

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 849/00

בפני:

כבוד הנשיא א' ברק
כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' ביניש

העותר:

גדעון שץ

נ ג ד

המשיבים:

1. שר המשפטים
2. נציב שירות בתי הסוהר
3. מפקד כלא מעשיהו

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה:

א' באייר התשס"א (24.04.2001)

בשם העותר:

עו"ד יורם שפטל

בשם המשיבים:

עו"ד חני אופק

פסק-דין

הנשיא א' ברק:

העובדות וההליכים

1. העותר הורשע ביום 17.12.1990 בעבירה של רצח (לפי סעיף 300א(2) לחוק העונשין, התשל"ז-1977). נגזר עליו עונש של מאסר עולם. ערעורו לבית משפט זה נדחה. ביום 1.8.1993 פנה העותר בבקשה לנשיא המדינה, כי יקצוב את עונשו. ביום 21.7.1996 הודע לעותר כי הנשיא דחה את בקשתו, שכן לא מצא הצדקה לה, בשלב זה. העותר שב ופנה לנשיא המדינה בבקשה לקציבת עונשו (ביום 20.3.1997). משחלפה שנה ומחצה - ולא נתקבלה תשובה לבקשתו של העותר - הוגשה העתירה דנן לבית משפט זה.

2. העותר טען בעתירתו, כי החל משנות החמישים נתגבש מנהג מחייב, ולפיו קוצב נשיא המדינה את עונשם של אסירי עולם ומעמידו על 24 שנות מאסר. אולם, החל משנת 1993 חדל הנשיא (מר עזר ויצמן)

ממנהג זה, והפסיק לקצוב את עונשם של אסירי עולם ל-24 שנות מאסר, כדבר שבשיגרה. לטענת העותר, הפסקת מנהג מחייב זה הנה שלא כדין, בייחוד שעה שעונשו של העותר נגזר עוד שעה שנהג המנהג האמור.

3. לאחר הגשת העתירה הודע לעותר על ידי נשיא המדינה (ביום 14.2.2002), כי הוחלט לקצוב את עונשו ולהעמידו על 30 שנות מאסר. העותר הודיע, בתגובה, כי הוא עומד על עתירתו וטעמיה.

4. ביום 20.6.2001 התקבל חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001 (להלן: החוק). בפרק ה' לחוק, שכותרתו "קציבת עונש מאסר עולם והקלה בו", נקבע (בסעיף 29(א)) כי:

"ועדת שחרורים מיוחדת רשאית, לבקשתו של אסיר עולם, להמליץ לפני נשיא המדינה לקצוב את עונשו של האסיר לאחר שחלפו לפחות שבע שנים מהיום שהחל לשאת את מאסרו, ובלבד שהתקופה שתמליץ לקצוב לא תפחת מ-30 שנים".

עמדת המשיבים

5. בתגובתם, טוענים המשיבים כי יש לדחות העתירה. ראשית, טוענים המשיבים, כי נוכח הוראת סעיף 29(א) לחוק, ברי כי העונש שקצב הנשיא לעותר עולה בקנה אחד עם האמור בחוק, ודי בכך לשם דחיית העתירה. שנית, ולחלופין, טוענים המשיבים כי אין מקום לראות במנהג מקור משפטי מחייב וכי מנהג כאמור - גם אם קיים - כלל לא נתגבש במקרה דנן. לחלופי חלופין, טענו המשיבים כי גם אם היה מנהג מחייב בנדון, הרי שמשנת 1992, לא נוהגים על פיו והוא חלף מן העולם. כך, בייחוד נוכח הוראת סעיף 29(א) לחוק האמור.

תגובת העותר

6. העותר, בתגובתו לעמדת המשיבים, סבר כי טעמי העתירה ויסודה נותרו על כנם למרות חקיקת החוק וסעיף 29(א) שבו. לטענתו, למרות הוראת החוק מוסמך עדיין הנשיא לקצוב עונש כראות עיניו, בייחוד נוכח המנהג שנשתרש לפיו העונש נקצב ל-24 שנה. עוד נטען, כי סעיף 29(א) לחוק אינו חוקתי, שכן הוא פועל באופן רטרואקטיבי על נאשמים שהורשעו טרם כניסתו לתוקף, שכן הוא מחמיר את עונשם של אסירי עולם.

7. אכן, השאלה אם המנהג (custom) מהווה מקור משפטי בישראל - ואם כן שאלת מעמדו - אינה שאלה פשוטה (ראו: ג' טדסקי, "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי", משפטים ה' (תשל"ג) 9 וכן: גביזון, "ביטול

המג'לה: המנהג ועקרונות הפיקה", משפטים יד (תשמ"ה) 325. אולם, אין אנו נצרכים להכריע בשאלה זו בנסיבות המקרה. שוכנענו, כי אין ממש בטענת העותר, כי מכוחו של מנהג, חובה על הנשיא לקצוב את עונשו ל-24 שנות מאסר בהכרח. מסקנתנו זו מבוססת על כך, שהעותר לא הראה כי לאורך השנים אכן התבסס מנהג מחייב לקצוב עונש של מאסר עולם ל-24 שנות מאסר. עצם העובדה כי כך נעשה בכל המקרים הדומים לעניינו - לטענת העותר - אינה מבססת מנהג. נדרש להראות כי בשלב מסוים נוצרה תחושה של חיוב - "תודעת החיוב" - בקציבת העונש ל-24 שנות מאסר. כזאת, לא הראה העותר בנסיבות המקרה.

8. נוכח מסקנתנו זו, נחה דעתנו כי דין העתירה להידחות. אכן, משעה שלא בוסס מנהג בנדון - או כל זכות מוקנית אחרת - נשמת גם היסוד תחת טענתו של העותר בדבר חוקתיות החוק (ומבלי להביע עמדה באשר לחוקתיות החוק עצמו, בהתעלם מטענת המנהג). מעבר לנדרש יוסף עוד, כי גם לו היה בידי העותר לבסס "מנהג" של נשיא המדינה בנדון, ספק בעיני אם היה במנהג זה בכדי לצמצם את שיקול דעתו של נשיא המדינה. כך, שכן סמכות ההקלה בעונש - ושיקול הדעת שביסודה - קבועות ונובעות מחוק-יסוד: נשיא המדינה (סעיף 11(ב) לחוק היסוד). אכן, בשיטת המשפט שלנו אין בכוחו של המנהג שלא לנהוג על פי החוק לשנות את החוק או לבטלו (אין Desuetudo) (ראו טדסקי ה"ל, בעמ' 34-35; ברק, פרשנות במשפט (כרך ראשון, תורת הפרשנות הכללית, תשנ"ד) 554; והשוו: אנגלרד, מבוא לתורת המשפט, 124 (תשנ"א), וכן: ד' אבן-להב, "מנהגה של הרשות המבצעת שלא לאכוף חוק", משפט וממשל ב' (1994) 477). קל וחומר, שאין בכוחו לשנות או להגביל - כנורמה מחייבת ובת אכיפה - סמכות ושיקול דעת שמקורם בנורמה חוקתית על חוקית, כמו סמכות ההקלה בעונש שבחוק-יסוד: נשיא המדינה (והשוו: שטרית, "המנהג במשפט הציבורי", ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי (תשנ"ג) 375, 386-391). מכל מקום, אין אנו נצרכים להכריע בעניינים אלה וניתן להשאירם בצריך עיון לעת מצוא. למותר לציין עוד, כי אין בדברינו אלה כל השפעה על דבר ה"מוסכמות החוקתיות" (ה-Constitutional Conventions), שהרי בבסיסן של אלה מונח מצב דברים של היעדר הסדר חוקתי או חסר בו.

מטעמים אלה, נחה דעתנו כי דין העתירה להידחות. מטעם זה, גם, לא מצאנו טעם להרחבת הרכב השופטים בעתירה זו, כבקשת העותר, או להשלמת טיעון נוספת בעל-פה.

ה נ ש י א

השופט ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט מ' חשין:

בימי-קדם היווה המינהג מקור חשוב ליצירת דין. כך בחברות הפרימיטיויות וכך במדינות או במעין-מדינות של אותם ימים. השלטון היה דצנטרליסטי, התחבורה הייתה קשה, האנשים לא ידעו קרוא וכתוב, ומישקלם המצטבר של גורמים אלה - ועימם גורמים נוספים - הוליד ככורח מציאות את המינהג כמקור עצמאי לדין המחייב. לא כימים ההם ימים אלה; מכל מקום, לא במדינות המערב ובהן ישראל. המינהג ירד מגדולתו ותחומי מחייתו נצטמצמו, בעיקר, ללימודי אקדמיה בתורת המשפט ובתולדות האדם והחי; ולמירב - בלבוש של מינהג או בלבוש של מעין-מינהג - כמקור מהותי וכיסוד לבר-משפטי למקורות הדין המקובלים, כחקיקה.

ואם המינהג כמקור שופע של דין אינו עוד עימנו, הנה מעט מאותן אבני-יסוד אשר בנו אותו נסתננו ומצאו את מקומן ביצירתם של עיקרים אחרים במשפט הפוזיטיבי. כך, למשל, הלכות החלות על שינוי מדיניות של רשות בתחום המשפט הציבורי; הילכת ההפליה באספקטים מסויימים בה; סיווגה של התנהגות מסוימת כהתנהגות בלתי-ראויה; פירוש כוונה מכללא של בעלי-חזקה (תוך טישטוש ההבחנה בין מינהג לבין נוהג), ועוד. במובן מסויים ניתן לראות בו במינהג מעין אב-קדמון להלכות אלו ולהלכות אחרות זולתן. ואולם לא בהכרח כך. יכול האומר לומר כי המינהג אינו כלל אב-קדמון לעיקרים בני-ימינו, ופירוש מהותם של העיקרים הנוהגים כיום אינו אלא זה, שמיקצת מן היסודות הלב-משפטיים אשר כוננו את המינהג כמקור למשפט הנוהג, אותם יסודות עצמם בונים כיום - באורח עצמאי - עיקרים חדשים במשפט. לשון אחר: תחושות-עומק של בני החברה יצרו בזמנו את המינהג וכיום נותנות אותן תחושות-עומק חיים לכללים "דומים". בין כך ובין אחרת, עיקר הוא, לדעתי, שנדע כי המינהג של ימים עברו אינו נושא עימו בימינו כוח נורמטיבי, כוח של הפרייה, בדין הפוזיטיבי. אם כך על דרך הכלל, לא-כל-שכן לאחר היות חוק יסודות המשפט, תש"ם 1980-, שהמינהג בולט בו בהיעדרו כמקור למשפט ישראל. להבהרה נוסיף כי איננו מדברים בתחומי-משפט ייחודיים שבהם יהיה תוקף למינהג; כך, למשל, מינהגי הסוחרים במשפט המסחרי.

כבעלי ניסיון רב-שנים לא נאמר בחופזה כי המינהג של ימים שמכבר שבק חיים-לכל-חי, כי בר-מין הוא לכל דבר ועניין. ואולם נדע כי עוצמתו, ככל שיש בו עוצמה, תמצא את ביטויה בשוליים: בכללי פרשנות או כממלאת חלל במקרי חירום, כפי שאירע בפרשת **קמיאר** (ע"פ 131/67 **קמיאר נ' מדינת ישראל**, פ"ד כב(2) 85). באותו מקרה, כזכור, הכיר בית המשפט בפרקטיקה ולפיה נהגה הממשלה לאשר אמנות בינלאומיות בלא להידרש לאישור הכנסת. לו אחרת נפסק כי אז הייתה מוצגת ישראל "קבל משפחת העמים כמי שאינה מסוגלת, מבחינת משפטה הפנימי, לכרות אמנות בינלאומיות"; יתר-על-כן: "פירוש כזה היה מביא לתוצאות בלתי נסבלות

לעתיד וגם לעבר..." (שם, 113, מפי השופט לנדוי). ואולם אין צורך בדימיון משפטי מפליג כדי לגלות כי בפירושו של החוק ניתן היה להסיק אותה מסקנה גם בלא להידרש ל"מינהג" כמקור של דין. ראו עוד והשוו: ע"פ 532/71 **בחמוצקי נ' מדינת ישראל**, פ"ד כו(1) 543. וכך אמר השופט חיים כהן לעניינם של הסדרי טיעון במשפט הפלילי: "חוששני שהמנהג לכרות הסכמים ממין זה נפוץ הוא גם אצלנו כבר עד כדי כך שניתן לדבר על מעין 'הלכתא מדינה' ... ומשהשתרש המנהג ונעשה קבע, אין טעם לבכות עליו ולפסול אותו משיקולים מוסריים או אתיים צרופים..." (שם, 549).

בענייננו-שלנו לא מצאתי כל הצדק לתור אחר מינהג - בין על דרך הכלל בין על דרך הפרט - מפאת קיומו של חוק חרות ומפורש, ואני מסכים לחוות דעתו של חברי הנשיא ברק.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של הנשיא א' ברק.

ניתן היום, כ"ג באב התשס"ב (1.8.2002).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א

העתק מתאים למקור A10.00008490 /ד/ /
נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח.
רשם

בבית המשפט העליון פועל מרכז מידע, טל' 02-6750444
בית המשפט פתוח להערות והצעות: pniot@supreme.court.gov.il
לבתי המשפט אתר באינטרנט: www.court.gov.il