

הקלון כרועץ לעקרון החוקיות: על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות

מאת

עמנואל גרוס*

א. מבוא: הצגת הבעיה. ב. על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות; 1 על אודותיו של הקלון; 2. הקלון בארצות הברית. 3. Impeachment בארצות הברית ובאנגליה; 4. עקרון החוקיות – מהו? ג. הקלון כרועץ לעקרון החוקיות; 1. הבעייתיות שעולה מהיעדר ההגדרה; 2. האין ענישה, או עברה, אלא מכוח חוק או על פיו? 3. בהירות וודאות? או שמא לוט בערפל? 4. איסור הרטרואקטיביות – האומנם? 5. הקלון כמחלל התכליות. ד. פגיעת הקלון בעקרונות יסוד נוספים; 1. פגיעת הקלון בזכויות יסוד בצל פרשת הנגבי; 2. קנת מן והשגותיו מן הקלון. ה. הבעייתיות בניהול ההליך. ו. סיכום ומסקנות.

א. מבוא: הצגת הבעיה

נדמה כי בעיקר בעידן שבו התנהגות קלוקלת מצד נציגי ציבור הייתה לחזון נפרץ אין דרך להימנע מיישום אות הקלון שתכליתו העיקרית היא הגנה על טוהר התרבות השלטונית. מלבד הפגיעות הברורות והישירות שנגרמות מהתנהגות נושאת קלון של אישי ציבור, קיימות גם תופעות לוואי כגון פגיעה בחשיבות התפקיד שמילא אותו איש ציבור שסרח וכן הפיכת הרשות שאליה השתייך לחסרת ערך בעיני הציבור.¹ בשל החשיבות הרבה שיש לאנשי הרשויות, כעמודי התווך והאש בקהילה, תכונות כגון יושר והגינות מקבלות משמעות מיוחדת בעיקר בקרב אישים אלו.

החקיקה בישראל לא הגדירה במפורש מהי "עבירה שיש עמה קלון" והותירה את פרשנות המונח בידי בית המשפט. אולם בתי המשפט מצדם לא הגדירו, ואולי במתכוון, את המושג "קלון". כיום המושג "עבירה שיש עמה קלון" הוא בגדר רקמה פתוחה, הנתונה

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. תודתי נתונה לעוזרת המחקר שלי עו"ד יערה ברזילי-כהן על תרומתה החשובה.

1 בג"ץ 103/96 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נ(4) 314, 325 (1996).

לשינויים על פי השקפות החברה המשתנות.² עם זאת הפסיקה קבעה למושג מאפיינים ואף טבעה את הכלל שלפיו בעברה דבק קלון במקרה של פגם מוסרי חמור,³ עד שאין בעליו יכול לעמוד "בקהל ישרים" ו"חרפתו לא תימחה".⁴ כחלק מהמאפיינים הללו קבעה הפסיקה כי הקלון הוא מושג יחסי, הנמדד לפי הנסיבות המשתנות ממקרה אחד למשנהו לפי סוג העברה, תדירותה, נתוני מבצעה והמדיניות המשפטית הראויה.⁵

אל מול מושג הקלון העמום ניצב איתן עקרון החוקיות, שהוא מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי. עיקרון זה מכיל קריטריונים המהווים בסיס למערכת המשפט הפלילי: לפיו אין עברה או ענישה אלא לפי חוק או על פיו,⁶ על החוק לעמוד במבחן הצורני, להיות ברור לכולי עלמא ומפורסם, ולכן "אין עונשין, אלא אם כן מזהירין". כמו כן לפי עיקרון זה חל איסור על חקיקה או ענישה למפרע (בכפוף לחריגים).⁷

יוצא אפוא כי מצדו האחד של המתנס עומד המושג "קלון" אשר נושא חשיבות רבה לאין שיעור, שכן בעזרתו מוגנת הדמוקרטיה מפני שחיתות שלטונית, ומצדו השני עומד – עקרון החוקיות. אולם אות הקלון הוא בבחינת אליה וקוץ בה, הואיל ובלא הגדרה נהירה הוא הופך להיות לרועץ לעקרון החוקיות.

במאמר זה אסקור את יסודות עקרון החוקיות ואת מושג הקלון בחקיקה ובפסיקה בישראל כמו גם במדינות אחרות בעולם. כמו כן אציג את הסתירות המהותיות אשר עולות בין מושג הקלון לעקרון החוקיות ואת הפתרון הראוי לשאלות שמעוררת הסוגיה.

ב. על פגיעת הקלון בעקרון החוקיות

1. על אודותיו של הקלון

מטרת הקלון היא קביעת כשירותו של אדם לכהן בתפקיד ציבורי. אין מדובר בקביעת כשירות מקצועית לתפקיד אלא בכשירותם של אישי ציבור שהלכו בדרכים עקלקלות לכהן בתפקיד ציבורי. מניעת מילוי תפקידים ציבוריים ממי שהוטל עליהם קלון מסייעת בשמירה על טוהר השלטון ומחזקת את אמון הציבור במערכות הציבוריות השונות.⁸

שני היבטים מרכזיים מבליטים את ייחודו של הקלון בעולם המשפט: ההיבט הראשון הוא מיהות עושה העברה, מעמדו ותפקידו. ההיבט השני הוא מהות העברה והקשר שלה לתפקיד או לעיסוק. יש להדגיש כי מקור הקלון תלוי במידת שאט הנפש שחש הציבור כלפי

2 שם, בעמ' 326.

3 ת"פ (שלום ת"א) 5461/06 מדינת ישראל נ' רמון, פס' 115 (פורסם בנבו, 9.11.2010).

4 בג"ץ 436/66 בן אהרן נ' ראש המועצה המקומית פרדיסה, פ"ד כא(1) 561 (1967); בג"ץ

11243/02 פייגלין נ' מישאל חשין יו"ר ועדת הבחירות, פז(4) 145, 161 (2003).

5 עניין רמון, לעיל, ה"ש 3, בפס' 16 ד.

6 ס' 1 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין).

7 שם, ס' 3.

8 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 325.

אירוע עברייני שביצע איש הציבור. בלשון אחר, המושג "קלון" מוטבע על ידי תודעת הציבור.⁹ תוצאת הקלון עשויה להוביל להרחקה לפרק זמן ארוך ואף לצמיתות של איש ציבור מחייו הציבוריים כאשר נקבע בעניינו כי אינו כשיר וכי הוא נושא בקלון.¹⁰ שאלת הקלון מתעוררת בשתי נקודות זמן: הראשונה, בטרם ממונה אדם למשרה ציבורית, נבחנים עברו הפלילי ומרשם הרשעותיו. אם לאותו אדם עומדת הרשעה בפלילים, נקבע אם העברה אשר בעטייה הורשע היא עברה נושאת קלון; השנייה, לאחר מינויו של אדם, אם הוא נחשד בביצוע עברה פלילית ואף מורשע בה, שואל המחוקק אם אותו אדם, לאחר החשדתו או הרשעתו, יוכל להוסיף ולכהן במשרה הציבורית שאותה הוא נושא.¹¹ כפי שציין הנשיא ברק, הדיבור על אודות הקלון הוא "דיבור עמום".¹² לראיה, דברי החקיקה השונים אינם מכילים כל הגדרה למושג "קלון". יש הטוענים כי הסיבה לכך נעוצה בעובדה שמקורו של המושג "קלון" הוא בעולם המוסר. לפי אלו, ערכים מעולם המוסר אינם חד-משמעיים, ולכן אי אפשר להגדירם משפטית.¹³ יתר על כן, קיים שוני מהותי בין השניים: ערכים מוסריים נמדדים לפי מכלול הנסיבות, שלא כמו העברה הפלילית, שלרוב אינה מתחשבת במניע.¹⁴ עם זאת כדי שיהיה אפשר לאכוף את כללי המוסר, הם אמורים להיות ידועים לכלל בני החברה ולשלוח מסר נהיר.¹⁵ כמו כן הקלון הוא מושג משפטי, שנועד לערוך הבחנה בין אירועים עברייניים שונים ולמדוד את מידת אי-המוסריות שלהם.¹⁶

פלר סבור כי היות הקלון שאוב מעולם המוסר אינה הסיבה להיעדר ההגדרה, שכן מושגים רבים מתחום המוסר הוגדרו משפטית. לדידו, הסיבה לכך טמונה בהיותו מושג "קזואיסטי", בלתי ניתן להכללה, אשר נגזר מנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה.¹⁷ בשל תכונות אלו אי אפשר להגדיר בחיקוק אילו עברות ייכללו בהגדרה "עבירה שיש עמה קלון" ואילו לא.¹⁸ לדברי פלר, אין "עבירה שיש עימה קלון", אלא יש "אירועים עברייניים שיש עימם קלון".¹⁹

- 9 ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ג 35 (1992) (להלן: פלר כרך ג).
- 10 בג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' מדינת ישראל, פס' 31 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 26.2.2008).
- 11 שם.
- 12 בג"ץ 281/88 עודה נ' המועצה המקומית ג'לג'וליה פ"ד מב(4) 837, 839 (1988).
- 13 רות גביזון "עבירה שיש עימה קלון כפסול לכהונה ציבורית" משפטים א (תשכ"ח), בעמ' 182.
- 14 שם, בעמ' 180.
- 15 שם, בעמ' 182.
- 16 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, פס' 30 לפסק דינו של השופט לוי.
- 17 שם.
- 18 פלר כרך ג, לעיל ה"ש 9, בעמ' 50.
- 19 שם, בעמ' 37.

מניעה מאיש ציבור לא ישר להמשיך ולכהן בתפקידו לאחר שדבק בו דופי; השני, שמירת יוקרתו, אמינותם ומהימנותם של התפקיד או של הרשות הציבורית שאליה השתייך אותו פרנס שהוכתם מוסרית.²¹ במבט מעמיק בדברי החקיקה הללו אפשר להבחין כי החוקים שונים זה מזה לפי תחומי העיסוק השונים וההסדרים שנקבעו לכל תחום עיסוק באשר הוא. עם זאת קיים ביניהם גם מכנה משותף: הראשון, עברה שיש עמה קלון משמעה עברה שבמבצעה דבק פגם מוסרי;²² השני, הקלון הוא כלי ניפוי. רוצה לומר, באמצעות הרשות מסנת נושאי משרה שסרחו ובכך שומרת על אמון הציבור בה ובנבחריה ומבטיחה יושר והגינות מאלו הנמנים עם שורותיה;²³ השלישי, הקלון תמיד יהיה קשור לנסיבות הספציפיות של המקרה²⁴ ולא לאיסור הכללי או לכותרת סעיף האישום.²⁵ יש להדגיש כי ההכרעה בסוגיית הקלון איננה בלעדית לבית המשפט. בחלק מהמקרים הסמכות מסורה ליו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ולרשויות המקומיות,²⁶ בפעמים אחרות אמון על כך נציב שירות המדינה,²⁷ ובמספר לא מועט של מקרים בעל הסמכות להכריע בסוגיית הקלון הוא היועץ המשפטי לממשלה.²⁸ חשוב לציין כי למעשה בית המשפט (מלבד ההיבט המהותי) נדרש בעיקר למלא תפקיד הצהרתי – אם מבחינה מוסרית העברה נושאת קלון²⁹ – אך אין הוא מורשה לשנות את גורת המחוקק.³⁰ המחוקק כאמור לא הגדיר חד־משמעית את המושג "קלון" אלא הותיר מלאכה זו לבית המשפט³¹ או לגוף שדן בכך.³² ברם בית המשפט ניסה פעמים רבות להגדיר את המושג ואכן יצר קריטריונים שונים שמטרתם לסייע בהגדרה. אולם קריטריונים אלו אינם יוצרים תחליף להגדרה, שכן אלו הם אבן דרך בלבד לשביל שבו פוסע המשפטן.³³ נראה אפוא כי גם אם נחבר את כל הקריטריונים למקשה אחת, עדיין לא תהיה בידנו הגדרה ממצה למושג

- 1976; ס' 2, 34 ו-42 לחוק הנוטריונים, התשל"ו-1976; ס' 3 לתקנות הפיקוח על עסקי ביטוח (רשיון לסוכן ביטוח), התשכ"ט-1969.
- 21 ת"פ (שלום י-ם) 4063/06 מדינת ישראל נ' ח"כ הנגבי, פס' 13 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם (פורסם בנבו, 8.11.2010).
- 22 שם, פס' 17-18 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.
- 23 שם, פס' 19-21 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.
- 24 שם, פס' 22 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.
- 25 שם, פס' 28 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.
- 26 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 34 לפסק דינו של השופט לוי. ראו גם ס' 6 לחוק יסוד: הכנסת; ס' 6 לחוק יסוד: הממשלה; ס' 7 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות); ס' 19(ד) לצו המועצות המקומיות (מועצות אזוריות), התשי"ח-1958.
- 27 שם וגם ס' 47(א) לחוק שירות המדינה (משמעת), התשכ"ג-1963.
- 28 שם, בעמ' 34. ראו למשל ס' 9(5) לחוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990 וס' 5(ג) לחוק קליטת חיילים משוחררים, התשנ"ד-1994.
- 29 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 36 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.
- 30 שם, פס' 27 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.
- 31 בג"ץ 178/81 ג'אפר נ' עודה ראש המועצה המקומית ג'לגוליה, פ"ד לו(1) 40, 50 (1981).
- 32 שם.
- 33 עש"מ 4123/95 אור נ' מדינת ישראל – נציב שירות המדינה, פ"ד מט(5), 184, 189 (1996).

"קלון". אולם דומה שדעתה של הפסיקה נוחה עם אי-קיומה של ההגדרה, והיא אף מעדיפה זאת כך.³⁴

יפים לכך דברי השופט זמיר בפרשת אור:

"אמירות אלה ודומות לאלה יוצרות אווירה סביב העבירה; הן מצביעות על כיוון ללכת בו; ויש בהן כדי לסייע לחוש המומחיות של המשפטן לצורך קביעה אם מעשה או מחדל מסוימים יש בהם משום קלון. אולם אמירות אלה, כל אחת לחוד ואף כולן יחד, עדיין אינן נותנות הגדרה ממצה או מבחן ברור. ייתכן שאי-אפשר אחרת, ואולי אף עדיף כך. ידוע כי בתחיקה מפורזים מושגים עמומים, כמו צדק ותום-לב, שאין זה ראוי להקים סביבם חומה נוקשה של הגדרה, גם אם הדבר אפשרי. עדיף להשאיר בהם קצוות פתוחים, כדי שניתן יהיה להכניס דרכם גם נסיבות מיוחדות של מקרים בלתי צפויים. וכך אף לגבי מושג הקלון".

נשאלת השאלה מהי הסוגיה המונחת לפתחו של בית המשפט כאשר עולה מושג הקלון. השופטים אריה רומנוב ועודד שחם סבורים כי –

"השאלה העומדת בפנינו אינה רק שאלה ערכית. השאלה העומדת בפנינו נוגעת למעמדה של הכנסת, לכבודה, ליוקרתה, ולאמון הציבור הנושא אליה את עיניו, ומצפה לראות בנבחרי דוגמא ומופת של מידות טובות, תום לב ונטילת אחריות. יוצא, אפוא, כי שאלת הקלון אינה רק עניינו של הנגבי. שאלת הקלון היא גם, ואולי בעיקר, עניינה של הכנסת. היא גם, ואולי בעיקר, עניינם של חברי הכנסת. היא גם ואולי בעיקר, עניינו של הציבור כולו. שהרי הכנסת היא תמצית דמותו".³⁵

ומדבריו של השופט ברק:

"אמון הציבור ברשויות השלטון הוא מנכסיה החשובים של הרשות השלטונית ושל המדינה. כאשר הציבור מאבד את אמונו ברשויות השלטון, הוא מאבד את אמונו באמנה החברתית המשמשת בסיס לחיים משותפים".³⁶

אם כן, נדמה כי בראש ובראשונה יש להכריע בשאלה ערכית: איזו חברה אנו רוצים לעצמנו? מהו החינוך שאנו רוצים להעניק לילדינו? בהכרעה זו על בית המשפט לזכור כי מנהיגינו משמשים דוגמה לחברה כולה. לפיכך בקביעת הקלון אנו נדרשים לשאלות נורמטיביות – מהי ההתנהגות הנדרשת מאזרחי המדינה? ובעיקר מהן אמות המידה של

34 ש.ם.

35 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 57 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.

36 בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מז(2) 229, 269 (1993).

ההתנהגות שלהן אנו מצפים ממנהיגינו? עם זאת אין מדובר בשאלה ערכית בלבד אלא גם במעמד הרשות שאליה השתייך אותו פרנס סורר, וזוהי שאלה לא רק של בית המשפט אלא של החברה כולה.³⁷ כמו כן יש להביא בחשבון גם את חשיבות אמון הציבור ברשות ציבורית, היות שללא אמון זה תתפורר האמנה החברתית והחיים המשותפים יינזקו קשות.³⁸ בעבר המבחן הקבוע היה אם מדובר בעברה אשר "יש עמה קלון", אולם עם הזמן התברר כי קיימות עברות שאינן פליליות שעשויות להיכלל בהגדרה זו. דוגמה לכך הן עברות פיסקליות הכלולות בתחום האזרחי.³⁹ יתרה מזאת, כפועל יוצא של בחינת מהות העברה יוחס קלון רק לעברות שיש בהן מחשבה פלילית. משתנה נוסף היה העונש בגינה לפי שתי גישות: האחת טוענת שיש לבחון את העונש המרבי של העברה שבגינה הורשע אדם. אחרת טוענת כי מבחן העונש מורד את העונש שהוטל בפועל על ידי בית המשפט.⁴⁰ אולם בחינת המחשבה הפלילית ובחינת העונש אינן מבחנים ראויים.⁴¹ בחיפוש אחר קריטריונים להגדרה חילקה הפסיקה את העברות לשלושה סוגים:

א. עבירות שמטבע ברייתן יש עמן קלון, אך יכול שהנסיבות המיוחדות בהן נעברה העבירה ישללו את פגם הקלון.

ב. עבירות שמטבע ברייתן אין עמן קלון, ושום נסיבות שבעולם לא יהפכו עבירות אלה לעבירות שיש בהן קלון, כגון העבירות שבגינן נושאים באחריות מוחלטת אף ללא כוונה פלילית.

ג. עבירות גבוליות שאין עמן קלון, אך יש שבנסיבות מיוחדות יהיה בהן משום קלון.

זו ההנחיה והיתר זיל גמור על פי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.⁴²

בעניין החלוקה הזאת יש להבהיר כמה דברים: אשר לסוג העברות הראשון ראוי להביא גם את דברי השופט שמגר, אשר סובר כי קיימות עברות שאין מנוס מלהמיט קלון בגינן, למשל עברת השוחד.⁴³ כמו כן נמתחה על חלוקה זו ביקורת, ולפיה קיימות עברות שאינן עברות קלון ובכל זאת עלולות להפוך לכאלו בנסיבות מסוימות. לכן לא ברור אפוא מה הטעם לחלק לסוג עברות זה כאשר הכול תלוי בנסיבותיו של כל מקרה ומקרה.⁴⁴

37 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 57 לפסק דינם של השופטים אריה רומנוב ועודד שחם.

38 עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 193.

39 גביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 177.

40 שם.

41 שם, בעמ' 180.

42 עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 50.

43 ס' 290 לחוק העונשין.

44 גביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 177–178.

למעשה כחלק מהחלוקה הזאת קבעה הפסיקה כי הקלון הוא מונח יחסי, אשר נבחן לפי הקשר הדברים ונסיבות המקרה, מאחר שלא כל מעשי הקלון קורצו מאותו החומר. בקבלת ההחלטה מביאים בחשבון את מהות העברה, את חומרתה, את תדירותה ואם דבק בה פגם מוסרי ושיקולי מדיניות משפטית ראויה.⁴⁵ כמו כן נבחנים נתוניו האישיים של מבצע העברה, ובהם מהות התפקיד שבו כיהן, מעמדו, הלך רוחו בעת ביצוע העברה ולאחריה⁴⁶ ומידת הפגיעה בקרבנות העברה.⁴⁷ לפי הפסיקה, כאשר בוחנים אם בהתנהגותו של איש ציבור דבק קלון, בוחנים ראשית אם מדובר בסוג עברה הנושא קלון, אם הנסיבות שבהן בוצעה העברה מקימות קלון ואת הנסיבות התלויות בתפקיד עצמו.⁴⁸ נשאלת השאלה מי צריך לבחון את הנסיבות הללו. השופט כהן השתמש בביטוי "הבוחר הסביר". להלן מובאה מדבריו:

"הקלון גורם, בנוהג שבעולם, להתרחקות בני האדם מן הנקלה: אם לא יתחברו אליו, דין הוא שלא יבחרו בו כנבחרם. זאת היא ההנחה המונחת ביסוד ההוראה שהקלון פוסל לכהונה של חבר מועצה מקומית: ומכלל לאו אתה שומע הן, שמקום ואיש לא היה מעלה על הדעת שלא לבחור במועמד פלוני, מחמת עבירה שהורשע בה, ממילא לא נדבק בו קלון הפוסל אותו. קנה המידה אשר על בית-המשפט למדוד בו בכגון דא, הוא טעמו וגישתו של הבוחר 'הסביר', אשר דתו נתונה לייצוגו היעיל והנאמן במועצה המקומית – ולא טעמם של מתקני עולם או שיקול דעתם של שופטים נאורים".⁴⁹

נקבע כי בבחינת "הבוחר הסביר" יש לבחון את ההתנהגות ביחס למקצוע קונקרטי.⁵⁰ בפסק דין אחר המבחן שנקבע הוא מבחן "האדם הסביר"⁵¹, היות שאותו "אדם סביר" הוא למעשה הציבור בכללותו אשר לדבריו בית המשפט שואף להאזין: "האדם הסביר הוא דמות דמיונית (יש אומרים מיתולוגית) המייצגת את דרכי ההתנהגות וערכי המוסר המקובלים בציבור". אולם "בפועל האדם הסביר הוא, בליט ברירה, בית המשפט. בית המשפט משמש פה לאדם הסביר. בשמו של האדם הסביר הוא קובע את דרכי ההתנהגות הראויה ואת ערכי המוסר המחייבים".

השופט לנדוי גורס כי על הקלון להיבחן כראות עיניו של בית המשפט⁵² והוסיף כי אינו רואה כל פסול בכך שבית המשפט מקבל עליו תפקיד מחנך. להלן דבריו:

- 45 בג"ץ 4524/03 בניפול נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת, פ"ד נז(4) 857, 862 (2004).
 46 שם.
 47 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 36 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
 48 עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 190.
 49 עניין בן אהרון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 565.
 50 עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 184.
 51 שם, בעמ' 192.
 52 גביוון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 179.

"אינני רואה כל פגם בכך שבקבעו רמות התנהגות תוך כדי מלאכת הפרשנות המשפטית ממלא בית המשפט גם תפקיד מחנך. כאן קיימת סנקציה יעילה בסילוקו של שליח הציבור. אשר סרח, ויש לקוות שהפעלת הסנקציה הזאת במקרה מתאים תזהיר נציגי ציבור אחרים שינצרו לשונם מרע. פן יאבדו את כסאם".⁵³

במילוי תפקיד זה בית המשפט נותן ביטוי, כדברי המשנה לנשיא ברק:

"לתפיסות היסוד האוביקטיביות של החברה. הוא משקף את ערכי היסוד ואושרות היסוד של השירות הציבורי ויחסיו עם הציבור".⁵⁴

יש להדגיש כי שני הביטויים "הבוחר הסביר" ו"האדם הסביר" הולכים שלובים יד ביד ושניהם יחדיו נועדו לעזור לבית המשפט לקבוע אם התנהגות עושה העברה הייתה סבירה בעיני ציבור הבוחרים.

2. הקלון בארצות הברית

בארצות הברית קיימות עברות קלון החלות גם על אזרחים מן השורה ולא רק על אישי ציבור. מדובר בעברות בשלושה הקשרים: הדחת עד, הגירה ושלילת רישיון לעסוק במקצוע. יש להדגיש כי בעברות אלו נבחן הקלון על ידי בית המשפט.⁵⁵ בדומה לישראל, הקלון בארצות הברית אינו מוגדר והוא מושג עמום. ההגדרה השגורה למושג בארצות הברית דומה לזו הקיימת בהוצאות המוקדמות של המילון Black's Law Dictionary:

"[An] act of baseness, vileness, or the depravity in private and social duties which man owes to his fellow man, or to society in general, contrary to the accepted and customary rule of right and duty between man and man... Act or behavior that gravely violates moral sentiment or accepted moral standards of community and is a morally culpable quality held to be present in some criminal offenses as distinguished from others".

53 עניין בן אהרון, לעיל ה"ש 4, בעמ' 566.

54 עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 192.

55 Nate Carter, *Shocking the Conscience of Mankind: Using International Law to Define "Crimes Involving Moral Turpitude" in Immigration Law*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 955, 960 (2006).

בסיכומם של דברים מדובר במעשה חסר מוסר, שפל ומנוגד לתפיסת הנכון והמחייב בהתנהגות שבין אדם לחברו. מדובר במעשה המפר את התפיסה המוסרית או נורמות חברתיות. מעשה שבשל תכניו מובדל ממעשים פליליים אחרים.⁵⁶ המחוז החמישי של בית המשפט הפדרלי לערעורים (L.A.) במקרה של *Hamdan v. INS*⁵⁷ הגדיר את המושג במה שנראה כניסוח מחדש של Black's:

“conduct that shocks the public conscience as being inherently base, vile, or depraved, and contrary to the accepted rules of morality and the duties owed between persons or to society in general”.

בית המשפט הסביר את המושג בציינו שהוא הוגדר כאקט שהוא כשלעצמו מגונה מוסרית ואסור מטבעו:

“moral turpitude has been defined as an act which is per se morally reprehensible and intrinsically wrong”.

בית המשפט הפדרלי לערעורים הגדיר את המושג ככל דבר שנעשה בניגוד לצדק, הגינות או מוסר. בתי משפט אחרים לערעורים השתמשו בהגדרות דומות.⁵⁸ בתי משפט מסוימים הגדירו את המושג – מי שמפר את הקוד המוסרי של האנושות הפרה חמורה:

“grievously [offend] the moral code of mankind”.⁵⁹

בתי משפט אחרים השתמשו במושג המשפט המקובל⁶⁰ בהגדרות שלהם, בהגדירם את העברות כאקטים שהם באופן טבעי או מוסרי אסורים מבחינת המשפט המקובל:

“at common law intrinsically or morally wrong”.

כלומר, קיימת קשת רחבה של הגדרות משפטיות שונות, וזו מוכיחה את הקושי שבו נתקל בתי המשפט בקביעה אילו עברות נכללות במושג.⁶¹ אפשר לומר כי במרבית המקרים בארצות הברית מחולקת התנהגות “שיש עמה קלון” לשתי קטגוריות משנה: עברות מרמה ועברות בעלות יסוד מוסרי פוגעני במיוחד, קרי חסר

Derrik Moore, “Crimes Involving Moral Turpitude”: Why the Void-For-Vagueness Argument is Still Available and Meritorious, 41 CORNELL INT’L L.J. 813, 817 (2008) 56

.Hamdan v. INS, 98 F.3d 183, 186 (5th Cir. 1996) 57

Moore, לעיל ה”ש 56, בעמ’ 817–818. 58

ש.ם. 59

ש.ם. 60

ש.ם. 61

מוסר, שפל או ירוד.⁶² הבחנה זו הכרחית לבחינת טענת העמימות הואיל והקטגוריה השנייה בעייתית מהראשונה. זאת משום שרוב בתי המשפט תמימי דעים בנוגע להנחה שמרבית מעברות המרמה מקימות קלון.⁶³ לעומת זאת קיימים לא מעט מקרים שבהם קיימת לכאורה התנהגות חסרת מוסר, שפלה או ירודה, אולם ממצא הקלון במקרים אלו אינו קבוע ואי אפשר לצפות באילו מקרים יוטל קלון ובאילו לא.⁶⁴

למעשה כשבית המשפט בוחן אם עברה נושאת קלון, הוא סוקר את ההיסטוריה החקיקתית, את ההגדרה הלשונית במילון ואת ההבנה המקובלת של השפה המשפטית. באופן זה בית המשפט יוצק תוכן למושגים. ברם הקונגרס מעולם לא הגדיר את המושג "קלון", ונראה כי ההגדרה המילונית אינה שופכת עליו אור. גם בדיקת משמעות המושגים "חסר מוסר", "שפל" ו"ירוד" מעלה חרס. משמעות המושגים הללו תלויה במי, מה, מתי, היכן וכיצד משתמשים בהם.⁶⁵ למרבה הצער, המבחנים הקטגוריאליים הקצרים שבתי המשפט אימצו לזיהוי עברה שיש עמה קלון יוצרים אכיפה שרירותית ומפלה ותוצאות שאי אפשר לחזותן מראש.⁶⁶

במשך כמעט 100 שנים, עד החלטת היועץ המשפטי לממשלה ב-2008,⁶⁷ יישמו שופטים את המבחן הדו-שלבי כדי לקבוע אם העברה נושאת עמה קלון.⁶⁸ הצעד הראשון היה בדיקה קטגוריאליית של השוואת יסודות העברה להגדרת המושג. אם אפשר לעבור על החוק הן באמצעות עברה שיש עמה קלון והן באמצעות עברה שאין עמה קלון, אזי ההרשעה אינה עברה שיש עמה קלון במסגרת בדיקה זו.⁶⁹ אם בשלב הראשון לא נמצאה העברה ככזו שיש עמה קלון, בית המשפט ממשיך לשלב השני, הכולל בדיקה קטגוריאליית מותאמת, ולפיה בית המשפט בוחן, מלבד לשון החוק, גם סט מסמכים צר וספציפי שהוא חלק מרשומת ההרשעה.⁷⁰

השופט Anderson, בדעת מיעוט בעניין *Tillinghast v. Edmead*,⁷¹ הציע גישה שלפיה יש לחלק את העברות, בדומה לחלוקה הישראלית, לשלוש קטגוריות: הראשונה, עברות שמעצם טבען יש עמן קלון; השנייה, עברות שאין עמן קלון; השלישית, עברות שיש או אין עמן קלון לפי נסיבות המקרה:

Amy Wolper, *Unconstitutional and Unnecessary: A Cost/Benefit Analysis of Crimes Involving Moral Turpitude in the Immigration and Nationality Act*, 31 CARDOZO L. REV 1907, 1913 (2008).

שם. 63

שם. 64

שם, בעמ' 1922. 65

שם, בעמ' 1922–1923. 66

In re Silva-Trevino, 24 I. & N. Dec. 687 (Op. Att'y Gen. 2008). 67

Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1924. 68

שם. 69

שם, בעמ' 1924–1925. 70

Tillinghast v. Edmead, 31 F.2d 81 (3d. Cir 1956). 71

- “(1) crimes inherently involving moral turpitude,
 (2) crimes that do not involve moral turpitude, and
 (3) crimes that may or may not involve moral turpitude, depending upon
 the circumstances of the case”.

השופט Eisele, שנחשב לתומך בגישה זו, מוסיף:

“the court should look to the actual circumstances and underlying facts of
 the case”.

במילים אחרות, כאשר המקרה נופל בקטגוריה השלישית, על בית המשפט לבחון את נסיבותיו ועובדותיו של המקרה. אולם גישה זו לא אומצה על ידי בתי המשפט הפדרליים, והבדיקה הקטגוריאלית נותרה ההלכה.⁷² מבחן החדשני יותר הוא מבחן Silva-Trevino. מבחן זה משמר את שני השלבים הראשונים של הבדיקה המסורתית אלא שבשלב הראשון הוא הופך את החזקה של הבדיקה הקטגוריאלית באופן שהקביעה שעברה נושאת עמה קלון היא הבדיקה הקטגוריאלית, וזאת אלא אם קיימת אפשרות מעשית שהחוק ייושם במקרה שאינו נושא קלון.⁷³ מבחן Silva-Trevino הוסיף גם שלב שלישי על הניתוח המסורתי, ולפיו הבדיקות הקטגוריאליות והמותאמות אינן מספיקות כדי לקבוע אם עברה נושאת עמה קלון, ולכן הבוחן רשאי להתחשב בכל חומר ראיות ראוי כדי לקבוע במדויק את שאלת הקלון.⁷⁴ גם בארצות הברית ספג הקלון ביקורת רבה עוד מראשיתו בשל עמימותו. אולם חרף הביקורות והבעיות הפרקטיות העולות ביישומו מרבית בתי המשפט קיבלו את הסטנדרט הלקוי הזה.⁷⁵

3. Impeachment בארצות הברית ובאנגליה

בארצות הברית, נוסף על עברות נושאות קלון כאמור לעיל שחלות על כל אזרח, קיים עוד הליך המקביל להליך הקלון הנוגע לאישי ציבור – ה־Impeachment (“עבירה בת הרחה”). לפי חוקת ארצות הברית:

“The President, Vice President and all civil Officers of the United States,
 shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of,
 Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors”.

72 Moore, לעיל ה"ש 56, בעמ' 820.

73 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1925.

74 עניין Silva-Trevino, לעיל ה"ש 67, בעמ' 699.

75 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1912.

מטרת ההליך היא שמירה על טוהר השלטון, הגנה על תפקוד המוסדות והפרדת רשויות,⁷⁶ בדומה להליך הקלון הנפוץ במחוזותינו.

ההליך הוא בן שני שלבים: בשלב הראשון קובע הקונגרס את סעיפי ההדחה לפי עברות, ובשלב השני דן הקונגרס בהדחתו של חבר הנבחרים. לשם ההדחה בהליך זה יש צורך ברוב של שני שלישים לכל הפחות מחברי הסנאט הנוכחים. כמו כן יש בידו של הסנאט למנוע מחבר בית הנבחרים לכהן בתפקיד ציבורי גם בעתיד.⁷⁷

מקור הליך ה־Impeachment במאה הארבע-עשרה, באנגליה. באמצע המאה החמש-עשרה חדלו מלהשתמש בהליך זה באנגליה, ובתחילת המאה השבע-עשרה חזר ההליך לשימוש. המשפט האמריקאי אימץ הליך זה לחוקתו ב-1788.⁷⁸ נראה כי עוד בטרם חיקוקו הסעיר ההליך את הרוחות ועורר מחלוקות הן בשאלה מהו הפורום הנאות לניהולו (כפי שאפרט בהמשך) והן בנוגע לשאלה מה גודל היריעה שיש לפרוס כחלק מההגדרה של הליך ה־Impeachment, הליך שבו יהיה אפשר להדיח אישי ציבור בשל התנהגות קלוקלת, בדומה לקלון.⁷⁹

כחלק מהוויכוח שהתנהל בין Mason ל־Madison הציע לבסוף Madison לכלול בהגדרה, נוסף על בגידה ושחחד, גם את המונח "פשעים ועברות אחרות" נגד המדינה. בסופו של דבר הוחלט להסיר את הביטוי "נגד המדינה".⁸⁰

נראה אפוא כי למרות ההתלבטות והרצון שלא ליצור הגדרה רחבה מדי, בפועל יצרו מנסחי החוקה מסגרת רחבה מאוד להליך באופן שאין הגדרה מפורשת לצמד המילים high crimes and misdemeanors.⁸¹ למעשה, משנת 1789 ועד היום הגדרה זו הייתה לעין הסערה בכל הליך Impeachment שנוהל מהראשון ועד לאחרון.⁸² המחלוקת נסבה על השאלה אם הכוונה להפרת חוק כתוב או שמא די בהתנהגות לא כשרה.⁸³ בניסיון ה־Impeachment שלא צלח, שבו ניסו לסלק את אחד משופטי בית המשפט העליון (השופט Douglas), נקבע על ידי המחוקק Gerald Ford כי עברה בת הדחה היא כל מה שרוב הבית התחתון חושב שהיא בכל

76 U.S. Const. art. II § 4.

77 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 10 לפסק דינו של השופט יואל צור.

78 אתר הסנאט של ארצות הברית (להלן: אתר הסנאט), זמין ב־ senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Senate_Impeachment_Role.htm.

79 ש.ם.

80 Laurence Tribe, *Defining "High Crimes and Misdemeanors": Basic Principles*, 67 GEO. WASH. L. REV. 712, 718-720 (1999).

81 Gary McDowell, "High Crimes and Misdemeanors": *Recovering the Intentions of the Founders*, 67 GEO. WASH. L. REV. 626 (1999); Tribe, לעיל ה"ש 80; אתר הסנאט, לעיל ה"ש 78.

82 Joseph Isenbergh, *Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process*, 29 YALE L. & POL'Y REV. 53, 62-77 (1999); Akhil Reed Mamar, *On Impeaching Presidents*, 28 HOFSTRA L. REV. 291, 323 (1999); אתר הסנאט, לעיל ה"ש 78.

83 ש.ם.

רגע מסוים בהיסטוריה.⁸⁴ מה שאומר כי כל עברה, כמו בישראל, גם בארצות הברית, יכולה להיות עברה נושאת קלון, או במקרה של ארצות הברית – עברה שתגרור הדחה. אולם בארצות הברית נוצר מצב משפטי לא ברור, שכן ייתכן שגם התנהגות שאינה מוגדרת "עברה" בספר החוקים יש בה כדי להיות קלון שיפעיל את ההליך. ובמה הדברים אמורים:⁸⁵

שופט בית המשפט העליון Samuel Chase (בשנת 1805) והנשיא Andrew Johnson (בשנת 1868) זוכו בהליך Impeachment כי התקבל הפירוש הצר להגדרה.⁸⁶ לעומת זאת שתי ההרשעות הראשונות של המאה העשרים של השופט Robert Archbald (בשנת 1913) והשופט Halsted Ritter (בשנת 1936) קבעו כי אפשר להפעיל נגדם Impeachment אף על פי שאלו לא ביצעו מעשים פליליים שהיה אפשר להגיש בגינם כתבי אישום.⁸⁷

הוויכוח נמשך גם בשנת 1974, כאשר החלו לחקור את הנשיא Nixon. הנשיא הואשם בכך שיחידה שהקים, המכונה יחידת ה"שרברבים", שתפקידה היה מניעת הדלפות לתקשורת לאור אירועי עבר, שתלה במלון ווטרגייט, שהיה המטה של המפלגה הדמוקרטית, מכשירי ציתות. לאחר שהבין ניקסון כי הוא בסיכון, ניסו הוא ואנשיו לשבש הליכי משפט ולהשמיד ראיות בניגוד לחוק. כחלק מפעולות אלו מסרו אלה עדות שקר וסירבו למסור את ההקלטות המפלילות שברשותם. ועדת החוק והחוקה של הבית התחתון טענה לפירוש רחב של ההליך, ואילו עורך דינו טען לפירוש הצר.⁸⁸ בפרשת הנשיא Nixon ניתן ביטוי ניכר להתנגשות בין המושגים קלון (או ליתר דיוק – עברה בת הדחה) ובין עקרון החוקיות. אולם השאלה לא באה על פתרונה גם בפרשה זו, מאחר שלאחר שכל מעשיו למניעת העברת הקלטות עלו בתוהו, נחשפה אשמתו, והנשיא התפטר מתפקידו עוד בטרם התקבלה הכרעה בנושא.⁸⁹

אשר להמטת קלון (או הליך מקביל לו) על אישי ציבור סוררים במדינות השונות בארצות הברית, ההליך יכול להיות זהה או דומה להליך שמתנהל בקונגרס (מאחר שההליך בקונגרס נשאב מההליך שהיה קבוע בחוקת 13 המדינות הראשונות שיוסדו בארצות הברית), או יכול להשתנות לפי החוקה של אותה מדינה. ניטול לדוגמה את יוטה.

Brien Kalt, *The Constitutional case for the Impeacheability of Former Federal Officials: An Analysis of the Law, History, and Practise of Late Impeachment*, 6 TEX. REV. L. & POL. 13, n. 167 (2001).

אתר הסנאט, לעיל ה"ש 78.

Paul Fenton, *Scope of the Impeachment Power*, 65 NW. U. L. REV. 719, 721–722 (1970).

אתר הסנאט, לעיל ה"ש 78.

Frank Tuerkheimer, *Watergate as History*, WIS. L. REV. 1323, 1324–1327 (1990) (book review).

שם; אתר הסנאט, לעיל ה"ש 78.

ביוטה קיימות כמה דרכים להעביר עובדי ציבור מתפקידם, והדבר תלוי במעמד העובד בממשל. למשל, המושל ושופטים ניתנים להדחה בהליך impeachment בסנאט של המדינה, אך זהו הליך ההדחה השמור לעובדי ממשל מדינתיים רמי דרג:⁹⁰

“liable to impeachment for high crimes, misdemeanors, or malfeasance in office; but judgment in such cases shall extend only to removal from office”.

המושל והשופטים ביוטה ניתנים להדחה בגין פשעים, עוונות וחטאים, עברה או מעשה פסול בתפקיד. יש להדגיש כי תוצאת ההליך היא הדחה מהמשרה ואין מדובר בהרשעה פלילית.⁹¹ ביוטה, לבית הנבחרים סמכות בלעדית על ה־Impeachment. לצורך כך נדרש רוב של שני שלישים מהבית (הבית התחתון בקונגרס המדינה). אם בית הנבחרים מדיח את בעל המשרה, העניין עובר לשיפוט הסנאט. אם הסנאט מרשיע את הנאשם ברוב של שני שלישים, הכרעת הדין יכולה להיות שבעל המשרה יושעה, או יודח, מן התפקיד ויפסל מלכהן בכל משרה של כבוד, אמון או רווח במדינה. בין שבעל המשרה הורשע ובין שלא, הוא עדיין יהיה חשוף לניהול הליך פלילי נגדו בגין כל עברה שהייתה בסיס להליכי ההדחה.⁹² בישראל למשל ראשית מרשיעים בעברה פלילית ורק לאחריה אפשר להפעיל את הקלון.

פרק חוקתי נוסף יוחד לחבר בבית הנבחרים המדינתי. בפרק זה נקבע כי כל אחד מבתי הנבחרים בקונגרס המדינתי (עליון או תחתון) יהיה למעין שופט שיבחן את כישורי החבר, ויש בידו להעניש חבר על התנהגות פרועה ולהרחיק חבר, ברוב של שני שלישים של כל החברים הנבחרים:

“[e]ach house shall be the judge of the election and qualifications of its members, and may punish them for disorderly conduct, and with the concurrence of two-thirds of all the members elected, expel a member for cause”.

לא למותר לציין כי מעולם לא הושעה חבר, ונראה כי הלכה למעשה נוצר מצב שלאזרחי יוטה אין דרך להעביר נבחר ציבור רמי דרג מתפקידם בשל התנהגות נושאת קלון אלא באמצעות הצבעתם בקלפי. עם זאת עובדי ציבור אחרים ברמה המדינתית וברמה המקומית ניתנים להדחה באמצעות יזמות של אזרחים.⁹³

Timothy Pack, *High Crimes and Misdemeanors: Removing Public Officials from Office* 90 (2008). in *Utah and the Case for Recall*, 2008 UTAH L. REV. 665, 666

שם. 91

שם. 92

שם, בעמ' 667. 93

קיימות שתי קטגוריות המאפשרים לאזרחים ליזום הדחת עובדי ציבור מחוזיים ומוניציפליים, והדרך לעשות זאת היא באמצעות עתירה לערכאה שיפוטית:⁹⁴ בקטגוריה האתית, קיים ה־*Municipal Officers and Employees Ethics Act*, החל על בעלי תפקיד בעירייה ועל אלה בלבד. חוק זה מאפשר לתבוע בעלי משרה שהשתמשו לרעה במשרותיהם לשם השגת טובות הנאה שיש סיכון כי יגרמו לסטייה ממילוי התפקיד בנאמנות ומשירות החובות הציבוריות.

“influence a reasonable person in the person’s position to depart from the faithful and impartial discharge of the person’s public duties”.

בעל משרה שמפר את החוק האמור אפשר שיואשם בעברה מדרגה שנייה או שלישית ויועבר מתפקידו. שלא כמו בהליך ה־*Impeachment*, כל אזרח בתחום המוניציפלי יכול להגיש תלונה נגד בעל המשרה. אולם עד היום לא ידוע במדויק כמה בעלי משרה הודחו באמצעות מסלול זה, הואיל ומדינת יוטה לא ערכה כל רישום של ההליך.⁹⁵ בקטגוריה השנייה הדנה בפשעים ועבירות אחרות, שופטי שלום ובעלי משרה במחוזות ובערים (שאינם חשופים להליך *Impeachment*) יכולים להיות מועברים מתפקיד בגין אלה:

“for high crimes and misdemeanors or malfeasance in office”.

אולם אי אפשר להעביר בעלי משרה מתפקידם רק משום שביצעו עברות או מעשים פסולים במילוי התפקיד. התנאי הוא שהמעשה הפסול בוצע בתפקיד, כלומר פעל “*under color of office*”⁹⁶

אך מהו אותו “מעשה פסול”? הפסיקה שעוסקת במונח מיושנת ודי מצומצמת. בפסק דין *Madsen v. Brown* משנת 1985 צוטט פסק הדין *State v. Guerts*, משנת 1961:⁹⁷

“[M]alfeasance in office’ has acquired a commonly understood meaning: it requires an intentional act or omission *relating to the duties of a public office*, which amounts to a crime, or which involves a substantial breach of the trust imposed upon the official by the nature of his office, and which conduct is of such a character as to offend against the commonly accepted standards of honesty and morality”.

לפי מובאה זו, מעשה פסול בעת תפקיד הוא בעל משמעות מובנת בציבור: יש צורך במעשה או במחדל מכוון הקשור לחובות התפקיד הציבורי שעולה לכדי עברה, או מערב הפרה בוטה של האמון שניתן בבעל המשרה מאופי משרתו, ושהתנהגות כזו היא בעלת

94 שם, בעמ' 670.

95 שם, בעמ' 669–670.

96 שם, בעמ' 671.

97 *State v. Guerts*, 359 P.2d 12, 14 (Utah 1961).

אופי שפוגע בסטנדרטים המקובלים של יושר ומוסריות.⁹⁸ נראה אפוא כי המכנה המשותף של כל ההליכים שנסקרו עד כה הוא שרובם ככולם חוטאים בהגדרה ברורה ונהירה של עברה נושאת קלון, או במקרה זה מעשה פסול במילוי התפקיד, והוא יכול להיות כל דבר. Pack טוען כי ביוטה קשה מאוד להדיח נבחרים בגלל המסלולים הבעייתיים המוצגים מעלה, ולכן הוא מציע מסלול נוסף שאפשר לראות בו אמצעי מקביל לקלון הישראלי להדחת אישי ציבור מוניציפליים – והוא הליך recall:⁹⁹

מדובר בכלי של דמוקרטיה ישירה שמאפשר לאזרחים להעביר בעלי משרה מתפקידם באמצעות הצבעה כללית, בדומה להחטמת עצומות, אך דורש מספר רב של חותמים (בדרך כלל 30% מאלו שהצביעו בבחירות האחרונות), וכמעט תמיד דורש בחירות מיוחדות.¹⁰⁰ נראה כי אין מדובר בהליך נפוץ במיוחד: בקליפורניה בשנים 1911–1994 התחילו בכ- 107 הליכי recall אך הדיחו בהם רק שני חברי קונגרס. במישיגן הודחו שני סנטורים ברמת המדינה בשנת 1983, ובאורגון הודח חבר קונגרס בשנת 1988. אולם הליך זה נפוץ בהרבה ברמה העירונית והמחוזית.¹⁰¹

הליכי recall נגד בעלי משרה מדינתיים קיימים בכ- 19 מדינות, ונגד בעלי משרה מקומיים בכ- 36 מדינות.¹⁰²

בקרוליינה הצפונית החוק אינו קובע פרוצדורה להדחת נבחר ציבור מוניציפליים. קיימת סמכות לפיטורין באשר לעובדי ציבור שאינם נבחריו, והסמכות נתונה לראש העיר. כאשר מדובר בנבחר ציבור, דרך הפעולה המקובלת לפי המשפט המקובל בקרוליינה הצפונית הוא הליך שנקרא Amotion.¹⁰³ זהו הליך המאפשר לגוף מוניציפלי שלטוני להדיח נבחר ציבור בעילה של סבירות וצדק. ככלל, גם Amotion הפך להליך שבו אפשר להדיח נבחר ציבור שסרחו, בדומה לקלון הישראלי. הדחה מעין זו היא זכות אינהרנטית בכל תאגיד, ולכן זמינה גם לרשויות מקומיות.¹⁰⁴ בתחילת המאה הקודמת הכירו שני פסקי דין של בית המשפט העליון של קרוליינה הצפונית בדוקטרינה וביארו את משמעותה.

ב-*Ellison v. Aldermen of Raleigh* משנת 1883 הכיר בית המשפט בדוקטרינה לעיל בהקשר של תאגידים מוניציפליים, על סמך עילה סבירה וצודקת.¹⁰⁵

ב-*State ex rel. Burke v. Jenkins* משנת 1908 הוא עוד נדבך חשוב בהכרה בסמכות האינהרנטית להדחה. לפי פסיקה זו, קיימת חובת יידוע ושימוע, כדי שתינתן לנבחר שסרח

98 Madsen v. Brown, 701 P.2d 1086, 1090 (Utah 1985).

99 Pack, לעיל ה"ש 90, בעמ' 692.

100 שם, בעמ' 675.

101 שם, בעמ' 678–680.

102 שם, בעמ' 679–680.

103 Cathryn Little, *Putting Amotion in Motion: Removal of an Elected Official by a Municipal Governing Body for Just Cause*, 32 CAMPBELL L. REV. 75, 77–78 (2009).

104 שם.

105 Ellison v. Aldermen of Raleigh, 89 N.C 125, 128 (1883).

ההזדמנות להשמיע את דבריו (בכפוף לחריגים), וכן קיימת חובה להראות עילה מספקת להדחה.¹⁰⁶

– The Law of Municipal Corporations של McQuillin במהדורה המקורית קבע כי –

“[u]nless mentioned in the constitution, municipal officers are corporate officers and not constitutional officers, and the power to remove such officers for just cause, whether so declared in the charter or applicable legislative act or not, is inherent in municipal corporations”.

לשון אחר, אם לא נקבע אחרת בחוקה, בעלי תפקיד מוניציפליים הם בעלי תפקידים תאגידיים ולא חוקתיים, והכוח להדיח בעלי תפקיד אלה מקורו בעילה מוצדקת, בין שהוצעה בחוק או בחקיקת משנה ובין שלא.¹⁰⁷

בפסק הדין *Stephens v. Dowell* משנת 1935 צייטט בית המשפט העליון את פסק דין *Jenkins* והדגיש את הצורך לתת הודעה מוקדמת וזכות טיעון בטרם הדחת נבחר ציבור מוניציפלי על סמך עילה סבירה ומוצדקת וכן ביטל את החלטת ההדחה על סמך נימוק זה.¹⁰⁸ נראה כי קביעה זו מצמצמת במעט את הפגיעה בעקרון החוקיות. אך נראה כי גם כאן ההגדרה עמומה, ולא ברור מהי אותה עילה סבירה או מוצדקת שבגינה יהיה אפשר להדיח איש ציבור.

אף שפסק דין *Dowell* הוא פסק דין ארכאי והאחרון שבו שימש המונח *amotion* בהקשר של הדחת בעל תפקיד מוניציפלי, שתי החלטות של בית המשפט העליון שהתקבלו לאחרונה הכירו במשתמע בהמשך קיומו של מונח זה:

“...corrective action for ‘offending officials’ including ‘the removal of those who were elected’ ...”.¹⁰⁹

יש לציין כי להליך אין פרק זמן מוגדר אשר בו יש להעלותו, ולכן אפשר להעלותו בכל נקודת זמן לאחר איש המשרה ואף עובר לאישה.¹¹⁰

בקרוליינה הצפונית קיים הליך שאפשר לסווגו כהליך שמטרתו המטת קלון. זהו הליך ה-*warranto Quo*. מטרתו ליצור הזדמנות לאדם המעוניין בתפקידו של נושא המשרה לקרוא תיגר על תואר בעל התפקיד או על סמכותו החוקית או על כשירותו להיות בעל תפקיד. כלומר, אדם המעוניין בתפקיד יכול לטעון נגד אופן הניהול אך גם – ובהקשר שלנו – נגד התנהגות לא כשרה שנושאת קלון. בהליך זה הדרישה היא לא רק להעלות את הטענה בתוך

106 State ex rel. Burke v. Jenkins, 61 S.E 608, 609 (N.C 1908)

107 Little, לעיל ה"ש 103, בעמ' 80.

108 Stephens v. Dowell 181 S.E 629, 632–633 (N.C 1935)

109 Jackson v. Hous. Auth. of High Point, 341 S.E.2d 523, 529 (N.C. 1986); Long v.; City

of Charlotte, 293 S.E.2d 101, 114 (N.C. 1982)

110 Little, לעיל ה"ש 103, בעמ' 83.

90 ימים מכניסת הנבחר לתפקידו, אלא גם להגיש העתירה ולקבל צו להתייצבות בפני בית המשפט באותה תקופה.¹¹¹

אפשר להגיש את העתירה הזאת בשם המדינה (1-515) או על ידי אדם פרטי ללא הגשת התנגדות מצד המדינה (5-516).¹¹²

בפסק דין *State ex rel. Barker v. Ellis* קבע בית המשפט לערעורים שלמועמד לרשות עיר ניתנה הזדמנות להישמע ואין נשללת ממנו הזכות להליך הוגן, אך אין ניתנת ארכה למגבלת 90 הימים להגשת quo warranto.¹¹³

יש להבדיל בין הליך quo warranto לבין הליך אחר – ה־mandamus. פסק דין *Lyon v. Commissioners of Granville County* מבדיל בין השניים, ולפיו כשמדובר במשרה שמכהן בה אחר, מגישים quo warranto. אולם אם העתירה היא מטעם בעל המשרה המקורי שמעוניין לחזור למשרה שבה החזיק והיא כעת אינה מאוישת באחר, על בעל המשרה המקורי להראות כי קיימת זכות חוקית, ברורה ועכשווית לתפקיד – זהו mandamus.¹¹⁴

המצב המשפטי שתואר לעיל קיים גם במדינות אחרות מלבד קרוליינה הצפונית, ובית המשפט מקפיד בהן על ההליך ההוגן כלפי נבחר מוניציפאלי מודח:

פסק דין *People ex rel. City of Kankakee v. Morris*. משנת 1984 דן בעניינו של חבר מועצה מקומית במדינת אילינוי לאחר שהודה בגנבה ונדון ל-18 חודשים על תנאי. המדינה הגישה quo warranto בטענה שהרשעה פלילית פוסלת אותו מלכהן בתפקיד. בית המשפט הפדרלי קבע שאפשר להדיחו ממשרתו בעטייה של עברת הגנבה אף שלא נשפט לתקופת מאסר בפועל, בנימוק שהחזקה במשרה ציבורית היא פריווילגיה ולא זכות. נקבע כי האינטרס הציבורי עולה על זכויותיו של אותו איש ציבור. זאת ועוד, נקבע כי ההדחה כשלעצמה איננה עונש אלא השלכה על כישלוננו של הנבחר לקיים ממשל ציבורי נאות:

“[t]he expectation of attaining or holding public office... is a privilege, not a civil right. Neither the right to governmental employment nor the right to hold an elective office is fundamental. We are more concerned with the public interest in good government and confidence in our public officers than defendant’s privilege in holding his office. A conviction for an infamous crime destroys the public confidence in an elected official. Removal from office for committing an infamous crime is not a punishment. Rather, it is simply a consequence of the officer’s failure to

111 שם, בעמ' 81–84.

112 שם, בעמ' 85.

113 *State ex rel. Barker v. Ellis*, 547 S.E.2d 166, 167–169 (N.C Ct. App. 2001).114 *Lyon v. Bd. Of Comm’rs of Granville County*, 26 S.E 929, 930 (N.C 1897).

meet a condition imposed on him in furtherance of the public interest in good government".¹¹⁵

בפסק דין *Quinn v. City of Concord* משנת 1967 במדינת ניו המפשייר עתר ראש עיר לבית המשפט בבקשה להפסיק את הליך הדחתו מתפקידו. בית משפט קמא קבע נוהל הליך הוגן. ראש העיר נמצא אשם לאחר שימוע בהתנהגות שאינה הולמת והודח.¹¹⁶ בערעור ראשון השתנתה ההחלטה, אך בערעור התהפכה ההחלטה ונקבע כי הביקורת השיפוטית לא תעסוק בממצאים עובדתיים אלא תתמקד בשאלה אם ההחלטה סבירה:

"The Trial Court correctly held that certiorari may not be invoked to review findings of fact and that the Court was limited to an inquiry of law whether the finding or verdict could reasonably be made. Unless the evidence shows that the conclusion could not have been reasonably reached, the action taken will be held valid".¹¹⁷

יש לציין כי ההחלטות בפסקי דין *Quinn* ו-*Morris* עולות בקנה אחד עם ההלכה שבקרוליינה הצפונית, אשר לפיה אם ננקטים הצעדים הדרושים למתן הודעה מוקדמת והזדמנות לשימוע הוגן, אפשר להדיח נבחר ציבור על ידי גוף מוניציפלי דרך הליך של Amotion.¹¹⁸

עורכת הדין Cathryn Little מציעה לאור הפסיקה המוצגת ובשל החשיבות שיש להעניק להליך ההוגן המתנהל נגד איש ציבור, כדלקמן:

1. Give Adequate Notice of the Scheduled Proceeding and Pending Charges
2. Provide Meaningful Opportunity to Be Heard and to Produce Testimony in Defense
3. Make Determination Only Following a Full and Fair Hearing on the Merits Regarding Just Cause
4. Maintain Recorded Minutes of Removal-related Meetings.

Since the process of amotion is considered judicial or quasi-judicial in character, the ousted municipal official should be entitled to have the action reviewed in superior court through subsequent certiorari review,

.People ex. Rel City of Kankakee v. Morris, 467 N.E.2d 589, 590 (Ill. App. Ct. 1984) 115

ש.ם. 116

.Quinn v. City of Concord, 233 A.2d 106, 107 (N.H. 1967) 117

Little, לעיל ה"ש 103, בעמ' 96. 118

which should be limited to an inquiry of law regarding whether the finding could reasonably have been made".¹¹⁹

כלומר, בטרם הדחת איש ציבור מתפקידו בשל ביצוע מעשה שיש בו קלון היא למעשה מציעה לתת הודעה מוקדמת ומפורטת, מתן אפשרות לטעון ולהציג ראיות, לקבל את ההחלטה על סמך איכותה של העילה ולפי התשתית הראייתית שמבססת אותה וכן לתעד את ההליך בפרוטוקול כאשר המטרה היא פגיעה קטנה ככל האפשר בעקרון החוקיות. יש לציין כי במקרים שבהם יש הליכים ספציפיים והנחיות בחקיקת משנה וכדומה, יש לפעול לפי החקיקה הזאת.¹²⁰

כאמור, עוד מראשיתו בשיטה האנגלית, ה־Impeachment היה איזון לרשות המבצעת והיה לכלי חשוב במיוחד באנגליה, בעיקר בשל המחסור בכלים הפוליטיים שהיו קיימים באותה עת ובשל הצורך להטיל אחריות על בעלי תפקיד מטעמו של הכתר. ה־Impeachment הגיע לשיא לפני המהפכה הפרוטסטנטית.¹²¹ לפיכך כשהדמוקרטיה והשלטון הפרלמנטרי הכו שורש באנגליה, השימוש בכלי ה־Impeachment הלך ופחת. פרופ' Hoffer ופרופ' Hull טוענים במחקרם רב ההשפעה כדלקמן:

"parliamentary fascination with impeachment flagged [once] other political forms emerged to allow a quieter and more efficient test of ministerial popularity and influence".¹²²

הכלי שימש פחות ופחות עם הרפורמות הפוליטיות, אך רפורמות אלו לא נגעו לקולוניות. בהיעדר שיטות אופקיות של ייצוג בקולוניות ראו ב־Impeachment כלי אד הוק בעל חשיבות מכרעת.¹²³

באנגליה ההליך העוסק ב־impeachment, בדומה לארצות הברית, מתנהל בבית הלורדים לאחר שהפרלמנט עורך מסמך המציג את כל האשמות העולות נגד חבר הפרלמנט העומד בפני ההדחה.¹²⁴

Gay ו־Davies מתארים בעבודתם את ההליך בבריטניה¹²⁵ לאו דווקא כהעברה מתפקיד – מדובר בהצהרה פורמלית של האישומים בלבד. מרגע שאדם הועמד להליך ה־

119 שם, בעמ' 98–101.

120 שם, בעמ' 98.

121 Jonathan Turley, *Congress as Grand Jury: The Role of the House of Representatives in the Impeachment of an American President*, 67 Geo. Wash. L. Rev 735, 763–764 (1999).

122 שם.

123 שם.

124 Nerys Davies & Oonagh Gay, *Impeachment* (last updated 16 November 2011), 2, House of Commons Library, available at www.parliament.uk

125 שם.

Impeachment, הוא הועמד בפני האפשרות של הרשעה שתיפסק על פי הצבעת בית המחוקקים. הרשעה מובילה להעברה מהתפקיד של האדם.¹²⁶ גם המשפט האנגלי חוטא בעמימות, שכן חרף ניסיונות אין-ספור כשל גם המשפט האנגלי ולא הגדיר מהי "עברה בת הדחה",¹²⁷ היכולה להיות בין היתר עברת קלון לשיטתנו. אולם בניגוד לארצות הברית, לא נעשה שימוש בהליך ה־impeachment באנגליה זה 150 שנה. אמנם הפרלמנט מחזיק בכוח ה־Impeachment מאז ימי הביניים, אך מתוך 70 המקרים שנדונו בבריטניה הרוב היו בתקופתו של Charles I, ושימוע Impeachment מלא לא נערך מאז 1806. בשנה זו Henry Dundas, הלורד הראשון של ה־Admiralty, זוכה ממעילה בכספי הציבור.¹²⁸ נראה אפוא כי ההליך קיים, אך נחשב לכזה שאבד עליו קלח, ואף ועדת משנה של הבית התחתון המליצה לבטלו פעמים מספר.¹²⁹ אף שמדובר בהליך מיושן ביותר, בעת האחרונה זרח כוכבו כאשר ניסו להדיח באמצעותו את ראש הממשלה טוני בלייר בגין מעורבתו במלחמה בעיראק בדיון שנקבע, אך מעולם לא התקיים. כך נראה שבאנגליה, כמו גם בארצות הברית, אפשר להפעיל את ההליך לא רק בהקשר של קלון אלא גם ממניעים פוליטיים.¹³⁰ נראה אפוא כי הדרך המועדפת באנגליה בעניין אישי ציבור היא הצבעת אי-אמון בממשלה.

יש לציין כי קיים הליך המעוגן ב־standing orders של הפרלמנט, שבדומה לקלון גם הוא נועד לשמירה על טוהר השלטון. לפיו הנציב הפרלמנטרי לסטנדרטים הוא האדם הממונה לתפקיד והוא אינו חבר פרלמנט. הנציב יכול לפעול מטעם עצמו וכן מטעם תלונה שקיבל מהציבור, אך על החלטתו לפעול ועל התלונה להיות מעוגנות בתשתית ראייתית. עיקר חקירותיו עוסקות בניגוד עניינים ובשימוש לרעה בתקציבים.¹³¹ על חבר הפרלנט למסור את תגובתו להאשמות לנציב. לשם כך הוא יכול להיעזר, על חשבונו הפרטי, בעורך דין. במקרים בעייתיים במיוחד יש בידו של הנציב להורות לוועדה להקים חבר דיון חקירתי שיהיה מורכב מהנציב, ממשפטן ומחבר פרלמנט שמונה על ידי יו"ר הפרלמנט.¹³²

בתום החקירה הנציב מגיש את ממצאיו בדוח לוועדה שרשאית לקבל, או לדחות, את המלצותיו. יש להדגיש כי המלצה על הטלת עונש נעשית על ידי הוועדה, ובה היא ממליצה

Catherine MacLeod & Douglas Fraser, *Nationalist MPs Unveil Plans to Impeach Blair*, 126 THE HERALD (Glasgow) Aug. 26, 2004.

עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 45–46.

MacLeod & Fraser, לעיל ה"ש 126.

Davies & Gay, לעיל ה"ש 124.

Lawyers Say PM Could be Impeached over Iraq, THE GUARDIAN Sep. 23, 2004 130

דינה צדוק, יובל וורגן וליאור בן דוד סקירה משווה בנושא: אכיפת כללי אתיקה ומשמעת על חברי פרלמנט 4 (הכנסת – מרכז מחקר ומידע, הוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט, 22.6.2005), זמין ב: www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m01133.pdf.

שם. 132

על השעיה זמנית של חבר הפרלמנט בפני הפרלמנט. מובן שעומד לפרלמנט הליך ה-Impeachment, אך כאמור הוא אינו בשימוש.¹³³ חשוב לציין כי באנגליה נקבע כי ההליכים המנוהלים בפני הוועדה ובפני הפרלמנט אינם יכולים לעמוד לביקורת של בית המשפט, שכן אלו מוגנים על ידי פריווילגיה פרלמנטרית.¹³⁴ עם זאת יש לזכור כי באנגליה חברי הכנסת אינם נהנים מחסינות כשאר המדינות באירופה אלא מחסינות מהותית בלבד, ולכן אפשר להעמידם לדין פלילי בכל זמן.¹³⁵

4. עקרון החוקיות – מהו?

כאמור לעיל, אל מול הקלון עומד עקרון החוקיות, שהוא עקרון יסודי העובר כחוט השני במשפט הפלילי והגדרתו מצויה בחלק המקדמי של חוק זה.¹³⁶ למעשה, לעקרון החוקיות שני מושאים: העברה והעונש, והוא חל על שניהם. לפי עיקרון זה, אין עברה או עונש בגינה אלא לפי חוק או על פי. הווה אומר, לא תחול עברה או ענישה אלא אם זו נקבעה בדבר חקיקה ראשי, או לפחות בדבר חקיקה משני שהוסמך בחקיקה ראשית.¹³⁷ מלבד זאת לפי שלושת הקריטריונים של עקרון היציבות והוודאות: על העברה לעמוד במבחן הצורני שלפיו החוק התקבל על פי ההוראות שבתקנון הכנסת. כמו כן את החיקוק יש לפרסם, ועליו להיות ברור לכל אדם בר עונשין. כל אלו על פי מהות העיקרון כי "אין עונשין, אלא אם כן מזהירין".¹³⁸ בנוסף, העיקרון שולל תחולה רטרואקטיבית של עברה או של עונש.¹³⁹ יש להדגיש כי לעיקרון זה עלו התנגדויות לא מעטות. ויליאמס איגד את שלוש הטענות המרכזיות שעולות נגד עקרון החוקיות: הראשונה, הואיל ורוב האנשים אינם משפטנים, הם לרוב אינם מבינים את מהות האיסור, ולפיכך העיקרון אינו מכווין את התנהגותם; השנייה, קיימות התנהגויות לא מוסריות שאינן מאוזכרות בדין. לו הייתה בידי המבצעים ידיעה כי התנהגותם הלא מוסרית תגרור עונש אף שאינה מצויה בספר החוקים, הם היו נמנעים מעשייתה;¹⁴⁰ השלישית, הקושי של בית המשפט למתוח את הגבול בין מה שחורג מגבולות עקרון החוקיות למה שלא.¹⁴¹

חרף אלו, עוד מקדמת דנא, מדינות ואמנות בין-לאומיות הושיבו את עקרון החוקיות על כס כבוד ועיגנו אותו בחוקיהם. העיקרון הוגדר למשל בס' 8 ל"הצהרת צרפת בדבר

133 שם, בעמ' 5.

134 שם, בעמ' 5.

135 שם, בעמ' 3.

136 חוק העונשין.

137 ס' 1 לחוק העונשין וס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

138 יובל לוי "היבטים על עיקרון החוקיות בדיני עונשין" עיוני משפט ד 22, 23 (1975).

139 ס' 3 לחוק העונשין.

140 GLANVILLE LLEWELYN WILLIAMS, CRIMINAL LAW, THE GENERAL PART 575, 600-606 (2nd ed. 1961).

141 שם; לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 27.

זכויות אדם ואזרח", בשנת 1789. ¹⁴² כמו כן ב"הצהרה האוניברסאלית לזכויות אדם" שהתקבלה על ידי האו"ם ב-1948. ¹⁴³ גם "האמנה האירופית בדבר זכויות אדם וחירות היסוד", שהתקבלה בשנת 1950, עסקה בו. ¹⁴⁴ העיקרון מצא עיגון בחוקת ארצות הברית, ¹⁴⁵ בגרמניה ¹⁴⁶ ובחוקיהם של מדינות רבות אחרות, וכן הוכר בפסיקת בית המשפט שבהאג. ¹⁴⁷ אין ספק כי לאור כל האמור לעיל קיים דיסוננס ניכר בין הקלון לעקרון החוקיות. בפרק הבא אמשיך ואחקור את הפערים בין השניים.

ג. הקלון כרועץ לעיקרון החוקיות

1. הבעייתיות שעולה מהיעדר הגדרה

כנזכר לעיל, אין בחקיקה או בפסיקה הגדרה נהירה שיש בה כדי לפזר את הערפל שאופף את אות הקלון. הפסיקה כאמור קבעה כמה קריטריונים, אולם כל מקרה נבחן לגופו לפי הנסיבות המשתנות של אותו אירוע. האם אפשר לרקום הגדרה שתסייע בקביעת קלון? הפסיקה קבעה כי עמימותו של הקלון נובעת בחלקה מהיות הקלון דינמי ומשתנה מזמן לזמן, ממקום למקום ואף משופט למשנהו. ¹⁴⁸ גם חלוף הזמן עשוי להיות משתנה בעל משקל, שכן בחלוף זמן רב מזמן ביצוע העברה עשוי למרק את מעשה הקלון. ¹⁴⁹ קיימים הבדלים גם בין הוראת חוק אחת לאחרת: ¹⁵⁰ ייתכן מצב שבו התנהגות מסוימת תלווה בקלון לפי הוראת חוק אחד, אך לא לפי הוראת חוק אחר. ¹⁵¹ זאת ועוד, ההחלטה משתנה לפי הגוף אשר דן בה ¹⁵² וגם מתפקיד אחד לאחר. ¹⁵³ למשל, התייחסות בית משפט לנבחר ציבור שונה מהתייחסותו לעובד מדינה. השוני נובע מהעובדה שנבחר ציבור, כשמו כן הוא, נבחר על ידי הציבור. בהמטת קלון על הנבחר נפגעת זכות הציבור לבחור כרצונו. לא כן עובד מדינה. לכן ייתכן מקרה שבו השניים יעברו אותה עברה, בנסיבות דומות, ועל אחד

La Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen (Aug. 26 1789) 142
 Universal Declaration of Human Rights, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 143
 (1948).

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 144
 1950, 213 UNTS 222.

לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 26, ובלשון פרק 1, סעיפים 9(3), 10(1) לחוקת ארצות הברית:
 "No... ex post facto law shall be passed... No state shall... pass any... ex post facto
 laws..."

ש.ם. 146

ש.ם. 147

גביון, לעיל ה"ש 13, בעמ' 177.

בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 33 לפסק דינו של השופט לוי. 149

עניין ג'אפר, לעיל ה"ש 31, בעמ' 44. 150

ש.ם. 151

בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 34 לפסק דינו של השופט לוי. 152

עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 191. 153

מהם יומט קלון ועל האחר לאו.¹⁵⁴ יתר על כן, אף שכל עובדי המדינה כפופים לאותו החוק, הם נבדלים אלו מאלו בסוגיית הקלון: ככל שמשרתו של עובד המדינה בכירה יותר, כך הציפייה ממנו להקפיד על הכללים והחוקים רבה יותר.¹⁵⁵ גם כשמדובר באותו עובד מדינה, יש הבדל בין מקרה שבו העברה נעברה במילוי התפקיד ובין מקרה שבו העברה נעברה שלא בעת מילוי התפקיד. המקרה הראשון הוא החמור יותר.¹⁵⁶

אחת מטענות ההתגוננות של בית המשפט היא כי בשל ההבדלים בין משרה למשרה לא ייתכן שבית המשפט ינבא את העתיד לגבי כל התפקידים באשר הם.¹⁵⁷ יתר על כן, רוח הזמן היא בעלת חשיבות רבה כאשר נבחנת סוגיית הקלון, היות שתפיסות חברה משתנות והן מחוללות תמורות גם במדיניות המשפטית.¹⁵⁸ טענת התגוננות נוספת כאמור היא היות הקלון שאוב מעולם המוסר, ולכן אי אפשר להגדירו.¹⁵⁹

קיימות טענות נוספות שעל פיהן אפשר להיות סלחניים כלפי חוקים עמומים. אחת הטענות היא כי אפשר לסלוח על אי־הדיוק בנסיבות מסוימות, וכי אפשר לחוס על חוקים מסוימים חרף עמימותם הואיל וייתכן שבמרוצת הזמן יימצאו סטנדרטים משפטיים ישימים שיבטלו את אי־הבהירות שבניסוח.¹⁶⁰ כמו כן ייתכן שעם הזמן העמימות משיגה את התכלית החקיקתית, ואולי המטרה מקדשת את האמצעים.¹⁶¹ בנוסף, יש לזכור כי בתי המשפט יכולים לפרש את החוק לפי ההיסטוריה שבחקיקתו, לאמץ פרשנות מצרה ואת ההבנה המקובלת של הלשון ובכך לצמצם את הפגיעה.¹⁶² אין להתעלם גם ממבחן האיזון: לפיו העמימות שווה יותר מסך כל חלקיה. לפי מבחן זה, נערך איזון גם בין האינטרסים של המחוקקים ובין אלו שעליהם החוק חל.¹⁶³ גם אין להתעלם מיתרונות העמימות, שכן חקיקה לא מדויקת לעתים אפקטיבית יותר ועשויה להיות כלי עזר יעיל לצורך פיצוי על אי־הוודאות של המחוקק באשר לעתיד לקרות. למרות כל אלו נראה כי החסרונות הם בלתי נסבלים לעומת התועלת לאלו הכפופים לחוק.¹⁶⁴

בארצות הברית אף שבית המשפט היה יכול למצוא את המושג כלא חוקתי בשל אי־עמידתו ב"הגדרה מדויקת מספיק", בית המשפט העליון האמריקאי לא עשה זאת עד כה.¹⁶⁵ בפסק דין *Jordan v. De George* הייתה הבדיקה המרכזית אם קשירת הקשר לעבור עברה של מרמה במסים החלים על אלכוהול בארצות הברית, היא עברה שיש עמה קלון.¹⁶⁶ דעת

154 ש.ם.

155 ש.ם.

156 ש.ם.

157 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 32 לפסק דינו של השופט לוי.

158 ש.ם.

159 ש.ם, פס' 35 לפסק דינו של השופט לוי.

160 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1918.

161 ש.ם.

162 ש.ם.

163 ש.ם, בעמ' 1919.

164 ש.ם, בעמ' 1918–1919.

165 Moore, לעיל ה"ש 56, בעמ' 815.

166 *Jordan v. De George*, 341 U.S. 223 (1951).

הרוב קבעה ש: "decided cases make it plain that crimes in which fraud was an ingredient have always been regarded as involving moral turpitude". לפיכך הסיק בית המשפט כי הוא הבהיר היטב כי עברת מרמה היא עברה שיש עמה קלון. בפסק דין זה קבע בית המשפט שקשירת הקשר (לעבור עברה של מרמה) היא עברה שיש עמה קלון.¹⁶⁷ בנוסף, נדונה גם שאלת עמימות המושג, אך בעניין זה פסק הדין אינו חד-משמעי: ראשית, נשאת פתוחה האפשרות שהמושג נשאר עמום באופן לא סביר לגבי הקטגוריות הכלליות יותר של עברות לא מוסריות ושפלות. שנית, דעת הרוב אישרה את החוק העמום ללא התייחסות לאכיפה שרירותית ומפלה, שיקול שהפך למרכזי בדוקטרינת העמימות בארצות הברית מאז מקרה זה.¹⁶⁸ הביקורת העיקרית היא שהקביעה במקרה הזה צרה מאוד ומתייחסת רק לסוג העברה הספציפי.¹⁶⁹

2. האין ענישה, או עברה, אלא לפי חוק או על פיו?

החוק הפלילי עוסק בדיני נפשות, ועצם יישומו עלול לפגוע בזכויות יסוד. לפיכך אין ליישמו אלא באמצעות דבר חקיקה ראשי¹⁷⁰ או באמצעות חקיקת משנה שהוסמכה על ידי דבר חקיקה ראשי. כשהפגיעה נעשית על ידי חקיקת המשנה, תקופת המאסר אינה עולה על שישה חודשים והקנס בגין העברה מוגבל לגבוה מוגדר. כמו כן התקנה מותנית באישור של ועדה מוועדות הכנסת.¹⁷¹

נראה לכאורה כי קיימת הסמכה להשתמש במושג "קלון" היות שקיימת התייחסות למושג זה בחקיקים לא מעטים. ברם לדעתי בהיעדר ההגדרה יש טעם לפגם, שכן ההגדרה עצמה לא נקבעה על ידי הכנסת. במצב הדברים היום אין כל חקיקה המגדיר מהי "עבירה שיש עמה קלון", ולכן בכל עברה עשוי לדבוק קלון. יתרה מזאת, אין – ולו בדבר חקיקה אחד – תיאור מפורט של עברה נושאת קלון. מכאן שהמושג "קלון" אינו עומד בהגדרה הראשונה של עקרון החוקיות.

3. בהירות וודאות? או שמא לוט בערפל?

עקרון החוקיות הוא בעל היבט חוקתי לפי ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעקרון הבהירות והודאות שלושה מבחנים מצטברים: הראשון, מבחן צורני – לפיו, החוק התקבל לפי הדרישות בתקנון הכנסת; השני, מבחן מהותי – החוק כתוב נהיר וברור, באופן שכל בר עונשין מביין כי קיים איסור ומהו מהותו של איסור זה, באופן שמשגר אזהרה נאותה

167 שם, בעמ' 706.

168 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1921.

169 שם.

170 ס' 1 לחוק העונשין.

171 ס' 2 לחוק העונשין.

לציבור. כל אלה הם פועל יוצא של הכלל: "אין עונשין, אלא אם כן מזהירין";¹⁷² השלישי, פומביות ופרסום – אין לחוק תחולה אלא אם הוא פורסם והוא נגיש לציבור. יש להדגיש כי בית המשפט אינו יכול להרחיב את החוק על דרך הפרשנות, ועליו לפעול באופן מצמצם¹⁷³ ולטובת הנאשם. כחלק מעיקרון זה הפסיקה אינה יכולה לחדש עברות באמצעות אנלוגיה.¹⁷⁴

לדעתי, היותו של הקלון מושג עמום סותר מכול וכול את עקרון הבהירות והודאות. אמנם כל החוקים שבהם מופיע מושג זה עברו את המבחן, אך ההגדרה עצמה לא עברה תחת ידה של הכנסת, ולפיכך אין למעשה עמידה במבחן זה. במבחן המהותי – לא כל שכן, הואיל וכל עברה יכולה להיות נושאת קלון, ולמעשה אי אפשר לצפות בגין איזו פעולה ימיט בית המשפט קלון ובגין איזו לאו. עובדה זו מערערת את הודאות בקרב מבצע העברה. בנוסף, אין משוגרת אזהרה ראויה הואיל והגדרת הקלון אינה מפורסמת כלל. כל אלו בעייתיים במיוחד, שכן נוצר מצב שבו דווקא לאנשים הרמים ביותר בחברתנו איננו משגרים אזהרה נאותה. האם אפשר להתגבר על העמימות באמצעות פרטנות?

החוק האמריקאי, בדומה לחוק הישראלי, אינו מקבל עמימות בחקיקה, וגם בארצות הברית עלתה טענת ביטול הקלון נגד אזרחים מן השורה מטעמים של עמימות. מקור הטענה נעוץ בזכות להליך הוגן, המעוגנת בתיקונים הרביעי והחמישי לחוקה האמריקאית.¹⁷⁵ עקרון הבהירות והודאות הוכר בתיקון הארבעה-עשר לחוקה האמריקאית, והוא מטיל חובה לניהול הליך תקין. הפסיקה קבעה כי ניסוח עמום של חוק פוגע בתיקון זה.¹⁷⁶ החוקה דורשת שחוקים ינוסחו במדויק, כדי שאדם יוכל לקבוע על מי חל החוק, מהי ההתנהגות שנאסרת ומהו העונש שמוטל בגינה. עם זאת בית המשפט העליון פסק כי "impossible... standards of specificity are not required". המלומדת Wolper מסיקה כי לשון חוק עמומה אינה לא חוקתית כשלעצמה, הואיל וקיימים יתרונות מוסדיים ברורים לחוסר דיוק מסוים בחוק שעולה מן הפרקטיקה: "Vague statutory language is not per se unconstitutional because there are clear institutional advantages to having some imprecision in the law, and as a practical matter, some uncertainty is unavoidable."¹⁷⁷ לפי הלכה זו, טענת ה"בטל מטעם עמימות" שמורה למקרים חריגים. אולם קיים קושי רב בניסיון למתוח קו מפריד בין עמום מקובל לעמום לא נסבל. בסופו של דבר בית המשפט בוחן את היתרונות מול החסרונות באי-דיוק בחוק ומאזן בין האינטרסים של מנסחי החוק

172 ע"פ 53/54 א"ש, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח 785 (1954).

173 לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 32.

174 שם, בעמ' 28.

175 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1913.

176 Andrew E. Goldsmith, *The Void-For-Vagueness Doctrine in the Supreme Court*, Revisited, 30 AM. J. CRIM. L. 279 (2003).

177 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1914.

לא לו שעליהם החוק חל.¹⁷⁸ בכפוף לכך, כדי שחוק יימצא לא חוקתי כ"בטל מטעם עמימות", יש למלא אחד משני התנאים: הראשון, החוק נכשל במתן יידוע הולם להתנהגות שאותה הוא אוסר – התנאי דורש שהחוק ינוסח במדויק מראש כדי שפרטים יקבלו אזהרה הוגנת באשר למה שאסור. השני, יש בו פוטנציאל שייאכף באופן שרירותי ומפלה – באופן זה ביטול חוקים עמומים ממזער את הפוטנציאל לאכיפה בררנית וסלקטיבית.¹⁷⁹

בית המשפט העליון האמריקאי מכיר בשמונה טענות הגנה נגד "בטל מטעם עמימות": פרשנות משפטית מצמצמת את החוק, היסטוריה חקיקתית מבהירה את הכוונה, הגדרות ספציפיות מבהירות את המושג, ההבנה המקובלת של הלשון מבהירה את המושג, הנסיבות של ההתנהגות האסורה מבהירות את המושג, גורמי אכיפת החוק נתנו למושג משמעות מתאימה, החוק מצריך מומחיות מיוחדת והחוק ניתן ליישום בקלות.¹⁸⁰

קיימות דוקטרינות נוספות להתמודדות עם העמימות: האחת, סוג העונש – קיים קשר ברור בין חומרת העונש בחוק למוכנות בית המשפט לבטל את החוק מטעם של עמימות. לשם ביטול יש צורך ב"עונשים קשים הסוטים מהחוק";¹⁸¹ השנייה, צורך – דרישת הצורך מאזנת בין האינטרס החקיקתי לבין האפשרות להיות מדויקים יותר בניסוח החוק. העובדה ש: "no other language would achieve the goals of the legislation in question is a powerful argument in favor of [upholding] arguably vague statutory language" ברם בית המשפט האמריקאי פסק לאחרונה ש: "as weighty as [concern with criminal activity] is ... it cannot justify legislation that would otherwise fail to meet constitutional standards for definiteness and clarity..."¹⁸²

4. איסור רטרואקטיביות – האומנם?

לפי עקרון החוקיות, עברה חדשה יכולה לחול רק מרגע חיקוקה ואילך, ולכן למעשה אין חקיקה למפרע.¹⁸³ באותו האופן, חיקוק הקובע לעברה עונש חמור מזה שנקבע לה בעת ביצועה לא יחול (למעט במקרים של קנס כספי).¹⁸⁴ יתר על כן, כאשר מבוטלת עברה, מתבטלת האחריות הפלילית לעשייתה, ההליכים מופסקים, ואף ההרשעה תימחק.¹⁸⁵ יש להדגיש בהקשר הזה כי ייתכן מצב שבו העברה לא שונתה, אך הגדרתה שונתה. למקרה כזה שתי אפשרויות: הראשונה, אם טרם ניתן פסק דין חלוט, מוחל החיקוק המקל במקרה של

178 שם.

179 שם, בעמ' 1915.

180 Moore, לעיל ה"ש 56, בעמ' 841.

181 Robert H. Wright, *Today's Scandal Can Be Tomorrow's Vogue: Why Section 2(A) of the Lanham Law Act is Unconstitutionally Void for Vagueness*, 48 How. L.J. 659, 665 (2005).

182 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1917.

183 ס' 3 (א) לחוק העונשין.

184 ס' 3 (ב) לחוק העונשין.

185 ס' 4 לחוק העונשין.

שינוי; השנייה, אם ניתן פסק דין חלוט, ההקלה תתקבל, אך רק באשר לעונש.¹⁸⁶ בפסק דין נאשף¹⁸⁷ נקבע לראשונה איסור על רטרואקטיביות. היום איסור זה מעוגן בס' 3–6 לחוק העונשין והוא בגדר הוראות מהותיות. לפיו, תיקון מקל יחול רטרואקטיבית, ואילו תיקון מחמיר לא יחול. יש לכך חריג כשמדובר בדין דיוני,¹⁸⁸ שבו למעשה ההחלה אקטיבית.¹⁸⁹ לכאורה נראה שהקלון אינו חל רטרואקטיבית, הרי החוקים העוסקים בקלון נחקקו מבעוד מועד. עם זאת הפסיקה קבעה בחלוקה לעיל כי הפרה של כל חוק עלולה להפוך לעברה שדבק בה קלון, שכן גם הוראות שמטבען וברייתן אינן אמורות לשאת קלון עשויות להפוך לעברות קלון בנסיבות מסוימות. באופן זה נוצר מצב שמבצע העברה אינו יודע אם העברה שעבר נושאת קלון, עד שהדבר מוכרע על ידי בית המשפט (או גוף אחר שדן בכך) על סמך נסיבות האירוע. רוצה לומר, הידיעה אם העברה נושאת קלון מתקבלת רק לאחר ביצועה. ייתכן שזוהי אינה תחולה רטרואקטיבית, אולי מדובר בתחולה אקטיבית, אך אין כל ספק כי קיים פער בין הקלון לעקרון איסור החקיקה למפרע, ובפער זה יש לטפל.

כאמור, כחלק מהכלל שאוסר חקיקה למפרע קיים איסור גם על ענישה למפרע. נשאלת השאלה אם אין בקביעת קלון והסנקציות הכרוכות בו לאחר בחינת העברה ונסיבותיה מעין ענישה למפרע. לפי הפסיקה, מטרת העל של הקלון היא הגנה על הציבור ולא ענישה. בתי המשפט קבעו כי הענישה היא תוצאת לוואי בלבד למטרה זו.¹⁹⁰ סבורני כי גם אם המטרה אינה ענישה, זוהי בפועל התוצאה, וענישה זו סותרת את עקרון החוקיות ותנאיו. הסנקציה שעומדת כיום בפני איש ציבור שסרח היא שבע שנות השעיה מהשירות הציבורי. לא זו אף זו, בעת האחרונה הוצעה הצעת חוק על רקע הצהרתו של ח"כ דרעי כי הוא מעוניין לחזור לחיים הציבוריים. מוצע כי נושא משרה שדבק בו קלון יושעה לצמיתות מחיי הפוליטיים.¹⁹¹ יש לציין כי עוד בטרם הוצעה הצעת החוק התעוררו תגובות שונות כאשר דרעי ביקש להתמודד לרשות עיריית ירושלים. התנועה לאיכות השלטון פנתה ליועץ המשפטי לממשלה, לראש הממשלה וליו"ר ועדת הבחירות המרכזית בשאלה ממתי נחשבת תקופת הקלון. האם היא חלה מרגע השחרור בפועל או מרגע השחרור שעתיד היה להיות אם אותו איש ציבור היה יושב את מלוא ימי המחבוס שנגזרו עליו?¹⁹² מאלו אפשר להסיק כי דרעי ודאי לא היה מודע לסנקציות ההלו בעת שביצע את העברות, וייתכן שאלו יחולו עליו רטרואקטיבית.¹⁹³

186 ס' 5 לחוק העונשין.

187 ע"פ 290/63 נאשף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יח(2) 570 (1964).

188 ד"נ 25/80 קטאשווילי נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765 (1981).

189 עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(2) 457 (1992).

190 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327.

191 הצעת חוק-יסוד: הממשלה (תיקון – נבחר ציבור שהורשע בעבירה שיש עמה קלון), התש"ע–2010 (להלן: הצעת חוק).

192 www.haaretz.co.il/hasite/spages/1100267.html

193 שם; הצעת חוק, לעיל ה"ש 191.

5. חילול התכליות

לעקרון החוקיות שלוש מטרות עיקריות: הראשונה, הגנה על הפרט – אפשר שזכויות הפרט תיפגענה במצב שבו הפרט נושא באחריות בפלילית בשל עברה שלא הייתה קיימת בעת ביצועה. באותה מידה, אם כי באופן חמור פחות, אפשר שהפרט ייפגע אם העונש בגין העברה שביצע הוחמר לאחר ביצוע העברה.¹⁹⁴ עצם הפרסום מונע שרירות שלטונית.¹⁹⁵ למעשה מהות העיקרון בהגנה על הפרט היא שמירה על חירותו, וכך כל מה שאינו אסור במפורש – מותר.¹⁹⁶

בנסיבות כיום הפרט תמיד יוכל לטעון כי אילו היה מודע לעברה או להחמרה בעונש, לא היה מבצע את העברה.¹⁹⁷ מלבד זאת בלא איסור מפורש, למשל כזה המגדיר מהי "עברה שיש עמה קלון", מופר חופש הפרט, וכן נמנעת ממנו האפשרות להישאר נאמן לחוק.¹⁹⁸ המטרה השנייה היא הגנה על החברה – ראשית פגיעה בפרט ובזכויותיו היסודיות היא פגיעה בחברה כולה.¹⁹⁹ מלבד זאת הפרטים בחברה אינם חשים בביטחון הראוי, מאחר שכולם חשופים וכולם עלולים לשאת באחריות פלילית על עברה שלא הייתה קיימת ולא הייתה להם כל מודעות לגביה עובר לביצועה.²⁰⁰ קביעת אמות מידה ברורות נוסכת ביטחון משפטי בקרב הפרטים בחברה.²⁰¹ זאת ועוד, אחד התפקידים המכריעים של דיני העונשין הוא הכוונת התנהגות. תפקיד זה ניתן להגשמה רק אם האיסור ידוע, ברור ומפורסם לכולי עלמא. החלת עברות למפרע יוצרת עבריינות במקום מניעה. מן התכלית הזו נובע הכלל השגור כי "אין עונשין, אלא אם כן מזהירין". בנוסף, עונש אשר נקבע או מוחמר לאחר ביצוע העברה מחמיץ את ייעודו המוסרי, ההרתעתי ומביא לידי אי-צדק.²⁰²

הקלון אינו שולח אזהרה כאמור ומערער את תחושת היציבות של הפרטים בחברה. הבעיה מתעוררת ביתר שאת כאשר איננו משגרים אזהרה דווקא לבעלי הדעה. בנוסף, סבורני כי יש בקלון סוג של החמרה עונשית כאמור, וכך הקלון מחמיץ את ייעודו המוסרי כאמור לעיל, הואיל ואין מושגת הרתעה אפקטיבית.

במשפט האמריקאי בעיה זו מתעוררת ביתר שאת, משום שמלבד חוסר אחדות שיפוטית בין המחוזות במקרים שבהם יש להטיל קלון, קיים מצב של חוסר אחדות גם בין מדינות, וכך פרט יכול להיות מורשע במדינה מסוימת בעברה שאינה קיימת כלל במדינה אחרת,²⁰³

194 הצעת חוק העונשין (חלק מקדמי וכללי), התשנ"ב–1992, בעמ' 115–116 (להלן: הצעת חוק העונשין).

195 לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 23.

196 שם, בעמ' 24.

197 ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך א 6 (1984) (להלן: פלר כרך א).

198 לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 29.

199 פלר כרך א, לעיל ה"ש 197, בעמ' 6.

200 שם.

201 לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 24.

202 פלר כרך א, לעיל ה"ש 197, בעמ' 6.

203 Wolper, לעיל ה"ש 62, בעמ' 1926.

ואף קיימים חילוקי דעות רחבים בין בתי המשפט הפדרליים לערעורים בשאלה אם עברה פלונית היא כזו שיש עמה קלון. בשנת 2007 למשל המחוז החמישי קבע ששימוש לא חוקי במספר הביטוח הלאומי הוא עברה שיש עמה קלון, בניגוד ישיר לפסיקת המחוז התשיעי.²⁰⁴ המחוז החמישי הפנה להחלטת המחוז התשיעי וסירב לפסוק לפיה בהסבירו שאין מדובר בהלכה אלא בהרחבה יתרה של החריג, והיא אינה עולה בקנה אחד עם המדיניות השיפוטית הקודמת של המחוז החמישי.²⁰⁵

בהקשר זה יש להדגיש כי קיימים מקרים שבהם כל המחוזות תמימי דעים באשר לשאלת הקלון: עברות מרמה, גנבה או כוונה לפגוע באדם או בחפץ הן עברות שיש עמן קלון. חלק מבתי המשפט משלבים יחדיו את שני האלמנטים – כוונה לפגוע באנשים או ברכוש – בקטגוריה גנרית אחת (מעשים חמורים של חוסר מוסריות או הידרדרות).²⁰⁶ בדומה לכך, מחלקת יחסי החוץ של ארצות הברית מסווגת עברות שיש עמן קלון לשלוש קטגוריות: עברות נגד רכוש, עברות נגד הממשל ועברות נגד אדם, כגון יחסים משפחתיים ומוסר מיני. עברות שמערבות מרמה נגד פרטים או נגד הממשל נתפסו כעברות שיש עמן קלון. גם ניסיון, סיוע, ביצוע בצוותא וקשירת קשר לביצוע פשע הן עברות שיש עמן קלון אם העברות המיועדות לביצוע הן כאלה. עברות שבוצעו נגד אדם – בעניין יחסים משפחתיים או מוסר מיני – לרוב אינן עברות שיש עמן קלון כשמדובר בעברות מין קלות, או כשיסודות העברה אינם דורשים "כוונה רעה".²⁰⁷

כנוכח, בעניין אישי ציבור מדינתיים ההליכים משתנים לפי החוק באותה המדינה, והדבר כמובן יוצר חוסר אחדות.

המטרה השלישית של עקרון החוקיות היא הפרדה בין הרשות השופטת לרשות המחוקקת – אין תפקידה של הרשות השופטת לחוקק אלא ליישם את החוק.²⁰⁸ נראה כי העובדה שבית המשפט הוא שאמון על הגדרת הקלון בעייתית ואינה מיישמת את המטרה השלישית של עקרון החוקיות כאמור לעיל. אפשר ללמוד זאת מדברי ההסבר של תיקון 39 המתייחס לס' 1 לחוק העונשין, אשר קובע כי אין ענישה או עברה אלא לפי חוק או על פיו, שהלכה למעשה מצמצם את שיקול הדעת של בית המשפט ואינו מאפשר לו ליצור עברות יש מאין.²⁰⁹ אשר לחידוש עברות על דרך ההיקש נקבע כאמור כי אין מחוקק לבד מהמחוקק והשופט שיכול ליצור עברה חדשה על דרך ההיקש או מקל וחומר.²¹⁰ גם בארצות הברית קבע בית המשפט העליון תוצאה זוהי, ולכן אין לבתי המשפט סמכות לקבוע חיוב חדש על דרך "קל וחומר".²¹¹ כך גם באנגליה, אשר קבעה כי יש להעדיף את

204 Moore, לעיל ה"ש 56, בעמ' 823–824.

205 שם, בעמ' 824.

206 שם, בעמ' 824–825.

207 שם.

208 פלר כרך א, לעיל ה"ש 197, בעמ' 7.

209 הצעת חוק העונשין, לעיל ה"ש 194, בעמ' 115.

210 שם, בעמ' 12.

211 לוי, לעיל ה"ש 138, בעמ' 33.

הפירוש המצמצם.²¹² יש להדגיש כי בארץ, בארצות הברית ובאנגליה מעדיפים את פירוש לשון החוק גם אם הוא אינו עולה בקנה אחד עם כוונת המחוקק.²¹³ בהקשר זה ברצוני להתייחס לסוגיה נוספת: בעבר קבע ס' 42 לחוק יסוד: הכנסת²¹⁴ כי הסמכות לביטול כהונתו של חבר כנסת נתונה לרשות המחוקקת.²¹⁵ יתרה מזו, הפרוצדורה הייתה שונה, ולפיה הוגשה קובלנה על ידי עשרה חברי כנסת לפחות לוועדת הכנסת, והקלון היה נקבע אם הוחלט ברוב של כשני שלישים מחברי הכנסת כי יש לעשות כן,²¹⁶ וכן נדרש עונש מאסר של שנה אחת לפחות. במצב הדברים היום הפרוצדורה בוטלה, וכל שנדרש לשם קביעת הקלון הוא פסק דין סופי.²¹⁷ לדעת השופט צור (בדעת מיעוט בפרשת הנגבי), היה ראוי שהקלון ייושם רק לאחר פסק דין חלוט.²¹⁸ יש לציין כי עם שינוי החוק בוטל גם עיכוב הביצוע שהיה קיים, וכיום הקלון מופעל מיד.²¹⁹ בעניין זה טען השופט צור כי הדבר פוגע בזכותו המעין-חוקתית של איש הציבור לערעור.²²⁰

אני כשלעצמי סבור כי את הדיון בשאלה אם העברה נושאת קלון יש להותיר בידי בית המשפט. לדידי, מצב שבו הרשות המחוקקת צריכה להכריז כי באחד מחבריה דבק קלון בעייתי מאחר שאפשר שאלה יהיו מונעים משיקולים פוליטיים או חברתיים. לשיטתי, ראוי שתהיה הפרדה בין הרשויות, וכך הרשות השופטת תימנע מלהפוך רשות מחוקקת, וקביעת הגדרת הקלון תיעשה רק על ידי המחוקק. אך על השאלה אם בהתנהגותו של פלוני דבק קלון יענה בית המשפט. אם כן, על אף ההפרדה ראוי שהרשויות השונות יפעלו במתכונת הידועה של "איזונים ובלמים", שלפיה הרשויות מופרדות אך מבקרות האחת את חברתה. זאת ועוד, אני מסכים עם טענת המלומדים Raoul ו־Berger, כי לבית הנבחרים אין המיומנות המשפטית, הניסיון והזמן לעסוק בסוגיות המשפטיות הללו.²²¹

כאמור, עוד בטרם אומץ הליך ה־Impeachment לחוקה האמריקאית כבר התעוררה סערה, בין היתר בנוגע לשאלה מהו הפורום הנאות להליך.²²² Charles ו־James Madison Cotesworth Pinckney טענו כי ניהול ההליך בפני פורום זה יהפוך את הנשיא לתלוי מדי ברשות המחוקקת, ולכן הציעו כחלופה את בית המשפט העליון או את נשיא בית המשפט העליון של המדינות.²²³ Hamilton ואחרים סברו שגופים אלה קטנים מדי, ולכן יהיו

212 שם, בעמ' 37.

213 שם, בעמ' 39.

214 ס' 42 לחוק יסוד: הכנסת, התשי"ח-1958.

215 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 16 לפסק דינו של השופט יואל צור.

216 הנוסח הישן של ס' 42 ו־42א' לחוק יסוד הכנסת בטרם התיקונים שהתקבלו בשנים 1981 ו־1995.

217 חוק יסוד הכנסת (תיקון מס' 38), התשל"ז-2007.

218 שם, בעמ' 12.

219 שם, בעמ' 8.

220 שם.

221 RAOUL BERGER, IMPEACHMENT: THE CONSTITUTIONAL PROBLEMS 54-55 (1973).

222 אתר הסנאט, לעיל ה"ש 78.

223 שם.

חשופים לשחיתות. לבסוף, מנסחי החוקה בחרו בקונגרס להיות פורום הולם לניהול ההליך.²²⁴

בפרשת ניקסון בשאלת הקלטות המפלילות נטען כי ההליך יוצר מתח חוקתי בין הרשות השופטת למבצעת.²²⁵ בסופו של דבר בית המשפט העליון פסק כי על הנשיא למסור את הקלטות כאמור, והוא התפטר כחודשיים לאחר מכן.²²⁶

בהליך ה-Impeachment של השופט Charles Swayne עולה לראשונה ההצעה כי בהליך זה תמונה ועדה שתהיה אחראית לשמיעת הראיות. לאחר מכן בעקבות הפרשה הארוכה והמפרכת של השופט Harold Louderback, שבה הוצגו במשך שנתיים ראיות בפני מליאה ריקה, קיבל הסנאט את הכלל האחד-עשר שלפיו הסנאט יכול למנות ועדה לשמיעת הראיות.²²⁷

השופט Walter Nixon Jr. ניסה לתקוף בבית המשפט העליון את הרעיון של הוועדה המיוחדת וטען כי הקונגרס כולו צריך לדון בהליך, ברם טענתו נדחתה, ובית המשפט אשרר את ההליך.²²⁸

בפרשת קלינטון הודגשה הבעייתיות מעצם ניהול ההליך בפני הקונגרס. אחת הטענות שעלתה נגד הליך זה הייתה כי כל ניהול ההליך התבסס על רצון הרפובליקנים לתפוס את השלטון.²²⁹

בראשיתו של הליך ה-Impeachment של קלינטון קיימה ועדת החוקה של הבית התחתון שימוע על הרקע ההיסטורי של ה-Impeachment.²³⁰ הסברה הייתה שסטנדרט ה-Impeachment צריך להיות מוגדר הגדרה צרה כדי שמעשים פליליים שאינם קשורים ישירות לפונקצייה הביצועית יוצאו ממנה.²³¹ זאת כדי להימנע מדומיננטיות של הרשות המחוקקת ביחס לרשות המבצעת.²³²

Turley סבור כי כל רשות חייבת לשמור על עצמאותה. על כן יש להגדיר את ה-Impeachment הגדרה צרה. הוא מגדיר גישה זו כך: executive function theory. אולם ייתכן שסטנדרט רחב דווקא יגרום ל"אפקט מצנן" של נשיאים עתידיים. זאת ועוד, מאחר שהקונגרס אינו כפוף לביקורת שיפוטית, נראה שאי אפשר יהיה להגבילו בעזרת הגדרה. בנוסף, אם מנסחי החוקה התכוונו כי כלי ה-Impeachment יהיה כלי אקטיבי בשיטת

ש.ם. 224

ש.ם. 225

ש.ם. 226

ש.ם. 227

ש.ם. 228

Karen A. Popp, *The Constitution under Clinton: a Critical Assessment: the Impeachment of President Clinton: an Ugly Mix of Three Powerful Dorecs*, 63 LAW & CONTEMP. PROB. 223, 226–227, 233–238 (2000).

Turley, לעיל ה"ש 121, בעמ' 737.

ש.ם. 231

ש.ם. 232

האיזונים והבלמים, פירוש צר יגרום דווקא להגברת כוחו של הנשיא.²³³ בישראל, מאחר שהפורום שמנהל את ההליך הוא בית המשפט העליון, נראה כי קטן החשש כי מניעים פוליטיים יניעו את ההחלטה בדבר הקלון, ולכן סבורני כי הפורום הנאות להליך הוא אכן בית המשפט העליון. עם זאת אני מסכים כי יש לצמצם את הגדרת הקלון, בדומה לצמצום הגדרת ה־impeachment.

בהקשר זה אוסיף כי יש שגורסים כי אפשר ליישם את הליך ה־Impeachment גם כשהאדם אינו מחזיק עוד במשרה, לשם הרתעה. בישראל בין שאדם ממשיך להחזיק במשרה ובין שלאו דבק בו קלון לתקופה של שבע שנים, לבל יחזור לכיסאו לאחר מעשיו הנלווים.

במאמר מוסגר נאמר כי כחלק מצלע המחלוקת הנוכרת לעיל, העוסקת בשאלה מהי ההגדרה הנאותה לצמד המילים high crimes and misdemeanor, קיימות כמה גישות לשאלה אימתי אפשר להדיח נושא משרה שידו הייתה במעל. הראשונה גורסת כי אפשר להדיח רק כאשר איש הציבור עבר את העברה בעת מילוי תפקידו. גישה שנייה סוברת שאפשר להדיח בכל עת אם העברה בוצעה בעת מילוי התפקיד. לפי גישה שלישית, אפשר להדיח על עברה, ולא משנה מתי בוצעה, אם האדם החזיק בתפקיד ציבורי בזמן כלשהו בחייו. לפי Brian Kalt, אף שמדובר באפשרות חוקית, הסיכויים שינהלו הליך ה־Impeachment לאחר שאדם מתפטר מתפקידו קלושים.²³⁴ בישראל נתונים המעידים שנושא המשרה ביצע את העברה בעת מילוי תפקידו או שעברתו בוצעה מכוח תפקידו, הם נתונים לחומרה ואינם קשורים לשאלה אם ככלל יש לנהל את ההליך, והוא ינוהל בכל מקרה.²³⁵

ברקע פרשת קלינטון נכתבו שני מכתבים מרשימים: האחד נחתם על ידי היסטוריונים, והשני נחתם על ידי פרופסורים למשפטים.²³⁶ שני המכתבים ההלו שטחו את הביקורת שעלתה בפרשת קלינטון בכל הנוגע להפרדת רשויות. נראה כי המכתבים הגיעו למסקנות זהות, כי יש להגביל את העברות בנות ההדחה לעברות הקשורות לתפקיד או לשימוש בסמכות שלטונית.²³⁷ עם זאת היו בין השניים הבדלים ניכרים: ההיסטוריונים טענו שההליך חל רק בנוגע להתנהגות פסולה או מעשה פלילי שהם שלוחה של הסמכות ושל הכוח הביצועיים. לכן אפשר לומר כי ההיסטוריונים אימצו למעשה את התאוריה של executive function טהורה.²³⁸ הפרופסורים למשפטים טענו כי יכול שההליך יכלול גם התנהגות שהיא לכאורה פרטית, אם מדובר בהתנהגות "נתעבת".²³⁹

גישת ההיסטוריונים בעייתית מכמה טעמים: ראשית, לא ברור מהן ההשלכות ארוכות הטווח של גישתם, שכן יישומה יוביל לכך שלנשיא מותר לשקר בשבועה בעניינים

233 שם, בעמ' 745–746.

234 Kalt, לעיל ה"ש 84, בעמ' 16, 64, 126.

235 עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 190.

236 Turley, לעיל ה"ש 121, בעמ' 746–747.

237 שם.

238 שם.

239 שם.

מסוימים, כהתנהגות פרטית, תוך התעלמות מכך שמעשים פליליים לרוב נעשים מסיבות אישיות.²⁴⁰ כמו כן לפי תאוריה זו, גם רצח או התעללות מינית שלא בוצעו בתפקיד, שהם ודאי עברות נושאות קלון, לא יהיו סיבה מספקת לניהול ההליך, והדבר יפגע בתפקוד המערכת, שכן תיווצר הבחנה מלאכותית.²⁴¹

נדמה אפוא כי למרות הביקורת הליך ה־Impeachment חיוני ליצירת הרתעה מפני התנהגות נשיאותית קלוקלת, משום שזהו האמצעי החוקתי היחיד שיכול להעביר נשיא מתפקידו לפני סוף כהונתו, ולכן הוא בלם יחיד להתנהגותו של הנשיא, ובית הנבחרים בתפקיד קריטי להתעתו.²⁴² זאת אף שלפי ההגדרה הכוללנית האמורה לעיל אפשר להסיק כי גם מושג זה עודנו עמום ולא הוגדר בחקיקה האמריקאית, בדיוק כמו הקלון בישראל. לא למותר לציין כי כחלק משאלת הפורום נשאלת השאלה אם אפשר להפעיל ביקורת שיפוטית על הליך ה־Impeachment שנוהל בקונגרס. כאמור, באנגליה ביקורת שיפוטית מעין זו היא בלתי אפשרית.²⁴³ בארצות הברית, כנזכר, בפרשת השופט Walter Nixon Jr. מרבית השופטים (כשישה במספר) סברו כי אל לו לבית המשפט להתערב בהדחה.²⁴⁴ עם זאת בפסק הדין היו רמיזות של שני שופטים בנושא. האחד טען כי ייתכנו מקרים, למשל במקרים הקשורים לפרוצדורה (כאשר יש חריגה מהגבלות החוקה), שבהם יהיה בידו של בית המשפט לבקר את הליך ההדחה. האחר סבר שיש לבחון כל מקרה לגופו.²⁴⁵ Berger Raoul טוען שיש לבקר ביקורת שיפוטית, שכן לא ייתכן כי לא יופעלו איזונים ובלמים על סמכותו של הקונגרס. יצוין כי אשר לסמכות העליונה ביותר של הקונגרס (סמכות החקיקה) חלה ביקורת שיפוטית, ולכן אולי אפשר להסיק ביקורת מכוח "הקל וחומר". בנוסף, לדידו, לא זו הייתה כוונתם של מנסחי החוקה בעת חיקוקה.²⁴⁶ מאז מקרה השופט ניקסון לא הוגשה עתירה שבוחנת את סמכותה של הרשות השופטת לבקר את ההליך.

ד. פגיעת הקלון בעקרונות יסוד נוספים

1. פגיעה בזכויות יסוד בצל פרשת הנגבי

לצד החוקים העוסקים בקלון עומדים חוקי יסוד נוספים שהקלון פוגע בהם פגיעה ניכרת. בין היתר הקלון פוגע בזכות לכבוד, בחופש העיסוק ובזכות לשם טוב.²⁴⁷ לפי

240 שם, בעמ' 747.

241 שם, בעמ' 748.

242 שם, בעמ' 778.

243 צדוק, וורגן ובן דוד, לעיל ה"ש 131, בעמ' 5.

244 MICHAEL GERDHART, THE IMPEACHMENT PROCESS 118–120 (1996).

245 שם.

246 BERGER, לעיל ה"ש 221, בעמ' 53, 103–120.

247 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 12 לפסק דינו של השופט יואל צור.

השופט צור, לעולם לא יהיה איזון ראוי בין הפגיעה בחברי הכנסת לבין חוקי היסוד. לדבריו, ייתכן כי תהיה תכלית ראויה והלימה לערכיה של מדינה ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, אך הפגיעה לעולם לא תהיה מידתית.²⁴⁸ עם זאת מאחר שהקלון הוא מונח כה מושרש בדברי החקיקה השונים, מוטלת חובה להשתמש בו, אולם יש לעשות כן במקרים קיצוניים בלבד.²⁴⁹ השופט צור סבור כי עצם ניהול ההליך על פני פרק זמן ממושך, באופן ציבורי, כמו במקרה של ח"כ הנגבי, הוא פגיעה בפני עצמה בחבר הכנסת:²⁵⁰

"יש לזכור שבצד הרשעתו של חבר כנסת בדין, חבר כנסת סובל מפגיעות נלוות רבות הרבה יותר מאדם שאינו חבר כנסת: שכן נכתב עליו בכל רשתות התקשורת והקלון לגביו הוא עצם הפרסומים הרבים בעניינו וזאת שלא בדומה לאדם מהיישוב שאינו נושא תפקיד כזה, שלא נכתב עליו ולא מתפרסם עניינו ברבים כפי שנעשה הדבר לגבי חבר כנסת. עצם הפרסום פוגע בחבר הכנסת עצמו ובמשפחתו. לגבי חבר כנסת העומד לדין, עצם העמדתו לדין וישיבתו על ספסל הנאשמים יש בה משום הטלת קלון, מבלי שיוטל 'הקלון הפורמאלי'. בה במידה, עצם הרשעתו בדין מהווה עונש בפני עצמו. אלה, כשלעצמם, הם עונשים שאינם כתובים עלי ספר, אך מי שמשמש כחבר כנסת נושא בהם ויש בהם כדי להעצים את עונשו ואת סבלו. יש לזכור כי אותם 'עונשים' שאינם כתובים עלי ספר אינם מהווים עונש לכל עבריין ועבריין. אדם שיש מאחוריו עבר פלילי מכביד, עצם ישיבתו על ספסל הנאשמים או הרשעתו בדין תהווה עבורו עונש קטן הרבה יותר מאשר אדם שזו הפעם הראשונה שהוא עומד לדין או שעברו הפלילי אינו 'מכביד' על מנת לאזן את הפגיעות הללו, יש להפעיל את הקלון באופן מידתי".²⁵¹

מנגד, יש הסוברים כי עצם הצרת צעדיו של מבצע העברה מהווה איזון ראוי בין הזכויות השונות ובין הצורך להרחיק אותו אדם מהתפקיד שבו עבד.²⁵² בנוסף, דווקא בהליך הקלון, להבדיל מההליך הפלילי, לא ראוי שבית המשפט ינהג לפי מידת הרחמים, שכן עבור מידה זו ישלם הציבור שחטאו היחיד הוא בחירת הפרנס.²⁵³ להלן דבריו של השופט חשין בבג"ץ כהן:

"כללם של דברים: שעה שנמלך הוא בדעתו אם יפתח בהליך של קלון נגד ראש רשות שהורשע בעבירה פלילית, אמור היועץ המשפטי לשקול –

248 שם, בעמ' 9.

249 שם, בעמ' 19.

250 שם.

251 שם, בעמ' 19–20.

252 עניין בניפול, לעיל ה"ש 45, בעמ' 864.

253 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 327.

בראש ובראשונה, ובעיקר את שיקולי הקהילה ואת טובת הציבור, לאמור: האם נכון וראוי הוא שאותו ראש רשות ימשיך וינהיג את הקהילה כבעבר? ולא הרי הליכי קלון כהרי ההליך הפלילי. בגדרי ההליך הפלילי נוכל לנהוג ברחמים ולפנים משורת הדין. לא כן בהליך הקלון. בהליך זה ראוי לנו כי נישמר מן הרחמים. את מחיר הרחמים תשלם הקהילה שאותו ראש רשות מנהיג, והקהילה לא חטאה שנשית עליה עונש".

מקריאת פסק הדין של השופט צור בפרשת הנגבי עולה כי אותו שופט כה סולד ממונח הקלון של ימינו, עד כדי כך שהוא סבור כי יש למחוק כליל מספר החוקים מאחר שהוא אינו מתאים עוד לרוח הזמן. לדבריו, כל עוד הקלון עודנו חלק מספר החוקים, יש לכלל הפחות לנהוג ביישומו בצמצום כאמור.²⁵⁴

להלן דבריו:

"ראוי שהכנסת תבדוק בכל ההקדם את התיקונים שנעשו בסעיף 42א' לחוק יסוד: הכנסת החל משנת 1995 ואילך ותשקול, בכל הקשור לסעיף 42א' הנ"ל את החזרת המצב שקדם לשנת 1995 על כנו, היינו תשקול את החזרת הזכות לכנסת לקבוע את הפסקת כהונתו של חבר כנסת שהורשע ולא תותיר זאת לבית המשפט (היינו תחזיר את המצב המשפטי שהיה בין השנים 1981–1995), וזאת בשל מעמדו המיוחד של חבר כנסת. בנוסף תשקול את ביטול הקשר שבין הקלון לבין שלילת הזכות להמשיך בעיסוק מסויים או להתחיל בעיסוק מסויים (לא רק לגבי חברי כנסת, אלא בכל אותם חוקים שבהם מופיע המוסד של קלון) וזאת ע"י ביטול הסנקציה של 'קלון' אשר מנוגדת ל'כבוד האדם' ותותיר בדברי החקיקה השונים את מה שעומד מאחורי הקלון והוא הענקת סמכות לבית המשפט (או לגורם המוסמך שנקבע בדברי החקיקה השונים) לקבוע לצד הרשעתו של נושא התפקיד הרלוונטי, האם ראוי שימשיך בתפקידו (ככל שהורשע בעת היותו נושא באחד מהתפקידים שהוזכרו בחוקים למיניהם או האם ראוי שלא יורשה לעסוק בתפקידים מסויימים בשל נסיבות ההרשעה בטרם שהחל לשאת באחד מהתפקידים הנ"ל); כל זאת, ללא שתוטבע בו קביעה שיש בעבירה משום קלון. מפני שה'קלון' הוא מושג שלא ראוי שיהיה בספר החוקים של מדינת ישראל במאה ה-21 בשנת 2010".

אני כשלעצמי סבור כי דווקא בימינו יש מקום למונח זה, אך יש ליישמו באופן שיעלה בקנה אחד עם עקרון החוקיות כפי שאציע בהמשך. יש להדגיש כי אף שפרשת הנגבי הכתה גלים בעולם המשפט, נראה כי קביעת הקלון בעניינו איננה שוללת ממנו את האפשרות להיבחר לכנסת הבאה, משום שלא הורשע למאסר

254 עניין הנגבי, לעיל ה"ש 21, בפס' 20 לפסק דינו של השופט יואל צור.

בפועל לתקופה של מעל לשלושה חודשים. וכך למעשה הנגבי לא נענש במלוא החומרה ואף זכה במחילת הציבור.²⁵⁵ יתר על כן, אין נשללת מהנגבי גם האפשרות לכהן כשר מאחר שאין בהרשעתו עונש מאסר בפועל. אולם אפשר שמינויו יישלל אם תוגש עתירה בעניין כשרותו המשפטית.²⁵⁶ בכל הנוגע לזכויות יסוד, נראה כי הקלון פוגע בין היתר גם בזכות הציבור לבחור כרצונו. ייתכן כי חרף התנהגותו הקלוקלת של איש הציבור החליט הציבור במודע לבחור בו. לפיכך יש לנהוג בקביעה זו במשנה זהירות. במסגרת זהירות זו על בית המשפט להתחשב גם במציאות החיים שדחפה את איש הציבור לנהוג באופן שבו נהג.²⁵⁷ יש להדגיש כי על אף האמור לעיל קיים אינטרס נוסף והוא שמירה על רמת מוסריות בקרב נבחרי הציבור ושמירה על המוניטין של הרשויות השונות.²⁵⁸ אין להתעלם מכך שמעבר לטובת קהילת הבוחרים עומדת גם הטובה הכללית והיא שיגור מסר חד-משמעי וברור לכל נבחרי הציבור באשר הם – לנהוג במוסריות, במקצועיות ובאתיקה ציבורית.²⁵⁹ כפי שעולה מדבריו של חשין בפסק דין כהן:

“כל כך לעניינם של קהל וקהילה פלונים, אותם קהל וקהילה שראש הרשות הנהיגם ומבקש להמשיך ולהנהיגם. לא למותר להוסיף – הדברים ברורים מאליהם – כי בצד טובתה של הקהילה הספציפית שבה מדובר, יוסיף היועץ המשפטי וישקול בדעתו את אינטרס הכלל, להודיע בקול לכל באי עולם מה הם כללי התנהגות ראויים שיאמצו להם האומרים להנהיג קהל ועדה, מה הם סטנדרטים של אתיקה ציבורית שכוחם יפה כלפי כולי עלמא. אכן, חייב הוא היועץ המשפטי לעשות כדי שהנגע לא יפשה. שיקול הכלל משקלו עמו, ומשקל כבוד הוא.”

נשאלת השאלה אם באותם מקרים שבהם מוטל הקלון אין מדובר בענישה כפולה היות שאותו נבחר ציבור כבר שילם את חובו לחברה כאשר מוצו ההליכים הפליליים כלפיו. מן הפסיקה עולה כי אין בקלון ענישה כפולה הואיל והמטרה של הליך זה אינה להעניש את אותו איש ציבור אלא לשמור על טובת הציבור שאותו שירת.²⁶⁰

2. קנת מן וגישתו לקלון

קנת מן סבור כי הקלון טומן בחובו בעייתיות, משלושה טעמים מרכזיים: הטעם הראשון, כאשר הפסיקה קובעת כי אין בעברה מסוימת קלון, היא מפיצה מסר שיפוטי סותר

255 זאב סגל “הטלת קלון על צחי הנגבי = השעיה מיידית” הארץ 8.11.2010 www.haaretz.co.il/8.11.2010.hasite/spages/1197587.html

256 שם.

257 עניין אור, לעיל ה"ש 33, בעמ' 190.

258 שם, בעמ' 191.

259 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 328.

260 שם, בעמ' 329.

ולמעשה הופכת את ערכה של ההרשעה הפלילית לחסרת ערך כקליפת השום. לפי קנת מן, בעברות שבהן אין קלון, אין צורך לערוך הליך פלילי כלל וכלל.²⁶¹ על דברים אלו השיב בית המשפט בטענה שזו לא הייתה כוונת המחוקק כאשר הוא חשב על "קלון משפטי". הקלון המשפטי דן במצבים שבהם הפגיעה חמורה מהרגיל בעקרונות המוסר.²⁶² אפשר ללמוד על כך גם מגישתה של השופטת פרוקצ'יה, המדברת על אלמנט שלילי נוסף על הפרת החוק.²⁶³ להלן דבריה:

"קלון" הנלווה לעבירה מוסיף לה יסוד של שלילה החורג מממד הפרת החוק גרדא. זהו מונח הנושא עמו מטען מוסרי-ערכי שלילי, בבחינת דופי מוסרי, הניזון מתפיסות ערכיות ומאמות מידה מוסריות הרווחות בחברה. זהו מושג רב-פנים הלוכש צורה ופושט צורה בהתייחס לאופי העבירה הנעברת ונסיבותיה ולהקשר הדברים המיוחד שבו הוא עומד למבחן. מכאן, שלא הרי 'קלון' הדבק בעבירה בהקשר של פסילת אדם לכהונה ציבורית או המשפיע על מידת כשירותו של אדם לעסוק במקצוע שעניינו מתן שירות לציבור, כהרי 'קלון' בהקשר של מועמדות אדם לבחירות".

הטעם השני – הבעייתיות בהגדרה. לעומת פלר, שטוען כי הסיבה לבעייתיות ההגדרה נעוצה בעובדה שהקלון נקבע לפי הנסיבות המשתנות של כל מקרה ומקרה. קנת מן סבור כי באופן זה ניתן בידי השופטים שיקול דעת רחב מדי, ולכן אי אפשר לצפות את החלטתו של בית המשפט. הדבר מוביל לפגיעה בעקרונות יסוד לא מעטים כמו למשל עקרון הוודאות, אחריות הדין ושוויון.²⁶⁴

הטעם השלישי – קנת מן סבור כי שאלת הקלון איננה שאלה לבית המשפט הפלילי, מכמה סיבות: ראשית אין זה מתפקידו של בית המשפט שדן בעניינים פליליים לדון בהיותו של אדם נושא קלון לאחר שהוכחה אשמתו בפניו מעבר לספק סביר. כביכול, שאלת הקלון נוגעת לזמן עבר, אולם למעשה היא נוגעת לכשרותו של אדם בעתיד. אל נכון, כל העברות הפליליות כוללות בתוכן קלון, אולם רק הציבור יחליט אם עברה כזו או אחרת נושאת קלון. לאמור, לגישתו של קנת, למעשה התפקיד לקבוע זאת הוא של הרשות המבצעת.²⁶⁵ בעניין ניהול הליך הקלון על ידי בית המשפט לעניינים פליליים נאמר בפסיקה כי בין שני ההליכים האלו קיימת זיקה, אולם היא אינה יכולה לקדם את מטרותיו של ההליך הפלילי כחלק מהליך הקלון, ואין ביכולתו של "הישג פלילי" של התביעה לבטל את שאלת הקלון.²⁶⁶ יש להדגיש כי לעומת ההליך הפלילי שבו עיקר הדגש הוא בהרתעה, בגמול

261 קנת מן "לא לשאול את בית המשפט" ביטאון לשכת עורכי הדין בישראל 9, 26, 27 (2010).

262 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 30 לפסק דינו של השופט לוי.

263 עניין פייגלין, לעיל ה"ש 4, בעמ' 162.

264 מן, לעיל ה"ש 261, בעמ' 28.

265 שם. בעמ' 29.

266 בג"ץ פלונית, לעיל ה"ש 10, בפס' 36 לפסק דינו של השופט לוי.

ובשיקום, בסיסו של הליך הקלון הוא מוסרי-ערכי, ומקורו בתחום המשפט המנהלי-ציבורי.²⁶⁷ אני כאמור סבור כי יש לנהל את ההליך בפני בית המשפט.

ה. בעייתיות בניהול ההליך

לדעתי, כאשר בוחנים את העברת הקלון ראוי להתייחס אולי לאיחוד ההליכים. מן הפן הדיוני נראה שגם הציבור וגם הנאשם יוצאים כשידים בשכרם, שכן הציבור נמנע ממצב שבו איש ציבור סורר ממשיך להחזיק במשרתו הציבורית כאשר כבר הורשע בדין הפלילי עד שמתברר אם עברתו נושאת קלון אם לאו. הנאשם מצדו מרוויח מניהול מהיר של ההליך, ובכך נמנע ממנו עינוי דין. נוסף על כל אלו ייחסך גם זמן שיפוטי יקר. אם כן נראה כי מבחינה דיונית ראוי לצרף את הליך הקלון אל ההליך הפלילי.²⁶⁸

מן הפן המהותי יש הסוברים כי אין לאחד את ההליכים ואף יש להיזהר מלעשות כן. ראשית, יש להדגיש את העובדה שהליך הקלון אינו שאוב מהמשפט הפלילי אלא מקורו בעולם הממשל והמנהל, וכל הליך בעל אופי שונה. אפשר שאיחודם יוביל לכך שלא יישמר אופיו הייחודי של ההליך כפלילי או כמנהלי. עולה סכנה נוספת בצירוף ההליכים והיא שהאחד ישפיע על האחר. למשל, הטלת קלון על אדם אולי תפחית מהעונש שיוטל עליו.²⁶⁹ לטעמי, אין ספק כי הרווח העולה מאיחוד ההליך מן ההיבט הדיוני הוא רב. בנוסף, לדעתי, עולה הרווח על ההפסד גם מן ההיבט המהותי. ייתכן כי דווקא מנקודת מבט שמתחשבת בפגיעה בעקרון החוקיות, דווקא איחוד ההליכים עשוי לצמצם את הפער שבין שני המושגים. אפשר שבשל איחוד זה יובא הקלון בחשבון בגזר הדין, וכך עונשו של הנאשם יופחת והפגיעה בו תקטן (אפשר להעלות טענה הפוכה, ולפיה יש לנהל את ההליך בבית המשפט לעניינים מנהליים בשל השוני שבין שני ההליכים).

ו. סיכום ומסקנות

בחיבור זה בחנתי את המצב החוקי הקיים בישראל ובמדינות אחרות בעולם בכל הנוגע לקלון ולעקרון החוקיות. כמו כן הצגתי את הבעיות הנוספות שאפשר שיתעוררו בשל הליך בעייתי זה. סבורני כי חשפתי את הבעיה הקשה שמתעוררת מעצם הפעלת הקלון אל מול עקרון החוקיות.

אין עוררין כי המושג "קלון" חיוני לשם ניהול משטר דמוקרטי תקין ונקי משחיתויות. הלכך נודעת חשיבות רבה להרתעתם של אישי ציבור, שמא ילכו בדרכים עקלקלות.

267 שם, בפס' 36 לפסק דינה של השופטת ביניש.

268 בג"ץ כהן, לעיל ה"ש 1, בעמ' 323.

269 שם, בעמ' 324.

אולם בהטלת הקלון אין כדי לבטל את עקרון החוקיות, שהוא אבן פינה במשפט הישראלי הפלילי. עיקרון זה קובע כללים ברורים הנוגעים לעברה ולעונש ולא בכדי אלו נקבעו, שכן התכליות של העיקרון הן בעלות חשיבות רבה לאין שיעור והן בבחינת יסודות איתנים לניהול משטר דמוקרטי תקין.

אל נכון, אישי ציבור הם בעלי הדעה, וברשותם משאבים רבים להתמודד עם שערורייה כזו או אחרת, אולם עובדה זו אינה נותנת לגיטימציה לפגיעה בזכויותיהם. אדגיש כי אין בכונתי להפוך למליץ יושר של אישי ציבור סורחים, אך אין להתעלם מהעובדה שבמצב הדברים היום המושג "קלון" סותר את עקרון החוקיות מן המסד ועד הטפחות, והדבר מצריך פתרון מדי.

יש הסוברים, ואני מסכים עמם, כי ראוי, בעיקר בשל עקרון החוקיות, כי ינוסחו כללים ברורים, כדי שתישלח אזהרה ברורה ונהירה לאישי הציבור באשר הם, שתעלה בקנה אחד עם עקרון החוקיות. אני מסכים עם המשפטנים בפרשת קלינטון כי אין להגביל את הקלון רק למסגרת הצרה של התנהגות בעת מילוי התפקיד, וכי אפשר לכלול התנהגות פרטית, אך זאת רק כאשר מדובר בהתנהגות נתעבת ושערורייתית במיוחד. בנוסף, לדעתי, יש לאמץ חזקה אשר לפיה אם יש ספק בעניין הקלון, אזי העברה אינה עברה שיש עמה קלון. לשיטתי, יש להכין רשימה פתוחה של עברות שיש בהן קלון. אני סבור כי ראוי כי הרשימה תכלול עברות חמורות במיוחד כגון רצח או אונס. אשר לעברות אלו, יש לאמץ לדעתי גישה המטילה קלון נזחי, זולת מבמקרים חריגים. יתר על כן, לדידי, יש לכלול ברשימה את כל העברות הקשורות לגנבה, שוחד, מרמה וכיוצא באלו וכן את מרבית עברות המין, שבגינן הקלון אינו צמית.

סבורני כי על עברות שנכללות ברשימה יש להטיל קלון בדומה לעונש חובה, וכך אם אדם מורשע באחת מאלו יש להטביע על מצחו אות קלון באופן אוטומטי (אלא במקרים חריגים במיוחד). הטעמים לכך הם אלה: ראשית, אם אלו יהיו פני הדברים, שופטים ישקלו שוב ושוב בטרם ירשיעו עובד ציבור שסרח, ואף ייתכן כי יתחשבו בהטלת הקלון בעונשם, ובכך תתאזן הפגיעה בעקרון החוקיות. שנית, באופן זה תישלח אזהרה חד-משמעית לאישי הציבור, והדבר יחזק את מעמדו של עקרון החוקיות. שלישית, לפחות בכל הנוגע לעברות אלו, לא תהיה עוד תחולה רטרואקטיבית בהפעלת הקלון.

זאת ועוד, לשיטתי, רצוי כי סמכות הדיון תהיה נתונה לבית המשפט שיישם את הכללים שקבע המחוקק ולא להעביר סמכות זו לידי הכנסת, שאינה חסרת פניות בהליך, וזהו אינו תחום מומחיותה.

עד לתיקון החוק ובשל ההשפעה הרבה על פני פרק זמן ממושך של הקלון, ראוי כי בתי המשפט ינהגו בזהירות יתרה כאשר מונחת לפתחם שאלת הקלון. לאמור, יש לקבוע קלון במקרים מובהקים בלבד²⁷⁰ כדי לצמצם את הפגיעה בעקרון החוקיות ובזכויות אחרות.

270 מן, לעיל ה"ש 261, בעמ' 29.