

ביקורת שיפוטית על החלטות חנינה של נשיא המדינה: בין צדק לחסד

ורחמים - בעקבות דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר

איתמר מצרי וליאורה ארזי*

א. מבוא

ב. השתלשלות העניינים בפרשת זוהר ומשמעות פסק הדין

1. עובדות המקרה
2. הנמקת בית המשפט העליון בדיון הנוסף
3. משמעות פסק הדין

ג. מוסד החנינה: טעמים וקשיים בביקורת

1. ההיבט המוסדי
2. ההיבט המהותי

ד. גורם בקרה פנימי, ביקורת שיפוטית מצומצמת או פיצול סמכות החנינה

ה. סיכום

א. מבוא

בדנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר¹ קבע בית המשפט כי במקרים חריגים ויוצאי דופן, שבהם עולה חשש שהחלטת הנשיא לתת חנינה או הקלה בעונש לוקה בחוסר סבירות קיצוני, או מונעת משיקולים זרים, יהיה רשאי שר המשפטים שלא לחתום חתימת קיום, ובכך יוכל למנוע את ביצוע ההחלטה. מבחינה מעשית, הכרעת בית המשפט בפרשה זו סללה דרך, שטרם הוברר אם בית המשפט יבחר לצעוד בה בעתיד, להרחבת היקף הביקורת השיפוטית על החלטות חנינה נשיאותיות. עד פרשת זוהר נהר בית המשפט מלבחון את סבירותן של החלטות הנשיא לתת חנינה, ובעשותו כן התחשב במעמדו של מוסד הנשיאות ובאופייה המיוחד של סמכות החנינה. לפי פסק הדין, החלטה של נשיא המדינה לתת חנינה או הקלה בעונש תהיה כפופה לביקורת מצדו של שר המשפטים, שיבחן (בין השאר) גם את סבירות ההחלטה, וכאשר יבקר בית המשפט את החלטת שר המשפטים, יבקר גם את החלטתו להוסיף או להימנע מלהוסיף את חתימתו לחתימת הנשיא, ובכך יבקר בית המשפט למעשה את סבירות החלטת הנשיא.

ברשימה זו נבקש לבחון את הקשיים שבביקורת שיפוטית על החלטות הנשיא לתת חנינה משני היבטים מרכזיים: מוסדי ומהותי. הקושי המוסדי נעוץ במעמדו המיוחד של מוסד הנשיאות, בהשוואה לשלוש רשויות השלטון האחרות. מחד גיסא, מוסד הנשיאות מסמל את המדינה, ומאידך גיסא הוא דורש פיקוח ובקרה ככל סמכות שלטונית במדינה דמוקרטית. הקושי המהותי בביקורת שיפוטית על החלטות חנינה נעוץ בטעמים השנויים במחלוקת שבבסיסה של החנינה, ובאמות המידה או בהיעדרן של אמות מידה – להענקתה.

* סטודנטים למשפטים, חברי מערכת "הארץ דין" בשנת הלימודים תשע"א.
¹ דנג"ץ 219/09 שר המשפטים נ' זוהר, תק-על 2010(4), 1877, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2010) (להלן: פרשת זוהר).

החידוש בפסק הדין הוא בפתיחת פתח לביקורת שיפוטית על החלטות הנשיא. אך בה בעת זהו פתח מצומצם, משום ששר המשפטים הוא הראשון שמוסמך לבקר את החלטות הנשיא (ולא בית המשפט). משמע, אם תיפסל החלטה (שלא בעקבות עתירה), יהיה זה בעקבות החלטתו של שר המשפטים ולא של בית המשפט. זאת ועוד, כאשר תוגש עתירה, יבחן בית המשפט את החלטת שר המשפטים, ולא את החלטתו של הנשיא. אולם פסק הדין מותיר בעינו, ואף מעצים, את הקושי המהותי המרכזי שבביקורת שיפוטית על החלטות חנינה נשיאותיות, הנעוץ בעצם הביקורת השיפוטית על החלטות המבוססות על שיקולים חוץ-משפטיים. לדעתנו עיקר הקושי הוא בבחינת **סבירותה** של החלטה המבוססת על שיקול חוץ-משפטי כגון חסד ורחמים. קושי זה רלוונטי הן לביקורת שיפוטית והן לביקורת מטעם שר המשפטים. הארה זו תדון בשלושה מודלים של ביקורת שיפוטית על החלטות חנינה: המודל הראשון הוא המודל שיצרה הכרעת בית המשפט בפרשת זוהר, שיש בו גורם בקרה פנימי להליך בדמותו של שר המשפטים; במודל השני נציע פיתוח של הלכת זוהר, שיגדיר את היקף הביקורת השיפוטית על אותו גורם פנימי ועל החלטת הנשיא בהתחשב בשיקולים שעמדו ביסוד החלטת החנינה; במודל השלישי, הראוי לדעתנו, נציע שינוי חקיקתי של סמכות החנינה הנשיאותית: פיצול סמכות החנינה בין מוסד הנשיאות לבין גוף אחר, לפי הטעמים שביסוד החנינה; ועיצוב היקף הביקורת השיפוטית על החלטות חנינה בהתחשב בזהות הגוף החונן. בתוך כך נסקור גם את הסדרי החנינה במשפט האנגלי, האמריקני והקנדי. במוקד הצעתנו הפרדה בין חנינה המבוססת על שיקולים תוך-משפטיים או מקדמי צדק, כגון עיוות דין, לבין חנינה המבוססת על שיקולים חוץ-משפטיים, או ניטרליים לצדק הגמולי, כגון חסד ורחמים. לדעתנו, את הסמכות להעניק חנינה מהסוג הראשון יש להפקיד בידי המערכת המשפטית, או בידי גוף מעין משפטי, ולהוציאה מהפרורוגטיבה של הנשיא, ואילו את סמכות החנינה מהסוג השני יש להשאיר בידי הנשיא, תוך הגבלתה למקרים נדירים ויוצאי דופן. כאשר יהיו אלה שיקולי חסד ורחמים שהביאו להענקת החנינה, ראוי לדעתנו להגביל את היקף הביקורת השיפוטית לבחינת שיקולים פסולים גרידא (ולבטח שלא לכלול את בחינת סבירות ההחלטה).

ב. השתלשלות העניינים בפרשת זוהר ומשמעות פסק הדין

1. עובדות המקרה

בשנת 1996 הורשע ניר זוהר בעבירות של רצח, אינוס וחטיפה לשם עבירת מין, ונגזר עליו עונש מאסר עולם.² לאחר שהחל זוהר לרצות את עונשו, ביצע עבירות נוספות³ בעת שהיה בחופשה מהכלא, ובגינן נגזח עליו עונשי מאסר נוספים. בשנת 2004 פנה זוהר לנשיא המדינה⁴ אז, משה קצב, בבקשה לקצוב בזמן את תקופת מאסרו.⁵ מחלקת החנינות במשרד המשפטים דנה בבקשה,⁶ וכן דנה בעניינו גם ועדת שחרורים

² שם.

³ ובהן סחיטה בניסיונות מחמירות, תקיפה, כלילת שווא, איומים, החזקת סכין והדחת עד (שם, פס' 1).

⁴ הליך החנינה נפתח בבקשה של נידון או אדם אחר מטעמו (בא כוחו או בן משפחה מדרגה ראשונה) המוגשת לבית הנשיא. הבקשה מועברת למחלקת החנינות במשרד המשפטים (בקשות לחנינה מטעמים מדיניים מועברות לעתים לטיפולם של גורמים אחרים במשרד המשפטים או בכנסת), שאוספת מידע על אודות הנידון וההליך המשפטי שנערך בעניינו, ופונה לרשויות נוספות רלוונטיות לקבלת תגובות לבקשת החנינה (כגון המשטרה או שירות בתי הסוהר או כל רשות אחרת אשר פיקחה או מפקחת על ריצוי העונש, שירותי הרווחה או שירותי הבריאות, וכן מבוקשת חוות דעת התביעה ולפי הצורך מתקבלות חוות דעת מגורמי הביטחון). לאחר איסוף הנתונים המחלקה מגבשת המלצה, וזו מועברת לידי שר המשפטים, שמעביר את המלצתו לנשיא המדינה. הנשיא רשאי לקבל את המלצת השר, לדחותה, או לבקש עיון חוזר ולדון בעניין (בעצמו או באמצעות יועציו) עם שר המשפטים (ראו: עפר גוט **עיוות דין בהליך הפלילי** 276-275 (2008); אתר משרד המשפטים www.justice.gov.il/MOJHeb/MachleketHan inot/HatipulBabakasha.htm).

⁵ פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה בניש. סמכות החנינה שהוענקה לנשיא מאפשרת לו לתת חנינה מוחלטת המוחקת את העונש והעבירה באופן פרוספקטיבי (ראו: בג"ץ 957/89 **צדיק נ' לשכת עורכי הדין – הועד המרכזי, פי"ד מד(2) 431 (1990)**); חנינה מסויגת הכרוכה בתנאי לקיומה או לבטולתה (לדוגמה הענקת חנינה בתנאי שמקבל החנינה

מיוחדת.⁷ הוועדה קבעה שאין מקום להמליץ על קציבת העונש עקב חומרת העבירות שזוהר מרצה בגין מאסר עולם ובגין העבירות הנוספות שביצע בתקופת מאסרו.⁸ מסקנות ועדת השחרורים אומצו על ידי שרת המשפטים באותה עת, ציפי לבני, שהמליצה לנשיא המדינה שלא להיעתר לבקשה לקציבת העונש.⁹ למרות המלצתה של שרת המשפטים, החליט נשיא המדינה לקצוב את עונשו של זוהר ל-32 שנות מאסר.¹⁰ כתב ההקלה בעונש הועבר לחתימתה של שרת המשפטים לשם חתימת קיום הנדרשת לפי סעיף 12 לחוק-יסוד: נשיא המדינה.¹¹ שרת המשפטים פנתה לנשיא המדינה וביקשה הסבר על המניעים שהביאוהו להיעתר לבקשת זוהר.¹² היועצת המשפטית לבית הנשיא השיבה כי ההחלטה נבעה מהשיפור שחל בהתנהגותו של זוהר, אך תגובה זו לא הניחה את דעתה של שרת המשפטים, שכן בחומר העובדתי שהונח בפני הנשיא לא צוין שיפור בהתנהגותו של זוהר.¹³ משלא נענתה בקשה נוספת של שרת המשפטים להבהרת המניעים להחלטה, סירבה השרה לחתום את חתימת הקיום הנדרשת.¹⁴ שרי המשפטים שכיחו לאחריה סירבו אף הם לחתום על כתב ההקלה בעונש.¹⁵ בעקבות זאת עתר זוהר לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בבקשה להורות לשר המשפטים להוסיף את חתימת הקיום לכתב ההקלה בעונש, או לחלופין לקבוע שהוא תקף גם בלעדיו.¹⁶

בית המשפט העליון קיבל את העתירה ברוב דעות,¹⁷ ופסק שחתימת הקיום אינה מקנה לשר המשפטים שיקול דעת עצמאי אם להיעתר לבקשת החנינה אם לאו, וכן אינה מעניקה לו "זכות וטו" על החלטות הנשיא.¹⁸ תחת זאת, פסק בית המשפט, חתימת הקיום נועדה לוודא שכל החומר הרלוונטי להכרעה מונח בפני נשיא המדינה, וכי הפעולות המקדימות להכרעה התקיימו כסדרן.¹⁹ אי לכך פסק בית המשפט כי על שר המשפטים לצרף את חתימתו לזו של הנשיא. הכרעת הדין נשענה על התפיסה שלנשיא

לא יעבור עבירה במשך שנים מספר); הפחתת העונש; המרת העונש, שצריכה להיעשות לקולא (לא תמיד ניתן לקבוע, אובייקטיבית, אם אכן מדובר בהקלה, כלומר איזה עונש עדיף מאחר); דחיית ביצוע גזר הדין (סמכות זו חסרה, כיום, ביטוי מפורש בחוק). קציבת עונש משמעותה שבסמכות הנשיא (ואין זו חובתו. ראו: בג"ץ 849/00 שץ נ' שר המשפטים, פ"ד נו(5) 571 (2002)) לתחום לפרק זמן קצוב את מאסרו של מי שנידון למאסר עולם. סמכות קשורה של הנשיא היא הסמכות לקצר או לבטל את תקופת ההתיישנות ותקופת המחיקה של עבירות מהמרשם הפלילי. כאמור, במשפט הישראלי חנינה מוחקת את ההרשעה בפלילים, אך אינה מבטלת אותה מיסודה (ראו: סעיפים 16(g), 17, 18, 20 לחוק המרשם הפלילי ותקנת השבים, התשמ"א-1981, ס"ח 1031). היא מחילה את פעולתה מכאן ואילך, ולא רטרואקטיבית כביטולה של הרשעה (שנתונה לסמכות בית המשפט בהליך של משפט חוזר). חנינה אף אינה מצמיחה סעד כספי בגין הרשעה מוטעית. ראו: גוט, לעיל הערה 4, עמ' 274-276, 282.

6 וקיבלה חוות דעת בעניין מכמה גורמים (פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).
7 על פי הוראות סעיף 29 לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001, ס"ח 410, אשר מסמך את ועדת השחרורים המיוחדת להמליץ לנשיא המדינה להפעיל את סמכותו ולהקל בעונשו של אסיר עולם בתנאים מסוימים הקבועים בסעיף.
8 עוד ציינה הוועדה שאסיר עולם, המבקש לקצוב את עונשו, ראוי שיגלה התנהגות הולמת ויציע סיכוי לשינוי בהתנהגותו ותחזית לשיקומו בעתיד, ואלה דברים שאינם ניכרים בבקשתו של זוהר (פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס' 1 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

9 שם, פס' 2.
10 שם, פס' 2; סמכות החנינה של נשיא המדינה נשאבה מסמכות הכתר הבריטי לחון (בג"ץ 428/86 ברזילי נ' ממשלת ישראל, פ"ד (3) 505, 549-551 (1986)). מקור סמכות הכתר הבריטי לחון הוא בכוחו של הריבון (המלך) לקבוע משפט, להשית אחריות בפלילים ולהטיל עונש הולם בפלילים. מקור סמכות החנינה בישראל היה בסעיף 14(א) לפקודת סדרי שלטון ומשפט, התש"ח-1948. מתוקפה של פקודה זו הייתה נתונה סמכות החנינה בידי הממשלה הזמנית. חוק המעבר, התש"ט-1949 העניק את הסמכות לנשיא המדינה. כיום משתמש הנשיא בסמכות זו מכוח סעיף 11(ב) לחוק-יסוד: נשיא המדינה. ראו: גוט, לעיל הערה 4, עמ' 274.

11 ס' 12 לחוק-יסוד: נשיא המדינה קובע כי "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 בפיקוח הכנסת".
12 פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס' 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

13 שם.
14 שם.
15 שם.
16 שם.

17 השופטים לוי (שכתב את חוות הדעת העיקרית) ודנציגר אל מול דעתו החולקת של השופט רובינשטיין.
18 בג"ץ 10021/06 זוהר נ' שר המשפטים, ת-ק-על 2008(4), 4528 (2008).
19 שם, פס' 28 לפסק דינו של השופט לוי.

המדינה מעמד נפרד משאר רשויות השלטון, וכי שיקולי החנינה כוללים שיקולי צדק וחסד, אינטרס ממלכתי וחברתי, מוסר אוניברסלי ועקרונות לאומיים, ולא שיקולים פוליטיים.²⁰ לפיכך יש להפריד הפרדה ברורה בין חלקה של הממשלה בהליך החנינה – הנותנת את המלצתה בתחילת הדרך, לבין סמכותו של נשיא המדינה – שהוא המכריע היחיד בסוף ההליך.²¹

בדיון הנוסף בפרשת זוהר, שנערך בעקבות בקשת שר המשפטים, הפך בית המשפט העליון את הכרעתו ופסק²² שבמקרים חריגים ויוצאי דופן, שבהם יתערר חשש שהחלטת חנינה נשיאותית לוקה בחוסר סבירות קיצוני או מונעת משיקולים זרים,²³ יהיה רשאי שר המשפטים שלא לחתום חתימת קיום, ובכך למנוע את ביצוע ההחלטה.²⁴

2. הנמקת בית המשפט העליון בדיון הנוסף

לגישת הנשיאה ביניש (שכתבה את חוות הדעת העיקרית של דעת הרוב), הכרעת בית המשפט בפסק הדין מושא הדיון הנוסף אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי בישראל – המתאפיין ברעיון של איזון ובקרה – מכיוון שהיא מותירה בידי נשיא המדינה סמכות מוחלטת, שאינה כפופה לפיקוח או ביקורת כלשהם.²⁵ סמכות החנינה בשיטת המשטר הישראלית היא יצירה מקורית, עצמאית וראשונית ו"אין היא קשורה עוד בטבורה" לסמכות החנינה של המלך האנגלי.²⁶ לפיכך יש לפרשה לפי המשפט הנוהג והסביבה הנורמטיבית שבה היא מופעלת.²⁷ משמעות הדבר, שסמכות החנינה של נשיא המדינה אינה נושאת אפיונים פררוגטיביים, להבדיל מהסמכות שהייתה נתונה למלך.²⁸ הנשיאה ביניש הדגישה שהפיקוח על סמכות החנינה – המוצא את ביטויו בחתימת הקיום – אינו שקול ל"זכות וטו", אלא לסמכות שבשיקול דעת שהפעלתה כפופה לשיקול הדעת של נשיא המדינה.²⁹

הנשיאה ביניש ציינה את ההבחנה שבחוק-יסוד: נשיא המדינה³⁰ בין **תפקידי** הנשיא,³¹ לבין **הסמכות** שלו לחון עבריינים, והקשה ממנה על היקף שיקול הדעת המסור לנשיא.³² לדעתה, בעוד תפקידי הנשיא, המנויים בסעיף קטן א, הם תפקידי חובה שעליו למלא מכוח החוק ואינם מותירים מקום לשיקול דעת, סמכות החנינה, המנויה בסעיף קטן ב, מקנה לנשיא שיקול דעת.³³ סעיף 11(ב) קובע כי "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשים על-ידי הפחתתם או המרתם". לגישת הנשיאה,

20 שם, פסי' 10.

21 שם, פסי' 13.

22 ברוב דעות (השופטים ביניש, ריבלין, לוי, נאור, ארבל, רובינשטיין, גיבוראן וחיות כנגד דעתו החולקת של השופט דנציגר).
23 לדעת השופט לוי יש לסייג זאת לשיקולים זרים, שלא בתום לב או בחריגה מסמכות, בלי להכליל בכך את עילת הסבירות (פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פסי' 1 לפסק דינו של השופט לוי).

24 שם, פסי' 13, 39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. אשר לזוהר, בית המשפט החליט שעניינו יובא שוב לפני ועדת השחרורים המיוחדת וכן לפני נשיא המדינה ושר המשפטים, שישתמשו בסמכותם בהתאם לפסיקת בית המשפט בדיון הנוסף (שם, פסי' 39).

25 שם, פסי' 13.

26 שם, פסי' 12. זאת אף שסמכות החנינה – כפי שציינה הנשיאה ביניש – קדמה להקמת המדינה, בסימן 16 של דבר המלך במועצה משנת 1922 אשר האציל את סמכות החנינה של מלך אנגליה לנציב העליון (שם).

27 שם.

28 שם.

29 שם, פסי' 13.

30 ס"ח התשכ"ד 118.

31 סעיף 11(א) לחוק היסוד מונה שורת תפקידים של נשיא המדינה: חתימה על חוקים; מילוי תפקידים שיוחדו לנשיא בחוק-יסוד: הממשלה; קבלת דין וחשבון מן הממשלה על ישיבותיה; האמנת הנציגים הדיפלומטיים של המדינה, וקבלת האמנות של נציגים דיפלומטיים שמדינות חוץ שיגרו לישראל, וכן הסמכת הנציגים הקונסולריים של המדינה וקיום מינויים של נציגים קונסולריים שמדינות חוץ שיגרו לישראל; חתימה על אמנות עם מדינות חוץ שאושרו על ידי הכנסת; מילוי תפקידים שיוחדו לנשיא בחוק בקשר למינוי שופטים ונושאי משרות אחרים ולהעברתם מכהונתם.

32 פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פסי' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. לדברי הנשיאה ביניש ההבחנה היא גם לשונית – שכן תפקידי הנשיא מתוארים בלשון חובה, ואילו סמכות החנינה מתוארת ככוללת מרכיב של שיקול דעת – וגם צורנית, שכן סעיף 11(א) יוחד לתפקידי הנשיא ואילו סעיף 11(ב) יוחד לסמכות החנינה (שם).

33 שם.

ההבחנה בין 'תפקידים' ל'סמכות' משפיעה גם על חתימת הקיום ועל שיקול הדעת שבמסגרתה:³⁴ כאשר מדובר בתפקיד, אשר אין בו גרעין ממשי של שיקול דעת, גם חתימת הקיום נעדרת מרכיב של שיקול דעת והיא טקסית ופורמלית בעיקרה.³⁵ לעומת זאת, כאשר מדובר בסמכות, הכוללת שיקול דעת, אזי גם חתימת הקיום מכילה מרכיב של שיקול דעת – המסור לשר החותם.³⁶

3. משמעות פסק הדין

נראה שהחלטת בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת זוהר מרחיבה את היקף הביקורת השיפוטית על החלטות חנינה נשיאותיות. משמעות פסק הדין היא שכל החלטה של נשיא המדינה לתת חנינה תהיה כפופה מעתה לביקורת מצדו של שר המשפטים, שיבחן (בין השאר) גם את סבירות ההחלטה.³⁷ קביעתו המפורשת של בית המשפט צועדת, כך נראה, צעד נוסף מעבר לקו הכרעתו של בית המשפט בפרשת רונן.³⁸ בפרשת רונן ציין בית המשפט שהוא רשאי ולעתים אף חייב להתערב בהחלטת הנשיא (כמו בהחלטת כל רשות אחרת) אם הוא חורג מסמכותו.³⁹ לעומת זאת, כאשר החלטה של הנשיא אינה מוצאת חן בעיני בית המשפט, אין בכך כדי להצדיק את התערבותו. אמנם בית המשפט ציין שככל החלטה שלטונית, גם החלטת הנשיא צריכה לעמוד במתחם הסבירות, אך דומה שלפחות לפי הלכת רונן, שר המשפטים (או בית המשפט) לא צויד בכלים אופרטיביים לבחון מתחם סבירות זה.⁴⁰ במילים אחרות, אמנם כבר בפרשת רונן ציין בית המשפט שהחלטת הנשיא נדרשת שלא לחרוג ממתחם הסבירות, אך לגופו של עניין החלטתו לבטל את החלטת הנשיא נשענה על נסיבותיה המיוחדות של הפרשה (שכללו מעשה מרמה).⁴¹ יודגש שבאותה הפרשה

34 שם; ס' 12 לחוק-יסוד: נשיא המדינה קובע כי "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".

35 פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

36 שם. בהגיעה למסקנה זו, נסמכה הנשיאה ביניש בפרשנותה על פסיקות קודמות של בית המשפט העליון שדנו בסוגיה – אמנם בעקיפין – וכן בעמדות מלומדים שנדרשו לעניין (שם, פס' 16-18).

כן הזכירה הנשיאה ביניש את החשש שהעלה השופט לוי בפסק הדין מושא הדיון הנוסף – מפני פוליטיזציה של החנינה העשויה להיווצר אם יוענק שיקול דעת לשר המשפטים – וציינה כי לגישתה אין סכנה ממשית שחשש זה יתממש במציאות, מכיוון שהסכנה רלוונטית כאשר משנים החלטות של הרשות השופטת. ודוק, אם הנשיא מחליט שלא להיענות לבקשת חנינה, היא לא תצא לפועל (גם אם הומלץ לו לחון) והכרעת הרשות השופטת תישאר על כנה. לעומת זאת, אם הנשיא מחליט להיענות לבקשת החנינה, אזי אין משמעות אמיתית לחשש מהתערבות פוליטית של שר המשפטים, שכן הנשיא, ולא שר המשפטים, הוא שהחליט לתת את החנינה (שם, פס' 36);

לבסוף ציינה הנשיאה ביניש בפסק הדין – בלי שהכריעה בסוגיה – כי היא נוטה לדעה שאופן השימוש בסמכות החנינה בישראל מלמד שהתגבשה "מוסכמה חוקתית" שלפיה יש לשר המשפטים שיקול דעת בהוספת חתימת הקיום, ופעולותיו בעניין נעשות בשיתוף נשיא המדינה (שם, פס' 33). להרחבה בעניין המבחנים שהחילה הנשיאה ביניש להסקת התגבשותה של "מוסכמה חוקתית" ראו פס' 32-34 לפסק דינה.

37 לפסק הדין עשויות להיות משמעותיות מרחיקות לכת נוספות בהקשר של היקף שיקול הדעת שבחתימת הקיום של הנשיא על חקיקה של הכנסת. כפי שבית המשפט מרחיב הלכה למעשה את שיקול הדעת של שר המשפטים בחתימת הקיום על חנינה נשיאותית, כך עשוי להתרחב היקף שיקול דעתו של הנשיא בחתימת קיום בבואו לתתם על חקיקה של הכנסת או על אמנות. השופט רובינשטיין דן בעניין זה בדיון הנוסף בפרשת זוהר: "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 לתתם 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?" (שם, פס' ג לפסק דינו). השופט רובינשטיין מוסיף כי "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'." (שם, פס' ד לפסק דינו).

38 בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד נג(5) 389 (1999).

39 שם, פס' 32 לפסק דינו של השופט חשין.

40 שם.

41 באותה פרשה התגלה שחוות הדעת הרפואית אשר הצביעה על מצבו הבריאותי החמור של מבקש החנינה, אשר היה שיקול חשוב וממשי בהחלטת הנשיא לתת הקלה בעונש, הייתה שקרית והושגה במרמה (שם, פס' 22-23, 27).

עמדת הנשיא, כפי שהובאה בעקיפין לידיעת בית המשפט, הייתה שיש למצוא מוצא משפטי אשר יאפשר לו לחזור בו מן החנינה, לאחר שזו ניתנה על בסיס מידע שגוי ואף שקרי.⁴² הרחבת היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא לתת חנינה מעוררת כאמור שאלות בשני היבטים מרכזיים: האחד הוא ההיבט המוסדי, הנוגע לעצם הביקורת השיפוטית על הנשיא ועל החלטותיו, והשני הוא ההיבט המהותי, הנוגע לביקורת שיפוטית על החלטה להעניק חנינה לאור מאפייניה הייחודיים. בשני היבטים אלה נבקש להרחיב. נקדים ונאמר שנראה כי קושי של ממש נעוץ בעיקר בהיבט המהותי ודורש לדעתנו שינוי במנגנון החנינה.

ג. מוסד החנינה: טעמים וקשיים בביקורת

סמכות החנינה ותחום פרישתה הם ייחודיים בהיקפם הרחב במשפט הפלילי הישראלי.⁴³ סמכות הנשיא לחון עבריינים חלה על מי שהורשע בפלילים, על הנאשם בפלילים, על החשוד בפלילים ואף על מי שהוגשה נגדו תלונה, אך טרם נפתחה חקירה משטרתית בעניינו.⁴⁴ בהיבטים מסוימים, הסמכות לחון מקבילה לסמכויות קצין המשטרה, התובע בפלילים, היועץ המשפטי לממשלה ועדת שחרורים. לנוכח האפשרות להתערב, על ידי חנינה, בפעולת הרשות השופטת ובביצוע החלטותיה, ובהיעדר הסדר בחוק של דרך הענקת חנינה,⁴⁵ טעמיה ושיקוליה, טמונה בסמכות המפלגה סכנה לשלטון החוק.⁴⁶ עם זאת, הייחודיות של סמכות החנינה, מן ההיבט המוסדי והמהותי, מעוררת קשיים של ממש בכל הנוגע לביקורת שיפוטית עליה, ומשפיעה על היקפה של הביקורת.

1. ההיבט המוסדי

בהיבט המוסדי נשאלת השאלה אם נשיא המדינה כפוף בעת שהוא ממלא את תפקידו וסמכויותו לביקורת שיפוטית כלשהי ואם ראוי שיהיה כפוף לביקורת כזאת. התשובה לחלקה הראשון של השאלה נמצאת בחוק-יסוד: נשיא המדינה. החלטות בית המשפט העליון בפרשות שקדמו לפרשת זוהר מספקות אף הן מענה לכך. אך יותר מכול, התשובה לשאלה בכללותה תלויה במעמדו של מוסד הנשיאות ובמיקומו בין רשויות השלטון. מעמדו ומיקומו של מוסד הנשיאות משפיעים על היקף הביקורת השיפוטית על פעולות הנשיא.

נשיא המדינה זוכה למעמד מיוחד. הנשיא הוא ראש המדינה,⁴⁷ והוא מעין רשות נוספת בצד, או מעל, ארבע הרשויות הרגילות (המחוקקת, המבצעת, השופטת והמבקר).⁴⁸ ביתר פירוט, ישנם סימנים

42 שם, פסי' 22, 26. יצוין שבאותה פרשה אזכר בית המשפט גם את דבריו של הנשיא שמגר בפרשת **ברזילי** ולפיהם מידותיו של מתחם הסבירות נקבעות בהתחשב במעמדה של הרשות השלטונית ובאופי סמכויותיה. יוזכר שבפרשת **ברזילי** הקפידו השופטים לדון אך בסמכותו של הנשיא, ולא בסבירות השימוש בסמכות החנינה בטרם הרשעה.

43 בהשוואה לסמכויות אחרות והיקפן (גוט, לעיל הערה 4, עמ' 273).

44 בפרשת "קו 300", נשיא המדינה אז, חיים הרצוג, העניק חנינה לצמרת השב"כ, בטרם נפתחה חקירה משטרתית, ולאחר שהיועץ המשפטי לממשלה אז, יצחק זמיר, הגיש תלונה במשטרה ("כך שברו בכירי השב"כ את קשר השתיקה סביב פרשת קו 300", פורסם ב"הארץ", זמין ב- 1.1483815 www.haaretz.co.il/magazine/kav300/; כן ראו בעניין פרשת **ברזילי**, לעיל הערה 10, פסי' 1 לפסק דינו של הנשיא שמגר).

45 בחוק נקבעו סדרי דיון בבקשה למתן חנינה לשם קציבת עונש מאסר עולם או הקלה בו (פרק ה' לחוק שחרור על-תנאי ממאסר, התשס"א-2001). למעט אלה, אין החוק קובע מתי יש להעניק חנינה, מי רשאי לבקש חנינה, וכיצד יש לדון ולהחליט בבקשה. על רקע חסר זה נוצרו הליכים ונוהגים על ידי המנהל הציבורי.

46 "The right to pardon a criminal, either by mitigating or by entirely remitting the punishment, is certainly the most slippery of all the rights of the sovereign" (IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE (John Ladd, Indianapolis, 1965)). ראו גם גוט, לעיל הערה 4, שמאזכר זאת בעמ' 273.

47 כפי שכתוב בס' 1 לחוק-יסוד: נשיא המדינה, "בראש המדינה עומד נשיא"; פרשת **ברזילי**, לעיל הערה 10, פסי' 26 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.

48 שם.

לכך שלנשיא המדינה מעמד מיוחד המפריד בינו לבין הרשות המבצעת⁴⁹ (לעומת ארצות הברית, למשל, שבה הנשיא ממלא את התפקיד העיקרי בשלטון המדינה)⁵⁰. יתרה מזו, יש מי שסבור כי נשיא המדינה עומד מעל שאר הרשויות ומגלם באישיותו את המדינה עצמה, "והמדינה היא אשר בשמה ומטעמה שופטת הרשות השופטת, וממנה היא יונקת כל כוחה וסמכויותיה" (מדברי השופט חיים כהן).⁵¹ לפי תפיסה זו, הנשיא מסמל את המדינה. לפיכך ניתן להפקיד בידיו הנאמנות של הנשיא סמכות רחבה עד בלי די וכן סמכות שבחסד, מתוך ביטחון שלא ישתמש בסמכות זו אלא במקום, בזמן ובגבולות ההיגיון ועקרונות המנהל.⁵²

בגלל מעמדו המיוחד של נשיא המדינה, בחוק-יסוד: נשיא המדינה מוענקת לו חסינות. סעיף 13(א) לחוק-היסוד קובע כי "לא יתן נשיא המדינה את הדין לפני כל בית משפט או בית דין בשל דבר הקשור בתפקידו או בסמכויותיו, ויהיה חסין בפני כל פעולה משפטית בשל דבר כזה". הוראה זו מבטיחה לנשיא חסינות התלויה במהות הנושא הנדון.⁵³ תכליתה היא לשמור על מעמדו של הנשיא כמי שעומד בראש המדינה, מעל לרשויות האחרות.⁵⁴ ההוראה מונעת דיון שיפוטי בעתירה ישירה נגד הנשיא בטענה לבטלות של החלטה שקיבל,⁵⁵ ולפיכך עתירה המוגשת נגד הנשיא עצמו תידחה על הסף.⁵⁶

עם זאת, למרות המעמד הרם והמיוחד של מוסד הנשיאות, הימנעות מכל ביקורת שיפוטית על החלטות הנשיא מעוררת אף היא קושי במשטר דמוקרטי. אמנם קושי זה אינו רב, שכן היקף סמכויותיו המשפטיות של הנשיא מצומצם, אך אין להתעלם ממנו. לכן דרך האיזון שנקט בית המשפט בפרשת רון יכולה להיות פתרון הולם לבעיה. בפרשת רון קבע בית המשפט העליון (מפי השופט חשין) כי הנשיא זוכה לחסינות מכוח חוק-יסוד: נשיא המדינה, אך לא כן מעשיו של הנשיא, שאינם זוכים לחסינות.⁵⁷ בית המשפט ציין כי מעשי הנשיא הם בתחום המשפט ונתונים לביקורת שיפוטית של בתי המשפט, וכי הביקורת תיעשה בהתקפה עקיפה נגד המעשה גופו,⁵⁸ כלומר בעתירה שתוגש נגד רשות אחרת שפעלה על יסוד החלטת הנשיא.⁵⁹

כיום, לאור האיזון שקבע בית המשפט בפסיקותיו בעניין חסינות הנשיא, ניתן לומר שהקושי המוסדי אינו בעל משקל רב ואולי אף הוסר לחלוטין. מצד אחד מעמדו של הנשיא נשמר (גם אם לא

49 אלה כוללים את ההכרה בנשיא המדינה כאחד ממוסדות היסוד של המדינה, בצד מוסדות החקיקה והביצוע, כעולה מקיומו העצמאי של חוק-יסוד: נשיא המדינה לצד חוק-יסוד: הכנסת וחוק-יסוד: הממשלה. כמו כן, סעיף 1 לחוק-יסוד: הממשלה מצהיר כי "הממשלה היא הרשות המבצעת של המדינה", ומכך משתמע שנשיא המדינה אינו שייך דווקא לרשות זו אלא נפרד ממנה. ראו לסלי סבה "סמכות החנינה האישית – פררוגטיבה של נשיא המדינה" **משפטים** ח (תשל"ז-תשל"ח) 229, 230.

50 פרשת **ברזילי**, לעיל הערה 10, פס"י 26 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק; בעניין זה ראו גם: סבה, שם, עמ' 227, 229.

51 ד"ר 13/60 **היועץ המשפטי לממשלה נ' מתאנה**, פ"ד טז 430, 465 (1962).

52 ח' צדוק, פלר חיים כהן, קלווד קליין, לסלי סבה "רב שיח בנושא החנינה" **משפטים** טו (תשמ"ה-תשמ"ו) 9, מדברי חיים כהן בעמ' 14-15.

53 משה לנדוי **פירוש לחוקי-היסוד – חוק-יסוד: נשיא המדינה** 51 (תשנ"ד).

54 שם.

55 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 1054 (תשס"ה).

56 שם, עמ' 1054-1055. כך היה, למשל, בבג"ץ 443/99 **סלאמה נ' נשיא מדינת ישראל** (טרם פורסם) (1999) וכן בבג"ץ 136/59 **סופרין נ' מדינת ישראל**, פ"ד יג 1147 (1959) (פסק דין זה דן בחסינות הנשיא מכוח חוק כהונת נשיא המדינה, התשי"ב-1951 ובסמכויותיו מכוח חוק המעבר, התשי"ט-1949); בהקשר זה יצוין שלדעת נשיא בית המשפט העליון לשעבר לנדוי "ניתן להעלות על הדעת, שאם הנשיא חרג בהחלטה מתחום תפקידיו וסמכויותיו, כי אז לא תגן עליו חסינותו לפי סעיף 13(א) של חוק-היסוד. למשל אם הנשיא יתיימר להוציא צו-מעצר נגד פלוני, ללא יסוד לכך בחוק, נראה הדבר שעל חריגה בולטת כזאת מסמכויותיו יהיה הנשיא חייב לתת את הדין בעתירה שכוונה נגדו אישית" (לנדוי, לעיל הערה 53, עמ' 52).

57 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **חולקים על עמדה זו** (ראו רובינשטיין ומדינה, שם, עמ' 1055 בה"ש 10).

58 פרשת **רון**, לעיל הערה 38, פס"י 31 לפסק דינו של השופט חשין.

59 שם.

לנדוי, לעיל הערה 53, עמ' 53; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 55, עמ' 1055.

לגמרי⁶⁰) משום שהוא זוכה לחסינות, ומצד אחר יסודות המשטר הדמוקרטי נשמרים אף הם משום שהחלטות הנשיא נתונות לביקורת. עם זאת, תיתכן הטענה שהאיזון האמור מעקר למעשה מתוכן את רעיון חסינות הנשיא והופך אותה לטקסית בלבד.

2. ההיבט המהותי

לדעתנו, עיקר הקושי בביקורת שיפוטית על החלטות הנשיא לתת חנינה (או הקלה בעונש) נעוץ בהיבט המהותי של החנינה. היקף סמכותו של בית המשפט לבחון את חוקיותו של מעשה החנינה, מידתה וטיבה, נקבע ממקרה למקרה⁶¹ (בדומה לפסיקת בתי המשפט באנגליה).⁶² והנה, פסיקתו של בית המשפט העליון בדיון הנוסף בפרשת זוהר הרחיבה למעשה את היקף הביקורת השיפוטית על ההחלטה לתת חנינה. החלטת חנינה נושאת אופי מיוחד בשל השיקולים המיוחדים להענקתה. לכן היקף הביקורת השיפוטית עליה צריך להיות שונה מהיקף הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות אחרות. כך גם בפרשת רוך ציין בית המשפט כי לא רק מעמדו של הנשיא מגביל התערבות לגופן של החלטות, אלא גם **טיב** סמכותו מגביל התערבות.⁶³ לכן קבע בית המשפט שגם לאור אופי סמכות החנינה "לא יהא זה ראוי כי נחיל... את כללי המשפט המנהלי החלים ברגיל על החלטותיהן של שאר רשויות ממשל ומנהל".⁶⁴

מנגנון החנינה משולב היטב בהליך הפלילי מקדמת דנא ועד היום.⁶⁵ עיקר ביטויו כלפי חוץ הוא בהענקת חסד מצד דמות מרכזית בעם כגון המלך או נשיא המדינה.⁶⁶ אך מתחת לנופך האצילי והרומנטי יש לסמכות החנינה גם תכלית אינסטרומנטלית פרקטית. ביסוד רעיון החנינה מונחות כמה מטרות: תיקון טעויות שנפלו בהליך הפלילי; התאמת הפגיעה הנובעת מהחויב בפלילים או העונש לנסיבות חיים משתנות, אשר בית המשפט לא יכול להתחשב בהן; היענות לצרכים פוליטיים (מדיניים)-חברתיים.⁶⁷ מוסד החנינה מאפשר גמישות מחוץ למערכת השיפוטית, ומונע את מיצוי הדין במלואו הנובע מנוקשותו האינהרנטית של הכלל המשפטי.⁶⁸ חברה מתוקנת חייבת להקפיד לא רק על שמירת הסדר, על הגנת הציבור ועל קיום שלטון החוק בלא מורא ובלא משוא פנים.⁶⁹ עליה גם לסלול דרכים נאותות לביטוי הולם של מידת החסד

⁶⁰ אשר להכפפת החלטת החנינה של הנשיא לחתימת קיום של שר המשפטים בכלל, ולא בהכרח להכפפתה לעילת הסבירות, לדעת בנימין אקצין מדובר בדרישה מופרזת. לדעתו, "נוכח תפקידו וסמכויותיו של הנשיא בישראל, המוגבלים בלאו הכי, היא משפילה את כבודו עד כדי אי-אמון מוחלט בו והופכת אותו לאסיר בבית-הנשיא" (בנימין אקצין **סוגיות במשפט ומדינאות** 175-176 (1966)). לדעת יוסי נחושתן עמדתו של אקצין היא דווקא "המופרזת קמעה", והמרחק בין מתן שיקול דעת לשר המשפטים במסגרת חתימת הקיום לבין השפלת כבוד הנשיא גדול מאוד. כמו כן לדעתו שיקול דעת כזה אינו מבטא אי-אמון מוחלט בנשיא ולכל היותר מבטא צורך חשוב בבקרה ובפיקוח על כל בעל סמכות שלטונית (יוסי נחושתן "המעמד של חתימת הקיום במסגרת הליך החנינה (בעקבות בג"ץ 10021/06 זוהר נ' שר המשפטים)" **משפטים על אתר** ב 25, 30 (2011)).

⁶¹ גוט, לעיל הערה 4, עמ' 277.

⁶² שם, בה"ש 367.

⁶³ פרשת **רוך**, לעיל הערה 38, פס' 32-33 לפסק דינו של השופט חשין.

⁶⁴ שם, פס' 33. ראוי לציין שבפרשת **זוהר** ציין בית המשפט העליון (מפי הנשיאה ביניש) כי "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" (פרשת **זוהר**, לעיל הערה 1, פס' 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש). עם זאת, לדעתנו ספק אם הכפפת החלטות החנינה של הנשיא לביקורת שיפוטית רחבה הכוללת את עילת הסבירות מתיישבת עם דברים אלה.

⁶⁵ ליאון שלף "סוף מאסר בחנינה תחילה" **הפרקליט** מד (א) 72, 73 (תשנ"ח-תש"ס).

⁶⁶ שם. שאלה פתוחה היא אם נידון צריך להסכים לחנינה, או שהיא נכפית עליו (גוט, לעיל הערה 4, עמ' 275).

⁶⁷ שם, עמ' 273; כך, לדוגמה, ראש ממשלת ישראל ביקש מנשיא ארה"ב שישתמש בסמכותו לתת חנינה נשיאותית בעניינו של ג'ונתן פולרד, שהורשע בריגול. נשיא ארה"ב לשעבר, ריצ'רד ניקסון, ניצל ממשפט והשפלה ציבורית לאחר פרשת "ווטרגיט", בזכות השימוש שעשה הנשיא פורד בסמכות החנינה. ברוך זו המליץ הפוליטיקאי ד"ר יוסי ביילין על מתן חנינה לנשיא קצב לאחר שייגזר דינו, כדי לשמור על כבוד המוסד הנשיאותי ותדמית המדינה (הנשיא קצב הורשע באונס ובהמשך ערער לבית המשפט העליון אשר דחה את הערעור. ראו: אברהם פכטר "השינויים הצפויים במוסד החנינה בישראל" (פורסם ב"פסק דין", 10.02.2011), זמין www.psakdin.co.il/fileprint.asp?FileName=/Plili/Public/art_ccjt.htm

⁶⁸ שלף, לעיל הערה 65, עמ' 72; פרשת **זוהר**, לעיל הערה 1, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

⁶⁹ שלף, שם.

והרחמים ולתת אפשרות להתחשב במשמעות ובהשפעה של חלוף הזמן⁷⁰ או השתנות הנסיבות.⁷¹ על דרכים הליכיות-מוסדיות אלה להתחשב ברבדים אינסטרומנטליים כגון יעילות הדיון השיפוטי והתאמת ההליך והמוסד לתכלית. ביתר פירוט, הליכי החנינה מאפשרים להימנע מהליכים שיפוטיים חוזרים ונשנים שיתמקדו לא רק בשאלה אם נפלה חלילה טעות בהליך הקודם אלא בשאלה אם בחלוף הזמן ובהשתנות הנסיבות יש כדי לשנות את העונש שנפסק או אולי אף לחון את העבריין חנינה מלאה, ומנקודת ראותו של "ראש המדינה" שיכול להפנים שיקולי צדק מאחה, ולא מנקודת ראותה של הרשות השופטת המתמחה בהקשר הפלילי בצדק גמולי.

מבחינה לשונית, לשם הפועל "לחון" שני מובנים: לרחם, ולתת במתנה – להעניק. מתנת חנינה ניתן להעניק מרחמים, אך אפשר להעניקה גם ממניעים אחרים, שאינם תחושת חמלה. הקשיים שבלב מוסד החנינה קשורים לרעיון של הענקתה כמתנת חנינה: אם העונש שנגזר על עבריין אינו צודק, עומדת לו זכות שנשחררו, ואין זה עניין של חסד. כלומר ביטול הרשעה מוטעית וריפוי עיוות דין אינו מעשה חסד ואינו עניין למחילה – זוהי זכות. ואם העונש צודק, מדוע מגיעה לו מתנת החופש, ומדוע מגיעה היא לעבריין פלוני אך לא לעבריין אלמוני? במהלך העשורים האחרונים הביעו משפטנים רבים את הצורך בשינוי מוסד החנינה מן היסוד, ואף העלו ספקות בעניין הצורך בסמכות זו.⁷² המצדדים בגישה השוללת את הרחמים בשפיטה טוענים שאין מקום למושג "חסד" בענישה,⁷³ וכן אין מקום "להמתקת חנינה" של העונש המגיע, מתוך תחושת חמלה על העבריין.⁷⁴ חמלה וחסד מתחילים במקום שבו תמו הזכויות המשפטיות.⁷⁵ לעומת גישה זו יש טיעון נורמטיבי הרואה ברחמים שיקול לגיטימי בשיפוט ובענישה. כן נשמעה הטענה שגם מבחינת הדיון הפוזיטיבי בישראל אין מניעה שבית המשפט ישקול שיקולי רחמים.⁷⁶

בישראל לא גובשו קריטריונים ברורים להענקת חנינה אך היא מוכרת בארצנו בראש ובראשונה כמעשה של חסד ורחמים.⁷⁷ עמדת משרד המשפטים היא שעל פי רוב החנינה היא מעשה של חסד ורחמים (מעשה "הומני"), לנוכח שינוי נסיבות שמצדיק זאת (מצב בריאותי, משפחתי). כן יישקל קיומו של אינטרס ציבורי בהענקת חנינה.⁷⁸ לדעת משרד המשפטים אין החנינה מהווה ערכאת ערעור נוספת. מכאן גם שאין המשרד רואה בחנינה אמצעי לטיפול בעיוותי דין⁷⁹ או בטעויות⁸⁰ אשר נפלו בהליך הפלילי או בפסק הדין.

70 בחלוף הזמן הערכים הדיוניים המקדמים את לגיטימיות ההחלטה השיפוטית משתנים, והאיזון הפנימי בין ערכים אלה משתנה אף הוא. לשינוי זה השפעה על זכויות הנאשם ועל סמכויות רשויות החקירה והתביעה ונוהלי עבודתו. מנגד, לגיטימיות ההחלטה נקבעת ביום מתן ההחלטה (גוט, לעיל הערה 4, עמ' 207-208).

71 שלף, לעיל הערה 65, עמ' 72.

72 ראו בעניין זה וכן בעניין הביקורת השיפוטית על החלטות לתת חנינה: משה בייסקי, רות גביון, מרדכי קרמניצר, דניאל פרידמן "רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות" **המשפט** ג 15, 21-27 (תשנ"ו); דניאל סטטמן "המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים (mercy)" **מגמות בפלילים – עיונים בתורת האחריות הפלילית** 9, 41-42 (אלי לדרמן עורך, 2001).

73 שם, עמ' 16.

74 שם, עמ' 38. סטטמן טוען שמעמדם המוסרי של הרחמים "אחוז בפרדוקסים" לנוכח היעדר היכולת ליישב מבחינה מוסרית בין החובה להגשים את הצדק, לבין הרחמים (שם, עמ' 9).

75 תרגום חופשי לדברי הלורד דיפלוק: "Mercy is not the subject of legal rights. It begins where legal rights end": *(De Freitas v. Benny [1976] 5 W.L.R. 388, 392)*. כך מוכרת החנינה גם באנגליה (גוט, לעיל הערה 4, עמ' 282).

76 דורון מנשה ויחיאל ש' קפלן "רחמים בשיפוט ובענישה" **עיוני משפט** ל"ב(3), 583, 588-608. לסקירת הגישות העיקריות בשיח המשפטי באשר למקומם של הרחמים בדין, והגישה לרחמים בפסיקה הישראלית, ראו עמ' 608-617 במאמרם. הכותבים מציינים שאין בפסיקה הישראלית שיח מושגי ברור ומנחה בנוגע למקומם של הרחמים בדין, וכי מגמה זו אינה ייחודית למשפטנו (שם, עמ' 613).

77 פרשת **רונו**, לעיל הערה 38, פס' 33 לפסק דינו של השופט חשין.

78 גוט, לעיל הערה 4, עמ' 276. למשל אינטרס מדיני (כגון שחרור אסירים לשם פדיון שבויים). כמו כן חנינות רבות הוענקו לינדונים שסיימו לרצות את עונשם בגין מעשה עבירה שביצעו בנערוותם. חנינות אלה מבוקשות בדרך כלל לצורכי מחיקת הרישום הפלילי, המונע מלקבל רישיונות או היתרים.

79 עיוות דין הוא פגיעה בערכים המקדמים את לגיטימיות ההליך וההחלטה השיפוטית (גוט, לעיל הערה 4, עמ' 93). לגיטימיות ההחלטה השיפוטית אינה תלויה רק בנכונותה. גם הליך קבלתה צריך להיות לגיטימי. אדם יוכל להשלים עם

המשרד רואה בהליך החנינה הליך שיורי ששמור למקרים קשים ומיוחדים.⁸¹ לפיכך בבחינת הבקשה לחנינה ישקול המשרד את קיומן של דרכים חלופיות: למשל בקשה למשפט חוזר⁸² או הגשת בקשה לשחרור על תנאי ממאסר. עם זאת, נראה שעורכי דין סוברים שדעת מיעוט נוקבת בהכרעת הדין מהווה טעם רלוונטי לחנינה, ומכאן ניתן ללמוד שחשש מטעות שיפוטית שאינו עולה כדי קיום התנאים לבקשה למשפט חוזר עשוי לשמש שיקול רלוונטי לחנינה. יתרה מזו, נראה שגם בית המשפט מכיר בכך שבמקרים מסוימים סמכות החנינה יכולה לשמש ל"תיקון" עיוותי דין.⁸³

ניתן לחלק את הטעמים לביסוס הענקת חנינה לשניים:⁸⁴ טעמים המיועדים להשיג צדק (justice-enhancing rationales) וטעמים ניטרליים מבחינת הצדק (justice-natural rationales). הסוג הראשון מניח שהמערכת המשפטית אינה חסינה מטעויות וחנינה נחוצה כדי לתקן את עוולותיה. הסוג השני מניח סמכות רחבה של הרשות החוננת להעניק את מתנת השחרור לעבריניים משיקולים שאין להם זיקה לצדק, העוסקים בהיבטים מגוונים של טובת הציבור.

לרציונל שבמתן החנינה יש השפעה גם על היקף הביקורת השיפוטית הראוי על ההחלטה להעניק חנינה. אם אנו עוסקים בהענקת חנינה משיקולי צדק (תיקון טעויות), יהיה נכון לאפשר ביקורת על ההחלטה, שביסודה גם התחשבות בשיקולים משפטיים. אולם אם אנו עוסקים בהענקת חנינה משיקולים ניטרליים לצדק, אין מקום לביקורת שיפוטית רחבה. ובתוך כך, כאשר השיקולים ניטרליים לצדק, וההחלטה נשענת על שיקולי חסד ורחמים, בוודאי אין מקום לבחון את סבירותה. נראה ששיקולי החסד והרחמים אינם מתאימים לבחינה על פי מדד הסבירות. מדובר בשיקולים הנמצאים במישור אחר מהמישור שבו נמצאים שאר השיקולים (המשפטיים) המתאימים לבחינה לפי מתחם הסבירות, וכי שני המישורים מקבילים. החסד הוא אינדיבידואלי במהותו. אי-אפשר לקבוע כללים להענקת החסד, והמשפט, המורכב מכללים, אינו חל עליו.⁸⁵

ד. גורם בקרה פנימי, ביקורת שיפוטית מצומצמת או פיצול סמכות החנינה

מעמדו המיוחד של נשיא המדינה ואופייה המיוחד של סמכות החנינה מעוררים כאמור קשיים בהעברת החלטות הנשיא בנושאי חנינה תחת שבט הביקורת השיפוטית. מנגד, הותרת סמכות מוחלטת בידי נשיא המדינה, שאינה נתונה לפיקוח או לביקורת כלשהם, מעוררת אף היא קשיים במשטר דמוקרטי. ניתן לטעון שסמכויות בלתי מוגבלות של רשויות השלטון נוגדות את האופי הדמוקרטי של המשטר,⁸⁶ המתאפיין במערכת הכוללת איזון ובקרה. בפרק זה נבקש לדון בשלושה מודלים אפשריים להתמודדות עם הבעיה. **המודל הראשון** הוא שימוש בגורם בקרה פנימי כמו בהליך הבקרה שנוצר לאור הכרעת בית המשפט

80 החלטה שגויה, או שאינה לרוחו, אם התקבלה בדרך נאותה אשר ניתן לסמוך עליה, להבדיל מדרך שנויה במחלוקת (שם, עמ' 75 וה"ש 137 המפנה למחקרים פסיכולוגיים בעניין זה).

81 טעות יכולה להיגרם ממעשה או מחדל, בתום לב או בכוונת תחילה. היא יכולה להיווצר במהלכו של ההליך הפלילי (טעות בדרך ניהול ההליך, בקביעת עובדות, ביישום הדין או בפרשנותו), או לנבוע מכללי משפט שגויים או פגומים (גוט, לעיל הערה 4, עמ' 55). אי-אפשר להסיר את סכנת הטעות. היא עשויה לקרות בשל מצב חוסר הוודאות שהשופת נתון בו, עקב משאבים מוגבלים והליכי חקירה ודיון לא מושלמים מטבעם (שם, עמ' 75-76). קיומה של טעות אינו תנאי מספיק להיווצרותו של עיוות דין (שם, עמ' 56).

82 שם, עמ' 276-277.

83 סעיף 31(א) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198, מונה ארבע עילות לעריכת משפט חוזר: מרמה, עובדות או ראיות חדשות, הרשעה נוגדת, וחשש לעיוות הדין המשמש כעילת סל; גוט, לעיל הערה 4, עמ' 188.

84 ראו, למשל, את דבריה של הנשיאה ביניש בפרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס" 24.

85 Daniel T. Kobil, *The Quality of Mercy Strained: Wresting the Pardoning Power from the King*, 69 TEX. L. REV. 569, 579 (1991). כן ראו את דבריו של סטטמן בעניין הבחנה זו (לעיל הערה 72, עמ' 42-43).

86 ראו והשוו: פרשת רונן, לעיל הערה 38, פס" 33 לפסק דינו של השופט חשין.

87 פרשת ברזילי, לעיל הערה 10, פס" 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק.

בפרשת זוהר. מדובר במתן סמכות פיקוח לגורם מסוים שיבקר את החלטות החנינה של הנשיא. לכאורה, בקרה פנימית מצמצמת את הצורך בהתערבות בית המשפט בהחלטות אלה. נראה שבהחלטתו בדיון הנוסף בפרשת זוהר ניסה בית המשפט העליון לצעוד בכיוון זה. בית המשפט הרחיב את שיקול דעתו של שר המשפטים ואפשר לו לבחון את סבירות החלטות החנינה של הנשיא.⁸⁷ בית המשפט מילא את ידו של שר המשפטים שלא להתיר חנינה שהחליט הנשיא להעניק. עם זאת, משהוסמך שר המשפטים שלא להתיר חנינה, נפתח בשיטת המשפט הישראלית הפתח לביקורת שיפוטית על החלטותיו של השר, לרבות החלטות שלא להשתמש בסמכות זו. נמצא אפוא שהסמכת גורם בקרה פנימי ממילא כרוכה בשיטת המשפט הישראלית גם בביקורת שיפוטית של בית המשפט על גורם זה, בבחינת ביקורת על גורם הבקרה שאותה ניתן לכנות "ביקורת מסדר שני".

יצוין שהכוח שלא להתיר (power of disallowance), כשלעצמו, לא בהכרח צריך להיות מלווה בביקורת שיפוטית על הגורם שבידו הוא הופקד. למשל, מנגנון זה קיים בהקשר אחר בשיטת המשפט הקנדית, אם כי כבר כמעט שאינו בשימוש. חוקת קנדה מעניקה למושל הכללי (כאורגן פדרלי) כוח שלא להתיר חוק פרובינציאלי בתוך שנתיים מעת חקיקתו.⁸⁸ בעבר השתמש המושל הכללי בכוח זה במקרים של חקיקה בלתי חוקתית לכאורה, ואף במקרים של חקיקה פרובינציאלית שהייתה לכאורה לא צודקת או לא נבונה.⁸⁹ שופטים בקנדה ציינו לא אחת שהסמכות שלא להתיר אינה מוגבלת, גם בעניין חוקים שלמחוקק הפרובינציאלי יש סמכות חקיקה מלאה לחוקק.⁹⁰ כך, למשל, גם אם בתי המשפט מצאו שחקיקה פרובינציאלית מסוימת נעשתה בסמכות, עדיין יכול הממשל הפדראלי שלא להתירה.⁹¹ אף שזה עשרות שנים לא השתמשו בכוח זה בקנדה,⁹² האפשרות להשתמש בו עדיין שרירה וקיימת כחלק מחוקתה הפורמלית.⁹³ עם זאת, יש הסכמה פוליטית רחבה ששימוש בכוח זה כיום לא יהיה הולם,⁹⁴ ונראה שמבחינה מעשית הוא אינו יכול להיות מופעל עוד⁹⁵ לנוכח חלופה הנתונה לממשלה הפדרלית – פניה לבית המשפט.⁹⁶ מבחינה עיונית קיומו של כוח זה בעבר להלכה ולמעשה, וקיומו היום להלכה ממחישים שחיותו של מנגנון בקרה פנימי תלויה בקיומו או אי-קיומו של מנגנון ביקורת חלופי בדמות פנייה לבית המשפט.

לדעתנו, בהחלטתו בפרשת זוהר יצר בית המשפט גורם בקרה פנימי כזה אך כאמור בה בעת הכפיף מנגנון זה לביקורת שיפוטית. בכך צמצם בית המשפט העליון את החיכוך בינו לבין מוסד הנשיאות ואת הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא. לאור שיקול הדעת שניתן לשר המשפטים בבואו להוסיף את חתימת הקיום, הביקורת השיפוטית של בית המשפט על החלטות להעניק חנינה תהיה מעתה על החלטותיו של שר המשפטים בעניין ולא על החלטות הנשיא. בביקורת שיפוטית במקרים אלה יבחן בית המשפט ויבקר את שיקול דעתו של שר המשפטים ואת סבירות החלטתו (ולא את סבירות החלטת הנשיא). עם זאת, צמצום הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא להעניק חנינה הוא למראית עין בלבד, שכן

87 פרשת זוהר, לעיל הערה 1, פסי' 13, 39 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.
88 PATRICK MONAHAN, CONSTITUTIONAL LAW 491 (3rd ed, 2006)
89 שם, עמ' 100.
90 L. Wilson, *Disallowance: The Threat to Western Canada*, 39 SAKE. L. REV. 156, 164 (1975)
91 שם, עמ' 164-165.
92 MONAHAN, לעיל הערה 88, עמ' 100.
93 שם, עמ' 12, 99.
94 שם, עמ' 12.
95 שם, עמ' 12, 81-80.
96 שם, עמ' 100; BARRY L. STRAYER, THE CANADIAN CONSTITUTION AND THE COURTS: THE FUNCTION AND SCOPE OF JUDICIAL REVIEW 21 (3rd ed 1988).

בבוחנו את סבירות החלטת שר המשפטים יהיה על בית המשפט לבחון גם את סבירות החלטת הנשיא. כמו כן, המעבר לבחינת סבירות החלטתו של שר המשפטים בעניין חנינה, ולא בחינת סבירות החלטתו של הנשיא, אשר בעניינה נקט עד כה בית המשפט משנה זהירות (ואף ציין כי בבחינת סבירות ההחלטה יש להתחשב במעמדו של מוסד הנשיאות ובאופייה המיוחד של סמכות החנינה⁹⁷), עשוי להביאו ביתר קלות לבחינת סבירותה של החלטה בעניין חנינה. בכך, למעשה, המודל שנוצר לביקורת שיפוטית על החלטות לתת חנינה על ידי הנשיא אינו פותר את הבעיה ברובד המהותי של הביקורת השיפוטית על החלטת חנינה גם כאשר מדובר בהחלטה ששיקולים חיצוניים לצדק, כגון חסד ורחמים היו מונחים ביסודה.

המודל השני מתבסס על המצב שנוצר לאור הכרעת בית המשפט בפרשת זוהר אך הוא פרי פיתוח של ההלכה. אין מדובר במודל הטוב ביותר לדעתנו, אך לעומת המודל השלישי, מודל זה אינו מצריך שינוי חקיקה בעניין סמכות החנינה הנתונה לנשיא. לפי מודל זה יצומצם היקף הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא למתן חנינה והוא יקבע לפי השיקולים שביסוד מתן החנינה. אם מדובר בשיקולים משפטיים שהביאו להחלטה לתת חנינה, יש מקום לביקורת מהותית על ההחלטה על פי עילת הסבירות, כעולה מהכרעת בית המשפט בפרשת זוהר. עם זאת, אם החנינה ניתנה עקב נסיבות שאינן ניתנות לצפייה מראש, ומתוך שיקולי חסד ורחמים בהיעדר כלים חוקיים אחרים, אזי יש לצמצם את האפשרות להתערב בהחלטת הנשיא לתת חנינה (בין שההתערבות תהיה מצד שר המשפטים ובין מצד בית המשפט) למקרים שבהם החלטת הנשיא הייתה נגועה בפגם היורד לשורשו של הליך כגון הישענות על שיקולים זרים או פעולה בהיעדר כל תשתית עובדתית (שלא כהערכת משמעותן של עובדות לעניין שיקולי החסד והרחמים). כאשר החנינה ניתנה משיקולי חסד ורחמים, מדובר בשיקולים שאינם שיקולים משפטיים טהורים, ולכן בית המשפט יתקשה לבחנם באמצעות נורמות משפטיות, ובמקרים אלה בית המשפט אינו נהנה מכל יתרון מוסדי לעומת מוסד הנשיאות. כל עוד הביקורת השיפוטית מוגבלת לבחינת קיומם של שיקולים פסולים שהביאו להחלטת חנינה, הרי היא חיונית במשטר דמוקרטי כדי למנוע ניצול לרעה של הסמכות השלטונית. הביקורת השיפוטית על החלטות הנשיא לתת חנינה **אינה** צריכה לכלול פסילת שיקולים שבמקרים אחרים היו עשויים להיחשב לזרים, אך כאן הם לגיטימיים משום שאופיים ה"זר" נקבע בהתחשב במקור הסמכות ובמהותה. כאשר מדובר בסמכות חנינה שנקבעה בחוק-יסוד: נשיא המדינה והוענקה במכוון למוסד הנשיאות, ולא לגורם שלטוני אחר, ובסמכות ייחודית שמטבעה כוללת שיקולים כגון חסד ורחמים, מסגרת השיקולים הזרים מצטמצמת. לכן, כאשר החנינה ניתנת משיקולים שאינם משפטיים, ראוי שההתערבות בהחלטות הנשיא בענייני חנינה תיעשה רק עקב שקילת שיקולים פסולים כגון נגיעה אישית של הנשיא בבקשת החנינה ומרמה. שאלה שתצטרך להתברר אם מודל זה ישמש את בתי המשפט, תהיה המבחן שיופעל במקרה של עירוב שיקולים זרים ותקינים, כלומר אם שיקול זר פוסל החלטה שניתן לקבלה גם על בסיס שיקול תקין.⁹⁸

המודל השלישי, שהוא המודל הראוי לדעתנו, מחייב שינוי **חקיקה** שיפתור קשיים רחבים הנוגעים לסמכות החנינה ובכללם את הקשיים שבביקורת שיפוטית עליה. לאור הבדלי הדעות באשר לתכלית החנינה, ראוי שהמחוקק יסדיר במפורש את יחסו אליה, את השיקולים שבבסיסה ואת אמות המידה

⁹⁷ פרשת **רונו**, לעיל הערה 38, פסי' 32-33 לפסק דינו של השופט חשין; פרשת **ברזילי**, לעיל הערה 10, פסי' 28 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

⁹⁸ ראו והשוו למבחנים שניתנו בבג"ץ 392/72 **ברגר נ' הועדה המחוזית לתכנון ולבניה מחוז חיפה**, פ"ד כז(2) 764 (1973).

להענקתה.⁹⁹ שיקולים מקדמי צדק להקלה בעונש או לביטולו צריכים להישמר בסמכותה של מערכת משפטית או מעין משפטית, וראוי להוציאם מהפררוגטיבה של הנשיא. שיקולים ניטרליים לצדק לביטול עונשים שנגזרו על ידי בית המשפט יש להשאיר בסמכות הנשיא והם יצדיקו הענקת חנינה במקרים נדירים ומיוחדים.¹⁰⁰

לגישתו של סטטמן, הקשיים ברעיון החנינה, הספקות בעניין כוחו המופלג של מוסד זה, הקושי לוותר עליו בשיטות משפט וממשל רבות, והרצון והצורך להכפיפו לביקורת אדוקה, אולי משום הסירוב לסתום את הגולל על ההליך הפלילי – כולם נובעים מאמביוולנטיות עמוקה כלפי רעיון הענישה. מחד גיסא, כשאנו נחשפים לפשע חמור, הצורך בצדק גמולי ובהרתעה מתלהט בנו ואנו זורשים עונש ממצה לעבריין. מאידך גיסא, כאשר אנחנו מתבוננים מקרוב בנסיבות האירוע ובסיפור חייו של האדם, מתפוגג הדימוי המפלצתי שייחסנו לו והוודאות בצדקת העונש נסוגה לעתים מפני תחושה של מזל רע. "מכה בנו ההכרה, שלולא חסד האלוהים היה כל אחד מאיתנו עומד שם, במקום שעומד הפושע הזה".¹⁰¹

אולם את יחסנו הדו-ערכי כלפי הענישה אין לפתור באמצעות הענקת סמכות בלתי מוגבלת לנשיא. אם יש צדק בענישה, המחייב את שליחתו של פלוני לכלא, לא הגיוני שהחברה תסמיך גוף אחר, חוץ-משפטי, לשחררו משם, ואם אין צדק בענישה המקובלת בשיטתנו, ראוי שגם בתי המשפט לא יטילו עונשים במתכונת זו.¹⁰² בה במידה, אם יש טובה ציבורית בהקניית סמכות חנינה לנשיא, משיקולים חוץ-משפטיים (ניטרליים לצדק), לא הגיוני שנתיר לגוף משפטי לפעול נגדה ולפסול את החלטות הנשיא (אם תחייב זאת הביקורת השיפוטית). התחושה שעשויה להתעורר בקרב הציבור אם יוכלו עבריינים באמצעות מוסד החנינה להשתחרר מהעונש המגיע להם (ולחלופין, אם תהיה ידו של בית המשפט בכול, והוא יוכל להפוך על פיהן החלטות הנובעות משיקולים חוץ-משפטיים), היא פקפוק ביושרה של שיטת הממשל, המחלישה את אמון הציבור בטוהרה של המערכת המשפטית וביכולתה לעשות צדק.

שיקולים ניטרליים לצדק עוסקים בהיבטים מגוונים של טובת הציבור (למשל, היבטים ביטחוניים, פוליטיים, כלכליים) והם נבדלים לחלוטין מן המערכת המשפטית. ודוק, אין הם מבקשים לשנות את המצב 'כיוון שבית המשפט נהג שלא בצדק', או מפני שהשלמת ריצוי העונש תסב אי-צדק; ובה במידה גם אילו היו עומדים לנגד עיני בית המשפט, הוא לא היה משנה את החלטתו כהוא זה.¹⁰³

אמנם נהיר שהסמכות לחון משיקולים של חסד ורחמים, שהם שיקולים ניטרליים לצדק, נושאת בחובה סכנות כגון שרירותיות, שימוש לרעה וחוסר שוויון. אם הנשיא חן מטעם חסד מוחלט, כמתנת חנם, אזי נוצר אי-שוויון בין עבריינים שזכו למתת לבין מי שלא זכו לה.¹⁰⁴ זאת ועוד, הכוח לבטל הלכה

⁹⁹ נראה כאמור שבשיטת המשפט הישראלית כיום שתי תפיסות אלה מתקיימות בד בבד, אף שהדומיננטית מהן היא התפיסה שלפיה החנינה משמשת כלי שתפקידו לספק מענה לנסיבות שאינן ניתנות לצפייה מראש ולשיקולי חסד ורחמים (בעניין זה ראו גם את דבריה של הנשיאה ביניש בפרשת זוהר, לעיל הערה 1, פס' 24).

¹⁰⁰ סטטמן, לעיל הערה 72, עמ' 51.

¹⁰¹ שם, עמ' 50.

¹⁰² שם, עמ' 51.

¹⁰³ שם, עמ' 47. דוגמה שסטטמן מציג לשיקול חיזוני היא שחרור מחבלים אסירים בעסקת חליפין תמורת שבוי: לפי כל הידידוקים המקובלים לענישה – גמול ותועלת כאחד – אין לשחרר מחבלים מעונשם. אם ישוחררו, יהיה זה בשל אינטרס עליון, מחוץ למערכת המשפט, והוא שלומם של שבוייננו. השחרור ודאי לא ילווה בתחושה שנעשה צדק, אלא בתחושה שבלתי ברירה נפגע הצדק. ההבחנה בין שני סוגי הרציונלים לחנינה מתחדדת לאורה של תיאוריית גמול בענישה, ועשויה להיטשטש אם מניחים שצדק בענישה כולל גם שיקולים תועלתניים. שיקולים תועלתניים מקשים את ההבחנה בין שיקולי טובת הציבור, שהם חלק משיקולי הענישה של המערכת המשפטית, לבין שיקולי טובת הציבור שנמצאים מחוץ למערכת המשפטית (שם). ההבחנה בין שני סוגי השיקולים גם משפיעה על תוצאות החנינה: חנינה משיקולים מקדמי צדק מבטלת (או מפחיתה) את אשמת העבריין וצדקת העונש. לעומת זאת, חנינה משיקולים ניטרליים לצדק אינה מבטלת מאום באשמת הפושע, או בצדקת העונש שנגזר עליו (כגון מקרה חילופי שבויים). היא רק משנה את העונש משיקולים, כאמור, של טובת הציבור.

¹⁰⁴ כמו כן נגרם כמובן חוסר צדק בכך שעבריינים שפשעו אינם מקבלים את העונש המגיע להם.

למעשה עונשים שנגזרו על ידי בית משפט מערער על סמכותה ותוקפה של המערכת השיפוטית. לפיכך לדעתנו יש לצמצם סמכות חנינה מסוג זה למקרים נדירים.¹⁰⁵ עם זאת, אין לבטלה. כל עוד השימוש בה ייעשה במקרים חריגים בלבד, היא ראויה. סמכות זו חיונית להתחשבות בשיקולים שמערכת המשפט אינה מתחשבת בהם, כגון נסיבות שהשתנו בחלוף הזמן, וכדי לאפשר מידה של חסד ורחמים.¹⁰⁶

לכן ראוי להשאיר בידי הנשיא את הסמכות להעניק חנינה כאשר ביסוד ההחלטה מונחים שיקולים ניטרליים לצדק כגון חסד ורחמים. וכאשר שיקולי חסד ורחמים הם שיביאו להענקת החנינה, גם לא יהיה נכון לבקר בהרחבה את ההחלטה ולבטח לא יהיה ראוי לבחון את סבירותה. יהיה אפשר להתערב בה רק אם נבעה משיקולים פסולים.

מנגד, ואף שאנו זקוקים לגוף שיתקן את העוול שנגרם לעתים על ידי המערכת המשפטית,¹⁰⁷ הנשיא אינו מועמד מתאים למלא תפקיד זה, הואיל ומדובר בליקוי מבחינת הדין או הצדק. על הגוף להיות שיפוטי או מעין שיפוטי, כדי שיוכל להעריך מקצועית את השיקולים הרלוונטיים ולהחליט על מדיניות ראויה. מלומדים רבים הציעו, בשל השיקולים שצוינו לעיל, להוציא את התפקיד של 'תיקוני צדק' מתחום

¹⁰⁵ סטטמן, לעיל הערה 72, עמ' 48. בהקשר זה נשאלת השאלה אם ראוי להבחין בין חנינה בטרם הרשעה, כבפרשת "קו 300", לבין חנינה לאחר הרשעה. האם הראשונה משרתת את טובת הציבור יותר מהשנייה, והאם האחת מאיימת על מערכת המשפט והממשל יותר מהאחרת? בעניין זה ראו גם מאמרו של סטטמן, שם, בה"ש 120. יצוין שלדעתו של סטטמן חנינה כחסד מוחלט אינה מוצאת את מקומה לא בשיקולים מקדמי צדק ואף לא בשיקולים ניטרליים לצדק והוא סבור שאין לה מקום בשיטת ממשל תקינה (שם, עמ' 49).

¹⁰⁶ כך גם בעניין הרצון לקדם טובה ציבורית (כגון עסקת שחרור אסירים), הנשענת על שיקולים ניטרליים לצדק, אשר מצביע על הצורך להפקיד את סמכות החנינה בידי גוף שאינו משפטי, שכן עסקינן בפעולות הנוגדות במפורש את מדיניותה והכרעותיה של המערכת המשפטית. בעניין המוסד שראוי שיחזיק בסמכות החנינה במקרים שסמכות זו משמשת, למשל, לשם ביצוע עסקה לשחרור אסירים, נציין – בלי להכריע בעניין – שהענקת סמכות החנינה לממשלה נושאת בחובה סכנה שיהיה בה שימוש לרעה, עקב היות הממשלה גוף פוליטי מובהק. לעומת זאת ניתן לומר שתלותו של הנשיא בלחצים פוליטיים לא-ענייניים (כגון הסיכוי להיבחר לקדנציה נוספת) קטנה יותר מתלותם של גופים אחרים, ולכן מוסד הנשיאות הוא הגוף המתאים ביותר במערכת הממשל הישראלית להשתמש בסמכות החנינה, לשקול את בקשות החנינה לגופן ולבחון אם התערבותו מוצדקת.

¹⁰⁷ מבחינה תיאורטית, כאשר יש בשיטת המשפט הליך של משפט חוזר שנועד לתקן מצב שבו נגרם עיוות דין, הרי אין לחנינה מקום כלל כאשר היא נתפסת ככלי לתיקון הכרעות שיפוטיות שגויות. המשפט החוזר הוא הכלי הנכון במקרים אלה, שכן מי שהורשע בפלילים זכאי להליך חוזר ולאפשרות להימצא בו חף מכל אשמה אם יש חשש לעיוות דין. יתרה מזו, מסלול החנינה, אם הוא משמש כלי לתיקון החלטות משפטיות שגויות, עשוי להימצא נוח יותר להפעלה ממשפט חוזר בין מבחינה פרוצדורלית או עקב לחץ ציבורי. עם זאת, ייתכן שהמציאות מחייבת לשקול את הענקת החנינה או קציבת העונש כדי שלא להסב עוול גדול יותר לאדם היושב מאחורי סורג ובריח אף שיש ספק גם בלב משפטנים רבים בעניין אשמתו. כך, למשל, בעניינו של סולימאן אל-עביד, שהורשע באונס ורצח חנית קיקוס ז"ל (דנ"פ 4342/97, 4530 **מדינת ישראל נ' אל עביד**; אל עביד נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נא(1) 736 (1998). וכך ראו את פסקי הדין הקודמים בפרשה זו: ע"פ 2109/06, פ"ד נא(1) 673 (1997), ת"פ (ב"ש) 76/93 (1996), ת"פ (ב"ש) 76/93 (1994)). מבקרת המדינה ושופטת בית המשפט העליון לשעבר, מרים בן פורת, המליצה לקצוב את עונשו בין השאר בשל תפיסת הציבור את ההרשעה, שהייתה ברוב קולות (ולא פה אחד), שכן לדבריה "אדם שאינו משפטן ודאי עלול להתרשם שקיים חשש לעיוות דין". זו הייתה עמדתה אף שבהוות הדעת שהגישה בעניין לשר המשפטים, שבה בחנה את נסיבות הפרשה, הגיעה בן פורת למסקנה כי אשמתו של אל-עביד הוכחה מעל לספק סביר וכי הרשעתו הייתה מוצדקת (במאמר מוסגר נציין שאינו מסכימים לקביעה זו) (ראו: "יקוצר עונשו של המורשע ברצח חנית קיקוס", פורסם ב"הארץ", זמין ב- www.haaretz.co.il/misc/1.1553017). למרות דברים אלה, ואף שלנוכח קביעתה של בן פורת כי אשמתו של אל-עביד הוכחה מעבר לספק סביר לא יהיה נכון מבחינה תיאורטית לקיים במקרה זה משפט חוזר, יש מקום לבחון הענקת חנינה או קציבת עונש, כאשר רבים סבורים שיש ספק סביר בעניין אשמתו של מי שהורשע אך נדחתה בקשתו למשפט חוזר, ובעיקר כאשר נכללים בהם שופטים שישבו בדין. כך גם, למשל, במקרה של עמוס ברנס אשר הורשע ברצח רחל הלר ז"ל ונידון למאסר עולם (ע"פ 127/76 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3) 507 (1976)). בפרשת ברנס נחשפו לאחר המשפט עיוותי דין חמורים ועדויות שקר של חוקרי המשטרה (מ"ח 3032/99 **ברנס נ' מדינת ישראל**, פ"ד (3) 354, 380 (2002)). (לסקירת השתלשלות הפרשה לאורך השנים ראו: גוט, לעיל הערה 4, עמ' 261-272). שופט בית המשפט העליון אז, חיים כהן, שדחה את ערעורו של ברנס על הרשעתו, פנה אליו והציע לו לבקש חנינה מהנשיא, אך ברנס סירב בכל תוקף וטען לחפותו המוחלטת (אף שהשופט כהן פנה לנשיא המדינה אשר החליט לקצוב את עונשו של ברנס). לאחר ריצוי מאסרו ומאבק ממושך לקיום משפט חוזר, זוכה ברנס זיכוי "אילים" (בלא שמיעת הראיות ובלי לקבוע אם ברנס ביצע את המעשה שיוחס לו או שלא, שכן התביעה חזרה בה מכתב האישום) (ת"פ 1212/02, **מדינת ישראל נ' ברנס** (טרם פורסם, 11.12.2002), ונפסקו לטובתו אף פיצויים בשווי מיליוני שקלים (ת"א 2001-04 **ברנס נ' מרקוס** (טרם פורסם, 04.08.2010)).

עם זאת ראוי לציין שיש מי שעשו בצדק לתפוס את מתן החנינה במקרים אלה כעקיפה של ההליך השיפוטי, ולכן ייתכן שדרך המלך היא להסדיר את הנושא בחקיקה תוך שינוי החוק באופן שהוא יחייב הרשעה בפלילים פה אחד ולא יהיה די בהרשעה בדעת רוב. כמו כן נציין שהשיקול בדבר מראית פני הצדק עשוי להיתפס כשיקול מחוץ למשפט ואז הרי לא מדובר בתיקון עיוות דין אלא בחנינה משיקולים מחוץ לצדק.

סמכותו של הנשיא ולהפקידו בידי מערכת המשפט.¹⁰⁸ הצדקת סמכותו של הנשיא לחון בשם הצורך לתקן עוול נראית כניסיון כושל להחיות "מאובן" בהקשר החברתי-משפטי, שבו אין לו עוד מקום. כשם שלנשיא אין סמכות לדון כערכאה ראשונה, וכשם שאין לו סמכות לדון כערכאת ערעור, כך אין היגיון להקנות לו סמכות לתקן את מה ששתי ערכאות אלה "קלקלו". זאת ועוד, שינויים במעמד אדם שנגזר דינו, או שינויים חברתיים שהתחוללו לאחר גזר הדין הסופי, אשר בית המשפט היה מתחשב בהם בגזר הדין לו היו מתחוללים קודם כן, כשהעניין היה מונח לפניו, ראוי שיבחן אותם מי שמיומן באמנות זו, ולא הנשיא.¹⁰⁹ לכן, לדעתנו יש להוציא מידי הנשיא את הסמכות להעניק חנינה, כאשר ביסוד ההחלטה מונחים שיקולים מקדמי צדק, ולהפקידה בידי המערכת המשפטית או מערכת מעין משפטית. כמו כן, כאשר שיקולים משפטיים מקדמי צדק יביאו להענקת החנינה, יש מקום לביקורת שיפוטית קפדנית יותר על ההחלטה, ובכללה ניתן לבחון את סבירותה (אם הסמכות תופקד בידי גוף מעין שיפוטי ולא בידי מערכת המשפט עצמה, שכן במערכת המשפט ממילא מתקיימים הליכי ערעור).

לפני סיום ולהרחבת היריעה נבקש לעמוד בקצרה על הסדרי החנינה בכמה מדינות. עמדת משרד המשפטים בישראל דומה במידה רבה לעמדת משרד המשפטים הקנדי¹¹⁰ ולעמדת משרד הפנים האנגלי:¹¹¹ אף הם רואים בהליך החנינה הליך שורי שנועד לתת מענה בנסיבות קשות, בהיעדר כלים והליכים חוקיים אחרים.¹¹² המשפט האנגלי מכיר בחנינה מלאה, חנינה מותנית וכן חנינה בדרך של המרת העונש או הפחתתו. באנגליה גם חנינה מלאה אינה מבטלת את ההרשעה, אלא רק את תוצאותיה. בקנדה, לעומת זאת, החנינה מוחקת את ההרשעה ואת הכתם הפלילי, כאילו מעולם לא היה.¹¹³

מדיניות משרד הפנים האנגלי היא שבמקרים של עיוות דין יש להעדיף טיפול על ידי המערכת השיפוטית ולא במוטן חנינה, ומכמה סיבות: ההליך המשפטי מעורר פחות חשש להעדפה פוליטית, בהשוואה לחנינה; במקרה של קונפליקט ראיתי יש בידי בית המשפט כלים טובים יותר להכריע;¹¹⁴ החנינה אינה מבטלת את ההרשעה אלא רק את תוצאותיה, מיום הענקתה ואילך; העברת העניין למערכת השיפוטית להליך של ערעור חוזר מצריכה העלאת סוגיה ראויה לדיון, ואינה דורשת שהפונה יוכיח את חפותו.¹¹⁵

עם הקמת הוועדה לביקורת מקרים פליליים (Criminal Cases Review Commission) באנגליה נקבע בחוק ששר הפנים מוסמך להעביר בקשת חנינה לבדיקת הוועדה, וחוות דעתה בעניין תחייבו. זאת

¹⁰⁸ המלומד קוביל, למשל, הציע להפקיד סמכות זו בידי ועדת חנינה מיוחדת שתורכב ממשפטנים, אנשי ציבור, פילוסופים ואנשי דת, ייתכן בה ייצוג למיעוטים (שמספרם בקרב המורשעים גבוה מחלקם היחסי בחברה) והיא תפעל לאור שבע אמות מידה שפירט (Kobil), לעיל הערה 84, עמ' 622-633). פרופ' גביון הציעה שהחלטות חנינה מטעמי בריאות ומטעמי עובדות חדשות ייעשו על ידי וועדת שחרורים (רב שיח: פיקוח שיפוטי על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות, לעיל הערה 72, עמ' 22). פרופ' קרמניצר מציע להרחיב את המשפט החוזר, לוותר על חתימת הקיום של שר המשפטים שהוא גורם פוליטי, ולהתנות הענקת חנינה על ידי הנשיא בהמלצת ועדת מומחים שתורכב משופטים בדימוס, קרימינולוגים, עובדים סוציאליים ועוד. סטטמן מרחיב את הצעתו של קרמניצר ומציע להתנות גם את סמכות הנשיא שלא להעניק חנינה, בהמלצת ועדת המומחים. כלומר לדעתו יש לראות את המלצות ועדת המומחים כבעלות תוקף בלא תלות בדעת הנשיא. לידו, יש להפקיד את השיקולים מקדמי הצדק בידי גוף משפטי שיפעל לפי עקרונות ענישה רציונליים עקיבים וגלויים, ויעניק הקלות בעונש משיקולי צדק ולא מתוך חסד ורחמים (סטטמן, לעיל הערה 72, עמ' 45-46).

¹⁰⁹ בדומה לכך, ככל שחנינה מבוססת על שיקולים חץ-משפטיים, לא ראוי שהרשות השופטת תבקר את ההחלטה (למעט מבחינה פרוצדורלית ומבחינת קיומם של שיקולים פסולים), שכן אינה מיומנת בכך ובהקשר זה אין לה ביתרון לעומת שאר הרשויות.

¹¹⁰ סמכות החנינה בקנדה נתונה למושל הכללי ולשר המשפטים.

¹¹¹ סמכות החנינה באנגליה נתונה לשר הפנים.

¹¹² גוט, לעיל הערה 4, עמ' 278.

¹¹³ שם, עמ' 278-279.

¹¹⁴ למשל על ידי מתן הוראה בדבר שמיעה מחדש.

¹¹⁵ גוט, לעיל הערה 4, עמ' 278-279.

ועוד, הוועדה רשאית להעביר לשר בקשה לבחינת אפשרות חנינה, כאשר היא סבורה שאין סיכוי של ממש שבקשה לערעור חוזר תתקבל על ידי בית המשפט לערעורים.¹¹⁶

בשונה מאנגליה ומקנדה, העמדה הרווחת בארה"ב היא שהחנינה משמשת מכשיר מרכזי לתיקון גזרי דין שגויים ומתן סעד במקרים של הרשעות שווא.¹¹⁷ המשפט האמריקני מכיר בחנינה מוחלטת (המחזירה זכויות, אך לא מוחקת את ההרשעה), חנינה מותנית, המרת עונש מוות במאסר עולם, המתקת עונשים והמרתם, חנינה לשם השבת זכויות (כגון רישיון נהיגה) ודחיית ביצוע פסק הדין.¹¹⁸

מושלי המדינות בארה"ב מוסמכים לחון עבריינים במדינותיהם. הליכי החנינה במדינות מאופיינים בהסדרה חקיקתית מפורטת מזו המוכרת בישראל ובאנגליה, וקבועות בה גם הגבלות.¹¹⁹ ברוב המדינות יש ועדה מייעצת, ובחלקן המלצתה מחייבת את המושל. החלטת מושלי המדינות להעניק חנינה כפופה לביקורת שיפוטית אך העילות החוקתיות (בין שמדובר בחוקה הפדראלית ובין שמדובר בחוקה המדינתית) מצומצמות.¹²⁰

על פי החוקה האמריקנית, יש לנשיא סמכות בלעדית להעניק חנינה במישור הפדרלי.¹²¹ בשונה מישראל, הנשיא בארה"ב מזוהה עם הרשות המבצעת. הפקדת הכוח לתת חנינה בידי אדם אחד מותרת לנשיא שיקול דעת רחב ויכולת לפעול במהירות כשהדבר נחוץ.¹²² אף שהנשיא נוהג להיעזר בהמלצת משרד המשפטים, אשר מפקח על ההיבט הניהולי של הליך החנינה ובוחן את בקשות החנינה, הנשיא הוא הגורם היחיד שיכול להחליט לקבל את הבקשה או לדחותה.¹²³ הענקת חנינה על ידי הנשיא חסינה מפני התערבות שיפוטית, כחלק מהחסינות הנתונה לו,¹²⁴ והסמכות הרחבה של הנשיא זוכה להגנה מצד בית המשפט,¹²⁵ למעט מקרים שבהם השימוש בסמכות החנינה פוגע בזכויות חוקתיות אחרות, כגון מצב שבו הוא פוגע בזכויות חוקתיות של צד שלישי.¹²⁶ יתרה מזו, היו בעבר ניסיונות של הקונגרס לצמצם בחקיקה את סמכות הנשיא לתת חנינה, אך אלה נדחו על ידי בית המשפט.¹²⁷ הטענות נגד הסמכות הרחבה והבלעדית של הנשיא

116 שם, עמ' 279-280.

117 ראו, למשל, את דבריו של נשיא בית המשפט העליון (לשעבר) של ארה"ב, ויליאם רנקוויסט, בפרשת *Herrera v. Collins*, U.S. 390, 415 (1993). וכן ראו את דבריו של גוט שמאזכר אף את דבריו של רנקוויסט, לעיל הערה 4, עמ' 280.

118 שם, עמ' 281.

119 למשל, התניית חנינה בהמלצת שופטי בית המשפט העליון, פרק זמן מינימלי לבקשת חנינה חוזרת, ריצוי חלק מהעונש, פרק זמן מינימלי ממועד ההרשעה שרק לאחריו ניתן לחון. לעתים ההליך כולל שמיעה של המבקש. בחלק מהמדינות יש פיקוח רב של הקונגרס, ומתפרסמים דוחות המפרטים את החנינות שניתנו (שם, עמ' 280).

120 שם, עמ' 281; לאחרונה, למשל, בפרשה שנדונה בבית המשפט העליון של מיסיסיפי, של חנינה ליותר ממאתיים אסירים שהעניק המושל לפני תום כהונתו, קבע בית המשפט העליון שהרשות השופטת אינה יכולה לבטל החלטת חנינה של המושל שעל פניה נראית תקפה, רק על הסמך הטענה שהדרישה הפרוצדורלית לפרסום בקשת החנינה, המופיעה בחוקת המדינה, לא מולאה (*In re Hooker*, 87 So. 3d 401, (Miss. 2012)). באוהיו, למשל, קבע בית המשפט העליון שלפי חוקת אוהיו המחוקק יכול להסדיר את האופן שבו יחול הליך החנינה לפני החלטת המושל אך אינו יכול להתערב ולהגביל את שיקול הדעת והיישום של החלטת החנינה (*State ex rel. Maurer v. Sheward*, 71 Ohio St. 3d 513 (1994)).

121 למעט במקרים של הדחת פקיד ציבור אשר נאשם בפעילות בלתי חוקית ותוצאותיה (ברמה הפדרלית); U.S. Const. art. II, § 2; 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, 1292-1293 (2002).

122 שם, עמ' 1292.

123 שם, עמ' 1292-1293.

124 גוט, לעיל הערה 4, עמ' 280.

125 Haase, לעיל הערה 121, עמ' 1295.

126 שם, עמ' 1295-1297.

127 בפרשת "Ex parte Garland" הוותיקה קבע בית המשפט שאדם אשר קיבל חנינה מוחלטת נחשב חף מפשע כאילו לא ביצע את העבירה, וכי החנינה למעשה גם מבטלת כל עונש או הגבלה שהוטלו עליו ובכך מחזירה לו את כל זכויותיו האזרחיות שהוגבלו. לאור זאת קבע בית המשפט שהקונגרס אינו יכול להגביל את השפעת החנינה באמצעות מעשה חקיקה (71 U.S. (1866) 333). בניסיון ותיק נוסף להגביל את השפעת החנינה, בפרשת *United States v. Klein*, אסר בית המשפט לחוקק חוק שמונע מאדם שזכה לחנינה להשתמש בחנינה להוכחת נאמנותו. בית המשפט קבע שהחוקה אינה מאפשרת לקונגרס לעשות זאת (80 U.S. 128 (1871)). ראו בעניין זה: Haase, לעיל הערה 121, עמ' 1295.

הן שסמכות זו מותירה פתח רחב להחלטות שרירותיות מצדו, וכי יש מקום להגברת הפיקוח עליה כדי למנוע ניצול לרעה של הכוח הרב שבידיו.¹²⁸

ההבדלים בגישתן של שיטות המשפט למוסד החנינה משפיעים גם על יחסן להליכים שיפוטיים לאחר ההרשעה (כגון משפט חוזר). אנגליה וקנדה רואות בחנינה אמצעי שירי למקרים שאינם ניתנים לחיזוי, ולפיכך יש במדינות אלה הליכים שיפוטיים מפותחים להתמודדות עם פגמים בהליך השיפוט, ולטיפול בעובדות וראיות שטרם התבררו.¹²⁹ לעומתן, בארה"ב מגמת החקיקה ומגמת בית המשפט העליון היא להימנע ככל האפשר מדיון עובדתי בבית המשפט לאחר ההרשעה סופית. בתי המשפט מתמקדים בטיפול בפגמים משפטיים חמורים במיוחד שנפלו בהליך ההרשעה. הטיפול בטענות עובדתיות לחפות ובטענות נגד חומרת הענישה נתון למוסד החנינה, והוא נתפס כמכשיר שראוי להרבות ולנצלו לתיקון טעויות מסוג זה.¹³⁰

ה. סיכום

הכרעת בית המשפט בפרשת זוהר מאפשרת ביקורת שיפוטית רחבה על החלטות של הנשיא לתת חנינה (או הקלה בעונש) ומאפשרת לבחון גם את סבירותה של ההחלטה. במקרים שבהם עולה חשש שהחלטת הנשיא לוקה בחוסר סבירות קיצוני או מונעת משיקולים זרים, יהיה רשאי שר המשפטים שלא לחתום חתימת קיום ובכך יוכל למנוע את ביצוע ההחלטה.

ביקורת רחבה על החלטותיו של הנשיא להעניק חנינה, ובמיוחד האפשרות לבחון את סבירותו, מעוררת קושי רב. אחד הקשיים הוא במישור המוסדי ונובע ממעמדו המיוחד של מוסד הנשיאות בין רשויות השלטון, המתאפיין בכך שהוא מסמל את המדינה אך מצריך פיקוח ובקרה ככל גוף המחזיק בסמכות שלטונית במדינה דמוקרטית. הקביעה שלנשיא נתונה חסינות אך לעומת זאת החלטותיו יכולות להיות נתונות לביקורת שיפוטית משמעה שחסינותו הדיונית של נשיא המדינה משרתת תכלית סמלית בלבד, כל שכן במצב שבו בית המשפט מכיר בסמכות בקרה פנימית בקרב הרשות המבצעת, הכפופה לביקורת שיפוטית הכוללת גם את הלכת הסבירות. לדעתנו הקושי המרכזי אינו הקושי המוסדי הנ"ל אלא קושי הנובע מאופייה המיוחד של סמכות החנינה ומהשיקולים המונחים ביסודה. הרחבת היקף הביקורת השיפוטית על החלטת החנינה של הנשיא לאור ההכרעה בפרשת זוהר רק מעצימה קושי זה. כאשר ביסוד ההחלטה להעניק חנינה מונחים שיקולים שאינם נוגעים לצדק (שאינם שיקולים משפטיים טהורים), כגון חסד ורחמים, אין מקום לביקורת שיפוטית רחבה על ההחלטה וביחוד אין מקום לבחינת סבירותה של ההחלטה. שיקולי חסד ורחמים נמצאים במישור אחר מהמישור שבו נמצאים שאר השיקולים (המשפטיים) המתוחמים במתחם של סבירות. עם זאת, כאשר ביסוד ההחלטה להעניק חנינה מונחים שיקולים מקדמי צדק (משפטיים), יש מקום לביקורת שיפוטית רחבה יחסית על ההחלטה ובכללה אף לבחון את סבירותה.

לאור היסודות התיאורטיים של סמכות החנינה, השיקולים שביסודה והשפעתם על היקף הביקורת השיפוטית, בחנו ברשימה זו שלושה מודלים להתמודדות עם הבעיה. לדעתנו המודל הראוי מחייב **שינוי חקיקה** באשר לסמכות החנינה, שכן מוצע להפקיד חלק מסמכות החנינה בידיים אחרות, לפי המטרות והרציונלים שבבסיס החנינה. לדעתנו, יש להוציא מידי הנשיא את הסמכות להעניק חנינה כאשר

¹²⁸ שם, עמ' 1306-1307.

¹²⁹ לסקירה השוואתית של הליכי בית משפט לאחר פסק דין מרשיע, סופי וחלוט, ראו: גוט, לעיל הערה 4, עמ' 285-318.

¹³⁰ שם, עמ' 281.

ביסוד ההחלטה מונחים שיקולים מקדמי צדק ולהפקידה בידי המערכת המשפטית או מערכת מעין משפטית שהיא המתאימה לשקול שיקולים אלה. עם זאת, יש להשאיר בידי הנשיא את הסמכות להעניק חנינה כאשר ביסוד ההחלטה מונחים שיקולים ניטרליים לצדק כגון חסד ורחמים. כמו כן, כאשר שיקולי חסד ורחמים הם שהביאו להענקת החנינה, לפי מודל זה אין מקום לביקורת רחבה על ההחלטה ובייחוד אין מקום לבחון את סבירותה. ראוי שבמקרי חנינה משיקולי חסד ורחמים תוגבל האפשרות להתערב בהחלטת החנינה למקרים שבהם ההחלטה נבעה משיקולים פסולים.

עד אשר תתוקן החקיקה אנו מציעים לפתח את הלכת זוהר באופן שהבקרה המבוצעת על ידי משרד המשפטים על החלטות החנינה של הנשיא תהיה רגישה לרציונל אשר בבסיס החנינה. חנינות הנובעות משיקולי צדק, ראוי שתזכינה למעקב צמוד של משרד המשפטים, ולפיכך גם לביקורת שיפוטית הדוקה של בית המשפט. חנינות שתכליתן חסד ורחמים ראוי שתהיינה נדירות, ועליהן תהיה הביקורת הפנימית של משרד המשפטים והביקורת השיפוטית של בית המשפט מוגבלת ומצומצמת.