

## בבית המשפט העליון

דנ"פ 1558/03

בפני :  
כבוד הנשיא א' ברק  
כבוד המשנה לנשיא (בדימוס) ת' אור  
כבוד המשנה לנשיא א' מצא  
כבוד השופטת ד' ביניש  
כבוד השופטת א' פרוקצ'יה  
כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' גרוניס

העותרת :  
מדינת ישראל

נגד

המשיבים :  
1. חליל פאוזת אסד  
2. הסניגוריה הציבורית הארצית

עתירה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט  
העליון ברע"פ 4107/02 מיום 2.2.2003 שניתן על ידי  
כבוד השופטים : ד' דורנר, א' פרוקצ'יה, א' גרוניס

בשם העותרת :  
עו"ד נאוה בן-אור ; עו"ד נעמי גרנות

בשם המשיב מס' 1 :  
עו"ד יוסף רוטמן

בשם המשיבה מס' 2 :  
עו"ד דיויד וינר ; עו"ד אפרת פינק

## פסק-דין

הנשיא א' ברק:

בית המשפט הרשיע אדם. הוא הטיל עליו עונש של שירות לתועלת הציבור. כן הוטל עליו עונש נוסף. צו השירות לא מולא. הוא בוטל על ידי בית המשפט שנתן אותו. הרשאי אותו בית משפט לגזור תחתיו עונש אחר?

### עובדות והליכים בבית משפט השלום ובבית המשפט המחוזי

1. המשיב הורשע בבית משפט השלום בחיפה (השופט א' שאנן) בעלבון דת (עבירה לפי סעיף 170 לחוק העונשין, התשל"ז-1977; להלן – חוק העונשין) ובאיומים (עבירה לפי סעיף 192 לחוק העונשין). בית המשפט הטיל עליו את העונשים הבאים: שירות לתועלת הציבור (להלן – צו שירות) בהיקף של 350 שעות; צו מבחן לתקופה של שנה אחת מיום גזר הדין, ששה חודשי מאסר על-תנאי לשנתיים בגין העבירה של עלבון דת; שלושה חודשי מאסר על-תנאי לשנתיים בגין העבירה של איומים. כן חוייב המשיב בתשלום פיצויים בסכום של 5,000 ₪ למתלונן.

2. מתוך שלוש מאות חמישים שעות השירות לתועלת הציבור ביצע המשיב עשרים ושבע שעות שירות ופסק מלבצען. הטעם לכך היה שהמשיב הורשע בבית המשפט המחוזי בביצוע עבירה אחרת, ונדון לשלוש שנות מאסר בפועל, באופן שלא ניתן היה לבצע את צו השירות. שירות המבחן עתר לבית משפט השלום לבטל את צו השירות ולהטלת עונש חלופי תחתיו. כן נתבקשה הפקעת צו המבחן. בית משפט השלום נענה לבקשה. צו המבחן הופקע. צו השירות בוטל. בית המשפט המשיך וקבע כי הוא מוסמך להטיל על המשיב עונש חלופי תחת צו השירות שבוטל. על המשיב הוטלו ששה חודשי מאסר בפועל, אשר שלושה מתוכם חופף למאסר שהוטל עליו בגין העבירה האחרת, ושלושה חודשים מצטרפים עליהם. ערעור לבית המשפט המחוזי (השופטים ח' פיזם, א' רזי, ש' שטמר) נדחה. בית משפט זה נתן רשות ערעור.

### בית המשפט העליון והעתירה לדיון נוסף

3. בבית המשפט העליון נחלקו הדעות (רע"פ 4107/02 אט ד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 248). השופט א' גרוניס – ועימו השופטת ד' דורנר – פסק כי בית המשפט שקבע צו שירות כאחד משני עונשים או יותר, וביטל את צו השירות בשל אי עמידה בו, אינו מוסמך להטיל עליו עונש אחר. השופטת א' פרוקצ'יה פסקה כי הדין עם בית משפט השלום ובית המשפט המחוזי. המדינה עתרה לקיום דיון נוסף בפסק דינו של בית המשפט העליון. בא כוח המשיב הודיע כי המשיב סיים את ריצוי העונש שהושת עליו, לרבות תקופת המאסר הנוספת שהוטלה עליו בגין הפרת צו השירות. חרף זאת, נעתרנו לבקשה. הסניגוריה הציבורית צורפה כמשיבה נוספת לעתירה. לא מצאנו מקום לשמוע את עמדתו של שירות המבחן.

### המסגרת הנורמטיבית

4. ב-1979 תוקן חוק העונשין. הוסף אמצעי עונשי חדש, שעניינו שירות לתועלת הציבור. המטרה היתה "לגוון את דרכי הענישה לגבי עבירות שאינן חמורות, כשבית המשפט סבור שהעונש הראוי אינו עונש מאסר בפועל" (הצעת חוק העונשין (תיקון מס' 8), התשל"ח-1978 (ה"ח 1357, תשל"ח, עמ' 284)). בטרם ניתן צו שירות יש לקבל תסקיר של קצין מבחן. צו השירות קובע את השירות לתועלת הציבור שעל הנידון לבצע. שירות זה לא יעלה על שנה אחת. הוצאתו מותנית בהסכמת הנידון. צו שירות ניתן לתת במקום כל עונש אחר או בנוסף אליו. כן ניתן להטיל צו שירות גם ללא הרשעה, בנוסף למבחן או בלעדיו (ראו סעיפים 71א-71ג לחוק העונשין).

5. מה הדין אם הנידון לא מילא אחר צו השירות? תשובה לשאלה זו מצויה בהוראת סעיף 71ד לחוק העונשין, העומדת במרכז העתירה שלפנינו. וזו לשון ההוראה:

#### "הפרת צו השירות

71ד. לא מילא הנידון אחר צו השירות, רשאי בית המשפט לבטל את הצו ולגזור עליו עונש אחר על העבירה המקורית, ואם לא הרשיעו – רשאי הוא להרשיעו ולגזור עליו עונש על אותה עבירה".

על פי הוראת החוק, אם הנידון לא מילא אחר צו השירות, מוסמך בית המשפט לבטל את הצו. מוסכם על הכל, כי אם צו השירות שבוטל היה העונש היחיד שהוטל על הנידון, מוסמך בית המשפט לגזור על הנידון עונש אחר על העבירה המקורית. גדר המחלוקת היא, אם הוא מוסמך לעשות כן גם כאשר צו השירות שבוטל לא היה העונש היחיד שהוטל על הנידון. בעניין זה נחלקו דעותיהם של חברי המותב בבית המשפט העליון.

### עמדת הרוב

6. השופט א' גרוניס הגיע למסקנתו "הן משיקולים עקרוניים, הן משיקולים מעשיים, הן מן הטעם שקבלתה של גישה זו תיצור התאמה והרמוניה במצב המשפטי בין ביטול צו השירות לבין הפקעת צו המבחן" (שם, עמ' 248). בהיבט העקרוני מצביע השופט גרוניס על כך כי "ההסדר שבחוק העונשין אינו מאפשר לבית-המשפט לבטל את העונש המקורי כולו על כל מרכיביו ולהטיל עונש חדש, כאילו העונש הקודם לא הוטל כלל" (שם, עמ' 256). מכיוון שכך, יגזור בית המשפט עונש נוסף על העבירה המקורית, שבגינה כבר נגזר עונש בעבר, ויש בכך משום ענישה כפולה בגין אותו מעשה. אין גם לומר כי הבעיה תיפתר בהענקת סמכות לבית המשפט לבטל את העונש המקורי – כגון עונש על תנאי שהוטל על הנידון – ולהטיל עונש חדש בד בבד עם ביטולו של צו השירות. הטעם לכך הוא, שיהיו מקרים בהם בתקופת הביניים מעת המאסר המותנה ועד לנקיטה בהליך הנוסף בעקבות הפרת צו השירות יבצע הנידון עבירה אחרת שבאה בגדר עבירת התנאי. כיצד יפתר מקרה זה? האם ניתן יהא להפעיל את המאסר המותנה? ומה הדין אם העונש המקורי היה קנס ומאסר תמורתו, והנידון ריצה מאסר חלף הקנס. כיצד ניתן לדבר על ביטול גזר הדין, שהרי הנידון כבר השלים את ריצוי המאסר?

7. בעיות מעשיות רבות יעלו אם בית המשפט יוכל להטיל עונש אחר במקום צו השירות. הנה שתיים מתוך הדוגמאות אשר השופט א' גרוניס העלה. האחת, נניח שהעונש המקורי כלל בחובו מאסר מותנה של ששה חודשים עם צו השירות. עם ביטול הצו, הגדיל בית המשפט את עונש המאסר המותנה והעמידו על שניים-עשר חודשים. מה יעשה בית המשפט – המתבקש לאחר ההגדלה להפעיל את התנאי – אם הנידון עבר עבירה נוספת לפני ההגדלה? האם יפעיל בית המשפט את המאסר המותנה של ששה חודשים? הניתן יהיה להפעיל את תקופת ששת החודשים הנותרים בגין העבירה

הנוספת שביצע הנידון לאחר ההגדלה? השניה, כיצד יתנהל ההליך, אם הנידון טוען שלא הפר את צו השירות? האם יהא זה הליך פלילי נפרד?

8. שאלה דומה לזו הקיימת עם הפרת צו השירות התעוררה במצבים של הפרת צו מבחן. הדין בצו מבחן הוא, שאין מקום להטיל עונש במקום צו מבחן שהופקע שעה שגזר הדין המקורי כלל מרכיב עונשי נוסף (ראו ע"פ 767/77 שירות המבחן למבוגרים נ' בוחבוט, פ"ד לג(3) 425). צו השירות וצו המבחן דומים הם זה לזה. מן הראוי הוא שהפתרון שניתן לעניין הפרת צו המבחן וביטולו יחול גם לעניין הפרת צו השירות וביטולו.

9. השופט א' גרוניס היה מודע לטענה, שהתוצאה אליה הגיע אינה משביעת רצון, שכן הפרת צו השירות אינה גוררת אחריה סנקציה כלשהי. לדעת השופט, הפתרון מצוי בידי המחוקק, אשר רשאי לקבוע כי הפרת צו השירות מהווה עבירה עצמאית, שעונש בצידה. השופט א' גרוניס העלה את האפשרות – בלא להביע בה כל עמדה – כי "יתכן כי כיום ניתן להעמיד לדין בשל הפרה של אחד הצווים [צו שירות או צו מבחן – א.ב.] בגין עבירה על הוראה חוקית לפי סעיף 287 לחוק העונשין" (עמ' 258).

10. השופט ד' דורנר הצטרפה לפסק דינו של השופט א' גרוניס. היא הדגישה, בין השאר, כי "העונש המקורי על כל מרכיביו הינו מקשה אחת שהיא תוצר האיזון שעורך בית-המשפט בין שיקולי הענישה השונים. בגזירת עונש חילופי במקום צו השירות שהוטל במקור לצידם של רכיבי ענישה אחרים, יש כדי לערער מקשה זו ולפגוע באיזונים שנערכו בגדרה" (שם, עמ' 264).

#### עמדת המיעוט

11. השופטת א' פרוקצ'יה סברה כי לשונו של סעיף 71 לחוק העונשין אינה מבחינה בין המקרה שבו צו השירות הוא עונש יחיד לבין המקרה שבו צו השירות הוטל עונש נוסף. "בשני המצבים קנויה סמכות לבית-המשפט לגזור על הנאשם עונש אחר בגין העבירה המקורית מקום שבוטל צו השירות עקב הפרתו" (שם, עמ' 265). באשר לאחידות הפתרון בין המצב של ביטול צו השירות וביטול צו המבחן, השופטת פרוקצ'יה סבורה כי הדין במקרה של ביטול צו מבחן הוא בלתי רצוי, ואין להרחיבו למקרה של ביטול צו השירות. כך גם נוכח השוני בין שני המוסדות המשפטיים האלה בטיבם ובתכליתם. בעוד שצו המבחן הוא אמצעי טיפולי-שיקומי, הנעדר יסוד עונשי, הרי לצו השירות יש הן יעד שיקומי והן יעד עונשי.

12. השופטת א' פרוקצ'יה מציינת, כי פרשנותה שלה להוראת סעיף 71ב לחוק העונשין היא הראויה, שכן "היא מאפשרת יצירת מנגנון אכיפה ראוי של צווי שירות שטמונה בו מגמה להמריץ נאשמים, לממש את תכלית הצווים ולהגשים באמצעותם את יעדם הכפול – השיקומי והעונשי... אי-גזירת עונש חדש בגין העבירה המקורית בנסיבות של הפרת צו השירות פירושה מתן הכשר לפטור חד-צדדי של נאשם מהחלק היחסי של העונש שנגזר עליו לאחר שהפר את האמון שניתן בו. תוצאה זו אינה מתיישבת עם הליך אכיפה עונשי הולם המבקש לענות לאינטרס הפרט והציבור בדרך ראויה... צו שירות שניתן להפרה בלא סנקציה כלשהי אינו יעיל והוא חותר תחת מערכת ענישה אפקטיבית, פוגע בתדמיתה ועלול אף לפגוע באמון שהציבור רוחש לבתי-המשפט" (שם, עמ' 271, 272).

#### הצורך להכריע בין שני הפירושים הנוגדים

13. קשה היא ההכרעה בין שני הפירושים הנוגדים. פירושה של השופטת א' פרוקצ'יה מתיישב יפה עם לשונו של סעיף 71ד לחוק העונשין, שאינו מבחין – לעניין כוחו של בית המשפט לגזור עונש אחר על העבירה המקורית – בין צו שירות "טהור" (שאין בצידו כל עונש אחר ושהכל מסכימים כי עם ביטולו ניתן לגזור תחתיו עונש אחר) לבין צו שירות שבצידו עונש נוסף. כן מגשים הוא תכלית ראויה, שעניינה אפקטיביות צו השירות וכיבודו. לא התרשמתי שיש בגישתה של השופטת א' פרוקצ'יה משום ענישה כפולה בגין אותה עבירה. פירושה של השופטים א' גרוניס וד' דורנר אפשרי מבחינה לשונית. הוא מגשים היטב את התהליך השיפוטי של גזירת הדין, המהווה איזון של שיקולים שונים המגיעים למיצויים עם גזירת הדין. קיומם של מספר עונשים, כגון קנס ומאסר על תנאי, שאינם ניתנים לביטול, מונע מהשופט את היכולת לגזור את הדין מחדש, תוך לקיחה בחשבון של מלוא שיקולי הענישה. הוא אינו יכול – לאחר שביטל את צו השירות – "לגזור עונש אחר על העבירה המקורית" (סעיף 71ד לחוק העונשין). כל שניתן לו הוא לגזור עונש חדש תחת צו השירות, בלא שכל אמצעי הענישה הראויים לעבירה המקורית עומדים לרשותו. בצדק ציינה השופטת ד' דורנר, כי גזירת העונש במצב דברים זה, אינה מגשימה את תכליתה הראויה של גזירת הדין. ואשר לאפקטיביות צו השירות וכיבודו, אלה עשויים למצוא פתרוןם בהליך נפרד שעניינו דיון בהפרת צו השירות והעונש בגינו. הליך זה מעורר בעיות משלו, שלא זה המקום לדון בהם.

14. אילו הייתי חופשי, היה עלי להפעיל את שיקול דעתי בהכרעה בין שני הפירושים הנוגדים. הייתי נתון במצב "שבו המשפט כאילו אומר לשופט: 'עד כאן קבעתי אני את תוכנה של הנורמה ואת תוצאותיה על נסיבותיו של מקרה קונקרטי. מכאן ואילך, עליך, השופט, להכריע'. הילוכו של המשפט כאילו נגמר בצומת, ועל השופט להחליט – בלא אמת-מידה ברורה ומדוייקת – לאיזה כיוון יפנה" (בג"ץ 267/88 רשת כוללי האידרא, עמותה נ' בית המשפט לעניינים מקומיים, פ"ד מג(3) 728, 745). אך האם אכן מצוי השופט במקרה שלפנינו בצומת דרכים זה? האין אמת-מידה משפטית הקובעת את הכיוון בו על השופט לפנות? האין כלל של "ברירת דין" הקובע באיזה פירוש יש לבחור? התשובה הינה, כי במקרה שלפנינו איננו מצויים בצומת דרכים זה. כללי המשפט "לא מיצו את עצמם". מצוי כלל של "ברירת דין" הקובע אמת מידה נוספת שעל השופט לקחתה בחשבון בטרם יורשה לפנות לשיקול דעתו. אמת מידה זו מצויה בסעיף 34כא לחוק העונשין. מהי אמת מידה זו, ומה פועלה במקרה שלפנינו?

#### סעיף 34כא לחוק העונשין

15. סעיף 34כא לחוק העונשין, אשר הוסף לחוק העונשין בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994, קובע:

#### "פרשנות

ניתן דין לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע העניין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

הוראה זו מעגנת בחובה כלל פרשנות. הוראת פרשנות זו נחוצה היתה. בטרם הוחקה ניתן היה למצוא בפסיקה אימרות, לפיהן יש לפרש הוראה פלילית באופן מצמצם, או לטובת הנאשם. גישה זו, היתה שגויה, והפסיקה עמדה על כך. עתה אמר המחוקק את דברו. נקבע כי בהתקיים התנאי הקבוע בהוראה, מתבקשת תוצאה פרשנית. מהו אותו תנאי, ומהי אותה תוצאה? אכן, הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין זקוקה היא עצמה לפרשנות (ראו ברק, "על פרשנותה של הוראה פלילית", מחקרי משפט יז 347 (תשס"ב); קרמניצר ולבנון, "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים", מחקרי משפט יז 403 (תשס"ב); סנג'רו, "פרשנות

מרחיבה בפלילים? האומנם 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק ולו בלבד נתכנו עלילה החקיקה? על נשיא בית-המשפט העליון כמחוקק-על והספד לכלל הפרשנות המצמצמת", עלי משפט ג' 165 (2003), וכן Kremnitzer, "Interpretation in Criminal Law" 21 Isr. L. Rev. 358 (1986). פרשנות זו מבחינה בין שני שלבים בבחינתו של סעיף 34 לחוק העונשין (ראו ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(5) 481, 500; ע"פ 6696/96 הנ"ל). נפנה עתה לכל אחד משני שלבים אלה.

### שלב ראשון

16. התנאי הקבוע בסעיף 34 לחוק העונשין הינו, כי דין ניתן "לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו". אכן, התוצאה הפרשנית הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין תחול רק אם הדין הפלילי ניתן למספר פירושים סבירים לפי תכליתו. כאשר קיים רק פירוש סביר אחד המגשים את תכליתו של הדין, יש לנהוג על פי פירוש זה. לסעיף 34 לחוק העונשין אין תחולה. אכן, סעיף 34 אינו חל כאשר הבחירה הינה בין פירוש סביר לפירוש אבסורדי. "פירוש אבסורדי לדבר חקיקה אינו יכול להיחשב כ'פירוש סביר לפי תכליתו'" (השופט א' מצא בע"פ 3818/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(3) 721, 729). רק כאשר פירושו של הדין על פי תכליתו מעלה מספר פירושים וכל אחד מהם הוא פירוש סביר המגשים את תכליתו של הדין, מופעלת התוצאה הקבועה בסעיף 34 לחוק העונשין.

17. נקודת המוצא של סעיף 34 לחוק העונשין הינה הפרשנות התכליתית. בצדק ציין השופט א' גולדברג כי "סעיף זה מעגן בחוק את הפרשנות התכליתית בפלילים, והוא מחייב את בית המשפט להפעילה" (ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 221, 311; ראו גם ע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 535, 550; ע"פ 3575/99 דרעי נ' מדינת ישראל, פ"ד נד(2) 721, 771). ביסוד הפרשנות התכליתית מונחים לשון הדין ותכליתו. לשון הדין הוא מובנו לקורא העברי. אין לתת ללשון הדין מובן שהוא אינו יכול לשאת בשפתו. לשון הדין היא תנאי הכרחי, אך לא מספיק. "מילותיו של חוק אינן מבצרים, שיש לכבשם בעזרת מילונים, אלא עטיפה לרעיון חי, המשתנה על פי נסיבות הזמן והמקום, לשם הגשמת מטרתו הבסיסית של החוק" (ע"פ 787/79 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 421, 427). בצד לשון הדין עומדת "מטרתו הבסיסית" של הדין. זו היא תכליתו. אלה הן המטרות, היעדים, האינטרסים והערכים אשר הדין נועד להגשים. לכל דין תכלית אותה הוא נועד להגשים. דין ללא תכלית הוא דבר הבל. תכלית הדין היא עניין נורמטיבי (ראו בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 804). תכלית זו מורכבת מהתכלית הסובייקטיבית ("כוונת המחוקק")



שעמדה לנגד עיני היוצר ההיסטורי של הדין ומהתכלית האובייקטיבית ("כוונת המחוקק הסביר") המשקפת את ערכיה של שיטת המשפט. לכל אחת מתכליות אלה רמות הפשטה שונות ומגוונות (ראו א' ברק, פרשנות תכליתית במשפט (2003)). על הפרשן לקבוע בכל מקרה ומקרה את התכלית המונחת ביסוד הדין. כאשר התכליות סותרות זו את זו במצב נתון, עליו לפתור את הסתירה. משעוצבה תכליתו של הדין, יתן הפרשן ללשון הדין אותה משמעות, אשר יותר מכל משמעות אחרת, מגשימה את תכליתו. על כן, אם מובן לשוני אחד מגשים את תכליתו של הדין, ואילו מובן אחר אינו מגשים את תכליתו, על הפרשן לבחור במובן המגשים את התכלית. אין לבחור במובן אפשרי שאינו מגשים את תכליתו של הדין (ראו ע"פ 4524/03 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)).

18. מה יעשה הפרשן כאשר הוא נתקל בדין אשר לו שני מובנים (או יותר) האפשריים מבחינה לשונית, ושניהם מגשימים את התכלית של הדין כפי שהפרשן מבין אותה? הייתן עדיפות למובן הטבעי והרגיל של הדין? היעדיף את המובן המביא לתוצאה צודקת? כיצד עליו לנהוג במצב דברים זה? על שאלה זו משיב סעיף 34כא לחוק העונשין, זהו "מקומו הגיאומטרי" (כלשונו של השופט מ' זילברג בע"פ 35/52 רוטנשטרייך נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ז' 58, 73) של הסעיף. מהי תשובה זו?

### שלב שני

19. תשובתו של סעיף 34כא לחוק העונשין – כלומר, התוצאה אליה הוא מגיע אם מתקיימים התנאים לתחולתו – הינה כי על הפרשן לבחור באותו פירוש תכליתי "המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". מה מובנה של הוראה זו? האם משמעות הדבר הינו "פירוש לטובת הנאשם"? התשובה הינה, כי על הפרשן לבחור בפירוש המקל "עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". הבחינה אינה אינדיבידואלית אלא נורמטיבית. "הכלל של פרשנות מצמצמת מחייב לבחור בפירוש שיצמצם את היקף האיסור לגבי כלל המקרים שהאיסור אמור לחול עליהם" (גור-אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992", משפטים כד 9, 16 (1994)). השאלה אינה אם הפירוש מקל עם הנאשם הספציפי העומד לדין בפני השופט. השאלה הינה, אם הפירוש מקל עם נאשם היפותטי עליו מוטלת אחריות לפי אותו דין. מסקנה זו מחוייבת הדין היא, שכן הפירוש שעלינו לתת להוראת דין פלילית הוא אחד, ואין הוא משתנה על פי נתוניו של כל נאשם.

מן הכלל אל הפרט

20. הפירוש אשר שופטי הרוב נתנו לסעיף 71 לחוק העונשין הוא פירוש סביר לפי תכליתו. הוא מעניק לתכלית ההוראה רמת הפשטה גבוהה, הבוחנת את שאלת סמכותו של בית המשפט לגזור "עונש אחר על העבירה המקורית" ממבט כולל, תוך התחשבות בעונשים אחרים שהוטלו עליו. מבט כולל זה מתחשב גם בצורך להבטיח הרמוניה חקיקתית בין ביטול צו השירות לבין ביטול צו מבחן. אשר לתכלית הספציפית, שעניינה סנקציה על הפרת צו השירות, מפנה הרוב את נקודת המבט לאפשרות, שעצם הפרת הצו מהווה עבירה עצמאית שעונש בצידה. הפירוש אשר שופטת המיעוט נתנה לסעיף 71 לחוק העונשין אף הוא פירוש סביר על פי תכליתו. רמת ההפשטה היא נמוכה יותר. היא מתמקדת בתכלית הספציפית המונחת ביסוד ההוראה שנועדה להבטיח את האפקטיביות שלה. שתי רמות ההפשטה הן לגיטימיות. לפרשן שיקול דעת בבחירה ביניהן. כל בחירה ותוצאתה הפרשנית. במצב דברים זה קובע סעיף 34כא לחוק העונשין כי על הפרשן לנקוט בפירוש "המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין". פירוש זה הוא פירושו של הרוב. הוא מקל על הנאשם ההיפותטי אשר אינו ממלא צו שירות.

21. החלתו של סעיף 71 לחוק העונשין במקרה שלפנינו התעוררה בבית המשפט העליון. השופט א' גרוניס ציין כי פירושו שלו הוא זה המקל עם הנידון (שם, עמ' 257), ועל כן יש לבחור בו. השופטת א' פרוקצ'יה קובעת כי הוראת סעיף 34כא לחוק העונשין אינה חלה, שכן "הגשמה סבירה של תכלית החוק מצדיקה פרשנות כדוגמת זו המוצעת" על ידה (שם, עמ' 272). בעניין זה דעתי כדעתו של השופט א' גרוניס. הן הפירוש של הרוב והן הפירוש של המיעוט פירושים סבירים הם על פי תכליתו של סעיף 71 לחוק העונשין. ודוק: ביסוד גישתי זו אינה מונחת התפיסה כי כל פירוש ששופט של בית המשפט העליון נותן להוראת דין הוא סביר על פי תכליתו. כל שופט ופירושו שלו. מה שנראה לאחד סביר נראה לאחר בלתי סביר. כך דרכו של השיפוט מימים ימימה. כך אנו נוהגים בסוגיה זו ובסוגיות אחרות (כגון הספק הסביר: ראו ע"פ 334/02 סיבוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם)). גישתי שלי מעוגנת בפרשנותו של סעיף 71 לחוק העונשין על פי תכליתו. הנני סבור כי אנו מצויים באחד מאותם מקרים שבו עלי, כפרשן של החוק, להודות בכך כי כל אחד משני הפירושים המתחרים הוא סביר על פי תכליתו. במצב דברים זה נשלל ממני חופש הבחירה. עלי להעניק לחוק אותו פירוש "המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין".

מטעמים אלה הנני סבור כי יש לדחות את העתירה.

ה נ ש י א

המשנה לנשיא (בדימוס) ת' אור:

אני מסכים.

המשנה לנשיא (בדימוס)

המשנה לנשיא א' מצא:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט א' א' לוי:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ד' ביניש:

מסכימה אני לאמור בפסק-דינו של הנשיא ולהנמקתו. אכן, הקושי המרכזי שהעלתה השופטת פרוקצ'יה בפסק-דינה בערעור הפלילי, ולפיו אדם שלא מילא אחר צו בית המשפט יוצא נשכר - מטריד הוא. עם זאת, אני סבורה כי המענה לקושי זה מצוי בידיו של המחוקק. בפני המחוקק עומדות מספר דרכים מתאימות לפתרון הסוגיה האמורה. כך, למשל, ניתן לשקול קביעת עבירה ספציפית בעניין הפרת צו מבחן או צו שירות, כאמור בפיסקה 11 לפסק-דינו של השופט גרוניס בערעור הפלילי. כשלעצמי, נוטה אני לדעה כי ראוי להשוות בדרך של חקיקה בין התוצאה של הפרת צו מבחן וצו שירות לתועלת הציבור, ויתכן שבענין זה יש מקום לחשיבה מחדש גם בנוגע לתוצאות

של הפרת צו מבחן שאינו "צו מבחן טהור". יש אולי מקום לבחון מחדש את התפיסה המבחינה באופן מהותי בין הליכי השיקום לבין הליכי הענישה, כאשר מדובר בפיקוח שירות המבחן ובביצוע עבודות לתועלת הציבור. אולם, במצב המשפטי הקיים, נראית לי התוצאה אליה הגיע הנשיא.

## ש ו פ ט ת

### השופט א' גרוניס:

את דעתי שלי בשאלה שעל הפרק הבעתי בפסק דיני בדיון בערעור (רע"פ 4107/02 אטד נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(2) 248). מסקנתי הייתה, כי אין בית המשפט מוסמך להטיל עונש אחר משביטל צו שירות לתועלת הציבור בשל הפרתו, אם צו השירות הושת בצד עונש או עונשים אחרים. אחד הטעמים למסקנתי סמך על האמור בסעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977 (שהוסף בתיקון 39 לחוק משנת 1994). גישתו של חברי הנשיא, א' ברק, שונה במידת מה. הוא עושה שימוש באמור בסעיף 34כא הנזכר ככלל של הכרעה, בין שני פירושים סבירים, במקרה זה הפירוש שניתן על ידי הרוב (השופט ד' דורנר ואנוכי) מצד אחד והפירוש שבדעת המיעוט (מפי השופט א' פרוקצ'יה), מצד שני. גישתו של הנשיא מקובלת עלי, שכן אין בידי לומר שהפירוש שהוצג בדעת המיעוט אינו סביר. ואולם, אף אלמלא קיים היה כלל ההכרעה שבסעיף 34כא לחוק העונשין, תשל"ז-1977, הייתי נותר בדעתי. על כן מסכים אני כי יש לדחות את העתירה.

## ש ו פ ט

### השופטת א' פרוקצ'יה:

לצערי, גם בגלגול זה אני נאלצת לחלוק על חברי, ודעתי, דעת מיעוט, נותרת בבדידותה.

1. אדם הורשע בבית המשפט בעבירה. בית המשפט הטיל עליו צו שירות לתועלת הציבור, ובנוסף גזר עליו עונש נוסף של מאסר על תנאי ופיצוי למתלונן. צו השירות הופר על ידי הנאשם ובוטל עקב כך על ידי בית המשפט. האם מוסמך בית המשפט שביטל את צו השירות להטיל על הנאשם עונש חילופי תחת צו השירות שבוטל, או

שמא מאחר שבגזר הדין המקורי נגזרו על הנאשם עונשים נוספים בצד צו השירות מוצתה סמכות הענישה של בית המשפט, ושוב אין בסמכותו להטיל על הנאשם עונש חילופי בגין מרכיב העונש המתייחס לצו השירות שלא בוצע, בשלמותו או בחלקו.

2. עמדת הרוב בפסק הדין בערעור שללה בנסיבות הענין קיומה של סמכות ענישה חלופית והיא נשענה על מספר טעמים: ראשית, גזירת עונש חלופי בנסיבות האמורות מהווה ענישה כפולה, העומדת בניגוד לעקרונות יסוד של הדין הפלילי. שנית, צו השירות דומה במהותו לצו מבחן אשר לגביו חל העיקרון כי לא ניתן להטיל על נאשם עונש חילופי בגין הפקעת צו מבחן עקב הפרתו, אם גזר הדין המקורי כלל בצד צו המבחן גם מרכיב עונשי נוסף. כן הובעה העמדה כי בגזירת עונש חילופי בגין צו שירות שבוטל, אשר היווה מרכיב עונשי לצד רכיבי ענישה אחרים, עלול להיווצר חוסר איזון בין שיקולי הענישה השונים הנשקלים בשלב גזר הדין. הטלת עונש חילופי ביחס למרכיב אחד בגזר הדין בנפרד מיתר מרכיבי הענישה שהוטלו בגזר הדין המקורי עלולה לערער ולפגוע באיזון הנדרש בין שיקולי הענישה השונים אשר יש לשקלם במאוחד ולא בנפרד ובמנותק זה מזה. דעת הרוב הצביעה גם על קושי בהכרה בסמכות לבטל את העונש המקורי כולו ולהטיל עונש שלם אחר תחתיו, משיתכן כי בתקופת הביניים עד הפקעת צו השירות התרחשו נסיבות שאינן מאפשרות את ביטול העונשים האחרים, כגון שבוצעה עבירה אחרת מקום שהוטל מאסר על תנאי או שכבר שולם קנס שהוטל, או שבתקופת הביניים רוצה מאסר שנגזר תמורת קנס שלא שולם. עוד הצביעה דעת הרוב על שאלות מעשיות שונות העלולות לעלות בהפעלת סמכות הענישה החלופית. עם זאת, דעת הרוב היתה ערה לקושי שבפרשנות המצרה בה נקטה בכך שמפר צו שירות נותר בלא ענישה אפקטיבית והדבר עלול לגרוע מיעילותו של אמצעי ענישה זה. אולם קושי זה ראתה היא להפנות למחוקק.

3. דעת המיעוט מבקשת להכיר בקיום סמכות ענישה חלופית מקום שצו שירות הופר גם מקום שבגזר הדין המקורי הוטלו על נאשם עונשים נוספים. טעמיה של דעה זו הם בעיקרם אלה:

ראשית, נוסחה המילולי של הוראת סעיף 71ד לחוק העונשין אינה משמיעה כל מיגבלה בהפעלת סמכות ענישה חלופית בעקבות הפרת צו שירות וביטולו. סמכות הענישה בהקשר לביטול צו שירות מנוסחת בלשון רחבה, המתפרשת באופן טבעי הן על מצב בו צו השירות הוטל בגזר הדין כמרכיב עונשי יחידי, והן מקום שנתלו לו עונשים נוספים.

שנית, שאלה היא האם, חרף לשונו הרחבה של החוק, ישנה הצדקה עניינית למתן פירוש המצר את תחום הסמכות לענישה חילופית בדומה למצב הקיים לגבי צו מבחן. לענין זה הובעה העמדה לפיה אין דינו של צו שירות כדין צו מבחן. מדובר בשני אמצעים משפטיים שונים בתכליתם ובמהותם. צו מבחן אינו עונש כי אם אמצעי טיפולי-שיקומי הנעדר יסוד עונשי. לעומתו, צו שירות כולל מאפיינים עונשיים ושיקומיים המשולבים אלה באלה. מכאן, שכאשר נגזר על נאשם עונש ומצורף לו צו מבחן כאמצעי שיקומי, אכן מיצה בית המשפט את סמכותו העונשית, ובנסיבות אלה אם הופר צו המבחן ובוטל, אין סמכות להטלת עונש חילופי. לעומתו, צו שירות הינו בעל יסוד עונשי, ולפיכך משהופר ובוטל, נותר מרכיב עונשי זה בבחינת עונש שלא רוצה. בנסיבות אלה, נתונה לבית המשפט סמכות ענישה חילופית על פי סעיף 71ד לחוק, בין אם צו השירות הוטל כאמצעי יחידי, ובין אם נילוו לו עונשים נוספים. פירוש זה מתיישב עם נוסחו של החוק ועם תכליתו העונשית והשיקומית.

שלישית, בתי המשפט שדנו בעבר בשאלות ענישה הקשורות בהפרת צווי מבחן הביעו לאורך שנים ביקורת נוקבת על שלילת סמכות הענישה החילופית לגבי מי שהפר צו מבחן מקום שנתלו לו צו זה עונשים נוספים, ופנו למחוקק בהצעה לתיקון חקיקתי מתאים שיקנה סמכות כאמור. ביקורת זו הושמעה אף שמדובר באמצעי שיקומי טהור, הנעדר כל אלמנט עונשי. הצורך בסמכות ענישה חילופית בולט מקל וחומר כאשר מדובר בצו שירות שהוא בעל אופי עונשי. פרשנות המצרה את סמכות הענישה החילופית לגבי הפרת צווי שירות אינה עולה בקנה אחד עם העקרון כי לאיסור הפלילי יש להצמיד ענישה יעילה, שאם לא כן נותרת הנורמה הפלילית חסרה יסוד מרתיע, והדבר עלול לפגוע הן בתדמיתה של מערכת אכיפת החוק ובאימון שהציבור רוחש לה, והן בעניינו של העבריין עצמו, אשר גורם ההרתעה מפני הפרת צו שירות באמצעות ענישה חילופית מקדם את סיכויי שיקומו ותיקון דרכו.

4. הנשיא ברק בפסק דינו בהליך זה רואה בעמדות הרוב והמיעוט בפסק הדין בערעור בבחינת שני פירושים סבירים על פי תכלית החוק, ולפיכך רואה הוא להחיל על הענין את עקרון הפירוש המקל עם הנאשם המעוגן בסעיף 34כא לחוק העונשין. לדעתו, מקרה זה נופל לגדרו של השלב הראשון של הכלל הפרשני במובן זה שמדובר בשני פירושים סבירים המגשימים כל אחד את תכליתו של הדין. משכך, עובר הוא לשלב השני בהחלת הכלל הפרשני ובוחר את עמדת הרוב בתורת הפירוש המועדף, במוצאו כי פירוש זה במשמעותו הנורמטיבית מקל עם הנאשם. מסקנתו היא כי סמכות הענישה החילופית שבסעיף 71ד לחוק מצטמצמת רק למקרה בו צו שירות שבוטל נגזר בזמנו כעונש יחידי ולא כמרכיב עונשי אחד מיני עונשים נוספים. התוצאה מכך היא כי

הנאשם בענייננו שהפר את צו השירות אינו נתון לענישה חילופית כלשהי שכן העונש שהוטל עליו בגזר הדין המקורי כלל עונשים נוספים בצד צו השירות לתועלת הציבור.

### כלל הפירוש המקל עם הנאשם

5. מיגוון הטעמים לדעות הרוב והמיעוט הוצג בפירוט בפסק הדין שבערעור, ואין צורך לפרוש אותם מחדש. אולם מאחר שבהליך זה השתית הנשיא את הנמקתו על כלל הפירוש המקל בפלילים, אבקש לייחד דברים למשמעותו של כלל זה, ולהשיג על מידת השלכתו על המקרה שלפנינו.

6. כלל הפירוש המקל שבסעיף 34כא לחוק העונשין קובע כי מקום שדין ניתן לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו, יוכרע הענין לפי הפירוש המקל ביותר עם מי שאמור לשאת באחריות פלילית לפי אותו דין. בעיקרם של דברים, אני רואה קושי בנקודת המוצא הפרשנית המבקשת לפרש את תוכנו של סעיף 71ד לחוק כדין הניתן לפירושים סבירים אחדים לפי תכליתו. ואם כך הוא, הרי שלא מתקיים התנאי הבסיסי העיקרי והראשון לתחולתו של כלל הפירוש המקל. ומעבר לכך, אפילו היה מתקיים התנאי הראשון כאמור, ספק בעיני אם הפירוש המצר את סמכות הענישה החילופית במקרה של הפרת צו שירות הינו בהכרח הפירוש המקל עם הנאשם במושגים נורמטיביים וזאת בהבדל מהבחינה האינדיבידואלית הנוגעת לנאשם העומד לדין בפנינו. נסביר את הדברים.

### עקרון החוקיות בפלילים

7. כלל הפירוש המקל בפלילים נגזר מעקרון החוקיות במשפט הפלילי לפיו "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו" והעקרון כי "אין עונשין למפרע" (סעיפים 1 ו-3 לחוק העונשין). עקרון זה הוא אבן-מסד בדיני העונשין. טעמו העיקרי של עקרון החוקיות הוא במתן אזהרה לפרט בדבר קיומה של נורמת התנהגות אסורה אשר כל המפר אותה ייענש. טעמים אחרים ברקע עקרון החוקיות נוגעים בהיבטים של שוויון באכיפת החוק וצורך בהדגשת מעמדה של הרשות המחוקקת בהגדרת הנורמות האסורות ביחס למעמדה של הרשות השופטת כמפרשת אותן נורמות (לוי, לדרמן, עיקרים באחריות פלילית, 1981, עמ' 62; סנג'רו, פרשנות מרחיבה בפלילים, עלי משפט, כרך ג', חוברת 1, עמ' 165; Ashworth, Principles of Criminal Law, 3<sup>rd</sup> ed., 1999, P. 82). עקרון החוקיות הוליד עקרונות מישנה בפרשנות המשפט הפלילי. מהחשובים שבהם הוא הכלל בדבר הצורך בבהירות נוסחו של החיקוק הפלילי. כלל זה פונה בראש וראשונה למחוקק כי ינסח את דברו בבהירות, ואל השופט כי יימנע מקביעת איסורים על דרך פרשנות שאינם נובעים מן הנורמה

הכתובה. וכך, "עקרון החוקיות... משמש אבן מסד בהתוויית מערכת יחסים כוללת בין רשויות השלטון ורעיון ההגנה על חופש הפרט וזכויותיו" (לוי, לדרמן, שם, עמ' 68). ההלכה הפסוקה עיגנה עוד מקדמת דנא את עקרון החוקיות בהחלת הדין הפלילי.

"כלל גדול הוא בדיני עונשין: "אין עונשין מן הדין"...  
לא מקל וחומר ולא מגזירה שווה ולא מכל היקש או  
אנלוגיה אלא מן החוק הכתוב והחוק בלבד...".  
(השופט ח. כהן בע"פ 205/73 רוס נ' מדינת ישראל,  
פד"י כז(2) 365, 372).

### התפתחות כלל הפירוש המקל עם הנאשם

8. עקרון החוקיות אחוז ושלוב בשאלות פרשנות החיקוקים הפליליים. נגזר ממנו עקרון הפרשנות המילולית - The Plain Meaning Rule, המחייב מתן משקל למובן המילולי הפשוט והטבעי של הוראת האיסור הפלילי. כלל זה הוחל בפסיקה מוקדמת בארץ (ע"פ 11/76 בן שלמה נ' מדינת ישראל, פד"י ל(2) 828, 833; ע"פ 567/74 ליפשיץ נ' מדינת ישראל, פד"י כט(2) 215, 218; M. Kremnitzer, Interpretation in Criminal Law, 21 Israel Law Review 358 (1986)). בצד עיקרון זה השתרש בעבר הכלל בדבר חובת הפרשנות הדווקנית בפלילים, שהצמיח את כלל הפירוש המקל עם הנאשם, שמשמעותו במקורו היתה כי מקום שניתן לייחס לנוסח חוק פלילי יותר ממובן אחד, כי אז יש לבחור בפירוש המצמצם את היקף האיסור הפלילי וליהנות את הנאשם מהסיכוי כי התנהגותו לא תיפול בגדר איסור כאמור. כלל זה הוחל לראשונה במאה ה-16 באנגליה, כתגובה למערכת ענישה נוקשה ששררה אז בממלכה, אשר כללה עונשי מוות שהוטלו בלא יחס סביר לחומרת העבירות שנעברו. בעזרתו, מיתנו השופטים את נוקשותם של החוקים הפליליים. עקרון זה בדבר הפירוש המקל עם הנאשם זכה גם לכינוי "The Rule of Lenity", והוא חדר מאנגליה גם למשפט המקובל האמריקאי, ויושם על ידי בתי המשפט שם:

(U.S. v. Wiltberger, 18 US 35, 43 (1820); McBoyle v. US, 283.

US 25 (1931)

בפסק הדין בענין וילטברגר שם, הגדיר השופט מרשל את השיקולים התומכים בפרשנות המקילה עם הנאשם כמבוססים על רגישות החוק לזכויות הנאשם, וכן על העקרון הבסיסי כי הכח לאסור ולענוש מוקנה למחוקק ולא לזרוע השיפוטית.

עם השנים, ובצד התמורה שחלה במדיניות הענישה וריכוכה, באה תפנית בתפיסה הפרשנית של החקיקה הפלילית. מקום שחוק פלילי היה נתון לכמה פירושים,



שוב לא דבקו בתי המשפט בהכרח בפירוש המצמצם הפועל לטובת הנאשם אלא הניחו לכוונת המחוקק ולתכלית החוק, המפורשת או המשתמעת, להכריע, גם מקום שהדבר עשוי היה להוליד פירוש מרחיב לגבולות האיסור הפלילי.

"... The rule would not require the court to adopt the narrower of two possible ordinary meanings where the social policy of the statute requires the wider reading".  
(Glanville Williams, Criminal Law, General part, 2<sup>nd</sup> ed. P. 588).

וכך, מקום שניתן לייחס לחוק שני פירושים, אין להעדיף בהכרח את הפירוש המקל עם הנאשם אם ניתן להראות שהפירוש הרחב סביר יותר מהפירוש המקל, ומתיישב טוב יותר עם תכליתו של החוק. רק כאשר על רקע תכלית החוק שני הפירושים הינם שווים מעמד מבחינת סבירותם, וכאשר נותר ספק לגבי עדיפותו של האחד על פני השני, יש להעדיף את הפירוש המקל עם הנאשם.

9. הסטת הדגש הפרשני של החקיקה הפלילית אל עבר התחקות אחר תכלית המחוקק הותירה מחלוקת בשאלות הנוגעות לאופן יישומה של אמת המידה הפרשנית האמורה. ראשית, עלתה השאלה האם יש לפנות לבירור כוונת המחוקק גם מקום שלשון החוק ברורה, או שמא בנסיבות כאלה יש לתת ללשון נפקות מלאה גם אם היא אינה מתיישבת עם תכלית החוק; שנית, מקום שהלשון אינה חד משמעית, האם, ועד היכן יש להפליג בבחינת תכלית החוק, המפורשת או המשתמעת, בטרם יוחל כלל הפירוש המקל עם הנאשם, ומהו היקף האמצעים הפרשניים שניתן לעשות בהם שימוש לצורך כך. יש הטוענים כי מקום שמילות החוק ברורות אין לפנות כלל לבירור תכלית המחוקק, ואילו מקום שנוסחו של החוק אינו ברור, יש להיזקק לכלל הפירוש המקל עם הנאשם באורח מיידי בלא פנייה מוקדמת לבירור תכלית החוק. לעומתם, אחרים נוקטים בדעה כי פרשנות טקסט פלילי מצריכה התחקות אחר תכלית החוק בכל מצב, תוך הסתייעות באמצעי פרשנות רחבים ומגוונים, לרבות ההיסטוריה החקיקתית על כל רבדיה. הנטייה הגוברת בהלכה הפסוקה באנגליה ובארצות הברית הינה להחיל את כלל הפירוש המקל עם הנאשם רק בסוף ההליך הפרשני של הטקסט הלשוני שמטרתו היא להתחקות אחר תכלית החוק, ורק לאחר שמוצו כל הכלים הפרשניים הזמינים המאפשרים עמידה על כוונתו האמיתית של המחוקק. רק מקום שלאחר הליך פרשני זה נותר החוק מעורפל ובלתי ברור, יש להחיל את כלל הפירוש המקל עם הנאשם (ראה למשל U.S. v. Brown,

333 U.S. 18, 25-26 (1948); U.S. v. RLC, 112 S. Ct. 1329 (1992); Singer, Statutes and Statutory Construction, 5<sup>th</sup> ed. 1992, vol. 3, P. 118).

בענין Moskal V. U.S. ,498 US 103, 111 S. Ct. 461 (1990) אומר בית

המשפט העליון האמריקאי בדעת רוב:

"We have repeatedly emphasized that the touchstone of the rule of lenity is statutory ambiguity.... Because the meaning of language is inherently contextual, we have declined to deem a statute "ambiguous" for purposes of lenity merely because it was possible to articulate a construction more narrow than that urged by the Government. ....Instead, we have always reserved lenity for those situations in which a reasonable doubt persists about a statute's intended scope, even after resort to the "language and structure, legislative history, and motivating policies" of the statute."  
(הדגשה לא במקור)

בדעת מיעוט בענין U.S. v. RLC ובפסקי דין אחרים הביע שופט בית המשפט העליון האמריקאי סקאליה את העמדה כי ראוי להיזקק לכלל הפירוש המקל עם הנאשם מיד עם איתור אי בהירות טקסטואלית בחיקוק הפלילי, ולא להמתין בהחלתו לניתוח כוונת המחוקק בעזרת אמצעים פרשניים שונים. לגישתו, התפיסה הפרשנית המתנה את החלת הכלל הפרשני המקל בקיום אי בהירות בחוק לאחר התחקות אחר תכלית החוק פוגעת בנורמות חוקתיות של הגנה על זכויות הנאשם. אולם דעה זו אינה הדעה השלטת. השאלה מהו היקפם של האמצעים הפרשניים שיש לאחוז בהם בטרם יוחל כלל הפירוש המקל עם הנאשם שימשה כר נרחב לכתיבה מדעית (ראו למשל S. Newland, "The Mercy of Scalia: Statutory Construction and the Rule of Lenity", 29 Harvard C.R.C.L L. Rev. 197, 1994; ולעניין החלת כלל הפירוש המקל בתורת הענישה - P.M. Spector, "The Sentencing Rule of Lenity", 33 U. Tol. L. Rev. 511 (2002).

10. דוקטרינת הפירוש המקל בפלילים מושפעת מהצורך באיזון בין אינטרסים נוגדים: מחד – מאינטרס הציבור בהגנה על זכויות הנאשם; מאידך – מהצורך להגן על הציבור מפני מבצעי עבירות. תוצאתו של מתח זה היא, כי מקום שמובנו של חוק פלילי נותר בספק, היקף החלתו של הפירוש המקל יושפע במקרים ספציפיים מהיחס בין אינטרס ההגנה על הנאשם אל מול הצורך בהגנה על בטחון הציבור. וכך, יילקחו

בחשבון בהקשר זה עניינים כגון חומרת העבירה שנעברה, היקף העונש הצפוי לנאשם, והסכנה הצפויה לבטחון הציבור מהנאשם.

### אמות המידה להחלת כלל הפירוש המקל על פי חוק העונשין

11. המחוקק הישראלי בחוקקו את כלל הפירוש המקל עם הנאשם בסעיף 34כא לחוק העונשין יישם מבחן פרשני רחב לצורך התחקות אחר תכלית החוק. בכך הוא צמצם במידה רבה את היקף תחולתו של הכלל הפרשני המקל. בנוקטו גישה זו הוא אימץ בעיקרה את התפיסה הרווחת באנגליה ובארצות הברית בסוגיה זו. בעשותו כן, הוא אימץ עקרונות של פרשנות תכליתית המקובלת בפירושם של טקסטים משפטיים – בין מסמכים משפטיים ובין חיקוקים – גם לחוק פלילי (ברק, פרשנות תכליתית במשפט, 2003, עמ' 254). החלת כלל הפירוש המקל על פי סעיף 34כא לחוק מחייבת, בראש וראשונה בירור מקיף של תכלית החוק. איתור תכלית החוק מצריכה שימוש בכלל האמצעים הפרשניים הזמינים לצורך כך. ראשית, נבחנת לשון החוק, ומתוך "מיתחם של מובנים לשוניים (יישוף) המובן המשפטי של הטקסט, וזאת על פי אמת מידה של התכלית המונחת ביסוד הדין" (ברק, על פרשנות של הוראה פלילית, מחקרי משפט י"ז, 347, 348) (להלן – "מאמר"). לשון החוק תפורש גם היא על רקע תכלית החוק ותוך חיפוש המובן המתיישב עם מטרותיו. שנית, בבחינת תכלית החוק נבחנים האינטרסים, המטרות, הערכים, והמדדיניות אותם ביקש החוק להגשים. לצורך כך, נבחנת התכלית הסובייקטיבית של החוק, המכוונת לרצונו של המחוקק ההיסטורי, והתכלית האובייקטיבית - הנורמטיבית שעניינה המטרה והערכים אשר דין מאותו סוג נועד באופן מושגי להגשים (ברק, מאמר, שם, עמ' 349). אם בחינת התכלית על שתי פניה מעלה יותר מפירוש סביר אחד לדין, ולא ניתן להכריע איזה מהם סביר יותר על רקע כוונת החוק, כי אז, ורק אז, יועדף הפירוש המקל עם הנאשם. תנאי לכך הוא "כי כפות המאזניים מאויינות" ... וזהו המקום הגיאומטרי של הוראה זו" (ברק, מאמר, שם, עמ' 351). אותו מקום גיאומטרי המביא להחלת הפירוש המקל עם הנאשם יתהווה אך במצב של חוסר אפשרות הכרעה בין אפשרויות פרשניות סבירות שונות, העולות כל אחת בקנה אחד עם תכלית הנורמה הפלילית (השופט גולדברג בע"פ 6696/96 כהנא נ' מדינת ישראל, פד"י נב(1) 535, 550; דברי הנשיא ברק, שם, עמ' 590; דברי השופט מצא, שם, עמ' 567; ע"פ 8573/96 מרקדו נ' מדינת ישראל, פד"י נא(5) 481, 500; ע"פ 2831/95 אלבה נ' מדינת ישראל, פד"י נ(5) 221, 310; ע"פ 3818/99 פלוני נ' מדינת ישראל, פד"י נו(3) 721, 729).

### יישום כלל הפירוש המקל לענין סמכות ענישה חילופית בגין הפרת צו שירות

12. אימוץ אמות המידה העיוניות להחלת כלל הפירוש המקל על פי סעיף 34כא לחוק מותיר אותי חלוקה על דעת הרוב ביחס לדרך יישומן על המקרה שלפנינו. המחלוקת נסבה, איפוא, לא על תוכנו של כלל הפרשנות עצמו, אלא על דרך החלתו בנסיבות ענין זה.

בחינת הענין שלפנינו מצביעה, לטעמי, על מצב בו, מלכתחילה, אין החוק לוקה באי בהירות או בדר-משמעות. התחקות אחר תכליתו של סעיף 71ד לחוק העונשין מצביעה על כך שאין, לאמיתו של דבר, יותר מפירוש סביר אחד לדין, קרי: תכליתה של הוראת חוק זו היא לתת בידי בית המשפט סמכות ענישה חילופית למקרה של הפרת צו שירות, בין אם צו השירות היווה עונש יחידי ובין אם נתלוו לו עונשים נוספים בגזר הדין המקורי. מסקנה זו נובעת באופן טבעי מלשונו של החוק, ומהשתלבות הלשון עם תכליות החוק ומדיניות הענישה. פירוש המצמצם סמכות זו להפרת צו שירות שהוטל כעונש יחידי אינו מתיישב עם תכלית החוק – בין על פי לשונו, בין על פי תכליתו הסובייקטיבית, ובין על פי תכליתו האובייקטיבית. מכאן, שסעיף 34כא לחוק העונשין אינו חל על ענייננו. נבחן את הדברים לפרטיהם.

### לשון החוק

13. סעיף 71ד לחוק משמיע כי "לא מילא הנידון אחר צו השירות, רשאי בית המשפט לבטל את הצו ולגזור עליו עונש אחר על העבירה המקורית". מילים אלה מצביעות על קיומה של סמכות ענישה חילופית כללית אשר אינה מוגבלת למקרה בו צו השירות היווה עונש יחיד. נקודת המוצא הפרשנית היא כי משהמחוקק לא הגביל את סמכות הענישה החילופית, היא מתפרשת על כל מצב בו הופר צו השירות, בין בהיותו עונש יחיד ובין עונש אחד מבין עונשים נוספים. הפירוש הטקסטואלי-מילולי לסמכות הענישה החילופית תומך, איפוא, על פניו, בקיום סמכות רחבה. מובן זה מתיישב ומשתלב עם תכלית ההוראה – ליצור מערכת הרתעה אפקטיבית מפני אפשרות שצו השירות לא יבוצע. פירוש מצמצם לסמכות הענישה החילופית אינו עולה ממילות הוראת החוק ואינו עולה בקנה אחד עם תכליתה כאמור. פירוש המצר את הסמכות פוגע ביעילותו של צו השירות ובתכליתו כמכשיר יעיל המשלב ענישה ושיקום גם יחד.

### תכלית החוק

#### אופיו של צו שירות לתועלת הציבור

14. סמכות הענישה החילופית נגזרת מיעדיו העיקריים של צו השירות. יעדים אלה הם בעלי משמעות כפולה: יעד עונשי, המתבטא בגמול ובהטבת נזק שהנאשם חב

לחברה עקב העבירה שעבר, המשתקף בעבודת השירות שהוטלה. המאפיין השני השלוב בו הוא שיקומי, ועיקרו – חינוך לערכי עבודה ותרומה לקהילה (הצעת חוק העונשין, (תיקון מס' 8) הצעות חוק, תשל"ח, עמ' 283). מימד הענישה בא לידי ביטוי בכך שהיקף השירות נגזר מחומרת העבירה, השירות אינו כרוך בתשלום תמורה לנאשם על עבודתו, ונסיבותיו האישיות של הנאשם נשקלות בקביעת אופי השירות וטיבו. קביעת תוכנו של הצו מונחה במידה רבה משיקולי שכר ועונש וגמול ראוי למעשי הנאשם. צו שירות מוגדר בחוק כאמצעי ענישה ומשולב בפרק מיוחד הן בדרכי ענישה בחוק העונשין. הפן השיקומי של צו השירות מתבטא בכך שהוא מהווה אמצעי חילופי לריצוי מאסר בפועל, והעונש מוטל בלא לנתק את הנאשם מסביבתו הטבעית, תוך הדגשת תכלית השיקום שבאמצעי זה, "וכך מתמזגים במוסד זה יסודות עונשיים ושיקומיים למערכת הרמונית בעלת תכליות משולבות" (פסק הדין בערעור, שם, עמ' 269; רע"פ 2976/01 אס"ף נ' מדינת ישראל, פד"י נו(3) 418, 448-9; רע"פ 42/89 מדינת ישראל נ' ועקניו, פד"י מג(1) 511; ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פד"י נב(3) 337, 340-1). אופיו הייחודי של צו השירות, המשלב ענישה ושיקום, משתקף מהרקע לחוק ומההיסטוריה החקיקתית שלו (דברי הסבר להצעת החוק, שם; דיוני הכנסת שליוו את הצעת החוק בדברי הכנסת, כרך 83, תשל"ח, עמ' 17-3915; דברי הכנסת, כרך 84, תשל"ט, עמ' 58-67).

### יעילות אמצעי הענישה

15. עקרון מוסד בדיני העונשין הוא כי לכל נורמה פלילית צריך להתלוות עונש ההולם את חומרתה (Nullum Crimen Sine Poena). נורמה האוסרת על התנהגות מסוימת ואינה קובעת סנקציה על הפרתה, היא נורמה בלתי שלמה. עמד על כך פרופ' פלר בספרו יסודות בדיני עונשין, כרך א', עמ' 45:

"כל רעיון המחייב נורמה בלתי מושלמת lex imperfecta בתחום הפלילי הוא חסר הגיון מכל וכל. אמנם הגדרת האיסור היא מכח עקרון החוקיות, אך בלעדי העונש, הופך האיסור להכרזה על הבלתי רצוי להמלצה גרידא, והנורמה עצמה נשארת בגדר משאלה בלתי מחייבת, ובדרך כלל עצם המושג "דיני עונשין" מאבד את משמעותו התוכנית והלשונית".

העונש הקבוע לצד העבירה והעונש המוטל באופן קונקרטי על הנאשם מבטאים את התייחסות החברה לעבירה ולחומרתה. הלימת העונש לעבירה משקפת את

דרישות הצדק החברתי וערכי המוסר וההגינות הציבורית. העונש מבטיח קיומה של הרתעה אפקטיבית מפני ביצוע עבירה.

”ללא איום בעונש אין כל הרתעה; לכל היותר נשאת, כאמור, משאלה להימנע מהתנהגות בלתי רצויה שמשקלה אף פחות מאזהרה...“ (פלר, שם, עמ' 45).

העונש הוא, איפוא, חלק מובנה בנורמה הפלילית, והוא מבטיח מיגוון של תכליות – הגשמת צדק ובטחון חברתי, הרתעה וגמול ויסודות של שיקום ותיקון מידות. היותה של נורמה פלילית מלווה בענישה פלילית יעילה היא, אפוא, בחזקת תכלית מובנית של חוק פלילי, הנשענת על ההנחה כי תכלית כזו נועדה להגשים מטרות סבירות והוגנות. חזקה היא, איפוא, כי ענישה צריכה להיות יעילה וזוהי חזקת תכלית שכדי להפריכה יש צורך בטעמים כבדי משקל (השווה ברק, מאמר, שם, עמ' 350). יעילות הענישה חשובה לא רק כדי לקדם את אינטרס בטחון החברה והציבור מפני מבצעי עבירות אלא גם מבחינתו של העבריין עצמו. דרכי הענישה מעמידים בפני בית המשפט מיגוון אמצעים, חלקם עונשיים וחלקם טיפוליים, וחלקם משולבים זה בזה. יש ערך רב בקיומה של מערכת ענישה אפקטיבית אשר תבטיח את אכיפתם של אמצעי הענישה והטיפול שיש בהם כדי להרתיע את הנאשם מצד אחד, וכדי לשקמו ולהחזירו למוטב, מצד שני.

מתפיסה עקרונית זו נגזרת, כענין מתחייב, הדרישה כי מערכת אמצעי ענישה וטיפול המופעלת כלפי נאשם תהיה יעילה, ותכלול אמצעי הרתעה למקרה שהנאשם יתחמק מריצוי העונש שנגזר עליו. מערכת ענישה נטולת אפקטיביות מחטיאה את מטרתה. היא פוגעת ביעדי הענישה הבסיסיים מבחינת האינטרס הציבורי, ובמטרות הטיפול והשיקום מבחינתו של העבריין. הדעת נותנת, איפוא, כי מערכת הענישה תחתור להבטיח את יעילותה ולא תותיר את ריצוי העונש ואת האמצעים הטיפוליים שהוטלו בגזר הדין לרצונו הטוב של הנאשם, בבחינת רוצה – מרצה את העונש, אינו רוצה – חומק מכך, ונותר בלא ענישה מרתיעה. תכליתו של המחוקק, הסובייקטיבית והאובייקטיבית כאחד, היא להבטיח את ממשותו ואת יעילותו של האמצעי העונשי והשיקומי ולהימנע מהותרת מערכת אכיפת החוק חסרת אונים לתופעה של הפרת צווים עונשיים ואמצעי טיפול ושיקום למיניהם. תכלית אחרת עשויה לפגוע באימון הציבור ביעילותה של מערכת הענישה וביחסה השוויוני לכל הנאשמים; היא עשויה לפגוע בשלום הציבור ובטחונו, ובד בבד גם להזיק לתכלית שיקומו של העבריין ולסיכויי השתלבותו בהליכי תיקון יעילים. כללו של דבר, היא עומדת בסתירה ליעדים בסיסיים של תורת הענישה.

16. ברוח תפיסה זו יש לפרש את סעיף 71 לחוק העונשין העוסק בסמכות הענישה החילופית במקרה של הפרת צו שירות. לשונו של החוק מתיישבת עם החלתו בצורה רחבה על כל הפרה של צו שירות, בין אם הוא נגזר בשעתו כעונש יחיד, ובין אם נילוו לו עונשים נוספים. לא במקרה נוסחה הוראת סמכות הענישה החילופית בלשון רחבה העשויה להתפרש על כל סוגי צווי השירות, שכן המחוקק ביקש באורח טבעי להציב את צו השירות כאמצעי עונשי ושיקומי יעיל ואפקטיבי. בלא קיומה של סמכות ענישה חילופית, ניטל טעם ההרתעה והיעילות מאמצעי ענישה זה, וקשה להניח כי תכלית החוק היתה להותיר אמצעי זה, בנסיבות בהן הצו הוטל לצד עונשים נוספים, בבחינת אמצעי שריצויו נתון לרצונו הטוב של הנאשם, העשוי להתגלות כאמצעי סרק. הדעת נותנת, איפוא, כי לשונו הרחבה של החוק, במשולב עם תכליתו, מצביעים על קיומה של סמכות ענישה חילופית רחבה המשתרעת על כל מצב בו הופר צו שירות על ידי הנאשם, בין אם נגזרו עליו עונשים נוספים ובין אם לאו. פרשנות זו מתיישבת עם לשונו של החוק, ועם המטרות, הערכים והמדיניות העונשית שהחוק התכוון להגשים. מסקנה אחרת אינה מתיישבת עם לשון החוק ומצרה אותה בלא שיש לכך בסיס לשוני בנוסח החוק, ואינה עונה לתכלית היעילות של אמצעי הענישה. היא סותרת את אינטרס הציבור ואינה מתיישבת אף עם טובתו של הנאשם בראיית יעדי שיקומו לטווח ארוך.

#### מימד ההרתעה בצו מבחן

17. אין להתפלא כי גם מקום שמדובר בצו מבחן שהוא אמצעי שיקומי טהור, נטול יסוד עונשי, חזרו בתי המשפט ומתחו ביקורת על מצב הדין שאינו מאפשר הטלת סנקציה על מפר צו מבחן מקום שהוטלו עונשים נוספים בצדו. הם חזרו והביעו את החשש כי העדר אמצעי תגובה להפרת הצו בנסיבות אלה עלול לשמש תמריץ שלילי בידי נאשמים שלא לציית לצווי מבחן (ע"פ 3524/90 שירות המבחן נ' אבוקסיס, פד"י מו(4) 199; ע"פ 599/81 מדינת ישראל נ' קייזרמן פד"י לז(4) 561; ע"פ 767/77 שירות מבחן נ' בוחבוט, פד"י לג(3) עמ' 425, 9-427). לא למותר לציין, כי המגמה המסתמנת כיום בעולם נוטה לשינוי תפיסת מהותו של המבחן כאמצעי שיקומי גרידא, ומעבר לתפיסתו כעונש חילופי, שיסוד הגמול ודרישת האפקטיביות שבמימושו מתחזקים בו (ר. קנאי, צו מבחן: מחלופה לעונש לעונש חילופי, מחקרי משפט ט"ז, תשס"א-2001, עמ' 353, בעמ' 365). הדברים אמורים, מקל וחומר, לגבי צו שירות שהוא בעל יסוד עונשי מובהק, אלא שבשונה מצו מבחן, כאן הסדיר החוק בלשון כללית ומפורשת את קיומה של סמכות ענישה חילופית, ובכך הבטיח את יעילותו של הצו.

### ציפייתו הסבירה של הנאשם

18. עקרון החוקיות במשפט הפלילי מחייב כי אדם לא ייענש אלא אם כן הוזהר תחילה כי התנהגותו הינה בת-עונשין. לעקרון זה נילוה הכלל כי אדם שמוצה נגדו הליך פלילי לא יועמד בסיכון כפול ולא ייענש יותר מפעם אחת על מעשה אסור שעשה. ציפייתו המוגנת של נאשם היא כי משמוצה הליך פלילי נגדו לא תחזור הרשות ותחשוף אותו פעם נוספת לאימת הדין בגין מעשה שעליו כבר נתן את הדין. אולם דברים אלה אינם אמורים בענישה שנגזרה על נאשם והוא לא מילא אחריה. אין פגיעה בעקרון החוקיות ביצירת אמצעי הרתעה מפני אי ריצוי עונש על ידי נאשם ובהטלתו של עונש חילופי במקום עונש שהוטל ולא רוצה. ענישה חילופית בנסיבות אלה היא תוצאה טבעית וצפויה במערכת ענישה יעילה המאזנת איזון ראוי בין עניינו של הנאשם כפרט ובין עניינו של הציבור בהגנה על בטחונו. תוצאה זו צפויה גם על ידי הנאשם. נאשם שנגזר עליו צו שירות צופה ומניח כי להפרת הצו על ידו תתלווינה תוצאות במשפט קרי: כי הצו יבוטל, ואפשר אף כי יוטל עליו עונש אחר. מהלך דברים זה נחזה מראש באורח טבעי גם על ידי מי שאינו יודע חוק. אין בו משום הטלת אימת הדין בלא אזהרה מוקדמת, או משום הפעלת גורם הפתעה על נאשם בדרך הפוגעת בדרישות הצדק וההגינות. דוקא הותרת צו שירות שהופר בלא תגובה עונשית הולמת הוא המנוגד לציפייתם האמיתית והטבעית של הנאשם ושל הציבור, כדבריו של הנשיא ברק (במאמרו, שם, בעמ' 354):

”מה צידוק יש ליתן ללשון החוק משמעות שאינה עולה בקנה אחד עם ציפייתו הסבירה של העבריין עצמו ועם התפקיד שהנורמה נועדה (אובייקטיבית) למלא בחברה שלנו?”.

מכאן, שהחלת עונש חילופי בנסיבות העניין שלפנינו אינה פוגעת בזכויות הנאשם אלא עולה בקנה אחד עם תכליות ההליך הפלילי ומתיישבת באופן מלא עם עקרון החוקיות בפלילים ועם הדרישה לקיום וודאות ובטחון משפטי.

### פרשנות מרחיבה של סמכות הענישה החילופית במבחן עקרונות כלליים של דיני העונשין

19. איננו פטורים מלבחון האם פרשנות רחבה לסעיף 71 לחוק ביחס לסמכות ענישה חילופית בגין הפרת צו שירות עשויה לסתור עקרונות כלליים של הדין הפלילי.



עלתה הטענה בדעת הרוב כי הפירוש הרחב לסמכות כאמור אינו אפשרי שכן הוא מהווה ענישה כפולה הפוגעת בנאשם. לטעמי, אין לקבל טיעון זה. קיומה של סמכות ענישה חילופית לגבי צו שירות שבוטל מקום שהוטלו על הנאשם עונשים נוספים אין פירושה ענישה כפולה. משמעותה היא המרת המרכיב העונשי של צו השירות שבוטל בעונש אחר בגין אותו מרכיב עונשי שלא רוצה, כאשר בהמרה זו מתחשב בית המשפט, בין היתר, בעונשים הנוספים שהוטלו על הנאשם בגזר הדין המקורי הנותרים בלא שינוי. אין כאן מצב של ענישה כפולה אלא ענישה חילופית שעניינה המרת עונש בעונש. ואכן, דיני הענישה מכירים באמצעים שונים של המרת עונש בעונש בהקשרים שונים כדי להבטיח את יעילות הענישה. בתורת דוגמא ניתן להביא את המרת הקנס במאסר (סעיף 71(א) לחוק העונשין); והמרת מאסר בעבודות שירות במאסר בפועל (סעיפים 51 ט ו-51 לחוק העונשין). הסנקציה החילופית על הפרת צו שירות משתלבת, איפוא, במושגי הענישה המקובלים של המרת עונש בעונש, ואין לראות בכך ענישה כפולה.

אין אבחנה מושגית ממשית בין מצב שבו העונש החילופי מוטל כבר בגזר הדין המקורי גופו, כגון קנס ומאסר במקומו, לבין מצב בו הענישה החילופית נשקלת ונקבעת רק לאחר הפרת האמצעי העונשי המקורי שהוטל על הנאשם. ההבדל מצטמצם לגורם העיתוי בהטלת העונש החילופי, בין בעת הטלת גזר הדין המקורי, ובין בעת הפרת האמצעי העונשי המקורי. עיתוי הטלת העונש החילופי במקרה של הפרת צו שירות נועד להגשים מטרה דיונית מיוחדת. במקרה זה הוא תלוי ואחוז באופן הדוק בנסיבות ההפרה של הצו, בגורמיה ובעילותיה. בענישה החילופית עקב הפרת צו שירות חשוב לדעת ולהתחשב לא רק בעובדת ההפרה של הצו אלא להתחקות גם אחר גורמי ההפרה, ובכללם להתייחס לשאלה האם ההפרה נבעה ממחדלים שהנאשם אחראי להם או שמא מנסיבות אובייקטיביות שיש להן הסבר או הצדק. מטעם זה, כך יש להניח, סמכות הענישה החילופית בצו שירות אינה מופעלת באורח אוטומטי כבר בגזר הדין המקורי, אלא היא מוחלת, במידת הצורך, בנפרד מהענישה המקורית, מקום שצו השירות הופר בפועל. הפרדה זו של הענישה לשני שלבים מאפשרת לעדן את השיקולים הנשקלים בהטלת העונש החילופי, שלא את כולם ניתן לצפות מראש בעת גזירת הדין המקורית.

20. עוד עלתה הטענה כי הכרה בסמכות הענישה החילופית לצו שירות שבוטל פוגעת בסופיות הדיון. גם טענה זו יקשה לקבל. אין מחלוקת כי צו שירות שבוטל והיווה עונש יחידי מקים סמכות ענישה חילופית ולא רואים בכך פגיעה בסופיות

הדין. אין סיבה להשקיף אחרת על ענישה חילופית המוטלת מקום שבצד צו השירות שהופר הוטלו על הנאשם בזמנו גם עונשים נוספים. ענישה כזו צפויה באופן טבעי כחלק מהאמצעים השיפוטיים הנתונים בידי ערכאות המשפט על מנת להבטיח את יעילותה של מערכת הענישה, והיא נחזית מראש כאפשרות העשויה להתממש באם הנאשם לא ישא כראוי באחריות העונשית-שיקומית שהוטלה עליו.

21. בדעת הרוב הועלה גם חשש כי ענישה חילופית לצו שירות שבוטל מקום שהוטלו עונשים נוספים תפר את האיזון הראוי בשיקולי הענישה הן בשלב גזירת הדין המקורית והן בשלב הענישה החילופית. גם חשש זה אינו נראה לי מכריע. שופט ערכאה דיונית המטיל על נאשם צו שירות בצירוף מרכיבי ענישה נוספים שוקל ומאזן את מכלול שיקולי הענישה, ובתוך כך צופה במסגרת שיקוליו גם את האפשרות כי צו השירות עשוי להיות מופר וכי הדבר עשוי לחייב ענישה אחרת תחתיו. איזון השיקולים הן בשלב הענישה המקורית והן בשלב הענישה החילופית נעשה בידי בית המשפט בהתחשב במכלול הנתונים הצריכים לענין ומתוך ציפייה מראש להתרחשויות אפשריות בעתיד. האיזונים הראויים נעשים הן בשלב הענישה הראשוני והן בשלב הענישה השני וקשה לראות כיצד ענישה חילופית בגין הפרת הצו עשויה לערער את האיזון הפנימי במכלול שיקולי הענישה שיש לשוקלם בשני השלבים כאחד.

22. דעת הרוב העלתה שאלות שונות במישור המעשי אשר אפשר ועולות הן ממתן פירוש רחב לסמכות הענישה החילופית. לכל אחת מהטענות הללו ישנו מענה, והן בנות פתרון על פי נסיבותיהן ותנאיהן. בעיות מעשיות אלה, הן עצמן, אינן עילה עצמאית למתן פירוש מצמצם לסמכות הענישה כאמור, ואין בהן כדי לסתור את תכליתו של החוק כפי שזו עולה מלשונו, מהרקע לחקיקתו, ומהמטרות, הערכים והמדיניות שהוא מבקש להגשים.

## סוף דבר

### התכלית האחת

23. בסיכומם של דברים, נחזור לתחילת הדרך: היקף סמכות הענישה החילופית לגבי צו שירות שהופר, כפי שהוא מעוגנת בסעיף 71 לחוק העונשין, ניתן לפירוש סביר אחד על פי תכליתו של החוק והוא – כי סמכות זו היא רחבה וחלה על כל צו שירות שהופר, בין אם בגזר הדין צו השירות הוטל כעונש יחידי ובין אם חברו לו עונשים נוספים. הדבר עולה ממילותיו של החוק ומתכליתו של החוק – להבטיח אמצעי אכיפה אפקטיביים של אמצעי עונשי-שיקומי בעל ייחוד וחשיבות מיוחדת בין מכלול אמצעי הענישה המוכרים. פירוש זה מתיישב עם מושכלות יסוד של תורת הענישה

בדבר הצורך ביעילות הסנקציה הפלילית, ואינו סותר מושגי יסוד בדין הפלילי בדבר הצורך בסופיות הדיון, בהימנעות מענישה כפולה ובהגנה על זכויות הנאשם.

התכלית האחרת, כנטען, אינה מגשימה את הערכים, המטרות והמדיניות שהוראת סעיף 71 לחוק בקשה להגשים. היא מאפשרת מצב בו נאשם שהפר צו שירות יופטר בלא ריצוי עונש שהוטל עליו. היא אינה מתיישבת עם לשון החוק, וקשה להצדיקה על בסיס רציונל משפטי, חברתי, מוסרי, או אנושי. היא סותרת מושכלות יסוד של ענישה במשפט הפלילי המחייבים כי לנורמה הקובעת התנהגות אסורה תלווה ענישה יעילה שתשיג מטרות הרתעה, גמול ושיקום. היא עומדת בניגוד לתכליתו של צו השירות כאמצעי ענישה ייחודי, המשלב יסוד עונשי עם יסוד שיקומי בדרך שאינה אופיינית לאמצעי ענישה אחרים. היא חותרת תחת יעילותו של הצו ותחת הסיכוי והציפייה כי הוא יגשים את מטרותיו. היא מחטיאה את המטרה הן בהגנה על האינטרס הציבורי והן בהגנה על עניינו האמיתי של העבריין להציב את מערכת השיקום הציבורי לצרכי שיקומו, תיקונו והעלאתו על פסי התנהגות ותיפקוד חדשים ומתוקנים. היא גורעת מן הסיכוי כי בתי המשפט ירחיבו את השימוש באמצעי זה, ביודעם כי בגוזרם על נאשם צו שירות ביחד עם עונשים אחרים, ידיהם תהיינה קשורות במקרה שהצו יופר ולא יהא בידם כח הרתעה בפני הפרה כזו. היא גורעת מיעילותו של אמצעי עונשי מיוחד וחשוב זה המגוון את מכלול אמצעי הענישה העומדים לרשות בית המשפט. היא פוגעת בעקרון השוויון בענישה בין נאשמים, בהשאירה את ריצוי אמצעי ענישה זה בנסיבות מסוימות, לרצונו הטוב של הנאשם. היא גורעת מאימון הציבור במערכת אכיפת החוק ומתחושת הצדק וההגינות בהפעלתה של מערכת הענישה. פועל יוצא מכך הוא כי התכלית האחרת איננה תכליתו האמיתית של החוק, ולכן היא אינה יכולה להיחשב בגדר פירוש סביר לחוק על פי תכליתו.

התוצאה המתבקשת מהדברים הללו היא כי, לטעמי, כלל הפירוש המקל שבסעיף 34 לחוק העונשין אינו חל על ענייננו, מעיקרו. אין לפנינו שתי תכליות סבירות המתנגשות ביניהן, ולא כל שכן, שתי תכליות המצויות בכפות מאזניים מאויינות, המותירות את פרשנות סעיף 71 לחוק במצב של חוסר הכרעה. הפירוש המרחיב לסמכות הענישה החילופית הוא הטבעי והראוי על פי לשון החוק ותכליתו.

#### הפירוש המקל – האם אמנם מקל?

24. אוסיף מעבר לנדרש, כי אפילו נמצא כי יש מקום להחלת כלל הפירוש המקל על ענייננו, אינני בטוחה כי הפרשנות המוצעת בדעת הרוב ביחס להוראת סעיף 71 לחוק העונשין היא, אכן, הפרשנות המקלה עם הנאשם. כדברי הנשיא בפסק דינו,

הפירוש המקל הוא ענין נורמטיבי הנוגע לכלל הנאשמים ולא דוקא לנאשם הספציפי (שם, פסקה 19). במסגרת התפיסה הנורמטיבית כאמור, יש לבחון את הפירוש המוצע במבט לטווח רחוק ולא רק בטווח המיידי. מבט כזה גם הוא רלבנטי לשאלה אם מדובר בפירוש מקל או מחמיר. ברוח זו, ספק בעיני אם הדעה המבקשת לצמצם את סמכות הענישה החילופית אך לצו שירות המהווה עונש יחיד אכן פועלת במישור הנורמטיבי-מושגי להקלה עם נאשם. ראשית, הצרת סמכות הענישה החילופית כאמור עלולה להביא את בתי המשפט בטווח ארוך להמעיט את היזקקותם להטלת צווי שירות בצד עונשים אחרים, ואפשר שהדבר עלול להביא להחמרת הענישה עם עבריינים, מקום שאילו ניתנו בידי בתי המשפט כלים יעילים להבטיח את יעילות צו השירות בכל מצב, היה נעשה שימוש נרחב יותר באמצעי זה, ולטווח ארוך הדבר היה עשוי להיטיב ולהקל עם נאשמים. ההקלה המיידית והנקודתית לנאשם האינדיבידואלי העשויה לנבוע מהעדר ענישה חילופית במקרה הבודד, עלולה להביא בטווח הארוך למדיניות ענישה מחמירה, כלפי כלל הנאשמים בהימצא צו השירות המוטל בנילווה לעונשים אחרים מוקשה מבחינת יעילותו. שנית, וחשוב מכך – העדר אמצעי אכיפה אפקטיביים של צו שירות שהוטל על נאשם לצד עונשים נוספים עלול להביא לשחיקתו של כלי ענישה חשוב ומיוחד זה, בעל תכונות ואיכויות ייחודיות, שהשיקום מהווה יסוד חשוב בו. הניזוק העיקרי מחוסר יעילותו של אמצעי זה הוא הנאשם, אשר בהעדר הרתעה מתאימה מפני הפרת הצו, דרכו לשיקום עלולה להיסגר, והתקווה לתיקונו עלולה להיות מושמת לאל. הוא עשוי אמנם לזכות בהקלה רגעית על ידי שיחמוק מעונש חלופי, אך במבט למרחוק ייפגעו סיכויו להשתלב במערכת השיקום ולעלות לדרך חדשה. מטעמים אלה, ספק בעיני אם פרשנות המצרה את סמכות הענישה החילופית אכן מקלה עם הנאשם במובן המושגי.

25. לאור האמור, אילו נשמעה דעתי, היינו מקבלים את העתירה לדיון נוסף, מבטלים את פסק הדין בערעור, מאשרים את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ומאמצים פרשנות רחבה לסמכות הענישה החילופית כלפי נאשם שהפר צו שירות שהוטל עליו, בין אם צו השירות היווה עונש יחיד, ובין אם נילו לו בגזר הדין עונשים נוספים.

הוחלט ברוב דעות, כנגד דעתה החולקת של השופטת א' פרוקצ'יה, כאמור  
 בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, י"ח בסיון התשס"ד (7.6.2004).

המשנה לנשיא

המשנה לנשיא (בדימוס)

ה נ ש י א

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת