

בג"צ 428/86
בג"צ 429/86
בג"צ 431/86
בג"צ 446/86
בג"צ 448/86
בג"צ 463/86
בשג"צ 320/86

בפני: כבוד הנשיא מ' שמגר

כבוד המשנה לנשיא מ' בן פורת
כבוד השופט א' ברק

בג"צ 428/86

העותר: יצחק ברזילי, עו"ד

נגד

המשיבים: 1. ממשלת ישראל

2. היועץ המשפטי לממשלה
3-6. פלוני

בג"צ 429/86

העותרים: 1. יוסי שריד, חבר כנסת

2. דדי צוקר, מנכ"ל ר"צ
3. ר"צ - התנועה לזכויות האזרח ולשלום
4. שולמית אלוני, חברת כנסת
5. רן כהן, חבר כנסת

נגד

המשיבים: 1. שר המשפטים

2. היועץ המשפטי לממשלה
3. מפכ"ל המשטרה
4. מ"מ ראש הממשלה ושר החוץ
5-8. פלוני

בג"צ 431/86

העותרים: 1. משה מרוז, עו"ד

2. דוד יפתח, עו"ד

נגד

המשיבים: 1. שר המשטרה

2-5. פלוני

בג"צ 446/86

העותר: אמנון זכרוני, עו"ד

נגד

המשיבים: 1. מפכ"ל משטרת ישראל

2. היועץ המשפטי לממשלה
3. שר המשפטים
4. ראש שרות הבטחון הכללי
5. עוזר ראש שב"כ מס' 1
6. עוזר ראש שב"כ מס' 2
7. עוזר ראש שב"כ מס' 3
8. מ"מ ראש הממשלה ושר החוץ

בג"צ 448/86

העותרים: 1. דר' יוסף מ' אדרעי

2. דר' חנינה בן מנחם
3. דר' ברוך ברכה
4. דר' מרים גר-אריה
5. דר' קנת מן
6. דר' אשר מעוז
7. דר' סיליה פסברג

8. דר' מרדכי קרמניצר
9. פרופ' דוד קרצ'מר
10. דר' אריאל רוזן-צבי
11. דר' יורם שחר
12. פרופ' פנחס שיפמן

נגד

- המשיבים:** 1. מפכ"ל המשטרה
2. שר המשפטים
 3. ראש שירותי הבטחון הכללי
 - 3- אחרים מבין עובדי השב"כ

בגצ 463/86

- העותרים:** 1. מחמד עבדללה אבו ג'מעה
2. שחדה חוסיין אבו ג'מעה

נגד

- המשיבים:** 1. ממשלת ישראל
2. שר המשטרה
 3. היועץ המשפטי לממשלה

בשג"צ 320/86

העותר: עזריאל ברק

נגד

- המשיבים:** 1. מר יוסף שריד
2. מר דדי צוקר, מזכ"ל ר"צ
 3. ר"צ - התנועה לזכויות האזרח ולשלום
 4. גבי שולמית אלוני, חברת כנסת
 5. מר רן כהן, חבר כנסת
 6. שר המשפטים
 7. היועץ המשפטי לממשלה
 8. מפכ"ל המשטרה

תאריך הישיבה: יג' בתמוז תשמ"ו (20.7.86)

בשם העותר בבג"צ 428/86: עו"ד י' ברזילי

בשם העותרים בבג"צ 429/86: עו"ד א' גל

בשם העותרים בבג"צ 431/86: עו"ד מ' מרוז, עו"ד ד' יפתח

בשם העותר בבג"צ 446/86: עו"ד א' זכרוני, עו"ד צ' חנין

בשם העותרים בבג"צ 448/86: עו"ד מ' שקד

בשם העותרים בבג"צ 463/86: עו"ד פ' לנגר

בשם העותר בבשג"צ 320/86: עו"ד ד' פון וייזל, עו"ד ע' ברק

בשם המשיבים בכל העתירות: היועץ המשפטי לממשלה, י' חריש, דר' י' בן אור

בשם פלונים: עו"ד י' ארנון, עו"ד ד' ויסגלס

פסק דין

[516]
הנשיא:

הצגת הנושא

1. (א) ביום 25 ביוני 1986 העניק נשיא המדינה לראש שרות הבטחון הכללי ולשלשה מעובדי אותו השרות, חנינה -

[517]
"מכל העבירות הכרוכות בפרשה המכונה אוטובוס 300 מלאחר הארוע בלילה שבין ה-12 וה-13 באפריל 1984 ועד לחתימת כתב זה."

קדמו לכך ארועים שונים שהחלו מספר חדשים לפני כן והיו כרוכים תחילה בדיונים בדרג הממשלתי ובכוחים בצבור, שנסבו בעיקר סביב השאלה מה הצעדים אשר צריכים להנקט על-ידי הרשויות הממלכתיות בעקבות העבירות הנ"ל, אותן מכנים "פרשת אוטובוס

פרטי המקרה הובאו לידיעת נשיא המדינה בשתי שיחות אותן קיים עם ראש השרות הנ"ל והחלטת החנינה ניתנה בעקבות הגשתן של בקשות חנינה. החנינה ניתנה בטרם ננקטו צעדים משפטיים בעקבות המעשים המתוארים בכתב החנינה.

ביום מתן החנינה פרסם נשיא המדינה הודעה בה הסביר את המניע שלו להחלטתו; וכך נאמר שם, בין היתר, בענין הטעמים להחלטתו:

"היום פעלתי בהתאם לסמכותי על פי החוק והענקתי חנינה מלאה לראש שירותי הבטחון אברהם שלום (ושלושה מעוזריו), על כל עבירה שנעברה לכאורה בפרשת "אוטובוס 300". עשיתי זאת מתוך מטרה לסיים את מחול השדים סביב הפרשה ולמנוע פגיעה קשה נוספת בשרות הבטחון הכללי. בכך קבלתי את המלצת שר המשפטים בעקבות ישיבת הקבינט הלילה בהשתתפות היועץ המשפטי לממשלה.

החלטתי ניתנה מתוך הכרה עמוקה שטובת הציבור וטובת המדינה מחייבים להגן על בטחונו ולהציל את שירות הבטחון הכללי מן הנזק הכרוך בהמשך הפרשה. שירות הבטחון הכללי מופקד על המלחמה הקשה בטרור. פעולתם הנפלאה של אנשי השב"כ מונעת עשרות פיגועים מידי חודש. רק בשנה האחרונה חשפו אנשי השב"כ 320 - חוליות מחבלים, אשר ביצעו 379 פיגועים ונסיונות פיגוע ברחבי הארץ. במשך שנה זו פיענח השב"כ 255 מעשי טרור. בתוך כך לכד שירות הבטחון חוליות מחבלים שביצעו מעשי רצח. אני רוצה להזכיר גם מגזר אחר של הלוחמה בטרור - מערך האבטחה על נציגויות ומוסדות ישראליים בחו"ל. אזכיר כי לא מכבר נמנע פיגוע רצחני במטוס אל-על לאחר שאנשי שירות הבטחון חשפו נסיון להחדיר אליו מזוודת נפץ בלונדון. הציבור בישראל איננו יודע כלל איזה חוב אנו חבים לכל אותם לוחמים עלומים אנשי שירות הבטחון הכללי. וכמה נפשות בישראל ניצלו בזכותם.

כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייבב לצידם של אנשי השב"כ, ביודעי את מלאכת הקודש המסורה, המפרכת והחשאית שהם עושים יום יום ושעה שעה, ולמנוע פגיעה מוראלית בקהילת המודיעין ובמערך האבטחה והלחימה בטרור.

[518] בתנאים המיוחדים של מדינת ישראל אין אנו רשאים ואין אנו יכולים להרשות לעצמנו שום רפיון ושום פגיעה במערכת הבטחון ובאנשי הטובים העומדים על משמר העם.

נוכח הודעתו החד-משמעית של היועץ המשפטי בישיבת הקבינט כי אין מנוס מהפעלת החקירה המשטרתית בפרשה, נוצר מצב שאנשי השב"כ צריכים היו לעמוד בחקירה בלי יכולת להגן על עצמם, אלא אם יחשפו סודות בטחוניים כמוסים ביותר. במצב זה ראיתי לפני בראש וראשונה את הכורח להגן על טובת הציבור ובטחון המדינה ולפעול בדרך שפעלתי."

(ב) שתיים הן השאלות העיקריות שעלו בעתירות אלו: הראשונה עניינה סמכותו של נשיא המדינה **לחון** אדם שעבר עבירה אך טרם הורשע בדינו; השנייה, עניינה קיום חקירה באירועים אותם כינינו פרשת אוטובוס 300.

בשאלת החקירה נמסרה לנו ביום 15 ביולי 1986 הודעה של היועץ המשפטי לממשלה, שניתנה על דעת המפקח הכללי של המשטרה, לפיה תחקור המשטרה בתלונות שהוגשו לה בפרשת אוטובוס 300.

בהמשך הדברים תידון, איפוא, השאלה בדבר סמכות החנינה ותובא ההתייחסות לשני נושאים נגזרים והם ההנמקה להחלטתו מיום 30.6.86 בענין הכללתו של נשיא המדינה בין המשיבים בשלש מן העתירות (בג"צ 431/86, בג"צ 446/86, ובג"צ 463/86) והחלטתו בענין זכות העמידה.

2. סמכותו של נשיא המדינה בנושא החנינה הוגדרה בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, הקובע לאמור:

"(ב) לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם."

עניינו הרואות כי הוראת החוק האמורה דנה על פי נוסחה בשני סוגים של נושאים והם חנינת עבריינים וההקלה בעונשים. איננו דנים כאן בסוגיה השניה והשאלה העולה בפנינו היא, כאמור, האם הסמכות **לחון עבריינים** כוללת גם את הכוח לחון את מי שטרם הורשע בדינו.

ההשקפה שבוטאה בפסיקה

3. (א) [519] הטעמים שיפורטו בהמשך הדברים מוליכים לכלל מסקנה כי במקרה שהוא נשוא עתירות אלו הפעיל נשיא המדינה את סמכותו לפי סעיף 11(ב) הנ"ל, על יסוד גישה פרשנית שתאמה את זו המקובלת לפי פסיקתו של בית משפט זה במשך שלושים וחמש השנים האחרונות ואשר לאורה מוקנית לנשיא המדינה הסמכות להעניק חנינה גם **לפני** הרשעה בדין. לא נעלם ממני שהיו במשך השנים מלומדים נכבדים בודדים שביקשו להעלות ספקות לגבי התייזה הפרשנית האמורה, אך אף אלו הפנו, כנקודת המוצא לניתוחם, אל ההשקפה שעלתה מתוך פסיקתו של בית-משפט זה, אשר היתה שונה מגישתם; הפניה זו גם מובנת כי, כדברי חברי הנכבד השופט ברק בבג"צ 73/85 (סיעת כ. נ. יושב ראש הכנסת, פד"י ל"ט(3), 141, 152):

"במשטר דמוקרטי, המבוסס על הפרדת רשויות, הסמכות לפרש את כל דברי החקיקה - החל בחוקי יסוד וכלה בתקנות ובצווים - היא סמכותו של בית המשפט..."

כל הוראה חקוקה כוללת בחובה, כדבר טבעי ומובן מאליו, האצלה של סמכות הפירוש לבית-המשפט. אכן, כל אורגן ממלכתי - ולענין זה גם כל פרט ופרט - עוסק בפירוש החוק כדי לכוון את מהלכיו. לעתים מקובל, כי סמכות הפירוש עבור אורגן מסויים ניתנת לפונקציונר זה או אחר. כך, למשל, סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו של מחייב אותה פנימה. אך במקום ששאלת הפירוש מתעוררת בבית המשפט, כוח הפירוש נתון בידי, ופירושו שלו הוא המחייב את הצדדים, ואם הפירוש בא מפני בית המשפט העליון, הריהו מחייב את כלל הציבור (מכוח עקרון התקדים המחייב: סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה). עמד על כך חברי, השופט שמגר, באמרו:

'כל אחת מרשויות השלטון נדרשת, לעתים מזומנות, לפרשנותו של דבר חוק, כי הפעלתו של חוק חרות כרוכה תדירות - ולהלכה תמיד - בקביעת עמדה כלפי מהותו ותוכנו. אולם ההכרעה הפרשנית הסופית והמכרעת לגבי חוק, כתוקפו בכל עת נתונה, היא בידי בית המשפט, ולגבי סוגיות, המובאות לבחינה בתוך מערכת המשפט, היא בידי הערכאה השיפוטית העליונה'. (בג"צ 306/81 (1), בעמ' 141)

כל גישה אחרת תפגע בעצם מהותה של השפיטה ותשבש לחלוטין את עקרון הפרדת הרשויות ואת האיזון והבקרה (Checks And Balances) ביניהן. על כן, הן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת והן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, עומד העיקרון, כי יהא פירושן של הרשויות האחרות אשר יהא, הפירוש המחייב הוא זה של בית המשפט.

[520] כאן המקום להזכיר כי, כפי שעוד נראה, לא התמצתה ההשקפה של המלומדים שהסתייגו מגישתו של בית המשפט בכך ששללו רק את מוסד החנינה בטרם הרשעה, אלא במקביל לכך נשללה, למשל, גם חנינה הניתנת אחרי תום ריצוי העונש ועוד. (פרופ' ש.ז. פלר, הרבהליטיצה - מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות, משפטים א', 497, 507); קרי הוצגה שיטה חלופית שלמה שתבוא במקום מוסד החנינה הקיים ואשר מצאה בטויה בהצעה לחקיקה מחדשת, וזו ראויה לעיון ודיון מעמיקים יותר מאלו אשר מוצדקים במסגרתו של פסק דין זה. (ראה, למשל, הצעות החוק שהובאו כנספח למאמרו הנ"ל של פרופסור ש.ז. פלר שכללו גם, בין היתר, הצעה לניסוחו מחדש של סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, אשר במסגרתו יומר הביטוי "לחון עבריינים" באחר שענינו מחילת ענשים); עיון ודיון כאמור חשובים, על כן, לצורך הכנתו וגיבושו של המשפט **הרצוי בעתיד**, אם מבקשים לשנות מן הקיים.

(ב) מה אמר בית משפט זה בקשר לחנינה בטרם הרשעה לפי המשפט **המצוי**? הנושא הוזכר לראשונה בבג"צ 177/50 (ראובן נ. יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פד"י ה' 737). העתירה האמורה דנה בהחזרת שמו של ראובן, העותר, לפנקס עורכי הדין, בשל כך שנחון על ידי נשיא המדינה אחרי תום ריצוי העונש (מאסר) מן העבירה ששמש, בשעתו, עילה למחיקת שמו מן הפנקס. הרוב דחה את העתירה בשל טעמים שמקורם הן בסמכותה של המועצה המשפטית והן בדרכי הפעלת שיקול הדעת של בית המשפט העליון. ענין החנינה נדון רק על ידי אחד משופטי המותב, הוא השופט אגרנט (כתוארו אז). הוראת החוק המגדירה את סמכות החנינה של נשיא המדינה, שהיתה אז בתוקף (סעיף 6 לחוק המעבר, תשי"ט 1949-) היתה זוהה בנוסחה, בקטע הרלבנטי שלה, לזו שנכללת כיום בסעיף 11(ב) הנ"ל. העולה מדברי השופט אגרנט היה כי סמכות החנינה הנתונה בידי נשיא מדינת ישראל אינה שונה, בדרך כלל, מזו המוקנית למלך אנגליה או לנשיא ארה"ב, לפי הענין, הן מבחינת התפיסות המונחות ביסודה, הן לפי מהותה והיקפה והן לאור התוצאות הנובעות מן השמוש בה. בהקשר זה גם הפנה השופט, בין היתר, לדברי הולסבורי (הוצאת היילשם, כרך 6, עמ' 477) אשר בו נאמר לגבי הנושא שבפנינו כי **"אפשר לתת חנינה לפני או אחרי ההרשעה"** וכן לפסק הדין של בית המשפט העליון של ארה"ב בענין Ex Parte Grossman (1925) 45 S.Ct. 332, בו נאמר בקשר לסמכות להעניק Pardons for Offences הקבועה בחוקת ארה"ב כי - הרשות המבצעת יכולה להעניק חנינה לגבי עבירה בכל עת **אחרי שבוצעה**. השופט אגרנט סיכם דעתו בענין היקפה של סמכות החנינה באמרו:

"מכאן אני למד, כי לנשיא הכוח לחון עבריינים **גם לפני, גם אחרי ההרשעה** . . . "

(שם, עמ' 751 מול ה') (ההדגשה שלי - מ.ש.)

[521] אכן נכון הוא כי שאלת כוחה האמור של סמכות החנינה של עבירה לפני ההרשעה לא היה בגדר ה-Ratio שאר עליו נשענה החלטת השופט אגרנט במקרה דנן, אולם השאלה העקרונית והרחבה יותר בדבר מהותה של סמכות החנינה והיקפה, בקשר לשרשיה ההסטוריים ובענין פרשנותה דהאידינא, אשר עליה נתבססה ההחלטה של השופט אגרנט, כרכה עמה ממילא גם את ההיבט הספציפי הנ"ל בענין סמכות החנינה לפני ההרשעה, שעלה ישירות מן התפיסה הפרשנית האמורה והיה חלק אינטגרלי ממנה. הווה אומר, מאחר והשופט אגרנט אימץ את ההשקפה כי סמכות הנשיא זהה לזו של מלך בריטניה ושל נשיא ארה"ב נבע מדבריו, מניה וביה, כי הגדרת היקפה של הסמכות היא גם כן תוצאה נגזרת מן הפרשנות ששמשה כבסיס להכרעתו **וכך גם כתב**.

יהיה זה בשל כך שבפסיקה שלנו לא בוטאה אף פעם השקפה שונה בנקודה זו או יהיה זה בשל הדיון החוזר בענין זה בפסק הדין של מתאנה, הנחשב לבעל חשיבות מיוחדת מבחינה חוקתית ואשר עוד יוזכר בהמשך הדברים, הרי ניתן להסיק כי הדעה שתוארה לעיל נתקבלה כביטוי לפרשנות המצויה והמקובלת בבית משפט זה.

(ג) הנושא עלה שנית בד"נ 13/60 (היועץ המשפטי לממשלה נ. אהרן מתאנה, פד"י ט"ז 430), שהוא פסק הדין היסודי והמקיף ביותר בנושא של סמכות החנינה. אף כאן נבחנה מהותה של סמכות החנינה, תוך שימת לב לכך שפסק-הדין אשר עליו נסב הדיון הנוסף הסתייג מדעתו של השופט אגרנט בבג"צ 177/50, ככל שהדבר מתייחס להקבלה בין סמכות הנשיא לבין סמכותו של מלך אנגליה. במסגרת פסק-דינו בדיון הנוסף וכנקודת מוצא לדבריו, שב ממלא-מקום הנשיא (אגרנט) (כתוארו אז) והביא את הקטע הנ"ל מדבריו בפסק-דין ראובן אשר בו כלולה ההתייחסות המפורשת לכוח לחון אף לפני ההרשעה. מ"מ הנשיא ציין כי אמנם לא היה מקום לקביעת גזירה שווה בין סמכויות החנינה של נשיא המדינה לבין אלו של הנציב העליון (סימן 16 לדבר המלך במועצה, 1922); אולם, מאידך גיסא, חזר והדגיש כי הוא שב ומאמץ גישתו בבג"צ 177/50 בכל הנוגע להיקף הסמכויות של נשיא המדינה ולהשוואתן אל אלו השרירות בעולם המשפט החוקתי האנגלו-אמריקאי. הסמכות לפי סעיף 6 לחוק המעבר, תשי"ט 1949- (הזהה בסוגיה שבפנינו לזו המתוארת בסעיף 11(ב) לחוק היסוד) היא לדבריו ראשונה וחלק של חוקה בזעיר ענפין של מדינה עצמאית; על כן אין להקבילה אל מה שהיה בזמן המנדט בגדר הגדרה של סמכות החנינה (סימן 16 לדבר המלך במועצה, 1922), אלא הדגם ההשוואתי מצוי בסמכויותיהם של ראשי המדינה בבריטניה ובארה"ב.

בהקשר זה אף הוסיף, כקו מנחה פרשני, כי המדובר בהוראה חוקתית ובתור שכזאת יש לפרשה תוך מבט רחב: M'Culloch V. Youngstown Sheet & Tube Co. (1952) 26 A.L.R. 2d 1378, 579, 602 Maryland 4 Law Ed., בענין ו-דברי השופט Frankfurter, תוך שימת לב לכך שפסק-הדין אשר עליו נסב הדיון הנוסף הסתייג מדעתו של השופט אגרנט בבג"צ 177/50, ככל שהדבר מתייחס להקבלה בין סמכות הנשיא לבין סמכותו של מלך אנגליה. במסגרת פסק-דינו בדיון הנוסף וכנקודת מוצא לדבריו, שב ממלא-מקום הנשיא (אגרנט) (כתוארו אז) והביא את הקטע הנ"ל מדבריו בפסק-דין ראובן אשר בו כלולה ההתייחסות המפורשת לכוח לחון אף לפני ההרשעה. מ"מ הנשיא ציין כי אמנם לא היה מקום לקביעת גזירה שווה בין סמכויות החנינה של נשיא המדינה לבין אלו של הנציב העליון (סימן 16 לדבר המלך במועצה, 1922); אולם, מאידך גיסא, חזר והדגיש כי הוא שב ומאמץ גישתו בבג"צ 177/50 בכל הנוגע להיקף הסמכויות של נשיא המדינה ולהשוואתן אל אלו השרירות בעולם המשפט החוקתי האנגלו-אמריקאי. הסמכות לפי סעיף 6 לחוק המעבר, תשי"ט 1949- (הזהה בסוגיה שבפנינו לזו המתוארת בסעיף 11(ב) לחוק היסוד) היא לדבריו ראשונה וחלק של חוקה בזעיר ענפין של מדינה עצמאית; על כן אין להקבילה אל מה שהיה בזמן המנדט בגדר הגדרה של סמכות החנינה (סימן 16 לדבר המלך במועצה, 1922), אלא הדגם ההשוואתי מצוי בסמכויותיהם של ראשי המדינה בבריטניה ובארה"ב.

[522] סיכומו של דבר, העולה מפסק דינו של מ"מ הנשיא היה כי הנושא הוא אמנם דבר חקיקה ישראלי חדש ועצמאי, אך לשם הבנת מהותו ניתן להעזר גם בעיון בסמכויות המקבילות באותן ארצות אשר שימשו מעין דגם השוואתי עיקרי, ממנו שאבו בעת שהחקיקה שלנו עוצבה.

השופט ח. כהן (כתוארו אז), שהצטרף יחד עם השופט זילברג לדעת מ"מ הנשיא אגרנט, ראה להדגיש בחוות דעתו הנפרדת דברים אשר יש בהם משום ענין מיוחד על רקע הבעיה העולה בפנינו:

"לפי סעיף 6 לחוק המעבר, תשי"ט 1949- מוסמך נשיא המדינה לחון עבריינים ולהפחית עונשים. בסמכותם זו השתמשו נשיאי המדינה מאז 1949 ועד יום מתן פסק הדין בע"פ 185/59 (23.6.60) **בדרך שהותוותה להם בפסק - דינו של בית- משפט זה מפי חברי 177/50 ...** כלומר גם נשיא המדינה גם שר המשפטים אשר החלטת הנשיא טעונה חתימת קיומה לפי החוק, וגם כל ציבור האזרחים הרב שנוקד לחסדי הנשיא ראו תמיד בסמכות זו המוקנית לנשיא סמכות אשר היא שווה ומקבילה בטיבה ובהיקפה לסמכות החנינה והפחתת העונשים הנתונים בידי מלכה של אנגליה... כבר נאמר לא פעם על ידי בית משפט זה... שבית המשפט יהסס היסוס רב מהפוך על פיה פרקטיקה פלגנית שהשתרשה במרוצת השנים. ואם דברים אלו

נאמרו לגבי עניינים שבנוגע שלא היו להם סימוכין בפסיקה של בתי המשפט, על אחת כמה וכמה אמורים הם לענין נוהג הנשען על פסיקה מפורשת של בית המשפט העליון. וכשלעצמי, אפילו הייתי נוטה לדעה אשר חברי הנכבדים, השופטים ברנזון ולנדוי, דוגלים בה, שיש במנהג זה אשר הוא נהוג בידי נשיא המדינה מימים ימימה כדי פירוש רחב יתר על המידה של הוראת סעיף 6 לחוק המעבר, תשי"ט-1949, אפילו אז לא הייתי בא היום לשנות ממנהג זה, אשר קיבל גושפנקה של המחוקק לפחות על ידי שתיקתו; ומה גם שאין בו, באותו מנהג הנהוג בידי נשיא המדינה, אלא משום הגדלת חסדו לאזרחיה.

אבל אין בליבי ספק שההוראה האמורה בסעיף 6, מן הדין לפרשה על דרך ההרחבה ולא על דרך הצמצום. אילולא ההלכה הפסוקה ב-בג"צ 177/50 (3), הנ"ל, אשר חברי הנכבד מ"מ הנשיא חוזר ומאמצה לעצמו גם בפסק דינו המאלף בדיון נוסף זה, אולי הייתי מרחיק לכת ומפרש את ההוראה הנדונה אף ללא זיקה לסמכויות הנתונות לפי המשפט המקובל בידי מלך אנגליה ואשר היו נתונות לפי דבר המלך במועצה, 1922, בידי הנציב העליון לארץ ישראל. [523] אך לענין ההכרעה בדיון שלפנינו דייני גם אני בהלכה הפסוקה ההיא; ואני מגיע לידי אותן המסקנות שאליהן הגיע חברי הנכבד, מ"מ הנשיא, אף מבלי להיזקק לאסמכתאות האנגליות והאמריקניות אשר הוא מביא בפסק דינו".

(שם, עמ' 462)

(ד) השופט ברנזון חלק אמנם על התיזות הפרשניות הנ"ל של השופט ח. כהן, אולם עיקרו של דבר, ולמרות שנותרה מחלוקת בין הרוב לבין השופטים לנדוי וברנזון בענין סמכותו של נשיא המדינה **להמיר עונשים**, הרי אף השופט ברנזון היה בדעה ברורה, אשר אותה ראה לציין מפורשות, כי נשיא המדינה יכול לחון גם על מעשה אשר האדם **טרם הורשע בו** וכי לענין זה סמכויותיו של הנשיא נרחבות יותר מסמכויותיו, בשעתו, של הנציב העליון; ואלו דבריו של השופט ברנזון לענינו:

"זאת ועוד, במובן מסויים רחבה סמכות החנינה של נשיא המדינה מהסמכות שהיתה נתונה בידי הנציב העליון. בעוד שהנציב העליון לא היה יכול למחול עבירה לפני **שהעברין הובא לדין** והורשע אלא אם הוא הפך לעד מדינה והביא להרשעת שותפיו לפשע (סימן 16 לדבר המלך במועצה, חלק ראשון, **זה ונראה לי שכוחו יפה לחון כל עברין גם לפני שהובא לדין**).

(שם, עמ' 469 מול ו') (ההדגשה שלי - מ.ש.).

4. השופט חיים כהן שב והביע את דעתו לאחרונה בסוגיה שבפנינו (רב שיח על החנינה, 1985, משפטים ט"ו, תשמ"ה, עמ' 14). כדבריו, הלכה פסוקה היא שהמחוקק הישראלי לא התכוון - לא בחוק המעבר, תשי"ט-1949 - ולא בחוק יסוד: נשיא המדינה - לגרוע מסמכויות החנינה המצויות בידי מלך אנגליה לפי הקונבנציות החוקתיות ומכך נובע, לדעתו, שהסמכות לחון עבריינים קיימת גם לפני ההרשעה.

5. (א) מאחר והפסיקה שלנו הפנתה אל הדגם ההשוואתי האנגלו-אמריקאי מן הנכון להשלים את האמור לעיל על ידי התייחסות תמציתית אל המשפט של הארצות האמורות. בספרות החוקתית האנגלית עוברת עד ימינו אלו, כחוט השני, הקביעה כי לפי המשפט המקובל מוסמך המלך להעניק חנינה גם לפני הרשעה בדיון: Blackstone's commentaries on the laws of England 400. ב - Halsbury, 4th ed. Vol. 8, p. 606 (הוצאת היילשייט) אנו מוצאים:

"In general, pardon may be granted either before or after conviction".

[524] לפי סברתו של De Smith, Constitutional Law And Administrative Law (London, 5th ed., 1985) 185, "..... a pardon May Be Granted Before Conviction..." לדבריו, סמכות פרורגטיבית זו אינה בשימוש כיום, אולם הסמכות לא נתבטלה עקב אי-שמוש בה אלא, על פי המטאפורה שלו, כדוגמת היפהפיה הנרדמת:

".... It can be revived 'in propitious circumstances'." (p. 145)

קרי, בנסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת יכול המלך לשוב ולהזקק לסמכות זו.

ראה גם, O. Hood Phillips, Constitutional And Administrative Law, 6th ed.. p. 379, המציין באופן ברור כי ניתן להעניק חנינה בדרך כלל לפני או אחרי ההרשעה (A pardon may generally be granted before or after a conviction). אמירה דומה מצויה במקורות שונים ורבים בפסיקה ובספרות המשפטית האנגלית ואין טעם לשוב אליהן (ראה) Reg. V. Boyes, (1861) 9 Cox Crim. C. (32).

(ב) בארה"ב מוצגת הסמכות לחון לפני ההרשעה באופן ברור בחיבור הקלאסי על החוקה של ארה"ב שהוכן על ידי שרות המחקר של הקונגרס האמריקאי וספריית הקונגרס (The Constitution of the United States of America, Analysis and Interpretation, library of Congress, (Washington 1973) 474. ה - 59 American Jurisprudence 2d Par - מציינ מפורשות את הכוח של הנשיא לחון לפני ההרשעה, ואף מוסיף לגבי החוקות של המדינות (States) של ארה"ב, כי - "If the Constitution does not expressly prohibit the exercise of the power until after conviction, it may be exercised at any time after the commission of an offense before legal proceedings are taken..."; היינו הפרשנות המקובלת היא כי מדינה של ארה"ב הרוצה למנוע מתן חנינה לפני הרשעה קובעת בחוקתה במפורש כי חנינה חלה רק אחרי ההרשעה ואזכור סמכות החנינה ללא הוראה מסייגת, פירוש קיום הסמכות לחון גם לפני ההרשעה. ראה גם Bernard Schwartz, Constitutional Law 1491-1492 (Vol. III, 1991); W. W. Willoughby, The Constitutional Law of the United States 2nd ed. (Vol. II, p. 87-88; Bernard Schwartz, Constitutional Law 2d ed. 1979, 199; Tribe, American Constitutional Law, Mineola, New York, 1978, p. 191-193).

בפסיקה האמריקאית יש התייחסות חוזרת ונשנית עד ימינו לסמכות לחון לפני ההרשעה. פסק הדין הידוע בענין Ex Parte Garland 71 U.S. 333, 380 (1866) אומר בקשר לסמכות החנינה כי זו:

[525]

after its commission either "... extends to every offence known to the law and may be exercised at any time pendency or after conviction and judgment." before legal proceedings are taken, or during their

ראה גם 1 Leonard Boudin, The Presidential Pardons, 48 Univ. Of Colorado Law Review (1976)

6. הרוב בד"נ 13/60 הכריע, כאמור, כדעת מ"מ הנשיא אגרנט בכל הנוגע למהותה של סמכות החנינה; בעקבות פסק-הדין חלה התפתחות חקיקתית נוספת המלמדת אף היא במידה מסויימת על גישתן של רשויות השלטון אל הסוגיות המשפטיות שהוזכרו לעיל; בעת שהוכנה הצעת חוק יסוד: נשיא המדינה והובאה לכנסת, הוחלט לתקן את הנוסח של הוראת החוק הדנה בחנינה כדי להבהיר ולפרט בה את ענין הסמכות של הנשיא בתחום **המרת העונשים**, נושא אשר עליו נחלקו הדעות בדיון הנוסף הנ"ל באותה עת. לא נעשה דבר כדי לשנות מן הנוסח של ההוראה החוקתית הנ"ל, אשר עליה נבנתה הן השקפת הרוב (של השופט אגרנט) והן דעתו של השופט ברנזון בדיון הנוסף בענין מתאנה, ואשר לפיהן ניתן לחון גם לפני ההרשעה. התיקון בענין המרת העונשים לחוק נבע באופן ברור מן הרצון להסיר ספק לגבי המסקנות הפרשניות בענין סמכות החנינה שעלו בפסק דין מתאנה והיו נתונות במחלוקת, שהרי כך נאמר, למשל, על ידי שר המשפטים דאז דב יוסף:

"אשר לחלק האחרון של סעיף 6 לחוק המעבר, שענינו סמכות הנשיא לחון עבריינים - סמכות זו מוסדרת עכשיו בסעיף 12 לחוק המוצע. השינוי בענין זה, לעומת החוק הקיים, הוא שההוראה החדשה מפרשת ענין המרתם של עונשים בצד הפחתתם של עונשים כאחת מסמכויות החנינה של הנשיא. אין בכך שינוי מהותי, כי גם לפי החוק הקיים, המזכיר הפחתת עונשים ואינו מזכיר המרתם, פסק בית המשפט העליון שהמרתם של עונשים כלולה בסמכות החנינה המוקנית לנשיא. אך לאחר שבית המשפט העליון בא לידי מסקנה זו אחרי לבטים לא מעטים, והיה בין השופטים גם מיעוט שסבר אחרת, חשבנו לרצוי להבהיר בסעיף המוצע שאמנם זאת היתה כוונת המחוקק, מלכתחילה".

(דברי הכנסת, כרך 36, עמ' 964).

התייחס לכך גם ח"כ פרופ' י.ה. קלינגהופר שאמר -

"בפסק-דין שניתן לפני כשנה על ידי בית-המשפט העליון הוחלט - כפי שכבר ציין כבוד שר המשפטים בדברי הפתיחה - כי טמונה בסעיף 6 הסמכות להמיר את העונש בעונש קל יותר, במיוחד להפוך עונש של מאסר לעונש של מאסר על תנאים".

(דברי הכנסת, כרך 36, עמ' 966)

[526] פרופסור י.ה. קלינגהופר גם בנה על מסד זה כשנה לאחר מכן (1965) את הטענה כי אם תתקבל הצעה דיונית מסוימת אותה העלה אז ויתעוררו בעקבותיה בעיות שהן פועל יוצא שלה ניתן יהיה להעזר בסמכות החנינה **לפני** ההרשעה כדי לפתור בעיות אישיות קשות בתחום העונשין, שאין להן פתרון אחר. וכך אמר:

"גם נימוק אחר ששומעים אותו לפעמים, והוא, שאם החשוד חולה מאד, הרי יהיה זה מעשה אכזרי להעמידו לדין, גם נימוק זה איננו משכנע, שכן במקרים נדירים כאלה יוכל נשיא המדינה להעניק לאדם חנינה בטרם ייפתח המשפט. לנשיא המדינה הכוח לחון עבריינים גם לפני ההרשעה וגם אחריה. זאת קבע השופט אגרנט בפסק-הדין ראובן נגד יושב-ראש וחברי המועצה המשפטית, בג"צ 177/50".

(דברי הכנסת כרך 43 (1965) 2319).

דברים שנאמרו בעת הדיון בכנסת אינם מחייבים, כמובן, את בית המשפט בבואו לפרש את החוק, ומה גם שבמקרה דנן מדובר בעיקר על הסקת מסקנה מאי-תיקונו של החוק בנקודה הרלבנטית לנו; אולם כמקובל עלינו, ההסטוריה החקיקתית של דבר חקיקה היא כלי-עזר פרשני מועיל (בג"צ 249/82 ועקנין נ. בית הדין הצבאי לערעורים, פד"י ל"ז(2), 393, 424) וכך גם ניתן לנהוג כאן. המסקנה העולה מן האמור לעיל היא כי כאשר דנו בכנסת במסקנות אותן יש להסיק מפסיקתו של בית משפט זה, לא הועלתה, על ידי הדוברים הנכבדים הנ"ל או על ידי מישהו אחר, הצעה לצמצם סמכויות של נשיא המדינה בתחום של **החנינה בטרם הרשעה**. משמע, עד היום הזה לא שינו דבר בנוסח החוק כפי שנתפרש, על ידי השופט אגרנט בג"צ 177/50 ועל ידי הרוב והמיעוט גם יחד בד"נ 13/60 הנ"ל, לפיו בידי נשיא המדינה הכוח לחון עבריינים גם **לפני** ההרשעה. המועד הסביר, בו היה מקום לתקן את הכתוב ולהצר סמכות, אם מישהו סבר כי הפרשנות הקיימת אינה רצויה, היה בעת שהנוסח המגדיר את סמכות החנינה, הובהר בנקודה אחרת. אם הסמכות נותרה על כנה בתחום הנוגע הפעם לענינו - משמע כי הרשות המחוקקת והרשות המבצעת שהיו עדות לדברים שנאמרו בד"נ 13/60, בו נפרשה על ידי הרוב יריעה רחבה באשר להיקף הסמכות ותחומיה, לא סברו שיש לשנות את המצב המשפטי.

אגב, אם יכול היה להתעורר בשעתו וויכוח בשאלה אם ההוראה הזמנית שבחוק המעבר, תשי"ט 1949- היא בעלת מעמד חוקתי קבוע, הרי לא יכול היה להיות ספק לגבי מעמדו החוקתי - מבחינת תוכנו - של חוק יסוד: נשיא המדינה, וסעיף 11(ב) שבו חוזר מילולית על אותו חלק מסעיף 6 הנ"ל לחוק המעבר, התשי"ט 1949- הנוגע לענינו, ואשר היה לגד עיני בתי המשפט במשפטים של ראובן ומתאנה.

7. [527] העובדה שהביטוי "לחון עבריינים", אשר בסעיף 6 הנ"ל ובסעיף 11(ב) שבא אחריו, נתפרש בבית המשפט העליון ככולל גם חנינה לפני הרשעה ולא תוקן לאחר מכן על-ידי המחוקק, תרמה לכך שההשקפה שבטאה בפסק-הדין של ראובן ומתאנה,

אומצה, בדרך כלל, בתור זו המקובלת. כך כותב פרופ' א. רובינשטיין בספרו המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שלישית מורחבת, עמ' 394:

"(ה) **חנינת עבריינים לפני הרשעה**.

החוק אינו מגביל את סמכות הנשיא לחון עבריינים, הוא רשאי לחון אותם אף לפני שהורשעו. כך הוא הדין גם בסמכות החנינה הפרוגרטיבית של הכתר באנגליה. לנציב העליון, לעומת זאת, האציל הכתר רק חלק מסמכותו וכאמור בסעיף 16 לדבר המלך במועצתו, 1922, יכול היה הוא לחון עבריינים רק לאחר הרשעתם. סמכות הנשיא, במובן זה, דומה לסמכות הכתר הבריטי. גם לדעת השופט ברנזון, הנותן פירוש צר לסמכויות הנשיא בענין מתאנה, 'כוחו (של הנשיא) יפה לחון כל עברייני גם לפני שהובא לדין'".

פרופ' י.ה. קלינגהופר הציע פרשנות שונה ומצמצמת יותר לביטוי "לחון עבריינים", אשר אליה עוד נשוב בהמשך הדברים ואשר עיקרה ההתייחסות אל משמעותו של המונח "עבריינים", אך הוא עשה כן, **על יסוד** ההנחה המפורשת כי פרשנותו של בית המשפט העליון היא שונה משלו (פרופ' י.ה. קלינגהופר, מסגרת קונסטיטוציונית של החנינה, ב-סימפוזיון על חנינה בישראל, ירושלים 14.5.68, פרסומי המכון לקרימינולוגיה של האוניברסיטה העברית בירושלים, מס' 13, עמ' 5); כך גם פרופסור ש.ז. פלר במשפטים א', 497, 507 הערה 28.

בסימפוזיון הנ"ל על החנינה השתתף גם היועץ המשפטי לממשלה דאז, עו"ד משה בן-זאב ואלו היו דבריו בהקשר שבפנינו:

"ניתוחו הקונסטיטוציוני של מוסד החנינה על ידי פרופ' קלינגהופר היה ללא ספק מקיף ומעניין. אך יש דבר אחד שאני

מוצא חובה לעצמי לציין אותו כדבר שאני חולק עליו, ולו רק כדי שתשמע גם דעה אחרת בנקודה חשובה זו. פרופ' קלינגהופר פרש את סמכותו של הנשיא 'לחון עבריינים' כסמכות לחון אדם שנידון ואמר שאין סמכות זו חלה על אדם שטרם נידון. את המסקנה הזאת הסיק הפרופ' קלינגהופר מהמלים 'לחון עבריינים'. כיוון שחוקה במשפט שלנו שאדם הוא זכאי עד שלא הורשע, הרי אין אדם 'עברייני' בטרם הורשע, ולכן אין לדעתו לנשיא המדינה סמכות לחון אדם שטרם הורשע. לענין זה יש להזכיר את פסק הדין של ראובן שצוטט על ידי פרופ' קלינגהופר. פסק דין זה פרש את לשון החוק כפי שנוסחה בחוק המעבר ובנקודה זו לא שונתה לשון החוק בחוק יסוד: נשיא המדינה. [528] בשני החוקים נאמר כי לנשיא הכח לחון עבריינים. ובפרשו אמירה זו אמר כבוד השופט אגרנט בפסק דינו, וזאת לאחר ניתוח ארוך, כדלקמן: 'מכאן אני למד כי לנשיא הכח לחון עבריינים גם לפני גם אחרי ההרשעה'. נמצאת, איפוא, אסמכתא הסותרת את גישתו של הפרופ' קלינגהופר ועבדכם הנאמן בתפקידו כיועץ המשפטי לממשלה נתן חוות דעת, בהסתמכו על אסמכתא זו, כי לנשיא ישנה הזכות לחון עברייני גם לפני ההרשעה. כמוכן שהמילה 'עברייני' לא צריכה לקבל פה את המובן, של אדם שהורשע, אלא של אדם שבא לנשיא ואומר: עברתי עבירה ואני מבקש שתחון אותי. אינני מעלה על דעתי שהוא יכול לבוא לנשיא ולומר: אני אמנם לא עברתי עבירה אבל אם עברתי - אנא, תן לי חנינה. כמוכן שחנינה חלופית, אלטרנטיבית, כזאת, מקומה לא יכירנה במשפט שלנו. אבל אם בא אדם ואומר עברתי עבירה תחון אותי, הרי הוא נכלל במסגרת העבריינים שהנשיא יכול לחון אותם".

(שם, עמ' 53)

משתתף אחר בסימפוזיון היה ד"ר לסלי סבה מן המכון לקרימינולוגיה של האוניברסיטה העברית בירושלים, אשר אמר בקשר למצב המשפטי בישראל כפי שתואר בסימפוזיון:

'pardon offenders'. Did this "Finally, there was some doubt as to the proper interpretation of the phrase 'to include persons not yet convicted? In the opinion of the government, which based its view on judicial opinion, such persons could be regarded as offenders for the purposes of the pardon, for the request for a pardon could in itself be regarded as an admission of the offence". (p. X)

דברים אלו מוליכים למחקרו המאלף של ד"ר לסלי סבה "על החנינה האישית והחנינה הכללית - היבטים משפטיים ופנולוגיים", (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, הוגש לסינטי האוניברסיטה העברית, ביוני 1975) אשר גם במסגרתו הובאה התייחסות מפורשת אל היקפה של סמכות החנינה בישראל; וכך אמר המחבר המלומד:

"לעיתים מתייחסים לחנינה לפני ההרשעה כצורה עצמאית של חנינה. סמכות זאת, הקיימת להלכה הן במשפט האנגלי והן במשפט האמריקאי (אך לא בצרפת), מיוחסת בדרך כלל גם לנשיא המדינה, ואילו פרופ' קלינגהופר חולק על דעה זו, בנימוק כי כל אדם בחזקת חף מפשע כל עוד לא הורשע: "יוצא שאין אדם 'עברייני' בטרם ניתן פסק דין מרשיע סופי נגדו".

[529] לדעתנו החוק אמנם מאפשר מתן חנינה ללא הרשעה. לצרכים מסויימים מעניק המחוקק מעמד של עברייני לאדם שטרם הורשע, ובית המשפט העליון אף קבע כי ניתן לראות אדם כבעל עבר פלילי לצורך סעיף 2(3) לחוק השבות, תשי"א-1950, גם אם לא הורשע (ראה בג"צ 94/62 גולד נ. שר הפנים, פד"י ט"ז 1846). ולבסוף, סימן 16 לדבר המלך במועצתו העניק במפורש את הסמכות לחון עד מדינה אשר עדותו מביאה לידי הרשעתו של העברייני העיקרי".

(עמ' 152, 153)

(ההדגשה שלי - מ.ש.)

סימן 16 לדבר המלך במועצה, 1922, המוזכר בדברי ד"ר סבה לעיל, התייחס ברישא בבירור לאנשים שטרם הורשעו והסכימו לשמש עדי מדינה ובכך כוונה הוראת חוק זו לתחום העיקרי ששמש גם במשפט האנגלי במשך המאות האחרונות כטעם עיקרי להמשך קיומה של סמכות החנינה "המוקדמת" ("Advance Pardons"), קרי החנינה בטרם הרשעה.

8. עד כאן הובא התיאור של התיזה הפרשנית השליטה עד עתה. מן הטענות שהושמעו בפנינו בעת הדיון בעתירות מתחייב כי נבחן את ההשגות וההספקות בענין סמכותו של נשיא המדינה, לפי סעיף 11(ב) ה"ל, לחון עבריינים שטרם הורשעו.

בדיקתו של הנושא שבפנינו, היינו גיבושה של תפיסה פרשנית לגבי האמור בסעיף 11(ב) ה"ל, מן הראוי שתעשה לאור שלושה מבחנים עיקריים: הראשון, הוא ניסוח-לשוני. השני, ענינו הטענה כי הסמכות נתבטלה בשל קיומן של סמכויות חדשות אחרות והמבחן השלישי הוא מהותי-חוקתי.

נוסח הסעיף

9. סעיף 11(ב) נוקט כאמור במלים "לחון עבריינים". המונח "עברייני" אינו מוגדר בחוק היסוד או בחוק העונשין, התשל"ז-1977. כפי שהוזכר כבר, משתית פרופ' י.ה. קלינגהופר את פרשנותו המצמצמת לגבי סמכות הנשיא על המשמעות של המונח "עברייני" המתפרש, לדעתו, רק כתאור של מי שהורשע כבר בדינו (סימפוזיון על החנינה בישראל, ירושלים, תשכ"ח, משפטים ט"ו, עמ' 5). כך סבור גם שר המשפטים לשעבר, ע"ד ח. צדוק, (רב שיח בנושא החנינה, משפטים ט"ו, התשמ"ה-1985, עמ' 9) ופרופ' ש.ז. פלר (רב שיח על החנינה, משפטים, ט"ו, עמ' 10 ומשפטים א' עמ' 507). לא כן השופט חיים כהן הגורס קיומה של סמכות החנינה בטרם הרשעה גם לפי לשון החוק ודוחה את הפרשנות לפיה עברייני, הינו רק מי שכבר הורשע ונגזר דינו. כדבריו, בחיקוק המסמך את השלטון להרחבת בזכויות ולהיטיב לאזרח יש לנקוט בפרשנות על דרך ההרחבה והנדיבות. לענין סמכותו של הנשיא, "עברייני" הוא, לדבריו, כל מי שהעיד על עצמו כי עברייני הוא (רב שיח, שם, עמ' 14).

[530] אינני סבור כי יש לפרש את המונח "עברייני" כמתייחס רק אל מי שהורשע בדינו. כמקובל עלינו, כל מונח המובא בחוק פלוני צריך להתפרש על פי הקשרו החקיקתי, שהרי כדברי חברתי הנכבדה המשנה לנשיא בע"פ 224/85 (אלבא נ. מדינת ישראל, פד"י ל"ט(4), 798, 802):

"מושגים והוראות שבחוק יש לפרש לאור תכליתו ומטרתו של דבר החקיקה. כיוון שכך גם קורה לא פעם שמושג זהה פירושו שונה בחוק אחד מפירושו בחוק אחר, הכל בהתאם למתבקש מתכליתו ומהכוונה הגלומה בו. (ע"א 480/79 טרגר נ. גובה המכס, פד"י ל"ה(2), 303, 306)".

לפי פשוטו של מקרא, הרי עברייני הוא מי שביצע מעשה המוגדר כעבירה ואין בביטוי כשלעצמו כדי ללמד על כך שהמחוקק אינו נוקט לשון "עבירה" ו"עברייני", לפי הענין, אלא לגבי מי שכבר הוכח לגביו בהליך פלילי חלוט, שנסתיים בהרשעה, כי עבר עבירה. לפי תפיסת היסוד

המשפטית שלנו כל אדם הוא אכן בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע בדינו, אך כלל גדול זה ענינו בזכויות ובחובות של הפרט מול הערכאה השיפוטית ומול כל רשות וכל פרט אחר, אך אין בכך כדי ללמד בהכרח על כל שמושי הלשון האפשריים במונח תאורי אשר בו נוקטים בחקיקה בשלל של הקשרים ובזיקה למגוון של נסיבות שענינן בפלילים ובכל הכרוך בכך. בנוסחם של דברי חוק יש, לא אחת, התייחסות לעבירה או לעבריין כאשר הכוונה למעשה או למחדל פליליים **המיוחסים** לפלוני או למי **שמיחסים** לו מעשה או מחדל כאמור, לפי הענין, אף אם טרם הורשע בהליכים פליליים, היינו גם כאשר הדיוק מבחינת המעמד בהליך הפלילי היה אולי דורש נקיטת לשון "נאשם בעבירה" או "מי שמוחסת לו עבירה" או נוסח כיוצא באלה.

חוק העונשין, התשל"ז-1977, עושה, למשל, תדירות שימוש במונח "עבירה" ואף דן במי שביצע אותה, אך כאשר סעיף 4 רישא לחוק העונשין מתייחס לדוגמא, לעניני התחולה ותחום השיפוט ואומר כי ניתן להביא עושה-עבירה לדין, הרי הכוונה בעליל למי **שהואשם** בעבירה ולא למי שכבר **הורשע** בה. (בדומה לכך ראה גם סעיפים 7, 8 לחוק העונשין או 10(ד) לחוק העונשין). ד"ר לסלי סבה מפנה בעבודתו הנ"ל (שם, עמ' 153), בהקשר לטענה שבפנינו, להוראותיה של פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחילופי) (נוסח חדש), אשר סעיף 3(3) שבה מסמך שוטר לעצור אדם **שעבר** בפניו או זה מקרוב **עבירה** שדינה מיתה וכו'; אך מובן שגם שם המדובר במי שחשוד בביצוע עבירה ולא דווקא במי שהורשע בה.

פקודת המשטרה קובעת בסעיף 3(3) שבה כי "משטרת ישראל תעסוק במניעת עבירות ובגילויין, **בתפיסת עבריינים** ובתביעתם לדין" (הדגשה שלי - מ.ש.). אין ספק שמילותיו של סעיף זה אינן מכוונות לתפיסת עבריינים שהורשעו כבר אלא לתפיסתם ולהבאתם לדין ("תביעתם" כלשון הסעיף) של אלו אשר להם **מיוחס** ביצועה של עבירה.

[531] פקודת הפרשנות (נוסח חדש) כוללת הגדרה של המונח "עבירה" ובה מושם הדגש על קיומו של היסוד של הסנקציה הצפויה, אך המרכיב של תום ההליכים הפליליים אינו בין יסודותיה.

אפשר כמובן להוסיף בענין זה דוגמאות עוד כהנה וכהנה.

בבחינה הלשונית של הדברים ראויים לעיון גם דברי חקיקה הדנים במהויות משפטיות דומות או קרובות (In pari materia). סעיף 6 לחוק המעבר, התש"ט-1949 שאיזכר את סמכות הנשיא לחון עבריינים ואשר, כמוזכר כבר, היה בתוקף עד לחקיקת חוק היסוד, אינו מלמד לענין זה מאומה כי מבחינת הנוסח אין בו כדי להוסיף או כדי לגרוע. אולם לצד חוק היסוד שעניינו סמכות החנינה האינדיבידואלית נחקקו בעבר שני חוקים שענינם החנינה הכללית (אמנסטיה). הראשון ביניהם היה פקודת חנינה כללית, תש"ט-1949. סעיף 2 לפקודת חנינה כללית דיבר באדם אשר "לפני יום י"א בשבט תשי"ט (10 בפברואר 1949) **עבר עבירה**" (הדגשה שלי - מ.ש.). וקבעה לגביו כי "לא ייאסר, לא ייעצר עליה **לא יובא עליה לדין**, ואם הובא יתבטל הדיון ולא ייענש" (ההדגשה שלי - מ.ש.). קרי, ננקטה לשון "עבר עבירה" בהקשר לענין החנינה גם לגבי מי שבעליל טרם הובא לדין וטרם הורשע. נוסחו של סעיף 2 הנ"ל דיבר, כאמור, בעד עצמו, וגם מצאנו בדברי הכנסת התייחסות כהיא לישנא של שר המשפטים י.ש. שפירא כאשר הציג את חוק החנינה, התשכ"ז-1967:

"זהו המקרה השני שמדינת ישראל נותנת חנינה כללית על ידי המחוקק עצמו. בפעם הראשונה ניתנה החנינה הכללית על ידי מועצת המדינה הזמנית בישיבתה האחרונה, לפני שנתכנס המוסד הנבחר - הכנסת הראשונה ובאותו חוק, שקיבלה מועצת המדינה הזמנית קבעה מועצת המדינה הזמנית שכל אדם שעבר עבירה כלשהי - **בין אם כבר נידון ובין אם טרם נידון**, אם עבר עבירה שאינה מסוג העבירות הגוררות עונש מוות או מאסר עולם - וזכה בחנינה".

(מושב שני של הכנסת הששית, כרך 49; עמ' 2484). (הדגשה שלי - מ.ש.).

דברים אלו נאמרו, כאמור, בעת הקריאה הראשונה של הצעת החוק שבשלה לאחר מכן לכדי חוק החנינה, התשכ"ז-1967 (הוא החוק השני שדן בחנינה כללית) ואשר גם סעיף 5 שבו דיבר על הפסקת הליכים "בשל עבירה שנעברה" לפני מועד פלוני; היינו המחוקק שב והחיל את החנינה על מה שקרוי בפיו "מעשה עבירה" והתייחס בכך לענינים שטרם נדונו בכלל בבית המשפט או אשר ההליכים בהם החלו וטרם הגיעו לסיומם.

אופן השימוש במונח "עבירה" בחוק הדן בחנינה כללית (אמנסטיה), משליך אף הוא על הפרשנות של המונח האמור בדבר חקיקה אחר של הכנסת, הדן בחנינה האינדיבידואלית.

[532] סיכומם של דברים, ניתן ללמוד על פי הבחינה, המתמקדת ב**נוסח** של הוראת החוק, כי השימוש במונחים "עבירה" ו-"עבריינים" יכול ויפנה, לפי הענין וההקשר, אל המעשה או אל המואשם או החשוד בביצועה של עבירה ולא דווקא להרשעה או למי שהורשע כבר. כאמור כבר, גם מכוח ההיקף נובע מן המובא לעיל כי הביטוי עבריין בסעיף 11(ב) מכוון גם למי שמוחס לו מעשה, נסיון או מחדל פליליים ולא דווקא למי שכבר הורשע באחד מאלו.

לשם השוואה ניתן להזכיר כי החוקה של ארה"ב בדברה בסמכות החנינה של הנשיא (Article II Section 2, Clause 1), נוקטת בסוגיה זו בלשון pardons for offences, ואף לגביה **לא** נתפרש המונח offences כמתייחס באופן בלעדי למעשים להם נתלוותה ההכרעה השיפוטית של החיוב בדיון.

סמכויות חקוקות מקבילות

10. אחת הטענות המרכזיות שעלתה בעיקר מתוך החומר הכתוב שהוגש לנו, ענינה בטלותה של סמכות החנינה בטרם הרשעה, עקב התפתחויות שיצרו חקיקה חדשה שבאה במקומה של הסמכות הנ"ל ונטלו, כאילו, את מקומה. הלבוש של הטענה אינו אחיד ואתייחס, על כן, להיבטיה השונים. מאחר ומבחינתנו עלתה לראשונה בהנחיה של היועץ המשפטי לממשלה שהוגשה לנו באחת מן העתירות, אתחיל בה.

11. (א) פרופ' יצחק זמיר, בהיותו היועץ המשפטי לממשלה, פרסם את הנחיה 21.333 שעניינה סמכותו של נשיא המדינה לחון עבריינים שמשפטם טרם נסתיים. בראשית דבריו הפנה הכותב הנכבד לדברי השופט אגרנט בבג"צ 117/50, אשר בהם נפלה, לפי סברתו, טעות, מאחר ושם הושוותה סמכותו של מלך אנגליה לזו של הנציב העליון ולדעתו, הנציב לא היה כלל מוסמך לחון את מי שלא הורשע בדינו. משמע, אם הנציב העליון לא היה מוסמך לכך, ממילא גם לא אומצה סמכות זוהי כאשר חוקקו את סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט-1949.

המסקנה בדבר הזהות, כביכול, בין סמכויות הנציב העליון לבין אלו של מלך בריטניה, שעלתה מפסק דין **ראובן**, אכן לקתה באי-דיוק מסויים, כי דין הסמכות הפרווגטיבית של המלך לא היה בהכרח כדיון הסמכות שהוקנתה למושל של מושבה (Governor) או לנציב עליון של שטח מנדט (High Commissioner), לפי הענין, אך נקודה זו הובהרה בפסק דין **מתאנה**. אגב, גם בהנחיה הנ"ל נפלה בקשר לכך טעות מסויימת כי נאמר בה שהנציב העליון לא היה מוסמך לחון אנשים שטרם הורשעו; אולם הרישא של סימן 16 קבעה מפורשות אחרת והסמיכה את הנציב העליון לחון "כל מי שהיה לו חלק בעבירה אשר יתן ידיעות וראיות המובילות להרשעתו של

העברייני". ההסמכה לא היתה, איפא, דווקא לגבי מי שהורשע כבר וההשוואה עם המשך דבריו של סימן 16, המתייחס בהקשר אחר ובמפורש לאנשים שהורשעו, הוכיחה זאת בבירור.

(ב) [533] ההנחיה בנויה על התיזה הנוספת לפיה דברי השופטים אגרנט וברנזון, אין בהם כדי ליצור הלכה. טענה זו איננה מקובלת עלי מאחר וחסרה בה התייחסות אל הזיקה בין מה שנפסק על-ידי בית המשפט, כאמור לעיל, לבין המסקנה הספציפית בענין החנינה-טרם-הרשעה. זיקה זו לא הוזכרה רק על-ידי פרשני החוק מחוץ לבית המשפט אלא, כמוזכר, הובאה על-ידי השופטים אגרנט וברנזון במפורש, בפסקי-הדין שלהם מאחר והם ראו בענין החנינה-טרם-הרשעה חלק אינטגרלי של התפיסה המשפטית המרכזית אשר שמשה אותם בהכרעתם והיתה הבסיס המשפטי שלה. העובדה שהשופטים טרחו להזכיר בפסק-דינם את החנינה-טרם-הרשעה מצביעה על כך שההכרה באפשרות האמורה היא תולדה טבעית של השקפתם אשר שמשה יסוד להלכה שבוטאה על-ידי הרוב והמעוט גם יחד בפסק דין מתאנה. יתרה מזאת,

העובדה שענין החנינה-טרם-הרשעה הובא במפורש בפסקי-הדין הנ"ל, למרות שמבחינה עובדתית שני פסקי-הדין לא עסקו במערכת נסיבות אשר בה ענין זה עלה, מחזקת את המסקנה בדבר הקשר הברור והגלוי בין מהותה של סמכות החנינה כפי שנתפרשה על-ידי בית המשפט ואשר היתה היסוד להכרעתו לבין האפשרות של מתן חנינה-טרם-הרשעה. במה דברים אמורים, יש לבחון דברי הרוב בדיון הנוסף בענין מתאנה לפי גרעינים ההלכתי ולא להסתפק במתן המענה לשאלה אם פסקי הדין עסקו במישור בענין החנינה-טרם-הרשעה. ה-Ratio של הרוב בד"נ 13/60 הוא במסקנה כי סמכות הנשיא אמנם ראשונית ועצמאית מכוח דבר-חקיקה ישראלי, אולם על פי תכליתה החקיקתית ולמענה, היא עוצבה בהתאם למתכונת האנגלית והאמריקאית אשר שימשה לה אב-טיפוס. כפועל יוצא מכך הגיע בית המשפט בשעתו לכלל המסקנה כי היא **שוות היקף** לסמכותו של מלך אנגליה או נשיא ארה"ב; **פרטי** הסמכויות, כולל ענין החנינה למי שטרם הורשע, אינם אלא **תוצאה משפטית נגזרת** מכך. האנלוגיה החוקתית לשתי הרשויות השלטוניות הנ"ל במדינות שמשפטן שמש לנו במידה רבה יותר מזה של ארצות אחרות, כמקור להשראה משפטית או לשאיבת רעיונות ותפיסות חוקתיות, היא שהולידה את המסקנה שמצאה ביטוייה בנושא שבפנינו.

מסקנה דומה הסיק פרופסור קלוד קליין (רב שיח בנושא החנינה, משפטים ט"ו, התשמ"ה, עמ' 16, 17) כאשר כתב:

"המקור ההסטורי של סמכות החנינה הוא בזכות היתר של המלך Prerogative. ישנו קשר ברור בין מוסד החנינה בישראל למוסד המקביל באנגליה, ומכך ניתן להסיק על היקף סמכות החנינה של הנשיא בישראל (הדים לחילוקי דעות בסוגיה זו ניתן למצוא בפרשת מתאנה)".

אין ללמוד מכך שסמכות החנינה היא זהה בכל אתר וכפי שנראה עוד בהמשך הדברים, יש ארצות אחרות שקבעו לעצמן מתכונת שונה והמגוון הוא רב; [534] אך לא חוקותיהן של מדינות אלו שמשו אותנו בשעתו כאשר בקשנו בעת ההיא לעצב את סמכויות החנינה שיונהגו אצלנו וממילא אי-אפשר להסיק מסקנה כלשהי מן ההשוואה עם ארצות אחרות אלו, ואי-אפשר ללמוד מהן דבר היכול לשמש אותנו עתה אלא אם המדובר על הרצוי להבדיל מן המצוי.

אין גם לשגות ולהסיק מן הניתוח העיוני שהובא בפסיקה כאילו אנו שבויים בידיה של מורשת חוקית וחסרים כוח לעצב את העקרונות החוקתיים שלנו ולא היא; הצורה החוקתית היתה מעיקרה ולכל אורך הזמן עצמאית שלנו ונותרה כזאת. השאלה היא הסטורית-פרשנית ועניינה בכך מהן התפיסות שאימצנו בשעתו ובעיקר ומה התוצאה החוקתית שנתגבשה על ידי כך ומה נקבע על יסוד זה בפסיקה שלנו והפך לפרשנות המשפטית, המקובלת כבר זמן רב.

אך מובן שהרשות בידינו לשנות, אם המחוקק יגיע, למשל, לכלל מסקנה כי המתכונת הרצויה לנו עתה היא אחרת מזו, בה בחרנו בעבר וכפי שהיא בתוקף עד עתה. הועלו אצלנו הצעות מעניינות אשר חורגות, לפי עצם טיבען, בהרבה מן הדיון הבלעדי בשאלת החנינה-טרם-הרשעה. עיקרו של דבר, משאימצה הכנסת בחוק המעבר, תש"ט 1949- ובחוק יסוד: נשיא המדינה דרך נבחרת, אשר באמצעותה ביקשה להשיג תכלית חקיקתית מסוימת והיקף סמכויות בעל מהות שהיה ידוע ואף נותח, כמוזכר לעיל, בהרחבה בפסיקה, ראוי גם ששינוי מהותי כלשהו לא יישלט על ידי אירועים חולפים, ויהיו סוברים ככל שיהיו, אלא ינבע מדיון ועיון חוקתי מסודרים. אם יוחלט על כך, מתחייבת קבלת כל שינוי, בדרך הראויה להוראה חוקתית המעוגנת בקרבנו כבר עת רבה יחסית, היינו בדרך החקיקה.

12. ההנחיה משתיתה מסקנותיה בענין היקפה של סמכות החנינה, במידה רבה, על ההשוואה עם הסמכות לעבב הליכים ובהתייחסה לסמכות זו מציינת ההנחיה, בין היתר:

"בישראל תמיד נעשה שימוש נרחב יותר בסמכות לעבב הליכים פליליים, ולאחרונה מוגשות אל היועץ המשפטי לממשלה אלפי בקשות לעיכוב הליכים מדי שנה. לפיכך באופן מעשי הצורך בהחלת סמכות החנינה על נאשמים שמשפטים עדיין תלוי ועומד קטן בישראל יותר מאשר באנגליה..."

סמכות הנשיא להתערב בהליך פלילי תלוי ועומד בפני בית המשפט, באופן שיש בו כדי להפסיק את ההליך בכל עת, אינה רצויה מבחינה עקרונית. אין להסיק מן הסמכות של היועץ המשפטי לממשלה להתערב בהליך הפלילי, בדרך של עיכוב ההליכים, לסמכותו של נשיא המדינה. היועץ המשפטי לממשלה מהווה מלכתחילה חלק בלתי נפרד של ההליך הפלילי בבית המשפט, שהרי הוא המוסמך מכוח החוק להגיש את כתב האישום בשם המדינה...

לעומת זאת נשיא המדינה הינו גורם חיצוני להליך הפלילי. במצב כזה מתן חנינה במהלך המשפט עלול היה להיראות כהתערבות בלתי ראויה בתחום אחריותו של בית המשפט...

[535] פירוש המסמך את הנשיא לחון גם נאשמים שמשפטים טרם נסתיים אינו רצוי גם מבחינה מעשית בשל החפיפה של סמכות זאת עם סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לעבב את ההליכים נגד נאשמים אלה".

בהקשר זה אף נאמר, כי גם באנגליה אין המלך מפעיל עוד את סמכותו לחון לפני הרשעה.

על יסוד הנחות אלו מוסקת בהנחיה המסקנה כי הנשיא מוסמך לתת חנינה רק למי שהורשע בדינו. הסמכות לעבב הליכים באה במקום הסמכות החוקתית של הנשיא לחון עברייני שטרם הורשע והנשיא אינו מוסמך עוד לחון לפני ההרשעה.

13. הטענה העולה בפנינו היא מורכבת מאחר וכפי שיתברר אין עניינה בסמכות עיכוב ההליכים בלבד, אלא במספר תהליכים משפטיים נוספים ובתוצאות הכרוכות בהם, לרבות בעיות פרשניות הנובעות מהם. במה דברים אמורים: לפי מלוא משמעותה של הטענה, קמה מערכת שלמה של חוקים חלופיים בתחום הפלילי אשר הפכו את סמכות החנינה לפני הרשעה לבטלה. הענין אמנם לא הוצג במדויק בדרך זו, אך, כאמור,

זוהי מהותו האמיתית של הטיעון. על כן נכון יהיה אם נפרק את התיזה האמורה לגורמיה ולהיבטיה המשפטיים השונים ונבחנם לפי סידרם.

(א) ראשית, מהו טיבו של **עיצוב ההליכים** אשר בו רואה ההנחיה הנ"ל את החליף החוקתי של החנינה מן הסוג שנדון כאן ובעיקר מה הן נקודות **הזהות והשוני** בין החנינה לבין עיצוב ההליכים.

(ב) שנית, מה היסוד לטענה לפיה **במשפט האנגלו - אמריקאי** נעלמה סמכות החנינה, בה מדובר כאן.

(ג) שלישית, מה הן **הוראות החוק האחרות הרלבנטיות** לטענה שבפנינו, אף אם לא אוזכרו בהנחיה הנ"ל או בטיעונים שהועלו בפנינו.

(ד) רביעית, האם הוראה חוקתית שיסודה בחוק החרות או במשפט המקובל (מקום בו חל כזה), נחשבת כמבוטלת מכללא עקב **חקיקה מאוחרת יותר** הדנה באותו נושא.

(ה) חמישית, האם התגבשותה למעשה של **חלופה חוקית פרגמטית** למוסד חוקתי או חוקי קיים מבטלת מכללא את תוקפו של ההסדר החוקתי הקיים והאם יש לענין זה שוני בין מוסד חוקתי או חוקי פלוני שקם על יסוד הוראה מפורשת של החוק החרות לבין מוסד שנוצר בשעתו אך ורק על יסוד פרשנותה של חוקה או חוק.

[536] ננסה להשיב על שאלות אלו לפי סדרן, ונתייחס תחילה לעיצוב ההליכים אשר בקיומו ובהפעלתו מעוגן ראשיתו של הטיעון שבפנינו.

14. (א) סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982 קובע כי בכל עת שלאחר הגשת כתב-אישום ולפני הכרעת הדין, רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה מנומקת בכתב לבית המשפט לעכב את הליכי המשפט; הוגשה הודעה כאמור יפסיק בית המשפט את ההליכים באותו משפט. היועץ המשפטי לממשלה רשאי גם לאצול למשנהו - דרך כלל, לסוגי ענינים או לענין מסויים - את סמכותו לעכב הליכי המשפט בעבירה שאינה פשע. בהצעות חוק 1703, התשמ"ה, עמ' 34 אף הוצע לאחרונה שהיועץ המשפטי לממשלה יוכל לאצול את סמכותו נוסף לכך - לגבי עבירה שאינה פשע ושהוגשה על ידי תובע שאינו פרקליט מפרקליטות המדינה (למשל תובע משטרת) - גם לפרקליט המדינה ולמשנהו, לפרקליט מחוז או לפרקליט אחר מפרקליטות המדינה שהוענקה לו סמכות של פרקליט מחוז לפי סעיף 242 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב].

בדברי ההסבר כפי שהובאו בהצעת החוק הנ"ל נאמר כי הגידול במספר הבקשות לעיצוב הליכים משפטיים מקשה על הטיפול בהן בידי היועץ המשפטי לממשלה ומשני. מכאן ההצעה להרחבת האפשרות לאצול סמכויות.

הגידול המספרי בבקשות לעיצוב הליכים הוא, ככל הנראה, גם תולדה של הגידול במספר הבקשות הנענות בחיוב וניתן ללמוד מן ההנחיה הנ"ל, בקטע שצוטט לעיל, כי המדובר ב**אלפי** בקשות ובשימוש בסמכות שהפך, בשנים האחרונות, ככל הנראה, לתדיר ולנרחב.

איני רואה להביע דעתי המפורטת בשאלה, שאינה נמצאת בדיון בפנינו, מהו אופן השימוש בסמכות של עיצוב הליכים והייתי נמנע מכך כליל לולא שולב ענין עיצוב ההליכים לתוך הטיעון שבפנינו.

אעיר רק כי איני בטוח שהשימוש הנרחב בעיצוב ההליכים - כביטוי העקיף באלפי הבקשות שההנחיה מדברת בהן, תואם את הנחות היסוד של המחוקק ואת אופיו של המוסד וספקות היכולים לעלות בקשר להשלכות האפשרויות ולמשמעויות שיהיו לשימוש בסמכות החנינה בשלב הטרם-משפטי, עולים בהכרח במידה רבה בקשר לתופעה זו של עיצוב הליכים בתיקי עבירות, **לפני** תום המשפט. כמסתבר אין מדובר על שימוש דיר ויוצא דופן בסמכות, אלא בהליך שהפך בשנים האחרונות לנפוץ ביותר, שהדיון בו אינו פומבי, שנעשה ללא שיתוף של גורם נוסף, וכאשר הביקורת השיפוטית או כל ביקורת אחרת על כך היא בהכרח מועטה ביותר (השווה, C. Davis, Discretionary Justice, Baton Rouge, (1969) 211-212).

[537] כמוזכר לעיל, הגידול המספרי של הבקשות הולך עתה גם להצעה להתיר הסתעפות נוספת של הסמכות בכוון מאונך.

(ב) סעיף 232 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] קובע כי אם עוכבו ההליכים לפי סעיף 231 רשאי היועץ המשפטי לממשלה, בהודעה בכתב לבית המשפט, **לחדש** את ההליכים כל עוד לא עברו מיום עיצובם, בפשע - חמש שנים ובעונן - שנה. אם הוגשה הודעה בדבר חידוש ההליכים, מחדש בית המשפט את ההליכים והוא רשאי להתחיל בהם מראשיתם או להמשיך מן השלב אשר אליו הגיעו לפני העיצוב. אם עוכבו ההליכים בפעם השנייה, לא ניתן עוד לחדשם.

פרוש הדבר הוא, כי עיצוב הליכים ראשון, עדיין אינו סוגר את הענין באופן סופי ואינו מונע חידושו של המשפט תוך זמן קצוב. רק עם חלוף התקופה הנ"ל - נסגר הענין סופית.

(ג) אין לראות בסמכות של עיצוב ההליכים יציר כפיה של החקיקה, שהיא **מאוחרת** לסמכות החנינה.

הסמכות של היועץ המשפטי לממשלה לעכב הליכים לא נולדה בחוק סדר הדין הפלילי, התשכ"ה-1965, אלא היתה קיימת גם לפני כן הן בעת שהופעל בזמן המנדט סימן 16 לדבר המלך במועצה, 1922 והן עם קום המדינה משהוחק סעיף 6 לחוק המעבר, התשי"ט-1949 ולאחר מכן סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה (ראה סעיף 59 של פקודת סדר הדין הפלילי (שפיטה על פי כתב אישום) חוקי ארץ ישראל, כרך א' (א) 475 וסעיף 18 לפקודת שיפוט בתי משפט השלום משנת 1939). פירוש הדבר הוא כי **ההקבלה התיאורטית** בין סמכות החנינה לבין הסמכות לעכב הליכים היתה שרירה וקיימת משפט השלום משנת 1939. כאשר נוצרה סמכות החנינה במתכונתה החוקתית החדשה אחרי קום המדינה וכי הסמכות לעכב הליכים אף קדמה לחוקים בענין הסמכות לחון עבריינים שהוחקו אחרי קום המדינה.

בעובדה זו, כשלעצמה, יש כדי לגוד את התיזה לפיה נתבטלה או נצטמצמה סמכות החנינה עקב הוצרותה של הסמכות לעכב הליכים. זו נתקיימה מעיקרה לצד סימן 16 לדבר המלך, 1922 והיתה קיימת כבר כאשר המחוקק הישראלי **הרחיב** את הסמכות בחוק המעבר, תשי"ט-1949 ובסעיף 11(ב) לחוק היסוד ודברי הפרשנות לסמכות זו, כפי שהם עלו מתוך פסקי הדין בענין ראובן ובענין מתאנה, באו על רקע **קיומה** של הסמכות לעכב הליכים ולא אחריה.

(ד) מהו הקשר בין סמכות החנינה לבין הסמכות לעכב הליכים? השופט חיים כהן אמר בקשר לכך:

[538]

"אין שום דמיון או הקבלה בין הסמכות האמורה של נשיא המדינה לבין סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לצוות על הפסקת הליכים; זו סמכות פרוגרטיבית וזו סמכות מינהלית גרידא; זו ניתנת לביטול ולשינוי ככל שהיועץ המשפטי

לממשלה ירצה ואילו זה אקט המלווה חגיגות רבה ואשר לפי טבע ברייתו הוא נדיר ויוצא-דופן".

(משפטים ט"ו, התשמ"ה, עמ' 15)

כשלעצמי, איני נוטה לראות בסמכותו של היועץ המשפטי סמכות מינהלית. המדובר בהליך בסדרי הדין הפליליים הכרוך בהפעלת שיקול דעת בעל אופי מעין-שיפוטי (ראה בג"צ 156/56 שור נ. היועץ המשפטי, פד"י י"א, 285; בג"צ 329/81 נוף נ. היועץ המשפטי, פד"י ל"ז(4), 326). תכליתה של הסמכות היתה לייחד לנושא תפקיד העומד בראש התביעה הכללית את הסמכות **להפסיק** הליכים פליליים, ללא החלת התוצאות בהן מדבר סעיף 93 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] (חזרה מאישום) ותוך שמירת האפשרות לחדש ההליכים תוך זמן נתון. עם זאת רואה אף אני הבדלים בין הסמכות בה מדובר כאן לבין החנינה ואתייחס לכך בהמשך הדברים.

(ה) אין הקבלה מלאה בין החנינה לבין הסמכות לעכב הליכים מכיוון שזו האחרונה אפשרית רק אחרי שהוגש כתב-אישום (סעיף 231 לחוק מתשמ"ב). הבטחה בדבר אי-העמדה לדין המוענקת לעד מדינה שטרם הוגש נגדו כתב אישום, אינה יכולה להיות מעוגנת בעיכוב ההליכים לפי סעיף 231 הנ"ל אלא בהבטחה שלטונית או, אם רואים זאת לנכון, בחנינה.

(ו) סיכומי של דבר, נקודות השוני בין שתי הסמכויות ביטויין באלו:

(1) העדר הסופיות של העיכוב, במשך תקופת זמן הקבועה בחוק. חנינה מלאה, בלתי מותנית, אין מי שמעניק אותה יכול לחזור ממנה (Killinger, Probation and Parole, West Publishing 1976, 318).

(2) האפשרות להפעיל את עיכוב ההליכים לפי סעיף 231 קיימת רק אחרי הגשת כתב-אישום.

(3) החנינה מביאה לפי פסיקתנו (פסק דין מתאנה) הנ"ל למחיקתו, מעיקרו, של הכתם שבעבירה (להבדיל, למשל, מן הפרשנות המקובלת עתה בבריטניה R. V. Foster (1984) 2 All E.R. 678 לפיה מוחקת החנינה רק את התוצאות של ההרשעה). וראה בארה"ב Ex Parte Garland (1866) הנ"ל לעומת Killinger 476; 59 L.Ed. 79; 236 U.S. 79; Burdick V. U.S (1915) 322. עיכוב ההליכים הוא רק הליך דיוני המפסיק המשך הפעולות לפי חוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982- מן השלב אליו הגיעו בעת מתן העיכוב ואילך, ואין לו השלכה אחורה.

(4) [539] כאקט דיוני, המפסיק הליכים, אין הוא בלעדי וראה סעיף 93 לחוק הנ"ל מתשמ"ב הן בחזרה מאישום.

(5) מאידך גיסא, כתב החנינה אינו חייב להיות מנומק, אך לא כן ההחלטה בדבר עיכוב הליכים.

15. התיזה ההשוואתית בענין אי הפעלתה באנגליה של סמכות החנינה-לפני-הרשעה, שעלתה בהנחיה 21.333 הנ"ל, יסודה, ככל הנראה, בערוב תחומין בין המשך **קיומה** של סמכות משפטית לבין תדירות הפעלתה. בספרות המשפטית האנגלית לא הועלתה פרשנות לפיה **נתבטלה** סמכותו הפרוגטיבית של המלך להעניק חנינה בכל מועד אחרי ביצוע העבירה. יש גישה שביטוייה, למשל, אצל Hood Phillips (כנ"ל, עמ' 378) או אצל R.F.V. Heuston, Essays In Constitutional Law (London, 1961) P. 66, לפיה מוזכרת הסמכות כשרירה וקיימת ללא הערות או ספיקות כלשהן ותו לא. גירסה שניה, כגון זו של De Smith, Constitutional Law And Administrative Law, (London, 5th ed., 1985), מדברת על סמכות תקפה, אך רדומה עד לעת בו מתעורר צורך מיוחד ויוצא דופן בשימוש בה, ואלו דבריו:

"It would seem that a pardon may be granted before conviction; but this power is not exercised." (P. 150)

"In a scottish appeal to the house of lords, (Mckendrick v. Sinclair (1972) S.L.T. 110 (H.L.) at 116, 117), Loris Simon of Glaisdale said that "a rule of the English common law, once clearly established, does not become extinct merely by disuse"; it may 'go into a cataleptic trance', but, like sleeping beauty, it can be revived 'in circumstances'. propitious

סעיף 9 של 1967- criminal law act, (שכותרתו pardon) ראה לציין באופן כללי כי - "Nothing in this act shall affect her majesty's royal prerogative of mercy" - הסעיף לא אבחן בנוסחו בין סוגי ה-free pardon.

המסקנה העולה מן הכתובים היא כי באנגליה הלך והצטמצם, ככל הנראה, עד למאוד השימוש בסמכות בה אנו דנים כאן. עוד בשנת 1926 כתב Sir Edward Troup, The Home Office, 2nd Ed. (1926) p. 57, כי הפרוגטיב של החנינה אינה מופעלת לפני הרשעה **אלא במקרים נדירים** מאוד בהם דרושה החנינה כדי לאפשר לעד חשוב להעיד בלי להפיל עצמו באשמה פחותת חשיבות. יש יסוד להניח שמאז הלך והצטמצם השימוש בסמכות עוד יותר. אולם, כמוזכר כבר, קיום הסמכות הוא דבר אחד ומידת השימוש בה הוא דבר שני.

[540] במאמרו 1983, Public Law, 398 "The Prerogative of Mercy", מתייחס A.T.H. Smith לשאלת המשך תקפותה של סמכות החנינה הנ"ל, על אף קיומם של האפשרות והכוח לעכב הליכים (שם, עמ' 414) ואומר:

"Whether or not the power continues to exist is a matter of some conjecture, but the better view would seem to be that it does. It has certainly not been abrogated by statute, and although it is true that prerogative powers can be lost or modified merely by disuse, as in the case of the royal power to sit as a judge, the criteria for deciding whether or not a power has become 'obsolete' are far from clear. As a general principle, the rules of the common law (of which the prerogative is undoubtedly part) do not lapse through desuetude or obsolescence. Even though the power does not at present seem to serve any identifiable constitutional purpose, the prerogative has proved itself to be a remarkably enduring power, and one that can reappear at unexpected moments, and until the advance pardon is expressly abrogated by statute, the possibility that its use will revive time cannot be discounted." at some future

במלים אחרות, ההשקפה המקובלת היא כי הסמכות, אשר יסודה באנגליה במשפט המקובל ולא בחוק חרות כמו אצלנו, לא נתבטלה ורואים אותה כקיימת. זאת ועוד, להלכה ולמעשה אין גם דבר שימנע הפעלת החוזרת בנסיבות מיוחדות; רק חוק חרות **מפורש** יוכל לבטלה.

בארצות הברית נעשה כידוע שימוש בסמכות לפני זמן לא רב. פעם בענין הנשיא ניקסון (39 Fed. Reg. 32601-02 (1974)) (ראה בענין זה את פסק הדין 1372 390 F Supp. (1975) Murphy V. Gerald R. Ford, בו הוסברו הטעמים להפעלת הסמכות וכן מאמרו של Mark P.

לאחר מכן ביום 21.1.1977 הופעלה הסמכות על ידי הנשיא קרטל לגבי אלו שהתחמקו מן הגיוס לצבא בתקופת וייטנאם, היינו בתור מעין חנינה-לסוג-אנשים ולסוג עבירות, מעשה אשר יש לו אופי של אמנסטיה כללית חלקית. כלשון צו החנינה הוא חל, בין היתר, על: "All persons who may have committed any offence between August 4, 1964 and March 28, 1973 in violation of The Military Selective Service Act or any rule or regulation promulgated 'thereunder'" (42 Fed. Reg. 4391 (1977) כדברי Bernard Schwarz, בספרו Constitutional Law הנ"ל (סעיף 5.20), לגבי החנינה הנ"ל משנת 1977, הרי "... the legality (of which) was never questioned".

[541] (ראה גם לענין זה את מאמרו של 39, G. Sidney Buchanan, The Nature of a Pardon under the United States Constitution, Ohio State Law Journal (1978) 36, 61, המגיע למסקנה משפטית זהה.

המסקנה העולה לצורך ענינו מן התהליך האנגלי, ככל שיש משמעות להשוואה האמורה, היא מסקנה הפוכה מזו אותה ביקשו הטוענים להסיק: אם באנגליה, בה מדובר בסמכות על פי המשפט המקובל, זו לא נמוגה ולא נעלמה, למרות שלא עשו בה שימוש, הרי על אחת כמה וכמה אצלנו, כאשר המדובר על חוק חרות ועל פרשנותו על ידי בית המשפט העליון בזמן הדיון הנוסף בענין מתאנה (שנת 1960), שהתייחסה לסמכות שהיתה שרירה וקיימת אז אליבא דכולי עלמא.

כמו שם, כן גם כאן, המדובר על אי הפעלה למעשה, כקו כללי מנחה (ראה אצלנו, למשל, סעיף א' 5 להנחיית היועץ המשפטי לממשלה 62.001), ולא על ביטול מפורש של הסמכות. קרי, הסמכות כשלעצמה נשמרה למקרה קיצוני, אך השימוש בה הוגבל בידועין.

המסקנה העולה מן המציאות המשפטית בארה"ב היא, כי אף שם המדובר בהפעלה מאוד מבוקרת, אך רואים את הסוג האמור של סמכות החנינה כתקף.

16. השאלה הבאה אותה הצבנו לעצמנו היתה מה הן הוראות החוק האחרות אשר להן נגיעה לתחום החנינה אשר בו אנו דנים כאן.

אמר בקשר לכך פרופ' קלינגהופר בסימפוזיון על החנינה (החנינה בישראל, תשכ"ח, עמ' 7):

"עשיית חסד איננה סמכות מונופוליסטית של נשיא המדינה. גם רשויות אחרות מוסמכות להושיט חסד ורחמים, כמו היועץ המשפטי לממשלה כשהוא נותן צו nolle prosequi, או שר המשטרה בשחררו אסירים בטרם הזמן, הן על פי המלצת ועדת השחרורים והן בלעדית. במסגרת השיפוט הצבאי קיימת ועדה לעיון בעונש והיא רשאית להמתיק עונש או להחליפו בלי שהדבר יגרע מסמכות החנינה של הנשיא. וכבר נרמז בתחילת ההרצאה, כי מגמת זמננו היא לאפשר לבתי המשפט במידה הולכת וגדלה הושטת חסד, בנוסף לעשיית הדין. נושאים אחרים הנוגעים לבעיית החנינה ושיש להם קשר עם המשפט הקונסטיטוציוני, הם העברת בקשת חנינה לפסים של משפט חוזר".

[542] במאמרו של פרופסור ש. ז. פלר, הרהביליטציה - מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות (משפטים א', התשכ"ט, עמ' 497) הוצגה הצעה מקיפה ושלמה ליצירתה מכוח החוק החרות של מסגרת משפטית חלופית לחלק מן התהליכים בהם נעזרים כיום בחנינה לצורתי, יהיה זה לפני ההרשעה או יהיה זה בעיקר אחריה. הוצג חוק הרהביליטציה הפלילית, הוזכר המשפט החוזר אשר גם בהוראותיו הוצעה השלמה והרחבה, וכמוזכר כבר הוצע לשנות ולצמצם במפורש את הוראותיו של סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה כדי שיתייחס בהוראותיו רק **למחילה**, היינו למחילת העונשים (להבדיל מן החנינה של ההרשעה), כאשר הכוונה לעונשים שטרם רוצו.

פרופסור פלר הציע מערכת משולבת של חקיקה חדשה ותקוני חקיקה שתשלים את ההוראות הקיימות בנושאי עיכוב ההליכים, עיון בעונש, הקלה בעונשים ומשפט חוזר.

לפני שנים מעטות קיבלה המגמה אשר ביטוייה בהצעות הנ"ל תנופה חדשה כאשר הכנסת קיבלה את חוק המרשם הפלילי ותקנות השבים, התשמ"א-1981 הקובע, בין היתר, הוראות בענין מחיקה אוטומטית של הרשעות, הגבלת מידע לגביהן עם חלוף תקופות זמן מוגדרות והסדרים כיוצא באלה. הווה אומר, הושלם חלק מתהליך חקיקתי שנועד ליצור כלים משפטיים חדשים אשר ביקשו לבטא שוויון הסיכויים והזכויות מבחינת הענקת הרהביליטציה ולסייע בכך בהגשמתה הלכה למעשה.

סיכומה של נקודה זו, קיימות כיום מספר הוראות חוק אשר בעזרתן ניתן להגיע לחלק ניכר מן התוצאות אשר אליהן ניתן להגיע גם בעזרת החנינה. חלקן קדם לחוק החרות הישראלי בענין החנינה ולפרשנותו שתוארה לעיל, כגון שיקול הדעת של התביעה שלא להגיש כתב-אישום, והסמכות לעכב הליכים, חלקן צמח במקביל לחוק בענין החנינה והכוונה להוראות בקשר למשפט החוזר והעיון בעונש וחלקן, המתייחס למחיקת העבירה, הוחק, כאמור לעיל, בשנת התשמ"א. עיקרו של דבר, חלק מהוראות החוק החדשות מתייחס לשלב שלפני ההרשעה, וחלק מהן - והן העיקר - מתייחס לזה שאחרי ההרשעה, היינו לאותו שלב, אשר הרוב המכריע של החלטות החנינה מתייחס אליו כיום, הלכה למעשה.

17. כאן המקום לעשות אתנחתא ולהתייחס לשאלה הרביעית אשר אותה הצגנו לעיל, היינו לענין זיקת הגומלין בין חקיקה קיימת לחקיקה חדשה הדנה באותו נושא וליתר פירוט, לשאלה אם יש ללמוד על ביטול מתוך הווצרותה של מערכת חקיקתית מקבילה כמתואר.

ההשקפה הנוהגת בעולם המשפט האנגלו-אמריקאי היא כי יש לצאת מן ההנחה הפרשנית כי המחוקק לא נתכוון לביטול מכללא של חוק וזאת ביחוד כאשר נבחנת זיקתם זה לזה של חוקים שהם כולם מודרניים, Francis Bennion, Statutory Interpretation, London, 1984, p. 433 בעקבות פסק הדין בעניין Jennings V. United States Government (1982) 3 All E.R. 104. כך גם השקפתו של Cross, Statutory Interpretation, London, Butterworths (1976) P. 3.

[543] אגב, לפי השקפתו של Cross יאן במשפט האנגלי גם תורה של ביטול חוק עקב אי שימוש (Desuetude) ועל כן אין חוק חרות פוסק להיות בתוקף אך ורק בשל כך שהוא מיושן. בדרך כלל צריך להיות ביטול מפורש בדרך החקיקה. אגב, על גישה ברוח דומה המליץ בכנסת בשעתו ח"כ פרופסור י.ה. קלינגהופר:

"אין זה מתפקידה של התביעה לקבוע אם סעיפים מסויימים של דיני העונשין היו לאות מתה. כל זמן שהם כתובים על ספר החוקים יש לכבד אותם, ואם אין זה רצוי לקיים עוד את תוקפם, אזי על המחוקק - ולא על התביעה - לבטל אותם."

(דברי הכנסת, כרך 43 (1965) ע' 2319)

המשפט האנגלי אינו רואה בעצם החפיפה של דברי חוק עילה להסקת המסקנה הפרשנית בדבר ביטול מכללא; רק **סתירה** בין שני

legislation is this: are the provisions "The test of whether there has been a repeal by implication by subsequent of a later act so inconsistent with, or repugnant to, the provisions of an earlier act that the two cannot stand Church Wardens v. Fourth City Mutual Building Society (1892) 1 Q.B. 654 together." (West Ham

והמחבר ממשיך:

"The fact that two provisions overlap is therefore not enough".

היינו, לפי תפיסתו של Cross חפיפה בין שתי הוראות חוק אין די בה כדי להוליך למסקנה הפרשנית שהחוק הקודם נתבטל מכללא.

18. (א) השאלה של ביטול מכללא עלתה אצלנו בדעת הרוב בע"פ 117/50 (חדד נ. היועץ המשפטי לממשלה, פד"י ה', 1413), פסק דין בו דובר על הזיקה ההדדית בין חוקים פליליים שונים הקובעים דרגות ענישה שונות, כאשר דרגות הענישה אינן אחידות והאחת מחמירה והשניה מקילה לגבי אותו מעשה עבירה ממש. בקשר לכך נאמר בפסק הדין האמור:

"אם אין ליישב וליישר את הניגודים וההידורים בין שני החוקים, אין להימנע מהמסקנה, שהחוק הקודם בוטל מכללא על ידי החוק החדש. [544] לאור הכלל הני"ל קבעו הלכה, שאף על פי שחוק חדש דן בעבירה שנדונה בחוק קודם, הרי אם מטרתו של החוק שונה ומשום כך הוא מטיל על עבירה זו עונש שונה במהותו, ימשיכו שני החוקים בקיומם, וניתנה הברירה להביא את העבריין לדין לפי חוק אחד או משנהו. אך אם העונש שונה רק בדרגה, כגון שהוא חמור או קל יותר, יראו את החוק החדש כמבטל את החוק הקודם (ראה מכסול עמ' 194-193 ו-1), (Henderson V. Sherborne (1837), (שם עמ' 1421 מול א'))

הפרשנות בדבר ביטול מכללא יושמה כאן על יסוד האימוץ של הכלל כי בין שתי הוראות חוק עונשיות, זכאי הנאשם לכך שיפעילו לגבי את ההוראה המקילה יותר ועל כן יראו את ההוראה הקודמת האחרת, שכל ביטויי השוני שבה בעונש החמור יותר, ואשר אותו היא קובעת על אותו מעשה, כהוראה המבוטלת מכללא. כלל הפרשנות ענינו אך ורק בהוראות פליליות **עונשיות** לגבי מעשה, מחדל או נסיון זהים המתוארים בשני חוקים שונים. הווה אומר, לענין זה מתבטאת הסתירה שבין החוקים, היכולה להוליך לפרשנות בדבר ביטול מכללא של ההוראה הקודמת, בשוני בדרגות הענישה.

אין לנושא זה, על פניו, כל נגיעה לעניננו ובדאי שאין כלל זה יכול להיות ישים בתחום אשר אליו הפנתה ההנחייה הני"ל, היינו לחפיפה בין סמכות עיכוב ההליכים לבין סמכות החנינה. אין סתירה ביניהן ואין זהות ביניהן.

(ב) השאלה מה הדין כאשר **שני** חוקים מקבילים דנים **באותה** סמכות, נדונה בבית משפט זה במישרין. בבג"צ 171/69 פילצר נ. שר האוצר ואח', פד"י כ"ד(1), 113 נתעוררה השאלה אם בשל חקיקתו של חוק בינוי ופינוי של אזורי שיקום, התשכ"ה-1965 ועקב עצם קיומו, נמנעת הפעלת הסמכויות למען השגת אותה מטרה לפי פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי ציבור), 1943.

משמע, כפי שבעתירות אלו הועלתה הטענה כי יש תוצאה של בטלות הנובעת מקיומן של הסמכויות המקבילות של החנינה (שבידי נשיא המדינה) ושל עיכוב ההליכים (שבידי היועץ המשפטי לממשלה אחרי הגשת כתב-האישום), כך נטען בפרשת פילצר הני"ל כי יש תוצאה של בטלות החלה על סמכות ההפקעה לפי הפקודה משנת 1943 (שבידי שר האוצר), עקב הוצאותה של הוראה חקוקה חדשה שהעניקה סמכות מקבילה לרשות השיקום.

השופט לנדוי (כתוארו אז) לא קיבל את הטענה בדבר בטלותה של הסמכות לפי הפקודה משנת 1943 וסבר כי גם כאשר ניתן להשיג אותה מטרה לפי שני חוקים שונים, אין זה מונע את הפעלת החוק המוקדם יותר וזאת אפילו כאשר הוראותיו של החוק המוקדם יותר פחות נוחות לאזרח מאשר הוראות החוק החדשות יותר. הוא ציין כי הפקודה המנדטורית והחוק שהוחק בתשכ"ה הם שני מעשי חקיקה שווי דרגה ואין בחוק שום הוראה מפורשת השוללת משר האוצר את הסמכות לפעול לפי הפקודה משנת 1943 רק בשל כך שרשות שיקום פלונית יכולה להשיג אותה מטרה לפי החוק מתשכ"ה. [545] אומר השופט לנדוי לגבי הטענה שאין לפעול לפי הפקודה משנת 1943:

"פירוש טענתם של העותרים הוא שמסקנה כזאת מתבקשת מאליה - מעין ביטול מכללא של הפקודה pro tanto לגבי כל המקרים המכוסים על ידי החוק, המאוחר יותר מן הפקודה. אם לא היה כאן ביטול כזה מכללא, ממילא אי אפשר לייחס לשר האוצר שימוש לרעה בסמכותו על פי הפקודה, כאשר השימוש בסמכות זו כשר במסגרת הפקודה כמות שהיא.

בבג"צ 5/48 (2), התעוררה שאלה דומה, בנוגע להפעלת התקנה 48 של תקנות ההגנה, 1939. נטען שתקנה זו בוטלה מכללא על ידי התקנה 114 של תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. הטענה נדחתה. ב-עמ' 74 (פ"י, בעמ' 27), שם, הביא הנשיא (זמורה) דברי הדרכה מתוך ספרו של מכסול:

"אין אוהדים לביטול חוק מכללא. כדי להניח ביטול כזה צריך להביא נימוקים חזקים. יש חזקה הגיונית שהמחוקק לא נתכוון להקים שני חוקים סותרים זה את זה, ומצד שני, שלא נתכוון להגשים דבר חשוב כל כך כמו ביטול חוק מבלי הוראה מפורשת. אין איפוא לקבל פירוש של ביטול מכללא אלא אם אין להימנע ממנו.

כל פירוש הגיוני אחר המונע פירוש של ביטול מכללא יש להניח שהוא הולם יותר את כוונתו האמיתית של המחוקק".

הטעם לזהירות יתרה זו בהכרזת חוק חרות כבטל מכללא הוא ברור: אם לא ננהג כך, נכניס אלמנט של חוסר ודאות בלתי רצוי אל תוך הפרשנות של חוקים היונקים את תקפם במישרין מרצון הרשות המחוקקת".

השופט לנדוי גם פנה לע"פ 117/50 הני"ל וציין כי טעם לביטול מכללא של הוראה מוקדמת יותר קיים בחוקים פליליים כשהחוק המאוחר קובע דרכי דיון שונות או עונש אחר. בהקשר זה הביא מדברי הנשיא זמורה בערעור הפלילי הני"ל, אשר לפיהם:

"חשיבות יתרה נודעת, לדעתי, לעקרון של ביטול מכללא כני"ל בדיני עונשין דוקא. את הסברה של קיום שני חוקים ענשיים זה על ידי זה לגבי אותה עבירה מלווים באימרה השיגרית, כי הברירה היא בידי התביעה הכללית לתבוע כראות עיניה לפי החוק המחמיר או החוק המקל. אבל לאימרה זו אין יסוד אחר מלבד השיגרה שבה מבטאים אותה, ובעיני יש

בה כביכול פגיעה בכלל הגדול של דיני העונשין nulla poena sine lege [546] כי ריבוי חוקים ענשיים עם זכות ברירה לתביעה הכללית כמוהו כאפס חוק מסויים ומוגדר".

דברים אלו מאלפים במיוחד לצורך ענינו שהרי עולה מהם שבית המשפט ביקש שם למנוע היווצרותן של נסיבות בהן תלוי האזרח שעבר עבירה בשיקול דעת התביעה הכללית באשר לבחירת סעיף האישום המקל יותר או המחמיר יותר כי כדברי השופט לנדוי "דיני העונשין יכולים להשפיע על חרותו של האזרח ועל שמו הטוב"; הוא הוסיף וציין בהקשר זה כי אין סיג דומה בחקיקה אחרת בשטח הציבורי.

לדבריו הנ"ל של הנשיא זמורה ולדברי השופט לנדוי יש השלכה על התיזה לפיה קיומו של עיכוב ההליכים מבטל מכללא חלק מסמכות החנינה שבידי הנשיא: המדובר בביטולה של סמכות חוקתית מוכרת, שהיא תולדה של תפיסת יסוד של הפסיקה שלנו בדבר מהותה של סמכות החנינה בשיטתנו המשפטית. פרשנות הבאה להצר תחומיה תהיה מקובלת בדרך כלל רק אם תהיה חד-משמעית בביסוסה; שהרי הנטייה היא, כמוזכר כבר, שסמכויות חוקתיות יפורשו באופן נרחב. על אחת כמה וכמה יהיה קשה לאמץ את ההשקפה כי קיומה של סמכות בידי התביעה הכללית, המסורה לשיקול דעתה הבלעדי, יש בה כדי לאיין את סמכותו החוקתית של הנשיא. דומה כי לו גם היה המדובר בסמכות חדשה של התביעה הכללית ולא בסמכות שהיתה קיימת כבר ממילא בזמן שנוצרה סמכות החנינה, היה נוצר קושי רב בקבלתה של השקפה כזאת. כפי שהדגשתי וכפי שאני חוזר ומדגיש, הרי המדובר על קיומה של הסמכות ולא על אופן השמוש בה.

המסקנה העולה מן המובאות הוא כי הכלל בדבר הביטול מכללא של חוק על-ידי חקיקה מאוחרת הוא בלתי ישים לענין שבפנינו וזאת לא רק בשל הטעמים שביטויים בדברים שנאמרו בבג"צ 171/69 הנ"ל. הרי, כמוזכר כבר, אין המדובר כאן על חקיקה מאוחרת שביטלה חקיקה קודמת, כי הסמכות לעכב הליכים קדמה לגיבושה המודרני של סמכות החנינה של הנשיא.

19. בשאלה החמישית התייחסנו לכך אם תהליכים מוגדרים במציאות המשפטית העכשווית יכולים להצר תחום פעולתו של מוסד חוקתי קיים, אשר קם מעיקרו מכוח דבר פרשנותו של החוק. השאלה מתיחסת כאן להלכה ולמעשה לאותו "ביטול Pro Tanto" ייהנו ביטולו של החלק החופף שבחוק, שהשופט לנדוי שלל את הרעיון של יישומו בהקשר שבפנינו.

ראשית, מן הבחינה הכללית טמונה התשובה לשאלה החמישית במהותם של התהליכים מול אופי שרשיו של המוסד שקם מכוח הפרשנות החוקתית. [547] אם המדובר במוסד שקם כפועל יוצא מהשקפה חוקתית עקרונית, רחבה ושלמה, הרי לא ייגרע מכוחו על ידי תהליכים שאינם סותרים אותה.

שנית, המדובר למעשה בטענה הסומכת עצמה על השינוי בקצב ובתדירות של השימוש בסמכות עיכוב ההליכים ואשר מבקשת לראות בכך עילה לאימוצה של הפרשנות לפיה נצטמצם בשל כך תחום הסמכויות החוקתיות של הנשיא. דומה הדבר לכך שהיינו אומרים שהיועץ המשפטי לממשלה קובע על ידי כמות עכובי ההליכים אשר אותם הוא מעניק, אם סמכותו של הנשיא תמשיך להיות שרירה וקיימת. סבורני כי תיזה כזאת אינה מעוגנת בהלכה המשפטית הקיימת. תורת המשפט לא העתיקה תהליכים ביולוגיים לתוך תחומיה ולא פיתחה את ההשקפה כי במערכת הזיקות בין הוראות חוק קיימות, יש מעין תורת בירור טבעי הפועלת כמכאניזם לביטול תקפם של חוקים, שהצורך בהם נחלש, כביכול, עקב אי השימוש בהם.

שלישית, במשטר השוקד על שלטון החוק ובתוך כך על זכויותיו של הפרט לא תהיה נטיה לאמץ פרשנות המכירה בשחיקת קיומה ובאיונה של סמכות שנועדה במידה רבה למען הפרט. וזאת אף אם מוכח קיומם של מוסדות מקבילים, אשר סמכויותיהם זהות.

20. מן האמור לעיל נלמדים הדברים הבאים: ראשית, לפי המקובל עלינו אין ההקבלה ואף הכפילות שבחקיקה מבטלת חוק קיים או סמכות קיימת.

שנית, התוקף של הוראת חוק גם אינו מתבטל עקב אי-השימוש בהוראותיו או עקב שמוש מועט בהוראותיו.

שלישית, בטול מכללא של חוק יכול וינבע מהוראות הסותרות זו את זו בתוכן או, בתחום העונשין, עקב חקיקה מאוחרת הקובעת עונש מקל יותר. סתירה בין החוקים לא נטענה ואף לא נסתברה בפנינו. קיומן של שתי רשויות מוסמכות מקבילות, אינה בגדר סתירה לפי העולה מבג"צ פילצר הנ"ל.

רביעית, בענין עכוב ההליכים ובחנינה לפני הרשעה אין בעצם ההקבלה כדי להביא לפרשנות המבטלת את קיומה של אחת משתי המערכות: האחת היא סמכות שבסדרי דין והשניה היא בין הסמכויות של מי שעומד בראש המדינה אשר לו הוקנו סמכויות אשר מעיקרן ולפי עצם טיבן חופפות בתוצאותיהן, במידה זו או אחרת את מעשיהן, בכוח או בפועל, של רשויות שלטוניות אחרות. כאמור המדובר במהויות משפטיות שונות ואין אחת מבטלת את רעותה.

חמישית, השאלה המכרעת היא אם הסמכות להעניק חנינה בטרם הרשעה נוצרה ונתקיימה מעיקרא. משהסתבר כי בית משפט זה הכיר בקיומה של סמכות חוקתית כאמור, וראה בה את אחד מיסודותיה של סמכות החנינה, אין הסמכות מתבטלת בהיטח הדעת או מכללא. [548] ביטולה של סמכות חוקתית מן הראוי שיעשה אחרי שקול נאות, בגלוי וביועצין ובדרך החקיקה, כיאה למהותו של הענין. שלטון החוק גם יוצא נשכר מכך שאנו נכבד את הוראותינו החוקתיות ונאמץ כלפיהן גישה ההולמת מעמדן, אשר בטייה בין היתר באופן הטיפול בשנויין או בביטולן.

21. לו סברנו כי יש בעצם היווצרותם של דברי חקיקה חדשים, כדי לגנוס בתקפותו של חוק חרות או לבטל מכללא סמכות חוקתית קיימת, הרי היה הדבר משתרע גם על החנינה אחרי ההרשעה, שהרי **המשפט החוזר** או הועדות **לענין בעונש** לסוגיהן או פועלו של החוק בענין תקנת השבים חופפים לפחות באופן **חלקי** לפחות, את מטרות החנינה לאחר ההרשעה.

כמוזכר, קיבל הדבר לאחרונה משמעות מודגשת עוד יותר, אחרי שרעיונותיהם של הפרופסורים י.ה. קלינגהופר ו-ש.ז. פלר קרמו עור וגידים והכנסת קיבלה את חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א 1981.

אם מדובר על כפילות חקיקתית ועל יצירת כלים מקבילים אי אפשר להצטמצם להשוואתו של עיכוב ההליכים עם החנינה בטרם הרשעה ובהצבתו של האחד במקום השני, אלא מתחייבת פניה לכל הכלים המקבילים בתחומי המשפט החוקתי והפלילי.

דוגמא מענינת לחפיפה האפשרית בשלב אחרי ההרשעה עולה מפסק-הדין של מועצת המלכה בענין Thomas V. The Queen (1979) 2 All E.R. 142. טומס הורשע ברצח, נערך לו לפי בקשתו משפט חוזר אך הוא הורשע בשנית. לאחר מכן זכה לפי החלטת המושל הכללי של ניו-זילנד, אחרי התיעצות עם הגורם הסטוטורי המתאים, לחנינה ואף לפצויים. קרי סמכות החנינה לא נחשבה לבטלה, לגבי אותם סוגי מקרים, אשר בהם איפשר החוק הניו-זילנדי משפט חוזר.

אין בסיס הגיוני ליצירת פרשנות, המאבחת לצורך הסקת המסקנות לגבי המשך קיומה של סמכות החנינה בין השפעותיהן של הוראות החוק החדשות ומיחדת דווקא את אלה שעניין השלב הטרור-שיפוטי. הפרשנות המשפטית של זכות החנינה התייחסה הן לשלב הטרור-שיפוטי, הן לשלב השיפוטי והן לזה שבא אחריו ואם נוצרו אט-אט כלים כפולים ומקבילים, אין הצדקה לפרשנות סלקטיבית.

אולם לא זה נתבטל מכלל ולא זה נעלם ללא השארת עקבות. כאשר מדובר בהוראה חוקתית - כדוגמת סעיף 11(ב) - אין לעקר חלקים מתוכה אלא על יסוד מילותיו המפורשות של חוק חרות, המבטא דיון והכנה שיטתיים המושתתים על תפיסות משפטיות בדוקות ולא על המקריות המזדמנת. בנושאים חוקתיים מן הראוי שיטופל תוך צעידה בדרך המלך.

[549] סכומם של דברים, המסקנה העולה לדידי מן האמור לעיל היא כי אין מבטלים סמכות חוקתית המעוגנת בחוק חרות אלא על ידי מעשה חקיקה מפורש, וכי אין בקיומם של דברי חוק המעניקים סמכות לתביעה הכללית ואשר הם בעלי תוכן דומה כדי לבטל מכלל את קיומה של סמכות חוקתית שבידי נשיא המדינה. ממילא נובע מכך, לפי השקפתי, כי סמכות הנשיא, כפי שנתפרשה בפסקי הדין של ראובן ומתאנה, שרירה וקיימת כל עוד לא נתבטלה על ידי הכנסת.

אינני שולל את הדעה שסמכות החנינה טעונה עיון חוזר שיבטל במשך הזמן לכדי חקיקה. כל דיון בכגון דא מן הנכון שיופנה גם לפתרונה של הבעיה שנולת, לא אחת, מן הניגוד בין הפסיקה השיפוטית לבין החנינה שבאה אחריה ולא רק לשאלה שבפנינו. המגמה ליצור איזון והפרדה נאותים בין מערכות השלטון ולתאם בין פעולותיהן אינה נעצרת ליד הגבולות המקריים שהותוו על ידי המחלוקת המשפטית סביב אירוע קונקרטי.

מהותה של הסמכות

22. כפי שצויין בסעיף 8 לפסק הדין, הרי מבחן נוסף אשר לו יש לתת את הדעת הוא זה שענינו במהותה של החנינה.

רשימה של סמכות החנינה הם קדומים והיו במשך אלפי שנים כה שלובים במעמדו של השליט עד שהיו מי שסברו כי בדמוקרטיה אין קיום לסמכות החנינה (ראה, למשל, Blackstone's Commentaries On The Law Of England. Vol. IV, P. 397). ביטוי להשקפה הכורכת את החנינה עם השלטון האוטוקרטי אנו מוצאים גם בתקופת המהפכה הצרפתית בה בוטלה הסמכות האמורה לראשונה ללא שריד ופליט למשך מספר שנים.

Beccaria בספרו (1963) Paducci Transl., P. 58-59, On Crimes And Punishments, ראה ניגוד קוטבי בין תפיסותיו הפנולוגיות לבין מוסד החנינה. אולם ברוב המכריע של הארצות נשארה הסמכות בעינה עד ימינו אלו, אם כי הזהות של בעל הסמכות, היקף הסמכות ודרך הפעלתה לובשות מגוון עשיר ביותר של צורות: Dr. Leslie Sebba, The Pardoning Power, A World Survey, The Journal Of Criminal Law And Criminology, 68, P. 83. התפיסה החוקתית המקובלת היא כי הסמכות של החנינה מסורה עתה בידי העם המעניק אותה מכוח החקיקה לרשות מוגדרת (59 Am Jur 2d Par, P. 10, 12).

מבחינת המגוון של ההסדרים החוקתיים ניתן להזכיר כי יש והסמכות להעניק חנינה היא בידי ראש המדינה, היינו הנשיא או המלך, יש והסמכות כרוכה בפעולתה של מועצה מייצעת בה מיוצגות כל רשויות השלטון או מקצתן, או שההתייעצות היא עם בית המשפט, מוסד שיפוטי מיוחד או שופט (השווה J. Monteil Grace En Droit Francais Moderne, Librairie De La Cour, 1959, P. 22). במדינות אחרות מוקנית הסמכות מעיקרה רק לפרלמנט בתור שכזה (למשל שוויצריה או אורוגוואי) או לרשות השופטת. [550] לעתים הסמכות מוענקת למועצת המדינה (למשל במדינות אחדות במזרח אירופה ובדרום קוריאה), למועצה הנשיאותית או למועצה מיוחדת המכוננת לצורך זה. בשוודיה מסורה הסמכות לממשלה ובבריה"מ לנשיאות של הסובייט העליון.

אין בדוגמאות אלה כדי לתאר את כל המגוון של הסמכויות אלא רק כדי להדגמן. גם התהליכים, לרבות דרך הגשת הבקשה, ההתייעצות עם גופים שיפוטיים או עם רשויות אחרות ודרך קבלת ההחלטה לובשים צורות שונות. באוסטרליה מקויימת למשל בכל מקרה חקירה על ידי Justice Of The Peace, המתמנה על ידי המושל הכללי או על ידי שופט בית המשפט העליון.

באחדות מן הארצות קיימת רק אפשרות למחול עונש (למשל בצרפת, אולם שם קיימת פרט לכך גם הסמכות המיוחדת של J. Monteil, La Grace Amnistiante, Grace En Droit Francais Moderne, P. 207. יש ואפשרות חנינה לפני הרשעה (למשל, בארה"ב, בריטניה, ניו-זילנד, סינגפור, מלאווי, סרי לנקה, איסלנד, צ'כיה, ליכטנשטיין, רודזיה, מדינת קווינסלנד באוסטרליה) {ראה ד"ר לסלי סבה, החנינה האישית והחנינה הכללית, עמ' 291} מאידך גיסא במדינות רבות קיימת רק חנינה אחרי הרשעה (בהודו, למשל, בה נאמר בחוק מפורשות שהסמכות חלה רק על עבריינים שהורשעו). בארצות השונות קיים גם שוני רב בתוצאותיה המשפטיות של החנינה.

באלו מן המדינות ניתן לתקוף את ההחלטה במישורין או בעקיפין בבית המשפט אולם באחרות, כגון בצרפת, אין זכות פניה לבית המשפט לגבי החלטת חנינה של הנשיא, יהיה זה בקשר לחוקיות ההחלטה או בקשר למהותה הממלכתית (F. Luchaire Et. G. Conac (La Constitution De La Repunlica Francais (Paris, 1979) 351: "... Tant Au Niveau De Leur Legalite Qu'au Plan De La Responsabilite De l'Etat". המחברים מסתמכים לענין זה על החלטות מועצת המדינה: 30 juin 1892, Gugel, Dalloz; 28 mars 1947, Gombert, Sirey, 1947, III p. 89. Periodique 1984, III, P. 61; 28 mars 1947, Gombert, Sirey, 1947, III p. 89). בארצות מסוימות החנינה חלה רק על עבירות פוליטיות (למשל בקולומביה) ויש ודווקא העבירות הללו מוצאות מכלל אלה לגביהן ניתן להעניק חנינה.

האזכור של העדר המתכונת האחידה באף תחום מתחומי החנינה הועלה כאן לתכלית אחת והיא כדי להצביע על כך שאין דגם אחיד וכי כמעט כל שיטת משפט פיתחה גישה המיוחדת לה ומותאמת למוסדות השלטון האחרים שהתפתחו בקירבה. לצורך השוואת הסמכויות אין על כן חשיבות לכך שבארה"ב הוענקה הסמכות לנשיא שהוא ראש הרשות המבצעת ואצלנו לנשיא מדינה שתפקידו מקביל לזה שנתגבש בבריטניה ובחלק ניכר מן הדמוקרטיות האירופאיות שבין שתי מלחמות העולם ואחריה, בהן עמד ראש הממשלה בראש הרשות המבצעת והמלך או הנשיא, לפי הענין, היה מי שעמד באופן פורמלי וסמלי בראש המדינה. [551] אין זיקה בין אופי התפקיד השלטוני ומעמדו הכללי לבין סמכות החנינה, שהרי יש מקרים בהם אין הסמכות כלל בידי הנשיא, אלא בידי רשויות אחרות.

כאשר בית המשפט הזה הפנה בבג"צ ראובן או בבג"צ מתאנה למצב החוקתי בבריטניה או בארה"ב לא עשה כן כדי לכרוך את המשפט הישראלי למערכת סמכויות נכרית זו או אחרת אלא כדי להצביע על המקור ועל המהות של התפיסות אשר אותן אימצנו, וזאת כהשתקפותן באב-הטיפוס שהיה לגד ענינו כאשר יצרנו, בשעתו, את המתכונת החוקתית שלנו, וכאשר כתבו לשם כך את ההוראות הראשוניות והעצמאיות שלנו. משנתגבשו הדפוסים של הסמכויות, אין הם תלויים כמובן בהתפתחויות בכל אתר אחר, אלא אך ורק ברעיונות ובתפיסות שלנו. תהליכים בארצות האחרות יש בהם משום ענין לשם לימוד, השוואה והפקת לקחים, אך אין בהן כדי להסיט אותנו מן המקובל והמוסכם אצלנו, כל עוד לא החלטנו או בעצמנו על אימוצם של דפוסים אחרים - וכל עוד לא נקטנו בדרכים שנועדו לכך, לאור

אופיו של הנושא ומהותה של הסמכות. מטעם זה אין גם הגיון בפניה - לשם הסקת מסקנות על המצב המשפטי הקיים אצלנו - לשיטות שבנו מעיקרן על יסוד תפיסות שונות. אם נכללה למשל בחוק הצרפתי התיזה כי ניתן לחון בחנינה אינדיבידואלית רק את העונש ולא את ההרשעה (פרט ל- Grace Amnistiante), ובכך מתמצה כל היקפה של סמכות המחילה (ה-Grace), אין ממילא טעם לחפש בה את המענה לשאלה אם מותר להעניק חנינה-לפני-הרשעה. הרי אין שם גם חנינה אינדיבידואלית של ההרשעה. אגב, גם התפיסה בקשר למחילת העונש היא בצרפת שונה משלנו, כי נשיא צרפת ז'סקאר ד'אסטן סבר, למשל, כי אין לו סמכות למחול עונש (מיתה) כאשר עונש זה הוא בגדר עונש חובה שנקבע בחוק (Luchaire Et Conac שם, עמ' 348). היפוכו של דבר בבלגיה, מקום שם מעניקים, כשיטה מחילה של עונש החובה המקסימלי (ראה Dr. L. Sebba, Jour. O. Cr.L. (1977) עמ' 86).

סיכומה של נקודה זו, העובדה שבצרפת או בגרמניה אין בידי הנשיא סמכות חנינה לפני ההרשעה, איננה מלמדת על המשפט המצוי אצלנו, כי לא ארצות אלו שמשו לנו כדגם ליצירת הדפוסים החוקתיים בתחום החנינה.

זאת ועוד, לצורך הבנתן של אמות המידה עלינו לשים את הדגש על המהות של הסמכות ולא על מי שמפעיל אותה או איך הוא מפעיל אותה. אצלנו נקבע מבחינת היקף הסמכות כי אנו מעניקים לנשיא המדינה את המתכונת הרחבה ביותר של סמכות חנינה (שענינה העבירה) ושל מחילה (שענינה העונש) וכי בכוחו למחוק אף את הכתם שבעבירה ולא רק את תוצאותיה. זהו המצב המשפטי המצוי ולאור מסקנה זאת עלינו להסיק מסקנותינו לגבי המגזרים הספציפיים, המתייחסים לתחומיה השונים של הסמכות. [552] העובדה שיש רעיונות בדבר שנוי של המצב המשפטי - ואני בודאי אינני שולל את הדיון ברעיונות הללו ואף את האימוץ של חלק מהם, אין בה כשלעצמה כדי לשנות את מהותו של החוק הקיים.

23. העולה מכל המקובץ לעיל הוא כי במקרה דנן היתה החלטת החנינה במסגרת סמכותו הפורמלית של נשיא המדינה.

אגב, המחוקק התווה דרך לשם בירור **מוקדם** של עמדתו של בית משפט זה בנושאים הנוגעים לענין החנינה ואלו דבריו לענין זה בסעיף 32(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984:

32(א) העמדת שאלה בידי שר המשפטים
הוגשה בקשה לנשיא המדינה למתן חנינה או להפחתת עונש, והתעוררה שאלה אשר לדעת שר המשפטים ראוייה לדיון בבית המשפט העליון ואשר אינה יכולה לשמש עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31, רשאי שר המשפטים להעמיד את השאלה לבית המשפט העליון.

(ב) "...

הפעלת הסמכות

24. לאור המסקנה הנ"ל, לפיה הסמכות היא בת-תוקף, עולה מינייה וביה השאלה אימתי מפעילים את סמכות החנינה-לפני-הרשעה. עד עתה היתה סמכות זו בלתי מופעלת למעשה, פרט למספר קטן של מקרים יוצאי דופן שאחידים מהם הובאו לידיעתנו במהלך הדיון בעתירות. **ואכן מן הנכון שכך יהיה**, שהרי רק נסיבות חריגות לחלוטין בהן עולה אינטרס צבורי עליון או נסיבות אישיות קיצוניות ביותר, ואשר בהן לא נחזה פתרון סביר אחר יכולות להצדיק התערבות מוקדמת, כמתואר, במהלך הרגיל של סדרי המשפט. כמשתמע ממסקנה זו, גם לא נכון יהיה אם ינסו לקבוע מראש רשימה של סוגי המקרים אשר בהם ראוי להפעיל את הסמכות.

המניע המרכזי להחלטה בדבר חנינה בדרך כלל הוא זה של מידת הרחמים (act of grace) כדברי השופט Marshal בפרשת U.S. V. Wilson 150, 160-161 (1833); אולם הגישה השליטה עתה בארה"ב מעדיפה את ההפניה אל שיקולי ה- Public Welfare על פי מטבע הלשון ששמש את השופט Holmes בפרשת Biddle V. Perovich 274 U.S. 480, 486 (1927). ראה גם C.C. Joyner, Rethinking the president's power. of executive pardon, 43 Federal Probation (1979) 16.

בנקודת המוצא לכל בדיקה של הפעלת החנינה בדרך כלל, מקובלת עלי הגישה שהובעה בפסק-הדין האמריקאי בענין מונטגומרי נ. קליבלנד:

"While a pardon is a matter of grace, it is nevertheless the grace of the state, and not the personal favor of the governor. [553] It is granted out of consideration of public policy, for the benefit of the public as well as of the individual, and is to be exercised as the act of the sovereign state, not of the individual caprice of the occupant accordance with sound principles and upon of the executive office as an individual. He is supposed to act in proper facts presented to him."

(מתוך (Montgomery V. Cleveland 32 A.L.R. 1151, 1157; 98 So. 1111 (1923)

החנינה, בדרך כלל, איננה חוליה טבעית נוספת במהלכן של הפעולות השיפוטיות, אלא מן הנכון שתשמש אך ורק לנסיבות יוצאות דופן בהן נחחדש דבר מהותי, מאז תום ההליכים המשפטיים שיש בו כדי להצדיק את שנוייה של ההכרעה השיפוטית.

על אחת כמה וכמה שאין השימוש בסמכות החנינה לפני ההרשעה אלא אמצעי נדיר וקיצוני, אשר הושאר בידי הנשיא כסמכות חוקתית שיורית, בעלת אופי של שסתום בטחון.

דוגמה של נסיבות תאורטיות אשר בהן תתכן פניה אל הנשיא בבקשת חנינה-לפני-הרשעה עלתה מדבריו של פרופסור י.ה. קלינגהופר בכנסת, כאשר טען לשוניים במדיניותה של התביעה הכללית ולתקון הוראות סדרי הדין בהתאם; וכך אמר בהציגו את החנינה לפני ההרשעה כעובדה משפטית קיימת:

"גם נימוק אחר ששומעים אותו לפעמים, והוא שאם החשוד חולה מאד, הרי יהיה זה מעשה אכזרי להעמידו לדיון, גם נימוק זה איננו משכנע, שכן במקרים נדירים כאלה יוכל נשיא המדינה להעניק לאדם חנינה בטרם ייפתח המשפט. לנשיא המדינה הכוח לחון עבריינים גם לפני ההרשעה וגם אחריה. זאת קבע השופט אגרנט בפסק-הדין ראובן נגד יושב-ראש וחברי המועצה המשפטית, בג"צ 177/50."

(דברי הכנסת כרך 43 עמ' 2319)

כדוגמא נוספת אפשר להזכיר כי, שקולים בטחוניים ומדיניים הכרוכים בהסדרים עם גורמים עוינים, הוכרו בעבר כעילות לגיטימיות

לשחרור מן המאסר בטרם עת, לרבות לפני תום ההליכים המשפטיים ומכללא לפחות גם כמצדיקים מתן חנינה (השווה בג"צ 228/84, עזריאל ברק נ. ראש ממשלת ישראל ואח' - לא פורסם; בג"צ 270/85 פלוני נ. נשיא מדינת ישראל ואח' - לא פורסם; בג"צ 659/85 בר-יוסף נ. שר המשטרה ואח' - לא פורסם). כמובן שאף בנסיבות כמתואר חייב כל מקרה להבחן לפי נסיבותיו ואין ללמוד ממערכת נסיבות קונקרטית אחת על רעותה.

25. באותה מידה בה אין זה מתיישב עם מטרתה של החנינה, כאמור, אם תהפוך לערכאת ערעור נוספת על הליכי המשפט, כך גם אין מקום לכך שהחנינה בטרם משפט תהפוך לערכאת ערעור על החלטותיה של התביעה הכללית. [554] רק נסיבות בהן צפוי נזק כבד לענין שאין לו כל פתרון סביר אחר ואשר בעל הסמכות רשאי לשוותו לנגד עיניו יכולות להתיר סטיה מן הריסון המהותי המתחייב בשימוש בסמכות, ורק לצורך מקרים חריגים כאמור כמוזכר נשמר קיומה הרדום של הסמכות, בגדר מעין-סמכות-שיורית.

דומה כי לסיכום נקודה זו, יש מקום להזכיר בשינויים הנובעים מן הענין, רעיונות אשר אותם העלה ד"ר לסלי סבה, במחקרו הנ"ל על החנינה האישית והחנינה הכללית, כאשר הביא את הטעמים להצעתו בדבר השארתה-בעין **בסמכות שיורית** של הסמכות החוקית להעניק חנינה לגבי העונש, גם כאשר יושלמו צעדי החקיקה אשר אותם הציע ואשר ייצרו כלים חוקיים מושלמים לטיפול בכל סוגי הבעיות האפשריות והצפויות מראש הכרוכות בענישה הפלילית או הנובעים ממנה. למרות זאת ביקש כי תוותר גם אז סמכות, נשיאותית שיורית, כדבריו, לגבי מקרים יוצאי דופן. וכך אמר (שם, עמ' 267):

"אך אפילו יתקבלו כל הפתרונות המוצעים, אין אנו מציעים לבטל כליל את הסמכות הזאת. גם אם יקום הסדר של Parole, אם יוכנס למסגרתו ענין קיצוב ענשיהם של אסירי עולם, ואם יבטלו או יסייגו את ענשי המינימום, יהיו תמיד מקרים מיוחדים אשר לגביהם לא תבוא לעברייני ישועה מלבד אם יוסמך הנשיא לבוא לעזרתו. נכון הוא כי הגמישות שהיה מוסד החנינה תורם לתהליך קביעת העונש, הפכה במידה רבה מיותרת לאור הגמישות בענין זה שהותרה במשך הזמן לבית המשפט, ונכון הוא כי כיום נהוג לאפשר לרשות המבצעת להתערב בשלבים מתקדמים יותר של ביצוע העונש, כדי להבטיח את הגמישות גם בשלבים אלה; אולם בסופו של דבר, יש להשאיר פתח גם להתערבות מטעם רשות נוספת, במידה שאין בכוחן של שתי הרשויות האמורות להגיע לפתרון הרצוי. הרשות המתאימה לענין זה היא אמנם נשיא המדינה, אשר לו מעמד מעל שתי הרשויות הללו - מה גם שלעתים מדובר בחריגה ממדיניות שקבעה הרשות השלישית, היינו הרשות המחוקקת. למקרים שיוריים אלה נשאר איפוא מקום להפקיד סמכות בידי הנשיא, המהווה מעין 'שסתום בטחון' למקרים שבהם ההסדרים המקובלים אינם נותנים פתרון".

בעקבות הדיון בעתירות אלו מתחייבות מספר הערות נוספות.

על החוק והסדר הממלכתי

26. (א) ראשית דבר, שלטון החוק אינו נוצר יש מאין ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו בטוי, מוחשי ויום-יומי בעצם קיומם של הסדרים נורמטיביים מחייבים, בהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא, בהגשמת חריות היסוד, בהקפדה על השוויון וביצירת אורה כללית של אמון ובטחון. [555] שלטון החוק, האינטרס הצבורי והגישה הממלכתית - אינם מושגים סותרים או מתנגשים. הם משולבים זה בזה, תומכים זה בזה ומסייעים האחד למשנהו.

בית המשפט מופקד במיוחד על כך שציפיות אלו יוגשמו הלכה למעשה, אך כל רשות מן הרשויות הממלכתיות, משולבת בחובת העשיה למען התכליות האמורות.

לא יתואר ממשל תקין, אם אינו שוקד על קיומו של שלטון החוק, כי הוא שבוהה את חומת המגן בפני האנרכיה והוא שמבטיח את קיום הסדר הממלכתי. סדר זה הוא היסוד לקיומן של המסגרות המדיניות והחברתיות ולהבטחת זכויות האדם. הללו אינם מתקיימים באוירה של לית דין.

גם הבטחון הלאומי נשען על שלטון החוק, הן בשמשו להבטחת הסדרים הפנים-מדינתיים והן כעזר ביצירת הכלים, המאפשרים התמודדות עם גורמים עוינים. אין פעולה מאורגנת של יחידת אנשים כלשהי ולא תתכן משמעת בלי קביעות נורמטיביות היונקות מן ההוראה החוקית המחייבת.

(ב) שנית, שלטון אינו יכול לפעול באופן תקין אם אין בידי ידעיה מלאה על הנעשה בתחומים אשר עליהם הוא מופקד. אין הכרח בכך כי כל אחד יידע את הכל; נהפוך הוא, יש נסיבות ויש סוגי נושאים ופרטים, שאף קביעתם נשענת על החוק, בהם שמורה הידיעה רק למעטים או אף למעטים מאד. אולם ככל שהנושא חשוב וחיוני יותר, גם חשוב וחיוני שתהיה ידיעה והכרה של הנתונים בידי הגורם הנושא באחריות הממלכתית. אגב, כאשר המדובר בחשש מפני הגלוי של ידיעות מסווגות, יש לזכור כי גלויים כאמור אינם נוצרים מעצמם, אלא תחילתם תמיד בכשלונו המודע או הבלתי-מודע של שותף-סוד.

(ג) ממשל תקין בנוי על כושר ההחלטה ואין הכרעה נבונה ושקולה, בלי שתקדם לה ידיעת הנתונים, יהיה התחום בו אנו דנים אשר יהיה. בית המשפט עמד על ענין דומה או קרוב, כאשר נדונו חובותיו של שר בקשר לפרשת שעון הקיץ (בג"צ 297/82 ברגר נ. שר הפנים, פד"י לו (3) 45). נושא זה לא דמה כמובן במשקלו הסגולי לנתוני הרקע של מקרה זה, אך סדנא דארעה חד הוא והעקרון ישים בכל אתר. בבג"צ 297/82 התווה בית המשפט כללים בענין דרך קבלת ההחלטות המיניסטריאליות וחזר וציין את המובן מאליו, היינו כי זו חייבת לנבוע מידיעת הנתונים העובדתיים ולהיות מעוגנת בהם.

סדרי שלטון תקינים יוצרים אפשרויות פתוחות מגוונות לקבלת מידע, לקיום בקרה מתמדת ולמעקב אחר קיום ההוראות; גם איסוף המידע וקיום חקירה, במידת הצורך, יכולים ללוש צורות שונות ומבחינה זאת חל כלל אחד ואחיד, הן על תחום המינהל והן על תחום החקירה והוא, כי כל המקדים לבדוק נושא הטעון בדיקה ולחקרו, יוצא נשכר מכך, מכל בחינה אפשרית. [556] יכולה רשות פלונית למדד ידיעות או לצמצם תפוצתו ולוודא כי לא ייגרם נזק על-ידי מסירת וקבלת מידע, אך אין נסיבות בהן יכולה רשות שלטונית, האחראית לתחום מוגדר, להמנע כליל מבדיקתו של נושא, אשר יש לו השלכה על יכולת ההחלטה והתפקוד שלה ושל הגורמים אשר עליהם היא מופקדת ועל אחריותה כלפי הצבור כולו. יש הבדל תהומי בין קביעתה של בדיקה מבוקרת ומוגנת, לבין החלטה על אי-בדיקה; דומה הדבר כאילו אמר פלוני שהיה רוצה לעבור בכביש סואן בעיניים עצומות.

(ד) יש דרכים שונות לחקירה ולבדיקה מבוקרת וממודרת של כל נושא ואף לנקיטתו במידת הצורך של כל מהלך משפטי, בלי לפגוע בבטחון וכבר היו דברים מעולם. אולם בשלב זה לא אוסיף להביע דעתי מעבר לכך, מתוך הנחה שיקוימו התהליכים עליהם הודיע היועץ המשפטי לממשלה בהודעתו מיום 15.7.86.

27. (א) ביום 30.6.86 החלטנו על מחיקת שמו של נשיא המדינה כמשיב בעתירות בבג"צ 431/86 ובבג"צ 446/86. הוספנו ועשינו כן ביום 20.7.86 לגבי העתירה בבג"צ 463/86. הטעם לכך טמון בהוראותיו של סעיף 13 לחוק יסוד: נשיא המדינה, הקובע כי:

"13. לא יתן נשיא המדינה את הדין לפני כל בית משפט או בית דין בשל דבר הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית בשל דבר כזה".

במתן החנינה פעל הנשיא במקרה דנן בתחום "הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו" ומכאן שהוא חסין מפני כל פעולה משפטית בשל כך, לרבות בפני עתירה לבית משפט זה אם ענינה התחום האמור ואין בית משפט זה רשאי לדרוש ממנו לבוא וליתן טעם מדוע לא יפעל בדרך זו או אחרת במסגרת סמכויותיו. חסינות זאת מתייחסת לאפשרות של התקיפה הישירה של פעולת הנשיא אך אין מניעה כי חוקיות פעולתו של הנשיא תבחן במקרה מתאים באופן עקיף עקב דיון בבקשה המופנית נגד משיב אחר, כפי שאירע במקרה דנן (בג"צ 659/85 הנ"ל).

28. (א) מושג החוקיות בהקשר לנושא שבפנינו הוא רחב וכולל הן את שאלת הסמכות והן את שאלת אופן הפעלת שקול הדעת. שאלת הסמכות נדונה לעיל. לענין בדיקתו של שקול הדעת אמר בית משפט זה בבג"צ 483/77 (ברזילי נ. ראש ממשלת ישראל פד"י לא (3) 671) בהתייחסו לעתירה שהופנתה נגד החלטת חנינה (או ליתר דיוק נגד המלצת שר המשפטים שהוגשה לנשיא המדינה) כי:-

[557]

"אפילו פעל הנשיא על פי עצה מוטעית או אפילו טעה הנשיא עצמו בשיקול דעתו, אין בכך כדי לפגום בתקפה המשפטית של החלטתו ובית משפט זה אינו יושב בערעור על החלטות הנשיא"

(שם עמ' 672)

ענין זה מחייב הבהרה וסיווג מסוימים. כמקובל עלינו, בהפעילו בקורת שיפוטית - אף בעקבות תקיפה עקיפה - אין בית המשפט עושה את עצמו לנושא המשרה אשר את חוקיות פעולתו תוקפים בפניו (בג"צ 329/81 הנ"ל, שם עמ' 334). בית המשפט בוחן אם נושא המשרה פעל כפי שנושא משרה **שכמותו** ראוי היה לו לפעול. בית המשפט אינו שם עצמו במקום הרשות כדי להחליט מה היה מחליט לו היה במקומה אלא מתערב רק כאשר הוא סובר כי אף רשות סבירה, במעמדה המוגדר, לא היתה יכולה להגיע למסקנה אשר אליה הגיעה. מתחם הסבירות אשר על החרגה מתוכו המדובר כאן הוא כאמור מתחם שמידותיו נקבעים בהתחשב עם מעמדה של הרשות השלטונית ואופי סמכויותיה. קרי, בהפעילו סמכותו פועל בית המשפט, גם תוך התייחסות לכך מהי הרשות החוקתית כלפיה מופעלת הבקורת השיפוטית. ממילא שלובה לתוך המסגרת הנורמטיבית של הבקורת של שקול הדעת גם התייחסות לאופי ולמהות תפקידה של אותה הרשות מרשויות השלטון אשר ענינה נמצא אותה שעה בבדיקה בבית המשפט. (השווה תוך שני הזהות של הרשויות, בג"צ 652/81 שריד נ. יו"ר הכנסת פד"י ל"ו (2) 197, 203 מול ז', 204 מול א').

(ב) במסגרת הטענות נגד הפעלת שקול הדעת, הועלו בפנינו גם השגות בענין כמות המידע שנמסרה לנשיא המדינה עובר למתן החלטתו, בענין מהירות הדיון בחנינות נשוא עתירה זו וטענות כיוצא באלה. לא מצאתי באלו יסוד להתערבותו של בית משפט זה. ראשית, לענין העובדות אין לשלול את העולה מן התצהיר לפיו היה בפני נשיא המדינה מידע מלא וכי נפגש גם פעמיים עם אחד ממקבלי החנינה. העובדה שלא פגש בשלשת המבקשים האחרים, דבר בו ראו אחדים מן העותרים פגם אינה יוצאת דופן אלא ברגיל הוא שהנשיא דן בבקשות בכתב בלבד ויוצא הדופן הוא דוקא שהוא פוגש את מבקש חנינה (E. Abramovitz And D. Paget, Executive Clemency, In Capital Cases, 39 N.Y.U.L. Rev. (1964) 136, 177; ד"ר ל. סבה כנ"ל, עמ' 194).

משנחה דעתנו כי היו בפני הנשיא ראיות שנעברו העבירות, אשר פורטו בפני הנשיא בבקשות החנינה, בעל-פה ובכתב ומשנתברר כי מבקשי החנינה הודו במעשי העבירה ובקשו כי יחוננו אותם, היו בפנינו נתונים מספקים כדי לשקול בקשתם לחנינה ואיני רואה כי קמה עילה להתערבותנו.

29. טענה נוספת שעלתה בענין סמכותו של הנשיא, מתייחסת לסיווגה של החנינה שהוענקה, כחנינה כללית או אינדיבידואלית. בהקשר זה טענה גב' מיכל שקד, פרקליטתם המלומדת של העותרים בבג"צ 448/86, כי מעשהו של הנשיא עולה לאור נסיבותיו של מקרה זה לכדי חנינה כללית אך הסמכות לעשות כן איננה מוקנית לו שהרי הוא מוסמך אך ורק להעניק חנינה אינדיבידואלית. [558] את דבריה אלה תמכה על האמור בקובץ Attorney General's Survey Of Release Procedures Volume III 1939, department of justice Washington אשר בו

"In an attempt to classify the institution of amnesty, we may state that it belongs to the upper concept of pardon. It is a plurality of pardoning acts, and its main feature is that the amnesty determines the conditions and the extent of the pardon by groups of persons or groups of crimes or by certain general attitudes of the individuals concerned. There is a pronounced predilection to lay stress on the motive. Even the exceptions and limitations in an amnesty are generally given by groups, regardless of the merits of the single case."

כפי שנובע מפסק דין מתאנה (שם עמ' 455) בידי נשיא המדינה אכן אך ורק הסמכות להעניק חנינה אינדיבידואלית (בדומה למצב באנגליה) וכך אכן עשה במקרה דנן כאשר העניק ארבעה כתבי חנינה נפרדים, אשר כל אחד מהם מתייחס לעבירותיו של האדם אשר בשמו נקב ואשר אליו, ורק אליו, התייחס כתב החנינה. כתבי החנינה לא הגדירו את הזכות לחנינה לפי סוג אנשים או סוג עבירות או סוג של תנאים מזכים. העובדה שהוענקו חנינות אישיות נפרדות בעת ובעונה אחת **למספר** אנשים שהיו מעורבים באותו מעשה או בפרשה אחת, אינה הופכת כל כתב חנינה נפרד או את כולם יחד לחנינה כללית. (ראה ד"ר ל. סבה, שם, עמ' 61 סעיף א').

זכות העמידה

30. באי-כוחם המלומדים של המשיבים, העלו עם ראשית הדיון את הטענה כי יש לדחות את העתירה על הסף, וזאת כיוון שאין לעותרים זכות עמידה לבוא ולטעון כנגד חוקיות החנינות, שהן בבחינת אקט אינדיבידואלי מאת הנשיא המכוון למקבלי החנינה בלבד. לפי הטענה אין בידי העותרים להצביע על אינטרס אישי ישיר וממשי שלהם לביטול החנינות שכן אלה האחרונות פועלות אך ורק לטובת המשיבים שזכו בחנינה ומכאן שאין העותרים מבקשים דבר לעצמם אלא אך שלילת דבר מן הזולת (בג"צ 40/70 ישראל בקר נ. שר הבטחון ואח', פד"י כ"ד(1), 238, 247).

אף אם נכונה הטענה כי אין למי מן העותרים אינטרס אישי ממשי וישיר בביטול החנינות, אין מקום לדחיית העתירה על הסף; [559] שכן צויין כבר על ידי בית משפט זה בעבר כי במקרים מסוימים "כאשר הבעיה המתעוררת היא בעלת אופי קונסטיטוציוני" (בג"צ 217/80 סגל נ. שר הפנים, פד"י ל"ד(4), 429, 443), וכן כאשר "הענין המועלה בעתירה נושא אופי ציבורי שיש לו נגיעה ישירה לקידומו של שלטון החוק ולהתווית הקווים המבטיחים קיומו הלכה למעשה" (בג"צ 1/81 שירן ואח' נ. רשות השידור ואח', פד"י ל"ה(3), 365, 374), מן הראוי לנקוט

גישה ליברלית יותר ולפתוח שעריו של בית משפט זה בפני עותר המצביע על בעיה כאמור (וראה ספרו המאלף של ד"ר זאב סגל, זכות העמידה בבית המשפט הגבוה לצדק, הוצאת פפירוס 1986). כמובן שאין בכך משום הכרה כללית בקיומה של העתירה הציבורית (Actio Popularis), אלא אך קו מנחה כללי המאפשר לבית המשפט, תוך הפעלת שיקול דעת, את פתיחת שעריו במקרה מתאים, כדי שיידונו עתירות בעלות אופי ציבורי-חוקתי.

ולעניינו, הסוגיות המועלות במסגרת העתירות שבפנינו, העוסקות בפרשנות חוק יסוד: נשיא המדינה לשם קביעת היקף סמכות החנינה של הנשיא, הצדיקו הפעלתה של הגישה האמורה ופתיחת שעריו של בית משפט זה בפני העותרים.

עמדתו של השופט ברק

31. (א) היתה לי בינתיים ההזדמנות לעיין בדבריו המעניינים של חברי הנכבד השופט ברק ועל כן ארשה לעצמי להוסיף מספר הערות נוספות, אשר להן חשיבות לשם הבנת השוני בגישותינו.

כמובן שאין לי מחלוקת עם הנחת היסוד העיונית לפיה עלינו לפסוק לפי מיטב ידיעתנו והבנתנו המשפטית, מבלי לתת דעתנו להשפעות הסביבתיות, שהזמן או הנושא הולידו. זו הדרך המקובלת על בית משפט זה מאז ומתמיד ודור זה לא חידש ולא שינה בכך דבר.

(ב) מי שמעיין בדברי חברי הנכבד, עלול להגיע לכלל המסקנה כאילו אין בנושא שבפנינו נקודת מוצא משפטית מקובלת, המעוגנת בפסיקה וכאילו כל מה שמפנים אליו אינו אלא בגדר אימרת אגב נשכחת שהועלתה כאן לראשונה מתהום הנשיה ואשר אותה רוממו - לא בדיון - למעלת תיזה משפטית מקובלת; כן משתמע כי, כביכול, גם השופטים אגרנט וברנזון למעשה לא סברו אחרת. עם כל ההערכה, גישה זו איננה מקובלת עלי מאחר ואיננה תואמת את הנתונים העובדיים.

ההשקפה המשפטית לפיה יש בידי נשיא המדינה סמכות של חנינה-בטרם-הרשעה הוצגה ברורות, לראשונה בפסק-דין ראובן ולאחר מכן ביתר שאת על-ידי הרוב והמעוט בפסק-דין מתאנה.

אגב, גם השופט לנדוי, שהיה מבין שופטי המעוט בפרשת מתאנה הוסיף בסוף דבריו כי הוא מביע הסכמה גמורה לדברי השופט ברנזון (שם, עמ' 461) ודבריו של השופט ברנזון בענין החנינה טרם הרשעה צוטטו במלואם לעיל.

[560] עיקרו של דבר, בעקבות פסק דין מתאנה הפכה ההשקפה שבוטאה בו כה מקובלת וידועה עד ששמשה כתאור נאמן של המצב המשפטי הקיים במשך עשרות בשנים, כבטויו של הדבר בספרות המשפטית לסוגיה ובכל דיון עיוני שקוים בנושא זה. עד כדי כך היה נושא זה ברור בעיני הכל עד כי גם שני המשפטנים המכובדים שהציעו תיזה חלופית ושונה בסוגיה זו, ראו להדגיש בדבריהם כי עמדת בית המשפט העליון שונה מזו שלהם וכי תוכנה של העמדה האמורה הוא כאמור לעיל. יתרה מזאת, אחד מהם אפילו הסתמך על עצם קיומה של סמכות החנינה-בטרם-הרשעה כפתרון משפטי מוצע לבעיות אחרות בהם דן אותה עת (דברי הכנסת כרך 43 עמ' 2319 שצוטט לעיל). אשוב ואזכיר כי אחד מן המלומדים (פרופ' י.ה. קלינגהופר הנכבד) עיגן את גישתו בפרשנות הלשונית והשני (פרופ' ש.ז. פלר הנכבד) השתית את השקפתו על מכלול של החקיקה החלופית המחדשת, אולם כפי שהנני מבין מדברי חברי הנכבד, הוא איננו בונה את השקפתו על אף אחת משתי התיזות הללו.

בכל אלו אין כדי להתמיה או לחדש שהרי השופטים אגרנט (כתוארו אז), ברנזון וחיים כהן (כתוארו אז), (אשר לדבריו הברורים בנושא זה, אין חברי הנכבד מתיחס), הביעו בנושא החנינה-בטרם-הרשעה דעה חד-משמעית ומפורשת, שבטאה גישתם הכללית לנושא החנינה, וזו הפכה לתפיסה השלטת בכיפה עד עתה. על יסוד מסקנה זוהי פנה השר פנחס רוזן לפי המלצת היועץ המשפטי לממשלה מספר פעמים (מועת) לנשיא המדינה דאז, המליץ להעניק חנינה-בטרם-הרשעה ואף נענה בחיוב.

סיכומה של נקודה זו, אין המדובר בחיפוש אחר מבנה חוקתי רצוי, אלא על המצב החוקתי הקיים בישראל אשר נתגבש על יסוד פסיקתו של בית משפט הזה מלפני שנים רבות ולא שונה עד עתה.

(ג) ההתפתחות החוקתית שהולוכה למצב הקיים מצאה בטויה המפורש בפסק-דין מתאנה וממנו ובו עולה ההנמקה המצביעה על היקף הסמכות כפי שהוא עלה ממלותיו של סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט1949- ושל סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה.

המענה לשאלה מה משמעותן של מלות החוק אינו עולה מן הנסיון לגלות את חקרי הלב של חברי הוועדות שתמצית דבריהם שרדו בפרוטוקולים שמעולם לא פורסמו. מקובלת עלי ההשקפה כי התשובה לשאלה זו טמונה בהבנתה של התכלית החוקתית וזו האחרונה עולה מן הפרשנות החוקתית הרחבה, כפי שמתחייב, של מלות החוק על פי מטרותן הגלויה, מן הרקע וההתפתחות המשפטית, מן האנלוגיה החוקתית, ממאפייניה של שיטת המשפט ושל התפיסות החוקתיות שלנו כפי שגם באו, בין היתר, לידי בטוי בעצם קביעתה של משרת הנשיא, מטרותה ויעודה. באלה עסק פסק-דין מתאנה ולא אחזור על כך.

[561] חברי הנכבד ביקש להצביע על שוני הקיים, כביכול בין הגישה הפרשנית כבטויה בפסק-דין מתאנה לבין זו שלי. בכך חברי הנכבד לא דק פורטא: אין כל שוני מהותי בין הכנוי "גישה הסטורית-פרשנית" אותה ייחס לדברי בעקבות האמור לעיל לבין מה שחברי מכנה "גישה משפטית-חוקתית" של השופט אגרנט וההבדל בכותרת הוא אך סמנטי. מבחינת התוכן - שתי הגישות הן זהות, היינו זו של השופטים אגרנט, ברנזון וחיים כהן אשר אליהם הצטרפו, ללא הסתייגות בנקודה זו, השופטים זילברג ולנדוי וזו שהוצגה על-ידי בפסק-דין זה. כך טוען חברי הנכבד, למשל, כי:

"הנה כי כן, השופט אגרנט לא פרש את חוק המעבר על יסוד ההנחה כי התכלית החקיקתית שלו "עוצבה בהתאם למתכונת האנגלית והאמריקאית אשר שימשו לה אב-טיפוס"

אך כדי לתמוך במסקנתו הוא מביא מדברי השופט אגרנט האומר:

"היוצא מזה, כי הנימוק בדבר חוסר כל דמיון או השוואה בין מעמדו של הנשיא בארצנו לבין מעמד הכתר באנגליה (או לזה של נשיא ארצות הברית) הוא מוטעה".

צטוט זה מדבר בעד עצמו והוא מוליק, עם כל הכבוד, למסקנה ההפוכה.

(ד) המצב המשפטי בצרפת, בגרמניה ובאיטליה לא הוצג בפסק-דין מתאנה באופן מלא כי המדובר על מערכות משפטיות שנושאייהם החוקתיים הובאו בפני בית המשפט רק באופן חלקי. על כן מן הראוי להבהיר מספר נתונים נוספים.

ככל הידוע, באיטליה קיימת גם חנינה-לפני-הרשעה אם כי היא באה לידי ממוש רק אם מי שזכה בחנינה יוצא לאחר מכן חייב בדינו. הסדר חוקתי זה אינו מונע העמדה לדין ובא לאפשר זכוי עניני ללא צורך בהזקקות לחנינה.

עיקרו של דבר, בגרמניה ובאיטליה קיים והתפתח מוסד החנינה השיפוטית ליד החנינה הלב-שיפוטית Justizfreier Gnadenakt לעומת Justizgebundener Gnadenakt (mario duni, il perdono giudiziale, Milano, 1957; Richard Drews, das deutsche gnadenrecht, (1971); klaus huser, begnadigung und amnestie, hamburg (1973).

לדעתי יש לראות בקיומה של החנינה השיפוטית טעם מרכזי לצמצום ההדרגתי של סמכות החנינה של מי שעומד בראש המדינה. התהליך הנ"ל, אשר עליו כותב גם פרופסור ש.ז. פלר מזוית רחבה יותר במסגרת הצעותיו לחקיקה אצלנו, הביא להעברת מרכז הכובד מן ההכרעה של המלך או הנשיא, לפי הענין, אל הערכאה השיפוטית או אל גופים סטטוטוריים מיוחדים הדנים במישרין בבחינה מחדש של ההרשעה או העונש לסוגיו (משפט חוזר, ועדת שחרורים, תקון השבים וכדו').

[562] ההשוואה הנוכחית, במצב המשפטי הקיים, בין השיטות הקונטיננטליות לאלו שלנו, היא על כן מוקשה ועיתויה אינו נכון.

(ה) אשר למצב המשפטי באנגליה, שגם לגביו העלה חברי הנכבד ספקות, הרי יש רק לשוב ולהזכיר כי אין אף חיבור אנגלי בנושא החוקתי שאינו מזכיר המשך קיומה המשפטי של הסמכות, אם כי כאמור הפעלתה ככל הנראה שמורה למקרים יוצאי דופן. דומה כי צמצום מסוים במידת השמוש חל באנגליה, באופן יחסי, גם על הפעלת החנינה-לאחר-ההרשעה.

חברי הנכבד ביקש להבדיל בין המצב החוקתי בארה"ב לבין המצב החוקתי בישראל על פי מבחן המעגן במעמדו של הנשיא דשם כראש הרשות המבצעת. הבחנה זו אינה מקובלת עלי. סמכות החנינה הוקנתה לנשיא ארה"ב לראשונה כחלק מן ההמשכיות המשפטית שאומצה שם ואשר נשאה בחובה העתקה של הדוגמה האנגלית של סמכויות המלך (ראה דברי הרוב מפי הנשיא Burger ב-Schick V. Reed 419 U.S. 256 (1974)).

התיזה לפיה הנשיא בארה"ב הוא בעל סמכות החנינה מאחר והוא ראש הרשות המבצעת, אינה מקובלת. בענין מהותה של הסמכות ותכליתה אמר Am Jur 2d par 95 p. 10, 11:

inherent in the people. "Our government is established upon the principle that all governmental power is Hence, crime is an offense against the people, prosecuted in the name of the people, and the people alone can bestow mercy by pardon. As subsequently is noted, the people may confer the pardoning power upon any officer or board that they see fit."

משמעות הדברים הנ"ל היא כי הנשיא דשם נושא בסמכות כשליחו של העם ולא זהותו ותוארו ומעמדו ברשות המבצעת קובעים היקפה של הסמכות.

מכאן לסמכויות התקפות אצלנו: כאשר מדובר בנשיא אשר לפי המבנה החוקתי שלנו אינו נוטל חלק בהתמודדות הפוליטית, תורמת הנייטרליות האמורה סלקו של אחד מן החששות שהובעו, בין היתר, בדברי חברי הנכבד. בכך לא סגי כי כל הענקת סמכות והפעלתה יכולה וצריכה להיות מלווה גם בבקרה וגם בבקורת. אמר בקשר לכך השופט אגרנט:

[563]

"לא התעלמתי מן השיקול, שהקניית התוכן "המלא" לסמכות הנדונה עשויה להביא לשימוש יתיר בה, דבר הטומן בחובו את הסכנה של החלשת מרותו של המשפט בעיני הבריות. אולם תגובתי לשיקול הזה היא: כל אקט של חנינה מצד הנשיא זקוק לחתימת הקיום של ראש הממשלה או אחד משריה (סעיף 7 לחוק המעבר, תשי"ט1949-). פירושו של דבר, כי אף אם ההחלטה לחון או להפחית את העונש חייבת להיות החלטתו האישית של הנשיא, הרי היא גם מותנית בהמלצת השר הנוגע בדבר. שר זה יהיה, על-פי הרגיל, שר-המשפטים, אשר בידי הכלים לערוך חקירה מדוקדקת בנסיבות המקרה בטרם יביא את המלצתו בפני הנשיא. ברי, שהמלצה זו - ולכן גם החלטת החנינה - נתונה לביקורת של הכנסת ובאפשרות זו יש לראות את הערובה שקבע החוק נגד הסכנה האמורה."

(ע' 461)

השופט חיים כהן ציין באותו נושא ממש:

"אין אני חושש כל עיקר מפני פגיעה, כביכול, בסמכות השפיטה והענישה של בית המשפט, במידה ויש סמכות בידי נשיא המדינה לשנות ולבטל תוצאות שפיטתם זו. יכלתי לראות שמץ חשש וטעם לפגם, אילו הסמכות הנדונה היתה בידי הממשלה או אחת מרשויותיה, או אפילו אילו היתה בידי הכנסת: כי אז אולי היה בכך משום ערוב התחומים שבין הרשות השיפוטית מכאן והרשות המבצעת או המחוקקת מכאן. אבל נשיא המדינה עומד מעל לכל שלוש הרשויות האלו. הוא מגלם באישיותו את המדינה עצמה."

(עמ' 465)

לדידי, סמכות החנינה במתכונתה הקיימת אצלנו, איננה תנאי לקיומו של משטר חוקתי תקין. מגוון ההוראות הקיימות בסוגיה זו בארצות השונות מצביע על כך שנוהג בעולם מבחר של פתרונות, ביניהם כלליים או אינדיבידואליים, שיפוטיים או לב-שיפוטיים, סמכויות בידי ראש המדינה או סמכויות בידי גופים סטטוטוריים מיוחדים ועוד. משמע, הדרך הנבחרת שהונהגה אצלנו איננה בגדר חלופה בלעדית. כיום מצוי מרכז הכובד של ההסדר הקיים בהכרעה האישית - הסלקטיבית המותנית, בין היתר, בהמלצתו של גורם פוליטי, קרי השר, כבטווייה בחוות הדעת ובחתימת הקיום. לטעמי, כל הסדר חקיקתי חדש שייצור כלים סטטוטוריים שאינם כרוכים בהחלטתם של גורמים פוליטיים בנושאים שהוכרעו בבתי המשפט, הוא עדיף.

אולם באותה מידה אין גם ממש בגירסה כאילו עצם קיומה אצלנו של סמכות החנינה במלוא היקפה הקיים, נוגד את שלטון החוק. יש לזכור כי אנו מתיחסים כאן להסדרים חוקתיים השרירים וקיימים בימינו אלה במדינות שמשטרן הוא מן המתוקנים ביותר, ושליטת קיומו של שלטון חוק אפקטיבי, כל מקום בו קיימת סמכות החנינה במלוא היקפה, היא בגדר מסקנה קיצונית הנעדרת בסיס מציאותי.

[564] עלתה גם הטענה כי עצם החפיפה לסמכויותיהן של רשויות שלטוניות אחרות וההקבלה עמן, פוגעת במבנה החוקתי התקין.

טענה זו כבר נדונה לעיל ומסקנתנו היתה בין היתר שאין הקבלה מלאה. עיקרו של דבר, החנינה לכל צורותיה במתכונתה הקיימת מהווה לפי עצם מהותה מוסד אשר תוצאות פעולתו נוגדות מיניה וביה את אשר הוכרע על ידי מוסדות אחרים. כך הדבר בין השאר לגבי החנינה הניתנת בעקבות פסק-הדין. החפיפה היא איפוא תכונה אינהרנטית של מוסד החנינה כולו ומבחינה זו אין החנינה-בטרם-הרשעה יוצאת דופן.

מי שמבקש ליצור דפוסים חדשים ולבטל את הקיים צריך להזקק תחילה לבחינה עיונית מקפת כפי שעשה למשל פרופ' ש.ז. פלר ולפנות לחקיקה מסודרת שתדון בכל היבטיה של החנינה; אולם כל עוד לא שונתה בדרך המקובלת תפיסת היסוד החוקתית המכירה בקיומו של מוסד החנינה, אין מקום לבטלו באורח ספוראדי, בדרך הפרשנות, של אחד מן המגזרים של אותה סמכות הקיים במשפטנו זה שנים ואשר הווצרותו וקיומו מעוגנים בשרשיה של תפיסת היסוד בדבר מהותו הנוכחית של מוסד החנינה הקיים בשיטתנו המשפטית.

כרסום ad hoc של מוסד משפטי קיים בשל נסיבות שהזמן גרמן אינו מחזק את שלטון החוק, אלא מחלישו ולכך נתכוונתי, בין היתר, כאשר אמרתי בע"ב 2/84 (ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית פד"י ל"ט (2) 260, 225:

"כאשר נבחנים נושאים חוקתיים, יש לתת את הדעת למשמעותם ולהשלכותיהם לטווח הארוך ויש להקנות משקל ראוי להשפעתם על עיצוב דמותה של המסגרת המדינית או החברתית בה הם מופעלים; אם ישועבדו לצרכי השעה ואם נאמץ אמות מידה קזואליסטיות בנושאים חוקתיים ... נחטיא את המטרה ונחטא לנושא."

(ו) סיכומי של דבר, פסק-דין מתאנה אימץ פרשנות רחבה ומקיפה בדבר סמכותו של הנשיא והשופטים אגרנט, ברנזון וח. כהן קבעו מפורשות כי הסמכות האמורה כוללת גם את החנינה-בטרם-הרשעה. כפי שהודגש כבר לעיל המדובר ביצירה חקיקתית עצמאית שלנו, אך לא ניתן למחוק משורותיו של פסק-הדין את ההזקקות החוזרות ונשנות אל ההשוואה לסמכותם של המלך והנשיא, לפי הענין, בעולם החוקתי האנגלו-אמריקאי, גישה שהשפיעה במישרין על רוחב היריעה החוקתית שנפרשה אצלנו. התיזה המשתמעת מדברי חברי הנכבד, לפיה בעת הדיון בפסק דין מתאנה, לא הובנה כאילו מהותה ומקורה של הסמכות באנגליה וארה"ב וכאילו נעלם מעיני בית משפט זה בשעתו המבנה הקונסטיטוציוני בשתי הארצות בהן המדובר בהשוואה לישראל או כאילו לא נתנו אז את הדעת לכוחה ועצמאותה של התביעה הכללית בישראל ולא הבינו כי חנינה מתנגשת עם הפעלת הסמכויות לפני - ולאור תדירות ההפעלה, בעיקר אחרי - ההרשעה, כל אלו הן תיזות שאינן מתיישבות עם האמור בפסק-דין מתאנה ועם פרשנותו המקובלת רבת-השנים.

[565] זהו הדין החוקתי התקף והקיים וכל עוד לא שונה בדרך החקיקה יש להסיק ממנו - לאור תכונותיו האמורות - על מרווח הסמכויות הקיים.

עלינו להתמודד עם הנתונים המשפטיים והעובדתיים כפי שהם פרושים בפנינו - להבדיל מנתונים מדומים או רצויים וממילא גם לא ניתן לאגוף או לעקוף את התוצאות הנובעות מן הפסיקה של בית משפט זה ואת המסקנות העולות ממנה. אנו מצויים בתחום בו מתחייבת הכרעה משפטית עקרונית ונורמטיבית הבנויה על אדני החוק הקיים. בתחום זה יפים דבריו של זקן השופטים Marshall בפסק-הדין בענין 1 Cr. 137 (1803) Marbury V. Madison:

"Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the judge; always for the purpose of giving effect to the will of the law...."

החקירה

32. לפי תגובתה של המדינה בהודעות היועץ המשפטי לממשלה תקוים חקירה משטרתית בנושא אשר עליו סבות עתירות אלו ומשמעות הדבר כי אין לדעתי מקום להתערבותו של בית משפט זה בנושא זה.

בעקבות ההודעה האמורה של היועץ המשפטי לממשלה הודיעו העותרים בבג"צ 431/86 שהם מבטלים את עתירתם והעותר בבג"צ 428/86 הודיע כי הוא מצמצם את תו לענין סמכות החנינה בלבד.

אשר לבשג"צ 320/86, לא ראיתי מקום לפסול את ההחלטה בדבר חקירה אשר עליה הודיע היועץ המשפטי לממשלה ואשר מהותה העקרונית מקובלת עלי.

33. אשר על כן הייתי דוחה את העתירות ומבטל את הצו שיצא בעקבותיהן.

המשנה לנשיא:

1. לאור דעותיהם השונות של חברי הנכבדים, הנשיא שמגר והשופט ברק, המתנתי לחוות דעתם בכתובים בטרם אקבע את עמדתי בסוגיה החשובה הדורשת הכרעה והיא: כלום מוסמך נשיא המדינה בישראל להעניק חנינה לאדם שטרם נשפט. בשתי חוות הדעת נפרשה יריעה רחבה וססגונית של רעיונות, פסיקה ודברי מלומדים שהיו לי לעזר רב בבואי לבור את דרכי. לאור אותה מלאכת מחשבת שנעשתה בידי חברי אוכל מצדי להתמקד בעיקר בהסבר תמציתי על שום מה מצטרפת אני למסקנתו של הנשיא הנכבד שהחנינות בענייניו שרירות וקיימות, ובראש וראשונה - על שום מה סבורה גם אני שהסמכות האמורה אכן קיימת.

2. [566] בסעיף 11(ב) לחוק יסוד - נשיא המדינה נאמר:

"לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים (ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם)."

נתתי את חלקה השני של ההוראה בסוגריים שכן סב הדיון בפנינו על הרישא, היינו על "הסמכות לחון עבריינים", אם כי תוך ביסוס עמדתי אתן כמובן דעתי על המכלול. כבר בואר על ידי חברי הנכבדים שסמכות זו (לחון עבריינים) היתה נתונה לנשיא המדינה - עד לביטול אותה הוראה בסעיף 26א) לחוק יסוד: נשיא המדינה - בסעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט 1949. השוואה בין שני הסעיפים אמנם מגלה שוני לשוני קל, אך אין כל הבדל במהות. לפיכך ניתן להסתמך על דברים שנאמרו או נפסקו על בסיס סעיף 6 לחוק המעבר כאילו נדון שם סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה בו עסקינן. יאזכר, לצורך הבנת דברי בהמשך, כי עד לחקיקת חוק המעבר היתה סמכותו של הנשיא (מכוח סעיף 14 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח 1948-) מעוגנת בסימן 16 לדבר-המלך במועצה שקבע כי אם "נעברה עבירה בארץ-ישראל, או נעברה עבירה אשר העברין יכול להישפט עליה בארץ-ישראל, רשאי הנציב העליון, ככל שיראה הזדמנות לכך, לחון כל מי שהיה לו חלק בעבירה כאמור, אשר יתן ידיעות וראיות המובילות להרשעתו של העברין העיקרי או של עבריינים אחדים אם היו יותר מאחד; ועוד רשאי הוא

לחון כל עברייני שהורשע בעבירה בכל בית-משפט... חנינה מלאה או חנינה הכפופה לתנאים חוקיים, או רשאי הוא להפחית את העונש." (ההדגשה הוספה)

הדגשתי בציטוט את המלה "העברייני" ואת המלים "חנינה הכפופה לתנאים חוקיים" רק כדי להפנות אליהן את תשומת הלב בהמשך, אך בשלב זה דיניי שאדגיש כי בתמצית ניתן לומר שסמכותו של נשיא המדינה באותם זמנים (למן העברת סמכותו של הנציב העליון אליו בפקודת סדרי השלטון והמשפט, כמבואר) התבטאה בכוח שהוענק לו לחון בטרם משפט כל מי שהיה לו חלק בעבירה שהיה מוכן למסור מידע שיביא להרשעתו של העברייני העיקרי או של עבריינים אחרים וכן בכוח לחון עברייני באשר הוא לאחר שהורשע בדיון ("כל עברייני שהורשע").

סמכות זו, כאמור, שונתה בחוק המעבר שהוראתו לענינו חופפת מהותית את הנוסח של סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה שצוטט על ידי לעיל.

3. [567] בבואנו לפרש את הסעיף בו עסקינו אין אנו ניצבים על קרקע בתולה. חברי הנכבד השופט ברק היה ער לכך, אך נתן לפסיקה משקל מועט ביותר משני טעמים: ראשית, היו אלה דברי אגב אורחא בלבד; ושנית, עולה משם, לפי הבנתו, כי יש בהם אף קטעים התומכים בגישתו. למשל, השופט אגרנט (כתוארו אז) ראה בצדק בהוראה בה עסקינו חוק ישראלי "ראשוני" ולא למד, עקב כך, גזירה שוה מהדין האנגלו-סכסי. גם הפרקטיקה בעקבות פסקי-הדין הישנים אינה משמעותית בעיניו.

מקובלים עלי דבריו של מ"מ הנשיא אגרנט בד"נ 13/60 (היועץ המשפטי לממשלה נגד אהרן מתאנה, פ"ד ט"ז 430 בע' 443) (להלן "פס"ד מתאנה") שאין לערוך השוואה בין נוסח סימן 16 לדבר-המלך (שהבאתיו, בתרגומו העברי, כלשונו) לבין זה של סעיף 6 לחוק המעבר - וממילא גם לא עם סעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה - שכן מדובר בחוק המעבר בסמכות "ראשונית" ישראלית מקורית ובהוראה חוקתית, להבדיל מסוג הסמכויות שהמלך האנגלי אצל בזמנו למושלי המושבות הבריטיות, סמכויות שהיו מוגבלות בהרבה מכוחו שלו עצמו ואשר צריך היה לפרשן פירוש מצמצם.

אולם, בניגוד לנאמר על ידי חברי הנכבד השופט ברק, אין לדעתי ללמוד מכאן שמ"מ הנשיא אגרנט לא דגל בהשקפה שהסמכות לפי סעיף 6 לחוק המעבר לחון עבריינים אינדיבידואליים (להבדיל מחנינה כללית), דומה ביסודה לזו של המלך באנגליה או של נשיא ארה"ב. לשון אחרת, דבריו של השופט אגרנט על ראשוניותה של סמכות החנינה בסעיף 6 לחוק המעבר, כמו גם על המשמעות האוניברסלית של המושג "חנינה", נועדו לפי הבנתי אך להסביר על שום מה יש להתעלם בעת פירוש הכתוב בסעיף 6 דלעיל ממה שלא הועתק בו מתוך סימן 16 לדבר-המלך. לצורך הנושא שעמד לדיון בפס"ד מתאנה לא היה מ"מ הנשיא אגרנט נכון לראות "השמטה", או הגבלת סמכותו של נשיא המדינה, בעובדה שהמלים (שהודגשו על-ידי) "חנינה הכפופה לתנאים חוקיים" שהופיעו בסימן 16 אינן מופיעות בסעיף 6 לחוק המעבר. להפך, מסקנתו היתה שהלשון הכללית שנקטה בסעיף 6 אופיינית לחוקה וכי יש לתת לה פירוש "קונסטרוקציוני" מרחיב. את הפירוש המקובל עליו הוא שאב, כנרמז, ממקורות אנגלו-אמריקאיים, הכל כמפורט שם (ראה ע' 454 מול א', ע' 453 מול א') ומסקנתו (שהפכה לפסק דינו של הרוב) היתה, כידוע, שחרף העדרה של הוראה מפורשת שכוחו של הנשיא יפה להתנות את החנינה בתנאים, די בלשון הכללית ("הסמכות לחון עבריינים") כדי לקפל בתוכה, מכוח הפירוש המרחיב, גם כוח זה (היינו לתת חנינה מסוייגת).

אם עדיין נותר ספק בכך שמ"מ הנשיא דגל בזיקה בין ישראל לאנגליה בנושא החנינה האינדיבידואלית, הרי הוא נעלם לאור דבריו בבג"צ 177/50 (ראובן נ. יו"ר וחברי המועצה המשפטית) פ"ד ה' ע' 737 (להלן "פס"ד ראובן"). חרף טעות אותה תיקן בפס"ד מתאנה בקשר לסמכותם של מושלי מושבות, קרי הנציב העליון, עומדת בעינה עמדתו הבסיסית שמצאה ביטוי בדבריו הבאים (שם ע' 750):

[568]

"אני סבור כי סמכות החנינה הנתונה בידי נשיא מדינת ישראל אינה שונה בדרך כלל, מזו המצויה בידי המלך באנגליה, הן מבחינת מהותה והן מבחינת התוצאות הנובעות מהשימוש בה."

אסתפק בציטוט בודד זה, אם כי פסק הדין מכיל התבטאויות נוספות באותה רוח.

אכן, רק השופט אגרנט (כתוארו אז) דן בשאלה "שנדושה" (כלשונו שם) "בטענות המלאות שהשמיעו" הפרקליטים, לפיה יש להחזיר את שם העותר ראובן לפנקס עורכי-הדין כתוצאה מהחנינה המלאה (שהוענקה לו לאחר שריצה את מלוא העונש). אולם לא היו אלה דברי אגב אורחא בלבד - וגם לשכמותם יש כידוע משקל לא מבוטל - אלא דיון בעיצומה של השאלה האמיתית שהיוותה לפי הבנתו את לב הענין. כך עולה מדבריו הבאים:

"הסכסוך האמיתי הנעוץ היום בין המבקש והציבור, מקורו בטענתו כי החנינה היקנתה בידו זכות מוחלטת לכך ששמו יוחזר לפנקס עורכי הדין... ברור כי רק בית משפט זה הוא המוסמך להכריע בסכסוך זה שבין המבקש והציבור... העובדה שהמבקש מתוך השקפה מוטעית על סמכותה של המועצה המשפטית, פנה לגוף זה לשם מימוש זכותו הנ"ל, אין בה כדי לשלול את האפשרות כי במשפט זה תבוא הכרעה סופית בטענתו האמורה... אם נמצא כי אותה טענה של המבקש בדיון יסודה ונצהיר כי קיימת בידו הזכות לשמש מחדש כפרקליט, כי אז תהא הצהרה זו מחייבת כולי עלמא והמבקש לא יתקשה למצוא דרך להחזרת שמו לפנקס עורכי הדין, ומן הצד השני אם נחליט כי אין בה בחנינה, כדי להביא לתוצאה הנ"ל הרי גם בהכרעה זו תהא משום שימת קץ לסכסוך זה שבין האזרח והציבור. בין כך ובין כך, סבור אני כי חייבים אנו לפסוק בכל השאלה הזאת... הנני עובר איפוא לדון בה."

(ההדגשה הוספה)

נראה לי שיש ויש בעמדתו של השופט אגרנט משום נקיטת עמדה נחרצת שהסמכות לחון צריכה להתפרש פירוש מרחיב בדומה לאנגליה וארה"ב, פירוש המקפל בתוכו גם סמכות לחון עברייני בטרם משפט. את עמדתו יש לדלות מדבריו הן בפס"ד ראובן (למעט הטעות) והן בפס"ד מתאנה. כך נובע מהציטוט המובא על ידו מתוך הולסבורי, (הילשאם כרך 6 ע' 477) המתחיל לאמור:

"בדרך כלל אפשר לתת חנינה לפני או אחרי הרשעה..."

ובעיקר (בע' 1751) באומרו:

"מכאן אני למד, כי לנשיא הכוח לחון עבריינים גם לפני, גם אחרי ההרשעה, בין ללא תנאי כלשהו, בין בצורה מסוייגת..."

[569] השופט אגרנט לא רק כך "דרש" אלא כך גם "קיים", שכן הוא פרש את תוצאות החנינה שדונוה שם לאור המקובל באנגליה ובארה"ב (ראה, למשל, ע' 751 ו').

המעייין בפסקי הדין ראובן ומתאנה נוכח לדעת שאף אחד מהשופטים לא חלק על הפירוש לפיו יכול נשיא המדינה לחון עבריון בטרם משפט וכי רובם אף דגלו במפורש בפירוש זה. למשל, הוזכרה לעיל הפלוגתא בין השופט ברנזון לבין מ"מ הנשיא אגרט בפס"ד מתאנה לגבי עריכת השוואה עם סימן 16 לדבר-המלך, אולם גם השופט ברנזון (שלא היה מוכן להכיר בסמכות נשיא המדינה לסייג חנינה בתנאים, עקב "השמטת" חלק זה בסעיף 6 לחוק המעבר לעומת סימן 16 לדבר-המלך) הביע דעתו (אולי לאור הרישאה של סימן 16) שכוח החנינה של נשיא המדינה משתרע לא רק על מי שכבר הורשע אלא גם בטרם-הרשעה. אביא את דבריו כלשונם (ע' 469 ו'):

"...במובן מסוים רחבה סמכות החנינה של נשיא המדינה מהסמכות שהיתה נתונה בידי הנציב העליון. בעוד שהנציב העליון לא היה יכול למחול עבירה לפני שהעבריון הובא לדין והורשע אלא אם הוא הפך לעד מדינה והביא להרשעת שותפיו לפשע (סימן 16 לדבר המלך במועצה, חלק ראשון) אין הנשיא מוגבל בתנאי זה ונראה לי שכוחו יפה לחון כל עבריון גם לפני שהובא לדין."

השופט לנדוי, בסוף חוות דעתו בפס"ד מתאנה הסכים "הסכמה גמורה" לפסק דינו של השופט ברנזון, ומכאן אתה למד שהסכים גם לנאמר בציטוט דלעיל ומכל מקום ודאי שלא הסתייג הימנו.

השופט ח' כהן תמך תמיכה מלאה בפירושו של מ"מ הנשיא אגרט והדגיש את דעתו שיש לתת לסמכותו של נשיא-המדינה פירוש מרחיב.

הדעה הכללית היתה איפוא שהסמכות לחון בטרם משפט שרירה וקיימת. לעומת זאת, היו חילוקי דעות בין הרוב למיעוט בפס"ד מתאנה בשאלת הדמיון בין סמכותו של נשיא המדינה לבין זו של מלך אנגליה.

יצויין שבפועל נהגו עוד למן פס"ד ראובן לפי עמדתו שם של השופט אגרט. אומר השופט ח' כהן בפס"ד מתאנה (בע' 461 ז'):

"לפי סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט1949-, מוסמך נשיא המדינה לחון עבריינים ולהפחית ענשים. בסמכותם זו השתמשו נשיאי המדינה, מאז 1949 ועד יום מתן פסק-הדין בע"פ 185/59, (23.6.60), בדרך שהותוותה להם בפסק-דינו של בית-משפט זה, מפי חברי הנכבד, השופט אגרט, בבג"צ 177/50, פד"י, כרך ה', ע' 737, ב-ע' 745 והבאים אחריו; [570] כלומר, גם נשיא המדינה, גם שר-המשפטים אשר החלטת הנשיא טעונה חתימת קיומו לפי החוק, וגם כל ציבור האזרחים הרב שנוקק לחסדי הנשיא, ראו תמיד בסמכות זו המוקנית בידי הנשיא, סמכות אשר היא שווה ומקבילה בטיבה ובהיקפה לסמכות החנינה והפחתת הענשים הנתונים בידי מלכה של אנגליה."

פרקטיקה זו (אשר מי כשופט ח' כהן שכיח תקופה ממושכת כיועץ משפטי לממשלה מכיר אותה) נמשכה כעשר שנים תמימות. ממשיך השופט כהן ואומר (בע' 462א'):

"כבר נאמר לא פעם על-ידי בית-משפט זה (גם בתקופת המנדט וגם לאחר קום המדינה), שבית-המשפט יהסס היסוס רב מהפוך על פיה פרקטיקה פלונית שהשתרשה במרוצת השנים; ואם דברים אלה נאמרו לגבי ענינים שבנוהג, שלא היו להם סמוכין בפסיקה של בתי-המשפט, על אחת-כמה-וכמה אמורים הם לענין נוהג הנשען על פסיקה מפורשת של בית-המשפט העליון, וכשלעצמי, אפילו הייתי נוטה לדעה אשר חברי הנכבדים, השופטים ברנזון ולנדוי דוגלים בה, שיש במנהג זה אשר הוא נהוג בידי נשיא המדינה מימים ימימה כדי פירוש רחב יתר על המידה של הוראת סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט1949- (וכזכור סבו שם חילוקי הדעות על מתן חנינה מסוייגת ולא על חנינה בטרם משפט - מ.ב.), אפילו אז לא הייתי בא היום לשנות ממנהג זה, אשר קיבל גושפנקה של המחוקק לפחות על-ידי שתיקתו..."

(ההדגשה הוספה)

מאז פס"ד ראובן, ואחר כך מתאנה, מדובר איפוא בפרקטיקה בת עשרות בשנים. תחילה התבססה הפרקטיקה רק על דעת היחיד, אם כי כרציו, של השופט אגרט (בפס"ד ראובן) ולאחר מכן על ההלכה בפס"ד מתאנה.

עד כמה התייחסו אפילו משפטנים גדולים לפס"ד ראובן כאל הלכה שנוהגים על פיה, ניתן לראות בדבריו של פרופ' קלינגהופר (שהובאו על ידי הנשיא שמגר), דברים שנאמרו בכנסת בישיבתה מיום 29.6.65 (כרך 43 של דברי הכנסת בע' 2319). למען הרצף ולצורך הדבק הדברים אביאם בזה שנית:

"גם נימוק אחר ששומעים אותו לפעמים, והוא, שאם החשוד חולה מאד, הרי יהיה זה מעשה אכזרי להעמידו לדין, גם נימוק זה איננו משכנע, שכן במקרים נדירים כאלה יוכל נשיא המדינה להעניק לאדם חנינה בטרם ייפתח המשפט. לנשיא המדינה הכוח לחון עבריינים גם לפני ההרשעה וגם אחריה. זאת קבע השופט אגרט בפסק-הדין ראובן נגד יושב-ראש וחברי המועצה המשפטית, בג"ץ 177/50."

(ההדגשות הוספו)

[571] יצויין שהדברים נאמרו בעת דיון בשאלה "האם התביעה צריכה להיות חייבת להעמיד אדם פלוני לדין, כאשר הראיות מספיקות לאישומו, או שמא ענין ההאשמה צריך להיות מסור לשיקול-דעתה של התביעה, אשר ברצונה תעמיד אותו לדין, וברצונה תימנע מלעשות כן. דעתו של המלומד הנכבד היתה שאין להשאיר את ההחלטה לשיקול דעתה של התביעה וטעמו עמו:

"אני מציע בהסתייגותי שניטוש את השיטה הזאת ונעבור לשיטה המחייבת את התביעה להעמיד אדם לדין אם יש בידה לבסס את האישום על חומר ראיות מספיק. כשמעשה או מחדל מסוים מוגדר בחוק כעבירה פלילית, מן הדין להביאו להכרעת הרשות השופטת, ואין זה ענינה של התביעה הנמנית על הרשות המבצעת של המדינה, לפטור את האדם מאחריותו הפלילית למעשה או למחדל על-ידי אי-העמדתו לדין ולשלול מבית-המשפט המוסמך את האפשרות לדון אותו בהתאם לחוק. ברירתה של התביעה להחליט על דעת עצמה אם יש או אין במשפט ענין לציבור ובהתאם לכך להעמיד או לא להעמיד אדם בפלילים - סכנות פוליטיות טמונות בחובה. זוהי הענקת סמכות לחון אדם מראש, זוהי הפיכת שלטונות התביעה למעין מוסדות חנינה, דבר שאיננו עולה בקנה אחד עם מהות תפקידם."

(ההדגשה הוספה)

עינינו הוראות שפרופסור קלינגהופר הבדיל הבדל היטב בין הענקת ברירה בלתי מבוקרת לתביעה, "להחליט על דעת עצמה אם יש או אין במשפט פלוני ענין לציבור ובהתאם לכך להעמיד או לא להעמיד אדם בפלילים" לבין מוסד החנינה. הענקת ברירה כזאת לתביעה נראתה לו

מסוכנת, שכן (בלשונו) "סכנות פוליטיות טמונות בחובה", ו"זוהי הענקת סמכות לחון אדם מראש". לעומת זאת, קבל המלומד כעובדה קיימת את הסמכות המוענקת לנשיא המדינה, להעניק לאדם חנינה, במקרים נדירים, אף "בטרם ייפתח המשפט".

אכן, המחוקק הלך בסופו של דבר בדרך-ביניים אך לזה אחזור בהמשך.

4. מהנאמר עד כה עולות שתי מסקנות:

(א) לגבי פירוש תחום סמכותו של נשיא המדינה לחון עבריינים בטרם משפט איננו ניצבים על קרקע בתולה. אדרבה קיימת פסיקה שאין לתארה כדברי אגב גרידא ולפיה יש לנשיא המדינה סמכות כזאת;

(ב) אנו ניצבים בענין זה בפני פרקטיקה שהשתרשה מאז פס"ד ראובן, היינו בת עשרות בשנים.

[572] אלה הם שני שיקולים שחשיבותם בגיבוש עמדתנו אינה מוטלת בספק.

(ג) לכך יש להוסיף, כאינדיקציה גרידא לפרשנותי (ולא כמקור לחקיקה), את שתיקת המחוקק, לאור הפסיקה והפרקטיקה גם יחד, שעה שחזר בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה על תוכנו של סעיף 6 לחוק המעבר. מהוספת הסמכות להמיר עונשים - בעקבות הפסיקה האמורה - מתבקשת המסקנה שתשומת לבו של בית המחוקקים היתה נתונה לפס"ד מתאנה, ואעפ"כ הוא לא ראה לנכון להגיב על עמדתם האחידה של כל השופטים בשאלה בה עסקינן על ידי שינוי או הגבלה. עמד על כך חברי הנכבד הנשיא שמגר.

5. אכן, לעתים מחייבת התפתחות תחקיקתית מאוחרת שינוי בגישה הפרשנית, חרף השקולים שפורטו לעיל. גם השקפות משתנות ברבות השנים ומוצאות דרכן לפסקיו של בית המשפט, בחינת יציקתו של יין חדש בכד ישן, אם מתגלים נמוקים כבדי משקל לסטות מהלכה קיימת, ולו גם מושרשת היטב. אם, למשל, נמצא שהפירוש הקיים מחטיא בהכרח את מטרת ההוראה העומדת לדיון, או שאין לה, ולו גם במדה מינימלית, עיגון בלשון הסעיף, או שהפעלתה בתנאי המציאות החדשים מהווה סכנה מוחשית למשטר תקין, היתה דעתי נוטה לכיוון פרשנות המצמצמת את סמכות החנינה רק לשלב שלאחר הרשעה בדין.

אולם התגבשה בי הדעה שנמוקים כבדי-משקל להתערבותנו בפסיקה ובפרקטיקה הקיימת אינם בנמצא. אבהיר את שיקולי:

(א) הפירוש הרחב למונח "עברייין" מעוגן היטב בלשונו של הסעיף בו עסקינן. חברי הנכבד השופט ברק אמנם גורס שקיימת אפשרות מבחינת הלשון לכלול במונח "עברייין" גם את מי שטרם נשפט - ועל כן אין הנוסח מקדם אותנו לכאן או לכאן - אך יחד עם זאת נאמרו על ידו כמה דברים מהם משתמע שרק לאחר הרשעה אדם הוא עברייין. למשל, בסעיף 26 לחוות דעתי אומר השופט הנכבד:

"אפילו יודה מבקש החנינה בביצוע עבירה, אין בכך ולא כלום, שכן כל עוד לא הורשע על ידי בית משפט, הוא בחזקת זכאי."

אודה שעצם ההתמקדות בשאלה מיהו "עברייין" לצורך הסעיף האמור תמוהה היא בעיני. דעת הכל היא שהמטרה העיקרית של החנינה המלאה (ויש הגורסים - היחידה) היא לתקן טעות חמורה בחליך שיפוטי שכתוצאה ממנה הורשע אדם על לא עוול בכפו. אם זו המטרה (העיקרית או היחידה), יוצא שמקבל החנינה איננו "עברייין" כלל ועיקר, כי אם קורבן של טעות שנפלה. אם נקבל את גישת הטוענים בפנינו, ושל מלומדים, שרק בית משפט מוסמך להדביק לאדם תווית של "עברייין" לצורך חנינה, יצא - דבר שכמובן נוגד את השכל הישר - שדווקא טעות כזאת לא יהיה נשיא המדינה מוסמך לתקן. [573] מה רבותא יש בכך שבית משפט ששמע ראיות וטענות והגיע למסקנה שהנאשם אכן בצע את העבירה - ובכך הודבקה לו תווית של "עברייין" - אם תמציתה של החנינה המלאה ועיקר תכליתה היא להכריז עליו שאיננו כזה. כבר לאור שיקול זה מתבקשת המסקנה ש"עברייין" הוא מי שמיחסים לו ביצוע עבירה.

זאת ועוד, אולי לא למותר להזכיר את סימן 16 רישא לדבר-המלך-במועצה שם הוסמך הנציב העליון לחון עברייין (הודגש בציטוט דלעיל) בטרם משפט, אם הלה היה מוכן למסור מידע על העברייין העיקרי או על עבריינים אחרים. אין לשכוח את סמיכות הזמנים בין ביטולו של סימן זה לבין חקיקתו של סעיף 6 לחוק המעבר, סמיכות שגם בה ניתן למצוא אות וראיה שהכוונה היתה - כדברי חברי הנכבד הנשיא שמגר - למי שמיחסים לו עבירה. הנשיא שמגר הביא דוגמאות רבות ומשכנעות לשימוש שנעשה על ידי המחוקק בהקשרים שונים במונח "עברייין" וגם מהם עולה שאין מדובר באדם שכבר הורשע בדין. אכן, בחוקים שונים עשוי אותו מונח להתפרש אחרת, הכל בהתאם לכוונה הגלומה בו, אולם הדוגמאות הללו לקוחות ממאטריה דומה, או קרובה למדי, לעניננו (כגון, החנינה הכללית) ויש בהן כדי לשכנע שאין להסיק מהמושג "עברייין" לצורך עניננו שמדובר במי שהורשע בדין. בנוסף על אלה (ודוגמאות רבות אחרות) אפנה גם לסעיף 6(א) לחוק האזנת סתר, תשל"ט 1979 - הקובע מסגרת למתן היתר להאזנת סתר (בין היתר) "למניעת עבירות או לגילוי עבריינים". מהדבק הדברים ברור שמדובר בגילוי ובחשיפת שיחותיו של אדם המעורב בדבר עבירה (שטרם בוצעה, או תוך כדי ביצועה, או אף לאחר ביצועה), זאת כמובן בשלב לקראת העמדתו לדיון, כלומר לפני שהורשע.

ביסודו של דבר כולנו מסכימים, היינו חברי הנכבדים ואנוכי, כי מבחינה לשונית גרידא די בנוסח הכתוב בסעיף 11(ב) לחוק היסוד: נשיא המדינה כדי לקפל בתוכו גם חנינה בטרם משפט. אותה נקודת אחיזה הדרושה לפרשן נמצאת שם ואין לומר שפרוש אשר כזה חסר עיגון לשוני בסעיף האמור.

(ב) משהתגברנו על השאלה הלשונית עלינו לדון במבחן העיקרי והוא מה תכליתה של ההוראה בה עסקינן.

אומר חברי הנכבד השופט ברק שפירוש לפיו יכול נשיא המדינה לחון אדם שלא נשפט אינו מתישב עם מטרת ההוראה האמורה. בלשונו "לשם בחירה בין האופציות הלשוניות האפשריות, עלינו לפנות לתכלית החקיקתית". המטרות לאמתין הן (לדעתו) אלה שפרט השופט אגרנט ב-ב"צ 177/50 (ראובן) וב-ד"נ 13/60 (מתאנה) ואין בלתן. כך עולה, לפי השקפתו, מדברי השופט אגרנט שאביאם בזה כלשונם:

[574]

"המטרה הראשונית היא לתקן את המעוות שנגרם לאדם שהורשע על לא עוול בכפו; והמטרה השניה היא - וגם בערכה אין לזלזל - להפחית את עונשו של העברייין במסיבות המצדיקות זאת. ברור כי מציאת כוח כנ"ל בידי אחת מהרשויות העליונות של המדינה היא חיונית ליעילותו של כל משטר מדיני, הואיל ומטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה." (ב"צ 177/50, בע' 751).

מוסיף חברי ואומר:

"הנמקה זו תופסת, כמובן, רק לענין עברייני שהורשע בדינו. אין היא תופסת כלל לענין מי שטרם הורשע. כיצד מתיישבת, איפוא הנמקה זו של השופט אגרנט עם תפיסתו שלנשיא סמכות ליתן חנינה בטרם הרשעה? סמכות שכזו מחייבת רציונליזציה שונה וזו אינה מצויה, לא בפרשת ראובן ולא בפרשת מתאנה."

(ההדגשות הוספו)

לכאורה, תשובה ניצחת המובילה בהכרח למסקנה שהסמכות מוגבלת - מבחינת המבחן העיקרי, התכלית המונחת ביסודה - לחנינה לאחר הרשעה בלבד, ולא היא. למשל, בפס"ד ראובן מציין השופט אגרנט עוד מטרות (כגון בע' 755):

"שלישית, לא העלמתי עיני מהאפשרות של מתן חנינה גם מסיבות שאינן נעוצות דוקא בחפותו של האדם המורשע."

דברים אלה מתקשרים היטב עם הנאמר מפי מ"מ הנשיא אגרנט בפס"ד מתאנה (בע' 451) כי "אפשר לשער בנקל כי הצורך להשתמש בה (בחנינה - מ.ב.) יתעורר גם כאשר האינטרס הציבורי - ולא דוקא זה של האסיר - הוא בלבד מחייב לשחררו מן המאסר שנגזר עליו. כדוגמה: ייתכן שיהיה מקום להוציא לחפשי אסיר שהוא אזרח של מדינת האויב, בתנאי שיעזוב את גבולות ישראל לאלתר ולצמיתות, כדי לאפשר הסדר בין-לאומי שלפיו יובטח, כנגד מעשה חנינה שכזה, שחרורו המידי של "אסיר ציון" היושב בכלא של אותה מדינה."

הדוגמא היא אמנם של חנינה לאחר הרשעה, אך המטרה ביסודה שוב אינה לתקן עוות דין אלא להעדיף אינטרס ציבורי הדוחה מפניו את הכלל של שוויון הכל בפני החוק; היינו, מדובר בהתנגשות של שני אינטרסים חשובים ביותר: האחד - השוויון בפני החוק, המחייב שכל אדם העובר עבירה יתן על כך את הדין; והשני - שמירה על אינטרס ציבורי חיוני. [575] האיזון הנכון בין שני האינטרסים הוא הוא הקובע. שקול דומה עמד לנגד עיניו של נשיא המדינה במקרה המהווה את נושא העתירות שבפנינו ומסקנתו המוצהרת היתה שחרף טעם שמצא גם בעמדת המתנגדים, נחה דעתו שטעמי בטחון חיוניים של המדינה מוטלים על הכף וכן שקיים צורך לשים קץ למחול השדים (כלשוננו) ועל כן החליט להיענות לבקשות החנינה.

אכן, לפחות כל עוד לא היתה אפשרות לערוך משפט חוזר, נועדה החנינה קודם כל, היינו כמטרה העיקרית, לתקן עוול מחמת שגגה שנפלה מלפני בית המשפט. אולם לא היתה זו המטרה היחידה של החנינה המלאה. למשל, עד לחקיקתו של חוק המעבר, לפי סימן 16 רישא לדבר-המלך-במועצה, ניתן היה (כזכור) לחון עברייני (בטרם משפט) כדי שימסור מידע נגד העברייני העיקרי (או עבריינים אחרים). המטרה ביסוד חנינה כזאת איננה לתת פרס לעברייני הנחון, כי אם השגת מטרה הנראית למעניק-החנינה חשובה מהעמדת הנחון לדין (ג'ישה דומה מסתמנת גם במשפט האזרחי, ראה: 3 All E.R. 499 (1963) Mistry Amar Singh V. Kulubya, שם קבלו תביעתו של התובע אעפ"י שהתבסס על עילה בת עולה, וזאת כדי לאסכל את מטרותו של החוק). לאותה מטרה גופה תיתכן גם חנינה על דרך הפחתת עונשו של עברייני שנדון והורשע, אם רק בשלב ההוא מוכן הוא לפתוח את סגור פיו ולמסור מידע חשוב נגד עבריינים אחרים שעברו עבירות חמורות.

זאת ועוד, למיטב הבנתי ניתן למצוא רציונליזציה ברוח זו - העדפת אינטרס ציבורי חשוב על פני העמדה לדין או מיצוי הדין עם עברייני - גם בפס"ד ראובן ומתאנה, זאת בניגוד לדעתו של חברי הנכבד השופט ברק. מסקנה זו מבוססת קודם כל על הקטע דלעיל מדברי השופט אגרנט בפס"ד ראובן (ע' 755) לפיהם קיימת אפשרות לתת חנינה " גם מסיבות שאינן נעוצות דוקא בחפותו של האדם המורשע", וגם מדבריו שם (בע' 747) כי

"עיקר מטרתו - אכן אינני מתעלם ממטרותיו האחרות - היה והינו להכריז, קבל עם ועדה, כי האדם שהורשע ונידון והמקבל עתה חנינה הוא חף מפשע ועבירתו נמחקה."

(ההדגשות הוספו)

עולה איפוא, למיטב הבנתי, "רציונליזציה שונה" מפסקי דין ראובן ומתאנה לפיה יש קיום לחנינה המלאה גם למי שאינו מרצה עונש על לא עוול בכפו. כנרמז לעיל שקול כזה כוחו יפה - בתנאי שעושים בו שימוש נכון, ראוי וזהיר - באותה מדה ממש לפני או אחרי הרשעתו של הנוגע בדבר. גם חברי הנכבד השופט ברק למעשה אינו מוציא מכלל אפשרות שבמקרים נדירים יתכן שיהא זה רצוי יותר לחון אדם בטרם משפט מאשר לעכב את ההליכים נגדו, כגון מחמת מחלה ממארת, אלא שאין מקרים חריגים כאלה מצדיקים לדעתו פירוש מרחיב. באותה מדה סבורה אני כי יתכן ויהא זה רצוי במקרה נדיר לנקוט בדרך החנינה בטרם משפט כדי להגן על אינטרס ציבורי חיוני. [576] אכן, היועץ המשפטי לממשלה הוא המוסמך להחליט אם להעמיד את פלוני לדין ובעשותו כן רשאי ואף חייב הוא לשקול גם שקולים חברתיים ובטחוניים. כמו חברי השופט ברק סומכת גם אני את ידי על דבריה של ועדת אגרנט שאביאם כלשונם:

"בתנאים מסויימים עשוי ענין שיש לו ערך בטחוני, מדיני או ציבורי לחייב שלא להגיש את ההאשמה הפלילית." (ע' 6)

בעת גיבוש עמדתו יתייעץ היועץ המשפטי בכגון דא בדרג המדיני. גם על כך עמדה ועדת אגרנט, באמרה (בע' 13):

"מצוות ההתיעצות הנ"ל חלה ביחוד כאשר המדובר הוא בעשיית פעולת עונשין בענין שיש לו ערך בטחוני מדיני או ציבורי. במקרה כזה שומה עליו, על היועץ המשפטי, לשקול תמיד, פן יהיה בפעולה של פתיחת ההליך הפלילי (או של הפסקתו) כדי להזיק יותר לאינטרסים של המדינה מאשר אילולא נעשתה אותה פעולה, ובידו יהיה לעשות כן רק לאחר שיבקש אינפורמציה ועצה מאלה אשר עליהם מוטלת האחריות הראשונית לדאוג לכל יפגעו האינטרסים של המדינה מבחינה בטחונית, פוליטית או ציבורית - מאלה אשר - כך צריכה להיות הנחתו - הינם יותר מנוסים ובקיאיים ממנו בשטחים הללו. כאמור, בדרך כלל יהיה עליו לפנות, לשם קבלת הודעה ועצה הדרושה לו, לשר המשפטים, אך לפעמים - כלומר, במקרים שבהם מתעוררת שאלה של 'מדיניות גבוהה' (High Policy) - אל יהיה מנוס מפנייתו לעצת הממשלה כולה."

(ההדגשות הוספו)

לדברים אלה עוד אשוב. בשלב זה ברצוני להתייחס לשאלה מה קורה כאשר השלב לשקול אם להעמיד את פלוני לדין טרם הגיע, כגון - שהוגשה נגדו על ידי מאן דהוא תלונה למשטרה, בדרך זו נודע לה שבוצעה עבירה מסוג פשע, ובהתאם למיצוות סעיף 59 רישא לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח חדש) תשמ"ב-1982 ("תפתח בחקירה") נפתחה חקירה בענין ואף הוזמנו עדים למסור הודעות. אם החקירה גופה עלולה לגרום למדינה נזק בטחוני חמור, למי הסמכות להפסיק את החקירה בעודנה באיבה?

היועץ המשפטי לממשלה, מר חריש, טען בפנינו כי לדעתו אין לו סמכות להפסיק חקירה לאחר שזו החלה (או לאחר שנודע למשטרה שנעברה עבירה מסוג פשע). ניתן אולי לחלוק על מסקנתו ולגרוס שהמשטרה, בהיותה זרוע של היועץ המשפטי לממשלה, לשם חקירת

פשעים (בג"צ 186/65 רינר נ. ראש הממשלה ואח') פ"ד י"ט (2, 485, 486) חייבת לפעול כמיצויות וממילא רשאי ומוסמך היועץ המשפטי להפסיק חקירה. אולם הדבר איננו נקי מספק. [577] הנה כי כן קיימת הוראה מפורשת בחוק סדר הדין הפלילי הני"ל (בסעיף 60) שבתום החקירה של עבירה מסוג פשע על המשטרה להעביר את החומר לפרקליט המחוז וכן שמותר לה, למשטרה, לא לחקור בעבירה רק כשהיא מסוג עוון וגם זאת מהטעמים שצוינו באותו חוק (סעיף 59 סיפא). תמיכה מסויימת בהפרדת הרשויות הללו ניתן למצוא אפילו בדבריו של חברי השופט ברק (גם אם לא זו היתה הכוונה שלשמה נאמרו), בסעיף 26 לחוות דעתו. אביאם כלשונם:

"מסקנה זו, בדבר "הפרדת רשויות" בין סמכות החנינה של הנשיא לבין סמכותן של רשויות שלטוניות אחרות מתחזקת לאור מבנה המוסדות השלטוניים בישראל. לרשויות השלטוניות האחרות (משטרה, תביעה, בית משפט) הכלים לבחינתן של העובדות. המשטרה חוקרת באמצעות מנגנונה, ומבקשת לגבש את תפיסתה בדבר העובדות. לתביעה מנגנון מקיף המטפל בחומר מקבלתו מאת המשטרה ועד למתן פסק הדין. לבית המשפט הכלים המוסדיים והנורמטיביים לבחינת שאלת החפות או האשמה."

(ההדגשות הוספו)

כלומר - רשות רשות ותחומה שלה. המשטרה שקבלה תלונה או שנודע לה בדרך אחרת שנעברה עבירה מסוג פשע חייבת לחקור ולהעביר בתום החקירה את העדויות שאספה לכתובת שקבע המחוקק. רק אז נכנסת התביעה לתמונה. זאת ועוד, קיים אף ספק אם רשאית המשטרה להפסיק את החקירה בעבירת פשע אפילו כאשר טעמיו של היועץ המשפטי לממשלה נראים לה טובים ונכוחים, שכן לפי נוסח סעיף 59 סיפא לחוק הני"ל כפשוטו נתון לה שקול דעת כזה (מחמת העדר ענין לציבור בקיומו של המשפט) רק לגבי עוון (ולא פשע). והעיקר, סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה להתערב בחקירה על ידי צו להפסקתה מוטלת כאמור בספק. למשל, קיימת הוראה מפורשת בחוק הני"ל (בסעיף 61) כי מותר ליועץ המשפטי (ולפרקליט מפרקליטות המדינה) להורות למשטרה להמשיך ולחקור, אם נמצא צורך בכך, לאחר קבלת החומר שהושג בחקירה, "לשם החלטה בדבר העמדה לדין או לשם ניהול יעיל של המשפט". אם אכן חולש היועץ המשפטי לממשלה על עבודת המשטרה בכגון דא, ברצותו החקירה נמשכת וברצותו יש להפסיקה, כי אז הוראה זו נראית מיותרת.

בהנחה שאמנם כך הוא, היינו שהמשטרה חייבת על פי דין להמשיך בחקירת פשע (שדבר ביצועו הובא לידעתה) ואח"כ - להעביר את החומר שהושג בחקירה אל פרקליט המחוז, כי אז עשויה הסמכות להעניק חנינה להיות הדרך היחידה להפסיק חקירה המסכנת אינטרס ציבורי חיוני, כגון את בטחון המדינה. דברי ועדת-אגרנט שהובאו לעיל, לפיהם "בתנאים מסויימים עשוי ענין שיש לו ערך בטחוני, מדיני או ציבורי לחייב שלא להגיש את ההאשמה הפלילית" יפים גם למניעת חקירה למטרה דומה, וכאמור לא מן הנמנע שאז (להבדיל מהשלב בו מועבר חומר החקירה מהמשטרה לפרקליט המחוז) הדרך היחידה לעשות כן היא דרך החנינה על ידי נשיא המדינה.

[578] ברם, אפילו נניח שיש ליועץ המשפטי סמכות להפסיק חקירה משטרית, אלא שמתגלעים חילוקי דעות במקרה כלשהו בין היועץ המשפטי לממשלה לבין הדרג המדיני בו (כזכור), לפי קביעתה של ועדת-אגרנט, עליו להיוועץ. אמנם נאמר שם (כמודגש על ידי) שעל היועץ המשפטי לממשלה לצאת מתוך ההנחה שאלה הממונים על הבטחון מנוסים ובקיאים בשטחים הללו יותר ממנו, ועליו גם להביא בחשבון שהם הנושאים באחריות הראשונית לדאוג לבל יפגעו האינטרסים של המדינה מן הבחינה הבטחונית (או הפוליטית או הציבורית), אך בתחום סמכויותיו - ההחלטה לאחר ההתייעצות שלו היא. בסיטואציה זו, כאשר כל "צד" מתגדר בעמדתו ובהשקפתו, מה המוצא? נראה לי שבכגון דא מן הראוי למתוח השוואה רעיונית בין המצב המתואר לבין ראיות חסויות הניצבות אל מול זכותו של נאשם להתגונן בפני אישום פלילי. עקרון מקודש הוא בדיני נפשות לתת לנאשם את מלוא ההזדמנות להתגונן כראוי בכל ראייה שבידי התביעה. זכות זו יונקת מבסיסו של המשטר הדמוקרטי. אף-על-פי-כן ראה המחוקק לקבוע, בסעיף 44(א) לפקודת הראיות (נוסח חדש), כי

"אין אדם חייב למסור, ובית המשפט לא יקבל ראייה אם ראש הממשלה או שר הבטחון הביע דעתו... כי מסירתה עלולה לפגוע בבטחון המדינה... אלא אם מצא שופט של בית המשפט העליון, על פי עתירת בעל דין המבקש גילוי הראייה, כי הצורך לגלותה לשם עשיית צדק עדיף מן הענין שיש לא לגלותה."

אם שופט בית המשפט העליון (שאינו יושב לדין במשפט עצמו) מגיע לכלל דעה כי הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק אכן נדחה מפני הענין שיש למדינה לא לגלותה, הוא יתן תוקף לחסיון, אפילו נפגעת בדרך זו אפשרותו של הנאשם להתגונן. לעומת זאת, אם יחליט כי לשם עשיית צדק יש לגלות אותה ראייה, קיימת עדיין האפשרות שלאור עמדתם של הגורמים הממונים על הבטחון בדבר גודל הנזק - שהיא שונה מזו של השופט - יעדיפו לא להביא את הראייה והנאשם יזוכה. הזיכוי יהווה לנאשם פרס העולה בערכו אפילו על זה של חנינה, ולא מן הנמנע שאין הוא ראוי לו וכי אכן ביצע את המעשה שהמדינה יחסה לו, אך לפי ראיות עיני הנוגעים בדבר נדחה עקרון מקודש אחד (שוויון הכל בפני החוק) בפני עקרון אחר (השמירה על בטחון המדינה או קיומה).

עמד על כך חברי השופט ברק בב"ש 838/84 (ליבני ואח' נ. מדינת ישראל, פ"ד ל"ח (3) 729 בע' 736):

"משקבע בית המשפט כי יש לגלות את הראייה עומדת התביעה בפני הדילמה, אם להמשיך בהליך הפלילי או להפסיק אותו. אם תמשיך, יהא עליה לגלות את הראייה. אם סבורה היא, כי גילוי הראייה יפגע בבטחון המדינה, יהא עליה להביא להפסקת הדיון הפלילי ולעתים אף לזיכוי הנאשם. [579] נמצא, כי אם בתחילה היה הקונפליקט בין הצורך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק לבין הצורך שלא לגלותה למען בטחון המדינה, הרי עתה, לאחר החלטת בית המשפט, יהיה הקונפליקט בין הצורך לנהל משפט תוך גילוי הראייה לבין הצורך לא לגלות הראייה תוך ביטול המשפט. הקונפליקט הראשון מוכרע על-ידי השופט בהליך על-פי סעיף 44(א) לפקודת הראיות. הקונפליקט השני מוכרע על-ידי התביעה במסגרת שיקול הדעת הכללי הניתן לה בניהול המשפטים פליליים והפסקתם."

(ההדגשה הוספה)

ראויים לציטוט גם דבריו הבאים (בע' 735), להבהרת הבעייתיות:

"מאידך גיסא עומד השיקול, כי טובת הציבור דורשת לעתים אי-חשיפתו של חומר חקירה, אשר חשיפתו עלולה לפגוע בבטחון המדינה. זהו אינטרס ציבורי חשוב להגן על בטחון המדינה "בפני כל מעשי חתרנות פוגעים, אשר לרוב נעשים תוך התארגנות מחתרנית, שהלחימה נגדה מחייבת איסוף מידע מודיעיני בלי שמקורות המידע יתגלו... במלחמה זו בה עומדים שירותי הבטחון - גילוי או זיהוי מקורות מודיעין וחשיפתם, תהא בה פגיעה חמורה ביותר בהתמודדות המתחייבת מהנסיבות. (ב"ש 52/82 - לא פורסם)."

"שיקול זה קיים ועומד בכל מדינה, אך הוא חריף במיוחד בישראל, הנתונה בסיכון ביטחוני נמשך מאז היווסדה. אנו "דמוקרטיה מתגוננת"... החייבת לעמוד על נפשה לא רק במלחמותיה הגדולות, אלא גם במלחמות היום-יום, הנכפות עליה על-ידי אויביה. מציאות מרה זו אין להתעלם ממנה."

אין לכחד שבפני בעלי תפקיד בטחוני מובהק ניצב קושי מיוחד לפעול תמיד על פי החוק. מדת הסטיה אמנם שונה בארצות שונות, אך היא קיימת, כולל במדינות שמשטרן הדמוקרטי האמון על שמירת זכויות האזרח אינו מוטל בספק. בספרו "יסודות המדינאות הבינלאומית", תשמ"ד-1984 (בע' 332) אומר פרופסור אקצין:

"יש להוסיף שבעוד שהמשטרה המקפידה (או, לכל הפחות חייבת להקפיד) לפעול במסגרת החוק הקיים, שירותי ביון וריגול, לרבות הריגול הנגדי, מקפידים פחות על שמירת החוק, ויש שהם מפירים אותו ביוזעין ובצורה חמורה. גם בימי שלום, ועל אחת כמה וכמה בימי מלחמה, יש שהם עוסקים במעשי אלימות וחבלה, הן בארצות זרות והן בארצם הם. מציאות זו גוררת מצב מביך למדינות הדבקות בעקרון של שלטון החוק ומעמידה אותן בפני דילמה של עדיפות יחסית של שמירה על חוקיות לעומת האינטרס המודיעיני. אין זו דילמה קלה. [580] אם נסתכל בפרקטיקה של אי אלו דמוקרטיות מבוססות בנידון, נמצא שבארצות הברית, למשל, מרוסן לעתים תכופות (אך לא תמיד) מרחב הפעולה המודיעינית על-ידי הצורך בשמירת החוק, בעוד שבבריטניה ובצרפת אין הפעולה המודיעינית מוגבלת על ידי עקרון החוקיות במידה שווה."

(ההדגשות הוספו)

אכן, ככל שהסטיה מהנורמה החוקית קלה יותר כן ייטב ורצוי היה להגיע למצב האופטימלי בו החוק והשמירה על הבטחון ידורו בכפיפה אחת. אך אל לנו כשופטים, שבתוך עמנו אנו יושבים, לשגות באשליות והמקרה הנוכחי יוכיח מצב כזה מביך ובלתי רצוי הוא. יש מן הסתם מקרים בהם קברניטי המדינה הנושאים באחריות לקיומה ולבטחונה רואים בסטיות מסוימות מהחוק לשם שמירה על בטחון המדינה הכרח בל יגונה.

צודק השופט ברק גם בהמשך דבריו באסמכתא שהבאתי לעיל, כי "שני אינטרסים אלה - של משפט הוגן ושל בטחון המדינה - נלחמים על הבכורה, ויש להכריע ביניהם". בשניהם עניין לציבור. מדינות שונות מכרעו בהתנגשות זו בצורות שונות, ואפילו הגישה באותה מדינה עצמה עשויה להשתנות ברבות השנים. אביא גם את דבריו הבאים (בע' 735):

"מאבק זה בין האינטרסים המנוגדים חריף הוא במיוחד אצלנו, שכן מחד גיסא אנו מקפידים על הגינותו של המשפט הפלילי; על אמון הציבור בו... ומאידך גיסא אנו נתונים בסיכונים בטחוניים ניכרים, הנמשכים תקופה ארוכה."

ערה אני לכך שבענין חסיון במהלך המשפט (כפי שכבר הזכרתי) מכריע שופט בית המשפט העליון (שאינו יושב לדין במשפט גופו) בין שני האינטרסים, אך כבר רמזתי שאפילו הכריע נגד החסיון, היינו על גילוי הראיה, אין זה סוף פסוק וניתן לא לגלות את הראיה, תוך ביטול המשפט ואף זיכוי הנאשם.

נראה לי, באנלוגיה, שבדומה לכך גם אין החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה למסור תלונה למשטרה - חרף עמדת הדרג המדיני (בענינו - הקבינט המצומצם) שהדבר יגרום נזק בטחוני שיש למנוע - בהכרח סוף פסוק. אין כל פסול בעמדתו של היועץ המשפטי לממשלה שיש לערוך חקירה בניגוד לעצה שקבל, אך אין גם לפסול מסירתה של הדילמה להכרעת מי שעומד בראש המדינה כסמל וכנציג העם: נשיא המדינה. אינני גורסת שהדרך היחידה הפתוחה בפני הדרג המדיני בכגון דא היא פטוריו של היועץ המשפטי לממשלה על ידי ממשלת ישראל. עמדתו היא לגיטימית, והוא יכול וזכאי להישאר נאמן לתפיסתו. באותה מדה לא נפגע מעמדו של שופט בית המשפט העליון שהחליט על גילוי ראיה. הוא הדין מבחינת השלטונות המופקדים על בטחונה וקיומה של המדינה, אשר נושאים באחריות ראשונית בנושאים כבדים אלה. [581] במקרה שבפנינו חזקה על הנשיא ששקל כדבעי את כל ההיבטים, וכך גם עולה מהדברים שהשמיע באוזני הציבור. חרף ההבנה שגילה לעמדת המתנגדים נחה דעתו שטובת הבטחון ידה במקרה זה על העליונה. חברי הנכבדים ואנוכי תמימי דעים שאם הסמכות לחון בטרם משפט קיימת, כי אז אין להטיל כל דופי בשיקולים שהדריכו את הנשיא עובר למתן החנינות. יחד עם זאת מן הראוי להדגיש את חומרתן הרבה של העבירות שנגולו בפנינו אשר לפי טיבן וטבען חייבות להדליק נורה אדומה ולחייב בדק בית יסודי בשירות הבטחון כדי לקבוע נורמות והנחיות הוגנות עד קצה האפשר.

אומר חברי הנכבד השופט ברק כי הדרך להשאיר את הסמכות בעינה תוך שימוש נדיר בה אמנם אפשרית, אך לא רצויה. השימוש עלול לגבור במשך הזמן ולהפוך לנורמה. לפיכך אין לדעתו לבנות עקרונות קונסטיטוציוניים על תקווה בלבד.

לחרדה זו לא מצאתי, בכל הכבוד, בסיס מספיק. אדרבה, הוכח לנו שהשימוש בחנינה בטרם משפט היה משך למעלה משלושים וחמש השנים מאז פס"ד ראובן נדיר ביותר. זוהי ערובה לא מבוטלת שכך יהא - וכך אמנם חייב להיות - גם בעתיד. יתרה מזו, כבר במשפט מתאנה נתן מ"מ הנשיא אגרנט את דעתו על החשש מפני שימוש-יתר, ואלה דבריו:

"כמו כן לא התעלמתי מן השיקול שהקניית התוכן "המלא" לסמכות הנדונה עשויה להביא לשימוש יתיר בה, דבר הטומן בחובו את הסכנה של החלשת מרותו של המשפט בעיני הבריות. אולם תגובתי לשיקול זה היא: כל אקט של חנינה מצד הנשיא זקוק לחתימת הקיום של ראש הממשלה או אחד משריה (סעיף 7 לחוק המעבר, תש"ט-1949 - היום סעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה - מ.ב.). פירושו של דבר, כי אף אם ההחלטה לחון או להפחית את העונש חייבת להיות החלטתו האישית של הנשיא הרי היא גם מותנית בהמלצת השר הנוגע בדבר. שר זה יהיה על פי ההגל של המשפטים אשר בידיו הכלים לערוך חקירה מדוקדקת בנסיבות המקרה בטרם יביא את המלצתו בפני הנשיא. ברי שהמלצה זו ולכן - גם החלטת החנינה - נתונה לביקורת של הכנסת ובאפשרות זו יש לראות את הערובה שקבע החוק נגד הסכנה האמורה."

קיים איפוא מי שנושא באחריות כלפי הכנסת (ראש הממשלה או השר המקיים) ולערובה זו יש עתה להוסיף את האפשרות לתקוף את החנינה תקיפה עקיפה. בנוסף על אלה קיים מעמדו המיוחד של נשיא המדינה שהוא נציג העם והעומד מעל למחלוקות פוליטיות או ציבוריות. חזקה שהנשיא שוקל כדבעי את כל הדורש שקילה לפני שהוא מחליט להפעיל את סמכותו להעניק חנינה מלאה בין בטרם הרשעה ובין לאחריה. [582] זוהי סמכות שהשימוש בה חייב להיות נדיר ביותר. החנינה בטרם משפט לא נועדה לתקן עוול שנגרם לניחן. אדרבה אין מהרהרים אחרי אשמתו של מבקש החנינה ומניחים שהעבירה המיוחסת לו (במשטרה או על ידי התביעה) אמנם בוצעה על ידו. לפיכך שוקלים את חומרת אותה עבירה כנגד האינטרס האחר, הומני, בטחוני וכו'. לשון אחרת, החנינה בטרם הרשעה מבוססת תמיד על מאבק בין האינטרס של שוויון הכל בפני החוק לבין אינטרס חיצוני חשוב אחר. בכך יש כדי לצמצם עד מאוד את המקרים בהם מן הראוי להשתמש בסמכות זו.

לעומת זאת, "התכלית העיקרית" של החנינה - לחון אדם שהורשע על לא עוול בכפו - תופסת כמובן אך ורק אחרי הרשעה, ומקומה לא יכרינה בחנינה בטרם משפט.

הוראה חוקתית תכליתה לבטא את רצון העם, את ה"אני מאמין" שלו ומשזו העניקה את הסמכות לחון עבריינים לנשיא המדינה, יש לראות בו את האדם המתאים למשימה קשה זו (בצד הקיום בחתימתו של שר הנושא באחריות בפני הכנסת והאפשרות של תקיפה עקיפה). במקרים בהם נהנה העבריין ממתן החנינה לא על שום היותו חף מפשע אלא למען ההגנה על אינטרס עדיף - בין אחרי ובין לפני הרשעה - אמנם מופר העקרון של שוויון הכל בפני החוק, אך ראינו שזו לעתים התוצאה (דרך משל) גם כאשר זיכוי נובע מהחלטתו של שופט בית המשפט העליון שיש לגלות ראייה חסויה.

דברי על היות נשיא המדינה המוסד המתאים בכגון דא מתיישבים יפה עם הציטוט המובא על ידי חברי הנכבד הנשיא שמגר מתוך : Am. Jur. 2d. Par. 95, P. 10, 11

"... Crime is an offense against the people, prosecuted in the name of the people, and the people alone can bestow mercy by pardon... The people may confer the pardoning power upon any officer or board that they see fit."

כמו הנשיא שמגר סבורה גם אני כי לא מעמדו של נשיא ישראל ברשות המבצעת בכללותה הוא הקובע, אלא היותו סמל המדינה הנושא בסמכות החנינה כשליו של העם.

משימוש בלתי רצוי בסמכות החנינה יש כמובן להימנע גם בכל מקרה, בין במסגרת הקלות בלתי מבוקרת או בלתי מוצדקת של גזר הדין ובין במתן חנינה מלאה לאחר שהנוגע בדבר הורשע בדינו. הפחתת העונש לראובן ואי-הפחתתו לשמעון כאשר (לפי הנחת) שניהם שוים, גורמת מניה וביה לאפליה בין שוים. חנינה שלא בעיתה או על סמך נסיבות שכבר נשקלו על ידי הערכאה שיפוטית כמוה כהתערבות בהחלטת הרשות השופטת. אין לשכוח כי הכלים העומדים לרשותו של בית המשפט - סדרי הדין ודיני הראיות, שבחלקם הגדול נקבעו על ידי המחוקק (או מחוקק המשנה) ובחלקם הלא מבוטל גם על ידי ההלכה הפסוקה - הם המה הדרך היעילה ביותר להגיע לחקר האמת ולשמירה על הגינותם של ההליכים. [583] הפיכת התוצאה על פיה, בעיקר בעידן שבו קיימת אפשרות למשפט חוזר, ספק אם יש לה עדיין מקום. אולם זהו ענין למחוקק לענות בו. כאשר החנינה ניתנת לא משום שהנחון נשפט על לא עוול בכפו אלא לאור התנגשות בין אינטרסים - עקרון שוויון הכל בפני החוק מזה והצורך לשמור על עניינים הקשורים בבטחון המדינה (או אינטרס חיוני אחר) מזה - מחייב הדבר זהירות רבה, שקילה מעמיקה ושימוש נדיר.

(ג) מבחינת "הפרדת הרשויות" המקובלת על כולנו יש לראות בנשיא המדינה בעל סמכות "שירות" (כלשון חברי השופט ברק) או סמכות "רזרבי" (כלשונו של השופט אגרנט בראובן ובמתאנה), וכזאת עליה להישאר. ככל שיקפיד נשיא המדינה לא לדון בחנינה כאשר קיימת רשות אחרת המוסמכת עדיין לפעול, כן ייטב. אחת הדוגמאות שמביא חברי הנכבד השופט ברק (סעיף 25 לחוות דעתו) היא של מתן חנינה לאחר הרשעה ולפני גזר הדין. לדידי (בניגוד לדעתו) הסמכות כשלעצמה אמנם קיימת, אך השימוש בה - היכול בשלב זה להתייחס מעצם טיבו אך ורק לחנינה מלאה (שהרי עונש טרם הוטל) - מתנגש חזיתית עם מלאכת השיפוט ועלול לפגוע ביוקרתה של המערכת. הוא הדין (כנזכר לעיל), במתן חנינה כאשר קיימת אפשרות לערוך משפט חוזר. כמו חברי הנכבד הנשיא שמגר, סבורה גם אני שאין להוציא מכלל אפשרות את הצורך בשינוי המצב החוקי הקיים, תוך שקילת הצעותיהם של מלומדים, כגון של פרופסור פלר.

(ד) אומר חברי הנכבד השופט ברק שחנינה ניתנת בסתר להבדיל מעיכוב הליכים שהוא גלוי וידוע. רצוי אולי להעמיד את הדברים באורם המאוזן:

(1) בעיכוב הליכים על היועץ המשפטי לממשלה לנמק את החלטתו ולהמציאה למתלונן (סעיף 63 לחוק סדר הדין הלילי הני"ל). אולם אין למסור מידע על החלטה כזאת לציבור בכללותו. אדרבה, קיים איסור לעשות כן, למעט גופים מוגדרים ומסויימים הכל כעולה מחוק המירשם הפלילי ותקנת השבים התשמ"א 1981 - (ראה סעיף 11 לחוק המירשם הפלילי ותקנת השבים והמסתעף ממנו). צוין שגופים אלה הם ברובם מוסדות ציבוריים (היועץ המשפטי לממשלה, המשטרה, שירות הבטחון הכללי וכו').

(2) אשר לחנינה יוצאת בדרך כלל היוזמה לכך ממשרד המשפטים והיא דורשת כזכור חתימת קיום של ראש הממשלה או שר אחר, לרוב שר המשפטים. אם היתה תלונה במשטרה ובעקבות החנינה נפסקת החקירה, ברי שהחנינה תובא גם לידיעתה. הפסקת החקירה גם תחייב את המשטרה לשלוח הודעה למתלונן (סעיף 63 לחוק סדר הדין הפלילי). יש אולי הבדל מסוים בין היקף הגילוי בשני המקרים אך אין להגזים בפער שביניהם.

6. תמימת דעים אני עם חברי הנכבדים שבכל הנוגע לעתירה לערוך חקירה בתלונה שהועברה למשטרה, יש להסתפק בשלב זה בהצטרותו של היועץ המשפטי לממשלה שכל הפרשה אכן תיחקר ללא שיוור וללא סייג, ועל כן דין העתירה האמורה להתבטל.

[584] סברתי שמא עקב תוצאה זו - ביטול העתירה לחקור - הופכת התקיפה על החנינות מתקיפה עקיפה לתקיפה ישירה אשר לפי הדין הקיים אינה מותרת. אולם לא העמקתי בשאלה ולאור עמדת חברי העדפתי גם אני לדון בשאלת תקפותן של החנינות לעיצומה.

7. משעניתי בחיוב על השאלה אם מוסמך היה נשיא המדינה לתת את החנינות מושא העתירות שבפנינו, ניצבת בפני השאלה השניה והיא כלום התקיימו התנאים במקרה קונקרטי זה להעניק אותן חנינות.

ייאמר מיד שלא מצאתי בחנינות גופן את הפירוט הנדרש, פרט לתיאור כללי שהמפורט ביותר שבהן הוא זה המתייחס לראש השב"כ. נאמר שם שהחנינה ניתנת לגבי כל העבירות "הקשורות לפרשה שאירעה בלילה שבין ה-12 וה-13 באפריל 1984 והמכונה "אוטובוס 300", הן מעבירותיו ביום האירוע והן מעבירותיו בהקשר לאותה פרשה עד ליום חתימת כתב זה". בשאר החנינות נאמר שהן חלות על כל העבירות "הכרוכות בפרשה המכונה "אוטובוס 300" מלאחר האירוע בלילה שבין ה-12 וה-13 באפריל 1984 ועד לחתימת כתב זה".

זהו כשלעצמו פירוט בלתי מספק, אולם בשלב זה מונחים בפנינו תצהיריהם של הניחנים ובהם פירוט המספיק, יחד עם הנאמר בבקשות ובחנינות עצמן, לזיהוי העבירות. אין צריך לומר שהחנינה חלה, איפוא, אך ורק על אותן עבירות ולא על שום עבירה אחרת.

אשר לשיקולים שהדריכו את נשיא המדינה עובר למתן החנינות החלטנו כבר בשעתו (1.7.86) כי "אין צורך בהגשת תצהיר בקשר לשקולי נשיא המדינה בענין החנינות".

לפי החומר המונח בפנינו החלו המגעים עם נשיא המדינה זמן ניכר לפני החנינות ורק הצעד הסופי-פורמלי, נוכח לחץ הנסיבות שהתהוו, נעשה בחופזה. כן נובע מהחומר הקיים שהוסברו לנשיא המדינה כל הפרטים הנוגעים לפרשה ואין לי יסוד לפקפק בנכונותה של טענה זו.

8. לקראת סיום ברצוני להדגיש, שכמו חברי הנכבדים דנתי בשאלה המרכזית - הסמכות לחון בטרם משפט - תוך התעלמות מהסערה המתחוללת בקרב הצבור סביב הפרשה העגומה. מלאכת השיפוט מחייבת הינתקות כזאת. את תפקידנו עלינו למלא כמיטב הכרתנו. מחובתנו לנקוט עמדה גם במחלוקות המפלגות את הציבור, גם אם לא תתקבל דעתנו בשאלה הקונטרברסלית על חלק הימנו. פסיקתו של בית המשפט,

להבדיל מדעתו, היא המחייבת (ראה, דרך היקש, דברי השופט ויתקון בבג"צ 58/68, שליט נ. שר הפנים ואח', פ"ד כ"ג (2) 477 בע' 520).

9. על יסוד השיקולים דלעיל מצטרפת אני לדעתו של חברי הנכבד הנשיא שמגר וכן למסקנה אליה הגיע.

[585]

המשנה לנשיא השופט א' ברק:

לדעתי, החנינה שנתן נשיא המדינה לראש שרות הבטחון הכללי ולשלושה מעוזריו, בטלה ומבוטלת היא, שכן הנשיא פעל ללא סמכות. מכיון שכך, ועל פי הודעת היועץ המשפטי לממשלה, תמשך החקירה על יסוד הנחה זו.

א. על תפקידנו כשופטים

1. עיינתי עיין היטב בפסק-דינו של חברי, הנשיא שמגר. חלקים ממנו מקובלים עלי. מחלקים אחרים אני מבקש להסתייג. הסוגיה כולה היא חשובה, ועומדת במרכז חיינו הקונסטיטוציוניים. השתזרו בה שאלות של שלטון החוק והשלטת החוק בשאלות של סמכות החנינה של הנשיא והפעלתה. בכל אלה נעסוק מתוך זווית ראייה משפטית. הסוגיה כולה מסעירה את הציבור, אך לא סערה זו היא המכוננת את דרכנו. אנו פועלים על פי אמות מידה קונסטיטוציוניות, ועל פי עקרונות יסוד משפטיים, המשקפים את ה"אני מאמין" של חיינו הממלכתיים. לא הלכי רוח חולפים מכוונים את גישתנו, אלא תפיסות יסוד ממלכתיות של קיומנו במדינה דמוקרטית. כפי שאמר חברי, הנשיא שמגר בע"ב 2/84 ניימן נ. יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט, 2, 225, 259:

"הכרעות שיפוטיות בנושאים חוקתיים בדין שיעוצבו אף במקרים קשים מכוחם של עקרונות ועל יסודם ולא על פי טעמיה ומניעיה של מדיניות, הבנויה על מה שנראה כרצוי מבחינת צרכי הרגע או רגשות הרוב".

ידוע לנו כי הסוגיה כולה נתונה במחלוקת ציבורית, וכי מבחינת הדינמיקה הפוליטית, פסק דינו שלנו עשוי לשמש כלי במאבקי הכוחות הפוליטיים. על כך אנו מצירים, אך את תפקידנו השיפוטי עלינו לבצע. עמד על כך מ"מ הנשיא לנדוי, באומרו:

"עדין רב החשש שבית המשפט יראה כאילו נטש את מקומו הראוי לו וירד אל תוך זירת הוויכוח הציבורי, ושהחלטתו תתקבל על ידי חלק מן הציבור בתשואות ועל ידי חלקו האחר בדחייה גמורה ונרגשת. במובן זה אני רואה עצמי כאן, כמי שחובתו לפסוק על פי הדין בכל ענין המובא לפני בית משפט כדן, היא דווקא כופה עלי הר כגיגית, בידעני היטב מראש שהציבור הרחב לא ישים לבו להנמקה המשפטית אלא למסקנה הסופית בלבד ובית המשפט בתור מוסד עלול להיפגע במעמדו הראוי לו, מעל למחלוקות המפלגות את הציבור. אך מה נעשה וזה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים. (בג"צ 390/79 דויקאט נגד ממשלת ישראל, פד"י לד, 1, 4).

אכן, "זה תפקידנו וזו חובתנו כשופטים" (שם). אנו אחת מזרועות השלטון ותפקידנו שלנו הוא לפקח על כך כי הזרועות האחרות תפעלנה במסגרת הדין כדי להבטיח את שלטון החוק בשלטון. זרועות השלטון, רמות הן, אך החוק רם מכולן. לא נמלא את תפקידנו השיפוטי אם לא נעביר, במסגרת עתירות שהוגשו כדן, תחת שבט בקורתנו את פעולותיהן של הרשויות האחרות, כפי שנתגלו בעתירות שלפנינו. [586] אפתח בבחינתן של מספר סוגיות שדעתי בהן כדעת חברי הנשיא. אעבור אחר כך לבחינת סמכותו של הנשיא ליתן חנינה לפני הרשעה. אמשיך בניתוח נימוקי הסתייגותי מפסק-דינו של חברי הנשיא, ואסיים במספר הערות כלליות הקשורות לתפקודן של מערכות השלטון בפרשה שלפנינו. צר לי על אורכו היתר של פסק הדין, אך לא עמד לרשותי זמן מספיק לכתוב פסק דין קצר יותר.

ב. מעמד

2. כחברי, הנשיא שמגר, אף אני סבור כי יש להם לעותרים מעמד כדן, וזאת מכמה טעמים: ראשית, מספר עותרים הגישו תלונות למשטרה על עבירות שבוצעו בפרשת האוטובוס. החוק מעניק ל"כל אדם" רשות להגיש תלונה למשטרה (סעיף 58 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982), ואם התלונה אינה נחקרת, יש להודיע על כך למתלונן (סעיף 53), אשר רשאי לערור לפני היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 63). החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה כפופה לביקורת שיפוטית, ובדאי כי למתלונן מעמד בעתירה זו (בג"צ 561/75 אשכנזי נגד שר הבטחון, פד"י ל, 3, 309, 317). אמת, לא כל העותרים הגישו תלונות, ומעמדם של אלה שלא התלוננו ניתן להם, על כן, מטעם אחר, והוא הטעם השני, עליו ברצוני לעמוד: כאשר מתעוררת בפני בית המשפט העליון בעיה משפטית בעלת אופי קונסטיטוציוני-עקרוני, אין בית משפט זה מקפיד יתר על המידה בענייני המעמד. "במקרים אלה מן הראוי לפתוח את שערי בית המשפט, מבלי לבדוק יתר על המידה בדבר האינטרס, ובלבד ששלטון החוק מחייב זאת" (בג"צ 217/80 סגל נגד שר הפנים, פ"ד לד, 4, 429, 443). שלטון החוק מחייב זאת במקרה שלפנינו, שהרי הטענה היא כי ראש שירות הבטחון הכללי ומספר עוזרים משלו ביצעו עבירות חמורות ביותר, בהם קופחו חי אדם ושובשו הליכי חקירה ושפיטה. על פי האמור בעתירות, טענות אלה - שהועלו על ידי פרופסור זמיר, היועץ המשפטי לממשלה - אינן נחקרות, למרות שלפי הטענה יש לחקור בהן. העתירות מעלות איפוא שאלה מרכזית של שלטון החוק ושל שיוון בפני החוק ושל השלטת החוק על מרכזי הכוח העיקריים במדינה. בנסיבות אלה, מן הראוי הוא להעניק לעותרים מעמד.

ג. העתירה בענין החקירה

3. העותרים מלינים בעתירותיהם מדוע לא תחקור המשטרה בפרשה. בהודעה בכתב שקבלנו מאת היועץ המשפטי לממשלה (מיום 15.7.86) נאמר:

"עמדת היועץ המשפטי לממשלה, על דעת המפקח הכללי של המשטרה (למשיבים האחרים אין מעמד כלל אצל ענין החקירה), היא, כי משטרת ישראל תחקור תלונות אלה על פי החובה המוטלת עליה בסעיף 59 לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב-1982".

[587] בטיעונו בעל-פה בפנינו, חזר היועץ המשפטי לממשלה, מר חריש, על הודעה זו. הוא ציין כי "תהיה חקירה של המשטרה. החקירה תהיה ללא סייג, ללא שיוך, חקירה עד תום, של כל הדרגים כולם, מהמסד ועד הטפחות, לרבות הדרג המדיני. אין כוונה להשאיר דבר ללא חקירה. אין כוונה להשאיר אדם מחוץ למערכת החקירה". זאת ועוד: היועץ המשפטי הדגיש, כי החקירה כבר החלה. על רקע זה גרס היועץ המשפטי, כי אין מקום להפוך הצו-על-תנאי להחלטי - כבקשת חלק מהעותרים - אלא יש לבטל את העתירה בכל הנוגע לענין החקירה. כמו

ד. עתירה כנגד הנשיא

4. מספר עותרים ציינו את הנשיא כמשיב בעתירותם. הורינו על מחיקת הדבר. כפי שציין חברי הנשיא, הטעם לכך הוא בהוראת סעיף 13(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה, לפיו "לא יתן נשיא המדינה את הדין לפני כל בית משפט או בית דין בשל דבר הקשור בתפקידיו או בסמכויותיו". מעשה החנינה של הנשיא, אף שלדעתי הוא חורג מסמכותו של הנשיא, "קשור" בתפקידו או בסמכותו, ועל כן אין סמכות לבית משפט זה לדון במעשה בתקיפה ישירה. בע"פ 185/59 מתאנה נגד היועץ המשפטי לממשלה (פד"י יד, 790, 794) ציין השופט ברנזון, כי כאשר "הנשיא מתיימר לפעול בגדר תפקידיו וסמכויותיו אך למעשה חורג מהם", הרי ככל אדם אחר, "כפוף הוא לחוקי המדינה ונתון לסמכותם ולמרותם של בתי המשפט". עם זאת נראה לי כי אפילו חרג הנשיא מסמכותו, אך הוא עשה כן בענין הקשור בתפקידו ובסמכותו, והדבר נעשה בתום לב ולמען קידום מה שנראה לנשיא כסמכותו ותפקידו, אין לו לבית משפט זה סמכות לדון בנשיא. הגבלה זו אינה חלה, כאשר אין תוקפים את הנשיא אלא כאשר כשרות פעולת הנשיא מתעוררת בעקיפין. עמד על כך בית משפט זה בבג"פ 569/85 - יוסקוביץ נגד המטרה (לא פורסם) באומרו:

"מקובל עלינו כי לנשיא המדינה שיקול דעת באשר לשימוש בסמכות המוענקת לו בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה וכי שיקול דעת זה - להבדיל מנשיא המדינה עצמו - נתון, בנסיבות מתאימות, לביקורת שיפוטית עקיפה".

תפיסה זו שואבת כוחה מגישתו של בית המשפט העליון בע"פ 185/59 הנ"ל, בו אמר השופט ברנזון:

"אם אמנם נעשה מה שנעשה על ידי הנשיא ללא סמכות, אין כל צורך במקרה הנוכחי לפסול את המעשה גופו. די לנו בכך שנמשוך את ידנו מלתת לו תוקף ולא נושיט יד-עזר לביצועו במידה שהדבר תלוי בנו". (עמ' 979).

[588] ובמקום אחר, באותו פסק-דין, הוא אומר (עמ' 980):

"אך אין זאת אומרת שאי-אפשר בדרך עקיפין, מבלי שהנשיא עצמו מופיע כבעל-דין, לבדוק את חוקיות פעליו ומעשי השררה שלו שיש בהם כדי לפגוע בפרט".

אכן, בתשובתו המקורית לעתירות (מיום 30.6.86), ציין היועץ המשפטי לממשלה כי "משניתנה חנינה לכל אנשי השב"כ הנזכרים כחשודים כי בצעו את העבירות שיוחסו להם אין עוד עילה לחקור תלונה זו". גישה זו מבקשים העותרים לתקוף, תוך שאינצידינטלית לתקיפתם הראשית (נגד היועץ המשפטי לממשלה) הם תוקפים בעקיפין את החלטת החנינה של הנשיא. זאת הם רשאים לעשות.

ביקורת שיפוטית עקיפה זו - חיונית היא. בלעדיה הופכת הסמכות, הלכה למעשה, לבלתי מוגבלת. סמכויות בלתי מוגבלות של רשויות השלטון נוגדות את האופי הדמוקרטי של המשטר. בצדק ציין השופט דגלס כי סמכויות מוחלטות הן "תחילת סופה של הדמוקרטיה" (מצוטט בבג"צ 742/84 כהנא נ. יו"ר הכנסת, פד"י לט, 4, 85, 92). דבר זה נכון הוא גם לענין סמכות החנינה. סמכות זו מופעלת שלא בפומבי. אין מנמקים אותה. הציבור יודע אך מעט אודותיה (ראה גוטסמן, "שרירות וסימפטיה: מבחנים להחלת החנינה", משפטים א, 211 (תשכ"ח); גביון, "שרירות וסימפטיה: מבחנים להחלת החנינה - הערה נוספת", משפטים א, 218 (תשכ"ח); פרידמן, "חנינה - מתן בסתר", הפרקליט, כרך כה, 118 (תשכ"ט); בן-זאב, "פומביות החנינה", הפרקליט כרך כה, 368 (תשכ"ט)). סמכות שכזו, ללא ביקורת שיפוטית, ולו עקיפה, עשויה להביא, בהפעלה בלתי ראויה, לשיבוש כל הליכי השלטון. עמד על כך בנטהם (Bentham) באומרו:

from impunity to "From pardon power unrestricted, comes impunity to delinquency in all shapes; delinquency in all shapes, impunity to maleficence in all shapes; from impunity to maleficence in all shapes, dissolution of political society." (works, vol. 1, dissolution of government; from dissolution of government, p. 530)

דברים אלה חריפים הם. יתכן והם חריפים מדי. אך יש בהם כדי להצביע על הצורך החיוני בביקורת שיפוטית. משמנע המחוקק ביקורת ישירה, מן הראוי הוא לקיים, כרע במיעוט, ביקורת עקיפה.

ה. [589] סמכות החנינה

1. הצגת השאלה

5. בכך הגעתי לשאלה המרכזית בעתירות שלפנינו. שאלה זו, שתי פנים לה: האחת, האם יש לו לנשיא המדינה סמכות לחון אדם בטרם הורשע בדינו; השנייה, האם נתקיימו התנאים למתן חנינה למי שלא הורשע, אף בהנחה שסמכות כזו קיימת. לדעתי, אין לו לנשיא המדינה סמכות ליתן חנינה בטרם הרשעה. על כן, אין לי צורך לדון בשאלה, אם השימוש של הנשיא בסמכותו הוא כדין. אפנה, איפוא לשאלה הראשונה. שאלה זו, כפי שאבקש להראות, אינה פשוטה כלל ועיקר. נתגלו בה חילוקי דעות כבדים. בנסיבות אלה, דומה הדבר כי הדרך הראויה בה ניתן היה ללכת היא זו אותה היתווה המחוקק עצמו, בסעיף 32(א) לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד 1984:

"הוגשה בקשה לנשיא המדינה למתן חנינה או להפחתת עונש, והתעוררה שאלה אשר לדעת שר המשפטים ראויה לדיון בבית המשפט העליון ואשר אינה יכולה לשמש עילה למשפט חוזר לפי סעיף 31, רשאי שר המשפטים להעמיד את השאלה לבית המשפט העליון".

אך השעה דחקה ודרך פניה זו הוחמצה. אין לנו, איפוא, מנוס מלבחון את שאלת הסמכות במסגרת עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק.

2. "לחון עבריינים"

6. נקודת המוצא העקרונית היא בסעיף 11 (ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, הקובע:

"לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם".

מה משמעותו של ביטוי זה "לחון עבריינים"? כבכל מעשה פרשנות, עלינו לפתוח בלשון. האם ביטויים אלה - "לחון" ו-"עבריינים" - יש בהם כדי ליתן תשובה לשאלה, אם לנשיא סמכות לחון אדם שטרם הורשע. לדעתי, התשובה על שאלה זו היא בשלילה. בחקיקה הישראלית, אין לביטוי "חנינה" משמעות אחת ויחידה. כך למשל, סמכותו של הנשיא לפי סעיף 11(ב) לחוק היסוד היא סמכות ליתן "חנינה". אך בנוסף לכך

הכנסת מחוקקת חוקי "חנינה" (פקודת החנינה הכללית, תש"ט 1949; חוק החנינה, תשכ"ז 1967). אליבא דכולי עלמא, שתי "חנינות" אלה שונות הן זו מזו. פעולת הנשיא היא פעולה אינדיבידואלית. פעולת הכנסת היא כוללת. גם מבחינת התוצאות, החנינות הן שונות. והנה, חרף השוני בין הסוגים השונים של החנינה - המחילה האינדיבידואלית והאמנסטי הכללית - המחוקק אינו מדייק ונוקט לאותו ביטוי בשני המצבים. אכן, הביטוי "חנינה" לא זכה לדיוק מדעי ולזיכוכ מושגי בישראל, ואין בעצם השימוש בו כדי להבהיר את היקפו. [590] על יסודותיו של חוסר בהירות זה - שאינו מיוחד לישראל - עמד דר' סבה, בצינו:

"חוסר הבהירות בענין זה נובע ממספר גורמים, שעיקרם הם ערבוביה בנוגע לשימוש בטרמינולוגיה, שינויים היסטוריים בהתפתחות המוסדות, העדר הגדרות של תפקידה של החנינה על צורותיה השונות, הן מבחינת מטרותיהן והן מבחינת תוצאותיהן המשפטיות" (סבה, החנינה האישית והחנינה הכללית - היבטים משפטיים ופנולוגיים (1975), עמ' 140).

אכן, אליבא דכולם, הביטוי "לחון" בחוק יסוד: נשיא המדינה, חל רק לענין "חנינה" האישית. לעומת זאת, נראה הדבר כי הביטוי "חנינה" בסעיף 9(149) לחוק סדר הדין הפלילי (נוסח משולב), התשמ"ב 1982, חל הן לענין החנינה "האישית" והן לענין החנינה "הכללית", אם כי נראה כי עיקר ייחודו דוקא לחנינה הכללית, שכן מצבים שונים של חנינה אינדיבידואלית "מכוסים" כבר על ידי הוראה אחרת באותו סעיף (ס"ק (5) שענינו "זיכוי קודם או הרשעה קודמת"). נמצא, כי בישראל הביטוי "חנינה" אינו בעל משמעות משפטית אחידה. טרם פיתחנו לעצמנו תורת-משפט - אופרטיבית אשר מקרקע צמיחתה העיונית עולים ביטויים "יוריספודנטליים", כמו "חנינה", שיש להם משמעות המקובלת על הקהילה המשפטית. שפר מזל של מדינות אחרות בעולם, כגון צרפת, איטליה, גרמניה ואחרות, בהן הבטוי המקובל לחנינה הניתנת על ידי ראש המדינה המסמל אותה (ה-Grace בצרפת; ה-Grazia באיטליה; ה-Begnadigungsrecht בגרמניה) מתפרשים כדבר מובן מאליו כחלים אך על חנינה אינדיבידואלית לאחר הרשעה. טרם הגענו לאחידות דעות זו בישראל. כפי שצינתי, הביטוי "חנינה" בישראל אינו חד-משמעי. הוא כולל בחובו הן חנינה אינדיבידואלית (מחילה) והן חנינה כללית (אמנסטי). האם החנינה האינדיבידואלית - ורק בה עוסק סעיף 11(ב) לחוק יסוד: הנשיא - חלה גם על אדם שטרם הורשע? בענין זה אין לתורת-המשפט-האופרטיבית שלנו פתרונים. אין מנוס מפרשנות שיפוטית, אשר מכוחה תצמח אותה תורת-משפט-אופרטיבית, אשר בעתיד תצמיח את המושגיות הדרושה.

3. "עבריינים"

7. האם הביטוי "עבריינים" עשוי לקדם את בחינתו? האם אדם שטרם הורשע, הוא בחינת "עברייני"? בשאלה זו עסק פרופסור קלינגהופר באומרו:

"בחוק מדובר על הסמכות 'לחון עבריינים' - והנה, כלל גדול הוא במשפט הקונסטטוציוני הישראלי שכל מי שחשוד או נאשם בעבירה פלילית נמצא בחזקת זכאי כל עוד לא הורשע סופית בדין. יוצא, כי אין אדם 'עברייני' בטרם ניתן פסק-דין מרשיע סופי נגדו".

זו היתה גם גישתו הפרשנית של מר בן-זאב, היועץ המשפטי לממשלה. [591] בעת הדיון בפני ועדת חוקה, חוק ומשפט, שדנה בהצעת חוק יסוד המדינה: נשיא המדינה, אמר מר בן-זאב:

"המילה (עברייני), לדעתי, המובן המוגדר שלה הוא שאדם נשפט על ידי בית משפט כלשהו, כי אם לא, ניכנס לקונפליקט עם כלל גדול בשיטה שלנו, שאדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא חוייב בדין. ואז יוכל כל אחד לפנות לנשיא בטענה: חושדים בי, תן לי חנינה" (מתוך חוות דעתו של היועץ המשפטי לממשלה מיום 15.6.85 שפורסמה כהנחיה 21.333 להנחיות היועץ המשפטי לממשלה).

אכן, מקובל עלי כי מי שהורשע בדינו הוא "עברייני". אך מכאן לא נובע, כי מי שטרם הורשע בדינו אינו יכול להחשב, לצרכי דבר חקיקה זה או אחר כ"עברייני". (השווה בג"צ 94/62 גולד נגד שר הפנים, פ"ד טז, 1846). הנה כי כן, למשל, פקודת המשטרה (נוסח חדש) קובעת בסעיף 3(3) שבה, כי משטרת ישראל עוסקת, בין השאר, בתפיסתם של "עבריינים ובתביעתם לדין". ברור מהקשר זה, כי "עברייני" לפי הוראה זו הוא דוקא מי שטרם הורשע בדין, שכן מי שכבר הורשע בדין בגין עבירה מסויימת, אין המשטרה רשאית "לתפוס" אותו בגין אותה עבירה, או "לתבעו לדין". והנה, בודאי שמי שהורשע הוא "עברייני" לענין חוק יסוד: נשיא המדינה. אכן, השימוש שעושה המחוקק בדיבור "עברייני" אינו מדייק כלל ועיקר. אין המחוקק מבחין תמיד, כפי שראוי היה לו להבחין, בין חשוד, נאשם ומי שכבר הורשע (נדון). לעתים כולל הוא את כולם יחד בביטוי "עברייני".

8. נמצא, כי הביטוי "עברייני" בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה, אינו מקרין, מתוכו הוא, משמעות אחת ויחידה. בודאי שהוא כולל בחובו מי שכבר הורשע בדינו בפסק-דין סופי (ובכך הוא שונה מהביטוי "עברייני" בפקודת המשטרה). אך האם כולל הוא גם מי שהורשע בפסק דין שאינו סופי? ומה דינו של מי שבית המשפט מצא לגביו כי "האישור הוכח", אך הוא אינו מורשע, תוך שניתן לגביו צו מבחן (על פי סעיף 1 לפקודת המבחן (נוסח חדש), התשכ"ט 1969)? ובעיקר מה דינו של מי שלא הואשם כלל, או שהואשם אך משפטו טרם נסתיים? על שאלות אלה, ורבות אחרות, אין הביטוי "עברייני" נותן לנו כל תשובה. זהו ביטוי סתום, רב-משמעי, ובעל רקמה פתוחה. בהקשרים שונים יש לו משמעויות שונות.

4. תכלית החקיקה

9. התחלנו כזכור, בלשון החוק. עתה ברור לנו כי לא נוכל לסיים בה. אכן, "לעולם יש לפתוח בלשון החוק, אך לעולם אין לסיים בה" (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נגד פקיד השומה רחובות, פ"ד יט, 2, 79,70). מבין האפשרויות השונות שהלשון מעלה, יש לבחור אותה אפשורה, המגשימה את תכלית החקיקה. "החוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחוקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו". (השופט זוסמן בע"א 481/73 רוזנברג נגד שטסל, פ"ד כט, 1, 505, 516). [592] על מטרת החוק נוכל ללמוד, בראש וראשונה, מכוונת יוצריו. ההסטוריה החקיקתית היא מקור ממנו ניתן לקבל השראה באשר לתכלית החקיקה.

5. "כוונת המחוקק"

10. מה היתה כוונת המחוקק, שעה שהוענקה לנשיא המדינה הסמכות "לחון עבריינים"? לענין זה, עלינו לחזור לחוק המעבר, תש"ט 1949. זהו החוק הישראלי הראשון שעסק בסמכויות הנשיא. סעיף 6 לחוק המעבר קבע את תפקיד הנשיא. בין השאר נקבע בו כי לנשיא נתונה "הסמכות לחון עבריינים". על המגמות שעמדו ביסוד הוראה זו עמד מ"מ הנשיא, השופט אגרנט, בד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נגד מתאנה, פ"ד טז, 430, 441. הוא ציין כי, כבסיס לדיוני ועדת החוקה של מועצת המדינה הזמנית שימשה הצעת החוקה שכתב דר' יהודה פנחס כהן, וכן תזכיר שהגיש א' ויטא. עיינתי, עיין היטב בכל החומר הזה, ונעלה הוא מעל כל ספק, כי המודל של סמכויות החנינה של המלך האנגלי, או נשיא ארצות הברית, או הנציב העליון, או ראש מדינה אחרת כל שהיא, לא עמד לנגד עיני העוסקים במלאכה. דר' כהן לא הרחיק באשר לסמכויות החנינה של הנשיא, פרט לעצם הקביעה כי "זכות מתן החנינה שמורה לנשיא". ויטא שינה במקצת את הנוסח, בהציעו כי תפקידי הנשיא יכללו "לתת חנינה ולהפחית עונשין". בהעירו על הצעת דר' כהן הוא מציין כי "סמכות הנשיא צריכה להיות מוגבלת למקרים

אינדיבידואליים. מתן חנינה כללית או אפילו חלקית תהא נתונה בסמכות בית-הנבחרים בלבד, והוא יוציאנה לפועל על-ידי חוק פורמלי". בועדת החוקה נתקיים דיון מקיף באשר למעמד הנשיא, הוזכרו סמכויות הנשיא בצרפת, צ'כוסלובקיה ושווייץ. דובר במקצת על מלך אנגליה, ואך ברמז הוזכר נשיא ארצות הברית. ככל הנוגע לסמכות החנינה, נזכרת רק דעתו של ז' ורהפטיג כי ההוראה תנוסח כך כי "הנשיא נותן חנינה ומפחית עונשין". ההצעה נתקבלה. את הצעת חוק המעבר, תש"ט1949- הציגה בפני הכנסת גבי' י' אידלסון. דבריה היו קצרים. גם הדיון בסמכויות הנשיא היה קצר. איש לא הזכיר את מלך אנגליה או את הנציב העליון בהקשר החנינה. נשיא ארצות הברית הוזכר שלא בהקשר של חנינה ורק כדי להצביע על כך כי הנשיא שלנו שונה מהנשיא האמריקאי. המסקנה המתבקשת מסקירה קצרה זו היא כפולה: ראשית, אין בידנו כל מידע על היקפה של סמכות החנינה שביקשה הכנסת ליתן לנשיא; שנית, ברור לנו כי לגד עיני הכנסת לא עמד מודל מיוחד, ובדאי לא זה של מלך אנגלי, הנציב העליון או נשיא ארצות הברית.

11. הוראת סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט1949- בוטלה עם חקיקתו של חוק יסוד: נשיא המדינה. דיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, הם סגורים, ולא עלה בידנו לעיין בהם. עם זאת נאמנים עלינו דבריו של היועץ המשפטי לממשלה, פרופסור זמיר, אשר עיין כנראה בפרוטוקול הדיונים. ואלה דבריו:

[593]

"כוונת המחוקק באה לידי ביטוי גם בעבודות ההכנה של החוק. אמנם בדיונים שנערכו במליאת הכנסת על הצעת חוק יסוד: נשיא המדינה אין התייחסות לשאלה העומדת בפנינו. אולם שאלה זו עלתה בישיבה של ועדת החוקה, חוק ומשפט שדנה בהצעת חוק זאת (ביום כ' בשבט תשכ"ד, 5 בפברואר 1964). מן הדיון בועדה מסתבר שכל הדוברים סברו כי אין הנשיא מוסמך לתת חנינה אלא לאדם שהורשע בדן. היועץ המשפטי לממשלה דאז, מר משה בן זאב, אמר באותה ישיבה: 'המלה (עבריי), לדעתי, המובן המוגדר שלה הוא שאדם נשפט על ידי בית משפט כלשהו, כי אם לא, ניכנס לקונפליקט עם כלל גדול בשיטה שלנו, שאדם הוא בחזקת זכאי כל עוד לא חוייב בדן. ואז יוכל כל אחד לפנות לנשיא בטענה: חושדים בי, תן לי חנינה'. וחבר הכנסת חיים צדוק אמר לקראת סוף הדיון בשאלה זאת: 'דומני שאין ביננו חילוקי דעות לגופו של ענין. כוונתנו לתת לנשיא סמכות לתת חנינה למי שיצא חייב במשפט פלילי'."

נמצא, כי סמכות החנינה של מלך אנגליה, הנציב העליון או נשיא ארצות הברית, לא הם אשר שמשו בסיס לדיוני הועדה. נהפוך הוא: מחשבתם הסוביקטיבית של אותם חברים שעסקו בנושא היתה כי "כוונתנו לתת לנשיא סמכות לתת חנינה למי שיצא חייב במשפט פלילי".

12. עד כה בחנתי את "כוונת המחוקק". כשלעצמי, אין אני מוכן לייחס לכך, במקרה שלפנינו, משקל ניכר. כפי שראינו ההסטוריה החקיקתית של חוק המעבר דלה ביותר, ואינה מקדמת אותנו בהרבה. אשר לחוק יסוד: הנשיא, יודעים אנו את דעותיהם של חברי ועדת החוקה חוק ומשפט. אין אנו יודעים מה סברה הכנסת עצמה. אכן, תפקידנו כפרשני החוק הנאמנים הוא "לפעול על פי האנאליזה של החוק ולא על פי הפסיכואנליזה של המחוקק" (בג"צ 246/81 אגודת דרך ארץ נגד רשות השידור, פד"י לה, 4, 17). אין לנו לחפש בהסטוריה החקיקתית את עמדתו של חבר כנסת זה או אחר, באשר לבעיה הספציפית המטרידה אותנו. פתרונה של בעיה זו מוטל עלינו, ועלינו בלבד (בג"צ 306/81 פד"י ל"ה, 4, 118, 141; בג"צ 73/85, פ"ד לט', 3, 141. כפי שאמרתי במקום אחר:

"השופט אינו מחפש בהסטוריה החקיקתית תשובה קונקרטית לבעיה המעשית העומדת להכרעתו. בית המשפט אינו מעוניין בתמונות הספציפיות ובדימויים הקונקרטיים שהיו לגד עיניו של המחוקק. אנו מחפשים בהסטוריה החקיקתית את תכלית החקיקה. אנו מחפשים את האינטרסים והמטרות אשר הפשרה שביניהם הביאה למדיניות העומדת ביסוד הנורמה אותה יש לפרש. אנו מחפשים את התפיסה העקרונית ולא את היישום האינדיבידואלי. אנו מחפשים את ההפשטה, העקרון, המדיניות והתכלית... אנו מעוניינים ב-Concept לש המחוקק באשר למטרת החוק, ולא ב-Conception ולש באשר לפתרון הסכסוך הספציפי העומד להכרעת בית המשפט" (בג"צ 547/84. עוף העמק נ. המועצה המקומית רמת ישי, פ"ד מ', 1, 113, 143).

[594] כיצד נחשוף אם כן, את התכלית החקיקתית בסוגיה שלפנינו ?

6. תכלית החקיקה: "מבט רחב"

13. את הדרך הראויה בה יש ללכת, התווה מ"מ הנשיא, השופט אגרנט בד"נ 13/60. הנ"ל בהתייחסו לחוק המעבר, תש"ט1949- - אשר עמד בתוקף בעת מתן פסק הדין - ציין השופט אגרנט:

"ההשמה' שבה ראה חברי את הבעת רצונו של המחוקק הישראלי 'לקצץ בהוראותיו' של סימן 16 לדבר-המלך ולצמצם לפיכך את סמכות החנינה של הנשיא, אינה מהווה ראייה למגמה כזאת, כל עיקר. יותר נכון יהיה לומר - כפי שאמר הנשיא דר' זמורה בהקשר אחר (בג"צ 125/50 פ"ד ה, 113, 132) - שהמחוקק הישראלי לא העתיק ולא השמיט, כי אם בנה את חוקו מבנה עצמאי" (שם, עמ' 444).

אכן, חוק המעבר, ובעקבותיו חוק יסוד: נשיא המדינה, הם חוקים ישראלים מקוריים. סמכויות הנשיא בהן הן סמכויות מקוריות וראשוניות. המחוקק הישראלי "לא העתיק ולא השמיט". הוא בנה במו ידיו את המסד למערכת חיינו הלאומיים. ומבנה זה הוא "מבנה עצמאי", וכך הוא צריך גם להתפרש על ידי בתי המשפט.

14. זאת ועוד: ענין לנו בחוק ישראלי עצמאי בעל משמעות קונסטיטוציונית. חוק כזה מתפרש תוך התחשבות בנתון בסיסי זה. אף על כך עמד השופט אגרנט, בהתייחסו לאמרתו של השופט פרנקפורטר, לפיה:

"כאשר הענין נוגע במסמך הקובע את מסגרת השלטון במדינה, על בית המשפט להשקיף מתוך 'מבט רחב' (Spacious View) על הסמכויות האמורות בו (שם, עמ' 442).

ועל אותו רעיון עצמו עמדתי בעמ' 2/84 ניימן נגד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט', 2, 225, 306:

"הוראות יסוד יש לפרש מתוך 'מבט רחב' (Spacious View) - ושלכנו של השופט פרנקפורטר (Frankfurter) בפרשת Youngstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer שהובאה על ידי מ"מ הנשיא אגרנט בד"נ 13/60 בעמ' 442 - ומתוך הבנה כי ענין לנו בהוראה הקובעת אורחות חיים. [595] לא הרי פירושה של הוראה רגילה כהרי פירושה של הוראת יסוד חוקתית. ידועה אמרתו של השופט מרשל (Marshall) שאר על ערש לידתה של התפיסה הקונסטיטוציונית האמריקאית אמר, כי שעה שבאים לפרש את החוקה יש לזכור תמיד כי אין זה מסמך רגיל - 'It Is A Constitution We Are Expounding' (McCulloch V. Maryland) ענין לנו בנסיון אנושי, החייב להתאים עצמו למציאות חיים משתנה. אם אמרנו על חוק רגיל, כי אין הוא מבצר הנכבש בעזרת מילון אלא עטיפה לרעיון חקיקתי חי (ע"פ 787/79 בעמ' 427), הרי על אחת כמה וכמה

שגישה זו צריכה להדריכנו לעניין פירושן של הוראות בעלות אופי חוקתי".

אכן, חקיקה קונסטיטוציונית חייבת להתפרש על רקע מבנה השיטה כולה. חוק הוא "יצור החי בסביבתו" (השופט זוסמן בבג"צ 58/68 שליט נגד שר הפנים, פ"ד כג, 2, 477, 513), ו"סביבתו" של חוק קונסטיטוציוני היא, בין השאר, החוקים הקונסטיטוציוניים האחרים, הקובעים את מהות המשטר. כל חוק קונסטיטוציוני אינו אלא לבנה אחת ממבנה כולל, המוקם על יסודות נתונים של משטר ומשפט. על כן תפקידו של השופט-הפרשן שעה שהוא מפרש חוק קונסטיטוציוני, הוא להביאו "לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה". (לנדוי, "הלכה ושקול דעת בעשיית משפט" משפטים, כרך א', 292, 306 (תשכ"ח)). זאת היא המשמעות האמיתית של התפיסה - עליה עמד השופט אגרנט - כי חוק קונסטיטוציוני יש לפרש מתוך "מבט רחב".

15. הנה כי כן, את סמכותו של נשיא המדינה "לחון עבריינים" יש לפרש "מתוך מבט רחב". משמעותו של "מבט רחב" זה הינה, כי עלינו לגשת אל סמכויות הנשיא כחלק ממבנה הסמכויות הכללי של רשויות השלטון. עלינו לפרש את סמכות החנינה של הנשיא כחלק ממכלול הסמכויות השלטוניות, המרכיבות את מוסדות השלטון. עמד על כך השופט הולמס (Holmes) בפרשת Biddle V. Perovich, (1926) 274 U.S. 480, 486 באומר:

"A pardon in our days is not a private act of grace from an individual happening to possess power. It is a part of the constitutional scheme."

אכן, סמכות החנינה היא חלק ממרקם החיים הדמוקרטיים שלנו. היא חלק ממבנה הכוחות הרפובליקני של המשטר. על רקע זה חייבת סמכות זו להתפרש. עמד על כך השופט מרשל Marshall בפרשת Schick V. Reed, (1973) 419 U.S. 256, 276 באומר:

court itself admonishes 'the "The references to English statutes and cases are no more than dictum as the (pardon) power flows from the Constitution alone' Accordingly, the primary resource for analyzing the scope of Art. II is our own republican system of government."

16. [596] מהן המסקנות המתבקשות מגישה פרשנית זו, המשקיפה על סמכות החנינה של הנשיא מתוך "מבט רחב", על רקע "התשתית הקונסטיטוציונית"? נראה לי כי מתבקשות שתי מסקנות עיקריות: האחת, כי לא נוכל להעזר, בפירוש סמכות החנינה של נשיא המדינה, בסמכויות חנינה הנתונות לנושאי משרות במדינות אחרות, אשר מעמדם במבנה סמכויות השלטון במדינותיהם שונה באופן מהותי מזה של נשיא מדינת ישראל. לעומת זאת, נוכל להעזר, בפירוש סמכויות הנשיא "לחון עבריינים" בסמכויות החנינה הנתונות לנושאי משרה דומה במדינות אחרות, אשר משטרן הקונסטיטוציוני דומה לשלנו; השניה, כי יהא היקף הסמכויות של נושאי משרה דומים במדינות אחרות אשר יהא, בסופו של דבר, עלינו לפרש את סמכות החנינה של נשיא מדינת ישראל, על רקע מערכות השלטון הישראליות, וההשראה הפרשנית שנוכל לקבל ממדינות אחרות, היא בסופו של דבר מוגבלת.

7. תכלית החקיקה: השראה מאנגליה?

17. טול את סמכות החנינה של מלך אנגליה. לידתה של זו בתקופת המלכים האנגלו-סכסיים במאה השביעית (ראה L. Radzin Ovice, A History of English Criminal Law (London, Vol. 1, 1948) Pp. 107-137). בידי המלכים האנגלו-סכסיים היה כוח החיים וכוח המות. כפי שאומר מלומד אחד:

"The power to take life included the power to save it, and the pardon power was identical in scope with the power to punish" (Boudin, the presidential pardons of James R. Hoffa Colorado l. 84 and Richard M. Nixon") (1976) 1,9 Rev.

תפיסת יסוד זו נמשכת שנים רבות. בפרשת Godden V. James (1686) Er 98, 1065 אומר בית המשפט, בהתייחסו לסמכות החנינה של המלך:

laws,..... The King has a power to "The Kings of England are absolute sovereigns....the laws are the king's dispense with any of the laws of government as he sees necessary"

במשך השנים נעשו נסיונות מספר לצמצם את סמכות החנינה של מלך אנגליה, אך בעיקרה היא נשארה רחבה כשהיתה. האידיאולוגיה המונחת ביסודה היא כי המלך הוא "מקור הצדק" (Founta In Of Justice). המלך מנן הציבור. הוא מפץ הצדק. הוא מקים את בתי המשפט. הוא מבצע החוקים. הוא התובע לדין פלילי, והוא הנותן חנינה. עמד על כך בלקסטון (Blackstone) באומר:

"As the public, which is the invisible body, has delegated all its power and rights, with regard to the execution of the laws, to one visible magistrate, all affronts to that power, and breaches of those rights, are immediately offences against him, to whom they are so delegated by the public. [597] He is therefore the proper person to prosecute for all public offences and breaches of the peace, being the person injured in the eye of the law.... prerogative, that of pardoning offences; for it is reasonable that he And hence also arises another branch of the only who is injured should have the power of forgiving... of prosecutions and pardons. (Blackstone, commentaries on the laws of England vol. 1 pp. 257-259)

עם הפיכת המלוכה האנגלית למלוכה קונסטיטוציונית, לא חל שינוי של ממש בסמכות החנינה, אם כי חל שינוי בשימוש בה. אכן, מוכרת למלך האנגלי הסמכות ליתן חנינה כללית, אך הלכה למעשה הוא לא עושה שימוש בה. בדומה, מוכרת למלך האנגלי ליתן חנינה בטרם הרשעה, אך הלכה למעשה הוא לא עושה שימוש בה מאז אמצע המאה ה-19. במאה ה-19 הוגבלו מקרים אלה למתן חסינות ל"עדי מדינה", אך עם התפתחות הכוח המשטרי, גיבוש מעמדו של ה- General Attorney כבעל סמכות עכוב ההליכים, והקמת המשרד של התובע הכללי (D.P.P.) שוב אין נוהגים ליתן חנינה אף במקרים מיוחדים אלה. וכך מתאר זאת מומחה אנגלי נודע:

accomplice who was to turn "During the nineteenth century it was common practice to grant a pardon to queen's evidence, but this resort to the machinery of pardons, prior to the registering of a conviction, has long since become obsolete. Where the reluctance of a witness to testify on behalf of the crown did not stem from himself, it was also known for the his being an accomplice but arose on the ground that he would incriminate crown to prepare a free pardon in advance, ready to be produced by prosecuting counsel. The last occasion when a free pardon was granted to a witness in these circumstances was in 1891. There is now a general

practice of conferring a pardon upon a understanding among British Constitutional Law Authorities that the principal offender before conviction has fallen into disuse" (Edwards, The Attorney General, Politics and the Public Interest (1984) p. 414).

[598] הנה כי כן, סמכות החנינה ההסטורית, הנתונה למלך האנגלי מקורה בפררוגטיבה מלכותית, הרואה במלך את "מקור הצדק". תפיסה זו אינה יכולה לשמש השראה לנשיאה של מדינת ישראל. עמד על כך השופט ברנזון בע"פ 185/59 באומרו:

"איננו יכולים לאמור שהמחוקק הישראלי בהעניקו סמכות חנינה לנשיא המדינה בלשון העברית, נתכוון לכלול בה התוכן המלא שקיבל במשך הדורות מושג החנינה במשפט האנגלי, חנינה שהיא כולה בידי הכתר ללא סייג וגבול בתוקף הפררוגטיבה המלכותית עתיקת היום. אין כל דמיון ואין כל השוואה בין מעמדו של הנשיא בארצנו לבין מעמד הכתר באנגליה. הנשיא הוא יציר החוק וסמכויותיו מוגדרות בחוק. ככל אדם אחר בארץ, אין הוא נהנה משום זכות או פריבילגיה שלא ניתנו לו על פי חוקי המדינה וכל אקט של שררה שלו החורג מתחומי החוק הוא כאין וכאפס" (שם, עמ' 976).

אכן, נשיא מדינת ישראל אינו "מקור הצדק": אין הוא מגן הציבור; אין הוא המעניין ממנו שואבים בתי המשפט את כוחם; אין הוא מבצע החוקים; אין הוא התובע לדין פלילי. מכאן, שאין לקבל כל השראה פרשנית, באשר לסמכותו של הנשיא "לחון עבריינים", מסמכות החנינה הנתונה עקרונית למלך אנגליה. לעומת זאת, ניתן גם לקבל השראה פרשנית כאשר להיקף סמכות החנינה של נשיא המדינה, מסמכות המופעלת, הלכה למעשה, על ידי מלך אנגליה היום. כפי שראינו, הלכה למעשה, זו אינה כוללת חנינה בטרם הרשעה, שכן:

"Such practice is out of harmony with modern views as to the propriety of granting dispensation before the normal process of the criminal law has run its course" (Edwards, op.cit. P. 475).

8. תכלית החקיקה: השראה מארצות הברית

18. טול את סמכות החנינה של נשיא ארצות הברית. בעת הכנתה של החוקה האמריקאית, התקיים דיון בשאלת היקף החנינה של הנשיא האמריקאי. היה זה - כפי שמציין נשיא בית המשפט העליון בארצות הברית, השופט Burger, בפרשת Schick V. Reed - דיון קצר. הועלתה ההצעה להגביל את סמכות החנינה רק לאחר הרשעה פלילית. נטען כנגד זאת, שהדבר ימנע את השימוש בעדי מדינה. כזכור זו היתה הפרקטיקה האנגלית אותה עת. נימוק זה שכנע את מציעי ההצעה, והיא הורדה מעל סדר היום. מאז מפרשים בתי המשפט את סמכות החנינה של הנשיא האמריקאי בדומה לזו של מלך אנגלי. סמכות זו כוללת בחובה, לא רק חנינה אינדיבידואלית אלא גם חנינה כללית. היא מבוססת על תפיסת היסוד, כי נשיא ארצות הברית, הוא האחראי על ביצוע החוקים. כפי שאמר השופט מרשל בפרשת united states v. Wilson (1833) 32 U.S. 149, 150

[599]

execution of the laws" (p. 160) "A pardon is an act of grace, proceeding from the power entrusted with the

הדעה המקובלת היא - והיא מבוססת על אמרות אגב במספר פסקי דין ישנים - כי סמכות החנינה הזו כוללת גם חנינה אינדיבידואלית לפני הרשעה. נראה לי כי גם המודל האמריקאי אינו יכל לשמש לנו כמקור השראה בכל הנוגע לסמכות החנינה של נשיא מדינת ישראל, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בארצות הברית, הנשיא הוא ראש הרשות המבצעת. כמלך האנגלי בעבר, כן נשיא ארצות הברית כיום, אחראי לביצוע החוק, ועל כן יש הגיון מסוים ליתן לו את הסמכות שלא לבצע את החוק, בדרך החנינה, במקרים מסויימים. לא כן נשיא המדינה. אין לו כל סמכויות באשר לביצוע החוק; שנית, נשיא ארצות הברית מוסמך להעניק חנינה כללית. זו חלה גם על מעשים שנעשו לפני ההרשעה. יש הגיון מסוים בטענה כי מי שמוסמך ליתן חנינה כללית לפני הרשעה, מן הראוי שיוכל ליתן חנינה אינדיבידואלית לפני הרשעה. (לטעון זה, ראה The Constitution (1978) 145 Kurland, Watergate And הרשעה. טעון זה אינו תופס בישראל. לנשיא המדינה אין סמכות ליתן חנינה כללית, ואין כל יסוד הגיוני, מבחינה זו, להעניק לו סמכות ליתן חנינה אינדיבידואלית לפני הרשעה; שלישית, לגד עיני מנחסי החוקה האמריקאית עמד הנסיון האנגלי. הם ביקשו ללכת בעקבותיו. זה היה גם הנסיון בתקופה הקולוניאלית בארצות הברית. עמד על כך השופט Wayne בפרשת Ex Parte Wells באומרו:

conversant with the laws of "At the time of the adoption of the Constitution, American statesmen were by the crown. Hence, when the words to grant pardons England, and familiar with the prerogatives exercised crown, or by constitution, they convey to the mind the authority as exercised by the English were used in the its representatives in the colonies. At that time both Englishmen and Americans attached the same meaning to the word 'pardon'."

כל זה אינו קיים אצלנו. כפי שראינו, לעיני מנחסי של חוק המעבר לא עמד הנסיון המלכותי האנגלי, ומחוקקיו של חוק יסוד: נשיא המדינה סברו כי סמכות החנינה של הנשיא אינה חלה על חנינה בטרם ההרשעה.

19. סיכומו של דבר: הנסיון המלכותי האנגלי, והנסיון הנשיאותי האמריקאי בענין חנינות, אינם יכולים לשמש מקור השראה פרשנית בהבנת היקף סמכות של נשיא מדינת ישראל "לחון עבריינים". עם זאת, ברצוני להדגיש כי אין ללמוד מכך שהנסיון הקונסטיטוציוני של מדינות אלה אינו יכול לשמש לנו מקור השראה פרשני. נהפוך הוא: [600] מאז הוקמה המדינה שאבנו ממעיינות המשפט הקונסטיטוציוני האנגלי והאמריקאי השראה פרשנית מקיפה. תפיסתן של ארצות אלה בתחומים רבים, כגון זכויות האדם בארצות אלה, משמשים לנו לא פעם כדוגמה. עם זאת, היניקה חייבת להיות מבוקרת. ההשראה יכולה להתקיים רק אם יש בסיס דומה. ניתן להשוות רק בין מוסדות ורק בין תהליכים ותפיסות שיש להם בסיס משותף. על כן, זכויות היסוד של האדם שארצות הברית מכירה בהן, גם אנו נוכל ללמוד מהן, שכן הבסיס המשותף הוא עקרון הדמוקרטיה ושלטון החוק והפרדת הרשויות. לא כן בדבר סמכות החנינה. זו מבוססת באנגליה ובארצות הברית על תפיסה שונה לחלוטין מזו שלנו.

9. תכלית החקיקה: השראה ראוי

20. גם המונרך האבסולוטי הצרפתי נהנה מכוח ניכר ליתן חנינה, בין לפני ההרשעה ובין לאחריה, בין אינדיבידואלית ובין כללית. סמכויות דומות ניתנו למלכים אבסולוטיים אחרים באירופה. שינוי דרסטי חל עם המהפכה הצרפתית. זו ביטלה את החנינה, והחזירה אותה בצורה מוגבלת. מאז מקובל ברוב רובן של מדינות הקונטיננט, להעניק למי שעומד בראש המדינה, שהוא בעל סמכויות הבאות לסמל את המדינה אך לא לנהלה, את הכוח ליתן חנינה מוגבלת, שאינה משתרעת על מתן חנינה לפני הרשעה. כך הוא הדין בצרפת (ראה, למשל סעיף 35 לחוקת הרפובליקה הרביעית, וכן Monteil, La Grace En Droit Francais Moderne (1959) באיטליה (ראה סעיף 87 לחוקה החדשה וכן Manzini, Trattato Di Diritto Penale Italiano (1981) p. 510; Bortolotti, "Il Principio Costituzionale Della Clemenza" Rivista trim. Di dir.

1681 (1978) Civ; בגרמניה (ראה סעיף 60(2) לחוקה החדשה) ובמדינות רבות אחרות (כגון הולנד, פיליפינים). מעניין לציין, כי מגמה זו עצמה קיימת גם במדינות הדמוקרטיות החדשות שהיו חלק מחבר העמים הבריטי. כך, למשל, המלך האנגלי והמושל בקנדה אינם יכולים ליתן חנינה בקנדה אלא לאחר הרשעה (סעיף 683 ל- Criminal Code, 1970) בדומה, אין חנינה בטרם הרשעה באוסטרליה, למעט לענין עדי מדינה. סעיף 72 לחוקת הודו מעניק לנשיא המדינה סמכות חנינה רק לאחר הרשעה (ראה Balkrishana, Presidential Power of Pardon, (1971) 103 J. of Indian Law Institute).

מענין לציין כי במספר ניכר של מדינות (כגון צרפת, איטליה, גרמניה), החוקה מגדירה את סמכות הנשיא במונחים כלליים והפסיקה והספרות מפרשות ביטויים אלה - בדומה לביטוי שלנו "לחון עבריינים" - כמשתרעים אך על חנינה לאחר הרשעה.

21. עד כה עמדתי על היקף ההשאה הפרשנית אותה נוכל להשיג מעיון בהסדריהן של מדינות אחרות. כפי שביקשתי להראות, מדינות שדין החנינה שלהן אינו עמוס בזכרונות הסטוריים מתקופת המונרכיה האבסולוטית או מתקופות הסטוריות דומות, ואשר בראש המדינה עומד נשיא או מלך הבא לסמל את המדינה, מעניקות לאותו נושא משרה סמכות מוגבלת למתן חנינה, כאשר המגבלה החשובה לענינו היא, שאין סמכות להעניק חנינה בטרם הרשעה. [601] כפי שצייתי, אין בכך כדי לסיים את העיון הפרשני. ראינו, כי הוראות קונסטיטוציוניות יש לפרש מתוך "מבט רחב", ומשמעות הדבר בענינו הוא, שעלינו לפרש את סמכות החנינה על רקע מבנה מערכות השלטון הישראליות. לבחינה זו אני עובר עתה.

10. תכלית החקיקה: מבנה מערכות שלטוניות

22. בתקופת האבסולוטיזם, כאשר סמכות החנינה נתונה לריבון עצמו, אין חשיבות רבה לבחינתה של זו על רקע מבנה המערכות השלטוניות. השליט שולט על כל המערכות הללו, וממילא הוא גם רשאי ליתן חנינה (כללית או אינדיבידואלית) כאשר יחפוץ, אם לפני ההרשעה ואם לאחריה, אם לפני חקירה ואם לאחריה. לא כן במשטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני. במשטר כזה הריבון הוא העם. השליט אינו כל יכול. השלטון מתחלק בין רשויות שונות, אשר כל אחת מהן חייבת לפעול בתחומה היא, תוך סינכרוניזציה בין הסמכויות השונות, ואיזון ובקרה ביניהן. אין זה עולה בקנה אחד עם משטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני, כי בידי מאן-דהוא, ולו נשיא המדינה, יהיו סמכויות - על, שיאפשרו לו לשנות את כל החלטותיהן של כל הרשויות האחרות, שעה שאלה פועלים בתחומן שלהן, במסגרת ההליך הפלילי. כוח-על שכזה יפה הוא לשליט-עליון המעניק חסד לנתיניו. כוח-על שכזה זר הוא לנושא משרה נכבד המשרת את אזרחיו. ניגוד זה התבלט יפה בפסיקה האמריקאית. בתחילה סבר בית המשפט העליון כי, בדומה למלך אנגליה, גם נשיא ארצות הברית מחלק את חסדו במעשה החנינה. כפי שאמר השופט מרשל Marshall C.J. בפרשת Wilson:

execution of the laws.... It is the "A pardon is an act of grace, proceeding from the power entrusted with the private, though official act of the executive magistrate, delivered to the individual for whose benefit it is intended, and not communicated officially to the court". (p. 160)

על גישה זו אבד הכלח (ראה 63 36 Ohio State (1978) Buchanan, "The Nature of a Pardon Under The United States Constitution (L.J. 39). היא נדחתה מפורשות בפסק דינו של השופט הולמס בפרשת Biddle הראויים לציטוט חוזר:

"We will not go into history, but we will say a word about the principles of pardons in the law of the United States. A pardon in our days is not a private act of grace from an individual happening to possess power. It is a part of the constitutional scheme." (p. 684)

[602] אכן, סמכות החנינה של הנשיא היא חלק מתבנית קונסטיטוציונית. היא חייבת להשתלב לתוך תבנית זו.

24. מה משתמע, לענין סמכות החנינה, מצורך זה לשלבה בתבנית הקונסטיטוציונית? נראה לי כי המסקנה הראשונה המשתמעת מכך היא, שאין לפרש את סמכות החנינה של הנשיא כסמכות-על המשתרעת על מלוא היקף פעולתן של הרשויות השונות. מביצוע העבירה ועד להכרעה בפסק דין סופי מטפלות רשויות שונות באדם החשוד בביצוע עבירה: המשטרה חוקרת; התביעה תובעת; בית המשפט שופט; שירות בתי הסוהר מחזיק במעצר. אין זה עולה בקנה אחד עם מבנה קונסטיטוציוני כי סמכות החנינה של הנשיא תתפרש באופן שיש בכוחה לחדור ולפעול במקביל לכל אחת מהרשויות האלה. אין זה מבנה קונסטיטוציוני ראוי שהמשטרה חוקרת, אך הנשיא מוסמך להפסיק את חקירתה; שהתביעה תובעת, והנשיא מוסמך להפסיק את תביעתה; שבית המשפט שופט, והנשיא מוסמך להתערב בכל שלב משלבי השפיטה; כפי שאמר השופט לנדוי בד"נ 13/60 (מתאנה):

"אינני רואה כל תכלית שתוכל להצדיק שיבוש כזה של דרכי הענישה ושל חלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה" (בעמ' 461).

אכן, הגישה הפרשנית הראויה היא זו המתמקדת בחלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה, והמבקשת ללמד עליה מתוך "התבנית הקונסטיטוציונית" העומדת ביסוד החקיקה. מהו, אם כן, פירושה הראוי של סמכות החנינה על רקע התבנית הקונסטיטוציונית? הפירוש הראוי הוא, שסמכות זו תופעל אך ורק לאחר שהרשויות האחרות סיימו את תפקידן שלהן. אם במצב דברים זה ימצא צורך בחנינה, כי אז יוסמך הנשיא לתיתה. אכן, זו היתה תפיסת היסוד הפילוסופית שעמדה בבסיס החנינה בארצות הברית. עמד על כך המילטון בפדרליסט (Federalist) מסי' 74 באומרו:

"The criminal act of every country partakes so much of necessary severity, that without an easy access to exceptions in favor of unfortunate guilt, justice would wear a countenance too sanguinary and cruel."

ועל אותו רעיון עצמו עמד בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Ex. p. Grossman (1924) 267 U.S. 87 מפי השופט טפט (Taft):

mistake in the operation or "Executive clemency exists to afford relief from undue harshness or evident enforcement of the criminal law. The administration of justice by the courts is not necessarily always wise or certainly considerate of circumstances which may properly mitigate guilt. [603] To afford a remedy, it has always been thought essential in popular governments, as well as in monarchies, to vest in some other authority than the courts power to ameliorate or avoid particular criminal judgments. It is a check entrusted to the executive for special cases."

וזו היתה גם גישתו של השופט אגרנט בבג"צ 177/50 הנ"ל, באומרו:

"כאן - כמו באנגליה - המטרה הראשית היא לתקן את המעוות שנגרם לאדם שהורשע על לא עוול בכפו; והמטרה השנייה היא - וגם בערכה אין לזלזל - להפחית את ענישו של העבריין במסיבות המצדיקות זאת. ברור, כי מציאת כוח כני"ל בידי אחת מהרשויות העליונות של המדינה היא חיונית ליעילותו של כל משטר מדיני הואיל ומטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה. למותר הוא להטעים, כי לא תמיד מובא במשפט כל החומר העשוי להפיץ אור על הענין הנדון וכי אף השופטים, בהיותם אדם בני אדם, עלולים לטעות מדי פעם בפעם. מן ההכרח, איפוא, כי תהא בנמצא סמכות רזרבית כני"ל, כדי למנוע תוצאות מזיקות למי שאינו ראוי להן וכי לשם הפחתת עונשו של אדם - אפילו הורשע כדן - כשהעובדות מחייבות או מרשות זאת". (בעמ' 751).

הנה כי כן, החנינה האינדיבידואלית פועלת אך לאחר ההרשעה בפסק-דין סופי. רק אז מוצו כל הסמכויות של האורגנים השונים במדינה. רק אז יוכל להתעורר אותו צורך "לתקן את המעוות". בטרם הגיע שלב זה, מצוי הענין בסמכותן של הרשויות השונות, אשר בידן הכוח לטפל בענין כראוי. היעלה על הדעת, כי במשטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני, המשטרה תחקור, אך הנשיא יאמר לה - הרפי; כי התביעה תתבע, אך הנשיא יאמר לה - הפסיקי; כי בית המשפט ישפוט, אך הנשיא יאמר לו - חדל?

24. תפיסה זו, בדבר הצורך ליתן פירוש לסמכות החנינה של הנשיא, שאינו מתחרה בסמכויותיהן של הרשויות האחרות, היא העומדת ביסוד הגישה הפרשנית כי סמכות החנינה של הנשיא אינה כוללת חנינה כללית. כפי שצינתי, הביטוי "לחון עבריינים", על פי לשונו, משתרע גם על חנינה כללית, שכן גם בה ניתנת חנינה לעבריינים. עם זאת, מקובל הוא כי לנשיא אין סמכות ליתן חנינה כללית. עמד על כך השופט אגרנט בד"נ 13/60 הנ"ל (בעמ' 455) באומרו:

[604]

"יש להבין, כי בשעה שהעניקה הכנסת הראשונה את סמכות החנינה לנשיא, כוונתה היתה שיפעיל אותה אך במקרים אינדיבידואליים ולא שיהיה בכוחו להכריז על אקט של חנינה כללית, אשר תוצאתו היא לחון את כל העבריינים הנמצאים אז במדינה או קבוצות שלמות מהם; כי כוונתה היתה לשמור לרשות המחוקקת עצמה את הזכות למתן חנינה כללית".

לדעתי, הטעם הרציונלי לכך הוא, כי חנינה כללית היא אקט חקיקתי, ומן הראוי שתעשה על ידי הכנסת ולא על ידי הנשיא. אל לו לנשיא להפעיל סמכויות שלטוניות המקבילות לאלו של הרשות המחוקקת. גישה זו עצמה צריכה להדריך אותנו באשר ליחס בין סמכות הנשיא ליתן חנינה, לבין סמכותן של הרשויות האחרות. למשטרה נתונות סמכויות חקירה, לרבות סמכויות להפסיק חקירה. אין לפרש את סמכות הנשיא כמתערבת בהפעלתן של סמכויות אלה; ליועץ המשפטי לממשלה נתונות סמכויות תביעה, לרבות הסמכות להפסיק תביעה. אין לפרש את סמכות הנשיא כמתערבת בהפעלתן של סמכויות אלה; לבית המשפט נתונה הסמכות לזכות או להרשיע, ולהטיל עונש זה או אחר. אין לפרש את סמכות הנשיא כמתערבת בסמכויות אלה. אכן, כשם שאין לפרש את סמכות החנינה של הנשיא כמתערבת בסמכות החקיקה של הכנסת כן אין לפרשה כמתערבת בסמכויות הביצוע והשפיטה של המשטרה, התביעה ובתי המשפט. שכן זאת יש לדעת: מתן חנינה תוך מהלך חקירה, או מתן חנינה תוך מהלך המשפט, יש בה התערבות בפעולתן של הרשויות הללו. פירוש המאפשר התערבות זו אינו רצוי. עמד על כך פרופ' זמיר בחוות דעתו, באומרו:

"סמכות הנשיא להתערב בהליך פלילי התלויה ועומד בפני בית המשפט, באופן שיש בו כדי להפסיק את ההליך בכל עת, איננה רצויה מבחינה עקרונית. אין להסיק מן הסמכות של היועץ המשפטי לממשלה להתערב בהליך הפלילי, בדרך של עיכוב ההליכים, לסמכותו של נשיא המדינה. היועץ המשפטי לממשלה מהווה מלכתחילה חלק בלתי-נפרד של ההליך הפלילי בבית המשפט, שהרי הוא המוסמך מכוח החוק להגיש את כתב האישום בשם המדינה. סמכות זאת גוררת עמה, באופן טבעי, גם את הסמכות לחזור מן האישום הפלילי וכן את הסמכות לעכב את ההליך הפלילי, בכל שלב של ההליך עד הכרעת הדין, כשהחלטתו על מעורבות שוטפת והיכרות קרובה של הליך זה. לעומת זאת נשיא המדינה הינו גורם חיצוני להליך הפלילי. במצב כזה מתן חנינה במהלך המשפט עלול היה להיראות כהתערבות בלתי-ראויה בתחום אחריותו של בית המשפט".

כך, למשל, אם בית משפט מרשיע נאשם, תהא זו התערבות בהליך המשפטי, אם, בטרם ייגזר דינו, תנתן לו חנינה.

25. מסקנה זו, בדבר "הפרדת רשויות" בין סמכות החנינה של הנשיא לבין סמכותן של רשויות שלטוניות אחרות מתחזקת לאור מבנה המוסדות השלטוניים בישראל. [605] לרשויות השלטוניות האחרות (משטרה, תביעה, בית משפט) הכלים לבחינתן של העובדות. המשטרה חוקרת באמצעות מנגנונה, ומבקשת לגבש את תפיסתה בדבר העובדות. לתביעה מנגנון מקיף המטפל בחומר מקבלתו מאת המשטרה ועד למתן פסק הדין. לבית המשפט הכלים המוסדיים והנורמטיביים לבחינת שאלת החפות או האשמה. לא כן נשיא המדינה. אין בידיו כל מנגנון לחקר האמת. אין בידיו כלים לבחינת העובדות. על כן, אך טבעי הוא, שבחנינה האינדיבידואלית יפעל הנשיא על פי קביעתו של בית המשפט. אם זה קבע שהנאשם זכאי - שוב אין לו צורך בחנינה; אך אם זה קבע שהנאשם אשם, והטיל עליו עונש - זוהי נקודת המוצא של הנשיא. בטרם הרשעה, אין כל נקודת מוצא עובדתית ממנה יכול הנשיא לצאת, כדי לבחון אם מתקיימת התשתית למתן החנינה. אפילו יודה מבקש החנינה בביצוע עבירה, אין בכך ולא כלום, שכן כל עוד לא הורשע על ידי בית משפט, הוא בחזקת זכאי.

26. גישתי זו בדבר פירוש סמכות החנינה של נשיא המדינה מתבקשת גם לאור המציאות המיוחדת של המבנה הקונסטיטוציוני בישראל. הנשיא בישראל הוא "ראש המדינה". אין הוא ראש הרשות המבצעת. הוא מעין רשות נוספת, בצד ארבע הרשויות הרגילות (המחוקקת, המבצעת, השופטת והמבקר). על פי התפיסה הקונסטיטוציונית שלנו הוא מסמל את המדינה. הוא אינו חלק במאבקי הכוח במדינה. הוא עומד מעל לפוליטיקה היומיומית. אין זה סביר להניח, כי לנשיא כזה ביקש המחוקק להעניק סמכות להתערב בפעולתן היומיומית של הרשויות השלטוניות השונות. התערבות שכזו, כמוה כירידה "לשדה הקרב", ואין היא הולמת את נשיא המדינה. אכן, בכך מתבטא הבדל מהותי בין נשיא המדינה לבין נשיאה של ארצות הברית. זה האחרון עומד בראש הרשות המבצעת. הוא נתון יום יום "בשדה הקרב". על כן ניתן לפרש את סמכות החנינה שלו כמשתרעת הן על חנינה כללית והן על חנינה אינדיבידואלית בטרם הרשעה. לא כן נשיאנו שלנו.

27. זאת ועוד: בצד הפעלת כוח חייבת להיות ביקורת שיפוטית. כח בלא ביקורת - סופו שרירות. בלא דיין - אין דין. מכאן תפיסתנו הקונסטיטוציונית כי כל אחת מרשויות השלטון נתונה לביקורת שיפוטית, על פי המתבקש מהיקף סמכויותיה. על פי פסיקתנו שלנו, אף הכנסת עצמה נתונה לביקורת שיפוטית בגבולות מסוימים (בג"צ 98/60 ברגמן נגד שר האוצר, פ"ד כג, 1, 693; בג"צ 652/81 שריד נגד יושב ראש הכנסת, פ"ד לו, 2, 197. בג"צ 73/85 סיעת "כך" נגד יושב ראש הכנסת פ"ד ל"ט, 141, 3; בג"צ 742/84 כהנא נגד יו"ר הכנסת, פ"ד לט, 4, 85). והנה, חוק יסוד: נשיא המדינה שחרר את הנשיא מביקורת שיפוטית ישירה (סעיף 13א). נותרה אמנם, ביקורת שיפוטית עקיפה, אך זו מטבעה מוגבלת. כך, למשל, אם הנשיא מעניק חנינה לפלוני, אך נמנע מלהעניקה לאלמוני, השווה לו בכל, אין לו לאלמוני כל תרופה. אין זה מתקבל על הדעת, כי אותו מחוקק עצמו, אשר שיחרר את נשיא המדינה מביקורת שיפוטית ביקש להעניק לו סמכויות חנינה היכולות לבוא במקום סמכותן של רשויות אחרות הנתונות לביקורת שיפוטית. נהפוך הוא: עלינו לפרש את סמכויות הנשיא כסמכויות שיוניות - "סמכות רזרבית" בלשונו של השופט אגרנט - המופעלות אך כאשר הרשויות האחרות שוב אינן מוסמכות לפעול.

28. [606] עד כה הנחתי, כי "התבנית הקונסטיטוציונית" מחייבת מתן פירוש לסמכויות הנשיא, באופן שלא תהא בהן תחרות לסמכויותיהן השלטוניות של הרשויות האחרות. מכאן מסקנתי, כי אין לו לנשיא סמכות ליתן חנינה בטרם הרשעה בפסק דין סופי. ניתן לומר, כי אפשר להשיג את מטרות "התבנית הקונסטיטוציונית" בדרך אחרת. על פי גישה זו, אין לצמצם את סמכות הנשיא, אלא יש לקוות כי הנשיא יעשה שימוש מצומצם במסמכותו. אכן, בדרך זו הלך המשפט האנגלי עצמו. הוא הותיר את המלך הקונסטיטוציוני עם סמכויות חנינה של מלך אבסולוטי, אך דאג לכך כי הלכה למעשה לא יופעלו הסמכויות, אלא כפי שמתבקש מאופיו הדמוקרטי של המשטר. הצעה זו קוסמת היא, אך אין בידי לקבלה, ומכמה טעמים:

ראשית, אין בונים נורמות קונסטיטוציוניות על יסוד תקוות. אין מגבשים עקרונות יסוד ממלכתיים על בסיס הנחות כי הכל יתנהל כשורה. נהפוך הוא: כל המבנה הקונסטיטוציוני מבוסס על ההנחה כי דברים עשויים שלא להתנהל כשורה, ועל כן יש להציב גבולות וגדרות. אם אמנם "התבנית הקונסטיטוציונית" מחייבת מתן פירוש לסמכויות הנשיא שאין בהן משום תחרות לסמכויות אחרות, אין זה רצוי כלל ועיקר להשיג מטרה זו בדרך של תקווה כי הנשיא יתאפק, ולא יפעיל את סמכותו. ומה הדין אם הנשיא לא יתאפק? האם ניתן כך לבנות מערכות יסוד ממלכתיות? ומדוע לא נאמר, על יסוד גישה שכזו, כי לנשיא סמכות כללית לחון עבריינים? אכן, ענין לנו בסוגיה קונסטיטוציונית המשפיעה על מערכת חיינו הלאומיים. ענין לנו בגיבוש תפיסות יסוד ממלכתיות. יש לנקוט, בענין זה, עמדה ברורה, לכאן או לכאן. אין להשאיר זאת להתפתחות קזואליסטית, שתבחין בין מקרים חריגים לבין מקרים יוצאי דופן, ותשאיר הכל למשחק הכוחות הפוליטי המשקף את חיי השעה. עמד על כך חברי הנשיא בע"ב 2/84 הנ"ל, בעמ' 260, באומרו:

כאשר נבחנים נושאים חוקתיים, יש לתת את הדעת למשמעותם ולהשלכותיהם לטווח הארוך ויש להקנות משקל ראוי להשפעתם על עיצוב דמותה של המסגרת המדינית או החברתית בה הם מופעלים; אם ישועבדו לצרכי השעה, ואם נאמץ אמות מידה קזואליסטיות בנושאים חוקתיים ובעיקר בנושאים של חירות הפרט וזכויותיו, נחטיא את המטרה ונחטא לנושא.

אכן, "נחטיא את המטרה ונחטא לנושא", אם נפתור אותו בקביעה הקזואליסטית, כי הסמכות לחנינה-טרם-הרשעה אמנם קיימת עקרונית, אך כולנו תקווה כי הנשיא ישתמש בה אך לעתים רחוקות.

[607] שנית, כאשר יש סמכות, ולו רדומה, יש תמיד ציפיה לשימוש בה. נשיא שיש לו סמכות ליתן חנינה אינדיבידואלית בטרם הרשעה עשוי לעמוד תדיר בלחץ התביעה האישית או הציבורית לעשות שימוש בסמכותו זו. אם יענה לתביעה - ירד "לשדה הקרב"; אם יסרב לה - ירד "לשדה הקרב". דוקא הצורך לשמור על הנשיא כסמל המדינה, וכמנותק מהמחלוקות הפוליטיות, מחייב קביעה מדויקת וברורה של היקף סמכויותיו בענין החנינה תוך שלילתן במקום שטרם ניתן פסק דין סופי.

שלישית, הביקורת השיפוטית העקיפה - וזו היחידה הקיימת בישראל לענין פעולות הנשיא - אינה יעילה כאשר הנשיא עושה שימוש בסמכותו ומתערב בפעולתן של רשויות אחרות. הטעם לכך הוא, שאם הנשיא עושה כן משיקולים כדין כי אז אפשרות ההתערבות היא מועטה. המבקש לשמור על "הפרדת רשויות" ראויה, מן הראוי לו שיפריד בין הרשויות.

29. הגעתי איפוא למסקנה, כי "התבנית הקונסטיטוציונית" מביאה לפירוש סמכות החנינה של הנשיא, באופן שזו אינה קיימת במקביל לסמכויותיהן של הרשויות השלטוניות האחרות, אלא אך לאחר שאלה מוצו. האין בגישה זו נוקשות יתירה?

האין חשש כי יתרחשו מקרים, ולו חריגים, בהם ייגרם עיוות דין? האם הרשויות האחרות עשויות לשקול אותם שיקולים שהנשיא שוקל אותם, או שמא השיקולים שונים ונפרדים? ואם קיים מקרה, ולו נדיר, שבו עשויה סמכות החנינה להוות תרופה יעילה וטובה יותר, האין לפרש את סמכות החנינה של הנשיא, באופן המאפשר לו ליתן חנינה אישית גם בטרם הרשעה? שאלות אלה חשובות הן, ומן הראוי להתמודד עמהן. נקודת המוצא היא, כי ברובם המכריע של המקרים, אכן יש בידי הרשויות השלטוניות השונות כלים מספיקים כדי להתמודד עם בעיות שחנינה בטרם-הרשעה עשויה להתמודד עמהן. אמת, הכלים אינם זהים, והתוצאה אינה זהה, אך התקלות העיקריות מוסרות. טול אדם שבשל שיקולים אישיים (כגון מחלה ממארת) אין זה ראוי כי ייחקר או ייתבע. לשם פתרון משביע רצון של מצב דברים זה אין צורך בחנינה, שכן המשטרה והתביעה רשאיות לקחת את נתוניו האישיים של חשוד או נאשם בחשבון. כך, למשל, רשאי היועץ המשפטי לעכב הליכים בשל טעמים של העדר אינטרס לציבור בהמשכת התביעה משיקולים אישיים של המבקש. כמובן, מבחינת האפקט המשפטי, לא הרי חנינה כהרי עכוב הליכים. חנינה היא תרופה "חזקה" יותר מעכוב. עם זאת ענין התקלה אותה מבקשים למנוע - העמדתו לדין של אדם החולה במחלה ממארת - די בתרופה "הקלה" של עכוב ההליכים, היא משיגה את האפקט הכללי המתבקש. בדומה, רשאי היועץ המשפטי לממשלה לקחת בחשבון שיקוליו אם לעכב הליכים אם לאו, שיקולים חברתיים כלליים (לרבות שיקולים של בטחון ומדיניות חוץ). דברים אלה באו לידי ביטוי בדין וחשבון של ועדת המשפטים לבחינת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה ("ועדת אגרנט"), הקובעת:

"בתנאים מסויימים עשוי ענין שיש לו ערך בטחוני, מדיני או ציבורי לחייב שלא להגיש את ההאשמה הפלילית". (עמ' 6).

[608] ובגיבוש עמדתו בענין זה, יתיעץ היועץ המשפטי בדרג המדיני. על כך עמדה ועדת אגרנט, באמרה (בעמ' 13):

"מצוות ההתיעצות הנ"ל חלה ביחוד כאשר המדובר הוא בעשיית פעולת עונשין בענין שיש לו ערך בטחוני מדיני או צבורי. במקרה כזה שומה עליו, על היועץ המשפטי, לשקול תמיד, פן יהיה בפעולה של פתיחת ההליך הפלילי (או של הפסקתו) כדי להזיק יותר לאינטרסים של המדינה מאשר אילולא נעשתה אותה פעולה, ובידו יהיה לעשות כן רק לאחר שיבקש אינפורמציה ועצה מאלה אשר עליהם מוטלת האחריות הראשונית לדאוג לבל יפגעו האינטרסים של המדינה מבחינה בטחונית, פוליטית או ציבורית - מאלה אשר - כך צריכה להיות הנחתו - הינם יותר מנוסים ובקיאיים ממנו בשטחים הללו. כאמור, בדרך כלל יהיה עליו לפנות, לשם קבלת הודעה ועצה הדרושה לו, לשר המשפטים, אך לפעמים - כלומר, במקרים שבהם מתעוררת שאלה של 'מדיניות גבוהה' (High Policy) - אל יהיה מנוס מפנייתו לעצת הממשלה כולה."

הנה כי כן, רוב רובם של העניינים אשר מבקשים לטפל בהם בדרך החנינה בטרם הרשעה, ניתן וראוי לטפל בהם באמצעות הכלים הקיימים הבנויים מראש להתמודד עם בעיות אלה עצמן. אכן, מי שלא הורשע יהנה מחזקת החפות. מעמדו המשפטי אינו יכול להשתנות בלא פסק דין מרשיע. בעיותיו המיוחדות הנובעות מחשד של ביצוע עבירה, והבעיות שהדבר עשוי לגרום לכלל, ניתנות בדרך כלל לטיפול ראוי על ידי המסגרות השלטוניות העוסקות בהליך הפלילי. בעבר היו הכלים שעמדו לרשות רשויות אלה דלים למדי בכל הנוגע ל"מחיקת" העבר הפלילי, ואילו עתה תוקן הדבר במידה ניכרת עם חקיקתו של חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981. על פי הוראות החוק, וכאמור בהן, נמחקת ההרשעה, ולענין זה דין חנינה על ידי הנשיא - וכאן ענין לנו בודאי אך בחנינה לאחר הרשעה - כדין מחיקה רגילה (סעיף 16(3)).

30. עם זאת, מוכן אני להניח כי יתכנו מקרים חריגים ויוצאי דופן, שבהם הכלים הקיימים לא יהיו יעילים מספיק. מוכן אני לקחת בחשבון מצבים מיוחדים ביותר, בהן האמצעי של חנינה-טרם-הרשעה הוא היעיל ביותר. אפילו כך הם פני הדברים, אין אני סבור שיש בכך כדי להכריע את הכף. הטעם לכך הוא, שאין אנו עוסקים כאן בפירוש הוראה טכנית. אנו מפרשים חוקה. עלינו לפרשה מתוך אותו "מבט רחב"

עליו עמד השופט אגרנט. עלינו לקחת בחשבון לא רק את התקלה ליחיד אלא גם את התקלה לחברה. עלינו לקחת בחשבון אפשרות של שימוש לרעה. עלינו לקחת בחשבון את הדינמיקה על פיה חריגים מיוחדים ביותר הופכים לחריגים מיוחדים פחות, ולימים הופכים לכלל. סמכות עיכוב ההליכים עצמה תוכיח. קיצורו של דבר, עלינו לאזן בין השיקולים השונים. בין המקרה ההיפותטי החריג והמיוחד ובין הצורך לקבוע גבולות ברורים וחדים להפעלתן של סמכויות שלטוניות ברמה הגבוהה ביותר. [609] פתרון אידיאלי אינו קיים, ועלינו לחפש את הרע במיעוט. לשם כך עלינו לאזן בין השיקולים השונים. באיזון זה, ברמתו זו, אין ליתן עדיפות לחריג וליוצא הדופן. אכן, הדרך לטפל בסוג מצבים מיוחדים ביותר, הוא בבחינת הסמכויות של הרשויות השלטוניות המטפלות כרגיל במצבים אלה, ולא בהענקת סמכויות חריגות לנשיא המדינה. כך הוא נסיון של מדינות רבות בעולם, שמשטרן כמשטרנו. ראשי המדינה בצרפת, איטליה, גרמניה, הודו, אוסטרליה, קנדה ומדינות רבות אחרות אינם מוסמכים ליתן חנינה-טרם-הרשעה, ולמיטב ידיעתי הדבר לא גרם לעיוות דין כה חריף במקרים חריגים עד שהורגש הצורך לשנות את דין החנינה. נהפוך הוא: המגמה המודרנית, המתגלית אצל מדינות שהיו בעבר כפופות לסמכות החנינה של מלך אנגליה, היא בכיוון צמצום סמכות החנינה אך לגמר תהליך ההרשעה, ולא להפך. כפי שאומר פרופסור אדוארדס (Edwards):

"A review of the 'independence' constitutions within the commonwealth, negotiated with the United Kingdom government prior to the transfer of sovereignty, provides substantial support for a pre-conviction limitation on the pardoning power." (p. 474)

והמגמה החלה בישראל היא בשכלול הכלים הקיימים, כפי שחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים יוכיח, ולא בפירוש מרחיב של סמכויות הנשיא. הנה כי כן, אסור לו לחריג וליוצא הדופן ביותר, שישבש את תפיסותינו הקונסטיטוציוניות הבסיסיות.

31. בטרם אסכם חלק זה של חוות דעתי, ברצוני לעמוד על שאלה הקשורה בסמכות החנינה של הנשיא לאחר הרשעה. האם סמכות זו קיימת לאחר הרשעה, במקום שלאירגונים שלטוניים אחרים קיימות סמכויות משלהם לטפל בבעיה. כך, למשל, הרשאי הנשיא ליתן חנינה למי שענינו נבחן ב"משפט חוזר"? האם רשאי הנשיא ליתן חנינה מטעמים של "חולניות מתמדת", שעה שענין זה נבחן על ידי שר המשטרה במסגרת סמכותו על פי סעיף 48(3) לחוק העונשין, תשל"ז-1977? שאלה זו אינה מתעוררת בפנינו, ומבקש אני להשאיר בצריך עיון. עם זאת ברצוני לציין כי השאלה המתעוררת במצבים אלה שונה היא מהשאלה המטרידה אותנו בעתירות שלפנינו. במצבים שלפנינו, עלינו להשיב על השאלה, אם הביטוי "עבריינים" משתרע גם על מי שלא הורשעו. הלשון עצמה היא "פתוחה" ומאפשרת אפשרויות שונות, ועלינו לבחור ביניהן על פי שיקולים של תכלית החקיקה. שונה הדבר במצבים המיוחדים עליהם עמדתי (כגון משפט חוזר, חולניות מתמדת). באלה, הנאשם הורשע. לכאורה, על פי כל מבחן לשוני, הוא בגדר "עברייני", והשאלה היא אם ניתן להוציאו מתחום תחולתה של הוראת סעיף 11(ב) לחוק יסוד: הנשיא? מצבים אלה מעוררים מטבע הדברים שאלות קשות ביותר של פרשנות. יתכן, על כן, כי חרף המדיניות החקיקתית, לא ניתן יהא להגשימה לגבי סוג מסויים של "עבריינים", שכן לגביהם הלשון אינה גמישה די. [610] יהא ענין זה אשר יהא, אין בכך כדי להשפיע על פירושו של הביטוי "עבריינים" באותם מקרים בהם הלשון גמישה מספיק כדי לאפשר את הגשמת המדיניות החקיקתית. אכן, יהא זה בלתי מתקבל על הדעת לגרוס, כי מכיון שהמחוקק לא הגשים את מטרתו בחלק מהמקרים, מן הראוי לפרש את הוראותיו באופן שהוא לא יגשים אותן גם במקרים אחרים. לדעתי, הגישה הפרשנית צריכה להיות הפוכה. כפרשנים נאמנים, עלינו להגשים את מטרת החקיקה ככל שניתן, תוך הכרה בעובדה שאף כי הפירוש אינו מוגבל למלים, המלים מגבילות את הפירוש, ועל כן יש גבול ליכולתנו הפרשנית. אנו יכולים להגשים את מטרת החקיקה בגבולות שבין המקסימום לבין המינימום הסמנטי. איננו יכולים להגשים מטרה חקיקתית שאין לה נקודת עיגון בלשון החוק. עמד על כך בית המשפט העליון בב"ש 67/84 חדד נד פז, פ"ד לט, 1, 667, 670:

"מטרת המחוקק מהווה מכשיר פרשני, אם היא מהווה אמצעי, שעל פיו בוחרים בין מספר פירושים אפשריים מבחינה לשונית. חיוני הוא, על כן, כי לאופציה הפרשנית, המגשימה את המטרה החקיקתית, יהא בית קיבול בלשון החוק. חייב להתקיים קשר מילולי, ולו מינימאלי בין הלשון לבין המטרה. יש למצוא נקודת אחיזה ארכימדית למטרה בלשון החוק. הפרשן אינו רשאי להגשים מטרה שאין לה עיגון לשוני בחוק".

אכן, על מטרת החקיקה עמדנו. זו ניתנת להגשמה, מבחינת לשון החוק, בכל הנוגע לאדם שטרם הורשע. הוא אינו בבחינת "עברייני". ספק הוא אם ניתן להגשימה גם לגבי אדם שהורשע, אך שענינו נתון במשפט חוזר, או נתון לבחינתו של שר המשטרה במסגרת סמכותו של זה לענין חולניות מתמדת. כאמור, שאלות אלה קשות הן ויש להשאירן בצריך עיון.

32. מובן, שניתן לחזור ולהקשות, שמא "נוקשות" לשונית זו מצביעה על כך כי תפיסתנו הבסיסית באשר למטרת החקיקה, אינה נכונה. האין ללמוד מכך שלנשיא סמכות חנינה במקום שקיים משפט חוזר, כי עומדת לו גם סמכות חנינה במקום שלא קיים משפט כללי? זו שאלה לגיטימית תשובתה עליה היא, כי מסכת "הראיות" כולן, העובדתיות (מה סברו חברי הכנסת) והמשפטיות ("התבנית הקונסטיטוציונית") אינן תומכות בתפיסה שכזו.

11. סיכום ביניים

33. סיכומי של דבר: לשון החוק, לפיה הנשיא מוסמך "לחון עבריינים", היא לשון "פתוחה", שאין בה בתוכה תשובה לשאלה, אם "חנינה" אינדיבידואלית חלה גם בטרם הרשעה, ואם מי שטרם הורשע בדין הוא בגדר "עברייני". לשם בחירה בין האופציות הלשוניות האפשריות, עלינו לפנות לתכלית החקיקתית. זו לא היתה השוואת סמכות החנינה של נשיא המדינה לזו של מלך אנגליה או נשיא ארצות הברית, ולא נוכל, על כן, להעזר בדוגמאות אלה. [611] אכן, חוק יסוד: נשיא המדינה הוא חוק ישראלי מקורי. המחוקק "לא העניק ולא השמיט, כי אם בנה את חוקו מבנה עצמאי". עלינו לפרשו, על כן, על רקע נסיונו הממלכתי שלנו, מתוך השראה פרשנית מאותן מדינות בהן קיים הסדר קונסטיטוציוני דומה. במלאכת הפרשנות, עלינו לנקוט בגישה של "מבט רחב", המתחשבת "בתבנית הקונסטיטוציונית". על רקע זה, גישה היא כי אין להניח כי המחוקק ביקש להעניק לנשיא המדינה - שאינו ראש הרשות המבצעת, אלא מסמל את המדינה כולה, ואשר אין עליו ביקורת שיפוטית ישירה - סמכות שלטונית שהיא מגבילה לזו של נושאי משרה אחרים (משטרה, תביעה, בתי משפט). אין להניח כי המחוקק ביקש לאפשר לנשיא להתערב בהליך הפלילי, בטרם מוצה עד תום. על כן מפרש אני את הביטוי "לחון עבריינים" כמשתרע רק על אותם אנשים שהורשעו בפסק דין סופי. גישה זו נתמכת בחיבוריהם המדעיים של שניים מגדולי המשפטנים בישראל: פרופסור פלר מהתחום הפלילי, ופרופסור קלינגהופר מהתחום הקונסטיטוציוני. שניהם סבורים - זה מהזוית הפלילית, וזה מהזוית הקונסטיטוציונית - כי סמכות החנינה האינדיבידואלית חלה רק לגבי אדם שהורשע בדין. (ראה פלר, "הרהביליטציה: מוסד משפטי מיוחד מחוייב המציאות", משפטים א, 497; קלינגהופר "המסגרת הקונסטיטוציונית של החנינה בישראל"; עמ' 5). גם הנמקתו של השופט לנדוי בפסק-דינו בד"נ 13/60 תומכת בגישה זו.

אומר השופט לנדוי:

"טעמי העיקרי נגד הפירוש המרחיב, אותו מציע מ"מ הנשיא, הוא שעניני ענישה בפלילים הם מסמכותם של בתי המשפט. ברי שבצד הסמכות הזאת דרושה הסמכות המיוחדת של מתן חנינה. כדי לתקן טעות חמורה שנעשתה על ידי בית המשפט, ושאין לתקנה בדרך אחרת, וכן כמעשה חסד, אחרי שהעברין נשא חלק מעונשו". (בעמ' 461).

"טענות חמורה שנעשתה על ידי בית המשפט", וכן "כמעשה חסד, אחרי שהעברייני נשא חלק מעונשו" - כל אלה חלים רק לאחר הרשעה. אכן, מודע אני לכך, כי מ"מ הנשיא אגרנט והשופט ברנזון - מגדולי השופטים בישראל - הביעו דעה שונה. על הטעמים לכך אעמוד שעה שאבחן את גישתו של חברי, הנשיא שמגר, ולמלאכה זו אני ניגש עתה.

1. בחינת עמדתו של הנשיא שמגר

1. הצגת עמדתו

34. עד כה הצגתי את עמדתי שלי. היא שונה מעמדתו של חברי, הנשיא שמגר. מבקש אני עתה להעיר מספר הערות באשר לעמדתו שלו. דומה שנקודת המוצא של חברי היא, כי הדגם שעמד לעיני המחוקק, שעה שחוקק את סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט1949- הוא הדגם האנגלו-אמריקאי, אשר שימש "אב טיפוס" לסמכות הנשיא. כך גם נקבע בבג"צ 177/50 (ראובן) ובד"נ 13/60 (מתאנה). [612] מכוחה של נקודת מוצא "הסטורית-פרשנית" זו מתבקשת המסקנה כי סמכות החנינה של נשיא ישראל דומה לזו של מלך אנגליה ונשיא אמריקה - ושווה מדגמים אחרים שאין להתחשב בהם - וכוללת בחובה גם הענקת חנינה בטרם הרשעה. מצב דברים זה עמד לנגד עיני המחוקק שעה שהחוקק חוק יסוד: הנשיא. המחוקק חזר, בכל הנוגע לעניינו, על הנוסחה של חוק המעבר, כפי שפורשה בפסיקה, ומכאן שהמחוקק סבר, שאין מקום להכניס שינוי במצב המשפטי. מכאן, שכל הגורס כי קיומן של סמכויות מקבילות בידי רשויות אחרות (כגון, סמכות עכווה ההליכים שבידי היועץ המשפטי לממשלה) יש בהן כדי להשפיע על סמכויות הנשיא, חייב להוכיח כי קיומן של סמכויות מקבילות אלה הביא לביטול מכללא של סמכות הנשיא. לדעת חברי, ביטול מכללא אינו מתקיים במקרה שלפנינו, שכן קיומן של הסמכויות במקביל אינו יוצר סתירה. מכאן מסקנתו של חברי, כי לנשיא המדינה סמכות ליתן חנינה לעברייני שטרם הורשעו. מסקנה זו מתיישבת גם עם התפיסה הפרשנית, כי לסמכויות חוקתיות יש ליתן פירוש נרחב.

35. עמדתי על עיקרי הדברים. פסק דינו החשוב של חברי כולל ענינים נוספים, אך דומה שאת עיקרי תורתו הצגתי. עם כל הכבוד, דברים אלה אינם מקובלים עלי. בשל מגבלות הזמן לא אוכל לעמוד על רבים מהענינים עליהם אני חלוק על חברי, ואצטמצם למספר דברים הנראים לי חשובים להכרעתה של הפרשה שלפנינו.

2. "המתכונת האנגלו-אמריקאית אשר שמשה לה אב טיפוס"

36. נקודת המוצא של חברי, הנשיא שמגר, הינה כי סמכות החנינה של נשיא המדינה נבנתה על פי סמכות החנינה של מלך אנגליה ונשיא ארצות הברית. כפי שבקשת להראות, הנחה זו אינה תואמת את המציאות העובדתית. המחוקק של חוק המעבר, בקבע את סמכויות החנינה של הנשיא, לא העמיד לנגד עיניו את סמכויות החנינה של מלך אנגליה ונשיא ארצות הברית. בדקתי את ההסטוריה החוקתית ולא מצאתי כל רמז עובדתי, שיש בו כדי לאשש תיאוריה זו. סמכויות החנינה של המלך האנגלי לא שמשו "אב טיפוס" לסמכות החנינה של נשיא מדינת ישראל. אף השופט אגרנט בבג"צ 177/50 (ראובן) אינו קובע כענין עובדתי, כי מחוקקו של סעיף 6 לחוק המעבר הציב לנגד עיניו, כענין עובדתי-הסטורי, את סמכות החנינה של מלך אנגליה. גישתו של השופט אגרנט לא היתה הסטורית אלא משפטית. הוא הניח, כענין משפטי, כי סמכות החנינה של הנשיא הישראלית היא כסמכות החנינה של הנציב העליון בתקופת המנדט; הוא הניח, כענין משפטי, כי סמכות החנינה של הנציב העליון היא כסמכות החנינה של מלך אנגליה. על יסוד זאת הוא הסיק, כענין לוגי, כי סמכות החנינה של נשיא ישראל היא כסמכות החנינה של מלך אנגליה. ואלה דבריו של השופט אגרנט:

"אני סבור, כי סמכות החנינה הנתונה בידי נשיא מדינת ישראל אינה שונה, בדרך כלל, מזו המצויה בידי המלך באנגליה, הן מבחינת מהותה והן מבחינת התוצאות הנובעות מהשימוש בה. [613] לפני שהחוקק חוק המעבר תש"ט1949-, עמד בתקפו סעיף 16 לדבר המלך במועצתו לא"י, אשר הקנה בידי הנציב העליון כוח (בין השאר), "להעניק לכל עברייני שהורשעו בדיון... בארץ ישראל חנינה, בין מלאה ובין מסוגיית (either free or subject to lawful conditions), או להפחית העונש שהוטל על עברייני כנ"ל. דין סמכות החנינה שהיתה נתונה לנציב העליון, איפוא, כדין סמכות החנינה המצויה בידי מלך אנגליה... אם ההוראה שבסעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט, באה - כפי שאני סבור - במקום סעיף 16 של דבר המלך במועצתו, הרי יש לראות את דין כוח החנינה הנתון לנשיא כדין הסמכות שהיתה מצויה קודם בידי הנציב העליון - ולאחר מכן בידי הממשלה הזמנית, הווה אומר, כוח זה מקביל, לפי מהותו והתוצאות הנובעות מהפעלתו, לסמכות החנינה בה משתמש המלך באנגליה".

כיום מוסכם על הכל, כי במשוואה שעשה השופט אגרנט בבג"צ 177/60 נכללו שתי טעויות עליהן עמד השופט לנדוי בד"נ 13/60 (מתאנה):

ראשית, מקובל הוא כי סמכות החנינה של הנשיא אינה זהה לזו של הנציב העליון. אכן, אילו גרסנו זהות כזו, היינו פותרים ממילא את השאלה הניצבת בפנינו, שכן פרט לענין עדי מדינה, לא היתה לנציב העליון סמכות ליתן חנינה בטרם הרשעה. דומה כי מ"מ הנשיא אגרנט נוכח כי בענין זה טעה, ואת טעותו זו הוא תיקן בד"נ 13/60 (מתאנה), באומרו:

"ההיזקקות לשיטה של עריכת השוואה בין הנוסח של סעיף 16 לדבר-המלך לבין זה של סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט1949-, למען תהיה על כוונת המחוקק הישראלי בסעיפיו שלו - ההיזקקות לשיטה זו של פרשנות אינה במקומה... הנוסח של סימן 16 לדבר-המלך אינו צריך למנוע בעד מתן פירוש רחב לסמכות החנינה של הנשיא...."

(עמ' 443, 444).

שנית, מקובל הוא, כי סמכות החנינה של הנציב העליון אינה זהה לזו של מלך אנגליה. אף על כך עמד מ"מ הנשיא אגרנט בד"נ 13/60 (מתאנה), בציינו, כי סמכותו של הנציב העליון היא סמכות נאצלת, וכי המלך האנגלי לא אצל לנציב העליון את מלוא סמכותו. אומר השופט אגרנט:

"סמכות החנינה, שהוענקה בזמנו לנציב העליון לפי סימן 16 לדבר-המלך.. אינה אלא סמכות שהמלך אצל לו מתוך זו הנתונה לו בתוקף הפרווגטיבה... [614] נוכח כלל הפרשנות, שהוזכר לעיל, המחייב לתת פירוש מצמצם לסמכויות "הנאצלות" של מי שיש לו המעמד של מושל במושבה בריטית, היה הכרח להגדיר, בצורה ברורה וחד-משמעית, את גבולות הסמכות שנאצלה, בשטח הנדון, לנציב העליון; מכאן הנוסח המפורט והמדויק של סימן 16 הנ"ל. האמת ניתנה להאמר, שסמכות החנינה של המלך האנגלי לא נאצלה מעולם, בהיקפה המלא, לנציב העליון. והא ראייה: בעוד שהקטע הנ"ל שתורגם מהיילשום, מלמד כי ביד המלך לתת חנינה גם לפני ההרשעה, הרי קובע סימן 16 לדבר-המלך שהנציב העליון רשאי להשתמש בכוח זה אך לגבי "עברייני שהורשעו....".

הנה כי כן, נראה לי כי אין בסיס עובדתי, ואין בסיס משפטי, להנחה "ההסטורית-פרשנית", כי ביסוד סמכות החנינה של נשיא המדינה

עמדה סמכות החנינה של מלך אנגליה. למותר לציין, כי אין גם בסיס עובדתי-משפטי להנחה כי ביסוד סמכות החנינה של נשיא המדינה עמדה סמכות החנינה של נשיא ארצות הברית.

37. זה המקום לעבור לפסק דינו של מ"מ הנשיא, השופט אגרט, בד"נ 13/60 (מתאנה). כאמור, השופט אגרט לא ביסס את הלכתו על בסיס "הסטורי-משפטי" כי סמכות החנינה של מלך אנגליה ונשיא ארצות הברית, שמשו "אב טיפוס" למחוקק הישראלי. מה היתה גישתו של השופט אגרט? נקודת המוצא שלו היתה, שחוק המעבר הוא חוק ישראלי מקורי. השופט אגרט קובע - בעקבות ציטוט מדבריו של הנשיא דרי זמורה - "שהמחוקק הישראלי לא העתיק ולא השמיט", כי אם בנה את חוקו מבנה עצמאי" (בעמ' 444), והוא ממשיך:

"עד כאן השתדלתי להראות שהניסוח של סימן 16 לדבר-המלך אינו צריך למנוע בעד מתן פירוש רחב לסמכות החנינה של הנשיא ושהניסוח של סמכות זו בסעיף 6 לחוק המעבר 'סובל' פירוש כזה. השאלה בעינה עומדת: האם קיימת הצדקה חיובית לזאת ועד היכן מן הדין למתוח את הקו? כדי להשיב על שאלה זו, יש לעמוד קודם על מהות סמכויות החנינה למיניהן".

הנה כי כן, גישתו של השופט אגרט אינה גישה הסטורית. גישתו היא פרשנית. הוא קורא את סעיף 6 לחוק המעבר. הוא בוחן אם הלשון "סובלת" את הפירוש ומבין המובנים "הנסבלים" הוא בוחר באותו מובן שיש לו "הצדקה חיובית" תוך שהוא מודע לכך "עד היכן מן הדין למתוח את הקו". בעשותו כן, הוא לוקח בחשבון שענין לו בהוראה קונסטיטוציונית שהדרך לפרשה "אינה חייבת להיות זו של מתן פירוש מצמצם דוקא" (שם עמ' 442), אלא יש לפרשה מתוך "מבט רחב". על רקע זה, בוחן השופט אגרט את מהותה של החנינה. הוא פונה לסמכות החנינה של מלך אנגליה ונשיא ארצות הברית, ובוחן אותן ביסודיות. [615] בהקשר זה הוא נתקל, כמובן, בפסק-דינו של השופט ברנזון בע"פ 185/51 (מתאנה), העומד על השוני שבין נשיא ישראל לבין המלך האנגלי. ומה תשובתו לטיעון זה? אומר השופט אגרט:

"תשובתי לדברי השגה אלה היא כפולה: ראשית, גם אם אין לזלזל בשיקול, כי ההוראה המקומית נוסחה בלשון העברית, גם לא מן הנכון הוא לתת לו, לשיקול זה, ערך מופרז שהרי המושגים 'חנינה' ו'הפחתת עונשים' הם מושגים בעלי משמעות אוניברסלית, ולא עוד, אלא סמכות החנינה, בהיקף שניתן לה במשפט המקובל, היא סמכות שעברה, בתוקף סעיף 14 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1968, לממשלה הזמנית והיתה ידועה למשפטים דכאן בעת שנוסחה ההוראה הנזכרת; שנית, חשיבותו של לקח הפסיקה האמריקאית עולה מן העובדה, כי אף-על-פי שמגמתם הברורה של מנסחי החוק של ארצות-הברית היתה דוקא להבטיח - באמצעות ההוראה המטילה על הנשיא את התפקיד להשגיח על ביצוע כל חוקי המדינה בדרך נאמנה - שלא יישאר כל זכר לאותם כוחות הפרוגטיבה, אשר שימשו בידי המלך אמצעי להתיר את כבליהם של דינים וחוקים שונים, הם בכל זאת השאירו בעינה את סמכות החנינה בתחום העונשין וקבעו הוראה מפורשת, המקנה אותה בידי נשיא המדינה".

וכאשר הועלתה בפני השופט אגרט הטענה, כי לא הרי מעמדו של נשיא המדינה בישראל, כמעמדו של נשיא ארצות הברית, שהראשון בא "לסמל" את המדינה, ואילו השני מנהל את עניני המדינה, השיב השופט אגרט:

"התשובה לטענה הזאת היא: גם בצרפת, אשר לפחות עד לשנת 1958 היה מעמד הנשיא שם דומה, ביסודם של דברים, לזה של הנשיא בישראל, ראו צורך להעניק לנשיא הרפובליקה את הזכות למתן חנינה... היוצא מזה, כי הנימוק בדבר חוסר כל דמיון או השוואה בין מעמדו של הנשיא בארצנו לבין מעמד הכתר באנגליה (או לזה של נשיא ארצות הברית) הוא מוטעה".

הנה כי כן, השופט אגרט לא פרש את חוק המעבר, על יסוד ההנחה כי התכלית החקיקתית שלו "עוצבה בהתאם למתכונת האנגלית והאמריקאית אשר שימשו לה אב טיפוס". גישתו של השופט אגרט היתה גישה קונסטיטוציונית כוללת. הוא ניגש לסעיף מתוך "מבט רחב". הוא שאל את עצמו, מה זאת "חנינה". הוא נעזר בנסיון האנגלי. הוא נעזר בנסיון האמריקאי. הוא נעזר בנסיון הצרפתי, והגרמני (ראה עמ' 454). הוא לא הבחין בין הדין במדינות השונות. הוא לא היה ער לכך כי בצרפת הביטוי "Grace" - ואתו הוא מביא - לא מתפרש באותו אופן כמו הביטוי Pardon בחוקה האמריקאית. [616] הוא ביקש לעמוד על מהותם של דברים, על רקעם האוניברסלי, שכן המושג "חנינה" הוא מושג בעל "משמעות אוניברסלית". זו הגישה אותה אני מבקש לנקוט גם בענין שלפנינו.

38. אין לחדד, כי בצד קביעתו של השופט אגרט בד"נ 13/60, שיש לבחון הוראות קונסטיטוציוניות במבט רחב, מצויה גם הקביעה הספציפית, כי לנשיא המדינה סמכות ליתן חנינה בטרם הרשעה. זו היתה גם דעתו של השופט ברנזון. מה משמעות שיש לייחס לכך? דומה שמוסכם על הכל, כי קביעות אלה הן אמרות אגב. לכך חשיבות כפולה:

ראשית, מבחינתה של השיטה המשפטית, אין בקביעות אלה משום הצהרה מוסמכת כי הדין בישראל הוא כי סמכות החנינה של הנשיא משתרעת אף בטרם הרשעה. כך, למשל, שופט בית משפט מחוזי ראשי היה לפסוק, כי לפי דעתו סמכות הנשיא חלה רק לאחר הרשעה. זהו גם הטעם הפורמלי לכך, שהיועץ המשפטי לממשלה מר בן זאב, ראה חרות לעצמו לקבוע בועדת החוקה חוק ומשפט - וזאת לאחר פרשת ראובן ופרשת מתאנה - כי סמכות החנינה של הנשיא חלה רק לאחר הרשעה. זהו גם הטעם לכך, שחכמי משפט כתבו בחיבורים, שסמכות החנינה משתרעת אך ורק לאחר הרשעה. הם לא שיקפו בכך רק מצב משפטי רצוי. הם שיקפו בכך את שנראה להם המצב המשפטי המצוי. אכן "הצורה בה מתגבש החוק סופית, היא הצורה שהשופט נותן לו" (השופט זוסמן, שם, בעמ' 213); "משפירש בית המשפט העליון דבר-חקיקה, שעמד לדיון בסכסוך שלפניו כפי שפירשו, הופך פירוש זה להיות חלק מאותו דבר-חקיקה" (אגרט, "תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", עיוני משפט י, 232, 244). אך דברים אלה נכונים רק לענין "הלכת הפסק" ולא לענין "אמרות אגב"; הטעם הרציונלי לכך הוא, שהשופט אינו חש אותה אחראיות שעה שהוא עוסק באמרות אגב כפי שהוא חש שעה שהוא עוסק בהלכת הפסק. בידעו שאמרת האגב אינה מחייבת, הוא עשוי לחוש עצמו "חפשי" יותר לגביה. דומה שהסוגיה שלפנינו היא הדגמה יפה לכך. דומה כי אמרתו של השופט ברנזון אינה תואמת את קו חשיבתו הכללי. הוא ביקש לצמצם, והנה נמצא מרחיב. מה טעם יש לכך, על פי השקפתו שלו עצמה? אשר לשופט אגרט, הרי בצד ההפניה למשפט האנגלו-אמריקאי, הפנה גם למשפט הקונטיננטלי, אך הוא לא בדק משפט זה, ועל כן גם לא היה מודע לכך, כי בארצות הקונטיננטל אין בדרך כלל חנינה אינדיבידואלית ללא הרשעה. הוא היה בודאי בוחן ובודק סוגיה זו לעומקה, אילו הענין עמד במרכז הכרעה. זאת ועוד: בנמקו את הצורך בחנינה, עומד השופט אגרט, הן בבג"צ 177/50 (ראובן) והן בד"נ 13/60 (מתאנה), על שני נימוקים, ושניים בלבד:

"המטרה הראשונית היא לתקן את המעוות שנגרם לאדם שהורשע על לא עוול בכפו; והמטרה השניה היא - וגם בערכה אין לזלזל - להפחית את עונו של העבריין במסיבות המצדיקות זאת. ברור כי מציאת כוח כניל בידי אחת מהרשויות העליונות של המדינה היא חיונית לעיליותו של כל משטר מדיני, הואיל ומטבע הדברים לא קיימת, וטרם נוצרה, באיזו ארץ שהיא מערכת משפט העשויה לפעול בשלמות וללא תקלה ולעשות צדק מוחלט בכל מקרה ומקרה" (בג"צ 177/50, בעמ' 751).

[617] הנמקה זו תופסת, כמובן, רק לענין עבריין שהורשע בדינו. אין היא תופסת כלל לענין מי שטרם הורשע. כיצד מתיישבת, איפוא, הנמקה זו של השופט אגרט עם תפיסתו שלנשיא סמכות ליתן חנינה בטרם הרשעה? סמכות שכזו מחייבת רציונליזציה שונה וזו אינה מצויה, לא בפרשת ראובן ולא בפרשת מתאנה.

שנית, עם זאת, חשיבות רבה נודעת לאימרות אגב. אם הן נובעות במישרין מתפיסת יסוד קוהרנטית, יש בהן כדי לשקף נכונה את שיפסק בעתיד כהלכת הפסק. כתוצאה מכך הן יוצרות ציפיות אצל הציבור, אשר לעתים קרובות נוהג על פיהן. נוהג זה עצמו, עשוי במשך הזמן להשפיע על אימוץ פירוש העולה בקנה אחד עם אותה אמרת אגב. הציפיות מגשימות את עצמן. כמובן, כל זה אינו מכריע אם הערכאה המאוחרת יותר סבורה שאמרת האגב אינה נכונה. אך כל זה הוא בעל חשיבות רבה, אם הערכאה המאוחרת מתלבטת בין שני פירושים אפשריים. אכן, אמרת ויציב - אמרת עדיף, אך לעתים אמרת או אמת - יציב עדיף (ראה בג"צ 547/84 עוף העמק נגד המועצה המקומית רמת ישי שיקולים אלה אינם חלים בענינו, וזאת מכמה טעמים: האחד, משום שאמרות האגב של השופטים ברנזון ואגרנט, אינן מחייבות מתפיסתם היסודית. כבר ראינו, כי אמרת האגב של השופט ברנזון סוטה מתפיסתו הבסיסית. אשר לשופט אגרנט, לפי פירושי שלי, תפיסת היסוד שלו אינה שהמשפט האנגלו-אמריקאי הוא "אב הטיפוס". לפי פירושי, תפיסת היסוד של השופט אגרנט היא, שיש ליתן לביטוי "חנינה" את משמעותו האוניברסלית. על פי גישה זו, בודאי שאמרת האגב שיש לנשיא סמכות לחון מי שלא הורשע, אינה מתבקשת מתפיסה אוניברסלית של מוסד החנינה. השני, משום שבעקבות אמרות האגב הנזכרות לא נוצר נוהג קונסטיטוציוני. נהפוך הוא: על פי הנחיות פנימיות, לא נתקבלו בדרך כלל פניות לחנינה בטרם הרשעה. בטיעון בפנינו הוצגו מספר קטן ביותר של חנינות לפני הרשעה. נמצא, שלא נוצרו כל ציפיות, שיש בהן כדי להשפיע על פירושנו.

אכן, שאלת החנינה - לפני הרשעה, היא בעיקרו של דבר שאלה פתוחה, אשר אנו נדרשים להכריע בה לראשונה. הובעו בה אמרות אגב שיפוטיות. נכתבו עליה מאמרי מלומדים. הובעו דעות משפטנים. עתה עלינו לומר את דברינו שלנו.

39. זה המקום לבחון את גישתו של חברי, הנשיא שמגר, הקובע - תוך התבססות של השופט אגרנט בד"נ 13/60 (מתאנה) - כי "סמכויות חוקתיות יפורשו באופן נרחב". קביעה זו חשובה היא לחברי, שכן מבקש הוא ליתן פירוש מרחיב לסמכות החנינה של נשיא המדינה. לענין זה ברצוני להעיר שתי הערות:

[618] ראשית, נקודת המוצא העקרונית של השופט אגרנט היתה כי להוראות קונסטיטוציוניות יש ליתן פירוש מתוך "מבט רחב", וכי דין הפרוש "אינה חייבת להיות זו של מתן פירוש מצמצם דוקא". לכך אני מסכים. גישה זו עומדת ביסוד פסק דיני שלי. מכאן לא נובע, לדעתי, כי לכל הוראה חוקתית יש ליתן פירוש מרחיב. תוצאה כזו היא בלתי אפשרית, שהרי מטבע הדברים שהוראות חוקתיות עוסקות ביחסי הגומלין בין רשויות השלטון, ולא פעם מתן פירוש מרחיב לסמכותה של רשות אחת, גורר ממילא מתן פירוש מצמצם לסמכותה של רשות אחרת. כמו כן, עשוי לעתים קרובות מתן פירוש מרחיב לסמכות שלטונית להביא למתן פירוש מצמצם ליכולות יסוד, ואף זו אינה תוצאה מתקבלת על הדעת. אכן, השאלה אם הפירוש הוא מרחיב או מצמצם אינה קובעת את שיטת הפרשנות, אלא היא עצמה תוצאה של הפרשנות. הנה כי כן, השופט אגרנט עצמו קבע כי סמכות החנינה של נשיא המדינה אינה משתרעת על החנינה הכללית. התוצאה היא פירוש מצמצם לסמכות החנינה. לדעתי, הפרופוזיציה הקונסטיטוציונית היא שהוראות חוקיות יש לפרש כיאה למעמד הבכורה שיש להן, וכנאה למגמתן לקבוע אורחות חיים. הוראת יסוד אינה באה להקפיא מצב קיים. היא באה לכוון נסיון אנושי. על כן צריך לפרשה מתוך תפיסה רחבה, ולא באופן טכני. אך לא נובע מכך שתוצאותיה של גישה זו הוא תמיד פירוש מרחיב. לעתים הפירוש הוא מצמצם.

שנית, אילו היה עלי להכריע בין מתן פירוש מרחיב, לבין מתן פירוש מצמצם, לסמכות החנינה של הנשיא, הייתי גורס פירוש מצמצם, וזאת מכמה טעמים: ראשית, בשל אותה תחרות בלתי רצויה של סמכויות עליה עמדתי; שנית - וזה העיקר בהקשר זה - משום שחנינה יוצרת חוסר שיוון בין "עבריינים", והוראה שכזו יש לפרש - על פי אותה גישה - פירוש מצמצם. עמד על כך השופט לנדוי בבג"צ 98/69 ברגמן נגד שר האוצר, פ"ד כג, 1, 693, 698:

"על כן מן הדין הוא שבמקרי גבול דווקא, כאשר הוראה של החוק החרות ניתנת לשני פירושים, נעדיף את הפירוש המקיים את שיוון הכל בפני החוק ואינו שם אותו לאל".

ועל עקרון זה חזר בית המשפט מספר פעמים (ראה בג"צ 507/81 אבו חצירא נגד היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לה, 4, 561; ע"א 507/79 ראונדנאף (קורן) נגד חכים, פד"י לו', 2, 757).

40. בטרם אזנח סוגיה זו ברצוני לציין, כי הגישה העקרונית באשר למודל שעמד לנגד עיני חברי הכנסת בעת החקיקה המשתקפת מעמדתו של חברי, מעוררת בעיני ספיקות ניכרים. נניח, לצורך הדיון, כי אכן היינו מגלים כי הדוגמא המלכותית האנגלית או הנשיאותית האמריקאית, היא זו אשר שמשה "אב-טיפוס" לניסוחו של סעיף 6 לחוק המעבר. האם היה בכך כדי להביאנו למסקנה כי הוראה זו, יש לפרש לפי המסורת האנגלו-אמריקאית? לדעתי, התשובה היא בשלילה. כפי שצינתי, חוק הוא יצור החי בסביבתו, וסביבתו של חוק ישראלי, שונה מסביבתו של חוק אנגלי או אמריקאי, גם אם נוסחם דומה. [619] "את המשפט של עם" - למדנו השופט אגרנט - "יש ללמוד באספקלריה של מערכת החיים הלאומיים שלו" (בג"צ 73/53 חברת 'קול העם' בע"מ נגד שר הפנים, פד"י ז, 871, 884), ושיקול הדעת של השופט המפרש חוק - כך למדנו מהנשיא לנדוי - צריך להיות מופעל "על מנת להביאו לידי הרמוניה עם יסודות המשטר החוקתי הקיים במדינה". (לנדוי "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים כרך א', 292, 356). מכאן, שאין לראות חזות הכל במודל או באב-הטיפוס שעמד לנגד עיני המחוקק שעה שהחוק חוקק. ענין זה חשוב הוא, אך אין הוא מכריע. עלינו לפרש את החוק באופן שיתאים למערכת החיים הלאומיים שלנו, ואלה משתנים עם הזמן. במקביל משתנה גם פירושו של החוק. "אם השתנו הזמנים" - כתב הנשיא זוסמן - "החוק סובל פירוש גמיש די הצורך כדי להתאים אותו לשוניים" (זוסמן, "בתי המשפט והרשות המחוקקת" משפטים ג', 213 (תשל"א) - עמד על כך השופט אגרנט, בצינו:

"במקום שמתגלית לפני השופט מערכת עובדות שיסודן בתנאי חיים חדשים, אשר לשמן נקבעה ההלכה הקיימת, שומה עליו, על השופט, לבקר מחדש את ההנחה ההגיונית (Logical Premise), עליה מושתתת אותה הלכה שנוצרה ברקע כללי אחר, במטרה להתאימה לתנאים החדשים". (ע"א 150/50 קאופמן נגד מרגינס, פ"ד ו' 1005, 1034).

הצורך הזה "להתאימה לתנאים החדשים" חל לא רק כאשר משתנות העובדות, אלא גם כאשר משתנה "הסביבה" המשפטית. חוקים חדשים היוצאים מאת המחוקק יוצרים "סביבה" חדשה, ויש בהם כדי להשפיע על פירושו של חוק קודם. ודוק: אין לנו ענין כאן בביטול, המפורש או המשתמע, של חוק קודם, אלא בהשפעה על פירושו מכוח עצם קיומם של החוקים החדשים והשונים. בית המשפט העליון עמד על כך בע"א 214/81 מדינת ישראל נגד פחימה, פד"י ל"ט, 4, 821, 828, באומרו:

"לעתים יוצר חוק, עם חקיקתו, מספר אופציות פרשניות, אך במשך השנים, ואם חקיקתם של חוקים נוספים באותה סוגיה, הופכות חלק מהאופציות לבלתי אפשריות, ואילו אופציות חדשות קמות. דומה, כי יפים כאן דבריו של השופט זוסמן, לפיהם 'דיבור שבחוק הוא יצור החי בסביבתו' (בג"צ 58/58 בע"מ 513). סביבה זו כוללת, בצד הוראות אחרות באותו דבר חקיקה, גם דברי חקיקה אחרים, המשליכים אור על פרשנותו של החוק. ודוק: דברי החקיקה הנוספים לא הביאו לשנינו 'חקיקת' בחוק, אך הם הביאו לשנינו 'פרשני' בחוק. דברי החקיקה החדשים יצרו 'סביבה' חדשה, אשר בעצם קיומה משפיעה על האופן שבו מתפרש החוק".

על כן, עם כל חשיבות של "אב הטיפוס" שעמד לנגד עיני המחוקק עם קום המדינה, אין בכך בלבד כדי להכריע בפירושו של החוק היום. חוק

הוא יצירה חיה, והוא חייב להתאים עצמו לשינויים החלים. עמד על כך הנשיא אגרנט, בצינו:

[620]

"הנסיון מלמד שלמלים חיים דינמיים משלהן, לאמור: עם השתנות תנאי החיים במרוצת הזמן והשוני שחל בינתיים בהשקפות החברה למיניהן, הן 'פושטות' מעליהן בהדרגה את משמעותן המקורית ו'לובשות' איצטלה בעלת משמעות חדשה או שנדבקים אליהם מובנים וגוונים נוספים. גם ענין זה עשוי - הגם שאינו מוכרח - להשפיע בכיוון מתן פירוש לחוק, אשר מביא לתוצאה שהיא אמנם בגדר מטרתו הכללית, ויחד עם זאת איננה הפירוש שהמחוקק ציפה לו" (אגרנט, תרומתה של הרשות השופטת למפעל החקיקה", שם, עמ' 239).

מכאן גם, שחקיקה חדשה (כגון חוק המרשם הפלילי ותקנת השבים), שהוחקה לאחר סעיף 6 לחוק המעבר ולאחר סעיף 11(ב) לחוק יסוד: הנשיא, עשויה להיות לה השפעה על אופן פירושו של הוראות אלה.

3. "הרשות המחוקקת והרשות המבצעת...לא סברו שיש לשנות את המצב המשפטי"

41. חוק יסודי: נשיא המדינה חזר על הנוסחה "לחון עבריינים" שהיתה בחוק המעבר. לא הוכנס כל שינוי בלשון זו. מכאן מסיק חברי הנשיא שמגר שהכנסת אימצה לעצמה את הפירוש של הרוב והמיעוט בד"נ 13/60 (מתאנה) בענינה של חנינה-לפני-הרשעה. גישה זו אינה מקובלת עלי, לא במישור העובדתי ולא במישור המשפטי.

42. במישור העובדתי - כיצד ? יודעים אנו מה חשבו חברי ועדת החוקה חוק משפט שעה שדנו בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה. הדברים צוטטו על ידי (ראה פסקה 12 לעיל). מהם משתמע כי סברתם שלהם היתה כי סמכות החנינה חלה רק לאחר הרשעה. כך הם הבינו את המילים "לחון עבריינים", ובתוצאה זו הם כנראה רצו. אין לי אלא לחזור ולצטט את דבריו של חבר הכנסת חיים צדוק, אשר, לקראת סוף הדיון בשאלה זו, אמר:

"דומני שאין בינינו חילוקי דעות, לגופו של ענין, כוונתנו לתת לנשיא סמכות לתת חנינה למי שיצא חייב במשפט פלילי".

על רקע זה, כיצד ניתן לומר, כי הכנסת "סמכה ידה" על הפירוש שניתן בד"נ 13/60 (מתאנה) לענין חנינה-לפני-ההרשעה? אכן, הכנסת מיקדה דעתה בבעיות שהיוו את "הלכת הפסק" בד"נ 13/60 והבהירה ענין זה בדרך של תיקון הנוסח. הכנסת לא נתנה דעתה כלל לאימרת האגב בענין חנינה-לפני-הרשעה.

43. במישור המשפטי - כיצד ? גישתי היא שהכנסת מחוקקת, רק כאשר היא מחוקקת, ואין הכנסת יכולה לחוקק על ידי אי-חקיקה (ראה שפירא, "שתיקת המחוקק - כלל של פרשנות חוקים" הפרקליט, כרך כ"א, 293; טדסקי, "הלכת התקדים בזמן האחרון"; הפרקליט, כרך כ"ב, 320). [621] אין לי אלא להביא מדבריו של השופט ברנזון בד"נ (בעמ' 470):

"היכן מצינו שהמחוקק יכול על ידי שתיקתו ואפס-מעשהו להטביע את הגושפנקה שלו על דרך פעולה מסויימת של רשות מרשויות המדינה?"

הנה כי כן, בעצם החזרה על הלשון של חוק המעבר לא הטביע המחוקק חותם נורמטיבי מחייב על אמרות האגב בד"נ 13/60 (מתאנה).

4. ביטול מכללא

44. חלק ניכר מפסק דינו של חברי, הנשיא שמגר, מוקדש לשאלת הביטול מכללא. על פי תפיסתי שלי, שאלה זו אינה מתעוררת כלל. אין אני טוען שהסמכויות השלטוניות של הגורמים השונים (חקירה, תביעה, שפיטה) ביטלו מכללא את סמכות החנינה של הנשיא לענין חנינה-בטרם-הרשעה. אילו סברתי כך, הרי הייתי מניח, ממילא, כי סמכות החנינה של הנשיא משתרעת על חנינה בטרם הרשעה. גישתי היא שונה. לפיה אין סמכות החנינה של הנשיא משתרעת כלל על חנינה בטרם הרשעה, וממילא אינה ניצבת לשיטתי כל בעיה של ביטול מכללא. על פי גישתי שלי, החוקים השונים, העוסקים בסמכויות של הגורמים השלטוניים, הם חלק "מהסביבה" המשפטית, אשר במסגרתה מתפרשת סמכות החנינה של הנשיא. חוקים אלה לא ביטלו מכללא את הוראת סעיף 11(ב) חוק יסוד: הנשיא. הם אך נתון שבאמצעותו אנו מפרשים את חוק היסוד (ראה ע"א 214/81 הנ"ל, בעמ' 828).

ז. על שלטון החוק

45. בטרם אסיים, ברצוני, לציין כי ברקע העתירות שלפנינו עומד שלטון החוק, במובנו הפורמלי ובמובנו המהותי. שלטון החוק במובנו הפורמלי משמעותו, שכל הגורמים במדינה, בין הפרטים כיחידים וכהתאגדויות, ובין זרועות המדינה, חייבים לפעול על פי החוק, ופעולה בניגוד לחוק צריכה להתקל בסנקציה המאורגנת של החברה. שלטון החוק, במובן זה, משמעותו כפולה: חוקיות השלטון, והשלטת החוק. זהו עקרון פורמלי, שכן איננו מתעניינים בתכנו של החוק, אלא בצורך להשליטו, יהיה תכנו אשר יהיה. שלטון החוק במובן זה אינו קשור לטיב המשטר, אלא לעקרון של הסדר הציבורי. בכל הנוגע לרשות המבצעת, שלטון החוק משמעו חוקיות המינהל. הרשות המבצעת כפופה לחוק. ליחידה אין זכויות, כוחות או חסינויות אלא אם כן החוק מעניק זאת להם. מכאן, שלאיש השלטון, בתור שכזה, אין יותר זכויות, כוחות או חסינויות, מאשר לכל אדם אחר במדינה, ועל כן יש לו אותה אחריות למעשיו כמו לכל אדם אחר. מפורסמים דבריו של פרופסור דייסי:

[622]

taxes, is under the same "With us, every official from the Prime Minister to a constable or a collector of responsibility for every act done without legal justification as any other citizen." (Dicey, The Law of The Constitution, 10th ed. (1959), p. 193)

על כן, אם היוצץ המשפטי לממשלה סבור, כי קיים חומר לכאורה, המצדיק חקירה, בענין עבירות חמורות ביותר שנעברו על ידי מי מאנשי הרשות המבצעת, מחייב שלטון החוק חקירה ובדיקה. כך היינו נוהגים כלפי כל אדם. כך יש לנהוג כלפי אנשי השלטון. שיקולי הבטחון אינם מחייבים תוצאה אחרת. אין בטחון ללא חוק. שלטון החוק הוא מרכיב בבטחון הלאומי. הבטחון מחייב מציאת כלים ראויים לחקירה. שאם לא כן, לא יוכל שירות הבטחון הכללי למלא את יעודו. כוחו של השירות באמון הציבור בו. כוחו באמונו של בית-המשפט בו. אם שיקולי בטחון יכריעו את הכף, לא יהא אמון של הציבור, ולא יהא אמון של בתי המשפט בשרות הביטחון, ובחוקיות חקירותיו. בלא אמון לא יכולות מערכות השלטון לתפקד. כך הוא הדבר לענין אמון הציבור בבתי המשפט (ראה בג"צ 732/84 צבן נגד השר לעניני דתות (טרם פורסם)). כך הוא הדבר לענין אמון הציבור במערכות השלטוניות האחרות.

46. לשלטון החוק יש, בנוסף למשמעות הפורמלית, גם משמעות מהותית. זהו שלטונו של החוק הראוי, שיש בו איזון בין צרכי הכלל והפרט.

משמעותו של זה, בראש וראשונה, שויון. זהו שויון בהפעלת החוק, ובשימוש בו. אין שלטון החוק קיים, אם מפלים בין שוים. עמד על כך חברי, הנשיא שמגר, בע"ב 2/84 בעמ' 261:

"ביטוי העיקרי של שלטון החוק הוא בכך שהוא אינו שלטונם של אנשים - לפי החלטותיהם, שיקוליהם ומאוייהם הבלתי מוגבלים - אלא בכך שהוא נשען על הוראותיהן של נורמות יציבות, השוות לכול ואשר מחייבות את הכול במידה זהה. העיצוב של הגדרת הזכות ואף הכללתה בחוק אינם סוף הפסוק מבחינת יצירתה של ההגנה היעילה, כי קיומה של הזכות אינו מובא בכך למיצוי. ההגשמה של הזכויות, הלכה למעשה, מתבטאת בכיבודן על ידי הפעלתן הלכה למעשה, באופן שווה וללא הפליה פסולה. ערכו וכוחו של חוק המעניק זכויות הם בכך, שהזכויות הקבועות בו אינן רק בגדר רעיון מופשט, נאה ברוחו ובמגמתו אלא בכך שהאות הכתובה בו היא בגדר המוחשי והמצוי, שהוא מופעל לפי אמות מידה של שויון בין שווים, שאין סוטים ממנו בעטיים של טעמים פסולים".

כאשר חוקרים את האחד ולא את השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר נותנים חנינה לאחד ולא לשווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק; כאשר מעניקים לאחד את מלוא האפשרות להגן על עצמו ולמסור את גירסתו ושוללים זאת מהאחר השווה לו, נפגם עקרון שלטון החוק.

47. [623] מספרים כי בין המלך ג'יימס הראשון לבין השופט קוק התקיים ויכוח. השאלה היתה אם המלך רשאי לקחת עניינים, השייכים לרשות השופטת, לידי, ולהחליט בהם בעצמו. תחילה ניסה קוק לשכנע את המלך, כי שפיטה דורשת מומחיות שאינה מצויה בידי המלך. המלך לא שוכנע. אז קם השופט קוק ואמר:

"Quod rex non deb et sub homine, sed sub dea et lege".

"המלך איננו כפוף לאדם, הוא כפוף לאל ולחוק".

כן יהי.

הוחלט פה אחד לדחות את העתירות בענין החקירה; והוחלט, ברוב דעות, לדחות את העתירות בענין החנינה.
צחק ברזילי, ע"ד, 1. יוסי שריד, חבר כנסת, 2. דדי צוקר, מנכ"ל ר"צ, 3. ר"צ - ה ואח'... נגד 1. ממשלת ישראל, 2. היועץ המשפטי לממשלה, 3-6. פלוני, 1. שר המשפטים, 2. היוע ואח'...
הצווים בטלים.
צחק ברזילי, ע"ד, 1. יוסי שריד, חבר כנסת, 2. דדי צוקר, מנכ"ל ר"צ, 3. ר"צ - ה ואח'... נגד 1. ממשלת ישראל, 2. היועץ המשפטי לממשלה, 3-6. פלוני, 1. שר המשפטים, 2. היוע ואח'...
ניתן היום, א' באב תשמ"ו (6.8.1986).