

על "עם", קרעיו ושאיפת איחוי:
פסק הדין בעניין חוק החנינה למפר
חוק על רקע התנגדותם לתכנית
ההתנתקות

א. מבוא. ב. טענת ה"יחוד" או ה"חד-פעמיות" של ההתנתקות ושל החנינה שבעקבותיה. ג. ההצדקה הנוספת: הטענה בדבר "איחוי הקרע בעם". ד. דיון ביקורתי בנימוקי עמדת הרוב. ה. סיכום.

א. מבוא

זה שנים רבות איננו יודעים מהם גבולות ישראל וכנראה שעוד שנים רבות לא נדע. בחרנו לעסוק בפסק דין חשוב שניתן לפני שנים מספר משום שמשתקף בו ערפול מסוכן נוסף שמלווה את החברה הישראלית השסועה: מי הם בני החברה הישראלית המסוכסכת ומיהו בעצם "העם" שעל איחוי קרעיו יש לטרוח?

לפני יותר מעשור החליטה ממשלת ישראל על התנתקות מחבל עזה ומאזורים בצפון השומרון. הכנסת חוקקה חוק המאמץ את ההחלטה ומגבש את פרטיה, ובית המשפט העליון דחה, בעיקרם של דברים, עתירה נגד תוקפו של חוק זה. כל אותה עת, וכן סמוך לפני יישום התנתקות ובעת יישומה, התחולל סביבה מאבק ציבורי סוער. חלק ממאבק זה חצה את גבולות הדין אך חלק אחר, עיקרי, התנהל בגדריו. כמה שנים לאחר מכן זכו בבחירות הכוחות הפוליטיים שהתנגדו להתנתקות, והם ואחרים חוקקו חוק שמעניק חנינה (בכפוף לכמה סייגים) לעברייני ההתנתקות או לבני אדם הנאשמים ככאלה ולהם בלבד. זהו חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 (להלן: החוק או חוק החנינה).

בשנת 2012, בפסק הדין בעניין ניר¹ (להלן: פסק הדין), דחה בית המשפט הגבוה לצדק, ברוב של שמונה שופטים מול אחד (השופט ג'ובראן), את העתירה להכריז על בטלותו של החוק. בכפוף לכמה סייגים, החוק מעניק חנינה לכל מי שהורשע "בעבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות" באמצעות קביעה שלפיה לא יבוצעו גזרי דין שהוטלו בגין עבירה כזו ויימחקו מהמרשם הפלילי רישומים בעניינה. הכנסת אף חננה את מי שטרם הורשע בעבירה

* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה לזכויות האדם ע"ש השופט חיים ה' כהן ז"ל, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים; מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

1 בג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (פורסם באר"ש, 23.2.2012). הפניות לפסקות להלן הן לפסקות בפסק דין זה.

כאמור וקבעה כי "לא יוגש כתב אישום בעבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות", ואם כבר הוגש כתב אישום – יופסקו ההליכים בעניינו.² מה עומד ברקע החוק? רכיבים חשובים בתפיסתם של מתנגדי ההתנתקות ותומכי החוק מוצגים בדבריו של השופט רובינשטיין בפסק הדין (בפסקה א'):

ההתנתקות, על פי החלטה ישראלית, נתפסה על-ידי חלקים ניכרים מן הציבור כגלגולה של ההיסטוריה לאחור, 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 [...]

האם רוב עכשווי בכנסת רשאי לומר כי מתנגדי ההתנתקות שהפרו את החוק אינם ראויים להיענש, שכן – לפחות כעניין של חוכמה שבדיעבד – יש לראותם כמי שהרחיקו ראות יותר מהאחרים, חזו את כישלון ההתנתקות (כך יאמרו), ואשר על כן יש לשבחם על התנגדותם הסוערת לה או לפחות לחון אותם? אילו הושמעה טענה זו היה צריך לדון בה לגופה – ואין לה מענה פשוט, אולם טענה זו לא נטענה.

הצדקת החוק הושתתה על שתי טענות מצטברות: הצורך ב"איחוי הקרעים בעם" בעקבות ההתנתקות; ו"ייחודן" או "חד-פעמיותן" של טראומת ההתנתקות והחנינה הניתנת עתה ביחס לעברות שנעברו בעת ההתנגדות למהלך ההתנתקות. רשימה זו מבקרת את הטענות הנזכרות, את החוק שנחקק בעטיין ואת פסק הדין שאישר את תוקפו של החוק.

ב. טענת ה"ייחוד" או ה"חד-פעמיות" של ההתנתקות ושל החנינה שבעקבותיה

אחד משני הצידיקים שהושמעו בעד החוק, על אי-הסימטריה שבו, הוא טענת "ייחודיותה" של ההתנתקות. טענה זו מעוררת תהייה מידית: נסיגות ועקירת יישובים ומתיישבים היו ואולי עוד יהיו; האם אפשר להבטיח – האם יש להבטיח – כי לא יתקיימו עוד נסיגות ועקירות כאלה?

תהייה זו מקרבת אותנו אל התכלית הלא-מדוברת של החוק. האמת ניתנת להיאמר: חוק החנינה אינו מעוגן באופייה החד-פעמי של ההתנתקות מעזה בשנת 2005; נהפוך הוא: הוא מעוגן באפשרות – ובחשש של הימין הפוליטי – שההתנתקות לא תהיה חד-פעמית ושיתרחשו התנתקויות נוספות. החוק צופה לפיכך פני עתיד ומצטרף למהלכים פוליטיים אחרים המבקשים להקשות ככל האפשר על התנתקויות עתידיות. לשון אחר, קשה לדחות את

2 ס' 4-2 לחוק. בחוק נקבעו שלושה סייגים עיקריים לתחולתן של הוראות אלה: לפי הראשון, לא יחולו הוראות החוק על עברות אלימות חמורות המפורטות בחוק (הגדרת "עבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות" בס' 1); לפי הסייג השני לא תוענק חנינה במקרים שבהם הוטל על אדם עונש מאסר בפועל (ס' 2) ו-3(א); השוו גם ס' 4(א) סיפה, (ב) סיפה; לפי הסייג השלישי לא יחולו הוראות החוק על הליכים המתנהלים בבית דין צבאי (ס' 6).

האפשרות שהחנינה לא ניתנה מפני שההתנתקות היא ייחודית אלא כדי לעשותה ייחודית: תפקיד החנינה הוא להערים מכשול נוסף לפני התנתקות עתידיות.

נרחיב מעט. בעקבות ההתנתקות הימין הפוליטי פועל למנוע את הישנותה בשטחים אחרים הנתונים לתפיסה לוחמתית של ישראל, ולשם כך הוא מערים לפני מהלך עתידי כזה עוד ועוד משוכות. אלה העיקריות שבהן:

1. למתנחלים שנעקרו מביתם ניתנים פיצויים ניכרים. פיצויים אלה נקבעו בחוק ההתנתקות. הן עצם הצורך בחוק לשם התנתקות והן הפיצויים שנפסקו בו נושאים אופי תקדימי, מה גם שלפני מספר שנים הורחבו הפיצויים ביתר שאת בעקבות המלצותיה של ועדת מצא, שבדקה את מצב המתיישבים שנעקרו בהתנתקות שנים מספר אחריה.³
2. משוכה נוספת שאימצה הכנסת היא המנגנון השנוי במחלוקת של משאל עם, שיחול לגבי כל נסיגה משטח שעליו הוחל המשפט הישראלי (קרי: ירושלים המזרחית או ירושלים רבתי; רמת הגולן; וכן כל עסקה של חילופי שטחים).⁴ קשה לדמיין הסכם כולל עם הפלסטינים שלא יחול עליו חוק יסוד: משאל עם בשל ממדים טריטוריאליים מסוימים הכלולים בו.
3. משוכה אחרת, שנקבעה לפני ההתנתקות, היא סעיף 6 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, הקובע כי "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים". הסעיף קיבל הגנה מפני שינוי בדמות נוקשות באמצעות סעיף 7 לחוק היסוד, הקובע כי "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת".

חוק החנינה הוא למעשה משוכה חדשה. משום שהוא צופה פני עתיד, ומשום שהמוחים נגד ההתנתקות של 2005 מתבוננים ורואים את היקף המחאה הפתוחה לפנייהם בפועל בעקבות חוק החנינה – והנה היא רחבה מזו הנתונה לאחרים – הם צפויים להשתמש (לפחות) במלוא היקפה הייחודי של המחאה המתאפשרת להם, ובכך להקשות אף יותר את יישומה של התנתקות עתידית, אם תחליט הכנסת על כזו.⁵ נקודה זו מופיעה בדבריו של שופט המיעוט ג'ובראן⁶ ואף נרמזת בדבריו של השופט רובינשטיין.⁷ עם זאת, הערתו של השופט

3 ועדת החקירה הממלכתית בנושא טיפולן של הרשויות המוסמכות במפוני גוש קטיף וצפון השומרון דין וחשבון (2010).

4 חוק יסוד: משאל עם. חוק היסוד מכיל הוראת נוקשות. הוא שוריינ מפני שינוי ברוב הקטן מ"א...רוב של חברי הכנסת" (ס' 5).

5 לדיון בגבולות המותרים של פעולות מחאה, שנעשה בהתייחס למחאה נגד תכנית ההתנתקות, ראו, למשל, בש"פ 5934/05 מלכה נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(2) 833 (2005); בג"ץ 3132/05 המטה למען א"י נ' מפקד מחוז ת"א במשטרת ישראל (פורסם באר"ש, 30.3.2005).

6 פס' 56 לפסק דינו: "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' למורת 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?"

7 פסקה ה' לפסק דינו.

רובינשטיין, המצוטטת להלן, נשמעת יותר כשאיפת לב. דומה כי היא שונה מאוד מהלקח המציאותי שנלמד על ידי הכוחות הפוליטיים והאידאולוגיים בעקבות חקיקתו של חוק החנינה:

החנינה שניתנה במקרה זה בחוק אינה צריכה להיות אות לכאות. הכאב הנורא שכללה ההתנתקות, וייחודיותה המובהקת. העבירו את החוק במבחן החוקתי, אך הראגה לעתיד לא סרה, כדי שחישוקי המסגרת הממלכתית והלאומית לא יתרופפו; "הוה 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.

החשש הוא שבני אדם המסורים מאוד לשליחותם הדתית או המוסרית – ושלטון החוק מבחינתם הוא אילוץ, צורך תועלתני או לכל היותר טעם משני לפעולה – יתעניינו בעיקר בתגובה המעשית של המדינה שאותה הם רוצים להניא מפעולה או להניע לשינוי דרך; הם יתעניינו פחות במסרים ההצהרתיים של המדינה ושל שליחיה. במילים אחרות, החשש הוא שהם יגבשו את מהלכיהם אל מול מה שהם צופים כנחישות-הנגד של המדינה אל מול מחאתם שתחצה את גבולות הדין, ושאומדנם יניח חנינה עתידית נוספת שתופעל כלפיהם, שוב, בשם "איחוי קרעי העם".

ג. ההצדקה הנוספת: הטענה בדבר "איחוי הקרע בעם"

נקדים שתי הערות קצרות. ראשית, איחוי קרעים בין אזרחים וקבוצות הוא יעד לגיטימי ומרכזי של רשויות השלטון במדינה שסועה, אך יש לברר כלפי מי נעשה מאמץ האיחוי וכלפי מי לא, ומי נושא מחיר מוגבר עבור האיחוי. לעתים ניצבות משני צדי המתרס שתי קבוצות מיעוט ולעתים יש ביניהן פערי כוח גדולים. כך אפשר שהתחשבות באחת תבוא על חשבון התחשבות באחרת, ומכל מקום ההתחשבות בבני קבוצה אחת תהא בולטת ומתסכלת עבור בני הקבוצה האחרת. נרחיב עוד קצת: לא אחת זוכות בהתחשבות מיוחדת דווקא קבוצות מיעוט רבות-כוח שלא את חולשתן יש לרפא אלא דווקא את עודף כוחן; קבוצות שהולכות על הסף ודוחקות את החברה – מכוח איום גלוי או סמוי – לתהליכים הרי גורל וגובות תשלום מיוחד ומרתיע כשזו מבקשת להתנער מאותם תהליכים, ולו חלקית. בה בעת, "אחרים" – מיעוטים חלשים ו"כרוניים", אותם *discrete and insular minorities*,⁸ שלגביהם יש צורך דוחק בנקיטת צעדים להגנה ולאיחוי הקרעים – נתקלים תכופות בהתעלמות. במצב כזה, מהלך המוצג כמיועד להוביל להגברת הלכידות החברתית גורם לתוצאה הפוכה ושוחק את יסודותיה הדמוקרטיים של החברה שבה נעשה.

הערה קצרה נוספת: הדיבור על איחוי קרעים בחברה הישראלית השסועה הוא מוקשה מלכתחילה, משום שאנו נתונים בסיטואציה רב-צלעית: ישראלים ופלסטינים; ימין ושמאל; יהודים וערבים בגבולות הקו הירוק. מהלך שמנסה להפחית את המתח ביחסים דו-צדדיים מסוימים צפוי להעצים מיניה וביה את המתח ביחסים דו-צדדיים אחרים. איך השפיעה ההתנתקות על הסיטואציה הסבוכה שלנו, על מתחיה הסותרים? לשם מה נעשתה? האם

8 ה"ש 4 הידועה בעמ' 152 לפסק הדין 304 U.S. 144 *United States v. Carolene Prods. Co.*, (1938).

נועדה לשנות עמוקות את הסטטוס־קו של כיבוש והתנחלות או שמא ביקשה בעיקר להותירו? אלו שאלות כבדות־משקל ונתקשה להשיב עליהן; כעת אנו מתמקדים לא בהתנתקות אלא בחנינה בגין עברות שבוצעו במהלכה – ולחנינה זו יש לפחות השלכה אחת ברורה וידועה מראש. חוק החנינה כולל אי־סימטריה עמוקה – בין יהודים מן הימין לבין ערבים וכן בינם לבין יהודים מן השמאל – ואי־סימטריה זו הצטרפה לשורה של פעולות חקיקה ומדיניות מהעת האחרונה, הפורמות עוד ועוד את התפרים החלשים הקושרים בין האזרחים הערבים לאזרחים היהודים של ישראל; הן גם מחלישות את החיבור הבסיסי בין הימין לבין חלקים בשמאל בחברה הישראלית.

מה עושה החוק? הוא אינו נמצא בתחום המוכר של סימון גבולותיו של חופש הביטוי ומהמחאה. החוק הוא מקרה של הרחבה ברירנית (סלקטיבית) של מרווח החופש הזה כלפי קבוצה אידאולוגית מסוימת בחברה הישראלית – זו שהרוב הפוליטי דהיום חפץ ביקרה או רגיש במיוחד כלפיה. משמע, עקירת יהודים מבתיים ומחבלי מולדת נהנית (וכנראה תמשיך ליהנות) מיחס מיוחד בכל הנוגע לגבולות המחאה. יתר על כן: היחס המיוחד ניתן לא רק לאלה שמאיימים לעוקרם מבתיים אלא גם לתומכיהם. הקושי הגדול נעוץ בכך שיחס מיוחד זה אינו מתיישב עם חובותיה של דמוקרטיה.

דוקטרינת חופש הביטוי בישראל, ברומה לזו הנוהגת בחברות אחרות שהן דמוקרטיות ליברליות, כוללת שני יסודות מצטברים: (א) היא מצמצמת מאוד את הצידוקים להטלת איסור או הגבלה על ביטוי ועל פעולות ביטוי דוגמת הפגנות. איסור או הגבלה כאלה מותנים בהתגבשות של "עקרון הנזק", קרי: נזק משמעותי שנגרם בפעולת הביטוי או סיכון כבד הצפון בה; (ב) יסוד החשוב במיוחד לענייננו: הדוקטרינה מדגישה את יסוד ה"ניטרליות לתוכן" (content neutrality) ובמיוחד את איסור ההפליה מטעמי השקפה (view-point discrimination) הנכפה על הפעלת כוחה המגביל של המדינה כלפי ביטוי, דהיינו: איסור הפליה המבוססת על עמדותיהם הפוליטיות של מי שהגבלות הביטוי מוטלות עליהם.⁹

9 בג"ץ 148/79 סער נ' שר הפנים והמשטרה, פ"ד לד(2) 169, 179 (1979) ("לא מן הראוי הוא כי תהלוכה פלונית תזכה לכוח המשטרה הדרוש לקיומה, ואילו תהלוכה אלמונית לא תזכה בו, רק לאור השוני האידיאולוגי של תוכן ההפגנה. המשטרה אינה ממונה על האידיאולוגיה. עליה להקצות את כוחותיה לפי הצרכים ולא לפי הרעות"). השור לבג"ץ 153/83 לוי נ' מפקד המחוז הדרומי של משטרת ישראל, פ"ד לח(2) 411393, (1984): "חופש התהלוכה אינו רק החופש של ילדים זורי פרחים בידיהם לצעוד ברחובה של עיר, אלא גם חופש הצעידה של אנשים, אשר דעותיהם אינן מקובלות, ועצם צעידתם מרגיזה ומעוררת כעס [...] אלה כאלה זכאים לצעוד, וזכותם זו אינה קשורה במידת החיבה או הכעס שהם מעוררים. עם זאת, חיבה או כעס אלה חשובים הם להערכת ההסתברות, כי התהלוכה וההפגנה יגררו בעקבותיהן פגיעה בסדר הציבורי".

הדוקטרינה האמריקנית מקפידה במיוחד על איסור הפליה על בסיס השקפת העולם שאותה ביקשה לקדם פעולת הביטוי הנבחרת. להלן דוגמה מוכרת וחשובה: "But freedom is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart .of the existing order." *W.t Va. State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 (1943)

כאן נעוץ הקושי הגדול שבחוק החנינה. הוא מגבש הסדר חסר תקדים בישראל, המעניק לדין פלילי נופך פוליטי. באמצעות חוק זה פטרה הכנסת מאחריות פלילית את מי שהפרו איסורים פליליים אם פעלו תוך מתן ביטוי לעמדה פוליטית מסוימת (שלא במקרה היא גם העמדה הפוליטית שבה תמך הרוב בכנסת בעת חקיקתו של הסדר החנינה – התנגדות לפינוי יישובים יהודיים בשטחים או התנגדות לפינוי יישובים כאלה לא במסגרת הסכם שלום). אם כן, החוק מחיל דין אחד על מי שעברו עברה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות – דין הפוטר אותם, כאמור, מאחריות פלילית – ודין אחר על מי שעברו עברה על רקע תמיכה בתכנית ההתנתקות, וכן על מי שעברו עברה, למשל, על רקע התנגדות לפינוי אזרחים בדוויים בנגב מיישוביהם, או להתנחלות יהודית בשכונות הערביות של ירושלים המזרחית, או להקמת הגדר מעבר לקו הירוק, או למדיניות הכלכלית של הממשלה, או להחלטה לסגור את המפעל שבו עבדו ולפטרם וכדומה; כל אלה כפופים לכלל הוראות הדין הפלילי. כאמור, בית המשפט הגבוה לצדק רחה את העתירה להכריז על החוק כבלתי־חוקתי. הוא קבע כי "גם אם החוק נשוא העתירה פוגע בזכות לשוויון בפני החוק", יש לדחות את העתירה משום ש"מדובר בפגיעה בשוויון העומדת בדרישות פסקת ההגבלה"¹⁰. אנו סבורים שבית המשפט שגה בקביעתו זו ותומכים בעמדתו של השופט ג'ובראן, כפי שבוטאה בדעת המיעוט המפורטת שלו.¹¹

יצוין מיד כי אנו מכירים בכך ששיקולים של פוליטיקה שיפוטית עשויים להסביר את הימנעותו של בית המשפט מהכרזה על בטלות חוק החנינה. מספר האנשים שנהנים מההסדר הקבוע בחוק קטן למדי, והקביעה בחוק שלפיה לא תחול החנינה על מי שהוטל עליו עונש מאסר בפועל משמעה שהעברות שבאות בגדרו הן קלות יחסית. משום כך, ולנוכח המתקפה הקשה על בית המשפט העליון בשנים האחרונות, ניתן להבין שופטים החושבים כי צריך להשתמש במשורה בסמכות בית המשפט לאכוף על הרוב בכנסת את החובה לפעול מתוך שוויון, כדי שיוכל להפעיל סמכות זו במקרים חמורים יותר.¹² ואולם יש שיקול חשוב העומד נגד טענה זו, והיא חובתו של בית המשפט לעמוד בפרץ כשקווים אדומים נחצים וכשתפריס של הסינתזה של "יהודית ודמוקרטית" נפרמים בגין הפליה על בסיס השקפת עולם. לפיכך נפנה לבחינה מפורטת של הכרעת שופטי הרוב ושל הנמקותיהם.

ד. דיון ביקורתי בנימוקי עמדת הרוב

בית המשפט לא הכריע בבירור אם החוק הנדון פוגע בזכות החוקתית לשוויון. עמדת הרוב דחתה את הטענה שיש בו פגיעה בזכות לשוויון של מי שהועמדו לדין בגין עברות שעברו על רקע תמיכה בתכנית ההתנתקות מן הטעם שקבוצה זו היא ריקה – לא הוגשו כתבי

10 פס' 29 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

11 באופן מעורר תהייה, ושלא כמקובל, לא זכתה דעת המיעוט לכל התייחסות בחוות הדעת של שופטי הרוב.

12 בג"ץ יכול היה לדחות את העתירה ובה בעת לא להכיר בחוקתיותו של החוק הנדון באמצעות הפניית העותרים להעלות את טענותיהם ב"תקיפה עקיפה", על יסוד דוקטרינת ה"הגנה מן הצדק" במסגרת הליך פלילי בגין מעשים שנעשו על רקע עמדה פוליטית מסוימת. השופט ג'ובראן עמד על כך בפסקאות 15 ו-26 לדעת המיעוט שלו בעניין ניר, לעיל ה"ש 1.

אישום בגין עברות על רקע זה.¹³ נוסף על כך דחה בית המשפט גם את הטענה שיש לכלול בקבוצת ההשוואה הרלוונטית את מי שהואשמו בביצוע עברות על רקע מחאה פוליטית בהקשרים אחרים. הוא נימק זאת בכך שתכליתו של ההסדר הנדון אינה "להתיר פעילות מחאה פוליטית באשר היא, גם אם היא גולשת מעבר למגבלות שמטיל הדין הפלילי";¹⁴ התכלית היא להתמודד עם ההשלכות של אירוע ההתנתקות ולהביא בכך לידי "איחוי הקרעים שנוצרו בעם". תכלית זו, כך נקבע, "מייחדת עצמה" למי שעברו על החוק על רקע התנגדותם להתנתקות.¹⁵ בה בעת לא שללה הנשיאה ביניש את האפשרות שהחוק פוגע בכל זאת בזכות החוקתית לשוויון:

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

הנשיאה ציינה כי אף שהיא נוטה -

[...] לחשוב כי אכן מתקיימת בעניין שלפנינו פגיעה בשוויון במובנה החוקתי [...]. 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.¹⁷

אנו סבורים שעמדה זו של שופטי הרוב, על שני חלקיה, מעוררת קושי. נדון תחילה בקביעה הראשונה, שלפיה החוק אינו פוגע בזכות לשוויון של מי שהואשמו בביצוע עברות על רקע מחאה פוליטית בהקשרים אחרים, משום שתכליתו להביא לידי "איחוי הקרעים שנוצרו בעם" ותכלית זו "מייחדת עצמה" למי שעברו עברות על רקע התנגדותם להתנתקות. ראשית, המענה לשאלה אם החוק פוגע בזכות לשוויון מחייב בירור אם יש ביסודו כוונה להפלות. ייתכן שכוונת הכנסת אכן הייתה, בין היתר, להביא לידי "איחוי הקרע בעם" ולנקוט [...]. אקט [...] הצהרתי לפיוס הציבור הרחב של מתנגדי ההתנתקות".¹⁸ עם זאת, היה על בית המשפט להוסיף ולברר אם כוונה מרכזית נוספת לא הייתה להיטיב עם מי שעמדותיהם הפוליטיות דומות לאלה של הרוב בכנסת, כלומר: כוונה מפלה. בית משפט צריך היה לברר אם לא הייתה כוונה להיטיב רק עם מי שמשתייך ל"מחנה הלאומי" של הרוב בכנסת - משום שהרוב בכנסת מעוניין באיחוי הקרעים בקרב "המחנה" או "הקהילה", אך אינו טרוד בקרעים אל מול מיעוטים אחרים בכנסת, ובראשם המיעוט הערבי והמיעוט הפוליטי שאינו ערבי וממוקם בקצה השמאלי של המפה הפוליטית.

13 פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

14 שם.

15 פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

16 פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

17 פס' 17 לפסק דינה. לעומת זאת, השופטת נאור ציינה בפס' 2 לפסק דינה, ברעת יחיד לעניין זה, כי היא "נוטה [...] לדעה שההסדר שבחוק אינו פוגע בזכות לשוויון במובנה החוקתי" (ההדגשה במקור).

18 פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

הקושי הכרוך בייחוס כוונות לגוף דוגמת הכנסת, שהחלטותיו הן צירוף עמדות של אנשים רבים ושונים, אינו מונע בירור מסוג זה. לכל הפחות היה מקום לחשד באשר לקיומה של כוונה להפלות, לנוכח העובדה שהקואליציה שבתקופתה התקבל החוק הורכבה ברובה מסייעות שעמדתן הפוליטית דומה לזו של אלה שנהנו מהחנינה, כלומר: עמדה המתנגדת לתכנית ההתנתקות ולדומותיה. על כך יש להוסיף את העובדה שלא ניתן טעם טוב להחלטה להעניק חנינה רק למי שנמנה בקבוצה הנדונה. בחירת הכנסת שלא להעניק חנינה למי שהורשע על רקע התנגדותו למדיניות הממשלה בהקשרים נוספים – לרבות בהקשרים של "אירועים טראומטיים" אחרים בישראל, בעיקר בתחומים של השסע היהודי-ערבי – מצדיקה לפחות הטלת ספק באשר לשלילת קיומה של כוונה להפלות.

בית המשפט הניח, כאמור, כי התכלית של הענקת החנינה לקבוצה הנדונה בלבד היא "להתמודד עם אירוע חברתי, לאומי ופוליטי טראומטי",¹⁹ אולם הוא נמנע מלברר מה הגורם שבגיננו יש לייחד את אירוע ההתנתקות מאירועים אחרים שבהם עוררה מדיניות הממשלה התנגדות ולוותר טראומה. החשש הוא שמה שהניע את הכנסת לסווג את ההתנתקות כייחודית לא היה אלא העובדה שבעת חקיקת החוק זכו עמדותיהם של מתנגדי ההתנתקות בייצוג ניכר ואולי אף ברוב בכנסת. יתר על כן, כאמור לעיל, החשש הוא שהאירוע נחשב לכזה שגורם "קרע בעם" רק משום שמדובר במחלוקת בין שתי קבוצות ניכרות בקרב הציבור היהודי. מקרים שבהם המחלוקת היא בעיקרה בין יהודים לבין ערבים – והדוגמה הבולטת היא כמובן אירועי אוקטובר 2000, אך גם אירועי המחאה סביב גדר ההפרדה, שיח' ג'ראח, תכנית פראוור או אלערקוב בנגב – אינם מסוגלים כהתרחשויות שגרמו או גורמות "קרע בעם", ועל כן אין בכוחם להצדיק חנינה מקיפה כמו זו שניתנה כאן (או אף התייחסות רכה אחרת, דרמטית פחות).²⁰

שנית והעיקר: עמדת הרוב התעלמה מאפשרות קיומה של תוצאה מפלה. גם אילו התברר כי לא הייתה למדיניות הנזכרת תכלית מפלה, לא היה בכך כדי להוביל למסקנה שהמדיניות אינה פוגעת בזכות לשוויון. תיתכן פגיעה בזכות לשוויון גם בלא הוכחת קיומה של כוונה להפלות, וזאת אם יש קשר סיבתי מובהק ומידי בין המדיניות השלטונית לבין תוצאה לא שוויונית ואין טעם סביר למחדלה של המדינה לשנות את אמת-המידה המוחלת כדי למנוע את התוצאה האמורה. אנו סבורים שהתנאים האמורים מתקיימים כאן. התפיסה המקובלת, הרואה הפליה על בסיס קבוצתי או אידאולוגי כפגיעה בכבוד האדם, מחייבת בירור אם יש מתאם

19 פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

20 ראו בעניין זה את עמדתו של השופט ג'ובראן בפס' 23-24 לפסק דינו (ההדגשה במקור): "בראייתי, קבוצת השוויון הראויה צריך שתהיה כל מבצעי העבירות על רקע אידיאולוגי, ולכל הפחות, על רקע שסעי עומק בציבור הישראלי. אין כל הצדקה להעדיף את אחי הקרע שנוצר בציבור על רקע תוכנית ההתנתקות על ידי חנינת מבצעי העבירות הנוגעות לה, מאשר אחי הקרע בין הציבור היהודי והערבי שנוצר על רקע אירועי אוקטובר 2000 [...] לא שוכנעתי מטעוני המשיבים, מדוע נאשמים שבצעו עבירות על רקע אידיאולוגי במסגרת ניסיון לקדם מדיניות ישראלית כללית שעניינה סיום השליטה הישראלית בשטחי האזור אינם קבוצת השוויון הראויה אף לשיטתם". לביקורת חשובה אחרת, הפונה בכיוון הדומה לזה של השופט ג'ובראן ושלנו, בהקשר של טענת "הייחודיות", אך גם מפתחת טיעון נוסף בהקשרה, ראו את מאמרה של יופי תירוש בכרך זה, בטקסט המלווה את ה"ש 118-123.

מובהק בין התוצאה לבין השתייכות לקבוצה חברתית מובהקת. עצם קיומו של מתאם כזה גורם לפגיעה בכבודו של מי שמשתייך לקבוצה הנפגעת. ההשתייכות לקבוצתית הרלוונטית להקשר הנדון היא בעיקר זו האתנית-לאומית, ולחלופין – השתייכות לקבוצות פוליטיות אופוזיציוניות המתנגדות למפעל ההתנחלויות או לנישול הכדורים בנגב מאדמותיהם. אשר לאפשרות הראשונה, נקל לשער שכמעט כל מי שזכו בחנינה מכוח החוק הם יהודים. הספקות הם לגבי מי שלא זכו בחנינה, שהרי מובן שלא רק ערבים שהורשעו בעברות שונות לא זכו בחנינה אלא גם יהודים לא מעטים. אולם, אם מגדירים את הקבוצה הרלוונטית ככוללת את כל מי שהורשע בביצוע עברה על רקע התנגדותו למדיניות הממשלה – ודאי אם המדיניות הממשלתית שנגדה מחו מי שהורשעו בביצוע עברה תוגדר ככזו הקשורה לשסע היהודי-ערבי ולסכסוך עם העם הפלסטיני – אפשר להניח שייצוגם של האזרחים הערבים בה עולה במידה ניכרת על חלקם היחסי באוכלוסייה. חקיקה המעניקה חנינה רק למי שהורשעו על רקע התנגדותם למדיניות שעניינה נסיגה מהשטחים, ואינה נותנת חנינה למי שהורשעו על רקע התנגדותם למדיניות שפוגעת לשיטתם באינטרסים של הציבור הערבי בישראל או של הפלסטינים, פוגעת בכבוד האדם של האזרחים הערבים ושל אזרחים יהודים המעורבים בהתנגדות הזו. היא מבטאת התייחסות לאזרחי ישראל כאל מי שאינם שווים זה לזה, כמי שחובתם לציית לחוק אינה שווה וכמי שסוגי פעולות המחאה שהם רשאים לנקוט נבדלים בפועל אלה מאלה מבחינת הגבולות של המותר והאסור.²¹

לפי שיטת שופטי הרוב, אם יש הסבר "לא מפלה" להחלטה להעניק חנינה רק למי שהורשעו על רקע התנגדותו לתכנית ההתנתקות – השאיפה להביא לידי "איחוי הקרע בעם" – די בכך כדי לשלול את המסקנה שמדובר בתוצאה מפלה. גישה מסוג זה, שלפיה די בתכלית "ניטרלית" כלשהי לשלול את המסקנה שתוצאה לא שוויונית היא מפלה, למעשה מרוקנת מתוכן את ההכרה בהפליה תוצאתית כפגיעה בזכות החוקתית לשוויון. הקביעה אם מדובר במדיניות מפלה, לנוכח התוצאות הנובעות ממנה, תלויה בהכרעה בדבר המסר שנובע מהמדיניות הנדונה. הבירור הנחוץ הוא אם יש בקיומה של התכלית ה"ניטרלית" של המדיניות כדי לבטל את החשש שהיא תגרום, ואפילו לא בכוונה, לפגיעה בכבוד האדם של בני הקבוצה הנפגעת.

כאמור לעיל, אנו סבורים שבהקשר הנדון התכלית הניטרלית-כביכול המיוחסת לחוק החנינה אינה מועילה לשלילתו של חשש זה; ההפך הוא הנכון – היא דווקא מעצימה אותו. ההנחה שרק מדיניות שיש לגביה סוג מסוים של מחלוקת עמוקה בקרב הציבור היהודי היא כזו שיכולה לגרום "קרע בעם", ולכן אפשר להצדיק מתן חנינה רק למי שהורשעו על רקע התנגדות לה, מבטאת בעצמה התייחסות אל אזרחי ישראל הערבים ואל חלק מהאופוזיציה היהודית שמשמאל כאל מי שפשוט אינם חלק מן "העם" שיש לשאוף לאחות את קרעיו. אשר על כן, קביעתו של בית המשפט כי החוק לא נועד "להתיר פעילות מחאה פוליטית

21 ראו בעניין זה את עמדתו של השופט ג'ובראן בפס' 28 לפסק דינו: "החוק שלפנינו [...] [מבקש] [...] לתת 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".

באשר היא, גם אם היא גולשת מעבר למגבלות שמטיל הדין הפלילי²² אינה שוללת את קיומה של תוצאה מפלה, הפוגעת בעצמה בכבוד האדם עקב ההתייחסות הלא שוויונית אל מי שהורשעו על רקע פעילות מחאה פוליטית. משום כך אין בתכלית זו כדי לשלול את המסקנה שחוק החנינה מפלה לרעה אזרחים על רקע היותם ערבים או על רקע השקפתם הפוליטית. מה באשר לתשובה אפשרית של תומכי החוק, שלפיה יש להבחין בין מתנגדי ההתנתקות (ולכל הפחות לאלה מהם שנעקרו מביתם עקב ההתנתקות) לבין אחרים מפני שהחנינה מבטאת שאיפה של חברי הכנסת לתקן עוול, והעוול שנגרם למתנחלים שנעקרו חמור מזה שנגרם לאחרים? המתנחלים התיישבו ברשות המדינה ואלה שהתיישבו ברצועת עזה עשו כן לרוב אף בעירודה – ואילו עקירתם של הברווים (למשל באלערקוב) או של תושבים פלסטינים מבתיים בסילוואן או בשיח' ג'ראח נעשתה באישור בית המשפט, לאחר שנמצא כי הסיגו גבול. הקושי בטענה זו נעוץ בכך שהיא אינה מבססת הצדקה להפליה בכל הנוגע לגבולות המחאה. ההבדל שבין מגורים במקרקעין מסוימים ברשות לבין מגורים במקרקעין אחרים תוך הסגת גבול נוגע לשאלה אם ראוי לתת פיצוי למפונים ומה יהא היקפו; הוא אינו נוגע לגבולות המחאה. שאלת גבולות המחאה מתעוררת רק אם החלטת הפינוי על ידי הרשויות אינה חוקית (שאז מתעוררת שאלה בדבר "עשיית דין עצמית" על ידי אותם אנשים שהורו על פינוים, ואולי אף בדבר היתר להתנגדותם של אחרים), או אם הכרעת הרשויות היא בלתי-חוקית בעליל (שאז קמה לנו, בני החברה כולם, חובת מחאה והתנגדות). לשון אחר: גבולות המחאה בחברה דמוקרטית אינם אמורים להיות תלויים במעמד המפונים במקרקעין שמהם הם נעקרים אלא בשאלת החוקיות של העקירה. והנה, העקירה שנגרמה בהתנתקות אינה חוקית פחות מעקירתם של ברוויים או פלסטינים בהקשרים שזכרו.

כאמור, עמדת הרוב בפסק הדין לא שללה את האפשרות שהחוק פוגע בכל זאת בזכות החוקתית לשוויון מעצם מתן החנינה לקבוצה מסוימת של אנשים. לשיטתה של הנשיאה ביניש, "קבוצת השוויון הרלוונטית [...] היא למעשה הציבור כולו, החשוף להעמדה לדין, או שהועמד כבר לדין בגין עבירות דומות".²³ לכאורה, לנוכח קביעה זו אין חשיבות רבה לביקורת שהובאה לעיל נגד דחיית הטענה להפליה של מי שהורשעו בגין פעילות מחאה נגד מדיניות הממשלה בהקשרים אחרים, שהרי דחיית העתירה התבססה כאמור על הקביעה שהפגיעה בזכות לשוויון הגלומה בחוק הנדרן עומדת בתנאים של פסקת ההגבלה. אולם, כפי שנראה מיד, הקביעה מה הטעם שבגינה החוק הנדרן פוגע בזכות החוקתית לשוויון משפיעה באופן מכריע על השלב השני של הבחינה החוקתית.

נכונותה של עמדת הרוב בבית המשפט להכיר בכך שהחנינה פוגעת בזכות לשוויון אינה מבטאת, ככל הנראה, קביעה שמדובר בהפליה במונח של פגיעה בכבוד האדם. הפגיעה בזכות החוקתית לשוויון שבה הייתה עמדת הרוב מוכנה להכיר ולבחון את מידתיותה היא הפליה במונח של הפעלת סמכות שלטונית על פי שיקולים זרים. הנשיאה ביניש ציינה כי היקפו של האיסור להפלות נקבע לפי מה שהיא מכנה "מודל הביניים", שמכוונו ההגדרה מהי הפליה [...] היא רחבה יותר מזו שמתייחסת לפגיעה בשוויון מטעמים של השפלה או ביזוי של קבוצה

22 פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

23 פס' 16 לפסק דינה.

חשודה".²⁴ היא הוסיפה כי הקבוצה הזוכה כאן בהעדפה היא "קבוצה מוכחנת ומובהקת, פוליטית ואידיאולוגית [...] הנהנית מתמיכתו של רוב פוליטי בכנסת".²⁵ הביטוי המובהק לכך שבית המשפט סבור כי אין מדובר בפגיעה בזכות החוקתית לשוויון במובנה המקובל הוא קביעתו שהקבוצה המופלית לרעה היא כאמור "הציבור כולו" – קביעה שמרמזת כי אין מדובר כאן בעילה רגילה של פגיעה בזכות חוקתית, שהיא אישית וקונקרטיית מטבעה. במילים אחרות, טעמה של הנשיאה ביניש הוא שהחלטה שלטונית להעניק הטבה (או פטור מחובה, מחילה על הפרת חובה או חסינות בעניינה) ליחידים בני קבוצה מסוימת בלבד כפופה לאילוץ שעניינו אך החובה להתחשב בשיקולים ענייניים. בהקשר הנדון, השלטון אינו רשאי להחליט להעמיד לדין או לא להעמיד לדין קבוצה של אנשים על בסיס עמדתם הפוליטית. זהו איסור העומד לעצמו, ללא כל קשר לשאלה אם החלטה זו מפלה אחרים. נניח לצורך הטיעון שאנו חיים בעולם שבו איש מלבד בני הקבוצה הנדונה לא עבר עברה ואינו עתיד לעבור עברה כלשהי בעתיד הנראה לעין. בעולם כזה קבוצת ההשוואה הרלוונטית, לפי גישתו של בית המשפט, היא קבוצה ריקה, שהרי איש לא הועמד לדין. וככל זאת, גם בעולם אוטופי כזה החלטה להעמיד לדין או לא להעמיד לדין קבוצה של אנשים בהתבסס על עמדתם הפוליטית היא החלטה המפירה אילוץ חוקתי. אין זאת אלא שהאילוץ המדובר כאן אינו האיסור לפגוע בזכות לשוויון אלא אילוץ הקשור לאופן הפעלתן של סמכויות האכיפה של הדין הפלילי. למעשה, במקום מסוים בפסק הדין ציינה אף הנשיאה ביניש עצמה כי הפגם כאן הוא מסוג של התחשבות ב"שיקול זר להחלת הדין הפלילי", וכי ההסדר הנדון יוצר "חריגה בעייתית מן הדין הפלילי".²⁶ חרף זאת, בהמשך הדברים היא בחרה לאפיין את העילה כמבטאת פגיעה בזכות החוקתית לשוויון – ככל הנראה משום שהאילוץ החוקתי האחר אינו מעוגן בחוקי היסוד.²⁷

להבחנה זו בין שתי העילות – הפגיעה בזכות לשוויון של מי שהועמדו לדין על רקע התנגדות למדיניות ממשלתית אחרת, והפגיעה בחובה לשקול שיקולים ענייניים בלבד בהחלטות בדבר העמדה לדין פלילי – יש חשיבות רבה לעניין השלב השני של הבחינה החוקתית, שנועד לברר אם אפשר להצדיק את הפגיעה באילוץ החוקתי. בחירתו של בית המשפט להכיר רק בעילה השנייה הובילה לכך שהיישום של פסקת ההגבלה התייחס רק לשאלה אם ניתן להצדיק את הענקת החנינה למפרי החוק על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות. השאלות שנדונו בהקשר זה היו אם התכלית שלשמה הוענקה החנינה – איחוי הקרע בעם – היא תכלית ראויה, ובעיקר אם האמצעי שננקט מגשים תכלית זו באופן "מידתי", כלומר: אם החנינה אכן צפויה לתרום לאיחוי הקרע, אם אין חלופות לאיחוי הקרע

24 פס' 17 לפסק דינה. זאת, מתוך אימוץ עמדת הרוב בפסק הדין בעניין חוק טל: בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' כנסת ישראל, פ"ד סא(1) 619 (2006).

25 פס' 14 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

26 פס' 15 לפסק דינה.

27 לעומת זאת, הושפט ג'ובראן, בדעת מיעוט, הבחין בין העילות: תחילה הוא דן בעילות "מוסדיות" ובהן הסברה שהכנסת אינה מוסמכת לחוקק חוק המעניק חנינה לקבוצת אנשים מסוימת, מכוח עקרון הפרדת הרשויות ועקרונות יסוד אחרים (פס' 4-9 לפסק דינו), ורק לאחר מכן הוא דן בפגיעה בשוויון שהחוק גורם (פס' 10 ואילך לפסק דינו).

שאינן כרוכות בפגיעה בחובת ההפעלה הלא-ברירנית של ההליך הפלילי ואם יש יחס סביר בין העלות לבין התועלת.

קביעתו של בית המשפט – שההסדר הנדון עומד בדרישות הללו – מסופקת בעינינו, בין היתר לנוכח קיומן של חלופות סבירות להסדר שננקט, שאינן כרוכות במתן חנינה אלא בפיצוי של מי שפוננו מבתיים (שהרי ככל שנגרם "קרע בעם" – העם במובן שאליו כיוונו המחוקקים – היה זה כתוצאה מפינוי ההתנחלויות, ולא מהעמדתם לדין של מפרי החוק). יתר על כן, קביעה זו מסופקת בעינינו בעיקר בשל הסיכון שהחוק יפגע בהרתעה מפני הפרת חוק על רקע התנגדות למדיניות ממשלתית דומה בעתיד, ואילו הסיכויים שהחנינה תשיג את התועלת שייחסו לה מעניקיה הם כנראה מעטים למדי.²⁸ על כך נוספת הפגיעה בעקרון שלטון החוק, הנובעת מהענקת חנינה גם למי שטרם הורשע או אף טרם הועמד לדין.²⁹ מעבר לכל אלה, הבעיה העיקרית היא שבמסגרת העילה השנייה (שיקולים זרים בהעמדה לדין פלילי) אין כל צורך לבחון סוגיות חשובות נוספות שהיו נובעות מההכרה בעילה הראשונה, כלומר: מההכרה בכך שההסדר הנדון פוגע גם בזכות לשוויון של אחרים שהועמדו לדין על רקע דומה. במסגרת עילה אחרונה זו לא די בכך שהחנינה מועילה להשגת מטרתה – איחוי הקרע בעם שנוצר על רקע ההתנתקות – אלא יש להראות גם שאפשר להצדיק את ייחודה של החלת האמצעי הזה למפרי החוק הנדונים ואת ההימנעות מהחלתו על מפרי חוק אחרים שהוזכרו. כלומר, במסגרת בחינת התכלית הכרחי לברר אם בחירתה של הכנסת לפעול בדרך זו לאיחוי הקרע הזה בלבד, ולהימנע מכך ביחס לקרעים אחרים, מבטאת "תכלית ראויה". כמו כן יש לבחון אם ההחלטה שלא להעניק חנינה לאחרים היא "מידתית". כך, למשל, יש לברר מה דינו של אמצעי חלופי לאמצעי שנבחר כגון החלת החוק הנדון גם על מי שהורשעו בהפרת החוק על רקע התנגדותם למדיניות ממשלתית אחרת; למשל: על מי שהורשעו בכיצוע עברה על רקע אירועי אוקטובר 2000, בהקשר של המאבק שמנהלים אזרחים בדווים ביחס לכפרים הלא מוכרים כנגב, במסגרת המאבקים בשיח' ג'ראח ובסילוואן או נגד גדר ההפרדה. בעיקר יש לברר אם ההחלטה לא למנוע את התוצאה המפלה של החוק עומדת בדרישותיו של מבחן-המשנה השלישי של עקרון המידתיות. כפי שקבע השופט ג'ובראן בדעת מיעוט, במסגרת זו יש להתחשב גם ב"עלות" הכרוכה בהענקת חנינה באופן מפלה. עלות זו –

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 [...] 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.³⁰

28 ראו התייחסות לכך שם, בפסק דינה של השופטת ארבל.
 29 כזכור, בית המשפט דחה ברוב דעות את העתירה נגד החנינה טרם העמדה לדין שניתנה בזמנו לראשי השב"כ שנחשדו בכיצוע עברות חמורות בפרשת קו 300. בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505 (1986). שם דובר בחנינה פרטנית (שהעניק נשיא המדינה) ולא בחוק גורף, ובנסיבות יוצאות דופן שונות מאלה של המקרה הנוכחי.
 30 פס' 55 לפסק דינו.

אנו סבורים שיישום מסוג זה של פסקת ההגבלה מחייב את המסקנה שהחוק הנדון פוגע שלא כדין בזכות החוקתית לשוויון.

ביטוי נוסף להבחנה בין שתי העילות הללו (הפגיעה בזכות לשוויון של מי שהועמדו לדין על רקע התנגדות למדיניות ממשלתית אחרת, והפגיעה בחובה לשקול שיקולים ענייניים בלבד בהחלטות בדבר העמדה לדין פלילי) הוא אופן התייחסותו של בית המשפט לטענת המדינה שהחוק הנדון הוא הצהרתי בעיקרו. לפי גישתם של שופטי הרוב, לנוכח העובדה שהשפעתו של ההסדר שנקבע בחוק על מי שהורשעו על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות היא קטנה למדי, מדובר בחוק הצהרתי ולכן עוצמת ההפליה הנובעת ממנו אינה רבה.³¹ עמדה זו סבירה ככל שעקרון השוויון נועד לוודא שהתוצאה הישירה של הפעלת הסמכות השלטונית – במקרה זה, ההחלטות בדבר העמדה לדין וענישת מי שהורשע – היא ראויה; אם החוק אינו משפיע על תוצאה זו, פגיעתו באינטרס הציבורי אינה רבה. לעומת זאת, החלת העילה הראשונה (הזכות לשוויון) מחייבת להתחשב גם – ולמעשה בעיקר – בפגיעת החוק בכבוד האדם בגין המסר הנובע ממנו. בהקשר זה, העובדה שמדובר בחוק הצהרתי בעיקרו אינה מקהה את הפגיעה הנובעת מכך שהחוק מבטא התייחסות אל אזרחי ישראל כאל מי שאינם שווים זה לזה – חלקם בתוך "העם" והאחרים זרים לו.³²

אפשר לנסח את טענתנו בדרך נוספת. פסק הדין מדגים את הבעייתיות שבהתייחסות אל הזכות לשוויון כאל עילה שדומה בעיקרה לעילות מנהליות בדבר אי־סבירות והתחשבות בשיקולים זרים. כפי שפירטנו, על פי התייחסות זו עיקרה של הזכות לשוויון הוא הגנה על האינטרס הציבורי ועל תקינות הפעלתן של סמכויות שלטוניות, ולא דווקא הגנה על אינטרסים של פרטים ומניעת פגיעה בכבוד האדם שלהם. אם מקבלים התייחסות זו אפשר להבין את קביעתו של בית המשפט כי חרף הפגיעה הטמונה בחוק אפשר להצדיק את ההסדר הנדון – לנוכח האינטרס הציבורי שבתיקון "הטראומה הלאומית" שנבעה מהמחלוקת סביב יישומה של תכנית ההתנתקות. כלומר, בית המשפט החיל כאן למעשה, אף אם לא במפורש, את דוקטרינת אי־הסבירות, וכמקובל על פי דוקטרינה זו הכיר במתחם רחב למדי של חופש ההחליט למי להעניק חנינה. בכך טעה לדעתנו בית המשפט טעות קשה. הוא התעלם מפגיעתו המשמעותית של החוק בזכות החוקתית לשוויון (ובתוך כך גם בזכות החוקתית לחופש ביטוי פוליטי); עצם את עיניו לכריזנות (סלקטיביות) של מאמץ האיחוי; ולא בלם את המתח הנוסף שהופעל על התפרים המתוחים ממילא המחברים בין

31 ראו פס' 18 לפסק דינה של הנשיאה ביניש: "העובדה שהתוצאה המעשית המצומצמת של החוק, שעיקר משמעותו ברמה ההצהרתית" יש בה "כדי להפחית מעוצמת הפגיעה בזכות לשוויון", וכן פסקה 25 לפסק דינה: "משמעותו המעשית של החוק – להברידל מזו ההצהרתית – אינה גדולה [...] 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".

32 השופט ג'ובראן הוסיף בהקשר זה, בפס' 19 לפסק דינו, כי "אף חוקים שהינם סימבוליים, ושאינם מחוללים כל שינוי משפטי ישיר, ראוי שישקפו את ערכי היסוד של המשפט החוקתי הישראלי [...] אף אם לסעיפים [הצהרתיים] אין השפעה ישירה על דין זה או אחר, לא ניתן לזלזל בחשיבותם החברתית הכללית".

אזרחי מדינת ישראל – זו המדינה שהבטיחה לפני כמעט שבעים שנה כי היא "תקיים שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין".³³

ה. סיכום

על יסוד הנימוקים שלעיל אנו תומכים במסקנתו של שופט המיעוט השופט ג'ובראן:

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.³⁴

גם אנו איננו מצליחים להבין מדוע יהא מרווח שונה לפעולות מחאה נגד פינוי התנחלויות ולפעולות מחאה – למשל, נגד ההתנחלויות. למדינה דמוקרטית, מעצם הגדרתה, אסור לנקוט הפליה המבוססת על עמדות פוליטיות בבואה לאכוף הגבלות – קל וחומר הגבלות פליליות – בנוגע לביטוי ומחאה. והנה, במקרה שלפנינו הכשיר בית המשפט העליון הפרה חדה של חובת הניטרליות הזו ובכך, למרבה העצב, תרם לתהליכי השחיקה המשמעותיים שהדמוקרטיה הישראלית נתונה בהם ותרם לכאב הגובר ולניכור הגובר של הציבור הערבי-פלסטיני ושל חלקים מהציבור הישראלי-יהודי בעקבות שחיקה זו.

פתחנו בכך ששנים רבות איננו יודעים מה הם גבולות ישראל, והנה מתברר שגם איננו יודעים מיהו "העם" היושב בישראל שעל איחוי קרעיו יש לטרוח. הרטוריקה הרשמית אומרת תכופות "אזרחי המדינה", אך חוק החנינה (והוא אינו לברדו) מעיד על "קבוצה נבחרת מתוכם". אם אכן כך, כולנו – הכלולים והמודרים – נתונים בסכנה גוברת.

33 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1, 2.

34 פס' 24 לפסק דינו.