

אזור הדמדומים החוקתי

- את הניצב ניסו שחם אפשר וצריך היה להרשיע בעבירות מין •
- אולם השופטים התפתו להדביק לו גם את "מרמה והפרת אמונים" – עבירה שבמשך 73 שנה המחוקק לא טרח להגדיר באופן בהיר •
- קיומה המעורפל מאיים על חירות האזרחים



[פרופ' בועז סנג'יר](#)

21/11/2021, 23:41, עודכן 21/11/2021, 23:42

בפסק הדין של בית המשפט העליון אושרה הרשעת ניסו שחם, שהיה מפקד בכיר במשטרה, בשלוש עבירות. שתי הראשונות אינן מעוררות קושי: מעשה מגונה (נשיקה ללא הסכמה) והטרדה מינית (מסרונים בעלי אופי מיני) כלפי שוטרות. אין מחלוקת שמדובר במעשים בזויים ובעבירות. הבעיה היא ההרשעה בעבירה השלישית: "מרמה והפרת אמונים".

זוהי ירושה רעה מהמנדט הבריטי. העבירה מוגדרת רע, רחבה מדי, מעורפלת ואינה מגדירה מהו בעצם "מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור". על הכנסת לחוקק איסור שיגדיר מצבים של הפרת אמונים, כגון ניגוד עניינים, ידריך התנהגות מראש ולא יפתיע אנשים לאחר מעשה. 73 שנים הכנסת לא ממלאת תפקידה להחליף את חוק העונשין בחוק המתאים לימינו. בינתיים, על השופטים לשמור על עקרון החוקיות ולקבוע לאיסור גבולות ברורים, ודאי שלא להרחיבו.

מומחים סבורים שהעבירה מיותרת, גולשת לתחומי המשמעת והאתיקה, ולוכדת התנהגויות שלא מתאימות לדרסטיות של המשפט הפלילי. זוהי "עבירת סל", שקיומה פוגע באוטונומיה ובכבוד האדם. במשפט האמריקני איסור מעורפל מוכרז על ידי בית המשפט כמנוגד לחוקה ובטל. בישראל בית המשפט טרם ביטל איסור כמנוגד לחוקי היסוד. בפסק הדין שבס, כתב השופט מצא כי השופטים נכשלו בקביעת מבחן ברור ליסודות העבירה.

התביעה לא הצליחה להצביע על מעשה מסוים של שחם שמגבש את העבירה, והציעה להרחיבה באמצעות התזה הבאה: גם אם כל מעשה אינו בגדר עבירה, ניתן לצבור כמה מעשים שונים של הנאשם, בפרשות שונות, ולהצביע על התנהלות כוללת שהיא בגדר מעשה הפרת אמונים הפוגע בציבור. המעשים שיוחסו לשחם הם יצירת קשרים אינטימיים עם שוטרות, וכעבור שנים קבלת החלטות באשר אליהן. אלא ששופט בית משפט השלום, שבחן את העובדות לעומק, קבע שבכל ההקשרים מדובר בניגוד עניינים בעוצמה נמוכה מאוד, שרחוקה מאוד מהתחום הפלילי.

במשפט הפלילי אמור לשלוט עקרון החוקיות הקבוע בחוק: "אין עבירה ואין עונש עליה, אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו". העיקרון מקובל בכל המדינות, ומטרתו אזהרה הוגנת לאזרח ושמירה על הפרדת הרשויות. בלעדיו אין לנו חירות, שכן ניתן בקלות להאשים אדם בהתנהגות שקרובה להתנהגות שמוגדרת כעבירה.

מעשיו של שחם היו בזויים, לא מוסריים ומתאימים לדין משמעותי ולפיטורים - ואכן פוטר; ובשני מקרים גיבשו עבירות פליליות של מעשה מגונה והטרדה מינית. מחויבות החברה לעקרון החוקיות ולחירות האדם נבחנת כשמדובר במעשים מכוערים, שאינם מוגדרים בחוק כעבירה. משלושת השופטים בביהמ"ש העליון רק השופט אלרון, ולפניו שופט השלום שגיא, עמדו במבחן וקבעו שלא התגבשה עבירת הפרת אמונים. הם דחו את תזת הצטברות המעשים הלא-פליליים, שהופכים יחדיו לעבירה. שופטי המחוזי ושופטי הרוב בעליון, לנוכח סלידתם מהתנהלות הנאשם, לא עמדו בפיתוי והרשיעו את שחם גם בהפרת אמונים, תוך הרחבת העבירה.

בעיה גדולה היא ששופטי הרוב, בהשפעת דברים מוטעים שכתב בעבר השופט ברק, מוכנים להישען על "תכלית החקיקה" ולקבוע שהנאשם פגע בערך מוגן. אך מי שמוסמך לקבוע מהי ההתנהגות שפגיעתה בערך המוגן מצדיקה איסור פלילי, הוא המחוקק. הפסיקה החדשה, שכבר לפניה נמתחה ביקורת אקדמית על הרחבת העבירה, היא צעד לא רצוי נוסף. את שחם ניתן וצריך היה להרשיע ולהעניש על עבירות המין שעבר, מבלי להרחיב לכבודו את עבירת הפרת האמונים, לרמוס את עקרון החוקיות ולצמצם את חירות האזרחים. אם לא שומרים על הכלל שכל התנהגות שלא נאסרה במפורש בחוק היא מותרת - אין לנו חירות. כמו כן, הרחבת עבירת הפרת האמונים, בשילוב עם השימוש התכוף בה כנגד נבחר ציבור, יצרו מכשיר שמסכן את כיבוד רצון הבוחרים ואת הדמוקרטיה.



פרופ' בועז סנג'רו

פרופ' סנג'רו הוא מייסד האתר "ביקורת מערכת המשפט הפלילי" ו"המכון לבטיחות במשפט הפלילי" ומלמד במכללות האקדמיות גליל מערבי וספיר