

## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים פליליים

ע"פ 7853/05

בפני : כבוד הנשיא (בדימ') א' ברק  
כבוד הנשיאה ד' ביניש  
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין

המערער : פנחס רחמיאן

נ ג ד

המשיבה : מדינת ישראל

ידיד בית המשפט : הסניגוריה הציבורית

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, מיום 6.7.2005, בת.פ. 105/91, שניתן על ידי כבוד סגנית הנשיא ד' ברלינר, והשופטים : ז' המר, י' שיצר

תאריך הישיבה : ט"ו בשבט התשס"ו (13.02.2006)

בשם המערער : עו"ד בני שטיינברג

בשם המשיבה : עו"ד מיכאל קרשן

בשם הסניגוריה הציבורית : עו"ד ד"ר יואב ספיר ; עו"ד אפרת פינק ;  
עו"ד טל ענר

## פסק-דין

הנשיא (בדימ') א' ברק:

פלוני הורשע ברצח ונגזר עליו עונש החובה – מאסר עולם בפסק דין חלוט. לאחר מכן, נכנס לתוקפו סעיף 300א לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין) שהקנה לבית המשפט שיקול דעת להטיל עונש קל ממאסר עולם בגין עבירת הרצח בהתקיים התנאים שנקבעו בסעיף. האם ניתן להחיל את סעיף 300א לחוק באופן

רטרוספקטיבי על עניינו החלוט של פלוני באמצעות פנייה לבית המשפט שנתן את פסק הדין לדון מחדש בעניין? זו השאלה הניצבת לדיון בערעור זה.

#### העובדות וההליכים

1. ביום 13.3.1992 הורשע המערער בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בביצוע רצח לפי סעיף 300(א)(2) לחוק העונשין בשל המתת אשתו. טענות ההגנה שהעלה המערער בדבר "אי שפיות" ו"דחף לאו בר כיבוש" נדחו על ידי בית המשפט לאחר שעמד על מצבו הנפשי של המערער בהתאם לחוות דעת מקצועיות. בגין הרשעה זו נגזר על המערער עונש החובה הקבוע בסעיף – מאסר עולם. ביום 4.7.1994 נדחה ערעורו של המערער בבית משפט זה (ע"פ 1788/92 פנחס רחמיאן נ' מדינת ישראל (לא פורסם)). ביום 23.8.1995, לאחר שפסק הדין בעניין המערער נהיה חלוט, נכנס לתוקפו סעיף 300א לחוק העונשין, שנחקק בחוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה-1995 (ס"ח 1537 התשנ"ה 391). וכך מורה סעיף 300א לחוק העונשין:

"300א. עונש מופחת (תיקון: תשנ"ה)

על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו, אם נעברה העבירה באחד מאלה:

(א) במצב שבו, בשל הפרעה נפשית חמורה או בשל ליקוי בכושרו השכלי, הוגבלה יכולתו של הנאשם במידה ניכרת, אך לא עד כדי חוסר יכולת של ממש כאמור בסעיף 34 ח - (1) להבין את אשר הוא עושה או את הפסול שבמעשהו; או (2) להימנע מעשיית המעשה.

(ב) ...

(ג) "...".

2. בשנת 2004, כעשר שנים לאחר כניסת סעיף 300א לחוק העונשין לתוקפו, פנה המערער לבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, שהרשיעו וגזר את דינו. הוא ביקש להחיל עליו את סעיף 300א לחוק העונשין ולהפחית את עונשו בהתאם. זאת, בין היתר, בהסתמך על הממצאים שנקבעו בהליכים הקודמים בדבר מצבו הנפשי. בית המשפט המחוזי (השופטת ד' ברלינר, השופט ז' המר, השופטת י' שיצר) דחה את הבקשה על הסף. הוא קבע כי חל על העניין סעיף 5(ב) לחוק העונשין "אשר עוסק במקרה בו הנורמה המקלה נכנסה לתוקף לאחר שפסק הדין הפך חלוט" (שס, פסקה 12). נקבע, כי "התנאי להחלת דין מקל למפרע במסגרת סעיף 5(ב) לחוק הוא כי הדין המקל יקבע עונש מירבי קל יותר מהקודם לו; עונש שניתן להחילו אוטומטית, במישור המנהלי, על

נאשם שדינו כבר נגזר בפסק דין חלוט, ללא פתיחת דיון מחדש. תנאי זה מהווה את נקודת האיזון הראויה, אותה ביקש המחוקק להשיג בין הרצון שלא להפלות לרעה עבריינים מן התקופה שטרם הפחתת העונש, מחד גיסא, לבין המגמה של המחוקק שלא לפגוע בעקרון סופיות הדיון, מאידך גיסא. סעיף 5(ב) אינו פותח פתח לבדיקה של האחריות הפלילית (או מרכיבים באחריות הפלילית), ואף לא של שאלת הענישה, אם אין מדובר בחישוב מתמטי טהור" (שם, פסקה 16). בית המשפט הוסיף ובחן את סעיף 300א לחוק העונשין ומצא כי הפעלתו מצריכה הפעלת שיקול דעת שיפוטי ופתיחת הדיון מחדש. לאור זאת קבע, כי לא ניתן להחיל את סעיף 300א לחוק העונשין באופן רטרואקטיבי על פסק דין חלוט באמצעות סעיף 5(ב) לחוק העונשין. עוד קבע בית המשפט קמא כי סעיף 5 לחוק העונשין גיבש למעשה לכלל חקיקה את ההלכה הפסוקה בדבר תחולת דין פלילי מקל למפרע ולכן ספק אם יש עדיין תחולה להלכה הפסוקה בצד סעיף 5. בכל מקרה, כך נקבע, אין להחיל את סעיף 300א באופן רטרואקטיבי משום ש "סעיף 300א לחוק לא הקל בעונש הקבוע בצדה של עבירת הרצח, ואינו יכול להיחשב על כן כדין מקל" (שם, פסקה 8). על כך הוגש הערעור בפנינו. לבקשתה ובהתאם להחלטתנו (מיום 20.3.2006) הצטרפה הסניגוריה הציבורית כ "ידיד בית המשפט".

הטענות בערעור

3. המערער והסניגוריה הציבורית טוענים כי סעיף 300א לחוק העונשין חל באופן רטרואקטיבי גם כשניתן פסק דין חלוט בעניין. זאת, בין מכוח סעיף 5(ב) לחוק העונשין עצמו ובין מכוח ההלכה הפסוקה בדבר תחולתו למפרע של דין פלילי מקל. לטענתם, סעיף 5(ב) לחוק העונשין אינו מצומצם רק להקלה בעונש שניתנת ליישום באופן מנהלי כפי שנקבע על ידי בית המשפט המחוזי. לשיטתם, הסעיף כולל בחובו גם הקלות שיש בהן הפעלת שיקול דעת. אין ספק, לטענתם, כי סעיף 300א לחוק העונשין הוא סעיף שיש בו הקלה בעונש בגין עבירת הרצח, ממאסר עולם חובה למאסר מופחת תוך הפעלת שיקול דעת. לאור זאת, כך נטען, יש מקום להחלתו רטרואקטיבית על פי סעיף 5(ב) לחוק העונשין גם על עניין שנפסק בו בפסק דין חלוט. לשיטתם, כך מתבקש הן מתכליתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין והן מתכליתו של סעיף 300א לחוק העונשין שביקש להקל בעונשם של מי שהורשעו ברצח כשמתקיימים התנאים המנויים בסעיף. בכל מקרה, כך הוסיפו המערער והסניגוריה הציבורית, אין בסעיף 5 לחוק העונשין כדי למצות את שאלת התחולה הרטרואקטיבית של דין פלילי מקל. בצד סעיף 5 לחוק העונשין ממשיכה לחול ההלכה הכללית שנפסקה על ידי בית משפט זה בע"פ 63/89 מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 388 (להלן: פרשת מזרחי) שלפיה "מסורת פסוקה

וראויה" כי דין פלילי מקל חל למפרע. הלכה זו נועדה להבטיח, בין היתר, כי ההרשעה והענישה הפלילית ישקפו את ערכי החברה העדכניים. מתבקש להחיל אותה, כך נטען, אף על עניין שנפסק בו בפסק דין חלוט, משום שאין זה ראוי להמשיך בביצוע עונש שאינו מקובל על החברה כיום. כן מתבקשת תחולה רטרואקטיבית כדי למנוע מקריות בענישה בהתאם למועד שבו ניתן הפסק החלוט וכדי להגשים שוויון בין הנאשמים השונים. נכון הדבר במיוחד, לאחר עיגונה של הזכות לחירות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הם הוסיפו וטענו כי הפגיעה בעיקרון סופיות הדיון בעקבות החלה רטרואקטיבית של סעיף 300א לחוק העונשין על פסק דין חלוט היא פגיעה מצומצמת מאחר שהדיון נפתח רק לצורכי הענישה ואין כל דיון מחודש באחריות עצמה, ומאחר שאין מדובר בפתיחה מחדש של מקרים רבים שניתן בהם פסק דין חלוט. לבסוף, ביקשו המערער והסניגוריה הציבורית, לחלופין בלבד, לראות בערעור המערער בקשה למשפט חוזר ולהעניק לו משפט חוזר כמבוקש.

4. מנגד, טענה המשיבה, כי בסעיף 5 לחוק העונשין שנחקק במסגרת חוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד-1994 (ס"ח 1481 התשנ"ד-348) (להלן: תיקון 39) קבע המחוקק הישראלי במפורש כלל חשוב לפיו קיימת תחולה למפרע של נורמות פליליות מקלות אך זאת רק בנוגע לפסקי דין שאינם חלוטים. ביחס לפסקי דין חלוטים נקבעה תחולה למפרע באופן מצומצם בסעיף 5(ב) לחוק העונשין, מקום שבו ניתן לקבוע נחרצות, באופן מנהלי גרידא ובאמצעות "כלל גיליוטינה" כי יש להפחית בעונש ומהי מידת ההפחתה. תחולה כאמור מאזנת כראוי בין הרצון ליתן ביטוי לתפיסות מעודכנות של החברה בנוגע לעונש לבין האינטרס החזק של סופיות הדיון בשלב בו פסק הדין הפך חלוט. על כן, כך נטען, לא ניתן באמצעות סעיף 5(ב) לחוק העונשין להחיל למפרע את סעיף 300א לחוק העונשין על פסק דין חלוט, וזאת, הן מפני שהסעיף לא הפחית ולא שינה את העונש הקבוע לעבירת הרצח, והן מפני שהסעיף מצריך הפעלת שיקול דעת. עוד טענה המשיבה כי לפחות בכל הקשור לחקיקה, מהווה ההסדר שבסעיף 5 לחוק העונשין הסדר שלם וממצה ואין מקום לשנות ממנו או להוסיף עליו בדרך של חקיקה שיפוטית. לשיטתה, "כיוון שנושא תחולת דיני העונשין לפי זמן עשיית העבירה מוסדר בחקיקה, אין עוד מקום להיזקק לדוקטרינות כלליות לצורך עיצוב ההסדר הנורמטיבי". בכל מקרה, בדין הישראלי לא נקלטה מעולם דוקטרינה של תחולה רטרואקטיבית של דין מקל בפלילים על פסקי דין חלוטים. דוקטרינה מרחיבה שכזו, כך נטען, אינה ראויה לאימוץ ואינה מקובלת כלל ועיקר במדינות אחרות. היא סותרת את עקרון סופיות הדיון ואין מקום לטענות המערער והסניגוריה הציבורית כי הפגיעה בעקרון הסופיות מצומצמת. לבסוף, התנגדה המשיבה לבקשה החלופית של המערער לראות בערעורו בקשה למשפט חוזר. נטען כי הדבר

מועלה לראשונה בסיכומים בבית משפט זה ואין מקום לדון בכך ועל המערער לפעול בדרך הרגילה ועל פי סדרי הדין החלים על בקשה למשפט חוזר. לאור כל זאת, ביקשה המשיבה כי נדחה את הערעור.

המסגרת הנורמטיבית

5. חוק העונשין (כנוסחו לאחר תיקון 39) קובע מספר הוראות ביחס לתחולה בזמן של נורמה פלילית. וכך הוא מורה:

”3. אין עונשין למפרע (תיקון: תשנ”ד)

(א) חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר.

(ב) חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר; אך אין רואים בעדכון שיעורו של קנס החמרה בעונש.

4. ביטול העבירה לאחר עשייתה (תיקון: תשנ”ד)

נעברה עבירה ובוטל בחיקוק האיסור עליה - תתבטל האחריות הפלילית לעשייתה;

ההליכים שהוחל בהם - יופסקו; ניתן גזר-דין - יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה.

5. שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה (תיקון: תשנ”ד)

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

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

6. סעיף 3 לחוק העונשין מתייחס לתחולה בזמן של נורמה פלילית שיוצרת עבירה (או קובעת לה עונש חמור משהיה). הוא מורה כי נורמה כאמור לא תחול למפרע על מעשה שנעשה לפני פרסום הנורמה או לפני תחילתה לפי המאוחר. התחולה היא תחולה פרוספקטיבית בלבד. זה עיקרון יסודי במשפט הפלילי מימים ימימה (ראו: ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א', 1984) 3-39, 223-225; יובל לוי, אליעזר לדרמן, עיקרים באחריות פלילית (1981) 62-125; ע"פ 557/71 הקשטטר נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 240, 245). הוא מצא את ביטוי בהצהרת זכויות האדם והאזרח הצרפתית משנת 1789 עת נקבע בה כי שום אדם לא ייענש אלא מכוח חוק שחוקק לפני העבירה. העיקרון מצא את דרכו לחוקה הצרפתית, האמריקאית, הקנדית ולחוקות מדינות נוספות. הוא מקובל אוניברסלית (ראו: סעיף 11 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם מיום 10.12.1948; סעיף 7 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם וחירויות היסוד מיום 4.12.1950; סעיף 15 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966). לעומת זאת, סעיף 4 לחוק העונשין מתייחס לתחולה בזמן של נורמה פלילית שמבטלת עבירה קודמת. הוא קובע כי במצב המתואר, תבטל האחריות הפלילית לעשיית העבירה; ההליכים שהוחל בהם יופסקו; ניתן גזר דין יופסק ביצועו; ולא יהיו בעתיד עוד תוצאות נובעות מן ההרשעה. התחולה היא איפוא תחולה רטרואקטיבית. מובן כי סעיפים 3 ו-4 לחוק העונשין אינם חלים בענייננו מפני שסעיף 300א לחוק העונשין לא יצר עבירה, לא קבע לעבירה עונש חמור ולא ביטל עבירה.

7. סעיף 5 לחוק העונשין עניינו בתחולה בזמן של נורמה פלילית שיש בה שינוי בהגדרת העבירה או האחריות לה או העונש הקבוע בצידה (ראו: י' קדמי, על הדין בפלילים (חלק ראשון, מהדורה מעודכנת 2004) 12). הסעיף מבחין, לעניין תחולת הנורמה, בין מקרים שבהם טרם ניתן פסק דין חלוט ובין מקרים שבהם ניתן פסק דין חלוט. במקרים שבהם טרם ניתן פסק דין חלוט מורה סעיף 5(א) כי הנורמה תחול ככל שהיא נורמה מקלה עם העושה. לעומת זאת, במקרים שבהם "הורשע אדם בפסק דין חלוט", "ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו", "יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה" (סעיף 5(ב)). בענייננו, הורשע המערער בפסק דין חלוט, ולכן סעיף 5(ב) הוא הסעיף הרלבנטי לעניין.

8. השאלה הראשונה הנשאלת בהחלט סעיף 5(ב) לחוק העונשין בענייננו היא, אם בסעיף 300א לחוק העונשין נקבע לעבירת הרצח עונש "שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל" על המערער. כזכור, המשיבה טענה כי אין המצב כך משום שסעיף 300א

לחוק העונשין לא שינה את עונש מאסר העולם הקבוע לעבירת הרצח בסעיף 300 לחוק העונשין כפי שהוטל על המערער. אין בידי לקבל טענה זו. אמנם, סעיף 300 לחוק העונשין לא שינה את העונש הקבוע לעבירת הרצח בסעיף 300 לחוק העונשין ועונש זה נותר עונש מאסר עולם חובה (ראו: ע"פ 8198/96 שמעון עטיה נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (ניתן ביום 14.2.99)). יחד עם זאת, סעיף 300 לחוק העונשין הקנה לבית המשפט שיקול דעת להטיל בגין עבירת הרצח עונש קל מהקבוע בסעיף 300 לחוק העונשין. וכך מצאו הדברים את ביטויים בלשון המחוקק: "על אף האמור בסעיף 300, ניתן להטיל עונש קל מהקבוע בו". בוודאי שיש בכך משום הקלה בעונש במובן סעיף 5(ב) לחוק העונשין. פרשנות המשיבה להקלה היא פרשנות שאיננה עולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין שביקש להחיל הקלה בעונש גם על מי שהורשעו בפסק דין חלוט. תכלית הסעיף איננה מחייבת לצמצם את ההקלה הנדרשת להקלה שתתבצע בסעיף העבירה עצמו. גם אם עונש החובה שבעבירת הרצח לא שונה אך הוקנה לבית המשפט שיקול דעת להטיל עונש פחות מעונש החובה שהוטל על המערער, הרי שיש בכך משום הקלה במובן סעיף 5(ב) לחוק העונשין על פי תכליתו (ראו והשוו: ע"פ 3235/94 יורם שקולניק נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(2) 261, 265; ע"פ 3243/95 דניאל צאלח נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(1) 787, 769; State v. Von Geldern, 638 P2D 319 (Haw. 1981)). משכך, מורה סעיף 5(ב) לחוק העונשין כי העונש שהוטל ישונה ויהיה "העונש המירבי שנקבע בחיקוק" החדש. יש בכך ביצוע שינוי רטרופקטיבי בעונש שהוטל בפסק דין חלוט וזאת מטעמים של צדק. השאלה היא אם סעיף 5(ב) לחוק העונשין מצומצם לשינויים מנהליים שאין בהם הפעלת שיקול דעת שיפוטי, כטענת המשיבה, או שמא כולל בחובו שינויים שיש בהם הפעלת שיקול דעת תוך פתיחת הדיון מחדש, דוגמת סעיף 300 לחוק העונשין, כטענת המערער והסניגוריה הציבורית.

9. לדעתי, השינוי הרטרופקטיבי שמורה עליו סעיף 5(ב) לחוק העונשין הוא שינוי מנהלי בלבד שאין בו הפעלת שיקול דעת ופתיחת הליכים משפטיים מחדש. כך עולה מתכליתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין. הדברים מצאו את ביטויים המפורש בדברי ההסבר להצעת תיקון 39 שהוסיף את סעיף 5(ב) במלים אלה:

"במקרה המיוחד שדינו של הנאשם כבר נגזר בפסק דין חלוט, מוצע שלא לפתוח מחדש את הדיון לעניין העונש ומוצע העקרון לפיו אם העונש שנגזר היה חמור מן העונש המרבי שנקצב בחוק החדש, יבוא עונש מרבי זה במקום העונש שנגזר" (ה"ח 2098 התשנ"ב 113, 116).

וכך נאמר בעת הדיון בהצעת החוק בועדת המשנה לחוק העונשין ביום 17.11.1992:

"היו"ר דן מרידור: סעיף 5(ב) - ... נניח שהעונש המקורי היה חמש שנות מאסר, המרבי. הוא קיבל שלוש שנות מאסר. בינתיים בא חיקוק וקבע שתי שנות מאסר כמקסימום. משווים את שתי השנים לשלוש שנים, לא לחמש. כמה שהוא קיבל בפועל מול המקסימום המותר היום, ומורידים למקסימום המותר.

פרופסור ש"ז פלר: העיקרון כאן הוא לא לפתוח משפטים ולא להתחיל בדיונים. מה שיכול ליפול בגליוטינה אוטומטית, זה אחרת. ... כל מה שאפשר לעשות רק בדרך אדמיניסטרטיבית – הדבר היחיד שניתן לעשות הוא להפעיל את הגליוטינה של המקסימום החדש" (בעמ' 29).

10. סעיף 5(ב) לחוק העונשין ביקש לאזן בין שני שיקולים מרכזיים. מצד אחד ביקש להחיל את הנורמות הפליליות המקובלות בחברה בעת הענישה. המטרה היתה שלא "להפעיל כלפי אדם טיפול עונשי חמור מזה המחוייב על פי חוק שבשעת הטיפול" (דברי ההסבר להצעת החוק, ה"ח 2098 התשנ"ב 116). ביסוד מטרה זו מונחים שיקולים של צדק. מצד שני, ביקש סעיף 5(ב) לקיים את עיקרון סופיות הדיון. לכל התדיינות משפטית יש סוף. משהתבררו זכויות וחובות הצדדים בהליכים המשפטיים השונים, ונתקבלה החלטה סופית, הרי שאין לשוב ולהידרש לעניין מחדש. הדבר מערער את היציבות המשפטית. הדבר פוגע בזכויות המתדיינים עצמם. הדבר פוגע ביעילות המערכת המשפטית. נקודת האיזון שנבחרה בסעיף 5(ב) לחוק העונשין החילה את הנורמה הפלילית העדכנית אף על הליכים שהסתיימו בפסק דין חלוט תוך העדפת שיקול הענישה העדכנית על פני סופיות הדיון. אך זאת עד גבול מסוים. הגבול הוא גבול השינוי שאין בו הפעלת שיקול דעת שיפוטי. אכן, "... בשלב שבו כבר ניתן פסק דין סופי וכדי להימנע מפתיחה מחודשת של הליכים פליליים, ההתחשבות בדין המקל מוגבלת למקרים שבהם העונש שנגזר על נאשם בפסק דין סופי היה חמור מן העונש המרבי הקבוע בחיקוק המקל" (מרים גור אריה, "הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ב-1992", משפטים כד (התשנ"ד) 9, 23-24). סעיף 5(ב) נגס אמנם בעיקרון סופיות הדיון אך לא התעלם ממנו לחלוטין. על כן, אין לפרש את סעיף 5(ב) תוך זניחת שיקול הסופיות באופן מוחלט. פרשנות כזו איננה עולה בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 5(ב) לחוק העונשין. פרשנות כזו גם איננה מתבקשת מסעיף 300א לחוק העונשין. בסעיף אין כל אמירה מפורשת כי הוא חל באופן רטרוספקטיבי על

פסקי דין חלוטים. קשה לומר כי פרשנות כזו מתבקשת על פי תכליתו של סעיף 300א עצמו. הוא נועד להגשים צדק בענישת מי שביצעו רצח בהתקיים נסיבות מיוחדות כקבוע בסעיף. אך זאת ביחס למי שעניינם עדיין נידון בבית המשפט בזמן כניסת הסעיף לתוקף, אך לא ביחס למי שעניינם הוא חלוט וסופי.

11. אם כן, מסקנתי הפרשנית היא, שהשינוי הרטרופקטיבי שמורה עליו סעיף 5(ב) לחוק העונשין הוא שינוי הניתן לביצוע בדרך מנהלית (ראו: ע"פ 4002/01 קורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 250, 255). הסעיף אינו מאפשר להחיל נורמה פלילית חדשה באופן רטרופקטיבי במידה והדבר מצריך פתיחת הליך מחדש והפעלת שיקול דעת שיפוטי. לאור זאת, סעיף 5(ב) לחוק העונשין אינו מאפשר החלת סעיף 300א לחוק העונשין על מקרים שניתן בהם פסק דין חלוט, שהרי החלת סעיף 300א לחוק העונשין מחייבת פתיחה מחדש של ההליך תוך היוזקות לפעילות שיפוטית לבחינת התקיימות התנאים המנויים בסעיף 300א, ולאחר מכן, בחינת השיקולים השונים להפחתת העונש ומידת ההפחתה אם בכלל (ראו: ע"פ 2457/98 גלעד שמון נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 289). סעיף 300א לחוק העונשין נחקק בעקבות קריאות שונות להתחשבות בנסיבות ביצוע הרצח ובנסיבות מבצע הרצח והסעיף פותח את הדרך לבחינת כלל נסיבות ביצוע הרצח וכלל נסיבות האישיות של מבצע הרצח במטרה להביא לענישה צודקת והולמת יותר מעונש החובה (ראו: ע"פ 870/80 לדאני נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 38, 29; ע"פ 647/85 קיסר נ' מדינת ישראל, פ"ד מא(1) 347, 354; ע"פ 7926/00 אברהם נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(1) 817, 924; ע"פ 396/01 ברדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(6) 854, 860; אליהו מצא "אחריות מופחתת בפלילים", ספר לנדוי (כרך שני, תשנ"ה) 933; אסף טויב, "ענישה מופחתת ברצח – סעיף 300א(א) לחוק העונשין", הפרקליט מח (2004) 214). שיקול דעת שיפוטי נרחב כמתחייב להפעלת סעיף 300א לחוק העונשין לא בא בגדרי השינוי הרטרופקטיבי המצומצם שאיפשר סעיף 5(ב) לחוק העונשין. על כן, טענת המערער והסניגוריה הציבורית להחלת סעיף 300א לחוק העונשין באופן רטרופקטיבי בעניינו של המערער מכוח סעיף 5(ב) לחוק העונשין דינה להידחות.

12. המערער והסניגוריה הציבורית ממשיכים וטוענים כי סעיף 5 לחוק העונשין אינו ממצה את שאלת התחולה למפרע של דין פלילי מקל. לשיטתם, חלה ההלכה הפסוקה כי דין פלילי מקל חל למפרע ומכוחה מבקשים הם להחיל את סעיף 300א לחוק העונשין על עניינו של המערער על אף שניתן בו פסק דין חלוט. לעומת זאת, המשיבה טוענת כי סעיף 5 הוא סעיף ממצה ולכן אין להיזקק להלכה הפסוקה. ובכל

מקרה, כך טענה, ההלכה הפסוקה איננה מתירה להחיל את סעיף 300א לחוק העונשין במקרה דנן.

13. שאלת היחס בין סעיף 5 לחוק העונשין ובין ההלכה הפסוקה בדבר תחולת דין פלילי מקל למפרע איננה שאלה פשוטה. אין לי צורך להכריע במחלוקת שנתגלעה בין הצדדים בשאלה זו. שכן, הגעתי למסקנה כי גם לפי ההלכה הפסוקה אין להחיל את סעיף 300א לחוק העונשין בעניינו של המערער מאחר שהכלל הפסיקתי איננו מאפשר להחיל דין פלילי מקל על מקרים שניתן בהם פסק דין חלוט. דין פלילי מקל חל למפרע על הליכים תלויים ועומדים בלבד, בין בערכאה הראשונה ובין בערכאת הערעור אך לא על פסקי דין חלוטים. בהקשר זה, הכלל הפסיקתי צר אף יותר מסעיף 5(ב) לחוק העונשין. מיד אסביר עמדתי זאת.

#### ההלכה הפסוקה

14. הפסיקה עסקה רבות בשאלות תחולה בזמן של חוקים (ראו: ע"א 1613/91 אורית ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (להלן: פרשת ארביב); בג"ץ 1618/97 סצי' נ' עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד נב(2) 542). נקודת המוצא היא כי החוק חל מכאן ולהבא ולא למפרע (אלא אם יש הוראת מעבר אחרת). זו החזקה הפרשנית כנגד תחולה למפרע (ראו: בג"ץ 9098/01 ילנה גניס ואח' נ' משרד הבינוי והשיכון ואח', פ"ד נט(4) 241; בג"ץ 7159/02 אברהם מרדכי נ' פקיד שומה גוש דן (טרם פורסם) (ניתן ביום 23.11.2005)). היא נועדה להגשים צדק, שלטון חוק, הכוונת התנהגות, ודאות ויציבות. אולם, היא לא חלה מקום שמדובר בחוק מיטיב, שכן, במצב זה, לא תופשים, במידה רבה, הטעמים העומדים ביסוד החזקה (ראו: א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה (כרך ב', 1994) 609). מטעמים אלה ואחרים נפסק כי חוק פלילי מקל חל באופן רטרופקטיבי. וכך באו הדברים לידי ביטוי בפרשת מזרחי:

"... הוראה פלילית שבאה להקל עם האדם, בין שמבטלת היא עבירה קיימת ובין שבאה היא להקל בעונש שהיה קבוע לעבירה זו, הוראה כגון זו מן הראוי שתשפיע למפרע, היינו לענין מי שעבר את העבירה לפני ביטולה או לפני ההקלה בעונשה. תחולת ההוראה הפלילית המקלה למפרע הסברה בכך, שמשגילה המחוקק שמעשה פלוני שוב אינו בבחינת עבירה או שיש להקל בעונשו, מן הראוי שהנאשם ייהנה מכך ולא ייענש על מעשה שהוא מותר בשעת הענישה ולא ייגזר עליו עונש שהוא חמור מזה שקיים בשעת גזירת הדין" (פרשת מזרחי, בעמ' 394. ראו גם: ע"פ 348/67 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד כב(1) 225 (להלן: פרשת פלוני)).

עמדתי על כך במקום אחר באומרי:

"המקרים הטיפוסיים שבהם פועל עקרון ההטבה מצויים בתחום הפלילי. ההשקפה המקובלת הינה כי חוק פלילי חדש המבטל עבירה או מקטין את העונש בגינה ( in mitius ) פועל באופן רטרופקטיבי" (א' ברק, פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה (כרך ב', 1994) 636. ראו גם: פרשת ארביב, בעמ' 784).

15. שורשיו של עיקרון ההטבה במשפט הפלילי הינם במשפט המקובל. על פי המשפט המקובל ביטול עבירה הביא לביטול הליכים משפטיים תלויים ועומדים בגינה (ראו: The Queen V. Mawgan, 112 Eng. Rep. 927 (Q.B. 1838); United States v. Peggy, 1 Cranch 103 (1801); Bell V. Maryland, 378 U.S. 226, 84 S.Ct. 1814 (1964); Albert Levitt, "Repeal of Penal Statutes and Effect on Pending Prosecutions", 9 Am. Bar. Assn. Jour. 715 (1923); Carl Seeman, "The Retroactive Effect of Repeal Legislation", 27 Ky. L. J. 75 (1938). דין פלילי שביטל עבירה הוחל איפוא רטרופקטיבית על הליכים תלויים ועומדים והביא להפסקת ההליכים. זאת הדוקטרינה הנודעת כ "The Doctrine of Abatement" (ראו: Note: "Today's Law and Yesterday's Crime: Retroactive Application of Ameliorative Criminal Legislation", 121 U. Pa. L. Rev. 120, 121 (1972-3). הדוקטרינה הוחלה גם על דין פלילי שהפחית בעונש הקבוע לצידה של העבירה. במצב זה פעלה הדוקטרינה לביטול אישומים בעקבות השינוי שחל אך בעונש (ראו: The King v. M'kenzie, 168 Eng. Rep. 881 (Cr.Cas.1820); R. v. Swan, 14 JP 161, 4 Cox CC 108 (1849); Commonwealth v. Kimball, 38 Mass. 373 (1838); State v. Daley, 29 Conn. 272 (1860); Note: "Today's Law and Yesterday's Crime: Retroactive Application of Ameliorative Criminal Legislation", 121 U. Pa. L. Rev. 120, 123 (1972-3). על דוקטרינה זו עמד השופט Marshal בבית המשפט העליון האמריקאי באומרו:

"At common law, the repeal of a criminal statute abated all prosecutions which had not reached final position in the highest court authorized to review them. ... Abatement by repeal included a statute's repeal and re-enactment with different penalties. ... And the rule applied even when the penalty was reduced" (Bradley V. United States, 410 U.S. 605, 607-608, 93 S.Ct. 1151, 1154 (1973).

16. תוצאות הדוקטרינה לא הניחו את הדעת, ובמיוחד, ביטול אישומים בעקבות שינוי בענישה. לאור זאת הגיב המחוקק במדינות ה-common law בחקיקת הוראות שמירה (Saving Clauses) או הוראות מעבר שונות. במספר מדינות בארה"ב קבעו הוראות השמירה או המעבר, ביחס לשינוי בדין פלילי שיש בו הקלה בעונש, כי הדין הקודם ימשיך לחול על עבירות קודמות; במדינות אחרות בארה"ב נקבע כי העונש הקל יחול על הליכים תלויים ועומדים בערכאה הראשונה; במספר מדינות בארה"ב הורחבה התחולה למפרע של העונש הקל גם על הליכים תלויים ועומדים בערכאת הערעור (ראו: Note: "Today's Law and Yesterday's Crime: Retroactive Application of Ameliorative Criminal Legislation", 121 U. Pa. L. Rev. 120, 129 (1972-3)). לא אחת, הוראת השמירה או המעבר היתה כללית וחייבה פרשנות לא פשוטה. במצב זה הזדקקו בתי המשפט בארה"ב לשאלה, איזה עונש יחול בעקבות שינוי חקיקתי המפחית את העונש בגין העבירה, העונש בזמן ביצוע העבירה או העונש בזמן הדיון. העמדה הרווחת בפסיקת המדינות בארה"ב היא כי על הליכים תלויים ועומדים חל העונש המקל בזמן הדיון (ראו: In Re Estrada, 63 Cal. 2d 740, 408 P.2d 948 (1965); In re Falk, 64 Cal.2d 684, 414 P.2d 407 (1966); State v. Pardon, 272 N.C. 72, 157 S.E.2d 698 (1967); State v. Tapp, 26 Utah 2d 392, 490 P.2d 334 (1971)). עונש מקל הוחל איפוא רטרואקטיבית על ידי בתי המשפט. וכך כתב בית המשפט לערעורים במדינת ניו-יורק באחת הפרשות:

"Where an ameliorative statute takes the form of a reduction of punishment for a particular crime, the law is settled that the lesser penalty may be meted out in all cases decided after the effective date of the enactment, even though the underlying act may have been committed before that date. .... This application of statutes reducing punishment accords with the best modern theories concerning the functions of punishment in criminal law. ... A legislative mitigation of the penalty for a particular crime represents a legislative judgment that the lesser penalty or the different treatment is sufficient to meet the legitimate ends of the criminal law. Nothing is to be gained by imposing the more severe penalty after such a pronouncement; the excess in punishment can, by hypothesis, serve no purpose other than to satisfy a desire for vengeance" (People v. Oliver, 1 N.Y.2d 152, 159-160, 134 N.E.2d 197, 201-202 (1956)).

17. אלא, שהתחולה למפרע של חקיקה שמבטלת עבירה או שמפחיתה בעונשה התייחסה למשפטים תלויים ועומדים, הן בערכאה הראשונה והן בערכאת הערעור, אך לא למשפטים חלוטים (ראו: Aaron V. State, 40 Ala. 309 (1866); In re Manoca, 146 Mich. 697, 705, 110 N. W. 75, 78 (1906); Odekirk v. Ryan, 85 F.2d 313 (6<sup>th</sup> Cir. 1936); People v. Oliver, 1 N.Y.2d 152,163, 134 N.E.2d 197,203 (1956); In Re Estrada, 63 Cal. 2d 740, 408 P.2d 948 (1965); State v. Tapp, 26 Utah 2d 392, 490 P.2d 334 (1971); In re Moreno, 58 Cal. App. 3<sup>rd</sup> 740 (1976); Note: "Effect of Repeal of a Criminal Statute Upon Prosecutions for ביטול עבירה או הפחתה בעונש לאחר שפסק הדין הפך חלוט לא היה בו כדי לשנות את פסק הדין (ראו: Note: "Today's Law and Yesterday's Crime: Retroactive Application of Ameliorative (Criminal Legislation", 121 U. Pa. L. Rev. 120, 145 (1972-3).

18. משורשים אלה צמחה ההלכה שנפסקה בבית משפט זה בפרשת מזרחי כי הוראה פלילית שבאה להקל עם האדם מן הראוי שתשפיע למפרע. התחולה למפרע בפרשת מזרחי עצמה התייחסה להליך תלוי ועומד. כך היה בפרשות אחרות שהחילו דין פלילי מקל למפרע (ראו: פרשת פלוני; ע"פ 143/88 קוזרי נ' מדינת ישראל (לא פורסם) (ניתן ביום 20.10.88)). אין, איפוא, מקום לומר כי דין פלילי מקל חל למפרע אף על משפטים חלוטים כפי שטען המערער והסניגוריה הציבורית. זאת איננה ההלכה הפסוקה בישראל ובמדינות המשפט המקובל. ההלכה הפסוקה מורה כי דין פלילי מקל חל למפרע על הליכים תלויים ועומדים בין בערכאה הראשונה ובין בערכאת הערעור, אך לא על הליכים שהסתיימו בפסק דין חלוט. כך הוא הדין על פי ההלכה הפסוקה מן המשפט המקובל. כך פסקו בתי המשפט במדינות ארה"ב עת החילו הוראות ענישה מופחתת באופן רטרואספקטיבי על הליכים תלויים ועומדים. גם בקנדה חלות הוראות הפחתה בעונש באופן רטרואספקטיבי על משפטים תלויים ועומדים אך לא על משפטים חלוטים והדבר אף מעוגן בחקיקה ובחוקה הקנדית (ראו: סעיף 44(e) לחוק הפרשנות הקנדי; סעיף 11(i) לצ'רטר הקנדי; R. v. Dunn, [1995] 1 S.C.R. 226; R. v. R.(R.A.) 140 C.C.C. (3d) 523 (2000); Don Stuart, **Charter Justice in Canadian Criminal Law** (3<sup>rd</sup> ed., Carswell, 2001) 385-387; Don Stuart, **Canadian Criminal Law: A Treatise** (4<sup>th</sup> ed., Carswell, 2001) 34-41. העמדה העולה ממשפט מדינות ה common law היא איפוא תחולה רטרואספקטיבית של דין

פלילי מקל על משפטים תלויים ועומדים אך לא על משפטים חלוטים. זהו גם הדין בישראל.

19. טעם הדבר נעוץ בעקרון סופיות הדיון. עקרון סופיות הדיון הוא עקרון יסוד בשיטתנו המשפטית. קשה עד בלתי אפשרי לקיים מערכת משפטית ללא עקרון הסופיות. במקום אחר ציינתי כי "מי שהיה לו יומו בבית- המשפט, ודינו הוכרע, צריך לראות בכך סוף פסוק. אין זה ראוי לפתוח משפטים מחדש לאחר שנסתיימו. הפסיקה צריכה להיות יציבה ופתוחה לשרת את ענייניהם של נאשמים אחרים, הממתינים לבירור משפטם ... אכן, פתיחת שערי בתי- המשפט לתקיפה שאין לה סוף של פסקי-דין שעברו את מלוא ההליך הפלילי, סופה ערעור מוחלט של הביטחון והיציבות במשפט" (מ"ח 6148/95 משה עזריה נ' מדינת ישראל, פ"ד נא (2) 334, 354). זאת ועוד, המשפט הפלילי מאבד מתכליתו ההרתעתית ללא עקרון הסופיות. "ערך זה, של סופיות הדיון, אינו שואב את כוחו רק מצורכיהן של המערכת השיפוטית ושל מערכת האכיפה הפלילית: כוחו עומד לו גם מן האינטרס החינוכי וההרתעתי שביסוד פסק-הדין" (מ"ח 7929/96 אחמד קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 529, 559). העונש שמוטל בפסק דין פלילי חלוט איננו עונש זמני עד לשינוי רף הענישה, אלא, עונש סופי שנועד להגשים את תכליות הדין הפלילי והענישה הפלילית. התחשבות בעיקרון הסופיות ואיזונו עם יתר השיקולים מובילה למסקנה כי דין פלילי מקל חל למפרע כל עוד מתקיימים הליכים משפטיים. אך מרגע שניתן פסק דין חלוט גוברת ידו של עיקרון סופיות הדיון על יתר השיקולים.

20. על עיקרון הסופיות כרציונאל לאי תחולת דין פלילי מקל רטרואספקטיבית על פסקי דין חלוטים עמדו רבים. כך כתב פרופ' פלר:

"הבעיה פשוטה פחות כאשר נורמה מקלה את האחריות, כלומר, מבלי לבטל את העבירה עצמה, מתקנת הנורמה החדשה את קודמתה לאחר חריצת הדין ובשעת מימוש האחריות, .... במקרה זה, ניתן לגרוס כי ידו של עקרון סופיות פסקי הדין צריכה להיות על העליונה ואין מקום לחידוש הליכים ודיונים כדי שבית המשפט יפעיל פעם נוספת את שיקול דעתו לשם מתן פסק דין חדש, המושתת על הנורמה המאוחרת. עקרון זה מחוייב המציאות, שכן אילו נתנו אור ירוק לחידוש הליכים בשל כל נסיבה חדשה, שלדעת המעוניין בדבר עשויה להשפיע על מידת אחריותו בשל העבירה שבוצעה, היו עושים פלסתר את כל פעילותה של הרשות השופטת, והיו מסכלים גם את אפשרותה לעסוק בעבודתה השוטפת" (ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א',

In Re Kline, 70 Ohio St. 25, 27 : 229 (1984). ראו גם:  
 ((1904)).

21. מקובלת על ידי טענת המערער והסניגוריה הציבורית, כי מאחר שעסקינן בחירותו של האדם יש בכך כדי להשפיע על משקלו של עיקרון הסופיות בנוסחת האיזון. יחד עם זאת, לדעת, אין משמעות הדברים כי יש לבטל את עיקרון הסופיות כליל. אכן, "the fact that life and liberty are at stake in criminal ... prosecutions shows that 'conventional notions of finality' should not have as much place in criminal as in civil litigation, not that they should have none (Teage v. Lane, 489 U.S. 288, 355 (1989)). אל מול חירות המורשע בפסק דין חלוט עומדים זכויות אחרות ושיקולים מערכתיים למען הכלל וזכויות הכלל שיש להתחשב בהם והם הובילו אותי למסקנה כי אין להחיל רטרופקטיבית את סעיף 300א לחוק העונשין בעניינו החלוט של המערער כפי שהוא ביקש ובהליך שבו נקט. הנה כי כן, משניתן פסק דין חלוט בעניינו של המערער הרי שיש לייחס לכך את כל המשמעויות וההשלכות המתחייבות על פי עיקרון סופיות הדיון. המשמעות וההשלכה הבסיסית היא שהעניין סופי ופתיחתו מחדש היא חריג ביותר. בעניינו, אין מקום לפתוח מחדש את עניינו של המערער כדי להחיל עליו את סעיף 300א לחוק העונשין בהתאם לבקשתו שהוגשה לבית המשפט המחוזי ושעל פסק הדין בה מונח הערעור בפנינו. הדבר איננו אפשרי, לא מכוח סעיף 5(ב) לחוק העונשין ולא מכוח ההלכה הפסוקה בדבר תחולת דין פלילי מקל למפרע.

22. שאלה אחרת – שלא הועמדה בפנינו בערעור זה – אם עומדות בפני המערער הדרכים של משפט חוזר או חנינה. אין באמור בפסק דינו זה כדי לבטא כל עמדה שהיא ביחס לשאלה האמורה.

לאור כל זאת, דין הערעור להידחות.

ה נ ש י א (בדימ')

הנשיאה ד' ביניש:

אני מסכימה.

ה נ ש י א ה

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

אני מסכים.

המשנה לנשיאה

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

ניתן היום, ו' בכסלו התשס"ז (27.11.2006).

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ה נ ש י א (בדימ')