

בעקבות פרשת שנסי (או: בג"ץ כחובש אסורים)

מאת

מרדכי קרמניצר*

א. מבוא. ב. הערכת העובדות על-ידי בג"ץ. ג. הניתוח המשפטי; 1. הגזמה סבירה או מרמה; 2. סיבתיות; 3. הקשיים בהרחבת דין המרמה; 4. בטלות או בטילות; 5. הליך הוגן – האם לבג"ץ יש הכלים לקיימו במקרה זה?; 6. היחסים בין בג"ץ למסד הנשיאות. ד. סיכום.

א. מבוא

בעניין שנסי ביטל בג"ץ קציבת עונש שהעניק נשיא המדינה למשיב מן הנימוק שהיא הושגה במרמה. בקשתו של שנסי לדיון נוסף בעניין נדחתה אף היא². והרי העובדות שעמדו לנגד עיני בית-המשפט בתתו את החלטתו: עזיז שנסי הורשע בבית-המשפט המחוזי ברצח, ונגזר עליו מאסר עולם. בית-המשפט העליון דחה, ברוב דעות, את ערעורו על ההרשעה. אחרי שהתחיל לרצות את עונשו הגיש שנסי בקשה לקציבת העונש לנשיא המדינה. הבקשה שהוגשה לנשיא נסמכה על שני יסודות: הראשון הוא נסיבות המקרה שבגיננו הורשע המשיב ברצח (סכסוך מתמשך שכלל התגרורות קשות בין המשיב, שהיה בעל דוכן, לבין בעל דוכן שכן – הוא קרבן הרצח); השני הוא מצב

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית; מרצה מן החוץ במכללה האקדמית למשפטים, רמת גן. תודתי נתונה לגב' ליאת לבנון על עזרתה בהכנת הרשימה. טיפולי בנושא החל כאשר התבקשתי ליתן חוות דעת על פסק הדין הנדון. הרשימה משקפת את דעתי ללא כל פנייה.

1 בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389 (להלן: פרשת שנסי).

2 דנג"צ 7588/99 עזיז שנסי נ' שפרה רונן (לא פורסם).

בריאותו של המשיב. כדי לבסס את הטענה בדבר מצב הבריאות הלקוי צורפו לבקשה לקציבת העונש שתי חוות-דעת רפואיות: האחת של ד"ר אילן אור, מנהל מכון הלב של מרכז הבריאות "פרוקרדיה", והשנייה של הפסיכיאטר ד"ר שלום ליטמן. ביום 4.2.1993 קצב נשיא המדינה את עונשו של שנסי והעמידו על מאסר לתקופה של 10 שנים. בעקבות החלטה זו פנתה בתו של קרבן הרצח לבג"ץ בבקשה להכריז על בטלותה מן הטעם שהושגה במרמה.

בית-המשפט התמקד בפסק-דינו בחוות-הדעת של ד"ר אור, אשר צורפה לבקשת החנינה. לדידו, חוות-הדעת הייתה מסולפת והושגה במרמה. את מסקנתו לגבי חוות-הדעת ביסס בית-המשפט על שניים: על בחינת חוות-הדעת ועל העובדה שיוסף שנסי – אחי המשיב – ומשה משיח – פקיד בקופת חולים – הורשעו בקשירת קשר (שלא מומש) לביצוע של מרמה על-ידי השגת חוות-דעת רפואיות, המתארות בחומרה את מצב בריאותו של העותר במגמה להביא לקציבת עונשו. בית-המשפט מצא שלחוות-הדעת המסולפת, כביכול, הייתה "השפעה ממשית" על החלטת הנשיא, ומכאן הגיע למסקנה שהחלטה זו בטלה.

פסק-הדין בפרשת **שנסי** מעורר תהיות רבות. בשאלת תפקידו של בג"ץ, בפנינו מהפך שלם – מבית-משפט שהוא מגנו של האזרח לבית-משפט שהוא זרוע שלטונית העוסקת בחבישת אנשים בבית האסורים; מבית-משפט שהוא כתובת לעותרים בפניו על כליאת שווא או מעצר שווא לבית-משפט המחזיר לבית הכלא את מי שכבר נפטר לביתו³. לעניין גישתו הכללית של בית-המשפט – אף-על-פי שבית-המשפט היה ער לכך כי מדובר ב"מעשה שאינו קל" והתחייב להשיב היטב בדרכו ולהלך בה זהיר זהיר⁴, בפועל הוא לא נהג בזהירות המתבקשת.

ב. הערכת העובדות על-ידי בג"ץ

3 שלושה חודשים קודם למתן פסק-הדין בעניין שנסי ניתן פסק-דין בעל השלכות דומות בעניין רמי דותן (בג"ץ 3959/99 התנועה למען איכות השלטון נ' הוועדה לעיון בעונש (טרם פורסם, ניתן ביום 12.7.1999). באותה פרשה ביטל בג"ץ את החלטת הוועדה הצבאית לעיון בעונש להורות על שחרורו של רמי דותן לאחר ריצוי שני שלישים מתקופת המאסר שנגזרה עליו. ביקורת נמתחה על פסק-הדין הן מבחינת ביסוסו העובדתי והן מבחינת ביסוסו המשפטי – ראו א' בנדרו "אווירת צבא בביקורת שיפוטית – בין שפיטות לפופולריות" **פלילים** ט (2000) 413.

4 פסקה 1 לפסק-דין **שנסי**.

במישור העובדתי המסקנות שבג"ץ הגיע אליהן אינן מבוססות. שני האדנים שבהם נתלה בית-המשפט כדי ללמוד כי בוצעה מרמה הינם רופפים. כאמור, האדן הראשון הוא הפרשיות הפליליות שבהן הורשעו יוסף שנסי ומשה משיח. באשר לכך, התעלם בית-המשפט מכך שהשניים הואשמו והורשעו בעבירה של קשירת קשר לביצוע פשע בלבד. הם לא הורשעו בביצוע המרמה. המסקנה המתבקשת היא כי לא הוכח מעולם כי הקשר יצא אל הפועל והניב חוות-דעת רפואית שקרית. יאמר האומר: מן העובדה שלא הוכח מעבר לספק סביר כי מעשה המרמה התגשם ניתן ללמוד אך זאת – שלא הוכח מעבר לספק סביר כי מעשה המרמה התגשם. לא ניתן ללמוד מכך כי מעשה המרמה באמת לא התגשם. ואולם, גם העובדות שעליהן נסמכה הרשעתם של השניים אינן חורגות משלב ההסכמה ביניהם. ממילא לא הואשמו ולא הורשעו בעבירות שעניינן הגשמת הקשר. בג"ץ מצטט דברים שנאמרו על-ידי בית-המשפט המחוזי בעניינו של מי מהם באשר לחוות-דעתו של ד"ר אור כדי לבסס את חוסר אמינותה. כך, למשל, מובאת הערת בית-המשפט המחוזי שלפיה "טענתו (של ד"ר אור) כי ריכז את הטיפול הרפואי בו (בעותר) והיה בקשר עם המומחים השונים, נתבררה כלא מדויקת, בלשון המעטה..."⁵. דברים אלה לא היו צריכים לעניין במשפט שעניינו קשירת קשר לביצוע מרמה (ללא מימוש). אין לראות בהם מימצאים עובדתיים שנקבעו על-ידי בית-משפט לצורכי הכרעה רלוונטית ולכן משקלם מוגבל מאוד.

ובאשר למעורבותו של שנסי במרמה, אם הייתה, הרי שבית-המשפט דן אותו ברותחין. את טענתו הנכוחה של שנסי, שלפיה לא הואשם ולא הורשע בזיקה לקשר שקשרו אחיו ומשיח, רואה בית-המשפט כהיתממות⁶. בית-המשפט שולל גם מכול וכול את האפשרות שאחיו של שנסי פעל לטובתו, ללא ידיעתו, באומרו: "הנאמר כי האח קשר קשר להונות את נשיא המדינה בעשותו על דעת עצמו – לטובת שנסי – בבחינת זכין לאדם שלא בפניו ואף שלא מדעתו? טיעון מעין זה לא יצלה"⁷. לא ברור מה היסוד לקביעה נחרצת זו. בהחלט ייתכן שאח יפעל למען אחיו, גם בדרך עבריינית, וכי לא יידע את אחיו מתוך גישה פטרונית פן יסרב האחרון או על מנת שלא לסבכו בדבר עבירה. זאת ועוד אחרת, בית-המשפט התעלם מן העובדה שד"ר אור לא הורשע בעבירה כלשהי בגין הסילוף, כביכול, של העובדות הנוגעות למצבו הרפואי של העותר במסגרת חוות-דעתו. אילו הורשע ד"ר אור בעבירה, אכן היה בסיס מוצק למסקנה שחוות-הדעת הייתה שקרית. היעדרה של הרשעה מטיל על המבקשים לבטל את החנינה נטל כבד להוכיח כי ד"ר אור עשה מעשה שעולה כדי עבירה. אך מעבר לכך, הימנעות המדינה

5 פסקה 18 לפסק-הדין, וראו גם ציטוטים קודמים, המובאים בפסקה 17 לפסק-הדין, ולפיהם מסקנתו של ד"ר אור הייתה חריגה ושונה מן המסקנות של יתר הרופאים שטיפלו בעותר.

6 פסקה 19 לפסק-הדין.

7 שם.

מלהעמיד את ד"ר אור לדין עשויה אף להוות אינדיקציה למסקנה ההפוכה שלפיה לא נעשה מעשה כזה.

האדן השני שעליו נתלה בית־המשפט הוא חוות־דעתו של ד"ר אור. בית־המשפט מטיח ביקורת קשה וחמורה בד"ר אור על הליקויים בחוות־דעתו. מתוך קריאת הפירוט שמפרט בית־המשפט את הליקויים הללו נראה שניתן לסכמם כמתיחה של העובדות לכיוון חומרה של מצבו הבריאותי של שנסי. אולם גם אם נניח שד"ר אור באמת "מתח" את העובדות באופן זה, הרי שאין להגזים במידתה של "מתיחה" זו. למרבה הצער, נהג בית־המשפט בחוות־דעתו של ד"ר אור בדרך של מתיחת הכתוב, בכך שהחריף והקצין את הנאמר בה. גם אם ניתן לפרש את חוות־הדעת באופן שבו פירש אותה בית־המשפט, הרי אין הדבר הכרחי ומתחייב מן הכתוב (כפי שיוסבר להלן); ומכל מקום, אין די בכך על־מנת לבסס תשתית עובדתית הנחוצה לשם השבתו של אדם לכלא. לא זו אף זו, נדמה שהפרשנות שהציע בית־המשפט היא הפרשנות הפחות מסתברת לחוות־דעתו של ד"ר אור. נסביר.

בחוות־הדעת מבחין ד"ר אור בין סכנה לבריאותו של שנסי, שאותה הוא מתאר במושגים ממשיים ומוחשיים, לבין סכנה לחייו ואותה הוא מתאר פעמיים במושגי אפשרות בלבד – "עלול חלילה"⁸. ההתבטאות העיקרית של ד"ר אור שעליה יצא הקצף היא "מר שנסי ממש גוע בהדרגה לנגד עינינו"⁹. אין באמירה זו מה שסנגוריו של שנסי (שנקטו אף הם דרך של מתיחת הדברים במסגרת בקשת החנינה), ובעיקר בית־המשפט, קוראים בה – "סכנת חיים אקוטית או סכנה מיידית לחיים"¹⁰. גויעה עשויה להימשך זמן רב, מה גם שד"ר אור התייחס מפורשות לגויעה בהדרגה. לפי חוות־דעתו, "המשך ההתדרדרות במצבו הרפואי עלול חלילה לגרום לסיכון קיומי ממשי. ככל שחולפים הימים (וגורם הזמן במקרה זה הוא קריטי) מצטברים נזקים בריאותיים נוספים"¹¹. ראייה לכך שדברים אלה, לפי מובנם הפשוט, אינם מתארים סכנת חיים מידית מצויה בכך שהן השר רובינשטיין והן נשיא המדינה לא התייחסו אל שנסי כאל מי שמשקפת לו סכנת חיים מידית. השר מצייין במכתבו לנשיא כי "אם יצטרך המבקש לשהות עוד זמן ממושך בכלא, עלול הוא לסיים בו את חייו"¹². הקצנת הדברים על־ידי בית־המשפט תמוהה במיוחד על רקע עובדה זו. בנוסף, השר רובינשטיין מפרט את מצבו הנפשי הקשה של העותר¹³. מה חשיבות יש למצבו הנפשי של אדם שימיו ספורים? אילו סבר השר שתוך

8 ראו המובאה מחוות־הדעת, המצוטטת בפסקה 14 לפסק־הדין.

9 פסקאות 16-17 לפסק־הדין.

10 פסקה 20 לפסק־הדין.

11 ראו המובאה מחוות־הדעת, המצוטטת בפסקה 14 לפסק־הדין.

12 קטעים מן המכתב מצוטטים בפסקה 26 לפסק־הדין (ההדגשה הוספה).

13 ש.ם.

זמן מועט בכלא יסיים שנסי את חייו, לא היה טורח לציין את מצבו הנפשי כשיקול לשחרורו, והיה מסתפק בנימוק המכריע שאין צורך בחיזוקו כי אלה הם ימיו האחרונים של העותר. זאת ועוד, אילו היה מדובר בסכנת מוות מידית, מן הסתם לא היו השר והנשיא משליכים את עיקר יהבם על נסיבות ביצוע העבירה והיו רואים דווקא במצבו הבריאותי הנואש – עיקר. משלא עשו כך¹⁴, על כורחך אתה אומר שלא כך ראו את פני הדברים. ברור גם שאילו ראו לנגד עיניהם אדם נוטה למות, לא היו מקלים את עונשו באופן שיהיה עליו לשהות בבית הכלא עוד כשנה. יודגש כי מתיאורו של הנשיא עולה כי הוא נסמך בעיקר (אם לא רק) על הנתונים כפי שהם מפורטים בחוות-הדעת של השר, וממילא לא הייתה השפעה לחוות-דעתו של ד"ר אור על הנשיא אלא לסיכמו של השר, שאין זה ברור כלל שהיה מוטעה¹⁵.

חשוב לציין כי לא הייתה בפני בית-המשפט חוות-דעת רפואית כוללת (הדגש על כוללת) על אודות מצבו של שנסי (אף כי אפשר שמצבו הוטב לאחר שחרורו מן הכלא). חוות-דעת כזו הייתה חייבת להיות בפני הגוף המחליט על ביטול קציבת העונש על מנת שיוכל להשוות בינה לבין חוות-דעתו של ד"ר אור. רק פער ניכר בין שתי חוות-הדעת היה יכול לשמש התחלה לבירור מעמדה של החנינה. בהיעדרה של השוואה כזו לא ברור כלל שהחנינה הושגה במרמה, כלומר עקב טענה שקרית. יש הבדל ניכר בין חוות-דעת מומחים שבהן כל מומחה מתייחס למצבו של החולה בתחום מומחיותו הוא לבין הערכה כוללת המביאה בחשבון את הצטברות הגורמים, לרבות השפעותיהם ההדדיות העלולות להחמיר מאוד את מצבו של החולה.

ד"ר אור הציג עצמו בחוות-דעתו כמי שנמצא בקשר עם המומחים השונים וכמי שיכול לתת חוות-דעת כוללת. על כך כותב בית-המשפט "לא מניה ולא מקצתיה"¹⁶. האומנם? ד"ר אור העיד, ועדותו לא נסתרה, כי היה בקשר עם שלושה מומחים – ד"ר שינדלר, ד"ר אונטרמסקי וד"ר שלומי. כן עיין בחוות-הדעת של שלושה רופאים נוספים

14 ראו מכתבו של השר רובינשטיין לפרקליטות המדינה המובא בפסקה 28 לפסק-הדין, ובו נאמר בקשר לנסיבות העבירה: "שיקול זה היה השיקול המכריע בעמדתו, בעוד תיאור מצבו הבריאותי של המשיב היה בבחינת שיקול שברקע הדברים ולא מעיקרם". ראו גם מכתבו של נשיא המדינה אל מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, המובא בפסקה 26 לפסק-הדין, ובו נאמר: "המלצתו (של השר רובינשטיין) הייתה מבוססת על שני מישורים: ... והשני, עליו לדעתי הוא שם דגש במיוחד, קשור לנסיבות ביצוע העבירה... שלדעת השר רובינשטיין היו להן היבטים משפטיים מיוחדים שהשליכו על מסכת שיקוליו".

15 הנשיא מציין במכתבו לפרקליטות המדינה כי "לקראת החלטתי בתיק החנינה, סקרה בפני היועצת המשפטית את נסיבות המקרה, לרבות העובדות הרפואיות הנוגעות לאסיר, תוך פירוש האמור בחוות-דעתו של השר וממצאי משרד המשפטים כפי שנמסרו בתיק החנינה, לרבות הממצאים הרפואיים והמלצת השר". ראו פסקה 26 לפסק-הדין.

16 פסקה 17 לפסק-הדין.

— ד"ר שפיצר, ד"ר פרידמן ופרופ' שכנר¹⁷. האומנם "לא מניה ולא מקצתיה"? לא ברור מדוע בחר בית-המשפט באמת מידה זו של הסקת מסקנות מחמירות כלפי ד"ר אור אף שהעובדות עשויות ללמד אחרת.

ג. הניתוח המשפטי

אם בוחנים את הדין כפי שנקבע על-ידי בג"ץ, ובבחינה חייבים להיות משולבים הדין ויישומו — שכן אין חיות ומשמעות לדין אלא בהקשר של יישומו — עולה תמונה של הרחבה ניכרת ובלתי מוצדקת של דין המרמה המביא לבטלות:

1. הגזמה סבירה או מרמה?

בית-המשפט לא הקפיד להבחין בין הפרזה והגזמה סבירות שהן בתחום המקובל והנסבל, והן שהתקיימו בעניין זה, לבין מרמה של ממש. בית-המשפט עצמו גורס כי "לא כל גזמה ולא כל סטייה מן האמת הצרופה תיחשב למרמה בת-פועל. כל בקשה לחנינה תתגבנה אל תוכה, כמו מאליהן, גוזמאות או סטיות-מה מן האמת, אך לא נקפיד עם מי שנשלחו אל הכלא ומבקשים את החופש"¹⁸. אך בית-המשפט הקפיד גם הקפיד. אם הפרזה מסוימת בתיאור חומרת מחלתו של חולה אינה גזמה או סטיית-מה מן האמת בלבד, מהי סטייה כזו ומהי גזמה?

בית-המשפט מביא לביסוס עמדתו מקרים מן הפסיקה האמריקנית שנדון בהם ביטול של חנינה. אולם אין מקרים אלה דומים לענייננו. המקרים האמריקניים היו מקרים מובהקים של מרמה. כך, למשל, בעניין *Dominick*¹⁹ נטען כי החנינה הושגה על-ידי בדיית נסיבות ביצוע העבירה (ביחס למי שטרם הורשע): הנאשם הואשם ברצח וטען לשם השגת החנינה כי ההמתה אירעה על רקע התעללות ברוטלית ומתמשכת של הקרבן באמו. בעניין *Crosse*²⁰ דובר במרמה על-ידי זיוף מסמך שקרי המבקש את שחרור האסיר לשם פעולה צבאית.

2. סיבתיות

17 ש.ס.

18 פסקה 36 לפסק-הדין.

19 *Dominick v. Bowdoin* 44 Ga. 357 (1871).

20 *Crosse v. John S. Holloway, Warden of the Eastern penitentiary* 44 Pa. 210 (1863).

הבחינה העובדתית של קיום סיבתיות הינה בעייתית במיוחד כאשר יש לעמוד על השיקולים שהניעו את נשיא המדינה לקבל החלטה. סעיף 13(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה קובע כי "נשיא המדינה אינו חייב להגיד בעדות דבר שנודע לו במילוי תפקידו כנשיא המדינה". על-כן, אין אפשרות לחקור את נשיא המדינה כדי לעמוד על השיקולים שהניעו בפועל קבלת החלטה. הבעיה באיתור השיקולים שהביאו לקבלת החלטה אשר קיימת גם כאשר ניתן לחקור את המחליט, מקבלת כאן משנה תוקף וחריפות.

לא זו אף זו, בית-המשפט לא הקפיד על קיום קשר סיבתי עובדתי בין המרמה הגלומה כביכול בחוות-דעתו של ד"ר אור לבין ההחלטה לחון. לאור דברי הנשיא לא ברור כלל שהושפע מחוות-דעתו של ד"ר אור, שכן התמונה שהוצגה על-ידי ממלא-מקום שר המשפטים, שהיא הקובעת מבחינת הנשיא, לא כללה התייחסות לסכנת מוות מיידית, שהיא, לפי בית-המשפט, מוקד המרמה בחוות-הדעת²¹. לאור דברי השר והנשיא, גם ברור לחלוטין כי העילה העיקרית להקלה בעונש לא הייתה קשורה כלל למצבו הבריאותי של שנסי וכי שנסי היה זוכה להקלה ניכרת בעונשו, כנראה לא רחוקה מזו שקיבל בפועל, על יסוד נסיבות ביצוע העבירה שבה הורשע כשהן עומדות לעצמן וללא הטענות בדבר מצבו הבריאותי של שנסי. במכתבו של השר רובינשטיין לפרקליטות המדינה הוא מציין: "אם היה מתברר לי כי אכן התעודות הרפואיות אשר צורפו לבקשת החנינה אכן אינן משקפות את מצבו הבריאותי למעשה של מר עזרא שאנסי [כך במקור], הייתי תומך עדיין בהפחתה בעונשו של מר עזרא שאנסי, אם גם לא בהפחתה משמעותית באותה המידה. המלצתי להקלה בעונש הייתה ניתנת על בסיס השיקול העיקרי שבהמלצתי הראשונה, על רקע הנסיבות המיוחדות של המקרה...²². וכאמור, הנשיא אימץ את המלצת ממלא-מקום השר מתוך שימת דגש מיוחד על נסיבות ביצוע העבירה²³."

בית-המשפט לא דק פורתא בניתוח דיני הסיבתיות. אכן, "אנו מבחינים בין סיבתיות עובדתית... לבין סיבתיות משפטית"²⁴, אולם המבחן שבית-המשפט קורא לו "המבחן העובדתי" אמור להיות מבחן הגורם בלעדיו אין. ואילו בית-המשפט, בהדגימו את המבחן העובדתי, מיישם מבחן שונה לחלוטין – מבחן הגורם שהינו בעל השפעה ממשית או דומיננטית.

אך מעבר לכך – שיקולי המדיניות המצטרפים אל המבחן העובדתי ומהווים עמו את הסיבתיות המשפטית, לצמצם את היקף האחריות באו ולא להרחיבה – ההפך ממה שעשה בית-המשפט. אין מדובר במערכת של שיקולים, וביניהם שיקולים עובדתיים

21 ראו לעיל, בחלק הדין בהערכת העובדות על-ידי בג"ץ (ובעיקר הטקסט הצמוד להערה 8).

22 המכתב מובא בפסקה 28 לפסק-הדין.

23 מכתבו של הנשיא המובא בפסקה 26 לפסק-הדין.

24 פסקה 39 לפסק-הדין.

ושיקולי מדיניות, אשר משקלם המצטבר הוא המכריע, באופן שהתחשבות במישור העובדתי בלבד עשויה להביא למסקנה של היעדר סיבתיות, ואילו הצטרפות של שיקולי מדיניות לאותו מישור עובדתי עשויה להביא למסקנה הפוכה²⁵. מדובר בשתי מערכות ניפוי של מקרים שאינם מתאימים לבוא בגדרי הסיבתיות במשפט. רק מקרה שעבר את מערכת הניפוי הראשונה (הסיבתיות העובדתית המאפיינת את כל הגורמים אשר בלעדיהם לא הייתה מתרחשת התוצאה) ייבחן במסגרת המערכת השנייה (שיקולי המדיניות הבוררים מתוך הגורמים הללו את ההתנהגויות שראוי נורמטיבית לייחס בעטיין אחריות לתוצאה). ורק במקרה שעבר את שתי המערכות מתקיימת "סיבתיות משפטית". או בלשונו של פרופ' פלר ביחס לסוגיה במסגרת הדין הפלילי: "הזיקה הסיבתית של התוצאה לאירועים אלה (שקדמו לה ושבלעדי כל אחד מהם בנפרד היא לא הייתה מתרחשת) היא עובדה קיימת שאינה ניתנת לניתוקים או לסיווגים; ואילו תהליך איתור הסיבה שעשויה לשמש רכיב התנהגותי לעבירה פלילית [או: לאירוע שדין כלשהו חל עליו – מ' ק' מורכב על 'הסיבתיות' – שנבדקה כבר קודם לכן – והוא שייך למלאכת 'ייחוס הפליליות' [או: ייחוס האחריות המשפטית – מ' ק'], הנוספת והמאוחרת"²⁶. דברים אלה נכונים ביחס לסוגית הקשר הסיבתי בכל תחומי המשפט. בית-המשפט קבע שדי בכך שתהא השפעה של המרמה על החלטה, אך אין היא צריכה להיות השפעה ניכרת. בכך סטה מן הגישה המקובלת שבאה לידי ביטוי בפסק-דין Adkins, אליו מפנה בית-המשפט²⁷: "This vicious fraud... was the real and controlling factor causing the issuance of this pardon. It would never have been granted but for it, and the case must be determined upon that promise"²⁸.

3. הקשיים בהרחבת דין המרמה

הרחבה זו של דין המרמה אינה מתיישבת כלל ועיקר עם עמדתו של בית-המשפט, שלפיה תוצאתה של מרמה בהשגת החנינה היא בטלות החנינה. נראה כי נתחלפו לו לבית-המשפט היוצרות לעניין יחס ההתאמה החייב להתקיים בין העילה המשפטית לבין תוצאתה. ככל שהתוצאה היא פחות דרסטית ואוטומטית, כך היא תואמת עילה משפטית שהיקף פריסתה רחב יותר. לעומת זאת התוצאה של בטלות מחייבת דווקא גישה הפוכה – שהמקרים המביאים לבטלות יהיו כאלה המצדיקים תוצאה מכרעת ומחויבת (שאינן עמה הפעלת שיקול-דעת) זו, כלומר הגדרה צרה יותר של מרמה התופסת אך ורק מקרים קשים ומובהקים של מרמה.

25 כפי שעולה מפסקה 39 לפסק-הדין.

26 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין (כרך א, תשמ"ד) 748.

27 פסקה 35 לפסק-הדין.

28 Adkins v. Commonwealth, 23 S.W. 2d. 277 (1929) (ההדגשה במקור).

גישת בית-המשפט, המרחיבה את דין המרמה, אינה מתיישבת עם שיקול המדיניות של הגנה על מוסד הנשיאות. הגנה על מוסד הנשיאות, להבדיל מהתערבות בלתי מוצדקת בסמכות הנשיא לחון ולהקל בעונש, חייבת להצטמצם למקרים שבהם נעלה מכל ספק שהנשיא, כל נשיא, לו ניתנה סמכות בידיו, היה מבטל את החלטתו. גישתו של בית-המשפט, הן להלכה והן למעשה, אינה מבטיחה זאת כלל ועיקר.

גישת בית-המשפט אף אינה מתיישבת עם מהות החנינה כאקט של חסד שאין לו שיעור ואין לו מידה. לחסד ולרחמים, שהיו האפיונים העיקריים של סמכות החנינה בעבר, יש משקל נכבד בהפעלתו של מוסד החנינה גם בימינו²⁹. ממילא סמכות הפיקוח על החנינה ומידת ההתערבות בה הכפופות לאמות מידה אחרות של הדין, הן מטבען מוגבלות ומצומצמות ביותר.

גישת הפסק גם אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי מדיניות המחייבים לבצר את החנינה או קציבת העונש, אקט שלטוני המתרחש אחרי "סוף הסופות" של ההליך הפלילי, כסוף פסוק (ולא כהזמנה לקרבנות לדבר עבירה ולאחרים מן הציבור לפשפש במעשי החנינה, לרבות בעניינים שצנעת הפרט חלה עליהם, שמא יגלו בהם עילה לעתירה שמטבעה חושפת כל סוד על שער בת רבים) ועם המשמעות של החזרת אדם לכלא. בגלל שיקולי מדיניות אלה נקבע בארצות הברית: "As it is an act of grace, limitations upon its operation should be strictly construed"³⁰. בהקשר זה לא הובאה בחשבון העובדה שאין נוהגים באמת מידה אחת ברמאים למיניהם ובעברייני החותר אלי חופש. הבחנה זו מונחת ביסוד ההבדל המכריע שהנהיג הדין בין מי שהורשע לבין מי שזוכה במוסד המשפט החוזר. מוסד זה נועד להיטיב עם מי שהורשע בדין ואין הוא חל על מי שפילס דרכו לזיכוי במרמה, ולא שמענו כי מופעלים הליכי ביטול זיכוי גם כאשר מתברר כי הזיכוי הושג במרמה.

בית-המשפט קבע כי הוא מחיל על העניין שבפניו את הדין החל ככלל על מעשי רשות שהושגו במרמה³¹, גישתו המרחיבה ביותר את מהות המרמה תחול בהיקף רחב על כלל מעשי המינהל והשלטון שהושפעו על-ידי מרמה. פסק-הדין אף עשוי אפוא לשמש יתד ופינה להרחבת דין הבטלות בעקבות מרמה גם לגבי אקטים שלטוניים ומינהליים אחרים. הרחבה כזו היא, בעיני, בגדר שגגה שראוי למנועה.

4. בטלות או בטילות

29 א' לסלי סבה החנינה האישית והחנינה הכללית – היבטים משפטיים ופנולוגיים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים באוניברסיטה העברית, תשל"ה) 112-113.

30 389, 388, 23 L. Ed. 474, 91 U.S. *Osborn v. United States*.

31 פסקה 35 לפסק-הדין.

אשר לקביעה כי המרמה מביאה לבטלות החנינה – בית-המשפט לא מצא לנכון לנמקה. הסיווג האוטומטי של אקט מינהלי שהושג תוך פגם חמור כבטל "זכה" – ובצדק – לביקורת. בקצרה ובאופן בלתי ממצה ניתן לומר שהסיווג האוטומטי של האקט המינהלי כבטל רק בגלל סוג הפגם שנפל בו ובלי להתייחס לנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה, מתעלם משיקולי מדיניות רלוונטיים לתחום המשפטי שבו עולה שאלת התוקף המינהלי. השיקולים שיש להביא בחשבון כאשר בוחנים את תקפותו של אקט מנהלי פגום במסגרת הליך בעל אופי פלילי שבו למסקנה על בטלות עלולות להיות השלכות מרחיקות לכת על חירותם של בני אדם, אינם זהים לשיקולים שיש להביא בחשבון כאשר שאלת התקפות עולה, למשל, במסגרת הליך בעל אופי אזרחי. דוקטרינות חדשות, של "בטלות יחסית"³² או של ויתור על הסיווג תוך התייחסות ישירה לשיקולים הרלוונטיים לעניין³³ הוצעו כדי להימלט ממנו. הבעייתיות הגלומה בקביעה כזו מתעוררת ביתר חריפות בענייננו.

בענייננו בית-המשפט דבק בעמדה המסורתית המסווגת את האקטים המינהליים הפגומים לבטלים וניתנים לביטול. אם הולכים בדרך זו למרות הביקורת האמורה שהוטחה בה ראוי להתיר מקום לשיקולי מדיניות באמצעות סיווג חנינה שהושגה במרמה כנינת לביטול. זוהי גם עמדת המשפט האנגלי וכן דעתו פרופ' לסלי סבה³⁴. בהלכה שלפיה אקט שלטוני שהושג במרמה ניתן לביטול (להבדיל מבטל) יש טעם רב. היא מאפשרת איזון אינטרסים מושכל תוך הבאה בחשבון של כלל הגורמים הרלוונטיים להכרעה, וביניהם: שכיחות מעשי מרמה מאותו סוג (ולעניין זה יש לזכור כי הדין האנגלי הישן עוצב על יסוד תופעה של ריבוי מעשי מרמה להשגת חנינות שאיננה מוכרת בזמננו): "This Principle stems from the statute 27 Edw. III, Cap. [**12] 2, (1353) which, so far as is here material, is as follows: 'ITEM, Because our Lord the King hath often granted charters of pardon of felonies upon feigned and untrue .of divers people, whereof much evil hath chanced in times past...'"³⁵ suggestions גורמים נוספים רלוונטיים להכרעה בגורל האקט המינהלי שהושג במרמה הם

32 לפי עמדה זו, "מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה מבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני" ע"פ 768/80 שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה נ' מ"י, פ"ד לו(1) 337, עמ' 362.

33 "דותן" במקום בטלות יחסית "משפטים כב (תשנ"ד) 587.

34 סבה (לעיל, הערה 29), עמ' 179: "על פי דיני היושר של אנגליה מסמך שהושג במרמה ניתן לביטול, אולם אינו בטל מעיקרא. הוא הדין לגבי פסק-דין שהושג במרמה, ואין סיבה לנקוט בגישה אחרת לגבי כחב חנינה. ואמנם זאת הגישה באנגליה לגבי חנינות שהושגו בטענות שווא" (ההדגשה הוספה).

35 27 A.2d 129.

האפשרויות העומדות בפני הרשויות לגלות ולחשוף מעשי מרמה (וגם בעניין זה אין כל דמיון בין המצב דהיום לימים קדומים; אשר לחוות דעת רפואיות כבסיס להקלה בעונש – ניתן לקבוע כי הן חייבות להיות חוות דעת רשמיות של רופאים מטעם המדינה), אופייה של המרמה (מידת חומרתה ועוצמת זיקתה להחלטה – אם השפעתה הייתה מהותית אך לא ניכרת או שהייתה זו השפעה ניכרת); האם מדובר במרמה מצדו של הנהנה או מטעמו של אחר, שלא בהסכמתו ושלא בידעתו של הנהנה; האם הובילה המרמה את הרשות לחרוג מסמכותה או לפעול בניגוד לדין אם לאו; מה הן ההשלכות של קיום האקט השלטוני (האם נחשף הציבור לסכנה); מה הן ההשלכות של ביטול האקט השלטוני; האם ניתן להשיג יעדים הרתעתיים וחינוכיים בדרכים שונות מזו של ביטול האקט.

5. הליך הוגן – האם לבג"ץ יש הכלים לקיימו במקרה זה?

מעמדם האמיתי של ערך החירות ושל הזכות להליך הוגן, המעוגנת בזכות לכבוד, אינו נקבע לפי הרטוריקה המושמעת אלא לפי התיחסותו של בית המשפט כלפיהם הלכה למעשה. גישת פסק הדין מפחחת מאוד, שלא לומר מוזילה, את חשיבותם של החירות והכבוד. מוסכם על הכול כי פגיעה בחירותו של אדם יכולה להיעשות רק לפי חוק, וכנגזר מכבוד האדם, אך ורק בהליך הוגן. הבטחת קיומו של הליך כזה עומדת כנראה ביסוד הגישה שלפיה אין סמכות הביטול נתונה לנשיא ושהיא נתונה בידיה של הרשות השופטת. הליך בפני בג"ץ, על יסוד ראיות מינהליות, שאין אחריו ערעור, רחוק ת"ק פרסה מהגשמת רציונל זה.

לאור חשיבותו העליונה של ערך החירות והפגיעה הקשה במיוחד בערך זה הנגרמת על ידי חבישת אדם בבית כלא למאסר עולם, חייבת להיות התאמה בין סוגו ואופיו של ההליך שיש בו כדי להניב פגיעה כה קשה בחירות לבין אותה פגיעה. אין זה סביר כלל שהכרעה כזו תתבסס על ראיות מינהליות. הראיות חייבות להיות משפטיות, כלומר צריכה להתקיים הקפדה מלאה על דיני הראיות. כשם שנקבע בעניין Jonesco³⁶: "The necessity for stating the particulars of the fraud and the burden of proof are no whit abated and all the strict rules of evidence apply... every particle of hearsay evidence and reference to documents, not produced, must be excluded" אשר למערכת דיני הראיות החלה, לרבות רמת ההוכחה הנדרשת – זו חייבת להיות מערכת דיני הראיות החלה בפלילים. כך מתחייב ממהות הנושא, ממשמעותה הרת הגורל, ומבחינת המבקש – הרת האסון, של התוצאה. וכדברי הנשיא ברק: "עניין לנו בשתי מידות הוכחה – אזרחית ופלילית – ובשתיים בלבד. עם זאת, כמות הראיות שיהא בה כדי לספק את

המידה הדרושה, משתנה על-פי מהות הנושא³⁷. אם בהליך משמעותי נגד עובד מדינה – לפחות בעניינים חמורים ואולי בכלל העניינים – נדרשת רמת הוכחה המקובלת בפלילים – כאן, על אחת כמה וכמה. אם לעניין ביטול רישיון נקבע כי נדרשות "ראיות משכנעות ומהימנות, שאינן מותרות מקום לספק"³⁸, בענייננו – מקל וחומר. כך, בארצות-הברית נפסק כי ביטול חנינה על יסוד מרמה חייב להיות *legally ascertained* או *judicially ascertained*³⁹, ויש להבין זאת, לדעתי, כצורך בהכרעה שיפוטית בעקבות הליך שיפוטי ועל סמך ראיות משפטיות שעמדו בחקירה נגדית.

הוא הדין בנושא הערעור – לאור משמעות ההחלטה להצהיר על בטלות, מתחייב שהנפגע על-ידיה יוכל לערער עליה.

מכאן נשללת הסבירות של הליך בג"צ בנושא מעין זה. שכן, בג"ץ שם עצמו מחסום בין מי שמבקשים לשלול חירותו של אדם לבין זכויותיו היסודיות של אותו אדם להליך הוגן. חיוני שבג"ץ יקפיד מאוד שלא לפרוס את סוכת סמכותו על נושאים המצויים בגדר סמכותם של בתי-המשפט הרגילים (בענייננו, כנראה, בית-המשפט המחוזי מכוח סמכותו השיורית), ודאי שאין כל סיבה טובה לכך שבג"ץ יהפוך עצמו למוסד הפוגע בפרטים. היות שכוח ההכרעה ביחס להיקף סמכותו הוא בידו, ראוי שינהג איפוק וריסון באשר לקביעת גדר הסמכות. כאשר נטילת סמכות על-ידי בג"ץ פוגעת בזכויות חשובות של היחיד (הזכות להליך הוגן ההולם את מהות הנושא והזכות לערער), על בג"ץ להימנע מפריסת סמכותו.

אין להתעלם מכך שהעברת השאלה של תקפות החלטת הנשיא לדיון בפני בית המשפט המחוזי עלולה לפגוע במוסד הנשיאות, וביחוד אם היא תיעשה לעתים קרובות. אף על פי כן, אין בכוחו של שיקול מוסדי זה כדי להטות את הכף מול השיקולים שהוזכרו לעיל, שעניינם הזכות לחרות והזכות להליך הוגן.

6. היחסים בין בג"ץ למוסד הנשיאות

פסיקת בג"ץ משנה את מערך היחסים בין בג"ץ לבין מוסד הנשיאות. בעוד שלפני הלכת **שנסי** היה ברור כי בג"ץ מפקח על השימוש בסמכות החנינה במשורה שבמשורה⁴⁰, משנה הלכת **שנסי** מצב דברים זה. היא מאפשרת התערבות שכיחה באקטים של חנינה

37 ע"א 475/81 זיקרי נ' כלל חברה לביטוח, פ"ד מ(1) 589, עמ' 605.

38 בג"ץ 56/76 ברמן נ' שר המשטרה, פ"ד לא(2) 687.

39 *Bess v. Pearman* 150 S.E. 54; 65 A.L.R 1459 (1929).

40 ראו בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, עמ' 605: "חוק-יסוד: נשיא המדינה שחרר את הנשיא מביקורת שיפוטית ישירה (סעיף 13(א)). נותרה אמנם ביקורת שיפוטית עקיפה, אך זו מטבעה מוגבלת. כך, למשל, אם הנשיא מעניק חנינה לפלוני אך נמנע מלהעניקה לאלמוני, השווה לו בכול, אין לו לאלמוני כל תרופה".

והיא תזמין עתירות המייחסות בטלות לחנינה משום שמה שהוצג בפני הנשיא לא היה מדויק לחלוטין או לא תאם לגמרי את המציאות. צפויה גם פגיעה קשה במוסד הנשיאות, כאשר הנשיא המסמל את המדינה ייגרר לעתירות בבג"ץ, וזה יתערב בהחלטתו⁴¹. אמנם במקרים מסוימים ביטול מעשה מנהלי של הנשיא עשוי לחזק, בטווח הארוך, את מעמדו, מכיוון שהוא יבטיח דפוס של החלטות נשיאותיות תקינות. אולם, לא זה המצב בענייננו. הפגם שנפל בהחלטה, אם נפל, אינו נובע מהתנהגות לקויה של הנשיא. בנוסף לכך, התוצאה הסופית אליה הגיע הנשיא אינה בלתי סבירה. למרות זאת, מהלכת בית המשפט עולה כי החנינה עלולה להימצא בטלה, אף כי הנשיא עצמו לא היה רואה בה דופי, ומכל מקום לא היה רואה לשנותה לו היה בידו הדבר על יסוד העבודות החדשות שנתגלו. על-כן סכנת הפגיעה במוסד הנשיאות היא חריפה במיוחד.

ד. סיכום

להחלטה בפרשת שני עלולות להיות השפעות החורגות מתחום המקרה המסוים שנדון בה. אם התחשבות של הנשיא בחוות-דעת רפואית מוגזמת הופכת את קציבת העונש לבטלה מחמת השגתה במרמה, מה יהא גורלן של קציבות העונש שהוענקו מתוך התחשבות, בין היתר בחרטה ובחזרה בתשובה של האסיר, אשר התבררו מאוחר יותר כהעמדות פנים בלבד? והרי החלטות כאלה ניתנות חדשות לבקרים כמעט, וברור שלא בכל מקרה יכולים הגורמים האמונים על כך להצליח לחדור אל נבכי נפשו של האסיר ולעמוד על כנות הבעת החרטה מצדו או חזרתו בתשובה. האם בכל פעם שתובאנה ראיות כלשהן העשויות ללמד כי האסיר המשוחרר לא היה כן בחרטה שהביע, או בחזרתו בתשובה, יורה בג"ץ להשיבו לכלא? יש לקוות כי פסק-הדין לא ישמש כהלכה המנחה את בג"ץ בעתיד.

ואשר לעיזו שני עצמו – ניתן אולי למצוא נחמה בכך שפסק-הדין מותיר לנשיא המדינה פתח לתקן את הטעון תיקון. בהחלטתו שלא לקיים דיון נוסף בנושא מדגיש המשנה לנשיא, שלמה לוין, "שבכל בקשה חנינה פרוספקטיבית שיגיש העותר לא יהיה הנשיא מנוע מלהביא בחשבון גם שיקולים שהיו כלולים בבקשת החנינה המקורית ואשר לא נפסלו בפסק דינו של בית-המשפט העליון". הווה אומר, לא אפסה תקוותו של עיזו שני לקציבת עונשו.

41 פגיעה זו היא בלתי מוצדקת במיוחד אם תופסים את סמכות החנינה כבעלת היקף צר. ראו דבריי ברב-השיח "פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי: החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" המשפט ג (תשנ"ו) 15, עמ' 26.

עלי משפט ב תשס"ב

מרדכי קרמיניצר