'ובראן את הדברים הבאים: "המשפט הפלילי הינו האמצעי החריף ביותר שיש למערכת המשפט, שפגיעתו היא הקשה ביותר בזכויות האדם. לכן, יש לתור אחר אמצעים חלופיים שיכולים להגן על הערך החברתי באותה אפקטיביות".<sup>44</sup> עם זאת, הוא הדגיש, "יש לסייג את הקביעה כי המשפט הפלילי תמיד פוגע בזכויות אדם בצורה הדרסטית והחריפה ביותר. יהיו מקרים שבהם דווקא אמצעים משפטיים אחרים יפגעו בצורה חריפה יותר בפרט, מאשר המשפט הפלילי [...] אולם, ברוב המקרים, ההנחה שהמשפט הפלילי הוא האמצעי הדרסטי והפוגעני ביותר, הינה נכונה".<sup>45</sup>

עקרון השיוריות במשפט הפלילי – על משמעותו המהותית ועל משמעותו האכיפתית – נהנה כיום ממעמד חוקתי. הוא נובע מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>46</sup> בהתאם למבחן זה, פגיעה בזכות אדם חוקתית<sup>47</sup> תהא מוצדקת רק אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר אשר פגיעתו בזכות האדם החוקתית היא פחותה. הכרה במעמדו החוקתי של עקרון השיוריות ניתן למצוא גם בדבריו של השופט ג'ובראן בעניין שוורץ לפיו, עקרון השיוריות של המשפט

<sup>43</sup> ראו עניין שוורץ, שם, בסעיף 19 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. לסקירת פסקי דין נוספים של בית-המשפט העליון שבהם משתמעת מודעות לעקרון השיוריות, אף כי המושג "שיוריות" לא צוין בהם ראו אצל בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 40. ראו גם, עניין שבתאי, לעיל ה"ש 2, בסעיף 30 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

<sup>44</sup> עניין שוורץ, שם, בסעיף 20 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

<sup>45</sup> שם, בסעיף 21 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן; וראו גם אצל הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 78.

<sup>46</sup> ראו דיון בפן החוקתי של העיקרון, להלן בפרק 4, תת-פרק 4, בעמ' 64.

<sup>47</sup> ההנחה היא כי עבירה פלילית פוגעת בזכויות חוקתיות, כגון הזכות החוקתית לחירות שבסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. על כך, ראו להלן בפרק 4, תת-פרק 3, בעמ' 53.



הפלילי נהנה כיום ממעמד חוקתי, הנגזר מהמבחן השני של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה.<sup>48</sup>

נדמה כי לעקרון השיוריות ניתן משקל מסוים מצד המחוקק<sup>49</sup> ובתי המשפט אך עדיין ניתן להצביע על חקיקת-יתר חדשה בתחום הפלילי<sup>50</sup> או לתיקונים של עבירות קיימות (בעיקר לכיוון החמרה בענישה) שנעשו רק כדי לתת מענה לתחושות זעם, חרדה או חוסר-אונים שהתעוררו בציבור בעקבות תופעות מסוימות ואף בעקבות פרשות ספציפיות.<sup>51</sup>

## 5. עקרון האמצעי המידתי

העיקרון האחרון המצר את פריסתו של המשפט הפלילי הינו עקרון המידתיות. על פי מבחן זה מתבקש איזון בין טובת הכלל – קיומו של איסור פלילי – לבין נזקים אחרים העשויים לנבוע מקיומו של האיסור, לרבות פגיעה בזכויותיו של הפרט. במילים אחרות, אין זה ראוי לחוקק איסור פלילי (מהותי) אשר אינו מקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנו – קרי: הגנה על האינטרס המוגן – לבין היקף הפגיעה באינטרסים ובערכים חברתיים חשובים אחרים. עמד על כך הרדוף במחקרו: "בסופו של דבר, מקובל לומר, כל איסור פלילי צריך לעשות יותר טוב

<sup>48</sup> עניין שוורץ, לעיל ה"ש 42, בסעיף 20 לפסק-דינו של השופט ג'ובראן.

<sup>49</sup> נדמה כי עקרון השיוריות מוצא את ביטויו בעיקר במגמה המאפיינת חקיקה של השנים האחרונות, הקובעת מנגנוני אכיפה מנהליים חלופיים לאכיפה הפלילית המסורתית, ראו לעיל ה"ש 36.

<sup>50</sup> ראו, הדר דנציג-רוזנברג, יורם רבין ויריב נבון "התפתחויות במשפט הפלילי: חקיקה ושפיטה – סתירה או השלמה?" דין ודברים ו 201 (2011). לדוגמאות של חקיקה פלילית איזוטרית ולא-הכרחית, ראו פרוט אצל בנדור ודנציג-רוזנברג, לעיל ה"ש 40.

<sup>51</sup> גור-אריה הסבירה כי שימוש-יתר כזה עלול להתרחש בעקבות תגובות זועמות מצד הציבור הרחב למעשי עבירה מסוימים, הגוררות החמרה בלתי מוצדקת של עונשים על עבירות קיימות. כדוגמה לכך היא מביאה את התגובה החקיקתית לחטיפתו ולרציחתו של הנער אורון ירדן. בעקבות מקרה זה הוחמר במשפט הישראלי העונש הצפוי לעבירת החטיפה במטרה לרצוח (סע' 373(ב) לחוק העונשין) והשווה לעונש הצפוי בגין רצח – מאסר עולם חובה. מרים גור-אריה "השפעת 'המהפכה החוקתית' על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325, 329 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, תשס"ט).

מרע. בעוד הטוב שבו יחסית ברור בשלב זה – מניעת נזק (פגיעה בערכים), הרי שהרע שבו מצריך עמידה על השלכות בהן החברה אינה מעוניינת. ניתוח פגיעת האיסור ופגיעת האכיפה מאפשר זאת, ובסופו של דבר, כאמור, הטיעון שעשוי לקום בהקשר זה נגד הפללה נוגע לאיזון: איזון פנימי, של תועלת ההפללה מול פגיעתה (איזון שעשוי להקים טיעון של הפללה פוגענית), ואיזון חיצוני – של מאזן ההפללה מול מאזן החלופה (איזון שעשוי להקים טיעון של חלופה מנצחת), לרבות מאזן 'חלופת הכלום', שהוא מאזן ברור למדי: אי-השגת התכלית של מניעת מצב נזק, לצד אי-פגיעה אחרת, פגיעה שהייתה נובעת מההפללה או מהחלופה".<sup>52</sup>

עקרון המידתיות נהנה כיום ממעמד חוקתי. הוא נובע מהמבחן השלישי של תנאי המידתיות שבפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.<sup>53</sup> בהתאם למבחן האמצעי המידתי מתבקש איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל. במילים אחרות, עלינו לבחון אם ההוראה הפלילית המהותית מקיימת יחס ראוי בין התועלת הצומחת ממנה – קרי: הגנה על הערך המוגן – לבין היקף פגיעתה בזכויות החוקתיות של הנאשם.

## 6. סיכום

מהי, אם כן, התרופה להתפשטותו המוגזמת של המשפט הפלילי? שמירה על הגבולות הראויים של המשפט הפלילי הינה משימה המוטלת באופן משותף על הרשות המחוקקת ועל הרשות השופטת. על הרשות המחוקקת לחוקק עבירות באופן מתון וזהיר, תוך כדי שמירה על ארבעת התנאים שפורטו – עקרון האינטרס המוגן; העיקרון בדבר היכולת למנוע את הנזק; עקרון השיוריות ועקרון האמצעי המידתי. נוסף לכך, ניתן גם לאמץ מדיניות של דה-קרימינלזציה כלפי עבירות מסוימות (כמו לדוגמה, הוצאת עבירות פליליות שונות מהאפיק הפלילי וקביעתן כעבירות מינהליות לפי חוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985<sup>54</sup>). נוסף לכך, קיימים כלים לתיחום המשפט הפלילי גם בידיה של הרשות השופטת, כגון:<sup>55</sup>

<sup>52</sup> הרדוף, לעיל ה"ש 7, בעמ' 85, אשר מכנה עיקרון זה כ"מאזן – הערכת הפגיעה של הפתרונות".

<sup>53</sup> ראו דיון בפן החוקתי של העיקרון, להלן בפרק 4, תת-פרק 4, בעמ' 66.

<sup>54</sup> על כך ראו מרים גור-אריה "אחריות מוחלטת לעבירות של 'תקנת הציבור' – קריאה להוצאתה מהמשפט הפלילי ולהעברתה אל המשפט המינהלי" גבורות לשמעון אגרנט 241 (1987).

<sup>55</sup> קרמניצר, לעיל ה"ש 5.

שימוש בסייג של "זוטי דברים";<sup>56</sup> הגברת הפיקוח של בג"ץ על החלטותיהן של רשויות התביעה; שימוש בטענה של "הגנה מן הצדק";<sup>57</sup> פיקוח שיפוטי באמצעות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על איסורים פליליים בשל הפגיעה בזכויות חוקתיות;<sup>58</sup> ושינוי בסטנדרטים להעמדה לדין בקרב רשויות התביעה עצמן. לסיכום, נראה כי הדילמה בדבר גבולותיו הראויים של המשפט הפלילי תמשיך ללוות את המשפט הפלילי גם בעתיד.

---

<sup>56</sup> לדיון בטענת ההגנה של "זוטי דברים" ראו להלן בפרק 28.

<sup>57</sup> ראו בחיבורו המקיף של ישגב נקדימון *הגנה מן הצדק* (מהדורה שנייה, 2009).

<sup>58</sup> בכך נעסוק בפרק הבא – פרק 4.