

א דוד אקסלרוד
נגד
מדינת ישראל

ב בבית המשפט העליון

[17.10.2005]

לפני הנשיא א' ברק

ג המבקש הורשע בעבירה של תמיכה בארגון טרור על פי סעיף 4(א) לפקודת מניעת טרור, תש"ח-1948, בגין דברים שאמר בעקבות רציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין. כשנה וחצי לאחר שפסק דינו של המבקש נעשה חלוט ניתן פסק דין הנותן פירוש חדש לסעיף 4(א) לפקודה. על פי הפירוש החדש לא נתקיים יסוד נסיבתי בעבירה, ואילו הועמד המבקש לדין כעת היה יוצא זכאי. המבקש ביקש לקיים משפט חוזר בעניינו. לטענתו שינוי הפרשנות מהווה עובדה חדשה לצורך סעיף 31(א)(2) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984 (להלן – החוק), הקובע כעילה למשפט חוזר הצגתן של "עובדות או ראיות" העשויות לשנות את תוצאות המשפט לטובת המבקש משפט חוזר. לחלופין טען המבקש כי חל סעיף 31(א)(4) לחוק, הקובע כי ניתן להורות על משפט חוזר אם נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנידון עיוות דין.

ה בית המשפט העליון פסק:
א. על פי התכלית המונחת ביסוד סעיף 31(א)(2) לחוק "עובדות או ראיות" הן עובדות או ראיות קבילות במשפט הפלילי. שינוי הלכתי אינו נופל, לכאורה, למסגרת זו (7614 – ה).
ב. (1) יש לפרש את סעיף 31(א)(4) לחוק באופן שניתן לכלול בגדריו "עיוות דין" הנגרם בשל הלכה שיפוטית חדשה המיטיבה עם נאשם. את שיקול הדעת השיפוטי שבהפעלתה של הסמכות המוענקת בסעיף 31(א)(4) יש להפעיל בזירות רבה, תוך גילוי רגישות לערכים ולעקרונות המונחים ביסודו (1619 – 620א).
(2) סעיף 31(א)(4) לחוק יחול רק במקום שבית המשפט העליון – שהלכתו מחייבת את כל בתי המשפט – שינה באופן ברור הלכה קודמת משלו; על שינוי ההלכה להשפיע במישרין על האחריות הפלילית של מבקש המשפט החוזר או על תוצאותיה; עליו לעודר חשש של ממש לעיוות דין. כמו כן, המשפט החוזר חל אך ורק בתחום הפלילי. נוסף על כך, אין בקיומה של "עילת הסל" שבסעיף 31(א)(4) כדי למנוע האפשרות של פניה לנשיא המדינה למתן חנינה (620ב – ג).

- (3) במקרה דנן מדובר במקרה ברור של חשש ממשי לעיוות דין, ונתקיימה עילה לקיומו של משפט חוזר. היות שההלכה החדשה מובילה למסקנה ברורה כי המבקש אינו נושא באחריות פלילית, אין תועלת בקיומו של משפט חוזר. על כן, היועץ המשפטי לממשלה מתבקש להודיע אם הוא מסכים להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 31(ד) לחוק, שלפיו 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 העניין אין תועלת בקיומו (620 – ז).
- א חוקי יסוד שאוזכרו:
 – חוק-יסוד: השפיטה, סעיף 20(ב).
- ב חקיקה ראשית שאוזכרה:
 – פקודת מניעת טרור, תשמ"ח-1948, סעיף 4(א).
 ג חוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, סעיפים 31, 31(א)(2), 31(א)(4), 31(ד).
 – חוק העונשין, תשל"ז-1977, סעיפים 4, 5.
- ד הצעות חוק שאוזכרו:
 – הצעת חוק העונשין (חלק נוקרמי וחלק כללי), תשנ"ב-1992, ה"ח 115.
- פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:
 [1] דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(5) 193.
 [2] ע"פ 4147/95 ג'בארין נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(4) 38.
 ה [3] ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221.
 [4] ע"פ 4456/97 בלחסן נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 [5] רע"פ 7215/98 דין נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 [6] רע"פ 3878/99 בר יוסף נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 [7] רע"פ 7128/98 לרנר נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 [8] ע"א 531/89 להבי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – המרכז, פ"ד מו(4) 719.
 [9] מ"ח 6148/95 עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 334.
 [10] מ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(3) 498.
 [11] מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529.
 [12] מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל (לא פורסם).
 [13] כג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469.
 [14] מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 354.

פסקי דין אמריקניים שאוזכרו:

[15] *Kuhn v. Fairmont Coal Co.* 215 U.S. 349 (1910).

ספרים ישראליים שאוזכרו:

[16] ג' טדסקי מסות במשפט (תשל"ח).

[17] א' ברק שיקול דעת שיפוטי (תשמ"ז).

[18] ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד).

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

[19] ע' קפלן "אמת ויציב" בראי הפסיקה" עיוני משפט ו (תשל"ח-תשל"ט) 576.

[20] ע' קפלן "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" מאזני משפט ד (תשס"ה) 125.

[21] ש"ז פלר "הרהביליטציה – מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות" משפטים א (תשכ"ח-תשכ"ט) 497.

[22] א' ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג-תשמ"ד) 25.

ספרים זרים שאוזכרו:

[23] J.H. Wigmore *Evidence in Trials at Common Law* (Boston, vol. 1, rev. by P. Tillers, 1983).

מאמרים זרים שאוזכרו:

[24] Lord Reid "The Judge as Law Maker" 12 *Journal of Society of Public Teachers of Law* (1972-1973) 22.

שונות:

[25] דין וחשבון הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (תשנ"ה).

בקשה למשפט חוזר. הבקשה נתקבלה*.

ברוך בן-יוסף – בשם המבקש;

אורי כרמל, סגן לפרקליט המדינה – בשם המשיבה.

* הערת מערכת: בהחלטה מיום 6.11.2005 הורה בית המשפט (הנשיא א' ברק) על זיכוי של המבקש מהעבירה שהורשע בה לאור הודעת היועץ המשפטי לממשלה כי "לאור נסיבות העניין אין תועלת בקיומו של משפט חוזר" ולאור הוראת סעיף 31(ד) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984.

החלטה

א ראובן הורשע בפלילים. הוטל עליו קנס. פסק דינו הוא חלוט. הקנס שולם. לימים ניתן פסק דין הנותן פירוש חדש להוראת חוק העונשין שעל 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 לפניי.

ב

העובדות וההליכים

1. למחרת רציחתו של ראש הממשלה י' רבין ז"ל (ביום 5.11.1995) אמר המבקש לכתב רדיו: "כמו שאמר זכר שלו ערפאת, כל כלב ביגו יזמו, 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 ש"ח. המבקש הגיש בקשה לרשות ערעור לבית המשפט העליון. בקשתו נדחתה (ביום 14.5.1999). הקנס שולם.

ד

2. כשנה וחצי לאחר שפסק דינו של המבקש נעשה חלוט נפסק (ביום 27.11.2000) דנ"פ 8613/96 ג'בארין נ' מדינת ישראל (להלן – פרשת ג'בארין [1]). בפרשה זו נדון פירושו של סעיף 4(א) לפקודה – שהוא הסעיף שעל פיו הורשע גם המבקש. הסעיף קובע:

ה

"תמיכה בארגון
טרוריסטי
— אדם —

ו

(א) המפרטום, בכתב או בעל פה, דברי שבח, אהדה או עידוד למעשי אלימות העלולים לגרום למותו של אדם או לחבלתו, או לאיומים במעשי אלימות כאלה...

ז

...
"יאשם 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 [2]). ג'בארין זוכה, שכן בדבריו לא היו דברי שבח ועידוד למעשי אלימות הננקטים על ידי ארגון טרור. בפרשת ג'בארין [1] סטה בית המשפט העליון מדברים שנאמרו בע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל [3].

א

3. בעקבות פרשת ג'בארין [1] 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 [1], ואשר לאור אותה פרשה לא היה מקום להרשעתם. עמדת המדינה הייתה באשר לאותם נאשמים שתיקיהם עדיין תלויים ועומדים, כי 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 הייתה של ארגון טרור, הודיעה המדינה כי מקובל עליה כי יש לזכות את המערערים או המבקשים (ראו: ע"פ 4456/97 בלחסן נ' מדינת ישראל [4]; רע"פ 7215/98 דין נ' מדינת ישראל [5]; רע"פ 3878/99 בר יוסף נ' מדינת ישראל [6]; רע"פ 7128/98 לרנר נ' מדינת ישראל [7]). יש להניח כי המדינה נקטה עמדה דומה בפני בתי משפט אחרים שבהם נדונו מקרים דומים. אך מה דינו של המבקש, שעניינו שלו דומה לארבעת המקרים האחרים שנידונו בפנינו פרט לכך שעניינו שלו הסתיים בפסק דין חלוט? התחול פרשת ג'בארין [1] גם בעניינו שלו? המבקש נתן לשאלה זו תשובה חיובית. הוא פנה לנשיא בית המשפט העליון בבקשה לקיים משפט חוזר בעניינו.

ב

ג

ד

ה

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 שכפניי הוא בבקשת חנינה לנשיא המדינה. בהחלטתי בעניין זה כתבתי:

ו

"קיימתי תזכורת בפני הצדדים. העליתי האפשרות כי הפתרון הראוי לבעיה שכפניי 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.

ז

- א תימסר לי הודעה ועל פי הוכנה 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 הנגייה לקבלת חנינה או מתן חנינה.
- ב המבקש אכן פנה (ביום 6.8.2003) לנשיא המדינה בבקשת חנינה. הפרקליטות והיועץ המשפטי לממשלה תמכו ובקשה. בעוד הבקשה תלויה ועומדת נתקבלה (ביום 30.12.2004) במשרד המשפטים הודעה מטעם הגורם המוסמך במשטרת ישראל, שלפיה בקשות שיועברו על ידי המבקש למשטרה בנוגע למתן רישיון 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 מצדו ביקש (ביום 15.1.2004) לחדש את הדיון בבקשתו למשפט חוזר.
5. המבקש טוען ששינוי ההלכה בפרשת ג'אברין [1] משליך באופן ישיר על עניינו. לטענתו, לו הייתה 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], תשמ"ד-1984 (להלן – חוק בתי המשפט). לחלופין 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 בפרשנו שיפוטית, משום עיוות דין המאפשר משפט חוזר. לדעת המשיבה יש הבדל מהותי, לעניין שינוי הלכה, בין הליכים משפטיים תלויים עומדים לבין הליכים משפטיים חלוטים. הבדל זה מצדיק את השוני בתוצאה בשני המקרים. בנוסף גורסת המשיבה שקבלת טענת המבקש תפגע בעקרון סופיות ההליך המשפטי ותוביל לניהול מחדש של תיקים רבים שבהם השתנתה הלכה. לדעת המשיבה, הוראות סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובעות הסדר ממצה לתוצאותיו של שינוי נורמטיבי מאוחר. הסדר זה חל רק על שינוי שמקורו בחיקוק ולא על שינוי שמקורו בפסיקה. נוסף על כך לא מותקיים בעניינו עיוות דין, כיוון שהמבקש הורשע על סמך המצב המשפטי בזמן נתון.

המסגרת הנורמטיבית

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

"משפט חוזר (א) 31. 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:

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

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

ה (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;

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

"...

ז 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 – בין שינוי שכל כולו בתחומי המשפט המקובל ובין שינוי בפרשנותו של חיקוק – משום "עובדות או ראיות"? את התשובה לשאלה זו לא נמצא בהכחנה א-פריונית בין עובדה לדין. הבחנה זו היא לעולם תולדת הקשר הרלוונטי. מה שבהקשר אחד נתפס כעובדה עשוי בהקשר אחר להיתפס כדין (ראו J.H. Wigmore *Evidence in Trials at Common Law* (vol. I) [23], at p. 31). ההקשר הרלוונטי 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 שאייריעתה מראש משעה את מירוץ ההתיישנות (ראו ע"א 531/89 להבי נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה – המרכז [8]). ביסוד גישה זו עמדה התפיסה כי אין בכך להגשים את התכלית המונחת ביסוד דיני ההתיישנות (שם, בעמ' 723). גם בענייננו מתבקשה המסקנה כי שינוי בהלכה הפסוקה אינו 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 (להלן – פרשת עזריה [9]), בעמ' 357; ראו גם מ"ח 6/84 מאמא נ' מדינת ישראל [10], בעמ' 500). שינוי הלכתי אינו נופל, לכאורה, למסגרת זו. אומר אני "לכאורה", שכן אין לי צורך להרוזיב בעניין זה. הגני 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 בהישעיה 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 (להלן – פרשת קוזלי [11]), בעמ' 564). בכל אחד מהם תחום פריסתו שונה. גבולות הפריסה נקבעים על פי התכלית המונחת ביסוד ההסדר הנורמטיבי. תכלית זו, בעניינינו, היא האיזון בין שני שיקולים נוגדים (ראו פרשת עזריה [9], בעמ' 354; פרשת קוזלי [11], בעמ' 559; מ"ח 9974/04 שוורץ נ' מדינת ישראל [12]). מחד גיסא, עומד השיקול המבקש לעשות צדק עם הנאשם, המבקש לתקן טעות שנפלה בהרשעת הנאשם על פי מצב הדברים החדש. מאידך גיסא, עומד השיקול

המבקש להבטיח את סופיות הדיון, את היציבות והביטחון. האיוון הראוי בין שיקולים נוגדים אלה מונח ביסוד הוראות חוק בתי המשפט בעניין המשפט החוזר. איוון זה מונח גם ביסוד ההוראה שלפיה יש מקום להורות על משפט חוזר אם נתעורר חשש של ממש כי בהרשעה נגרם לנאשם "עיוות דין". מה מורה לנו איוון זה? לדעתי, איוון זה מוביל למסקנה כי הותרה של ההרשעה על כנה מעורר חשש של ממש כי נגרם עיוות דין. ביסוד עמדתי זו מונחים כמה שיקולים.

א

10. ראשית, מבחינה "דוקטרינרית" הלכתו החדשה של בית המשפט פועלת כרגיל למפרע. אופייה הטבעי הוא רטרוספקטיבי. היא קובעת הסדר חדש לא רק לעתיד אלא גם לעבר (ראו בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה (להלן – פרשת כנפי [13]), בעמ' 480; ג' טדסקי מסות במשפט [16], בעמ' 40). תוצאה זו אינה הכרחית. לעתים פועלה של הלכה חדשה היא אקטיבי ואף פרוספקטיבי. עניין הוא לבית המשפט הפוסק את הלכתו החדשה (ראו ע' קפלן "אמת ויציב" בראי הפסיקה" [19]; א' ברק שיקול דעת שיפוטי [17], בעמ' 417; ע' קפלן "תחולה עתידית לתקדימי בית המשפט העליון" [20]). בהיעדר קביעה (מפורשת או משתמעת) הנחת המוצא היא כי הלכתו החדשה של בית המשפט פועלת גם לעבר. ידועה אמרתו של השופט הולמס שלפיה "החלטות שיפוטיות פועלות למפרע קרוב לאלף שנים" (Kuhn v. Fairmont Coal Co. (1910) [15], at p. 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 התאוריה הדקלרטיבית של המשפט, שלפיה ההלכה החדשה "...היא בגדר הצהרה על מובנו של דבר החקיקה מאז ומעולם" (פרשת כנפי [13], בעמ' 480). תאורייה זו אינה אלא פיקציה (ראו ברק בספרו הנ"ל [17], בעמ' 166, וכן Lord Reid "The Judge as Law Maker" [24]). פיקציות חשובות הן למשפט. יש בהן כדי להיות אמצעי לפיתוח המשפט ולשינויו. עם זאת, אין בהן הנמקה עניינית מספקת להגשתו של פיתוח זה ולעריכת השינוי. הן משיבות על השאלה "איך לבצע שינוי בדיון". הן אינן משיבות על השאלה "האם לבצע שינוי בדיון". ביסוד עמדתי עומדים שיקולים נוספים, מעבר לשיקול הדוקטרינרי. אעבור לבחינתם של אלה.

ב

ג

ד

ה

ו

11. שנית, סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט נחקק בעקבות המלצותיה של ועדת גולדברג (ראו דין וחשבון הוועדה לענין הרשעה על סמך הודאה בלבד ולענין העילות למשפט חוזר (להלן – דוח ועדת גולדברג [25]), בעמ' 56). הסעיף נועד להיות, בלשונה של הוועדה, "עילת סל" (שס, שס), וזאת "כדי שלא יהיו ידיו של בית המשפט כבולות להעתר לבקשה, במקרים חריגים ויוצאי דופן, בהם נתעורר בליבו חשש של ממש כי

ז

נגרם עיוות דין, והם אינם נכללים בגדר העילות האחרות למשפט חוזר" (שס). נפסק כי
 א "...סעיף זה בא להרחיב את גרי סמכותו ושיקול-דעתו של בית-המשפט כבואו
 להחליט בבקשה לקיומו של משפט חוזר" (פרשת קוזלי [11], בעמ' 562). אכן, הפסיקה
 קבעה כי לדיבור "עיוות דין" יש ליתן "פירוש רחב" (מ"ח 3032/99 ברנס נ' מדינת ישראל
 [14], בעמ' 377). על כן אין להגביל את תחולתו של סעיף 31(א)(4) לחוק בתי המשפט
 אך לעיוות דין אשר נגרם מזווית הראייה 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 שבנו. ועזית גולדברג עצמה הצביעה על המצב של "ניגוד בין
 פסקי דין שונים" (רוח ועדת גולדברג [25], שס). 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 ש"ז פלר "ההבליטציה – מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות"
 [21], בעמ' 502). בדוגמה זו, אין אנו יודעים כלל אם הרשעתו של השותף הראשון היא
 כדין, אם לאו. ייתכן ובפסק דינו של השותף השני נפלה טעות. חרף זאת, הוועדה סברה
 כי מצב דברים זה מבסס חשש טול 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 לזכותו. השארת
 ההרשעה על כנה מעוררת חשש של ממש כי נגרם למבקש עיוות דין.

12. שלישיית, השארת הרשעתו של המבקש על מכונה מעוררת תחושה קשה של
 מקריות. אילו נשמעה בקשתו לרשות ערעור כמה חודשים מאוחר יותר, היא הייתה
 נענית, ובית המשפט היה מזכה את המבקש. כך נהג בית המשפט במקרים אחרים שבהם
 פרסמו נאשמים שונים דברי הסתה דומים (ראו פסקה 3 לעיל). מדוע יוכרע גורל
 הרשעתו של המבקש בשל מקריון זה? 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 דבריו 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 עוזשין 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 היא שהן אינן צריכות להמשיך. כותב פרופ' פלר:

א

"...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.

ב

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?

ג

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.

ד

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 וחומרתה; 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 (כרך א) [18], בעמ' 226-227).

ה

ו

ז

דברים אלה יפים, בשינויים המחויבים, גם במקום שהלכה שיפוטית מאוחרת ומיטיבה עם הנאשם ביטלה הלכה שיפוטית קודמת. גם לגבי השינוי בהלכה השיפוטית

שלב ושלב של הגשמת האחריות הפלילית עליה – ומבחינה זו הוא פועל גם באורח רטרואקטיבי".

א

ובדברי ההסבר לסעיף 5 לחוק העונשין בהצעת החוק הנ"ל נאמר (שם, שם):

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

ב

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 [כך במקור – א' ב'] הבסיס העקרוני של הוראות סעיף 5".

ג

15. הוראות אלה של חוק העונשין אינן חלות בענייננו. שינוי בפרשנותה של חקיקה אינה מבטלת את החקיקה. פרשנות לחוד וביטול חוק או שינויו בחיקוק או בחוקי יסוד לחוד. פירוש חוק – לשופט; ביטול חוק או שינויו – 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 הוא "חקיקה שיפוטית", ובתור שכזו נכנסת לגרריהם של הסעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין. הדיבור "חקיקה שיפוטית" מטעה ואינו ראוי (ראו א' ברק "חקיקה שיפוטית" [22], בעמ' 26). פרשנות אינה חקיקה. גם אם יש בפרשנות חידוש ויצירה היא נשארת בגרריה של השפיטה (במובנה הפונקציונלי) ואינה הופכת לחקיקה (במובנה המוסדי). אין היא נכנסת לדלת אמותיהם של סעיפים 4 ו-5 לחוק העונשין, לא במשרין ואף לא בדרך של היקש. עם זאת, ההיגיון 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.

ד

ה

ו

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

ז

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 במישורין על האחריות הפלילית של מבקש המשפט החוזר או על תוצאותיה; שלישית, שינוי ההלכה מעורר חשש של מנוש לעיוות דין. אין די בחשש "סתם" (ראו פרשת קחלי [11], בעמ' 565). הבחינה צריכה להיות כוללת (ראו פרשת עזריה [9], בעמ' 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 להחלטתו זו תחולה מעבר לכך.

מן הכלל אל הפרט

17. פרשת ג'אברין [1] הביאה לשינוי ברור בפרשנותו של סעיף 4(א) לפקודה. הכול מסכימים כי אילו הלכה זו עמדה בעינה בעת הכרעת דינו של המבקש, הוא היה יוצא זכאי בדינו. לפנינו אפוא 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, שלפיה נשיא בית המשפט העליון רשאי, בהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, להורות על זיכוי של נידון אם נובח כי נתקיימה אחת העילות למשפט חוזר, אך לאור נסיבות העניין אין תועלת בקיומו של משפט חוזר. אכן, בנסיבות העניין, כאשר הלכת ג'אברין [1] 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 אם הוא מסכים להפעלת הסמכות הקבועה בסעיף 31(ד) לחוק בתי המשפט, באופן שגורה על זיכוי של המבקש תחת קיום משפט חוזר בעניינו.

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

תיקון טעויות

בע"א 7375/02, פ"ד ס' (1) 11, בעמ' 11 בכותרת פסק הדין במקום "אזרחי
7375/02" יבוא: ערעור אזרחי 7375/02.
