



בבית המשפט העליון

דנג"ץ 219/09

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד המשנה לנשיאה א' ריבלין
כבוד השופט א' א' לוי
כבוד השופטת מ' נאור
כבוד השופטת ע' ארבל
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט י' דנציגר

העותר: שר המשפטים

נ ג ד

המשיב: ניר זוהר

דיון נוסף על פסק דינו של בית המשפט העליון
בבג"ץ 10021/06 שניתן ביום 23.12.2008 על ידי
כבוד השופטים: א' א' לוי, א' רובינשטיין ו-י' דנציגר

תאריך הישיבה: י"ב בכסלו התש"ע (29.11.2009)

בשם העותר: עו"ד אסנת מנדל; עו"ד אילאיל אמיר

בשם המשיב: עו"ד סמי פ. פייסל

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

לנשיא המדינה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים, על פי האמור בסעיף 11(ב) לחוק יסוד: נשיא המדינה (להלן גם חוק היסוד), הקובע כי "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על ידי הפחתתם או המרתם". לצד סמכות זו נקבע, בסעיף 12 לחוק היסוד, כי חתימתו של נשיא המדינה על מסמך רשמי,

ובכלל זה חתימתו על כתב חנינה או כתב הקלה בעונש, טעונה חתימת קיום של ראש הממשלה או של שר אחר שהחליטה עליו הממשלה. בהחלטה מיום 17.4.1949 הסמיכה הממשלה את שר המשפטים לקיים בחתימתו את מסמכיו הרשמיים של הנשיא בענייני חנינה והקלה בעונש (הודעה בדבר חתימת קיום לחתימת נשיא המדינה, י"פ תש"ט 248). אופיה של חתימת הקיום, והיקף שיקול הדעת המסור לשר המשפטים במסגרתה, עומדים לבירור בדיון הנוסף שלפנינו.

עיקרי העובדות

1. ברקע הדיון בסוגיה החוקתית שהונחה לפתחנו עומדות העובדות שיפורטו להלן.

בשנת 1996 הורשע המשיב, ניר זוהר (בשמו הקודם: נסים צרפתי), בעבירות של רצח, אינוס וחיפה לשם עבירת מין, ובית המשפט גזר עליו עונש של מאסר עולם. לאחר שהחל לרצות את עונשו, בהיותו בחופשה מהכלא, ביצע עבירות נוספות ובהן סחיטה בנסיבות מחמירות, תקיפה, כליאת שווא, איומים, החזקת סכין והדחת עד. בגין מעשים אלה נגזרו על המשיב עונשי מאסר נוספים.

בשנת 2004 פנה המשיב לנשיא המדינה בבקשה כי תקופת מאסרו תיקצב בזמן. בהתאם לנוהל המקובל בלשכת נשיא המדינה ובמשרד המשפטים, הועברה בקשתו למחלקת החנינות במשרד המשפטים. על פי הנוהל האמור, מחלקת החנינות בוחנת את הבקשה, ומעבירה למלצתה לשר המשפטים. על יסוד המלצה זו, מגיש שר המשפטים המלצה מטעמו לנשיא המדינה. היה וההמלצה היא להיעתר לבקשה, מוגש יחד עם ההמלצה כתב חנינה או כתב הקלה בעונש לחתימת הנשיא. אם הנשיא נעתר לבקשת החנינה או ההקלה, מועבר כתב החנינה או כתב ההקלה בעונש לשר המשפטים, על מנת שיצרף את חתימת הקיום. בעניין שלפנינו בחנה מחלקת החנינות את בקשת המשיב לאחר קבלת חוות דעת מגורמים שונים, בהם, בין היתר, הפרקליטות, משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר. על פי הוראות סעיף 29 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, תשס"א-2001 (להלן – חוק שחרור על תנאי), דנה בעניינו של המשיב גם ועדת שחרורים מיוחדת. בפני הוועדה הוצג המידע הרלוונטי הנוגע לעבירות בהן הורשע המשיב ולהתנהגותו בתקופת מאסרו. בהחלטתה קבעה הוועדה כי אין מקום להמליץ על קציבת העונש נוכח חומרת העבירות בגינן מרצה המשיב מאסר עולם וחומרת העבירות אותן ביצע בתקופת מאסרו. הוועדה ציינה כי אסיר עולם המבקש לקצוב את עונשו ראוי

שיתייצב בבקשתו עם התנהגות הולמת ועם סיכוי לשינוי בהתנהגותו ותחזית לגבי שיקומו העתידי – דברים שאינם ניכרים בבקשת המשיב.

2. שרת המשפטים דאז, ציפי לבני, אימצה את מסקנות ועדת השחרורים והמליצה לנשיא המדינה שלא להיעתר לבקשה לקצוב את העונש. על אף המלצת שרת המשפטים, החליט נשיא המדינה דאז, משה קצב, לקצוב את עונשו של המשיב ולהעמידו על 32 שנות מאסר. ביום 25.12.2005 הועבר מלשכת נשיא המדינה כתב הקלה בעונש לחתימתה של שרת המשפטים. השרה, שכאמור המליצה שלא להיעתר לבקשה לקציבת העונש, פנתה לנשיא המדינה וביקשה הסבר על המניעים שעמדו ביסוד ההחלטה להיעתר לבקשת המשיב. בתגובה השיבה היועצת המשפטית לבית הנשיא כי ההחלטה נעוצה בשיפור שחל בהתנהגותו של המשיב. תגובה זו לא הניחה את דעתה של שרת המשפטים, שכן, כפי שנטען בתשובת המדינה, בחומר העובדתי שהונח בפני נשיא המדינה, כמו גם בשורת ההמלצות שהוגשו לו, לא נזכר כל שיפור בהתנהגות המשיב. בקשה נוספת להבהרה שנשלחה לנשיא המדינה מטעם שרת המשפטים לא נענתה. לפיכך, שרת המשפטים סירבה לחתום את חתימת הקיום הנדרשת לפי סעיף 12 לחוק היסוד. גם שרי המשפטים שכיהנו לאחר הגב' לבני סירבו לחתום על כתב ההקלה בעונש.

נוכח סירובה של שרת המשפטים לחתום את חתימת הקיום, הגיש המשיב עתירה לבית משפט זה, בה ביקש מבית המשפט להורות לשרת המשפטים להוסיף את חתימתה לזו של נשיא המדינה. לחלופין התבקש בית המשפט לקבוע כי כתב ההקלה בעונש תקף גם ללא חתימת הקיום.

פסק הדין נושא הדיון הנוסף

3. ברוב דעות (השופטים א' א' לוי וי' דנציגר), וכנגד דעתו החולקת של השופט א' רובינשטיין, קיבל בית המשפט את העתירה וקבע כי חתימת הקיום של שר המשפטים אינה מקנה לו שיקול דעת עצמאי אם להיעתר לבקשת החנינה או לדחותה, ואינה מפקידה בידיו זכות "וטו" על הכרעות הנשיא. לגישת שופטי הרוב, חתימת הקיום נועדה לוודא שבפני נשיא המדינה מצוי כל החומר הרלוונטי להכרעה וכי כל הפעולות המקדימות להחלטת החנינה, להן נדרשים גורמי המינהל השונים, התקיימו כסדרן. שופטי הרוב קבעו כי אם לאחר ששר המשפטים וידא כי ננקטו הפעולות המוקדמות לאישור החנינה בחר הנשיא להיענות לבקשה, אין לשר המשפטים כל שיקול דעת ועליו לצרף את חתימתו לזו של נשיא המדינה.

4. בפסק דיין מקיף ומעמיק ניתח השופט לוי את סמכות החנינה ואת מהות חתימת הקיום של שר המשפטים. עמדת השופט לוי, לפיה חתימת הקיום לא נועדה לתת לשר המשפטים כוח הכרעה בהחלטות חנינה, מבוססת על תפיסתו בדבר אופייה של סמכות החנינה ומקומו הייחודי של נשיא המדינה בין רשויות השלטון (פסקה 9 לפסק דינו של השופט לוי). כפי שמציין השופט לוי, סמכות החנינה היא "יצירה ישראלית מקורית" במסגרתה הנשיא אינו גורם מבצע והחנינה אינה אקט ביצועי. לנשיא המדינה, קבע השופט לוי, מעמד נפרד מיתר רשויות השלטון והשיקולים אותם הוא שוקל בכוונתו בקשות חנינה מבטאים אינטרס ממלכתי וחברתי המבוסס על מוסר אוניברסלי ועקרונות לאומיים ולא על שיקולים פוליטיים "שעיקר מצוי להם] ביום-יומי ובחולף" (שם, פסקה 10). "הסביבה הנורמטיבית" של סמכות החנינה במשפט הישראלי, ציין השופט לוי, משמעה שהנשיא "מחזיק לבדו בשיקול-הדעת אם וכיצד להפעילו"; הוא אינו פועל כגורם ביצועי, אינו כפוף למדיניות שעיצבה הממשלה והוא "מפעיל את סמכותו באורח בלתי תלוי" (שם, פסקה 13). מעמדו הייחודי של נשיא המדינה ומאפייניה הייחודיים של סמכות החנינה מובילים למסקנה, לגישת השופט לוי, כי "[יש להפריד הפרדה ברורה בין חלקה של הממשלה בהליך החנינה – כממליצה לראשית הדרך, לבין סמכותו של הנשיא כמכריע יחיד בסופה" (שם, שם). מתן שיקול דעת לממשלה בהליך החנינה, באמצעות חתימת הקיום של שר המשפטים יוביל, לדעת השופט לוי, לתוצאות שאינן ראויות. וכך כותב השופט לוי:

"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" (פסקה 16 לפסק הדין).

השופט לוי דוחה שני הסברים אפשריים לחתימת הקיום. האחד, שחתימת הקיום נדרשת "כחוליה מקשרת" שתפקידה לאפשר ביקורת שיפוטית עקיפה על החלטות החנינה של הנשיא; והאחר, שחתימת הקיום נדרשת לאימות החנינה ולאישורו חוקיותם הפורמאלית של כתב החנינה או כתב ההקלה בעונש (ראו, פסקאות 24 ו-25

לפסק דינו של השופט לוי). השופט לוי מציע הסבר שלישי, ולפיו תכלית חתימת הקיום היא זו:

”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 בידי. אם נמצא המידע שלוקט חסר או שגוי, אם נמצא מי אשר בעותרו לחנינה ביקש להונות את הנשיא... , אם נמצא כי בטעות או בכוונת מכוון הושמטו פרטים רלוואנטיים להחלטה, אם נמצא כי נפל פגם בהמלצה שהונחה בפני הנשיא... – 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 לרשות הנשיא עומד הדרוש לצורך הפעלתו של שיקול-הדעת שנמסר לו” (פסקה 28 לפסק הדין).

לגישת השופט לוי, תכלית זו של חתימת הקיום מונעת את החשש המרכזי הגלום במתן שיקול דעת ממשי לשר המשפטים – הוא החשש מהתערבות פוליטית בהחלטות חנינה. התערבות פוליטית, קובע השופט לוי, “עשויה [] 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” (פסקה 15 לפסק דינו של השופט לוי). כן עשויה התערבות פוליטית בדמות מתן שיקול דעת לשר המשפטים להוביל, לגישת השופט לוי, לעירוב של האינטרסים האישיים והכלליים וליישום של סמכות החנינה מתוך ראייה ממשלתית צרה, באופן שגורע מן התכלית העומדת בבסיס מוסד החנינה (שס).

5. השופט י' דנציגר הצטרף לעמדתו של השופט לוי, וציין כי “סמכות נשיא המדינה לחון נידונים היא סמכות ייחודית המיוחדת לרשות המחוננת והיא נועדה להקנות לנשיא, בתחום זה, חופש מלא להחליט כרצונו ולפי מיטב הבנתו”. על כן, קבע השופט דנציגר, “חתימת הקיום לא נועדה להעניק לנציג הממשלה מעמד של שותף להכרעה בענייני חנינה ובוודאי שלא כוח הכרעה בהחלטות החנינה של נשיא המדינה”. בדומה לשופט לוי, גם השופט דנציגר קבע כי משהונח כל החומר הרלבנטי בפני נשיא המדינה, עליו לחתום את חתימת הקיום ואין לו שיקול דעת בביצוע תפקידו זה.

6. לעומת גישת שופטי הרוב קבע השופט א' רובינשטיין כי לשר המשפטים שיקול דעת להימנע מחתימת הקיום, הגם שהדבר "יארע כמובן אך במקרים חריגים קיצוניים" (ההדגשה במקור, ד.ב.; פסקה ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין). השופט רובינשטיין לא חלק על כך שיש בחתימת הקיום סוג של בקרה על הליך החנינה, אך לגישתו תכלית חתימת הקיום אינה מתמצית בכך. לגישת השופט רובינשטיין, שר המשפטים מוסמך לבחון גם אם בהחלטת הנשיא נתערבו שיקולים זרים. ביסוד מסקנתו זו עומדת ההנחה "שלא יתכן במערכת ממשל מי שחסין גם מבקרה חיצונית" (שם, פסקה י); ובשל העובדה שאין על החלטת הנשיא ערעור, "יש צורך בבקרה, ליום סגריר ולמניעתו של שימוש לרעה, חלילה, בסמכות. חתימת הקיום של השר צריך שתהא מעין 'שומר שער' לנשיא" (שם, שם). חתימת הקיום, קבע השופט רובינשטיין, לא נועדה להחליף או להגביל את שיקול הדעת הרחב של הנשיא, אלא נועדה לשלול את שיקול הדעת "החורג מן הדין בהיותו פגום" (שם).

7. על פסק דין זה הגיש שר המשפטים בקשה לדיון נוסף. ביום 5.2.2009 קיבל המשנה לנשיאה, השופט א' ריבלין, את העתירה והורה על קיום דיון נוסף בסוגיות נשוא פסק הדין. מכאן הדיון שלפנינו.

טענות הצדדים

8. בעתירה לקיום דיון נוסף ובעיקרי הטיעון טענה פרקליטות המדינה מטעמו של שר המשפטים, כי דעת הרוב בפסק הדין קבעה הלכה הנוגדת את הגישה השלטת במשפט הישראלי מאז קום המדינה. פסק הדין, כך נטען, הופך את סמכות הנשיא לסמכות אבסולוטית ובלעדית באופן שאינו עולה בקנה אחד עם התפיסה החוקתית הישראלית המחייבת איזונים ובלמים. בתמיכה לטענה זו הביאה פרקליטות המדינה שורה של הלכות של בית משפט זה וכתבי מלומדים בנושא, מהם עולה כי לשר המשפטים סמכות לחקור את החלטת הנשיא בנוגע לחנינה, לבקר אותה, להפעיל שיקול דעת טרם חתימתו על כתב החנינה או ההקלה בעונש והלכה למעשה, במקרים חריגים, למנוע את החנינה באמצעות סירוב לחתום את חתימת הקיום. על פי הטענה, מסקנה דומה נלמדת גם מהדיונים בכנסת עובר לחקיקת סעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה, מהם עולה כי חברי הכנסת בחנו את האפשרות להוסיף את כתבי החנינה לרשימת המסמכים שאינם טעונים חתימת קיום, אך הצעה זו נדחתה. כן נטען כי מדברי הכנסת עולה שהכנסת הייתה ערה לאפשרות שהשר יסרב לחתום ובכל זאת בחרה להעניק לו שיקול דעת שיאפשר לו לבקר את הנשיא, וזאת בכדי למנוע מצב בו סמכות רגישה תינתן לגורם בלעדי ללא הליך בדיקה של החלטותיו. בהקשר זה צוין כי

האפשרות לתקוף את החלטת הנשיא בתקיפה עקיפה אינה מהווה תחליף ראוי לבקרה הישירה הכרוכה בחתימת הקיום.

בעיקרי הטיעון התייחסה פרקליטות המדינה גם לטעם המרכזי עליו מבוססת הלכת הרוב – החשש מפני התערבות פוליטית בפסקי דין של הרשות השופטת. לגישתה, אין חשש ממשי מהתערבות כזו, שכן שינוי הכרעת בית המשפט אפשרי רק מקום בו ישנה חתימה כפולה – הן של הנשיא והן של שר המשפטים. במקרה בו שר המשפטים ממליץ להיענות לבקשה, אך הנשיא אינו מקבל את ההמלצה, התוצאה היא שפסק הדין נותר על כנו. משכך, צוין, "סמכות שבשיקול דעת של שר המשפטים, יכולה להוביל לאי אישור חנינה – דהיינו לאי התערבות בקביעת הרשות השופטת, ולעולם לא להיפך" (ההדגשה במקור, ד.ב.). בנוסף צוין כי החשש מהתערבות פוליטית קטן נוכח העובדה ששר המשפטים פועל בשקיפות ובסביבה משפטית מקצועית, והחלטותיו נתונות לביקורת פרלמנטרית ולביקורת שיפוטית ישירה.

בשולי הדברים נטען בשם שר המשפטים כי בפסק הדין נקבעה הלכה חדשה וניתן צו מוחלט אופרטיבי מבלי שהוצא צו-על-תנאי ומבלי שתינתן לשר המשפטים וליועץ המשפטי לממשלה אפשרות להציג את עמדתם בשאלות העקרוניות העולות מן הסוגיה – עמדות שמתאפשר להם להעלות רק כעת, במסגרת הדיון הנוסף.

9. בעיקרי הטיעון של המשיב נטען כי בפסק הדין ניתן הסבר הולם באשר להיקף הסמכות של שר המשפטים, המוגבל להבטחת תקינות ההליך המינהלי הקודם להחלטת הנשיא. היקפה המוגבל של חתימת הקיום, טען המשיב, נובע ממעמדו הרם של מוסד הנשיאות, עליו אין ערעור ואין הוא חייב בחובת הנמקה על החלטותיו. עוד נטען כי גישת הרוב אינה נוגדת את הגישה השלטת בדין הישראלי, וכי פסק הדין רק ביטל את "המסורת" שאימצו שרי המשפטים בעבר. בעניין בקשת החנינה שהגיש המשיב נטען כי המדינה הודתה בעיקרי הטיעון כי החומר שהועמד בפני נשיא המדינה אינו שונה מן החומר שעמד בפני שר המשפטים. מכאן, טען המשיב, יש להורות לשר המשפטים הנוכחי לצרף חתימתו לחתימת נשיא המדינה ולסיים את הליך קציבת עונשו.

דין

10. הדיון הנוסף שלפנינו מעורר שאלות הנוגעות לאופיה של סמכות החנינה של נשיא המדינה ולטיבה של חתימת הקיום הנדרשת בהחלטה לחון אדם או להקל בעונשו. חתימת הקיום אמנם נזכרה בעבר בפסיקת בית משפט זה, אך אופיה והיקף שיקול

הדעת המסור לשר המשפטים במסגרתה לא נבחנו באופן ישיר ומקיף עד לפסק הדין נושא דיון נוסף זה. ראשוניות הנושאים הנדונים בעתירה, כמו גם העובדה שהם מתייחסים להפעלה של סמכות ייחודית שנמסרה לנשיא המדינה, הם העומדים בבסיסו של הדיון הנוסף. יאמר תחילה כי מהטעמים שיפורטו בהמשך רואה אני להצטרף למסקנתו של שופט המיעוט א' רובינשטיין בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, ודעת הרוב מעוררת בעיניי קושי רב.

הגם שהדיון שלפנינו מתמקד כאמור בחתימת הקיום של שר המשפטים הוא מעורר שאלות חוקתיות נכבדות. לקביעה כי חתימת הקיום מקנה שיקול דעת מוגבל בהיקפו לשר המשפטים – כעמדת הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף; או לחלופין, כי שר המשפטים עשוי, במקרים חריגים, למנוע את החנינה באמצעות סירובו לחתום את חתימת הקיום – כדעת המיעוט של השופט רובינשטיין, השלכות משמעותיות לגבי סמכות החנינה ולגבי מוסד הנשיאות ומקומו בין רשויות השלטון. המחלוקת מעוררת מספר שאלות אשר מחייבות קביעת הנחות יסוד כמוצא לדיון: האם ההפעלה של סמכות החנינה אינה כפופה לביקורת? האם מעמדו הרם של נשיא המדינה משמעו כי עיקרון הפרדת הרשויות אינו חל על הפעלת סמכויותיו? האם לעובדה שסמכות החנינה מאפשרת לנשיא המדינה להתערב בעבודת הרשויות האחרות השפעה על ניתוח מאפייניה של חתימת הקיום? אלה מקצת מן השאלות המחייבות מענה בדיון שלפנינו, אשר מושפע, מטיבו, מגורמים שונים, ובהם, המאפיינים הייחודיים של סמכות החנינה; מעמדו של בעל סמכות החנינה, הוא נשיא המדינה, בשיטת המשטר שלנו; וההלכות שנקבעו בפסיקת בית משפט זה לעניין האפשרות לבקר את החלטות הנשיא, בין בביקורת ישירה ובין בביקורת עקיפה.

11. אין זו הפעם הראשונה שסמכות החנינה נדונה בהרחבה בפני בית משפט זה. במספר פסקי דין בעבר נקבעו עקרונות יסוד ביחס למעמדו של נשיא המדינה כבעל סמכות החנינה, והותוו אמות מידה להפעלת סמכות החנינה שנמסרה לו. עקרונות היסוד שנקבעו בפסיקה זו ינחו אותנו בבואנו לבחון את משמעותה של חתימת הקיום. במיוחד ילוו אותנו לאורך הדרך שני עקרונות יסוד. האחד, העיקרון לפיו סמכות החנינה היא "חלק ממירקם החיים הדמוקרטיים שלנו", ומשכך, יש לפרשה "מתוך מבט רחב" (ד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 442 (1962) (מ"מ הנשיא (כתוארו אז) ש' אגרנט) (להלן: הדיון הנוסף בפרשת מתאנה), כפי שביטוי זה פורש על ידי השופט (כתוארו אז) א' ברק בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 595 (1986) (להלן: פרשת ברזילי)). משמעותו של "מבט רחב" זה היא כי "עלינו לגשת אל סמכויות הנשיא כחלק ממבנה הסמכויות הכללי של רשויות השלטון"

(פרשת ברזילי, עמ' 595). בכלל זה, בפירוש סמכות החנינה וחתימת הקיום הנלווית לה, עלינו לתת את הדעת לשיטת המשטר, לשיטת המשפט, לכוונה המקורית עם חקיקת חוק יסוד: נשיא המדינה ולצידה, למסורת המשפטית שהתפתחה מקום המדינה ועד לימינו אלה.

12. העיקרון השני, הקשור ונלווה לעיקרון הראשון, טמון בקביעה של פסיקתנו רבת השנים לפיה מוסד החנינה בישראל, במתכונת שהתגבשה בשיטת המשטר שלנו, הוא יצירה ישראלית מקורית. אמנם, סמכות החנינה מוכרת בשיטות משטר שונות, וסמכות החנינה הישראלית נולדה עוד טרם קום המדינה, בסימן 16 של דבר המלך במועצה משנת 1922 אשר האציל את סמכות החנינה של מלך אנגליה לנציב העליון; אולם בשורה ארוכה של פסקי דין קבע בית משפט זה כי סמכות החנינה אינה קשורה עוד בטבורה לסמכות החנינה של המלך האנגלי, אלא היא סמכות מקורית, עצמאית וראשונית (ראו, למשל, בג"ץ 177/50 ראובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737 (1951) (להלן: פרשת ראובן); ע"פ 185/59 מתאנה נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יד 970 (1960) (להלן: פרשת מתאנה); הדיון הנוסף בפרשת מתאנה; פרשת ברזילי). המעניין בפסקי דין מרכזיים אלה היא שכמעט בכולם התעוררו בין השופטים מחלוקות לעניין היקף סמכות החנינה וטיבה, אך יחד עם זאת, בכל פסקי הדין בסוגיית החנינה נקבעה הלכה ברורה לפיה בעוד שסמכות החנינה של המלך האנגלי היוותה את המקור ההיסטורי לסמכות החנינה הישראלית, אין אנו "שבויים בידיה של מורשת חוקית [זו] וחסרים כוח לעצב את העקרונות החוקתיים שלנו" (פרשת ברזילי, עמ' 534, הנשיא מ' שמגר).

לעיקרון יסודי זה של יצירת סמכות חנינה מקורית המנותקת מן המקבילה האנגלית משמעות חשובה בהגדרת המאפיינים של סמכות החנינה ושל חתימת הקיום. ביסוד עיקרון זה הקביעה כי סמכות החנינה של נשיא המדינה אינה סמכות בעלת אפיונים פרוגטיביים, כסמכות שעמדה למלך אנגליה, אשר הפעלתה ככזו לכאורה אינה כפופה לכל סייג, גבול או ביקורת. זאת, כשם שסמכויותיו ומעמדו של הנשיא בישראל אינם דומים למעמדו וסמכויותיו של המלך באנגליה. בהיותה סמכות מקורית, כך נקבע בעבר, יש לפרש את סמכות החנינה בהתאם "לתנאי הארץ", למשפט הנוהג ולסביבה הנורמטיבית בה מופעלת הסמכות בישראל.

13. בחינת סמכות החנינה מתוך "מבט רחב", כמו גם בחינת ההשפעה של שיטת המשטר בישראל על היקפה של סמכות החנינה ועל אופייה של חתימת הקיום של שר המשפטים מובילה, לגישתי, לעמדה שונה מזו שהוצגה על ידי שופטי הרוב בפסק הדין

נושא דיון נוסף זה. כאמור, בפסק הדין נקבע כי "מצוותו של המכונן, בהוציאו תחת ידיו את חוק יסוד: נשיא המדינה, הייתה כי נשיא המדינה יהא בלתי תלוי בהפעילו את שיקול-דעתו לפי דין" (פסקה 11 לפסק דינו של השופט לוי). לפיכך קובעים שופטי הרוב כי אין לשר המשפטים שיקול דעת בכואו לצרף את חתימת הקיום שלו לחתימתו של נשיא המדינה, ותפקידו מתמצה בשלב הקודם להחלטה, בבדיקת שלמות ואמיתות התשתית העובדתית המונחת בפני הנשיא והנחוצה לו לשם הכרעה בבקשה. לגישת שופטי הרוב, משעה ששר המשפטים העביר ללשכת נשיא המדינה את החומר העובדתי הרלוונטי, ונתקבלה החלטת הנשיא להעניק חנינה או הקלה בעונש, מוטלת על השר חובה לצרף את חתימתו לחתימת הנשיא, וזאת אף אם שר המשפטים סבור שאין מקום להיענות לבקשת החנינה או ההקלה בעונש, ואף אם הוא סבור שהחלטת הנשיא אינה סבירה באופן קיצוני או מונעת משיקולים זרים. הדרך היחידה לבקר החלטות חנינה או הקלות בעונש פסולות לכאורה, היא, לדעת שופטי הרוב, בביקורת עקיפה על החלטת הנשיא, היה וגורמים שונים ברשות המבצעת יסרכו להוציא אל הפועל את החלטת החנינה או ההקלה בעונש של הנשיא.

לגישתי, עמדת שופטי הרוב אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל. עמדת הרוב מותירה בידי הנשיא סמכות מוחלטת, שאין עליה פיקוח או ביקורת, באופן שאינו מתיישב עם רעיון האיזון והבקרה המאפיין את הממשל והדמוקרטיה בישראל. דווקא ייחודיותה של סמכות החנינה – שהפעלתה כרוכה בשיקולים לבר-משפטיים של חסד ורחמים; סמכות שלא חלה עליה חובת הנמקה; סמכות שתוצאתה עשויה להיות התערבות ושינוי פועלן של כל אחת משלוש הרשויות האחרות – היא המחייבת קיום הליך של בקרה וביקורת, גם אם אלה יישמרו למקרים חריגים ויוצאי דופן בהם עולה חשש כי החלטת הנשיא לוקה בחוסר סבירות קיצוני או מונעת משיקולים זרים.

דומה כי פסק דינם של שופטי הרוב מעניק לנשיא המדינה ולתפקידו הרם נופך של אידיאליזציה שאינו עולה בקנה אחד עם התפיסה הדמוקרטית של המשטר בישראל. הנשיא אכן מסמל את המדינה, ובכל הנוגע לחנינה, הוא בעל הסמכות הרחבה ויוצאת הדופן לבטל או לשנות ממעשיהן והחלטותיהן של הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת. נשיא המדינה אינו נמנה עם אף אחת מרשויות אלה, אולם שיטתנו המשפטית אינה מכירה בכך שהעומד בראש המדינה ומסמל את ערכיה, הוא אישיות בעלת סגולות מיוחדות המקנות לו יכולות של שליט אבסולוטי. כולנו מצווים בכבודו של הנשיא, המבטא את הממלכתיות של המדינה, אך דומה שכולנו נסכים כי אין הוא עומד מעל לכל הערכים שהם פרי היצירה הדמוקרטית הישראלית. גם הנשיא הוא בשר

ודם, ואי אפשר להתעלם מכך כי במקרים יוצאי דופן וחריגים – אשר מוטב שלא יתרחשו לעולם – גם הנשיא עלול חלילה לנקוט בצעד חריג ויוצא דופן המונע משיקול זר או פסול.

אכן, על כך שיש מקום, בנסיבות מתאימות, לקיים הליך בקרה על החלטות הנשיא מסכימים כל השופטים בפסק הדין נושא הדיון הנוסף. אלא, המחלוקת העיקרית נסבה על השאלה אם מנגנון הבקרה העיקרי מצוי בחתימת הקיום – כעמדתו של חברי, השופט א' רובינשטיין – או שמנגנון הביקורת מצוי, כפי שקבעו חבריי, השופט לוי והשופט דנציגר, בביקורת על פעולות המינהל הנעשות (או על סירוב לעשותן) לאחר קבלת החלטת החנינה.

כאמור, כפי שיפורט בהמשך, המנגנון המבטיח קיומה של בקרה, ואשר תואם את עיקרי שיטת המשטר הדמוקרטי בישראל, מצוי בחתימת הקיום של שר המשפטים ובשיקול הדעת המסור לשר המשפטים במסגרתה. לרשות שר המשפטים עומד מנגנון של ייעוץ והכנה טרם הוא מגבש את עמדתו בקשר לחתימת הקיום. מנגנון זה מעמיד לרשות השר כלים מקצועיים להערכת בקשות החנינה לשם גיבוש המלצתו לנשיא המדינה. המנגנון המקצועי פועל בשקיפות וכפוף לכללים החלים על הפעולות של רשויות המינהל. בכך, מתאפשרת ביקורת פרלמנטרית ושיפוטית על הפעלת שיקול הדעת של שר המשפטים; ביקורת אשר אינה תלויה בהחלטות של גורמים שונים ברשות המבצעת לקיים או להימנע מקיום החלטת החנינה. ביקורת ובקרה כאמור, ראוי להם שיתבצעו ברוח הסמכות הייחודית שנמסרה לנשיא המדינה, ובשים לב למעמדו הרם של הנשיא בישראל. כפי שיפורט להלן, לגישתי, הפיקוח על סמכות החנינה, המוצא ביטויו בחתימת הקיום, אינו שקול לזכות "וטו" של שר המשפטים – כפי שסוברים חבריי, שופטי הרוב בפסק הדין נושא הדיון הנוסף – כי אם לסמכות שבשיקול דעת שהפעלתה כפופה לשיקול הדעת של נשיא המדינה.

14. תחילתו של הדיון הפרשני שלהלן בלשון החוק ובפרשנות שניתנה לסמכות החנינה ולחתימת הקיום בפסקי הדין של בית משפט זה, בדברי חברי הכנסת בהליך החקיקה של חוק היסוד, ובכתבי מלומדים שנדרשו לעניין. עיון בכל אלה מצביע על כך שאמנם נמסרה לנשיא המדינה סמכות רחבה לחון עבריינים ולהקל בעונשים, אך לצידה נמסר לשר המשפטים שיקול דעת, אשר נועד לאפשר ביקורת פרלמנטרית וביקורת שיפוטית עקיפה על הפעלת הסמכות. מסקנה זו נתמכת, כפי שנראה בהמשך הדיון, גם בעקרונות היסוד החולשים על סמכות החנינה במשפט הישראלי. עקרונות יסוד אלה מובילים, לגישתי, למסקנה לפיה אין מדובר בסמכות בלתי מוגבלת. על אף היקפה

הרחב של סמכות החנינה יש לראותה על רקע שיטת המשטר ועיקרון הפרדת הרשויות בישראל. בהתאם לכך, על הפעלת סמכות החנינה יש, וראוי שיהא, הליך של בקרה המוצא ביטוי בחתימת הקיום של שר המשפטים. עוד נבחן בהמשך את השאלה האם הנוהג שהתפתח בהפעלת סמכות החנינה הלכה למעשה עולה כדי יצירה של "מוסכמה חוקתית" לפיה החנינה או ההקלה בעונש יוצאים אל הפועל רק בהסכמה משותפת של נשיא המדינה ושר המשפטים. נחתום את הדיון בהתייחסות לחשש שעומד ביסוד דעת הרוב בפסק הדין מפני מעורבות פוליטית בהליך החנינה.

פרשנות הוראות החוק הקבועות בסעיפים 11 ו-12 לחוק יסוד: נשיא המדינה

15. כאמור, ראשיתה של סמכות החנינה במשפט הישראלי בסימן 16 של דבר המלך במועצה משנת 1922, מכוחו הוסמך הנציב העליון לחון עבריינים ולשחרר מקנסות ועונשים (להיסטוריה של חוק יסוד: נשיא המדינה, ולפירושו, ראו משה לנדוי פירוש לחוקי היסוד: חוק יסוד: נשיא המדינה, 33 (1994); להלן: פירוש לחוק היסוד). עם קום המדינה עברו סמכויות הנציב העליון לממשלה הזמנית. האסיפה המכוננת, שהפכה לכנסת הראשונה, חוקקה את חוק המעבר, תש"ט-1949 (להלן: חוק המעבר), וקבעה, בסעיף 6, כי נשיא המדינה יהיה מוסמך לחון עבריינים ולהפחית עונשים. סעיף זה בוטל עם חקיקת חוק יסוד: נשיא המדינה בשנת 1964, ובמקומו נקבעה סמכות החנינה בסעיף 11(ב) לחוק היסוד.

עניינו של סעיף 11 לחוק היסוד בתפקידים ובסמכויות שנמסרו לנשיא המדינה. סעיף 11(א) מונה את שורת התפקידים של נשיא המדינה. כך למשל, סעיף 11(א)(1) קובע כי הנשיא "יחתום על כל חוק חוץ מחוקים הנוגעים לסמכויותיו"; הוא "יקבל מן הממשלה דין וחשבון על ישיבותיה" (סעיף 11(א)(3)); "יחתום על אמנות עם מדינות-חוץ שאושרו על ידי הכנסת" (סעיף 11(א)(5)); וכן "ימלא כל תפקיד שיוחד לו בחוק בקשר למינוי שופטים ונושאי משרות אחרים ולהעברתם מכהונתם" (סעיף 11(א)(6)). לצד תפקידי הנשיא קובע סעיף 11(ב) את סמכות הנשיא לחון ולהקל בעונשים. וכך קובע הסעיף:

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

סמכותו הרחבה של הנשיא מסויגת בדרישה לחתימת הקיום המופיעה בסעיף 12 לחוק היסוד, ולפיו:

<p>12. 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.</p>	<p>חתימת קיום</p>
---	-----------------------

סעיף 12 אינו מבחין בין הסוגים השונים של המסמכים הרשמיים לגביהם נדרשת חתימת הקיום, למעט החריג הנוגע למסמך הקשור בכינון הממשלה או בפיזור הכנסת, וכך נכללת במסגרתו גם הדרישה לחתימת קיום על מסמכי חנינה או מסמכי הקלה בעונש.

סעיף 11 יוצר הבחנה בין התפקידים שנמסרו לנשיא ובין הסמכות שהועברה לו לחון עבריינים. ההבחנה היא גם לשונית – תפקידי הנשיא מתוארים בלשון חובה לעומת הסמכות המתוארת ככוללת מרכיב של שיקול דעת; וגם צורנית – סעיף 11(א) מייחד עצמו לתפקידי הנשיא בעוד שסעיף 11(ב) מייחד עצמו לסמכות החנינה. להבחנה זו שבין תפקידים וסמכויות שתי השלכות מרכזיות. ראשית, יש להבחנה השפעה על היקף שיקול הדעת שנמסר לנשיא. בעוד שתפקידי הנשיא שהם תפקידי חובה שעליו למלא מכוח החוק, אינם מותירים שיקול דעת; סמכות החנינה מקנה שיקול דעת לנשיא, והוא רשאי להפעילה במקרה נתון או להימנע מהפעלתה (ראו לנדוי, פירוש לחוק היסוד, עמ' 23). שנית, נטען בעבר כי ההבחנה בין תפקידים וסמכויות משליכה על חתימת הקיום ועל שיקול הדעת שנמסר במסגרתה. מקום בו מדובר בתפקיד – שאין בו גרעין ממשי של שיקול דעת – חתימת הקיום אף היא נעדרת מרכיב של שיקול דעת והיא טקסית ופורמאלית בעיקרה. לעומת זאת, מקום בו יש לנשיא שיקול דעת, כמו בסמכות החנינה, גם לשר החותם מסור שיקול דעת בהתאמה (ראו, לנדוי, פירוש לחוק היסוד, עמ' 50; כן ראו את דברי המלומד י"ה קלינגהופר, במאמרו על המסגרת הקונסטיטוציונית של החנינה בישראל, האומה 27 (תשכ"ט) 320, 325-326 (נוסח המובא בחיבורו של אלעזר לסלי סבה, החנינה האישית והחנינה הכללית – היבטים משפטיים ופנולוגיים 105 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, 1975; להלן: החנינה האישית והחנינה הכללית)).

16. תמיכה לעמדה זו ניתן למצוא גם בשני המסמכים לגביהם אין נדרשת חתימת קיום: מסמכים הקשורים בכינון הממשלה ומסמך התפטרות של הנשיא מתפקידו. אין חולק כי בשני תחומים אלה פועל הנשיא לבדו ומסור לו שיקול דעת מלא. אין גם חולק כי בשני תחומים אלה אין צורך, ואף ישנה מניעה, ליתן שיקול דעת לשר או לממשלה בדמותה של חתימת קיום. שהרי, אין זה רצוי להעביר לממשלה או לאחד משריה שיקול דעת באופן שיש בו כדי להשפיע על החלטת הנשיא להטיל את מלאכת הרכבת הממשלה על אחד מחברי הכנסת. באופן דומה, מטבע הדברים, אין מקום לשיקול דעת ממשלתי בהחלטות של הנשיא להתפטר מתפקידו. מן המסמכים לגביהם לא נדרשת חתימת קיום ניתן להסיק כי מקום בו המחוקק סבר שלא נדרשת בקרה המלווה בשיקול דעת של שר או של הממשלה, הוצאו המסמכים הרלוונטיים מתחולת סעיף 12 לחוק היסוד. מכאן, הבחירה להותיר את מסמכי החנינה בגדר סעיף 12 משמעה מתן שיקול דעת ממשי לשר החותם, והעברת כובד האחריות הפרלמנטרית לכתפיו. אכן, בהליך החקיקה של חוק היסוד הגישו מספר חברי כנסת הסתייגויות לסעיף 12 וביקשו להכניס את מסמכי החנינה וההקלה בעונש לרשימת המסמכים שאינם טעונים חתימת קיום, על מנת שהנשיא "לא יהיה מוגבל ובלום בצורה כלשהי" (כלשונו של חבר הכנסת י' קושניר, ד"כ 40, עמ' 2085). הסתייגויות אלה נדחו. שר המשפטים, ד' יוסף, הבהיר כי בידי שר המשפטים אין זכות וטו בהחלטות חנינה, כי אם מתקיימת בין הנשיא ובין שר המשפטים מערכת יחסים מקצועית ועדינה. כלשונו של ד' יוסף:

"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" (ד"כ 40, (תשכ"ד) עמ' 2086).

17. עמדה דומה התקבלה גם בפסיקת בית משפט זה. אמנם, כפי שמציין חברי, השופט לוי, בית המשפט לא נדרש במישרין לטיבה והיקפה של חתימת הקיום, אולם מקריאת פסקי הדין שעסקו בסמכות החנינה ובחתימת הקיום של שר המשפטים עולה כי בית המשפט הניח, כדבר שאינו מצריך הוכחה או דיון מקדמי, כי לשר המשפטים מסור שיקול דעת טרם צירוף חתימתו לכתבי חנינה או הקלה בעונש. כך, למשל, ציין השופט (כתוארו אז) ש' אגרנט בפרשת ראובן, בהתייחס לסמכות החנינה לפי חוק המעבר, שהוחלף בחוק יסוד: נשיא המדינה:

"...יש לראות כערובה מספקת להגנת הציבור ושמירת שמו הטוב של מקצוע הפרקליטות, את הפיקוח שמפעיל, לגבי מתן החנינה, מי שעומד בראש מערכת המשפט במדינה – שר המשפטים. בידו של זה להמליץ, על מתן החנינה, כי הרי, בסופו של דבר, הוא הוא המוסמך לקיים, אם הנהו רואה לנכון לעשות כן, את חתימת הנשיא בכתב החנינה" (שם, עמ' 755-756).

בדומה, בדיון הנוסף בפרשת מתאנה ציין השופט צ' ברנזון כי:

"ההחלטה הסופית [בענייני חנינה] היא בידי הנשיא, אבל מסתבר שהוא מונחה על-ידי החקירה ודרישה ופעולת ההכנה הנעשות על-ידי הרשות הממשלתית האמורה והוא פועל על-פי עצתה. יוצא, שמבחינה מעשית ידה של רשות זו רב לה בכל החלטה ספציפית ובמדיניות החנינה הכללית ועל-כל-פנים בלי הסכמתה בדיעבד המוצאת את ביטויה בחתימת הקיום של השר, אין בכוחו של נשיא המדינה להעניק חנינה" (שם, עמ' 472).

באותו עניין ציין גם מ"מ הנשיא (כתוארו אז) ש' אגרנט, כי:

"כל אקט של חנינה מצד הנשיא זקוק לחתימת הקיום של ראש הממשלה או אחד משריה...פירושו של דבר, כי אף אם ההחלטה לחון או להפחית את העונש חייבת להיות החלטתו האישית של הנשיא, הרי היא גם מותנית בהמלצת השר הנוגע בדבר. שר זה יהיה, על-פי הרגיל, שר-המשפטים, אשר בידי הכלים לערוך חקירה מדוקדקת בנסיבות מקרה בטרם יביא את המלצתו בפני הנשיא. ברי, שהמלצה זו – ולכן גם החלטת החנינה – נתונה לביקורת של הכנסת ובאפשרות זו יש לראות את הערובה שקבע החוק נגד הסכנה האמורה" (שם, עמ' 454).

ראו גם את קביעתה של המשנה לנשיא, השופטת מ' בן-פורת, המצטטת בהסכמה את הדברים האלה של מ"מ הנשיא, ומציינת כי "קיים איפוא מי שנושא באחריות כלפי הכנסת (ראש הממשלה או השר המקיים)" (פרשת ברזילי, עמ' 581). ולבסוף, באופן שאינו משתמע לשתי פנים קבע השופט מ' חשין בבג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389, 412 (1999); להלן: פרשת רונן) כך:

"נזכור ונזכיר, כי כתב-חנינה – ככל כתב רשמי שחתימת הנשיא באה עליו, זולת מסמך הקשור בפיזור הכנסת – טעון חתימת קיום של ראש-הממשלה או של שר אחר שהחליטה עליו הממשלה (סעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה). 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".

18. דברים דומים הושמעו גם על ידי מרבית המלומדים שנדרשו לעניין. כך, למשל, ציין פרופ' ק' קליין כי חתימת הקיום "מסמלת נטילת אחריות פוליטית על-ידי השר הנותן את חתימת-הקיום" (קלוד קליין "רב-שיח בנושא החנינה" משפטים טו 9, 16 (1985); להלן: רב-שיח בנושא החנינה). ראו גם את דבריו של פרופ' י"ה קלינגהופר בסימפוזיון על סמכות החנינה:

"האם שני חברי ממשלה אלה, ראש הממשלה ושר המשפטים, יכולים לסרב לנשיא המדינה ולהימנע מלשים את חתימת הקיום? הבעיה קיימת לא רק ביחס למתן חנינות, היא נוגעת לפעולות הנשיא בדרך כלל. לדעתי, התשובה תלויה במהות הפעולה של הנשיא. אם הנשיא חייב לעשותה לפי החוק, אם הפעולה היא, למשל, מינויו של שופט שוועדת המינויים המכהנת...הציעה אותו, הרי גם חובה היא לקיים את הפעולה בחתימת קיום. לעומת זאת, אם בעניין מסויים החוק מעניק לנשיא שיקול דעת, אם הנשיא יכול לבחור לפי רצונו בין עשיית הפעולה ואי-עשייתה, אזי גם לחבר הממשלה יש אותו שיקול דעת ואותה ברירה באשר לחתימת הקיום. הסמכות לחון עבריינים – סמכות שיקול דעתית היא. ע"כ רשאי חבר הממשלה לפי שיקול דעתו לסרב את חתימתו וע"י הסירוב לגרום לכך שהחנינה לא תקבל תוקף. פירוש זה נראה כנכון גם כמביאים בחשבון שחתימת הקיום...תכליתה שהממשלה תישא באחריות פרלמנטרית לאקטים של ראש המדינה" (יצחק הנס קלינגהופר, מסגרת קונסטיטוציונית של החנינה - סימפוזיון על החנינה בישראל 6 (1968)).

וראו גם את עמדתם של המלומדים אמנון רובינשטיין וברק מדינה בספרם המשפט החוקתי של מדינת ישראל (תשס"ה) 1062-1063 (להלן: רובינשטיין ומדינה); וכן: זאב סגל דמוקרטיה ישראלית 196 (1998); Baruch Bracha, "The Constitutional Position, the Pardoning Power and other Powers of the President of the State of Israel, Israel Yearbook on Human Rights (vol. 9), 190, pp. 202-203 (1979) עוד ראו דבריו של הנשיא בדימוס מ' לנדוי, בפירושו לחוק יסוד: נשיא המדינה:

“ניתן היה לטעון, שמטרתה של חתימת הקיום אינה אלא אישור של אמיתות חתימתו של הנשיא על כתב-החנינה, הבאה אחרי שהנשיא גיבש את דעתו ונתן לה ביטוי במסמך הכתוב, ושהוספתה של חתימת הקיום היא תפקיד שבחובה המוטל על השר. אולם לא זאת היא הדעה המקובלת ואף לא הנוהג שהתפתח בנושא זה. הנוהג הוא, שהשר ממלא תפקיד פעיל משלו בתהליך של מתן החנינה או הסירוב לתתה. הטעם העיקרי הניתן לגרסה זו בדבר משמעותה של חתימת הקיום הוא, שהשר נושא באחריות פרלמנטרית בנושא זה ועליו להסביר בעת הצורך בפני הכנסת מדוע ניתנה חנינה לפלוני או מדוע לא ניתנה” (פירוש לחוק היסוד, עמ' 42).

19. עיון בלשון החוק ובפרשנות שניתנה לסמכות החנינה ולחתימת הקיום הן בפסיקת בית משפט זה והן בכתבי המלומדים שנדרשו לעניין, מצביע על כך שהעמדה המרכזית שהתקבלה במשפטנו רואה בחתימת הקיום כמעניקה לשר המשפטים שיקול דעת. זאת, גם אם נניח כי שאלת מעמדה של חתימת הקיום נדונה בפסיקה אגב דיון בסמכות החנינה ולא במישרין. פרשנות זו תואמת, כפי שנראה בהמשך, גם את הנוהג שהתפתח לעניין הפעלת סמכות החנינה הלכה למעשה. חשיבותה המרכזית של פרשנות זו טמונה, לגישתי, לא רק בכך שהיא תואמת את לשון החוק ואת הפרקטיקה הנוהגת, אלא בעיקר בכך שהיא עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשטר בישראל.

המסגרת הנורמטיבית לסמכות החנינה על רקע עקרונות היסוד של המשטר בישראל

20. כאמור, ראשיתה של סמכות החנינה במשפטנו בסמכות שנקבעה בדבר המלך במועצה משנת 1922, במסגרת המנדט הבריטי בארץ ישראל. נסיבות הולדתה של סמכות החנינה הישראלית בצילו של המשפט האנגלי העסיקו את בית המשפט הזה מימיו הראשונים, החל בפסקי הדין שבחנו את סמכות החנינה של המדינה החדשה, שהייתה קבועה אז בחוק המעבר, ולאחר מכן בחוק היסוד (ראו: פרשת ראובן; פרשת מתאנה, לרבות הדיון הנוסף מתאנה; פרשת ברזילי). השאלה שעברה כחוט השני בפסיקת בית משפט זה התייחסה למידת ההשפעה של סמכות החנינה של המלך באנגליה על סמכות החנינה בישראל, נוכח ההעברה, בשינויים מסוימים, של סמכויות הנציב העליון לממשלה הזמנית, ועם קום המדינה, לנשיא המדינה. השאלה התעוררה בפסיקתנו אגב דיון בהיקפה של סמכות החנינה. כך, למשל, בפרשת ראובן התעוררה השאלה האם מתן חנינה משמעה מחיקת העבירה על כל תוצאותיה; בפרשת מתאנה ובדיון הנוסף בפרשת מתאנה בחן בית המשפט האם סמכות החנינה כוללת גם המרת עונש מאסר במאסר-על-

תנאי; ובפרשת ברזילי נבחנה השאלה אם סמכות החנינה מסמיכה את נשיא המדינה לחון אדם טרם הורשע בדינו, על רקע חנינת אנשי השב"כ בפרשת "קן 300".

21. עיון בפסקי דין אלה ובפסיקה נוספת שבחנה את סמכות החנינה, מעלה כי לאורך השנים נתגבשה הלכה ברורה לפיה סמכות החנינה הישראלית אינה המשך ישיר של סמכות החנינה של המלך האנגלי. "אינני יכול לאמור", קבע השופט צ' ברנזון בפרשת מתאנה, "שהמחוקק הישראלי, בהעניקו סמכות החנינה לנשיא המדינה בלשון העברית, נתכוון לכלול בה התוכן המלא שקיבל במשך הדורות מושג החנינה במשפט האנגלי, חנינה שהיא כולה בידי הכתר ללא סייג וגבול בתוקף הפררוגטיבה המלכותית עתיקת היוםין" (שם, עמ' 976). חוק המעבר, ובעקבותיו חוק היסוד, נקבע עוד בפסיקה, "הם חוקים ישראליים מקוריים" וסמכויות הנשיא בהם "הן סמכויות מקוריות וראשוניות. המחוקק הישראלי לא העתיק ולא השמיט", אלא בנה "מבנה עצמאי" "[שכך] צריך להתפרש על ידי בתי המשפט" (השופט (כתוארו אז) א' ברק בפרשת ברזילי, עמ' 594). במסגרת מבנה עצמאי זה נמסרה סמכות החנינה לנשיא המדינה – מי שלפי סעיף 1 לחוק היסוד עומד "בראש המדינה". הקביעה כי בראש המדינה עומד נשיא עיקרה סמלי, ויש בה כדי להדגיש את אופיה הפרלמנטרי של מדינת ישראל, להבדיל ממדינות שמשטרן נשיאותי ובהן עומד הנשיא בראש הרשות המבצעת (ראו, לנדוי, פירוש לחוק היסוד, עמ' 12). סמכות החנינה מעניקה למוסד הנשיאות מעמד של מעין רשות נפרדת – "הרשות המחוננת", כפי שכינה אותה השופט ח' כהן – אשר נמסרה לנשיא המדינה כמי ש"מגלם באישיותו את המדינה עצמה" (הדיון הנוסף בפרשת מתאנה, עמ' 463, 465 בהתאמה).

הבחירה לכונן בישראל מוסד חנינה עצמאי המנותק מסמכות החנינה של המלך האנגלי משמעה שאין לראות בסמכות החנינה פררוגטיבה נשיאותית שאין בהפעלתה סייגים וגבולות. הסמכות הפררוגטיבית האנגלית מבוססת, כידוע, על כך שהמלך האנגלי נתפס כמקור הצדק והמשפט – מה שאין כן ביחס לנשיא המדינה בשיטת המשטר שלנו. יחד עם זאת, הבחירה למסור את סמכות החנינה לנשיא המדינה, שאינו עומד בראש הרשות המבצעת בישראל, משמעה גם שאין לראות בחנינה סמכות הנשלטת על ידי הרשות המבצעת – גם אם יש לה מאפיינים ביצועיים. סמכות החנינה עומדת בתווך בין שני קצוות אלה. היא אינה מעניקה לרשות המבצעת משקל יתר בהליך החנינה, אך היא גם לא מפקידה סמכות בלעדית ואבסולוטית בידי הנשיא. סמכות החנינה, כסמכויות שלטוניות רבות במשטרים דמוקרטיים בכלל, ובמשטר הישראלי בפרט, היא תוצאה של מלאכת איזונים עדינה. החוק הישראלי, כפי שהראה הדיון לעיל, ביכר את דרך הביניים, והעניק לנשיא המדינה סמכות רחבה שבשיקול

דעת, אשר לצידה הליכי בקרה על הפעלתה של סמכות זו. הליך הבקרה המרכזי, כפי שיפורט להלן, מצוי בדרישה לחתימת הקיום.

22. סמכות החנינה, והליכי הבקרה על הפעלת הסמכות, קשורים קשר ישיר במעמדו של נשיא המדינה בישראל. הנשיא מסמל את המדינה ואת משטרה הדמוקרטית, והוא מייצג אחדות חברתית ולאומית, הבאה לידי ביטוי בשורת התפקידים שנמסרו לו, הממחישים את מעמדו הממלכתי.

לא בכדי נמסרה סמכות החנינה לנשיא המדינה – שבכוחו לשקול שיקולים שאינם מתוחמים לגבולות החוק החרות. אכן, סמכות החנינה היא סמכות ייחודית ומיוחדת. היא אינה מופעלת בהתאם לכללים נוקשים, ומרכיב שיקול הדעת בה מרכזי. בהפעלה של סמכות החנינה מתערבים זה בזה שיקולי חסד ורחמים שטמון בהם יסוד של סליחה ומחילה לצד שיקולים הנוגעים לטובת הציבור בכללותו. "הרעיון המקורי שמאחורי סמכות החנינה", קבע מ"מ הנשיא (כתוארו אז) ש' אגרנט בדיון הנוסף בפרשת מתאנה, "הוא שיש בשימוש בסמכות זו נימה של סליחה וכפרה; דבר הפעלתה נעוץ במידת הרחמים, להבדיל ממידת הדין; משמעות המעשה הזה היא שנעשה חסד עם האדם שניחן" (שם, עמ' 445). בשל כך נקבע בפסיקת בית משפט זה כי אנו נדרשים "לכללי-משפט מיוחדים" בבואנו לבחון החלטות חנינה, שהרי "לא נוכל ולא יהא זה ראוי כי נחיל על [שיקולי החנינה] את כללי המשפט המינהלי החלים ברגיל על החלטותיהן של שאר רשויות ממשל ומינהל" (פרשת רונן, עמ' 414, השופט מ' חשין).

23. עם זאת יש לזכור כי ייחודיותה של סמכות החנינה אינה מתמצית בשיקולים הנשקלים בעת הפעלת הסמכות, אלא גם בכך שסמכות החנינה כרוכה מטיבה בהתערבות בפעולת רשויות המדינה האחרות. מתן חנינה או קיצור תקופת העונש שנגזרו על עבריינין יש בהם משום התערבות בקביעת הרשות השופטת שפסקה את הדין וגזרה את העונש, כמו גם התערבות בעבודת הרשות המבצעת, שחקרה, העמידה לדין ואחראית על ביצוע גזר הדין. במקרים מסוימים, מתן חנינה או הקלה בעונש משמעם אף התערבות בפעולת הרשות המחוקקת. כך, למשל, מקום בו נקבעו לעבירה עונשי מינימום או חובת הפעלת מאסר על תנאי, שהחנינה מונעת את הפעלתם. השילוב שבין שיקול הדעת הרחב הכרוך בהפעלת סמכות החנינה והכוח שבידי נשיא המדינה לשנות החלטות והכרעות של הרשויות האחרות, הוא שהופך את סמכות החנינה לסמכות מיוחדת בעלת עוצמה ייחודית. למעשה, השאלה העומדת להכרעה בדיון הנוסף שלפנינו היא האם ייחודיות זו של סמכות החנינה מצדיקה לפטור אותה מהליכי

הביקורת המקובלים במשטר הישראלי, ובראשם, הבקרה והפיקוח של הכנסת ושל בתי המשפט.

לגישתי, התשובה לכך היא בשלילה. אמנם, אין לומר כי סמכות החנינה היא הסמכות השלטונית היחידה שבהפעלתה רשות אחת משנה מפעולת הרשויות האחרות, אך בדרך כלל, כדי לשמור על העיקרון הבסיסי של "איזונים ובלמים" המקובל בשלטון הדמוקרטי, עבודת רשות אחת נתונה לרמות שונות של בקרה המופעלת על ידי הרשויות האחרות. על כן, עמדה הגורסת כי נשיא המדינה, בהפעילו את סמכות החנינה, אינו כפוף לאמצעי בקרה, עומדת בניגוד ללשונו ולרוחו של חוק היסוד ובניגוד לאופיו הפרלמנטרי של המשטר הישראלי, שהוא "משטר המכיר בהפרדה אורגנית בין הרשויות אך תומך בשיתוף פעולה הדוק ביניהן" (קלוד קליין, על ההגדרה המשפטית של המשטר הפרלמנטרי ועל הפרלמנטריזם הישראלי, משפטים ה' 308, 316 (תשל"ג-תשל"ד)). עמדה כזו חותרת תחת עיקרון הפרדת הרשויות העומד ביסוד המשטר בישראל ואשר מכתוב מחד, חלוקת סמכויות בין הרשויות השונות, ומאידך, פיקוח הדדי ביניהן (ראו: רובינשטיין ומדינה, עמ' 127-128). בבסיס הרעיון של הפרדת הרשויות אין עומדת "דיקטטורה של כל רשות במסגרתה שלה"; אלא דווקא "איזון ובקרה הדדיים בין הרשויות השונות. לא חומות בין הרשויות אלא גשרים מאזנים ומפקחים" (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 158 (1985); השופט (כתוארו אז) א' ברק). קביעה לפיה נשיא המדינה מפעיל את סמכות החנינה באופן בלתי תלוי שאינו כפוף לביקורת ממשית שעיקרה, לגישתי, בשיקול הדעת הניתן לשר המשפטים במסגרת חתימת הקיום, חותרת תחת אחד מעיקרי המשטר הישראלי וסופה להפוך את סמכות החנינה לסמכות אבסולוטית שאין לה מקום במשטר דמוקרטי. בהקשר דומה הביא השופט (כתוארו אז) א' ברק את דברי השופט W. Douglas, כי סמכויות מוחלטות הן "תחילת סופה של החירות" (פרשת ברזילי, עמ' 588). כפי שציין הנשיא מ' שמגר בפרשת ברזילי, "כל הענקת סמכות והפעלתה יכולות וצריכות להיות מלוות גם בבקרה וגם בביקורת" (שם, עמ' 562). רציונל זה נכון לגבי סמכויות שלטוניות במשטר דמוקרטי בכלל והוא נכון גם לגבי סמכות שנמסרה לנשיא המדינה – על אף, ודווקא בשל, מעמדו הרם במדינתנו. יפים בהקשר זה דברי השופט (כתוארו אז) א' ברק בפרשת ברזילי:

"בתקופת האבסולוטיות, כאשר סמכות החנינה נתונה לריבון עצמו, אין חשיבות רבה לבחינתה של זו על רקע מבנה המערכות השלטוניות. השליט שולט על כל המערכות הללו, וממילא הוא גם רשאי ליתן חנינה (כללית או אינדיווידואלית) כאשר יחפוץ... לא כן במשטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני. במשטר כזה הריבון

הוא העם. השליט אינו כל-יכול. השלטון מתחלק בין רשויות שונות, אשר כל אחת מהן חייבת לפעול בתחומה שלה, תוך סינכרוניזציה בין הסמכויות השונות ותוך איזון ובקרה ביניהן. אין זה עולה בקנה אחד עם משטר דמוקרטי-קונסטיטוציוני כי בידי מאן-דהוא, ולו נשיא המדינה, יהיו סמכויות-על, שיאפשרו לו לשנות את כל החלטותיהן של כל הרשויות האחרות, שעה שאלה פועלות בתחומן שלהן במסגרת ההליך הפלילי. כוח-על שכזה יפה הוא לשליט-עליון, המעניק חסד לנתיניו. כוח-על שכזה זר הוא לנושא משרה נכבד, המשרת את אזרחיו" (שם, עמ' 601).

24. יתירה מזו, סמכות החנינה לא רק שעומדת ברקע עיקרון הפרדת הרשויות, אלא היא עצמה מבטאת עיקרון זה, בהיותה סוג של בקרה על פעולת רשויות המדינה. כך למשל, סמכות החנינה מאפשרת לנשיא המדינה לפעול בגמישות הנדרשת לעיתים על מנת למנוע מיצוי דין הנובע מן האחידות בדרישות החוק (ראו, בעניין זה, ליאון שלף, סוף מאסר בחנינה תחילה, הפרקליט מד, חוברת א' 72, עמ' 72-73 (תשנ"ח-תש"ס)). הדוגמא המובהקת לכך היא הסמכות לקצוב את עונשם של נידונים למאסר עולם. סמכות החנינה גם מאפשרת לנשיא לשקול שיקולים שרשויות המדינה השונות אינן יכולות לשקול במסגרת תפקידן, בהם שיקולי חסד ורחמים, או שיקולים שעשויים להצדיק הקלה בעונש עקב מצב בריאותי או נפשי. בנוסף, סמכות החנינה מאפשרת "תיקון" הרשעה בפלילים מקום בו ישנו חשש מפני עיוות דין או טעות משפטית. אמנם במשפטנו מקובל להעלות טענות כאלה בהליך של משפט חוזר, אך הן עשויות להיות רלוונטיות גם להפעלה של סמכות החנינה (ראו את דברי השופט (כתוארו אז) ש' אגרנט בפרשת ראובן, עמ' 747, הסוקר את התפתחות החנינה באנגליה כאמצעי לתיקון הרשעה שאינה כדין; ראו גם רובינשטיין ומדינה, עמ' 1064-1066).

25. אין לנתק, אם כך, את סמכות החנינה מעיקרון הפרדת הרשויות. אמנם, נשיא המדינה נהנה ממעמד מיוחד של "ראש מדינה"; הוא אינו משתייך לאף אחת מן הרשויות האחרות והוא "מעין רשות נוספת, בצד ארבע הרשויות הרגילות (המחוקקת, המבצעת, השופטת והמבקרת)" (פרשת ברזילי, השופט (כתוארו אז) א' ברק, עמ' 605), אולם, אין במעמדו זה של נשיא המדינה, כמו גם בעובדה שסמכות החנינה היא סמכות ייחודית, כדי לקבוע כי הסמכות היא מוחלטת ואינה נתונה לבקרה של הרשויות האחרות (השוו, רובינשטיין ומדינה, עמ' 1061).

יחד עם זאת, הגם שאין במעמדו של נשיא המדינה ובהיבטיה הייחודיים של סמכות החנינה כדי להצדיק סטייה מעיקרון היסוד של המשטר הדמוקרטי המכיר בחשיבות הבקרה ההדדית, יש בהם כדי להשפיע על אופי הבקרה המופעלת על ידי הרשויות האחרות. די אם נזכיר בהקשר זה, למשל, את טיבה של הביקורת השיפוטית על נשיא המדינה, שהיא ביקורת עקיפה בלבד. כידוע, מכוח סעיף 13(א) לחוק היסוד, הנשיא חסין בפני כל פעולה משפטית. אולם, כפי שציין השופט מ' חשין, "החוק הורנו כי הנשיא זוכה לחסינות; החוק לא הורנו כי מעשיו של הנשיא זוכים לחסינות. ואמנם, מעשי הנשיא בתחום המשפט הם – לא מעל למשפט ולא חוצה-למשפט – ומכאן שנתונים הם לביקורת שיפוטית של בתי-המשפט" (פרשת רונן, עמ' 412) (ההדגשה במקור, ד.ב.)).

26. על רקע האמור יש לראות את תכליתה של חתימת הקיום. היא מבטאת את העיקרון לפיו "אין במדינה מעשה שאין עליו אחריות (פוליטית או משפטית)" (דבריו של פרופ' קלוד קליין, רב-שיח בנושא החנינה, עמ' 16). חתימת הקיום נועדה לאפשר בקרה פרלמנטרית על הפעלת סמכות החנינה על ידי נשיא המדינה, שאינו מופיע בפני הכנסת, אינו חייב במתן דין וחשבון לכנסת, ופעולותיו נעשות על פי שיקול דעתו. שעה שמצטרפת לחתימת הנשיא חתימתו של שר המשפטים, פתוחה בפני הכנסת האפשרות לפקח על פעולות הנשיא דרך פעולת הממשלה באמצעות שר המשפטים, אשר יכול לתת דין וחשבון בפני הכנסת על החלטת החנינה. כפי שציין שר המשפטים ד' יוסף בדיון בכנסת בקריאה השנייה והשלישית בהצעת חוק יסוד: נשיא המדינה, אף על פי שהחלטה היא בידי הנשיא, "יש מקום לבקר באופן פרלמנטרי את שר המשפטים על המלצותיו לנשיא. את הנשיא אי-אפשר לבקר על החלטותיו, אבל אפשר לבקר את שר המשפטים על המלצותיו" (ד"כ 40, 2086 (תשכ"ד)). בדומה, ראו את דבריו של ל' סבה בחיבורו על סמכות החנינה:

"במדינה המבוססת על שלטון פרלמנטרי מקובל לאפשר לרשות המחוקקת לפקח על הנעשה מטעם הרשות המבצעת. נשיא המדינה... עומד מבחינה מסוימת בראש הרשות המבצעת, אם כי אינו מזוהה אתה לחלוטין. היות שנשיא המדינה, בהתחשב במעמדו הרם, אינו מופיע בפני הכנסת ואינו מדווח בפניה, אין לכנסת דרך לקבל דיווח על מעשיו ולבקר אותם. אולם אם מצטרף להחלטת הנשיא אישור מטעם הממשלה (או אחד מנציגיה), אזי יוטל עליה (או עליו) להגן על החלטה זו" (סבה, חנינה אישית וחנינה כללית, עמ' 243).

27. מטבע הדברים, ברי כי אם שר המשפטים היה מחויב לקבל את החלטת הנשיא בנושא החנינה ללא כל הרהור וערעור, לא היה כל תוקף ממשי לבקרה שלו או של הממשלה והכנסת. בקרה כאמור היא אפשרית רק אם לשר המשפטים מסור שיקול דעת בהחלטה אם לצרף או לא לצרף את חתימת הקיום. אכן, "השר נושא באחריות פרלמנטרית וציבורית לחתימתו, ואין להטילה עליו בלא לאפשר לו להפעיל שיקול דעת בעניין" (ראו, רובינשטיין ומדינה, עמ' 1062-1063). מן הטעם הזה אין מקום לקביעה לפיה חתימת הקיום נועדה אך לאמת את חתימת הנשיא או לאשר כי פעולות המינהל הקודמות להעברת המלצת שר המשפטים לנשיא המדינה קוימו כסדרן. בשני המקרים האלה, מה הטעם בקיומה של בקרה אם שר המשפטים מחויב בסופו של ההליך לצרף את חתימתו אף אם סבור הוא כי אין מקום לאשר את בקשת החנינה? רק שיקול דעת של ממש יאפשר מיצוי הליך הבקרה הגלום בחתימת הקיום. מעניין להזכיר כי זוהי העמדה שהציג חבר הכנסת י' שופמן – שביקש להוציא את מסמכי החנינה מרשימת המסמכים הטעונים חתימת קיום – בקריאה השניה והשלישית בהצעת החוק:

"הרעיון [של חתימת הקיום] הוא, שנשיא המדינה אינו נושא באחריות פוליטית, כי באחריות פוליטית נושאת הממשלה, ולכן כל מסמך שיוצא ממנו – חייב לקבל גם חתימת קיום של הממשלה או של שר; ואם הכנסת מוצאת שמסמך זה אינו נכון – היא תובעת לאחריות פוליטית את הממשלה ולא את הנשיא. זה הרעיון של סעיף זה, וכפי שאמרתי, זה נמצא בתיאום ובהתאמה מלאה עם כל המבנה של מוסד נשיא המדינה, כפי שהבינונו בהצעת החוק" (ת"כ 40 (תשכ"ד) עמ' 2084).

28. יודגש, כי הגישה המכירה בקיומו של שיקול הדעת של שר המשפטים בהחלטה אם לצרף חתימתו או לאו אינה מובילה למסקנה כי השר הוא שותף מלא להחלטות החנינה. סמכות החנינה אכן נמסרה לנשיא המדינה והוא בעל הסמכות העיקרית. שר המשפטים ממלא תפקיד חשוב בהליך החנינה, אולם עליו להפעיל את שיקול דעתו בכפוף לכך שהסמכות הראשית נמסרה לנשיא. אמנם, שיקול הדעת של שר המשפטים אינו מוגבל לאימות החתימה או לוידוא שהתשתית העובדתית הנחוצה להכרעת הנשיא שלמה, אך אין זה אומר שאין עליו כל מגבלה. האפשרות העומדת לשר המשפטים לסרב לצרף את חתימת הקיום צריכה להישמר למקרים חריגים ויוצאי דופן. בדרך כלל יהיה זה רק כאשר השר משוכנע כי החלטת הנשיא הושפעה משיקולים זרים או שהיא ניתנה בחוסר תום לב או שנפל בה פגם מהותי היורד לשורש ההחלטה.

29. ראוי לציין כי פרשנות ברוח דומה לעניין משמעותה של חתימת הקיום ואופן הפעלת שיקול הדעת של שר המשפטים נקבעה גם בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה מס' 4.4002 (1.5.1975, 1.6.2003) שכותרתה "חתימת קיום לחתימת נשיא המדינה בחנינות" (הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מ' שמגר, וההנחייה המאוחרת של היועץ המשפטי לממשלה א' רובינשטיין). בהנחייה נקבע כי לשר המשפטים סמכות לסרב לצרף את חתימת הקיום, אם כי מקרים אלה הם חריגים וקיצוניים. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה, שנשוב לדון בה בהמשך, קובעת כי הכלל הוא הוספת חתימת הקיום והמקרים בהם יסרב שר המשפטים לחתום את חתימת הקיום "אינם רבים", ו"היוצא 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".

30. חתימת הקיום נועדה, אם כן, בראש ובראשונה כדי לאפשר ביקורת פרלמנטרית על הפעלת סמכות החנינה. אולם, לצד הביקורת הפרלמנטרית, חתימת הקיום גם מאפשרת ביקורת שיפוטית עקיפה על סמכות החנינה, באמצעות תקיפה ישירה של פעולות שר המשפטים. ביקורת זו נעשית על יסוד הטעמים שגובשו בפסיקת בית משפט זה. יוער, כי מאחר שחתימת הקיום של שר המשפטים נחוצה בכל כתב חנינה או כתב הקלה בעונש, הביקורת השיפוטית העקיפה אינה תלויה בהחלטה של גורמים ברשות המבצעת לקיים או להימנע מקיום החלטת החנינה, כפי שהוצע בפסק דינו של חברי, השופט לוי, אלא היא מתאפשרת, באופן עקרוני, בכל הפעלה של שיקול הדעת של שר המשפטים. עוד יצוין בשולי הדברים כי האפשרות עליה הצביע השופט לוי, שמנגנון הביקורת יהיה באמצעות גורמי הביצוע שעשויים לסרב לקיים את החלטת החנינה של הנשיא, אינה מעשית ואף מעניקה לאותן רשויות סמכות שלא ניתנה להן, לבקר את שיקול הדעת של הנשיא.

31. בסיכומם של דברים עולה כי בחינת המסגרת הנורמטיבית החולשת על סמכות החנינה בישראל מובילה למסקנה שעקרונות היסוד של המשטר בישראל מחייבים קיומם של הליכי בקרה על הפעלת סמכות החנינה של נשיא המדינה המוצאים ביטויים בחתימת הקיום של שר המשפטים. הליכי הבקרה, כאמור לעיל, אינם הופכים את שר המשפטים לבעל סמכות שוות ערך לזו של נשיא המדינה, אלא מעמדו הוא כשל רשות המסייעת לנשיא המדינה, ואשר בכוחה, במקרים חריגים, מיוחדים ויוצאי דופן, למנוע את הוצאת החנינה אל הפועל.

פרשנות זו, הרואה בחתימת הקיום כלי המאפשר ביקורת פרלמנטרית ישירה וביקורת שיפוטית עקיפה על סמכות החנינה, אינה זרה, כאמור, למשפט הישראלי. היא תואמת את לשון חוק היסוד ועולה בקנה אחד עם ההיסטוריה החקיקתית, עם הפסיקה הישראלית ועם כתביהם של מרבית המלומדים שנדרשו לעניין. זאת ועוד. ברוח פרשנות זו גם יושמה הלכה למעשה סמכות החנינה בנוהג שהתפתח לאורך השנים בנוגע לטיפול בבקשות חנינה. על פי נוהג זה, שר המשפטים ממלא תפקיד פעיל בהליך החנינה, והתפיסה המקובלת, כפי שבאה לידי ביטוי בפועל וכפי שנמסרה גם בתשובת המדינה, היא שרק הסכמה משותפת של נשיא המדינה ושר המשפטים יכולה להוציא אל הפועל החלטת חנינה או הקלה בעונש. ראיה לכך ניתן למצוא בעובדה שעד לעניינו של העותר לא נתגלו מחלוקות בלתי פתירות בין נשיא המדינה ושר המשפטים, ושני בעלי התפקידים מצאו דרך להפעיל את סמכות החנינה באופן שהיה מקובל על שניהם. אין זה אומר, כמובן, שתמיד הייתה ביניהם הסכמה מראש. אך, יש בכך כדי ללמד על כך שנשיא המדינה ושר המשפטים חשו מחויבות לנהל ביניהם שיג ושיח ולהגיע להסכמה. יש להניח כי משמעה של הסכמה זו הייתה כי לעיתים נסוג השר מעמדתו, ולעיתים, היה זה נשיא המדינה שקיבל את המלצת שר המשפטים.

אכן, הליכי ההחלטה בבקשות חנינה בישראל מבוססים ברובם על מערכת של מנהגים שהתפתחו במשך השנים. כך לעניין מערך היחסים שבין נשיא המדינה ושר המשפטים, וכך גם לעניין עבודת מחלקת החנינות שבמשרד המשפטים, שתפקידיה אינם מעוגנים בחקיקה אלא בנוהג. כידוע, על אף שבקשות החנינה מוגשות לבית הנשיא, הן מועברות למחלקת החנינות במשרד המשפטים (ראו הנחיית היועץ המשפטי לממשלה 4.400 (1.7.1974, 6.3.2003, 8.5.2003), שכותרתה "נוהל טיפול בבקשות חנינה"). בקשות חנינה של נידונים בבית דין צבאי או בבית משפט צבאי מועברות ללשכת שר הביטחון לשם קבלת חוות דעתו. מחלקת החנינות שבמשרד המשפטים אחראית לעריכת כל שלבי הבירור הראשוניים, לאחריהם מועברת המלצתה לשר המשפטים. שר המשפטים בוחן את המלצת המחלקה ומגבש את המלצתו לנשיא המדינה. אם המלצת שר המשפטים היא להיענות לבקשה, מצורפת להמלצה גם טיוטת כתב חנינה או כתב הקלה בעונש. לאחר שנשיא המדינה עיין בהמלצה, היה ובחר לדחותה, החנינה אינה יוצאת אל הפועל. היה ונשיא המדינה בחר להיענות לבקשת החנינה, הוא חותם על כתב חנינה ומעבירו לשר המשפטים שיצרף את חתימת הקיום.

מערכת נוהגים זו, שחלקה, כאמור, מעוגן בסעיף 12 לחוק היסוד וחלקה תוצר של התפתחות הליכי העבודה שעוגנו בהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, מעלה את השאלה – שאין הכרח להכריע בה במסגרת דיון נוסף זה – אם לא נוצרה במשך השנים "מוסכמה חוקתית" על פיה מסור לשר המשפטים שיקול דעת בכואו לצרף את חתימת הקיום, והחלטת החנינה או ההקלה בעונש מתקבלת רק בהסכמת שני בעלי התפקידים.

מוסכמה חוקתית

32. המוסכמה החוקתית, שטרם נדונה בהרחבה במשפטנו, היא "כלל בעל יסוד נורמטיבי, הקובע דרך התנהגות מקובלת של רשויות המדינה ומלאי התפקידים השלטוניים" (שמעון שטרית "מגבלותיה של ממשלת-מעבר" 1999 יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים), 737, 745 (2005)). מוסכמות חוקתיות לרוב נזכרות בקשר לשאלות של סמכות שלטונית והפעלתה. הן מסדירות את חלוקת הסמכויות בין רשויות המדינה השונות, מתוות את אופן ההפעלה של סמכות כלשהי, ובמקרים חריגים אף קובעות כי סמכות הקבועה בחוק או בחוקה אינה צריכה להיות מופעלת כלל. מוסכמות חוקתיות לעיתים משלימות חוסר בחוקה, ולעיתים הן מתאימות את הכתוב בחוק או בחוקה לזמנים משתנים (ראו את ההגדרה של מוסכמות חוקתיות על פי Peter Hogg, בספרו, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA (5th Ed., 2007) p. 21, לפיה מוסכמות חוקתיות: "prescribe the way in which legal powers shall be exercised. Some conventions have the effect of transferring effective power from the legal holder to another official or institution. Other conventions limit an apparently broad legal power, or even prescribe that a legal power shall not be exercised at all". מוסכמות חוקתיות, כפי שהיטיב לתאר

: Sir W. Ivor Jennings

"[P]rovide the flesh which clothes the dry bones of the law; they make the legal constitution work; they keep it in touch with the growth of ideas. A constitution does not work itself; it has to be worked by men. It is an instrument of national co-operation, and the spirit of the co-operation is as necessary as the instrument. The constitutional conventions are the rules elaborated for effecting that co-operation" Sir W. Ivor Jennings, THE LAW AND THE CONSTITUTION (1943), pp.80-81.

במדינות רבות, בהן אנגליה וקנדה, המוסכמות החוקתיות הן חלק בלתי נפרד מן המשטר, והן למעשה מסדירות את אופן ההפעלה של סמכויות שלטון מרכזיות (ראו, למשל: Albert V. Dicey, INTRODUCTION TO THE STUDY OF THE LAW OF THE CONSTITUTION (1945), pp. 417-473; Hogg, Constitutional Law of Canada, pp. 21-30). מעניין לציין, אגב, שבאנגליה – מקור סמכות החנינה הישראלית – אמנם סמכות החנינה ניתנה למלך, אך מוסכמה חוקתית הנוהגת שם קובעת כי המלך או המלכה יפעילו את סמכותם רק בהתאם להמלצת השר המופקד על הנושא בקבינט. על כן, אם השר המליץ לדחות את בקשת החנינה, המלך או המלכה לא יפעלו בניגוד להמלצה, למרות שבאופן תיאורטי הסמכות לחון נתונה להם (ראו, למשל, הדו"ח המסכם של משרד המשפטים האנגלי על סמכויות פרוגטיביות, ובכלל זה סמכות החנינה: The Governance of Britain, Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report, p. 15: "The power is exercised by the Sovereign on ministerial advice"; available at: <http://www.justice.gov.uk/publications/docs/royal-prerogative.pdf>).

השאלה מתי נוהג הופך אצלנו למוסכמה חוקתית לא נדונה בהרחבה בפסקתו של בית משפט זה, והשאלה טרם הוכרעה. בשיטות משפט קרובות מקובל להתייחס לשלושה מבחנים המסייעים בקביעה האם נוהג הפך למוסכמה חוקתית מחייבת. ראשית, יש לבחון האם השתרשה פרקטיקה לנהוג באופן מסוים; שנית, יש לבחון את "תודעת החיוב" – כלומר, יש לברר האם בעלי התפקידים והרשויות שפעלו בהתאם למוסכמה החוקתית בעבר חשו שהם מחויבים לפעול על פיה; ולבסוף, על בית המשפט לבחון האם קיים רציונל הגיוני ביסוד הפרקטיקה שהתגבשה במשך השנים והייתה למוסכמה חוקתית (ראו את הגדרת המבחנים ויישומם בחוות הדעת של בית המשפט הפדרלי העליון בקנדה, 1 [1981] *Re Resolution to Amend the Constitution*; S.C.R. 753, 888; כן ראו Hogg, p. 23-25).

33. מעבר לנדרש, כאמור, אני סבורה כי ניתן לומר באופן כללי שהגישה המובאת לעיל מאפיינת את ההתייחסות להתפתחות "המוסכמה החוקתית" גם בשיטתנו, ולפיה הרוח החוקתית קורמת עור וגידים באופן יישומה הלכה למעשה. עוד יצוין כי מקובל לראות שלבים של התפתחות ביישום העקרונות החוקתיים מפרקטיקה ל"נוהג" שהרשויות נוהגות לפיו עד שהנוהג הופך ל"מוסכמה חוקתית". משהפך נוהג ל"מוסכמה חוקתית" רואות הרשויות, וכך גם נושאי התפקידים, חובה לפעול על פיו; ובתי המשפט, ככלל, יכבדו את פעולת הרשויות המעוגנות במוסכמה החוקתית (ראו: Hogg, p. 25-26).

על פי המבחנים שהובאו לעיל נוטה אני לדעה כי מאופן הפעלת סמכות החנינה בישראל ניתן להסיק כי התגבשה אצלנו "מוסכמה חוקתית" לפיה יש לשר המשפטים שיקול דעת במתן חתימת הקיום ופעולותיו בעניין זה נעשות בשיתוף עם נשיא המדינה. מבחינה היסטורית, הנבדקת במסגרת המבחן הראשון – הוא מבחן תקדימי העבר – הרי שבמשך השנים, כאמור, ככל הידוע לא נתגלו חילוקי דעות בין הנשיא ושר המשפטים בסופה של הדרך, מן הסוג שהוביל לסירובו של האחרון לחתום את חתימת הקיום. שני מקורות מרכזיים מצביעים על תחושת המחויבות לנהוג באופן מסוים, הנבדקת במסגרת המבחן השני. ראשית, פסיקת בית משפט זה הבהירה באופן עקבי כי לשר המשפטים מסור שיקול דעת בהחלטה אם לחתום את חתימת הקיום על מסמכי החנינה. שנית, הנחיות היועץ המשפטי לממשלה שנדרשו לעניין זה קבעו, באופן חד משמעי, כי חתימת הקיום מלווה בשיקול דעת של שר המשפטים, שיכול, במקרים חריגים, לסרב לצרף את חתימתו. להנחיות היועץ המשפטי לממשלה חשיבות רבה בהקשר שלפנינו, שכן כידוע, הנחיות היועץ מחייבות את הממשלה, והפרשנות הקבועה בהן משקפת באופן מוסמך את הדין הקיים כל עוד לא נקבע אחרת בידי בית המשפט (ראו: יצחק זמיר, הסמכות המינהלית 776 (1996); כן ראו בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985) ("סמכות הפירוש של החוק עבור הרשות המבצעת נתונה ליועץ המשפטי לממשלה, ופירושו שלו מחייב אותה פנימה"; השופט (כתוארו אז), א' ברק). בהנחיה מספר 4.4002 נקבע כי הסמכות לחון היא בידי הנשיא, אולם הצורך בחתימת קיום "הביא לנוהג שהשר חוקר בכל בקשת חנינה ומגיש לנשיא את החומר בנדון ואת המלצתו בין לחיוב ובין לשלילה". עוד קובעת ההנחיה כי אם הנשיא אינו מקבל המלצה של השר לדחות את בקשת החנינה, אזי במקרים כאלה על נשיא המדינה ושר המשפטים לנסות לשכנע אחד את השני. יחד עם זאת, לגישת היועץ המשפטי לממשלה, שר המשפטים יכול לסרב לחתום במקרה חריג וקיצוני, "בו חש השר שמבחינה מצפונית אינו יכול לתת ידו לאקט החנינה ואשר לא יוכל להגן עליו כל עיקר מבחינה ציבורית או פרלמנטרית" (ראו גם פרשנות ברוח דומה שניתנה על ידי היועץ המשפטי לממשלה מני מזוז במכתב מיום 11.5.2006 אשר צורף לעיקרי הטיעון מטעם המדינה וסומן ע/4).

המבחן השלישי ליצירה של "מוסכמה חוקתית" בוחן את הרציונל ביסוד המוסכמה החוקתית – היה ונתגבשה. על רציונל זה עמדנו לעיל, וקבענו כי חתימת הקיום מבטאת את האחריות הפרלמנטרית על סמכות החנינה ואת האפשרות לקיים ביקורת שיפוטית על ההחלטה. אחריות זו, כאמור, נובעת מעיקרי המשטר בישראל, המחייבים קיום הליך של בקרה ואיזון על הפעלת סמכויות שלטוניות.

34. החלת שלושת המבחנים האמורים על סמכות החנינה, כמו גם אופן הפעלתה בכל שנות קיומה של מדינת ישראל מצביעים, כאמור, על כך שניכר כי הנוהג שהתפתח בעבודת מחלקת החנינות ובמערכת היחסים בין הנשיא ושר המשפטים עולה כדי יצירה של "מוסכמה חוקתית"; אם כי כאמור, אין הכרח להכריע בשאלה זו כעת. לגישתי, קיומו של נוהג – בין אם עלה לרמת המוסכמה החוקתית ובין אם לאו – רק מחזק את המסקנה לפיה לשר המשפטים מסור שיקול דעת בחתימת הקיום, הנתמכת בנימוקים כבדי משקל אחרים המצדיקים קיומה של בקרה על הפעלת סמכות החנינה.

35. לא למותר להזכיר כי לבד מחתימת הקיום, ראה המחוקק לנכון לקבוע מנגנונים נוספים להתווית שיקול הדעת של נשיא המדינה בהחלטות חנינה. כך, בשנת 2001, במסגרת סעיף 29 לחוק שחרור על-תנאי, מסר המחוקק סמכות שבשיקול דעת לוועדת שחרורים מיוחדת הדנה בבקשות של אסירי עולם לקצוב את עונשם. סעיף 29 לחוק קובע כי ועדת שחרורים מיוחדת רשאית להמליץ לנשיא המדינה להקל בעונשו של אסיר באמצעות המרת עונשו בעונש מאסר קצוב, לאחר שחלפו לפחות שבע שנים מהיום שהחל לרצות את מאסרו, ובלבד שהתקופה עליה תמליץ הוועדה לא תפחת מ-30 שנים. הסעיף קובע עוד את השיקולים שרשאית הוועדה לשקול בעריכת המלצתה, וכן קובע כי בעניינו של אסיר עולם רשאית הוועדה בכל עת, על פי פניה של נשיא המדינה או של שר המשפטים, להמליץ בעניין הפעלת סמכות החנינה.

החשיבות שבסעיף 29 הנ"ל לעניין פרשנות סמכות החנינה טמונה דווקא על רקע מצב הדברים שקדם לחקיקתו. סעיף 29 לחוק נחקק בשל סירובו של נשיא המדינה דאז, מר עזר ויצמן, לקצוב את עונשם של אסירי עולם. למרות שאין חולק כי סמכות החנינה כוללת גם את הסמכות להימנע ממתן חנינה – ובמקרה זה, להימנע מקציבת העונש – המחוקק ראה לנכון להביא ליתר אחידות בהפעלת מנגנון קציבת העונש, שהוא חלק מסמכות החנינה, על ידי הקמת ועדת השחרורים המיוחדת. זאת ועוד, בחוק אף נקבע כי ועדת השחרורים אינה רשאית להמליץ על קציבת עונש לתקופה שתפחת משלושים שנים. במידה מסוימת, הניסיון להוביל ליתר אחידות בקציבת העונש נובע מן העובדה שקציבת העונש ופנייה לבקשת חנינה הפכו לעניין שהוא כמעט בשגרה ומצטרפים לאופן הפעלת סמכות החנינה הנוהג במשפטנו.

המשמעות של סעיף 29 לחוק היא, אם כך, כפולה. ראשית, נקבע בחוק מנגנון בקרה נוסף על סמכות החנינה של נשיא המדינה. מקום בו נשיא המדינה בחר באופן גורף לא להשתמש בסמכותו – כפי שארע בתקופת כהונתו של הנשיא עזר ויצמן – קבע

המחוקק סייג, גם אם מוגבל בהיקפו. שנית, טרם חקיקת סעיף 29 לחוק רשאי היה נשיא המדינה לבחור אם לקצוב את העונש או לא, ובהנחה שבחר לקצוב אותו, לאיזו תקופה. על פי המצב החוקי כיום, נראה כי נוכח המלצת ועדת השחרורים הפועלת על פי החוק, קציבת העונש לא תפחת מתקופה של שלושים שנים. בשולי הדברים נעיר כי איננו רואים לנקוט עמדה באשר למשמעות החלטת הנשיא לקצוב עונשו של אסיר עולם שלא בהתאם להמלצת ועדת השחרורים המיוחדת ותנאי חוק שחרור על-תנאי כיוון שבעניין זה לא הובא בפנינו כל טיעון (ראו, בהקשר זה, את דעתו של השופט לוי בבג"ץ 9631/07 כץ נ' נשיא המדינה (נמחק) (טרם פורסם, 14.4.08)).

החשש מפני פוליטיזציה של החנינה

36. אחד הטעמים המרכזיים המונחים ביסוד מסקנתו של חברי, השופט לוי, כי אין לשר המשפטים שיקול דעת באשר לחתימת הקיום, הוא החשש מפני עירוב שיקולים פוליטיים בהחלטות החנינה. לגישת השופט לוי, מתן שיקול דעת לשר המשפטים עשוי "[לגרוע] מן התכלית שלאורה פותח מוסד משפטי זה", ולפגוע במוסד הנשיאות עד כדי "עיקורו מן הייחוד המאפיין אותו" (פסקאות 15 ו-16 לפסק דינו של השופט לוי). עוד קובע השופט לוי כי נוכח העובדה שהחלטות החנינה משנות את הכרעות הרשות השופטת, קיים חשש מפני הפעלת לחץ פוליטי על הנשיא שעשוי להוביל לזילות של ההליך המשפטי ולעיוות משפט.

לגישתי, אין סכנה ממשית שחזות קשה זו של השופט לוי תתממש במציאות. הסכנה לכאורה הקיימת ממעורבות בהחלטות הרשות השופטת רלוונטית רק כאשר משנים החלטה חלוטה של בית משפט. שינוי כזה מתרחש רק מקום בו נענה הנשיא לבקשת החנינה – כלומר, שעה שיש הסכמה משותפת של נשיא המדינה ושל שר המשפטים. שהרי, אף אם שר המשפטים ממליץ להיענות לבקשת החנינה, היה ונשיא המדינה בוחר לדחות את הבקשה, אין בידי שר המשפטים לחייב אותו לקבל את המלצתו. מרגע שהמלצת השר עוברת ממשרד המשפטים לבית הנשיא, נשיא המדינה יכול, כמובן, לקבל את ההמלצה או לדחות אותה. הראשון לחתום על כתב החנינה או כתב ההקלה בעונש הוא הנשיא. על כן, מקום בו הנשיא ממאן לחתום, החנינה אינה יוצאת אל הפועל, והמשמעות האופרטיבית היא הותרת הכרעת הרשות השופטת על כנה. אם הנשיא מחליט להיענות לבקשת החנינה, הרי אין משמעות אמיתית לחשש מהתערבות פוליטית, שכן הנשיא בחר לקבל את החלטת החנינה.

כמובן, אין להתעלם מן העובדה ששר המשפטים הוא דמות פוליטית, ומעצם העובדה ששר המשפטים מעורב בהליך החנינה יש להניח ששיקולים פוליטיים עשויים להיות חלק מן ההליך. דווקא בשל כך ברורה חשיבותה של חתימת הקיום כאמצעי לביקורת פרלמנטרית ושיפוטית על שיקוליו של השר, אם מדובר בשיקולים זרים או פסולים. בהליך הביקורת הזה, ניתן לבחון את פעולת שר המשפטים בקשר לסמכות החנינה ולבדוק אם היא חורגת מן התחום החוקי או שיש בה משום הפעלת לחץ פסול על נשיא המדינה. הביקורת יכולה להתבצע על ידי הממשלה והכנסת, והיא יכולה להיות גם ביקורת ישירה של בית המשפט. בהקשר אחרון זה יכול בית המשפט להחיל על מעשי השר את כללי המשפט המינהלי והחוקתי. אלה מחייבים את השר, בין היתר, לקבל החלטה על בסיסה של תשתית עובדתית מספקת, לשקול שיקולים ענייניים בלבד, לתת דעתו להמלצות הגופים השונים הבוחנים את בקשות החנינה, ולתת את המשקל הראוי לכל אחד מן הנתונים שבפניו, בהם גם נתונים המתייחסים לגיליון ההרשעות של המבקש ולהתנהגותו במהלך המאסר. יש בכללים אלה, ולצידם, בקיומו של המנגנון המקצועי במסגרתו פועל שר המשפטים, כדי לצמצם באופן משמעותי את החשש מפני עירוב שיקולים פוליטיים על ידי השר, בשל היות שיקול הדעת שלו כפוף לביקורת.

בשולי הדברים: התייחסות למשפט המשווה

37. פתחנו את פרק הדיון בעניין שלפנינו בעיקרון היסוד שהוכר משך שנים בפסיקתנו ביחס לסמכות החנינה הישראלית ואשר מקובל גם על חברי, השופט לוי - העובדה שהסמכות היא "יצירה ישראלית מקורית". עיקרון זה, העובר כחוט השני בפסיקה הישראלית, לא רק משפיע על פרשנות סמכות החנינה, אלא יש בו גם כדי להשליך על האפשרות ללמוד מהסדרי החנינה הנוהגים במדינות אחרות.

חברי, השופט לוי, פרש יריעה נרחבת ומרשימה ופירט את הסדרי החנינה הנוהגים בשורה ארוכה של מדינות בעולם. מן הסקירה המובאת בחוות דעתו של חברי עולה כי במדינות שונות נוהגים הסדרים מגוונים באשר להפעלה של סמכות החנינה. הסדרים אלה, ברובם, נטועים בשיטת המשטר, בשיטת המשפט ובתרבות הפוליטית הנוהגת בכל מדינה. הסדרים מגוונים קיימים גם באשר למעורבות של גורמים מן הרשות המבצעת בהליך החנינה, ובכלל זה בצורך, אם בכלל, בחתימת קיום.

שאלת האפשרות להיזקק להסדרים הנוהגים במדינות אחרות בפרשנות סמכות החנינה נדונה ארוכות בפסקי הדין של בית משפט זה שבחנו את סמכות החנינה. כאמור, בפסקי הדין הראשונים שעסקו בסוגיה נדחתה הגישה לפיה אנו מחויבים לפרש

את סמכות החנינה ברוח סמכותו של מלך אנגליה, ובית המשפט עמד על החשיבות שבפרשנות סמכות החנינה על רקע עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הישראלית. יסודה של גישה זו בתפיסה לפיה סמכות החנינה, בדומה לסמכויות שלטוניות אחרות, מבוססת על המאפיינים הייחודיים של שיטת המשטר והדמוקרטיה הישראלית. מכאן, נקבע בעבר כי יש לעשות שימוש זהיר ביותר בנתונים הלקוחים מן המשפט המשווה, הגם שיש בהם כדי ללמדנו על האפשרויות המגוונות בהפעלה ובפרשנות של סמכות החנינה. בשל כך, שותפה אני לדעה לפיה יש לתת משקל מסויג להסדרי החנינה הקבועים במדינות אחרות, בהן מבנה הסמכויות השלטוניות שונה באופן משמעותי ממבנה הסמכויות הנוהג במדינת ישראל. אכן, "יהא היקף הסמכויות של נושאי משרה דומים במדינות אחרות אשר יהא" קבע השופט (כתוארו אז) א' ברק בפרשת ברזילי, "בסופו של דבר, עלינו לפרש את סמכות החנינה של נשיא מדינת ישראל, על רקע מערכות השלטון הישראליות, וההשראה הפרשנית, שנוכל לקבל ממדינות אחרות, היא בסופו של דבר מוגבלת" (שם, עמ' 596).

38. סמכות החנינה לובשת, כאמור, צורות שונות ומגוונות בשיטות משפט שונות, וחברי השופט לוי עמד על כך בהרחבה. יש מדינות בהן סמכות החנינה נתונה בידי ראש המדינה (מלך, נשיא או מושל כללי), בעוד שבמדינות אחרות סמכות החנינה מוקנית רק לפרלמנט או לרשות השופטת. יש מדינות בהן בהליך החנינה מעורבת מועצה מייעצת, בעוד שמדינות אחרות מוסרות את הסמכות באופן בלעדי לגורם שלטוני אחד. יש מדינות בהן מתאפשרת חנינה רק לאחר הרשעה, בעוד שמדינות אחרות מאפשרות גם חנינה טרם הרשעה; יש מדינות בהן ניתן למחול רק על העונש, בעוד שבמדינות אחרות החנינה מוחקת את ההרשעה עצמה. יש מדינות בהן החנינה תינתן במצבים קיצוניים, ייחודיים ויוצאי דופן, בהם עולה חשש כי לא נעשה משפט צדק, בעוד שבמדינות אחרות עושים בחנינה שימוש תכוף יחסית. בחלק מן המדינות ניתן לתקוף את ההחלטה באופן ישיר או עקיף בבית המשפט, בעוד שבמדינות אחרות אין זכות לפנות לבית המשפט לגבי החלטות חנינה. יש מדינות שקבעו דרישה לחתימת קיום של הממשלה או שר בממשלה, ויש מדינות שויתרו על דרישה כאמור; וגם בין המדינות בהן דרושה חתימת קיום, הסברים שונים ומגוונים ניתנו באשר למשמעותה והיקפה (ראו, מבין רבים אחרים: Leslie Sebba *The Pardoning Power – A World Survey*, JOURNAL OF CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY, vol. 68(1), 83 (1977); כן ראו את הדוגמאות המובאות בפסק דינו של הנשיא מ' שמגר בפרשת ברזילי, עמ' 549-551). אכן, אין בעולם דגם חנינה אחיד. בשל העובדה שסמכות החנינה נטועה בעקרונות היסוד של המשטר, "כמעט כל שיטת משפט פיתחה גישה המיוחדת לה ומותאמת למוסדות השלטון האחרים שהתפתחו בקרבה" (הנשיא מ' שמגר בפרשת ברזילי, עמ' 549).

550). מסיבה זו, גם אם נבחנים ההסדרים במדינות אחרות, יש להתייחס אליהם בזהירות רבה. כך, למשל, ספק אם ניתן ללמוד מפסק הדין של בית המשפט החוקתי של איטליה – לגביו מציין השופט לוי כי "זוהי הסביבה הנורמטיבית בה מתקיימת החנינה גם במשפטנו" (פסקה 13 לפסק הדין). למרות שנדונה שם שאלה דומה מאוד לשאלה הנבחנת בדיון נוסף זה, ההבדלים במעמדו של נשיא המדינה שם ואצלנו; ההבדלים בתפקידים המסורים לנשיא האיטלקי בחוקה אשר אינם נתונים לנשיא המדינה בישראל; וההבחנות בהפעלת סמכות החנינה כפי שעולות מפסק הדין של בית המשפט האיטלקי, ובכלל זה האפשרות של הנשיא האיטלקי לפנות לבית המשפט החוקתי, מקשות על האפשרות לגזור גזירה שווה מן ההלכות שנקבעו שם למשפטנו.

סוף דבר

39. מן הטעמים שהובאו לעיל אני סבורה כי העמדה שנתקבלה בפסק הדין נושא הדיון הנוסף, לפיה חתימת הקיום נועדה אך לאשר כי מכלול ההליכים המקדמיים להחלטת החנינה של נשיא המדינה קוימו במלואם ותו לא, מצמצמת עד למאוד את שיקול הדעת של שר המשפטים, באופן שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשטר הישראלי, עם לשון החוק ועם הפסיקה שפרשה את סמכות החנינה. לגישתי, אין לזנוח את העיקרון לפיו אין סמכות שלטונית שאינה כפופה לבקרה, לרבות כאשר מדובר בסמכויות הנתונות לנשיא המדינה. עיקרון זה מחייב מתן שיקול דעת לשר המשפטים אם לצרף את חתימת הקיום להחלטת חנינה או הקלה בעונש של הנשיא, באופן שמאפשר בקרה פרלמנטרית ושיפוטית על הפעלת סמכות החנינה. בקרה זו, כפי שצוין לעיל, ראוי שתופעל במתינות ובהתחשב בטיבה של סמכות החנינה ובמעמדו הרם של נשיא המדינה, שהוא בעל הסמכות. לפיכך, אם דעתי תישמע, הייתי מקבלת את עמדת שר המשפטים לגופה של העתירה.

אשר לעניין הפרטני שלפנינו, הואיל ומאז שנבחנה בקשתו של המשיב לקצוב את עונשו חלף זמן וחלו חילופי אישים בבית הנשיא ובמשרד המשפטים, הייתי מציעה לחבריי לקבוע כי עניינו יובא שוב בפני ועדת השחרורים המיוחדת וכן בפני נשיא המדינה ושר המשפטים הנוכחיים, שיפעילו את סמכותם בשים לב לקביעות בית המשפט בדיון נוסף זה.

ה נ ש י א ה

השופטת מ' נאור:

אני שותפה לעמדתה של הנשיאה לפיה בחינת המסגרת הנורמטיבית החולשת על סמכות החנינה בישראל מובילה למסקנה שעקרונות היסוד של המשטר בישראל מחייבים קיומם של הליכי בקרה על הפעלת סמכות החנינה של נשיא המדינה המוצאים ביטויים בחתימת הקיום של שר המשפטים. הליכי הבקרה, אינם הופכים את שר המשפטים לבעל סמכות שוות ערך לזו של נשיא המדינה, אלא מעמדו הוא כשל רשות המסייעת לנשיא המדינה, ואשר בכוחה, במקרים חריגים, מיוחדים ויוצאי דופן, למנוע את הוצאת החנינה אל הפועל. שר המשפטים עצמו נתון לביקורת ציבורית ולביקורתו של בית משפט זה. לפיכך – יש לקבל את עמדת שר המשפטים כפי שהציעה הנשיאה.

אני מצטרפת גם להמלצתה של הנשיאה שעניינו של המשיב יובא שוב בפני ועדת השחרורים המיוחדת ובפני נשיא המדינה ושר המשפטים הנוכחיים.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה א' ריבלין:

מסכים אני לפסק דינה של הנשיאה. אף עלי מקובלת הגישה לפיה לשר המשפטים נתון שיקול דעת אם לצרף את חתימת הקיום שלו לחתימתו של נשיא המדינה, וזאת ממכלול הטעמים שפורטו בחוות דעתה המקיפה של הנשיאה. כפי שהובהר, גישה זו עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה במרוצת השנים (ראו את דברי השופט (כתוארו אז) ש' אגרנט בבג"ץ 177/50 דאובן נ' יו"ר וחברי המועצה המשפטית, פ"ד ה 737, 755-756 (1951); השופט צ' ברנזון בד"נ 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה, פ"ד טז 430, 472 (1986); מ"מ הנשיא (כתוארו אז) אגרנט באותו עניין בעמ' 454; המשנה לנשיא השופטת מ' בן פורת בבג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד מ(3) 505, 581 (1986); השופט מ' חשין בבג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389, 412 (1999)). כן תואמת גישה זו את הנחיות היועצים המשפטיים לממשלה ומשקפת גם את עמדת רוב המלומדים שדנו בנושא (ראו אסמכתאות המובאות בסעיף 18 לפסק דינה של חברתי). אכן, עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, המושתתים על מנגנוני איזון ובקרה, אינם מאפשרים להותיר בידי הנשיא סמכות מוחלטת, נטולת פיקוח או ביקורת. עם זאת – וכפי שהדגישה חברתי –

מן הראוי שהאפשרות המסורה לשר המשפטים לסרב לצרף את חתימת הקיום תהא שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד. העובדה שעד כה לא ארע מקרה נוסף בו סירב שר המשפטים לצרף את חתימתו לזו של נשיא המדינה היא הנותנת כי כך נעשה בפועל.

המשנה לנשיאה

השופטת ע' ארבל:

על מעמדו הרם של נשיא המדינה אין עוררין. אין חולק גם על היותו בעל סמכות ייחודית ומיוחדת לחון עבריינים ולהקל בעונשם, אלא שלצד סמכות זו, נדרשת חתימת קיום של ראש הממשלה או שר אחר – הוא שר המשפטים. באשר לאופיה של חתימת הקיום והיקף שיקול הדעת הנתון לשר המשפטים, רואה אני בעין בעין עם חברתי הנשיאה ומצטרפת לקביעותיה ולהנמקותיה שפורטו בהרחבה בחוות דעתה. הסוגיה הינה חשובה ביותר, ונוגעות לשאלות חוקתיות נכבדות.

מתן שיקול דעת לשר המשפטים להימנע מחתימת קיום הינו מתחייב ובלתי נמנע. עם זאת, הפעלת שיקול דעת זה שמורה לו על מנת שיעשה בו שימוש בזהירות ובנסיבות חריגות. חברתי הנשיאה סבורה כי יש לייחד את התערבותו של שר המשפטים למקרים שבהם "השר משוכנע כי החלטת הנשיא הושפעה משיקולים זרים או שהיא לוקה בחוסר סבירות קיצוני". עמדה זו מקובלת עליי, כאשר ברי כי גם במצב זה יידרשו ריסון ואיפוק מוגברים.

על רקע נדירות המקרים שבהם יתערב שר המשפטים בהחלטת נשיא המדינה להעניק חנינה - דבר הנלמד מניסיון העבר וכן מן העקרונות המוצעים בחוות דעתה של הנשיאה - איני שותפה לחשש כי מתן שיקול דעת לשר המשפטים, או מתן זכות וטו, כפי שכינה אותה חברי השופט לוי, יביאו לפגיעה במעמדו של מוסד הנשיאות, לעיקורו מן הייחוד המאפיין אותו או להפעלת לחץ פוליטי. זהו מינימום של בקרה ופיקוח כפי שמתחייב מעקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל ושמירה על הפעלת העיקרון הבסיסי של "איזונים ובלמים" בין הרשויות השונות.

השופטת א' חיות:

אני מסכימה לפסק דינה של חברתי הנשיאה ומצטרפת לטעמים ולנימוקים המפורטים בו. אכן, הפרשנות בה מצדדת הנשיאה לעניין משמעותה של סמכות החנינה הנתונה לנשיא ולעניין אופיה של חתימת הקיום הנתונה לשר המשפטים על מסמכי חנינה או הקלה בעונש, כחתימה ששיקול דעת מסוים בצידה, היא בעיניי פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, כפי שאלה משתקפים בשיטת המשפט הנוהגת בישראל.

שופטת

השופט ס' ג'ובראן:

מצטרף אני בהסכמה לחוות דעתה המאלפת והמקיפה של חברתי הנשיאה, לפיה עקרונות היסוד של המשטר בישראל, ובראשם עקרון הפרדת הרשויות, מחייבים קיומם של הליכי בקרה על הפעלת סמכות החנינה של נשיא המדינה, כפי שהם באים לידי ביטוי בחתימת הקיום של שר המשפטים. מסקנה זו נסמכת על ההיסטוריה החקיקתית, על הנחיות היועץ המשפטי לממשלה ועל פסיקותיו של בית משפט זה, כפי שפורטו בהרחבה בחוות דעתה של חברתי. מצטרף אני גם לעמדתה של הנשיאה לפיה ראוי כי האפשרות ששר המשפטים יסרב לצרף את חתימת הקיום להחלטת הנשיא תהיה שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד בהם מתקשה השר להשלים עם החנינה ולא עלה בידו לשנות מדעתו של הנשיא.

חברתי הנשיאה נדרשה בפירוט לסוגיות העולות לבירור בדיון הנוסף שלפנינו ואבקש להדגיש אך בנוגע לחשש מפני עירוב שיקולים פוליטיים זרים בהחלטות החנינה. ראשית, חזקה על שר המשפטים כי יפעיל את שיקול דעתו בהקשר זה באופן ממלכתי הנקי משיקולים זרים. כמובן, במידה ויעלה חשד כי שר המשפטים לא פעל בדרך זו, דלתו של בית משפט זה פתוחה ויש בסמכותו להעביר ביקורת על החלטתו של שר המשפטים בעניין זה, בדומה לכל החלטה מנהלית אחרת. שנית, כולי תקווה, כי בבואו לחתום חתימת קיום בענייני חנינות, יזכור שר המשפטים כי הגם שהוא אישיות פוליטית, בכל הנוגע לחנינה – שהיא בעלת אופי ממלכתי – יראה עצמו השר, קודם כל, כמבצע שליחות ממלכתית ויפעל בהתאם לכך.

מצטרף אני אף להמלצה של הנשיאה לפיה עניינו של המשיב יובא לבחינה מחודשת בפני הגורמים הרלבנטיים.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. נותרתי בדעתי כפי שנפרסה במסגרת פסק הדין נשוא הליך זה (להלן פסק הדין המקורי), וכעת היא דעת הרוב מפי הנשיאה. בלב חוות דעתי עמדו עקרונות אלה:

"התפיסה האידיאליסטית של החלטה שאין ולא כלום אחריה אלא לפניה 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 בבירור: 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)...."

תישאל השאלה, וכלום השר, שהוא אישיות פוליטית, מתאים להיות 'יחידת הבקרה' כלפי הנשיא? ... 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" (פסקאות י', י"ב).

כן התייחסתי (פסקאות י"ד-י"ז) למהותה של החנינה בתפיסה היהודית, ממידותיו של הקב"ה, אשר לפחות לפי אחת מהגישות "אינה מנותקת משורת הדין... בדומה לדברי הנביא, 'וְאֵבְרָתֶיךָ לִי בְּצַדִּיק וּבְמִשְׁפָּט וּבְחֶסֶד וּבְרַחֲמִים' (הושע ב, כ"א)" (פסקה י"ז). לא אחזור על כל הדברים, המצויים במקומם בפני הקורא.

ב. מסיבה זו אני מצטרף לחוות דעתה של חברתי הנשיאה ולסעד המוצע בה (פסקה 39). הנשיאה מתייחסת להבדלים בין המלך האנגלי לנשיא הישראלי בכל הנוגע לכפיפותו לביקורת (פסקאות 20-21). אבקש להטעים, כי במסורת ישראל, גם פעולות המלך עומדות לביקורת. המשנה אמנם מורה: "המלך לא דן ולא דנין אותו" (סנהדרין ב, ב), אך בצמוד למשנה זו מובאת מסורת בשם האמורא הבבלי רב יוסף:

"לא שנו אלא מלכי ישראל, אבל מלכי בית דוד - דן ודנין אותן... מלכי ישראל מאי טעמא לא? משום מעשה שהיה..." (בבלי סנהדרין יט ע"א)

ובעברית: לא דיברה המשנה אלא על מלכי ישראל [מלכי ממלכת ישראל המקראית], אבל מלכי בית דוד [של הממלכה המאוחדת וממלכת יהודה המקראית] - דנים ודנים אותם... ומה טעם אמרו שמלכי ישראל לא [דן ולא דנים]? משום מעשה שהיה.

דהינו, ככלל גם המלך "דן ודנין אותו", אלא שלגבי מלכי ישראל - אשר כלשון הרמב"ם בפירושו למשנה שם "שלטונם ברשע ואינם מחשיבים את שפלות הרוח והענוה ואינם סובלים את האמת" - נקבע כי אין לדונם "משום מעשה שהיה". ומהו אותו מעשה? מעשה בינאי המלך - ממלכי בית חשמונאי - שהטיל מורא על שופטיו, עד שבא "גבריאלי [המלאך - א"ר] וחבטן בקרקע ומתו" (בבלי, שם). אף שפרשנותו של רב יוסף אינה מתיישבת עם לשונה הגורפת של המשנה, ואף לא עם מקורות מחייבים אחרים (ראו לדוגמה תוספות, שם, דיבור המתחיל "אבל מלכי בית דוד"), מצב של גוף שלטוני שאינו כפוף לביקורת נראה לחכמי ישראל קשה אף יותר (אינני נדרש כאן לשאלה, באילו עניינים משפטיים עוסקת המשנה ספציפית, ולענייננו די בהצגת העיקרון).

ג. בשולי הדברים אוסיף עוד, כי שאלה שעמדה לנגד עיני בזמן כתיבת פסק הדין המקורי, ושוב עם כתיבת דברים אלה, היא האם ניתן, והאם ראוי, להבחין בין חתימות "קיום" שונות? בפרט עמד לנגד עיני סעיף 11(א) לחוק יסוד: נשיא המדינה. האם נאמר, שאותו שיקול דעת אשר מפעיל שר המשפטים בבואו לקיים חנינה נשיאותית, רשאי (ואולי חייב) הנשיא להפעיל בבואו לחתום על חוקי הכנסת, או "על אמנות עם מדינות-חוץ שאושרו על ידי הכנסת"? ועוד, היש מקום להבחין בין שיקול דעתו של שר המשפטים לקיים כתב חנינה, לבין שיקול הדעת שעל שרים להפעיל בבואם לקיים מסמכים אחרים שיצאו מתחת ידי הנשיא?

ד. שאלה זו לא נצרכה לצורך הכרעה בעניין שלפנינו, והיא לא נדונה מפורשות בפסק הדין המקורי (וגם לא במאמר מקיף ומעניין שפורסם בעקבותיו: 'נחושטן, "המעמד של חתימת הקיום במסגרת הליך החנינה" משפטים על אתר ב' (תש"ע) 25 התומך בדעה שנתקבלה עתה על הרוב). תשובה אפשרית מצויה בהבחנה שמציעה הנשיאה "בין התפקידים שנמסרו לנשיא ובין הסמכות שהועברה לו לחון עבריינים" (פסקה 15; ההדגשות במקור), ואולי גם בדבריה לגבי התגבשותה של "מוסכמה חוקתית". קיימות גם סיבות אחרות להבחין בין "חתימת הקיום" בסעיף 12 לחוק יסוד: נשיא המדינה לבין חתימות מסוגים אחרים, ובין כתב חנינה למסמכים "נשיאותיים" אחרים. כיווני מחשבה אפשריים אלה מציעים פתרונות לחלק מהשאלות שנתרו עמי נוכח העמדה שהצעתי בפסק הדין המקורי, ושעתה התקבלה כדעת הרוב.

ה. בחתימת הדברים אומר, כי תומך אני מאוד בדוקטרינת המוסכמה החוקתית שתיארה הנשיאה. בעיני, מעבר לאמות המידה שעליה דיברה, יש להכרה במוסד של מוסכמה חוקתית חשיבות חינוכית וערכית, המקרינה יציבות והמשכיות במערכת הנורמטיבית, והמאפשרת - גם במדינה שמלאכת כינון חוקתה לא הושלמה עד תום, ומוסדותיה החוקתיים אינם מושרשים במלואם בחוקה כתובה ככל משפט - להנחיל מורשה חוקתית מדור לדור. לטעמי אין ערוך לחשיבות הדבר.

ש ו פ ט

השופט א' א' לוי:

1. קראתי את פסק-דינה המקיף של חברתי, הנשיאה, כמו את חוות-דעתם של יתר חברי הנכבדים. קראתי גם את מאמרו הקולע של דר' יוסי נחושטן, שנכתב בעקבות פסק-דיננו המקורי (יוסי נחושטן "[המעמד של חתימת הקיום במסגרת הליך החנינה: בעקבות בג"ץ 10021/06 זוהר נ' שר המשפטים](#)", משפטים על אתר ב' 25 (2010)). אף כי עודי אוחז בהשקפה כי דרך חדשה היא, ולא אך פסיעה בנתיבה של קונבנציה חוקתית קיימת, מוכן אני לצעוד עם חברי כברת דרך נוספת מזו בה הלכתי בחוות-דעתי שבתחילה.

היות שאף אני, "מאז מתן פסק הדין - ועל רקע הדיון הנוסף עצמו - לא חדלתי מלבחון את עצמי אם גישתי בדין יסודה" (הנשיא א' ברק בדנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 744 (2000)), ולאחר מחשבה רבה בדבר, מקובל עלי כי יש יתרון ביישומו של מנגנון, המבטיח את כשרותן של הכרעות הנשיא בענייני

חנינה. זאת, מפאת רגישותה של הסוגיה ומפאת מעמדו המיוחד של נשיא המדינה אשר אינו כפוף, כך נפסק, לביקורת שיפוטית ישירה. אלא שמנגנון זה, אטעים, ראוי שכוחו יהא יפה אך בהידרש להחלטות אשר לו עמדו למבחנו של המשפט המנהלי נחשבות היו בטלות מעיקרן, לאמור – החלטות שנתקבלו מתוך שיקולים זרים, שלא בתום לב או בחריגה מסמכות. אין אני סבור כי יש ליתן לשר המשפטים חלק ונחלה בהערכת סבירותן של החלטות הנשיא. לדעתי, פגם בסבירות, כשלעצמו לא ישמש עילה להימנעות מחתימת קיום. עם זאת, בכוחו, כמובן, להעיד על קיומה של אחת מן העילות הנזכרות.

2. ביסוד השקפתי שלראשית קינן, ועודו מקנן, החשש מפני התערבותה של הרשות המבצעת במעשה החנינה, עד כדי הפיכתה שותפה בהפעלתו של שיקול-הדעת הנשיאותי. התערבות שכזו, לא רק שהיא גורעת מן הפררוגטיבה הנשיאותית אשר לה מעמד מבוסס בשיטתנו המשפטית, ולא רק שהיא מאיימת לערב את הרשות המבצעת בהכרעותיהם של בתי-המשפט בסתירה לעקרון האיזון בין רשויות השלטון, אלא שלגופם של דברים היא עלולה להביא לעירובם במעשה החנינה של שיקולים שאינם ממין הענין. אמת, אם לכתחילה קיים חשש כי נשיא המדינה יהפוך תלוי, בפועל גם אם לא בכוח, בהמלצותיו המקדימות של משרד המשפטים, חשש זה מתעצם שבעתיים מקום בו קם הצורך בהסכמתו המאוחרת של השר לצו הנשיאותי. לא רק שהדבר עלול להקנות למשרד המשפטים ולשר העומד בראשו, למצער, מעמד שווה בעניני חנינה, אלא שכמו מאליו עלול הוא להוליד מערכת של מקה-וממכר, "בבחינת תמוך במועמדי, ואתמוך במועמד שמטעמך" (בג"ץ 1637/06 ערמון נ' שר האוצר, בפסקה 11 לפסק-דין (טרם פורסם, 3.1.10)). למרבה החשש, עיקרו של "משא-ומתן" מעין זה עלול להיות סמוי מן העין, באשר יש מבין רבדיו שמטבעם לא יגיעו לידיעתם של גורמים חיצוניים – אם למבקשי החנינה, אם לציבור, ואם לערכאות הביקורת השיפוטית. התדיינות כזו, המאפיינת דרך טבע הפעלתו של שיקול דעת משותף, אינה מגבילה, ולא תוכל להגביל, את השפעתו של שר המשפטים ל"מקרים חריגים וקיצוניים" – כלשון הנזכרת לעיל.

חוות דעתי המקורית נדרשה לשדה לא חרוש, בו הציגו עצמן להכרעה מספר דוקטרינות שונות בתכלית באשר למהותה של חתימת הקיום. עיקר בדברים שכתבתי אז כוון כלפי שלילת הדוקטרינה בדבר "סמכות מקבילה" (נחושתן לעיל, בעמ' 33). על רעיון זה יצא קצפם של המלומדים שמדבריהם הבאתי שם, ועל עמדתי השוללת גישה זו מכל וכל דומה כי אין חולק מבין חברי. למסקנה זו הגיעו גם שיטות משפט אחרות אשר, לדעתי, המשותף להן ולמשפט הישראלי בענין זה הוא רב מן המפריד. שהלא, השפעותיהם הרעות של אינטרסים בדבר שרידות שלטונית ושל פוליטיקה מפלגתית,

באותם ענינים שבהם ראוי היה כי לא תינתן לאלה דריסת רגל, אינן קשורות במוסד המלוכה הבריטי או בנשיא הרפובליקה האיטלקית דווקא. אלו שאלות יסודיות בכל שיטת משפט דמוקרטית, אשר בה מסור לגוף מגופי הממשלה הכוח להפוך הכרעה חלוטה של ערכאות המשפט.

ראוי הוא, אפוא, לתחום את סמכותו של השר לגבולות מותווים היטב, בגדרם לא יימסר לו כל תפקיד בעיצוב תוכנה של ההכרעה שנתקבלה או בהערכתה לגופה. מטעם זה אינני יכול לקבל, מכל וכל, את העמדה שהובעה בבג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389, 412 (1999) כי "מעשה חנינה או הקלה בעונש הוא צירוף דעה לדעה: צירוף דעתו של השר לדעתו של הנשיא". להשקפתי, חתימתו של השר לא תוכל לשמש אלא חותמת כשרות לכך שהחלטה שנתקבלה עומדת בדרישות יסוד של כל פעולה שלטונית, היינו, כי היא ניתנה בסמכות, כי כל המידע הדרוש הונח בפני הנשיא – כאמור בהכרעתי המקורית – ונשקל לגופו, וכי אין תולדתה של ההחלטה במניע פסול או בשרירות הלב. הא ותו לא.

3. ומאחר שמצאתי ממש בעמדה ולפיה מרבית המקרים בגדרם עשויה להתעורר השאלה הנדונה אינם מן הסוג שבו עסקו פרשות מתאנה וברזילי הנזכרות (חברתי הנשיאה, בפסקה 30 לפסק-דינה לעיל; נחושטן לעיל, בעמ' 43), דומה כי מתווה הביקורת המוצע עתה – ולדעתי תפקידו הוא בהבטחתה של ביקורת שיפוטית יותר מאשר ביקורת פרלמנטרית או ציבורית (וראו נחושטן לעיל, בעמ' 31), מאזן היטב בין עצמאות שיקול-דעתו של הנשיא לבין החשש – בו דיברה חברתי, הנשיאה, בפסקה 23 לפסק-דינה – מפני קיומה של סמכות שאינה נתונה לבקרה.

4. הנה כי כן, מוכן אני לקבל את העמדה לפיה חתימת הקיום בנושאי חנינה מספקת אמצעי פיקוח על החלטות אשר יש חשש כי הורתן בחטא, והרי אין בנמצא כל דרך אחרת להשיג עליהן. ובאשר לסבירות, הרי שלדעתי יש להותירה במגרשו של נשיא המדינה.

1. לאחר שעיינתי בחוות דעתה המקיפה והמלומדת של הנשיאה ד' ביניש הגעתי לכלל מסקנה כי לא אוכל לצרף דעתי לדעתה. עמדתי נותרה כשהייתה. משעה שחתם נשיא המדינה על כתב החנינה מחויב אף שר המשפטים לצרף את חתימת הקיום מטעמו, ללא כל שיקול דעת או יכולת להטיל "וטו" על החלטתו של נשיא המדינה, שכן סמכות נשיא המדינה לחון נידונים היא סמכות ייחודית של הרשות המחוננת והיא נועדה להקנות לנשיא המדינה בתחום זה חופש מלא להחליט כרצונו ולפי מיטב הבנתו.

2. כזכור, במסגרת פסק הדין צירפתי דעתי לחוות דעתו של חברי, השופט א' לוי. אף כיום הנני סומך את הבסיס לעמדתי על הנמקתו המקיפה והמעמיקה של השופט לוי בפסק הדין אשר איני מוצא טעם לשוב ולפרטה כאן. אזכיר כי בחוות דעתי במסגרת העתירה סברתי, כמו השופט לוי, כי סמכות החנינה של הנשיא אינה בגדר פעולה ביצועית והיא פרוגטיבה נשיאותית המקנה לנשיא המדינה חופש מלא להחליט בבקשות החנינה כפי שהוא מוצא לנכון. עוד הטעמתי בפסק הדין כי חתימת הקיום לא נועדה להעניק לנציג הממשלה מעמד של שותף להכרעה בענייני חנינה ובוודאי שלא כוח הכרעה. סברתי, ועודני סבור, כי כל מטרתה של חתימת הקיום היא להבטיח כי מלוא המידע הרלבנטי להחלטתו של נשיא המדינה הועבר לעיונו וכי לא נפלו בו שגיאות כלשהן. שלא כחברי השופט א' דובינשטיין, סברתי וכך סובר אני אף היום, כי משהונח כל החומר הרלבנטי בפני נשיא המדינה ומשהחליט הנשיא לחון את פלוני הרי גם אם שר המשפטים אינו מסכים עם החלטתו זו של נשיא המדינה עליו לצרף את חתימת הקיום מטעמו, שאם לא כן תינתן לנציג הרשות המבצעת מעין זכות "וטו" על הכרעות נשיא המדינה בתחום המסור לשיקול דעתו הבלעדי של הנשיא.

3. מצאתי לנכון להוסיף מספר הערות ביחס לחוות דעתה של הנשיאה ביניש בדיון הנוסף. בדומה לחברי, השופט לוי אף אני סבור כי עמדתה של הנשיאה ביניש אינה מהווה "קונבנציה חוקתית קיימת" אלא עסקינן ב"דרך חדשה" אשר אינה תואמת בהכרח את המסורת החוקתית של מדינת ישראל בכל הנוגע למאפייני תפקידו של נשיא המדינה ככלל, ובפרט בכל הנוגע לסמכותו כרשות מחוננת, כפי שעמד על כך בהרחבה השופט לוי במסגרת פסק הדין בעתירה תוך שהוא פורס יריעה רחבה באשר למהות ומקורות סמכותו המחוננת של נשיא המדינה.

4. ביקורתה המרכזית של הנשיאה ביניש על העמדה שהוצגה על ידי שופטי הרוב בפסק הדין, בה עודני מחזיק גם כיום, היא כי אין זה סביר שנשיא המדינה לא יהיה כפוף לפיקוח וביקורת לעומת יתר רשויות המשטר החוקתי במדינת ישראל, ובאופן הסותר את עקרון "האיזונים והבלמים" שהוא אחד מעיקריה היסודיים של השיטה הדמוקרטית.

ואולם, אני סבור כי פסק הדין של דעת הרוב בעתירה המקורית נתן מענה ראוי לחששה זה של הנשיאה ביניש ובדברים שנאמרו בפסק הדין יש כדי להבהיר היטב כי אין נשיא המדינה מורם מעל החוק ואף הוא יהיה כפוף לביקורת ופיקוח באופן שעולה בקנה אחד עם עקרון האיזונים והבלמים. כך, בסעיף 23 לחוות דעתו של השופט לוי בפסק הדין בעתירה, הותווה אופן הפעלת הביקורת השיפוטית על סמכותו המחוננת של נשיא המדינה. אמנם עסקינן בביקורת עקיפה אך ביקורת זו מובילה בסופו של יום לאותה התוצאה אליה מובילה הביקורת הישירה שאותה ביכרה הנשיאה ביניש בחוות דעתה בדיון הנוסף. כך, נקבע על ידי השופט לוי:

"...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 מחאנה הנ"ל, בעמ' 979).

משכך, מתקשה אני להבין את הטענה לפיה פסק הדין של דעת הרוב בעתירה אינו עולה בקנה אחד עם עקרון האיזונים והבלמים.

5. נוכח קיומו של מנגנון עקיף לקיום ביקורת ופיקוח על סמכותו המחוננת של נשיא המדינה, לא ברור לי כלל ועיקר מדוע יש להעדיף על פניו מנגנון של ביקורת ישירה, כאשר זה אינו עולה בקנה אחד עם מהותו ותפקידיו של נשיא המדינה ככלל, ועם מאפייניו הייחודיים של מוסד החנינה בפרט. זאת ועוד, אני סבור כי משמעותה המעשית של חוות דעתה של הנשיאה ביניש הופכת את שר המשפטים לבעל זכות "וטו" על הכרעת נשיא המדינה לחון את פלוני, ודווקא בכך לטעמי נפגע עקרון האיזונים והבלמים עליו מבססת הנשיאה ביניש את חוות דעתה. משניתן למנוע פגיעה בעקרון

האיזונים והבלמים באמצעות העדפת מנגנון הביקורת העקיפה, יש לטעמי לבכר נתיב זה על פני ביקורת ישירה שמכרסמת במהותה וייחודה של הסמכות המחוננת.

6. הטעם הנוסף בגינו יש להעדיף את מנגנון הביקורת העקיפה הוא שאין להקנות זכות "וטו" על החלטות הרשות המחוננת לדמות פוליטית, כפי שעמד על כך חברי, השופט לוי בפסק הדין בעתירה. הטעם לכך, הוא שהדמות הפוליטית עלולה לשקול שיקולים זרים שאינם מבין השיקולים שעל נשיא המדינה להביא בחשבון בדרך כלל בהחליטו לחון אדם פלוני, כמו למשל שיקולים סקטוריאליים המשקפים את "אינטרס הבוחר" או המגזר שאת דגלם נושאת אותה דמות פוליטית. מוסד החנינה כפי שעמד על כך חברי, השופט לוי, מהווה התערבות בהחלטה שיפוטית, ומשכך האינטרס הציבורי מחייב כי ההחלטה לחון אדם פלוני לא תושפע משיקולים פוליטיים. כפי שעמד על כך חברי, השופט לוי בפסק הדין בעתירה, האיסור לשקול שיקולים פוליטיים במסגרת מעשה החנינה נובע ממאפייני הממסד בשיטת המשפט הישראלית והקווים הייחודיים לדמותו המפרידים אותו באופן מובהק מתחום סמכותה של הרשות המבצעת.

7. הנשיאה בינינו מציינת אמנם כי אין חשש ממשי להשפעתם של לחצים פוליטיים על החלטת נשיא המדינה לחון אדם פלוני. עוד מציינת הנשיאה בינינו, וכך אף יתר חברי המותב, כי המקרים בהם יוכל שר המשפטים להתערב בהחלטת נשיא המדינה חריגים ונדירים הם. ואולם, אף אם לא יופעלו לחצים פוליטיים ישירים על נשיא המדינה ואף אם התערבות כאמור תתכן רק במקרים חריגים ונדירים, הרי שעצם קיומה של אפשרות להתערבותו של שר המשפטים תמיד תהיה ברקע הדברים ובתודעתו של נשיא המדינה, ומשכך בבואו לחון אדם פלוני עלול נשיא המדינה חלילה לפעול כדי להגיע להבנות ולהסכמות עם שר המשפטים. זאת יש למנוע בשם האינטרס הציבורי שב"ניקיון" מוסד החנינה וטוהרו, וכן על מנת שלא לפגוע באמון הציבור במוסד הנשיאות בכלל וברשות המחוננת בפרט.

8. לבסוף, אציין כי לא אוכל להצטרף לעמדתו הנוכחית של השופט לוי לפיה שר המשפטים רשאי שלא לצרף את חתימת הקיום שלו כאשר סבור הוא כי החלטת נשיא המדינה התקבלה בשל שיקולים זרים. הטעם לכך הוא שאם אכן שקל נשיא המדינה שיקולים זרים כי אז הדרך להפעיל ביקורת ופיקוח על מקרים כגון דא היא באמצעות מנגנון הפיקוח השיפוטי העקיף כפי שהצבעתי עליו לעיל וכפי שנפרס על ידי השופט לוי בפסק דינו בעתירה. הואיל ומנגנון הפיקוח השיפוטי העקיף הוא מנגנון הביקורת המועדף לטעמי, לאור ייחודיותה של הסמכות המחוננת, הרי שיש לצעוד לאורו גם כאשר עסקינן בחשש לשקילת שיקולים זרים על ידי נשיא המדינה.

9. סוף דבר, נותרתי בדעתי כפי שהובעה בחוות דעתי בפסק הדין ואיני סבור, גם לאחר שעיינתי בחוות דעתה המלומדת של הנשיאה ביניש, כי יש מקום לשנות ממנה.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינה של הנשיאה ד' ביניש, בהסכמת המשנה לנשיאה א' ריבלין, והשופטים א' א' לוי, מ' נאור, ע' ארבל, א' רובינשטיין, ס' גובראן וא' חיות, וכנגד דעתו החולקת של השופט י' דנציגר, כי עקרונות היסוד של המשטר בישראל מחייבים קיומם של הליכי בקרה וביקורת על סמכות החנינה של נשיא המדינה, המוצאים ביטויים בחתימת הקיום של שר המשפטים.

ניתן היום, כ"ב בכסלו התשע"א (29.11.2010).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

ה נ ש י א ה

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט