



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 1213/10

לפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' גרוניס
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל

העותרים :

1. אייל ניר
2. שרה בנינגה
3. יואב ברק
4. טל שפירא
5. גלעד ברעם
6. נועה גז
7. דניאל שקורי
8. שרון קספר
9. דני אבידן
10. יותם וולף
11. אדם ישי אמוראי
12. אורי איילון
13. ויקטור שם טוב
14. סמי מיכאל
15. יוסי שריד
16. רונית מטלון
17. פרופ' ירון אזרחי
18. פרופ' אליס שלוי
19. נתן זך
20. חנה פרידמן
21. מוסי רוז
22. רחל אבנרי
23. אורי אבנרי
24. פרופ' יוסי זעירא
25. פרופ' צבי מאז"ה
26. הרב אריק אשרמן
27. ד"ר ישי מנוחין
28. יואב הס
29. בני גפן
30. רחל יונה מיכאל

נ ג ד

- המשיבים :
 1. יו"ר הכנסת
 2. שר המשפטים
 3. השר לביטחון פנים
 4. משה לשם
 5. חנה ברט
 6. בתיה גאולה גלברד
 7. זכריה רבינוביץ
 8. יסכה קופ
 9. גבריאל ויסרוזן
 10. מערך הקליניקות המשפטיות, מכללת "שערי משפט", הוד השרון

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה : כ"ב בתמוז התשע"א (24.07.2011)

- בשם העותרים : עו"ד יפתח כהן ; עו"ד עומר שץ
 בשם המשיב 1 : עו"ד סיגל קוגוט ; עו"ד אפרת חקאק
 בשם המשיבים 2-3 : עו"ד דינה זילבר
 בשם המשיב 4 : עו"ד נדב העצני ; עו"ד עדי ברנר
 בשם המשיבים 5-10 : עו"ד אביעד הכהן ; עו"ד חגי ויניצקי

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

עניינה של העתירה בחוקתיות החוק להפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע - 2010, שהתקבל בכנסת ביום 25.1.2010 (להלן: החוק).

הרקע לחקיקה

1. בשנת 2003 הכריז ראש הממשלה דאז, א' שרון, על תכנית מדינית-ביטחונית-לאומית להתנתקותה של מדינת ישראל מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון. התוכנית אושרה בשנת 2004 על-ידי ממשלת ישראל, בהחלטה מספר 1996. החלטה זו הייתה חולייה ראשונה בשרשרת מהלכים שהחלו ננקטים למימושה של התכנית, הקרויה בפי כל "תכנית ההתנתקות" או "ההתנתקות". את הוצאתה לפועל של התוכנית ליוו מספר פעולות מקדימות, והמהלכים למימושה הושלמו עם חקיקתו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה - 2005 מיום 16.2.2005 (להלן: חוק ההתנתקות). בחודש אוגוסט 2005, במהלך שנמשך תשעה ימים, בוצעה תוכנית ההתנתקות עצמה, בה פינתה מדינת ישראל 1940 משפחות של אזרחים ישראלים; סה"כ כ-9,000 איש, מ-22 ישובים בחבל עזה ו-4 ישובים בצפון השומרון.

מראשית ימיה לוותה תוכנית ההתנתקות בשיח ציבורי ער, שפרט על נימיה הרגישים ביותר של החברה הישראלית, והציף על פני השטח מתחים אידיאולוגיים-דתיים וחברתיים עמוקים ביותר שאיימו על יציבותה. המחאה כנגד תוכנית ההתנתקות התפשטה לכל עבר, והקיפה קבוצות שראו באפשרות מימושה משום אובדן דרך מדינית חברתית, לאומית ודתית. הארץ רעשה. ימים קשים וכואבים היו אלה, ועמדנו על כך בפסק דיננו בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן: עניין חוף עזה), בו נבחנה חוקתיות חוק ההתנתקות:

"ימים קשה הם אלה. העם מפולג. מרחף חשש של אלימות. ניתוק קשה ומכאיב של אלפי מתיישבים ישראלים מחבלי ארץ בהם חיו שנים רבות עומד להתרחש. הכנסת והממשלה קיבלו הכרעות מדיניות קשות שהן בעלות אופי היסטורי ממש על פיהן מתנתקת ישראל מאזור חבל עזה ומאזור צפון השומרון..." (עניין חוף עזה, בעמ' 512).

2. על רקע ייחודיותו של המהלך, עוצמת הכאב והשבר שחוו המתנגדים לו והיקף המחאה הציבורית שעורר בקרב האוכלוסייה שהתנגדה לו, עלה כנראה חשש בקרב רשויות האכיפה מפני התפרצותה של אלימות בהיקפים שמדינת ישראל טרם התמודדה עימם בעבר. חשש זה הביא את רשויות אכיפת החוק לאמץ מדיניות ייחודית להתמודדות עם עבריינות מצד מתנגדי התוכנית. מדיניות זו באה לידי ביטוי ראשית בחקיקה – תוך אימוץ עבירות ייחודיות בחוק ההתנתקות, ושנית, במדיניות האכיפה

כלפי המתנגדים שפעולותיהם גלשו מתחום המחאה הלגיטימית לתחום הפלילי. בהתאם לכך ננקטו צעדים שונים, החל ממעצרים ועד להגשת כתבי אישום בגין עבירות שונות. סך הכל עלה מן הנתונים שהוצגו בפנינו, כי במהלך תקופת ההתנתקות בוצעו כ-6,000 מעצרים (ביניהם מעצרים רבים של קטינים), מתוכם הוגשו כ-600 כתבי אישום בגין עבירות שונות. בדיעבד הועלתה ביקורת כלפי המדיניות שננקטה כלפי מתנגדי תוכנית ההתנתקות, ונטען בין היתר כי רשויות אכיפת החוק פעלו נגד מתנגדי ההתנתקות בנוקשות והחמרת יתר של הסטנדרט הפלילי המחייב לעומת מפגינים כנגד מחאות אחרות (ראו עמ' 18-20 לתגובת הכנסת מיום 14.6.2010).

כך או אחרת, נראה כי לכל היה ברור כי תוכנית ההתנתקות היוותה אירוע ייחודי שהשפיע עמוקות על המציאות החברתית והלאומית בישראל ונתפס כנקודת שבר קריטית לקבוצה גדולה בקרב החברה הישראלית, שנאלצה לעזוב את ביתה בניגוד לרצונה, בהישען על החלטה מדינית עימה התקשתה להשלים. כן ברור היה כי תוכנית ההתנתקות הביאה לתסיסה ציבורית שלווה במחאה עזה ולתגובות קיצוניות, לרבות תגובות עברייניות שכתוצאה מהן ננקטו פעולות אכיפה רחבות היקף.

3. ייחודיות זו של תוכנית ההתנתקות על השלכותיה והמציאות שנוצרה בעקבותיה, היא שעמדה אף ביסוד מדיניות הטיפול של היועץ המשפטי לממשלה, שגובשה בשנת 2006, כשוך סערת האירועים, בבקשות לעיכוב ההליכים בתיקים פליליים שנפתחו על רקע פעולות התנגדות לתוכנית ההתנתקות. הצורך בגיבוש מדיניות ייחודית בהקשר זה נומק ופורסם בהודעה לעיתונות מיום 29.1.2006, שצורפה כנספח ז' לעתירה. וכך נאמר שם:

”ב. לאור ייחודיותה של תוכנית ההתנתקות והאירועים הקשורים בה ועל רקע המספר הרב של כתבי אישום שהוגשו בנוגע לאירועים אלה, התעורר הצורך בקביעת הנחיות קונקרטיות לטיפול בבקשות לעיכוב הליכים בתיקים אלה. הנחיות אלה משקפות את האיזון הראוי בין האינטרס הציבורי בשמירת שלטון החוק, לבין התחשבות בייחודיות האירועים, בעיקר לעניין מעורבותם של קטינים ובני נוער בעלי רקע נורמטיבי”.

בהתאם להנחיות האמורות של היועץ המשפטי לממשלה, סווגו הבקשות לעיכוב הליכים שעניינן התנגדות לתוכנית ההתנתקות והפינוי לשלוש רמות טיפול שונות, בשים לב למהות העבירות; חומרתן; נסיבות ביצוען; גילו של החשוד (קטין או בגיר); קיומו של עבר פלילי; נטילת אחריות לביצוע; סירוב להזדהות ומידת שיתוף

הפעולה בחקירה ועוד. כך למשל, נקבע כי רמת הטיפול הראשונה תכלול תיקים של קטינים נעדרים עבר פלילי שמיוחסות להם עבירות של התקהלות אסורה, התפרעות, כניסה/שהייה בשטח צבאי סגור או עבירות שעניינן הכשלת שוטר ובעובדות כתב האישום לא מיוחסות להם עבירות אלימות, איומים או העלבת עובד ציבור, כאשר החשוד הודה ונטל אחריות על המיוחס לו ולא סירב להזדהות ולמצער הזדהה תוך זמן קצר. נקבע כי על דרך הכלל ההליכים שיסווגו לרמה זו יעוכבו באזהרה ללא קבלת תסקיר שירות מבחן.

כמו כן, וכפי העולה מתגובת הפרקליטות לעתירה, לצד מדיניות זאת ננקטו מהלכים נוספים שנועדו ליישם מדיניות אכיפה מאופקת ביחס למי שביצעו עבירות פליליות על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות, בכלל זה נקבעו הליכי סינון ראשוניים קודם הגשת כתבי אישום (במיוחד בעניינם של אנשים צעירים נעדרים עבר פלילי שביצעו לראשונה עבירות שאינן חמורות), וכן הובעה נכונות למתן חנינות אינדיבידואליות במקרים המצדיקים זאת. כך, ציינה המדינה כי ניתנו חנינות בכ-70 תיקים ועוכבו עשרות כתבי אישום שהוגשו בעניין.

לתפיסתו של משרד המשפטים, מכלול מנגנוני טיפול מקלים אלה; הפעלת סמכויות היועץ המשפטי לממשלה בנושא עיכוב הליכים והפעלת סמכות הנשיא בענייני חנינה במקרים המתאימים; אמורים היו ליתן מענה הולם לייחודיות הנסיבות של אירוע ההתנתקות ולהיקף התיקים הפליליים שנפתחו על רקע התנגדות לו. מהלכים אלה נתפסו על-ידי משרד המשפטים כמנגנונים ראויים ומועדפים על פני חקיקה המעניקה חנינה גורפת לכל מי שנפתח נגדו הליך פלילי על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות.

4. ברם, התברר כי הכנסת סברה אחרת, שכן בחודשים פברואר ויולי 2007 הונחו על שולחן הכנסת (הכנסת ה-17) - לקריאה טרומית - שתי הצעות חוק פרטיות, ששימשו מסד לחוק נשוא העתירה שלפנינו; הצעות החוק ביקשו לעגן בחקיקה מתן חנינה לכל מי שנפתח נגדו הליך פלילי בגין עבירות שבוצעו במסגרת המחאה נגד ההתנתקות, במגבלות מסוימות. הצעת החוק הראשונה הוגשה על-ידי חבר הכנסת אליהו גבאי (הצעת חוק יישום תוכנית ההתנתקות (תיקון - מחיקת רישום פלילי), התשס"ז - 2007) והצעת החוק השנייה הוגשה על-ידי חבר הכנסת (כתוארו אז) ראובן ריבלין ו-33 חברי כנסת נוספים מסיעות שונות בכנסת (הצעת חוק החנינה בעניין תוכנית ההתנתקות, התשס"ז - 2007). הצעות אלה אושרו בקריאה טרומית ביום 18.7.2007, ועברו להכנה לקריאה ראשונה לוועדת החוץ והביטחון של הכנסת, אשר

קיימה בהצעת החוק תשעה דיונים מקיפים. כעולה מתגובת הפרקליטות, במהלך הדיונים בהצעות החוק הביעו נציגי משרד המשפטים עמדה עקרונית המתנגדת לחקיקה המוצעת, על בסיס ארבע הנמקות עיקריות: ראשית, נוכח העובדה כי הצעת החוק מתערבת באיזון שנקבע בחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, תשמ"א - 1981 (להלן: חוק המרשם) בין האינטרס הציבורי שבניהול המרשם הפלילי ומסירת מידע פלילי לבין זכות הפרט לשיקום ולפרטיות, ומקדמת באופן בלתי שוויוני אינטרסים של קבוצה עבריינית מסוימת על-פני אחרת. שנית, נוכח החשש כי הצעת החוק תעודד הפרות חוק על רקע אידיאולוגי. שלישית, נוכח העובדה כי ההצעה עלולה לכרסם בסמכויות נשיא המדינה לפי סעיף 18 לחוק המרשם. רביעית, בשל חוסר נחיצותה של החקיקה בהינתן דרכים אלטרנטיביות - שפורטו לעיל - להשגת התכלית המהותית לה נועדה החקיקה, בלי לשלם את המחירים הכרוכים בה.

5. חרף האמור, סברו חברי הכנסת כי נוכח ייחודיותו של אירוע ההתנתקות והחשיבות שבאיחוי הקרעים החברתיים שהותיר, מן הראוי להמשיך ולקדם את החקיקה המוצעת. וכך למשל התבטא ח"כ ראובן ריבלין (בתוארו אז) במסגרת אחד הדיונים שהתקיים בפני ועדת החוץ והביטחון בעניינו של החוק (ועדת החוץ והביטחון, הכנסת ה-17, 6 (30.6.2008), הפרוטוקול טרם פורסם): "כאן באה האומה ואומרת, אנחנו רוצים לרפא פצע, יהיו צודקים, יהיו לא צודקים, אנחנו מבינים שהאירוע הזה הוא אירוע לאומי טראומטי שפער פצע בליבה של האומה ואנחנו מבקשים לתקן אותו..."

לאחר שינויים ותיקונים שנערכו בהצעת החוק, אישרה ועדת החוץ והביטחון ביום 14.7.2008 את הצעת חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התשס"ח - 2008, ה"ח 252 לקריאה ראשונה, וביום 22.7.2008 הונחה ההצעה על שולחן הכנסת. ביום 29.7.2008 אישרה הכנסת ה-17 את הצעת החוק בקריאה ראשונה.

ביני לביני, וקודם שהושלמו הליכי אישור החוק, התפזרה הכנסת ה-17. ביום 7.12.2009, אישרה הכנסת ה-18 החלטת דין רציפות על הצעת החוק, וביום 14.12.2009 החליטה ועדת הכנסת על העברת הצעת החוק לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, לצורך הכנתה לקריאה שנייה ושלישית. בשלב זה, שינתה הממשלה עמדתה, וברוב קולות החליטה ועדת השרים לענייני חקיקה לתמוך בהצעת החוק. ועדת החוקה קיימה דיון בהצעת החוק, ובסופו החליטה לאשרו לקריאה שנייה ושלישית.

ביום 25.1.2010 אישרה הכנסת את הצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית, ברוב של 51 חברי כנסת תומכים מול 9 מתנגדים.

הסדרי החוק

6. בתמצית ניתן לומר כי החוק נשוא העתירה שלפנינו כולל שלוש הוראות מרכזיות:

הראשונה, עוגנה בסעיף 2 לחוק, ועוסקת בהחלטות או גזרי דין שניתנו עקב עבירה על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות. בהתאם להוראות הסעיף, לא יבוצעו גזר דין או החלטה שניתנה לגבי מי שהורשע בעבירה על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות, ואם הוחל בביצוע גזר הדין או ההחלטה, יופסק ביצועם אם ביקש זאת הנאשם. הוראה זו לא תחול על מי שהוטל עליו עונש מאסר בפועל. וכך קובע סעיף 2:

2. (א) הורשע נאשם בעבירה על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות או קבע בית משפט כי עבר עבירה כאמור, לרבות קביעה לפי סעיף 24 לחוק הנוער (שפיטה, ענישה ודרכי טיפול), התשל"א-1971, לא יבוצעו גזר דינו או החלטה שניתנה לגביו עקב עבירה כאמור אף אם ניתנה בלא הרשעה; החל ביצוע גזר הדין או ההחלטה, לפי העניין, יופסק ביצועם, אם ביקש זאת הנאשם.

גזר דין או החלטה

(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על מי שהוטל עליו עונש של מאסר בפועל.

ההוראה השנייה עוגנה בסעיף 3 לחוק, ועוסקת במחיקת רישומים מהמרשם הפלילי. בהתאם להוראות הסעיף, רישומים פליליים שעניינם עבירה על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות ימחקו מן המרשם הפלילי לבקשת האדם שהרישום נוגע לו. הוראה זו לא תחול מקום בו הוטל עונש של מאסר בפועל בגין העבירה או בנסיבות בהן יש למורשע פרט רישום נוסף שתקופת ההתיישנות והמחיקה לגביו לא תמו. וכך בלשון הוראות הסעיף:

3. (א) פרט רישום כמשמעותו בסעיף 2 לחוק המרשם הפלילי, שעניינו עבירה על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות, יימחק מהמרשם הפלילי לבקשת האדם שפרט הרישום נוגע אליו, ובלבד שלא הוטל על אותו אדם עונש מאסר בפועל לגבי אותה עבירה, או

מחיקת רישום

שאינן פרט רישום נוסף הנוגע לו, שתקופת ההתיישנות ותקופת המחיקה לגביו עוד לא תמו.

(ב) כל רישום כאמור בסעיף 11א לחוק המרשם הפלילי, שעניינו עבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות, יבוטל מרישומי המשטרה אם ביקש זאת האדם שהרישום נוגע לו.

(ג) מידע שיימחק או יבוטל, כאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) לא יימסר לגוף אחר.

(ד) הוראות סעיף זה לא יחולו על מי שיש פרט רישום או רישום כאמור בסעיפים קטנים (א) ו-(ב) הנוגע לו, או רישום כאמור בסעיף 11 לחוק המרשם הפלילי, שלא על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות.

ההוראה השלישית עוגנה בסעיף 4 לחוק, ועוסקת בהפסקת הליכים. בהתאם להוראות הסעיף, לא יוגשו כתבי אישום בעבירות על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות, אלא בנסיבות בהן פרקליט המחוז מודיע לבית המשפט כי בכוונתו לבקש להטיל על החשוד עונש מאסר בפועל אם יורשע. בנסיבות בהן כבר הוגש כתב אישום בגין עבירות על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות, והמדינה אינה מבקשת להטיל על החשוד עונש של מאסר בפועל כאמור לעיל, יראו את כתב האישום שהוגש כאילו עוכבו לגביו הליכי המשפט, מבלי שקיימת האפשרות לחדשם לפי סעיף 232 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב - 1981 (להלן: "ח"ד"). וכך לשון הסעיף:

הפסקת הליכים

4. (א) לא יוגש כתב אישום בעבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות, אלא אם כן פרקליט מחוז החליט למסור הודעה לבית משפט לפי סעיף 15א לחוק סדר הדין הפלילי בעניין בקשה מבית המשפט להטיל על הנאשם עונש מאסר בפועל אם יורשע.

(ב) הוגש כתב אישום בעבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות וטרם ניתנה הכרעת הדין, יראו את כתב האישום כאילו עוכבו לגביו הליכי המשפט לפי סעיף 231 לחוק סדר הדין הפלילי, אם ביקש זאת הנאשם מהתובע, והוראות סעיף 232 לחוק האמור לא יחולו; ואולם הוראות סעיף קטן זה לא יחולו אם פרקליט מחוז מסר הודעה לבית משפט כאמור בסעיף קטן (א).

להשלמת התמונה יצוין כי החוק מכיל שני סייגים עיקריים. הראשון, קבוע בסעיף ההגדרות שלו, ולפיו עבירות אלימות חמורות אינן מהוות "עבירה על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות" מן הסוג שעל בסיסה ניתן לבקש את החלת ההסדרים שבחוק. ואלה העבירות שהוחרגו מן החוק; נשיאה או הובלת נשק ללא היתר, לפי סעיף 144(ב) לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין); רצח ונסיון לרצח, לפי סעיפים 300 ו-305 לחוק העונשין; חבלה בכוונה מחמירה, לפי סעיף 329 לחוק העונשין; נסיון לחבלה באמצעות חומר נפץ, לפי סעיף 330 לחוק העונשין; סיכון חיי אדם במזיד בנתיב תחבורה, לפי סעיף 332 לחוק העונשין; חבלה מחמירה ופציעה, לפי סעיפים 333 ו-334 לחוק העונשין וכן ביצוע שני אלה בנסיבות מחמירות לפי סעיף 335 לחוק העונשין; תקיפה הגורמת חבלה ממשית, לפי סעיף 380 לחוק העונשין. הסייג השני נקבע בסעיף 6 לחוק, ולפיו הוראות החוק לא יחולו על הליכים המתנהלים בבית דין צבאי. בתגובתה הוסיפה הכנסת וציינה כי החוק לא חל גם בעניינם של אנשי אכיפת החוק, שכן העבירות הנעברות על-ידן כנציגי השלטון שונות מעבירות הנעברות על-ידי אזרח מן השורה.

טענות הצדדים

העותרים

7. טענתם המרכזית של העותרים היא כי החוק אינו חוקתי, ולפיכך קמה עילה להורות על ביטולו. את העילה החוקתית מבססים העותרים בעיקר על הטענה כי החוק פוגע בזכות לשוויון בפני החוק העולה כדי פגיעה בכבוד - המוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד) - וכי פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד. על-פי הטענה, החוק מפלה בין אלה שנפתחו נגדם הליכים פליליים על רקע פעולות מחאה שביצעו בשל התנגדותם האידיאולוגית לתוכנית ההתנתקות, לאלה שנפתחו להם תיקים פליליים על רקע פעולות מחאה אחרות שביצעו עקב התנגדות אידיאולוגית למהלכים אחרים של הממשלה. כך, על-פי הטענה, הופלו לרעה למשל, מפגינים שנעצרו במסגרת הפגנות נגד הבניה בשכונת שיח-ג'ראח בירושלים כדוגמת חלק מן העותרים. לשיטת העותרים, יש בחוק כדי לפגוע בזכות לחופש ביטוי וחירות ההפגנה של קבוצה בעלת תפיסה אידיאולוגית אחת לעומת קבוצה בעלת תפיסה אידיאולוגית אחרת, מבלי שקיימת הצדקה עניינית לכך. העותרים מדגישים כי הם תומכים, כתפיסה גורפת, בהענקת חנינה או הקלה לכל אדם שנעצר, נחשד או הואשם, בעבירות שמקורן בהתנגדות אידיאולוגית למהלך פוליטי כזה או אחר, בין היתר של מתנגדי תוכנית ההתנתקות. עם זאת, נטען על-ידם שלא זהו עניינו

של החוק, שכן זה מבכר מתן הקלה בפלילים לקבוצה שהתנגדותה נשענת על אירוע מסוים ואוריינטציה פוליטית-אידיאולוגית מסוימת, מבלי שהדבר נעשה לגבי כל מי שמעורבותו בהליכים פליליים מקורה בפעולות שנקט במסגרת התנגדות אידיאולוגית-פוליטית למדיניות הריבון.

בהישען על תפיסתם זו באשר להפלייה שביסוד החוק, נטען עוד על-ידי העותרים כי החוק מדגים שימוש לא ראוי בכוחו של הרוב הדמוקרטי בבית הנבחרים על מנת לפגוע בזכויות המיעוט, וככזה הוא פוגע בעקרונות יסוד של השיטה ובאושיות המשטר הדמוקרטי הייצוגי. עוד נטען על-ידי העותרים כי החוק פוגע בעקרון הפרדת הרשויות באופן בלתי ראוי, שכן הוא מכשיר התערבות פוליטית בהליכים פליליים, תוך שהוא כופה על הרשות המינהלית (האמונה על אכיפת החוק) ועל הרשות השופטת לפעול באופן סלקטיבי בביצוע מלאכתם, בלא הצדקה לכך. לבסוף, נטען על-ידי העותרים כי החוק עומד בסתירה לחוק יסוד: נשיא המדינה, שכן הוא פוגע בסמכותו הבלעדית של הנשיא להענקת חנינה אינדיבידואלית. העותרים מודעים לכך שהחוק מדבר בלשון "חנינה כללית", אך לשיטתם אין מדובר בחנינה כללית כי אם בחנינה קבוצתית, סופית ומוגדרת של אינדיבידואלים על-בסיס מפתח פרטני – אידיאולוגי, פוליטי, לאומי ודתי. במצב דברים זה, כך העותרים, יש להורות על ביטולו של החוק, שכן אין בידה של חקיקה ראשית לגבור על סמכויות הרשויות המוקנות להם בחוקי יסוד.

ביום 15.7.2010 הוצא בעתירה צו על תנאי המתייחס לטענה אחת בלבד, ואשר הורה למשיבים לבוא וליתן טעם מדוע לא יקבע כי החוק אינו חוקתי בשל היותו פוגע בעקרון השוויון.

המשיבים

8. כתבי בי-דין רבים ומרחיבים הונחו בפנינו בעתירה זו מטעם המשיבים השונים; המשיב 1 (יו"ר הכנסת, להלן: הכנסת), המשיבים 2-3 (שר המשפטים והשר לביטחון פנים, שיוצגו על-ידי פרקליטות המדינה ויקראו למען הנוחות: הפרקליטות) והמשיבים 4-10 (המשיב 4 יוצג בנפרד), שהינם אנשים פרטיים שהיו מעורבים בפעולות מחאה נגד תוכנית ההתנתקות. תחילה עמדו הצדדים - ובעיקר הכנסת והפרקליטות - על הליכי החקיקה הממושכים שעבר החוק, על הדיון המפורט והמקיף שנערך בוועדות השונות קודם קבלתו ועל השיקולים שהנחו את המחוקק במהלכם. לגופם של דברים, ניתן לומר כי גם אם כל אחד מן המשיבים מצא ליתן דגשים שונים

במקצת בתגובתו לעתירה, נראה כי כחוט השני עוברת בבסיס עמדת המשיבים התפיסה המשותפת לפיה לא קמה עילה חוקתית לביטול החוק, וזאת בעיקר נוכח הנסיבות הייחודיות שעמדו ביסוד חקיקתו - אירוע ההתנתקות ומשמעויותיו החברתיות - המצדיקות על-פי הטענה קביעת הסדר ייחודי למי שהיו מעורבים בהליכים הפליליים שאינם מן החמורים שבמעשים הפליליים שבוצעו על רקע ההתנגדות להתנתקות. לתפיסת המשיבים, ייחודיות זו מובילה למסקנה כי החוק אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון, וזאת משני טעמים עיקריים. ראשית, נוכח העובדה כי אין מדובר בהפלייה בין שווים, כי אם ביחס שונה לשונים. כך, לתפיסת המשיבים, מחיקת הרישומים והפסקת ההליכים הפליליים מתייחסת לקבוצה בעלת מאפיין רלוונטי וייחודי ביחס לתכלית החקיקה, ואילו אחרים, אשר השתתפו בפעולות מחאה על רקע שונה, אינם נמנים עם קבוצה זאת. שלושה מאפיינים עיקריים הובאו על-ידי המשיבים כדי לבסס את טיעוניהם כי החוק אינו פוגע בשוויון ומצדיק את ההבחנה שנעשתה במסגרתו. המאפיין הראשון - ייחודיותו וחריגותו של אירוע ההתנתקות; עוצמתו, היקפו, משמעותו הלאומית והשבר שגרם בעם. המאפיין השני - החשיבות שמייחס המחוקק לריפוי הפצע שלא נרפא בחברה לאחר תום תכנית ההתנתקות, ולפיוס בין חלקי העם, תוך קביעת הסדר משקם בעניינם של מי שהתנגדו בשעתו להתנתקות, ובכפוף לכך שאלה הואשמו בעבירות קלות יחסית. המאפיין השלישי - שהוצג בעיקר בטענות הכנסת והמשיבים 4-10, עניינו בטענה כי מלכתחילה האכיפה בעניינם של מתנגדי ההתנתקות הייתה נוקשה, כך שיש בחקיקה משום אלמנט "מתקן" של המדיניות שננקטה באותה עת. כתמיכה להצדקה שבהפעלת מדיניות מיוחדת ביחס לקבוצה זו, ציינו המשיבים כי גם רשויות האכיפה מצאו להפעיל בשנים האחרונות בעניינם של מתנגדי ההתנתקות מהלכים מקלים ייחודיים, כדוגמת מדיניות עיכוב ההליכים של היועץ המשפטי לממשלה, בעניינה הרחבנו לעיל. מטעם הכנסת נטען עוד, כי בכל מקרה אין החוק פוגע בשוויון במובנו החוקתי, היינו כפי שהוא נגזר מהזכות לכבוד האדם המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בהתאם למודל שאומץ בפסק הדין בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), (להלן: עניין בחורי הישיבות). הכנסת הקדישה חלק נרחב מטיעונה בניסיון לשרטט את הגבולות הראויים לשיטתה לעקרון השוויון החוקתי. בתמצית נציין כי לשיטת הכנסת, השוויון החוקתי נועד להגן על הפרט מפני הפלייה שיש בה השפלה, המדירה אדם או קבוצה בהישען על תכונות הטבועות בו, תוך הנצחת דעות קדומות ושימור קבוצות חלשות. זוהי הפלייה המבוצעת על רקע של מה שמכונה במשפט "קבוצה חשודה". לשיטת הכנסת, רק על הפלייה מסוג זה אמור לחול השוויון החוקתי הנגזר מכבוד האדם. בהעדר תחימה כאמור של היקף הזכות, טוענת הכנסת כי מעבר לכך רוב ההבחנות שבחוק, וביניהם בדין הפלילי, יעלו כדי הרחבה בלתי מוצדקת של הזכות

החוקתית. בנסיבות עניינו של החוק, מדובר בהבחנה על בסיס אירוע מסוים שהסתיים, אשר יצר קבוצה מזדמנת ולא על רקע של "קבוצה חשודה" ולפיכך אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון. לצורך תמיכה בטיעוניה פרשה הכנסת משנה רחבה, תוך הפנייה לגישות השונות באשר לתפיסת השוויון כפי שאומצו במדינות שונות בעולם.

לצד זאת, ציינו המשיבים כולם, כי גם אם יסבור בית המשפט שהחוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון, עדיין מדובר בפגיעה העומדת במבחני פסקת ההגבלה. כך נטען כי החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל ונועד לתכלית ראויה לשם איחוי הקרע בעם בעקבות האירוע הייחודי של ההתנתקות. כן נטען כי החוק עומד בדרישות המידתיות: ראשית, כי מתקיים קשר רציונלי בין תכליתו הברורה לאמצעי שנבחר להגשמתה. שנית, כי מתקיים מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – בשים לב לאיזונים הפנימיים שנקבעו בו והגבלת תחולתו, היינו העדר תחולה על עבירות חמורות, העדר תחולה על חיילים ועל נסיבות שחייבו השתת מאסר בפועל או נסיבות בהן קיימים רישומים פליליים נוספים. שלישית, כי מתקיים מבחן ההתאמה בין התועלת לנזק, שכן הנזק הינו פגיעה (ולשיטת הכנסת פגיעה קלה) בשוויון ואילו התועלת החברתית שבשיקום ומחילה עולה על פגיעה זאת.

המשיבים התייחסו אף ליתר טענות הצדדים, וביקשו לדחותן. כך, בכל הנוגע לטענה בדבר פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות, סמכות הרשות המינהלית, הרשות השופטת ונשיא המדינה, נטען - בעיקר על ידי הכנסת ופרקליטות המדינה - כי החוק אינו פוגע בסמכויות מי מבין הרשויות או בעקרון הפרדת הרשויות, במיוחד בשים לב לתחולתו המצומצמת, סייגיו, העדר השלכות אופרטיביות והיותו מקביל למדיניות שאומצה ממילא על-ידי משרד המשפטים. כן נטען כי החוק אינו עוסק בחנינה אינדיבידואלית, המצויה בסמכות נשיא המדינה על-פי חוק יסוד: נשיא המדינה, כי אם בחנינה כללית המצויה בסמכות המחוקק, וממילא אין ניתן להצביע על סתירה בין החוק לחוק יסוד.

9. יצוין עם זאת, כי הפרקליטות בכתבי טענותיה, בשונה מהכנסת, לא חלקה על כך שמדובר בחוק בלתי שגרתי שבליבו הסדר "שאינו פשוט, אם להתנסח בעדינות" (פסקה 3 לתגובת הפרקליטות מיום 20.6.2010), אך כאמור ציינה כי גם הרקע לחקיקתו אינו שגרתי ובסופו של יום גם לשיטתה אין הצדקה להורות על ביטולו כיוון שהוא מוביל, כלשון הפרקליטות, "לשורה תחתונה" מידתית שנעשתה לתכלית ראויה. עוד הבהירה הפרקליטות כי בתחילת הדרך ובמסגרת הליכי החקיקה השונים אכן התנגד משרד המשפטים להצעת החוק ממספר טעמים, כפי שפורטו לעיל בפסקה 4 לפסק דין

זה. עם זאת, הבהירה הפרקליטות כי כעת, משנחקק החוק, אין לומר כי ההסדר המעוגן בו לא נועד לתכלית ראויה או נגוע בפגם בולט של חוסר מידתיות, ולפיכך לא עלה בידי העותרים לבסס עילה שתצדיק את ביטולו.

לצד זאת, הזכירה הפרקליטות בטיעוניה כי בישראל, בנסיבות מיוחדות המצדיקות זאת, הוכרה הלגיטימיות של שקילת שיקולים "מדיניים"-ציבוריים במסגרת החלטת רשויות האכיפה אם וכיצד להפעיל את הסמכויות הנתונות להן. לשיטת הפרקליטות, דברים אלה נכונים שבעתיים עת מדובר בחקיקה הקובעת כי בשל שיקולים מדיניים-ציבוריים ראוי להפסיק או לעכב הליכים פליליים מסוימים. כן הציגה הפרקליטות נתונים הנוגעים ליישום החוק בפועל, מהם עלה כי נכון ליום 6.2.2011 קיימים 2,367 אנשים בעלי רישום פלילי שיש להם לפחות פרט רישום אחד על רקע ההתנגדות לתוכנית ההתנתקות, מתוכם על 883 (37%) החוק אינו חל כלל, נוכח סייגי החוק. סך הכל תחולת החוק היא על 1,483 פרטים, להם 1,535 תיקים פליליים. מן הנתונים שהציגה הפרקליטות עולה כי עם קבוצה זו נמנים, למשל, 626 תיקי אי-תביעה (בהם הוחלט שלא להגיש תביעה) ו-569 תיקים שנסגרו מן העילות הקבועות בחוק. עוד נמסר, כי נכון לסוף חודש יוני 2011 התקבלו 149 פניות להפעלת המנגנון הקבוע בחוק, מתוכם 111 פניות לביטול תיקים סגורים ו-38 פניות למחיקת פרטי רישום. מן הנתונים האמורים ביקשה הפרקליטות ללמוד שניים; ראשית, כי עד כה הופעל החוק על קבוצת אנשים מצומצמת יחסית בהיקפה. שנית, כי עד כה לא נעשה שימוש רב במנגנון הקבוע בחוק, דבר המחזק את התחושה כי מלכתחילה מטרתו הייתה בעיקרה הצהרתית. נתונים אלה מבטאים את התחושה כי השלכותיו האופרטיביות של החוק הינן מצומצמות ממילא ולפיכך אין מקום להורות על ביטולו. טענה זו הודגשה אף על-ידי הכנסת.

נשלים ונאמר כי במהלך התקופה בה הייתה העתירה תלויה ועומדת צורפו לה, על-פי בקשתם, משיבים נוספים - המשיב 4 והמשיבים 5-10, שהינם פרטים שהיו מעורבים באופן ישיר בפעולות המחאה נגד תוכנית ההתנתקות, ואשר בעקבותיהן נפתחו להם, או למי שהם מייצגים, תיקים פליליים. המשיבים 5-10 הדגישו כי הם מייצגים קבוצה המונה מאות (ואולי אלפי) אנשים שהיו פעילים במאבק נגד תוכנית ההתנתקות. לצד הצגת עמדות משפטיות מפורטות - שתמציתן פורטה לעיל - הציגו משיבים אלה היבטים הנוגעים לחוק ולהשלכותיו בנסיבות עניינם הפרטניות.

עוד נציין, כי ביום 24.7.2011 הוגשה בקשה כללית בשם משיבים נוספים, שפרטיהם לא צוינו, ואשר בה התבקשה מחיקת העתירה על הסף נוכח העובדה כי אלה לא צורפו חרף העובדה כי הם עלולים להיפגע מתוצאות ההליך. לא ראינו להיענות לבקשה זאת נוכח התוצאה אליה הגענו ובעיקר בשל כך שהאינטרסים העומדים בבסיס עניינם של כל נמעני החוק מיוצגים היטב על-ידי המשיבים שלפנינו.

דיון

10. כאמור, הצו על תנאי שיצא מלפנינו, התייחס רק לשאלה האם החוק פוגע בשוויון במידה המצדיקה את ביטולו של החוק. ייאמר כבר עתה, כי לאחר שבחנו את מכלול טענות הצדדים, וחרף הקשיים שחוק זה מעורר, באנו לכלל מסקנה כי גם אם יש בו משום פגיעה בשוויון, הרי שהחוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה, שכן הוא נחקק לתכלית ראויה ומקיים את מבחני המידתיות. גם יתר טענות העותרים, אליהם נתייחס בקצרה, לא ביססו לשיטתנו עילה חוקתית לביטול החוק. במצב דברים זה, באנו לכלל מסקנה כי דין העתירה להדחות, ולפירוט עמדתנו נעבור כעת.

פגיעה בעקרון השוויון

11. מעטים הם העקרונות בשיטתנו המשפטית שזכו לכתיבה ענפה כעקרון השוויון, עליו נאמר כבר לפני ארבעה עשורים כי הוא משול ל"נשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר ואח', פ"ד כג(1) 693, 699 (1969) (השופט מ' לנדוי), ומקומו המרכזי בשיטתנו המשפטית כמו ברור מאליו (ראו למשל יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" משפט וממשל ה' 165, 174-175 (1999) (להלן: זמיר וסובל); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים ישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח', פ"ד סא(1) 1, 28-29 להלן: עניין ועדת המעקב). לפני מספר שנים אף זכה עקרון השוויון במעמד חוקתי על-פי פסיקתו של בית משפט זה בפסק דינו בעניין בחורי הישיבות; בפסק הדין בפרשה זו, אומץ המודל לפיו הזכות לשוויון הינה חלק מכבוד האדם - המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ככל שזו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק. ובלשון הנשיא א' ברק בפסק הדין: "ניתן לכלול בגדרי כבוד האדם גם הפלייה שאין עימה השפלה, ובלבד שהיא תהא קשורה בקשר הדוק לכבוד האדם כמבטא אוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש בחירה וחופש פעולה וכיוצא בהם היבטים של כבוד האדם כזכות חוקתית" (ראו עמ' 683 - 685 בעניין בחורי הישיבות). עיגונה החוקתי של הזכות לשוויון - בהיקף בו אומצה

בפסיקתנו – רלוונטית כמובן לענייננו, עת מתבקש ביטול חוק על בסיס טענה לפגיעה בשוויון. זאת, נוכח העובדה לפיה במודל החוקתי הקיים היום בשיטתנו, לא כל פגיעה בשוויון היא פגיעה בזכות חוקתית, אלא רק פגיעה בשוויון החוקתי הנגזר מכבוד האדם היא שתוכל להביא לביטולה של חקיקה ראשית, ואף זאת בתנאי שפגיעה זו אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

עקרון השוויון חל על מכלול פעולותיהן של רשויות השלטון, ובבסיסו חל איסור ליתן יחס שונה לשווים, היינו בין קבוצות אשר לא ניתן להצביע בעניינן על שוני רלוונטי המצדיק את ההבחנה ביניהן. מקום בו קיים שוני רלוונטי כאמור בין הקבוצות, לא תחשב ההתנהגות השלטונית כפוגעת בשוויון (וראו, למשל, בג"ץ 678/88 כפר ורדים נ' שר האוצר, פ"ד מג(2) 501, 507-508 (1989)).

בנסיבות העניין שלפנינו, טענת העותרים לפגיעה בשוויון הינה למעשה טענה של אכיפה בררנית של הדין הפלילי (או ליתר דיוק אי-אכיפה בררנית ביחס לקבוצת נמעני החוק), ובבסיסה ניצבת הטענה לפיה למרות השוויון הלכאורי בפני החוק, אכיפת החוק מפלה בהישען על מדיניות המותנית בשיוך או בזהות מפר החוק (ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 95 (2008) (להלן: טמיר)).

12. אין להכביר מילים על כך שעקרון השוויון בפני החוק הוא מאבני היסוד של תפיסתנו החברתית והמשפטית. בבסיס השוויון בפני הדין הפלילי ניצבת ההנחה כי כל אדם העובר עבירה ייתן על כך את הדין (בג"ץ 428/86 יצחק ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 574-575 (1986)), בלא הבדל דת, גזע, מין, השקפה פוליטית כזאת או אחרת וכיוצא באלה שיקולים חיצוניים - וזרים - להליך הפלילי גופו, שבמהותו נועד להביא למיצוי הדין עם מי שפעלו בניגוד לחוק. החלה בררנית של הדין הפלילי על בני אדם דומים או מצבים דומים בהישען על שיקולים כאלה או לשם השגת מטרה פסולה, תהווה על-פניה הפלייה פסולה – ואסורה. בית משפט זה נדרש בעבר לסוגיית האכיפה הבררנית. כך למשל, בפסק הדין בבג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית-באר שבע, פ"ד נג(3) 289, 305 (1999) (להלן: ענין זקין), ציין השופט י' זמיר כי:

ללא יומרה להציע הגדרה ממצה, אפשר לומר, לצורך עתירה זאת, כי אכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון כמובן זה שהיא מבדילה לצורך אכיפה בין בני-אדם דומים או בין מצבים דומים לשם השגת מטרה פסולה, או על יסוד שיקול זר או מתוך שרירות גרידא. דוגמה מובהקת לאכיפה בררנית היא, בדרך-כלל, החלטה לאכוף חוק כנגד פלוני, ולא לאכוף את החוק כנגד פלמוני,

על בסיס שיקולים של דת, לאום או מין, או מתוך יחס של עוינות אישית או יריבות פוליטית כנגד פלוני. די בכך ששיקול כזה, גם אם אינו שיקול יחיד, הוא השיקול המכריע (דומיננטי) בקבלת החלטה לאכוף את החוק. (ההדגשה הוספה - ד.ב.).

וראו גם בג"ץ 53/96 תשלובת ח. אלוני בע"מ ואח' נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1, 9-10 (1998), בג"ץ 421/71 יפ-אורה בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד כה(2) 741, 743 (1971), טמיר, בעמ' 29).

13. אין צורך לחזור ולומר עד כמה קשות הן השלכותיה של אכיפה ברונית פסולה על הציבור, החברה ומערכת השלטון. עמד על כך בית המשפט בעניין זקין בצינו כי:

...אכיפה כזאת נוגדת באופן חריף את העיקרון של שוויון בפני החוק במובן הבסיסי של עיקרון זה. היא הרסנית לשלטון החוק; היא מקוממת מבחינת הצדק; היא מסכנת את מערכת המשפט... (שם, שם).

בבג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, מד(2) 485, 512 (1990) (להלן: עניין גנור), הוסיף בית המשפט והתייחס לנזק העצום שנגרם מהפעלה בלתי שוויונית של הדין. הנשיא א' ברק עסק שם בעיקר בשאלת החלת מדיניות שוויונית בהגשת כתבי אישום, אך הדברים שנאמרו שם יפים לענייננו בהתאמה:

"...בהפעילו את שיקול-דעתו, חייב תובע לפעול מתוך שוויון וללא הפליה ...

... הפעלה ראויה של ההליך הפלילי מבוססת על אמון הציבור ברשויות התביעה ועל אמונה כי הן מקבלות החלטותיהן מתוך שוויון. הגשת אישומים בדרך מפלה פוגעת באמון הציבור ברשויות התביעה. פגיעה זו קשה היא למשטר הדמוקרטי. קושי זה הוא משולש: ראשית, שימוש מפלה בכוח התביעה פוגע בהנחות שביסוד הענקת שיקול-דעת לתובע; שנית, הפליה בהגשת אישומים פוגעת באמון שהציבור רוחש לרשויות התביעה בפרט ולרשויות שלטון בכלל, ובכך מכרסמת בעבותות, המקשרים את בני החברה; שלישית, הפעלה לא שוויונית של כוח התביעה פוגעת בכוח המרתיע של המשפט הפלילי..."

ויודגש - מרבית הדיון המוכר במשפטנו הנוגע לסוגיית האכיפה הבררנית עוסק באופן בו מפעילה הרשות המבצעת את שיקול דעתה עת היא באה לאכוף את הדין. בהיבט זה נזכיר כי הדין וההלכה הפסוקה מתירים לרשויות מרחב תמרון נכבד בהיבטים הנוגעים לאכיפה הפלילית. כך, בשיטתנו יש כמובן חובה לפעול על-פי אמות מידה שוויוניות בכל הנוגע לאכיפת החוק, להעמדה לדין ולעיכוב ההליכים, אך המחוקק הותיר לעניין זה במסגרת הדין הפלילי שיקול דעת לתביעה להביא בגדר שיקוליה שיקולים שונים הנוגעים ל"אינטרס הציבור". בהתאם לכך, הרשויות רשאיות לשקול במסגרת פעולות האכיפה מגוון של שיקולים העשויים להיות רלוונטיים להכרעה בדבר העמדה לדין או הפסקת ההליכים ובהם זכויות ואינטרסים נוספים שיכול ויצדיקו הימנעות מאכיפת הדין הפלילי בנסיבות מסוימות (וראו למשל עניין גנור, עמ' 509, ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ', פ"ד נט(6) 776, 813-814 (2005)). להרחבה ראו עוד רות גביון שיקול דעת מינהלי באכיפת החוק, 422 - 429 (1991)). ברם, השאלה הניצבת בפנינו, אף שנגזרת היא מסוגיית השוויון, שונה היא. בעניין שלפנינו מדובר בחקיקה של הכנסת המורה לרשות המבצעת כיצד עליה לאכוף את החוק. עובדה זו כשלעצמה מעוררת קושי שאינו מבוטל נוכח עקרונות היסוד של שיטתנו, ולפיהם האכיפה מצויה בסמכות הרשות המבצעת, והמחוקק ככלל מנוע מלהתערב בה. ככל שהדברים נוגעים לעקרון השוויון בפני החוק והשלכותיה הקשות של האכיפה הבררנית הפסולה, יפים הדברים שנאמרו לעיל גם על העניין שלפנינו. אלא, שבהינתן העיקרון של קיום השוויון בפני החוק עומדת עדיין השאלה האם אנו דנים בקבוצה בעלת מאפיינים ייחודיים אשר קיים שוני רלוונטי בעניינם שאיפשר לכנסת בשל ייחודיותו וחריגותו לסטות מכללי האכיפה הרגילים.

14. כאמור, החוק נשוא ההליכים שלפנינו קובע הסדר מיוחד אשר ניתן להגדירו כקובע תנאים של אכיפה בררנית ביחס לקבוצת אוכלוסיה מסוימת וביחס לעבירות מסוימת. קבוצה זו - מי שבעניינם נפתחו הליכים פליליים על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות ובכפוף למגבלות מסוימות שפורטו - הינה לכל הדעות קבוצה מובחנת ומובהקת, פוליטית ואידיאולוגית. לפיכך, ניתן לכאורה להצביע על פגיעה בעקרון השוויון הנגרמת מהחלת ההסדר שבחוק על קבוצה זו בלבד, מה גם שמדובר בקבוצה הנהנית מתמיכתו של רוב פוליטי בכנסת. זהו, כמובן, מצב דברים המחייב משנה זהירות בבחינת שאלת השוויון בפני החוק.

מנגד ייאמר, כי בעצם העובדה שנוצר הסדר שונה ביחס לקבוצה מסוימת שאינו מבטא לכאורה שוויון פורמלי, אין די כדי לקבוע כי אקט שלטוני – ולענייננו חוק – אכן מפר את עקרון השוויון באופן פסול. לצורך כך יהא עלינו לתור אחר מאפייניו של החוק, היקף התפרסותו ותכליתו, ומהם ניתן יהיה לגזור את קבוצת השוויון הרלוונטית – כלפיה חלה החובה לנהוג בשוויון (בג"ץ 4124/00 ארנן יקותיאל ז"ל נ' השר לענייני דתות, פסקה 36 (טרם פורסם, 14.6.2010) (להלן: עניין יקותיאל), בג"ץ 3792/95 תיאטרון ארצי לנוער נ' שרת המדע והאמנויות, פ"ד נא(4) 259, 281-282 (1997) (להלן: עניין תיאטרון ארצי). וכך ציינתי בהקשר זה בבג"ץ 4906/08 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 (2002):

"נורמה מפלה הפסולה מבחינה משפטית, היא נורמה שקובעת יחס שונה כלפי אנשים שקיימת חובה לנהוג כלפיהם בשוויון. הקבוצה אשר כלפיה קמה החובה לנהוג בשוויון היא קבוצה שהמאפיינים המייחדים אותה רלוונטיים לתכליתה של הנורמה, למהות העניין ולנסיבותיו המיוחדות, קבוצה שיש לראותה כקבוצה הנבדלת מהאחרים לצורך העניין".

15. על תכליתו של החוק נשוא העתירה שלפנינו ניתן ללמוד ממכלול מקורות – החל מדברי ההסבר להצעות החוק המקוריות שהוגשו עוד בשנת 2007, דרך דבריהם של נציגי הממשל השונים בוועדות הכנסת שבחנו אותו ועד לאמור בכתבי תשובתם ובתגובותיהם של המשיבים לעתירה זאת. וכך, למשל, נכתב כבר בדברי ההסבר להצעת החוק המקורית מחודש יולי 2007:

"ישנם ימים בהם 'ייקוב הדין את ההר' ויש ימים של 'לפנים משורת הדין'. בימים אלו, עודנה שקועה החברה הישראלית בנסיבות הטראומטיות של פינוי היישובים מחבל עזה וצפון השומרון. אין חולק על כך כי הפינוי הותיר בקרב העם משקעים קשים של ניכור וחדשנות, של ניתוק ואיבה, ועתה רובצת לפתחה של החברה הישראלית משימה לאומית כבירה ודחופה לעשות לריפוי של השבר, אף אם נדרש ממנה לפעול במישורים מסוימים לפנים משורת הדין. הצעת חוק זו מקדמת את היוזמה למתן חנינה לפנים משורת הדין, לכל מי שנפתח כלפיו הליך פלילי בגין עבירות שביצע במסגרת המחאה, בדומה ליוזמות מקבילות שביצעה הכנסת עם הקמת מדינת ישראל ולרגל הנצחון הצבאי במלחמת ששת הימים. מוצע כי יופסקו לאלתר כל ההליכים הפליליים, בכל שלב בו הם מצויים, המנוהלים כלפי אזרחים ביחס לעברות שביצעו במסגרת המחאה כנגד יישום תוכנית

ההתנתקות, לרבות מחיקת הרישום הפלילי בגין אותן עבירות, בכפוף לקביעה שלא היה בביצוע העבירה סכנה ממשית לחיי אדם."

מכאן, וכפי שהדגישו המשיבים, ברור כי החוק נשוא העתירה שלפנינו בא לעולם בעקבות אירוע ייחודי וחריג בעוצמתו והיקפו – הלא הוא אירוע ההתנתקות, ותכליתו מייחדת עצמה להתמודדות עם השלכות אירוע זה. החוק נועד להביא לאיחוי הקרעים שנוצרו בעם בעקבות אותו אירוע ייחודי, לקדם פיוס בין חלקיו, ולאפשר למתנגדי המהלך בלבד – ברובם אזרחים נורמטיביים שומרי חוק אשר בגין מחאתם הפכו למעורבים בפלילים – להותיר משקע זה בעברם תוך פתיחת דף חדש, נקי מכתם הפליליות שדבקה בהם. בשים לב לתכלית זאת, ביקשו המשיבים לטעון כי קבוצת השוויון הרלוונטית לצורכי החוק הינה אך מי שבעקבות התנגדותו לאירועי ההתנתקות נפתחו נגדו הליכים פליליים, שכן רק בקבוצה זו מתקיימת התכלית לה נועד החוק – פיוס הנפגעים מן המהלך והשבתם לחיק החברה הישראלית הנורמטיבית, שנפער בה פער משמעותי וקשה לאיחוי בעקבות תוכנית ההתנתקות. מכאן עולה כי לכאורה המשיבים אינם חולקים על כך שעניינו של החוק ביצירת מסגרת אי-אכיפה ייחודית – וממילא בדרנית – של הדין הפלילי ביחס לקבוצה מוגדרת, המובחנת לשיטתם מקבוצות אחרות. אמנם ברור כי מדובר בקבוצה שקל להצביע על מאפייניה הפוליטיים והאידיאולוגיים המובהקים, אך כאמור, המשיבים סבורים כי אין כל פגם בכך שקבוצה זו יוחדה והוחרגה, שכן הבחנה זו נשענת על שיקול רלוונטי לצורכי הגשמת התכלית הייחודית לה נועד החוק.

הכלל אותו עלינו לשוב ולזכור הוא נקודת המוצא המחייבת את הרשויות לשמור על השוויון בפני החוק בכלל, ובדין הפלילי בפרט. לצורכי אכיפתו של הדין הפלילי, אין לראות בשוני האידיאולוגי או הפוליטי של קבוצה אחת על פני קבוצות אחרות שיקול רלוונטי להבחנה (עניין זקין, עמ' 305). ככלל אם כן, יש לראות בשיקול כזה שיקול זר להחלת הדין הפלילי, ובהתאמה לקבוע כי השימוש בו עולה כדי הפליה של יתר נמעני החוק הפלילי (והשוו: עניין תיאטרון ארצי, עמ' 283-282). ונזכור, כי בהתאם לתפיסת השוויון שבאה לידי ביטוי בפסיקתנו, אין חשיבות לכך שהרשות כלל לא נתכוונה לפגוע בשוויון, אם בפועל התוצאה הינה פגיעה בשוויון:

"החלטה היא פסולה, לא רק כאשר המניע הוא לפגוע בשוויון, אלא גם כאשר המניע הוא אחר, אך הלכה למעשה נפגע השוויון". [דברי הנשיא א' ברק בבג"ץ 953/87 אברהם פורז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 334 (1988) (להלן: עניין פורז)].

(ראו גם עניין ועדת המעקב, בעמ' 32).

מעבר לכך, בנסיבות העניין נראה כי אף המחוקק עצמו היה מודע לכך כי יש בהסדר העולה מן החוק משום חריגה בעייתית מן הדין הפלילי, שכן כפי העולה מדברי ההסבר לחוק, עסקינן אף לשיטת מציעיו בהסדר שהוא לפנים משורת הדין - הדין הפלילי הנוהג (ראו ה"ח 252, עמ' 440). למעשה, גם אם נבחן את החוק בראי תכליתו - היינו על רקע אירועי ההתנתקות, עדיין מעוררת עמדת המשיבים, לפיה עסקינן בשוני רלוונטי, קושי בהיבט הנוגע לקבוצת השויון. כך למשל, בחר המחוקק להעניק חנינה אך ורק למי שנפתחו נגדם הליכים פליליים על רקע התנגדות לאירועי ההתנתקות. לכאורה, לצורך הגשמת תכליתו המפייסת והמאחה של החוק, ניתן היה להחילו גם בעניינם של מי שנעצרו, למשל, אגב אירועים שתמכו בתוכנית ההתנתקות (ואשר משתייכים, מטבע הדברים, לקבוצה בעלת אוריינטציה פוליטית-אידיאולוגית אחרת). הכנסת, שהייתה מודעת להיבט זה, הדגישה כי מן הנתונים שהוצגו בפני הכנסת במהלך הליך חקיקתו של החוק עלה כי לא הוגשו כתבי אישום על רקע תמיכה בתוכנית ההתנתקות, קרי הקבוצה הרלוונטית לכאורה לתכליתה של הנורמה הינה קבוצה ריקה.

יצוין, כי העותרים ביקשו להציג כקבוצת שויון את אלה שהמכנה המשותף להם הוא מעורבות בפלילים על רקע התנגדות אידיאולוגית למדיניות ממשלתית, אלא שקשה בנסיבות העניין למצוא בקבוצה זו מאפיינים זהים או דומים לקבוצת נמעני החוק. זאת, כיוון שברור כי תכליתו של החוק אינה להרים על נס את חופש הביטוי הפוליטי או להתיר פעילות מחאה פוליטית באשר היא, גם אם היא גולשת מעבר למגבלות שמטיל הדין הפלילי, אלא תכליתו להתמודד עם אירוע חברתי, לאומי ופוליטי טראומטי. לפיכך, אין בטיעונם זה של העותרים כדי לבסס את טענתם בדבר פגיעה בשויון, לעומת הקבוצה שהם לפי הטענה מייצגים – שעם רובה נמנים המפגינים נגד פינוי הבתים בשיח ג'ארה.

16. ניתן לקבוע, אפוא, כי התוצאה הנגרמת על-פי החוק הנדון היא קשה ואינה שוויונית, כיוון שהיא מייחדת קבוצה אחת בחברה הישראלית ומחריגה אותה מהדין הפלילי. קבוצת השויון הרלוונטית בנסיבות אלה היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות.

עם זאת, כאמור לעיל בנסיבות העניין שלפנינו איננו עומדים בפני בחינת החלטה מינהלית קונקרטית בנוגע לאכיפה בדרנית, אלא בפני חוק הקובע מדיניות אי-אכיפה בהישען על שיקולים חברתיים מסוימים. השאלה שלפנינו אינה בחינה שיפוטית של שיקול דעת הרשות המינהלית אוכפת החוק. בעתירה שלפנינו נתבקשנו לפסול חקיקה ראשית, בהתאם לכללי הביקורת החוקתית הנקוטים בדינו. נוכח האמור, ולכך הקדישה הכנסת כר נרחב בטיעוניה, על העותרים המבקשים להביא לביטול החקיקה הנטל להראות כי הפגיעה בשוויון הנגרמת בעקבותיה עולה כדי פגיעה חוקתית, כפי שהוכרה בפסיקתו של בית משפט זה. כבר עמדנו על כך כי פגיעה בשוויון מהסוג שעולה כדי פגיעה בזכות חוקתית הינה פגיעה הקשורה בקשר הדוק לכבוד האדם המעוגן בסעיף 2 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

17. לשיטת הכנסת, כפי שהוצגה בפנינו בטיעוניה, בנסיבות העניין אין מדובר בפגיעה בשוויון במובנו החוקתי, שכן לתפיסתה השוויון החוקתי נועד להגן על הפרט מפני הפלייה שיש בה השפלה, המדירה אדם או קבוצה בהישען על תכונות הטבועות בו, תוך הנצחת דעות קדומות ושימור קבוצות חלשות, ואילו בנסיבות עניינו של החוק, מדובר בהבחנה על בסיס אירוע מסוים שהסתיים, שגזר קבוצה מזדמנת ולא על רקע "חשוד" מטיבו ולפיכך אינו פוגע בזכות החוקתית לשוויון.

אכן, שאלת היקפה של הזכות החוקתית לשוויון מעוררת מזה שנים רבות דיונים מורכבים. מראשית היווסדו קבע בית משפט זה את הזכות לשוויון כאחת מזכויות היסוד החשובות ביותר במשטר הדמוקרטי שישראל מתברכת בו. עד כה על-פי פסיקתנו, ההכרה בשוויון כזכות חוקתית נגזרת מכבוד האדם, בהתאם למודל שאומץ כאמור בפסק הדין בעניין בחורי הישיבות. ההגדרה שאומצה שם היא ההגדרה של מודל הביניים, והיא רחבה יותר מזו שמתייחסת לפגיעה בשוויון מטעמים של השפלה או ביזוי של קבוצה חשודה, הגם שאינה חלה על כל המצבים של פגיעה בשוויון. ההגדרה זו נבחנת בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה, ומאז ניתן פסק הדין יושמה במספר הזדמנויות (וראו למשל בג"ץ 5373/08 אסמעיל אברהים אבו לבדה נ' שרת החינוך (טרם פורסם, 6.2.2011), שם קבעה השופטת א' פרוקצ'יה, כי הפגיעה בזכות לשוויון בחינוך הנגרמת בעקבות מחסור בכיתות לימוד במזרח ירושלים עולה כדי פגיעה בכבוד האדם). בנסיבות העניין שלפנינו, עוררו באות-כח הכנסת את השאלה האם הפגיעה הנגרמת בשוויון בעקבות ההסדר שבחוק עולה כדי פגיעה חוקתית בשוויון, וביקשו לקבע ולהגביל את היקף הזכות החוקתית המוגנת על רקע העניין שלפנינו. למעשה,

העלו באות כוח הכנסת טענה בדבר הצורך באימוץ מודל ברור יותר של הזכות החוקתית לשוויון שגבולותיו גמישים פחות מגבולות המודל שאימץ בית המשפט עד כה. על כך ייאמר כי לא ראינו לסטות מהמודל שקבענו כבר בהקשר זה בעניין בחורי הישיבות, הוא מודל הביניים. על-פי מודל זה, נוטה אני לחשוב כי אכן מתקיימת בעניין שלפנינו פגיעה בשוויון במובנה החוקתי. עם זאת, אין צורך להכריע בשאלה זו באופן חד משמעי, כיוון שגם אם מדובר בפגיעה העולה כדי הרף החוקתי הדרוש, באנו כאמור לכלל מסקנה כי ההסדר שבחוק עומד בדרישות פסקת ההגבלה, וממילא אינו מקים עילה לביטול החוק. ונפרט.

האם עומדים הסדרי החוק בדרישות פסקת ההגבלה?

18. אין חולק על יחסיותן של הזכויות שעוגנו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התיזה הבסיסית הנובעת מכך היא כי ניתן לפגוע בזכות החוקתית לכבוד האדם, כמו גם בזכויות אחרות, בתנאי פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ובלבד שהפגיעה בחוק (או על-פי חוק), נעשתה לתכלית ראויה, מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, וכפופה לעקרון המידתיות – היינו הפגיעה אינה עולה על הנדרש. ברור כי כך הם הדברים גם ביחס לזכות לשוויון (והשוו עניין פורז, בעמ' 335-336, זמיר וסובל 213-214). פרשנותה ואופן יישום תנאיה של פסקת ההגבלה אינם נעשים בחלל ריק. אלה נבחנים "באופן תלוי הקשר, תוך התחשבות במהות הזכות הנפגעת, בתכלית אותה מבקשת החקיקה הפוגעת להשיג ובעוצמתה של הפגיעה הנגרמת" (וראו למשל: דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' משרד הפנים, (טרם פורסם, 19.1.2009) פסקה 9 לפסק הדין, בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 258-259 (2002) (להלן: עניין מנחם), אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי - פרשנות חוקתית 548 (1994) (להלן: ברק-פרשנות חוקתית)).

בנסיבות העניין שלפנינו אכן נקבעה בחוק נורמה הפוגעת בזכות לשוויון, מתוך שהיא מייחדת קבוצת אוכלוסיה מסוימת על פני כל קבוצות האוכלוסין האחרות. בנסיבות כאמור, פגיעה זו, הנוגעת לשוויון באכיפה הפלילית, עולה לכאורה כדי פגיעה בשוויון שהוכר אצלנו כשוויון החוקתי. עם זאת, בהתחשב בנסיבות יוצאות הדופן, והמשיבים עמדו על כך בהרחבה, קיימים מספר היבטים ייחודיים להסדר שבחוק נשוא העתירה, שיש בהם כדי להפחית מעוצמת הפגיעה בזכות לשוויון. זאת בעיקר עקב התוצאה המעשית המצומצמת של החוק, שעיקר משמעותו ברמה ההצהרתית. חסרונה של החקיקה הוא בייחודיות הקונקרטית הנובעת מהיותה חקיקה שנועדה לקבוצת אנשים מוגדרת, אך בכך גם יתרונה בשל היותה חקיקה הצהרתית

שעיקרה באינטרס ציבורי חשוב יותר מאשר בעלת היבט מעשי. כך, עולה מן הנתונים שהונחו בפנינו כי בשלב בו נחקק החוק כבר מוצו מרבית ההליכים המשפטיים נגד מתנגדי ההתנתקות ואף ריצוי העונשים הסתיים. כמו כן, במועד בו נחקק החוק לא היה עוד בכוונת התביעה להגיש כתבי אישום נוספים. לפיכך, ההוראות המופיעות בסעיף 2 לחוק בעניין הפסקת הליכים וביצוע עונש ואלה המופיעות בסעיף 4 בעניין אי הגשת כתבי אישום בעתיד, הינן בעלות השלכה מעשית מוגבלת, ונראה כי כאמור עיקר תכליתן הינה הצהרתית. עיקר משמעותו המעשית של החוק הינה אפוא ההוראה שעניינה מחיקת רישומים. בהיבט זה ציינו המשיבים ראשית כי ממילא אימץ היועץ המשפטי לממשלה עוד בשנת 2006 מדיניות ייחודית הנוגעת למחיקת רישומים למתנגדי ההתנתקות כך שהחוק משקף הסדר מקביל למדיניות נוהגת, ובוודאי שאין בו לעצמו כדי להוסיף מימד של פגיעה בשוויון. כן יש לזכור בהקשר זה, כי גם בהעדר החוק, עדיין מאפשר הדין הכללי – חוק המרשם – לפנות לרשויות בבקשה למחיקת רישומים פליליים בכל הנוגע להחלטות שלא לחקור או להעמיד לדין, בנסיבות בהן לא הוגש כתב אישום אך קיים רישום פלילי בגין חשד לעבירות. לכך יש להוסיף את הנתונים שמסרה הפרקליטות, מהם עלה כי נכון למועד מסירת הודעתה האחרונה של הפרקליטות, נתקבלו בסך הכל כ-149 פניות להפעלת מנגנוני החוק, מתוכן 111 פניות לביטול תיקים סגורים ו-38 פניות למחיקת פרטי רישום. כל האמור לעיל מצביע על כך שמשמעותו המעשית של החוק – ובהתאמה הפגיעה דה-פקטו בשוויון הנגרמת בעקבותיו – הינם מצומצמים באופן יחסי. אמנם, בכך אין כדי לבטל את טענת הפגיעה בשוויון הנגרמת מהחלת החוק, אך אין ספק כי היבטים אלה משליכים על עוצמתה של הפגיעה, ומפחיתים ממנה. לאורם של מכלול היבטים זה נבחן האם עומדים ההסדרים שבחוק בדרישות פסקת ההגבלה.

תכלית ראויה

19. אין חולק כי דרישת החוקיות מתקיימת בנסיבות העניין שלפנינו, שכן ההסדר עוגן בחקיקה ראשית. בכל הנוגע למהות דרישת התכלית הראויה, כבר קבענו בעבר כי:

”תכלית תמצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות האדם ולקדם” [עניין מנחם, עמ’ 264].

עוד קבענו בעבר בפסיקתנו כי התכלית נבחנת אל מול זכות היסוד הנפגעת, ולפיכך ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר ועוצמת הפגיעה בה גדולה יותר, כך יידרש אינטרס ציבורי רב יותר על מנת לפגוע בה (וראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999)). עם זאת, השאלות הנוגעות למידת חשיבות התכלית וזיקתה לחשיבות הזכות הנפגעת הינן קשות ומורכבות ועד כה טרם לובנו עד תום בפסיקתנו. אין בכוונתנו להכריע בהן גם במסגרת זאת (ראו גם עניין חוף עזה, בעמ' 548-549, עניין בחורי הישיבות, בעמ' 700). בנסיבות העניין שלפנינו, די לנו כי נפנה לעניין חוף עזה, שם נוכח הפגיעה החמורה שנגרמה בכבוד ובקניין אימצנו אמת מידה מחמירה, לפיה תכלית תחשב ראויה אם היא מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית (עניין חוף עזה, בעמ' 549). לשיטתנו, גם בנסיבות עניינו של החוק נשוא העתירה ניתן להציב אמת מידה דומה לצורך הכרעה בשאלה האם תכליתו של החוק ראויה היא אם לאו. זאת, גם מבלי שנכריע בהיקף ועוצמת הפגיעה הנגרמת בזכות לשוויון בנסיבות העניין שלפנינו, וגם אם על-פניו נראה כי הפגיעה הנגרמת בשוויון מרוככת בשל מכלול האיזונים שנקבעו בחוק ושפורטו לעיל.

20. דנו כבר בהרחבה בסוגיית תכליתו המובהקת של החוק, כפי שזו נלמדת מדברי ההסבר לו, מהדיונים הרבים שנערכו קודם חקיקתו ומעמדות הכנסת והפרקליטות בהתייחס אליו. כפי שצוין, לידתו של החוק בעקבות אירוע ייחודי וחריג בעוצמתו ובהיקפו – הלא הוא אירוע ההתנתקות, ותכליתו מייחדת עצמה להתמודדות עם השלכות אירוע זה. החוק מבקש להביא לאיחוי הקרעים שנוצרו בעם בעקבות האירוע הייחודי, ולקדם פיוס בין חלקיו, וכן מבקש הוא לאפשר למתנגדי המהלך – ברובם אזרחים שומרי חוק אשר בגין מחאתם הפכו מעורבים בפלילים – להותיר פרק זה בעברם תוך פתיחת דף חדש וחזרה לחברה הישראלית כשהם נקיים מכל רבב שדבק בהם. לצורך השגת מטרה זו הוחלט על מחיקת רישומיהם הפליליים או עיכוב הליכים שהתנהלו בעניינם אם טרם באו על סיומם, בכפוף לסייגי החוק. העותרים מצידם סבורים כי תכליתו של החוק – שונה. לשיטתם, החוק לא נועד להביא לאיחוי חברתי, אלא מקדם דווקא פיצול חברתי תוך העדפת קבוצה אידיאולוגית המייצגת את עמדת הרוב בבית הנבחרים, ולשיטתם הוא נועד לתת דרור לחופש הביטוי הפוליטי שלהם מבלי ליתן חופש ביטוי דומה לקבוצות אחרות. טיעונם זה של העותרים מוגזם ומטעם זה אינו משכנע. ברור הוא, וכך כבר ציינו לעיל, כי לא חופש הביטוי הפוליטי הוא שעמד ביסוד חקיקתו של החוק. עוד ברור, ומכאן קביעתנו בדבר הפגיעה בשוויון, כי החוק קובע הסדר חנינה ייחודי לקבוצה אחת ואינו קובע זאת ביחס לאף קבוצה אחרת.

ברם, בכך אין כדי ללמד כי זו תכליתו העיקרית. כידוע, תכליתו של דבר חקיקה נלמדת ממגוון מקורות, ביניהם לשון החוק, דברי ההסבר לו, ההיסטוריה החקיקתית ובכלל זה דיונים בוועדות הכנסת השונות אודותיו וכיוצא באלה (ראו אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 292-294 (1993)). בנסיבות העניין שלפנינו לא מצאנו יסוד לפקפק בתכליתו המפורשת של החוק – שהוצגה במגוון הזדמנויות ועל-ידי מספר גורמים – ואף העותרים לא העלו טענות של ממש המצביעות על כך שתכליתו המוצהרת של החוק שונה מזו שהוצגה בפנינו. במצב דברים זה, הנחתנו היא כי התכלית המוצהרת עליה הצביעו המשיבים הינה תכליתו העיקרית של דבר החקיקה, ועתה עלינו להכריע האם תכלית ראויה היא אם לאו.

21. נראה כי מעטים יחלקו על כך שאירוע ההתנתקות היווה אירוע ייחודי בעוצמתו ובהיקפו בהיסטוריה של החברה והציבור בישראל. ישראלים רבים, אשר במהלך שנים זכו לגיבוי ותמיכה מצד המדינה להתיישב ברצועת עזה ובצפון השומרון ולבסס שם את חייהם, נדרשו לעזוב את ביתם ואת מרכז חייהם בניגוד לרצונם. היטיבה לתאר זאת ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון בראשות השופט בדימוס א' מצא (להלן: הוועדה), בפתח דבריה בדו"ח שהוגש ביום 6.6.2010:

"בחודש אוגוסט 2005 פינתה ממשלת ישראל, במהלך כואב וטראומטי, 1,940 משפחות של אזרחים ישראלים, כ-9,000 נפש, מ-22 יישובים בחבל עזה ומארבעה יישובים בצפון השומרון. המפונים - גברים, נשים, ילדים וקשישים - גרו ביישובים שפוננו במשך שנים רבות, חלקם כשלושה עשורים. הם נקרעו מביתם וממרכז עולמם. לרבים מהם גרם הפינוי טראומה נפשית עמוקה. עבור חלקם נלווה לשבר הנפשי גם שבר דתי, משפחתי, כלכלי ואידאולוגי קשה".

ובתארה את ימי הפינוי נכתב בדו"ח:

"ימי הפינוי היו ימים קשים מנשוא. ביישובים נערכו טקסי פרידה מרגשים, שבמהלכם נפרדו המפונים מן המקומות שבהם חיו שנים ארוכות, בנו את ביתם – המשפחתי והקהילתי – ואת מפעל חייהם, גידלו את ילדיהם, וחלקם גם איבדו בו קרובי משפחה וחברים. ... אמצעי התקשורת הורשו להיכנס ליישובים למרות הסגר הצבאי, והם העבירו דיווחים ותמונות קורעי לב, ביניהם של מפונים – ובהם ילדים וקשישים – הנלקחים בכוח, ממררים בבכי, או מנסים, ללא הועיל, לשכנע את

המפנים לחדול מן הפינוי. חלק מן המפונים נזקק לסיוע נפשי. במראות הקשים לא יכלו גם חלק מן המפנים עצמם לעמוד, ולפרקים אף הם נזקקו לתמיכת חבריהם. מהלך הפינוי לווה גם באירועים מסוימים של גילויי אלימות – ברובה מילולית או כלפי רכוש – מצד מתנגדים לפינוי

כאמור, עזיבה כפויה זו – הטראומטית לעצמה – לוותה במשבר אידיאולוגי, דתי ואישי רחב היקף ביחס לאוכלוסיית המפונים כמו גם ביחס לקבוצות נוספות בישראל שמהלך זה לווה על-ידם בתחושת שבר ערכי בינם למדינה ולשלטון. תחושות קשות אלה הגיעו עד כדי התנגדות אקטיבית, שבחלקה חרגה מן הגבולות הלגיטימיים של חופש הביטוי ועלתה ללא ספק כדי התנהלות פלילית. בחלקה אף הגיעה התנהלות פלילית זו כדי עבירות פליליות חמורות. בעקבות זאת, נעצרו מתנגדים רבים ונפתחו להם כאמור תיקים פליליים בהיקפים נרחבים. רבים מן העצורים היו צעירים קודם גיוסם. היו שסברו כי מדיניות האכיפה שננקטה נגד מתנגדי המהלך הייתה מחמירה יתר על המידה, וכי מן הראוי היה לנקוט מהלך שיתקן את הכשלים שליוו אותה. מנגד, אפשר שמדיניות האכיפה הייתה כורח השעה עקב הצורך להעביר מסר חד וצלול לפיו כוח הזרוע ועבירה על החוק אינה המענה הראוי להתנגדות לעמדתה של הממשלה שעוגנה בחקיקת הכנסת. מבלי שנכריע בטענות הנוגעות למידת החומרה בה נהגו רשויות האכיפה ביחס למתנגדי ההתנתקות, ומבלי שיהיה בכך חלילה כדי להשמיע עידוד למהלכי התנגדות אלימים, אין ספק כי ברקע הפרות החוק עמדו נסיבות יוצאות דופן. עוצמותיו של האירוע היו חריגות בהיקפן ובמשמעותן, עוררו מחלוקות חריפות בקרב הציבור בישראל ויצרו קרע בין חלקים שונים בחברה, שספק אם אוחה גם בחלוף שנים מספר מאז האירועים עצמם. יתכן כי הדבר נובע, בין היתר, מתחושות התסכול שעדיין מלוות את המפונים בעקבות טיפול המדינה בהם לאחר אירועי ההתנתקות, שהוועדה קבעה כי "לא היה, בלשון המעטה, משביע רצון" (עמ' 486 לדו"ח הוועדה).

מכלול היבטים אלה, חייבו, לראיית המחוקק, אימוצו של מהלך ייחודי שיוביל, ולמצער יקדם, "סגירה" (Closure) של אירוע ההתנתקות. סגירה, שבצידה איחוי, קבלה והשלמה; ביחס למפונים, ביחס למתנגדים האחרים וביחס לחברה הישראלית כולה, על קבוצותיה האידאולוגית והפוליטיות השונות. יתכן ויהיה מי שיבקש לחלוק על צדקת החלטת המחוקק, ואפשר שניתן גם לחלוק על תבונתה. ברם, לא זאת השאלה המחייבת את הכרעתנו בחלק זה. עלינו מוטלת המשימה לבחון האם התכלית לעצמה – כפי שהובהרה היטב על-ידי המחוקק – ראויה היא במובנה המשפטי אם לאו, ואם היא מתיישבת עם ערכיה של מדינת ישראל. בהיבט זה אין בדינו לומר כי

תכליתו של החוק אינה ראויה. נהפוך הוא. קשה לחלוק על ייחודיותו של אירוע ההתנתקות, ועל היותו מהלך טראומטי ומורכב לקבוצות אוכלוסיה שלמות בישראל. אף ציינו זאת בפסק דיננו בעניין חוף עזה באומרנו כי:

“...הדגשנו את אופייה ההיסטורי של ההחלטה על ההתנתקות. מן הראוי להדגיש גם את אופייה הטראומטי. הציבור הישראלי, על כל גווניו והשקפותיו צריך לעסוק בכך. כך מתבקש מערכינו היהודיים; כך מתבקש מערכינו הדמוקרטיים” (עניין חוף עזה, בעמ’ 750).

על הרשויות בישראל הוטלה המשימה הכבדה של שיקום המפונים אשר הפגיעה שנגרמה להם בעקבות אירוע ההתנתקות הטראומטי אינה נתונה במחלוקת. ואמנם, נוכח השבר שחוו קבוצות שלמות בציבור הישראלי – הן ביחסים שבינם לבין השלטון והן ביחסים בינם לבין יתר חלקי החברה בישראל – קיימת חשיבות בתכלית של איחוי הקרעים שנפערו בחברה. דברים אלה יפים במיוחד ביחס למקרים רבים בהם מדובר במי שהיו נערים נטולי עבר פלילי, אשר מעידה חד פעמית הינה בעלת פוטנציאל פוגעני במיוחד לעתידם. ביטאה זאת יפה גם הוועדה, שהתייחסה בעיקר לעניינם של המפונים, בציינה כי:

“הוועדה סבורה כי התייחסות רגישה, מכבדת ו’מחבקת’ אל המפונים היא מצווה בסיסית המתחייבת כלפי כל מי שזכויות האדם שלו נפגעות. זאת ועוד, היא מתחייבת מהאחריות הישראלית שהכל שותפים לה, גם מי שהתנגדו מעיקרה להקמת היישובים בגוש קטיף ובצפון השומרון ואשר תמכו בהתנתקות ובפינוי היישובים.

ההתנתקות זעזעה וטלטלה מחנה אידיאולוגי חשוב בחברה הישראלית. היא פערה סדקים של ממש בלכידות הישראלית והציפה אל פני השטח מחלוקות יסודיות. הטיפול בכל אלה איננו עניין המסור להכרעה שיפוטית והתרופה לא תימצא במהלך ביצועי אדמיניסטרטיבי. עם זאת שיקום הוגן ויעיל של המפונים הוא אחד המכשירים שעשויים לרכך את המכה ולשכך את הכאב. החובה המוטלת על המדינה כלפי המפונים מעוגנת בחוזה האזרחי הבסיסי שמבטיח את זכויות האדם של כל אזרח המדינה, קל וחומר אזרח שהמדינה עצמה היא שהפכה אותו לפליט במולדתו”. (עמ’ 486 לדו”ח הוועדה).

דברים אלה, בשינויים המתאימים, יפים אף לענייננו. במצב דברים זה, אין בידינו לומר כי התכלית לה נועד ההסדר שבחוק, כפי שהובהרה היטב במסגרת הדיונים השונים בוועדות הכנסת ובעמדות המשיבים, אינה ראויה. האם ההסדר שנקבע בחוק לצורך הגשמתה של התכלית האמורה מידתי?

מידתיות

22. כידוע, על מנת שחוק הפוגע בזכות יסוד יעמוד בדרישת המידתיות, עליו לעמוד בשלושה מבחני משנה המוכרים ומקובלים בשיטתנו המשפטית; הראשון, מבחן הקשר הרציונלי, במסגרתו נבחן האם האמצעי שנבחר מתאים לצורך הגשמת התכלית שביסוד החוק הפוגע. השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, במסגרתו נבחן האם מבין האמצעים המגשימים את מטרת החוק בחר המחוקק באמצעי הפוגע פחות בזכות האדם, והשלישי, מבחן המידתיות במובן הצר, במסגרתו נבחן האם התועלת הצומחת מהגשמת תכלית החקיקה עולה על הנזק הנגרם לזכות היסוד. ככלל ניתן לומר כי גם בחינת תנאי המידתיות כפופה למערך שיקולים רחב ביניהם אופייה של הזכות הנפגעת, היקף הפגיעה הנגרמת בה וחיובות הערכים והאינטרסים שהיא באה להגשים (ראו עניין מנחם, עמ' 280). ככל שהפגיעה משמעותית יותר, כך נקפיד יותר על בחינת המידתיות (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 777 (1999)).

מבחן הקשר הרציונלי

23. האם יש בהסדר מחיקת הרישומים ועיכוב ההליכים כדי להגשים את תכליתו של דבר החקיקה? נראה כי התשובה על כך הינה בחיוב. כאמור, מטרתו של החוק נשוא העתירה באיחוי הקרעים החברתיים שנוצרו בעקבות אירועי ההתנתקות, תוך שיקום וקבלה מחדש לחיק החברה של מתנגדי מהלך ייחודי וטראומטי זה; החוק חל על אלה שחרגו במידה מסוימת מגבולות ההתנגדות הלגיטימיים והמותרים, ולא על מבצעי העבירות החמורות. ההסדר המוצע בחוק, מבקש לנקות מעברם של אלה את כתם הפליליות שדבק בהם, ובכך מבטא קשר רציונלי עם רצון המחוקק להושיט יד מפייסת לקבוצה זאת, מתוך ראייה שבכך יהיה כדי לקדם הליך של ריפוי הטראומה ופתיחת דף חדש ביחסיהם עם המדינה והחברה בישראל. שאלה אחרת, ונפרדת, נוגעת לפוטנציאל הגשמתה של התכלית עקב השימוש באמצעי שנבחר. בסוגיה זו איננו נדרשים להכריע, שכן כידוע, אין דרישה כי האמצעי הנבחר יגשים את המטרה במלואה, ודי בהגשמה חלקית שאינה שולית או זניחה על מנת לקיים את דרישת הקשר הרציונלי (ראו אהרן ברק מידתיות במשפט 377 (2010), עניין בחורי הישיבות, עמ' 706).

מעבר לכך, יש לזכור כי עסקינן בסוגיות חברתיות מורכבות, שקשה להצביע על הסתברות סטטיסטית כזאת או אחרת להתממשותם. ממילא אין זה מתפקידנו לערוך הסתברויות מסוג זה. ניתן רק לקבוע כי בנסיבות העניין יש בהסדר שנקבע בחוק פוטנציאל להגשמת התכלית האמורה. פרט לכך, אין להקל ראש במשמעויותיו הדקלרטיביות של החוק, שכלל אין ניתן לאמוד את פוטנציאל מימושו. נוכח האמור, מצאנו כי החוק מקיים את מבחן המידתיות הראשון.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

24. בהתאם לתוכנו של מבחן זה, עלינו לבחון האם מבין האמצעים המגשימים את מטרתו הראויה של החוק, בחר המחוקק באמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה. ויובהר, כי מבחן זה אינו מחייב בהכרח בחירה באמצעי הפוגעני במידה הפחותה ביותר, ודי להראות כי מבין האמצעים הרלוונטיים, נבחר אותו אמצעי שבהתחשב בזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה, ניתן לומר שהוא מאפשר פגיעה פחותה בזכות (עניין יקוטיאל', בפסקה 45). במסגרת זאת, נטען על-ידי המשיבים, כי מערכות האיוונים שהציב המחוקק בהסדרי החוק מלמדים על עמידתו במבחן משנה זה. איוונים אלה באים לידי ביטוי בהצבת המגבלות ותחימת תחולתו של החוק כך שלא יחול על עבירות חמורות או בתיקים בהם נסיבות ביצוע העבירה הצדיקו השתת מאסר בפועל או מקום בו קיימים רישומים פליליים נוספים. כן הוחרגו חיילים ואנשי אכיפת החוק מתחולת החוק. בהצבת מגבלות אלה, כך נטען, צמצם המחוקק את הפגיעה הנגרמת באינטרס הציבורי שבאכיפה שוויונית של הדין. מעבר לכך, נטען בפנינו בהקשר זה כי החוק שהתקבל בסופם של הליכי החקיקה הביא בחשבון את המדיניות הנוהגת של רשויות התביעה ונשיא המדינה בעניין עיכוב הליכים ובקשות חנינה לאותן קבוצות שנעצרו על רקע התנגדות למהלך ההתנתקות, כך שלמעשה ניתן ביטוי בחוק שהוא קרוב לאותה מדיניות מוצהרת שהונהגה בשלב שלאחר שננקטו הליכי האכיפה. עוד נטען כי ניתן משקל לעובדה כי חלפו שנים רבות מאז התרחשו האירועים נשוא החוק ועד כניסתו לתוקף, וכי חלוף הזמן איפשר לתביעה להשלים את הטיפול בהליכים שהייתה להם חשיבות מיוחדת לאינטרס הציבורי. העותרים מצידם חולקים על המשיבים, וקושרים טענתם בעניינו של המבחן השני בקשר הדוק לטענתם בדבר תכלית החוק. בטענתם בשאלת המידתיות עומדים העותרים בעיקר על שני אמצעים שלכאורה פוגעים פחות בזכות לשוויון אך משיגים לשיטתם אותה תכלית. הראשון, הפסקת הליכים ומחיקת רישומים לכל אדם שהפך מעורב בפלילים על רקע מימוש זכותו לחופש ביטוי. טיעון זה אינו רלוונטי לתכליתו הברורה של החוק. השני, קביעתה של חנינה כללית לכל בני החברה עד למועד ההתנתקות. גם עמדה זו אינה מתמודדת עם

התכלית הקונקרטית של דבר החקיקה, ובכל מקרה נראה כי היא עלולה לפגוע בעוצמה רבה באינטרסים אחרים.

25. מכל מקום, כאשר אנו שוקלים קיומו של אמצעי שפגיעתו בשוויון פחותה, עולה מייד המחשבה שאפשר היה להשיג את התכלית של פיוס ומחילה בדרך של הגמשת מדיניות התביעה והקלה באכיפה באמצעות הפעלת סמכויותיהם של גורמי האכיפה, כפי שגרסו בתחילת הדרך נציגי היועץ המשפטי לממשלה במהלך הדיונים לקראת חקיקת החוק. נראה כי בבסיס עמדה זו ניצבה ההנחה כי לכאורה מדיניות כזאת מהווה אמצעי ראוי יותר הפוגע פחות בזכות לשוויון, שכן היא מאפשרת בחינה פרטנית בכל מקרה ומקרה בהתאם לנסיבותיו. במובנים מסוימים נראה כי גם העותרים מבכרים מדיניות זו על-פני ההסדר שגובש בסופו של יום בחוק, הגם שמן העתירה עולות אף טענות מספר ביחס למדיניות זו. על-פניו נראה אמנם כי ראוי היה לאמץ מדיניות פרטנית כאמור, נוכח העובדה כי לכאורה בחקיקה גורפת כדוגמת זו שגובשה בסופו של יום קיים פוטנציאל רחב יותר לפגיעה בשוויון, שכן היא אינה מחייבת הפעלת שיקול דעת פרטני בכל מקרה ומקרה ובכך אינה מאפשרת לברור ביתר דיוק את המקרים המתאימים ביותר להגשמת התכלית. עם זאת, התשובה בעניין זה אינה מובהקת כלל ועיקר, שכן גם המדיניות האמורה משיגה חלק ניכר מהתכלית, עדיין אין בה כדי להשיג את התרומה של האקט ההצהרתי לפיוס הציבור הרחב של מתנגדי ההתנתקות כפי שביקשה הכנסת לעשות.

במצב דברים זה, שוב חוזרים אנו לנקודת המוצא לפיה נתון למחוקק מרחב תמרון נכבד בבחירת האמצעים שמביאים להגשמת המטרה הראויה שביסוד החוק (וראו עניין יקותיאל, בפסקה 45). בהקשר זה כבר ציינתי בעבר כי:

"הדרישה כי על המחוקק לבחור באמצעי הפוגע בזכות החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש לשם השגת תכלית החוק אין כוונתה כי על המחוקק להיצמד תמיד לדרגה הנמוכה ביותר שבתחתית הסולם. קביעה כזו תקשה מדי על המחוקק, אשר לא יוכל לחדור מבעד למחסום הביקורת השיפוטית. זאת ועוד, שאלת המידתיות היא לרוב מסוג השאלות שאין עליהן תשובה מדויקת ואחידה, שכן היא דורשת מלאכת שיקלול והערכה. ייתכנו מצבים שבהם בחירה באמצעי חלופי הפוגע בזכות החוקתית מעט פחות, עלולה להביא להפחתה ניכרת במידת ההגשמה של התכלית או במידת התועלת שתצמח ממנה, ועל כן לא יהיה זה מן הראוי לחייב את המחוקק לאמץ את האמצעי האמור. עקב כך הכיר בית-משפט זה ב'מרחב תמרון חוקתי' המכונה גם

'מיתחם המידתיות'. גבולותיו של מרחב התימרון החוקתי נקבעים על-ידי בית-המשפט בכל מקרה לגופו על-פי נסיבותיו. בהתחשב במהותן של הזכות הנפגעת ועוצמת הפגיעה בה אל מול טובתם ומהותם של הזכויות או האינטרסים המתחרים, בית המשפט לא ימיר את שיקוליו של המחוקק בשיקול-דעתו שלו ויימנע מהתערבות כל עוד האמצעי הנבחר על-ידי המחוקק מצוי בגדר מיתחם המידתיות. בית-המשפט יתערב רק כאשר האמצעי הנבחר חורג באופן משמעותי מגדריו של המיתחם, והוא בלתי מידתי באופן ברור" (עניין מנחם, עמ' 280).

עוד ראו עניין חוף עזה, בעמ' 550-552.

מן הנתונים שהוצגו בפנינו עלה כי בגיבוש ההסדר בנוסחו הנוכחי נתן המחוקק דעתו לחשיבות עיצובה של מערכת איזונים פנימית המצמצמת את הפגיעה בזכות לשוויון בפני החוק, מבלי לפגום בתכלית החקיקה, שנראה בעיניו חיונית מבחינת האינטרס הציבורי. כך למשל, הציב המחוקק את קו הגבול של הפגיעה בשוויון בעניינם של מתנגדי ההתנתקות רק בנסיבות בהן לא מדובר בעבירות חמורות שמאסר בפועל (כולל עבודות שירות) בצידן. בכך ביקש המחוקק להעניק לשיקול שעניינו אינטרס הציבור בהעמדה לדין של עבריינים המהווים סכנה ממשית לציבור קדימות על פני תכלית החוק. כמו כן, קבע המחוקק כי לא ימחקו רישומים בנסיבות בהן קיימים רישומים קודמים. בכך ביקש המחוקק לשמור כי תכלית החוק לא תגלוש מדלת אמותיה, תוך מתן משקל ראוי לאינטרס הציבורי שבמיצוי הדין עם מי שעבריינות אינה זרה לו, לצד אפשרות במחיקת כתם הפליליות ממי שעבירותיהם על רקע התנגדות לתוכנית ההתנתקות הינן בגדר חריג חד פעמי, שמקורו בשבר העמוק והמשבר שליווה את אירוע ההתנתקות. כמו כן, נקבע כי החוק אינו חל על חיילי צה"ל וגם בכך צומצמה הפגיעה הנגרמת באינטרס הציבורי המחייב הקפדת יתר בשמירה על מערך ההיררכיה הפיקודית והמשמעת בצה"ל. כך הם הדברים אף ביחס להגבלת תחולת החוק על אנשי אכיפת החוק. במכלול מהלכים אלה פעל המחוקק לצורך הגשמת תכליתו של החוק תוך צמצום נמעניו, באופן המפחית את הפגיעה בעקרון השוויון. מעבר לכך, יש לזכור כי כאמור החוק תוחם עצמו לקבוצה מוגדרת של נמענים על רקע אירוע ממוקד שהתרחש בעבר. כן יש לזכור כי משמעותו המעשית של החוק – להבדיל מזו ההצהרתית – אינה גדולה, כפי שהרחבנו לעיל. במצב דברים זה, נראה לנו, כי החוק והאיזונים הפנימיים שנקבעו בו נופלים כמכלול לגדרי מתחם המידתיות החוקתי, וכאלה מצביעים על עמידתו של החוק בדרישות המבחן השני.

מבחן המידתיות במובן הצר

26. בהתאם למבחן זה, נדרש כי לצורך פגיעה בזכות חוקתית יתקיים יחס ראוי בין התועלת הצומחת מהגשמת התכלית לבין הנזק העלול להיגרם בשל כך לזכות החוקתית. עסקינן במבחן ערכי בעיקרו, הבוחן את תוצאות החקיקה הנתקפת. בנסיבות העניין שלפנינו, אכן, יכולים היו יוזמי החוק והכנסת כמחוקקת להגיע למסקנה כי בתכלית שהציבו לנגד עיניהם גלומה תועלת חברתית במהלך שנועד להביא לשיקום קבוצה ייחודית בחברה הישראלית שנחשפה לטרואמה אישית-דתית-אידיאולוגית חריפה. מהלך זה, ככל שיצלח, יוכל במידת מה להוות אמצעי מרפא ומפייס לחברי אותה קבוצה ויש בו כדי לסייע באיחוי הקרעים החברתיים שנפגעו בעוצמה בעקבות אירועי ההתנתקות. מן העבר השני, ניצב הנזק הקשה שנגרם בעקבות המהלך לשלטון החוק ולעקרון השוויון בפני החוק. אין להקל ראש בנזק זה, נוכח העובדה כי קבוצה שלמה שפעלה בניגוד לדין פטורה ממנו. החשש הוא שהדבר עלול לעודד פעילות עבריינית, במיוחד בקרב חברי הקבוצה הרלוונטית ודומיהם בעתיד, ולפיכך נדרשנו לשקול בכובד ראש האם אכן התועלת הצומחת מן ההסדר עולה על הנזק הנגרם ממנו. עוד ראינו, לכאורה, נזק בעצם התערבותה של הכנסת באמצעי אכיפה הנתונים בידי הרשות המבצעת. עם זאת, וכפי שפרטנו לעיל, הנזק הנגרם מהחלת הסדרי החוק צומצם באופן משמעותי בעקבות המגבלות שנקבעו בחוק, ביניהם הימנעות מלהחיל את החוק בנסיבות של עבירות חמורות או רישומים פליליים קודמים. בכך, מיקד החוק עצמו לקבוצה מצומצמת יחסית, נורמטיבית בעיקרה, שרק המשבר שנלווה למהלך ההתנתקות הובילה לפעילות שחרגה מגבולות ההתנגדות הלגיטימיים, וגם זאת, רק במקרים בהם התנגדות זאת עלתה כדי עבירות פליליות קלות יחסית. כמו כן, נשוב ונזכיר כי בסופו של יום, מדובר בחוק שהוחל על קבוצה מצומצמת יחסית, שבחלקה עומדת לה ממילא האפשרות על-פי הדין הקיים לפנות בבקשה למחיקת רישומים מן המרשם הפלילי. על כל אלה יש להוסיף כי כפי שצוין גם בדברי ההסבר להצעת החוק, בחר המחוקק בכלי משפטי שאינו זר לחלוטין לשיטה, הדומה במידת מה למתכונת של חנינה כללית. זו, כידוע, מצויה בסמכות הכנסת והופעלה בעבר במסגרת חוק החנינה, תשכ"ז – 1967. כל האמור מובילנו למסקנה כי ניתן לייחס לחוק תועלת חברתית העולה על הנזק החברתי שעתיד להיגרם ממנו. לפיכך, באנו לכלל מסקנה כי החוק עומד אף במבחן המידתיות השלישי.

27. נוכח כל האמור, באנו לכלל מסקנה כי החוק עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה, ומכאן שהפגיעה בשוויון המגולמת בו אינה עולה כדי פגיעה בזכות חוקתית המקימה עילה לביטול החוק. עם זאת, נזכור, כי:

"פסקת ההגבלה בוחנת את חוקתיות החוק. אין היא בוחנת את תכונתו. הבחינה החוקתית אינה מתמודדת עם השאלה אם החוק הוא ראוי, טוב, יעיל ומוצדק. היא מתמודדת עם השאלה אם החוק הוא חוקתי. [עניין חוף עזה, בעמ' 550].

דברים אלה יפים גם לענייננו אנו. הליך ההתנתקות היה אירוע מורכב וטראומטי בהיסטוריה של החברה והציבור בישראל. ההתמודדות עימו הייתה – ונותרה – משימה מורכבת מעין כמותה. אין ספק כי הפצע שנפער בעקבות ההתנתקות טרם הגלד, וכי תהליך הפשרה החברתית והאיחוי של הקרע נותר מורכב. יתכן וניתן היה לגבש הסדר טוב יותר מזה שגובש באמצעות החוק הנדון לפנינו. יתכן אף שניתן היה לגבש הסדר תוך שימוש בכלים הקונבנציונאליים ללא חקיקה הפוגעת בעקרון השוויון, אך גם אילו ניתנה המחילה וההקלה בדרכים מנהליות, זו לא הייתה בהכרח שוויונית בנסיבות כאלה. כאמור, למחוקק נתון מתחם רחב של אפשרויות פעולה להגשמת מטרותיו החברתיות ותפקידנו שלנו מצטמצם לבחינת השאלה האם פעולות אלה עומדות במבחנים החוקתיים המקובלים בשיטתנו. מעבר לכך, נשוב ונזכיר כי ככל שעסקינן בביטול חוק של הכנסת נוהג בית משפט זה בריסון ואיפוק מיוחדים, פן ימיר הוא את שיקול דעתו שלו בשיקול דעתו של המחוקק (וראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 11.2.2010) פסקה 34 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין; בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ד) חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009), פסקה 14 לפסק דיני). בשים לב לאמות מידה מנחות אלה, בחנו היטב את ההסדר המורכב שגובש בחוק נשוא העתירה, ובאנו לכלל מסקנה כי אין בידינו לקבוע כי עסקינן בהסדר בלתי חוקתי.

28. נשלים ונאמר, כי גם יתר טענות העותרים לא ביססו עילה חוקתית להתערבותנו. בכל הנוגע לטענות הנוגעות לשימוש בכוחו הפרלמנטרי של הרוב נגד המיעוט, נבקש אך להזכיר כי חברי כנסת מסיעות שונות ראו בייחודיות האירוע הצדקה לחקיקה, והצעת החוק המקורית שהוגשה בשנת 2007 הוגשה בשם של חברי כנסת רבים המיצגים קבוצות פוליטיות שונות. גם בכל הנוגע לטענות העותרים באשר לפגיעת החוק בסמכויות נשיא המדינה לא מצאנו ממש, נוכח העובדה כי עסקינן כאמור באקט בעל קרבה לחנינה כללית, המצויה כידוע, בסמכותה של הרשות המחוקקת.

סיכום

29. סיכומם של דברים, ולאחר שבחנו את מכלול טענות העותרים, באנו לכלל מסקנה כי העתירה אינה מגלה עילה להתערבות חוקתית. גם אם החוק נשוא העתירה פוגע בזכות לשוויון בפני החוק, עדיין מדובר בפגיעה בשוויון העומדת בדרישות פסקת ההגבלה.

אשר על כן, העתירה נדחית בלא צו להוצאות.

ה נ ש י א ה

השופט א' גרוניס:

אני מסכים כי דין העתירה להידחות, כמוצע על ידי חברתי, הנשיאה ד' ביניש.

ש ו פ ט

השופטת מ' נאור:

1. גם לדעתי דינה של העתירה להידחות.

2. חברתי הנשיאה נוטה לחשוב כי מתקיימת בעניין שלפנינו פגיעה בשוויון במובנה החוקתי (פסקה 17 לחוות דעתה). כשלעצמי נוטה אני לדעה שההסדר שבחוק אינו פוגע בזכות לשוויון במובנה החוקתי. בעניין זה יש לדעתי ממש בטענות המשיבים בעניין ייחודיותה של ההתנתקות והרי "הקבוצה אשר כלפיה קמה החובה לנהוג בשוויון היא קבוצה שהמאפיינים המייחדים אותה רלוונטיים לתכליתה של הנורמה, למהות העניין ולנסיבותיו המיוחדות" (בג"ץ 4906/98 עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נד(2) 503, 513 ד-ה (2000)). על ייחודיותה של תכנית ההתנתקות עמדה חברתי הנשיאה. גם לי הזדמן לקבוע בעבר כי "תכנית ההתנתקות, לרבות הקשריה המשפטיים והחוקתיים, הינה אירוע מיוחד במינו. אירוע מורכב בסדר גודל זה מחייב בחינה והכרעה שיפוטית מיוחדת, שהיא בבחינת sui generis". (בג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל, פסקה 2 לחוות דעתי (טרם פורסם, 18.1.2006)). בשל ייחודיותה של ההתנתקות איני סבורה כי מתקיים שוויון בין מי שיהנו מהחוק לבין מקרים של עבריינות אידיאולוגית "רגילה". אכן, ייתכן שהיה

מקום לדרוש שוויון בין מי שיהנו מהחוק לבין קבוצה אחרת - קבוצת המצדדים בהתנתקות שננקטו נגדם הליכים פליליים. הן לגבי המתנגדים והן לגבי המצדדים אירוע ההתנתקות הוא אירוע מיוחד במינו. ואולם, כפי שבארה הנשיאה, קבוצת המצדדים שננקטו נגדם הליכים פליליים היא "קבוצה ריקה", כך שגם כאן אין למעשה פגיעה בשוויון.

3. מכל מקום, גם אם יש בחוק כדי לפגוע בזכות לשוויון במובנה החוקתי מקובלת עליי עמדת הנשיאה כי החוק צולח את מבחני פסקת ההגבלה. בהקשר זה לא אכחד כי גם אני התלבטתי בשאלה, בהנחה שיש פגיעה בשוויון, האם לא ניתן היה להסתפק במדיניות בה נקטו הרשויות בפועל באשר לעיכוב הליכים, חנינות וכדומה לאחר בחינה פרטנית וכלי צורך בחוק כללי (ולגבי סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה לשקול גם היבטים "מדיניים" ולהתחשב באופי האירוע ובנסיבותיו ראו בג"ץ 4169/10 כהן נ' שר הביטחון, פסקה 7 (טרם פורסם, 2.6.2010)). ואולם, כפי שקבעה הנשיאה, אמצעי זה אין בו כדי להשיג את התרומה ההצהרתית של פיוס ואיחוי שביקשה הכנסת להגשים. אכן, "חוק הוא יצירה תכליתית. יש בו מסר" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני - פרשנות החקיקה 44 (1993)) וכפי שכבר נקבע "אם האמצעי שפוגע פחות מגשים פחות מהתכלית הראויה, אין הוא אמצעי שהמחוקק חייב לנקוט בו. הדרישה באשר לאמצעי שפגיעתו פחותה היא מתוך האמצעים המשיגים את תכליתו של החוק" (בג"ץ 7052/03 עדאלה-המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 343 (2006); כן ראו בג"ץ 7311/02 האגודה לסיוע ולהגנה על זכויות הבדואים בישראל נ' עיריית באר-שבע, סעיף 13 לחוות דעתי (טרם פורסם, 22.6.2011)). באשר לשאלה האם מתקיים יחס ראוי בין התועלת לבין הנזק שבחוק מקובל עליי כי נוכח צמצום תחום השלכתו של החוק והמגבלות שנקבעו בו, הכל כפי שפירטה הנשיאה, אין לומר כי החוק נופל מחוץ לגדריו של מתחם המידתיות.

4. אשר על כן, גם לדעתי דין העתירה להדחות.

אני מצטרפת לפסק דינה המקיף של חברתי הנשיאה ד' ביניש.

ימי ההתנתקות אכן היו ימים היסטוריים קשים לעם ולמדינה. היו אלה ימים קשים לאלה שקיבלו את ההחלטות והיו אמורים לדאוג לביצוען, כמו-גם למתנגדים להתנתקות. עוצמת הצער, הכאב והשבר שאותו חוו היה חסר תקדים ועורר גלי מחאה ופגיעה בשלטון החוק. התגבשה מדיניות אכיפה שהגיעה לכדי ביצוע מעצרים והגשת כתבי אישום רבים ביניהם כנגד קטינים ובני נוער. בשל ייחודיות האירוע התגבשו מהלכים של ריסון ואיפוק שמצאו ביטוי בגיבוש הנחיות היועץ המשפטי לממשלה בבקשות לעיכוב הליכים בהיקף רחב יותר ובהפעלת סמכות החנינה במקרים מתאימים על ידי נשיא המדינה. על רקע כל האמור, הייתה הכנסת נחושה לקדם חקיקה שתעניק חנינה כללית לכל מי שנפתח נגדו הליך פלילי בגין עבירות שבוצעו במסגרת המחאה נגד ההתנתקות במגבלות מסוימות. חרף התנגדות משרד המשפטים כמו גם פיזור הכנסת, צלחה הכנסת את המשוכות שבדרך ואישרה את הצעת החוק ביום 25.1.10. במהלך הדיון שבפנינו, שמענו כל טענה אפשרית שהועלתה במטרה לשכנענו שהחוק אינו חוקתי בהיותו פוגע בעקרון השוויון, ומנגד הושמע הטיעון שצידד בתפיסה לפיה לא קמה עילה חוקתית לביטול החוק בהתבסס על הייחודיות שעמדה ביסודו.

אין מי שיחלוק על כך שאכיפה בררנית היא אכיפה הפוגעת בשוויון ופסולה ביסודה, כפי שעמדה על כך חברתי הנשיאה בחוות דעתה המרחיבה. אני מסכימה עימה שגם אם מתקיימת בעניין שלפנינו פגיעה בשוויון במובנה החוקתי, עומד ההסדר שעוצב בדרישותיה של פסקת ההגבלה ואינו מקים עילה לביטול החוק. מדובר בחוק ייחודי שחוקק על רקע שבר קשה שפגע בליבה של החברה ובעצביה הרגישים ביותר.

מבלי להיכנס למבחני המשנה בשאלות המידתיות שנדונו בחוות דעתה של הנשיאה, לא ניתן לחלוק על כך שתכליתו של החוק ראויה היא, וכי יש בו משום ניסיון למתן את רשמי האירוע הטראומטי של יישום תכנית ההתנתקות. עוד יש להדגיש כי תוצאתו של החוק מצומצמת מאחר שהופעל על קבוצת אנשים קטנה יחסית בהיקפה – רק על אלה שחרגו במידה מסוימת מגבולות ההתנגדות הלגיטימיים והמותרים – חל על מבצעי העבירות החמורות. משכך, שוכנעתי כי השלכתה של הפגיעה המעשית מוגבלת וכי עוצמתה קטנה.

אני, כשלעצמי, לא מאמינה, לצערי, שהאמצעי שנבחר יגשים את המטרה שהציב המחוקק במלואה. מטבע הדברים, המטרות של איחוי הקרעים, ריפוי השבר והשתלבות מחודשת של מתנגדי ההתנתקות אל תוך החברה כרוכות בתהליכים חברתיים מורכבים וארוכי טווח שהחוק לא יוכל להגשים באופן מלא. אף על פי כן, יש בחוק שלפנינו כדי לקדם את המטרות הללו ולמנוע כעס וכאב נוספים בסוגיה הנקודתית שבה הוא נועד לטפל. לפיכך יש בחוק משום הגשמה חלקית של המטרות הנזכרות עם מבט צופה פני עתיד להשלמת התהליכים החברתיים הנזכרים.

בסופו של יום אינטרס הציבור הוא שעבריינים יועמדו לדין, יתנהל נגדם משפט צדק ובמקרים הראויים ימוצה הדין עם כל מי שפשע. חלילה לנו מלעודד פעילות עבריינית או מעשים חריגים במקרים דומים בעתיד. ואולם, בנסיבות האירועים שפורטו כאן, בחר המחוקק באופן ייחודי וחריג במתן חנינה כללית בהתייחסו לקבוצה קטנה, אשר ביצעה עבירות פליליות קלות יחסית על רקע הימים הקשים של ניתוק מחבלי ארץ והכאב שנלווה לכך. מכאב זה "לא נוכל ולא נרצה להתעלם" (הנשיא ברק בבג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 512 (2005)). החוק צולח איפוא את פסקת ההגבלה, ומשכך אין עילה להתערבותנו ויש לדחות את העתירה.

ש ו פ ט ת

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה. ההתנתקות מחבל עזה ומצפון השומרון בקיץ 2005 היתה מן הקשים שבצמתים שחוותה מדינת ישראל בתולדותיה, עם שלמרבה הצער לא חסרו לה תדיר ימים קשים בצד אירועים היסטוריים של שמחה. ההתנתקות, על פי החלטה ישראלית, נתפסה על-ידי חלקים ניכרים מן הציבור כגלגולה של ההיסטוריה לאחר, כקיפול דגלים ציוניים; חלקים אחרים בציבור סברו אחרת. ייחודה של ההתנתקות היה בכך שישובים יהודיים פונו לא מכורח סערת מלחמה (כמו, למשל, גוש עציון, כפר דרום ובית הערבה בתש"ח) ולא במסגרת הסכם שלום (כמו חבל ימית בסיני וישובי סיני האחרים בעקבות השלום עם מצרים); הם פונו בהחלטה חד צדדית, שבמהרה נתבדה חלק ניכר מן התקוות שתלו בה לעניין השגת שקט מכיוון עזה, והדברים נאמרים בלא שאביע כאן דעה על השיקולים במועד קבלתה ועל דרך קבלת ההחלטות. החוק בו עסקינן, שראשיתו בהצעות חוק מ-2007, נתקבל בסופו של יום בראשית 2010, כארבע וחצי שנים לאחר ההתנתקות, כשתוצאותיה

במישור האנושי מזה - קשייהם של המפונים, ובמישור הביטחון - התקפות לאורך שנים על שדרות וישובי עוטף עזה מזה, היו ניכרות, ובחלקן, לא בכל, לא שנויות במחלוקת.

ב. כך או אחרת, התוצאה האנושית היתה עקירתם של אלפי אנשים מבתיהם, חלקם לאחר שנות דור של מגורים, וכשעמם דור שני ושלישי של בנים ונכדים; הם מצאו עצמם כשבידם מקל נדודים, ועם כל הסדרי הפיצויים שנקבעו בחקיקה, לא התאושש חלק מהם כראוי לאורך זמן רב. בית משפט זה נדרש לכך הן בראשית הדברים בפסק הדין בנושא ההתנתקות (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל פ"ד נט(2) 481), והן לא אחת, לא שתיים ולא שלוש בתיקים שעניינם פיצויים. את הסוגיה שלפנינו יש כמובן לראות על רקע כל אלה, שכללו רוב "שברון לב ודמע" (ראו בג"ץ 7710/05 הרב ישי בר-חן נ' אריאל שרון ראש הממשלה (לא פורסם) פסקה י"א לחוות דעתי).

ג. בהינתן כל זאת, ונוכח ייחודיות הדברים, ביקש היועץ המשפטי לממשלה לנקוט מדיניות אכיפה שיש בה איזונים בין צרכי שלטון החוק, אשר לא קפא במקומו גם בימים קשים, לבין הנסיבות המיוחדות; ולימים ניתנו חנינות נשיא ובסופו של דבר גם באה יוזמת חקיקה זו, גם אם הממשלה לא סברה תחילה כי יש בה צורך. היא הושלמה, כאמור, במועד בו נתחווה כמעט במלואה "תמונת המצב הלאומית" של ההתנתקות ולאחריה, ופצעה טרם הגליון עד תום.

ד. מסכים אני לניתוחה של חברתי הנשיאה באשר לשאלה החוקתית, קרי, היעדר הצורך להכריע בתיק זה באשר לפגיעה בשוויון (אף שגם אני נוטה לדעתה), שכן החוק צולח את מבחני פסקת ההגבלה, חרף קשיי שוויון; הוא עומד בהם, הן נוכח הנושאים שבהם ניתנה החנינה והן נוכח אלה שלא ניתנה בהם. על כן אין החוק פוגע ללא מרפא במגמה הכללית בפסיקתנו, שהיא הרחבת מעגל השוויון ולא צמצומו.

ה. חברתי השופטת ארבל ציינה בצדק, כי החוק משיג את מטרתו באופן חלקי בלבד, במובן זה שרחוקים אנו מאיחוי השבר שנגרם עקב ההתנתקות. התהליכים הפנימיים בחברה הישראלית בהקשר ההתישבות באיו"ש ובנושאים אחרים אינם שוקטים על שמריהם ואינם מבשרים מי מנוחות. אסור שייטשטש ההבדל בין שיח לגיטימי וחופש דעה וביטוי במערכת הציבורית לבין הידרדרות לאלימות. ברי כי הציות לחוק במדינה דמוקרטית - יהודית ודמוקרטית - אינו יכול להיות "תכנית כבקשתך" או

להיות לשיעורין לפי "רצון איש ואיש" (אסתר א', ח'). החינוך לכך מוטל על ההנהגה, המדינית והרוחנית, ולא תמיד ניתנת לו תשומת הלב הראויה, אם לא למטה מזה. החנינה שניתנה במקרה זה בחוק אינה צריכה להיות אות לבאות. הכאב הנורא שכללה ההתנתקות, וייחודיותה המובהקת. העבירו את החוק במבחן החוקתי, אך הדאגה לעתיד לא סרה, כדי שחישוקי המסגרת הממלכתית והלאומית לא יתרופפו; "הוא מתפלל בשלומה של מלכות, שאלמלא מוראה איש את רעהו חיים בלעו" (משנה אבות ג', ב'). שלומה של מלכות הוא שלטון החוק, והסבורים כי חוק חנינה מעין זה הוא מטבע עובר לסוחר, אל ייחפזו למסקנות.

ו. כאמור, מצטרף אני לפסק דינה של הנשיאה.

ש ו פ ט

השופטת א' חיות:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה, לפיה דין העתירה להידחות.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

דעתי היא שדין העתירה להידחות, כפי שהציעה כבוד הנשיאה בחוות דעתה המקיפה.

ש ו פ ט

השופט ס' ג'ובראן:

כל בני האדם שווים בפני החוק. כך בעומדם בפני הדין האזרחי, כך בעומדם בפני הדין המנהלי והציבורי, ועל אחת כמה וכמה, כך בעומדם בפני הדין הפלילי. בהליך הפלילי, במסגרתו מפעילה המדינה את כוחה ביחס לפרט, נודעת חשיבות מוגברת לזכות הפרט לאוטונומיה, ולקיומו של משפט צודק, הוגן ושווה. מהטעם הזה, לאחר שקראתי את חוות דעתה המקיפה של חברתי הנשיאה, מצאתי שאיני יכול לצרף דעתי לדעתה.

הערות מקדמיות

1. בטרם דיון, יצוין כי אין כל מחלוקת ביני לבין חברתי הנשיאה באשר למשמעויות החברתיות והפוליטיות שהיו לביצוע תוכנית ההתנתקות. אין ספק כי עבור רבים גרמה תוכנית ההתנתקות למשבר אמון חמור ביחסים שבינם לבין המדינה. רבים אחרים ראו בה כאירוע המחזק את חוסנה המוסרי של מדינת ישראל. מתחים אידיאולוגיים וחברתיים שרחשו מתחת לפני השטח שנים ארוכות הפכו לגלויים, ואף הובילו אזרחים ישראלים לפעול בניגוד לחוק כדי לתת ביטוי למחאתם. כפי שתיארה הנשיאה בחוות דעתה, ריבוי העבירות הפליליות שבוצעו במסגרת המחאה נגד מימוש תוכנית ההתנתקות הוביל להיערכות מיוחדת של משרד המשפטים ולקביעת כללים מנחים שנועדו להתמודד בצורה יעילה עם התנהגויות אלו, תוך שימור יכולת ההרתעה של הרשות המבצעת, וחיזוק שלטון החוק.

לאחר שמומשה תוכנית ההתנתקות, הגיעה העת לנסות ולאחות את הקרעים בחברה הישראלית. ניסיונות אלו כללו רבדים רבים וביניהם תמיכה מדינתית וניסיונות לישוב מחדש את המפונים, אשר חלקם צלחו במידה רבה יותר וחלקם במידה פחותה. במסגרת מאמצים אלו, בחר המחוקק לחוקק את חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תוכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 (להלן: החוק או חוק הפסקת הליכים).

הסוגיה העומדת לפתחנו, אם כן, אינה שאלת המשמעויות הלאומיות של מימוש תוכנית ההתנתקות, או שאלת חשיבות איחוי הקרע בעם שנוצר בעקבותיה. אף איננו נדרשים לבחון את השאלה הכללית של האמצעים הרחבים שבהם נקטה המדינה כדי לאחות את המחלוקות בעם. כל שעומד לפנינו לבחינה הוא השאלה האם חוק הפסקת הליכים, במתכונתו ובנוסחו הנוכחיים, פוגע בזכויות חוקתיות, אם לאו, ובאם

יימצא שהחוק פוגע בזכויות חוקתיות, האם פגיעה זו מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה או שמא היא פגיעה שאינה יכולה לעמוד.

2. עוד יצוין בטרם דיון כי נקודת המוצא של בית המשפט בבוחנו את חוקתיות החוק היא כי חוק הכנסת מבטא את רצון נבחרי העם, ומשכך, לא בנקל ייקבע כי יש להתערב בו בשל אי חוקתיותו (ראו למשל: בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996); בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 264-263 (2002)) (להלן: פרשת מנחם). כמו כן, ההנחה כי חקיקה של הכנסת לא נועדה לפגוע במבנה החוקתי של מדינת ישראל עומדת כל העת לנגד עינינו (בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 267-269 (1999)). יחד עם זאת, כאמור וכפי שאסביר, לאחר שבחנתי את החוק על הסדריו, לא נותר, לדעתי, מנוס מלקבוע כי הוא פוגע בזכויות חוקתיות, אף אם לא בכוונת מכוון, ואינו עומד בדרישות פסקת ההגבלה. לפיכך דינו בטלות.

דיון

3. חוק הפסקת הליכים קובע מערך כפול של הסדרים – הסדרי חנינה קבוצתית לאחר מעשה ומחילה קבוצתית בטרם הרשעה (לצורך נוחות הדיון אתייחס להלן לשני הסדרים אלו כ"חנינה"). תחולתם של הסדרים אלו היא תחולה קבוצתית, משמע, תחולה החלה על קבוצת פרטים סגורה המזוהה על בסיס מאפיין אחד המנותק מהעבירה עצמה (במקרה זה, ההתנגדות לתוכנית ההתנתקות), וזאת, בשונה מחנינה אינדיבידואלית, וכן מחנינה כללית (החלה על כל נאשם שהורשע בעבירה מסוימת). בהקשר זה יצוין כי אף שהחוק אינו משתמש במונח "חנינה", הרי שזוהי תוצאתו בפועל כמו גם מטרתו המוצהרת, כעולה מדברי ההסבר להצעת החוק. זיהוי של פעולת החוק באופן זה מעלה שורה ארוכה של שאלות חוקתיות ממעלה ראשונה, אשר לא נדונו בעבר בפסיקה הישראלית. מאחר שכפי שאסביר להלן, החנינה הקבוצתית והמחילה הקבוצתית פוגעות, במקרה זה, פגיעה לא מידתית בזכות לשוויון, אגע בקצרה ולשם שלמות התמונה בלבד בשאלות החוקתיות הנוספות העולות במקרה זה, שאיני נדרש להכריע בהן.

4. חוק הפסקת הליכים, ככל חוק אחר כפוף לעקרונות יסוד של הדמוקרטיה החוקתית הישראלית. אחד מאותם עקרונות, ואולי הבסיסי שביניהם, הוא עיקרון הפרדת הרשויות (על מהותו וחשיבותו של עיקרון זה ראו אצל אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל – עקרונות יסוד 127-129 (2005)). לפיכך,

שאלה מקדמית היא האם יש לכנסת סמכות לחוקק חוק שכזה בהתחשב בעיקרון הפרדת הרשויות. שאלה זו אינה פשוטה כלל ועיקר. בנוסף, החוק מעורר קשיים בשני רבדים מרכזיים אשר יהיו קיימים בכל מקרה של חנינה על פי חוק, וזאת מאחר שמדובר בחקיקה רטרואקטיבית שאינה כללית. משמע, עיגון חנינה בחוק, באופן מובנה, נוגד את העקרונות הבסיסיים ביותר של שלטון החוק במובנו המהותי, הם ודאות החוק, פומביותו, כלליותו והיותו צופה פני עתיד (ראו: אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" 319 מבחר כתבים - חלק א' (חיים כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); חיים גנז "על כלליות של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז(3) 579 (1991)).

5. אכן, במשפטנו החוקתי חלל גדול מאוד באשר לפרוצדורה ולמבנה המכוונים נורמה משפטית תקפה, וטוב היה לו היה בנמצא חוק יסוד: החקיקה. יחד עם זאת, אף בהיעדר חוק יסוד מפורש הקובע את תכונותיה של נורמה משפטית תקפה, נדרש בית משפט זה לא פעם לבחינת היסודות החוקתיים הנדרשים להתקיים בתהליך חקיקה בשביל שזו תהיה ברת תוקף (ראו: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) (להלן: פרשת מגדלי העופות); בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מה(3) 154 (1991); בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26 (1998); בג"ץ 5131/03 ח"כ יעקב ליצמן נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004)). בהקשר זה, עקרונות היסוד לזיהוי של חוק תקף הם היותו ודאי, פומבי, כללי וצופה פני עתיד (לעניין הכלליות ראו: 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ, פ"ד יא(2) 695, 701 (1957); לעניין הפוביות ראו פרשת ארגון מגדלי העופות, פסקה 21 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, וכן רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485 (1994); לעניין החזקה נגד רטרואקטיביות ראו יניב רוזנאי "רטרואקטיביות – יותר מאשר רק עניין של זמן! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" משפט ועסקים ט 395 (תשס"ח)). חריגים לעקרונות אלו, אף שאפשר שיהיו נדרשים, כדוגמת החוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, התש"י-1950, ראוי שיהיו מועטים ככל הניתן. זאת, מקל וחומר במסגרת ההליך הפלילי, בו חירויות הפרט נפגעות בצורה החמורה ביותר. כאמור, החוק שלפנינו חורג מעקרונות אלו ולפיכך עולה השאלה האם מדובר בחריגה ראויה.

1. עקרון הפרדת הרשויות

6. הנשיאה, בחוות דעתה, קובעת כעניין שבעובדה כי סמכות החנינה הכללית מצויה בידי הכנסת (ראו פסקה 26 לחוות דעתה), וזאת, בהסתמך על כך שבעבר חוקקה

הכנסת חוק חנינה כללית (חוק החנינה, התשכ"ז-1967). לצד זאת, עיון בדברי ההסבר להצעת החוק הנוכחי מעלה כי חוק החנינה משנת 1967 עמד לנגד עיני המחוקקים בבואם לעצב חוק זה. ואולם, בחינת חוק החנינה משנת 1967, והחוק הנוכחי, מעלה כי השונה שבין שני החוקים עולה על הדומה, ולא ניתן לעשות גזירה שווה בין השניים. אף לו הייתי מניח כי לכנסת סמכות לחוקק חוק חנינה כללית, כחוק החנינה משנת 1967, אין בכך כדי לקבוע כי לכנסת סמכות לחוקק חוק המעניק חנינה קבוצתית כבמקרה הנוכחי.

7. בחינת שאלת סמכות הרשות המחוקקת להעניק חנינה שנויה במחלוקת בחלק ממדינות המשפט האנגלו-אמריקאי. כך, באנגליה, אף שסמכות זו לא בוטלה באופן רשמי, לא ניתנה חנינה כללית משנת 1747. גם בארצות הברית, למן מלחמת האזרחים, לא נחקק כל חוק חנינה, אישית, קבוצתית או כללית (ראו: Leslie Sebba "Amnesty - A Quasi-Experiment" 19 BRIT. J. CRIMINOLOGY 5 (1979)). בתוך כך, השאלה האם לרשות המחוקקת סמכות מקבילה לסמכות הנשיא לעניין מתן חנינה התעוררה בארצות הברית מספר פעמים ונדונה במלוא עוצמתה בשנת 1974 סביב רצון הקונגרס לחוקק חוק שיעניק חסינות מפני העמדה לדין של מי שהפרו את חובת השירות הצבאי. זאת, על הרקע של מלחמת וייטנאם וההתנגדות האידיאולוגית של אזרחים אמריקאים רבים למעורבות ארצות הברית במלחמה. חוק זה לא התקבל לבסוף, לאחר שהמחלקה המשפטית של הקונגרס הודיעה ליושב הראש כי החוק יהיה לא חוקתי, וכי הוא מהווה פגיעה חמורה ביותר בחלוקת הסמכויות בין הנשיאות ובין הקונגרס, ועם מתן חנינה כללית שכזו על ידי הנשיא (להרחבה בנושא זה ראו: Todd David Peterson "Congressional Power Pardon and Amnesty: Legislative Authority in the Shadow of Presidential Prerogative" 38 WAKE FOREST L. REV. 1225 (2003); Thompson "Clemency for our Children" 32 CARDOZO L. REV. 2641 (2011)). יצוין כי למן החנינה הקבוצתית של סרבני השירות במלחמת וייטנאם, על ידי הנשיא קרט, לא ניתנו עוד חנינות קבוצתיות כלל, אף לא על ידי מוסד הנשיאות (ראו: Kristen Fowler "Limiting the Federal Pardon Power" 83 IND. L.J. 1656 (2008)). עוד נכתב בעניין זה כי:

"Congress has a record of attempting to break into the protected sphere of the pardon power through both legislation and constitutional amendments. Nearly every past attempt was an effort to *directly* affect the power, and nearly every one was struck down as an unconstitutional usurpation of an executive power" (Lauren Scott "Breaking into the Pardon Power: Congress and the Office of the Pardon Attorney" 46

ההדגשה) (2009) 1535, 1546-1545 AM. CRIM. L. REV. (במקור – ט' ג'').

בהקשר זה יצוין כי אף שבמדינות המשפט הקונטיננטלי אכן ניתנות מעת לעת חנינות כלליות מכוח חקיקה, הרי שאלו, ככלל, נועדו לתכלית שונה מתכלית החקיקה בענייננו. כך לדוגמא נהוגות בצרפת חנינות מכוח חקיקה מעת לעת שמטרתן הקטנת אוכלוסיית האסירים והקלת נטל האכיפה המוטל על כתפי המדינה (יודגש כי בצרפת סמכות המחוקקים להעניק חנינה כללית קבועה באופן מפורש בחוקה, ראו Title V, Art. 34). אף שגם חנינה מסוג זה זכתה לביקורת לא מועטה, הרי שהיא באופייה חנינה הנובעת ממגבלות תקציביות של המדינה, ודומה, במידת מה, להחלטה של רשויות תביעה שלא להעמיד לדין בעבירות מסוימות מהטעם של מחסור במשאבים. לצד זאת, ניתנו בעבר בצרפת חנינות אף לאחר אירועים פוליטיים, דוגמת מלחמת העולם השנייה, המלחמה באלג'יר וכדומה (ראו: Rene Levy "Pardons and Amnesties as Policy Instruments in Contemporary France" 36 CRIME & JUST. 551 (Hereinafter: (Pardons and Amnesties)). מבחר דוגמאות אלה משקפות תפישות של צדק מעברי (Transitional Justice) אשר נפוצות בשיטות משפט רבות, ואינן דומות לחוק העומד לפנינו. סוג חנינות אחד עניינו חנינה בעת חילופי שלטון, משמע, בעת בו מתפרקת אמנה חברתית אחת ומכוננת אחרת. במצב זה, אף אם נשמרת רציפותן של חלק מהנורמות הפליליות, מתחלפת המסגרת החוקתית כולה, לרבות גופי התביעה והשיפוט. במילים אחרות, זה מצב בו החנינה לובשת לבוש מכונן, ומשקפת את כריתתה של אמנה חברתית חדשה בין הפרטים לבין המדינה (חנינה כזו אף הוענקה עם כינונה של מדינת ישראל בפקודת החנינה הכללית, התש"ט-1949). הסוג השני עניינו חנינות הנוגעות לפעולות בין ישויות מדינתיות אשר אינן מקיימות ביניהן אמנה חברתית, ולחלופין, מצבים בהם האמנה החברתית התפוררה עד ליסודה (כגון במלחמת אזרחים כוללת, כבארצות הברית, או חלקית כבקולומביה). במצבים אלו, סיום הסכסוך אף הוא מהווה כינון מחדש של האמנה החברתית, ומקים טעם טוב לחנינה, ולו חלקית, של מי שהורשע בעבירות בתקופת הסכסוך. לבסוף, אכן ניתן למצוא אף בקרב המדינות המערביות דוגמאות הדומות יותר למקרה הנוכחי, דוגמת החנינה לאחר מהומות הסטודנטים בצרפת בשנת 1968, שניתנה במטרה להרגיע את המתחים החברתיים והפוליטיים (ראו: (Pardons and Amnesties, Table 1, p.566).

מכל מקום, אין בסקירה קצרה זו אלא כדי להראות כי סוגיית חלוקת הסמכויות בין הרשויות, בכל הנוגע לסמכות החנינה, אינה פשוטה כלל ועיקר. ברי, כי לא ניתן להקיש מהמשפט המשווה באופן ישיר למשפט הישראלי. כל אחת מהמדינות מקיימת

משטר חוקתי שונה, ומנגנוני האיזונים והבלמים בה שונים. משכך, בחינת סמכות הכנסת להעניק חנינה למי שהורשע בדינו, אינה פשוטה, וזאת לאור המבנה החוקתי-מוסדי הישראלי.

8. יתר על כן, ובהמשך לאמור, בחינת החוק הנוכחי מעלה שאלה נוספת, היא האם יכולה הכנסת להעניק "חנינה" בטרם הרשעה, בהתחשב בעיקרון הפרדת הרשויות.

בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986) (להלן: פרשת ברזילי) עלתה שאלה דומה ביחס לסמכות החנינה של הנשיא. במקרה זה, נקבע בדעת רוב כי לנשיא סמכות חנינה אף בטרם משפט (סמכות מחילה). זאת, על בסיס שני שיקולים מרכזיים. ראשית, נקבע כי סמכות החנינה של נשיא מדינת ישראל שואבת את מקורותיה מהמשפט האנגלי, שבו נתונה למלך סמכות לחון אף בטרם משפט. שנית, וחשוב מכך, נקבע כי יש לאמץ פרשנות זו לסמכות החנינה של הנשיא משיקולי מדיניות משפטית. סמכות החנינה המוענקת לנשיא הוגדרה בפסק הדין כמשרתת שתי תכליות – היא משקפת את מידת הרחמים, ומאפשרת לתקן תוצאות משפטיות אשר אף שהן נכונות, יוצרות קושי אנושי של ממש. לצד זאת, משקפת סמכות החנינה את האינטרס הציבורי, ומאפשרת לנשיא, בנסיבות שבהן ישנו אינטרס ציבורי רחב, למנוע קיומו של הליך משפטי. דעת המיעוט בפרשה זו, מפי השופט (כתוארו אז) א' ברק, קבעה כי סמכות החנינה היא סמכות חוקתית השלובה במבנה החוקתי הכללי של המשפט בישראל. לשיטתו, סמכות זו נוצרת רק ברגע שאדם נמצא אשם בדין. כל פרשנות אחרת תוביל לכך שסמכות החנינה תחתור תחת הסמכויות החוקתיות של הרשות המבצעת והשופטת – לחקור ולהכריע את הדין (וראו עוד לעניין זה את דברי השופט מ' חשין בפסקאות 5-6 לפסק דינו בפרשת מגדלי העופות).

במסגרת השאלה החוקתית העקרונית בדבר הפרדת הרשויות, העלה השופט א' ברק בפרשה זו שיקול נוסף לצמצום סמכות החנינה של הנשיא, הוא החשש כי מתן אפשרות חנינה בטרם משפט עלול להוביל לפוליטיזציה של מוסד החנינה. בתגובה לכך כתב הנשיא מ' שמגר:

"אין אני חושש כל עיקר מפני פגיעה, כביכול, בסמכות השפיטה והענישה של בית-המשפט, במידה ויש סמכות בידי נשיא המדינה לשנות ולבטל תוצאת 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 ערבוב 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...." (שם, 465).
 ההדגשות שלי – ט' ג'').

החשש של פוליטיזציה של מוסד החנינה, עד שיחתור תחת יסודות שלטון החוק עמד לנגד עיני בית משפט זה בפרשת ברזילי, ורק בשל מעמדו הייחודי של נשיא המדינה כמורם מעם וכמי שמייצג את כלל פלגי החברה צומצם משקלו של שיקול זה. יתר על כן, אף במצב זה מתוחמת סמכות החנינה של הנשיא, מכוח הנוהג על פיו כלל בקשות החנינה נבחנות ראשית על ידי מחלקת החנינות במשרד המשפטים, ורק לאחר מכן מובאות לבחינת הנשיא, בצירוף המלצה מטעם שר המשפטים (להרחבה בעניין זה ראו: דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר (טרם פורסם, 29.11.2010), פסקה 1 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש). כל זאת, בזמן שסמכות החנינה המוענקת לנשיא היא סמכות חנינה אינדיבידואלית, המחייבת הפעלת שיקול דעת פרטני בכל מקרה ומקרה, וזאת על בסיס כלל הנתונים הרלבנטיים (ראו: בג"ץ 7523/11 אלמגור ארגון נפגעי טרור נ' ראש הממשלה (טרם פורסם, 17.10.2011) פסקה 12 לפסק דינה של הנשיאה, וההפניות בפסק הדין, וכן הנחיות היועץ המשפטי לממשלה – נוהל טיפול בבקשות חנינה (הנחייה מספר 4.4000 (62.001), מיום 1.7.1974 (תאריך עדכון 6.3.2003)), הקובעות כי במסגרת הבקשה יוגשו לנשיא שורה ארוכה של חוות דעת מקצועיות בעניינו של המבקש). משכך, החשש מפגיעה בשלטון החוק במקרה של חנינה טרם משפט על ידי הנשיא, קטן בשל נדירות תופעה זו, בשל מעורבות משרד המשפטים בהליך ובשל תפקידו הממלכתי של הנשיא.

לא כך הדברים במקרה הנוכחי. במקרה זה מדובר בחנינה שנקבעה על ידי הכנסת, משמע, בידי גוף פוליטי. יתר על כן, החנינה המוענקת על ידי הכנסת אינה פרטנית כי אם קבוצתית. חנינה זו, אף אם היא נובעת ממידת הרחמים, אינה יכולה להיות לפנים משורת הדין. להיפך, היא היא הדין.

ייתכן בשלב זה כי די בדברים אלו כדי להסביר מדוע, בראייתו, יש קושי של ממש בקביעה כי לכנסת סמכות להעניק חנינה בטרם הרשעה, המעקרת מתוכן את הסמכויות המסורות לרשויות המבצעות והשופטת. יפים לעניין זה דברי המשנה לנשיא מ' חשין בבג"ץ 6472/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 719, 743 (2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון):

“עקרון-מסד הוא במדינה כי יפֻנו בה שלוש רשויות; כי כל אחת מאותן רשויות תהיה נפרדת משתי הרשויות האחרות וכי תחזיק בכוחות ובסמכויות שיוחדו לה; וזו ליבתה של הדמוקרטיה. הכנסת, על אף עליונותה המוסדית כרשות מחוקקת, נעדרת היא סמכות לפגוע מהותית ברשויות השלטון האחרות, לא-כל-שכן שאין היא מוסמכת לשלול את קיומן או לרוקן אותן מתוכנן. פגיעה מהותית בנוסחת שלוש הרשויות פירושה פגיעה אנושה בדמוקרטיה, והכנסת אסורה בכך”.

9. לסיכום פרק זה, כאמור ומהטעמים שיפורטו להלן, מאחר שבראייתי החוק אינו חוקתי בשל פגיעתו החמורה בזכות החוקתית לשוויון, אינני רואה צורך לקבוע מסמרות בשאלת כוחה של הכנסת לקבוע חנינה בחוק, בין אם לאחר הרשעה בין אם בטרם הרשעה, בין אם כללית בין אם קבוצתית, במסגרת ההליך הנוכחי.

2. עקרון שלטון החוק והשוויון בפני החוק

10. בדיוני עד כה, עמדתי בקצרה על שאלת סמכותה של הכנסת לחוקק חוק חנינה כללית, בכובעה כרשות מחוקקת. כאמור לעיל, בהליך הנוכחי בחרתי להותיר את שאלת סמכות הכנסת להעניק חנינה כללית בצריך עיון, ומשכך, נכון הדבר אף באשר לסמכותה להעניק חנינה קבוצתית.

11. יחד עם זאת, בשונה מהחנינה הכללית, מעלה החנינה הקבוצתית שורת שאלות שעניינן התיישבותן של חנינות קבוצתיות, ובפרט חנינות קבוצתיות דוגמת החנינה הנוכחית, עם עקרונות היסוד של השיטה, ובכללם עיקרון השוויון. הפרק הנוכחי אם כן, יחולק לשלושה שלבים. ראשית, אבחן את הטענה כי מדובר בחוק “מעין הצהרתי”, ולפיכך בחוק שאינו פוגע, בפועל, בשוויון. שנית, אבחן אם החוק פוגע בעיקרון השוויון הכללי, הנובע מעקרונות היסוד של השיטה. לבסוף, אעמוד על אופן בחינת שוויוניותה של נורמה כללית, ועל משמעות בחינה זו בענייננו.

12. כאמור, לב הדיון במקרה הנוכחי הוא בחינת השאלה האם החוק פוגע בעיקרון השוויון. זיהוי הפגיעה בעיקרון ועוצמתה, הוא השלב הראשון וההכרחי בבחינת חוקתיותו של החוק. ודוקו, עיון בתשובות המשיבים מעלה כי המשיבים 2-3 אינם חולקים כלל על התקימותה של פגיעה בעיקרון השוויון. עוד עולה כי לאורך כל תהליך החקיקה התנגד משרד המשפטים לחקיקת החוק. כך, כותבים המשיבים 2-3 בפסקה 18 לתגובתם:

"למען שלמות התמונה יוער כי במהלך הדיונים בכנסת הוצגה ע"י נציגי משרד המשפטים העמדה העקרונית המתנגדת עקרונית לחקיקה מסוג זה בהיותה פוגעת בעיקרון השוויון ובעקרונות נוספים של שיטת המשפט: איון גורף של החלטות בית המשפט ורשויות התביעה ע"י חקיקה מגמתית וסקטוריאלית של הכנסת" (וראו בעניין זה אף פסקאות 19-20 לתגובה).

יתר המשיבים אינם נוקטים בעמדה זוהי וחולקים על קיומה של פגיעה בעיקרון השוויון. מכל מקום, נדמה כי ראוי שבית משפט זה ייתן דעתו לשאלת הפגיעה בשוויון המתעוררת במקרה הנוכחי. זאת, בין היתר, שכן אף ששאלת השוויון באכיפת הדין הפלילי עלתה לא פעם על סדר יומו של בית משפט זה, מעולם לא הגיע לפתחו של בית המשפט מקרה כזה, בו מבקשת המדינה באמצעות חוק לחון ולמחול, הן בדיעבד, הן בטרם הרשעה, קבוצה שלמה של אזרחים שביצעו עבירות על רקע אידיאולוגי בתקופת זמן נתונה, ומבלי להותיר לרשות המבצעת ולרשות השופטת כל שיקול דעת בעניינם (יצוין כי אין כל דמיון בין המקרה הנוכחי לשחרור פלסטינאים שאינם אזרחי ישראל מכוח הסכמים מדיניים, וראו: בג"ץ 9290/99 מ.מ.ט. מטה מותקפי הטרור (ע"ר) נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד נ"ד(1) 8(2000)).

2.1 האם מדובר בחוק "מעין הצהרתי"?

13. בטרם אעבור לבחינת שאלת חוקתיותו של החוק לגופה, למן הראוי לתת את הדעת לטענת המשיב 1, אשר מצאה מקום בחוות דעתה של הנשיאה (ראו פסקה 26 לחוות הדעת), כי מדובר בחוק "מעין הצהרתי", וכי השפעותיו בפועל, לעניין השוויון, הן שוליות (ראו למשל בפסקה 49 לתגובת המשיב 1). במילים אחרות, על פי עמדה זו אין כלל להידרש לשאלת חוקתיות החוק, מאחר שאף שעל פניו החוק נדמה ככזה המתערב באופן ניכר בשיקול דעת התביעה ובתי המשפט בבואם ליישם את הדין הפלילי, הרי שבפועל עיקרון השוויון כלל לא נפגע, שכן מדובר בהתערבות מצומצמת וחסרת משמעות. לחלופין, אף אם החוק פוגע בשוויון, הרי שנוכח ההיקף המצומצם של הפגיעה הנגרמת בגינו, יש לראותו כמידתי.

14. לגישתי, אין מקום לקבל טענה זו ממספר טעמים.

15. ראשית, כפי שמוסבר בחוות דעתה של הנשיאה, החוק נחקק לאחר שבמהלך תקופת ההתנתקות עצמה נקבעו על ידי היועץ המשפטי לממשלה הנחיות מקלות באשר לחקירה ולהעמדה לדין בשל עבירות על רקע התנגדות לביצוע תוכנית ההתנתקות. סביר להניח כי זוהי, בין היתר, אחת הסיבות לכך שמרבית התיקים שנפתחו במהלך תקופת ההתנתקות לא הבשילו כלל לכתבי אישום. כעת, מבקשים המשיבים להתבסס, לצורך טענתם כי מדובר בחקיקה הצהרתית, על כך שמספר ההליכים שהופסקו, ומספר הרישומים שנמחקו לאחר חקיקת החוק הוא קטן. במילים אחרות, טוענים המשיבים כי הלכה למעשה, החוק הנוכחי רק עיגן בחקיקה ראשית את המדיניות שהייתה קיימת עוד קודם לכן, ונקבעה מכוח סמכותו של היועץ המשפטי לממשלה (ראו פסקאות 10-11 ופסקאות 74-77 לתגובת המשיב 1).

לטעמי, אין מקום כלל להשוות בין הסמכות המסורה לרשויות התביעה שלא לפתוח בהליך פלילי ובין החנינה הקבועה בחוק.

כאמור, סוגיית ההבדל שבין סמכות התביעה לפתוח בהליך פלילי לבין סמכות חנינה אינדיבידואלית שמעניק הנשיא נדונה בהרחבה בבית משפט זה בפרשת ברזילי. אף שדעות המותב באשר להיקף סמכות החנינה של נשיא המדינה היו חלוקות, הסכימו שלושת חברי ההרכב כי ישנו פער של ממש בין סמכות החנינה, המשקפת את מידת הרחמים ואת האינטרס הציבורי כי במקרה מסוים לא ימוצה ההליך המשפטי, לבין שיקול דעת התביעה, המהווה החלטה מנהלית מעין שיפוטית במסגרת ההליך הפלילי (ראו: פרשת ברזילי, בעמודים 536-539, 607-608). אף שבשני המקרים יכולה תוצאת ההחלטה להיות דומה, ואדם אשר אפשר שהיה מורשע בדינו יוותר בחזקת חף מפשע, הרי שמדובר בסמכויות שונות (לעניין זה ראו את פסק דיני בבג"ץ 88/10 שוורץ נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 12.7.2010); וכן בג"ץ 5699/07 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 26.8.2008) (להלן: פרשת פלונית)).

שיקול הדעת הנתון לרשויות התביעה משקף את מחויבותן לקדם ככל הניתן את האכיפה היעילה של הדין. מקום בו סבורה התביעה כי סיכויי ההליך נמוכים, כי אין עניין לציבור וכדומה, רשאית היא שלא לפתוח בהליך פלילי. ברי, כי במסגרת ההליך הפלילי, רשאית התביעה לשקול את נסיבותיו האישיות של החשוד, דוגמת פוטנציאל ההשתקמות שלו, גילו בעת ביצוע העבירה ועוד. יחד עם זאת, על העקרונות לבחינת נסיבותיהם האישיות של נאשמים להיות כלליים ושיויוניים. כל בחינה אחרת תעלה לכדי אכיפה בררנית, ותיתן בידי הנאשם אפשרות להתגונן מהתביעה בעילת הגנה מן הצדק (להתפתחות עילה זו ראו: בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש-עיריית באר-שבע, פ"ד

נג(3) 289 (1999) (להלן: פרשת זקין); ע"פ 37/07 פרג נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, 10.3.2008); מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית (2008)). יפים לעניין זה דברי השופט א' פרוקצ'יה בפרשת פלונית:

"שיקול הדעת של היועץ המשפטי בניהול ההליך הפלילי, ובענין העמדה לדין והסכמה להסדר טיעון בכלל זה, חייב לעמוד במבחן הוראות החוק הנוגעות להליך הפלילי, על הערכים שהוא מתכוון להגשים, במשולב עם העקרונות הכלליים של המשפט המינהלי. על היועץ להשתית את החלטתו על שיקולים הוגנים ותמי-לב; עליו לפעול בהגינות וביושר; על החלטתו להתבסס על שיקולים ענייניים בלבד, מתוך כוונה להגשים את המטרות שלשמן נועדה הפעולה העומדת למבחן; החלטתו צריכה לעמוד במבחן השוויון בפני החוק, עקרון המצוי בגרעין הקשה של הצדק בהליך הפלילי; השוויון מגן מפני הפלייה פסולה בין אדם לאדם בהעמדה לדין פלילי; הוא מגן מפני שרירות ושררה; השוויון בהעמדה לדין חיוני גם לבניית מערכת אמון של הציבור ברשויות התביעה." (שם, פסקה 10 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה, ההדגשות במקור – ס' ג").

במקרה שלפנינו, בשונה מבפרשת בדזילי, ישנו הבדל נוסף בין סמכויות רשויות התביעה (כמו גם סמכות החנינה של הנשיא) לבין החנינה שנקבעה בחוק הנדון. כידוע, הנחיות פנימיות של רשות מנהלית, לרבות הנחיות פנימיות של היועץ המשפטי לממשלה, אינן יכולות לפטור את הרשות מהפעלת שיקול הדעת המסור לה, בבואה להכריע במקרה פרטני. אף אם הנחיות אלו הם קווים מנחים, על גורמי התביעה לבחון בכל מקרה ומקרה האם יש להחיל את ההנחיות כלשונן, או שמא ישנו טעם טוב לחרוג מהן. לא כך הדבר בחוק שלפנינו. חוק זה קובע כלל גורף, ללא כל סייגים או הפעלת שיקול דעת, המחייב, בתנאים מסוימים, הפסקת הליך (או הימנעות מפתיחתו) או הפסקת ריצוי עונש ומחיקת רישום פלילי בגין שורה של עבירות שבוצעו על ידי מתנגדי ההתנתקות.

לבסוף, שונה היקף החנינה המוענקת בחוק משיקול הדעת המוענק לרשויות התביעה אף מבחינת תיחומם במסגרת ההליך הפלילי. רשויות התביעה רשאיות, לאחר שעומדים לנגד עיניהם כלל המסמכים הרלבנטיים, להחליט כי ראוי שלא לפתוח בהליך פלילי. יחד עם זאת, מרגע שהוחלט על פתיחת הליך פלילי, מצטמצמת יכולתה של התביעה לחזור בה מעצם האישום, וודאי שאין ביכולתה, על דעת עצמה, לבטל את כתב האישום או את הרישום הפלילי לאחר מתן גזר דין. יתר על כן, סמכויות אלו של

רשויות התביעה ידועות וצופות פני עתיד, ואין בהן משום שינוי רטרואקטיבי של מנגנון אכיפת החוק. בשונה, החוק שלפנינו מאפשר את ביטול תוצאת ההליכים בכל שלב, וכן את הרישום הפלילי, לצד מניעת פתיחת ההליך אם טרם החל. כמו כן, החוק הוא, במכוון, חוק רטרואקטיבי, המשנה את כללי האכיפה הפלילית למפרע. אף היבט זה מדגיש את השוני בין סמכויות התביעה לבין החנינה הקבועה בחוק.

נוכח האמור לעיל, אין מקום להשוות, לטעמי, בין הסמכות המסורה לרשויות התביעה שלא לפתוח בהליך פלילי לאחר בחינה פרטנית של תיק זה או אחר, ובין החנינה הגורפת המוענקת במסגרת החוק. משכך, אין לענות על השאלה האם החוק הוא הצהרתי על פי תוצאותיו בפועל בלבד, אלא אף על פי האופן שבו הוא משנה את מאזן היחסים שבין הגורמים השונים המעורבים בהליך הפלילי.

16. טעם שני לעמדתי הוא בכך שספק בעיני אם ראוי כלל לאמץ בחינה תוצאתית בלבד מקום בו טוען צד להיותו של חוק זה או אחר חוק הצהרתי. הבחינה הראויה, לדידי, במקרים מסוג זה היא בשאלה האם הנורמה הקבועה בחוק מלווה בסנקציה או פטור. במקרים אלו, כלל האצבע צריך להיות כי לא מדובר בחוק הצהרתי, אלא בחוק אופרטיבי, ונטל הראייה על הטוען להיות החוק הצהרתי בלבד ראוי שיהיה כבד ביותר. זאת, מקל וחומר מקום בו מדובר בחקיקה העוסקת במטריה פלילית. יצוין בהקשר זה כי במקרים רבים, אף אם חוק זה או אחר אינו נאכף כלל, או נאכף במקרים נדירים במיוחד, עדיין יכולים להיווצר שלל השלכות משפטיות ממשיות. כך לדוגמא, יכול חוק ליצר אפקט מצנן (chilling effect) מפני ביצוע פעולה מסוימת ולפגוע בעקיפין בזכויות אדם (ראו בין היתר: Note, The Chilling Effect in Constitutional Law 69 COLUM. L. REV. 808 (1969)). אף במקום בו החוק מיטיב בדיעבד עם מי שהפר את הדין, כבמקרה הנוכחי, עלול החוק ההצהרתי לייצר תמריצים להפרת החוק בעתיד.

17. טעם שלישי בגינו לא ניתן לטעמי לראות בחוק כחוק הצהרתי בלבד הוא העובדה כי החוק יכול לחול על 1,483 אנשים, וכבר הופעל בלמעלה ממאה מקרים (ראו פסקה 10 לכתב התשובה מטעם המשיבים 2-3). בהקשר זה, עולה השאלה כיצד נבחנת עוצמת פגיעתו של חוק. אף אם היינו מקבלים את הטענה כי מאות בודדות של אנשים המושפעים מהחוק הם מיעוט קטן מבין כלל הנאשמים בעבירות שונות בישראל, אני חש חוסר נוחות מניסיון המשיבים ליצור "מדרג" של פגיעה בזכויות אדם על פי היקף הנהנים מההטבה, ועל ידי כך לטעון כי החוק הוא "הצהרתי" בעיקרו.

הפסיעה במשעול זה מעוררת שורת שאלות קשות. כך, במקרה הנוכחי, ניתן לטעון כי דווקא העובדה שמדובר בהטבה הניתנת לקבוצת אוכלוסייה מצומצמת, יוצרת מצב בו קבוצת הנפגעים היא רחבה ביותר וכוללת את כלל האוכלוסייה שאינה זוכה בהטבה. שאלת האופן בו ניתן לסווג רוב ומיעוט נדונה בפסיקה בעבר, והקושי שהיא מציבה אינו פשוט. נשים לדוגמא אינן מיעוט מספרי, אך הן היו ועודן קבוצה מוחלשת באתרים רבים בחברה הישראלית (וראו פסק דיני ברע"א 8821/09 פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ (טרם פורסם, 16.11.2011)) ואין מחלוקת כי חקיקה המטיבה עימן אינה בהכרח פסולה. מנגד, יכול שישנן קבוצות המהוות מיעוט מספרי, אך כוחן היחסי בחברה הינו רב, וחקיקה המיטיבה עימן תמצא כפסולה (ראו לעניין זה את דברי הנשיא א' ברק בפרשת התנועה לאיכות השלטון בישראל, בעמודים 719-721).

18. לבסוף, אף אם הייתי מאמץ את עמדת המשיבים, ולכל הפחות קובע כי מדובר בחוק "מעין הצהרתי", היה מקום, לגישתי, במקרה זה, לבחינה חוקתית של החוק לגופו.

השאלה באילו מצבים יבחן בית משפט זה עתירה נגד חוקתיותו של חוק מקום בו החוק הוא חוק הצהרתי טרם זכתה למענה מקיף בפסיקה. באחרונה, יצא פסק דינו של בית משפט זה בבג"ץ 3429/11 בוגרי התיכון הערבי אורתודוכסי בחיפה נ' שר האוצר (טרם פורסם, 5.1.2012). בפרשה זו נדונה חוקתיותו של חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011, המוכר בציבור כ"חוק הנכבה". חוק זה העניק סמכות לשר האוצר, בהסכמת השר הממונה על אותו הסעיף התקציבי, להפחית מהסכומים אותם מעבירה המדינה לגוף מתוקצב באם מצא, לאחר ששמע את הגוף כי הוא הוציא הוצאה שהיא במהותה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל ופעילויות נוספות. במסגרת פסק הדין, נדרש בית המשפט לטענת המשיבים כי אין מקום לבחינה חוקתית של החוק כל זמן שזה לא יושם וממילא לא ברור אם ייושם כלל, ואם כן, באיזה אופן (ובמילים אחרות, כל זמן שהחוק הוא בפועל חוק הצהרתי בלבד). בית המשפט קיבל טענה זו ודחה את העתירה על הסף מפאת היותה בלתי בשלה. בפסק הדין, ציינה חברתי השופטת מ' נאור כי:

"כאמור, לא בכל עת בו מוגשת עתירה שאינה בשלה, בשל העדר תשתית עובדתית קונקרטית יש לדחותה על הסף. כל מקרה ונסיבותיו. כזכור, מדובר בעילת סף אשר השימוש בה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט. לא מן הנמנע כי לעיתים גם בהעדרה של תשתית עובדתית קונקרטית יידרש בית משפט זה לסוגיה. אם נחזור לפרשת *United Public Workers* הרי שניתן על דרך

ההיקש, לומר כי תיתכנה נסיבות שבהן דרישה מן העותר כי ימתין עד שעתירתו תגיע "לבשלות" תגבה ממנו מחיר כבד מידי, המצדיק את התערבותו של בית המשפט עוד בשלב שלפני ההכרעה. כך למשל, לו היתה מתקבלת הצעת חוק יום העצמאות הנזכרת ועותרים היו מבקשים לתקוף את חוקתיותו של החוק, ייתכן ובית משפט זה היה נדרש לעתירה גם בטרם הופעל החוק באופן קונקרטי, זאת, בין היתר, לנוכח הסנקציה הפלילית הקשה שנכללה בו (מאסר שלוש שנים). ואולם, אין בדברים אלה כדי לקבוע כי בכל מקרה שבו תוגש עתירה התוקפת חוקתיותו של חוק הקובע איסור פלילי יידרש בית המשפט לעתירה בלתי בשלה. כפי שציינתי, בית המשפט יפעיל את שיקול דעתו בכל מקרה על פי נסיבותיו" (שם, פסקה 31).

שני רכיבים מרכזיים צריכים לעמוד בפני בית המשפט בבואו להכריע בשאלה האם בשלה העת לבחינת חוקתיותו של חוק אשר נטען על ידי המדינה כי הוא הצהרתי בלבד. ראשית, עליו לבחון את חומרת ההשלכות הנלוות ליישום האפשרי של החוק. ככל שהשלכות אלו חריפות יותר, כך תהיה חשיבות רבה יותר לבחינת חוקתיותו של החוק אף בטרם ישומו הקונקרטי במסגרת הליך זה או אחר, וזאת בשל האפקט ההצהרתי והמצנן של החוק. שנית, על בית המשפט לבחון האם קיים פורום חלופי והאם בשלה העת להידרש לסוגיה.

אף פסיעה בנתיב זה מעלה כי במקרה הנוכחי ראוי להידרש לפגיעה בשוויון הנגרמת על ידי החוק לגופה, ולא ניתן לדחות את העתירה מהטעם של היות החוק חוק הצהרתי. זאת, מאחר שכפי שאראה בהמשך, עוצמת הפגיעה בשוויון הנגרמת מכוח החוק היא משמעותית ביותר, וכן מאחר שבמקרה הנוכחי אפשרותם של העותרים לתקיפה עקיפה של החוק היא מוגבלת.

19. אציין בהקשר זה כי אף חוקים שהינם סימבוליים, ושאינם מחוללים כל שינוי משפטי ישיר, ראוי שישקפו את ערכי היסוד של המשפט החוקתי הישראלי. חוק הצהרתי, מעצם טיבעו, הוא חוק המעצב את המסגרת הנורמטיבית-משפטית החולשת על המשפט. כך, לא בכדי כוללים חוקי יסוד רבים פסקאות פתיחה הצהרתיות, שתפקידן לעצב את מבנה המשפט, ואת חלוקת התפקידים בין הרשויות (ראו: סעיף 1 לחוק יסוד: הכנסת, סעיף 1 לחוק יסוד: הממשלה וכדומה). אף אם לסעיפים אלו אין השפעה ישירה על דין זה או אחר, לא ניתן לזלזל בחשיבותם החברתית הכללית, כמו גם במקומם המשמעותי בפרשנות המשפטית.

20. נוכח האמור, אין לראות, לגישתי, בחוק כחוק "הצהרתי" בלבד. זאת, גם תחת ההנחה שמספר המושפעים ממנו הוא קטן באופן יחסי או מוחלט. יתר על כן, כאמור, אף לו הייתי מקבל את הטענה כי מדובר בחוק הצהרתי, עדיין לא היה בה די, לטעמי, כדי לאפשר את הותרת הפגיעה בשוויון הגלומה בו בספר החוקים הישראלי.

2.2 פגיעה בעיקרון השוויון – כללי

21. מבלי להרחיב יתר על המידה בתיאור חשיבותו של עקרון השוויון, עליה דומה שאין איש חולק, אשוב ואחזור על דברים שכתבתי בעבר, היפים אף לענייננו:

"השוויון, יותר מכל ערך אחר, הוא המכנה המשותף, אם לא הבסיס, לכל זכויות היסוד של האדם ולכל שאר הערכים שביסוד הדמוקרטיה. אכן, השוויון האמיתי, כיוון שהוא חל גם ביחסים שבין האדם לבין השלטון, הוא אחד מאבני היסוד של הדמוקרטיה, ובכלל זה שלטון החוק. הוא חיוני לא רק לדמוקרטיה הפורמאלית, שאחד מעיקריה הוא קול אחד לכל אחד, אלא גם לדמוקרטיה המהותית, המבקשת לשרת את האדם באשר הוא אדם. הוא מרכיב מרכזי לא רק של שלטון החוק הפורמאלי, שפירושו שוויון בכפיפות לחוק, אלא גם של שלטון החוק המהותי, הדורש כי החוק עצמו ישרת את ערכי-היסוד של מדינה מתוקנת" (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני ערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 91-92 (2006)).

עיקרון השוויון הוא המאפשר לפרט את חירותו, ואת יכולתו לספר את סיפור חייו כחלק מחברה המבוססת על הדדיות והגינות. הוא שמגן על הפרט מחשש ומורא שמא יתנכל לו השלטון. הוא שנותן לגיטימציה לממשל להפעיל את סמכותו על כל פרט ופרט. היטיבה לעמוד על חשיבותו של עקרון השוויון כחלק בלתי נפרד מעיקרון שלטון החוק חברתי השופטת ע' ארבל בבג"ץ 1027/04 פורום הערים העצמאיות נ' מועצת מקרקעי ישראל (טרם פורסם, 9.6.2011) ובהסכמת יתר שמונת חברי המותב באומרה כי:

"שיקול כללי נוסף שמן הראוי שיוצב בראש מעייניה של המועצה בעת שהיא מתווה את החלטתה, הינו זה של שלטון החוק ואכיפת החוק. אכן, עקרון יסודי בשיטתנו הוא כי הפרטים אינם יכולים לעשות ככל הישר בעיניהם ולפעול על-פי רצונותיהם ושיקוליהם הבלתי מוגבלים, ובמעשיהם, כפופים הם לנורמות קבועות ויציבות הפועלות על הכל במידה שווה [...] כדי לאפשר מסגרת חברתית שבה ניתן יהיה לפעול לפי כללי משחק ידועים

המאפשרים מידה של ביטחון ומקדמים סדר ציבורי, שומה, אפוא, על הפרטים החיים במדינה ועל רשויות השלטון לפעול על-פי חוק, גם אם סבורים הם כי מן הראוי לתקנו (זהו שלטון החוק במובנו הפורמאלי). מרכיב מרכזי נוסף של שלטון החוק, הוא ידיעתו של מפר החוק, כי בעשותו כן צפוי הוא לסנקציה מאורגנת של החברה. אכן, שלטון החוק מחייב שוויוניות והיעדר שרירותיות באכיפתו, שאחרת ייעשה החוק פלסטר, ייפגע אמון הציבור בשלטון ותישחק ההרתעה מפני אפשרות הפרתו. אכיפת החוק באופן בלתי שוויוני אף עלולה להביא למצב שבו חוטא יוצא נשכר, שהרי מפר החוק נהנה מפרי הפרתו" (שם, פסקה 51 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל, ההדגשות הוספו – ס' ג').

22. בענייננו, החוק פוגע בעקרון השוויון שכן הוא מבחין בין קבוצת הנאשמים שביצעו את העבירות על רקע התנגדות לביצוע תוכנית ההתנתקות, לבין נאשמים שביצעו עבירות זהות מטעמים אחרים ובנסיבות דומות. הבחנה זו, לטעמי, אינה על רקע שוני רלבנטי ומשכך עולה לכדי אפליה. לפגיעה זו שני רבדים.

23. הרובד האחד הוא הפגיעה במבצעי העבירות הקבועות בחוק ושהחוק אינו חל עליהם. הידיעה כי בזמן שאחד נותן את הדין על מעשיו, אחר, בסיטואציה דומה, אינו נדרש לתת את הדין היא בגדר השפלה. בהקשר זה יצוין כי איני מקבל את טענת המשיבים, שאותה קיבלה הנשיאה, בדבר היות קבוצת השוויון קבוצת התומכים בביצוע תוכנית ההתנתקות (משמע, מדובר בקבוצה ריקה). אף אם יש טעם לאבחנה בין מבצעי עבירות על רקע אידיאולוגי, לבין מבצעי אותן עבירות שלא על רקע אידיאולוגי, ואיני נדרש לסוגיה סבוכה זו במקרה הנוכחי, עדיין איני רואה סיבה לצמצם את קבוצת השוויון למבצעי עבירות על רקע תמיכה ישירה בתוכנית ההתנתקות.

בראיתי, קבוצת השוויון הראויה צריך שתהיה כל מבצעי העבירות על רקע אידיאולוגי, ולכל הפחות, על רקע שסעי עומק בציבור הישראלי. אין כל הצדקה להעדיף את איחוי הקרע שנוצר בציבור על רקע תוכנית ההתנתקות על ידי חנינת מבצעי העבירות הנוגעות לה, מאשר איחוי הקרע בין הציבור היהודי והערבי שנוצר על רקע אירועי אוקטובר 2000 (ראו בהקשר זה את דברי השופט א' א' לוי בבג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 11.1.2012)) (להלן: פרשת חוק האזרחות השנייה); הקרע שנוצר בין מחנה הימין ומחנה השמאל בשל פינוי ימית או בשל המאבק הציבורי סביב שאלת השתתפות בדרום לבנון; שבר האמון העדתי שנוצר סביב אירועי ואדי סאליב ואשר שב והתפרץ באופן אלים בשנת 1971 סביב מחאת "הפנתרים השחורים", וכדומה אירועים אשר חצו ופילגו את החברה הישראלית.

24. יתר על כן, אף לו הייתה הצדקה לייחוד אירוע ההתנתקות מיתר השסעים החברתיים והאידיאולוגיים בישראל, עדיין איני יכול לקבל הגדרה כה צרה ל"תומכי תוכנית ההתנתקות", כפי שמבקשים המשיבים שנאמץ. כך, אף שהמשיבים הציגו בפנינו את היקף הנאשמים שיושפעו מהחוק, הם נמנעו מהצגת נתונים באשר למספר התיקים שנפתחו באותו פרק זמן בגין ביצוע עבירות על רקע אידיאולוגי-פוליטי. זאת, חרף העובדה שהעותרים ביקשו להציג את עצמם כקבוצת ההתייחסות הרלבנטית, שכן לא מעט מהם נעצרו והורשעו בגין עבירות הקשורות במחאה פוליטית שעניינה יחסי ישראל והפלסטינים ויחסי יהודים וערבים בישראל. לא שוכנעתי מטעונו המשיבים, מדוע נאשמים שביצעו עבירות על רקע אידיאולוגי במסגרת ניסיון לקדם מדיניות ישראלית כללית שעניינה סיום השליטה הישראלית בשטחי האזור אינם קבוצת השוויון הראויה אף לשיטתם.

25. בהקשר זה יצוין כי איני מקל ראש כלל ועיקר במחיר האישי הטראומתי של המפונים, אשר אפשר שהיה לו נגיעה לביצוע פעולות פליליות על ידי מי מהם. נסיבות אלו, ככל שהתקיימו, ראוי היה לתת להן את המשקל במסגרת ההליך הפלילי ובית המשפט היושב בדיון היה שוקל את נסיבותיו האישיות של כל נאשם ונאשם. ויודגש, ההבחנה בחוק אינה מבוססת על טראומה שחוה נאשם זה או אחר. החוק, לא רק ששולל את יכולתו של בית המשפט לאזן בין נסיבות העבירה ונסיבותיו האישיות של הנאשם, לבין יתר השיקולים הרלבנטיים לעניין גזירת הדין, אלא חל גם על פרטים שכלל לא פונו מביתם במסגרת תוכנית ההתנתקות, ואשר לא חוו כל פגיעה אישית בשל יישומה.

26. עוד יוער, כי לא חמקה מעיני הטענה כי החוק נחקק על רקע אכיפה מחמירה במיוחד שננקטה ביחס לעבירות על רקע ביצוע תוכנית ההתנתקות. אף אם יש בטענות אלו ממש, ואיני קובע כך, היה עליהן למצוא ביטוי במסגרת ההליך המשפטי, כטענת הגנה מן הצדק מטעמי אכיפה ברונית, ולהיות מבוררות על בורין במסגרת ניהול התיק. בנוסף, במקרה הנוכחי ענייננו הוא בבחינת הסייג לתחולת הדין הפלילי, ולא נשמעה כל טענה מפי הצדדים לעניין חוקיותן של הנורמות הפליליות הפרטניות, לרבות הנורמות הפליליות שנקבעו בהקשרה של תוכנית ההתנתקות עצמה (בשונה מבג"ץ 7190/05 לובל נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 18.1.2006)).

27. לבסוף, שאלת יכולתה של הכנסת להעניק "מעין חנינה" רטרואקטיבית שאינה שוויונית נידונה בעבר בפני הרכב מורחב של בית משפט זה בבג"ץ 141/82 ח"כ רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לז(3) 141 (1983) (להלן: פרשת רובינשטיין). בפסק הדין, קבע בית המשפט כי החקיקה הרטרואקטיבית פוגעת בשוויון ועומדת בניגוד לחוק יסוד: הכנסת. כך, קבע המשנה לנשיא (כתוארו אז) מ' שמגר כי:

"השינוי הרטרואקטיבי בתחום שלפנינו משמעותו המעשית היא מעין חנינה לחלק מן המתמודדים: מה שהיה אסור בעבר הופך עתה לגביהם (ולגביהם בלבד) למותר, ועיקרו של דבר, מי שפעל לפני הבחירות בניגוד לאיסורים ולסייגים ופגע בשוויון במובן זה שלא שמר על הגבולות שהותוו בחוק, רואים אותו עתה, בשל התיקון בחוק, כמי שפעל במסגרת תחומי המותר. משמע, הסנקציה, שעמדה להינקט נגדו בשל כך שלא נהג באופן זהה לעמיתו-יריבו אלא פעל בניגוד לאיסור פלוני, לא תינקט נגדו.

[...]

מבחינת השוויון כנורמה מחייבת אין על-כן נפקא מינה, אם תיקנו את החוק בדיעבד או היו מתקנים אותו מראש, לגבי חלק מן הסייעות בלבד. מכאן נובע, כי פרט לפגם הציבורי והמוסרי, עליו עמד מבקר המדינה, אשר אל דבריו גם הפנו חברי הנכבדים, יש בתיקון הרטרואקטיבי משום פגיעה בשוויון, ואם החוק המתקן לא נתקבל ברוב הדרוש, הקבוע בסעיף 4 לחוק היסוד, אין לו ממילא תוקף" (שם, עמודים 162-163, ההדגשות שלי – ס' ג').

והנה כי כן, בפרשת רובינשטיין דובר בהתנהגויות אסורות של מפלגות ולא של בני אדם, שאין בהן משום הכתמה אישית של אדם זה או אחר. משנקבע כי חקיקה סלקטיבית רטרואקטיבית מפרה את השוויון מקום בו עסקינן בישויות משפטיות שאינן בשר ודם, מקל וחומר שראוי לקבוע כי מדובר בפגיעה בשוויון מקום בו החוק עוסק בבני אדם.

28. הרובד השני של הפגיעה בשוויון הוא הפגיעה באינטרס הציבורי הנוצרת בגין אבחנה אידיאולוגית זו. כידוע, ההגנה על חופש הדעה והמצפון וחופש הביטוי, לצד חשיבותה ככלי לביטוי האוטונומיה, מהווה פתח לדיאלוג ציבורי דמוקרטי, והוא תנאי בלעדיו אין לקיומה של דמוקרטיה תקינה. רק בספירה ציבורית חופשית, בה ניתנת במה לכלל הקולות החברתיים, ניתן לקיים שיח דמוקרטי פורה (ראו, בין היתר: אהרון ברק "חופש הביטוי ומגבלותיו" הפרקליט 5 (1991) (להלן: חופש הביטוי ומגבלותיו);

אילנה דיין-אורבך "המודל הדמוקרטי של חופש הביטוי" עיוני משפט כ(2) 437 (1996). על בסיס זה, הוכרה בפסיקה הזכות לחופש ביטוי פוליטי כזכות חוקתית ממעלה ראשונה (ראו דברי השופט י' זמיר בפרשת זקין, בעמוד 303).

בתוך כך, מצוי המשפט, הציבורי, האזרחי והפלילי כאחד, במתח מתמיד בין האינטרס הציבורי בהרחבת חופש הביטוי, ובין ההכרח בצמצומו. במשפט הפלילי, חופש הדעה, המצפון והביטוי מוגבלים בשני מישורים מרכזיים – המישור התוכני, כדוגמת האיסור על הסתה, והמישור של אמצעי הביטוי, כדוגמת האיסור על הפרעה לא מידתית לסדר הציבורי (ראו: חופש הביטוי ומגבלותיו, עמודים 15-16). מכל מקום, בחינת מכלול ההגבלות והאיזונים הנוגעים לחופש הדעה, המצפון והביטוי מעלה כי למעט במקרים חריגים, בהם העמדה המובעת מעוררת בשל תוכנה חשש של ממש לפגיעה בביטחון הציבור או הסתה, ככלל, הדין אינו מבחין בין עמדות אידיאולוגיות שונות וההגבלות הקבועות בו חלות באופן שוויוני על כלל השחקנים בספירה הציבורית. השיקולים להגבלת פעילות פוליטית או הבעת עמדה אידיאולוגית חייבים שיהיו תוך עיוורון לתוכן הפעילות כל זמן שהוא חוקי.

והנה כי כן, במקרה שלפנינו בעוד שאלפים הביעו את עמדותיהם באופן לגיטימי, בחרה קבוצה מסוימת, על רקע אידיאולוגי, לעבור על החוק. תופעה זו, של עבריינות על רקע אידיאולוגי, אינה תופעה חדשה או ייחודית לתוכנית ההתנתקות, והיא קיימת על רקע שלל עמדות אידיאולוגיות ופוליטיות. מבצעי עבירות אלו, ללא תלות בסיבה האידאולוגית בגינה בחרו להפר את החוק, נדרשו לתת את הדין על מעשיהם. זאת, אף שגם חלק גדול מאותם נאשמים שביצעו עבירות על רקעים שונים ומגוונים היו חברים נורמטיביים בקהילה הישראלית. בכך, נשמר השוויון בין זכותם של זרמים אידיאולוגיים שונים להביע את דעתם במסגרת החוק ונמנע החשש מהתנכלות שלטונית לבעלי עמדות מסוימות תוך העדפת עמדות אחרות. כך היה כל שנותיה של המדינה, עד לחקיקתו של החוק שלפנינו, המבקש לשנות שוויון בסיסי זה, ולתת הטבה ייחודית לזרם אידיאולוגי מסוים. חופש הביטוי של אחד זוכה למעמד גבוה מחופש הביטוי של אחר. בכך יש כדי לערער על עצם יכולת הספירה הציבורית לשמש כאתר המעניק מעמד שווה לכל הדעות והאמונות (ראו בהקשר זה, בין היתר: איל בנבנישתי "הסדרת חופש הביטוי בחברה מקוטבת" משפטים ל 19 (תשנ"ט)).

29. בהמשך לאמור, המבחן לשוויוניותה של נורמה פלילית, בין אם מדובר בנורמה פרטנית המטילה סנקציה כזו או אחרת, ובין אם מדובר בסייג לתחולת הדין הפלילי, כבמקרה זה, כפול הוא.

30. הרובד הראשון הוא היותה של הנורמה שוויונית. הסוגיה העומדת בפני בית המשפט בהקשר זה היא האם רכיבי העבירה ונסיבותיה, כפי שהוגדרו על ידי המחוקק ובתי המשפט, הם כאלו המצויים בשליטתו ובאחריותו של הנאשם, או שמא אלו נובעים מגורמים החיצוניים לעבירה, אשר ההתחשבות בהם תהווה פגיעה באוטונומיה שלו. כך, עבירה שאחד מרכיביה יוצר, בגלוי או בסמוי, תוצאה המבחינה בין הפרטים בחברה מבלי שיתקיים שוני רלבנטי, אפשר שתמצא כלא שוויונית. לדוגמא, איסור פלילי על נישואים בין בעלי צבע עיניים שונה, אף אם לא ניתן יהיה להצביע על קבוצה מובחנת הנפגעת ממנו, יהווה פגיעה של ממש באוטונומיה של הפרטים השואפים להינשא עם בעלי עיניים בצבע השונה משלהם.

31. הרובד השני הוא היות האכיפה של הנורמה הפלילית שוויונית. ברובד זה, קבוצת השוויון הרלבנטית היחידה היא נאשמים אחרים במצב דומה. במילים אחרות, השאלה שיכולה להתעורר בהקשר זה היא האם שני נאשמים המואשמים באותה עבירה ובאותן הנסיבות זוכים לדין אחד. כל תשובה שלילית לשאלה זו משמעותה הפרת עיקרון השוויון במשפט הפלילי. יפים לעניין זה דברי הנשיא מ' שמגר בפרשת ברזילי:

“ראשית דבר, שלטון החוק אינו נוצר יש מאין ואינו דבר ערטילאי. צריך להיות לו ביטוי מוחשי ויום-יומי בעצם קיומם של הסדרים נורמאטיביים מחייבים, בהפעלתם הלכה למעשה כלפי כולי עלמא, בהגשמת חירויות היסוד, בהקפדה על השוויון וביצירת אווירה כללית של אמון וביטחון. שלטון החוק, האינטרס הציבורי והגישה הממלכתית אינם מושגים סותרים או מתנגשים. הם משולבים זה בזה, תומכים זה בזה ומסייעים האחד למשנהו” (שם, עמודים 554-555, ההדגשות שלי – ט’ ג”).

המבחן הכפול שתואר לעיל, אין תפקידו אלא לתת בידי בית המשפט כלים נוחים לבחינה התקיימותה של פגיעה חוקתית על ידי נורמה פלילית, ואין ספק שלא פעם שלובים הדברים זה בזה. כך הדבר אף במקרה הנוכחי. החוק קובע כי אם החל הליך משפטי בשורה של עבירות הוא יושעה, ולחלופין, אם החל ריצוי העונש, הוא יופסק, וכי הרישום הפלילי יימחק. בכך, קובע החוק סייג לתחולת הדין הפלילי שעליו

להיבחן במסגרת השלב הראשון לבחינתה של נורמה. לצד זאת, החוק קובע כי לא יוגשו כתבי אישום בגין העבירות הכלולות בו. בכך, שולל החוק את הפעלת שיקול דעת הרשות המבצעת במסגרת הפעלת סמכות האכיפה שלה, ועליו להיבחן במסגרת הרובד השני של בחינת הנורמה הפלילית.

32. בחוות דעתה, מדגישה חברתי הנשיאה את הפגיעה החמורה בשוויון הנגרמת בגין אכיפה בדרנית (ראו פסקאות 11-13 לחוות הדעת). אכיפה בדרנית, ככלל, עניינה בשלב השני של הבחינה של הנורמה הפלילית, היא בחינת אופן יישומה של הנורמה. במקרה הנוכחי, מתעורר הקושי עוד בשלב הראשון, הוא אופן עיצוב הנורמה הפלילית עצמה. האבחנה הקבועה בנורמה עצמה (הנורמה המסייגת), המתייחסת לביצוע העבירה כחלק מהתנגדות לתוכנית ההתנתקות, היא האבחנה שנקבעה אף לאופן הפעלת סמכויות האכיפה הפליליות של גורמי האכיפה. במילים אחרות, משקבע החוק סייג כללי החל על כלל מבצעי העבירות על רקע ההתנתקות, מתייגת שאלת אופי האכיפה של הדין הפלילי כלפי מי שמוחרגים ממנו ממילא. לפיכך, לו הייתה מתקבלת דעתי, על פיה הנורמה הפלילית עצמה הקבועה בחוק אינה שוויונית, לא היה כלל צורך להידרש לשלב השני של הבחינה, הוא אופן אכיפת הנורמה.

3. פגיעה בזכות החוקתית לשוויון

33. אשר על כן, לאור האמור לעיל, מסקנתי היא כי החוק פוגע בעיקרון השוויון שכן הוא מבחין בין קבוצות שונות על בסיס אידיאולוגיה. כעת, אפנה לבחון את השאלה האם פגיעה זו עולה עד כדי פגיעה בזכות השוויון כזכות יסוד חוקתית, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

34. על זכות השוויון החוקתית נכתב רבות בפסיקה ומחוצה לה, ואף הנשיאה הרחיבה אודותיה בחוות דעתה (ראו פסקאות 11-12). פגיעה חוקתית בשוויון נוצרת מקום בו ישנה זיקה של ממש בין הפגיעה בשוויון לבין הפגיעה באוטונומיה של הפרט. פגיעה זו, יכול שתעלה לכדי השפלה וביזוי. יחד עם זאת, די בכך שהאבחנה תפגע באוטונומיה של הפרט בכדי שתימצא כפוגעת בכבוד האדם, ותחייבנו לבחון האם הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה (ראו: פרשת התנועה לאיכות השלטון).

35. בענייננו, מקובל, ככלל, כי עמדה אידיאולוגית מצויה בליבת האוטונומיה של הפרט. ברי, כי אוטונומיה אינה רק תכונותיו המולדות או הבלתי נשלטות של הפרט, אלא אף יכולתו לספר את סיפור חייו, ולגבש עמדות אידיאולוגיות, מצפוניות, וכיוצא בזה. יפים לעניין זה דברי השופט א' א' לוי בפרשת התנועה לאיכות השלטון:

"עקרון האוטונומיה מיוסד על ההכרה בקיומה של יכולת בחירה חופשית, בכושרו של אדם לטוות את סיפור חייו על-פי השקפותיו ואמונתו, בכוחו להכריע בין חלופות על-פי העדפותיו, ובאפשרותו להביא הכרעה זו לכלל מימוש

[...]

אולם יש לו, ליחס שבין אוטונומיה לבין חברה, היבט נוסף. דמותו של אדם כישות אוטונומית לא תוכל להתקיים בהיעדרה של תחושת ערך עצמי והכרה פנימית בכוחו לפתח את אישיותו, בכשירותו לעמוד על טיב העדפותיו, בתחושתו כי פעולותיו הרציונאליות מניבות תוצאות נטולות שרירות ובביטחון, כי אין ערכו של כוח ההגשמה האישית המסור לו נופל מזה של רעהו... (שם, בעמוד 780).

תפישת הזכות לשוויון ככוללת רכיבים הנוגעים לאוטונומיה של הפרט, אף שאינם בלתי נשלטים, זכתה, פעם אחר פעם, לחיזוק ואישוש בחקיקה. כך לדוגמא, בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, נקבע איסור הפליה על בסיס הורות, השקפה והשתייכות פוליטית לצד העילות ה"קלאסיות" דוגמת מין ונטייה מינית. בנוסף, בחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, אומצה תפישת שוויון הכוללת איסור הפליה על רקע השתייכות מפלגתית, מעמד אישי, הורות וכדומה. באחרונה, תוקן חוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959, באופן המרחיב את איסור האפליה הקבוע בו וכולל בגדר העילות האסורות שורה ארוכה של מאפייני הפרט.

36. אך בכך לא די. לטעמי, היקף פריסתה של ההגנה החוקתית על הזכות לשוויון, הנובע מכבוד האדם, ראוי שיהיה רחב ביותר במסגרת הדין הפלילי. אבחנות הפוגעות בשוויון, אשר בתחום אחר של המשפט לא היו נמצאות כפוגעות בזכות חוקתית מכוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, צריכות להיבחן בזהירות רבה ביותר כאשר הן ננקטות במסגרת ההליך הפלילי. כך לדוגמה, בענפים רבים של המשפט אבחנה על בסיס מצב כלכלי אפשר שתהיה מותרת, ואף בענפים בהם אבחנה זו מהווה פגיעה בשוויון אפשר

שתמצא כפגיעה שאינה עולה לכדי פגיעה חוקתית, אולם סביר כי אבחנה שכזו במסגרת ההליך הפלילי תמצא כפוגעת בכבוד האדם ולפיכך תהווה פגיעה חוקתית.

ודוקו, ההליך הפלילי מאיים, מעצם טבעו, על הרכיבים המהותיים ביותר של האוטונומיה של הפרט. כך, אף בהליכים פלילים שאינם מלווים בבקשה לעונש מאסר (כבמקרה הנוכחי) נפגע השם הטוב של הנאשם ונרשם לו רישום פלילי שיכול בעתיד להוביל לפגיעה בחירותו, ואשר יכול להוות עילה מותרת לאבחנה בינו לבין אחרים שאין להם רישום פלילי (ראו לדוגמא: דנ"פ 9384/01 אל נסאסרה נ' לשכת עורכי-הדין בישראל, פ"ד נט(4) 637 (2004)).

37. ההליך הפלילי הוא ההליך בו מתפרק הפרט באופן הקיצוני ביותר מהאוטונומיה שלו. הפרט, בהיותו חבר בישות מדינית המושתתת על מטפורת האמנה החברתית, מאבד את זכותו להפעיל כוח אלים על הפרטים סביבו, ובתמורה, זוכה לכך שהמדינה תפעיל את כוחה כלפיו באופן זהה לחלוטין לאופן בו מופעל כוחה כלפי כל פרט אחר. על החובות ההדדיות שבין המדינה לבין הפרט, במסגרת החשיבה המודרנית על המדינה, עמד בית משפט זה בהרחבה בבג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים (ע"ד) 58-026630-2, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר (טרם פורסם, 19.11.2009) (להלן: פרשת המרכז האקדמי) שדן בסוגיית חוקתיותו של חוק המאפשר הקמת בית סוהר פרטי. כך, ציינה הנשיאה ד' ביניש כי:

"המונופול הנתון למדינה - באמצעות הרשות המבצעת והגופים הפועלים במסגרתה - על השימוש בכוח מאורגן הוא בעל חשיבות בשני מישורים. במישור האחד יש להביא בחשבון כי הלגיטימיות הדמוקרטית להפעלת כוח, לשם הגבלת חירותם של פרטים ולשלילת זכויות אדם שונות, נשענת על כך שכוח מאורגן המופעל על ידי המדינה ומטעמה הוא שמבצע את הפגיעה באותן זכויות. אלמלא הפעלת כוח זו הייתה נעשית על ידי מוסדותיה המוסמכים של המדינה, בהתאם לסמכויות הנתונות להם ולשם קידום האינטרס הציבורי הכללי ולא אינטרס פרטי זה או אחר, לא הייתה הפעלת הכוח האמורה זוכה לגיטימיות דמוקרטית, ומדובר היה למעשה בהפעלה פסולה ושרירותית של אלימות... (שם, פסקה 26 לפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, ההדגשות שלי - ט' ג')."

בדומה, בחוות דעתה של חברתי, השופטת ע' ארבל, ציינה היא כי:

"אכן, המדינה היא מי שמתוקף האמנה החברתית מגשימה את רצון הקהילה, לה נמסרו על-פי אותה אמנה, הסמכויות להוציא רצון זה אל הפועל, והיא היחידה שרשאית להחזיק באמצעי כופה ולהפעיל כוח לצורך מימושה של תכלית זו תוך שקילת שיקולים ציבוריים, והם בלבד. רק בכוחה של המדינה "לנקז" את שאיפתה הקולקטיבית של הקהילה ולשקף את "הרצון הכללי" המגלם בתוכו את השמירה על זכויות האדם של כל פרט ופרט, לרבות של אלה שקולם אינו נשמע, באשר היא היחידה המונחית על-ידי האינטרס הציבורי הרחב. רק כשהמדינה מפעילה כוח זה זוכה הוא להצדקה דמוקרטית על יסוד מימד ההסכמה שבו ועל יסוד טיב מטרותיו. ההסכם בין האזרחים לבין השלטון אינו מתמצה בהעברת הסמכות להפעלת כוח כופה, לרבות בדרך של החזקה במאסר, אלא גם בכך שהמדינה תהיה זו שתפעיל את הכוח כשליחתה של הקהילה הפוליטית, שאחרת יישמט הבסיס לקיומו" (שם, בפסקה 2 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל).

תפישת זו, הבוחנת את היקף החובות ההדדיות שבין האזרח לבין המדינה מבעד למטאפורת האמנה החברתית, היא שנארגה כחוט השני לאורך כל פסק הדין. מטאפורה זו מיטיבה להבהיר כי ביסודה של המדינה המודרנית עומדת ההנחה שהאמנה החברתית, באותה המתכונת בדיוק, כרותה בין המדינה לבין כל אחד ואחת מאזרחיה ואזרחיותיה.

אמנם, בפרשת המרכז האקדמי השאלה שעמדה על הפרק הייתה האם רשאית המדינה להתפרק מסמכויות האכיפה שלה לטובת גורם פרטי, בעוד שבמקרה הנוכחי מבקשת המדינה להימנע מהפעלת סמכות האכיפה שלה ביחס לקבוצת אנשים מסוימת, וזאת, חרף העובדה שהפעולות המיוחסות לאנשים אלו הן עבירות פליליות לכאורה. יחד עם זאת, מדובר בשני צדדים של אותו עיקרון יסודי, הוא חובתה של המדינה לקבוע ולאכוף, בכוחות עצמה ובאופן שוויוני, את הדין.

סיכום ביניים

38. מהמרובה, עולה כי הפגיעה החוקתית המגולמת בחוק היא פגיעה חמורה, בסיסית ועמוקה. זוהי פגיעה באוטונומיה של הפרט כאדם בודד, בעומדו מול הדין; זוהי פגיעה העולה לכדי השפלה בשל אפליה על בסיס אידיאולוגיה; וזוהי פגיעה בשוויון בהיקף הזכות להבעת עמדות אידיאולוגיות, המערערת על יסודות השיח

הדמוקרטי הישראלי ועל שלטון החוק עצמו. יפים לעניין זה דברי השופט א' ברק (כתוארו אז) בפרשת ברזילי:

"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" (שם, עמוד 622).

39. לסיכום האמור עד כה – קבעתי כי האבחנה בחוק על בסיס אידיאולוגי, אף אם זו תחומה בנסיבות של אירוע ייחודי, מהווה פגיעה חוקתית בזכות לשוויון. פגיעה זו קבועה בנורמה הפלילית עצמה. כמו כן, משקבעתי כי חנינה קבוצתית על בסיס אידיאולוגיה פוגעת בשוויון, איני קובע כל קביעה בעניין גבולות סמכותה של הכנסת בכובעה כרשות מחוקקת לחון או למחול על עבירות. משכך, ולאור מורכבות הסוגיות המתעוררות בהליך הנוכחי, יוותרו אלו בצריך עיון עד לעת, אם תגיע, בה יידרש בית המשפט להכריע בהן.

4. האם הפגיעה בזכות לשוויון עומדת בתנאי פסקת ההגבלה?

40. מסקנתי כי החוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון אינה מסיימת את הדיון. יש להמשיך ולבחון האם פגיעה זו עומדת במבחני הביקורת החוקתית. בחינה זו מתבצעת באמצעות המבחנים הקבועים בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד (ראו למשל בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 316-318 (2006) (להלן: פרשת חוק האזרחות הראשונה)). פסקת ההגבלה משקפת את העיקרון שלפיו זכויות האדם הן מוגבלות ויחסיות ויש לאזן בינן לבין זכויות ואינטרסים אחרים (שם, בעמוד 315). כידוע, בפסקת ההגבלה קבועים ארבעה תנאים מצטברים: הסמכה מפורשת בחוק; החוק הולם את ערכי מדינת ישראל; נחקק לתכלית ראויה; ולבסוף הפגיעה בזכויות החוקתיות אינה עולה על הנדרש.

4.1 האם החוק הולם את ערכי מדינת ישראל?

41. בגדריו של מבחן זה יש לבחון האם החוק הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית (ראו למשל: בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 547 (2005) (להלן: פרשת חוף עזה); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 517-518 (1994) (להלן: פרשנות במשפט)).

בענייננו, מחד, תכליתו של החוק, שהיא בעיקרה תכלית של פיוס בין קבוצות שונות בעם, אכן הולמת את ערכי מדינת ישראל, הן כמדינה יהודית, הן כמדינה דמוקרטית ונדמה שעל כך אין חולק. מנגד, כפי שנכתב בהרחבה לעיל, החוק פוגע באופייה הדמוקרטי של המדינה וזאת במספר מובנים.

ראשית, החוק פוגע בעיקרון השוויון בפני החוק שהוא אחד מעקרונותיה המרכזיים של הדמוקרטיה במובנה המהותי. אכן, "דמוקרטיה אינה רק דמוקרטיה פורמאלית (ה-rule book conception), בה ההחלטות נופלות על-פי דעת הרוב. דמוקרטיה היא גם דמוקרטיה מהותית (ה-right conception), שבה הרוב אינו רשאי לפגוע בזכויות אדם" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 44 (1997)). שנית, בכך שהחוק מבחין בין ביטויים שונים של התנגדות לתפיסה אידיאולוגית מסוימת, הוא פוגע בחופש הביטוי ובפלורליזם המחשבתי שאף הם מאבני היסוד של הדמוקרטיה המהותית. לבסוף, עולה החשש כי החוק פוגע בעיקרון הפרדת הרשויות בכך שהרשות המחוקקת מנסה לעצמה סמכויות הנתונות לרשויות האחרות (סמכות התביעה הנתונה לרשות המבצעת, סמכות השפיטה הנתונה לרשות השופטת וסמכות החנינה הנתונה לנשיא המדינה).

לפיכך, ניתן להטיל ספק בכך שהחוק אכן הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית. יחד עם זאת, אין לדעתי להכריע במקרה זה בשאלה האם יש לפסול את החוק כבר בשלב זה של הבחינה החוקתית. זאת, בין היתר, שכן כפי שכתבתי בפרשת חוק האזרחות השנייה (בפסקה 8 לחוות דעתי), מבחן ההלימה טרם פותח דיו במשפט החוקתי הישראלי וטרם פותחו בגדרו מבחני משנה שיש בהם כדי להקל על השופט במלאכת הביקורת החוקתית. לכן, אף במקרה זה אני מעדיף להשאיר בצריך עיון את השאלה בדבר עמידת החוק במבחן ההלימה ולהמשיך ולבחון אותו בעזרת מבחניה האחרים של פסקת ההגבלה, ובעיקר באמצעות מבחן המידתיות.

4.2 תכלית ראויה

4.2. איזו היא התכלית הראויה? כפי שנקבע בעבר בפסיקתו של בית משפט זה, תכלית ראויה היא תכלית ש"נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל" (פרשת חוק האזרחות הראשונה, בעמוד 320; ראו גם פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל בעמודים 696-698). כך, כתבה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש לעניין זה בפרשת מנחם כי:

"תכלית היא ראויה אם נועדה להגן על זכויות אדם, לרבות על ידי קביעת איזון סביר והוגן בין זכויות של פרטים בעלי אינטרסים מנוגדים באופן המוביל לפשרה סבירה בתחום הענקת הזכויות האופטימליות לכל פרט ופרט. זאת ועוד, תכלית תימצא ראויה אם היא משרתת מטרות ציבוריות חשובות למדינה ולחברה במטרה לקיים תשתית לחיים בצוותא ולמסגרת חברתית המבקשת להגן על זכויות אדם ולקדמן" (שם, בעמוד 264).

בנוסף, נקבע כי כאשר החוק פוגע, כמו החוק שלפנינו, בזכות אדם מרכזית, הפגיעה תהיה מוצדקת אם התכלית מבקשת להגשים "מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ" (פרשת חוק האזרחות הראשונה, בעמוד 321). בעניין זה אין מחלוקת ביני לבין חברתי הנשיאה, ואף לטעמי אין צורך להכריע בנוגע לשאלת הזיקה שבין חשיבות התכלית לבין מהות הזכות הנפגעת (ראו בפסקה 19 לחוות דעתה).

43. מהי תכליתו של החוק שלפנינו? עיון בהצעת החוק, בדיונים השונים בוועדות ובמליאת הכנסת וכן בתשובת המשיבים מעלה כי תכליתו המוצהרת של החוק היא תכלית של פיוס ואיחוי. מציעי החוק ראו בהתנתקות כאירוע חריג בתולדות המדינה. אירוע שהביא לקרע בין המפונים לבין המדינה ובין המפונים לבין קבוצות אחרות בחברה הישראלית. מטרת החוק, אם כן, הייתה לנסות ולאחות קרעים אלה, להשכיח מלב המפונים את אותה תקופה קשה ולפתוח דף חדש בחייהם ובחיי החברה הישראלית. משהוצגה הצעת החוק בפני מליאת הכנסת לקריאה שנייה ושלישית צוין כי "ההתנתקות הייתה אירוע ייחודי, חד-פעמי, בתולדותיה של מדינת ישראל... ההתנתקות היא אירוע חריג, ולכן מצדיק טיפול חקיקתי מרפא. עלינו לשלב בחברה חזרה את מי שעבר עבירות על רקע האירוע החריג הזה..." (פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 25.1.2010, בעמודים 31-32). בתגובתה, התייחסה המדינה לתכלית החוק ותיארה אותה כך:

"החוק משקף את השאיפה לסגירה הולמת (closure) של אירוע ההתנתקות, לא רק מבחינת הטיפול הישיר במפונים, אלא גם מבחינת השאיפה ליצירת השלמה, על שני מובניה – להשלים עם המהלך, ולעשות שלום בין חלקיה השונים של החברה הישראלית שמצאו עצמם משני צידי המתרס ברגע שהיה כה היסטורי מחד, כה טראומטי מאידך" (בפסקה 32 לתגובת המשיבים 2-3; וראו לעניין זה גם בפסקה 20 לחוות דעתה של הנשיאה).

בתוך כך, מהדיונים בכנסת עולה כי החוק נחקק במטרה לתת מענה לתחושת ציבור המתנגדים לתוכנית ההתנתקות כי נגרם להם עוול. כפי שנכתב לעיל, אותם מפגינים חשו כי רשויות אכיפת החוק הנהיגו מדיניות אכיפה ייחודית ונוקשה כלפיהם, החל מביצוע מעצרים ועד להגשת כתבי האישום וניהול המשפט. בהיבט זה החוק נועד לתת מענה לתחושת אותו ציבור כי הרשויות פעלו נגדו בנוקשות יתרה, ולא בהתאם לאותה אמת מידה המופעלת כלפי מפגינים אחרים בנסיבות דומות. בהקשר זה נאמר, באותה ישיבת מליאה, כי אכיפת החוק נגד המוחים נגד תוכנית ההתנתקות נעשתה באופן מוגבר (פרוטוקול מליאת הכנסת מיום 25.1.2010, בעמוד 31).

44. לטעמי, תכליתו של החוק היא אכן תכלית ראויה בהתאם לאמות המידה שהוצגו לעיל, שכן היא משרתת מטרה חברתית מהותית – מטרה של פיוס ואיחוד בין הפלגים השונים בחברה הישראלית. אין לי אלא להצטרף למסקנתה של חברתי הנשיאה שלפיה איחוי הקרעים שנפערו בחברה בעקבות תוכנית ההתנתקות הוא צורך חברתי מהותי ובעניין זה אין בינינו כל מחלוקת (ראו בפסקה 21 לחוות דעתה). בנוסף, מקובלת עליי מסקנתה של חברתי שלפיה תכלית זו ראויה במיוחד כאשר מדובר בפיוס בהקשר של צעירים נטולי עבר פלילי שזו להם ההיתקלות הראשונה עם גורמי אכיפת החוק. במקרים אלה, הפיוס מטרתו לעודד את אותם צעירים להשתלב מחדש בחברה ולתרום לה מבלי שיהיה ההליך הפלילי כתם בעברם, ובוודאי שיש לראות בו כתכלית ראויה.

דומה כי אין חולק על כך שתוכנית ההתנתקות הייתה אירוע משמעותי במדינת ישראל, ניתן אף לומר אירוע טראומטי. אירוע שכתוצאה ממנו פונו משפחות רבות מביתן וחשו כי איבדו את אמונן במדינה. ככלל, אני רואה חשיבות רבה בפעולה למען השכנת פיוס בין הקבוצות השונות באוכלוסיה וכן למען השבת אמונן של קבוצות אלה ברשויות השלטון. כאמור, לטעמי התכלית של פיוס בין קבוצות שונות בחברה על רקע תוכנית ההתנתקות היא תכלית ראויה. יחד עם זאת, נשאלת השאלה האם המשפט הפלילי הוא האמצעי שבאמצעותו יש להגשים תכלית זו, והאם האמצעים שבהם בחר המחוקק במטרה להגשים את התכלית מצדיקים את הפגיעה החמורה בזכות לשוויון שתוארה לעיל. לשאלה זו אפנה עתה.

4.5. השלב הרביעי בבחינת עמידתו של החוק במבחני פסקת ההגבלה הוא בחינת השאלה האם מדובר בחוק מידתי. ברי, כי ככל שהפגיעה הנגרמת על ידי החוק חמורה יותר, כך הרף שבו יהיה על החוק לעמוד בכדי שימצא חוקתי גבוה יותר (ראו: אהרן ברק מידתיות במשפט 114-102 (2010)). על מבחני המידתיות כפי שהוגדרו בפסיקתו של בית משפט זה, עמדה הנשיאה בקצרה בחוות דעתה, ואיני מוצא צורך לחזור. אפנה אם כן ליישומם על המקרה שלפנינו.

מבחן הקשר הרציונלי

4.6. במסגרת מבחן המשנה הראשון השאלה היא האם בכוחו של ההסדר הקבוע בחוק להגשים את התכלית שלשמה נחקק. אכן, כפי שצוין בחוות דעתם של חבריי וכן בתשובות המשיבים, הוצאתה לפועל של תכנית ההתנתקות גבתה מחיר כבד. מהלך זה הותיר טעם מר בפיהם של אותם אזרחים אשר התנגדו למהלך, ונאלצו לקבלו עליהם ולשאת בהשלכותיו המעשיות המיידיות, בין במישרין ובין בעקיפין. דווקא משום כך, היינו, משום הפגיעה העמוקה שחוותה אותה קבוצה שעמה מכוון החוק להיטיב, נדמה לי שכוחו של האמצעי שנבחר להביא לפיוס ואיחוי הקרע – מוגבל.

ואולם בכל זאת לא מצאתי לנכון לפסול את החוק על יסוד מבחן משנה זה. שהרי "המאפיין מקרים אלה הוא, שהערכת ההתאמה או הקשר הרציונלי מצויה במידה רבה בתחום ההערכה באשר לעתיד לבוא" (פרשת התנועה לאיכות השלטון, בעמודים 706-707). למגבלה זו השפעה מכרעת על שיקול הדעת הרחב הניתן למחוקק בבחורו אמצעי מסוים הראוי בעיניו להגשמת התכלית הראויה. יתרה מכך, מוכן אני להניח כי דווקא בהיבט ההצהרתי של החוק, שיסודו הכרה בפגיעה שנגרמה לקבוצת אזרחים בשל מהלך מדיני מסוים, גלום פוטנציאל להגשמת מטרותיו של החוק. הכרה היא לעיתים רבות הצעד הראשון והעיקרי בתחילתו של תהליך גישור בין קבוצות שפערים עמוקים מפרידים ביניהן. הכרה בפגיעה שנגרמה לאדם או לקבוצה, משדרת מסר של קשב וכבוד למצוקות, הן האובייקטיביות הן הסובייקטיביות, ולהשלכות שעשויות להיות להן. הכרה כזו מבטאת ניסיון כנה מצד הקבוצה המכירה – בענייננו מדינת ישראל באמצעות בית המחוקקים שלה – לשקם את מערכת היחסים ההדדית ולהביא לשיפור ערוצי התקשורת עם הקבוצה הנפגעת. על כן איני שולל את האפשרות כי בכוחו לקדם במידת מה את אותו פיוס מיוחד, ומאחר ודי בהגשמה פוטנציאלית חלקית של המטרה על מנת לעמוד בדרישת הקשר הרציונלי (פרשת התנועה לאיכות השלטון,

בעמודים 706-707; פרשת חוק האזרחות השנייה, בפסקה 11 לפסק דיני) מצאתי כי החוק צולח מבחן זה.

מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

47. האם האמצעי שנבחר על ידי המחוקק הוא אמצעי שפגיעתו פחותה, או שמה ניתן לאתר אמצעי דומה, אשר בכוחו להגשים את התכלית באותה המידה, ופגיעתו בזכות החוקתית לשוויון פחותה? גם בשאלה זו, אצטרף לעמדתה של חברתי הנשיאה, ואסביר.

לשיטת העותרים ניתן היה לחשוב על אמצעים אחרים שפגיעתם פחותה כגון הסדרים חקיקתיים המרחיבים את תחולת החוק לקבוצות רבות נוספות – למשל, כלל המוחים על רקע אידיאולוגי כלשהו. אמצעים אלה, כפי שציינה חברתי הנשיאה, אינם רלוונטיים לתכליתו של החוק שכן הם אינם משקפים התייחסות ייחודית לקבוצה שאותה מיועד החוק לפייס.

אמצעי אפשרי אחר אותו הזכירה חברתי הנשיאה, הוא "הגמשת מדיניות התביעה והקלה באכיפה באמצעות הפעלת סמכויותיהם של גורמי האכיפה, כפי שגורסו בתחילת הדרך נציגי היועץ המשפטי לממשלה במהלך הדיונים לקראת חקיקת החוק" (ראו פסקה 25 לחוות דעתה). מדיניות זו, שהתקיימה עד לחקיקת החוק, מאפשרת בחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה ומפקידה את שיקול הדעת לעניין ההחלטה האם למחוק את רישומו הפלילי של אדם, לפטור אותו מאחריות, או לחון אותו – בידי הרשויות האמונות על כך. אמנם, גם בעצם העובדה שמדיניות העמדה לדין וענישה תהא גמישה רק כלפי מי שביצע עבירה על רקע אירוע מסוים עשויה להיות טמונה פגיעה מסוימת בזכות לשוויון. עם זאת, גם מבלי להביע עמדה בשאלת חוקתיותה של מדיניות שכזו ברור לטעמי כי עצם השימוש באמת מידה פרטנית – אינדיבידואלית תוך הפעלת שיקול דעת בנסיבותיו הספציפיות של כל מקרה ומקרה פוגע פחות בשוויון מאשר שימוש בהסדר גורף (ראו פרשת חוק האזרחות הראשונה, בעמוד 325; פרשת חוק האזרחות השנייה, בפסקה 36 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי).

הבחינה האינדיבידואלית מאפשרת הימנעות ממתן הפטור במקרים מסוימים. בתוך כך, ניתן להתוות אמות מידה מסוימות להפעלתה. כך למשל ניתן להגדיר קריטריונים בהם ניתן להתחשב במסגרת ניהול ההליך הפלילי: קטינות ועמידה בפני גיוס לשירות בצה"ל; היעדר עבר פלילי; והיותו של הנאשם עצמו מפונה בעל כורחו

מביתו שלו. בקריטריונים כדוגמת אלה ניתן היה להתחשב במסגרת הפעלת שיקול הדעת במסגרת נקיטת הליכים פליליים נגדו. קריטריונים אלה אינם חורגים מעקרונות המשפט הפלילי אלא משתלבים עמם. כך, יכול עוול שנגרם לנאשם – הרלוונטי לביצוע העבירה בה הורשע – להוות נסיבה המצדיקה הקלה בעונש (ראו למשל ע"פ 6353/94 בוחבוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 647 (1995)). בדומה, לבית המשפט סמכות, במקרים המתאימים, להימנע מהרשעה כאשר זו עלולה לפגוע פגיעה חמורה באפשרות שיקומו של הנאשם וכאשר סוג העבירה מאפשר זאת (ראו ע"פ 2083/96 כתב נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 337 341 (1997)). כמו כן, כאמור, בית המשפט רשאי לנקוט באמצעים לתיקון פגיעות שנגרמו עקב אכיפה ברגנית באמצעות שימוש בדוקטרינה של "הגנה מן הצדק" העשויה להוביל אף לביטולו של כתב האישום (ראו: ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776 (2005); והאסמכתאות שהובאו לעיל בפסקה 15). זאת בשונה מהסדר גורף המוחל על רקע ערכי-אידאולוגי.

48. ואולם, על מנת שאמצעי מסוים אכן יהווה אמצעי חלופי שפגיעתו פחותה באופן שיסכל את מידתיות החוק במסגרת מבחן המשנה השני, מקובל בפסיקה לדרוש כי האמצעי יגשים את התכלית באותה המידה בה מגשים אותה ההסדר העומד לבחינה (ראו למשל פרשת חוק האזרחות הראשונה, בעמוד 344; ע"מ 4436/02 תשעים הכדורים – מסעדה, מועדון חברים נ' עיריית חיפה, פ"ד נח(3) 782 810 (2004)) ובעלויות דומות (ראו פרשת חוק האזרחות השנייה, בפסקה 38 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). בהקשר זה ציינתי בחוות דעתי בפרשת חוק האזרחות השנייה כי "עשויה להתעורר השאלה באיזו מידה על האמצעי החלופי להגשים את תכלית החוק – האם ההגשמה צריכה להיות מלאה וזהה, או שמא נוכל להסתפק במידת הגשמה גבוהה אף אם לא זהה" (בפסקה 12). החשש הוא, לשיטתי, כי הדרישה להגשמה זהה ללא עלויות נוספות, עלולה לרוקן מבחן משנה זה מתוכן ולהביא כמעט תמיד, ובאופן אינהרנטי, למסקנה שלאף אמצעי אין חלופה מידתית יותר. עם זאת בענייננו, דומה כי ככל שתועלת החוק גלומה דווקא בהיבטו ההצהרתי – קרי בהכרה שהוא מבטא בפגיעה שנגרמה לקהילת המפונים – הרי ששמיטת הרכיב של חקיקה ראשית גורפת, גם אם תרומתה במישור האופרטיבי מצומצמת, תוביל להגשמה פחותה של תכלית החוק.

עוד בהקשר זה אוסיף כי לטעמי, ניתן היה להעלות על הדעת אמצעים נוספים שבכוחם להגשים את תכליתו הראויה של החוק. לטענת המשיבים עמדת המחוקק הייתה כי אלו שנעצרו על רקע התנגדותם לתכנית ההתנתקות מצויים בהליכים משפטיים רק בגלל שחוק ההתנתקות יצר נורמות משפטיות אחרות, נורמות שבדיעבד אין מקום לאחריות פלילית בגינן, בבחינת "עבר זמנו בטל קורבנו". ואכן, לו היה בוחר

המחוקק לבטל נורמות פליליות אלו כליל, אפשר שלא הייתה מתעוררת שאלה של פגיעה בשוויון. השלכות ביטול שכזה היו דומות לאלו הנובעות מן החוק הנדון, בהתאם להוראת סעיף 4 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, הקובעת כי ביטול חיקוק האוסר על עבירה מסוימת מביא לביטול האחריות הפלילית לעשייתה; להפסקת ההליכים שהחלו בעניינה; להפסקת ביצועם של גזרי דין שניתנו בגינה וכן מונע כל תוצאות עתידיות העשויות לנבוע מן ההרשעה בה. בנוסף, ניתן לחשוב על חלופות אחרות, בעלות ערך הצהרתי זהה לזה הקיים בחוק הנדון, שאינן מתחום המשפט הפלילי.

אולם, אמצעים חלופיים נוספים המגשימים את תכלית החוק לא הועלו במסגרת טענות העותרים וממילא לא הובאו בפנינו נתונים לגביהם. לפיכך, לא ניתן לערוך את הניתוח במסגרת מבחן משנה זה – לאורם.

49. לנוכח האמור, אין בנמצא, למצער לא לפי החומר שלפנינו, אמצעי אחר אשר בכוחו להגשים את התכלית באותה המידה ומבלי לפגוע באינטרסים נוספים מלבד אלו הנפגעים על ידי החוק הנדון.

מבחן המידתיות במובן הצר

"בהפעילנו את מבחן המשנה השלישי, אנו מניחים כי התכלית אותה מבקש החוק הפוגע בזכות אדם חוקתית להגשים היא "ראויה". כן אנו מניחים כי האמצעים נבחרו על ידי החוק מתאימים (במבחן הרציונליות) להגשמתה של התכלית הראויה. אנו מוסיפים ומניחים כי לא הוכח קיומם של אמצעים, אשר יש בכוחם להגשים את התכלית הראויה, תוך פגיעה פחותה בזכויות האדם. במצב נורמטיבי זה דורשת פסקת ההגבלה, כי הפגיעה הנגרמת בזכות האדם על ידי הסדריו של החוק תהיה מידתית ביחס לתועלת המושגת מהגשמת התכלית הראויה" (פרשת חוק האזרחות הראשונה, בעמוד 332).

50. על מנת לברר האם עומד החוק בדרישת המידתיות כהגדרתה במסגרת מבחן משנה זה, עלינו לעמוד ראשית על התועלת הצומחת ממנו. חברתי הנשיאה הגדירה תועלת זו ככוללת שיקום של קבוצה ייחודית שנחשפה לטראומה אישית-דתית-אידיאולוגית חריפה וכן אמצעי מרפא ומפייס שבכוחו לסייע לאיחוי הקרעים החברתיים שנפגעו בעקבות אירועי ההתנתקות (ראו פסקה 26 לחוות דעתה). הגדרה זו, לתועלת הצומחת מן החוק, מקובלת עליי. זאת בעיקר לנוכח ההיבט ההצהרתי המבטא

יסוד של הכרה בפגיעה שנגרמה לאותה קבוצה. אמנם, כפי שהסברתי לעיל, עמדתי היא כי החוק אינו חוק הצהרתי בלבד לעניין הפגיעה בזכות לשוויון (בפסקה 20). עם זאת, אני מסכים כי עיקר התועלת השולית הצומחת ממנו – צומחת מהיבטו ההצהרתי. יחד עם זאת, במסגרת מבחן המידתיות הצר, לא די במסקנה שלפיה בכוחו של האמצעי לקדם את המטרה במידה מסוימת. עלינו לבחון מהי מידת התועלת הצומחת מהחוק ולאחר מכן לבחנה אל מול הנזק שעשוי להיגרם כתוצאה ממנו. לבחינה זו אפנה עתה.

51. כזכור, תכנית ההתנתקות הייתה כרוכה בצעדים שונים שמטרתם פיצוי ושיקום של קהילת המפונים. כך, בסעיף 1(2) לחוק יישום תכנית ההתנתקות, תשס"ה-2005 (להלן: חוק ההתנתקות) הוגדרה הסדרת "מתן פיצויים הוגנים וראויים" כאחת ממטרותיו של החוק; פרק ה' לחוק הוקדש כולו לפיצויים, מענקים וסיוע כלכלי שיינתן בגין נזקים שונים שנגרמו כתוצאה מן הפינוי; כך גם הוכרה זכותם של המפונים הסבורים כי הפיצוי שניתן להם אינו הוגן לפנות לדין הכללי ולבקש במסגרתו פיצוי (ראו פרשת חוף עזה); כן הורחבו הסדרים מפצים נוספים הקבועים בחוק ההתנתקות – בעקבות פסיקתו של בית משפט זה (שם, בעמוד 815). ואולם, צעדים אלו, עליהם הוכרו בטרם הפינוי, לא באו לידי מימוש מלא. על פי ממצאי דו"ח ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון (תשע"א-2010) – מדינת ישראל כשלה בטיפול במפונים (בעמוד 466). דו"ח זה חשף תמונה לא פשוטה שלפיה עד ליום כתיבתו רוב המפונים טרם עברו להתגורר בבתי קבע; שיעור המובטלים מביניהם היה גבוה ביותר; המצב הכלכלי של חלקם קשה וככלל, מלאכת שיקומם רחוקה מסיומה (שם, שם). בכך יש כדי ללמד על היבטיו השונים של המשבר העמוק אותו חווים המפונים. אין חולק כי אף התנהלותה המסורבלת והאיטית של המדינה בשיקומם תרם לתחושות הקשות המלוות אותם מאז ועד היום. על כך כמובן יש להצר.

52. אל מול הדברים הללו, קשה להגיע למסקנה כי תועלתו של החוק מרובה וכי הוא צפוי לתת מזור של ממש לקרע שהתחולל בציבור הישראלי סביב תוכנית ההתנתקות. דומה שגם חבריי אינם חולקים על כך. חברתי הנשיאה קבעה בחוות דעתה כי "מהלך זה (חקיקת החוק – ס'ג"), ככל שיצלח, יוכל במידת מה להוות אמצעי מרפא... (ההדגשה שלי – ס'ג") (בפסקה 26); חברתי השופטת ע' ארבל ציינה שאינה מאמינה כי "האמצעי שנבחר יגשים את המטרה שהציב המחוקק במלואה" (ההדגשה במקור); חברי השופט א' רובינשטיין הצטרף לשופטת ע' ארבל בצינו כי "...רחוקים אנו מאיחוי השבר שנגרם עקב ההתנתקות. התהליכים הפנימיים בחברה הישראלית בהקשר

ההתיישבות באיו"ש ובנושאים אחרים אינם שוקטים על שמריהם ואינם מבשרים מי מנוחות" (ראו פסקה ה. לחוות דעתו, ההדגשה שלי – ס' ג').

אם כן, היבטו ההצהרתי של החוק, לצד היותו גורף, הוא שמהווה את התוספת השולית העיקרית לתכלית אותה מבקש החוק לקדם – בהשוואה לבדיקה פרטנית במסגרת ההליך הפלילי (ראו והשוו פרשת חוק האזרחות השנייה, פסקאות 13-15 לפסק דיני). אמנם לטעמי, רכיב זה הוא אכן בעל כוח מפיס. אך לאור עומק המשבר והיקפו, לא ניתן לראות בו אלא תועלת מוגבלת בלבד.

53. אל מול אותה תועלת, עומד הנזק שמסב החוק לזכות החוקתית לשוויון.

54. החוק, כאמור, מפלה את אלו שביצעו עבירות דומות בנסיבות דומות ולא עמדה להם הגנה גורפת המבוססת על הרקע למעשיהם. הוא מפלה את מי שביצעו עבירות, על רקע התנגדות אידיאולוגית חריפה למהלך כפוי מטעם המדינה שאיננו תכנית ההתנתקות.

ההסדרים הקבועים בחוק אינם חלים רק על מי שהוא או משפחתו פונו מביתם במסגרת תכנית ההתנתקות ועקב כך נגרם להם סבל רב. תחולתו של החוק מתפרשת גם לעבר אלו אשר לא חוו את הפינוי על בשרם, אך התנגדו לו מסיבותיהם שלהם. לצורך העניין, גם אדם, תושב אילת, שזיקתו היחידה לחבלי הארץ שפוננו מאזרחים ישראלים היא אידיאולוגית, ואין לו כל זיקה אישית או משפחתית למפונים עצמם, אשר ביצע עבירות אגב מחאתו נגד תכנית ההתנתקות – זכאי לפטור מכוח החוק. בכך בחר המחוקק להרחיב את הכרתו לא רק למי שניזוק ישירות מתכנית ההתנתקות, אלא גם לגבי כל מי שאוחז בתפיסת עולם שהתנגדה לביצועה.

זאת ועוד. ההתנתקות אכן הייתה אירוע קשה שחוותה מדינת ישראל, ועל כך איני חולק, אך עם זאת, למרבה הצער כמאמר חברי השופט א' רובינשטיין בחוות דעתו (פסקה א): "לא חסרו לה (למדינת ישראל – ס' ג') תדיר ימים קשים בצד אירועים היסטוריים של שמחה." מתן פטור מאחריות פלילית בגין מעשים שנעשו אך ורק על רקע אירוע אחד מיני אירועים רבים אלה, מבטא מתן מעמד בכורה לתפיסת העולם של אותה קבוצה – ולה בלבד. החוק אם כן, מבטא העדפה של מחאה על רקע תפיסת עולם כזו ולא אחרת. בהעניקו פטור מאחריות פלילית על בסיס קריטריון של עמדה כלפי מהלך מדיני מסוים – ורק על בסיסה, מצהיר המחוקק מהי העמדה האידיאולוגית המזכה בזכויות יתר. אמנם, אין כל פסול בכך שהמחוקק מבקש לקדם מהלכים העולים

בקנה אחד עם תפיסות עולם כאלו או אחרות. כן תיתכן הצדקה בנסיבות מסוימות לבחירתו להיטיב עם קבוצה נפגעת. אולם האמצעי שנבחר במקרה שלפנינו, מצהיר על בכירותה של מחאה אחת על פני מחאה אחרת. החוק מבטא הכרה, כאמור, בגורמים שהביאו קבוצה מסוימת למחות, ושותק לגבי האחרות. "הפיצוי" שאותו מעניק החוק אינו ניתן על בסיס נזק ממשי שנגרם אלא על יסוד העמדה בה מחזיק המפוצה. הנגרם כתוצאה מהעדפה זו הוא כפול.

55. ראשית, היא עשויה דווקא להעצים את הניכור בין קבוצות שונות באוכלוסיה, ובמיוחד בקרב אלו החשים כי גם מחאתם שלהם נעשתה עקב אירוע או רצף אירועים טראומטיים במישור אידיאולוגי, דתי, לאומי וכן הלאה. באופן דומה, קבע השופט א' לוי בפרשת חוק האזרחות השנייה בשאלת הקשר הרציונאלי בין האמצעי לתכלית כי: "העמקתה של הפגיעה בשוויון בין אזרחי ישראל היהודים לערבים, לא תישא עמה בשורה אף בהיבט הביטחוני. תוצאתה עשויה להיות צמצום הסיכון הביטחוני בהיבט אחד, אך העמקתו בהיבט אחר, שכן רגשות של תסכול ושל קיפוח עלולים להיות מתועלים, ותוכיח זאת מציאות חיינו הכאובה, לאפיקים שליליים של חיי המעשה" (בפסקה 36 לפסק דינו). בענייננו, בעוד שהחוק ייטיב עם קבוצה אחת ויקדם במידת מה את הפיוס עמה, הרי שיעצים תחושות תסכול וקיפוח בקרב קבוצות אחרות ובכך יעמיק את הקרע עימן.

56. שנית, העדפה זו היא בעלת "אפקט מצנן" כלפי עמדות אידיאולוגיות שלא זכו ל"פטור" בגין פעולות מחאה מחד, ומספקת "אור ירוק" לאלו האוחזים ב"תפיסת העולם הנבחרת" מאידך. אף המשיבים 2-3 הביעו חשש באומנם כי חוק זה מבטא "איון גורף של החלטות בתי משפט ורשויות האכיפה ע"י חקיקה מגמתית וסקטוריאלית של הכנסת. (...) מובן כי לחקיקה כאמור עלולות להיות גם השלכות תקדימיות" (פסקה 18 לתשובתם לעתירה). בעוד שקבוצות המחזיקות בהשקפות עולם מסוימות מוגבלות במחאתן על ידי נורמות פליליות החלות עליהן ומורתעות מלהפר אותן פן ייאלצו לשאת בעונש; הרי שקבוצת "מתנגדי תכנית ההתנתקות" למודת ניסיון ויודעת כי בגין חלק ממעשיה שחרגו מגבולות החוק, בסופו של יום, בהוראת המחוקק, לא נשאה באחריות. ומדוע לא תניח כי גם בעתיד תוכר התנגדותה האידיאולוגית כסייג לאחריות פלילית? בהקשר זה אין לי אלא להצטרף לדבריו של חברי השופט א' רובינשטיין בחותמו את חוות דעתו בענייננו בכך ש"שלומה של מלכות הוא שלטון החוק, והסבורים כי חוק חנינה מעין זה הוא מטבע עובר לסוחר, אל ייחפזו למסקנות".

ראוי לציין כי ספק בעיני אם האיוזנים הקבועים בחוק, כגון היעדר תחולתו על עבירות מסוימות או על מי שביקשה התביעה להטיל עליו עונש מאסר, תורמים להפחתה משמעותית של הפגיעה בשוויון. איוזנים אלה אכן נותנים משקל לאינטרס שבמיצוי הדין עם מי "שעבריינות אינה זרה לו" וכן לאינטרס ש"בשמירה על מערך ההיררכיה הפיקודית בצה"ל" (ראו פסקה 25 לחוות דעתה של הנשיאה). אך הפגיעה באלו אשר החוק לא חל עליהם, נותרת בעינה.

57. אם כן, שקלתי את התועלת הצומחת מן החוק, שלגבי מידתה המצומצמת דומה כי אין חולק. זאת אל מול פגיעתו הקשה בזכות החוקתית לשוויון והנזק שבכוחה לגרום. הנזק, לטעמי, גובר במשקלו על התוספת שמשיא החוק לאותה תכלית ראויה שיועד להגשים ועל כן פגיעתו היא במידה העולה על הנדרש. לפיכך אין מנוס, לדידי, מן המסקנה שלפיה החוק אינו צולח את מבחן המשנה השלישי.

5. הסטנד

58. כללם של דברים. מסקנתי היא, בשונה מחבריי, כי דינו של החוק להיפסל באשר הוא אינו עומד במבחן הביקורת החוקתית. משכך, נדרש אני בשלב זה לבחון את הסעד החוקתי הראוי. ואולם, שאלה זו אינה פשוטה במקרה הנוכחי כלל ועיקר. משנותרתי בדעת מיעוט, לא מצאתי מקום להרחיב בנושא יתר על המידה. יחד עם זאת, אעמוד, בקצרה בלבד, על השיקולים הרלבנטיים לעניין הסעד החוקתי במקרים כגון זה.

59. ככלל, דינו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה, בטלות: "תכלית הבטלות, ככל סעד חוקתי, היא כפולה: ריפוי העוול אשר נגרם לפרט בעטייה של פעולת הרשות המוסמכת, והשבתה של הרשות אל תלם החוקיות" (פרשת חוק האזרחות השנייה, בפסקה 40 לפסק דינו של השופט א' א' לוי). שאלה היא, אימתי תיכנס בטלותו לתוקף. אפשרות אחת היא ביטול החוק באופן רטרואקטיבי. משמעות הדבר בענייננו תהיה כי כל הפעולות שנעשו מכוחו של החוק בטלות וכי מעתה והלאה לא ניתן יהיה להמשיך ולבצע את הפעולות שהוא מסמיך לבצע. כך, כלל האישומים שנמחקו, ההליכים שעוכבו, והעונשים שנפסקו ישובו לנקודה בה היו בטרם נחקק החוק. השבת המצב לקדמותו, תהיה אמנם נתונה לשיקול דעת הרשות המבצעת ולאחר מכן לביקורת שיפוטית, אך נקודת המוצא תהיה כי החוק מעולם לא נחקק. יתרונה של תחולה שכזו ברור הוא. בכוחה לצמצם ככל הניתן את הפגיעה שגרם החוק – וזו תהיה כלא הייתה. במקרה הנוכחי, בכוחה של תרופת

בטלות מוחלטת להשיב את המצב המשפטי למצב בו האזרחים כולם שווים בפני החוק הפלילי.

60. ואולם, לא תמיד ניתן להשיב את הנעשה, ולא פעם, משנחקק חוק, ביטולו למפרע עלול לגרום רעה תחת טובה. על הקשיים הטמונים בתחולה רטרואקטיבית עמד פרופ' אהרון ברק בספרו:

"כאשר נוהגים על-פי מודל הבטלות המוחלטת, מתעוררות בעיות קשות לעניין תוקפן של פעולות משפטיות (כגון מתן היתר על-ידי פקיד ציבור) או פעולות פיזיות (ביצוע עוולה בהסתמך על חקיקה) הנסמכות על דבר חקיקה שבוטל למפרע. לאור האפקט הרטרואקטיבי, מתבקשת המסקנה כי הפעולה המשפטית (כגון מתן הרשיון) בטלה, והפעולה הפיזית (מעשה הנזיקין אינה מוגנת. תוצאות אלה קשות הן. הן פוגעות בוודאות המשפטית, באינטרס ההסתמכות ובציפיות הסבירות. למניעת תוצאות אלה פותחו דוקטרינות פרטיקולאריות המטפלות בכל סוגיא בנפרד. (...) בסוגיות אלה ואחרות נעשה איזון בין השיקולים התומכים בביטול הרטרואקטיבי של פעולות שלא כדין, לבין שיקולים התומכים בהגנה על הוודאות המשפטית, הציפיות הסבירות ואינטרס ההסתמכות. הפתרון הספציפי משתנה על-פי המשקל היחסי של שיקולים אלה במאזן הכולל." (פרשנות במשפט, בעמודים 750-749 ההדגשה שלי ס' ג').

כן יפים לעניין זה דבריו של השופט א' א' לוי בפרשת חוק האזרחות השניה:

"במרוצת השנים התבססו במשפט דוקטרינות המצדדות בהגמשתו של הסעד שלימים עברו. ממודל מוחלט, שפירושו – בתמצית – הוא ביטולה של הפעולה נושאת הפגם השלטוני על אתר ולמלא עומקה, מדברים אנו כיום בהכרעות שיפוטיות המסייגות את הסעד על-פי הנסיבות, ובכלל זה לאור מהותו של ההליך ומיהותם של הצדדים לו" (בפסקה 40).

הבטלות המוחלטת, שתחולתה למפרע, היא תרופה חריפה לאי החוקתיות. "מן הראוי, אפוא, לשקול במקרים ראויים את הקהיית עוקצה של תרופת הבטלות" (פרשנות במשפט, 751). בענייננו, תחולה רטרואקטיבית תביא לפגיעה אנושה באזרחים שכבר זכו ליהנות מהסדריו המיטיבים של החוק. אלו אשר ההליכים נגדם נפסקו ורישומם הפלילי נמחק יהיו חשופים שוב להליכים בגין אותן עבירות שביצוען הביא להגשת כתבי אישום נגדם מלכתחילה.

61. שאלה נוספת שמתעוררת, בהינתן סעד כזה, היא מה דינן של פעולות שהחלו להינקט מכוח החוק, אך ההליך לביצוען טרם הושלם. שאלות נוספות מתעוררות סביב טענותיהן האפשריות של אלו אשר עניינם אמור היה לחסות תחת החוק, אך עד לביטול החוק, טרם הגישו בקשות בנושא. דומה כי גם לשאלות אלו תימצא תשובה במסגרת האיזון בין הפגיעה באינטרסים של אלו אשר הסתמכו על החוק זה מכבר, לבין הפגיעה שגורם החוק בזכות החוקתית.

מכל מקום, לאחר שנותרתי בדעת מיעוט, אשאיר שאלות אלה לעתיד לבוא.

107 דבר

62. בחותמי חוות דעתי זו, אשוב ואציין, כי אין לי אלא לברך על מאמציה של הכנסת לצמצם ולאחות את השסעים המפלגים את הציבור בישראל. הערבות ההדדית, ויכולתם של אזרחי המדינה לחוש שותפות גורל אף בתקופות של מחלוקות אידיאולוגיות חריפות, הם העומדים בלב האמנה החברתית. היכולת לנהל דיאלוג פוליטי וחברתי, בגבולות המותר, היא שמאפשרת את יציבותו של שלטון החוק, שאינו נושא פנים, לא לזה ולא לזה, ונותן במה שווה לכולם. כל שנדרשנו לו בהליך הנוכחי היה לשאלה האם הדרך הקבועה בחוק הפסקת הליכים, של פיוס באמצעות עיגון אבחנה על בסיס אידיאולוגי בדין הפלילי, יכולה להתקיים במשטרנו החוקתי. מצאתי כי לטעמי, הפסיעה בדרך זו תוביל לפגיעה חמורה בשוויון, פגיעה שאינה יכולה להתקיים. חוק זה, אף שנועד הוא להיטיב ולפייס, עלול ליצור פילוג ותחושה של איפה ואיפה, מקום בו אחד מובחן מחברו רק על בסיס אמונותיו. אדגיש, כי אין בקביעתי זו, אף לא ברמז, כדי להמעיט מחשיבותם של פיוס ואיחוי שסעים בחברה. ערכים אלו, המאמץ לצמצום שסעים קיימים, והמאמץ למניעת היווצרותם של שסעים חדשים, ראוי שיהיו לנגד עינינו תמיד.

ש ו פ ט

הוחלט בדעת רוב הנשיאה ד' ביניש, והשופטים א' גרוניס, מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין, א' חיות, י' דנציגר ונ' הנדל, כנגד דעתו החולקת של השופט ס' ג'ובראן, לדחות את העתירה כאמור בפסקה 29 לפסק-דינה של הנשיאה.

ניתן היום, ל' בשבט התשע"ב (23.02.2012).

שופט

שופט

הנשיאה

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט

שופט