

## הענקת חנינה בטרם הרשעה

### הערות כלליות

סעיף 11 (ב) בחוק יסוד: נשיא המדינה קובע כדלקמן:

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

**הנוסח הזה מעורר שלוש שאלות:**

1. **האם מתן החנינה מבחינה משפטית היא כדין הודאה באשמה?** זאת, נוכח השימוש במילה "עבריינים" בחוק עצמו. גם הפרוצדורה המעשית היא שמקובל במקרים רבים של חנינה לדרוש הכרה של "העברין" בחטאיו והבעת חרטה על מעשיו. למרות זאת, כפי שניווכח, השאלה המשפטית כלל אינה ברורה. אלמנט קובע הוא יחסי הציבור האופפים את אקט החנינה ופרסומו.
2. **מהן המגבלות המוטלות על הנשיא במתן חנינה?** למרות שבחוק לא מוזכרת כל הגבלה על סמכות זו של הנשיא, הרי שבפועל מעורבים בתהליך גורמים רבים וביניהם מחלקת החנינה במשרד המשפטים, המלצתו של שר המשפטים, היועץ המשפטי לממשלה, והמחלקה המשפטית של בית הנשיא שעניין החנינות מהווה עיסוק עיקרי שלה. נקדים ונאמר שבמקרים שיש להם משמעות פוליטית אין כמעט ספק שההכרעה הסופית תהיה בידי בג"ץ שיכול לאשר או לפסול את החלטת הנשיא. לכל אלה יש להוסיף כמובן את ההשפעה המכרעת שיש לגורמים כגון המערכת הפוליטית, התקשורת וגורמי אקדמיה, שאין להם מעמד פורמאלי בהליך.
3. **האם קיימת אפשרות להענקת חנינה בטרם הרשעה ואפילו בטרם הגשת כתב אישום?** חנינה בשלבים מוקדמים כאלה היא חריגה ביותר אך קיימים לכך תקדימים בארץ ובעולם. התקדים המפורסם ביותר בישראל הוא של "פרשת קו 300". תקדימים מעטים אחרים נוגעים לשחרור מחבלים (הפרוצדורה בעניין המחבלים שונתה במהלך השנים). אחד התקדימים הבינלאומיים המפורסמים ביותר הוא החנינה שהעניק הנשיא פורד לנשיא ניקסון בעקבות התפטרות האחרון מתפקידו עוד בטרם הסתיים תהליך ההדחה בקונגרס.

## **פרשת קו 300 היא המפתח לשאלות בהן אנו דנים.**

הפרשה הולידה זעזועים קשים ביותר הרבה לפני שהגיעה לשלב החנינה שהעניק הנשיא הרצוג ולפני הדיון בבג"ץ בנוגע להחלטתו. ההתנגשות הראשונה הייתה בין היועץ המשפטי לממשלה יצחק זמיר לבין הרשות המבצעת. לא נפרט במסגרת זו את צעדיו החריגים של היועץ אך נציין שהוא נהנה מתמיכה מסיבית של התקשורת. ספק רב אם פעל בסמכות ובסופו של דבר הוליד הקונפליקט את החלפתו ביועץ המשפטי החדש יוסף חריש. גם חריש לא הסכים לכל עמדות הרשות המבצעת. נציין בעניין זה שחריש ראה למשל את עצם מתן החנינה כהודאה של החשודים בעברות החמורות שיוחסו להם.

פרופ' דניאל פרידמן דן בנושא בשניים מספריו. הוא מגן בעוצמה על סמכות הממשלה להחליט היועץ ועל סמכות החנינה של הנשיא. אך הוא מציין בצדק כי מעמד הממשלה והנשיא כיום חלש בהרבה נוכח הסמכויות שנטל לעצמו בג"ץ. מבחינה מעשית יש אם כן לשוב ולהדגיש כי הכרעה סופית בעניין תהיה של בג"ץ בעקבות עתירות שיוגשו בעניין בוודאות. בהקשר זה נציין כי קיימת תמיכה ברורה בסמכויות הנשיא להעניק חנינה מוקדמת בפסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו שנים רבות לפני פרשת קו 300 ובכלל זה בפסקי דין (בשני עניינים שונים) של השופטים אגרנט וברנזון.

מבחינה מעשית עמדותיהם של אגרנט, ברנזון, השופטים במקרה קו 300 והפרופ' פרידמן אינן רלוונטיות. ההכרעה הסופית תהיה בידי בג"ץ בהרכבו הנוכחי. מזכיר בעניין זה כי ברור שלעותרים הצפויים אין כלל "זכות עמידה". אך שאלה זו הפכה גם היא לבלתי רלוונטית ואין ספק שהם יזכו למעמד של "עותרים ציבוריים".

## **ההכרעה בעניין החנינה המוקדמת בפרשת קו 300**

השופטים שישבו בדיון בעניין חנינת המעורבים בפרשת קו 300 היו הנשיא מאיר שמגר, השופטת מרים בן פורת והשופט אהרון ברק. שני הראשונים אישרו את סמכות החנינה המוקדמת שיש לנשיא ואת השימוש שהנשיא הרצוג עשה בה במקרה הנידון. השופט ברק היה בעמדה הפוכה בטענה שהשימוש שעשה הנשיא "מנוגד לשלטון החוק". זהו כידוע מושג עמום שנעשה בו חדשות לבקרים שימוש החותר למעשה תחת שלטון החוק. הנשיא שמגר הגיב על דברי ברק וקבע בין היתר בשולי פסק הדין כי "סמכות ההרשעה לפני חנינה קיימת במדינות שמשטרן הוא מן המתוקנים ביותר, ושלילת קיומו של שלטון החוק אפקטיבי בכל מקום בו קיימת סמכות חנינה במלוא היקפה היא בגדר מסקנה קיצונית הנעדרת בסיס מציאותי" (מצוטט אצל דניאל פרידמן, קץ התמימות – משפט ושלטון בישראל, תל אביב:

ידיעות אחרונות – ספרי חמד, עמ' 493). על דברים נוספים של השופט שמגר בנושא, ראה בנספח.

### **כפיית השעיה נבחר ציבור עם הגשת כתב אישום**

אחד הספחים לפרשת קו 300 היה ביטול מינויו של יוסי גינוסר כמנכ"ל משרד הבינוי והשיכון. גינוסר, כחבר בוועדת זורע, פעל להעלמת חלקם של אנשי השב"כ בפרשה והיה בין מקבלי החנינה מנשיא המדינה. הוא היה מעורב גם בפרשת נאפסו. בג"ץ בהרכב של שלושה שופטים ביטל פה אחד את מינויו. הוא נמצא בלתי ראוי למילוי התפקיד למרות החנינה (בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ז מז(2) 229 (1993)). החלטה זו קבעה למעשה כי אין דין חנינה כדין זיכוי ויש בה כדי להשליך על פעילותו הציבורית העתידה של מי שזוכה בחנינה. **השאלה היא האם דין נבחרים הוא כדין אלה הממונים על ידי הנבחרים.**

החוק המפורש, בנסיבות הנכונות לשעתן, לא חייב השעיה, התפטרות או פיטורין במקרה של הגשת כתב אישום – יהיו נסיבותיו אשר יהיו – במקרה של שרים, סגני שרים או ראשי ערים. אך בג"ץ והיועצים המשפטיים לממשלה, בתמיכה מסיבית של גורמי תקשורת, אקדמאים, בעלי עניין וגורמי ציבור לא היססו להכריע בכיוון הפוך. "ההלכה" הראשונית בעניין זה במקרה של נבחר ציבור הייתה ב"פרשת פנחסי הראשונה" (בג"ץ 4297/93 אמיתי – אזרחים למען מינהל תקין וטוהר המידות נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ז מז(5) 441 (1993)). השופטים היו ערים להבדל שבין נבחר ציבור לבין ממונים ברשות המבצעת סגן השר פנחסי נאלץ להיפרד מתפקידו. כך היה גם ב"פרשת פנחסי השנייה" ובמקרה של אריה דרעי – אף הוא מ-1993.

כעבור 20 שנים הוגשו עתירות רבות שדרשו את השעייתם של ראשי הערים של רמת השרון ונצרת עילית. העתירות אוחדו ונידונו בשתי החלטות של בית המשפט העליון שישב בהרכב של שבעה שופטים (בג"ץ 4921/13, בג"ץ 5126/13, בג"ץ 5597/13, בג"ץ 5598/13). ההרכב שדן בפרשה היה של שבעה שופטים שהיו מודעים לכך שהחוק אינו מחייב השעיה עם כתב אישום. בכל זאת, הוחלט ברוב של שישה מול אחד, הנשיא גרוניס, להשעות את ראשי הערים אף שעמדו לפני בחירות (שבהן גם נבחרו). בפסק הדין השני (14.10.13) כתב גרוניס "על בית המשפט להסיג דברו בפני הכרעת הבוחר כפי שתובא בגדרן של הבחירות הקרובות". גרוניס הבחין בין "החוק המצוי" ל"חוק הרצוי". בעקבות ההחלטה הבלתי חוקית בעליל של בית המשפט העליון אכן נעשה שינוי רטרואקטיבי(!) בחוק.

למרות כל התקדימים הללו דחה בג"ץ ב-2015 עתירות שתבעו לפטר את השר דרעי בשל עברו ואת השר גלנט בשל "פרשת הקרקעות".

אין כל ספק כי במקרה של ראש הממשלה תוגשנה עתירות רבות שתדרושנה את השעייתו עם הגשת כתב אישום. התבטאויות של שופטי עליון בדימוס מרמזות על כך שקיים סיכוי לכך שבית המשפט יפסוק הדחה של ראש הממשלה בניגוד מפורש ל"חוק המצוי". זאת, למרות שחוק יסוד: הממשלה – מתייחס לשאלה במפורש בסעיפים 17 ו-18 וקובע כי: "הכנסת רשאית, בהחלטה ברוב חבריה, להעביר מכהונתו את ראש הממשלה שהורשע בעבירה ובית המשפט קבע בפסק דינו שיש עמה משום קלון; החליטה הכנסת כאמור, יראו את הממשלה כאילו התפטרה עם קבלת ההחלטה." (סעיף 18). ההכרעה בעניין זה תלויה במידה רבה בהרכב שידון בעתירות.

### מסקנה

לצורך מתן חנינה מוקדמת במקרה פוליטי נחוצים בפועל הסכמה ושיתוף פעולה של הגורמים המשפטיים ובראשם היועץ המשפטי לממשלה. החלטת הנשיא חייבת להיות נחרצת. ההכרעה הסופית תהיה בידי בג"ץ. למרות האמור בחוק ואף שאין מגבלות פורמאליות על הנשיא, ההכרעה תעבור בוודאות לבג"ץ שהחלטותיו הן בדרך כלל בבחינת נעלם התלוי בין היתר בהרכב שידון בעתירות. עם זאת, צפוי שהרכב סביר יאשר החלטה ברורה של הנשיא אם תעשה בהמלצתו של היועץ המשפטי לממשלה.

שאלת החפות לאחר חנינה אינה ברורה מבחינה משפטית (הכפ נוטה לחומרה), אך ההתייחסות הציבורית-פוליטית היא הקובעת. נוסח החנינה ונוסח תמיכת היועמ"ש חשובים הן לצורך המשפטי והן לצורך הציבורי-פוליטי.

## נספח: הפתיח להחלטתו של השופט שמגר בנושא החנינה בעניין קו 300

(בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986))

(הערה: בנוסח המועתק קיימים שיבושים של סימני פיסוק שמופיעים במקור בצורה תקינה)

"...הצגת הנושא

(1א. ביום 25 ביוני 1986 העניק נשיא המדינה לראש שירות הביטחון הכללי ולשלושה מעובדי אותו השירות חנינה—

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

קדמו לכך אירועים שונים, שהחלו חודשים מספר לפני כן והיו כרוכים תחילה בדיונים בדרג הממשלתי ובוויכוחים בציבור, שנסבו בעיקר סביב השאלה, מה הצעדים אשר צריכים להינקט על-ידי הרשויות הממלכתיות בעקבות העבירות הנ"ל, אותן מכנים "פרשת אוטובוס 300".

פרטי המקרה הובאו לידיעת נשיא המדינה בשתי שיחות שקיים עם ראש השירות 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, בעניין 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 בשירות 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 כ-320 חוליות מחבלים, אשר ביצעו 379 פיגועים ונמיונות 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 שרות הבטחון חשפו נסיון להחדיר אליו מזוודת-נפץ בלונדון. הציבור בישראל איננו יודע כלל איזה חוב אנו חבים לכל אותם לוחמים עלומים אנשי שרות הבטחון הכללי. וכמה נפשות בישראל ניצלו בזכותם.

כנשיא המדינה, אני חש חובה להתייצב 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.

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

נוכח הודעתו החד-משמעית של היועץ המשפטי בישיבת הקבינט כי אין מנוס מהפעלת החקירה המשטרית, 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, שאותם 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 להחלטתנו מיום 30.6.86 בעניין הכללתו של נשיא המדינה בין המשיבים בשלוש מן העתירות (בג"צ 431/86, בג"צ 446/86, ובג"צ 463/86) והחלטתנו בעניין זכות העמידה.

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

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

עינינו הרואות, כי הוראת החוק האמורה דנה על-פי נוסחה בשני סוגים של נושאים, והם חנינת עבריינים וההקלה בעונשים. איננו דנים כאן בסוגיה השנייה, והשאלה העולה לפנינו היא, כאמור, אם הסמכות לחון עבריינים כוללת גם את הכוח לחון את מי שטרם הורשע בדינו.

#### ההשקפה שבוטאה בפסיקה

(3א) הטעמים שיפורטו בהמשך הדברים מוליכים לכלל מסקנה, כי במקרה שהוא נושא 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 התיזה הפרשנית האמורה, אך אף אלו הפנו, כנקודת המוצא לניתוחים, אל ההשקפה, שעלתה מתוך פסיקתו של בית-משפט זה, אשר הייתה שונה מגישתם; הפניה זו גם מובנת, כי, כדברי חברי הנכבד, השופט ברק, בבג"צ 73/85 (סיעת "כך" נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לט 141 (3)), בעמ' 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 – ולעניין זה גם כל פרט ופרט – עוסק בפירוש החוק כדי לכוון את מהלכיו. לעתים מקובל, כי סמכות הפירוש עבור אורגן מסוים ניתנת לפונקציונר זה או אחר. כך, למשל, סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו שלו 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, 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". 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, "הרהביליטציה – מוסד משפטי מיוחד מחייב המציאות" משפטים א (תשכ"ח-כ"ט) 497, 507); קרי, הוצגה שיטה חלופית שלמה, שתבוא במקום מוסד החנינה הקיים ואשר מצאה ביטוי בהצעה לחקיקה מחדשת, וזו ראויה לעיון ולדיון מעמיקים יותר מאלו אשר מוצדקים במסגרתו של פסק-דין זה (ראה, למשל, הצעות החוק שהובאו כנספח למאמרו הנ"ל של פרופ' פלר שכללו גם, בין היתר, הצעה לניסוחו מחדש של סעיף 11(ב) לחוק-יסוד; נשיא המדינה, אשר במסגרתו יומר הביטוי "לחון עבריינים" באחר שעניינו מחילת עונשים); 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, פ"ד ה 737; פ"ע ה 6). 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 ששימשה, 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. עניין החנינה נדון רק על-ידי אחד משופטי המותב, הוא השופט אגרנט (כתוארו אז). הוראת החוק המגדירה את סמכות החנינה של נשיא המדינה. שהייתה אז בתוקף (סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט-1949), הייתה זהה בנוסחה, בקטע הרלוואנטי 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 ארצות-הברית, לפי העניין, הן מבחינת התפיסות המונחות ביסודה, הן לפי מהותה והיקפה והן לאור התוצאות, הנובעות מן השימוש בה. בהקשר זה גם הפנה השופט, בעמ' 747, בין היתר, ל- 477, Halsbury, Laws of England (London 2nd ed., by Lord Hailsham, 1932), אשר בו נאמר לגבי הנושא שלפנינו, בתרגומו של השופט אגרנט, כי "אפשר לתת חנינה לפני או אחרי ההרשעה" (ההדגשה שלי – מ' ש'), וכן לפסק הדין של בית המשפט העליון של ארצות-הברית בעניין, Ex parte Grossman (1925) בו נאמר בקשר לסמכות Ex parte

pardons (1925). Grossman 267 U.S. 87; 45 S. Ct. 332; 69 L. Ed. 527) להעניק for offences, כי הרשות המבצעת יכולה להעניק חנינה לגבי עבירה בכל עת אחרי שבוצעה. השופט אגרנט סיכם דעתו בעניין היקפה של סמכות החנינה באמרו, בעמ' 751 מול אות השוליים ה:

“מכאן אני למד, כי לנשיא הכוח לחון עבריינים גם לפני, גס אחרי ההרשעה...” (ההדגשה שלי – מ' ש.)

אכן נכון הוא, כי שאלת כוחה האמור של סמכות החנינה של עבירה, לפני ההרשעה לא היה בגדר ה- ratio, אשר עליו נשענה החלטת השופט אגרנט במקרה דנן; אולם השאלה העקרונית והרחבה יותר בדבר מהותה של סמכות החנינה והיקפה, בקשר לשורשיה ההיסטוריים ובעניין פרשנותה דהאידינא, אשר עליה נתבססה ההחלטה של השופט אגרנט, כרכה עמה ממילא גם את ההיבט הספציפי הנ"ל בעניין סמכות החנינה לפני ההרשעה, שעלה ישירות מן התפיסה הפרשנית האמורה והיה חלק אינטגרלי ממנה. הוזה אומר, מאחר שהשופט אגרנט אימץ את ההשקפה, כי סמכות הנשיא זהה לזו של מלך בריטניה ושל נשיא ארצות-הברית, נבע מדבריו, מניה וביה, כי הגדרת היקפה של הסמכות היא גם כן תוצאה נגזרת מן הפרשנות, ששימשה 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 בעניין זה בד"נ 13/60 (היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430), 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, 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 וכן נקודת מוצא לדבריו, שב מ"מ הנשיא אגרנט (כתוארו אז) והביא את הקטע הנ"ל מדבריו בבג"צ 177/50, 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 על ארץ-ישראל, 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-אמריקני. הסמכות לפי סעיף 6 לחוק המעבר (הזהה בסוגיה שלפנינו לזו

המתוארת בסעיף 11(ב) לחוק-יסוד : נשיא המדינה) היא, לדבריו, סמכות ראשונית וחלק של חוקה בזעיר אנפין של מדינה עצמאית ; על-כן אין להקבילה אל מה שהיה בזמן המנדט בגדר הגדרה של סמכות החנינה (סימן 16 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל), אלא הדגם ההשוואתי מצוי בסמכויותיהם של ראשי המדינה בבריטניה ובארצות-הברית.

בהקשר זה אף הוסיף, כקו מנחה פרשני, כי המדובר בהוראה חוקתית, ובתור שכזאת יש לפרשה תוך מבט רחב (1819 M'Culloch v. The State of Maryland et al. (v. The State of Maryland et al: 4 L. Er. 579 ; 17) (U.S. 316 (1819)). 602-iat דברי השופט Frankfurter בעניין Sheet & Tube Co. v Youngstown Sawyer (1952) at 1399. בעניין זה הביא מדברי השופט ג'קסון (Jackson) בפסק ; - Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer 26 A.L.R. 2d 1378 (343 U.S. 579; 96 L. Ed. 1153 (1952). הנ"ל, אשר לפיהם העובדה, כי לנשיא אין מוקנות אלא אותן סמכויות שפירוטן הובא בחוקה, אין בה כדי להוליך למסקנה,

שאת אלו מן הסמכויות שהוזכרו בחוקה יש להצר, כלשונו, על-ידי "פרשנות קמצנית by)". ("a niggardly construction")

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 להיעזר 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, בעמ' 461-462, בחוות-דעתו הנפרדת, דברים, אשר יש בהם משום עניין מיוחד על רקע הבעיה העולה לפנינו:

"לפי סעיף 6 לחוק המעבר, תש"ט-1949, מוסמך נשיא המדינה לחון עבריינים ולהפחית ענשים. בסמכותם זו השתמשו נשיאי המדינה, מאז 1949 ועד יום מתן פסקהדין ב- ע"פ 185/59, (23.6.60) בדרך שהותוותה להם בפסק-דינו של בית-משפט זה, מפי חברי הנכבד, השופט אגרנט ב-בג"צ 177/50 . . . כלומר, גם נשיא המדינה, גם שר-המשפטים אשר החלטת הנשיא טעונה חתימת קיומו לפי החוק, וגם כל ציבור האזרחים הרב שנזקק לחסדי הנשיא, ראו תמיד בסמכות זו המוקנית בידי הנשיא, 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 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 במנהגו זה אשר הוא נהוג בידי נשיא המדינה מימים ימימה כדי פירוש רחב יתר על המידה, של הוראת סעיף 6 לחוק המעבר, תש"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-בג"צ 177/50, 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. 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" (ההדגשה שלי – מ' ש.')

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 לענייננו, בעמ' 469 מול אות השוליים ו:

“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 שהעבריין 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 עבריין גם לפני שהובא לדין” (ההדגשות שלי – מ' ש.).

4. השופט ח' כהן שב והביע את דעתו לאחרונה בסוגיה שלפנינו (“רב-שיח בנושא החנינה” (להלן – רב-שיח) משפטים 10 (תשמ"ד, מ"ו) 14, 9). כדבריו, הלכה פסוקה היא שהמחוקק הישראלי לא התכוון – לא בחוק המעבר, ולא בחוק-יסוד: נשיא המדינה – לגרוע מסמכויות החנינה המצויות בידי מלך אנגליה לפי הקונוונציות החוקתיות, ומכך נובע, לדעתו, שהסמכות לחון עבריינים קיימת גם לפני ההרשעה.

5.

(א) מאחר שהפסיקה שלנו הפנתה אל הדגם ההשוואתי האנגלו-אמריקני, 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 בדין : W. Blackstone Commentaries 4, - Halsbury, Laws of England London, 4th ed., by on the Law of England 400. Lord Hailsham, 1974) 606 8) אנו מוצאים:

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

לפי סברתו של H. de Smith Constitutional and Administrative Law by H. Street and R. Brazier, 1985) 150 n. 121, "...a pardon (London, 5th ed.,

may be granted before conviction. . . "לדבריו, בעמ' 143, סמכות פררואטיבית זו אינה בשימוש כיום, אולם הסמכות לא נתבטלה עקב אי-שימוש בה אלא, על-פי המטאפורה שלו, כדוגמת היפהפיה הנרדמת:

"... it can be revived 'in propitious circumstances' ".

קרי, בנסיבות יוצאות דופן המצדיקות זאת יכול המלך לשוב ולהיזקק לסמכות זו. ראה גם Consitutional and Administrative Law (London O. Hood Phillips, 6th ed., by O. Hood Phillips and P. Jackson, 1978) 378-379 המציין באופן ברור, כי ניתן להעניק חנינה, בדרך כלל, לפני או אחרי ההרשעה . . . "a pardon may) (generally be granted before or after a conviction). בפסיקה ובספרות המשפטית האנגלית, ואין טעם לשוב אליהם (ראה Reg. v. Boyes (1861). ( Reg v. Boyes (1861) 9 Cox. C.C. 32.)

ב( )

בארצות הברית מוצגת הסמכות לחון לפני ההרשעה באופן ברור בחיבור הקלאסי על החוקה של ארצות-הברית, שהוכן על-ידי שירות המחקר של הקונגרס האמריקני וספריית הקונגרס (:Constitution of the United States of America The Analysis and Interpretation (Washington, 1973) 474). Rochester and San Francisco, ה(Jur. 2d 59 Am. (1971) 25) מציין מפורשות את הכוח של הנשיא לחון לפני ההרשעה, ואף מוסיף לגבי החוקות של המדינות (States) של ארצות-הברית, כי if the Constitution does not .... expressly prohibit the exercise of the unti1 after conviction, it may be

exercised at any time after the " power ;commission of an offense – before  
" . . . legal proceedings are taken. . . . " כי מדינה של ארצות-  
הברית, הרוצה למנוע מתן חנינה לפני הרשעה, קובעת בחוקתה במפורש, כי החנינה חלה  
רק אחרי ההרשעה, ואזכור סמכות החנינה ללא הוראה מסייגת פירושו קיום הסמכות לחון  
גם לפני ההרשעה. ראה גם Willoughby, The Constitutional Law of the United States (New York .W.W 2nd ed., vol. 3, 1929) 1491-1492 ; B. Schwartz, A  
Commentary on The of The United States (New York, 1963) vol. 2, at 87-88;  
B. Constitution

Constitutional Law (New York and London, 2d ed., 1979) 198-201 ; Schwartz,  
Tribe, American Constitutional Law (Mineola, 1978) 191-193.L.H.

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

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

ראה גם L.B. Boudin, "The Presidential Pardons of James R. Hoffa and  
Richard M. Nixon: Have the Limitations on the Pardon Power been  
Exceeded?" 48 Un. Colo. L. Rev. (1976-77) 1.

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 מסוימת 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 עניין 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 נבנו הן השקפת הרוב (של השופט  
אגרנט) והן דעתו של השופט ברנזון בד"נ 13/60 , ואשר לפיהן ניתן לחון גם לפני ההרשעה.  
התיקון לחוק בעניין המרת העונשים נבע באופן ברור מן הרצון להסיר ספק לגבי המסקנות  
הפרשניות בעניין סמכות החנינה, שעלו בד"נ 13/60 והיו נתונות במחלוקת, שהרי כך נאמר,  
למשל, על-ידי שר המשפטים דאז, ד' 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 .. ” (ד”כ 36 (תשכ”ג) 964). ...”

מאמר זה התפרסם בידיעות אחרונות בתאריך 17.12.2015

באוגוסט השנה דחה בג"ץ עתירה שדרשה מראש הממשלה לפטר את השר דרעי בשל הרשעתו בעבירות שבוצעו לפני למעלה מעשרים שנה, שבגינן נדון למאסר אותו סיים לרצות לפני כ-13 שנים. נדחתה גם עתירה לדיון נוסף על החלטה זו. לפני כחודש נדחתה עתירה נגד מינוי של גלנט לשר הבינוי בשל מעשיו ב"פרשת הקרקעות".

הנושא נפתח לפני למעלה מ-20 שנה כאשר בג"ץ פסל, במרץ 1993, את מינוי של יוסי גינוסר לתפקיד מנכ"ל משרד הבינוי והשיכון בשל חלקו בפרשת קו 300. כחצי שנה לאחר מכן גלש הנושא לנבחרי ציבור המכהנים כשרים בממשלה. בג"ץ, בהרכב של חמישה שופטים, החליט שראש הממשלה יצחק רבין חייב לפטר את השר דרעי ואת סגן השר פנחסי בשל כתבי האישום שהוכנו נגדם. היה זה חידוש מהפכני, שכן בעבר כיהן בממשלה השר אהרן אבוחצירא, שהוגש נגדו כתב אישום, ואיש לא העלה על הדעת שיש לפטרו או שעליו להתפטר (הוא עשה זאת רק לאחר הרשעתו).

בשנים שחלפו מאז הוגשו אין ספור עתירות נגד מינויים בשירות הציבורי בנימוק של "חוסר סבירות", והגיע הזמן לחשבון נפש. מה היתה התועלת – היינו כמה מינויים לא ראויים נפסלו, ומן הצד האחר מה היה המחיר – כמה מינויים ראויים נמנעו מחמת חטטנות יתר בעברו הרחוק של אדם? האם השירות הציבורי והמשילות השתפרו או שמא התדרדרו? וכיצד השפיעה המעורבות המשפטית על האווירה הציבורית סביב הליכי המינויים? לכל אלה מצטרף המאמץ השיפוטי האדיר שהושקע בעשרות פסקי דין, הבאים בסופו של דבר על חשבון זמנו של בית המשפט ויכולתו לטפל בבעיות יום-יום של האזרח.

בנושא זה ניתן להבחין בין מינויים לתפקיד שרים בממשלה למינויים בכירים אחרים. מינוי שרים בממשלה, העומדים בדרישת הכשירות, הוא עניין פוליטי. בתור שכזה הוא בלתי שפוי ומעורבות בית המשפט בנושא זה משיקולי "חוסר סבירות" פוגעת בהפרדת הרשויות. ואכן,

מאז שהחל בג"ץ לעסוק בנושא נדחו כל העתירות נגד מינוי שרים, מלבד השתיים הראשונות. דרעי ופנחסי הם חברי הממשלה היחידים עד היום שבית המשפט פעל להדחתם. צריך אפוא לקוות שפסק דין גלנט יסתום את הגולל על ההתדיינות בנושא.

עם זאת ראוי להפנות תשומת לב לפסק דין זה, מחמת קרן האור שיש בו לעניין המינויים בשירות הציבורי בכלל ולעודף המשפטנות שאנו לוקים בה בהקשרים רבים נוספים. המאפיין את "המשפטנות הפוסלת", המשאירה טעם מר, היא ההתמקדות בנקודה שלילית כשלהי בעברו של אדם ובשאלה אם יש בה כדי לפסלו. אבל החיים הם מגוונים ומורכבים, ויש נזק רב בנטייה להתמקד בשלילה ולשכוח את החיוב. לפיכך יש חשיבות מיוחדת לדברי השופט חנן מלצר בעניין גלנט שלפיהם: "הרבב שדבק, לכאורה, בהתנהגותו של גלנט במסגרת "פרשת הקרקעות", איננו יכול לבטל את המעלות וההישגים שיש לזקוף לזכותו בשל תרומתו

הניכרת לביטחון המדינה, במשך עשרות שנות שירותו בצה"ל... בעת מינוי ציבורי... יש להפעיל מבט הרבה יותר רחב ולבחון את כלל הנסיבות ולקחת בחשבון את מכלול פעילותו של האדם במהלך חייו, על האורות והצללים שבהם. "דברים אלה, החורגים מפרשת מינויי שרים, מן הראוי שיחלחלו לתחום המינויים בכלל ולתחומים נוספים בחיים הציבוריים.

בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ז מז(2) 229 (1993)

כבוד הש' לפני השופטים א' ברק, א' גולדברג, א' מצא פסק – די 16, 23.3.93

השופט א. ברק

הממשלה מינתה את יוסף גנוסר למנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון. גנוסר היה מעורב בפרשת "קו 300". כחבר ועדת זורע פעל להעלמת חלקם של אנשי שירות הבטחון הכללי בפרשה. על חלקו בפרשה זו קיבל חנינה מנשיא המדינה, ולא הועמד לדין. כן היה גנוסר מעורב בפרשת נאפסו. הוא היה ראש צוות החקירה. החוקרים נקטו כלפי נאפסו באמצעי חקירה פסולים, והעידו שקר בפני בית-המשפט הצבאי המיוחד שהרשיע את נאפסו. בגין התנהגותו זו לא הועמד לדין. השאלה העומדת להכרעתנו הינה, אם על רקע עברו זה של גנוסר, שיקול הדעת של הממשלה, בעשותה את המינוי, הוא כדין

התוצאה היא כי אנו עושים הצו על-תנאי למוחלט במובן זה שמינויו של המשיב כמנהל כללי של משרד הבינוי והשיכון מתבטל מהיום

המדינה תישא בהוצאות העותרים בסכום כולל של 7,500 ש"ח לכל עותר

השופט א. גולדברג

אני מסכים

השופט א. מצא

אני מסכים

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א. ברק

(ניתן היום, א' בניסן תשנ"ג (23.3.93)

