

בבית המשפט העליון

מ"ח 8390/01

בפני: כבוד הנשיא א' ברק

המבקש: דוד אקסלרוד

נגד

המשיבה: מדינת ישראל

בקשה למשפט חוזר

בשם המבקש: עו"ד ברוך בן-יוסף

בשם המשיבה: עו"ד אורי כרמל

החלטה

ראובן הורשע בפלילים. הוטל עליו קנס. פסק דינו הוא חלוט. הקנס שולם. לימים ניתן פסק דין הנותן פירוש חדש להוראת חוק העונשין על פיה הורשע ראובן. על פי הפירוש החדש לא נתקיים יסוד נסיבתי בעבירה שיוחסה לראובן. אילו הועמד עתה לדין היה יוצא זכאי. האם בנסיבות אלה ניתן לקבוע משפט חוזר לראובן – זו השאלה הניצבת לפני.

העובדות וההליכים

1. למחרת רציחתו של ראש הממשלה י' רבין ז"ל (ביום 5.11.1995) אמר המבקש לכתב רדיו: "כמו שאמר חבר שלו ערפאת, כל כלב ביג'ו יומו, מה אתה רוצה". לשאלת הכתב אם לא הצטער על כך שיהודי נרצח, השיב: "מונח לא נכון. זה לא יהודי נרצח. זה בוגד חוסל... חיסול אויב זה דבר חיובי". עיקרי הדברים שודרו באמצעי התקשורת. כנגד המבקש הוגש כתב אישום, המייחס לו עבירה על סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948 (להלן – הפקודה). בית משפט השלום זיכה את המבקש. המשיבה ערערה לבית המשפט המחוזי. ערעורה נתקבל. המבקש הורשע. הוטל עליו מאסר על תנאי

למשך שלוש שנים וכן קנס בסך 3,000 ₪. המבקש הגיש בקשה לרשות ערעור לבית המשפט העליון. בקשתו נדחתה (ביום 14.5.1999). הקנס שולם.

2. כשנה וחצי לאחר שפסק דינו של המבקש נעשה חלוט, נפסקה (ביום 27.11.2000) פרשת ג'בארין (דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193). בפרשה זו נדון פירושו של סעיף 4(א) לפקודה – שהוא הסעיף על פיו הורשע גם המבקש. הסעיף קובע:

"תמיכה	המפרסם, בכתב או בעל-פה, דברי שבח,
בארגון	אודה או עידוד למעשי אלימות העלולים
טרור	לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או
	לאיומים במעשי אלימות כאלה... ייאשם
	בעבירה".

דעת הרוב קבעה שתחולתו של סעיף 4(א) לפקודה מוגבלת לפרסום דברי שבח ועידוד למעשי אלימות של ארגון טרור. על יסוד פירוש זה התקבלה העתירה על פסק דינו של בית המשפט העליון (ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 38). ג'בארין זוכה, שכן בדבריו לא היה דברי שבח ועידוד למעשי אלימות הננקטים על ידי ארגון טרור. בפרשת ג'בארין סטה בית המשפט העליון מדברים שנאמרו בפרשת אלבה (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221).

3. בעקבות פרשת ג'בארין, התעוררה השאלה מה השפעתה של אותה הלכה על אחריותם של נאשמים אשר הורשעו על פי הפירוש שניתן לסעיף 4(א) לפקודה לפני פרשת ג'בארין, ואשר לאור אותה פרשה, לא היה מקום להרשעתם? עמדת המדינה היתה, כי עד כמה שתיקיהם של אותם נאשמים עדיין תלויים ועומדים, מן הראוי לזכותם. אכן, בארבעה מקרים שהיו תלויים ועומדים בבית המשפט העליון, ואשר בהם הורשעו נאשמים – כמו המבקש שלפנינו – בגין פרסום דברי שבח ועידוד למעשי אלימות, בלא שאלימות זו היתה של ארגון טרור, הודיעה המדינה כי מקובל עליה כי יש לזכות את המערערים או המבקשים (ראו ע"פ 4456/97 דוד בלחטן נ' מדינת ישראל (לא פורסם); רע"פ 7215/98 יוסף דיין ואח' נ' מדינת ישראל (לא פורסם); רע"פ 3878/99 אריה בר יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם); רע"פ 7128/98 לרנר נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). יש להניח כי בעמדה דומה נקטה המדינה בפני בתי משפט אחרים בהם נדונו מקרים דומים. אך מה דינו של המבקש, שעניינו שלו דומה לארבעת המקרים האחרים שנידונו בפנינו פרט לכך שענינו שלו הסתיים בפסק דין חלוט? התחול פרשת ג'בארין גם בעניינו שלו? המבקש נתן לשאלה זו תשובה חיובית. הוא פנה לנשיא בית המשפט העליון בבקשה לקיים משפט חוזר בעניינו.

4. הבקשה למשפט חוזר הוגשה ביום 26.6.2001. הבקשה הועברה ליועץ המשפטי לממשלה. בחוות דעתו (מיום 29.10.2001) קבע היועץ המשפטי לממשלה כי לא מצא בטענות המבקש כדי להקים עילה לקיום משפט חוזר. בשולי חוות דעתו ציין היועץ המשפטי לממשלה, כי ככל שהדברים אמורים במחיקת ההרשעה הפלילית, יכול שהעניין ייבחן במסגרת חנינה אשר תוגש לגורמים המוסמכים. בדיון שקיימתי עם הצדדים, העליתי האפשרות כי הפתרון הראוי לבעיה שבפני הוא בבקשת חנינה לנשיא המדינה. בהחלטתי בעניין זה כתבתי:

“קיימתי תזכורת בפני הצדדים. העליתי האפשרות כי הפתרון הראוי לבעיה שבפני הוא בבקשת חנינה לנשיא המדינה. בא כוח המבקש יפנה בבקשת חנינה. במקביל תבדוק באת כוח המשיב את תוצאות החנינה, אם תינתן, על בקשתו של המערער לרשיון לנשק. הצדדים ינסו להסדיר עניין זה ביניהם. תימסר לי הודעה ועל פי תוכנה אחליט על אופן המשך הטיפול בערעור. הודעתי לצדדים, כי גם אם הנשיא יחון את המבקש, לא יהא בכך כדי למנוע ממנו בעתיד מלפנות אלי בעניין משפטו החוזר, וזאת לעניין אותם מצבים – אם ישנם כאלה – שבהם מצבו בעקבות החנינה לא יהא זהה למצבו בעקבות זיכוי. הוספתי, כי אם יתקיים דיון עתידי במשפט החוזר, לא תפגענה טענותיו של המבקש בפני אך בשל הפניה לקבלת חנינה או מתן חנינה.”

המבקש אכן פנה (ביום 6.8.2003) לנשיא המדינה בבקשת חנינה. הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה תמכו בבקשה. בעוד הבקשה תלויה ועומדת, נתקבלה (ביום 30.12.2004) במשרד המשפטים הודעה מטעם הגורם המוסמך במשטרת ישראל, לפיה בקשות שיועברו על ידי המבקש למשטרה בנוגע למתן רשיון נשק או הרשאה לנשיאת נשק, יישקלו בלא להביא בחשבון את הרשעתו. נשיא המדינה החליט (ביום 18.1.2005) לדחות את בקשת החנינה. הודעה על כך נמסרה לי מטעם המשיבה. המבקש מצידו ביקש (ביום 15.12.2004) לחדש את הדיון בבקשתו למשפט חוזר.

5. המבקש טוען ששינוי ההלכה בפרשת ג'אברין משליך באופן ישיר על עניינו. לטענתו, לו היתה הפרשנות לסעיף 4(א) האמור משתנה בטרם הפך עניינו חלוט, היה הדבר מוביל לזיכוי. לפיכך, שינוי הפרשנות מהווה עובדה חדשה המצדיקה קיום משפט חוזר לפי סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט). לחילופין, טוען הוא לעיוות דין חמור כתוצאה מההרשעה על סמך הפרשנות שהשתנתה.

6. לטענת המשיבה, שינוי הלכה אינו מהווה "עובדה חדשה" כמובנה בסעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. כמו כן, אין בהרשעה על פי הדין אשר שרר ביום ביצוע העבירה, ואשר שונה בפרשה שיפוטית, משום עיוות דין המאפשר משפט חוזר. לדעת המשיבה, יש הבדל מהותי, לעניין שינוי הלכה, בין הליכים משפטיים תלויים עומדים ובין הליכים משפטיים חלוטים. הבדל זה מצדיק את השינוי בתוצאה בשני המקרים. בנוסף גורסת המשיבה שקבלת טענת המבקש תפגע בעיקרון סופיות ההליך המשפטי ותוביל לניהול מחדש של תיקים רבים בהם השתנתה הלכה. לדעת המשיבה, הוראות סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), קובעות הסדר ממצה לתוצאותיו של שינוי נורמטיבי מאוחר. הסדר זה חל רק על שינוי שמקורו בחיקוק ולא על שינוי שמקורו בפסיקה. בנוסף, לא מתקיים בענייננו עיוות דין. זאת כיוון שהמבקש הורשע על סמך המצב המשפטי בזמן נתון.

המסגרת הנורמטיבית

7. עם מי הדין? את התשובה לשאלה זו יש למצוא בהוראת סעיף 31 לחוק בתי המשפט, הקובעת:

משפט
חוזר

31. (א) נשיא בית המשפט העליון או המשנה לנשיא או שופט אחר של בית המשפט העליון שקבע לכך הנשיא, רשאי להורות כי בית המשפט העליון או בית משפט מחוזי שיקבע לכך, יקיים משפט חוזר בענין פלילי שנפסק בו סופית, אם ראה כי נתקיים אחד מאלה:

(1) בית משפט פסק כי ראייה מהראיות שהובאו באותו ענין יסודה היה בשקר או בזיוף, ויש יסוד להניח כי אילולא ראייה זאת היה בכך כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון;

(2) הוצגו עובדות או ראיות, העשויות, לבדן או ביחד עם החומר שהיה בפני בית המשפט בראשונה, לשנות את תוצאות המשפט לטובת הנידון.

(3) אדם אחר הורשע בינתיים בביצוע אותו מעשה העבירה, ומהנסיבות שנתגלו במשפטו של אותו אדם אחר נראה כי מי שהורשע לראשונה בעבירה לא ביצע אותה.

(4) נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין".

האם המקרה שלפנינו נופל למסגרת סעיף 31(א)(2) כטענתו העיקרית של המבקש? אם התשובה היא בשלילה, האם במקרה שלפנינו נגרם למבקש "עיוות דין" – כנדרש בסעיף 31(א)(4)?

8. סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט קובע, כעילה למשפט חוזר, הצגתן של "עובדות או ראיות" העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש משפט חוזר. האם שינוי בהלכה הפסוקה שיש בה כדי לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש נופל למסגרת זו? האם ניתן לראות בשינוי ההלכה הפסוקה – אם שינוי שכל כולו בתחומי המשפט המקובל ואם שינוי בפרשנותו של חיקוק – משום "עובדות או ראיות"? את התשובה לשאלה זו לא נמצא בהבחנה א-פרוירית בין עובדה לדין. הבחנה זו היא לעולם תולדת הקשר הרלבנטי. מה שבהקשר אחד נתפס כעובדה עשוי בהקשר אחר להיתפס כדין (ראו *Wigmore, Evidence*, 31 (Tillers rev. 1983)). ההקשר הרלבנטי הוא התכלית המונחת ביסוד ההוראה הקובעת את תחולתה לעניין קיומן של "עובדות או ראיות". עניין יוגדר כעובדה או כדין כדי להגשים את מטרתה של ההוראה. כך, למשל, נפסק כי שינוי בדין – בין בדין ההלכתי ובין בדין חקוק – אינו מהווה עובדה שאי ידיעתה מראש משעה את מירון ההתיישנות (ראו ע"א 531/89 להבי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה – המרכז, פ"ד מו(4) 719). ביסוד גישה זו עמדה התפיסה כי אין בכך להגשים את התכלית המונחת ביסוד דיני ההתיישנות (שם, עמ' 723). גם בענייננו, מתבקשת המסקנה כי שינוי בהלכה הפסוקה, לא מגשים את התכלית המונחת ביסוד סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט. על פי תכלית זו, "עובדות או ראיות" הן עובדות או ראיות קבילות במשפט הפלילי" (מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 357, 334 (להלן – פרשת עזריה); ראו גם מ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 498, 500). שינוי הלכתי אינו נופל, לכאורה, למסגרת זו. אומר אני "לכאורה", שכן אין לי צורך להרחיב בעניין זה. הנני סבור כי מקרהו של המבקש נופל לגדרי סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט. לשאלה זו אפנה עתה.

9. סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט קובע כי ניתן להורות על משפט חוזר אם "נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין". האם ניתן לומר כי הותרתה על כנה של הרשעה, הנשענת על פירוש של חוק שבית המשפט העליון סטה ממנה, ושעל פי ההלכה החדשה יש לזכות הנאשם, מהווה "עיוות דין" כלפי אותו נאשם? התשובה לשאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. הדיבור "עיוות דין" הוא דיבור עמום. לשונו אינה מבהירה את גבולות תחולתו. הוא מופיע בדברי חקיקה שונים (ראו

מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 564; להלן – פרשת קוזלי, עמ' 564). בכל אחד מהם תחום פריסתו שונה. גבולות הפריסה נקבעים על פי התכלית המונחת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. תכלית זו, בעניינו, הינה האיזון בין שני שיקולים נוגדים (ראו פרשת עזריה, עמ' 354; פרשת קוזלי, עמ' 559; מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). מחד גיסא, עומד השיקול, המבקש לעשות צדק עם הנאשם, המבקש לתקן טעות, שעל פי מצב הדברים החדש, נפלה בהרשעת הנאשם; מאידך גיסא, עומד השיקול, המבקש להבטיח את סופיות הדיון; המבקש להבטיח את היציבות והביטחון. האיזון הראוי בין שיקולים נוגדים אלה מונח ביסוד הוראות חוק בתי המשפט בעניין המשפט החוזר. איזון זה מונח גם ביסוד ההוראה לפיה יש מקום להורות על משפט חוזר אם נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנאשם "עיוות דין". מה מורה לנו איזון זה? לדעתי, איזון זה מוביל למסקנה כי הותרתה של ההרשעה על כנה מעורר חשש של ממש כי נגרם עיוות דין. ביסוד עמדתי זו מונחים מספר שיקולים.

10. ראשית, מבחינה "דוקטרינרית" הלכתו החדשה של בית המשפט פועלת כרגיל למפרע. אופיה הטבעי הוא רטרואפקטיבי. היא קובעת הסדר חדש לא רק לעתיד אלא גם לעבר (ראו בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 480; להלן – פרשת כנפי; ג' טדסקי, מסות במשפט 40 (תשל"ח)). תוצאה זו אינה הכרחית. לעתים פועלה של הלכה חדשה הוא אקטיבי ואף פרוספקטיבי. עניין הוא לבית המשפט הפוסק את הלכתו החדשה (ראו קפלן, "אמת ויציב" בראי הפסיקה", עיוני משפט ו' 576 (תשל"ט); א' ברק, שיקול דעת שיפוטי 417 (1987); קפלן, "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון", ספר אבנר שאקי, מאזני משפט ד' 125 (התשס"ה)). בהיעדר קביעה (מפורשת או משתמעת) הנחת המוצא הינה כי הלכתו החדשה של בית המשפט פועלת גם לעבר. ידועה אימרתו של השופט הולמס לפיה "החלטות שיפוטיות פועלות למפרע קרוב לאלף שנים" (Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 U.S. 349,) (372). על פי גישה זו, מנקודת המבט של ההווה, ההרשעה התבססה על הלכה שיפוטית מוטעית. חזקת הזכאות נסתרה שלא כדין. נגרם "עיוות דין". שיקול זה כשלעצמו לא היה בו כדי להצדיק את מסקנתי. אופיו הוא טכני. בצורתו הקיצונית הוא מבוסס על התיאוריה הדקלרטיבית של המשפט, לפיה ההלכה החדשה "היא בגדר הצהרה על מובנו של דבר החקיקה מאז ומעולם" (פרשת כנפי, עמ' 480). תיאוריה זו אינה אלא פיקציה (ראו ברק, שם, עמ' 166, וכן Journal of Society of Public Teachers of Law 22 (1972)). פיקציות חשובות הן למשפט. יש בהן כדי להוות אמצעי לפיתוח המשפט ושינויו. עם זאת, אין בהן הנמקה עניינית מספקת להגשמתו של פיתוח זה ולעריכת השינוי. הן משיבות על השאלה "איך לבצע

שינוי בדין". הן אינן משיבות על השאלה "האם לבצע שינוי בדין". ביסוד עמדתי, עומדים שיקולים נוספים, מעבר לשיקול הדוקטרינרי. אעבור לבחינתם של אלה.

11. שנית, סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט נחקק בעקבות המלצותיה של ועדת גולדברג (ראו דין וחשבון הוועדה לעניין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולעניין העילות למשפט חוזר 56 (1994)). הוא נועד להוות, בלשונה של הוועדה, "עילת סל" (שם, שם), וזאת "כדי שלא יהיו ידיו של בית המשפט כבולות להעתר לבקשה, במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם נתעורר בליבו חשש של ממש כי נגרם עיוות דין, והם אינם נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר" (שם, שם). נפסק כי "סעיף זה בא להרחיב את גדרי סמכותו ושיקול דעתו של בית המשפט בבואו להחליט בבקשה לקיומו של משפט חוזר" (פרשת קוזלי, עמ' 562). אכן, הפסיקה קבעה כי לדיבור "עיוות דין" יש ליתן "פירוש רחב" (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354, 377). על כן, אין להגביל את תחולתו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט אך לעיוות דין אשר נגרם מזווית הראיה של הדין אשר שרר בעת הכרעת הדין או גזר הדין. עיוות הדין יכול שיהא בשל אירועים שהתרחשו לאחר מתן פסק הדין ואשר מבססים את עיוות הדין שבו. ועדת גולדברג עצמה הצביעה על המצב של "ניגוד בין פסקי דין שונים" (שם, שם). טול מקרה של שותפים לעבירה. השותף האחד הורשע בפסק דין סופי. לאחר מכן הועמד השותף השני לדין וזוכה. ועדת גולדברג ראתה במצב דברים זה עילה למתן משפט חוזר לשותף הראשון. זו גם גישתו של פרופ' פלר (ראו פלר, "הרהבליטיציה – מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות", משפטים א' 497, 502). בדוגמא זו, אין אנו יודעים כלל אם הרשעתו של השותף הראשון היא כדין, אם לאו. יתכן ובפסק דינו של השותף השני נפלה טעות. חרף זאת, הוועדה סברה כי מצב דברים זה מבסס חשש של ממש כי לשותף הראשון נגרם עיוות דין. אם כך במקרהו של השותף הראשון, על אחת כמה וכמה במקרהו של המבקש, שבשל הפירוש החדש שנתן בית המשפט, אף היועץ המשפטי לממשלה סובר כי יש לזכות את המבקש. השארת ההרשעה על כנה מעוררת חשש של ממש כי נגרם למבקש עיוות דין.

12. שלישית, השארת הרשעתו של המבקש על מכונה מעוררת תחושה קשה של מקריות. אילו בקשתו לרשות ערעור נשמעה מספר חודשים מאוחר יותר, היא היתה נענית, ובית המשפט היה מזכה את המבקש. כך הוא נהג במקרים אחרים, בהם פרסמו נאשמים שונים, דברי הסתה דומים (ראו פסקה 3 לעיל). מדוע יוכרע גורל הרשעתו של המבקש בשל מקריות זו? אך מעבר לכך. המקריות מולידה חוסר שוויון, ותחושת הפליה. אלה מבססים חשש לעיוות דין.

13. רביעית, עם שינוי הפירוש להוראות סעיף 4(א) לפקודה, נשמט הבסיס החברתי-מוסרי להרשעתו של המבקש. הבסיס להרשעה היה בפירוש שנתן בית המשפט להוראות אלה עובר להרשעה. בסיס זה שוב אינו קיים. שיטת המשפט בישראל שוב אינה רואה בדברי המבקש דברים הגוררים אחריהם בעת אמירתם אחריות פלילית. בנסיבות אלה ישנה תחושה של עיוות דין אם ההרשעה עומדת על כנה; אם מאסר שהוטל על פיה ממשיך להתבצע; אם קנס המשתלם לשיעורים ימשיך להשתלם; אם מאסר על תנאי מופעל בשל הפרת התנאי; אם רישום פלילי ממשיך לעמוד בעינו. בעיה דומה מתעוררת במקום שחוק עונשין מאוחר מבטל הוראה בחוק עונשין קודם. לא נקבע בחוק החדש (המיטיב) כי תחולתו למפרע. חרף זאת, בתי המשפט עושים שימוש בטכניקה של תחולה רטרואקטיבית. על רקע זה מתעוררת, כמובן, השאלה באשר לתוקפן של הרשעות פליליות שהתבססו על הדין הקודם. הגישה העקרונית הינה שהן אינן צריכות להמשיך. כותב פרופ' פלר:

“... סביר להניח כי הנורמה המאוחרת החליפה את קודמתה, כיוון שדרישות החברה השתנו. ניתן להניח שמדיניות הענישה שנקבעה בה הולמת יותר את הצרכים המשתנים של החברה ותואמת יותר מאשר קודמתה את התודעה המשפטית של הציבור.”

אם כך הוא המצב, כלום יש עוד הצדקה, במקרה של ביטול מוחלט של פליליות המעשה, להטיל אחריות פלילית בגינו, או לממש את האחריות שהוטלה בגללו, רק משום שנעשה לפני הביטול, כאשר פני החוק היו שונים?

פני האחריות הפלילית מופנים כלפי העתיד, מבחינת התפקיד הטיפולי, המניעתי האישי ומבחינת התפקיד המניעתי הכללי, של הנורמה הפלילית. כאשר מדובר במעשה שחדל להוות עבירה פלילית, אין עוד טעם ותכלית בענישה עליו, אין במה לטפל וממה להרתיע ואף לשופט עצמו מותר לעשות את המעשה.

גם הגשמת הצדק, כתפקיד של הענישה, נפגעת על ידי הטלת עונש או ביצוע עונש בשל מעשה שכבר אינו בגדר עבירה, אף שהיה עבירה בשעת עשייתו. האדם אמנם הוכיח עצמו כמי שלא שמע לציווי הנורמה הפלילית שאסרה בזמנו על מעשהו, אבל הענישה צמודה לעבירה נתונה, לפי מהותה וחומריתה; נועדה להרתיע מביצוע עבירה מסוג זה בלבד, ולעשות דין צדק אך ורק לגביה ולא תוך כדי כך, לגבי כל תחום העבירות אשר אותו אדם ואחרים כמותו עלולים לעבור בעתיד. אילו זו היתה מטרת הענישה, היה צורך להטיל בשל כל עבירה את העונש המירבי, הצפוי בשל העבירה החמורה ביותר שבספר החוקים. אולם, כאשר הענישה היא על עבירה מסוימת אשר בוטלה בינתיים, אזי היא נוגדת גם את חוש הצדק של הציבור. שהרי כבר אין לענישה תשתית

באיסור כלשהו" (ש' ז' פלר, יסודות בדיני עונשין -226
227 (כרך א', 1984)).

דברים אלה יפים, בשינויים המחוייבים, גם במקום שהלכה שיפוטית מאוחרת ומיטיבה עם הנאשם ביטלה הלכה שיפוטית קודמת. גם לגבי השינוי בהלכה השיפוטית ניתן לשאול, כפי ששואל פרופ' פלר, "כלום יש עוד הצדקה, במקרה של ביטול מוחלט של פלילות המעשה, להטיל אחריות בגינו, או לממש את האחריות שהוטלה בגללו, רק משום שנעשה לפני הביטול, כאשר פני החוק היו שונים?" (שם, שם). כלום אין לומר, יחד עם פרופ' פלר, כי "הגשמת הצדק, כתפקיד של ענישה, נפגעת על ידי הטלת עונש או ביצוע עונש בשל מעשה שכבר אינו בגדר עבירה, אף שהיה עבירה בשעת עשייתה" (שם, שם).

14. כאשר הוראת חוק המטיבה עם הנאשם מבטלת את קודמתה, מתעוררת כמובן השאלה מה דין פסק הדין אשר התבסס על החוק שבוטל ואשר גזר את דינו של הנאשם? תשובה לשאלה זו מצויה כיום בסעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן – חוק העונשין), הקובעים:

ביטול
העבירה
לאחר
עשייתה

4. נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה – תבטל האחריות הפלילית לעשייתה; ההליכים שהוחל בהם – יופסקו; ניתן גזר-דין – יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

שינוי
חיקוק
לאחר
עשיית
העבירה

5. (א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; 'אחריות לה' – לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

(ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו – יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה".

בדברי ההסבר לסעיף 4 נאמר (הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992) (ה"ח 2098, התשנ"ב, עמ' 116):

"ביטול עבירה דינו שיבטל את האחריות הפלילית בכל השלבים של מיצוי הגשמתה, עד כדי מחיקת העבר הפלילי שבעטיה. ביטול פלילות המעשה היא הדרך

השורשית ביותר מבין דרכי השינוי של עמדת החברה כלפי מעשה עבירה – הפיכתו למעשה מותר. ביטול העבירה פועל פעולתו בכל שלב ושלב של הגשמת האחריות הפלילית עליה – ומבחינה זו הוא פועל גם באורח רטרואקטיבי” (עמ’ 116).

ובדברי ההסבר לסעיף 5 נאמר (שם, שם):

”מגמת סעיף 5 איננה להיטיב עם עושה העבירה; אין זה עניין של הטבה או הרעה.

הגישה החדשה מעוגנת היטב במדיניות ענישה דינאמית ההולמת חברה מתקדמת. אין להשלים עם ענישה של מעשה שהוא מותר בשעת הענישה, ואין מקום להפעיל כלפי אדם טיפול עונשי חמור מזה המחוייב על פי חוק שבשעת הטיפול. זהו הבסיס העקרוני של הוראות סעיף 5” (עמ’ 116).

15. הוראות אלה של חוק העונשין אינן חלות בענייננו. שינוי בפרשנותה של חקיקה אינה מבטלת את החקיקה. פרשנות לחוד וביטול חוק או שינוי בחיקוק או בחוקי יסוד לחוד. פירוש חוק – לשופט; ביטול חוק או שינוי – לחוק או לחוק יסוד, כפי שאלה מתפרשים על ידי השופט. עם זאת, הטעם הרציונלי המונח ביסוד הוראות הסעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין חל גם בענייננו. כשם שחוק המיטיב עם הנאשם המבטל חוק קודם משפיע על פסק דין חלוט שניתן על בסיס החוק הקודם, כן צריך פירוש הלכתי חדש המיטיב עם נאשם שהורשע להשפיע על פסק דין חלוט שניתן על בסיס הפירוש הקודם. ודוק: אינני טוען שהפירוש המיטיב החדש מהווה ”חקיקה שיפוטית”, ובתור שכזו נכנסת לגדריהם של הסעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין. הדיבור ”חקיקה שיפוטית” מטעה ואינו ראוי (ראו ברק, ”חקיקה שיפוטית”, משפטים יג 25, 26). פרשנות אינה חקיקה. גם אם יש בה חידוש ויצירה בפרשנות היא נשארת בגדריה של השפיטה (במובנה הפונקציונלי) ואינה הופכת לחקיקה (במובנה המוסדי). אין היא נכנסת לדלת אמותיהם של סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, לא במישרין ואף לא בדרך של היקש. עם זאת, ההגיון החברתי וחוש הצדק המונחים ביסוד ההסדר החל על חוק מיטיב חלים גם לעניין הלכה שיפוטית מיטיבה. הטכניקה המשפטית היא שונה. בחוק מיטיב חלים ההסדרים שבסעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין. בהלכה שיפוטית מיטיבה חלה ההוראה בעניין משפט חוזר, הקבועה בסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט.

16. ארבעת הטעמים שהבאתי מצדיקים מתן פירוש לסעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט באופן שניתן לכלול בגדריו ”עיוות דין”, הנגרם בשל הלכה שיפוטית חדשה המיטיבה עם נאשם. עם זאת, תמיד יש לזכור כי משפט חוזר פוגע בעקרונות חשובים

של סופיות הדיון. השפעתם של עקרונות אלה אינה על תחולתו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט על מקרה של שינוי מיטיב בהלכה השיפוטית, אלא על שיקול הדעת השיפוטי שבהפעלתה של הסמכות המוענקת בו. שיקול דעת זה יש להפעיל בזהירות רבה, תוך גילוי רגישות לערכים ולעקרונות המונחים ביסודו. בהקשר זה ברצוני להעיר מספר הערות: ראשית, סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט יחול רק במקום שבית המשפט העליון – שהלכתו מחייבת את כל בתי המשפט (סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה) – שינה באופן ברור הלכה קודמת משלו. שנית, שינוי ההלכה משפיע במישרין על האחריות הפלילית של מבקש המשפט החוזר או על תוצאותיה; שלישית, שינוי ההלכה מעורר חשש של ממש לעיוות דין. אין די בחשש "סתם" (ראו פרשת קוזלי, עמ' 565). הבחינה צריכה להיות כוללת (ראו פרשת עזריה, עמ' 359). רביעית, אין בקיומה של "עילת הסל" כדי למנוע האפשרות של פניה לנשיא המדינה למתן חנינה; לבסוף, המשפט החוזר – כאמור בסעיף 31 לחוק בתי המשפט – חל אך ורק בתחום הפלילי. אין להחלטתי זו תחולה מעבר לכך.

מן הכלל אל הפרט

17. פרשת ג'אברין הביאה לשינוי ברור בפרשנותו של סעיף 4(א) לפקודה. הכל מסכימים כי אילו הלכה זו עמדה בעינה בעת הכרעת דינו של המבקש, הוא היה יוצא זכאי בדינו. לפנינו, איפוא, מקרה ברור של חשש ממשי לעיוות דין. אשר על כן, מסקנתי היא כי נתקיימה במקרה דנן עילה לקיומו של משפט חוזר. דעתי היא כי בנסיבות המקרה דנן, יש מקום להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 31(ד) לחוק בתי המשפט, לפיה נשיא בית המשפט העליון רשאי, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, להורות על זיכוי של נידון אם נוכח כי נתקיימה אחת העילות למשפט חוזר, אך לאור נסיבות הענין אין תועלת בקיומו של משפט חוזר. אכן, בנסיבות העניין, כאשר הלכת ג'בארין מובילה למסקנה ברורה כי המבקש אינו נושא באחריות פלילית, נראה כי אין תועלת בקיומו של משפט חוזר בעניינו של המבקש ויש להורות על זיכוי.

אי לכך, היועץ המשפטי לממשלה מתבקש להודיע תוך 14 יום האם הוא מסכים להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 31(ד) לחוק בתי המשפט, באופן שנורה על זיכוי של המבקש תחת קיום משפט חוזר בעניינו.

ניתנה היום, י"ד תשרי, תשס"ו (17.10.2005).

ה נ ש י א