

**רטרואקטיביות [כולל תחולה בזמן]- הרצאה מתוקשבת****רשימת קריאה לשיעור:**

סעיפים 3-6 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

סעיף 22 (ג) לחוק הפרשנות, תשמ"א – 1981, כנוסחו לפני התיקון בשנת תשנ"ד.

\* ע"פ 336/61 אייכמן נ. היועץ המשפטי, פ"ד טז 2041-2043

ע"פ 77/64 ברנבלט נ. היועץ המשפטי, פ"ד יח (2) 78-82

\* ע"פ 63/89 מזרחי נ. מ"י, פ"ד מג (4) 388

ע"פ 621/88 פילר נ. מ"י, פ"ד מז (3) 126 (גזר הדין בלבד).

ע"פ 2213/00 מ"י נ. פלוני, תק-על 00 (2) 225; (השופטת דורנר פסקאות 1-3, 7-10, השופטת ב ביניש כל ההחלטה).

בג"צ 1618/97 סצי נ. עיריית תל אביב, פ"ד נב (2) 542 (השופט מצא פסקאות 5-8, 14,

השופטים טירקל ודורנר כל ההחלטה).

ע"פ 4002/01 קורקין נ. מ"י, פ"ד נו (4) 250

תחולת העבירה הינה נגזרת של עקרון החוקיות. נעסוק בתחולה בזמן ולא בתחולה במקום (7-17 לחוק). כדי להטיל אחריות פלילית יש לוודא שמדובר בחוק תקף מבחינת הזמן והמקום. כך גם ביחס לענישה. הנושא כעת יעסוק ברטרואקטיביות. כבר עתה ראו שסעי' 3-6 דנים בתחולה בזמן.

עניינו של הנושא כעת הוא בהשלכות שיש לביטולה או שינויה של עבירה, **לגבי מעשים שנעשו לפני כניסה לתוקף של הביטול או השינוי.**

**סעיף 3 : אין עונשין למפרע.**

(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.

עקרון החוקיות בא לביטוי גם בס' 3.

הכלל: איסור על חקיקה פלילית רטרואקטיבית. כל הוראה חיקוק היוצרת עבירה "פניה לעתיד", והיא לא פועלת למפרע (בדעיבד).

"פרסומו כדין" – חוק נכנס לתוקף מיום פרסומו ברשומות. גם שהוא מפורסם לעיתים קבוע זמן מאוחר יותר לתחולתו, במצב זה הוראה היוצרת עבירה חלה מיום הפרסום לגביה או מיום תחולתה, המאוחר מביניהם.

**דוג':** חוק איסור הטרדה מינית חוקק ביום 1/1/98.

נכנס לתוקף ביום 1/6/98, החוק לא יחול על מעשים שנעשו לפני 1/6/98.

**מהן הסיבות לאיסור חקיקה רטרואקטיבית ?**

1. אין לאדם מידע לגבי המותר והאסור.
2. שרירותיות של הרשות המחוקקת.

לפני תיקון 39 הוראה זו לא היתה מצויה בחוק העונשין, אולם עקרון זה נשמר בפסיקה.

**ס"ק (ב):**

**אם חוק מחמיר בענישה על עבירה קיימת – לא תחול ההחמרה בעונש על מעשה שנעשה לפני פרסומו, או כניסתו לתוקף, הכל לפי המאוחר ביניהן.**

**עוד נקבע כי עדכון שיעור של קנס לא נחשב להחמרה בעונש.** כלומר, עדכון קנס חל מיום כניסתו לתוקף, ולא משנה אם העבירה שבגינה מוטל הקנס, נעברה קודם לכן.

לגבי העונש ביהמ"ש הקפידו שהעונש יקבע לפי העונש המרבי ביום ביצוע העבירה, והסיפא ס' 3(ב) מעגנת דרישה זו בחוק.<sup>1</sup>

**סיכום ביניים: הוראת חוק היוצרת עבירה או החמרה בעונש על עבירה קיימת, נכנסת לתוקף רק עם פרסומה או במועד יותר אם נקבע בה.**

<sup>1</sup> ס' 35(א) אינו מאפשר החמרת עונש לאחר הרשעה, ס' 3(ב) נועד להחי חוק זה לגבי קנס, ובעצם קובע שאין בעדכון קנס החמרה].  
35(א): הענשים הם עונשי מקסימום.  
(א) בימ"ש שהרשיע אדם בשל עבירה, רשאי להטיל עליו כל עונש אשר אינו עולה על העונש שנקבע בדין לאותה עבירה.

## רטרואקטיביות מחמירה

רטרואקטיביות הוא עקרון מרכזי בעקרון החוקיות . בעיה הנוגעת לעקרון איסור חקיקה רטרואקטיבית התעוררה בפס"ד אייכמן, שקדם לתיקון 39 (שמסדיר את הנושא).

**פס"ד אייכמן** [ע"פ 336/61 אייכמן נ. היועץ המשפטי, פ"ד טז 2043-2041]

ביהמ"ש דן בשאלה : **האם ניתן להעמיד לדין את אייכמן על עבירה שלא הייתה קיימת בעת ביצוע העבירה ?** השאלה מקבלת משנה תוקף שכן לא די בכך שהחוק לא היה קיים , גם מדינת ישראל לא הייתה קיימת.

חלק מהדיון נגע לשאלה האם יש כלל בינלאומי האוסר על רטרואקטיביות ? ביהמ"ש קבע שאין כלל כזה.

**עם זאת קובע ביהמ"ש ששעקרון החוקיות , המבסס את הרטרואקטיביות , לא חל במקרה של אייכמן מכיוון ש :-**

א. מעשי השמדת עם הן מסוג העבירות אשר כולם יודעים כי הן אסורות "מאז ומתמיד" – אין להן תחולה בזמן.

ב. אין בענישה כזו משום שרירות - אין דין בינלאומי פוזיטיבי האוסר על כך [על מנת שיהיה דין ביני' פוזיטיבי יש צורך בהסכמת מדינות לכך ] יתר על כן , מטעמי מוסר , הרי שאין למנוע תחולה רטרואקטיבית במקרה דנן.

[גם במס' חוקות בעולם, בהן קיים איסור על החלת חקיקה רטרואקטיבית , קיים חריג של פשע של השמדת עם. לדוג' חוקה קנדית]

## רטרואקטיביות מקלה

השאלה היא מה קורה כאשר החוק בוטל לאחר עשיית המעשה ?

לדוג' אדם מבצע עבירה, כמו החזקת סמים לצריכה עצמית, ולמחרת בוטל החוק.

**סעיף 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."

כל הזכויות שמורות. ההרצאה מיועדת ללימוד במסגרת הקורס "דיני עונשין". אין להעתיק, לפרסם, לשכפל או לעשות כל שימוש אחר בהרצאה ללא אישורו המפורש של עו"ד גיא בן דוד

אם אדם החזיק סמים לצריכה עצמית היום, וכיום הדבר מהווה עבירה, אלא שלמחרת בוטלה העבירה (נניח מפלגת "עלה ירוק" הצליחה להכנס לכנסת וליזום שינוי בפק' הסמים, ולמחרת העבירה הנ"ל בוטלה), הרי שלפי סעיף 4 לחוק העונשין אין אחריות פלילית ולכן לא יעמידו אותו לדין.

**דוג' נוספת:** עד 1988 הייתה חקיקה שאסרה משכב זכר בין בוגרים בהסכמה ובשנה זו בוטל האיסור. אדם שעשה כן לפני הביטול אחריותו הפלילית תתבטל.

### **מה קורה אם העמידו אותו כבר לדין, ומשפטו מתנהל לבינתיים?**

אומר סעיף החוק כי ההליכים יופסקו. ואם השופט היה מאוד יעיל והוא כבר נתן גזר דין והנאשם החל לרצות את העונש? הריצוי יופסק.

### **יצוין כי כל ההליכים הנלווים יופסקו בין אם זה מעצר ימים מעצר עד תום ההליכים, שחרור בערובה.**

#### **מדוע רטרואקטיביות המקלה מותרת והמחמירה אסורה?**

משום שלפי עקרון החוקיות, אין כאן שרירות. אי הידיעה של הנאשם לא פגעה בו, היא לא לחובתו אלא דווקא לזכותו. הנאשם לא יפגע אם נחיל חקיקה רטרואקטיבית מקלה. מעבר לכך ניתן לומר שהדעת נותנת שתהא חובה על רטרואקטיביות מקלה, מכיוון שאם כעת ישנה הקלה בחקיקה, ועבירה בוטלה, הרי שהחברה אומרת בכך שאין במעשה איסור פלילי, ולכן לא צודק שנאשם ישלם את המחיר עבור מעשה שהחברה סבורה שאין בו פגם חוקי. הדין הפלילי אינו מעניש על נכונות לעבור עבירות ועל זלזול בחברה, אלא על התנהגויות אסורות. לכן גם אם הוא זלזל בחוק ועבר עליו במודע כשעבר את העבירה, הרי משזו בוטלה, יש להחיל את ההקלה רטרואקטיבית.

**פס"ד מזרחי** [ע"פ 63/89 מזרחי נ. מ"י, פ"ד מג (4) 388]

{ ש' אלון – אליו הצטרפו הש' חלימה ותיאודור אור. פס"ד מדצמבר 1989 }

המערער הורשע בבית המשפט המחוזי בביצוע מעשה מגונה בכפייה, עבירה לפי סעיף 354(א) לחוק העונשין, תשל"ז-1977, שהיה בתוקף בעת ביצוע המעשה. הוטלו עליו 4 שנות מאסר (שנתיים וחצי בפועל ושנה וחצי על תנאי). בשעת הטלת העונש כבר נכנסו לתוקפם שינויים משמעותיים בפרק עבירות המין בחוק העונשין, וזאת מכוח חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988. סעיף 354(א) בוטל, והסעיף הקרוב אליו ביותר הוא סעיף 348(א) לחוק, שעניינו תקיפה מינית. העונש המירבי לפי סעיף 348(א) הוא שלוש שנות מאסר בלבד, אך הוא עוסק בנסיבות קלות מאלה שבהן דן סעיף 354(א), ויסוד הכפייה אינו מרכיב ביסודותיו. טענת המערער היא, שיש להקל בעונשו.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> כאמור, המערער הורשע לפי סעיף 354(א) לחוק העונשין, אשר זו לשונו:

כל הזכויות שמורות. ההרצאה מיועדת ללימוד במסגרת הקורס "דיני עונשין". אין להעתיק, לפרסם, לשכפל או לעשות כל שימוש אחר בהרצאה ללא אישורו המפורש של עו"ד גיא בן דוד

**בימ"ש:** מציין כי השינוי הבולט בחוק העונשין נעשה מתוך מטרה להחריף את הענישה בכל הקשור לעבירות מין. בשל ריבוי התיקונים המחמירים, השמיט המחוקק בשוגג את העבירה של מעשה מגונה. הוראה פלילית שבאה להקל עם הנאשם (בין ביטול העבירה או הקל ה בעונש) משפיעה על מי שעבר את העבירה לפני אותה הקלה בענישה או ביטולה של העבירה. בנסיבות הענין, השינוי שחל בעניין אי קיומה של הוראת סעיף 354(א) לחוק העונשין, אינה תוצאה של מגמה להקל בעבירה אלא היא תוצאה של תקלה שארעה במלאכת החקיקה שעומדים לתקנה. מבחינת המגמה- הרי המגמה היתה הפוכה- להחמיר עם עברייני מין ולא להקל עליהם. עם זאת, מאחר וכיום, עובדתית, אין בנמצא סעיף על העבירה הנדונה שעונשו למעלה מ 3 שנות מאסר- מן הראוי שלא להשאיר עונש מאסר העולה על תקופה זו ולשנות את גזר הדין בהתחשב בכך.

בסופו של יום, מה שמשעשע הוא שבימ"ש מוריד את העונש מ 4 שנים ל 3 שנים. אבל אין לכך משמעות. מדוע? כי העונש הישן עמד על שנתיים וחצי בפועל ושנה וחצי על תנאי. בימ"ש כעת השאיר את המאסר בפועל של שנתיים וחצי, ופשוט קצר את המאסר על תנאי משנה וחצי לחצי שנה. כמובן שהחוק תוקן מיידית (בתש"ן 1990).

## סעיף 5. שינוי חיקוק לאחר עשיית העבירה.

(א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פס"ד חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על העניין 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 המירבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

סעיף 5 לא היה קיים גם כן, עובר לתיקון 39, אולם כך נהגו בפסיקה, דובר על מסורת.

"העושה, או מנסה לעשות, מעשה מגונה בגופו של אדם, על כרחו תוך שימוש בכוח או באיומים, או שהאדם הוא מחוסר הכרה או במצב אחר המונע את התנגדותו, או מכריח אותו בכוח או באיומים לעשות או להניח שיעשה בו מעשה מגונה, דינו - מאסר חמש שנים".

העבירה האמורה שבסעיף 354(א) מכונה בשולי הסעיף בשם "מעשה מגונה בכפיה", והעונש הקבוע בה הוא, כאמור, חמש שנות מאסר. העבירה בוצעה, כאמור בתחילתם של דברינו, ביום 19.4.86, ואותה שעה עמד עדיין בתוקפו סעיף 354(א) הנ"ל. ביום 22.3.88 נתקבל בכנסת חוק העונשין (תיקון מס' 22), תשמ"ח-1988, אשר לפיו, בין היתר, בוטל סעיף 354(א), והסעיף הקרוב ביותר, מבחינת תוכנו, לסעיף 354(א) הנ"ל הוא עתה סעיף 348(א), אשר זו לשונו:

"התוקף אדם או העושה תנועות מגונות המכוונות אליו, לשם גירוי, סיפוק או ביזוי מיניים, דינו - מאסר שלוש שנים".

כל הזכויות שמורות. ההרצאה מיועדת ללימוד במסגרת הקורס "דיני עונשין". אין להעתיק, לפרסם, לשכפל או לעשות כל שימוש אחר בהרצאה ללא אישורו המפורש של עו"ד גיא בן דוד

**פס"ד חלוט** – שלא ניתן לערער עליו (עברה התקופה של 45 ימים לערער)

**סעיף 5 מדבר על מקרה בו לא בוטלה העבירה (כאמור בסעיף 4) אלא, העבירה שונתה, לאחר שהנאשם עבר אותה.**

**מתי נחיל את הוראת הסעיף ?**

רק אם **טרם ניתן פס"ד חלוט לגביה**. היינו, כל עוד לא עברו 45 ימים שניתן לערער על פס"ד. אם עברו 45 הימים מאז נגזר דינו – אבוד לו.

כלומר כל שינוי בעבירה המקל עם הנאשם, נחיל אותו כל עוד פס"ד אינו חלוט.

**ישנם שני מצבים:**

1. **אם השינוי חל לפני שפסק הדין הפך חלוט** : עניינו של הנאשם ייחרץ לפי הדין המקל מבין השניים, הישן או החדש : המתוקן או המתקן.

2. **אם השינוי נכנס לתוקף לאחר שפס"ד היה חלוט** : יבוא בחשבון **רק שינוי בעונש המקל עם הנאשם** (לגבי אותה עבירה). כלומר, העונש שיהא עליו לרצותו לא יעלה על העונש המירבי שנקבע לעבירה לאחר התיקון (המקל).

**דוגמאות:**

ראובן מבצע עבירת גניבה בצידה עונש של 3 שנים;

**לא ניתן פס"ד חלוט :**

**כעת, העונש הוחמר** ל 4 שנים. מה יהיה דינו ? נלך לפי הדין המקל ! מקסימום 3 שנים.(הדין הישן).

**כעת העונש הוקל** מ 3 שנים לשנתיים ? כנ"ל...לפי המקל מבין השניים . מקסימום שנתיים (הדין החדש).

נניח כעת, כי **ניתן פס"ד חלוט** :

כאשר העונש הוחמר- אין נפקות..

כאשר העונש הוקל - הנאשם יירצה את העונש המקסימלי של החוק החדש המקל.

נניח כעת כי **ניתן פס"ד חלוט** - אבל **חל שינוי בהגדרת העבירה** , באופן שהוא מקל עם הנאשם , נניח עבירת אינוס , לא מסתפק כעת "בהסכמה לא חופשית " אלא יש צורך להוכיח כי התנגדה בכח וה שתלוללה. אז מה ? אם הפס"ד חלוט - אין משמעות לשינוי . אם עבירת האינוס היתה

כל הזכויות שמורות. ההרצאה מיועדת ללימוד במסגרת הקורס "דיני עונשין". אין להעתיק, לפרסם, לשכפל או לעשות כל שימוש אחר בהרצאה ללא אישורו המפורש של עו"ד גיא בן דוד

מתבטלת- כמובן שהוא ישוחרר ממאסר , וכל ההליכים יבוטלו . אם העונש היה חמור יותר- אין משמעות לתיקון המחמיר , הוא ירצה את הקל מהשניים שברור שזה הדין הישן . אם קל יותר – הקל מביניהם.<sup>3</sup>

### הכלל המסכם את מה שלמדנו עד עתה:

1. אם עבירה בוטלה- הביטול חל בכל השלבים של ההליך. (סעי' 4)
2. אם העבירה שונתה: תלוי אם פס"ד חלוט או לא-  
פס"ד לא חלוט - תמיד יחול המקל! (הגדרת עבירה, סייגים, עונש).  
פס"ד חלוט- הקלה רק בענישה.

### עבירות שהזמן גרמן ] סעיף 6 [

"הוראות סעיפים 4 ו-5 לא יחולו על עבירה לפי חיקוק שנקבע בו או לגביו שיעמוד בתוקפו לתקופה מסוימת , או שנובע מטיבו שהוא נתון לשינויים מזמן לזמן."

הוראה זו חלה על שינוי וביטול של עבירה מקילה (כי מה שמחמיר לא יחול רטרואקטיבית לפי ס' 3). ס' 6 חל על חקיקה מוגבלת בזמן.

**עבירות ש"הזמן גרמן" הן עבירות שחומרתן מתחייבת מהצרכים של הזמן שבו הן תקפות ומחייבות.** והחלת ההוראות המקלות שבסעיפים 4 ו 5 לגביהן, מכרסמת בכח ההרתעה שחומרתן מקנה להן.

לדוג' חקיקה מיוחדת לתקופת מלחמה , למשל אם חוק משק לשעת חירום או כיסוי חלונות בלילה, איסור נסיעה בלילות ועוד הוראות מיוחדות. השאלה מדוע כאן החוק משתנה?

<sup>3</sup> דוג' מהפסיקה: פרשת משולם - הורשע במספר עבירות על פי דוקטרינה של אחריות הדדית של קושרים אשר היתה נהוגה לפני תיקון 39. כעת, לאחר התיקון, אין אחריות הדדית, נייחס לו אחריות רק אם הוא היה צד לעשיית העבירה ( משדל מסייע מבצע וכו' ), משלא היה צד לעשייתה, הרי שהוא צריך להיות זכאי כעת. אם פס"ד היה חלוט ולא ניתן היה לערער – לא יתערבו. למעשה אין לכך נפקות כי משולם היה צד לעשייתה (בין משדל ובין מבצע ) לכן גם אם חל ה הקלה, אינה חלה לגביו , בקיצור..הוא אחראי בין אם כאחריות הדדית של קושרים וגם אם מכח התיקון כי הוא היה צד לעשייתה

הבסיס להצדקת סעיפים 4 ו 5 הוא במתן ביטוי מיידי ורטוראקטיבי לשינויים **בהתייחסות הערכית של החברה להתנהגות המהווה את העבירה**. אבל כאשר השינויים בחקיקה צפויים וידועים מראש (הרי כולם יודעים שיסתיים המצב הזמני), החוקים שמתייחסים למצב הזה יבוטלו, אזי ייצא שאנשים יבצעו עבירות בזמן הזה תוך ידיעה שהחוק המתייחס למצב זה יבוטל וכך גם תבוטל אחריותם הפלילית)- הרי נשמט הבסיס להצדקה האמורה.

**אם המחוקק לא קבע תקופה קצובה לחוק אנחנו אומרים שמטבעו של החוק הוא לצמיתות, אך לעיתים יש לשים לב לכך בעיון דקדקני, כאמור בפס"ד פיילר.**

### שינוי בדין מהותי לעומת שינוי בדין דינוני:

שינוי מהותי- תחולתו פרוספקטיבית- מכאן ולהבא.

תיקון בסדרי הדין או בראיות- נכנס לתוקף מיד ומחייב גם שיפוט ביחס לעבירות שבעבר. כן נקבע בפסיקה עוד לפני תיקון 39 [למשל: קשוילי נגד מד"י דני"פ 25/80, פ"ד לה(2)457].

הסיבה להבדל בין מהות לבין פרוצדורה וראיות: מבצע העבירה צריך לדעת מראש מה אסור ומה מותר. לכן, הדין המהותי הקובע הוא הדין שהיה קיים בעת ביצוע העבירה. לעומת זאת- הדין הפרוצדורלי הוא זה התקף בעת ההליך. לא אמור לעניין את המבצע איך תוכח אשמתו.

אין לאדם זכות קנויה לדרוש שמשפטו יתנהל בדרך X או Y או שכללי ההוכחה יהיו כאלו ולא אחרים. זכותו של אדם לטעון שאם היה איסור פלילי בעבר לא היה עושה את מה שעשה אך לא זכותו לטעון שהסתמך על כך שבעבר כללי הראיות לא הסכימו לקבל, נניח, ראיות נסיבתיות.