

## בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 10021/06

בפני: כבוד השופט א' א' לוי  
כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט י' דנציגר

העותר: ניר זוהר

נגד

המשיב: שר המשפטים

### **עתירה למתן צו על-תנאי**

תאריך הישיבה: י"ח בכסלו התשס"ח (28.11.07)

בשם העותר: בעצמו

בשם המשיב: עו"ד אילאיל אמיר

### **פסק-דין**

השופט א' א' לוי

הרקע

1. בשנת 1996 הורשע העותר, שלימים שינה כמתברר את שמו מנסים צרפתי לניר זוהר, בעבירות של רצח, אינוס וחטיפה לשם עבירת מין. דינו נגזר למאסר עולם. בעודו נושא בעונש הוא שלח ידו בעבירות נוספות, ובהן סחיטה בנסיבות מחמירות, תקיפה, כליאת שווא, איומים, החזקת סכין והדחת עד – מעשים שבגינם נגזרו לו עונשי מאסר נוספים. בשנת 2004 ביקש העותר כי תקופת מאסרו תיקצב בִּזְמַן. שרת המשפטים דאז, הגב' ציפי לבני, באמצעות מחלקת החנינות במשרדה, וכמוה גם ועדת השחרורים המיוחדת שלפי חוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, המליצו לנשיא המדינה שלא להיעתר לבקשה, וזאת נוכח התנהגותו העבריינית החמורה והמתמשכת של העותר.

בניגוד להמלצות אלו, החליט הנשיא משה קצב להעמיד את העונש על 32 שנות מאסר. ביום כ"ד בכסלו תשס"ו (25.12.05) הועבר מלשכתו, כמתחייב על-פי דין, כתב הקלה בעונש לחתימתה של שרת המשפטים. השרה, שתמהה על הפער בין

ההמלצות לבין ההחלטה שנתקבלה, ביקשה לעמוד על הטעמים לה. ליועצת המשפטית לבית-הנשיא נמצא הסבר אשר נשען, כעולה מתשובת המדינה לעתירה שבפנינו, על עובדות שונות מאלו ששימשו בסיס להמלצות שבפני הנשיא. בית-הנשיא נימק את קציבת העונש בשיפור שחל בהתנהגותו של העותר, עובדה שזכרה לא בא בהמלצות שהונחו לפתחו. השרה מיאנה לפיכך לחתום על כתב ההקלה בעונש, וגם שרי המשפטים שבאו לאחריה לא עשו כן.

2. על רקע זה הוגשה העתירה שבפנינו, בה ביקש העותר כי נורה לשר המשפטים להוסיף את חתימתו לזו של נשיא המדינה, ולחלופין, נקבע שכתב ההקלה בעונש תקף אף בלא חתימתו של השר. המדינה, מצדה, הציעה להביא את הפרשה בשנית בפני הגורמים המוסמכים, לרבות נשיא המדינה, אך העותר דחה הצעה זו והוא עומד על כך שעונשו נקצב כדין.

סמכות החנינה, וחתימת קיום של שר המשפטים

3. סמכותו של הנשיא לקצוב את עונשם של אסירי-עולם מעוגנת בסעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה אשר זו לשונו:

11. תפקידים וסמכויות ... (א)

(ב) לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם.

... (ג)

סמכות החנינה וההקלה בעונש (להלן גם בשם הקיבוצי: "חנינה") היא העיקרית, וכמעט היחידה, שבהפעלתה מוקנים לנשיא המדינה שיקול-דעת ומרחב הכרעה עצמאי. אולם סעיף 12 לחוק-היסוד קובע:

12. חתימת קיום חתימתו של נשיא המדינה על מסמך רשמי טעונה חתימת קיום של ראש הממשלה או של שר אחר שהחליטה עליו הממשלה (...)

אין חולק כי כתב חנינה או הקלה בעונש הוא מסמך רשמי, הנושא את חתימתו של נשיא המדינה. בעבר נשמעה הדעה, כי הנשיא יכול לעקוף את הוראתו של סעיף 12

בכך שיחון נידונים על-פה. אולם, הנוהג הוא שחנינה נעשית בכתב (ראו יצחק הנס קלינגהופר "מסגרת קונסטיטוציונית של החנינה" סימפוזיון על החנינה בישראל 6 (1968); בנימין אקצין כמובא אצל אלעזר לסלי סבה "סמכות החנינה האישית – פררוגטיבה של נשיא המדינה" משפטים ח 227, 240 וכן שם, ה"ש 77 (1977); Baruch Bracha, *The Constitutional Position, The Pardoning Power and Other Powers of The President of The State of Israel*, in 9 Israel Yearbook on Human Rights 190, 215 (Yoram Dinstein ed., 1979). בהחלטתה מיום 17.4.1949 קבעה הממשלה כי בעניני הקלה בעונש ככלל, שר המשפטים הוא שיקיים בחתימתו את מסמכיו הרשמיים של הנשיא (הודעה בדבר חתימת קיום לחתימת נשיא המדינה, י"פ התש"ט 248). בענינם של מורשעים בדין צבאי העותרים לחנינה מאת נשיא המדינה יעשה זאת, כך נקבע בהמשך, שר הביטחון (משה לנדוי פירוש לחוק-היסוד – חוק-יסוד: נשיא המדינה 42 (יצחק זמיר עורך, 1994)).

4. מה משמעותה של חתימת קיום זו, ומה תוכן היא יוצקת לתפקידם של השרים? האם באמצעותה הופכים הם שותפים להחלטת החנינה, או שמעורבותם מצטמצמת לכדי סיוע ביישומה התקין של סמכות הנשיא? ומה היחס בין החתימה לבין ההמלצות המקדימות שבפני הנשיא? שאלות אלו יורדות לשורשיו של משפטנו החוקתי. הן משליכות לא רק על דמותם של מוסד הנשיאות ושל מוסד החנינה, אלא על עקרונות יסוד של דמוקרטיה – שלטון החוק והפרדה ראויה בין רשויות. מאלה נגזרת, בין השאר, גדר התערבותו של גורם שלטוני אחד בעשייתו של רעהו, ובכלל זה מידת המעורבות שיש לאפשר לרשות המבצעת בהליך שיפוטי שהסתיים במתן פסק-דין. מחלוקת שוררת בין מלומדים ופוסקים באשר למענה הראוי לאותן שאלות, ומשכה כמשך קיומה של סמכות חנינה במשפטנו. גם בעולם מתחבטים בסוגיה מורכבת זו, והפתרונות שאומצו הם מגוונים. "את קביעת המשמעות המשפטית של החתימה", כתב בשעתו פרופסור אקצין, "אפשר להניח להכרעת בתי-המשפט" (בנימין אקצין סוגיות במשפט ומדינאות 176 (תשכ"ו)). אנו נכריע בדבר מתוך שנעמוד על מהותה של החנינה ועל מקומה הראוי בשיטת המשפט הישראלית.

סמכות החנינה בישראל אינה סמכות ביצועית

5. יש הרואים בחנינה האינדיבידואלית (להבדיל מחנינה כללית), אשר מכונה לעתים גם חנינה אקזוטיבית, פעולה שאופיה הדומיננטי הוא ביצועי, מן הסוג בו שולחת ידה דרך כלל הרשות המבצעת. לגישתם, את הסמכות להעניקה יש להפקיד בידיו של זה אשר לו מסרה שיטת המשפט את הכוח הביצועי, היינו, הממשלה או נשיא העומד בראש הזרוע המנהלית. לפי גישה זו, אין כל משמעות לכתר שקושרים לראשה

של הסמכות או לכינוי בו מכנים אותה. עיקר הוא בסיווגה המהותי כפעולה בת מאפיינים ביצועיים.

תפישה זו אימץ במרוצת השנים המשפט המקובל. בבריטניה היו עד לעשור האחרון גורמי הממשלה ציר מרכזי ביישומה של סמכות החנינה – ה-Royal Prerogative of Mercy, וזאת על-פי קונבנציה חוקתית שהתגבשה ובהמשך גם מכוחו של הסדר חקיקתי, שמסרו בידיהם את שיקול-הדעת בהפעלתה ( Regina v. Secretary of State for The Home Department, *Ex parte Bentley*, [1994] Q.B. (1993) 349, 357 ([Criminal Appeal Act 1968, c.19, §17 \(Eng.\)](#))). מצב נורמטיבי זה השתנה לא מכבר באורח מהותי (על כך להלן), אולם במדינות נוספות בחבר העמים הבריטי כקנדה, אוסטרליה, ניו-זילנד, הודו ואחרות, וחרף הצעות לשינוי, עדיין שלטת התפישה כי יש לרכז את כוח ההכרעה בעניני חנינה בידיו של שר משרי הממשלה. אף כי מבחינה פורמאלית נתונים באותן מדינות סמכות החנינה או חלק מרבדיה למושל הכללי, למושלי המדינות או לנשיא – מינויים השואבים ממוסד הכתר, הרי שבפועל שיקול-הדעת אינו נתון להם אלא לשר, ותפקידם סמלי בלבד ( Wilson v. Minister of Justice, [1983] 2 F.C. 379, 404 (C. F.C.T.D. 1983); R. v. Latimer, [2001] 1 S.C.R. 3, 42; Black v. Chrétien, 147 O.A.C. 141 at par. 31 (Ont. C.A. 2001) (Canada); Burt v. Governor General, [1992] 3 NZLR 672, 675 (New Zealand); Mallard v. R., 222 A.L.R. 236 (2005); Eastman v. The Attorney-General for the Australian Capital Territory, 2007 A.C.T.S.C. 28 (Australia); Kehar Singh vs. Union of India [1989] 1 S.C.C. 204; Saptal vs. State of Haryana [2000] 5 S.C.C. 170 (India); Reckley v. Minister of Public Safety and Immigration and others (No 2), [1996] 1 All ER 562, 568 (Bahamas); de Freitas v Benny, [Neville Trendle, The Royal](#) ; [1975] 3 WLR 388, 394 (Trinidad and Tobago)).  
([Prerogative of Mercy: A Review of New Zealand Practice \(May, 2003\)](#)).

גם בארצות-הברית הוקנתה סמכות החנינה הפדראלית באורח בלעדי לראש הזרוע המבצעת, הוא הנשיא. מרבית המדינות המרכיבות את האיחוד, אך לא כולן, הקנו כוח דומה ברמה המקומית למושל שבראשן ( Ann Neal and Beatrice Hager, *Summary of the Provisions of the Constitution and Statutes of the Several States relating to Pardons*, 20 Am. Inst. Crim. L. & Crim. 364 (1929); Daniel T. Kobil, *The Quality of Mercy Strained: Wrestling the Pardoning Power from the King*, 69 Tex. L. Rev. 569, 605 (1991)). גישתה של החוקה הפדראלית לחנינה מבוססת לא רק על אפיונה כסמכות ביצועית, אלא על רעיון לפיו אין לחלק את כוח

ההכרעה בין מספר גורמים שונים וראוי להפקידו בידי אדם יחיד. הדבר שאוב ממשנתו של אלכסנדר המילטון, שכתב:

"It is not to be doubted, that a single man of prudence and good sense is better fitted, in delicate conjunctures, to balance the motives which may plead for and against the remission of the punishment, than any numerous body whatever". [Alexander Hamilton, Federalist, No. 74 (1788)]

אשר על כן, אף כי במשרד המשפטים האמריקני פועלת יחידה, הבוחנת את בקשות החנינה ומסייעת לנשיא באיסוף המידע הרלוונטי, כוחה הוא בהמלצה בלבד ואין הנשיא מחויב מכל וכל למסקנותיה ( Paul J. Haase, "Oh My Darling Clemency": Existing or Possible Limitations on the Use of the Presidential Pardon Power, 39 Am. Crim. L. Rev. 1287, 1290 (2002)). הגישה הביצועית אומצה בשיטות משפט נוספות, כמו זו הצרפתית בה מופקד כוח החנינה בידי הנשיא – גורם מבצע לכל הדעות ( Rene Levy, Pardons and Amnesties as Policy: Instruments in Contemporary France, 36 Crime & Just. 551, 552 (2007)).

6. אל מול לשונו הסתומה של חוק-יסוד: נשיא המדינה, היו שקראו את ההוראה בדבר חתימת קיום כמקנה גם בישראל שותפות לממשלה בהליך החנינה, והופכת לפיכך כל מסמך נשיאותי ליצירה משותפת לנשיא ולגורמי המנהל. פרופ' קלינגהופר סבר כי "רשאי חבר הממשלה לפי שיקול דעתו לסרב את חתימתו, וע"י הסירוב לגרום לכך שהחנינה לא תקבל תוקף" (סימפוזיון על החנינה לעיל, בעמ' 6). פרופ' ברוך ברכה קשר בין שיקול-הדעת שניתן לנשיא, לבין שיקול-דעת מקביל המוקנה, להשקפתו, לשר אשר נושא באחריות פרלמנטרית ומשפטית להחלטה המתקבלת ( Bracha, *Supra*, at p. 214). הפרופסורים רובינשטיין ומדינה כתבו בספרם כי "הקביעה, לפיה החלטת הנשיא בדבר חנינה טעונה 'חתימת קיום' של שר המשפטים, מקנה לשר סמכות להפעיל שיקול דעת אם להיעתר לבקשת החנינה" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (כרך שני: רשויות השלטון ואזרחות) 1062 (2005)). משרד המשפטים אימץ עמדה דומה, אם כי מתונה יותר ולפיה, ככלל, נדרש השר לחתום על החלטות הנשיא, למעט מקרים קיצוניים בהם הוא מתקשה להשלים עם פעולת החנינה ולא עלה בידו לשנות מדעתו של הנשיא ([הנחית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.4002 מיום 1.6.03](#)).

ביטויים לעמדה זו נמצאו גם בפסיקה. "ידה של [הרשות המבצעת] רב לה", כתב השופט צ' ברנזון בנימה ביקורתית, "בכל החלטה ספציפית ובלי הסכמתה בדיעבד המוצאת את ביטויה בחתימת הקיום של השר, אין בכוחו של נשיא המדינה להעניק חנינה" (ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז(1) 430, 472 (1962)). ממלא מקום הנשיא, השופט ש' אגרנט, חיווה דעתו כי "ההחלטה לחון חייבת להיות החלטתו האישית של הנשיא [אך] היא גם מותנית בהמלצת השר" (שס, בעמ' 454), באשר זה האחרון "מוסמך לקיים, אם הנהו רואה לנכון לעשות כן, את חתימת הנשיא בכתב החנינה [ו] עורך חקירה מדוקדקת בכל מסיבות הענין, בטרם הוא מחליט לחזק את יד הנשיא ולהעניק חנינה" (בג"ץ 177/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה(1) 737, 756 (1951)). והיה זה לפני כעשור שהשופט מ' חשין, בפסק-דינו בבג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389 (1999), קבע כי המסקנה הנולדת מקריאת סעיף 11(ב) במשותף עם סעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה, היא שדעת השר חשובה כדעת הנשיא:

"כתב-חנינה – ככל כתב רשמי שחתימת הנשיא באה עליו, זולת מסמך הקשור בפיזור הכנסת – טעון חתימת קיום. מעשה חנינה או הקלה בעונש הוא אפוא צירוף דעה לדעה: צירוף דעתו של שר לדעתו של הנשיא. רק בצירוף דעות זה יקומו ויהיו חנינה או הקלה בעונש".  
[שס, בעמ' 412]

7. אלא שבכל אותן פרשות, כל שנאמר בהקשרה של חתימת הקיום – מעבר לצורך נאמר. לא זו השאלה שעמדה לבחינתו, ולו העקיפה, של בית-המשפט וממילא לא נקבעה בה כל הלכה. ומן העבר האחר, גם להשקפה ההפוכה – כי הרשות המבצעת אינה שותפה להכרעה בעניני חנינה, ניתן ביטוי משמעותי בפסיקה ובספרות המשפטית. כך, בדיון הנוסף בפרשת מתאנה התייחס השופט ח' כהן לחשש שהעלו חבריו להרכב מפני התערבותה של הממשלה, באמצעות חתימת הקיום, בפעולת השפיטה. "אין אני חושש כל עיקר", הוא כתב, "מפני פגיעה, כביכול, בסמכות השפיטה והענישה של בית-המשפט. יכלתי לראות שמץ חשש וטעם לפגם, אילו הסמכות הנדונה היתה בידי הממשלה או אחת מרשויותיה, אבל נשיא המדינה עומד מעל לכל שלוש [ה]רשויות. הוא מגלם באישיותו את המדינה עצמה" (ד"נ 13/60, בעמ' 465). לעמדתו זו נתן מאוחר יותר השופט כהן ביטוי גם בשיח מלומדים, בו מתח ביקורת נוקבת על גישת שיקול-הדעת המשותף:

"במקום להוסיף למסמכו של הנשיא כבוד והדר נוהג השר מנהג פוליטיקאי ממשלתי ומתנה את הוספת חתימת-הקיום בתנאים שאין להם זכר או צידוק לא

בחוק ולא בהיגיון. כדרך הפוליטיקאים הממשלתיים הישראליים שר-המשפטים אומר, שלא יתן את חתימת-הקיום שלו אלא-אם-כן יקבל את מה שהוא דורש תחילה. ומה הוא דורש מהנשיא? מחלקת חנינות במשרד-המשפטים, בדיקת כל בקשה לגופה, חוות-דעתו שלו בדבר מה ומה ייטיב הנשיא להחליט; ואם אין הנשיא מוכן להחליט כחוות-דעתו של השר, לא יתן לו השר חתימת-קיום, ונמצא הנשיא משולל סמכות. לא זו בלבד שיש בכך משום ניצול-לרעה של סמכות שר-המשפטים לחתום חתימת-קיום, אלא שיש בכך משום סילוף וסיכול של עצם חוק יסוד: נשיא המדינה. תפקידו ומעמדו של משרד-המשפטים בעניין זה הוא הרה-סכנות, ונתון לניצול פוליטי ומפלגתי פסול. יש להפריד הפרדה גמורה בין הסמכויות הפרורגטיביות של הנשיא מכאן, לבין תפקידיהם וסמכויותיהם של שרי ממשלה מכאן". [חיים כהן, בתוך "רב-שיח בנושא החנינה" משפטים טו 9, 15 (1985). ראו גם מאמרו "הערות להצעת חוקת ישראל" משפט וממשל ה 49, 50 (1999)].

גם פרופסור אקצין ביטא עמדה נחרצת בגנותה של אותה גישה, שהיא, כלשונו, "מופרזת לכל הדעות. נוכח תפקידו וסמכויותיו של הנשיא בישראל, המוגבלים בלאו הכי, היא משפילה את כבודו עד כדי אי-אמון מוחלט בו והופכת אותו ל'אסיר בבית הנשיא'" (סוגיות במשפט ובמדינאות לעיל, בעמ' 176). על כך הוסיף פרופ' סבה, שהעמיק לחקור בנושא, כי "עיקרון האחריות המיניסטריאלית המאפיינת את המשטר הפרלמנטרי, אין בו כדי להעביר בהכרח את ההכרעה לידי השר האחראי. אין דרישה זו [לחתימת קיום] גורעת מן הסמכות המלאה המופקדת בידי הנשיאות" (סבה משפטים ח לעיל, בעמ' 247 ; 249).

8. לגישה ולפיה לשר המשפטים שמור, לכל היותר, מעמד של יועץ או ממליץ בענייני חנינה תימוכין גם בהיסטוריה החקיקתית. ניתן לטעון, כי מהלך החקיקה שננקט שיקף ויתור של הרשות המבצעת על חלקה המהותי בסמכות החנינה. סמכות זו, שקודם להקמת המדינה הואצלה בידי הכתר לנציב העליון הבריטי – היינו, לרשות המבצעת (ד"נ 13/60 מתאנה הנ"ל, בעמ' 439 ; 469), ואחר כך הופקדה בלעדית בידיה של ממשלת ישראל הזמנית מכוח הוראתו של סעיף 14(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, נמסרה לנשיא על-פי ההסדר הקבוע כיום בחוק-יסוד: נשיא המדינה. ראייה לכוונתם של יוזמי ההסדר מצויה בדיונים שליוו את הליכי חקיקתם של חוק המעבר, התש"ט-1949 ושל חוק-יסוד: נשיא המדינה, ואת חלקם הקדישה הכנסת לבחינת טיבה של חתימת הקיום. כך אמר חבר הממשלה, השר דוד רמז, בעת חקיקתו של חוק המעבר:

"פעמיים בסימן 6 ו-7 מצויה המלה 'קיום' במובן מתן תוקף. אני מציע במקום לקיים – מתן תוקף – להשתמש במלה 'לשורר', מתן שירור, כדי להפריד אותו מקיום במובן של הוצאה לפועל". [ד"כ 1, 37 (התש"ט)]

בדיון בקריאות השנייה והשלישית בחוק-היסוד, העלה חבר-הכנסת יוסף שופמן חשש כי חוק-היסוד יתפרש כגורע משיקול-דעתו של הנשיא:

"חתימה, פירושה – חתימת קיום; כלומר, ראש הממשלה או השר יכול לסרב לחתום. אין מוטלת עליו החובה לחתום. נשיא המדינה, לפי מצפונו, מוצא שצריך לתת חנינה או להקל בעונשים, ובא השר ואומר: כבוד הנשיא, מצפונך אומר לך זאת, אבל אני מוצא שלא כך הדבר, ומסרב לתת חתימת קיום. באיזו רשות יכול שר או ראש ממשלה לומר לנשיא שלא יתן חתימת קיום שלו על צו חנינה של הנשיא, על החלטת חנינה שלו? באיזו זכות מוסרית? אם נותנים אנו זכות זו – עלינו להביא בחשבון גם אפשרות שהם יסרבו לחתום". [ד"כ 40, 2085 (התשכ"ד)]

על אותה הסתייגות השיב שר המשפטים דאז, דב יוסף, בדברים הנחרצים האלה:

"[לשר המשפטים] אין וטו. הדבר איננו פועל כך. כי גם כאשר שר המשפטים איננו ממליץ, הענין אינו מסתיים בזה. הנשיא מזמין אותו, מדבר איתו ומתווכח איתו. במקרה כזה יתקיים ביניהם בירור, האחד ינסה לשכנע את חברו, אבל בכל מקרה ההכרעה לתת חנינה היא בידי הנשיא בלבד. [שם, בעמ' 2086].

9. אך דומני, כי היסוד המשכנע ביותר לכך שחתימת הקיום לא נועדה ליתן לגורמי הממשלה כוח הכרעה בהחלטות החנינה, מצוי בעמידה על מהותה של הסמכות לחון במשפט הישראלי, ועל מקומו הייחודי של נשיא המדינה בין רשויות השלטון שלנו.

בפסיקה שב והוטעם, כי מוסד החנינה המקומי הוא יצירה ישראלית מקורית. "המחוקק הישראלי לא העתיק ולא השמיט, כי אם בנה את חוקו מבנה עצמאי" – דברי ממלא מקום הנשיא, אגרנט, בד"נ 13/60 מתאנה הנ"ל, בעמ' 444 (בהפנותו לדברים שכתב הנשיא מ' זמורה). "באשר לסמכויותיו של נשיא המדינה שלנו ושל נשיא ארצות-הברית", כתב גם השופט מ' לנדוי, "קיים ועומד בעיני ההבדל היסודי במהות המוסד החוקתי הזה כאן ושם" (שם, בעמ' 461). "נעלה הוא מעל כל ספק", הוסיף השופט א' ברק, "כי המודלים של סמכויות החנינה של המלך האנגלי או של נשיא ארצות-הברית



או של הנציב העליון או של ראש מדינה אחרת כלשהי לא עמדו לנגד עיני העוסקים במלאכה. חוק המעבר ובעקבותיו חוק-יסוד: נשיא המדינה הם חוקים ישראליים מקוריים. המחוקק הישראלי בנה כמו ידיו את המסד למערכת חיינו הלאומיים. מבנה זה הוא 'מבנה עצמאי', וכך הוא צריך גם להתפרש על-ידי בתי המשפט" (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 592; 594 (1986)).

10. סביבה מקורית זו בה הכתה שורשים סמכות החנינה הישראלית, אינה רואה בנשיא המדינה גורם מבצע, כשם שאין היא רואה בחנינה אקט ביצועי. שלא כבשיטות משפט אחרות אותן הזכרתי לעיל, נשיא ישראל אינו נמנה עם הרשות המבצעת אף כשהוא מיישם את סמכותו בעניני חנינה. "אם הממשלה היא הרשות המבצעת, משתמע מכך כי נשיא המדינה אינו שייך דוקא לרשות זאת, אלא נפרד ממנה" (א' ל' סבה החנינה האישית והחנינה הכללית: היבטים משפטיים ופנולוגיים 79 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, 1975)). וכתב גם השופט ברק:

"סמכות החנינה של נשיא ארצות-הברית מבוססת על תפיסת היסוד, כי נשיא ארצות-הברית הוא האחראי על ביצוע החוקים. בארצות-הברית הנשיא הוא ראש הרשות המבצעת. כמלך האנגלי בעבר כן נשיא ארצות-הברית כיום אחראי לביצוע החוק, ועל-כן יש היגיון מסוים ליתן לו את הסמכות שלא לבצע את החוק, בדרך החנינה. לא כן נשיא המדינה [בישראל]. אין לו כל סמכויות באשר לביצוע החוק. אין הוא מבצע החוקים".  
[בג"ץ 428/86 ברזילי הנ"ל, בעמ' 598; 599]

לנשיא המדינה מעמד נפרד מזה שלכל אחת מרשויות השלטון האחרות בישראל. הוא מבטא בעשייתו את רוח האומה, את ערכי הלבנה שלה, את היסודות המשותפים שחולקים מרכיביה השונים ואת הנרטיב המכונן שלה. "הנשיא מסמל את המדינה, ואת ערכיה המוסריים והדמוקרטיים. הוא עומד נישא מעל למאבקי הכוח במדינה, ומייצג ערכים של מוסר חברתי שאינם שנויים במחלוקת פוליטית. הוא מייצג במעמדו את הממלכתיות, ואת הקווים המאחדים והקושרים בין פלגיה השונים של החברה הישראלית. הוא אמור לשקף באישיותו את הטוב, היפה, הערכי והייחודי המאפיינים את הציבור בישראל" (דברי השופט א' פרוקצ'יה בבג"ץ 5699/07 פלונית (א') נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם, 26.2.08). ראו גם דברים שכתב השופט ע' פוגלמן בבג"ץ 9631/07 כץ נ' נשיא המדינה, בפסקה 15 לפסק-דינו (טרם פורסם, 14.4.08)).

בהפעילו את סמכותו שואב הנשיא מכל אלה. החנינה כרוכה בשיקולים של צדק ושל חסד (רובינשטיין ומדינה לעיל, בעמ' 1064), של אינטרס ממלכתי ושל אינטרס חברתי, של מוסר אוניברסאלי ושל עקרונות לאומיים – שיקולים היונקים מתפישות העומק של החברה בישראל ומערכי הבסיס שלה, כפי שנשיא המדינה מפרשם (ובתורו, אף משפיע על דמותם). לא פוליטיקה היא לחם חוקן של החלטות החנינה, אף אין עיקר מצוי להן ביום-יומי ובחולף. השיקולים שבבסיסן אינם חופפים את אלה ששימשו ביסוד החלטתה של התביעה להעמיד לדין, גם לא של הערכאה אשר בפניה נשפט והורשע הנידון. מנשיא המדינה מצופה כי יתעלה בהחלטתו מעל לאלה, אל עבר נדבך גבוה ומופשט יותר. עם זאת, אין פירוש הדבר כי לעולם לא יראה הנשיא את הדברים עין-בעין עם הממשלה, באשר עמדתה היא מן היסודות הבולטים המונחים בפניו, והוא מביאה – אין להלום אחרת – בחשבון שיקוליו (ראו והשוו בג"ץ 659/85 בר-יוסף – יוסקוביץ נ' שר המשטרה, פ"ד מ(1) 785, 786 (1986)).

סמכות זו לחון נידונים, ייחודית היא ואינה דומה לשום סמכות שלטונית אחרת. "היא סמכות המיוחדת לרשות המחוננת" – דברי השופט ח' כהן בדיון הנוסף בפרשת מתאנה (שם, בעמ' 463); "סמכות יחידה ומיוחדת בתחום הממשל והמינהל" (השופט חשין בענין רונן, בעמ' 414). אמת, בהעניקו חנינה משנה הנשיא מפעולותיו של המחוקק, שקבע את דבר העבירה בה הורשע הנידון ואת מידת העונש הנלווה לה; הוא משנה מפעולותיה של הרשות המבצעת אשר חקרה, העמידה לדין ונערכה ליישום הסנקציה שגרר מעשהו של האיש; הוא משנה מפעולתו של בית-המשפט, שישב על המדוכה ופסק את שפסק. אין תפקידה של החנינה אלא לשנות את שמצדיק שינוי – בראייה ערכית רחבה ובנסיבות השוררות בעת הענקתה, בתוצאה אליה הגיעו רשויות השלטון האחרות בפעולתן הרגילה. גם לכאן קולעים דבריו, המקובצים להלן, של השופט ברק:

"הגישה הפרשנית הראויה היא זו המתמקדת בחלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה. הפירוש הראוי הוא, סמכות זו תופעל אך ורק לאחר שהרשויות האחרות סיימו את תפקידן שלהן. אם במצב דברים זה יימצא צורך בחנינה, כי אז יוסמך הנשיא לתתה. תפיסה זו [מתמקדת ב] צורך ליתן פירוש לסמכות החנינה של הנשיא, שאינו מתחרה בסמכויותיהן של הרשויות האחרות. עלינו לפרש את סמכויות הנשיא כסמכויות שיוריות, המופעלות אך כאשר הרשויות האחרות שוב אינן מוסמכות לפעול". [בג"ץ 428/86 ברזילי הנ"ל, בעמ' 602; 603; 605]

11. זאת ועוד. מצוותו של המכונן, בהוציאו תחת ידיו את חוק-יסוד: נשיא המדינה, הייתה כי נשיא המדינה יהא בלתי תלוי בהפעילו את שיקול-דעתו שלפי דין. זוהי, כפי שהסביר בית-המשפט העליון באחת הפרשות, מן הסיבות לחסינות הרחבה שהוקנתה לנשיא בחוק-היסוד. "בכוונה להבטיח את אי-תלותו של הנשיא במילוי תפקידו רם המעלה, ניתנה לו חסינות והוא נהנה מחופש מלא לעשות [במסגרת תפקידו] כרצונו ולפי מיטב הבנתו" – דברי השופט ברנזון בע"פ 185/59 מתאנה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד (2) 970, 979 (1960). הכפפתו, באורח מעשי, של שיקול-דעתו של הנשיא למצוות השרים, אינה עולה בקנה אחד עם עקרון זה ואין להולמה.

12. פרשה דומה עד מאד לזו שבפנינו נדונה בשנת 2006 בבית-המשפט החוקתי של איטליה (Corte costituzionale della Repubblica italiana). שם דובר בסירובו של שר המשפטים לצרף את חתימת הקיום שלו – הנדרשת על-פי [סעיף 89 לחוקה האיטלקית משנת 1947](#), להחלטת חנינה מאת הנשיא שעליה הוא חלק. בהכרעה מנומקת היטב קבע בית-המשפט, כי לשר לא נמסר שיקול-דעת בבחינת ההחלטה לגופה. עקרון הפרדת הרשויות, בגדרו מנועה הרשות המבצעת מלהתערב בפעולתה של זו השופטת, מחייב שלא ליתן לשר דריסת רגל מעין זו, אשר פירושה הוא שינוי מקביעותיו של בית-המשפט בהליך פלילי. קושי כאמור, נפסק, אינו מתעורר בהקשרו של הנשיא אשר כראש המדינה, תפקיד שהיה שמור בעבר למונארך, הוא נהנה ממעמד על-רשותי. בהפעילו את סמכות החנינה שבידיו, אין הנשיא שוקל שיקולים שמטבעם מאפיינים את הרשות המבצעת או את זו השופטת, כי אם שיקולי צדק המבטאים את "רוח האומה". היה והחליט להעניק חנינה, מחויב שר המשפטים להוסיף לה את חתימת הקיום שלו. סירובו לעשות כן פוגע בסמכותו החוקתית הייחודית של הנשיא ואינו עולה בקנה אחד עם הוראות החוקה, שמאנה למסור בידי השר "סמכות וטו". זאת, הוסיף בית-המשפט החוקתי והסביר, להבדיל ממצב בו נתונה הייתה לנשיא סמכות שמאפייניה ביצועיים, או-אז הקנתה חתימת הקיום לבעליה חלק ונחלה בתוכנה של ההחלטה המתקבלת ומעמד שווה לזה של הנשיא ([Sentenza 200/2006](#), Pres.: MARINI, Rel.: QUARANTA, 3.5.06).

13. זוהי הסביבה הנורמטיבית בה מתקיימת החנינה גם במשפטנו. אלה הם המשקפיים דרכם עלינו להביט במוסד משפטי מיוחד זה. נשיא המדינה מחזיק לבדו בשיקול-הדעת אם וכיצד להפעילו, בכפוף למסגרת שמתווה הדין. בעשותו כן אין הוא פועל כגורם ביצועי ואינו כפוף למדיניות שעיצבה הממשלה. הוא מפעיל את סמכותו באורח בלתי תלוי, ומונע משיקולים ייחודיים. מה היגיון מצוי, אפוא, בשיתופה של

הרשות המבצעת בהכרעה בעניני חנינה? מה בסיס יש לדריסת הרגל אשר יש הסבורים כי ניתנה לה? מה היסוד לחלוק עמה בסמכות לא-לה, סמכות שאינה ביצועית ואינה נמנית עם אלו בהן היא שולחת ידה דרך כלל? שר משרי הממשלה אינו שותף להכרעות הנשיא בעניני חנינה, כשם ששום רשות שלטונית אחרת אינה מחזיקה בכוח הווטו על הכרעות אלו.

ואם גרס מאן דהוא, כי ראוי לה לפעולת החנינה שתהא רבת גוונים ותשקף לא רק את פועלו המיוחד של נשיא המדינה, כי אם גם היבטים אחרים של הסמכות השלטונית, קמה ועולה השאלה: מדוע זה יינתנו לממשלה לבדה חלק ונחלה באותה סמכות? על שום מה ייגרע חלקן של רשויות השלטון האחרות שאף להן, מתוקף עשייתן השוטפת, נגיעה בדבר? אין זאת אלא שיש להפריד הפרדה ברורה בין חלקה של הממשלה בהליך החנינה – כממליצה לראשית הדרך, לבין סמכותו של הנשיא כמכריע יחיד בסופה.

14. כך הוא במשפט המצוי, וכך הוא להשקפתי אף בזה הרצוי. יש הגורסים, אמנם, כי יתרונה של גישה המחלקת את כוח ההכרעה בין הנשיא לבין גורמי הממשלה, מצוי בכך שהיא משחררת את הראשון משקילתם של שיקולים פוליטיים, שכשהם נשקלים בידי גורמים שהפוליטיקה היא לחם חוקם, אינם דבר מגונה כשלעצמו ( Peter Kresak, *The Government Structure in The New Slovak Republic*, 4 Tulsa J. Comp. & Int'l L. 15 (1996); היה אף מי שהכיר בערכה של החנינה כמכשיר פוליטי ממש, ובחשיבותה של הפוליטיקה כמשקל נגד לנוקשות ולסטריליות העשויים לאפיין הליך שיפוטי ( Beau Breslin and John J.P. Howley, Wayne Morse Center for Law and Politics Symposium: *The Law and Politics of the Death Penalty: Abolition, Moratorium or Reform? Defending the Politics of Clemency*, 81 Or. L. Rev. 231, 247 (2002)). השקפה אחרת היא שחלוקת כוח ההכרעה עולה בקנה אחד עם רעיון האיזונים והבלמים שבין רשויות השלטון השונות ( Hanna Suchocka "Checks and Balances Under the New Constitution of Poland" 1998 St. Louis-Warsaw Trans'l 45, 59-60). ולבסוף, יש שיטענו כי אך טבעי הוא שסמכות החנינה תופקד בידיהם של גורמי הממשלה, האחראים להיבטים מרכזיים של אכיפת החוק ושמירת הסדר הציבורי.

15. אך דומה, כי חסרונותיה של גישה, הרואה בחנינה מכשיר פוליטי או ביצועי כמתואר, הם רבים מן התועלת הגלומה בה. ראשית, להתערבות הפוליטית נלווה בדרך כלל מחיר. הפוליטיקה מטבעה היא מלאכת הפשרה, ופעמים רבות מביאה היא לכלל

מיצוי את הטבע האנושי של "דבר תמורת דבר" (השופט מ' חשין בע"פ 7569/00 יגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529, 565 (2002)). לא אחת, עשויה היא לבכר אינטרסים צרים, שקידומם משקף הזדמנות זמנית אשר עולה בקנה אחד עם מערך הכוחות הארעי, על פניהם של עקרונות יסוד שמטבעם רחוקים הם מרוחות של שעה. שנית, במגרש הפוליטי מתערבבים עוד זה בזה הכללי והאישי, לעתים עד לכלי הפרד. ענינו של פלוני בנקיטת צעדים בעלי השלכה כללית, מן הטעם שיש בהם לקדם את מעמדו האישי, ודאי אינו זר לשדה פעולה זה, וכשהוא מתוחם היטב למגבלות הדין אף אינו נתפש כשלילי. אכן, באלה אין פסול. ואולם, כשמעלה אתה על הדעת כי הם ישמשו בסיס עיקרי להכרעה אם להקל בעונשו של פלוני או למחוק הרשעה שבדין, עוטה הסוגיה צביון שונה. שלישית, קיים חשש כי יישומה של סמכות החנינה מתוך ראייה ממשלתית צרה, יגרע מן התכלית שלאורה פותח מוסד משפטי זה.

ניתן להדגים את הדברים בהתייחס לשיטות משפט זרות, שחרתו על דגלן בעבר או שעודן עושות כן כיום, את תפישתה של החנינה כסמכות ביצועית. בצרפת טענו המבקרים, כי מסירתה של החנינה לידי הנשיא הובילה לעיוות דמותה ולניצולה למטרות שבינן לבין תכליתה המקורית נפער פער עמוק. החנינה האינדיבידואלית – נושא מרכזי במערכות בחירות לנשיאות בצרפת, כה הרחיבה את גדריה במאמץ להניב הישגים פוליטיים, עד שאבד לה אופיה הפרטני והיא החלה מקיפה ציבור רחב של עברנים וסוגים שלמים של עבירות. בנוסף, השימוש השגור בה כאמצעי להפחתת העומס והמתח בבתי-הכלא – שעל ניהולם מופקדת מטבע הדברים הממשלה, גרם לכך שרבים מביין הנידונים כלל לא נשאו בעונש שנגזר להם בערכאות שיפוטיות (Levy, ) (Supra, at p. 552).

גם בשיח האמריקני התריעו רבים מפני חדירתם של שיקולים פוליטיים לפעולת החנינה הנשיאותית. נטען, כי סמכותו הגורפת של הנשיא, לו מסור שיקול-דעת רחב מאד ואין הוא מחויב בהנמקה של החלטותיו, סללה את הדרך לניצולו לרעה של מוסד החנינה ופגעה במעמדו ובתכלית לשמה נהגה מלכתחילה. שניים משיאיה של ביקורת זו נרשמו בהקשרם של החנינה לה זכה הנשיא לשעבר ניקסון בשנת 1974 ובהקשרם של 141 כתבי החנינה שהעניק הנשיא קלינטון ביומו האחרון בבית-הלבן בשנת 2001, ואשר לגבי חלקם, השנויים עד היום במחלוקת חריפה, נטען כי הונעו משיקולים זרים (Kobil, Supra, at p. 614; Haase, Supra, at pp. 1288, 1299).

ואילו בבריטניה התגבשה במרוצת השנים ההכרה, כי ההסדרים אשר ריכזו את עיקרו של כוח החנינה בידי הממשלה יצרו קשיים ניכרים. הדבר פגע בהפרדה הראויה

שבין הרשות המבצעת לבין בתי-המשפט; ההליך שקיים השר הממונה לא היה שקוף ונהיר דיו; ההכרעה נעדרה קריטריונים מנחים ואפשר שאף לקתה מבחינת איכותה המקצועית; והתעורר חשש כי השר יהא מוטה בידי לחץ ציבורי או פוליטי. במחצית השנייה של שנות ה-90' תוקן לפיכך ההסדר החוק. הסמכות להעמיד לעיונו החוזר של בית-המשפט את ענינו של נידון אשר יש חשש כי לא זכה למשפט צדק, הוצאה מידי הממשלה ונמסרה לוועדות ציבוריות שאינן חלק מן המנגנון הממשלתי. בד בבד, אף שמסלול החנינה שלפי המשפט המקובל נותר על כנו (ראו The Queen on the Application of B, [2002] EWHC 587), הרי אותן ועדות קנו גם בו דריסת רגל על-פי חוק. התוצאה היא, כי עיקר הטיפול בבקשות חנינה בבריטניה מסור כיום לגורמים שאינם ממשלתיים ([Criminal Appeal Act 1995, c. 35, §§ 8-25 \(Eng.\); Crime and Punishment \(Scotland\) Act 1997, c. 48, § 25 \(Scot.\); Draft: Scottish Criminal Cases Review Commission \(Application to Summary Proceedings\) Order 1999, House of Commons \(23 March 1999\); Neville Trendle, Reviewing Miscarriages of Justice: The Pardon Reincarnated \(2004\)](#)).

16. אכן, הפקדת ה"וטו" על הכרעות הנשיא בידיהם של גורמים אחרים, עלולה לפגוע במעמדו של מוסד הנשיאות עד כדי עיקורו מן הייחוד המאפיין אותו. היא עלולה לאפשר מנוף ללחץ פסול על הנשיא, שיפגע בשיקול-דעתו החופשי. עירובה של פוליטיקה מפלגתית בהחלטות חלוטות של הרשות השופטת, הוא מתכון לערעור יסודותיה של שיטתנו הדמוקרטית ושל שלטון החוק במובנו המהותי. הוא עלול להוביל לזילות ההליך השיפוטי, לערער את תחושת הצדק ולפגוע קשות באמון הציבורי ברשויות השלטון. יתרה מכך, בנוגסו בחיץ המתחייב שבין הרשות המבצעת לבתי-המשפט, מאיים הוא לעוות משפט. תוצאות אלו אינן ראויות, ואין לאפשרן.

17. דיוננו מצמצם עצמו, זאת אוסיף במאמר מוסגר, לענינה של חתימת הקיום בהקשרה של סמכות החנינה. נושאים אחרים בהם ייחד החוק תפקיד לנשיא המדינה חורגים מגדריה של עתירה זו, ואין אני רואה צורך לקבוע כל מסקנה באשר להם. אעיר, עם זאת, כי יש יסוד עקרוני לאבחנה בין סוגית החנינה, בה מוקנה לנשיא המדינה שיקול-דעת עצמאי, לבין סוגיות אחרות שבהן תפקידו הוא סמלי בלבד ודומה כי קיום מסמכיו ממילא אינו נזקק לשיקול-דעתו של השר החותם. בסיס לאבחנה כזו ימצא בכתיבתם של מלומדים (סבה משפטים ח לעיל, בעמ' 244 והיבטים משפטיים לעיל, בעמ' 96; ח' כהן משפט וממשל ה לעיל; קלינגהופר סימפוזיון על החנינה בישראל לעיל, בעמ' 6), וכן בשיטות משפט אחרות (ראו, למשל, את סעיף 144(3)(18) [לחוקת פולין](#)

משנת 1997, הקובע כי בעניני חנינה – בניגוד לרבים מן הנושאים בהם מסורות לנשיא סמכויות שלטוניות, אין נדרשת חתימת קיום של גורמי הממשלה).

אך אם אין תכליתה חלוקתו של כוח ההכרעה בעניני חנינה בין הנשיא לבין הממשלה, מהו אפוא ייעודה של חתימת הקיום בישראל?

חתימת הקיום לא נועדה להדר את מסמכי הנשיא

18. החתימה הנוספת, כתב חיים כהן, "מקורה ברצון לכבד את נשיא המדינה שלא ייצא מלשכתו שום מסמך בחתימת-ידו שאינו מעוטר גם בחתימת אחד השרים. משל למסמך מיוחד וחגיגי אשר חוק זה או אחר מחייב את חתימתו גם בידי נוטריון. דרישה זו של חתימת-קיום [נועדה] להוסיף למסמכו של הנשיא כבוד והדר" (דב-שיח בנושא החנינה לעיל, בעמ' 15). בכך דומה, על-פי גישה זו, חתימתו של שר המשפטים לדרישה לחתימת קיום שבסעיף 2(ב) לחוק המעבר ובסעיף 11(א)(1) לחוק יסוד: נשיא המדינה, ולפיה חוק של הכנסת יישא את חתימתם של נשיא המדינה, ראש הממשלה, יושב-ראש הכנסת והשר הנוגע בדבר. אלמלא לכבודו של המסמך בלבד כוונו הדברים, היה היעדר חתימתו של מי מאלה שולל מן החוק את תוקפו על אף שנתקבל בכנסת כדין, ולא כך מקובל לחשוב (רובינשטיין ומדינה לעיל, בעמ' 744, 1055; השופט ג' בך בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 583, 221 (1995)).

19. גישת הכיבוד היא גישה מצמצמת, ורבים הם החולקים עליה. לא זו בלבד שהוספתה של חתימה שנייה – ויחידה, של הממשלה בלבד – למסמך נשיאותי עלולה לגרוע ממראה פניו תחת שתוסיף לו, אלא שבפרט קשה ליישב גישה זו עם הדרישה כי דווקא שרי המשפטים והביטחון הם שיהיו אמונים על חתימת הקיום. אם התחום עליו מופקדים השרים שייך לענין, אין זאת אלא שלחתימתם ערך מוסף ממשי, הנובע מן התחום הזה. מהו אותו ערך, זאת נדרשים אנו לברר.

חתימת הקיום כצינור לביקורת חיצונית?

20. במענה לשאלה מדוע דווקא החלטותיו של נשיא המדינה זקוקות לחותמת כשרות, אחת ההצעות היא כי זו החסינות הייחודית שמעניק הדין לנשיא אשר ברקע הדברים. החסינות, הקבועה בסעיף 13 לחוק-היסוד, אינה מאפשרת להעמיד החלטות שקיבל הנשיא בגדרי תפקידו לביקורת שיפוטית ופרלמנטארית ישירה (בג"ץ 428/86 ברזילי הנ"ל, בעמ' 556; 587; בג"ץ 706/94 רונן הנ"ל, בעמ' 412; השופט מ' חשין

בבג"ץ 89/01 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ועדת השחרורים, פ"ד נה(2) 838, 886 (2001); בבג"ץ 3905/07 שמן נ' נשיא המדינה (טרם פורסם, 7.5.07); בבג"ץ 9631/07 כץ הנ"ל, בפסקאות 14-15), ויש הגורסים שאף לא לביקורת המיושמת בידי מבקר המדינה (אך ראו סבה היבטים משפטיים לעיל, בעמ' 218).

21. אלא שההלכה קובעת עוד ש"אין מניעה, כי חוקיות פעולתו של הנשיא תיבחן במקרה מתאים באופן עקיף" (הנשיא מ' שמגר בבג"ץ 428/86 בדילי הנ"ל, בעמ' 556). "הביקורת לא תיעשה בהתקפת-מישרין נגד הנשיא ונגד פעולתו אלא בהתקפת-עקיפין נגד המעשה גופו" (השופט חשין בבג"ץ 706/94 רונן הנ"ל, בעמ' 412). "ביקורת שיפוטית עקיפה זו", כתב השופט ברק, "חיונית היא. בלעדיה הופכת הסמכות, הלכה למעשה, לבלתי מוגבלת. סמכויות בלתי מוגבלות של רשויות השלטון נוגדות את האופי הדמוקרטי של המשטר" (ענין בדילי, בעמ' 588). לאמור, באמצעות השגה על פעולתו של גורם אחר, המעורב בצורה זו או אחרת בהחלטת החנינה שנתקבלה, ניתן לבקר את הפועל היוצא של החלטת הנשיא בלא שהדבר ייחשב לפגיעה בסמכותו. חתימת הקיום, יש הטוענים, היא-היא אותה חוליה מקשרת, אשר נועדה להבטיח כי כל החלטה נשיאותית תוכל לעמוד לעיונם של גורמי הביקורת, כיאה למשטר דמוקרטי.

רעיון זה נקלט באחדות משיטות המשפט בעולם. בצרפת, שבה מחד קבועה בחוקה דרישה לחתימת קיום בעניני חנינה ([סעיף 19 לחוקת הרפובליקה החמישית](#)), ומאידך מסורה, כאמור, סמכות החנינה לנשיא (אם כי קיים הליך של סינון מקדים בידי משרד המשפטים, וגדריה של החנינה הנם מצומצמים מבעבר, Levy, *Supra*, at p. 557), נטען כי מטרתה של חתימת הקיום היא לאפשר אחריות בפני הפרלמנט (Julien Laferrière, *Le Contresein Ministériel, extrait de la Revue Générale d'Administration* 17; 35 (1908), כנזכר אצל סבה במשפטים ח לעיל, ה"ש 96 ו-100). גם בבולגריה, שכמו מרבית מדינות הגוש המזרחי לשעבר נדרשה לנסח מחדש את חוקתה עם המעבר לשיטה של דמוקרטיה פרלמנטרית והתמודדה עם שאלת סמכויותיו של נשיאה, קבע בית-המשפט החוקתי בשנת 1996 כי אופיה הביצועי של סמכות החנינה שבידי הנשיא מחד, והחסינות המוקנית לו מאידך, הופכים את הדרישה לחתימת קיום של ראש הממשלה או של אחד משריו, [הקבועה בסעיף 102\(2\) לחוקה](#), לאמצעי חיוני בהכפפתה של החנינה לביקורת פרלמנטרית (Hristo D. Dimitrov, *The Bulgarian Constitutional Court and Its Interpretive Jurisdiction*, 37 Colum. J. Transnat'l L. 459, 495 (1999)).



פרופסור סבה סבור כי במשפטנו אומצה גישה דומה. להשקפתו, חתימת הקיום נועדה לאפשר ביקורת חיצונית על החלטותיו של נשיא המדינה. "מטרת הדרישה [לחתימת קיום]", כתב, "היא להטיל אחריות פרלמנטרית בשל פעולותיו של נשיא המדינה על הממשלה" (סבה משפטים ח לעיל, בעמ' 249). זאת אף שלגישתו, כאמור, אין בכך די כדי להפוך את השר לשותף לשיקול-הדעת המשמש בסיס לאותן פעולות, וחתימתו היא מנדטורית (שם, בעמ' 248).

22. יש שיטענו, כי רעיון זה אינו מתיישב עם ההכרה בסמכות החנינה כפררוגטיבה נשיאותית, אלא שבטענה זו אין מאום, באשר סמכות ייחודית אין פירושה בשיטתנו המשפטית סמכות בלתי מבוקרת. קושי רציני יותר מצוי בכך, שספק אם ניתן להכיר באחריותו של הגורם הנוסף, הוא השר, בלא שיוענק בידיו כוח בעיצוב דמותה של ההחלטה שהתקבלה. בהיעדר יכולת מצדו לבקר את החלטת הנשיא לגופה, כיצד זה יוכל השר לעמוד בעצמו לביקורת מן החוץ? כלום יוכל הוא להראות למקטרגיו כי פעל לתיקונה של החלטה פגומה? (לנדוי פירוש לחוקי היסוד לעיל, בעמ' 42; רובינשטיין ומדינה לעיל, בעמ' 1063). ומדוע זה יתאפשר, באמצעות בחינתה של חתימת הקיום, לרשויות המחוקקת והשופטת לבקר בעקיפין את תוכנה של החלטת הנשיא, אך חלקה של הרשות המבצעת – המנועה מהפעלת שיקול-דעת באשר לתוכן ההחלטה, ייגרע?

23. השגות אלו מעוררות קושי של ממש, והדבר אך מתחדד נוכח העובדה כי עיקרה של הביקורת העקיפה על החלטות הנשיא ממילא מובטח באמצעותם של כלים אחרים שפותחו במשפטנו. מהם אותם כלים? יש שסברו, כי נמנים עמם מנגנוני ההמלצה המקדמית לנשיא. השופט אגרנט כתב כי "ברי, שהמלצה זו – ולכן גם החלטת החנינה – נתונה לביקורת של הכנסת" (ד"נ 13/60 מתאנה הנ"ל, בעמ' 454). אלא שמתקשה אני לראות כיצד זה ניתן לבקר החלטה, שקיבל הנשיא על יסוד ההמלצות שבפניו, לאחר שבאה כבר לאוויר העולם. אפילו נמצא כי באותן המלצות נפל פגם מנהלי, הרי כל סעד חיצוני שיגרע מתוקפה של החלטת החנינה אין פירושו אלא ביקורת ישירה על פעולתו של נשיא המדינה.

קושי זה אינו מאפיין, מנגד, ביקורת חיצונית על פעולות שנקטו גורמי המנהל בעקבותיה של החלטה לחון. כוונתי היא למסלול אותו התוותה הפסיקה בפרשות מתאנה וברזילי. בזו האחרונה הועמד הבסיס המשפטי לבחינתה של החנינה על הכושר לבקר את פעולתו של היועץ המשפטי לממשלה, שבעקבות החלטתו של נשיא המדינה הורה לחדול מחקירה משטרתית. חוקיותה של החלטתו-הוא – ולא של החלטת הנשיא – היא שעמדה למבחן, באמצעות בחינתה של סמכות הנשיא ליתן חנינה בנסיבותיה של

אותה פרשה. אכן, משנתקבלה החלטה בדבר מתן חנינה – וממילא רק אז מצוי דבר אשר ניתן לקיימו, מצריך יישומה של ההחלטה את פעולתם של גורמים מנהליים שונים. אלה עומדים, ללא קושי, לביקורת שיסודה בכללי המשפט הציבורי. הביקורת (הישירה) על פעולתם היא המנוף לביקורת (העקיפה) על הכרעות הנשיא. וכדברי השופט ברנזון: "אין כל צורך לפסול את מעשה [הנשיא] גופו. די לנו בכך שנמשוך את ידינו מלתת לו תוקף ולא נושיט יד-עזר לביצועו" (ע"פ 185/59 מתאנה הנ"ל, בעמ' 979).

24. אך האם בכך די? האם בהיקף הביקורת על יסודן של ההלכות הללו, חסר דבר מה אשר ניתן היה להשלימו לו נקבע כי ייעודה של חתימת הקיום הוא לשמש מנוף לביקורת חיצונית? להשקפתי, את עיקר המשא שמבקשים להטיל על שכמה של חתימת הקיום, נושאות ממילא ההלכות שנסקרו ללא קושי. אין זה, אפוא, מייעודיה של חתימת הקיום לאפשר ביקורת חיצונית על הליך החנינה. לא זו הסיבה שלשמה בא לעולם מוסד משפטי זה.

חתימת הקיום אינה משמשת לאימות החנינה

25. ייעודה של החתימה הנוספת, טענו אחרים, הוא אישור חוקיותם הפורמאלית של המסמך או של ההחלטה להם היא נלווית, או אימות חתימתו של הגורם המוסמך עליהם. גישה זו שואבת משורשיו ההיסטוריים של המונח חתימת קיום (Countersignature), המוגדר במילונו המשפטי של Black, כך:

"**Countersignature:** [T]he signature of a secretary or other subordinate officer to any writing signed by the principal or superior to vouch for the authenticity of it". [Henry C. Black, Black's Law Dictionary (6<sup>th</sup> ed., 1990)]

מודל זה אומץ בשיטת המשפט האנגלית. בעבר נדרש כתב חנינה, כדי שיהא תקף, להיות חתום בחותם המלכותי (The Great Seal), שהוטבע על מסמכים חשובים של הכתר. לימים נקבע, כי חתימת הקיום של אחד משרי הכתר יכולה לשמש תחליף לחותם הגדול באימות האותנטיות של כתב החנינה ([Criminal Law Act 1967, c. 58.](#)) ; [§ 9 \(Eng.\)](#) ; 10 Holdsworth, A History of English Law 494 (1966) ; 8(2) Halsbury's Laws of England 482, 518 (1996) Attorney-General of ; 8(2) Halsbury's Laws of England 482, 518 (1996) ; 1 A.C. 396, 410 (1994) Trinidad and Tobago v. Lennox Phillip, [1995] ; סבה היבטים משפטיים לעיל, בעמ' 24 ה"ש 130). הגישה המאמתת נקוטה גם בארצות-הברית, ברמה המדינתית. ברבות ממדינות האיחוד נקבע כי החלטות בדבר חנינה,

שהסמכות לתתן היא כאמור בידי המושל, יהיו תקפות אך משאומתו בידי מזכיר המדינה, באמצעות החותם הרשמי. וכפי שהסביר בית-משפט אמריקני לפני שנים, חתימת הקיום נועדה להבטיח כי השימוש בסמכות החנינה – רבת העוצמה – ייעשה בידי המוסמך לכך בלבד ( Okla. Crim. ) 347, 351 ( Okla. Crim. ) 25 Ex parte Jones, (App. 1923).

26. בדיונים בחוק יסוד: נשיא המדינה אמר שר המשפטים, דב יוסף, גם את הדברים האלה: "ההכרעה לתת חנינה היא בידי הנשיא בלבד, אם כי שר המשפטים צריך לאמת את חתימתו" (ד"כ 40 לעיל, בעמ' 2086). האם יש בכך כדי לאמץ את גישת האימות אל משפטנו? תשובתי שלילית. גישה זו אינה הולמת את תכליתו של דבר החקיקה ועל כן אין היא מתאימה לדין הישראלי. לא זו בלבד שאין בכוחה להסביר מדוע דווקא שרי המשפטים והביטחון הם שנדרשים לחתום (סבה משפטית ח לעיל, בעמ' 241), אלא שאם תפקידה של חתימת הקיום מתמצה באימות חתימתו של נשיא המדינה על כתב החנינה או בוידוא היותו של זה מסמך רשמי מאת הנשיא, הרי ששוב נדמית היא מיותרת. כלום ניתן ברצינות להלום אפשרות, כי אין בנמצא אמצעים אחרים, ומקורם במנגנון העוטף את נשיא המדינה, אשר יבטיחו כי החלטה הנחזית להיות החלטתו של הנשיא היא אותנטית? ואם מנגנון האימות הוא כה חשוב, מדוע אין הוא מיושם באשר להחלטות שלטוניות אחרות, מהן חשובות במידה ניכרת מאלו העוסקות בעניני חנינה? אין צורך לשוב ולצטט את אמרתו המפורסמת של השופט י' זוסמן (בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 513 (1970)) כדי לקבוע, שמשפטנו ממעט לצדד בשרידים אנכרוניסטיים, שתולדתם בימים עברו ושוב אין הם נושאים עמם כל ערך חי לסביבה הנורמטיבית בה הם נטועים. כזה הוא מנגנון האימות.

27. מן המסקנות אליהן הגעתי עד כה – והן כי ייעודה של חתימת הקיום קשור בתחומי אחריותו המקצועיים של השר החותם, כי על החתימה לספק ערך מוסף להליך החנינה וכי היא קשורה בטבורה למהותה של סמכות החנינה ולתפקידו של האוחז בה, קמה ומתגבשת מסקנתי הסופית בעתירה זו.

חתימת הקיום, והבטחת ההליך הממשלתי הסובב את החלטת הנשיא

28. שיקול-הדעת המוקנה לגורמי הממשלה בתוקף אחריותם המקצועית, מתמקד בעשייה החיצונית לבית-הנשיא, אשר האחריות לה מוטלת על רשויות המנהל השונות. אף כי הממשלה אינה אוחזת בכוח ההכרעה בעניני חנינה, ידה רב לה בהליכי החנינה. מנגנוניה אמונים על חלק ניכר ממלאכת איסופו ועיבודו של המידע, המונח בפני הנשיא ביושבו להכריע בבקשות שבפניו. גורמי הממשלה ומנגנונים מנהליים אחרים,

מרכזים את מלוא המידע הרלוואנטי הנוגע למבקש החנינה בדרך של איסוף, חקירה ובירור; הם מנתחים מידע זה, וכחלק מקונבנציה חוקתית שקנתה לה שבת במשפטנו אף מחלצים ממנו מסקנה. כל אלה מובאים בפני הנשיא, ומשמים בידיו כלי רב ערך בגיבוש החלטתו. ברי, כי פעמים רבות תלוי נשיא המדינה בחומר זה המונח בפניו, לא משום שהוא מחויב בדרך כלשהי לעמדתם של אוספיו, אלא משום שמטבעו, המנגנון המיומן בריכוז החומר הוא המנגנון המנהלי. נדבכיו של מנגנון זה הם רשויות החקירה והתביעה, גורמי שירות-המבחן, אנשי מחלקת החנינות במשרד המשפטים, ועדות השחרורים שלפי חוק שחרור על תנאי ממאסר, התשס"א-2001, הגורמים הממונים על המרשם הפלילי, רשויות בתי-הסוהר ואחרים. אלה נדרשים גם לפעולות העוקבות למתן חנינה וכרוכות ביישומה של הכרעת הנשיא. אמנם, מרביתם אינם כפופים מבחינה מנהלית לשר החותם. ואולם אין כמו השר, מתוקף תפקידו, מתאים לרכז את פעולתם בהקשרו של הליך החנינה, לתאם בינם לבין עצמם ולשמש חוליה מקשרת בינם לבין המנגנון הפועל בבית-הנשיא.

חתימת הקיום נועדה, אפוא, להבטיח כי כל הפעולות המקדימות להן נדרשים גורמי המנהל התקיימו כסדרן, כי כל החומר הרלוואנטי נאסף והועבר לעיונו של נשיא המדינה, וכי הכלים עליהם אמונות רשויות המנהל, ודרושים לנשיא לצורך הכרעה, ניתנו בידיו. אם נמצא המידע שלוקט חסר או שגוי, אם נמצא מי אשר בעותרו לחנינה ביקש להונות את הנשיא (בג"ץ 706/94 רונן הנ"ל), אם נמצא כי בטעות או בכוונת מכוון הושמטו פרטים רלוואנטיים להחלטה, אם נמצא כי נפל פגם בהמלצה שהונחה בפני הנשיא (השוו לרע"ב 433/07 הוכברג נ' ועדת השחרורים המיוחדת (טרם פורסם, 2.12.07)) – בכל אלה ועוד, תפקידו של השר הוא לוודא כי הטעון תיקון יתוקן בטרם יוסיף – כפי שהוא נדרש – את חתימתו. ומשהוספה החתימה, היא מאותתת לגורמי המנהל כי נסללה הדרך ליישומה של החלטה נשיאותית שבסיסה שלם. אכן, בשיקול-דעתו של הנשיא אין השר מתערב, אך מתפקידו להבטיח כי לְקִשֹׁת הנשיא עומד הדרוש לצורך הפעלתו של שיקול-הדעת שנמסר לו.

סיכומו של ענין, מלאכתו של השר בהקשרה של חתימת הקיום אינה משתרעת אלא על תחומי אחריותה של הרשות המבצעת בגדרו של הליך החנינה. וכפי שהוסיף וכתב בית-המשפט האיטלקי בפרשה הנזכרת לעיל:

"[I]n view of the President's decision to grant a pardon, the countersignature of the decree of pardon by the Minister of Justice amounts to an act in which the Minister limits himself to confirming the completeness and regularity of the

preliminary inquiries and the procedure followed. It also follows from this that the political and legal liability of the countersigning minister is, pursuant to Article 89 of the Constitution, naturally limited to his level of participation in the procedure resulting in the granting of a pardon". [*Supra*, English translation in origin.]

זהו, להשקפתי, פירושה הראוי של הדרישה לחתימת קיום. זוהי תרומתו הממשית של מוסד זה לתקינותו של הליך החנינה ולנאותותו.

ובאשר לעותר

29. כמפורט בראשית הדברים, בענינו של העותר שוררת אי-בהירות באשר לחומר ששימש בסיס להחלטתו של נשיא המדינה. על-פניו, כעולה מתשובת המדינה, קיים חשש כי מסיבה כלשהי לא הגיע דבר התנהגותו של העותר בעת מאסרו, עליו הצביעו הגורמים הממליצים, לידיעתו של כבוד הנשיא. חובתו של שר המשפטים הייתה, ועודנה, לברר את הסוגיה ולבחון אם לחשש כאמור אכן נמצא בסיס. ככל שיתברר, כי המידע שהונח בפני הנשיא היה חסר, על השר לדאוג להשלמתה של התמונה והנשיא יחליט ככל שיחליט (אם ידבק בהכרעת קודמו או שיראה לשנות ממנה – אין זה ענין לעתירה שבפנינו). וככל שמנגד, יוברר כי החלטתו של הנשיא נתקבלה כשבפניו כלל המידע הרלוואנטי, כי אז תיסלל הדרך להוספתה של חתימת הקיום בידי השר, ללא עיכוב נוסף.

בכפוף לתוצאה זו, אציע לחברי כי נדחה את העתירה ללא צו להוצאות.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין

א. עיינתי בחוות דעתו המקיפה והמעניינת של חברי השופט לוי. להבנתי, משמעה הוא שתוכן חתימת הקיום על פי סעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה בקשר לחנינה, הוא בדיקה ווידוא כי כל המידע הרלבנטי נמצא בפני הנשיא; ולכאורה איפוא, אם מתקיים תנאי זה, על השר לחתום את חתימת הקיום ואין עמו שיקול דעת להימנע מכך. גישתי שונה במקצת.

על מוסד החנינה ומערכת היחסים בין הרשויות

ב. בטרם נבוא לפרשת הדרכים בה נפרדות גישותינו, אנסה לסכם בקצרה את המשותף, שכן דומני כי למצער בכל הנוגע לניתוח החוקתי רב הוא על השנוי במחלוקת. מקובלת עלי הקביעה, כי "סמכות החנינה בישראל אינה סמכות ביצועית", אף מקובל עלי כי "לנשיא המדינה מעמד נפרד מזה של כל אחת מרשויות השלטון האחרות" (פסקה 10) ושמעמד ייחודי זה עומד ביסוד יכולתו "לשנות את שמצדיק שינוי... בתוצאה אליה הגיעו רשויות השלטון האחרות" (פסקה 10). ולאידך גיסא, גם חברי מציין, כי למעשה שיקול דעתו של הנשיא אינו בלתי מוגבל, וכי הרשות המבצעת חייבת להפעיל שיקול דעת בכל הנוגע להוצאת חנינה אל הפועל (פסקאות 23-24). מעורבותה של הרשות המינהלית באה לידי ביטוי לשיטתו, בשיקול הדעת שחייבים "גורמים מינהליים שונים" (פסקה 23) להפעיל על מנת להכריע האם ליישם את הוראת הנשיא, ובביקורת השיפוטית על הכרעה זו.

ג. לא היחס הבסיסי למוסד הנשיאות, ובתוכו למוסד החנינה, הוא העומד איפוא ביסוד ההבדל בין עמדותינו, כי אם שאלת תפקידה של חתימת הקיום במכלול חוקתי מוסכם זה. לשיטת חברי אין הדרישה לחתימת קיום מקנה שיקול דעת לשר בשורה התחתונה של החנינה - זה שמור לאותם גורמים מינהליים האמונים על הוצאת כתב החנינה לפועל. לדידי, משהוסכם כי למעשה לסמכות הנשיא מגבלות מסוימות, המתבטאות בשיקול דעת של גורמים מינהליים, ראוי כי זה יופעל - במקרים החריגים והקיצוניים בהם כך יקרה - במסגרת המעורבות שהחוק מקנה מפורשות לשר בתהליך החנינה (חתימת הקיום), ולא על ידי גורמים מינהליים שונים שיהא עליהם לסרב, לאחר שנפל הפור, למלא הוראה נשיאותית המקוימת בחתימת השר. לדידי, היתרון המבני והפרשני שבהענקת שיקול דעת לשר המשפטים (או הביטחון) עולה על החיסרון הנובע משיוכם הפוליטי, ומאוזן היטב עם האפשרות לביקורת שיפוטית. אין איפוא חולק, כי חנינתו הלכה למעשה של עבריין היא תהליך המקנה תפקיד, אם גם מוגבל וחריג, לרשות המבצעת - השאלה היא רק מעמדה של חתימת הקיום בתהליך זה ולכך נפנה.

טעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה - רקע

ד. סמכות הנשיא לענין חנינה ראשיתה מימי חוק המעבר תש"ט - 1949, חוק ראשון לכנסת ישראל, שבסעיף 6 בו נאמר בין השאר: "וכן נתונה לו (לנשיא - א"ר) הסמכות לחון עבריינים ולהפחית ענשים". לימים הוכנסה הסמכות לחוק יסוד: נשיא המדינה, ובדברי ההסבר לו (הצעות חוק תשכ"ג, 136, 138) נאמר רק, כי "הוראות

ההצעה לקוחות, רובן, מחוקים קיימים, דהיינו חוק המעבר, תש"ט - 1949 (סעיפים 7-6), וחוק כהונת נשיא המדינה, תשי"ב - 1951" (חוק אחרון זה לא עסק בסמכויות).

ה. נבוא עתה לענייננו שלנו, מהותה של חתימת הקיום בהליך החנינה. אכן, על פניה - לפי לשונו של סעיף 12 שאינו מבחין בין מסמכים שונים - חתימת הקיום בענין זה, כדרך כל חתימות הקיום, היא ענין כמעט פורמלי:

"חתימתו של נשיא המדינה על מסמך רשמי טעונה חתימת קיום של ראש הממשלה או של שר אחר שהחליטה עליו הממשלה, זולת מסמך הקשור בכינון הממשלה או בפיזור הכנסת".

ו. בעת חקיקתו של חוק היסוד (בשנת תשכ"ד) היו חברי כנסת מן האופוזיציה דאז - ת' טובי מן הקומוניסטים, 'י' שופמן מחרות ו'י' קושניר ממפ"מ - שביקשו להחיל את הסייג שבסיפה גם על חנינה והקלה בעונשין (דברי הכנסת כרך 40, ישיבות כ"ט בסיון תשכ"ד (9.6.64) ובמיוחד ו' בתמוז תשכ"ד (16.6.64)). את עמדתה של ועדת החוקה, חוק ומשפט הציג ח"כ מ' אונא, יו"ר הוועדה, שציין (עמ' 2018) כי לאחר ויכוח הוחלט בה שגם בנושא זה אין לוותר על חתימת הקיום. המסתייגים נימקו עמדתם בבלעדיות סמכותו של הנשיא (ח"כ טובי בעמ' 2084), במצפוניות הנשיא (ח"כ שופמן בעמ' 2084-2085), ובחשש לכרסום והתערבות בפררוגטיבה של הנשיא (ח"כ קושניר בעמ' 2085). מנגד, שר המשפטים דב יוסף ראה בחתימת הקיום גם דרך למניעת לחצים על הנשיא לענין מתן חנינות (עמ' 2085), ומכל מקום ציין בסופו של יום, כי:

"גם לשר המשפטים כמו לאחרים, יש יחס לנשיא, והוא גם יודע מה כתוב בחוק. הוא יודע שאם הנשיא יעמוד על איזה דבר, לא יוכל שר המשפטים סתם להגיד 'לא'. במקרה כזה יתקיים ביניהם בירור, האחד ינסה לשכנע את חברו, אבל בכל מקרה ההכרעה לתת חנינה היא בידי הנשיא בלבד, אם כי שר המשפטים צריך לאמת את חתימתו" (עמ' 2086).

הסתייגות חברי הכנסת לא נתקבלה - ומכאן לכאורה שנדחתה גישת אי ההתערבות (ולוא גם סמלית) בשיקול הדעת הנשיאותי; ולאידך - נוכח דבריו המפורשים של השר דב יוסף, ניתן לסבור כחברי השופט לוי, כי דין חתימת הקיום בשורתו התחתונה אינו שונה מדין חתימת קיום אחרת.

ואף על פי כן, שיקול דעת

ז. והנה, פרופ' י"ה קלינגהופר, בהרצאתו הנזכרת, הבחין בין חתימת קיום בנושא שהחוק מחייב לגביו, כגון מינוי שופט בעקבות החלטת ועדת הבחירה - שאין בו שיקול דעת לנשיא, ועל כן ממילא גם חתימת הקיום מתחייבת, לבין מקום שיש בו שיקול דעת לנשיא, כמו בחנינה. במקרה אחרון זה, סבור פרופ' קלינגהופר, כי רשאי חבר הממשלה לפי שיקול דעתו לסרב חתימתו ועל-ידי הסירוב לגרום לכך שהחנינה לא תקבל תוקף. זו גם השקפתו של הנשיא (בדימוס) משה לנדוי (חוק יסוד: נשיא המדינה, בעמ' 43, 50) וכן השקפת המלומדים אמנון רובינשטיין וברק מדינה (המשפט החוקתי, כרך שני, 1062-1063). לשיטתם:

"הקביעה, לפיה החלטת הנשיא בדבר חנינה טעונה 'חתימת קיום' של שר המשפטים, מקנה לשר סמכות להפעיל שיקול דעת אם להיעתר לבקשת החנינה. השר נושא באחריות פרלמנטרית וציבורית לחתימתו, ואין להטילה עליו בלא לאפשר לו שיקול דעת בעניין. כמו כן, העובדה שמדובר בסמכות שלא לאשר הענקת חנינה (ולא בסמכות לחייב את הנשיא להעניק חנינה...) מחלישה את עוצמת הקושי הנובע מהענקת הסמכות לגורמים פוליטיים להעניק חנינה" (ההדגשות הוספו - א"ר).

זו גם רוחה של הפסיקה מקדם: ראו דברי השופט (כתארו אז) אגרנט בפרשת דאובן, כי שר המשפטים "הוא הוא המוסמך לקיים, אם הנהו רואה לנכון לעשות כן, את חתימת הנשיא בכתב החנינה" (עמ' 756; הדגשה הוספה - א"ר); ברוח דומה ראו דבריו בפרשת מתאנה (בעמ' 454), ודברי השופט ברנזון באותה פרשה (בעמ' 472).

ח. אף הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.4002, שראשיתה בשנת תשל"ה (בימי היועץ המשפטי, לימים שופט ונשיא בבית משפט זה, מאיר שמגר), ואשר עודכנה בתשס"ג (למען הגילוי הנאות - בימי כהונתי כיועץ משפטי לממשלה), מפרשת כי בידי השר לסרב לחתום חתימת קיום. לעניין דברי שר המשפטים דב יוסף בדיון בכנסת על חוק היסוד אומרת ההנחיה:

"דומה שהיוצא מן הכלל בו השר יגלה דעתו לנשיא שאין הוא מוכן לתת חתימת קיום צריך להיות אותו מקרה חריג וקיצוני בו חש השר שמבחינה מצפונית אינו יכול לתת ידו לאקט החנינה, ואשר לא יוכל להגן עליו כל עיקר מבחינה ציבורית או פרלמנטרית. הכלל הוא כאמור מתן חתימת הקיום".



קרי, לפי דעה זו יתכן בסופו של יום מקרה חריג קיצוני - אף כי הדבר אינו רצוי ככלל - שבו לא יתן השר חתימתו. חברי סבור, כך נראה, כי אין לקבל מצב זה, והשר יחוב בחתימת הקיום משנשתכנע כי לפני הנשיא היה כל החומר הרלבנטי, וזאת בדומה לחובתו לחתום חתימת קיום כלפי הפעלת סמכויות הנשיא שאין בהן שיקול דעת.

ט. לטעמי, בהמשך לאסמכתאות שהובאו מעלה, יש טעמים פרשניים וערכיים התומכים בגישה שלפיה בידי השר - והדבר יארע כמובן אך במקרים חריגים קיצוניים כאמור - שלא לאפשר את מימוש החנינה, על-ידי הימנעות מחתימת הקיום. אמנם על פני הדברים מעורר הדבר קושי עיוני, ולא רק פורמלי, שהרי החנינה היא אחת הסמכויות הבודדות שניתנו לנשיא בשיקול דעת - ברם, חברי כבר סקר את ההלכות המאפשרות ביקורת עקיפה על הכרעת הנשיא, ושאלת שיקול דעתה של הרשות (וכמובן הביקורת השיפוטית עליה) בהליך החנינה אינה עוד שאלה של קיום אלא של מיקום (ואודה, ישנם שיקולים אמיתיים לכאן או לכאן). חברי קובע, כי לא ניתן לראות בחתימת הקיום אקט "טכני" בלבד, וכי "על החתימה לספק ערך מוסף להליך החנינה וכי היא קשורה בטבורה למהותה של סמכות החנינה" (פסקה 27). דברים אלה כמובן מקובלים עלי, ואולם דרכינו נפרדות במקום שבו מסייג חברי את תוקף חתימת הקיום להבטחה:

"כי כל הפעולות המקדימות להן נדרשים גורמי המינהל התקיימו כסדרן, כי כל החומר הרלבנטי נאסף והועבר לעיונו של נשיא המדינה, וכי הכלים עליהם אמונות רשויות המינהל, ודרושים לנשיא לצורך הכרעה, ניתנו בידיו" (פסקה 28).

לדעתי אכן גם כך, אך לא רק כך. לדידי, יש בחתימת הקיום משום סוג של בקרה על הליך החנינה, לשם נקיון הדעת, כדי לוודא לא רק אם כל החומר הראוי הונח לפני הנשיא, אלא גם - למשל - אם לא נתערבו בהחלטה שיקולים זרים חלילה.

על סמכות ללא גבולות

י. הדברים הבאים נכתבים מתוך כבוד ראוי למוסד הנשיאות, ומתוך הבנה כי ברובא דרובא של המקרים תינתן, כאמור, חתימת הקיום על-ידי שר המשפטים ויבוא לציון גואל. נער הייתי וגם זקנתי, ודומני - בכל הכבוד והיקר - שלא יתכן במערכת ממשל מי שחסיין גם מבקרה חיצונית, מכובדת ועדינה ככל שתהא; אין מי שנעלה מכך. התפיסה האידיאליסטית של החלטה שאין ולא כלום אחריה אלא לפנייה בלבד, כשיטות שציין חברי וכשיטת חברי עצמו, דומני כי יפה היא לשוכן שחקים ולא לבשר ודם. אכן,

אין על החלטת הנשיא ערעור, אך דווקא משום כך יש צורך בבקרה, ליום סגריר ולמניעתו של שימוש לרעה, חלילה, בסמכות. חתימת הקיום של השר צריך שתהא מעין "שומר שער" לנשיא. אומר בכירור: חתימת הקיום אינה באה לשלול את שיקול הדעת, אלא את שיקול הדעת החורג מן הדין בהיותו פגום (השוו גם דברי השופט ברנזון בע"פ 185/59 מתאנה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד(2) 970, 979; א' קלגסבלד, "הערה להיקף חסינותו של נשיא המדינה" עיוני משפט ז (תשל"ט) 238, 243-244). הרי להלכה יתכן מקרה שבו יפעעו חלילה, מטעם זה או אחר, שיקולים בעייתיים להחלטתו של נשיא, גם אם יהא זה חריג קיצוני. הדברים נאמרים כמובן לא כלפי נשיא ספציפי אלא בגישה עקרונית.

י"א. לענין זה, מתוך אותו נקיון דעת, נרחיק עדותנו. חברי השופט לוי סקר מקרים במדינות זרות, שבהן עשו נשיאים שימוש פוליטי כזה או אחר בסמכות החנינה - למשל בצרפת ובארה"ב. כשביצר לב האדם עסקינן, ומבלי לפגוע באיש - סדנא דארעא חד הוא - קשה לחלוק על כך שתיתכן למעשה, כפי שאירע על פי טענות הביקורת, הפעלה לא נאותה של סמכות החנינה. וכבר ציין השופט (כתארו אז) ברק מפי השופט דגלס מארה"ב, כי סמכויות מוחלטות הן "תחילת סופה של החרות" (בג"צ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 503, 588, 579). אכן, אין שיטת המשפט שלנו דומה באופן זהה לשיטות משפט זרות, גם אם יש כמובן דמיון בחלק ממוסדותיה ומרכיביה, אך ניתן ללמוד מאשר אולי אירע בהן גזירה שוה, למצער בהינתן הטבע האנושי.

י"ב. תישאל השאלה, וכלום השר, שהוא אישיות פוליטית, מתאים להיות "יחידת הבקרה" כלפי הנשיא? והרי הדוגמה הבריטית שמתאר חברי הניעה את המטוטלת מן השר לעבר מועצה ציבורית. תשובה לכך היא, שאכן אין הדבר נטול בעייתיות, אך סביב השר ישנם מנגנונים לא מעטים, שגם מנה חברי, ולכן הסיכוי שהשר יפעל באופן לא ראוי כשהמנגנונים הללו במקומם - פוחת בהרבה. יתר על כן, השר נתון לביקורת ישירה של בית משפט זה בשבתו כבג"צ, דבר שעליו בודאי אין חולק. ומנגד, אין להתעלם מהמורכבות (או "המוזרות" בלשון קלגסבלד, בעמ' 240) שבמנגנון התקיפה העקיפה - שעה ששר המשפטים מנוע מתחילה, במהלך מעשה החנינה, מהפעלת שיקול דעת, אך שיקול דעת זה נדרש מגורמים מינהליים, שבכגון דא אין הדבר ככלל נתון לשיקול דעתם.

י"ג. סוף דבר, "השורה התחתונה" לטעמי היא כי במקרה הנדיר והחריג, שבו לאחר שיקול דעת "ידו של השר רועדת" בהרימו את עטו לשם חתימת הקיום, בידו שלא לעשות כן.

חנינה - "חסד שאינו מכחיש הדין לגמרי"

י"ד. משאמרנו שהחנינה היא פררוגטיבה נשיאותית - אך שיש לשר המשפטים שיקול דעתו מהותי, נמצאנו אומרים שהחנינה תחומה בגדרי סבירות. בענייננו מדובר בגדרים עדינים. חברי עמד על כך, כי:

"בהעניקו חנינה משנה הנשיא מפעולותיו של המחוקק... הוא משנה מפעולותיה של הרשות המבצעת אשר חקרה... הוא משנה מפעולתו של בית המשפט" (פסקה 10).

אכן, קשה מאוד לשרטט אמות מידה לבחינת החנינה - ולא קלה מלאכת הבחינה שעה ששיקול הדעת רחב מאוד אל מול שורת הדין. במסגרת הלשונית, מקור הביטוי "חנינה" בנבואת זעם של גלות וסבל, שהנביא מסיימה במלים "אֲשֶׁר לֹא אֶתֶן לְכֶם תְּנִינָה" (ירמיהו ט"ז, י"ג; א' בן יהודה, מלון הלשון העברית הישנה והחדשה, ערך חנינה). קרי, רחמים מאת האל (ראו פירוש ר' דוד קמחי (רד"ק), שם). במקורותינו מתוארת חנינת האל כאקט שאינו טעון אמות מידה והסבר: "אמר רבי מאיר... וחנוני את אשר אחן - אף על פי שאינו הגון; ורחמתי את אשר ארחם - אף על פי שאינו הגון" (בבלי, ברכות ז ע"א).

ט"ו. על הפסוק הנזכר, "וְחַנְּנִיתִי אֶת אֲשֶׁר אֶחָן וְרַחֲמִיתִי אֶת אֲשֶׁר אֶרְחֶם" (שמות ל"ג, י"ט), אומר המדרש:

"וחננתי את אשר אחון למי שאני מבקש לחון... " (שמות רבה, פרשה מ"ה; ההדגשה הוספה - א"ר).

ומוסיף רש"י "וחננתי את אשר אחן - אותן פעמים שארצה לחון" (ההדגשה הוספה - א"ר). החנינה היא למי שהחונן "מבקש לחון" ורק "באותן פעמים" שהוא חפץ לעשות כן. עמד על הדברים השופט (כתארו אז) חיים כהן:

"במושג החנינה שבלשון העברית טמון היה מקדמת דנא אלמנט של רצון חפשי ובלתי מסוייג, אפילו של שרירות לב" (פרשת מתאנה, 463).

ט"ז. ברי, כי אם נעתיק את סמכות החנינה במובנה זה, כאקט "של רצון חפשי ובלתי מסוייג" אל החנינה הנשיאותית, יהיה זה קשה - אולי בלתי אפשרי - להעמידה במבחן הביקורת. ברם, אל מול ההבנה של חנינה כמתנת חנם - "אין חנון בכל מקום אלא לשון מתנת חנם" (רש"י לדברים ג, כ"ג) - שאינה תלויה כלל במצבו והתנהגותו של

המבקש, אציע הבנה נוספת של המושג לא כמתנת חינוך גמורה אלא כרחמים (ראו פירוש הרמב"ן, שם; מלכים ב, י"ג, כ"ג; אבן עזרא, בראשית ו, ח; מלון הלשון העברית הישנה והחדשה, שם). רחמים (במובחן מחדש) מייצגים אמנם מתנת חינוך שהיא לפנים משורת הדין - אך תוך זיקה אל הדין:

"ואם תאמר: אם כן מדת הרחמים למה היא עומדת, כיון שעל כל פנים צריך לדקדק בדין על כל דבר? התשובה: ודאי מדת הרחמים היא קיומו של עולם, שלא היה עומד זולתה כלל וכלל, ואף על פי כן אין מדת הדין לוקה..."

וזה חסד ודאי שאינה משורת הדין, אך על כל פנים הנה הוא חסד שאינו מכחיש הדין לגמרי, שהרי יש צד לתלות בו, שתחת הרצון שנתרצה בחטא וההנאה שנהנה ממנו בא עתה הנחמה והצער, וכן אריכות הזמן איננו יתרון על החטא, אלא סבלנות קצת לפתח לו פתח תיקון, וכן שאר כל דרכי חסד" (ר' חיים משה לוצאטו (איטליה-ישראל, המאה הי"ח), מסילות ישרים, פרק ד; ההדגשה הוספה - א"ר).

י"ז. מידת הרחמים, ממידותיו של הקב"ה שאדם מצווה להידבק בהן (בבלי, שבת קל"ג ע"א), אינה מנותקת משורת הדין - ככלל מטרתה לפתוח פתח לתיקון. אין היא מתעלמת מדברים שנעשו, אך מטרתה לאפשר את תיקונם: "וחנון... להושיע מי שנפל ולא יוכל קום" (אבן עזרא, שמות ל"ד, ו). הוה אומר, החנינה והרחמים הם צמדו של המשפט - מול צדק ומשפט, מידות הדין, עומדים חנינה ורחמים, מידות הלב. בדומה לדברי הנביא, "וְאֵרְשִׁתִּיךָ לִי בְצַדִּיק וּבְמִשְׁפָּט וּבְחֶסֶד וּבְרַחֲמִים" (הושע ב, כ"א). זהו לדעתי גם "מקומה הגיאומטרי" של החנינה בתפיסה היהודית; בנוסף לרחמים בגדרי המשפט עצמו, ישנה אפשרות של "רחמים שלאחר המשפט", במקרה המתאים ובזיקה מידתית אליו.

י"ח. ולבסוף, עיינתי גם בחוות דעתו של חברי השופט דנציגר. אוסיף, כי גם לשיטתי אין השר "שותף" להכרעה בענייני חנינה, ואין הוא "נוגס" בסמכות הנשיא, אלא ממלא תפקיד של בקרה מסוימת, שלכל הדעות עשויה להתקיים באמצעות גורמי הרשות המבצעת לאחר מתן החנינה, במקרים מסוימים.

סוף דבר

י"ט. לוא דעתי נשמעה איפוא בנידון דידן, אין מניעה מנקיטת הדרך שבה הציע חברי לילך, קרי, אותה בדיקה באשר לשלמות התמונה שבפני השר; ואולם, ככל שעדיין לא תושג לאחר מכן הסכמה בין הנשיא לשר ותיוותר מחלוקת - והתקוה היא כי

תושג הבנה, בגדרי השכל הישר והשכנוע ההדדי - אין השר מחויב בחתימת הקיום, וכמובן יוכל העותר לשוב ולהשיג על כך בגדרי המשפט המינהלי, ככל שתמצא לו עילה.

ש ו פ ט

## השופט י' דנציגר

בויכוח שנתגלע בין חבריי לעניין מעמדה של חתימת הקיום מכוח הוראת סעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה, דעתי היא כדעתו של חברי השופט לוי. מוסד החנינה הישראלי הוא יצירה ישראלית מקורית המפקידה את סמכות החנינה, שאינה פעולה ביצועית, בידי נשיא המדינה שאינו גורם מבצע. סמכות זו היא פררוגטיבה נשיאותית והיא אמורה, לטעמי, להקנות לנשיא חופש מלא להחליט כפי שהוא מוצא לנכון.

חתימת הקיום לא נועדה להעניק לנציג הממשלה מעמד של שותף להכרעה בענייני חנינה ובוודאי שלא כוח הכרעה בהחלטות החנינה של נשיא המדינה. אף אם נקבל את הטענה כי התניית השימוש בסמכות החנינה על ידי נשיא המדינה בחתימת קיום מטעם הממשלה נעוצה ברצונו של המחוקק להטיל על הממשלה אחריות פרלמנטרית בשל פעולותיו של נשיא המדינה, אין דרישה זו גורעת מן הסמכות המלאה המופקדת בתחום זה בידי הנשיא.

מקבל אני את עמדתו של לסלי סבה במאמרו "סמכות החנינה האישית - פררוגטיבה של נשיא המדינה" משפטים ח 227 (תשל"ח), לפיה:

"לשר המתמנה לחתום את חתימת-הקיום אין שיקול דעת בביצוע תפקידו, וקל וחומר שאין הנשיא מחויב לפעול בהתאם להמלצתו". (שם, בעמ' 249)

יחד עם זאת איני סבור כי יש לאמץ את המלצתו של סבה לבטל כליל את הדרישה לחתימת-הקיום כפי שהיא מועלית במאמרו (שם, שם), מן הטעם המפורט להלן.

כחברי, השופט לוי, אף אני סבור כי חתימת הקיום נועדה להבטיח כי כל המידע הרלבנטי להחלטתו של נשיא המדינה הועבר לעיונו וכי לא נפלו בו שגיאות

כלשהן. מנגנוניה של הרשות המבצעת, אמונים על איסופו ועיבודו של מידע זה ועל ניתוחו ואין גם כל פגם בכך שיחלצו ממידע זה המלצה אותה יניחו בפני הנשיא.

שלא כחברי השופט רובינשטיין, אני סבור כי משהונח כל החומר הרלבנטי בפני נשיא המדינה ומשהחליט הנשיא לחון את פלוני הרי גם אם שר המשפטים אינו מסכים עם החלטתו של נשיא המדינה בדבר החנינה, עליו לחתום את חתימת הקיום, וזאת בדומה לחובתו לחתום חתימת קיום בהתייחס להפעלת סמכויות הנשיא שאין בהן שיקול דעת; שאם לא כן, תינתן לנציג הרשות המבצעת מעין זכות "וטו" על הכרעות נשיא המדינה בתחום המסור לשיקול דעתו הבלעדי, דבר שייפגע באמון הציבור במוסד הנשיאות.

סמכות נשיא המדינה לחון נידונים היא סמכות ייחודית המיוחדת לרשות המחוננת והיא נועדה להקנות לנשיא, בתחום זה, חופש מלא להחליט כרצונו ולפי מיטב הבנתו [ראה: סבה, שם בעמ' 248]. אל לנו לאפשר לרשות אחרת לנגוס בסמכות זו.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט א' א' לוי.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשס"ט (23.12.08).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט