

# הד-המשפט

1

"... כי אם עשות משפט ואהבת חסד"  
(מיכה ו', ח')

- ד"ר ש. ז. חשין - במאה דרכים ודרך
  - ד"ר א. ויתקון - פחת במס הכנסה
  - א. גדובוס - דיני עבירות מין בישראל
  - הלכות - ילקוט חידושי הלכה
- בימת הקורא

חאוניברסיטה העברית בירושלים  
ספרית הפקולטה  
למשפטים



ד"ר ש. ז. חשין / במאה דרכים ודרך

במאה דרכים ודרך יכול עורך-דין לסייע לבית-המשפט, אמר זה לא כבר כבי-מימ נשיא בית המשפט העליון, ד"ר ש. ז. חשין לנקהלים בטכס סמיכת עורכי-הדין בין שאר דברי נאומו, המתפרסמים במלואם להלן. כבי-מימ הנשיא מנה רק מקצת ממקצתן של הדרכים האלה, ואף אנו אילו באנו למנותן כאן לא היינו מספיקים.

אולם לא מספיק קוצר היריעה בלבד נבצר מאתנו למנותן. מצוה עלינו לומר כי דרכים אלו לא כולן כבושות וסלולות כל צרכן. יש מהן שאף טרם הותוו מעיקרא. דומה כי לא נחטא לאמת אם נאמר שרוב מנינו של ציבור המשפטנים חפץ באמת ובתמים שמעלותיו ומסילותיו של המקצוע תהיינה ישרות ושלא יהיו בו נתיבות עקלקלות. הנבשלים בפגימת האתיקה המקצועית רובם שוגגין ואך מיעוטם מזידין. הרמת קרן המקצוע תהא, כאמור בשער הגליון, ממשימותיו העיקריות של בטאון זה. המערכת מקוה כי כל מי שיש בידו להאיר עיני חברו בהליכות המקצוע, להנחותו הדרך הישרה אשר ילך בה, להרביץ תורת האתיקה ולטפח מוסר מקצועי רם — יושיט לה יד עזר. אין לך שעה שאזנו של עורך-דין קשובה יותר לדברי הנתיחה מבטכס סמיכתו. אותה שעה משול הוא, להליכה בשבילי המקצוע, כתינוק להליכה בשבילי החיים. והרי — הרגע הנאות לכהן את מצעדיו, למען יצאלדרכו במקצוע ברגל נכונה ובוטחת.

יפה איפוא מנהגם של נשיאי בית המשפט העליון, בכל הזמנים, לכרוך בטכס הסמיכה ברכה ותוכחת מוסר כאחת. לא עת דין כי אם שעת חג היא שעת הסמיכה ותוכחת זו היוצאת מאצל דוכנם הרם באורו מעמד מהולה באהבה. סכורים אנו כי אין כדברים אלה יפים להדרכת הרבים באולם הסמיכה ובאולמות המשפט כולם. בקבצנו דברים אלה נפרשת לפנינו מסכת רחבה מן התורה הבלתי כתובה עד גמירה, תורת המוסר המקצועי.

בין שאר דברים שנביא במדורנו "במעגלי המקצוע" נוטלים אנו חירות לעשות את נאומי בטכס הסמיכה, חדשים וגם ישנים, קיני הרבים.

חברים צעירים למקצוע.

עמד וטען למרשו בענין צור-על-תנאי. טענותיו היו ערוכות כדין ומשנתו סדורה כהלכה. תוך כדי דיבורו של עורך-הדין נדמה היה לו לאחד השופטים, כי ענין דומה גדון כבר לפני זמן, ואף החלטה עקרונית ניתנה בו. הוא העיר על כך לחבריו השופטים בקול רם, ונתן הוראות למזכיר בית-המשפט לחפש ולמצוא אותה החלטה אשר קבעה את העקרון. המזכיר יצא דחוף לעשות את מצוות בית המשפט, והשופטים עצמם אף הם דפדפו בספרים וטרחו למצוא את החלטה המרומזת. לאחר חיפוש מרובה, שלמענו גוייסו גם עובדי מערכת פסקי-דין הנמצאת בבנין זה, נתגלתה ההחלטה והוגשה לבית-המשפט. אך ראה זה פלא: אחד השופטים רק פתח את פיו והתל קירא מתוך חוברת פסקי-הדין את דברי בית-המשפט באותו ענין, ועורך-הדין הצעיר הזורז והכריז: "אבל אפשר להבדיל בין שני אלה בכך ש... וכאן הפליג בדברים כדי לשכנע את בית-המשפט שאין הנידון דומה לראיה. אמנם בדבריו המרובים לא עלה בידו להוכיח כל הבלל בין שני הענינים, אך הוא הצליח להראות, כי הוא ידע יפה יפה על מציאותה של אותה החלטה, והעלים אותה במתכוון. הוא ודאי לא קיים מצוות סיוע לבית-המשפט שנצטווה על ידי המחוקק.

אני מבקש להצביע כאן על סיוע מסוג שלישי שיש בידו של עורך-הדין להושיט לבית-המשפט. סיוע זה נדרש בשלב מסוים של משפט פלילי. נראה לי, כי לא אגלה סוד אם אומר, שלעתים קרובות ביותר, אין בית המשפט הדין בתביעה פלילית מתקשה בשאלה כיצד לקבוע את אשמתו או את חפותו מפשע של הנאשם העומד לפניו לדין, כי אם מה לעשות בו לאחר שיצא חייב בדינו. כלומר איזה עונש להטיל עליו.

האם שמתם לב לכך, שהחוק דואג דאגה רבה ונאמנה, הייתי אומר דאגת אם רחמניה. לאורח העומד לדין פלילי, בכל שלב משלבי הדין הקודמים להטלת העונש, ומשאירה אותו אין אונים, כמעט ללא עזרה וללא דאגה בסוף המערכה האחרונה, כשהוא ניצב לשמוע את גזר-דינו?

החוק קובע הלכות ודקדוקים לאין ספור, כדי להבטיח לגאשם משפט הנגן, למשל: בתי-משפט אינם רואים בעין יפה פירסומן

ה' ו'ם הנה נרשמתם בפנקס עורכי הדין והוסמכתם לשמש כעורכי דין ולעשות את מלאכתם של עורכי דין בבתי המשפט של המדינה ומחוצה להם. סמיכה זו זכות מיוחדת היא. שאינה ניתנת אלא למי שהוכשר לכך; ואף היא כרוכה בתנאים ובסייגים. עורך-הדין נעשה פקידו של בית-המשפט, וכבית המשפט גופו אף הוא מצווה ועומד לקדם את מטרות החוק והצדק. דבר זה נכון הוא ביחוד במדינה דמוקרטית כמדינתנו, הדוגלת בשלטון החוק, ואשר בתחום המשפט אין היא מכירה בשלטון אישי ובפולחן האישיות. על עיקרי זכויותיו ותובותיו של עורך הדין מדובר בקיצור לשון בפקודת עורכי-הדין, ומן הראוי שתשגנו ותחזרו ותשגנו לעצמכם עיקרים אלה, אני מסב את תשומת לבכם ביחוד לסעיף 16(1) לפקודה. בסעיף זה מצווה עורך הדין "לפעול לטובת מרשהו ולסייע בידי בית-המשפט לעשות צדק". שני אלה — עשייה למען הקליינט ומתן סיוע לבית-המשפט לעשות צדק — השמיענו המחוקק בדיבור אחד. ללמדנו, כי סמיכות פרשיות יש ביניהם: עו"ד פועל לטובת מרשו כשהוא עומד על משמר הצדק, והוא מסייע לבית-המשפט לעשות צדק כשהוא פועל לטובת מרשו בגבולות החוק. כשטובת מרשו מתנגשת בחוק, חובתו של עורך-הדין היא להעלים עין מטובת המרשהו ולתת זכות הבכורה לחוק. וכי ישאל השואל: במה יכול אני, עורך דין, לסייע לבית-המשפט? אשיב לו: במאה דרכים ודרך, לא אטרית אתכם כאן, במעמד חגיגי זה, לשבת ולהאזין לפירוט הרשימה הארוכה של כל מאה זאחת הדרכים. די לי לציין את חובתו של עורך-הדין להעתר לבית-המשפט ולקבל על עצמו להגן, בלא שכר, או בשכר מועט בלבד, על אסירים עניים. חובת כבוד היא זו לעורך הדין ואין הוא בן-חורין להיפטר ממנה. ומכאן לכיוון אחר לגמרי: עורך-הדין יכול ותייב לעזור לבית המשפט לא רק בחיפוש אחרי מקורות החוק, כי אם גם בגילוי מקורות החוק הידועים לו ואינם ידועים לבית-המשפט. וזו חובה אשר עורכי-דין, וביחוד הצעירים והבלתי מנוסים שבהם, עשויים לעתים לדוש אותה בעקבם. הרשוני לספר לכם על מאורע קטן שאירע כאן, באולם זה, לפני שבועיים ימים בלבד. עורך-דין צעיר

של העובדות קודם למשפט. מיראה שמא יפגע הדבר במחלף המשפט, או ישפיע על העדים. אנו מכירים בוכוחו היסודית של כל נאשם להיות מיוצג על-ידי עורך-דין. שיהיה לו לפה. החוק קובע הוראות מיוחדות בדבר העמדת עורך-דין לנאשם חסר-אמצעים. יודיקטורה רחבה וענפה התפתחה בשאלת הצורה שיש לתת לכתב האישום ואלו פרטים יש לכלול בו. כדי להביא לידיעת הנאשם את מהותה של האשמה שמטיחים כנגדו ואת סעיפי החוק שסומכים עליהם, למען לא יתא מופתע ויידע מה ששייב. בית המשפט מקפיד על כך שלא תתקבל, חלילה, כראיה עדות מפי השמועה או הוכחה על עובדות שאינן נוגעות לענין ועשויות להביא את הנאשם במבוכה ולהיות לו לרועץ. אין לשמוע עדים שלא במעמד הנאשם. אין להביא את הנאשם כשידיו כבולות, ורבים מתנגדים אפילו למציאותו של תא מיוחד בבית המשפט, וטוענים כי עד שלא תורשע הנאשם אין להעמידו לעמוד הקלון והוא זכאי לשבת באולם בית-המשפט ליד פרקליטו. הנאשם רשאי שלא להעיד כלל; זאינו חייב להופיע כעד לפי דרישת הקטיגוריה. הזכות בידו להעיד לטובת עצמו בשבועה או שלא בשבועה, ומשבוחר הוא לשתוק — אין הקטיגוריה רשאית לעשות מטעמים מעובדה זו ולבקש מאת בית-המשפט להסיק מכאן את המסקנה, כי בשתיקתו מבקש הנאשם לכסות על אשמתו. ובכול ומעל לכול מרחף העקרון היסודי בתביעה פלילית, שכל אדם הוא בחזקת זכאי עד שלא הוכחה אשמתו. הרשעות רבות בוטלו משום שהשופט לא הקפיד על שמירת התקנות הטכניות בניהול המשפט, בקבלת עדות ובפיקוח קפדני ומדוקדק על זכויותיו החוקתיות של הנאשם.

**כ**ל זה אמור לגבי הדיון המשפטי בתביעה הפלילית, כלומר לשלב שבא קודם להרשעה. אך משסיים בית-המשפט לקרוא את פסק דינו והרשיע את הנאשם, מיד הקיץ הקץ לדאגה הרבה שדואג החוק לתגנת הנאשם, ודומה שהוא מפקידו בידי בית-המשפט לשבט או לחסד. וכאן מזדקרת השאלה התמורה ביותר שבת-משפט, נמוכים ועליונים כאחד, מתלבטים בה: מה לעשות בנאשם ומה עונש יש להטיל עליו? למעשה נתון לבית-המשפט שיקול דעת נרחב ביותר: הוא יכול להטיל על הנאשם עונש כספי, קטן או גדול, להעמידו למבחן, לחייבו במתן ערובה להתנהגות טובה, להשעות את העונש ולהטיל עליו מאסר-על-תנאי או להטיל עליו מאסר ממש עד שיצור המב-סימום הקבוע בחוק. אך דוקא מפני שיקול הדעת הנרחב, אין לך דבר קשה יותר לשופט מאשר לקלוע למטרה ולמצוא את העונש המתאים ביותר לנאשם העומד לפניו. כל שופט בעל נסיון יכול לספר על לבטי, גפוש מרובים, על פקפוקים והיסוסים, על חרדה ואי-בטיחות האוכלים את לבו, בטרם יטיל את העונש, ועל מוסר כליות ויסורי מצפון המדריכים אותו מנוחה לא לעתים נדירות לאחר הטלת העונש: ההיטיב לעשות בגור-הדין אשר גור? היצא ידי חובתו כלפי הציבור, כלפי הנאשם, כלפי החוק? ודוקא כאן, כשהנאשם טעון רחמי שמיא, והשופט זקוק לנהורא מעליא, דוקא כאן דומה שנאלם עורך הדין דומיה יאין בפיו מה להשמיע, פרקליט צעיר יתווכח לעתים שעות על גבי שעות בקודה משפטית נטולת כל ערך תכליתי, ויריק את כל תחצים אשר אסף באשפתו במשך שנות לימודיו הארוכות; אך

יפסח על המקום שבו מן הראוי לתארך, ומקום זה בשלבי הדין, שהייתי מכנה אותו "בין-המצרים", הוא אחד המקומות אשר מן הראוי לבצר בו עמדה, באשר כאן, במקום תורפה זה, עשוי עורך-הדין לא רק לעזור לשולחו כי אם גם למלא את אחת השליחויות הנכבדות אשר מטיל המקצוע עליו, והוא — לסייע בידי בית-המשפט במאמציו לעשות צדק, כלומר להתאים את העונש לחטא, השופט עומד לפני בעיות מרובות: האם עליו להטיל ענשים חופפים או מתמשכים והולכים? היחמיר בעונש אם יקל בו? הראוי הנאשם לרחמים או לרוגז? לפניו עומד איש סרסר ועבר עבירה, אדם שנכשל והפר תקנות הציבור. אין השופט יודע מיהו האיש, מנין בא ומה הרקע החברתי והכלכלי למעשה העבירה שעשה, לפני השופט אין ציוני דרך מוגדרים וקבועים. הוא משתדל לעשות צדק ופועל לפי מיטב הברתו וידיעתו. אך אין במציאות קנה-מידה אחיד, ומטבעם של דברים שקני-המידה הנבחרים אינם שווים אצל שופטים שונים. בני סמך, שמלאכתם בכך, ציינו כמה גורמים שיש לשקלם בבוא השופט להטיל את העונש. יש אומרים, כי המטרה העיקרית צריכה להיות הגנת החברה מפני עבריינים. אם כך הדבר, הרי מוצדק עונש של מאסר לתקופה ארוכה ביותר. אחרים אומרים, כי יש להתחשב רק במהות העבירה, אך אלה מעלימים עין לחלוטין מאישיותו של העבריין. לעומתם יש המדגישים ביתוד את אפיו של הנאשם ואת הסביבה בה גדל וחי, ואינם נותנים כלל את הדעת על מהותה של העבירה. שדה-החקירה אינו מוגבל לשאלות אלה בלבד, מודקרות ועולות כמה שאלות מסובכות אחרות: האם יש סיכויים כי הנאשם יחזור למוטב וייעשה חבר מועיל בחברה? האם ייהפך לפגע רע לציבור אם ישוחרר בעונש קל? מהי דרך הטיפול הטובה ביותר למענו בשבתו בבית-הסוהר ובצאתו ממנו? לעתים קרובות יש להתחשב גם בדעת הציבור. אינני מתכוון לדרישת הנקם ולתאוות הנקם המשתלטות לעתים קרובות ברחוב לאחר מעשה עבירה ברוטאלי, כי אם לדאגה הכנה והאמיתית של הציבור לבעייה הרחבה והכל-מקיפה של העבריינות והעבריינים. עונש קל מדי על עבירה מינית, על אינוס תינוקות, על לקיחת שוחד, על שחיתות מוסרית, יעוררו, ובצדק, את זעמו של הציבור, ביחוד בומן שהעבריינות מסוג זה מתפשטת והולכת, ומאיימת לקעקע את יסודות המדינה ומוטר התברה. אין תימה, איפוא, בדבר, שהשופט מגשש בחשכת הבעיות הסבוכות האלה, ולא תמיד ימצא את דרכו על נקלה. לנאשם נכונה אמנם זכות הערעור, או לפחות הזכות להגיש בקשת רשיון לערער, אך גם כאן אין הדרך בטוחה כל כך: ראשית, בית משפט לערעורים אינו נוטה לרוב להתערב בשיקול דעתו של בית המשפט שדן בדבר, לפי שגם הוא, בית-המשפט לערעורים, עדיין לא מצא את מטה-הקסם למוד בו את החטא וענשו. ושנית, לפי שיטת המשפט שלנו רשאי בית-המשפט לערעורים להגדיל את העונש גם בערעורו של נאשם, וסמכות זו מרתיעה לפעמים נאשמים רבים מלנסות את מולם בבית-המשפט לערעורים. עובדה זו משושה מצד אחד חשיבות כפולה ומכופלת לשיקול הדעת הניתן לשופט הדן בענין כבואו להטיל את העונש, ומגדיל מצד שני את האחירות הכבדה גם בלאו הכי המוטלת על שכמו.

וכאן, בשלב קריטי זה של המשפט, אני רואה בקעה רחבה

ולא לשכוח לבקש בעת הצורך מבית המשפט להביא בחשבון ימי מעצר שקדמו להרשעה. דברים פעוטים אלה אין לזלזל בחשיבותם כלל וכלל. אדרבא, הם עשויים להצטרף לחשבון אחד גדול אשר יחסוך מאת הנאשם הרבה ימי מאסר וכלא. אך מחובתי להדגיש, כי הפרקליט חייב לשקול ולמדוד בזהירות רבה את הדברים אשר יביא לפני בית-המשפט בשלב זה. לא ריבוי דברים עשוי להשפיע, כי אם מהותם של הדברים. וכבר אמר החכם הקדמוני, כי "ברוב דברים לא יחדל פשע". זוכרני משפט אחד שבו הורשע אדם בהריגה על ידי נהיגה רשלנית בלא רשיון. בשלב קריטי זה לפני הכרזת גזר-הדין החל עורך-הדין קורא פסקאות ארוכות מתוך ערימת ספרים שהכין לפניו, כדי להוכיח שביוגוסלביה ובמדינה פלונית ואל-מונית מותר לו לאדם לנהוג מכונית בלא רשיון, ולא נתן דעתו על כך, שלא העדר הרשיון עיקר כאן, כי אם ההריגה; וכי העדר הרשיון הוא רק מסיבה מחמירה ועבירה נוספת. אלה הם, חברי הצעירים, רק ראשי פרקים. גופי התלכה יתבררו לכם תוך כדי הילוככם במעגלות המקצוע.

שעורך-הדין עשוי, וחייב, להתגדר בה. כאן הוא יכול להאזיר את עיני השופט. עורך-הדין חייב לדעת את פרטי חייו של הנאשם ולהיות מוכן להדגיש בדבריו האחרונים פרט זה או אחר; עליו להסביר את הרקע למעשה העבירה, להצביע על המסיבות המקילות, על מצבו הכלכלי של הנאשם, על בני המשפחה החלויים בו בפרנסתם, שהרי בסופו של דבר ישאו אלה בעונש אשר יוטל על הנאשם. על עורך-הדין להיות מצויד גם בתעודות ובניירות הדרושים. לפי שיטת המשפט שלנו, שאינה יודעת את המוסד של חבר שופטים מושבעים, אך איולת תהא זו מטעם פרקליט להתרגש במהלך המשפט, ולהשתדל לעורר את רחמי השופטים בלהטים דרמטיים. טקטיקה זו פסולה היא לחלוטין, ועשויה רק לעורר את חמת-המשפט ולהפוך את הפרקליט ללעג ולקלס. אמרתי "במהלך המשפט", בשלבי הדיון הקודמים להרשעה. דבר זה אין לומר בשום פנים לגבי המערכה הסופית. כאן מותר לו לפרקליט לפנות אל רחמי השופט ולנסות לשכנעו שאין זה מקרה שבו מן הראוי למחוח את מידת-הדין ולעשות את הנאשם שער אשר ישא חטאי הרבים. על הפרקליט לציין לשופט תאריכי מאסר ומצצר.