

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 4424/98

ע"פ 4713/98

ע"פ 4779/98

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן
כבוד השופט א' א' לוי

בפני:

המערער בע"פ 4424/98: פדרו סילגדו

המערער בע"פ 4713/98: דניאל אריסטיזבל

המערער בע"פ 4779/98: עומר קינטרו

נ ג ד

המשיבה: מדינת ישראל

ערעורים על גזר דינו של בית המשפט המחוזי
בתל-אביב-יפו מיום 11.6.98 בת.פ. 3083/97
שניתן על ידי כבוד השופטים: ד' ברלינר,
ש' גדות, נ' ישעיה

תאריך הישיבה: י"ד בתמוז התשס"א (5.7.2001)

בשם המערער
בע"פ 4424/98: עו"ד רחל תורן

בשם המערער
בע"פ 4713/98: עו"ד נגה שמואלי-מאייר

בשם המערער
בע"פ 4779/98: עו"ד מיכל אופיר; עו"ד סתוית רייכמן

בשם המשיבה: עו"ד אורלי מור-אל

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

סיפור המעשה

1. שלושת המערערים שלפנינו (להלן - פדרו) (המערער בע"פ 4424/98), דניאל (המערער בע"פ 4713/98) ועומר (המערער בע"פ 4779/98) קשרו קשר יחד עם שני אחרים (הקטור חיירו קרדנס - להלן: חיירו; וחורחה ברגרה - להלן: חורחה) לביצוע שוד של חנות בעזרת אקדח. עם סיום התכנון הגיעו שלושת המערערים עם שני האחרים לחנות. דניאל נכנס לחנות. על פי המתוכנן הוא דיבר עם בוריס פטרקצישווילי, בנו של בעל החנות, בדבר רכישת מטבע זר. פדרו נכנס כמתוכנן לחנות. הוא איים באקדח על בוריס. עומר ושני האחרים סגרו את דלתות החנות. עומר וחורחה נכנסו לחנות. חיירו נשאר בחוץ כשהוא שומר. בוריס קרא לעזרת אחיו (להלן - פיני) שנכח בחנות, בלא שהיה גלוי לעיני המערערים. פיני נענה לקריאה. הוא התקרב לעבר המערערים כשבידיו מקל. עומר דחף את פיני אל פינת החנות. אותו רגע החל פדרו לירות לעבר בוריס ופיני. הוא ירה כעשר יריות. שני קליעים פגעו בבוריס, וגרמו למותו. מספר קליעים פגעו בפיני ופצעו אותו. החבורה נמלטה מהחנות מבלי ליטול דבר.

פסק הדין של בית המשפט המחוזי

2. המערערים הועמדו לדין, תוך הפרדת משפטם ממשפטו של חיירו. תחילה הם כפרו בעובדות כתב האישום. לאחר שבית המשפט המחוזי (השופטים ד' ברלינר, ש' גדות, ונ' ישעיה) קיבל את הודעותיהם במשטרה, הם חזרו בהם מכפירתם במרבית פרטי האישום. על יסוד זאת הרשיע בית המשפט המחוזי את פדרו בקשירת קשר לביצוע פשע (עבירה על סעיף 499(א)(1) לחוק העונשין, התשל"ז 1977 - (להלן - החוק)); החזקה ונשיאה של נשק שלא כדין (עבירה על סעיף 144(א) ו-(ב) רישא לחוק); נסיון לשוד (עבירה על סעיף 403 סיפא לחוק) ורצח (עבירה על סעיף 300(א)(3) לחוק). לעניין ההרשעה ברצח בחן בית המשפט את התשתית העובדתית שהונחה בפניו, וקבע כי התקיימו יסודות העבירה, ובהם מצב נפשי של "פיזות". אשר לפגיעתו של פיני, פדרו הואשם בנסיון לרצח. בית המשפט זיכה אותו מאישום זה, בקבעו כי לא הוכח כי לפדרו היתה כוונת קטילה. תחת זאת הורשע פדרו בחבלה ופציעה בנסיבות מחמירות (עבירה על סעיף 333 ביחד עם סעיף 335(א)(1) לחוק).

3. דניאל הורשע בקשירת קשר לביצוע פשע (עבירה על סעיף 499(א)(1) לחוק). כן הורשע דניאל בהחזקה ונשיאת נשק שלא כדין (עבירה על סעיף 144(א) ו-(ב) לחוק). כמו פדרו, גם דניאל הורשע בניסיון לשוד (עבירה על סעיף 403 סיפא לחוק). עיקר המשפט בעניינו של דניאל נוהל באשר לאישום שהוגש נגדו - כמו גם נגד פדרו - בגין עבירת הרצח. עמדת המדינה היתה כי דניאל הוא מבצע בצוותא עם פדרו, וכי יש להרשיעו כמו את פדרו, בעבירה על סעיף 300(א)(3) לחוק. השופטת ש' גדות, אשר כתבה את פסק הדין העיקרי, דחתה את עמדת המדינה. נקבע כי עבירת ההמתה לא היתה חלק מהעבירה המתוכננת. כדי להרשיע את דניאל כמבצע בצוותא בעבירת ההמתה יש צורך להוכיח מעשים ופעולות נוספות המעידות על שותפות. אלה לא הוכחו. לדעת השופטת ש' גדות - ולעמדה זו הסכים סניגורו של דניאל - ניתן להרשיעו בביצוע "עבירה שונה" (כאמור בסעיף 34א' לחוק). בהקשר זה התעוררה השאלה, מהי אותה "עבירה נוספת" בה ניתן להרשיע את דניאל. סניגורו טען כי לאור הוראת סעיף 34א(1) - לפיה כשהעבירה הנוספת נעברה ב"כוונה", ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות - יש להרשיע את דניאל בהריגה (שהיא עבירת אדישות לעומת העבירה הנוספת שהיא רצח). בית המשפט לא קיבל גישתו זו וקבע כי העבירה הנוספת (עבירת הרצח לפי סעיף 300(א)(3) לחוק) אינה עבירת "כוונה", ועל כן אין דניאל יכול "ליהנות" מהרשעה בהריגה בלבד. על כן הורשע דניאל ברצח. אשר לניסיון לרצח, נקבע כי בדומה לפדרו יש לזכות גם את דניאל מאישום זה. כן זוכה דניאל מעבירה של חבלה ופציעה בניסיון מחמירות (לעניין פציעתו של פיני). השופטת ד' ברלינר הסכימה להכרעת דין זו בכל הנוגע לדניאל. עם זאת היא ציינה, כי ספק בליבה אם לא היה מקום להרשיע את דניאל ברצח כמבצע בצוותא, ולא כמי שעבר עבירה נוספת. לאור התלבטותה - לה לא היה שותף השופט נ' ישעיה - החליטה, בסופו של דבר, להצטרף לעמדה של השופטת ש' גדות.

4. עומר טען בבית המשפט המחוזי כי לא ידע שהשוד אמור להתבצע באמצעות אקדח. בעניין זה קבע בית המשפט המחוזי כי עומר ידע היטב כי השוד אמור להתבצע בעזרת אקדח ואף ידע בפועל כי שעה שהמשתתפים יצאו לביצוע השוד, פדרו היה מצוייד באקדח. על רקע זה הורשע עומר באותן עבירות בהן הורשע דניאל.

5. בית המשפט עמד על חומרתו היתירה של המקרה שלפניו, אשר במהלכו קיפח איש צעיר את חייו, ואחיו נפצע פציעה חמורה. המשפחה כולה נפגעה קשות. צוין כי המערערים הם אזרחים זרים השוהים בארץ שלא כדין, וכי בגדר השיקולים לעונש יש משום נופך של חומרה בעובדה שהמערערים הם תושבים זרים, אשר ניצלו לרעה שהותם בישראל. לאחר שנשקלו כל נסיבות העניין הוחלט להטיל על פדרו עונש (חובה) של מאסר עולם בגין עבירת הרצח בה הורשע, ובגין קשירת קשר לביצוע פשע, החזקת ונשיאת נשק שלא כדין וניסיון שוד.

בנוסף לכך הוטלו על פדרו עשר שנות מאסר בגין העבירה של חבלה ופציעה בנסיבות מחמירות (המתייחסת לפיני). על דניאל ועומר הוטלו - בהתחשב בהוראות סעיפים 34א(ב) ו-41 לחוק - עשרים שנות מאסר בגין כל העבירות בהן הורשעו.

הערעור לבית המשפט העליון

6. פדרו מערער בפנינו על גזר דינו בלבד. הוא טוען כי לא היה מקום להטיל עליו עונש נפרד ומצטבר בגין פציעתו של פיני. על כל פנים, עונש נוסף זה חמור מדי, והשיקול בעניין היותם של המערערים זרים הוא שיקול זר. באת כוח המדינה ביקשה לדחות ערעור זה. לטענתה הרצח והחבלה החמורה הם אירועים נפרדים, המצדיקים עונש נפרד ומצטבר. לגוף העניין, העונש אינו חמור באופן המצדיק התערבותנו.

7. דניאל טוען בפנינו, כי לא היה מקום להרשיעו על פי סעיף 34א(א)(1) לחוק, שכן הוראה זו בטלה היא ומבוטלת באשר נוגדת היא את חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. זאת, משום שסעיף 34א(א)(1) מטיל על אדם אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו. לחלופין, בהתאם לעמדתו הנפשית לגבי העבירה הנוספת, יש לפרש את סעיף 34א(א)(1) כמטיל אחריות בגין העבירה הנוספת בעבירת גרימת מוות ברשלנות, ולא בעבירת הרצח. עוד לחלופין, היה מקום לקבוע כי דניאל אחראי רק בעבירת אדישות, ועל כן היה מקום להרשיעו, לכל היותר, בעבירת הריגה. כן ביקש דניאל, לחלופי חלופין, להקל בעונשו, וזאת בעיקר לאור חלקו הזעום בביצוע העבירות, ולאור תרומתו לחקירה. המדינה סבורה, כי הוראת סעיף 34א(א)(1) היא חוקתית, וכי ההרשעה בעבירת רצח (ולא רק הריגה) היא כדין. אין גם מקום להתערב בעונשו של דניאל.

8. עומר חזר בו מטענתו - אותה העלה בערעורו תחילה - כי לא ידע שהשוד אמור להתבצע באמצעות אקדח. בטיעונו הוא מצטרף לטענותיו של דניאל, הן לעניין ההרשעה והן לעניין העונש. בהקשר לעונש הוא מציין את חלקו הקטן בביצוע העבירות, את עברו הנקי ואת הבטחת חוקרי המשטרה כי הודאתו תשמש לו לקולא. כן טוען הוא כי לא היה מקום להחמיר בעונשו בשל היותו עובר זר. המדינה סבורה כי יש לדחות הערעור, הן לעניין ההרשעה והן לעניין העונש.

הערעורים על ההרשעה: חוקתיותו של סעיף 34א(א)(1) לחוק

9. פדרו הורשע ברצח. הוא הורה, והרשעתו מבוססת על הוראת סעיף 300א(3) לחוק, לפיה מי אשר "גורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה או כדי להקל על ביצועה" יואשם ברצח,

ודינו מאסר עולם ועונש זה בלבד. הוראה זו אינה מעוררת כל בעיה חוקתית בישראל (לא כן בקנדה: ראו R. v. Vaillancourt, [1987] 2 S.C.R. 636; R. v. Martineau, [1990] 2 S.C.R. 633), ולו מהטעם שסעיף 300(א)(3) לחוק הוחק לפני חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ותוקפו נשמר (ראו סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וכן דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 586, 653). כמו כן, נראה כי לא היתה מתעוררת כל בעיה חוקתית, אילו הורשעו דניאל ועומר בעבירת הרצח כמבצעים בצוותא עם פדרו. אך כפי שראינו (ראו פסקה 3 לעיל), דניאל ועומר לא הורשעו כמבצעים בצוותא של עבירת הרצח. הם הורשעו מכוח הוראת סעיף 34 לחוק. הוראה זו קובעת לאמור:

"עבירה שונה או נוספת"

34א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות העניין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה -

(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, ישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;

(2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו".

הוראה זו הוחקה במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (להלן - תיקון 39). תיקון זה נחקק לאחר כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ותוקפו מותנה בהתאמתו לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. הטענה הינה, כי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, מעגן בחובו את העקרון כי אין להטיל אחריות פלילית על אדם מעבר למידת אשמתו שלו. על פי הטענה, הוראת סעיף 34א(1) לחוק מטילה על אדם אחריות פלילית בגין עבירה שונה או נוספת, למרות שלא מתקיימים בו לא היסוד העובדתי שבעבירה השונה או הנוספת, ולא היסוד הנפשי שבה. מכאן, שהוראת סעיף 34א(1) לחוק פוגעת שלא כדין בהוראות חוק היסוד, והיא בטלה. מה דינה של טענה זו?

10. עם כינונו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הפכו זכויות האדם המעוגנות בו לבעלות מעמד חוקתי-על-חוקי. זהו גרעינה של "המהפיכה החוקתית" עליה עמדנו בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 353. בעקבותיה התרחשה "קונסטיטוציונליזציה של כל מערכות המשפט" (בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712). משמעותה של זו הינה, בין השאר, כי "זכויות האדם החוקתיות מקרינות עצמן (במישרין או בעקיפין) לכל ענפי המשפט" (בג"ץ

3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד (נב) 522, 481 (5). במיוחד מורגשת קונסטיטוציונליזציה זו בתחום

המשפט הפלילי (המהותי והדיוני). עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני:

"במיוחד רגיש המשפט הפלילי - המהותי והדיוני - לשינויים בזכויות האדם בישראל. המשפט הפלילי עניינו חירות הנאשם מזה ואינטרס הנפגע ואינטרס הציבור מזה. אך טבעי הוא, ששינויים חוקתיים בזכויות האדם ישפיעו, בראש ובראשונה, בתחומי המשפט הפלילי" (בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(1) 589, 421).

אכן, המשפט הפלילי, יותר מכל ענף משפטי אחר, קשור קשר אמיץ לחירותו האישית של הפרט. טבעי הוא, שהאיזון החוקתי החדש בין פרט לכלל, המשתקף במתן מעמד חוקתי לזכויות האדם, ישפיע במישרין על המשפט הפלילי. זהו גם נסיון של מדינות אחרות, אשר עברו תהליך דומה לתהליך שעבר עלינו. עמדתי על תופעה זו, באחת הפרשות בצייני:

"עם הפיכתן של זכויות האדם ההלכתיות לזכויות אדם חוקתיות, נוצר שיח ציבורי חדש. נוצרות ציפיות חברתיות חדשות. כבוד האדם וחירותו הופכים לערכים מרכזיים שהתודעה המשפטית נזקקת להם. חשיבותם היחסית מקבלת עומק נוסף ומשקל גובר. התודעה המשפטית מקבלת ממד חד ויצירתיות חדשה" (בג"ץ 7357/95 ברקי פטה המפריס (ישראל) בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד (נ) 764, 787).

כיצד מתורגמת השפעה זו לבעיה המשפטית הניצבת בפנינו?

11. חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת" (סעיף 5). נמצא, כי הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי. חוקיותן מותנית, על כן, בכך שהן מקיימות את הוראותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8). נטען בפנינו, כי מכבוד האדם נגזר כי אין להטיל על אדם אחריות פלילית מעבר למידת אשמתו שלו. בנוסף לכך - ובהתייחס למקרה שלפנינו - נטען, כי מכבוד האדם נגזר כי אין להטביע על אדם "אות קין" של רוצח, אם לא נתקיימה בו מחשבה פלילית. בענייננו, מבצע בצוותא לגבי העבירה המקורית (של שוד למשל) מתחייב בגין רצח שבוצע כעבירה שונה או נוספת, למרות שהוא לא מבצע בצוותא לעניין עבירת הרצח, ולמרות שאין לו כל מחשבה פלילית (אף לא אדישות לעניין הרצח), וכל שניתן לייחס לו הוא רשלנות בכך שהוא "כול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה" (סעיף 34א(א)(1) לחוק). נטען, כי מצב דברים זה פוגע בכבוד האדם. חוקיותו תקבע, כמובן, אם הוא מקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה (סעיף 8).

האם הוראותיה מתקיימות במקרה שלפנינו?

12. אין מקום, במסגרת ערעור זה, לבחון לפרטיו את היחס בין חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו לבין תיקון 39. אציין רק זאת, כי עיון קל בתיקון 39 מצביע על כך שהמחוקק היה רגיש למגבלות החוקתיות המוטלות עליו. הדבר מתבטא, למשל, בהיקפה של האחריות בגין רשלנות (סעיף 22 לחוק) ואחריות הקפידה (סעיף 22(ב) לחוק). בביטול ההלכה בעניין האחריות הסולידרית של קושרים, ובסייגים לפליליות המעשה (כגון הוראת סעיף 34(ז') (ראו מ' קרמניצר, "עקרון האשמה", מחקרי משפט יג 109 (תשנ"ו); מ' גור אריה, "סטיות מעקרון האשמה", מחקרי משפט יג 129 (תשנ"ו); א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק-יסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)", מחקרי משפט יג 5 (תשנ"ו)). כמוכן, כל הוראה צריכה להבדק לגופה. נפנה, איפוא, להוראת סעיף 34 לחוק ולבחינת חוקתיותה. בחינה זו מורכבת בדרך כלל משלושה שלבים: בשלב הראשון, השאלה הינה כי הוראה בחיקוק - שנחקק לאחר כינונו של חוק היסוד - פוגעת בזכות אדם הקבועה בו; בשלב השני השאלה הינה, אם הפגיעה בזכות האדם - מקום שהיא קיימת - מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה. בשלב השלישי השאלה הינה, מהי התוצאה (ומהי התרופה) אם יתברר כי החוק פוגע בזכות אדם חוקתית, בלא לקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה (ראו ע"א 6821/93 הנ"ל, בעמ' 428). בערעור שלפנינו, אין לנו צורך להעמיק בשלב הראשון, שכן בוודאי שהוראת סעיף 34 לחוק - המאפשר הרשעתו של אדם בעבירה שעונשה הוא מאסר - פוגעת בהוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר (סעיף 5). אניח גם - בלא לפסוק בדבר - כי הטלת אחריות פלילית על אדם בהעדר מחשבה פלילית (כלומר, בהיעדר מודעות לטיב המעשה, לקיום הנסיבות ולאפשרות הגרימה לתוצאות המעשה, ולעניין התוצאות - כוונה או פזיזות: סעיף 20(א) לחוק), אך תוך קיום יסוד נפשי של רשלנות או מודעות בכוח (כמוגדר בסעיף 21 לחוק; כן ראו: ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)) פוגעת בכבוד האדם. אכן, עיקרו של הערעור שלפנינו מצוי בשלב השני, שעניינו פסקת ההגבלה. לבחינה זו נפנה עתה. _

13. פסקת ההגבלה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת:

"8. 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".

על פי הוראה זו, פגיעה בזכות אדם מוגנת היא כדיון, אם מתמלאים ארבעה תנאים מצטברים. (א) הפגיעה היא בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; (ב) החיקוק הפוגע הולם את ערכיה של מדינת ישראל; (ג) הוא נועד לתכלית ראויה; (ד) הפגיעה בזכות היא במידה שאינה עולה על הנדרש. אין מחלוקת כי התנאי הראשון התקיים. האם התקיימו התנאי השני והשלישי? האם סעיף 34(א) לחוק הולם את ערכה של מדינת ישראל

כמדינה יהודית ודמוקרטית (סעיף 1 לחוק היסוד)? האם הוא לתכלית ראויה? תשובתי לשאלות אלה היא בחיוב. הטעם לכך הוא זה: ביצוע עבירה על ידי חבורה יוצרת מצב מסוכן במיוחד. זאת, כיוון שהביצוע המשותף מאפשר ביצוע עבירות בהיקף גדול יותר, חמור יותר, במהלכו יש "צורך" בהגנת שלומם של כל המבצעים וה"חשש" כי תפיסת אחד מהקבוצה תוביל גם ללכידת האחרים. בנוסף, הסיכון לחברה נוצר בעיקר בשל העובדה כי אופן הביצוע המשותף שולל מכל מבצע בודד את השליטה על דרך הביצוע, התפתחות העבירה ואת יכולתו למנוע ביצוע העבירה המושלמת או את אפשרות החרטה (ראו: ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ב', 1987) 326). בשל סיכון רב זה הטמון בביצוע עבירה על ידי חבורה עבריינית, הצורך בהגנה על אינטרס הציבור והקרבת הפוטנציאליים מפני ביצוע משותף, והתפתחותיו האפשריות, הוא הכרחי. עמד על כך פרופ' קרמניצר בציינו:

"אין זה רצון להרתיע בעלמא אלא אמצעי מובהק להגן על קרבן העבירה ועל הסובבים אותו. אין צריך לומר כי צודק יותר לגלגל את הסיכון אל עבר המבצע האחר מאשר להשאירו אצל הקרבן, העדים ועוברי האורח" (מ' קרמניצר, "עקרון האשמה" מחקרי משפט יג' 109, 124).

מטרתה של הוראת סעיף 34א(1) היא לעודד עבריינים - הפועלים בצוותא לביצוע עבירה "מקורית" - למנוע מאחד מהם אגב ביצוע העבירה המקורית, את ביצועה של עבירה שונה או נוספת, שאדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה. אכן, הבוחר להשתתף כמבצע בצוותא בביצוע של עבירה מקורית (כגון שוד) חייב לקחת בחשבון את העובדה שהדברים עלולים להסתבר, והוא עלול למצוא עצמו מעורב גם בעבירה נוספת (כגון רצח) שאינה בשליטתו (ראו מ' גור אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי)", התשנ"ב 1992-), משפטים כד 9, 49). התכלית המונחת ביסוד הוראת סעיף 34 לחוק היא למנוע ביצוען של עבירות נוספות או שונות, וכן הרתעה מפני כניסה מראש למצב בו השליטה המלאה על אופן ביצוע העבירה יוצאת מידי המבצע הבודד. זוהי בוודאי תכלית ראויה, והיא אף הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

14. האם הוראת סעיף 34 לחוק היא מידתית? האם היא פוגעת בזכות מוגנת במידה שאינה עולה על הנדרש? לדעתי, התשובה היא בחיוב. לשם בחינת המידתיות, מקובל לחלק מבחן המידתיות לשלושה מבחני משנה. הראשון - מבחן האמצעי המתאים והרציונלי להשגת המטרה החקיקתית; השני - מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; השלישי - מבחן האמצעי המידתי (במובן הצר) במסגרתו מתבקש איזון בין טובת הפרט לטובת הכלל (ראו למשל: בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 384-385; בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך התרבות, פ"ד מט(5) 1, 11-12; בג"ץ 4330/93 פריד גאנם נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(4) 221, 232-233). אין חולק, כי הוראת סעיף 34 מקיימת את מבחן המשנה הראשון. הטלת אחריות על מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת שביצע אחד המבצעים אגב הביצוע

המשותף, משרתת את המטרה החקיקתית במניעת ביצוע של עבירות על ידי חברות עברייניות ככלל, ומניעת ביצועה של עבירה שונה או נוספת על ידי אחד המבצעים - אגב ביצוע העבירה המקורית המתוכננת - בפרט. הטלתה של אחריות זו על מבצע בצוותא מעודדת, טרם היציאה לביצוע המשותף, מניעת אפשרות ביצועה של עבירה שונה או נוספת (למשל בכך שידרוש מחבריו שלא לשאת עמם נשק בעת הביצוע המשותף). אכן, סעיף 34א הינו אמצעי מתאים ורציונלי להשגת מטרה חקיקתית זו.

15. כלום הוראת סעיף 34א עומדת במבחן המידתיות השני (האמצעי שפגיעתו פחותה)? תשובתי לשאלה זו היא בחיוב. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה יתקיים אם לא ניתן להשיג את המטרה החקיקתית על ידי אמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות אדם היא פחותה יותר. לדעתי, הוראת סעיף 34א מקיימת מבחן זה. ביסוד עמדתי זו מונחים השיקולים הבאים: ראשית, סעיף 34א לחוק מטיל אחריות בגין עבירה שונה או נוספת רק על מי שבחר במודע להשתתף באירוע עברייני מקורי כמבצע בצוותא, למרות שהיה מודע (בפועל או בכוח) כי אופן ביצוע והיקפה יצאו משליטתו. אכן, הטלת האחריות אינה ללא כל אשמה, והיא מתבססת על בחירה ראשונית זו של המבצע בצוותא (של העבירה המקורית). שנית, אם העבירה השונה או הנוספת מבוצעת על ידי המבצע העיקרי מתוך כוונה, המבצעים האחרים בצוותא (של העבירה המקורית) יישאו באחריות לעבירה השונה או הנוספת כעל עבירה של אדישות בלבד (סעיף 34א(א)(1) סיפא לחוק). מידת האחריות מותאמת למידת האשמה. בכך מבוטא המדרג, לפיו כאשר המבצע בצוותא של העבירה המקורית מוסיף ב"כוונה" פעולות עברייניות נוספות (בבצעו עבירה נוספת או שונה), מסתפקת הרתעת הציבור בהטלת אחריות על המבצעים האחרים בצוותא של העבירה המקורית בעבירה של אדישות בלבד, ובלבד, כמובן, שזו היתה צפויה. אמת, ניתן לכאורה לטעון כי קיים צעד פוגע פחות, והוא הטלת אחריות ברשלנות (ראו: דברי הכנסת תשנ"ד, בעמ' 9827). בה בעת, נראה כי אמצעי זה פוגע אמנם פחות אך אינו מגשים את מבחן המידתיות הראשון. אכן, המחוקק לא הסתפק בהטלת אחריות על השותף בגין עבירה שונה או נוספת בעבירת רשלנות בלבד, שכן חשש שמא בהטלת אחריות כזו לא יהא די בכדי להשיג את המטרה של מניעת והרתעת חברות עברייניות מפני הביצוע המשותף וביצוע עבירות נוספות במהלכו, בהן כאמור נשללת מכל מבצע בודד השליטה על דרך הביצוע, יכולת המניעה והחרטה. שלישית, בוצעה עבירה נוספת או שונה ונקבע לה עונש חובה (כגון רצח), רשאי בית המשפט להטיל על המבצעים בצוותא (של העבירה המקורית) האחרים לאותה עבירה על פי הוראת סעיף 34א(א)(1) לחוק עונש קל מעונש החובה. נראה לי כי המשקל המצטבר של שיקולים אלה עושה את הפגיעה בזכות אדם המוגנת בחוק-היסוד למידתית.

16. נפנה לבחינת מבחן המשנה השלישי, מבחן המידתיות ב"מובן הצר". על פיו, סעיף 34א אינו ראוי אם אין יחס ראוי בין התועלת לציבור לבין הנזק לפרט. במילים אחרות, עלינו לבחון האם סעיף 34א מקיים יחס ראוי

בין התועלת הצומחת ממנו לבין היקף פגיעתו בכבוד האדם ובחירותו של המבצע בצוואת. לדעתי, יחס זה מתקיים. לאור מטרתה של הוראת סעיף 34א להגן על אינטרס הציבור והקרבות הפוטנציאליים, הטלת גלגול הסיכון בגין ביצוע העבירה השונה או הנוספת לפתחו של המבצע בצוואת של העבירה המקורית - כמי שהיה עליו מראש לצפות אפשרות התרחשותה, ואף היה ביכולתו בעת היציאה לביצוע למנעה מלכתחילה, מקיימת יחס זה. זאת, בייחוד לאור העובדה כי מקום בו נושא אדם באחריות פלילית מכוח סעיף 34א, זהו בהכרח מקרה בו התממש הסיכון ובמסגרת הביצוע המשותף אכן בוצעה עבירה שונה או נוספת מהמתוכנן. הסיכון לחברה ולקרבות הפוטנציאליים, סיכון הטמון בביצוע המשותף מעצם טיבו עליו עמדנו לעיל, התממש במלוא עוזו. מנסיבות ההרשעה בסעיף 34א מתחייב, למעשה, כי קדמה לה פגיעה של ממש (ולא בהסתברות כלשהי) באינטרס הציבור והקרבות.

הערעורים על ההרשעה: האם להרשיע בהריגה

17. דניאל ועומר הורשעו ברצח. לטענתם, היה מקום להרשיעם אך בהריגה. בטיעונם זה הם סומכים עצמם על הוראת סעיף 34א(א)(1) לחוק הקובע כי:

"נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד".

על פי הטענה, אילו הורשעו פדרו ברצח מתוך "כוונה תחילה" (סעיף 300(א)(2) לחוק), לא ניתן היה להרשיע את דניאל ועומר ברצח, אלא היה מקום להרשיעם בהריגה (עבירה על סעיף 298 לחוק). בנסיבות אלה, אין מקום להרשיעם ברצח מקום שפדרו הורשע ברצח תוך ביצוע עבירה אחרת (סעיף 300(א)(3) לחוק). עם כל חריפותה אין בידי לקבל את הטענה. אשאר בצריך עיון את השאלה ההיפותטית, במה ניתן היה להרשיע את דניאל ועומר אילו הורשעו פדרו ברצח מתוך כוונה תחילה (על פי סעיף 300(א)(2) לחוק). בודאי שניתן היה להרשיעם, כפי שנטען בפנינו, בהריגה. אך האם רשאי היה בית המשפט להרשיעם בעבירת "אדישות" הקבועה בסעיף 300(א)(3) לחוק? כאמור, נשאר זאת בצריך עיון, תוך שנתמקד בעובדות שלפנינו. על פיהן, פדרו לא גרם למותו של בוריס מתוך כוונה, אלא מתוך אדישות בלבד. זו התשתית העובדתית כפי שנקבעה על ידי בית המשפט המחוזי. מכיוון שכך לא היה מקום להרשיע את פדרו ברצח בכוונה תחילה (עבירה על סעיף 300(א)(2) לחוק). אכן, פדרו הורשע בגרימת מותו של בוריס באדישות, תוך כדי ביצוע שוד (עבירה על סעיף 300(א)(3) לחוק). בנסיבות אלה לא ניתן להחיל על דניאל ועומר את ההוראה המקילה שבסעיף 34א(א)(1) סיפא, לפיה המבצעים האחרים אחראים לעבירת אדישות (ראו ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 254). אכן, סעיף 34א(א)(1) לחוק מבחין בין המקרה בו המבצע של העבירה השונה או הנוספת אחראי

לעבירה שבוצעה מתוך כוונה - שאז המבצעים בצוותא הנותרים (של העבירה המקורית) אחראים בעבירה של אדישות בלבד, לבין המקרה בו המבצע של העבירה הנוספת או השונה אחראי לעבירה שלא בוצעה מתוך כוונה - שאז המבצעים בצוותא הנותרים (של העבירה המקורית) נושאים באחריות לה כמו המבצע עצמו (סעיף 34א(1) רישא). עם זאת, בשני המצבים הללו - גם במקרה של ביצוע העבירה הנוספת בכוונה וגם במקרה של ביצוע שלא בכוונה - העונש שיוטל על המבצעים בצוותא (של העבירה המקורית) - יהא לרוב קל יותר מהעונש שיוטל על המבצע את העבירה הנוספת או השונה. במקרה הראשון - העבירה הנוספת או השונה בוצעה בכוונה - תוטל על המבצע בצוותא אחריות בגין עבירה של אדישות. ברוב המקרים (אם כי לא בכלם) העונש בגין עבירת האדישות הוא קל יותר מהעונש בגין עבירת הכוונה. במקרה השני - העבירה הנוספת בוצעה שלא בכוונה ונקבע לה עונש חובה - רשאי בית המשפט להטיל על המבצע בצוותא (בעבירה המקורית) עונש קל מעונש החובה. אכן, במקרה שלפנינו לא הוטל על דניאל ועומר עונש של מאסר עולם (שהוטל על פדרו), אלא עונש של עשרים שנות מאסר, וזאת הן בגין העבירה הנוספת והן בגין שאר העבירות בהן הורשעו.

18. בטרם אעבור לדון בערעור על העונש, ברצוני לציין כי שותף אני לספקותיה של השופטת ברלינר, אם לא היה מקום לראות בדניאל מבצע בצוותא (יחד עם פדרו) של עבירת הרצח. אם כך, לא היה מקום לדון כלל בהוראת סעיף 34א לחוק בכל הנוגע לאחריותו שלו. לא ארחיב בעניין זה, שכן אין לפנינו ערעור המדינה על זיכוי של דניאל. אניח איפוא, כי לא נתקיימו בדניאל היסודות של אחריות פלילית כמבצעים בצוותא של עבירת הרצח, ואחריותו מעוגנת בסעיף 34א(1).

ערעור על גזר הדין

19. פדרו טוען בפנינו כי לא היה מקום להשית עליו - בצד העונש של מאסר עולם שהוטל עליו בגין רציחתו של בוריס - עונש מאסר נוסף בגין הרשעתו בחבלה ופציעה בנסיבות מחמירות (ביחס לפיני). דין טענה זו להידחות. פדרו פגע בשני בני אדם. את האחד (בוריס) רצח. בשני (פיני) חבל חבלה חמורה. הוא פעל שתי פעולות נפרדות, ביצע שתי עבירות נפרדות וניתן להטיל עליו שני עונשים נפרדים ומצטברים (ראו ע"פ 399/89 מדינת ישראל נ' זלום, פ"ד מו(2) 187, 192; ע"פ 1742/91 פופר נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 302; ע"פ 104/89 דרורי נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(1) 843). העונש שהוטל עליו בגין עבירת החבלה והפציעות בנסיבות מחמירות אינו חמור באופן המצדיק את התערבותנו. זהו העונש שראוי היה להטילו אם פדרו היה אזרח ישראלי. זהו גם העונש הראוי לו אם הוא אינו אזרח ישראלי אלא עובד זר.

20. דינאל ועומר מערערים על חומרת העונש (מאסר בן עשרים שנה) שהוטל עליהם. דינו של ערעור זה להידחות. הם הורשעו בעבירות חמורות ביותר, ובהן רצח. העונש שהוטל עליהם בגין עבירה זאת, ובעבירות הנוספות בהן הורשעו (קשירת קשר לבצע פשע, החזקת נשק שלא כדין, נסיון לשוד) אינו חמור באופן המצדיק את התערבותו.

21. בטרם אסיים פסק דין זה מבקש אני להעיר מספר הערות לעמדתה של חברתי, השופטת שטרסברג-כהן. צר לי, אך אין בידי לקבל את עמדתה. חברתי קובעת כי לא היה מקום "לדלג" על השלב הראשון (קביעת הפגיעה בזכות חוקתית) ולעבור מיד לבחינת השלב השני (פסקת ההגבלה) בכל הנוגע לבחינת חוקתיותו של סעיף 34 לחוק. אין בידי לקבל גישה זו, ומשני טעמים: ראשית, קבעתי בפסק דיני כי הפגיעה בזכות חוקתית (דהיינו, השלב הראשון) מתקיימת, שכן הוראת סעיף 34 לחוק פוגעת באיסור על מאסר הקבוע בסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אין זה מדוייק, איפוא, לקבוע כי "הנשיא אינו מעביר... במבחני השלב הראשון של הבדיקה החוקתית ואינו בוחן כלל אם יש בהם 'פגיעה' בזכויות שחוק היסוד בא להגן עליהן" (פסקה 5). כאמור, הבעתי דעתי כי הוראת סעיף 34 לחוק פוגעת בהוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל שהשארתי בצריך עיון הוא בשאלה - תוך שהנחתי כי התשובה עליה היא בחיוב - אם מתקיימת פגיעה נוספת, שעניינה באיסור על פגיעה בכבוד האדם (סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). שנית, וזה העיקר, טכניקה מקובלת היא לדלג על השלב הראשון (שלב ה"פגיעה"), אם הכרעה בו אינה פשוטה ואינה נחוצה, שכן ניתן לדחות הטענה החוקתית בשל אי קיומו של השלב השני (פסקת ההגבלה). כך נהג בית משפט זה מספר פעמים (ראו בג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 494; בג"ץ 24/01 רסלר נ' כנסת ישראל, פ"ד נ(2) 699). גישה זו תואמת את גישתו העקרונית של בית המשפט שלא לדון בשאלה בעלת אופי חוקתי, "אלא אם כן הדבר דרוש באופן החלטי לצורך הכרעה בעניין" (ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 350). כמובן, לעתים קרובות אין כל אפשרות לקבוע אם תנאיה של פסקת ההגבלה מתקיימים בלא לקבוע מהי הפגיעה הנטענת. על כן הנחתי בפרשה שלפנינו, כי הפגיעה אינה רק בהוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא גם בהוראת סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאור מסקנתי כי תנאיה של פסקת ההגבלה מתקיימים, רשאי הייתי - ולדעתי ראוי הוא לנקוט בדרך זו - להניח כי הוראותיו של סעיף 2 לחוק היסוד נפגעו, בלא לפסוק בדבר.

22. חברתי גורסת כי ככלל בעצם קביעתה של התנהגות כפלילית ובעצם הטלת עונש מאסר עליה, אין משום פגיעה בהוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (פסקה 7 לפסק דינה). לדעתה המשטר הפלילי שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הוא חוקתי לא רק בשל הפיסקה על שמירת הדינים (סעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו) אלא משום שהחקיקה הפלילית מכילה בדרך כלל איזונים ראויים, הבנויים על

עקרון היסוד של שיטתנו. זאת ועוד, החירות המוגנת על ידי חוק היסוד היא לא רק חירותו של העבריין אלא גם חירותו של הנפגע. לדעת חברתי, "כל עוד מאזן החוק הפלילי כראוי בין ההגנה על החברים השונים בחברה, לרבות העבריין, אין בכפיית הציות לחוק על ידי מאסר משום פגיעה בחירותו של הנכפה במובנה של החירות המוגנת על ידי החוק" (פסקה 9). בהתייחסה להוראותיו של סעיף 34 לחוק מצינת חברתי כי הטלת אחריות על מבצע בצוותא בגין עבירה שונה או נוספת, "אינה פוגעת בכבודו או בחירותו החוקתית של אותו מבצע". להשקפותיה אלה של חברתי אין בידי להסכים.

23. נקודת המוצא הינה, כי קונסטיטוציונליזציה של האחריות הפלילית קיימת רק אם יש בחוקה או בחוקי היסוד הוראות המכפיפות את האחריות הפלילית למשטר חוקתי. קיומו של פרק בחוקה בדבר זכויות אדם אינו מטיל מאליו משטר חוקתי על יסודות האחריות הפלילית. כאשר משטר כזה מוטל, הוא משתנה משיטת משפט לשיטת משפט, שכן הכל תלוי בתוכן של זכויות האדם החוקתיות. כך, למשל, הגישה המקובלת בארצות-הברית הינה כי ככלל הפרק על זכויות האדם בחוקה האמריקנית אינו מעמיד את יסודות האחריות הפלילית תחת כנפיים חוקתיות (ראו: Kadish, "Fifty Years of Criminal law: An Opinionated, Review", 87 Colm. L. Rev. 943 (1999)). לא כן במשפט הגרמני. הגישה הינה כי חוק היסוד הגרמני הטיל משטר חוקתי על יסודות האחריות הפלילית. בעיקר כך באמצעות הזכות לכבוד (סעיף 1 לחוק היסוד) והזכות לפיתוח האישיות (סעיף 2 לחוק היסוד). כך, למשל, הזכות לחופש אישי (סעיף 2) לחוק היסוד) פורשה בפסיקה כמכפיפה את כל הוראות החוק הפלילי בעניין מעצר ומאסר למשטר חוקתי (ראו: Mangoldt, Klein, Starck, Das Bonner Grundgesetz 229 (Bond 1, 1985), וכן: Bverf GE 19, 342 (1965)). גם בקנדה נתון המשפט הפלילי למשטר חוקתי. הדבר מעוגן בעיקר בהוראות סעיף 7 ל-Canadian Charter of Rights and Freedoms הקובע:

"Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice".

מכוח של אותו חלק של ההוראה, לפיה החקיקה הרגילה כפופה לזכות לחירות (liberty), נפסק כי כל הוראה פלילית המטילה מאסר כפופה להוראת הצ'רט'ר. כותב השופט למר (Lamer):

"Obviously, imprisonment (including probation orders) deprive persons of their liberty" (Re B.C. Motor Vehicle Act [1985] 2 S.C.R. 486, 515).

כמובן, כפיפות זו קיימת בקנדה רק אם ההוראה הפלילית פוגעת בעקרונות הצדק הבסיסי. למותר לציין שהן בגרמניה והן בקנדה, עצם הכפיפות למשטר החוקתי אינה מובילה למסקנה של אי חוקתיות, שכן עדיין יש לבחון בכל מקרה - פרט למקרה של פגיעה בכבוד האדם (בגרמניה), שאינה כפופה לכל הגבלה - אם הוראותיה של פסקת ההגבלה מתקיימות. אל עניין זה עוד אשוב.

24. ההוראות העיקריות בישראל המכפיפות את המשפט הפלילי (המהותי) למשטר חוקתי הן סעיף 2 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (כבוד האדם); סעיף 3 (קניין) וסעיף 5. הוראה אחרונה זו קובעת איסור על נטילה או הגבלה של חירות האדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת. הנני סבור כי בהקשר של סעיף 5 לחוק היסוד כל מאסר, כל מעצר או כל הסגרה פוגעים בחירות הפרט, כפי שדיבור זה ("חירות") מובן בסעיף 5 לחוק היסוד. עמד על כך פרופ' קרמניצר בצינו:

"The establishment of a criminal prohibition constitutes a limitation upon the individual's freedom to act. Therefore, it is a restriction of a person's liberty through imprisonment... or 'in any other manner'... under sec. 5 of the Basic Law: Human Dignity and Freedom" (Kremnitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law", 27 Isr. L. Rev. 85, 86 (1993)).

כשם שכל הסגרה - גם הסגרתו של רב הפושעים - פוגעת בחירותו, וכשם שכל מעצר - גם המעצר המוצדק ביותר - פוגע בחירותו, כך גם כל מאסר - גם מאסרו של הרוצח - פוגע בחירותו. על "חירות" רחבת היקף זו בא סעיף 5 להגן. כמובן, אין בהוראה זו כדי לבטל את כל הוראות המשפט הפלילי. רובן ככולן תקפות הן, ומקיימות את ההסדרים החוקתיים הנחוצים. דבר זה נובע מהפעולה המשותפת של הוראת סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו יחד עם פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק היסוד). אכן, הגדרת הזכות והפגיעה בה, מחד גיסא, וההגבלה עליה, מאידך גיסא, אף שהן צריכות להידון בשני שלבים מחשבתיים שונים, אינן אלא שני צידיו של אותו מטבע. פסקת ההגבלה אינה רק מקור להגבלה על הזכות החוקתית. היא עצמה מקור להגנה עליה. עמדותי על כך באחת הפרשות בצינו:

"פסקת ההגבלה (סעיף 8) שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו היא מרכיב מרכזי של ההגנה על זכויות האדם. היא קובעת את גבולות הזכות ואת מגבלות המחוקק. תפקידה של ההגבלה הוא כפול. היא מגינה על זכויות האדם ומאפשרת פגיעה בהן, בעת ובעונה אחת. היא מבטאת את רעיון היחסיות של זכויות האדם. היא משקפת את תפיסת היסוד כי זכויות

האדם מתקיימות במסגרת חברתית המקיימת זכויות האדם. היא ראי לתפיסת היסוד, כי זכויות האדם אינן משקיפות על הפרט כאיבוד, אלא כחלק מחברה אשר לה יעדים לאומיים. היא פרי ההכרה כי יש לקיים זכויות אדם בסיסיות ולשמור על המסגרת המדינית גם יחד. היא נועדה לאפשר פגיעה בזכויות האדם כדי לקיים מסגרת חברתית השומרת על זכויות האדם. אכן, הזכות החוקתית והפגיעה בה יונקים ממקור משותף... הן הזכות החוקתית והן ההגבלה שעליה כפופות לעקרון היסוד שעליו בנוי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (סעיף 1) ולמטרותיו (סעיפים 1א, 2). פסקת ההגבלה היא נקודת האחיזה שעליה מונח האיזון החוקתי בין הפרט לכלל, בין היחיד לחברה. היא משקפת את התפיסה כי בצד זכויות אדם קיימות גם חובות אדם; כי העולם הנורמטיבי אינו רק של זכויות אלא גם של חובות; כי בצד זכותו של האדם עומדת חובתו כלפי רעהו וחובתו כלפי הכלל" (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 222, 433).

הנה כי כן, על השאלה האם החירות, אותה נוטלים במאסר מאדם שהורשע בדין בעבירה שעונש מאסר בצידה, היא אותה חירות עליה בא להגן חוק היסוד, תשובתי היא בחיוב. סעיף 5 לחוק היסוד מגן על חירותו של הנאשם. חירותו של הקרבן וצרכי החברה נלקחים כולם בחשבון במסגרת האיזון בין צרכי הפרט והכלל הנערך במסגרת פסקת ההגבלה. ודוק: אינני טוען שבכל מקרה ומקרה צרכי הזולת וצרכי הכלל נלקחים בחשבון רק בשלב השני של הדיון (פסקת ההגבלה). מקובל עלי כי בצד האיזון האנכי (שעניינו פסקת ההגבלה) קיים תמיד האיזון האופקי (שעניינו היחס הפנימי בין זכויות האדם בין לבין עצמן: ראו בג"ץ 2481/93 דין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מ"ח(2) 456, 475). אכן, עלינו להבחין תמיד בין היקף הזכות (הנקבע על פי פירוש הזכות ויחסה לזכויות אחרות) לבין מידת ההגנה על הזכות (הנקבעת על פי הוראות פסקת ההגבלה) (ראו בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255, 270; בג"ץ 806/88 יוניברסל סיטי סטודיוס אינק נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד מז(2) 22, 23). טענתי מצומצמת יותר, ועוסקת בפירושו של סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, המנוסח באופן רחב ביותר וכוללני ביותר. סעיף זה מעמיד במרכז הגנתו את מי שפגע בצורה זו או אחרת בזולתו ובחברה. פירושו הראוי של סעיף זה מוביל למסקנה כי היקפה של חירות זו הוא רחב ביותר. מידת ההגנה על חירות זו היא כמובן מצומצמת והיא מקבלת את ביטוייה בפסקת ההגבלה (השוו ע"פ 669/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 584; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(5) 221, 296). הנה כי כן, סעיף 5 לחוק היסוד משתרע על חירותו של אדם - חירות במובן הרחב ביותר - כנגד מאסר (כל מאסר), מעצר (כל מעצר) והסגרה (כל הסגרה). עם זאת, אין הגנה חוקתית על מלוא החירות. מידת ההגנה על הזכות (האיזון האנכי) נעשה במסגרת פסקת ההגבלה.

25. ישאל השואל: הרי הן חברתי והן אנכי מגיעים, בסופו של יום, לאותה תוצאה. מה חשיבות יש, איפוא, לשאלה השנויה בינינו במחלוקת? התשובה הינה, כי מחלוקת זו חשובה היא ביותר. אם האיזונים השונים של המשפט הפלילי - המתחשבים בנאשם, בקרבן ובחברה - נערכים במסגרת ניתוח הזכות של הנאשם לחירות, כפי שחברתי מציעה, כי אז היקפה של הזכות הוא צר, והוא משקף את פרי האיזון הסופי. פסקת ההגבלה

מאבדת את עיקר תפקידה, שהרי מלאכתה כבר נעשתה במסגרת ניתוח הזכות עצמה. טלו את המקרה שלפנינו. את כל הניתוח כולו עושה חברתי במסגרת ניתוח "חירותו" של הנאשם. מה נותר עוד לפסקת ההגבלה? מתי היא תחול לשיטתה של חברתי? אכן, לדעתי יש בגישה זו - בכל הנוגע לסעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו - משום ערעור האיזון החוקתי. הדרך הראויה הינה מתן מובן רחב להיקפה של הזכות עצמה, ומתן עוצמה רבה לפסקת ההגבלה, אשר בגדרה יעשה האיזון (האנכי) העיקרי. לכך יש גם השלכות מעשיות חשובות. כך, למשל, יש לכך השלכה מבחינת נטל ההוכחה. על פי שיטתי - וכפי המקובל בקנדה - הנטל להראות פגיעה בזכות מוטל על הנאשם הטוען להפרתה. לעומת זאת, הנטל להראות שהפגיעה בזכות מקיימת את הוראותיה של פסקת ההגבלה מוטל על המדינה הטוענת כי מתקיימים תנאיה. אם תתקבל עמדת חברתי, כל הנטל כולו יוטל, הלכה למעשה, על הנאשם הטוען לפגיעה בזכותו, שכן כל הבחינה החוקתית כולה תעשה במסגרת קביעת הזכות עצמה. הדבר יקשה מאוד על נאשם - החסר לרוב את האמצעים הדרושים לשם כך - לעמוד בנטל זה.

הערעור של שלושת המערערים על כל חלקיו נדחה.

ה נ ש י א

השופט ט' שטרסברג-כהן:

1. שלושה קשרו קשר לביצוע שוד. הם הצטיידו באקדח. אחד מהם, המערער 1, השתמש באקדח תוך כדי ביצוע השוד, וירה למוות בבעל החנות בה בוצע השוד. שלושת המערערים הורשעו בדיון. שלושתם הגישו ערעורים, מי על הרשעה ועל העונש ומי על העונש בלבד. המערערים 2-3 (להלן: המערערים) שהשתתפו בשוד, ולא הם שירו במנוח, הורשעו בעבירות הקשורות לביצוע השוד, וכן ברצח. הרשעתם ברצח נעשתה על פי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין תשל"ז 1977- (להלן: החוק), בשילוב עם סעיף 34א(א)(1) לחוק. על כל העבירות בהן הורשעו נדונו המערערים למאסר של 20 שנה.

סעיף 300(א)(3) לחוק מורה, כי הגורם במזיד למותו של אדם תוך ביצוע עבירה או תוך הכנות לביצועה, או כדי להקל על ביצועה, ייאשם ברצח. סעיף 34א(א)(1) קובע, כי המבצעים בצוותא של עבירה, שאגב ביצועה בוצעה על-ידי אחד מהם עבירה שונה ממנה או נוספת לה, שאדם מן הישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה, יישאו באחריות גם לעבירה השונה או הנוספת.

השאלה העומדת לדין בפנינו בעניינם של המערערים היא שאלת חוקתיותו של סעיף 34 לחוק, שנחקק לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994.

2. מקובלת עלי התוצאה אליה הגיע חברי הנשיא ברק, לפיה דין הערעורים הן על ההרשעה והן על העונש להידחות. כמו כן מקובל עלי, כי אם על הוראות סעיף 34 לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה של חוק היסוד, הן עומדות בהם. עם זאת, מבקשת אני לייחד דברים לשאלה, האם מלכתחילה 'פוגעות' הוראות סעיף זה בזכויות יסוד שחוק היסוד בא להגן עליהן, באופן שעליהן לעמוד במבחן פסקת ההגבלה.

שותפה אני לדעה, כי בעקבות חקיקת חוקי היסוד התרחשה קונסטיטוציונליזציה של כל מערכת המשפט (ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי ואח', פ"ד מט(4) 221, 353. בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה(2) 625, 712). כן מקובל עלי, כי בעקרון, על הוראותיו של כל חוק שנחקק לאחר חוקי היסוד לעלות בקנה אחד עם הוראותיהם ולא לעמוד בסתירה להם וכי חוקתיותו של כל חוק כזה, נתונה לביקורת שיפוטית של בית משפט זה. אך האם מתבקשת מכך המסקנה, כי כל הוראת חוק הקובעת נורמה של אחריות פלילית והמאפשרת הרשעת אדם בעבירה שעונש מאסר בצידה, 'פוגעת' בזכויות שחוק היסוד בא להגן עליהן? קודם שאבחן שאלה זו, אתייחס להוראותיו של סעיף 34 לחוק.

3. סעיף 34 קובע לאמור:

34.א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בנסיבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה -
 (1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים; ואולם, נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד;
 (2) יישא באחריות לה גם המשדל או המסייע, כעבירה של רשלנות, אם קיימת עבירה כזאת באותו יסוד עובדתי.

(ב) הרשיע בית המשפט נאשם על פי סעיף קטן (א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי הוא להטיל עליו עונש קל ממנו.

סעיף 34 מתחלק לשני חלקים: האחד - סעיף 34א(א), קובע נורמות של הטלת אחריות על מבצעים בצוותא לעבירה נוספת שביצע אחד מהם אגב ביצוע העבירה שלביצועה חברו, במדרג הקבוע בסעיף. השני - סעיף 34א(ב), מסמך את בית המשפט להקל בעונש מאסר חובה, כאשר העבירה מחייבת מאסר כזה.

4. סעיף 34א, שבא להחליף הסדר קודם, איננו קובע עבירות ואיננו קובע עונשים. העבירות בהן הורשעו המערערים והעונשים שהושתו עליהם, קבועים בסעיפים אחרים של חוק העונשין, שנחקקו קודם לחוק היסוד ואינם כפופים לו נורמטיבית. הנורמה הקבועה בסעיף זה ניתנת ליישום על כל מבצע בצוותא של כל עבירה שאגב ביצועה נעברה על ידי מבצע בצוותא אחר, עבירה נוספת או אחרת. זהו כלי דוקטרינרי, הניתן ליישום על עבירות למיניהן, שסקלה עונשית רחבה בצדן, הקבועות בחוק העונשין שקדם לחקיקת סעיף זה. אכן כדברי חברי הנשיא "מאפשר סעיף 34א את גזירת דינו של המערער למאסר...", אלא ש"איפשר" זה אינו מכיל את הנורמה המהווה את העבירות שבוצעו על ידי המערערים, ואת העונשים שבצדן. אלה מצויים בחוק העונשין שקדם לחוק היסוד ואינם חלק אינטגרלי מסעיף 34א. על מנת להרשיע מבצע בצוותא בעבירה נוספת שביצע מבצע אחר אגב ביצוע העבירה שלביצועה חברו, יש לשלב בין הוראותיו של סעיף 34א לבין הוראות סעיפי חוק העונשין הקבועים את העבירה ואת העונש שבצידה, בענייננו ניסיון לשוד ורצח אגב ביצוע עבירת השוד. לפיכך, ספק אם יש לקרוא לתוך סעיף 34א את העבירה (לפי סעיף 300(א)(3)) ואת עונש המאסר שבצידה. עם זאת, משהותקפה חוקתיותן של הוראות ס' 34א, ראוי הוא שהסעיף יעמוד בבחינה חוקתית. כיצד ייעשה הדבר?

5. על פי הכללים הנקוטים בידינו, נערכת בדיקת חוקתיותה של הוראת חוק, בשני שלבים עיקריים: בראשון שבהם בודק הפרשן אם זכות האדם המעוגנת בחוק היסוד **אכן נפגעה** על ידי הוראת חוק העומדת לבדיקה חוקתית. רק כאשר המסקנה היא שאכן כך, יבוא השלב השני, בו תיבדק השאלה, אם דבר החקיקה הפוגע, מקיים את דרישות פסקת ההגבלה שבחוק היסוד (ראו, א' ברק **פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית** (תשנ"ד) 473-474).

אשר להוראות סעיף 34א המאפשרות הטלת מאסר בעקבות הרשעה אומר הנשיא, בהעמידו הוראה זו לבדיקה חוקתית: "אין לנו צורך להעמיק בשלב הראשון... שכן בוודאי שהוראת סעיף 34א לחוק - המאפשר הרשעתו של אדם בעבירה שעונשה הוא מאסר - פוגעת בהוראת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, לפיה אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר". אשר לנורמה המטילה אחריות פלילית על המבצע בצוותא לעבירה הנוספת אותה לא ביצע, אומר הנשיא: "אניח גם, בלא לפסוק בדבר כי הטלת אחריות פלילית על אדם בהעדר מחשבה פלילית... אך תוך קיום יסוד נפשי של רשלנות או מודעות בכוח... פוגעת בכבוד האדם". הנשיא אינו מעביר - איפוא - לא את הנורמה הקבועה בסעיף 34א ולא את עונש המאסר המתאפשר על ידי קביעת הנורמה האמורה, במבחני השלב הראשון של הבדיקה החוקתית ואינו בוחן כלל אם יש בהם 'פגיעה' בזכויות שחוק היסוד בא להגן עליהן.

6. שותפה אני לעמדה לפיה הוראות המשפט הפלילי המהותי, עד כמה שהן כרוכות במאסרו של אדם, נתונות למשטר חוקתי. אלא שאיני סבורה כי יש לדלג על שלבה הראשון של הבדיקה ולפנות ישירות לשלבה השני. אין זה מובן מאליו כי קביעת התנהגות כעבירה פלילית שעונש מאסר בצידה 'פוגעת' בזכות שחוק היסוד בא להגן עליה. שאלה זו מצריכה בדיקה יסודית ועניינית הנערכת בשלב הראשון של הבחינה החוקתית. במסגרת שלב זה נבחנת השאלה, האם אכן פוגעות הנורמה הפלילית והאפשרות להרשיע באמצעותה בעבירה שעונש מאסר בצידה, בזכויות אדם המוגנות בחוק היסוד; האם ה'חירות', המוגנת בסעיף 5 לחוק היסוד, היא חירותו של העבריין **שהורשע כדין** בביצוע עבירה שפגעה בחירותו, בשלמות גופו, או בחייו של אחר; האם ה'פגיעה' בחירות עבריין כזה כה מובנת מאליה עד כי אין עוד על הפרשן לעבור את שלב הבדיקה הראשון וניתן להתמקד בשלב השני בלבד? דעתי היא, כי יש טעם ויש צורך להעביר את הנורמה העומדת לבדיקה ואת האפשרות להטיל עונש מאסר באמצעותה, במבחני השלב הראשון של הבדיקה החוקתית. כך הדבר בכלל וכך הדבר בהתייחס לסעיף 34א. קודם שאבחן אם סעיף 34א עומד במבחן השלב הראשון של בדיקת חוקתיותו, אייחד דברים למעמדן של הנורמות הקבועות במשפט הפלילי כעבירות שעונש מאסר לצדן.

7. כל מערכת חוקים, שבלעדיה לא תיכון חברה מתוקנת, קובעת סייגים וגדרות להתנהגותו של אדם. בהסדרים יחסים בין אדם לרעהו ובין אדם לרשות, מגבילים החוקים, מעצם טיבם וטבעם, את התנהגותו הרצונית והחופשית של האדם. במישור הפילוסופי הרחב ניתן לומר, כי כל החוקים כולם 'פוגעים' בחירותו של האדם לנהוג כרצונו. החוק הפלילי, יותר מכל תחום משפטי אחר, תוחם את המותר והאסור בהתנהגותו של אדם וקובע נורמטיבית התנהגויות מסוימות כעבירות פליליות שעונש בצידן, בין היתר עונש מאסר. קביעת הנורמה הפלילית באה על מנת לאפשר לבני האדם לחיות בחברה מתוקנת בה אדם הפוגע בזולתו בניגוד לחוק יתן את הדין על כך. לפיכך, הוראת חוק הקובעת התנהגות כעבירה איננה כשלעצמה אפריורית הוראה הפוגעת בזכויות יסוד שבחוק יסוד. כך גם לגבי ענישה. ניתן לגרוס, כי בעצם קביעת התנהגות מסוימת כפלילית ובעצם הטלת עונש בכלל ומאסר בפרט, מובנית פגיעה בזכויות האדם. אך האם בשל כך עומדות הוראות החוק הפלילי, הקובעות התנהגויות אנושיות מסוימות כעבירות שעונש בצידן, אפריורית בסתירה לחוק היסוד? האם אנו חיים במשטר הפלילי הקיים, אך משום שלא ניתן לבטל חוקים שנחקקו קודם לחוק היסוד, ולא משום שחוקים אלה מכילים איזונים ראויים, הבנויים על עקרונות היסוד של שיטתנו? האם לא נכון לומר ש'פגיעה' זו באה על מנת להגן על זכויות האדם של כל יחידי החברה לרבות העבריין עצמו ולא לפגוע בה? אכן, כל אדם נולד בן חורין. אך בתוקף היותו חלק מן החברה בה הוא חי, מוסדרת פעילותו על ידי הסדרים שהחברה מטילה על חבריה. כפיית הציות להסדרים אלה באמצעות הסנקציה הפלילית של ענישה היא התשובה לאי ציות. "במישור המופשט שלו – מתווה המשפט הפלילי את הגבולות החיצוניים, שמעבר להם אין הפרט יכול לממש את זכותו לחירות האישית שלו ואת שאר זכויות האדם שלו, בלא שיפגע בזכויות היסוד של זולתו" (י' קרפ

"המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט מב (תשנ"ה) 64, 68).

8. המשפט הפלילי בנוי על נורמות ואיזונים, שנועדו להבטיח, כי אחריות פלילית תוטל רק על מי שאמור לשאת בה על פי התפיסה העקרונית של השיטה את נושא האשמה, וכי סנקצית המאסר תופעל רק נגד מי שביצע מעשים שהחברה רואה בהם התנהגות אסורה, שהוגדרה כעבירה שעונש המאסר הולם אותה. "הדין העונשי מניח ... הפנמה של ערכי היסוד של השיטה ומחויבות בסיסית כלפיהם אצל כל עושה בעל כשרות פלילית" (מ' קרמניצר "עקרון האשמה" **מחקרי משפט** יג(1), (תשנ"ו-1996) 109). לאדם שהדין העונשי מדבר בו לא ניתנת חירות להתנכר לנורמות המשפט הפלילי של החברה בה הוא חי. המשפט הישראלי מגן על חיון, חירותו, וקניינו של האדם. הוא מגן עליהם גם מפני פגיעה בהם על ידי עבריינים, הנוטלים חירות לעצמם לפגוע בזכויות יסוד של אחרים. הגנה על זכויותיהם של הנפגעים הפוטנציאליים, מחייבת הגבלת זכויותיהם של הפוגעים. הגנה על חירות הקורבן מחייבת הגבלת חירות העבריינין. "קיומה של חירות אמיתית מחייב כיבוד זכויותיו של הזולת" (מ' שמגר "כבוד האדם ואלימות" **משפט וממשל** ג(1) (תשנ"ה) 33, 41). הטלת צל של אי-חוקתיות אפרוירית על סנקציית המאסר, שהיא הסנקציה המרכזית במשפט הפלילי, מרופפת את ההגנה על החברה מפני המבקשים לפרוע את סדריה ולפגוע בזכויות היסוד של חבריה. הוראות החוק הפלילי, העבירות הקבועות בו והעונשים שלצידן הם חלק ממערכת ההגנה של החברה ושל יחידיה על זכויות היסוד שלהם.

האיזון הפנימי שבמשפט הפלילי מתבטא בכך, שפגיעת הוראותיו בזכויות האדם, שאי אפשר בלעדיה, תחולק באופן צודק והולם בין הצדדים למעשה העבירה: הקורבן, העבריינין, הציבור ויחידיו. המשפט הפלילי מאזן בין תכליות הענישה הפלילית, שהן, בין השאר, השתת מחיר אישי על עבריינים שהורשעו, הרתעתם של העבריינין ועבריינים פוטנציאליים, שיקום העבריינין, אינטרס הקורבן ושמירה על כבודו, והגנה על קורבנות פוטנציאליים ועל סדרי חברה תקינים ומתוקנים. גם הסמכות שבשיקול דעת שניתנה לבית המשפט בגזירת העונש מהווה חלק מן האיזונים המגולמים בהוראות החוק לענישת עבריינים. עקרונות היסוד המסורתיים של המשפט הפלילי, כגון עקרון החוקיות, העיקרון כי אין עונשין על דברים שבלב, העיקרון לפיו אין עבירה בלא אשמה ועוד, מגולמים בהוראותיו, ומקל וחומר שמגולמים הם בהוראות חוק פלילי שנחקקו לאחר חוק היסוד. לפיכך, ספק אם יש לתפוס את הנורמה הפלילית ואת עונש המאסר שבצידה כפוגעים מדעיקרא בזכויות אותו אדם - העבריינין - שפעילותו היא זו הפוגעת בזכויות עליהן בא חוק היסוד להגן.

9. בשנים האחרונות גוברת במשפט הישראלי ההכרה, כי לצד הצורך להגן על זכויות האדם של העבריינין, קיים צורך מקביל למנוע הפיכתו של חוק היסוד למגן שבידי העבריינין, המונע את הפעלתו האפקטיבית

של הדין הפלילי ואת השגת התכליות החברתיות ההכרחיות שביסודו. בהיות העברין נתון לשליטתה של מערכת אכיפת החוק, נטתה הרטוריקה של ההגנה על זכויות האדם, כפי שיושמה במסגרת המשפט הפלילי, להתמקד בהגנה על זכויות האדם של העברין מפני עוצמתה של מערכת זו. לאחרונה מסתמנת מגמה לחזק את ההגנה על הקורבן, על החברה ועל יחידיה מפני פגיעתו הרעה של העברין. אומר על כך הנשיא שמגר:

"מרביתם לדבר על איזון בין זכויות החשוד או הנאשם לבין זכויות הציבור. מבחינת אופן התייחסותו של השומע, נושא עמו ניסוח זה דימוי של פרט נרדף (החשוד או הנאשם) מול עוצמת 'גולית' החברתי, אח גדול קולקטיבי אדיר, המניף, כביכול, את אגרופו. אולם תיאור כאמור אינו נותן בהכרח את דעתו למציאות לאשורה: העברין האלים, האנס, השודד, האדם הפזיז המסכן חיי אדם, הם האיום המייד, התדיר והאפקטיבי על הקורבן חסר הישע, שהחברה אינה יכולה או אינה מסוגלת להגן עליו בעת צרה; על פי רוב היא נחלצת לפעולה רק לאחר מעשה, ולעתים קרובות גם מאוחר מדי. במילים אחרות, האיזון אינו, למעשה, בין ציבור אנונימי ורב-כוח לבין החשוד או הנאשם, אלא בין מי שמואשם בעבירה וממשיך להיות מסוכן לחברה ולפרטים שבה לבין קורבן העבירה בפועל או בכוח ומי שהיה עד לעבירה..." (דנ"פ 2316/95, בש"פ 537/95 עימאד גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 620).

כל עוד מאזן החוק הפלילי כראוי בין ההגנה על החברים השונים בחברה, לרבות העברין, אין בכפיית הציות לחוק על ידי מאסר משום פגיעה בחירותו של הנכפה במובנה של החירות המוגנת על ידי החוק. ספק הוא אם החירות להתנכר לנורמות החברתיות שהדין הפלילי קבע כעבירות, שעונש מאסר בצידן, היא אותה חירות עליה מגן חוק היסוד. יפה לענייננו אימרתו של Hutton, J., שופט בית-המשפט לערעורים בבריטניה: "Every man is entitled to the enjoyment of personal liberty, but forfeits that right by committing crime" (R.V. Mulvenna [1987] NI 379).

10. ראויות לציון בהקשר לסוגיה שלפנינו הוראות האמנה האירופית להגנת זכויות האדם וחירויות היסוד, כפי שתוקנה בפרוטוקול מס' 11 (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocol No. 11). אמנה זו קובעת את זכות-היסוד לחירות ועוסקת ביחסי-הגומלין בינה לבין הוראות המשפט הפלילי ועונש המאסר שבצידן. סעיף 5 לאמנה האירופית קובע, כי לכל אדם הזכות לחירות ולביטחון אישי, וכי חירותו של אדם לא תישלל, אלא במקרים המנויים באמנה ובהתאם לפרוצדורה הקבועה בחוק. האמנה קובעת שורה של מקרים בהם נטילת חירותו של אדם, מקום שהיא מתקיימת על-פי סדרי דין הקבועים בחוק, לא תהווה פגיעה בזכותו של אותו אדם לחירות. הראשון בחריגים אלה הוא מאסרו כחוק של אדם לאחר שהורשע על-ידי בית-משפט מוסמך.

בקנדה, נתון המשפט הפלילי למשטר חוקתי מכוח הוראת סעיף 7 לצ'רטר הקנדי לזכויות וחירויות המכפיפה חקיקה רגילה לזכות לחירות, שלא תישלל אלא בהתאם לעקרונות הצדק הבסיסי. שם נפסק, כי כל

הוראה פלילית המטילה מאסר כפופה להוראת הצ'רטור, אלא שבחינת השאלה אם הוראת חוק פוגעת בזכויות המוגנות בסעיף 7 לצ'רטור מתחילה בשלב ראשון בו על בית המשפט לקבוע האם קיימת שלילה (deprivation) ממשית של החיים, החרות הביטחון האישי או שילוב של אינטרסים אלה (R v. White, (1999) 2 s.c.r. 417). סעיף 9 לצ'רטור ממשיך וקובע כי לכל אדם הזכות שלא להיות נתון למאסר **שרירותי** וסעיף 12 אוסר על ענישה אכזרית ויוצאת דופן (cruel and unusual treatment or punishment).

שילוב הוראת סעיף 7 ו-12 לצ'רטור הביא לפסילה הוראות עונשיות על ידי בית המשפט הקנדי בהיותן נוגדות את עקרונות הצדק הבסיסי.

המערך המושגי של החוקה האמריקאית אינו מאפשר בחינת חוקתיותו של חיקוק פלילי אך משום שזה חשוד כפוגע בחירות. ההגנה המוענקת על ידי החוקה האמריקאית לאדם שהורשע בפלילים ונענש, אינה מתמקדת בהגנה על זכות היסוד לחירות אישית. היא מתמקדת בבחינת תקינות העונש - לבל יתבסס על אבחנה שרירותית ולבל תופר דרישת ההליך ההולם (due process) שבחיקוק 5 לחוקה ולבל תהיה הענישה אכזרית ויוצאת דופן (cruel and unusual punishments), האסורה על פי תיקון 8 לחוקה. ב-Chapman et al. v. United States, 500 U.S. 453, 465 (1991), קבע בית המשפט הפדרלי העליון של ארצות הברית, מפי הנשיא Rehnquist; כי:

'Every person has a fundamental right to liberty in the sense that the government may not punish him unless and until it proves his guilt beyond a reasonable doubt at a criminal trial conducted in accordance with the relevant constitutional guarantees. [...] But a person who *has* been so convicted is eligible for, and the court may impose, whatever punishment is authorized by statute for his offense, so long as that penalty is not cruel and unusual, and so long as the penalty is not based on an arbitrary distinction that would violate the due process clause of the Fifth Amendment'.

בית המשפט הפדרלי העליון בוחן חיקוקים המטילים עונש על מי שהורשע בדינו, על פי מבחני ה"הליך ההולם" וה"ענישה אכזרית ויוצאת הדופן". בעשותו כן נוקט בית המשפט ריסון שיפוטי חריף (שם); ראה גם, למשל, FCC v. Beach Communications, 508 U.S. 307' 309 (1993).

נראה איפוא, כי עצם הכפיפות הנורמטיבית של הנורמות הפליליות, שנחקקו לאחר חוק היסוד, לנורמות החוקתיות שבחוק היסוד, אינה מוליכה בהכרח, אפרורית, למסקנה כי נורמות פליליות אלה פוגעות בזכויות אדם המוגנות בחוק היסוד. זוהי שאלה המצריכה פרשנות הקשורה במדיניות חברתית וענישתית ומחייבת, בראש וראשונה, התייחסות לשאלה, אם דבר החקיקה אכן 'פוגע' בצורה כלשהי בזכויות אדם.

11. כלל ידוע בשיטתנו המשפטית הוא, כי כל חוק נהנה מחזקת חוקיות. הנחה היא בהיררכיה החקיקתית, כי כל דבר חקיקה שמעמדו נמוך ממעמדו של חוק אחר, עולה בקנה אחד עימו, ואינו עומד בסתירה לו. הוראת חוק שנחקקה לאחר חוק היסוד, נהנית מחזקת חוקתיות. בחזקת החוקתיות מובנית ההנחה, לפיה יש לייחס למחוקק, מחבר הטקסט המשפטי, מודעות לתוכנם ולהשלכותיהם של חוקי היסוד על כל חוק הנחקק לאחריהם. חזקת החוקתיות משמיעה, כי את בחינת חוקתיותן של הוראות חוק שנחקקו לאחר חוק היסוד, יש לבצע, בראש ובראשונה, מתוכן. יש לקרוא הוראת חוק אותה בוחנים תוך ניסיון לפרשה כך, שתהלוך את ההגנה שפורש חוק היסוד על זכויות אדם. בכך מוגשמת חזקת ההרמוניה הנורמטיבית, לפיה "אין מניחים קיום סתירה בין נורמות משפטיות, ונעשה כל ניסיון אפשרי לקיים 'אחדות במשפט' והרמוניה בין הנורמות השונות" (א' ברק פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית (1992) 155). אם ניתן לבסס מתוך לשונו ותכליתו של סעיף החוק הנבחן, פרשנות לפיה זה אינו פוגע בזכויות האדם המוגנות בחוק יסוד, מסתיימת הבחינה החוקתית של הסעיף בנקודה זו. במקרה כזה, השלב הראשון של הבחינה החוקתית הוא גם שלבה האחרון. רק כאשר לא ניתן בשום פנים לבסס, מתוך סעיף החוק, פרשנות לפיה הסעיף הנבחן מתיישב עם חוק היסוד, יש לפנות לבחינת סעיף החוק במבחינה של פיסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק היסוד.

12. האם פוגעות הוראותיו של סעיף 34 בזכות מן הזכויות המוגנות על-ידי חוק היסוד? מפאת חשיבותו, יובא כלשונו החלק הרלבנטי לענייננו שהוא סעיף 34(א)(1) רישא:

34.א. (א) עבר מבצע, אגב עשיית העבירה, עבירה שונה ממנה או נוספת לה, כאשר בניסבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה -
(1) יישאו באחריות לה גם המבצעים בצוותא הנותרים;

סעיף 34(א)(1) מטיל אחריות לעבירה נוספת שביצע מבצע עיקרי גם על המבצעים בצוותא של העבירה המקורית. הסעיף מכיל בתוכו נוסחת איזון מורכבת בין זכויותיהם של הצדדים השונים לסיטואציה המסוימת אותה הוא מסדיר. הסעיף קובע, כי המבצע בצוותא ישא באחריות לעבירה שונה או נוספת שביצע מבצע אחר רק כאשר בניסבות הענין, אדם מן היישוב יכול היה להיות מודע לאפשרות עשייתה של העבירה השונה או הנוספת. כמו כן נקבע בסעיף דירוג של האחריות, במובן זה שכאשר נעברה העבירה השונה או הנוספת בכוונה, יישאו המבצעים הנותרים באחריות לה כעל עבירה של אדישות בלבד, ואילו המשדל או המסייע

יישאו באחריות לה כעבירה של רשלנות. הסעיף מדרג את האחריות מן הכבד אל הקל על פי התקיימותם של רכיבים מסוימים בהתנהגות המבצעים בצוותא. עוד קובע הסעיף, כי משהורשע הנאשם על פי סעיף 34א(א)(1) בעבירה שנקבע לה עונש חובה, רשאי בית המשפט להטיל עליו עונש קל ממנו. (לניתוחו של סעיף 34א ראו: ע"פ 4389/93 מרדכי נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(3) 239, 253-254; ע"פ 1639/98 דהן נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(4) 501, 522-524).

13. רכיבי סעיף 34א(א)(1) הפוגעים לכאורה בזכות אדם המוגנת בחוק היסוד הם שניים: האחד, הנורמה הקבועה בו. נורמה זו מאפשרת הרשעת מבצע בצוותא בעבירה אחרת או נוספת על המקורית שלשם ביצועה חבר לאחרים מבלי שנתקיימו בו היסוד העובדתי והנפשי לעניין העבירה הנוספת; השני, המאסר המתאפשר על ידי הרשעת המבצע בצוותא בעבירה הנוספת. לכאורה, פוגעת הנורמה שבסעיף 34א בעקרון היסוד של המשפט הפלילי, לפיו "אין עבירה בלא אשמה" (*nullum crimen sine culpa*) (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין**, כרך א', תשמ"ד, בעמ' 39-44). אלא שמאחורי ההוראה המטילה על מבצע בצוותא אחריות לעבירה הנוספת שבוצעה על-ידי מבצע-בצוותא אחר, עומד רציונל חברתי משפטי רב ערך. לפי פרופ' פלר, העקרון שביסוד הוראה זו בא לידי ביטוי בכלל של *Versari*, שמקורו במשפט הקאנוני, ואשר אומץ בראשית המאה ה-19 בקוד נפוליאון. על-פי עקרון זה, "מי שנקלע בהתנהגות שלא כדיון, למצב בו נעשה מעשה נתון, ייוחס לו כל הנובע מעבירה שבאותו מעשה" (*Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*). (ש"ז פלר **יסודות בדיני עונשין** (כרך ב' תשמ"ז), 325). לשיטתו של פרופ' פלר, מרככת הנורמה שנקבעה בסעיף 34א לחוק העונשין במידה משמעותית את הכלל האמור.

14. זאת לזכור, כי המבצע בצוותא אינו אדם תמים, אלא שותף למבצע עברייני. כדברי פרופ' קרמניצר:

"כאשר אנשים מתחילים בביצוע עבירה [במקרה דן - שוד], הם יוצרים סיכון משותף שהם נוטלים על עצמם, שתבוצענה על ידי מי מהם, במסגרת הגשמת המטרה במובן הרחב... עבירות נוספות.

האם צודק להטיל אחריות על המבצע האחר גם בהיעדר מודעות בפועל שלו? כאמור, הביצוע המשותף מקיף הסכמה לכך שהמבצעים "יפעלו בדרך של מתן עזרה הדדית, הגנה הדדית ועידוד הדדי למען המטרה ההיא" (ע"פ 377/67 דהן וכן הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד כג(1) 197, 220), שהיא הצלחת המשימה מנקודת ראות עבריינית. כל אחד מן המבצעים מסמיך אפוא את חבריו לעשות את הדרוש, ובכלל זה בביצוע עבירה נוספת או אחרת, כפי שהנסיבות תחייבנה לשם הצלחת המשימה. ומה לו כי ילין על האחריות המוטלת עליו בשל עשייה כזו?

...

זאת ועוד אחרת... מוצדק לדרוש, כשם שדורשים בדרך-כלל, ממי שיצר סיכון כי יפעל לשם אי מימוש. חובה כזו מוטלת אפוא על כל מבצע בצוותא למזער מלכתחילה את הסיכון לעבירות נוספות... עליו להעמיד עצמו במצב שבו יוכל לשלוט בהתפתחות העניינים ולמנוע משותפיו

לעבור עבירה נוספת. לא רק שיש הצדקה מלאה להטלת חובה כזו אלא שיש מקום להטילה כחובה של נקיטת צעדים הסבירים המתחייבים למניעת התפתחות כזו, ואף כחובה מוגברת; שכן לאחר ככלות הכל אין מדובר בסיכון הנובע מעשיית מצווה או מפעילות שיש לה ערך חברתי חיובי כלשהו אלא מחבירה למעשה עבירה". (מ' קרמיצר "עקרון האשמה", מחקרי משפט יג(1), (התשנ"ו) 109, 121-123).

האחריות המוטלת על מבצע בצוותא לעבירה שונה או נוספת שביצע מבצע אחר, אנלוגית ביסודה

לאחריות בגין "כניסה למצב בהתנהגות פסולה" (בין השאר, סעיפים 34ט(ב) ו-34י(ג) לחוק העונשין).

"משמעות ההסדר שבחוק היא שהוא מעודד את העושה לנהוג אחריות בראש ובראשונה, הן בשלב הראשון (שלב יצירת הסיכון) והן בשלב השני של עשיית העבירה. ניתן לראות גישה זו דווקא, ... כגישה המכבדת את האדם, בכך שהיא נשענת על תביעה להפנמת ערכי היסוד של השיטה, להתייחסות רצינית כלפיהם, לכיבודם, לזהירות בהם וכלפיהם (מפני פגיעה בהם)" (מ' קרמיצר, שם, בעמ' 125) [בהתייחס לסעיף 34י לחוק העונשין].

15. נראה איפוא, כי הוראה המטילה אחריות על מבצע בצוותא לעבירה נוספת שביצע מבצע בצוותא אחר אגב ביצוע העבירה המקורית לה חברו, אף שיסודותיה העובדתית והנפשי התקיימו במבצע אחר ולא בו עצמו, אינה פוגעת בכבודו או בחירותו החוקתית של אותו מבצע. כך גם עונש המאסר המתאפשר כתוצאה מהרשעה בעבירה כאמור. נראה, כי החירות המוגנת חוקתית, אינה כוללת את חירותו של אדם, שנטל חלק במבצע עברייני, שלא לשאת בתוצאות התממשותו של הסיכון שליצירתו תרם תוך השתתפות במעשה עבירה. אדם הפוגע במעשיו הפליליים בערכי היסוד של השיטה - וערכם של חיי אדם, חירותו וכבודו הם מבכירי ערכיה של שיטתנו המשפטית - אינו חדל אמנם מהיות 'אדם' הזכאי להגנה על זכויותיו החוקתיות, אלא שבשל הסיכון שיצר והתוצאות הרוות האסון אותן לא מנע, מתיישבות קביעת אחריותו ואפשרות מאסרו עם הגנה על זכויות אדם, ולא עם פגיעה בהן. אכן, גם לעברייני זכויות אדם שיש להגן עליהן. האיזונים העדינים המצויים במשפט הפלילי מיועדים לעשות כן. חוק היסוד מגן ברמה החוקתית על זכויות האדם, ובכללן על זכויות העברייני, אלא שהגנה זו אינה צריכה לבוא על חשבון הסדר החברתי המתוקן המופר על-ידי העברייני ולא על חשבון זכויות האדם בהן פוגע העברייני.

16. אין בכל האמור כדי להעניק להוראותיו של חוק פלילי שחוקק לאחר חוק היסוד ושחוקתיותן מותקפת, "חסינות" מפני בדיקת חוקתיותן. כל שנאמר הוא, כי ככלל, יש לערוך בדיקה זו בשני שלבים, מבלי לדלג על הראשון שבהם, שהוא בדיקת 'פגיעתה' של ההוראה בזכויות המוגנות על-ידי חוק היסוד. יש והוראות חוק שנחקקו אחרי חוק היסוד יצריכו ויצדיקו קביעה לפיה פוגעות הן בזכויות שנקבעו בחוק היסוד, ולפיכך עליהן לעמוד במבחן פסקת ההגבלה. ייתכנו מקרים בהם הפגיעה עולה בעליל מן ההוראה הנבחנת, שאז מתייתר השלב הראשון של הבדיקה, ונדרשים אנו לשלב השני בלבד. נוטה אני לחשוב, כי הוראות סעיף 34א המאפשרות הרשעה בעבירה שעונש מאסר בצידה, אינן נמנות על מקרים אלה. הנורמה הקבועה בסעיף זה

ועונש המאסר שהיא מאפשרת להטיל - בענייננו, ביצוע רצח על-ידי אחד המבצעים בצוותא, אגב ביצועו של שוד, כשעל המבצע בצוותא ניתן להטיל עונש קל מעונש החובה המוטל על עבירת הרצח - אינם מהווים 'פגיעה' בכבוד האדם או בחירות עליהם מגן חוק היסוד. לפיכך נראה לי, כי סעיף 34א עומד במבחן השלב הראשון, ואין אנו נדרשים להעמידו במבחן פיסקת ההגבלה, אף שאילו נבדק במבחן זה, היה עומד בו.

17. קראתי בעניין את הערותיו של חברי הנשיא לעמדתי ואת הערותיו של חברי השופט לוי. לא בכל השאלות הקשורות בסוגיה שלפנינו רואה אני עין בעין איתם. עם זאת, בדרכי שלי, הגעתי לתוצאה אליה הגיע חברי הנשיא. אף אני בדעה כי הרשעת המערערים ברצח לפי סעיף 300(א)(3) לחוק העונשין בשילוב עם סעיף 34א(1) וביתר העבירות בהן הורשעו על-ידי הערכאה הראשונה, בדין יסודה.

שׁוֹפֵט

השופט א' א' לוי:

מי שקשר עם אחר לבצע מעשה פלילי, יהיה אחראי גם לעבירה נוספת או שונה שביצע שותפו במהלך אותו קשר, אם היה מודע לאפשרות עשייתה של אותה עבירה. בנאשם זה רואים כ"מבצע-בצוותא" כהגדרתו בסעיף 29 לחוק העונשין, בו מתקיימת מחשבה פלילית כדרישתו של סעיף 19 לחוק, וכהגדרתה של המחשבה הפלילית בסעיף 20 לחוק, אף שהיסוד הפיסי שבעבירה בוצע על ידי שותפו.

שונה מצבו של מי שהרשעתו מתבססת על סעיף 34א' לחוק העונשין. סעיף זה אינו מגדיר עבירה, וכל תכליתו היא הרחבת תחומה של האחריות הפלילית, כך שלגדרה נכנס גם מי שלא היה מודע לאפשרות עשייתה של העבירה, אך אדם מן היישוב היה מודע לה (ע"פ 4389/93, 4497 מרדכי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י נ(3), 239, 253; ע"פ 5022/01 מדינת ישראל נ' אטיאס, פד"י נ(1), 856, 863; ע"פ 1639/98, דהן נ' מדינת ישראל, פד"י נ(4), 501, 522). הרחבה זו של האחריות הפלילית, מתבססת על חזקה שיצר המחוקק לחובתו של "השותף-הסביל" בתחום ה"מחשבה פלילית", וזהו מצב בעייתי, הואיל ופוקדים שותף זה על אשמתו של אחר, שהרי מקובל על הכל שמדובר במי שלא זו בלבד שלא נטל חלק בביצוע העבירה, אלא שגם לא צפה כלל את ביצועה, וממילא לא מתקיימות בו אחת מצורותיה של המחשבה הפלילית על פי סעיף 20 לחוק. הוראת חוק מסוג זה, שמכוחה צפוי אדם להעמדה לדין ואף למאסר, גלומה בה פגיעה כפולה בזכויות יסוד, הן לפי סעיף 2 והן לפי סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מכאן דעתי, שלבחינת חוקיותו של סעיף

34א' מותר היה לגשת ישירות לשאלת עמידתו בפסקת ההגבלה על פי סעיף 8 לחוק היסוד, ולא נותר לי אלא להצטרף לתוצאה אליה הגיע כב' הנשיא בסוגיה זו, ומטעמיו.

שׁוֹפֵט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, ה' באב התשס"ב (14.7.2002).

שׁוֹפֵט

שׁוֹפֵט

הַנְּשִׂיא

העתק מתאים למקור A05.98044240 /דד/
 נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
 שמריהו כהן - מזכיר ראשי

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
 בית המשפט פתוח להערות והצעות: pnio@supreme.court.gov.il
 לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il