

המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים (mercy)

דניאל סטטמן

מאמר מתוך הספר

**מגמות בפלילים**

עיונים בתורת האחריות הפלילית

# המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים (mercy)

דניאל סטמן\*

דבי עקיבא אומר: אין מרחמין בדיון<sup>1</sup>

א. מבוא

ב. הסטטוס המוסרי של מעשי רחמים

1. רחמים כמסכנים את הצדק
2. רחמים כמשלמים את הצדק

ג. המשפט הישראלי

1. רחמים על שוכר שאינו עומד בהתחייבויותיו
2. רחמים על עבריין שהורשע בדיון
3. סמכות התנינה – רחמים על העבריין, או עשיית צדק?

א. מבוא

המעמד המוסרי של רחמים נראה אחוז בפרדוקסים. מצד אחד, רחמים נתפשים כמידה טובה מבחינה מוסרית, ואת מי שאין בלבו רחמים אנו מגנים כ"חסר-לב". רחמים הם אחת מתכונותיו של האל, כפי שהמקרא חוזר ואומר פעמים הרבה: "חנן ורחום ה', אך אפיים וגדל חסד"<sup>2</sup>, ואנו מצטווים לחקות תכונות אלו, "מה הוא רחום וחנון, אף אתה רחום וחנון"<sup>3</sup>. מצד שני, איננו רוצים שירחמו עלינו. אנו תופשים את הרחמים כסוג של עלבון, כהשפלה, דהיינו דבר רע. נוסף על כך, רחמים הם בסיס לא לתת לאדם מה שמגיע לו: "אני יודע שחטאתי ומגיע לי עונש", אומר העבריין, "בכל זאת אני מבקש רחמים". אבל לא לתת לאדם מה שמגיע לו הריהו בניגוד לצדק, דהיינו מידה גרועה מבחינה מוסרית. פרדוקס

---

\* פרופסור חבר, החוג לפילוסופיה, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לפרץ סגל, לשאול סמילנסקי ולרות קנאי על הערות מרעילות לטיטות קדמות. אני גם מודה לעתר הסחקר, גיא סלע, על הסייע הרב בהכנת המאמר, ולנתלי צוקרמן על העריכה הקפדנית.

<sup>1</sup> משנה, כתובות ט, ג.

<sup>2</sup> חוליס, קמ"ה, ח.

<sup>3</sup> מילחא דרבי ישמעאל (מהרורח הארויטן-רביץ), פרשה ג, ע' 127.

אחד קשור איפוא לשאלת ערכו של רגש הרחמים; אם מדובר ברגש טוב ורצוי, מדוע איננו רוצים שירחמו עלינו? הפרדוקס האחר קשור לשאלת היחס בין רחמים לבין צדק; אם מעשי רחמים נוגדים את הצדק, היאך יתכן שיהיו בעלי ערך מוסרי חיובי?

את הפרדוקס לגבי ערכו של רגש הרחמים ניתן לפתור, אם מבחינים בין שני מושגים של רחמים – *compassion* ו-*pity*.<sup>4</sup> הראשון, משמעו היות עם הזולת בסבלו (*com-passion*), זהו רגש חיובי ורצוי. בשעת צרתו או רוצים שאחרים יהיו אתנו, יעזרו לנו, יגלו אכפתיות. לעומת זאת, רחמים כמובן של *pity* כוללים את ראיית מושא הרחמים כחסר אונים, כמזכרע על-ידי הנסיבות הקשות שהוא מצוי בהן, ובלתי מסוגל להיחלץ מהן. "איזה מסכן", אומר המרנרם, ובקריאה זו מבליע אמונה בנחיתותו של מושא הרגש ובחוסר יכולתו להתמודד באופן מכובד עם המצב שהוא שריר בו. האמונה בנחיתותו של המרחם מניחה מינה ובה את האמונה בעליונותו של המרחם. מסכנותו של המרחם מבטיח יחס שוויוני בין הצלחתו של המרחם. אם כך, בעוד רחמים כמובן של *compassion* מבטיח יחס שוויוני בין המרחם לבין המרחם, רחמים כמובן של *pity* מניחים יחס היררכי בין השניים – יחס שהוא מעליב ומדכא. מי שמרחם עליו, כמובן של *pity*, משרד לנו שאנו חדלי אונים, שכבר איננו שווים כלום, שאנו מחוץ למעגל העשייה האנושית, בקיצור – שאנו "מסכנים". לכן כמובן זה איננו רוצים שירחמו עלינו. לעומת זאת, מי שמרחם עליו כמובן של *compassion*, משרד לנו שאנחנו אהובים ויקרים גם בשעת סבל ומצוקה, וכי הוא נמצא עמנו, לא מעלנו. לפיכך אנו רוצים שירחמו עלינו כמובן זה, ואנו מגנים את חסרי הלב שאינם מסוגלים לכך.<sup>5</sup>

את הפרדוקס השני לגבי המעמד המוסרי של רחמים, זה הנוגע ליחס בין רחמים לבין צדק, לא ניתן לפתור כאמצעות הבחנות מושגיות מעין אלו, והוא אינו חלל מלהטריד את מנוחתם של משפטנים, של תיאולוגים ושל פילוסופים. בהנחה שמבחינה מוסרית חובה לעשות צדק, לא ברור כיצד המתקת הדין בדרך של הענקת רחמים (*mercy*) עשויה להיחפס כדבר טוב. או בניסוח תיאולוגי: בהנחה שענינו של אלהים "פקחות על כל דרכי בני אדם לחת

\* כברתה אין עדיין הבחנה מקובלת בין מושגים אלו, ומעדין במלונים ימצא, ש'רחמים' מצוי כהגדרת הן לגבי *pity* והן לגבי *compassion*.  
\* היבטים שונים אלו של רחמים זכו בעשור האחרון לדין רב. למעמד המוסרי של *pity*, ראו Callan E. "The Moral Status of Pity" 18 *Canadian J. of Phil.* (1988) 1; A. Ben-Ze'ev "Why Did L. Blum (1990) 50 *Analysis*.  
\* למשל *Character Essays on Moral Character* in *The Virtues: Contemporary Essays on Moral Character* (R. Knishwitz & R. Roberts, eds., 1987) 229; N. E. Snow "Compassion" 28 *American Phil. Q.* (1991) 195

לאיש כדרכו וכפרי מעליו",<sup>6</sup> לא ברור כיצד עשוי הוא לנקות ברחמיז את החוטאים, ולהיפוך מלהאכיל אותם את הפרות הבאשים של מעשיהם. במינוח של המהר"ל מפראג, "אין ראוי שיהיו מידות השם יתברך אשר הוא מנהיג עולמו בחמידות על-ידי רחמים, רק [=אלא] בדין ובגזירה. כי הגזירה הוא לפי חכמתו יתברך, ודבר זה ראוי למלך אשר מולך על הכול להנהיג כאמת וכיושר, אבל הרחמנות אין בו מידת אמת, כי מרחם אף שאינו ראוי".<sup>7</sup>

מטרתו של מאמר זה היא לדון בפרדוקס האחרון, זה המבוסס על המתח בין רחמים<sup>8</sup> לבין צדק. בחלק הראשון אצביע על הקשיים בבסיס הערך המוסרי של הענקת רחמים,<sup>9</sup> במיוחד בהקשר של ענישה.<sup>10</sup> בחלק השני אפנה ליישום ניתוח זה על המשפט הישראלי. אטען, שאין מקום למושג הרחמים (כמובנו המדויק) בפסיקה, וכי אין לו גם מקום במוסד החנינה.<sup>11</sup>

### ב. הסטטוס המוסרי של מעשי רחמים

1. רחמים כמסכנים את הצדק  
בהאם לתפישו רוחות, מעשי רחמים (*merciful acts*) כמנוגים קבוצה מוגדרת ומובחנת של מעשים רצויים מוסרית. בסעיף זה ברצוני להטיל ספק בתפישו זו ולהצביע על הקושי באפיון קבוצת המעשים הנ"ל ובביסוס ערכם המוסרי.

\* ירמיהו, לב, יט.  
\* המהר"ל מפראג, תפארת ישראל, כא. בהמשך דבריו מסייג הוא קביעה נחרצת זו.  
\* כשעוסקים בניגוד בין רחמים לבין צדק, הנונה, בדרך כלל, לרחמים כמובן של *mercy*, אך כי מתח מסוים קיים גם בין צדק לבין רחמים כרגש (*compassion*); ניתן לטעון, שמבחינת הצדק, סכל שבעליו ראויים לו אינו צריך לעודד את רחמינו. ראו להלן, ליד הערה 35.  
\* "הענקת רחמים" היא תרגום של "granting mercy". לעיתים אשתמש כאן ב"חסדר", המכטא טוב יותר את המיקוד במעשה על-פני המיקוד בהחשיותו של העושה.  
\* אני מפתח כאן דברים, שכתבתי במקום אחר, ראו *The S.* 32 *Doing Without Mercy* "D. Statman" 331 *J. of Phil.* (1994).  
\* אני מקווה לדון במקום אחר במעמדה של מידת הרחמים במשפט העברי, שבו קיים מתח מעניין בין הציפיה לרחמים מצדו של האל השופט את בראיו (לרחם עמו כיום דו"ד, כאמור כאחר המיטיב המכויים בימים נוראים), לבין החייה של רחמים מדיני אדם, כדברי רבי עקיבא המצוטטים בראש מאמרי: "אין מרחמין בדין".

נפתח בשאלת היחס בין רחמים לבין חובה, דהיינו בשאלת המעמד הדיאונטולוגי של מעשי רחמים. הענקת רחמים נתפשט כעלת ערך חיובי מבחינה מוסרית, אך מזוה לטעון, שיש חובה להעניקם, וכי – במקביל – יש לאדם זכות לחבטם. לכן הסיקו כמה פילוסופים, שהמעמד של מעשי רחמים הוא כשל מעשים שמעבר לחובה (supererogatory act). כך טרען, למשל, H. Scott Hestevold (הסטולד): "No act which an agent is obligated to perform can be an act of mercy; and, since no merciful act is obligatory, showing mercy can only be supererogatory."<sup>12</sup>

אלא שאפיין זה ניצב בפני שני קשיים: ראשית, קיימים מקרים שבהם קשה להכחיש, כי אי-הענקת רחמים היא מגונה, מה שאינו מתיישב עם האפיין של מעשים מעבר לחובה. שנית, המושג של מעשים שמעבר לחובה אינו הולם את המושג של רחמים. כפי שהסביר David Heyd (דוד היד) בספרו על סופראורגנוציה,<sup>13</sup> הכונה מהותית של מעשים שמעבר לחובה היא שהם נמצאים על אותו רצף של מעשי חובה מבחינת הערך הממומש, אך הם מממשים כמות גדולה יותר של ערך זה. למשל, נניח שחובה לעשות מאמץ מסוים כדי לעזור לזולת. מי שעושה מעבר לכך. מממש אותו ערך רצוי (עודה לזולת) שמממש האדם המוסרי ה"רגיל", אך הוא ראוי לשבח מיוחד על נכונותו לממש "כמות" רבה יותר משהוא חייב. כרם אם כך, מה עשוי להיות הערך שמעשי רחמים, אם תופשים אותם כמעשים מעבר לחובה. ממשמים יותר ממנו? תשובה אפשרית אחת היא שמעשי רחמים מממשים יותר צדק.<sup>14</sup> אבל אם זהו המצב, הרי שמעשים אלו צריכים להיות בגדר חובה, ולא עניין אופציונלי. אם עונש רחום P צודק יותר מאשר עונש נוקשה P', הרי שהטלת P היא חובה עלינו ולא מעשה נאצל שמעבר לחובה.

נוסף על כך, אחד הטעמים לראות מעשים מסוימים כסופראורגנוציה ולא כחובה נעוץ בהקשר המיוחדת, בזמן או בכסף, שהם דורשים מהפעל, או בסיכון שהוא נוטל על עצמו (ריצה לחזק בית בדעו כדי להציל לזרדים). אבל במקרה של מעשי רחמים קשה לראות איזה מאמץ או הקרבה מיוחדים נדרשים כדי לבצעם, אדרבה – כפי שטרען אהרון בן-זאב – מאפיין טיפוסי למקרים של רחמים הוא שהסובייקט יכול להעניק לאובייקט סיוע מיידית בלא להשקיע זמן או מאמץ.<sup>15</sup> אם מעשי רחמים הם איפוא בעלי ערך מוסרי בהיותם מממשים צדק, לא ברור מדוע לא נגדיר אותם כחובה לכל דבר.

<sup>12</sup> H. S. Hestevold "Justice to Mercy" 46 *Phil. and Phenomenological Res.* (1985) 281, 285

<sup>13</sup> D. Heyd *Supererogation* (1982)

<sup>14</sup> הוטה 163, על כך שמעשי רחמים rather with justice, *Ibid.*, at p. 163

<sup>15</sup> A. Ben-Ze'ev "Mercy" *The Quality of Mercy* (Andrew Brien, ed.) forthcoming

כשל קשיים אלו הוצעו כמה פילוסופים, שלא כל מעשי הרחמים הם מעבר לחובה; חלקם הוא בגדר חובה של ממש.<sup>16</sup> אך לא ברור כיצד תיאוריה מעורבת זו תוכל לפתור את הבעיות שעל הפרק – במיוחד איך ניתן יהיה לבסס את ההבחנה בין מעשי רחמים שהם חובה, לבין אלה שהם מעבר לחובה. ההבחנה לא תוכל להתבסס על יסוד המאמץ, כי כאמור, לצורך הענקת רחמים אין צורך במאמץ מיוחד. יתרה מזאת – ככל שלגוף מסוים, כגון המלך, סמכות רחבה יותר להעניק רחמים, כך קטנים המאמץ או ההיקרה הנדרשים ממנו לעשות זאת.

תיאוריה שלישית הוצעה על-ידי George W. Rainbolt (ג'ורג' ריינבולט).<sup>17</sup> לדעתו, רחמים הם בגדר "סגולה בלתי שלמה" (an imperfect virtue), דהיינו סגולה המבססת חובות בלתי שלמות. חובות בלתי שלמות הן חובות לאמץ מדיניות של התנהגות מסוימת, ולא חובות לעשות מעשים מסוימים. הדוגמה התקנית היא החובה לעזור לזולת, שאינה מחייבת לעזור לכל אדם נזקק, אלא לאמץ דרך פעולה כללית של עזרה לזולת. אינני מפר חובה בלתי שלמה זו על-ידי כך שאיני עוזר לפלוני בנקודת זמן נתונה, אלא רק על-ידי שאני מתעלם לחלוטין מהדרישה הנ"ל. לתיאוריה זו כמה יתרונות: ראשית, היא תואמת את האינטואיציה שלנו, שרחמים אינם לגמרי עניין של חסד, אלא יש בהם איזה יסוד של חובה. שנית, בניגוד לתיאוריה הקודמת, שנוקת לשני מושגים דיאונטולוגיים שונים כדי להסביר את טבעם של הרחמים, היא משתמשת במושג אחד בלבד. שלישית, היא מספקת הסבר לעובדה, שאם כי רחמים הם בגדר חובה, אין לאיש זכות אליה; והואיל ואין לי חובה להעניק רחמים לאדם ספציפי, אף אדם אינו מעמד כזה כלפי המחיר לו לחבוע ממני רחמים.

את המקרה הבא מציג ריינבולט כמקרה פרדיגמטי של מעשה רחמים:

"A guard at a Nazi concentration camp supervises 'medical tests'. Her job is to give an injection to each of a series of bound prisoners. The injection causes severe pain. One day she sees a child who happens to look very much like her own strapped in for the 'tests'. She knows that there is no chance of being caught if she fails to give the injection. Moved by pity, she does not give the child the injection."<sup>18</sup>

<sup>16</sup> ראו Heyd, *supra* note 13, at p. 154; J. Stierba "Can A Person Deserve Mercy?" 10 *J. of Soc. Phil.* (1979) 11, 13

<sup>17</sup> G. W. Rainbolt "Mercy: An Independent, Imperfect Virtue" 27 *American Phil. Q.* (1990) .169

<sup>18</sup> *Ibid.*, at p. 170

אם, כאמור לעיל, מעשי רחמים הם בנדר חובה בלתי שלמה, עלינו לומר כי לשומרת הנאצית הייתה חובה בלתי שלמה כלפי האסירים, וההחלטה למי להעניק רחמים הייתה נתונה לשיקול דעתה. אבל תוצאה זו בלתי נסבלת במקרה הנדון; אין ספק, שלשומרת הייתה חובה שלמה לא להוריק את הזריקות הנוראות לאסירים, שאותה היא הפרה בכל פעם שעשתה זאת. ההימנעות מהזרקות החומר לילד לא הייתה איפוא עניין אופיינולי מבחינה מוסרית – כפי שהיה אילו היה מדובר בחובה בלתי שלמה – אלא חובה גמורה.

על כך משיב רינבולט, שלשומרת אכן הייתה חובה לא להשתתף בניסויים הרפואיים הללו, אך זו הייתה חובה המבוססת על צדק, לא על רחמים. מעשה הרחמים היה בנדר מימוש של חובה בלתי שלמה. אבל אם המעשה הנדון היה חובה בכל מקרה, בלא תלות בטבעו הרחום, לא לגמרי ברור מה התפקיד הנורמטיבי של רחמים כאן – אם בכלל יש להם תפקיד של ממש. קנשי זה עולה גם מתוך ההגדרה שמציע רינבולט למעשי רחמים. מעשים כאלה מתרחשים, אומר הוא, *one would treat someone less harshly than one would expect them to be treated given the circumstances*<sup>19</sup>. אבל מדוע להניח, שקיימת חובה, אפילו בלתי שלמה, להתייחס לבני-אדם באופן זה? אם התייחסות נוקשה (harsh) בהתאם לנורמות המקובלות היא במקרה נתון בלתי מוסרית, אכזרית, מפלה, הרי שבלאו הכי קיימת חובה שלא לפעול כך, וחובת הרחמים נעשית מיותרת (זהו המקרה של השומרת הנאצית). לעומת זאת, אם בהתייחסות זו אין גנאי מוסרי, מדוע שתהיה חובה (בלתי שלמה) לא להתנגד לפיה? דילמה זו טיפוסית לכל הנסיגות להגדיר מעשי רחמים; או שהם נכשלים בהסבר ערכם המוסרי של מעשים אלה, או שהם מצליחים בכך במחיר הטמעתם של מעשי הרחמים בקטיגוריות מוסריות אחרות. רחמים הם איפוא מיתרים קטיגוריה מוסרית עצמאית או נעדרים ערך מוסרי.

אין ניתן לפתור דילמה זו על-ידי שנאמר, כי המיוחד לקטיגוריה של מעשי רחמים הוא המוטיבציה של הפועל, הרגש התנן המניע אותו. אם מעשים מוסריים נדרשים מבחינה מוסרית, עלינו להיות מסוגלים להגדיר אותם בנפרד מהגדרת המניעים שיכולים להביא אותנו לעשייתם.<sup>20</sup> חובות מוסריות חלות על מעשים, לא על מעשים-מתוך-מניע-מוסרי, שכן ברצו נתון אין לצפות ממני "להפעיל" רגש שאינו קיים ב, וממילא אין מקום להטיל

<sup>19</sup> Ibid, ibid  
<sup>20</sup> הנגחה לבני ההבדל בין הערכה המוסרית של מניעים לבין הערכה המוסרית של מעשים אינה מוכנה מאליה, אולם לא אוכל להיכנס לכך כאן. לדיון ביקורתי בהתאמה זו, ראו S. Svendlik "Motive and Rightness" 106 Ethics (1996).

על כך חובה.<sup>21</sup> בהגדרה שלעיל, אכן השמיט רינבולט כל התייחסות למוטיבציה או לרגשות של העושה. מה שמהותי לרחמים הוא פעולה "less harshly" מהמקובל – יהיו המניעים לכך אשר יהיו – ואין מניעה לעשות מעשי חסד בלא רגש של חמלה; *one can act mercifully without compassionate motives*<sup>22</sup> (ההדגשות במקור – ד"ס).

לא נוכל איפוא להגדיר את המיוחד למעשי חסד באמצעות התייחסות לרגשותיו של הפועל. הדילמה הנדונה חלה באופן מיוחד על מעשי חסד כלפי נאשמים בדין פלילי. אם ניישם כאן את ההגדרה של רינבולט, נקבל את התוצאה הבאה: מעשה חסד מתרחש כאשר שופט מטיל על עבריין עונש פחות חמור מזה שיש לצפות שיטיל עליו. אבל אם הציפיה לעונש חמור יותר מוצדקת, כי מגיע לעבריין עונש כזה על מעשה הנפשע, אין זה ברור מדוע חריגה ממנה ראויה לציון מוסרי חיובי. לעומת זאת, אם הציפיה לעונש חמור אינה סבירה, דהיינו שהצדק דורש את העונש הפחות חמור, הרי שהחובה להטיל עונש זה היא חובה פשוטה של צדק, ונעדרים מכאן כל שיקולי חסד. כפי שניסח זאת Igor Primorac (איגור פרימורצ'), "הצדק בעניינים אלו פירושו להתייחס לעבריניים בהתאם למה שמגיע להם, לא יותר, לא פחות".<sup>23</sup> אם מגיע לעבריין לשבת בכלא עשר שנים על פשע חמור שביצע, ייפגע הצדק, אם ישוב רק שנתיים – וכמובן גם ההיפך נכון. כשאני מדבר כאן על חובה של צדק, כוונתי לצדק בהתחשב בכל הנסיבות הלוונטיות.<sup>24</sup> לצדק מהותי – לא לתפישה צרה של צדק פורמלי.

<sup>21</sup> יתכן בהחלט, שקיימת חובה לפתח רגשות מוסריים, או לרכא רגשות אחרים, אך ברור שחובה זו אינה זהה לחובה לחוש רגש מסוים ברצו נתון.

<sup>22</sup> 170 p. at, *supra* note 17. Rainbolt, רינבולט איננו לגמרי עקבי בעניין זה: במקומות אחרים הוא מכניס את הרגש הנ"ל לתוך האפיון של מעשי הרחמים. למשל, בדוגמה שלעיל על השומרת הנאצית, הוא מציין שהיא נמנעה מלהוריק את הוריקה "moved by pity", ובמאמר מאוחר יותר הוא מכניס התייחסות מפורשת לחמלה בניחתה של "mercy": "A person, P1, is merciful if and only if P1, because of her compassion for others, has the disposition to do merciful acts." G. Rainbolt: "Mercy: In Defense of Caprice" 31 *Nous* (1997) 226, 233.

נכון שהקטע המצוטט עוסק באדם רחום (a merciful person) ולא במעשה רחום, אבל אם אחרון אינו מחייב התייחסות לרגש, אין זה ברור מדוע התייחסות כזו הכרחית בראשון. לשומרת הנאצית יכולה הייתה להיות נטייה לעשיית מעשי חסד לפי האפיון של רינבולט – בלא שהייתה לה חמלה למוטאי חסדה.

<sup>23</sup> 147-148 I. Primorac *Justifying Legal Punishment* (Humanities Press, 1989).

<sup>24</sup> על כך שכל נסיבותיו של העבריין רלוונטיות לקביעת העונש המגיע לו בהתאם לצדק, עמד יפה השופט סילה בע"פ 419/81 פייביש נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(4) 701, 709.

<sup>25</sup> יש להטיל על הרשע (קרי, מי שהורשע בבית-משפט) רצו (קרי, עונש)

כרשעתו, כלומר במידת זרשעה שלו, דהיינו, לא עונש אויביקטיבי לפי סוג העבירה, אלא לפי הירשעה המיוחדת של העבריין. לא הרי רשעת אדם, הפרשע על פת לחם, כרשעת אדם, העובר עבירות מתוך תאוות בצע.

אם הצדק הפורמלי, ה"יבש", תובע עונש חמור מדי המנוגד לצדק המהותי, למה שבאמת מגיע לעבריין, הרי שמטעמי צדק יש להטיל עונש קל יותר, לא מטעמי חסד.

העולה מדברים אלו, שאין מקום למושג "חסד" במסגרת תיאוריה גמולנית של ענישה, התובעת כי אדם יקבל את שמגיע לו – לא פחות ולא יותר.<sup>25</sup> אבל אותה מסקנה תעלה לנו, גם אם נניח תיאוריה תועלתנית של ענישה, לפי תיאוריה זו, הצידוק לענישה נעוץ בתוצאות הטובות הנוכעות ממנה לגבי העבריין ולגבי החברה. לעבריין נגרם, אמנם, סבל ככל שהוא מושלך לכלא, אבל מבחינת החשבון הכללי הסבל משתלם; הסבל מיטיב את מצבו של העבריין לטווח ארוך ומרים תרומה לשיפור מצבה של החברה. נניח, שמוגזן השיקולים התועלתניים מוביל למסקנה שיש לשלוח את פלוני למאסר עשר שנים. יוצא, שמבחינה מוסרית זהו העונש שעל השופט להטיל. אם יימנע מעשות כן כשל חמלה על העבריין או כשל שיקולים אחרים, הרי שזכר ככה את חובתו המוסרית. גם התועלתן לא יכול איפוא לקבל מצב שבו שופטים גוזרו על עבריינים עונש פחות מכפי שראוי מבחינה מוסרית לגזור עליהם.

הקושי להצדיק הענקת חסד במסגרת המשפטית כולט במיוחד אם מגיחים, עם ריבולט, שעשיית חסד היא בגדר חובה בלתי שלמה. אם a היא חובה בלתי שלמה, נניח החובה לתת צדקה, הרי שלפי הבנה רוחת חובה עלי לעשות לפחות אחד מתוך המעשים a1...a2. נתניתי צדקה לראובן היום, לשמעון מחר, ללוי בשבוע הבא), ומן הסתם כמות משמעותית שלום. יש לי שיקול דעת לבחור אלו מעשים לממש, ולעולם איני מפר את החובה אם אני מסרב לבחור במעשה מסוים הנופל תחתיה. ברם אם כך, הרי שבכל התנגשות עם חובה שלמה החובה הבלתי שלמה צריכה לסגת, שכן מעשה של ציות לחובה השלמה אף פעם לא ייחשב מעשה הפרה של חובה הבלתי שלמה. אם כטיטואציה מסיימת מתנגשות נתינת צדקה עם קיום הבטחה, פשיטא שעלי לקיים את ההבטחה – וצדקה אוכל לתת פעם אחרת. אם לא אקיים את ההבטחה, אפר ככה חובה מוסרית, מה שאין כן לא אם אתן צדקה כאן ועכשיו.

לא הרי רשעת אדם, אשר בפעם הראשונה עובר עבירה, כרשעת העבריין המועד... ועוד כהנה וכהנה שיקולים ללא ספור כשטח המצב הבריאותי, הכלכלי, המשפחתי והחברתי של מקבל העונש".

<sup>25</sup> הפישה זו של הניגודה, הנקראת לעיתים "גמולנות קשה" (hard retributivism), זוכה, כידוע, לפופולריות בעת האחרונה כאוצרת הברית ובמקומות אחרים ועומדת ביסוד הדרשה להטיל עונשי מינימום על עבירות מסוימות – כמו גם ביסוד הדרשה להרחיב את השימוש בעונש המוות, לביקורת על גישה זו תל תוצאותיה האנושיות והחברתיות, ראו *Three Mistakes of Reviving Mercy in the UCLJ L. Rev.* (1992) 1623; P. W. Cobbl, Jr. "Structure of Capital Punishment" 99 *Yale L. J.* (1989-90) 389.

צדק, במיוחד צדק בענישה, הוא דוגמה לחובה שלמה. לשופט אין שיקול דעת בבחירת המעשים שבהם יעשה צדק, והמעשים שבהם לא יעשה צדק. כל התנהגות המנוגדת לצדק מהווה עבירה מוסרית. מכאן, שאם החובה לעשות צדק מתנגשת עם חובה בלתי שלמה כלשהי, הראשונה בהכרח גוברת. אם עשיית חסד היא בגדר חובה בלתי שלמה, יוצא, שבאופן עקרוני לעולם לא תוכל להביס את חובות הצדק של בית המשפט ולא תצדיק הימנעות מגזירת העונש המגיע לעבריין.<sup>26</sup>

במאמר, שפורסם לאחרונה, מתייחס ריבולט להשגות, שהעליתי נגדו, ומנסה להשיב עליהן.<sup>27</sup> הוא מסכים שהתיאוריה שלו אינה עונה על השאלה, מדוע הנוקטת חסד היא טובה מוסרית, אך לטענתו, דבר זה נכון לגבי כל התיאוריות העוסקות בנושא. כולן מקבלות כמובנת מאליה את ההנחה שחסד הוא טוב, ואחר-כך מנסות לענות על השאלה מהו בדיק טבעו של חסד זה. הנחה זו אינה שרירותית, והיא מעוגנת במסורת ארוכה ומגוונת, ולכן אין זו בגדר ביקורת עליו, או על כותבים אחרים, שהם מקבלים אותה בלא לבססה.

חשובה זו אינה מספקת. אחד הקריטריונים להצלחת תיאוריה על אודות מושג נורמטיבי כלשהו, הוא יכולתה של התיאוריה להסביר את ערכו המוסרי (החיובי או השלילי) של המושג הנדון. התשובה לשאלה "מהו x?", כאשר x הוא מושג נורמטיבי, דורשת הצבת תיאוריה שלמה לגבי x, שתצטרך לספק קריטריונים שונים, וביניהם: עקביות לוגית, אפשרות אמפירית, התיישבות עם מושגי ערך אחרים ועוד.<sup>28</sup> אי-אפשר לנתק את השאלה "מהו x?" משאלות כמו "האם x, בהבנה כזאת וכזאת, אפשר באופן אמפירי?", "האם x, בהבנה כזאת וכזאת, אינו מנוגד באופן חזיתי לתפיסות המוסריות הזי כסיטיות שלנו?" וכך הלאה. באותו אופן אין לנתק את השאלה "מהו x?" מהשאלה "האם יש ל-x, בהבנה כזאת, וכזאת, ערך מוסרי?". לענייננו: תיאוריה על מהות החסד צריכה גם לספק לנו כסיס להבין, מדוע מעשי חסד הם בעלי ערך מוסרי חיובי. הכרח זה מתחזק לאור המחאה החזק בין מושג החסד לבין מושג הצדק – מתח המקשה לקבל את ערכו החיובי של החסד כדבר מוכן מאליין.

<sup>26</sup> אני מפתח דברים אלו במקום אחר, במסגרת ביקורת כללית על המושג חובות בלתי שלמות. ראו D. Dworkin "Who Needs Imperfect Duties?" 33 *American Phil. Q.* (1996) 211, 214-216.

<sup>27</sup> Rainbolt, *supra* note 22, at p. 238.

<sup>28</sup> לדין מיהורולוגי מועיל בקריטריונים מעין אלו הקשר לתיאוריה על אוטונומיה, ראו G. Dworkin *The Theory and Practice of Autonomy* (1988) 7-12.

אינו חובה. W. David Ross (דייוויד רוס), שהכניס את ההבחנה בין חובה-לכאורה וחובה אקטואלית אל פילוסופיית המוסר בת זמנו, היה מודע לדר-משמעות זו של הביטוי 'לכאורה', ולכן לא היה לגמרי שבע רצון ממנו: *one is speaking only of an appearance which a moral situation presents at first sight, and which may turn out to be illusory; whereas what I am speaking of is an objective fact involved in the nature of the situation*<sup>10</sup>. אם כך, יטען רינבולט, העובדה שבנסיבות מסוימות טיפול נוקשה מוצדק בהתחשב בכל, אינה עושה טיפול זה לנקי מבחינה מוסרית. ומכאן הערך המוסרי של העניקת חסד.

אבל עדיין קשה לראות, כיצד מבסס שיקול זה את הערך המוסרי של הימנעות מהעניקת טיפול נוקשה בנסיבות שבוין טיפול זה נדרש, כמו בענישה. אם, בהתחשב בכל, דהיינו בטבעה השלם של הסיטואציה, טיפול נוקשה נכון מבחינה מוסרית, לא ייתכן שהימנעות מהעניקתו תהיה – שוב, בהתחשב בכל – רצויה מבחינה מוסרית. רק במבט ראשון עשויה הימנעות זו להיות רצויה – אך לא במבט שני. לעומת זאת, אם, בהתחשב בכל, טיפול נוקשה אינו נכון, הרי שכלאו הכי אין להעניקו, והחסד, קטגוריה עצמאית, הופך מיותר.

זאת ועוד, בניגוד לרעה רוחח, משקל התמונות המוסריות אינו קבוע בכל סיטואציה, אלא משתנה בהתאם לתכונות האחרות של הסיטואציה. לתכונה x עשוי להיות ערך שלילי בנסיבות מסוימות וערך חיובי בנסיבות אחרות. גרימת סבל, למשל, היא תכונה גרועה, המפחיתה, בדרך כלל, את הערך הכללי של הסיטואציה, שהסבל הוא חלק ממנה. לעומת זאת בענישה, הסבל שאנו גורמים לפושע אינו מפחית את המאזן המוסרי נטו של הסיטואציה, אלא להיפך. אם מניחים מסגרת חשיבה גמולנית, גרימת סבל לפושע היא חלקית הענישה, ואין ניתן לחשוב על מימוש תכלית זו בצורה טובה יותר ללא הסבל. מכאן, שהתכונה של השבת גמול לרשע מעקרת לגמרי את הערך המוסרי השלילי של התכונה של גרימת סבל ומזריקה לה ערך חיובי.<sup>11</sup> אם נחזור איפוא לטיעון של רינבולט, אין לבסס את הערך המוסרי של העניקת רחמים על העובדה, שטיפול נוקשה תמיד מפחית את הערך המוסרי. אם העונש הולם וצודק, טיפול נוקשה במושע הוא בדיוק מה שנדרש מבחינה מוסרית, ואין בטיפול מעין זה כדי לפגוע בערך המוסרי הכללי של הסיטואציה.

<sup>10</sup> W. D. Ross *The Right and the Good* (1930) 20. לדין בהבחנה הגדנה, ראו ד' סטפן דלמת מוסריות, 136-131.

<sup>11</sup> תחיה שטיקליס מוסריים אינם בעלי ערך קבוע בכל סיטואציה, מוחחח אגל "The Weighing Moral Reasons" 96 *Ethics* (1988) S. M. Phillips *Mind* (1987) 367. היום נראה לי שבסמך דלמת מוסריות, לליל הערה 30, כפרק ה', לא ייתמי שיכות מספיקה לתחיה זו.

למען האמת גם רינבולט מכין שאין ניתן להסתפק בתשובה זו, והוא מציע בקיצור ארבעה טיעונים לביסוס הערך של העניקת חסד:<sup>12</sup>

- (1) העניקת חסד כרוכה בהפחתת טיפול נוקשה, ויש תמיד טעם לכאורה (*prima facie*) לנהוג כך. אף שטיפול נוקשה עשוי בנסיבות מסוימות להיות מוצדק בהתחשב בכל, הרי שהואיל ומדובר בטיפול נוקשה, הנחת המוצא צריכה להיות שיש לעצמו.
- (2) גילוי הולם של חסד מושקף ביטחון עצמי. אם פלוגי מצוי בעמדה המאפשרת לו להעניק חסד, הוא בהכרח בעמדה של כוח – כוח להתייחס לאחרים באופן נוקשה. אם אחרים פגעו בפלוגי בצורה לא מוצדקת, יש לו זכות לטפל בהם בנוקשות ואם הוא אינו עושה כן, הרידו שולח להם מסר, שהפגיעה שפגעו בו אינה משמעותית, שהם בעצם אינם יכולים לפגוע בו. באופן זה משקפת העניקת חסד עוצמה של הסובייקט.
- (3) הנטייה להעניק חסד משקפת הכרה בעובדה שכולנו נכשלו, במידה כזאת או אחרת, בקיום המוטל עלינו מבחינה מוסרית, ולמרות זאת איש מאתנו לא נענש באופן מלא על חטאיו ופשעיו. בהטלת עונש נוקשה על הזולת, ללא פשרות וללא רחמים, אנו מתעלמים מעובדה זו לגבי עצמנו ונהגים, כאילו אנו כעלי שלמות מוסרית, שאין אנו זכאים לה. בכך שאנו מעניקים חסד, אנו מראים שאנו מודעים לעובדות אלו.
- (4) הנטייה להעניק חסד משקפת הכרה בכך, שכולנו תלויים באחרים לגבי הדברים החשובים ביותר: מזון, דיו, אהבה, ידיעה וכך הלאה. מי שמעניק חסד לאדם התלוי בו, מבטא הכרה בכך, שאם כי הרגע האדם המקבל תלוי בו, האדם המעניק תלוי אף הוא באחרים בהיבטים שונים ומשמעותיים של חייו. העניקת חסד מבטאת איפוא התפכחות מהאשליה של כוח בלתי מוגבל, המצוי בידי המעניק. היא מבטאת הבנה של העובדה שהכוח לשלוט בגורלם של אחרים הוא זמני ומקר, שהאדם, כדברי השיר, הוא "פעם למעלה פעם למטה".

הטיעון הראשון אינו נראה לי משכנע. בנסיבות רגילות, טיפול נוקשה הגורם סבל פיזי או נפשי, הוא רדאי מוגנה. אבל השאלה העומדת על הפרק היא מה דינו של טיפול זה בנסיבות שבהן הוא נדרש מבחינה מוסרית. העובדה, שבמבט ראשון (*prima facie*) טיפול נוקשה הוא פסול, אינה גוררת, שזה המצב גם במבט שני, וגם לאחר שנבא בחשבון את כל הגורמים הרלוונטיים. על כך עשוי רינבולט להשיב, שהמושג חובה-לכאורה (*prima facie*) אינו מציין רק עניין הכרתי אלא עניין מטיפסי. כשאנו אומרים, ש-x הוא חובה-לכאורה, אין הכוונה שהוא רק נדמה כחובה, בעוד אין הוא חובה באמת, אלא הכוונה שיש צד מסוים בטבעו של x, שהוא בגדר חובה – אף שיש צדדים אחרים בו שבללם, בחישוב הסופי, x

<sup>12</sup> לדברי רינבולט, הוא מפחח טיעונים אלו בהרחבה במאמר נפרד, המוקדש כולו להתמודדות עם השגותי,

בעוד הטיעון הראשון מהייחס לאיכות המוסרית של מעשה החסד, מתייחסים הטיעונים האחרים לאיכות המוסרית של האדם המעניק את החסד. הענקת חסד רצויה, לפי הטיעונים הנ"ל, בשל תכונות טובות של הסובייקט המשתקפות בה: ביטחון עצמי, הכרה בפגמים מוסריים והכרה במקריות של הכוח ביחס למושא החסד וכוונותיו. אבל, ראשית, כיסוס הערך המוסרי של חסד על התכונות הנ"ל, במקום על חכונותיהם של המעשים הנדונים. מעורר ספק לגבי ההבחנה שקובע רינבולט בין מעשי חסד לבין המטיביציה שביסודם.<sup>32</sup> שנית, כדומה לטיעון לעיל נגד הרעיון של רחמים כחובה בלתי-שלמה, יש לשאול גם כאן היאך ייתכן מבחינה מושגית, כי שיקולים לגבי האופי הטוב יפלוש כביכול לחסום הדיון במוסריותם של מעשים וידחו שיקולים לגבי המעשה הנכון (אלא-אם-כן מניחים עמדה מוסרית של תיאוריית מידות (virtue ethics), שלפיה מוסריותם של מעשים ניתנת להעמדה על מוסריותם של חכונות אופי).<sup>33</sup> שיקולים לגבי האופי הטוב הם מטבעם כלליים, ואדם אינו זוכה באופי טוב או מאבד אותו בגלל מעשה ספציפי זה או אחר. עליו למצוא אפקי ביטוי אחרים להכרותו ולחכונות אופיו מאשר אפקים כאלה המציעים על מושג הצדק. הדברים נוגעים בשאלה מרכזית כאתיקת מידות, והיא מהו היחס בין מידות האופי הרצויה לבין המעשים הנכונים (בהנחה, כאמור, שחכונותם של מעשים אינה ניתנת לדרוקציה גמורה לערכן של מידות אופי). אריסטו, שייחס מקום מרכזי למידות האופי הטובות באתיקה שלו, סבר כי יש מעשים מוסריים האסורים באופן מוחלט, כגון ניאוף, גניבה ורצח.<sup>34</sup> וברור, שמעשים אלו לא יוכשרו גם אם בנסיבות מיוחדות תחן עשיתם ביטוי לחכונות או להכרות רצויות. כך גם לגבי הצדק – מעשה עוול אינו הפך כשר, אם הוא מבטא היבטים חיוביים של הסובייקט. מעניין להזכיר בהקשר זה, שלפי אריסטו מכון רגש הרחמים (eleos) רק כלפי סבל שאינו מגיע לאדם; לגבי צדיק ורע לו, לא לגבי רשע ורע לו. כך מגדיר אריסטו רגש זה כ**טרטוריקה**: "which befalls one who does not deserve it".<sup>35</sup> רגש הרחמים אינו מסיג איפוא את גבולו של הצדק המתקן.

התנגדויות אלה לרינבולט תופשות במיוחד ביחס לשופטים. שיקול האופי הראשון (טיעון 2) אינו רלוונטי לגביהם, שכן העונש שהם מטילים על נאשם העומד לפניהם לדין, אינו בגדר תגובה על פגיעה שהנאשם פגע בהם באופן אישי. לכן, במקרה של שופטים, הימנעות מגזירת העונש הראוי אינה יכולה לבטא עוצמה וביטחון עצמי כמו במקרה של אדם הנמוג

<sup>32</sup> ראו לעיל, ליד הערה 22.

<sup>33</sup> ראו הקדמתי לקובץ (D. Staitman ed., 1997). *Virtue Ethics*.

<sup>34</sup> אריסטו האתיקה לניקומאכוס (תרגום "ליכס תשל"ג) 50.

<sup>35</sup> Aristotle *Khetoric II* chapter 8. ראו סטטמן, לעיל הערה 10, סעיף III.

מלהגיב על עלבון. גם טיעון 4 נראה לא רלוונטי כאן. לשופטים אמנם כוח ביחס לנאשם, אך הפעלתו אמורה להתבסס על עקרונות צדק, שהשופטים רואים גם את עצמם כפופים להם. האיל ובתורתם העצמית הם משרתים את הצדק ואינם מפעילים כוח, כס המשפט אינו המקום המתאים להם לבטא את הכרתם במגבלות כוחם ובתלותם באחרים.

לפי טיעון 3, ייתור על החובה הנוקשה – אך ההולמת – מעיד על הכרה בכך, שגם במקרה שלנו לא קיבלנו את העונש המלא שהיינו ראוים לו על מעשינו הרעים; והואיל ולא מיצר עמנו את הדין, ראוי שאף אנו נחאמק ולא נמצה את הדין עם אחרים. אבל הטיעון חזק מדי. אם אין לנו זכות מוסרית להעניש אחרים, משום שאנו עצמנו חוטאים, אזי אין לנו זכות להעניש כלל, ויש להשאיר את העונש ביד האלהים. לעומת זאת, אם למרות חטאינו עשויה להיות לנו זכות להעניש אחרים, דהיינו יש בסיס לרעיון הענישה, לא ברור כיצד ההימנעות מהטלת העונש ההולם עשויה להיות בעלת ערך מוסרי חיובי. נשוב לקודדה זו להלן בסוף הסעיף הבא.

2. רחמים כמשלימים את הצדק

עד כאן דמנו ברחמים כמושג המתחרה לצדק ומצוי במתח עמו. טענתי, שאין ניתן לקבל את הרעיון, שלאחר שהצדק אמר, כביכול, את דברו, יהיה זה מותר ואף רצוי מבחינה מוסרית לבטל את החוצאה המתחייבת ולהעניק חסד. אבל מבחינה היסטורית יש מובן נוסף לחסד – לא כמושג המתחרה לצדק אלא כמושג המשלים אותו. כוונתי למה שאריסטו קורא בספר החמישי של האתיקה 'הגינות' (epiikeia). החזק, אומר אריסטו, הוא מטבעו כללי, ואין הוא יכול להביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות של כל מקרה. יישום יבש ואוטומטי של החזק לכל מקרה שנופל תחתיו יביא לחוסר צדק. האדם ההגון הוא זה אשר נמנע מכך:

"מי שבוחר ועושה מעשים שכך טיבם, ואינו עומד עמידה קשוחה וגרועה על זכותו שעל פי החזק, אלא נוטה לוויחורים, אף כשהחוק עומד בצדו, הרי זה איש הגון, והתכונה הזאת נקראת הגינות; והיא סוג מסויים של צדקה, ולא חכונה נפרדת."<sup>36</sup>

נקל להבחין בקירובה בין אדם זה לבין האדם הרחום (merciful). במינוח של רינבולט, האדם ההגון מתייחס לאחרים באופן פחות נוקשה מכפי שניתן היה לעפות בהתאם לזכויותיו. הוא נוטה לוויחורים, אם כי הוא יכול להפעיל את זכותו החוקית ולא לוותר. יש להדגיש: התכונה הזאת של הגינות – או של חסד – אינה מנוגדת לצדק, אלא להיפך – היא סוג נוספים של צדקה (dika). בלשונו של אריסטו, ההגינות מתקנת את הצדק החוקי. קשר

<sup>36</sup> אריסטו, לעיל הערה 34, כ"ג 135.

דוגמה לשיפוט סימטרי מצוי בנהל המקובל ברוב מוסדות ההוראה, שלפיו תלמיד המגיש רעור על עין מזוהר מראש, שהרעור עלול להסתים גם בהפחת הציון – ולא דווקא בהעלאתו. בקשת הרעור היא בקשה להתבונן ביתר תשומת-לב במבחן של תלמיד מסוים, שלעיתים מוסף טענות שונות לגבי האופן שבו הבין את השאלות, ולגבי כוונותיו בחשובות. אכן, אין סיבה להניח מראש, שבריקת המחברת תוך רגישות לכל את ואת ותוך תשומת-לב לטענותיו של הכותב תוביל דווקא לשיפור הציון.

מרחק נוסבאום מתנגדת בתוקף לגישתו של השופט סקליה, ובמאמר ארוך על "Equity and Mercy"<sup>41</sup> היא מנסה להראות, ששני מושגים אלו קשורים ביניהם באופן אמין. הטיעון העיקרי שלה מבוסס על הרעיון, שתנאי החיים נוטים ברוב המכריע של המקרים להקשות על קיום החובה המוסרית ולא להקל עליו. לכן, עמידה על הנסיבות המיוחדות של המקרה מלמדת אותנו, בדרך כלל, על תנאים מקלים, מפחיתי אשמה, ולא על תנאים מחמירים. מאן האסימטריה בין הקלה בעונש לבין החמרה:

"The asymmetry arises from the fact that the circumstances of human life throw up many and various obstacles to meeting the tough standards of justice; if we set a high standard of good action, the very course of life will often make it difficult for mere human beings to measure up."<sup>42</sup>

עולם של צדק נוקשה הוא עולם עולם סימטרי, שבו הסדר והאחידות נשמרים כבדירות ולא יוצא מהכלל. לעומת זאת, עולם של הגינות, של *epieikeia*, הוא עולם פחות מסודר, שבו הרבה פחות אחידות מבחינת האשמה והענישה. זהו עולם שבו בני אדם עושים אמנם לעיתים רע ככוונה, אך לעיתים קרובות יותר מונעים על-ידי בערות, יצרם, עוני, חינוך גרוע ונסיבות קשות:

"It is a world in which bad things are sometimes simply bad... but sometimes – and more often, when one goes into them – somewhat less bad, given the obstacles the person faced on the way to act properly. *Epieikeia* is a gentle art of particular

<sup>41</sup> Supra note 37

<sup>42</sup> Ibid., at p. 91

זה בין הגינות (או equity), כמובן של תשומת לב לפרטים המיוחדים של המקרה, לבין רחמים. כמובן של מן עונש פחות נוקשה ממה שניתן לחת על-פי החוק היבש. מצוי בטקסטים קלאסיים רבים בעולם היווני-רומי, כפי שמראה Martha C. Nussbaum (מרתה נוסבאום) בהרחבה.<sup>43</sup>

ברם, מדוע רגישות לפרטים המיוחדים של המקרה צריכה להביא דווקא לגישה פחות מחמירה עם העבריין, ולא לגישה יותר מחמירה? העובדה שבשל כלליהו החוק אינו יכול להביא בחשבון את הנסיבות של כל מקרה, היא נייטרלית לגבי סוג הנסיבות, סוג העבירה וסוג העבריין. מדוע להניח אפוא, שהתבוננות קרובה בנסיבות תוביל למסקנה, שהעבריין פחות אשם ופחות ראוי לסבל על מעשיו? השופט Scalia (סקליה) אכן מתנגד להנחה זו וסבור, שהיחס האסימטרי של החוק להקלה בעונש ולהחמרה בו הוא אכסורדי.<sup>44</sup> בניין Walton<sup>45</sup> נדון אדם למוות באריוונה בגין רצח על בסיס ההנחה, שלפיה אם יש נסיבה מחמירה אחת, ואין נסיבות מקלות – יטיל בית המשפט עונש מוות. בערעור נטען, שהנחה זו שוללת את שיקול הדעת של בית המשפט וסותרת את התיקון השמיני לחוקה (האיסור על עונשים אכזריים ולא-רגילים). תגובתו של סקליה הייתה שכשם שמוחר ורצוי לקבוע קריטריונים להטלת עונש מוות, כדי שזו לא תהיה שרירותית, כך מותר ורצוי לקבוע קריטריונים להימנע מהטלת עונש מוות, ואין להשאיר את ההכרעה לשרירות לבו של השופט. החוקה מחירה להביא בחשבון כל שיקול לגבי הנאשם שעשוי להיות לרווחי לפסק הדין – בין לקולא ובין לחומרא:

"Our cases proudly announce that the Constitution effectively prohibits the States from excluding from the sentencing decision any aspect of a defendant's character or record or any circumstance surrounding the crime: that the defendant had a poor and deprived childhood, or that he had a rich and spoiled childhood; that he had a great love for the victim's race, or that he had a pathological hatred for the victim's race:... that he was kind to his mother, or that he despised his mother."<sup>46</sup> (ההדגשות שלי – ד"ס)

<sup>43</sup> M. C. Nussbaum "Equity and Mercy" 22 *Phil. and Pub. Affairs* (1993) 83

<sup>44</sup> השווה ל- 37 *P. Strawson Skepticism and Naturalism* (1985) 37.

<sup>45</sup> קרובה יותר באישיהם של בני אדם רעים וכמעשיהם מעמיקה או חרושת החיבור למיזם.

<sup>46</sup> *Walton v. Arizona* 497 U.S. 639 (1990)

<sup>47</sup> Ibid., at p. 3162

הבעיה בניחות של נוסבאום היא שאנו מובילים לערער על עצם מושג האחריות. ככל שאנו מתעמקים בנסיבותיו של העבריין, מתוך רצון להבין את מניעיו ואת מעשיו, כך קטנה יכולתנו לראות אותו אחראי למעשיו ולראות את העונש כדבר המגיע לו על בסיס הצדק.<sup>45</sup> השופט הרחום, מנתחת נוסבאום מתוך הסכמה את דברי Seneca (סנקה),

"Will not fail to judge the guilt of the offender, but she will also see the many obstacles this offender faced as a member of a culture, a gender, a city or country, and, above all, as a member of the human species, facing the obstacles characteristic of human life in a world of scarcity and accident."<sup>46</sup>

אולם לא ברור כיצד הכרה בכל המכשולים העומדים בפני בני-אדם באופן כללי, ובפני העבריין שלפנינו באופן פרטי, מותריה מקום למושג של אשמה, שיהא חזק ו"שמן" מספיק כדי לבסס את הטענה, שהצדק מחייב לגרום לעבריין סבל כעונש על חטאיו. על כך יש להוסיף, שהעבירות שבחן הדרשה לגמול חזקה במיוחד, נעוצות כמעט תמיד ברקע בעייתי ויוצא דופן של העבריין. מי שמסוגל להתעלל באכזריות בבני-אדם אחרים, להכאיב להם, להשפיל אותם, לגלות אטימות גמורה לסבלם אינו, בדרך כלל, אדם "נורמלי" – אם להתבטא בחופשיות – וברוב המקרים מספקת התכונות בנסיבות ילדותו את המפתח להבנת התנהגות זו. קחו, לדוגמה, את העבירה של התעללות מינית בילדים. תחושות הצדק הגמולני שלנו פורצות במלוא עצמתן, כשאנו שומעים על מקרים כאלה. כיצד מסוגלים בני-אדם להתנגד כך כלפי ילדיהם? חלק מהתשובה נעוץ בעובדה, שאחוז גבוה במיוחד ממתעללים אלה היו כעצמם קרבנות להתעללות מינית בילדותם.<sup>47</sup> הכרה בעובדה זו אמורה

<sup>45</sup> השווה לדברי השופט צ'ייני בע"פ 395/75 מיכאל צור נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 589 (להלן: עיני צור), 601: "ידינים וחשבונות של קניין המבחן, המוגשים מדי יום ביזמו לבתי-המשפט מצביעים כמאה עדים על כך שדרכי העבריינים, ובפרט עבריינים צעירים... באים ממשפחות הרסות ומרובות ילדים, החיים כתנאי ירור צפופים שקשה לארס. עבריינים אלה לא הוגשו טעם של בית חם, ולא יכלו לפנות כעת מעוקה לנפש אודבת... לא פלא לכן, שכאשר שופט... חיב מחוסר ברירה לשלוח לאסר ממושך עבריין מהסוג שעליו דיברתי קודם... שהוא שואל את עצמו, אם אמנם עשהה החברה את כל שבדיה לעשות, כדי שלא יגיע למצב כזה של העדר בררה. לעיתים רחוק אחריו ספק זה זמן רב לאחר סגור את דעו של העבריין, והוא מעורר בו ההרהורים נוגים." (ההדגשה שלי – ד"ר)

<sup>46</sup> *Supra* note 37, at p. 103  
<sup>47</sup> L. Thomas "The Grip of Immorality: Child Abuse and Moral Failure" in *Reason, Ethics & Soc.* (J. B. Schneewind, ed.) 144, 145

perception, a temper of mind that refuses to demand retribution without understanding the whole story."<sup>43</sup>  
 (ההדגשה הראשונה שלי והשנייה במקור – ד"ר)

עתה ניתן להסביר, בהתאם לנוסבאום, את ההבדל בין תשומת לב לפרטים של עבירה או של חטא מוסרי, לבין תשומת לב לפרטים של מחברת החינה הנבדקת מחדש. בקביעת הרמה האקדמית של מחברת חינה איננו צריכים להתחשב כלל בשאלת אחריותו של הכותב או אשמתו. מה שמעניין אותנו הוא הרמה האקדמית בלבד, ואין בסיס להניח אפריורי, שבחינה מדויקת תגלה כי הרמה גבוהה מכפי שחשבנו במבט ראשון. לעומת זאת, בקביעת האשמה המוסרית או המשפטית שאלת האחריות היא קריטית, והכנת הנסיבות המיוחדות, שהביאו לעבירה או לחטא, מוליכה לפי נוסבאום ברוב המקרים למיתון החביעה לגמול.

האסימטריה בין הקלה כעונש לבין החמרה בו מוצאת ביטוי, לדעת נוסבאום, במוסד החנינה: הגוף החונן – יהיה זה המושל או הנשיא – יכול להקל כעונשו של עבריין או לבטלו, אך אין הוא יכול להגדיל את העונש או להטיל עונש על מי שבית המשפט זוכה. יתרה מוצאת, טוענת היא, "האסימטריה בנויה אל תוך כלייתה של מערכת הצדק הפלילי"; היא מתבטאת בחזקת החפות, בדרשה לראיות מעבר לספק סביר, בהגבלות על קבילותן של הודאות ועוד.<sup>44</sup>

מאמרה של נוסבאום הוא הצגה מאלפת של העמדה, הרואה את החסד כחלק מהצדק; צדק מהותי כולל הגינות (equity), והגינות מובילה לחסד (mercy) כלפי העבריין. עמדה זו אינה נקלעת לפדרוסק שבו פתחנו, שכן אין היא מניחה כל מחח או ניגוד בין חסד לבין צדק. הענקת חסד אינה בגדר מחח חנם, הגוברת בכיכול על דרישת הצדק, אלא בגדר תנאי הכרחי למשפט צדק. אני, כמוכן, מסכים – וכי מי יחלוק על כך? – שדין צדק מחייב התייחסור לנסיבות הפרטיקולריות של כל מקרה, וכי לעיתים קרובות מוליכה התייחסות מעין זאת לגור-דין מחוץ מכפי שהיינו מטילים אחרת. השימוש במושג חסד עלול להטעות קצת בהקשר זה, שכן לחסד, כמו גם לרחמים, יש הקונוטציה של מחנה, של הענקת משהו לבני-אדם, שאיננו מגיע להם. ואילו כתפישה הנוונה, כאמור, החסד הוא בגדר חובה של צדק כלפי העבריין.

<sup>43</sup> *Ibid.*, at p. 92

<sup>44</sup> *Ibid.*, at p. 119, n. 84

להביא אותנו, לפי נוסכאום, להקלה בעונשו של המחלל. אבל, האם אין היא מבטלת לחלוטין את הרעיון של צדק שבגמול? טיעון דומה לזה של נוסכאום מועלה על-ידי אחד ממטגדיה החשובים של הגמולות בימינו, David Dolinko (דייוויד דולינקו). אך המסקנה שלו היא שיש לדחות את התיאוריה הגמולית ולאמץ במקומה תיאוריה תועלתנית של ענישה. הדוגמה שהוא מביא כדי להראות את חוסר האנושיות של התביעה הגוברת לגמול, היא של Robert Harris (רוברט הריס) מקליפורניה.<sup>48</sup> בשנת 1992 רצה הריס שני בני-עשרה בעת ששרד את מכוניתם לצורך שוד בנק. חמש-עשרה דקות אחרי הרצח ישב ואכל את ההמבורגרים שקנו. למי מגיע עונש אם לא לאדם כזה? אלא שהוא היה כן להורים אלכרהוליסטים, נולד לפני זמנו בגלל כעיסה שאביו בעט באמו ההרה, אביו הורשע פעמיים בנין ניצול מיני של בנותיו והיכה את לידיו תכופות, אמו שנאה אותו (את הריס) והיכתה אותו, היו לו הפרעת לימוד, בעיית דיבור וכנראה גם נזק מוחי בשל שימוש באלכוהול. הבנה של נסיבות אלו מוליכה לספק גדול בטענה, שמגיע לו עונש – ודאי בטענה שמגיע לו להיות מוצא להורג (כפי שאכן קרה). בניגוד למה שמשמע מנוסכאום, עצם הרעיון הגמולני מועמד כאן בשאלה ולא רק הרעיון שחייבים למצות את הדין עם העברייני. מעניין, שלמסקנה אנטי-גמולנית זו הגיע, על-פי הניתוח של נוסכאום, גם סניקה עצמו. בשל המכשולים הצומים, שנזכרו לעיל, בכיצוע החובה המוסרית המוטלת על האדם, קשה לדבר על ענישה כסבל שמגיע לעברייני. לכן *one does assign will* "The punishments that be chosen, on the whole, not for their retributive function, but for their power to improve the life of the defendant".<sup>49</sup>

המהלך ההגיוני שאני מצביע עליו, לא נעלם מעיניה של נוסכאום, והיא מודה במפורש כי אותם גורמים העושים את החסד למתאים, מתחילים להטיל ספק בקיומה של אחריות מוסרית מלאה.<sup>50</sup> אבל, לדעתי, הם מטילים ספק אפילו בפחות מכך: באותה אחריות מוסרית מינימלית, הנחוצה כדי שנוכל לומר באופן משמעותי שלהורים מתעללים, שבעצמם סבלו התעללות, ולרצוחים כמו רוברט הריס מגיע לסכול בשל מה שעשו.

ראוי לשים לב לקירבה בין טיעון זה של נוסכאום לבין הטיעון השלישי של רינבולט.<sup>51</sup> כפי שהוסבר לעיל, גם רינבולט מוליך אותנו למסקנה, שאיש אינו בעמדה שממנה הוא יכול

<sup>48</sup> Dolinko, *supra* note 25.

<sup>49</sup> *Supra* note 37, at p. 103.

<sup>50</sup> *Ibid.*, at p. 109, n.50.

<sup>51</sup> Rainbolt "Mercy: In Defense of Caprice", *supra* note 22, at p. 238.

להעניש אחרים בשל חטאים שהם עשו.<sup>52</sup> איש מאתנו אינו מושלם מוסרית, ומבחינת מה שמגיע לנו בשל מעשינו הרעים כולנו מצויים ב"אובדרדפט". מכאן שאיננו כמצב שבו אנו יכולים לחבוע מאחרים לאזן, כככול, את חשבון הגמול שלהם. קו-מחשבה זה מיוצג בספרות המשפטית בארץ באופן קיצוני על-ידי השופט בדימוס חיים כהן. האומר:

"שום שופט ושום סוהר אינם טובים ואינם ראוים לחיות ואינם

ראויים להתהלך חופשיים יותר מאשר כל אדם אחר, יהיה אשר יהיה.

העובדה שאני לוקח לעצמי שררה כאילו נחה עלי רוח הקודש,

שלוח אדם לבית הסוהר, אינה ניתנת להצדקה מבחינה מוסרית."<sup>53</sup>

לדעת כהן, "אין צדק בענישה, יזה אשר יהא המאמץ המושקע בדיפתו".<sup>54</sup> לפושע העומד מולנו יש פשוט מזל רע – לא רק מזל רע בכך שרבים כמותו מסתובבים חופשי, והוא "מעין שיעיר לעזאול הנשלה 'המדבריה' לכפר על עוונות כולם",<sup>55</sup> אלא מזל רע בנסיבות חיים קשות שהולכו אותו לאן שהולכו. אילו היינו במקומו, סביר שהיינו פושעים כמוהו, או כמשפט הידוע של מרטין לותר, שכחן מצטטו: "לולא חסד האלוהים, הייתי אני עומד שם, במקום שעומד הפושע הזה".<sup>56</sup>

האזכור של המושג מזל רע בהקשר הנוכחי והזיקה הקיימת, לדעת כהן, בין מזל לבין העדר צדק בגמול מקשרים את הזיון לנושא של מזל מוסרי, שזכה לעניין רב בשני העשורים האחרונים.<sup>57</sup> הפילוסוף האמריקאי Thomas Nagel (תומס נייגל) טען, שהמזל משפיע על השיפוטים המוסריים שלנו בדרכים שונות. אחת מהן היא מה שהוא קורא מזל בנסיבות (circumstantial luck):

<sup>52</sup> השווה לדעתי של רבי טרפון, שאין ניתן לקיים בדרו מצוות תוכחה, כי מי שאומרים לו "טול קיסם מבין שיניך", דהיינו תקן עוון קטן זה שבייך, משיב למוכיח: "טול קודה מבין עיניך", דהיינו תקן אתה קודם עוון גדול שבייך. הלכן, מסביר רש"י, "אין יכולין להוכיח, שכלל חוטאים" (ההדגשה שלי – ד"ס) (ערכין, טז, ע"ב).

<sup>53</sup> זה 'ה כהן חיים כהן, שופט עליון: שיתוח עם מיכאל ששר (1989) 165.

<sup>54</sup> ח כהן "פחה דבר" לספרם של השופט ג' שוהם וג' שביט עבירות ועונשים מברא לפעולוגיה (1990) 7, 9.

<sup>55</sup> שם, בע' 8.

<sup>56</sup> מעוטט על-ידי חיים כהן בתוך דר-שיח בין חיים כהן ומאיר שמגר על "המשפט הישראלי אחרי רצח יצחק רבין" משפט וממשל ג (השנה-החשני" 1993, 394. עמדה דומה השמיע סניקה, ראו *supra* note 37, at p. 103.

<sup>57</sup> להקדמה שיטתית ולמאמרים העיקריים, ראו (1993) *Moral Luck* (D. Stalman ed.).

אלא שנייגל, יש לדייק, לא טען כי בגלל הבעיה של מזל מוסרי עלינו להפטר ממושג האחריות המוסרית. טענתו היחה שמושג זה פרדוקסלי באופן עמוק, וכי לבעיה של מזל מוסרי אין פתרון.<sup>60</sup> משמעותה של עמדה זו היא, שמצד אחד אנו חייבים להכיר בהשפעה העצומה של המזל, המצמצמת מאוד את המרחב שנתר לפעילות חופשית, אך מצד שני אינו יכולים להסתחרר מהרעיון שבמובן מסוים האדם הוא סובייקט ולא רק אובייקט, פועל ולא רק נפעל, מחולל פעילות ולא רק מונע אנה ואנה על-ידי סיבות חיצוניות.<sup>61</sup> לענייננו: לאי היכולת להכריע בין ראיות מנוגדות אלה של האדם, עשויה להיות השלכה מעניינת לגבי שאלת היחס בין צדק לבין חסד. חוסר הנכונות לוותר אף על אחד ממושגים אלה נובע מהעובדה, שכל אחד מהם משקף תפישה אחרת של האדם. עשיית הצדק ה"תקנית", דרך כתי המשפט או דרך מערכת אחרת, משקפת את האמונה באחריות המוסרית של האדם, וכך שלמרות נסיבותיו הקשות הופשע אחראי למעשיו הרעים. היא גם מבטאת אמונה בכוחם של השופטים לעשות דין צדק באמצעות כידור מספק של העובדות, התאמת העונש הראוי ונקיטת מדיניות עקבית ושוויונית. לעומת זאת, הענקת חסד (דרך חנינה או דרך התחשבות מקילה בנסיבות) משקפת את החשש העמוק, שמושג האחריות שלנו הוא בגדר אשליה, שבני-אדם אינם אלא כעלים הנידפים ברוח. היא משקפת גם את חששנו העמוק לגבי יכולתו של בית המשפט להגיע לאמת העובדתית ולגבי התוקף האובייקטיבי של הכרעותיו הנורמטיביות. בהעניקה מודמנת של חסד אנו מבטאים אפוא – לפי קו חשיבה זה – את הכרתנו בקוצר ידה של המערכת המשפטית ובהיבטיה השרירותיים והמקייים.

עולם הצדק יהיה תמיד מקום לעולם החסד.

<sup>60</sup> דעתו לא רק לנסיבות העבירה ולא רק לנסיבות האישיות של העברין, כי אם גם לנסיבות הענישה... מן המפורסמות הוא שיש וכתב-המשפט מקל ויש וכתב-המשפט מחמיר – הוא אשר תהא העבירה הגרונה; וחוזה על בית-הדין שטעמו ונמוקו עמו, גם כשהוא מקל וגם כשהוא מחמיר...".

<sup>61</sup> "no solution in a sense the problem has no solution", S. Smilansky note 58, at p. 68: "I believe that in a sense the problem has no solution".

<sup>62</sup> הרעיון, שראיינו לגבי רצון חופשי ואחריות היא דואליזם באופן מהותי, מפתח בהרחבה בספרו של S. Smilansky *Free Will and Illusion* (2000).

"The third category to consider is luck in one's circumstances. The things we are called upon to do, the moral tests we face, are importantly determined by factors beyond our control. It might be true of someone that in a dangerous situation he would behave in a cowardly or heroic fashion, but if the situation never arises, he will never have the chance to distinguish or disgrace himself in this way, and his moral record will be different."<sup>58</sup>

המושג של מזל רע נסיבתי משקף היטב את מה שכהן, סנקר ורינבולט רוצים לטעון על הבעייתיות כענישה מבחינת הצדק. הכוח שיש לי כשופט לגזור את דינו של הופשע שלפני, אינו משקף את הסדר המוסרי, אלא הוא תוצאה של מזל; מזל רע של הופשע שנקלע לנסיבות קשות (ובנסיבות כאלה אף אני הייתי נוהג כמוהו), ומזל טוב שאני שופט אותו ולא הוא אותי, שהרי אף אני לא נחתי את הדין על מעשי הרעים. הואיל ומדובר במזל, דהיינו ביסוד שרירותי, יש לנו תחושה שהצדק נפגע. על מעשיה של אלת המזל לא מגיע עונש לבני האדם שהיא פועלת דרכם.

כדומה לטיעון שפייחתי לעיל נגד ריינבולט ונגד נוסבאום, התופעה של מזל נסיבתי (כמו גם שאר סוגי המזל), מובאת על-ידי נייגל כקושייה נגד תפישת המוסריות הנפוצה, על מושגי האחריות והצדק שלה. מושג האחריות המקובל מניח שליטה של הפועל על מעשיו ורוחה את ההשפעה של מזל. אם שליטה זו היא אשליה, כך גם מושג האחריות המוסרית ומושג הצדק שבגמול הבנוי עליו. יוצא: לחופעה של מזל מוסרי יש השפעה הרבה יותר הרסנית מזו שמשערים ריינבולט ונוסבאום. היא גוררת לא ריכוך כלבר של הדין על-ידי הענקת חסד מודמנת (ריינבולט) או על-ידי התחשבות לקולא בנסיבות (נוסבאום) – אלא ביטולו, לפחות מנקודת המבט של הצדק. היחיד שהיה להסיק את הדברים מפורשות היה חיים כהן, שקבע באופן קטיגורי, כי אין צדק כענישה.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Negel, *ibid.* at p. 65.

<sup>59</sup> לעיל, ליד הערה 54. יחד-עם-זאת אין כהן נמנע מלהשתמש בשיקולי צדק שבכתו על כס המשפט ובגוונו את עונשם של נאשמים. ראו, למשל, דבריו בעניין העונש הראוי למיכאל צור: "אצל מי שהיה עובד הציבור וגרף מיליונים להנאתו ולשימושיו שלו, אין אני רואה מנעם לא מבעמנת הצדק ולא מבחינת יעילות הענישה, מלהטיל עליו קנס כסף...". (ההעונש של – ד"ס) (עניין צור, לעיל הערה 45). זאת ועוד: דווקא מפי השופט כהן (ע"פ 568/72 כרמל עורא ואחי' נ' מדינת ישראל, פ"ד כו(1) 806, 811 שומעים אנו דברים, המוכיחים את עמדתו של השופט סקליה (לעיל ליד הערה 40) לגבי האפשרות, שבחינת הניסבות תוביל דווקא להחמרה בעונש: "...כבוא כית-משפט לקבוע למושע פלוני את מידת עונשו, חייב הוא ליחן

הצעה זו אינה בגדר פתרון לפרדוקס שפחתנו בו – היחס בין צדק לבין רחמים – אלא בגדר השלמה עמו. היא אומרת, שחשיבתנו לגבי רחמים אכן אינה עקבית, ושעלינו ללמוד לחיות עם מצב זה ולהכיר בו כהיבט בסיסי של המציאות האנושית. למרות המשיכה שבמדמה זו קשה לי לקבל אותה. אם מדובר בשתי נקודות מובט המוציאות זו את זו, לא נוכל להמשיך להחזיק בשתייהן. אם אנו מאמינים שהארס די אחראי למעשיו כדי להצדיק הטלת אשמה ואחריות, הרי שיש מקום למושג של צדק בגמול, ואז אין מקום למושג החסד. לעומת זאת, אם אנו סוברים כי בסופו של דבר המעמד המוסרי של השופט ושל הפושע הוא עניין של מזל, אם אנו מתייחסים כרצינות לרעיון ש"לולא חסד האל הייתי אני עומד שם", אזי אין קיום למושג אחריות חזק דיו כדי לבסס את הרעיון של צדק שבגמול ואת קיומם של מוסדות שתפקידם לממשו. בין כך ובין כך, אין מקום למושג הרחמים – או מפני שהוא מנוגד לצדק שבגמול, או מפני שאין תוקף לצדק זה, וממילא אין צורך בהענקת רחמים כדי למתן את דרישותיו.

אם איננו מקבלים את הראייה הדואלית הנוכרת, אנו נותרים עם שתי דרכים להתייחס לפרדוקס הנדון: דרך אחת היא להסיק את מה שמתבקש באופן עקבי מההכרה בקיומו של מזל מוסרי, דהיינו ויתור על הרעיון הגמולי ואימוץ גישה תועלתנית לענישה.<sup>62</sup> מסקנה זו מאמצת על-ידי חיים כהן, והיא מצויה, כפי שראינו, גם אצל סנקה.<sup>63</sup> דרך אחרת היא להסיק את מה שמתבקש מההכרה כאחריות מוסרית ובצדק שבגמול. הנבנה עליה, דהיינו דחיית האפשרות של הענקת חסד הכאה מעל הצדק והכנת הרעיון של חסד דרך המושג האריסטוטלי של הגינות (*epieikeia*). דומה שהמייצג הבולט של עמדה זו הוא השופט סקליה, הסבור, כאמור לעיל, שהתחשבות בנסיבות עשויה להביא לראיה מחמירה יותר ולא דווקא מקלה.

לנוסכאום הצעה נוספת ליישוב נקודת המבט הגמולנית עם גישה רחומה כלפי הפושע. המיוסדת על הבחנה בין השיפוט על אודות המעשה לבין השיפוט על אודות העושה. היא אומרת ששופט טוב אינו מכחיש כי אי-צדק הוא אי-צדק, וכי רוע הוא רוע, אך הוא מסוגל לגלות הבנה, להגיע לסוג של הוזהרות עם העברייני – ומתוך כך לרחמים. השופט הטוב שופט בצדק – ולמרות זאת מסוגל לאהבה.<sup>64</sup> כהדגשה על כך, שמעשי עוול הם כאלה בלא חלות באופיו של העושה או במניעיו, מכקשת נוסכאום להצדיק את התגובה הגמולנית

<sup>62</sup> כפי שהובהר למעלה, מעבר זה לא ייצגיל את החסד, שכן בנישה תועלתנית אין מקום למושג משמעותי

של הענקת חסד.

<sup>63</sup> ראו לעיל, ליד הערה 49.

<sup>64</sup> שם, בע' 125.

המחייבת עונש על מעשים אלו, תוך השארת פתח לריכוך העונש מתוך התחשבות בעברייני. הבעיה בהצעה זו, היא שמה עומד כאן לדין אינו מעמדם המוסרי של המעשים הנפשעים, אלא אחריותו-אשמתו של העברייני, ואחריות זו נעשית בעייתית, ככל שהכנתו את העברייני והזדהותו עמו גדלות. העובדה, שהשופט אינו נכשל מלשפוט, *that injustice is unjust* "האזרחות-אשמתו של העברייני, ואחריות זו נעשית בעייתית, ככל שהכנתו את העברייני" את הדרך להרחיק ממנה. כדי להבין זאת יש לשים לב ליחס בין שנאה, מחילה וגמול.<sup>65</sup> שנאה כוללת באופן מהותי אי-נכונות למחול – כמובן של אי-נכונות לקבל את מושא השנאה כחלק מן הקהילה האנושית, אי-נכונות לראותו כאדם שראוי ליצור עמו קשר. בכך נבדלת השנאה מן הכעס. הכעס אינו מנתק עצמו לגמרי ממושא הכעס, אלא מצפה שההולת יתנצל ויחזק את אי-הצדק שגרם לו (לדעת הכועס), וכך ישובו היחסים הקודמים למסלולם התקין. כשנאה אין ציפיה מיצן זאת; השנאה אינו רוצה כל קשר עם השנאה, והרעיון של מחילה מוצא מכלל אפשרות.<sup>66</sup> לעניינו חשוב לשים לב לכך, שההחלטה לגמול אינה בלתי מתיישבת עם האפשרות של מחילה. הדוגמה הטובה והנפוצה לכך היא העונשים, שהורים מטילים לעיתים על ילדיהם. חוסר הנכונות של הורים לוותר על עונש אינו רגֵיה שההורים שונאים את ילדיהם או שאינם מקבלים אותם. מחילה היא שינוי הלב ביחס לפושע, נכונות לראותו באור חדש וחיוכי יותר, ולא ויתור על עונש המגיע לו.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> אני מתכנס על דברים שכתבתי במקום אחר, ראו ד' סטממן "על הערך השלילי של שנאה" שגאה (א' בן זאב, עורך, 1997), 34, 48-50.

<sup>66</sup> לכן הסיסמה "לא נשכה ולא נסלח", שאימצו חוגים מסוימים בישראל אחרי רצח רבין, נחשבת בידי כמבטאת שנאה של חוגים אלה למתח פוליטי מסוים. לעמדה אחרת ראו א' מרגלית "איך נזכור את ניצחן רבין?" רצח פוליטי (י' צ' ליבמן, עורך, תשנ"ח) 59-68. לדעת מרגלית, ההכטחה לא לסלוח, המופיעה בסיסמה זו, אינה מבטאת שנאה לבני-אדם מסוימים, אלא פירושה "להמשיך ולחוש טינה ושאת נפש כלפי המעשה הרע שנעשה לנו" ([: ] ברצח רבין" (ההדגשה שלי – ד"ס) 66). אבל המרשע של סליחה – כמו גם של העדר סליחה – הוא בני-אדם, ולא מעשים, ותחושת שאט הנפש ממעשיהם הרעים עלולה ללוות אותנו גם לאחר הסליחה. הכטחה לא לסלוח, אם מבינים אותה כרצינות, פירושה סירוב עקיפוני של המבטיח לכונן יחסים עם בני-אדם מסוימים, שנתפשים על ידו כאויבים. סירוב זה מהותי לרגש השנאה, הכולל שיפוט שלילי כולל של החולת.

<sup>67</sup> השווה לדעת המכפסן ב: 158-161 (1988) *J. G. Murphy & J. Hampton Forgiveness and Mercy*. בתפישה זו לגבי היחס בין מחילה לבין חסד (כמובן של ויתור על העונש) נבדלת עמדות, כנראה, מעמדות של ידידי נ' זהו "על חנינה וצדק: לבטים של פיוס בעקבות הטוהר" מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 71. לדעת זהו, מחבלים עם ידם על הדיים", כאלה שרצחו אוחזים, פגעו במעשיהם זון ביחידים הזן בקולקטיב הישראלי, בניסיונות שבוין שני הקולקטיבים הגזים – הישראלי והפלשתיני – בתפיסה, היחסים ביניהם אנלוגיים לאלו שבין יחידים הנעים ומתפייסים. וכמו שאדם יחיד יכול למחול לאויבו לשעבר על מה שעוול לו, כך יכול גם הקולקטיב למחול על מעשים, שנעשו לו על-ידי הקולקטיב האויב-לשעבר. מכאן, שמכחינה מוסרית אין זה בלתי מתקבל על הרעת, שמדינת ישראל חתח גם מבחלים. שרם אורחיה חיות חמישי על ידה, לא אונף להחיות כאן ללב הדיכויים של טייון מעיון זה. אצור

- הבה נסכם דיון מפותח זה:
- יש להבחין בין שני מושגים של חסד: חסד חניס או חסד כמלא מובן המלה, הרוחה את הצדק, וחסד כהתחשבות בנסיבות המיוחדות של העבריין ושל העבירה, שהוא חלק מהצדק.
  - על אף ההבדל בין שני מושגים אלה ניתן למצוא צד שווה כחלק גדול מהטעיונים לטובתם – והוא ההכרה בהיבטים השרירותיים והמקריים של מערכת המשפט ומידה של ספקנות לגבי יכולתה לממש צדק.
  - לחסד חנם אין מקום בין אם מניחים שבתי המשפט עושים צדק, בין אם כופרים בכך. אם קיימת אחריות מוסרית, אם ניתן וראוי לממש צדק גמולני, ואם כפי המשפט את מסוגלים לעשות זאת, אין בסיס מוסרי לא ליישם את החלטותיהם, לא לחת לפושע את מה שמגיע לו. לעומת זאת, אם אין קיימת אחריות מוסרית, אם אין ניתן לממש צדק גמולני, או אם כפי המשפט אינם מסוגלים לממש צדק, הרי שנשמט הבסיס לענישה (כגמול), ואיננו זקוקים לשיקולי חסד כדי להימנע מגרימת סבל לעברייני.
  - ההכרה בקשיים הרבים במושג האחריות וברעיון של ענישה כגמול הביאה הוגים שונים לאמץ בסיס תועלתני לענישה. לעניינו, אין במעבר זה כדי "להציל" את מושג החסד, שכן במסגרת חשיבה תועלתנית אין מקום לחסד כמובן של הימנעות מהטלת העונש הנדרש על-ידי התחשיב התועלתני הכולל.<sup>65</sup>
  - כתועלתנות, כמו גם כגמולנות, יש מקום לחסד כמובן של התחשבות בנסיבות המיוחדות של המקרה, אף כי המושג equity מבטא עניין זה טוב יותר.

בסעיף הבא אבקש לבחון איהו מושג של חסד משקף את ההבנה המקובלת במשפט הישראלי.

רק שבהתאם להבנה שהצעתי (בעקבות המפטון) למושג המחילה, מחילה לקולקטיב אין פירושה יותר על העונש המגיע לקולקטיב או ליחידיו על מעשים כלוח נטלים שעשו, אלא פירושה נכונות לכונן יחסים חרישים עם הקולקטיב ולראותו כאור חיובי. בקשתו של הקולקטיב, שעמו מתמיסים, לותר על העונש המגיע, לפי כל אמת מידה של צדק גמולני, לדעתים השייכים אליו, מקשה עד מאוד ביצירת האמון הנחוץ לכינון זה.

<sup>64</sup> אם אין מקום לחסד אמיתי במסגרת תועלתנית, מה שהוא בגדר פשיטא, ואם אין מקום לחסד במסגרת גמולנית, כפי שניסיתי להראות בסעיף 1, סביר להניח כי האחריות ענישה, שתנמינה לשלכ את שתי מסגרות החשיבה הללו, היכשלנה אף הן במציאת מקום למושג החסד. אפשר שהיאוריות אחרות של ענישה, במיוחד היאוריה האקסטרסיווית, תוכלנה להתמודד טוב יותר עם מושג החסד, והדבר עור דורש עיון. ראו במיוחד 6. (1993) ch. Lucas Responsibility. I.

### ג. המשפט הישראלי

מסקנת הסעיף הקודם היתה שאין מקום נורמטיבי לחסד, כשזה נתפש כגובר על הצדק, אבל יש לו מקום, כשהוא נתפש כחלק מהצדק. כדרישה להתחשבות בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ולא-מיצוי הדין היבש והקדק אס מיצוי זה יגרום עול. דומני, שהתמונה העולה מן הפסיקה בארץ, אם כי אינה תמיד בהירה לגמרי, מתיישבת יפה עם ניתוח זה. גם שופטים טוענים כי יש מקום לשיקולי חסד ורחמים, מתכוונים, בעצם, לחסד כחלק מהצדק, ולא לחסד שהוא מעבר לדין ולצדק. וזו דאית דעתם של השופטים המתנגדים במפורש לשימוש בחסד וברחמים כקטיגוריות משפטיות עצמאיות.

כשלושה תחומים במשפט ניתן למצוא התייחסות מפורשת לבעייתנו: הראשון הוא פינוי דיור מכירתו לאחר שהוחלט כי קיימת לגביו עילת פינוי. אף שאין מדובר כאן בפלילים, ולכן אין תחום זה שייך באופן ישיר לסוגיה שלפנינו, הביעו בו בתי המשפט דעה ברורה לגבי מקומם של שיקולי רחמים יחסית לשיקולי צדק. התחום השני הרלוונטי לעניינו הוא, כמובן, תחום הענישה, והשלישי – מוסד התנינה. נעטק בהם אחד לאחד.

1. רחמים על שוכר שאינו עומד בהחייבותיו  
סעיף 132 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972<sup>65</sup> (לשעבר סעיף 37 לחוק הגנת הדייר, תשט"ו-1955), קובע:

"(א) על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לחת פסק דין אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לחתו.  
(ב) ניתן פסק דין כתביעת פינוי, והוגש עליו ערעור, רשאי בית המשפט לערעורים לשקול מחדש אם היה זה צודק לחת את פסק הדין."<sup>66</sup>

מהו סוג השיקול שרשאי בית המשפט להפעיל כאן כדי להימנע מלפנות דייר, שהתקיימה לגביו עילת פינוי? הואיל ומבחינת הדין צריך הדייר להתפנות, מפתה לחשוב שהשיקול שבית המשפט רשאי להפעיל הוא רחמים, שיקול שבא "מבחוץ" ורוחה את הדרישה הנוקשה של הצדק. כך, כנראה, הבין את הדברים השופט שילה בעניין ירדן:

<sup>65</sup> ס"ח 176.

המעמד המוסרי והמשפטי של רחמים (mercy)

המסכן בנסיבות אלו, מה שהוא מוכן מאליו, אלא שאמוד לו לעשות כן. שהרי הסעיף הנדון קובע היחר מיוחד להימנע מלפנות, כאשר קיימת עלת פיניו, וההיחר אינו חל, לפי הפרשנות שניצבה הפסיקה, על מעשי חסד ורחמים. ממילא כאשר רחמים הם השיקול היחיד לטובת הדייר, עלת הפיניו היא מחייבת וסופית.

אם הימנעות מפניו אינה מיוסדת על רחמים כלפי הדייר, מה עשוי להיות הבסיס לה לפי הסעיף הנדון? מדוע שלא נפנה אדם, אם התקיימה לגבינו עלת הפיניו הנחוצה? התשובה נעוצה במחשבה, שלעיתים קיים פער בין הדין לבין הצדק, וכי כאשר קיים פער מעין זה, "אין למצות את חומר הדין ויש לנהוג לפי מידת הצדק".<sup>74</sup> ומתי מתקיים פער מעין זה? הווי אומר, כאשר שוכנע בית המשפט, "כי הפיניו הוא סנקציה חמורה מדי – אינה צודקת – להפרה שקרתה".<sup>75</sup>

העובדה שהסעד הנדון הוא סעד מן הצדק ולא מן הרחמים, מסבירה מדוע התנהגות הצופה וצינית של הדייר אינה פוסלת אותו מלכלל את הסעד האמור. אילו מדובר היה ברחמים, הייתה התנהגות מעין זאת סוגרת את הדלת בפני התחשבות בית המשפט; אין ניתן לבקש טובה ובאותו זמן לנהוג כחוסר כבוד וכלול במי שפונים אליו להעניק את הטובה. לעומת זאת, כשמדובר בדרישה של צדק, הרי שאין התנהגותו של התובע שוללת את הלגיטימיות של הדרישה. לגבי שיקולי הצדק של סעיף 37, קבע בית המשפט, "הרי אין זה פרס מצד אחד או עונש מצד אחר... חוצפנותה או אדישותה של הנתבעת מהווים אמנם גורם חשוב, ובמיוחד במידה שהם עשויים לזרוק אור על אפשרות של הפרת החוזה בעתיד; אך אין זו עובדה קובעת השוללת מכוח עצמה סעד מוצדק על-ידי מכלול הנסיבות".<sup>76</sup>

ולבסוף, ההבחנה בין הדין לבין הצדק חופפת להבחנה בין שורת הדין לבין לפניו משורת הדין. ההליכה לפניו משורת הדין היא, במקרים מסוימים, בגדר חובה של ממש, וכך המצב, לדעת השופט מנחם אלון, בעניין שלנו: "ההליכה לפניו משורת הדין, לעניין פיניו הדייר על-פי חוק הגנת הדייר [נוסח משולב], אף היא איפוא חלק מן הדין – במשמעותו הרחבה של מושג זה – כאשר מעוגנת היא בהוראה מפורשת של הדין".<sup>77</sup>

<sup>74</sup> ע"א 388/64 בית שמעון (בנין) בע"מ, חברת בית ג' מרים בע"מ, פ"ד יס(1) 281, 285.

<sup>75</sup> ע"א 255/57 שרה בוקי (שמולקמן) ואח' ג' רגינה דיאמונד (בלאוד), פ"ד יג(2) 1009, 1020, כטי השופט זוסמן (כחוארז אר).

<sup>76</sup> ע"א 325/65 סדימה ואברהם מנצ'ני ג' חברת חלקה 187 בגוש 6166 בע"מ, פ"ד נ(1) 158, 160.

<sup>77</sup> ע"א 417/79 יעקב מרפוס ג' צבי המר ואח', פ"ד לז(2) 337, 352. וראה ההפניה למשפט העברי שם, שם.

"תפקידו של סעיף 37 הוא לגלגל את מדת הרחמים לחוך מעגלי הצדק והמשפט על מנת שביט המשפט יהיה חפשי במקרה הנראה לו להבריץ כבודת הרחמים כשהמחוקר הוא בקורת גגו של אדם".<sup>70</sup>

לפי הבנה זו של סעיף 37 (סעיף 132 של היום), גם אם מבחינת הצדק והמשפט ראוי לפנות את הדייר, מותר לרחמים "להתגלגל פנימה"<sup>71</sup> ולהנחות את בית המשפט לחוס על הדייר ולא לפנותו. אכן, המסורת שהתגבשה בפסיקה קבעה בצורה חז-משמעית, שהביטוי "סעד מן הצדק" אינו שקול ל"סעד מן הרחמים". כך, למשל, הבחין השופט ויתקון במפורש בין אי-פיניו הדייר מתוך רחמים, דיינו מתוך התחשבות במצבו הכלכלי בלבד, לבין אי-פיניו מתוך צדק:

"שמענו מפי בא-כח המערערים את נימוקי בקשתו, והם מסתכמים בטענה, שאין למרשיו כסף. טענתו היא, בקיצור, שזהו 'מקרה סוציאלי' מובהק. אין אני מתעלם ממצבם הקשה של המערערים, אך נראה לי שלא לכך התכוון המחוקק, שעה שחקק את סעיף 37 לחוק. אילו איחרו המערערים כחשלוש שכו-דירה מחמת מצוקתם הכספית, אך מוכנים הם כעת לפרוע את הפיגורים ייחנן מאד שמן הצדק היה להחשב במצבם הדחוק, ייחור, אם האיחר לא היה רב מדי. אך המערערים לא הפקידו את השכר בבית-המשפט... עם כל אזהרתי למערערים המסכנים – היה זה מעשה של חסד ורחמים, אך לא צדק. אילו סירבנו את מתן פסק הפיניו בנסיבות אלו. עלינו להתחשב גם במצב המשיבה, ואיני חושב שמן הצדק הוא לדרוש ממנה הכנסת אורחים ללא סוף." (ההדגשות שלי – ד"ס')

דחקותו של הדייר וסבלו אינן מחירות איפוא כשלעצמן לבית המשפט להימנע ממתן צו-פיניו בנסיבות שבהן צו זה נדרש.<sup>72</sup> דודק: לא רק שאין בית המשפט זייב לחוס על הדייר

<sup>70</sup> ע"א (ת"א) 74/56 יויר ג' ברוגשטיין, פ"מ (ח) תשי"ט 7, 8-9.

<sup>71</sup> מן הסתם, עמדה לגנר עיניו של השופט השורה כאחד הפיוטים המרכזיים בחפלה יום כיפור: "מדת הרחמים עליו התגלגל, ולפני קונו תפילתו הפילי".

<sup>72</sup> ע"א 160/55 סלומן שפט ג' איני פרח, פ"ד יג(2) 1234, 1228. השורה לה"א (ת"א) 2721/84 עובד שפיר ג' זגמן, פ"מ תשמ"ח(כ) 403, 421: "הסעד מן הצדק אינו סעד של רחמים".

<sup>73</sup> השורה לע"מ 215/36 יחיאל ברוגשטיין ג' היה יויר, פ"ד יג(3) 1765, 1766: "טענת החקית, כשהיא לעצמה, אינה מצדיקה, לדעתנו, סירוב לתת פסק-דין של פיניו". וראו מ' בייסקי "הפעלת סעד מהצד בחלוטי שכירות" הפוקליט כג (תשכ"ז) 238, וההפניות הנזכרות שם, בהערה 13.

ואין בידינו לערב שיקוליה של זו בשיקולינו שלנו.<sup>90</sup> (ההדגשות במקור - ד"ס)<sup>91</sup>

במקרה הנדון סבור היה אלון, שהעונש אינו חמור "במידה כזו שיצדיק, מבחינת מידת הדין, את התערבותנו"<sup>92</sup> - ולכן הציע לדחות את הערעור.

נשים את לבנו להבחנה שעושה כאן אלון בין שלושה מושגים: דין, רחמים וחסד. מידת הדין היא האמורה לעמוד ביסוד העונש שמטיל בית המשפט, ואם מבחינת הדין העונש הוא ראוי, אין מקום לשנותו כערכאת הערעור. מידת החסד, הממתיקה את מה שמחייב הדין, היא מידתה של הרשות החוננת, דהיינו הנשיא, ואין לה מקום בתוך כותלי בית המשפט. שיקוליה שלה - מן הסתם שיקולי רחמים כמוכן המדרק של המלה - אסור שיתערבו בשיקולי בית המשפט. מה איפוא נותר למידת הרחמים שמותר לבית המשפט "למהול" במידת הדין, בלא להשתמש שלא כהוגן בשיקולי הרשות החוננת? הרי אומר, שימת לב לתכונות האינדיבידואליות של המקרה - "הכול לפי העבירה, לפי העברין, ולפי נסיבותיו של כל עניין ועניין". שיקולים אלו מותר וראוי למהול במידת הדין, אך תוצאת המהילה סופית ומחייבת, ואין להמתיקה בדרך של הענקת חסד לעברין.

השופט אהרן ברק (כתוארו אז) טען, כי גישתו של השופט אלון אינה נראית לו. הואיל ובעבירה הנדונה אין בחוק עונש מינימום, אין מקום לדבר על מחת בין הדין לבין החסד (מה שאלון קורא רחמים). מידת החסד הדין הכאה בחשבון של השיקולים האישיים, הנוגעים לעברין, "הצורך להחזירו למטב ולשקמו, מצבו הנפשי ושאר בעיותיו הנפשיות" - וכל זה הוא במסגרת הדין: "מידת החסד היא חלק ממידת הדין. אין היא עומדת מחוץ לדין, ואין היא סותרת אותו ומתנגשת בו". מבחינת ההחלטה המעשית הגיע ברק לאותה מסקנה כמו אלון, דהיינו שיש לדחות את הערעור, זאת "על פי מידת הדין המתחשבת היטב במידת החסד".

אין זה קל לראות היכן מצויים חילוקי הדעות בין שני השופטים. נכון הדבר, שברק מתייחס לשתי קטגוריות בלבד - דין וחסד - תחת שלוש הקטגוריות של אלון - דין, רחמים וחסד. אבל ברור למדי שברק משתמש בכיטוי חסד כאותו מובן, שבו אלון משתמש ברחמים, רוצה לומר עקרון האינדיבידואליזם של הענישה, ולפי שניהם כוללת מידת הדין עיקרון מעין זה. וזאת ועוד: לפי שניהם אין מקום לחסד שמעבר לדין, ברגע שהחליט בית המשפט מזה

<sup>90</sup> שם, כ"ג, 772, מחקר ע"פ 156/80 בנימצ' נ' מדינת ישראל, פ"ד לה"א (4), 744, 747.

<sup>91</sup> שם, שם.

סיכומו של דבר, היתור שניתן לבית המשפט לעכב את פינויו של דייר מכיתו. זמזמן את הפרשנות, שלפיה בית המשפט רשאי להפעיל את מידת הרחמים כלפי ההייר - בהחשב במצבו הקשה. ואכן, דיירים שונים ניסו לפרש את החוק בכיוון זה, כשהם מזכירים את הדקס הקשה ואת עונשים המורד. ברם בית המשפט סירב לקבל פרשנות זו והתקשקש על ההבחנה בין צדק לבין רחמים; בהחלטה הקשה לפנות דייר מכיתו מותר לבית המשפט להביא בחשבון לא רק את העובדה שמבחינה פורמלית קמה עילת פינוי, אלא את מכלול השיקולים הנוגעים להפרותו של השוכר בעבר, את תוצאת פינויו ואת זכויות בעל הבית. המאזן של כל השיקולים הללו מגיב את "הצדק", שעל בסיסו מותר לבית המשפט לסרב לתת פסק-דין לפינוי. אם מאזן זה אינו פועל בסופו של דבר לטובת הדייר, אם הדין "במשמעותו הרחבה של מושג זה"<sup>93</sup> דורש לסלק אותו - הרי שהדין נוקב את ההר, ואין רחמים היכולים להמתיק אותו.

2. רחמים על עברין שהורשע בדין  
כפי שהסברתי בסעיף א', המקום הטבעי של רחמים הוא במישור הענישה. האם מכיר המשפט הישראלי ברחמים כשיקול לגיטימי בענישה, או שתפקידם של כחי המשפט מצומצם לענישה לפי הדין - במשמעות הרחבה של מושג זה? לכאורה נראה, שיש מחלוקת בעניין זה בין השופטים אלון וברק. בע"פ 10/86 זגל נ' מדינת ישראל<sup>94</sup> דן בית המשפט בערעור של מרים זגל על חומרת העונש שהוטת עליה בגין עבירות של קשר לבצע פשע ושל יבוא סם מסוכן. לזכותה נטען, שיש לה אופי חיובי, שמעולם לא היתה מעורבת בפלילים, ששיטתה פעולה עם המשטרה, ושהיא חשה ברושה עמוקה על הפשע שביצעה. למרות נסיבותיה המיוחדות סבור היה השופט אלון, שבית המשפט אינו יכול לחרוג מהעיקרון שהעונש צריך להתאים למעשה העבירה. לחיזוק דבריו ציטט הוא דברים, שאמר במקום אחר, ויש להם חשיבות רבה לנושא שלנו:

"כשופטים מצויים אנו להחליט מהו העונש על-פי מידת הדין - ומידה זו יכול שתהא מהולה במידה מסוימת של מידת הרחמים. המתרת לנו - שמן הצדק ומן הראוי לגזור על מי שהורשע בדין, הכל לפי העבירה, לפי העברין ולפי נסיבותיו של כל עניין ועניין. השימוש במידת החסד הפקיד המחוקק בדיה של הרשות החוננת.

<sup>93</sup> דוברי השופט אלון, שם.

<sup>94</sup> פ"ד מז' (2), 769.

אמונה והטיל על המערער את העונש הראוי הן מבחינת חומרת העבירה והן "מבחינת הרקע והמניע... ומצבו האישי והמשפחתי של המערער".<sup>84</sup> מבחינת אלו לא היה מקום להקל בגור הדין. אשר למידת החסד, קבע אלון, את השימוש בה "הפקיד המחוקק בידיה של הרשות החוננת, ואל לנו לערב שיקוליה של זו בשיקולינו שלנו".<sup>85</sup> בכל זאת מצא אלון פתח להקל, על-ידי הרחבת "הנסיכות האישיות" של העבריין לכלול גם את נסיכות בני משפחתו, שנפגעים מהענישה. מצב שני ילדיו של המערער הורע מאוד בעקבות הפרשה, ולבית המשפט רשות להביא זאת בחשבון "במסגרת המידה *דמיונית* של רחמים הנתונה לנו".<sup>86</sup> (ההדגשה במקור). יוצא, כי בקביעת העונש חוכה על בית המשפט להביא בחשבון את מכלול הנסיכות האישיות והמשפחתיות כדי להוציא תחת ידיו דין צדק. נעדר מכאן חסד, שהופקד בידיה של הרשות החוננת.

כפי שלגבי דירי שיש לפנותו, עצם עוניו ודחקו אינם צידוק למוע את הפניו – למרות החמלה שהם מעוררים בלבנו עליו, במיוחד אם אין הוא אשם במצבו הגרוע – כך גם לגבי עבריין שהורשע ונגזר דינו, עצם סבלו ומצבו הפיסי הקשה אינם מהווים צידוק להקל בעונשו, על אף הרחמים שהם עשויים לעורר בנו. בית המשפט קבע, שאפילו לגבי חולה הסובל ממחלה "קשה מאוד", המקצרת את תוחלת חייו "במידה ממשית מאוד", אין עניין המחלה מצדיק את שינוי מידת העונש על-ידי ערכאת הערעור.<sup>87</sup>

לסיום סעיף זה נזכיר את עמדת בית המשפט במקרה הטרגי של שחר חרד. אביו של שחר התעלל במשך שנים, התעללות פיזית ונפשית, בכל בני משפחתו. משהגייעו מים עד נפש, נטל שחר את רובו הצבאי וירד באביו למוות. נקל להתפתות ולפרש את ההתחשבות במצוקה הקשה, שמתוכה פעל שחר, כביטוי לרחמים. אך השופט הנדל מדיגי, שלא כך יש לראות את המקרה:

"איש על פי עבירתו ייענש. העונש חייב להתייחס הן למעשה והן לעושה. מחוץ, אין לשכוח כי הנאשם קיפח חיי אדם, אך מאידך אין להתעלם מאישיותו של הנאשם. הציבור הישראלי, ציבור נבון הוא. הוא מסוגל להבין שלפעמים בית המשפט לא מחמיר עד תום עם נאשם בשל אישיותו המיוחדת ובכך מאבחן אותו מן האחרים.

<sup>84</sup> שם, בע' 735.

<sup>85</sup> שם, בע' 737.

<sup>86</sup> שם, שם.

<sup>87</sup> ע"פ 174/75 מדינת ישראל נ' יהושע בן-ציון, פ"ד (1) 119, 139.

הדין הראוי. אפשרות אחת היא שהמחלוקת נעוצה במידת החוכה להתחשב בשיקולים האישיים: לפי ברק, ההתחשבות זו, רוצה לומר מידת החסד, היא בגדר חוכה, ואילו לפי אלון – היא בגדר רשות ("מידת הדין יכול שחווה מהולה במידה *סמוימת* של מידת הרחמים המותרת לנו"). אלא שקשה מאוד להאמין, שלדעת אלון ההתחשבות ב"נסיכותיו של כל עניין ועניין" היא עניין אופציונלי, שאינו בגדר חוכה על מי שעוסק בדיני נפשות וגזור את דינם של בני-אדם.

אפשרות אחרת היא, שמדובר במחלוקת לגבי היחס בין הדין לבין החסד: לפי אלון, עמדת הדין נקבעת בלא זיקה לרחמים, אלא שניתן "למהול" אותה ברחמים, כשיקול חיצוני המצוי במתח מסוים עם הדין. ואילו לפי ברק, קביעת הדין, כלומר הקביעה איזה עונש מגיע לעבריין, בהתחשב בכל, כוללת את מידת החסד. אלא שבסופו של דבר גם לפי ברק מידת החסד היא רק חלק ממידת הדין, ויש בזו האחרונה מידות נוספות, שהכרחי לאונן עם הראשונה. מהן מידות אלו? מן הסתם, חומרת העבירה, נחיצות ההרתעה ועוד. שיקולים אלו מנחים את בית המשפט כבואו לגזור את הדין, אף שרשאי הוא להמתיק את התוצאה בהתחשב ב"מצבו הנפשי ושאר כיעותי הנפשיות" של העבריין. אני סבור איפוא, שלפי שני השופטים, רחמים במונח של ההתחשבות בנסיכות המיוחדות של העבריין הם חלק מהדין, והבאתם בחשבון הכרחית להשגת דין צדק.

עמדתם של שני השופטים תואמת יפה את התיזה שאני מבקש להציע כאן. להתמתק חינום של העונש המגיע, מחוץ לחודשת חמלה על העבריין, אין מקום לא לפי ברק ולא לפי אלון. לפי שניהם, המתקה כזאת תהיה בגדר חריגה אסורה מהדין, ולפי אלון תהיה היא בגדר הסגת גבול של הרשות החוננת.<sup>88</sup> העובדה, שהחסד אינו ממתיק את הדין "מבחוץ", אלא הוא חלק ממנו, בולטת במיוחד בניסוח דבריו של ברק – אף כי ניסוחי להראות, שזו גם עמדתו של אלון.

את עמדתו, שלפיה התחשבות בנסיכות המיוחדות של המקרה אינה בגדר חסד (כלומר מה שקראתי "חסד חנם") ביטא אלון כפסק-דין נוסף מאוחר שנה, בעניין תודמי.<sup>89</sup> הערעור נסב על חומרת העונש שהוטל על תודהי בניג אינוס וכליאת שווא – מעשים שבוצעו על-ידי בנקמה על שבעלה של הנאנסת קיים יחסי מין עם רעיית המערער. כפסק-דינו לא חסך השופט אלון מלות גנאי למעשהו של המערער ומצא שבית המשפט קמא עשה מלאכתו

<sup>88</sup> מעניין, שברק מתעלם לחלוטין מהערותו של אלון על הפקדת מידת החסד בידי הרשות החוננת. האם מרמזת התעלמות זו על עמדה אחרת שיש לברק כלפי מוסד החנינה?

<sup>89</sup> ע"פ 870/85 תודהי נ' מדינת ישראל, פ"ד (1) 733.

מעמד משפטי מפורש לרחמים, הריהו הסעיף העוסק בחנינת עבריינים, שלפיו "לנשיא המדינה נתונה הסמכות לחון עבריינים ולהקל בעונשם על-ידי הפחתתם או המרתם".<sup>92</sup>

כרס, האופי הרחום של סמכות החנינה אינו כה ברור מאלי – אפילו מבחינה לשונית. אחד המובנים של לחון הוא, כאמור, לרחם, אך מובן נוסף הוא לתת כמתנה, להעניק. כך, למשל, אומר יעקב לעשו: "הילדים אשר חנן אלהים את עבדך".<sup>93</sup> מכאן נגזרת המלה "חנם", שפירושה בלא תמורה, כמתנה גמורה. רש"י מקשר במופדו בין "חנן" לבין "חנם", כפירושו לדברי משה "ואתחנן אל ה' בעת ההיא לאמור".<sup>94</sup> "ואתחנן – אין חנן בכל מקום אלא לשון מתנת חנם". מתנת חנם ניתן, כמובן, להעניק מתוך רחמים, דהיינו חנינה על מקבל המתנה, אך אפשר להעניקה גם מתוך מניעים אחרים. בכך קרובה המלה "חנינה" למלה mercy, שהרי גם mercy<sup>95</sup> ניתן להעניק ממניעים שונים. לאו דווקא מתוך תחושת חמלה (compassion) שהיא המקבל.<sup>96</sup> מכאן, שהעובדה שיש לנשיא סמכות לחון עבריינים, אינה אומרת בהכרח שהוא פועל, או שראוי שיפועל, מתוך חמלה עליהם.

הרעיון של חנינה כהענקת מתנת חנם מכניס אותנו ללב הקשיים החמורים שבמוסד החנינה. היאך ייתכן, שהחוק יקנה סמכות להעניק מתנת חנם לעבריינים שהורשעו ונגזר דינם בבתי המשפט? אם העונש שנגזר עליהם אינו צודק, הרי בוכות ראוי לשחררם, לא בחסד. ואילו אם העונש הוא צודק – מדוע מגיעה להם מתנה זאת? ומדוע היא מגיעה רק לעבריינים מסוימים ולא לאחרים? קשיים אלו במוסד החנינה עומדים ביסוד אי-הנחת של משפטים רבים ממוסד זה וביסוד הודישה לבצע בו שינויים מרחיקי-לכת. ברב-שיח, שהתקיים בנושא לפני שנים ספורות בין כמה משפטים בכירים בארץ, היתה תמונת דעים לגבי הצורך בשינויים כאלה. פרופ' רות גביון טענה כי אין מחלוקת שמצב החנינה לא טוב, ושיתר על כך, "כלל לא ברור שצריכה להיות סמכות כזאת".<sup>97</sup> באופן דומה טען פרופ' מרדכי קרמיניצר ש"מוסד החנינה טעון רוויזיה יסודית".<sup>98</sup> והשופט בייסקי טען בצורה

<sup>92</sup> חוק-סוד: נשיא המדינה, ס"ח תשכ"ד 118, סעיף 11(ב).

<sup>93</sup> בראשית, לג, ה.

<sup>94</sup> דברים, ג, כג.

<sup>95</sup> הסוהו לרינבולט לעיל, ליד הערה 22.

<sup>96</sup> "פיקוח שיפוט על ההליך הפלילי – החלטות בדבר העמדה לדין וחנינות", דיון בהשתתפות השופט משה בייסקי, פרופ' רות גביון ופרופ' מרדכי קרמיניצר, בהנחיית פרופ' דניאל פרידמן, הישפט – כטאון בית הספר למשפטים של המכללה למנהל ג (1996) 15, 22.

<sup>97</sup> שם, בע' 26.

שלכאורה נמצאים במצבו. לדעתו, הנאשם העומד לפני... הוא נאשם שיש להקל עמו, גם על פי מידת הדין".<sup>99</sup>

בקשתו של חדר מבית המשפט להקל בעונשו אינה איפוא בגדר בקשת חסד, אלא בגדר בקשה שלא ישיחו עליו עונש חמור מכפי שבאמת מגיע לו. הוא מבקש שבית המשפט לא יסונן מחומרת המעשה עד כדי שיתעלם מהנסיונות המיוחדות של העושה. הוא רוצה שינהגו בו על-פי הדין – כמובן הרחב של ביטוי זה – לא פחות, אבל גם לא יותר.

העובדה שבמקרים מסוג זה עניין לנו בעדק ולא ברחמים, באה לידי ביטוי בסעיף 300א החדש בחוק העונשין, תשל"ז-1977 (להלן: חוק העונשין)<sup>99</sup> (שנוסף רק אחרי הגשת כתב האישום נגד שחר חרד). סעיף זה קובע, כי בית המשפט רשאי להטיל עונש מופחת על מי שהורשע ברצח, אם הרצח נבע מהתעללות קשה ומתמשכת של הנרצח ברצח או בכך-משפחתו. בהצעת החוק לחיקון זה מוסבר: "במצבים אלה מחייבת תחושת הצדק להפחית מאחירותו של האדם למעשה, ולאפשר לבית המשפט לגזור את דינו במידה התנאמת את נסיבות עניינו".<sup>99</sup> (ההדגשות שלי – ד"ס). אנו מקלים בעונשו של רוצח מעין זה לא משום שרחמינו נכמרים עליו, אלא משום שחפצים אנו לגזור עליו דין צדק, והצדק מחייב להתחשב ב"נסיבות עניינו".

מידת החסד, במינוח לעיל של אלון, נעדרת איפוא מהמשפט הפלילי. האם מצויה היא במקום אחר בחוק? האמנם, כדעת אלון, בידיה של הרשות המחוננת הפקיד המחוקק מידה זו? שאלות אלו מביאות אותנו לדין בטבעה של החנינה וכיחס בינה לבין הרעיון של רחמים.

3. סמכות החנינה – רחמים על העבויין, או עשיית צדק?  
השורש לחון מוכנו לרחם, ואנו מוצאים פעמים רבות במקרא את הפועל לחון מופיע בצמוד או במקביל לפועל לרחם.<sup>99</sup> משרש זה נגזר גם הפועל להתחנן, שפירושו לבקש רחמים. שם הפועל של לחון הוא חנינה, ומכאן, שאם יש מקום בחוק שבו – לפחות לכאורה – ניתן

<sup>99</sup> ח"פ (ביש') 24/94 מדינת ישראל נ' שחר חרד, הקדוין-מחתי 295 (2)95. מצוטט על-ידי השופט גולדברג בע"פ 4419/95 חרד נ' מדינת ישראל, פ"ד (2) 752, 761.

<sup>99</sup> ס"ח 391.

<sup>99</sup> הענת חוק העונשין (מס' 41) (אחריות מופחתת), תשי"ז-1995, ה"ח 475, 476.

<sup>99</sup> יו"תני את אשר אתון ורחמי את אשר ארחם" (שמות, לג, יט); ה' אל רחום חננו אך אפים רוב חסד ואמח" (שמות, לד, ו); חננו ורחום ה' אך אפים ונגל חסד" (תהלים, קמה, ח); ודוגמאות רבות נוספות.

לחוקים ולבני הצדק במיזמי הדין עם העברין, ואנו זקוקים לגוף, שיוכל להביא בחשבון. ביסוסים מהסוג השני, כאלה שהם ניטרליים מבחינת הצדק, מניחים סמכות מפליגה – לעיתים בלתי מוגבלת – של הרשות החוננת (מלך, נשיא, מושל), שעשויה להעניק את מתנת השחרור משיקולים שונים, שאין להם זיקה דווקא לשיקולי צדק: יום ההולדת של הקיסר, נצחון במלחמה וכן חמלה על עבריו או על משפחתו.

לפני שהוקמו כתי משפט לערעורים, היחה חנינה תקוותו היחידה של נאשם, שחשב שהורשע על לא עוול בכפו.<sup>102</sup> ומבחינה זו היה לה תפקיד מהותי בתיקון הצדק של מערכת המשפט. אלא שמצב זה השתנה עם הקמת בתי משפט לערעורים ועם פתיחת האפשרות למשפט חוזר. לעצם העניין, אם כי אנו זקוקים לגוף, שיתקן את העוול אשר שנגרם לעיתים על-ידי המערכת המשפטית, נראים המלך או הנשיא מועמדים גרועים למדי למלא תפקיד זה. הואיל ומדובר בליקויים מבחינת הדין או הצדק, הגוף שאנו זקוקים לו הוא גוף משפטי, או מעין-משפטי, שיוכל להעריך באופן מקצועי את השיקולים הלוחטיים ולהחליט על מדיניות ראויה במקרים שיבואו לפניו. כפי שטען פרופ' פלר כבר לפני שלושים שנה, "קשה להסכים להשקפה שלפיה את החסר מפאת הליקויים שבמערכת דרכי התיקון האמורות (כמו משפט חוזר – דיס) ניתן למלא אותו על-ידי מסירת תיקון פסק-דין לרשות אחת שבמדינה, תהא רשות זו נשיא המדינה או אף הכנסת".<sup>103</sup> אשר לה נעניק סמכות כמעט בלתי מוגבלת לחזן עבריינים ולהקל בעונשם. לכן, לרעת פלר, לא נשאר לחנינה "כמעט ולא כלום".<sup>104</sup> לאחר שמוצו הדרכים המשפטיות של ערעור, משפט חוזר, ועדת שחרורים וסידור השם. הצדקת סמכותו של הנשיא לחזן בשם הצורך לתקן עוול נראית כניסיון כושל להצדיק את קיומו של "מאובן" בהקשר חברתי-משפטי, שבו אין לו ערד מקום. כשם שלנשיא אין סמכות לרזן כערכאה ראשונה, וכשם שאין לו סמכות לרזן כערכאת ערעור, כך אין היגיון בטענה, שחיה לו סמכות לתקן את מה ששתי ערכאות אלה קלקלו.

קשיים אלו בביסוס סמכות החנינה על הצורך בתיקוני צדק מתעצמים, אם מביאים בחשבון את האופי הכמעט מוחלט של סמכות זו, שמתבטא בהעדר ביקורת שיפוטית עליה. אנו

<sup>102</sup> מעושה ולהעמידם על אותה התקפה שאולי בית המשפט היה קובע, אילו היה בסמכותו לעשות זאת" (לי שלף "סוף מאסר חנינה חחילה" הפרקליט מר (תשנ"ח-תש"ס) 72, 92).

<sup>103</sup> *Supra* note 100, at pp. 400-401.

<sup>104</sup> ש"ז פלר "בחנינת משפטיה של החנינה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 106, 108.

<sup>105</sup> ד"ר-שיח בנושא החנינה" משפטים טו (תשמ"ה) 9, 13.

נחרצת: "כל העניין של חנינה טעון ריאורגניזציה מוחלטת - מהתחלה ועד הסוף... המערכת הזאת חייבת שינוי יסודי".<sup>98</sup>

קריאות לשינויים מפליגים כמוסד החנינה נשמעות גם במקומות אחרים בעולם. המלומד Daniel T. Kobil (דניאל קוביל) סבור, שהסמכות לחזן היא מעין "מאובן חי", שנותר כשריד מתקופות קודמות, שאין לו ערד מקום כשיטת המשפט הממשל המודרנית:

"The clemency power is something of a living fossil, a relic from the days when an all-powerful monarch possessed the power to punish and to remit punishment as an act of mercy."<sup>99</sup>

לדעתו, אם כי מערכת הענישה שלנו התקדמה באופן ניכר מאז הימים של "עין תחת עין" (lex talionis), הרי שבכל הנוגע לסמכות החנינה קשה להבחין בהתקדמות, והחנינה מופעלת פחות או יותר באותו אופן כמו לפני מאות שנים.<sup>100</sup>

כדי לחזור ולהאיר את הקשיים כמוסד החנינה אשתמש בהבחנה שמציע קוביל בין שני סוגי ביסוסים להענקת חנינה: כאלה המיועדים להשיג צדק (justice-enhancing rationales) וכאלה הנייטרליים מבחינת הצדק (justice-neutral rationales). הביסוסים מהסוג הראשון מניחים שמוסד החנינה נחוץ כדי לתקן עוול שמערכת המשפט גורמת לעיתים לנאשמים. המערכת המשפטית אינה מושלמת, ואין היא חסינה מפני טעויות. כמו-כן, יש התפתחויות שבתי המשפט אינם יכולים להביא בחשבון בזמן גזירת הדין, למשל, שעבירה מסוימת תבוטל כליל,<sup>101</sup> או שהיחס אליה ישתנה במידה משמעותית. התפתחויות מעין אלו

<sup>98</sup> שם, כ"ט 21-22.

<sup>99</sup> D. T. Kobil "The Quality of Mercy Strained: Wrestling the Pardonning Power from the King" 69 *Tex. L. Rev.* (1991) 569, 575.

<sup>100</sup> לביקורת על מוסד החנינה, ראו גם A. T. H. Smith "The Prerogative of Mercy, The Power of Pardon and Criminal Justice" *Pub. L.* (1983) 398: "The system contains a number of contradictions, anachronisms and areas of uncertainty".

<sup>101</sup> כך בארץ עד להיקון 39 בחוק העונשין, שבו נקבע כי עם ביטולה של עבירה תהבטל האחריות הפלילית לעשייתה, על כל חוצאותיה (סעיף 4 לחוק העונשין), ובמקומות אחרים כעולם שבהם אין גורמה כואת באופן דומה, התיקן לחוק המאפשר לטעות מהטלת עונש מאסר עולם חובה כתנאים שהחוק מפרט (חוק העונשין (תיקון מס' 44), התשנ"ה-1975, ס"ח 391) מחייב לשקול מחדש את העונש החמור והבלתי כהמסור, שנגזר לפני הדין וה. שקילה מחדש זו נגזרת מהצדק, כדברי ליאון שלף: "הצדק הפשוט והמתבקש מחייב לבחון את כל אותם התיקים על-מנת לברר אם אין בנסיבות המקרה כדי להפחית

זכות, לא כחסד.<sup>108</sup> בכך תיפתר אחת הבעיות המציקות בהסדר הנוכחי, שבו נאשם שחש כי הוא חף מפשע, נאלץ לבקש את ביטול העונש כעניין של חסד.<sup>109</sup> הוועדה הפעל באופן עקבי ככל האפשר בשאלות הנוגעות להפחתת העונש, ונאות-המידה המנחות אותה תהיינה גלויות ופומביות. קוביל מונה שבע אמות-מידה כאלה, שבהתקיימן ראוי לוועדה לשקול בחיוב הענקת חנינה (מלאה או חלקית): ספק רציני באשמת העבריין; אחריות מופחתת בגין מצב נפשי או תנאים אחרים; חוסר פרופורציה בין העונש שקיבל העבריין. לבין זה, שקיבלו אחרים בגין אותה עבירה או בגין עבירה דומה; חוסר פרופורציה בין העונש שקיבל העבריין, לבין זה שקיבלו אחרים – בהתחשב בנסיבות המיוחדות של העבריין; חשש שפסק-דין הושפע מגורמים, כמו גזע ומגדר (גנדר); עבירות שבוצעו מתוך כפייה פיזית, פסיכולוגית או מוסרית; עבירות שבהן העבריין כבר סבל מספקי.<sup>110</sup> לא אכנס לדיון מפורט בכל אחת מאמות-מידה אלה, ומבחינת הטיעון הנוכחי אין חשיבות לשאלה אם אלו אמות המידה הראויות. הנקודה החשובה לענייננו היא שבהתקיים כל אחד מהתנאים המנויים בהן, ניתן לקבוע כי העבריין קיבל עונש חמור מכפי שמגיע לו, ולכן מן הצדק שהוועדה תפחית את העונש או תבטלו. לגבי שיקולי חסד ("mercy", המוכרות במקור), טוען קוביל במופדו, שהם מנוגדים לתפיסת הצדק המוצעת, ולכן אין הם כלולים במסגרת סמכותה של הוועדה המוצעת. אין לוועדה סמכות לחון עבויין מתוך חמלה עליו, ואין היא מחלקת מתנות חנם.<sup>111</sup>

הזכרתי לעיל את דעתם של כמה משפטנים בארץ לגבי הצורך ברוויזיה יסודית במוסד החנינה. כשבוחרים את הצעותיהם, רואים, שכיוון הרוויזיה הוא בדיוק זה המוצע על-ידי קוביל, דהיינו הוצאת התפקיד של תיקוני צדק מהפרודוגטיבה של הנשיא והפקדתה בידי המערכת המשפטית. כשפרופ' גביון אומרת, "שהוצאו הרבה פחות מדי מהפרודוגטיבה של המלך",<sup>112</sup> לכך כוונתה, וברוח זו מציעה היא שהחלטות על חנינה מטעמי בריאות ומטעמי עובדות חדשות ייעשו על-ידי ועדת שחוזרים, ולא על-ידי הנשיא.<sup>113</sup> פרופ' קרמניצר מציע להרחיב את המשפט החחו, להסיר מחדש את ההגבלה לצידי, לוותר על

<sup>108</sup> Kobil, *supra* note 99, at p. 624.

<sup>109</sup> "Where a person has been wrongly convicted, Smith, *supra* note 100, at p. 421, and this should be given as a statutory right and not as an executive prerogative".

<sup>110</sup> Kobil, *supra* note 99, at pp. 624-633.

<sup>111</sup> *Ibid.*, at p. 624, n. 333.

<sup>112</sup> לעיל הערה 96, בע' 23.

<sup>113</sup> שם, בע' 22.

עדים להחילתו של שינוי כעניין זה, אולם לפחות עד לאחרונה היה מקובל כאנגליה ובארצות הברית, שסמכות החנינה היא רחבה מאוד, ושבת המשפט אינם מתערבים בה.<sup>105</sup>

סמכות רחבה כזאת, הנעדרת כל אמות-מידה להפעלה, אי-אפשר שלא הפתח פתח לשחיתות, דהיינו להענקת חנינה ממניעים פוליטיים ואחרים. כיוון קיצוני לסכנה זו מצוי באפשרות, שהנשיא יחון את עצמו, ועד כמה שאפשרות זו נשמעת מטורפת, שקלו אותה יועצי הנשיא ניקסון ברצינות בעת פרשת ווטרגייט.<sup>106</sup> יוצא, שלא רק שהנשיא אינו הגוף המתאים ביותר לתקן את העוללות שהמערכת המשפטית לעיתים גורמת, אלא שהסמכות המפליגה הניתנת לו עלולה לייצר עוללות חדשות.<sup>107</sup>

המסקנה של קוביל משיקולים אלו היא שיש להוציא מהפרודוגטיבה של הנשיא את החנינה המבוססת על שיקולי צדק, ויש להפקיד סמכות זו בידי ועדת חנינה (clemency commission) מיוחדת, שתעסוק בפניות באופן מקצועי ועקבי. הוועדה תכלול משפטנים, אנשי ציבור, אולי גם פילוסופים ואנשי דת. יובטח ייצוג למיעוטים, שחבריהם מהווים אחוז ניכר מהמורשעים בעבירות פליליות והנדונים למוות. תפקיד הוועדה יהיה לשקול הענקת חנינה, כל אימת שתתעורר שאלה לגבי ההגנות של העונש שהוטל. אם תחליט הוועדה, שהנאשם הוענש בצורה חמורה מדי, יהיה הוא ראוי להקלה כעונש או לכיטולו כעניין של

<sup>105</sup> ראו 2, at p. 398, n. 2. Kobil, *supra* note 99, at pp. 594-601; Smith, *supra* note 100, at p. 421.

הזכרה בפרישת ברילי האפשרות העקרונתית לביקורת שיפוטית על החלטות חנינה של הנשיא. ראו בג"צ 428/86 ברילי נ' מרדנת שראל, פ"ד (מ) 505, במיוחד ע' 557-556. וראו לאחרונה החלטת מרחיקת הלכת של בית המשפט העליון כעניין שפסי, שבה ביטל בית המשפט את החנינה ששני זכא בה מדי הנשיא, והחזיר לכלא לרצוח את עונשו. בג"צ 706/94 רונן נ' שר החינוך והתרבות, לא פורסם (פסק-דין מיום 13.10.99).

<sup>106</sup> Kobil, *ibid.*, at p. 573, n. 19.

<sup>107</sup> השווה לדברי מור: "Pardons are potentially too dangerous, too destructive of trust and justice, to be left to a President's whim." K. D. Moore *Pardons: Justice, Mercy and the Public Interest* (1989) 217. בשעת מסירת המאמר לפרוס מתגלה חקירה משטרתית נגד נשיא המדינה, עוד ויצמן, כחשד שעבר עבירות שונות, ובזמן קבלת מנתנו בניגוד לחוק והפרת אמונים. אני מקווה, שההשדות יפרכו, וכי הנשיא ייצא מחקירה צה כשלה. ככל מקרה, הפרשה מעוררת הרהורים ביקורתיים נוספים על הפקדת החנינה בידי הנשיא. סמכות זה מופלגת, מעין אלוהית – לשחרר עבויינים מעונשם – ראוי להפקיד רק בידי מי שבבגדיו לא דבק רוב כלשהו (הנשיא, אכן, הבין זאת, וכאשר התלה החקירה המשטרתית, מסר באמצעות עורך-דינו, שער תום החקירה לא ידון בבקשות חנינה חדשות). אלא שאישיית מוסרית מעין זאת אינה חוץ נטרף. לכן הסמכות לחון עלולה ליטול מדי פעם לידהם של אלו, שאינם ראוים לה – מה שיחליש את האמון בנושיא במערכת הצדק כמדינה ככלל.

וכדומה. אילו עמדו בפני בית המשפט, לא היה בית המשפט משנה את החלטתו כלוא הנימה. הם מבקשים לשנות את המצב, לא מפני שבית המשפט נהג שלא בצדק, או מפני שהשלמת העונש תגרום אי-צדק, אלא משיקולים אחרים, כגון איחוד העם לאחר מלחמת אדחים. ההבדל בין שני סוגי השיקולים בולט במיוחד אם מניחים תיאוריה גמולנית (retributive) של ענישה, כפי שעושה קובל, כי לפי הנחה זו, שיקולי טובת הציבור שעשויים להיצע חנינה, לעולם אינם רלוונטיים לצדק שבענישה. לעומת זאת, אם מניחים כי צדק בענישה כולל גם שיקולים תועלתניים למיניהם, אזי לא תמיד קל להבחין בין שיקולי טובת הציבור שהם חלק משיקולי הענישה של המערכת המשפטית, לבין שיקולי טובת הציבור שהם "חיצוניים" למערכת זו. דוגמה ברורה לשיקול חיצוני כזה היא שחרור מחבלים בעיסוק חליפין. לפי כל הצידוקים המקובלים לענישה, אין צידוק לשחרר מעונשו מחבל שרצח אדחים או נקט פעולות אלימות אחרות. מבחינת הגמול מדובר במעשים חמורים, שהעושה אותם ראוי להיענש. מבחינת התועלת מדובר במעשים שיש לנו עניין להרתיע מפניהם, ומדובר בבני-אדם שיש לנו עניין להרחיק אותם ממעגל הטרור. אם בכל זאת ראוי לשחררם בעיסוק חליפין, אין זאת אלא משום ששלומם של שבוינו, כריאותם וטובתם חשובים בעינינו יותר מהשגת המטרות הנ"ל של הענישה. השחרור לא ילווה בתחושה המקלה שנעשה צדק, אלא בתחושה המעיקה שבלית ברירה הצדק נפגע.<sup>118</sup>

הבדל בולט בין שני סוגי השיקולים שלעיל קשור בשאלה מרכזית לגבי השלכות החנינה על העברייני: האם משמעות החנינה היא שהעברייני נקי כאילו לא חטא מעולם? שהוא פשע אך העונש היה חמור מדי? שהוא עברייני מבחינה פורמלית-יבשה, אך מבחינה מוסרית אינו ראוי לעונש? כאשר מדובר בשיקולים נייטרליים-לצדק, כמו במקרים של חלופי שבויים, החנינה אינה מבטלת במאומה את אשמתו של הפושע או את צידקת העונש. שהוטל עליו.<sup>119</sup> – היא רק משנה את העונש משיקולים כאמור של טובת הציבור. לעומת זאת, בחנינה משיקולים מקרמי-צדק יש לחנינה השלכות ברורות על אשמתו של העברייני ועל צידקת העונש.

<sup>118</sup> המחשבה ששיקול "חיצוני" הוא שהחיר הענקת חנינה לאנשי השב"כ כפרשת קי 300, עמדה ביסוד דבריה של המשנה לנשיא כן-פורת שטענה, כי "החנינה בטרם הרשעה מבוססת תמיד על מאבק בין האינטרס של שורתי הכלל בפני החוק לבין אינטרס חיצוני חשוב אחר" (עניין ברדלי, לעיל הערה 105, בע' 482). האכנס האינטרס החיצוני – ביטחון המדינה במקרה דנן – היה לחון את אנשי השב"כ, או דווקא להעמידם לדין, הוא שאלה אחרת. ראו ביקורתו הנקבת של קרמניצר, לעיל הערה 115, בע' 614-615.

<sup>119</sup> שהוה 425. p. 100, *supra*, note 100; Smith, *conviction let alone guilt; it remits sentence only*. "A lunatic in this form does not blot out either...".

לחיונה זו חרשן מייחז, והוא "exclusive remission", כדי להבחין בינה לבין חנינה אחרת.

חתימת הקיום של שר המשפטים, שהוא גורם פוליטי,<sup>121</sup> ולהתנת את הפעלת סמכות הנשיא ככך שתונח לפניו המלצה של ועדת מומחים, אשר תורכב משופטים בדימוס, קרימינולוגים, עובדים סוציאליים וכד'. הנשיא לא יוכל לחון בלא המלצה כזאת, אף כי יוכל שלא להיענות להמלצה. לעניות דעתי, קרמניצר נעצר שלב אחד מוקדם מדי: מאותו טעם, שיש להגביל את הסמכות להעניק חנינה בהמלצה של ועדת מומחים, יש להגביל גם את הסמכות שלא להעניק חנינה, כלומר יש לראות את המלצות ועדת המומחים כבעלות תוקף בלא תלות בדעת הנשיא. כשם שחתימת הנשיא אינה נחוצה לקיום פסקי-דין עקרוניים בעניינים שניים במחלוקת ציבורית, וכשם שאין היא נחוצה לקיום החלטותיה של ועדת השחרורים הנוכחית (כסמכותה לפי סעיף 49 לחוק העונשין), כך אין צידוק לכך, שתהיה נחוצה לקיום החלטות של ועדת המומחים המוצעת לגבי הקלה בעונשם של עבריינים.<sup>122</sup>

עד כאן לגבי הטענה, שניתן לבסס את מוסד החנינה על שיקולים מקרמי-צדק. טענתי, שיש להציא שיקולים אלו מסמכות הנשיא ולהפקידם בידי גוף משפטי, שיפעל בהתאם לעקרונות ענישה רציונליים, עקביים וגלויים.<sup>123</sup> גוף זה יעניק הקלות בעונש מתוך שיקולי צדק, לא מתוך חסד ורחמים.<sup>124</sup> האם ייתור עוד משהו מסמכות החנינה של הנשיא לאחר שנוציא ממנה את התפקיד של תיקון עוול? באופן מיוחד: האם תישאר סמכות בידו לחון, מתוך חסד גרידא, את מי שיעלה רצון מלפניו לחון? שאלות אלה מביאות אותנו לסוג השני של ביטוסים לחנינה שהגדיר קובל – שיקולים נייטרליים-לצדק.

שיקולים נייטרליים-לצדק עוסקים בהיבטים שונים של טובת הציבור, שבזכותם נכון לכאורה לחון עבריינים. המיוחד בשיקולים אלו, בניגוד לשיקולים מקרמי הצדק, שהם שיקולים חיצוניים לחלטין למערכת המשפטית – שיקולים ביטחוניים, פוליטיים, כלכליים

<sup>121</sup> לעניין זה השווה גם דעתו של חיים כהן, לעיל הערה 104, בע' 15, הסבור, שהנתיב החנינה בחתימת שר המשפטים, "אין לה זכר או צידוק לא בחוק ולא בהגיון".

<sup>122</sup> קרמניצר סבור שמוסד החנינה נחזק כדי לתת ביטוי לשניינים במעמדו של הנידון, במובן הרחב, או לשינויים חברתיים, המתחוללים לאחר גזר הדין הסופי, שיש להניח לגביהם, "שאילו היו מתחוללים לפני כן ומובאים לידיעת הרשות השופטת, היו משפיעים על גזר הדין" (מ' קרמניצר "חנינת השב"כ – האם עמד בית המשפט הגבוה לצדק במבחן? עיני משפט יב (תשמ"ז) 595, 609). אלא שדווקא בשל העובדה שמדובר בשניינים שביט המשפט היה מחושב בהם אילו היו לפניו, ראוי שהידיו כהם יהיה מופקי יבדי מי שהוא בעל ממשנת לעשייה זר" (שם), שלא יעוגן מסמכותו המופלגת של הנשיא.

<sup>123</sup> לביקורת על הפרקטיקה של חנינה כ"מתן כסתר", כעניין פרטי וסודי בין הנשיא ושר המשפטים לבין הווכח בחנינה, ראו ד' פרידמן "חנינה – מתן כסתר?" הפרקליט כה (תשכ"ט) 368.

כן-זאב "על פומביות החנינה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 368.

<sup>124</sup> לטיעונים מאלפים על הצורך בגוף שיוכל לתקן את הטעויות של בתי המשפט, ראו שלן, לעיל הערה 101.

שהנשיא יבטל את החלטתם מתוך רחמים על הנאשם? לאור כל האמור עד כאן, ברור שהתשובה לשתי שאלות אלה היא שלילית. אם נאשם כלשהו סבור שבית המשפט גור את דיוו בלא התחשבות מספקת בנסיבותיו המיוחדות, יכול הוא לערער על ההחלטה לערכאה גבוהה יותר. אם הערעור נדחה, וכל זאת בא הנשיא והופך את ההחלטה מתוך רחמים על הנאשם, הריהו "באזיה שהיא צורה עושה פלסטר את בית-משפט או הופך את שיקול-דעתו לשיקול-דעת מוטעה".<sup>123</sup> ואם הנשיא חן כמתנת חנם, כחסד מוחלט, הרי שראשית, נוצר כאן חוסר שוויון בלתי נסבל בין העבריינים הזוכים לחסד לבין אלו שאינם זוכים,<sup>124</sup> ושנית, נגרם חוסר צדק בכך, שעבריינים אינם מקבלים את העונש המגיע להם על מעשיהם הרעים.

הטיעון, שפיתחתי בחלק הראשון של המאמר, מחזק איפוא את הדרישה לשינוי יסודי של מוסד החנינה. שיקולים מקדמי-צדק להקלה בעונש או לביטולו צריכים להישמר בסמכותה של המערכת המשפטית, וראוי להוציאם מהפרוגרטיבה של הנשיא. שיקולים נייטרליים לצדק לביטול עונשים שנגזרו על-ידי בתי המשפט יישארו בסמכות הנשיא, והם יצדיקו הענקת חנינה במקרים נדירים ומיוחדים, כמו עסקות של חילופי שבויים. חנינה כחסד אינה מוצאת את מקומה אף באחת מקטגוריות אלו, ודומני, שאכן אין לה מקום בשיטת ממשל

תקינה.<sup>125</sup>

הקשיים ברעיון החנינה, במיוחד הסכנה הכרוכה בסמכות המופלגת המוענקת לנשיאים, למושלמים ולמלכים לחון את נחניהם, מעלים מאליהם את השאלה, כיצד מוסד זה שומר על כוחו כמעט בכל מדינות העולם,<sup>126</sup> כולל מדינות דמוקרטיות המקפידות על הפרדת רשויות. הרגישות, בדרך כלל, לשאלות של צדק ושוויון והנהגות ממערכות משפט מפותחות. חלק מההסבר הוא היסטורי וקשור בעובדה, שהסמכות לחון הייתה במשך דורות רבים חלק מההגדרה של הריבון. ברם, סבר זה אינו מספק. דומני, שהקושי לוותר על מוסד החנינה נעוץ באמביוולנטיות עמוקה לגבי רעיון הענישה, שכבר הייתה לנו הזדמנות להעיר עליה בסעיף ב(2). מצד אחד, כשאנו שומעים על פשע חמור, דמנו כוער בנו, ואנו דורשים עונש מתאים לעברייניו – בהתאם למה שמגיע לו. אנו חשים, שהעונשת הפרועה היא לא רק בגודל רשות אלא בגדר חובה של צדק – צדק שבגמול. מצד שני, כשאנו לומדים את נסיבות חייו

<sup>123</sup> דברי השופט משה בייסקי בתוך הסימפוזיון הנזכר לעיל הערה 96, בע' 22.

<sup>124</sup> השווה, למשל, לדברי המשנה לנשיא בן-פורת בעניין כרדיל, לעיל הערה 105, בע' 582: "הפחתת העונש לראובן ואי-הפחתתו לשמעון כאשר (לפי הנחתה) שניהם שורים, נורמת מינה ובה לאמליה בין שורים", וכן דברי השופט ברק (כתוארו אז), שם, בע' 618: "חנינה יוצרת יחס שוויון בין עבריינים".

<sup>125</sup> בניגוד לטענתו של אלוו סבור, שמידת חסד נמסרה לשימוש הרשות הזוטרת (לעיל, ליד הערה 80), וכן לדעתו של כהן סבור, ש"החנינה היא אקט של חסד על-לא"י (לעיל הערה 104, בע' 15).

<sup>126</sup> Kobil, *supra* note 99, at p. 575, n. 26.

הצדק לאפשר שחרור אסירים במקרים כמו חילופי שבויים מצביע על הצורך בגוף שיוכל לחון משיקולים נייטרליים-לצדק. אין זה סכרי להעניק סמכות זו לגוף משפטי או מעין-משפטי, שכן אנו עוסקים בפעולה הנוגדת במפורש את מדיניותו של המערכת המשפטית ואת הכרעותיה. הענקת סמכות החנינה לגוף פוליטי, כמו הממשלה, נשאת בחובה סכנה של שימוש לרעה. לכן במערכת הממשל הישראלית הנשיא הוא אכן הגוף המתאים ביותר להחזיק בסמכות האמורה. החלטת שלו כלחצים פוליטים לא-ענייניים קטנה יותר מהחלטות של גופים אחרים, והוא מסוגל לשקול בצורה טובה יותר את בקשות החנינה לגופן ולבחון האמנם מצדיקות הן את התערבותו.

הסמכות לחון משיקולים נייטרליים-לצדק נושאת בחובה סכנה ברורה של שימוש לרעה – כמו גם סכנה של שרירותיות ושל חוסר שוויון. כוחה לבטל החלטות מגומקת של בתי המשפט מהווה ערעור על סמכותה של המערכת המשפטית ועל תוקפה. ברור איפוא, שיש לצמצם סמכות חנינה זו למקרים נדירים.<sup>120</sup> השאלה, שעלינו לשאול עתה, היא האם רחמים על עברייני עשויים להיות כלולים בקבוצת מקרים אלה.

כדי להשיב על כך הבה נחזור למקרה של שחר חדר.<sup>121</sup> אין ספק שבגזירת דינו מן ההכרח היה להביא בחשבון את הנסיבות המיוחדות של המקרה. אף אחד מהשופטים שדנו בתיק בערכאה הראשונה כמו בערכאת הערעור, לא חלק על כך. שיקולי הצדק שבגמול חייבו, ששחר לא יקבל עונש כמו זה של רוצח רגיל. כדברי השופט הנזל, שצוטט לעיל, שחר חדר הוא "נאשם שיש להקל עמו, גם על פי מידת הדין".<sup>122</sup> האם יש מקום לומר, ששיטת השופטים שדנו בעניין – בבית המשפט המחוזי בבאר-שבע ובבית המשפט העליון – לא נתנו משקל ראוי למצבו המיוחד של הנאשם, וכי יש צורך בנוף נוסף – הנשיא – שישלים כביכול את המלאכה ויפחית את העונש? לעומת זאת, אם נניח, שהשופטים נתנו משקל ראוי למצבו של שחר חדר ואיזונו כאות בין שיקולי הענישה הרלוונטיים, האם יש מקום

<sup>120</sup> מבחינה הטיעון המפוח כאן לא צריכה להיות בעיה מיוחדת בחנינה שלפני הגשת כתב-אישום, כמו בפרשת החנינה לאנשי השב"כ (ענין כרדיל, לעיל הערה 105). חנינה משיקולים נייטרליים לצדק היא בכל מקרה צעד קיצוני ומרחיק לכת, המאיים על המערכת המשפטית, ואחת היא אם הניחונים הורשעו כבר או טרם הושבו על פסל הנאשמים. מבחינה מסוימת דומה שחנינה לפני הרשעה מהווה איום קטן יותר על מערכת המשפט הממשל מאשר האיום של חנינה לאחר הרשעה; במקרה הראשון עומדת לניחון חזקת פנות, ואין רדאות, שאכן כיצע את העבירות המיוחסות לו. במקרה השני הוחלט כבר שהוא כיצע את העבירות וצריך לשאת בעונש. יחד עם זאת, מבחינה המוסר הצבורי יש חשיבות לחשיפת האשמה המוסרית הרלוונטית – מטרה שאינה מושגת, אם מוענקת חנינה לפני משפט.

<sup>121</sup> לעיל, הערה 88.

<sup>122</sup> לעיל, ליד הערה 88.

אותו משם. את האמביוולנטיות ביחס לענישה אין לפתור כאמצעות הענקת סמכות חנינה לנשיא. אם אין צדק בענישה, ראוי שגם בתי המשפט לא יטילו עונשים, ואם יש צדק בענישה, ראוי ששום גוף חרץ-משפטי לא יוכל לפעול נגדו. גם אין זה ברוך, שמבחינת שיקולי ההרעה ומבחינת הדימוי של מערכת המשפט ושל הממשל בעיני הציבור, מה שאסור לבית משפט עשוי להיות מותר לנשיא – כביכול אם הנשיא ממתיק דינו של עבריין, יש לכך השפעה קלה יותר מהמתקת דינו בידי בית המשפט. התחושה של הציבור, שדרך מוסד החנינה (או ועדות שחרורים) יכולים עבריינים להשתחרר מהעונש המגיע להם, מחלישה את האמון ביכולתה של המערכת המשפטית לעשות צדק ומעודדת ספקות לגבי יושרה של שיטת הממשל באופן כללי. כך היה לגבי החנינה של הנאשמים בטבח בכפר-קאסס, החנינה של אנשי "המחתרת היהודית"<sup>133</sup> וחנינת אנשי השב"כ.<sup>134</sup>

ואת עברו של הפיזי, לטאנו מתכוננים בו מקרב ומשתחררים מהדימוי המפלצתי שיצרו לגביו, מכה בנו ההכרה, שולגא חסד האלוהים היה כל אחד מאתנו עומד שם, במקום שעומד הפושע הזה.<sup>127</sup> התחושות המעיקות לגבי חוסר הצדק בענישה מתחזקות ככל שהשנים עוברות ממועד ביצוע הפשע. כשאנו מרכזים את מבטנו כעבריינים היושבים כבר חמש או עשר שנים בכלא, הוודאות בעידקת העונש קפנה את מקומה לא פעם לחחושה מעיקה של חוסר-פשר, של מול רע. דומני שתחושה זו היא העומדת ביסוד הסירוב לוותר על מוסד החנינה. מוסד החנינה נתפש כמרכז במשהו את הסופיות של החלטות בית המשפט וכפונת פתח תקווה לעבריינים. אם אין צדק בענישה, כפי שסבור חיים כהן,<sup>128</sup> ואם למרות זאת בתי המשפט אינם יכולים שלא להעניש, זקוקים אנו לגוף אחר, שימתיק את הגלולה המרה,<sup>129</sup> שיתחשב בכך שמדובר ביצורים שאינם אלא בשר ודם. כהתאם לתפישה זו, חלוקת העבודה בין הרשות השופטת לבין זו החוננת היא כדלהלן: הרשות השופטת עושה כמצוות החוק.<sup>130</sup> גם כאשר היא חשה שעשייה זו גורמת חוסר צדק וחוסר שוויון. ואילו הרשות החוננת יכולה להיחלץ ממיטת הסדום של החוק ולקבל החלטות, שהשופטים היו שמחים לקבל – אילו היה הדבר ככוחם. דומני, שקו-חשיבה מעין זה עומד ביסוד ההפניה, שלעיתים מפנים שופטים את הנאשם לבקש חסד במקום שיוכל לקצאו. כך, למשל, אומר השופט זמיר בסוף חוות-דעתו בעניין שחר חרד, לאחר שדחה את ערעורו על חומרת העונש: "זה הדין. אך אין בכך בהכרח כדי לנעול שערי חסד לפני המעורר."<sup>131</sup> ניכר מחוות-דעתו, שאין השופט זמיר שלם עם שליחת חרד לכלא לתקופה של עשר שנים. עונשו, אומר זמיר, "כא לו מידי שמים, וכל עונש נוסף שבית המשפט יטיל עליו [נוסף על מה שקיבל כדיני שמייס] ישאיר אחריו שוכל של שאלות."<sup>132</sup> ברם הואיל ומבחינת הדין אין למצוא פגם בהחלטת בית המשפט המחוזי, אין הוא יכול לבטל את העונש. מה שנתגר הוא להפנות את המעורר לשערי החסד, שאם יצליח לבוא דרכם, אפשר שתעלה ארוכה למכאובו.

כפי שהדגשתי למעלה, חלוקת עבודה זו אינה מתקבלת על הדעת. אם מכלול שיקולי הענישה מחייב לשלוח אדם לכלא, אין זה הגיוני שהחכרה תסמיך גוף אחר שיוכל לשחרר

<sup>127</sup> ראו לעיל הערה 56.

<sup>128</sup> ראו לעיל, ליד הערה 54.

<sup>129</sup> על אי-רצונו של השופט כהן לצמצם את סמכות החנינה של הנשיא, שיש בה "משום הגדלת חסדו" לאותו המדינה, ראו דבריו בד"ר 13/60 היועץ המשפטי לממשלה נ' אהרן מתאנה, פ"ד טו(1) 430, 462-461.

<sup>130</sup> שם, 100.

<sup>131</sup> ע"פ 4419/95 לעיל הערה 88, בע' 768.

<sup>132</sup> שם, 100.

<sup>133</sup> הרופאים שבין חברי "המחתרת" שוחררו מהכלא לאחר שמונה שנים בלבד. ראו, למשל, שלף, לעיל

הערה 101, בע' 87.

<sup>134</sup> עניין ברזילי, לעיל הערה 105, לביקורת על החלטתו זו, ראו קרפניצ'ר, לעיל הערה 115, במיוחד ע' 615.