

מדריך למחוקק



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

סדריך לסחוקק

נדיב סרדכי | סרדכי קרסניצר | עסיר פוקס



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

A Handbook for Israeli Legislators

Nadiv Mordechay, Mordechai Kremnitzer, Amir Fuchs

עריכת הטקסט: יונה לוי
עיצוב וביצוע גרפי: אירית נחום
הדפסה: גרפוס פרינט, ירושלים

מסת"ב 978-965-519-166-0 ISBN

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשדר או לקלוט בכל דרך או אמצעי אלקטרוני, אופטי או מכני או אחר – כל חלק שהוא מהחומר בספר זה. שימוש מסחרי מכל סוג שהוא בחומר הכלול בספר זה אסור בהחלט אלא ברשות מפורשת בכתב מהמוציא לאור.

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה (ע"ר), תשע"ה

Copyright © 2015 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

טל': 02-5300888

אתר האינטרנט: www.idi.org.il

להזמנת ספרים:

החנות המקוונת: <http://tinyurl.com/idi-store>

דוא"ל: orders@idi.org.il

טל': 02-5300867 ; פקס: 02-5300800, 1-800-20-2222

כל פרסומי המכון ניתנים להורדה חינם, במלואם או בחלקם, מאתר האינטרנט.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא מוסד עצמאי, לא מפלגתי, הממוקם בתפר שבין האקדמיה לפוליטיקה. המכון עוסק בתכנון מדיניות ובעיצוב רפורמות בממשל, במינהל הציבורי ובמוסדות הדמוקרטיה.

בתכניותיו ובמפעליו המכון חותר לחזק את מוסדות הדמוקרטיה המתהווה בישראל ולגבש את ערכיה. בהמשך לעבודת מחקר מעמיקה הוא מגיש המלצות מעשיות לשיפור התפקוד של המשטר במדינת ישראל ולטיפול חזון ארוך טווח של משטר דמוקרטי יציב, המותאם למבנה, לערכים ולנורמות של החברה הישראלית. המכון שואף לקדם בישראל שיח ציבורי בנושאים שעל סדר היום הלאומי, ליזום רפורמות מבניות, פוליטיות וכלכליות, לשמש גוף מייעץ למקבלי ההחלטות ולקהל הרחב, לספק מידע ולהציג מחקר משווה.

החוקרים במכון הישראלי לדמוקרטיה הם אנשי אקדמיה, והם מובילים פרויקטים במגוון תחומים של החברה והמשטר בישראל. מחלקת ההוצאה לאור של המכון מפיקה, משווקת ומפיצה את פירות עבודתם.

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא זוכה פרס ישראל לשנת תשס"ט על מפעל חיים – תרומה מיוחדת לחברה ולמדינה.

הספר רואה אור הודות לתרומתה הנדיבה של קרן ברג.

תודות

את עבודת צוות המחקר של המדריך למחוקק ליווה פורום ציבורי־מקצועי בראשות נשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט מאיר שמגר. הפורום, שליווה את עבודת המחקר, נפגש בשנים 2012-2013 חמש פעמים בשולחן העגול ע"ש ג'ורג' שולץ במכון הישראלי לדמוקרטיה. לפורום היה חלק משמעותי בהתוויית תוכני המדריך וסגנונו, והמחברים מבקשים להודות לחבריו על שתרמו מזמנם, מתבונתם ומניסיונם הציבורי והמקצועי במסגרת הדיונים שהתקיימו במפגשים.

החברים בפורום, נוסף על הנשיא שמגר: פרופ' אלה בלפר, ד"ר איתי בר־סימן־טוב, מנכ"ל משרד ראש הממשלה (לשעבר) עו"ד אייל גבאי, שופטת בית המשפט העליון (בדימוס) דליה זורנר, ד"ר אילנה דיין, ד"ר אביטל דרמון, פרופ' אלכס יעקובסון, ד"ר אריק כרמון, פרופ' אסא כשר, השר וחבר הכנסת (לשעבר) ועמית בכיר במכון הרב יצחק לוי, עו"ד ארנה לין, היועץ המשפטי לממשלה (לשעבר) עו"ד מני מזוז, המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) השופט אליהו מצא, שר המשפטים (לשעבר) עו"ד משה נסים, פרופ' פניה עוז־לצברגר, גב' מלכה פיוטרקובסקי, שופטת בית המשפט העליון (בדימוס) אילה פרוקצ'יה, פרופ' מרדכי קרמניצר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (לשעבר) עו"ד יהושע שופמן, פרופ' ידידיה שטרן וגב' במבי שלג.

המחברים נעזרו גם בקוראים שתרמו בהערותיהם המצוינות לחלקיו השונים של המדריך: ד"ר איתי בר־סימן־טוב, גב' שירה ירום, עו"ד דן לנדאו, מר אודי פראוור, ד"ר תהילה שוורץ אלטשולר, עו"ד תליה שטיינר ועו"ד רועי ששון. כמו כן תרמו לנו מזמנם ומניסיונם: היועץ המשפטי לכנסת עו"ד איל ינון, עו"ד מירב ישראלי, עו"ד דניאל גרינברג, פרופ' ברק מדינה, עו"ד יהושע שופמן, ד"ר שירלי אברמי, הרב יצחק לוי, ד"ר יניב רוזנאי וח"כ סתיו שפיר.

תודה מיוחדת לאביגיל יוחנן מן המכון הישראלי לדמוקרטיה, מרכזת "פורום שמגר ליועץ בתהליכי החקיקה", על הסיוע המסור לצוות המחקר בארגון ובתיאום הפרויקט.

האחריות לאמור במדריך היא שלנו בלבד.

נדיב מרדכי, מרדכי קרמניצר ועמיר פוקס

אפריל 2015

תוכן העניינים

15

דברי הקדמה - סאיר שמוגר

17

דברי סבוא - סרדכי קרמניצר

17

תפקידם של חברי הכנסת בדמוקרטיה הישראלית

19

על המדריך: תכליתו ותוכנו

20

תודות ותקווה להועיל

23

מדינה דמוקרטית - אסא כשר

23

המטרה: הבנת הדמוקרטיה

24

הדמוקרטיה כפתרון בעיה: הצעד הראשון

25

הדמוקרטיה כפתרון בעיה: הצעד השני

25

השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם

27

הסדרים הוגנים

29

סוגי הקונפליקטים

31

עקרונות היסוד ליישוב קונפליקטים: עקרון הזכויות הבסיסיות

32

עקרונות היסוד ליישוב קונפליקטים: עקרון שלטון הרוב

36

שני העקרונות: ההבדלים והיחסים ביניהם

37

ההגנה על העקרונות

40

מדינת לאום דמוקרטית

43

המיעוט במדינת לאום דמוקרטית

44

תפקידי המחוקק

- 48 1. חקיקה מאחורי מסך הבערות ◀
- 48 א. מסך הבערות
- 49 ב. יישום מסך הבערות בעקרונות החקיקה
- 52 2. עקרון ההימנעות מחקיקה רטרואקטיבית ◀
- 52 א. כללי
- 53 ב. מהי חקיקה רטרואקטיבית?
- 53 ג. חקיקה רטרואקטיבית – מדוע לא?
- 54 ג(1) השיקולים נגד חקיקה רטרואקטיבית
- 55 ד. חריגים לכלל
- 55 ד(1) חריגים לאיסור
- 56 ה. רטרואקטיביות בדין הישראלי
- 57 ו. משפט משווה (רטרואקטיביות בעולם)
- 57 ז. עקרונות חשובים בעת חקיקה רטרואקטיבית
- 58 ח. רטרואקטיביות וההקשר החוקתי
- 61 3. עקרון כלליות החוק והימנעות מחקיקה פרסונלית ◀
- 61 א. כללי
- 62 ב. מהי נורמה כללית?
- 63 ג. חקיקה פרסונלית – מדוע לא?
- 64 ד. חריגים
- 65 ה. חקיקה פרסונלית: הבחנות יסוד
- 67 4. עקרון יציבות החוק ◀
- 67 א. כללי
- 68 ב. מדוע על החוק להיות יציב?
- 69 ג. סייגים לכלל
- ד. עיקרון חשוב בשינוי החקיקה:
- 69 הבאה בחשבון של ההסתמכות הסבירה

- 71 ◀ 5. עקרון פומביות החוק
- 71 א. כללי
- 71 ב. פומביות החוק – מדוע?
- 73 ג. המשפט הישראלי
- 73 ג(1) ההקשר החוקתי
- 74 ד. משפט משווה
- 75 ◀ 6. עקרון בהירות החוק
- 75 א. כללי
- 75 ב. מדוע צריך חוק ברור ומובן?
- 77 ג. כללים וסטנדרטים
- 79 ד. דוגמאות בחוק הישראלי לחוק שאינו ברור ואינו ודאי
- 80 ה. עקרון בהירות החוק במשפט המשווה
- 81 ו. עקרון הקוהרנטיות והיעדר סתירות בחקיקה

- 83 ◀ 1. "אין פוגעים": חובתה של הכנסת לכבד את זכויות האדם.
להגן עליהן ולהגשים אותן
- 83 מבוא: מרכזיות תפקידה של הכנסת בהגנה על זכויות האדם
- 85 א. מהם המקורות לחיובות של מדינת ישראל לכבד את זכויות האדם?
- 85 א(1) מחויבות מכוח מהותן של זכויות האדם: מהי "זכות" ומהן "זכויות חוקתיות"?
- 85 א(2) מחויבות הכנסת מכוח מחויבותיה של ישראל בזירה הבין-לאומית
- 92 א(3) מחויבות מכוח החוקה: מתן הגנה חוקתית לזכויות האדם בחוקי היסוד
- 96 ב. מהי פגיעה בזכויות האדם שמפניה נדרש המחוקק להגן?
- 100 ב(1) שלב הגדרתה של פגיעה בזכויות האדם
- 100 ב(2) פגיעה בזכויות חוקתיות בישראל: רק מכוח ההיתר שבחוקי היסוד
- 103

- ג. הדרכים שבאמצעותן יכולים חברי הכנסת להגשים את זכויות האדם
- 104 (1) הליך החקיקה: חקיקת הזכויות והכרה בהשפעות החקיקה על זכויות האדם
- 105 (2) לאחר החקיקה: מעקב אחר יישום החוקים
- 106 (3) לא רק חקיקה: הקמת מנגנוני הגנה פרלמנטריים ושלטוניים בתחום זכויות האדם
- 107

2. פגיעה או הגבלה של זכויות בחוק או לפי חוק:

- דרישת ההסמכה ועקרון ההסדרים הראשוניים**
- 109 א. מהי דרישת ההסמכה?
- 109 ב. הדרישה להסמכה בחוק או לפי חוק כדי להתיר פגיעה בזכויות אדם
- 110 ג. חוק העונה על דרישת ההסמכה: אמות המידה להסמכה ראויה לפגיעה בזכויות
- 111 ד. ההבדל בין פגיעה בחוק לפגיעה לפי חוק
- 116 ה. היקף שיקול הדעת שניתן להעביר לידי הרשות המבצעת: עקרון ההסדרים הראשוניים
- 118 ו. מתי חלה חובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית?
- 120 ו(1) החוק משקף פגיעה בזכויות חוקתיות
- 120 ו(2) החוק משפיע על חיי הפרט והכלל
- 121 ו(3) החוק עוסק בשאלות יסוד השנויות במחלוקת חברתית
- 121 ו(4) יישום החוק כרוך בהחלטות הנוגעות לחלוקת תקציבים ומשאבים ברמה הלאומית
- 122 ו(5) החלטה על הקצאת משאבי טבע
- 122 ז. האם ניתן להעביר סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים?
- 122 ז(1) מומחיות מיוחדת של הרשות או של המאסדר
- 123 ז(2) הסדרים מיוחדים הנתונים לשינויים תכופים
- 123 ז(3) דחיפות מיוחדת והסדר זמני
- 123 ח. אילו אילוצים מטילה הדרישה שהסמכה לפי חוק תהיה מפורשת?
- 123 ח(1) הסמכה הקובעת אמות מידה כלליות לעומת הסמכה מפורטת פחות
- 124

3. ◀ **”שנועד לתכלית ראויה”:** דרישת התכלית הראויה
- 127 א. תכליות ראויות להגשמת טובת הכלל
- 129 ב. קטגוריות של טובת הכלל
- 129 ב(1) ערכים חוקתיים וזכויות
- 129 ב(2) קיום המדינה
- 130 ב(3) קיום המדינה כיהודית ודמוקרטית
- 130 ב(4) הגנה על ביטחון המדינה
- 130 ב(5) שלום הציבור
- 130 ב(6) צדק
- 131 ב(7) סובלנות
- 132 ג. הוכחת נחיצות התכלית הראויה
- 133 ד. הצהרה וניסוח מפורט של התכלית הראויה בהצעת החוק
4. ◀ **מידתיות**
- 135 א. בין מטרות לאמצעים: מהי מידתיות?
- 137 ב. היכרות עם שלושת מבחני המידתיות
- 137 ב(1) מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי
- 140 ב(2) מבחן הצורך או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה
- 144 ב(3) מבחן היחסיות או מבחן המידתיות במובן הצר
- 149 ג. מבחני המידתיות הם ”כוכבי הצפון” ולא מחשבונים!
- ד. מידתיות: אמת מידה לרשויות המינהל ואמת מידה בין־לאומית חשובה
- 150
5. ◀ **הליך חקיקה חוקתי: עקרונות היסוד של הליך החקיקה**
- 155 א. עקרון הכרעת הרוב
- 157 ב. עקרון השוויון הפורמלי
- 157 ג. עקרון הפומביות
- 159 ד. עקרון ההשתתפות האפקטיבית של חבר הכנסת
- 163 ה. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ומה ש”מעליה”
- ה(1) דוגמה ראשונה – פומביות, השתתפות ושיתוף: על שיתוף הציבור כערך חוקתי
- 165
- ה(2) דוגמה שנייה – ביסוס החקיקה על תשתית עובדתית מוצקה
- 168

- 173 1. סבוא ◀
- 174 2. מהם תהליכי הערכת ההשפעות? ◀
- 178 א. מנגנונים קיימים להערכת השפעות החקיקה של הכנסת
- 180 ב. הנחות יסוד לכלי המוצע
- 181 ב(1) הגישה המוצעת אינה משפטית אלא הטמעתית
- 181 ב(2) בחינת הצעת חוק על פי סטנדרט חוקתי חייבת להתבצע בכל יוזמת חקיקה
- 181 ב(3) שילוב המתודולוגיה הממשלתית (RIA) בתפיסת הערכת השפעות השונה ממנה מותאמת להליך החקיקה ורגישה להגנה על זכויות יסוד
- 181 ב(4) את שלבי התהליך ניתן ליישם גם בהצעות חוק שלא הוצעו על ידי חבר הכנסת המיישם
- 182
- 183 3. השלבים לביצוע הערכת ההשפעות של הצעת חוק ◀
- 184 א. הבעיה: אפיון הבעיה שעמה אמור החוק להתמודד
- 186 ב. התשתית העובדתית: ניהול תהליך של איסוף מידע ולמידה
- 186 ב(1) קביעת האיות הנדרשת לבחינה
- 187 ב(2) ההבדל בין הערכת השפעות בסיסית להערכה רחבת היקף
- 187 ב(3) בעיית המשאבים המוגבלים של הכנסת ומקורות המידע לביצוע הערכת ההשפעות
- 188
- 192 ג. היוועצות בבעלי עניין, במומחים ובקבוצות מן הציבור
- 193 ג(1) הגדרת קהלי היעד ותכנון היוועצות (גורמי ממשל, בעלי עניין, מומחים וקבוצות)
- 193 ג(2) מטרות היוועצות
- 194 ד. הגדרת התכלית החקיקתית
- 195 ה. גיבוש חלופות לפעולה
- 195 ה(1) הצבת חלופות רלוונטיות
- 195 ה(2) בניית החלופות בשילוב כלי חקיקה
- 197 ה(3) כנות בבחירת החלופות ושקיפות התהליך
- 198 ו. הפגיעה: אפיון הפגיעה האפשרית של התכלית בזכויות חוקתיות
- 198 ו(1) אפיון הפגיעה בזכויות יסוד כחלק אינטגרלי מתהליך הערכת השפעות החקיקה
- 198

200	ו(2) שילוב של הערכת השפעות חוקתיות בשלבים השונים של התהליך
202	ו(3) הרחבת זירות להערכת השפעות חברתיות של הצעה
207	ו(4) המלצות לאפיון הפגיעה בזכויות בהיעדר מגילת זכויות שלמה
208	ו(5) בחינת הפגיעה האפשרית של ההצעה בזכויות יסוד: שאלות מנחות לבדיקה
209	ז. ניתוח החלופות בראי השפעותיהן
209	ז(1) ניתוח החלופות
209	ז(2) השפעות ישירות וניתוח עלות-תועלת
210	ז(3) השפעות חברתיות וכלל-משקיות
212	ח. ניתוח חלופות בראי מבחני המידתיות
212	ח(1) מבחן ההתאמה (או מבחן הקשר הרציונלי)
213	ח(2) מבחן הצורך (או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה)
213	ח(3) מבחן היחסיות (או מבחן המידתיות במובן הצר)
214	ט. השוואה בין חלופות והצגת החלופה שנבחרה
214	י. אמות מידה לבחינת החקיקה בדיעבד
217	יא. דיווח פומבי על המדיניות שנבחרה
	◀ נספח 1: התפתחויות דמוקרטיות רלוונטיות לנושא אימוץ התהליך
219	בכנסת
226	◀ נספח 2: הרחבה על הליכי הערכת ההשפעות שכבר קיימים בכנסת
230	◀ נספח 3: סופס דיווח

דברי הקדמה

חקיקה מחייבת מיומנות וידע. כוונתי אינה רק לתוכן הדברים, אם כי גם נושא זה הוא כמובן מעיקרי החקיקה, שהרי התוכן הוא הנושא אשר אליו מתכוון כל מנסח. ואולם נוסף על התוכן אין להעלים עין מן הלבוש: הניסוח קובע לעתים קרובות אם המסר שאותו ניסה להעביר דבר החקיקה הוא ברור ומובן. ועל כן יש לתת את הדעת הן לתוכן, הן לכללים החלים על האמצעים שנקוט כדי שהמסר יהיה מובן וברור והן לעקרונות שהם המסד לביסוס החקיקה המוצעת, היינו העקרונות המלווים כתנאי שבלעדיו לא קיימת צורת הניסוח.

העקרונות שקובצו במדריך הלוט נועדו לכן לא רק לעניין הנוסח, אלא גם לכל מי שמבקש שהנושא יהיה מנוסח כראוי ושדבר החקיקה ישקף מסר נהיר ויבטא בצורה ברורה והולמת את הכללים החלים על החקיקה.

הכללים שגובשו במדריך נועדו לכוון כל גורם למגמה הנאותה שהיא בעלת חשיבות רבה. יש לשבח את מתן הדעת לעקרונות שבאו לשמש כללים מנחים למי שמבקש לכוון דבריו בניסוח דבר חקיקה נכון למטרה מוגדרת. הפעולה שנעשתה בתחום זה על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה היא לכן בעלת חשיבות רבה.

המדריך נמסר לעיון הציבור הרחב. נשמח לקבל בתשומת לב כל הערה, אך טוב גם יהיה אם המנסח העתידי של חוקי מדינתנו יהיה ער לאמור כאן.

ברכות לחברי הצוות שהכינו את המדריך. אני מקווה שכוונתם הטובה תושג במלואה.

בכבוד רב ובברכה,
נשיא (בדימוס) מאיר שמגר



דברי מנבא

אני מתכבד להגיש לכם את "מדריך למחוקק" בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה. צוות המחקר של המכון – נדיב מרדכי, ד"ר עמיר פוקס, עו"ד שלומית שטיין, עו"ד משה אוסטרובסקי, שחר אבימור, ויל קוביסון, בירטה ברודקורב ואנוכי – הכין את המדריך בהזרכתם של חברי הפורום לייעוץ בתהליכי החקיקה בראשות הנשיא (בדימוס) מאיר שמגר. בפורום לקחו חלק חוקרים ואישי ציבור מתחומי ידע וניסיון שונים, שנענו להזמנתו של הנשיא שמגר והשתתפו בכמה מפגשי שולחן עגול שקיימנו במכון במשך כשנה ובהם דנו בסוגיות שנגעו לכתיבתו של המדריך.

◀ תפקידם של חברי הכנסת בדמוקרטיה הישראלית

משעה שנבחרתם, חבר הכנסת וחברת הכנסת, קיבלתם עליכם את המשימה העילאית במדרג המשימות האזרחיות שבדמוקרטיה המודרנית – ייצוג הציבור ברשות המחוקקת, בכירת הרשויות ומקור החוקים. אתם נבחרו הציבור הבכירים של ציבור האזרחיות והאזרחים בישראל, ושליחותכם היא קבלת ההחלטות הראשוניות והחשובות ביותר בשם האזרחים ולמענם. אתם אמונים על הגשמת ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית ברוח הכרזת העצמאות ועל מימוש תפקידה החוקתי של הכנסת בהגנה על זכויות האדם. נוסף על מלאכת החקיקה אתם נושאים גם בתפקיד החשוב של פיקוח על הממשלה ובאחריות להליך התקצוב. לפיכך נתונה בידיכם החתירה המתמדת לקידום תכליות ציבוריות שונות לטובת החברה הישראלית, הערכה של המחירים השונים הכרוכים בכך והאחריות למציאת דרכים למימוש יעיל של התכליות ומזעור מחירן.

מלאכת החקיקה חשובה מאין כמותה, שכן היא מצמיחה את המערכת הנורמטיבית העיקרית של המדינה, זו שמתחת לנורמות החוקתיות. היא מעצבת את טיב המשטר ומשפיעה על אופייה של החברה. היא מעין תעודת הזהות שלה. חקיקה ראויה – כלומר צודקת, הוגנת, שוויונית ויעילה – איננה מבטיחה את התפקוד הנאות של מוסדות ויחידים, אולם היא תנאי הכרחי לתפקוד כזה. בלעדיה אין תקומה לחברה.

מלאכת החקיקה היא גם מלאכה קשה במיוחד. כיצד מוודאים שקיים צורך חברתי ממשי, המצדיק התערבות של המחוקק דווקא, בלי להסתפק בנורמה החברתית הנוהגת, או שניתן לנקוט אמצעים שאינם חקיקה? איך נאבחן כי התכלית שאותה מבקשים לקדם היא הראויה? האם האיזון בין המידה הצפויה של קידום התכלית ובין עוצמת הפגיעה בזכות הוא מידתי? מהי נורמה שמצד אחד מקיפה את כל השדה הנגזר מתכליתה ומצד אחר אינה לוקה בתחולה רחבה מדי? מהי הדרך שבה נשקול את לשון ההכללה של הנורמה שאין מנוס ממנה ואת המציאות העולה על כל דמיון וכיצד נברר שהם אינם מביאים לתוצאות קשות ובלתי רצויות? או במילים אחרות – איך נוודא שהנורמה אינה לוקה בקשיחות יתר? כיצד מבטיחים כי הנורמה משיגה את מטרתה להיות ברורה ומובנת כדי שתוכל להדריך את נמעניה בלי שתאבד את הגמישות הנחוצה, בייחוד במציאות נזילה ומשתנה במהירות? כיצד מוודאים שהנורמה אינה נכנעת מהר מדי למציאות הנוהגת, אך גם אינה מטילה על הציבור גזרה שאינו יכול לעמוד בה? איך מבטיחים שהאינטרס הקבוצתי־פרטיקולרי שהמפלגה התחייבה לפני חבריה ותומכיה לקדם מתורגם כהלכה במעשה החקיקה לאינטרס כלל־ממלכתי ולנורמה המחויבת לשוויון כלל התושבים? קשה שלא להתרשם כי מה שנדרש מן המחוקקים לשם בנייה מושכלת של הבניין הנורמטיבי ועיצוב מדויק וקולע של כל נורמה הוא לא פחות ממלאכת מחשבת, מעשה ידיהם של אמנים.

הדמוקרטיה הישראלית, בניין מתמשך בידי בנותיה ובניה של חברה מורכבת ולא אחת משוסעת, עושה את תפקידם של המחוקק והמחוקקת הישראלים למורכב אף יותר. ראשית, במדינה הנתונה במציאות קבועה של איומים וסיכונים ביטחוניים, ברמות משתנות, מתחייב איזון מושכל בין צורכי הביטחון הממשיים בראייה ארוכת טווח ובין שמירה על זכויות האדם שפגיעה בהן עשויה להידרש לשם הגנה על הביטחון. נדרשת תשומת לב מתמדת לכך שתוך כדי הבטחת הביטחון לא תפסיד המדינה במערכה עקב אובדן אופייה כמדינה דמוקרטית ושוחרת חירות ושוויון. שנית, במציאות חיינו בארץ הזאת נדרש איזון בין מתן ביטוי לייחוד הזהותי והתרבותי

של קבוצות שונות בציבור הישראלי ובין מתן משמעות ותוכן ל"ביחד" הישראלי, להעמקת הצד המשותף האזרחי הרחב. שלישית, כאמור, מילוי התפקידים של המחוקק והמחוקקת כפרטים ושל הכנסת כולה מוכוון להגשמת ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית. על פי השקפתנו, השאיפה היא שכתובים אלה לא רק שלא יכחישו זה את זה אלא גם ישלימו ויחזקו איש את רעהו. זהו אתגר גדול שלא קל להגשימו.

ואם לא די באלה, העידן המודרני הופך את תפקיד המחוקקים למורכב ורב־ממדים אף יותר. מתחדדת יותר מאי־פעם סוגיית השיתוף של הציבור הרחב בהליכי החקיקה. מורכבות הסוגיות ו"קיצור הזמן אל העתיד" בשל שינויים מהירים שמתרחשים מגדילים את האתגר המקצועי שהמחוקק נדרש להתמודד עמו. בה בעת עולה החשיבות לחקיקה מבוססת ידע (evidence-based) בעולם של היצף מידע וזרימתו ממקורות רבים ושונים, חלקו מצד בעלי עניין; מתבהרת החובה להתמודדות שקופה ונחושה עם אילוצים מגוונים ועם לחצים מצד קבוצות אינטרס. במיוחד גוברת חשיבותו החברתית והחוקתית של ניהול הליך חקיקה ראוי, שבו ניתן פתרון פה אמיתי ובנפש הפצה לכלל האינטרסים הרלוונטיים ולמכלול העמדות שבקרב הציבור. כל האתגרים האמורים משמעים שתפקידם של חברי הכנסת בישראל הוא תפקיד הרקוליאני, לא פחות. האתגר שעולה הוא ההכרח להגשים את המטרות הללו במסגרת האפשר והמצוי, מתוך מודעות למגבלות השונות שעמן מתמודדים חברי הכנסת.

◀ על המדריך: תכליתו ותוכנו

המדריך שבחרנו להכין שונה במובנים רבים ממדריכים המיועדים לאנשי מקצוע העוסקים בעולם החקיקה. אין מדובר במדריך לניסוח חוק (Drafting Manual), דוגמת אלה שכבר קיימים במשרד המשפטים ובלשכה המשפטית של הכנסת. המדריך שלנו אינו מתיימר להמיר את "התורה שבעל פה" של אמנות החקיקה ל"מדריך למשתמש". התכלית העומדת לנגד עינינו אחרת – הצגת היבטים תורת־משפטיים וחוקתיים הנוגעים במישורין לעבודת חברי הכנסת כדי לסייע להם בהיכרות עמם ולתת בידיהם כלים לשימוש בהם וליישום שלהם. המדריך מציע אפוא היכרות עם עקרונות יסוד לאפיון החוק וגם היכרות רחבה עם התפקיד החוקתי של הכנסת והעקרונות החוקתיים החלים עליה.

המדריך בנוי מארבעה פרקים. פרק ההקדמה נכתב בידי פרופ' אסא כשר, ואנו מודים לו מאוד על תרומתו החשובה באפיון הדמוקרטיה. אפיון כזה הוא נקודת מוצא הכרחית למלאכת החקיקה במדינה דמוקרטית. הפרק הראשון – עקרונות יסוד לחקיקה טובה – מציג את העקרונות הבסיסיים בשאלה "מהו חוק", בהסתמך על עקרונותיו היסודיים של המלומד לון פולר. בין השאר הפרק כולל דיון בשאלת כלליות החוק; אמות מידה לתנאים לפסילת חקיקה רטרואקטיבית; והעיקרון של חקיקה "מאחורי מסך בערות" מבית מדרשו של ג'ון רולס, ככלי נוסף לחשיבה על הצעות לחקיקה באמות מידה של צדק. הפרק השני מתמקד בחקיקה חוקתית. הוא מציג את העקרונות והכללים הבסיסיים של החוקה המהותית בישראל ואת החשיבה החוקתית שצריכה לבוא לידי ביטוי במלאכת החקיקה. הפרק פותח במבוא קצר שעניינו ההגנה החוקתית על זכויות האדם והדגשת תפקידו של המחוקק בהקשר זה. אחרי כן מוצגים רכיביה של פסקת ההגבלה החוקתית, המשרטטת את התנאים לפגיעה מוצדקת מן הבחינה החוקתית בזכות יסוד. מחוקק המקפיד על התקיימותם של תנאים אלה מבטיח את חוקתיותו של החוק, משביח את מעשה החקיקה ומייתר את הצורך בהתערבות של בית המשפט. חלק מיוחד בפרק השני מוקדש להליך חקיקה ראוי. מודגש בו תפקידים הקריטי של חברי הכנסת בעיצוב של הליך חקיקה נאות, מבוסס מידע וכזה המקיים תרבות פרלמנטרית של שיתוף, דיון וייצוג. הפרק השלישי והאחרון של המדריך – הערכת השפעות החקיקה – מציג לחברי הכנסת הליך להכנת הצעת חוק העובר דרך כמה תחנות ומאפשר שקילה של העקרונות שבשני הפרקים הקודמים ושילובם בשלבי הכנת החקיקה. חלק זה נכתב מתוך מודעות לכך שחברי הכנסת פועלים בעולם של משאבים מוגבלים. לפיכך ההליך מוצע בתור כלי עבודה רק להצעות חוק מרכזיות ("הצעות חוק דגל") שחברי הכנסת שואפים לקדם בכל מושב.

◀ תודות ותקווה להועיל

אנו מבקשים להודות מקרב לב לחברי הפורום על שתרמו לנו מזמנם, ניסיונם, רוחב דעתם ועצתם הטובה לגיבוש המדריך. בהנהגתו של הנשיא (בדימוס) שמגר סיעה לנו הפורום לגבש את המדריך מתוך ראייה רחבה של תפקיד המחוקק בדמוקרטיה הישראלית ובתוך כך להתמודד עם סוגיות חברתיות, משפטיות וחוקתיות וגם עם

מחלוקות, שהעשירו מאוד את המוצר הסופי. למדנו, כמשפטנים, להעריך את חשיבות תרומתם לחשיבה על מעשה החקיקה של מי שאינם משפטנים.

מדריך למחוקק הוא, מטבע הדברים, פתח דבר לתורת החקיקה. אין הוא יכול, ואין הוא מתיימר, להקיף את התורה כולה, שהיא עמוקה ורחבה מני ים. אין הוא תחליף ללימוד מצטבר מחיי המעשה והניסיון, שהוא מהחשובים שבמורים, ומעיון במקורות ראשוניים ואחרים של תורת החקיקה.

אנו מקווים שעלה בידינו להעמיד כלי עזר ראשוני לחברי הכנסת ולעוזריהם ולסייע בידיהם במלאכה החשובה והקשה שהיא שליחותם. אולי מותר לקוות שהמדריך יועיל גם למשתתפים אחרים בהליכי החקיקה – לממשלה, לארגונים חברתיים ולציבור, ואף לאזרחים ואזרחיות המתעניינים במעשה החקיקה.

אסיים בדבריו של מנחם בגין על מהותה וערכה של דמוקרטיה בפרלמנט:

הן תסכים איתי, אם אומר, כי דמוקרטיה אין פרושה רק צורת שלטון, אלא מעיקרה היא אורח חיים. דמוקרטיה, לפי דעתי, פירושה קודם כל הכרת אמת בשוויון האדם ושנית שכנוע. אם אין איש יכול לשכנע את רעהו, לא יתכנו חילופי שיטה וחילופי גברי הקשורים בהם. ושלטון בלי חילופים הוא שלטון על העם ולא של העם. חילופי שיטה וגברים הם אמת הבניין הדמוקרטי. אבל – התלהב ידידי – איך יתכן שכנוע הדדי, אם יש שנאה הדדית? השנאה גורמת לאטימת אזניים, להמתת רצון ההקשבה, לחיסול כושר השמיעה. לכן לא אגזים, אם אומר, כי אויבתה הראשונה של הדמוקרטיה היא השנאה.

(הרשות המחוקקת והאופוזיציה בדמוקרטיה הישראלית בהשקפתו של מנחם בגין, סדרת פרסומים המוקדשת להגותו של מנחם בגין, מרכז מורשת בגין, 2014, עמ' 28)

פרופ' מרדכי קרמוניצר
סגן נשיא למחקר
המכון הישראלי לדמוקרטיה



מדינה דמוקרטית

אסא כשר

◀ המטרה: הבנת הדמוקרטיה

כל אחד ואחת מאתנו מכיר מדינות דמוקרטיות רבות, בדרך כלל מרחוק. בכל מדינה דמוקרטית מוכרת בולט לעין סממן של המשטר הדמוקרטי: בלונדון בולט הפרלמנט הבריטי, פריז מתעטרת בארמון האליזה של נשיא צרפת ובוושינגטון – בית המשפט העליון של ארצות הברית. קל להתרשם ממראה כל אחד מן המוסדות הללו ופשוט לדלות פרטים רבים על תולדותיו, דרכיו והישגיו. אלא שבכל אלה אין די כדי לפעול כראוי במסגרת מוסד מן המוסדות העיקריים של המדינה הדמוקרטית. לשם כך חובה להבין כי מדובר באחד ממוסדותיו של המשטר הדמוקרטי השלם ולפעול על יסוד ההבנה הזאת.

ההבנה שלנו מתחווורת בנוגע לדבר מה לא כשאנחנו מזהים את המבנה שלו, את פעולותיו ואת תוצריו, אלא כשאנחנו יודעים להשיב למה הדבר בנוי כך? למה אלה הפעולות שלו ולמה אלה התוצרים שלו? לפיכך הבנת משטר דמוקרטי פירושה לא רק לדעת כיצד המשטר בנוי ומתנהל אלא גם לדעת למה הוא בנוי כפי שהוא בנוי ולמה הוא מתנהל כפי שהוא מתנהל? בשאלות הללו נעסוק להלן בפרק זה.

נקודת המוצא שלנו היא שהמשטר הדמוקרטי הוא פתרון של בעיה מסוימת, וכל מרכיב חשוב בו הוא חלק מן הפתרון של אותה בעיה. לפיכך הבנת מהותו של המשטר הדמוקרטי מתחילה בהכרת הבעיה שהמשטר הדמוקרטי בא לפתור.

נציג את הבעיה הזאת בשני שלבים: ראשית נכיר את הבעיה שביסוד משטר כלשהו, ושנית נבין את הבעיה הייחודית שביסוד המשטר הדמוקרטי.

◀ הדמוקרטיה כפתרון בעיה: הצעד הראשון

המצב האנושי הרווח יוצר את בעיית הקונפליקטים בין בני אדם. קודם כול, על פי משל קדום, כשם שפרצופיהם של בני אדם שונים זה מזה, כך גם דעותיהם שונות זו מזו. לכל אדם יש ערכים ואמונות, רצונות ואורחות חיים שהם לטעמו. על יסוד כל אלה אדם מעצב לעצמו את התכניות המעשיות שלו במסגרות האישיות, המשפחתיות, הקהילתיות, הלאומיות, התרבותיות וכיו"ב. אילו היה יכול כל אדם לממש את כל התכניות המעשיות שלו במלואן ולפי טעמו, היה יכול להיות שמח בחלקו. אלא שבמצב האנושי הרווח אין אדם יכול לממש במלואן את כל התכניות המעשיות שלו מפני שלעמים קרובות הן מתנגשות בתכניות המעשיות של זולתו ומשקפות ערכים אחרים או אמונות שונות, רצונות משלו או אורחות חיים מנוגדים לשלו. ובשעה שבני אדם באים לממש את התכניות המעשיות שלהם, לא אחת הם מוצאים את עצמם בקונפליקט, כלומר במצב שבו אי־אפשר לממש את כולן בעת ובעונה אחת. לדוגמה, אדם אחד מעוניין בסביבה שיש בה דממה רבה כיוון שהיא עוזרת לו ללמוד או ליצור, שעה שאדם אחר מעוניין בסביבה שאין בה דממה רבה כיוון שהוא עוסק בנגינה או בשירה במקלה, ויחד הם אינם יכולים לקיים סביבה שבה מתממשות התכניות המעשיות שלהם; שהרי לא תיתכן סביבה שיש בה דממה רבה ואין בה דממה רבה בעת ובעונה אחת. מה אמורים לעשות בני אדם כאלה במצב של קונפליקט כזה שהתגלע ביניהם?

בכל מצב של קונפליקט באה לידי ביטוי הבעיה הכללית: כיצד אמורים לחיות זה לצד זה בני אדם בעלי תכניות מעשיות שונות, המשקפות הבדלים משמעותיים בערכים ובאמונות, ברצונות ובאורחות החיים? הדעת נותנת שבני אדם לא יעסקו בכל מצב של קונפליקט כשהוא לעצמו, אלא ינסו לגבש תשובות כוללות לשאלה מה הן הפעולות הראויות שיעשו בשעת קונפליקט. כך אנחנו מגיעים לחלק הראשון של הצגת הבעיה שהמסטר הדמוקרטי בא לשמש לה פתרון: מה הם ההסדרים האמורים לאפשר לבני אדם לחיות אלה לצד אלה, למרות ההבדלים העקרונתיים ביניהם, המובילים אותם למצבי קונפליקט בגין התכניות המעשיות שלהם?

כל משטר ראוי לשמו אמור לכונן פתרון לבעיה הזאת. לדוגמה, במלוכה מוחלטת, שבה מלך יחיד שולט בכל אורחות החיים של נתיניו, מערכת ההחלטות, החוקים והמוסדות של המלך הם הפתרון. על פיו יישק דבר. בכל קונפליקט שעל הפרק נוהגים על פי החלטת המלך, או על פי חוק שהמלך חוקק בדבר קונפליקטים כאלה,

או על פי הנחיות מוסד שהמלך כונן לפתרון. ההסדרים המלכותיים הללו אמורים להנחות את האזרחים כיצד יחיו אלה לצד אלה למרות המחלוקות שביניהם. גם משטר שבו שליט יחיד שאינו מלך ומשטר שבו קבוצה קטנה שלטת בכל הנעשה במדינה מכוננים פתרונות משלהם לבעיית הקונפליקטים. אולם ההסדרים שהם מכוננים שונים מאוד מן ההסדרים המאפיינים את המדינות הדמוקרטיות.

◀ הדמוקרטיה כפתרון בעיה: הצעד השני

המשטר הדמוקרטי אמור גם הוא לפתור את בעיית הקונפליקטים ולהנחות את התנהגות האזרחים כשהם מוצאים את עצמם במצבים של קונפליקט. אולם ההסדרים של משטר דמוקרטי יש סממנים ייחודיים. הבעיה העומדת לפתרון אינה מה יהיו ההסדרים שינחו את האזרחים וכיצד יחיו אלה לצד אלה למרות הקונפליקטים שביניהם, אלא מה יהיו ההסדרים ההוגנים השומרים על כבוד האדם באשר הוא אדם, שינחו את האזרחים כיצד לחיות אלה לצד אלה, למרות ההבדלים העקרוניים ביניהם והקונפליקטים המעשיים המתגלעים בשל כך. השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם בהסדרים הוגנים היא עיקר מהותו של המשטר הדמוקרטי, והיא שמבדילה אותו מכל משטר מסוג אחר. ראוי להדגיש, משטר שאין בו שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם בהסדרים הוגנים אינו בגדר משטר דמוקרטי כלל. עקרון השמירה הזאת אינו מבדיל בין דמוקרטיה "ברמה גבוהה" לבין דמוקרטיה "ברמה בינונית" או "ברמה נמוכה", אלא בין משטר שהוא בגדר דמוקרטיה למשטר שאינו בגדר דמוקרטיה כל עיקר. כדי להבין את מהות הדמוקרטיה יש להכיר על בוריים את רעיונות השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם ואת ההסדרים ההוגנים לכך. נעבור אפוא להצגה קצרה של כל אחד מהם.

◀ השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם

תורת השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, או בלשון המסורת – השמירה על כבוד האדם שנברא בצלם – עומדת על ארבעה עקרונות:

ראשית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד לאדם, יחס המבדיל את האדם לטובה לעומת כל חפץ, כל רכוש וגם כל בעל חיים שאינו אדם. דוגמה פשוטה ביותר להתנהגות אנושית כזו מתגלמת בהנחיה שבפרקי אבות: "הווי מקדים

שלום לכל אדם". כלומר, אדם המקדים שלום לזולתו מזהה אותו כאדם ובכך נוהג בו באופן חיובי ומיוחד. כפי שנראה, ההבדל בין יחס חיובי לאדם ובין יחס אנושי אל חפץ ודומיו יבטא את ההבדל האיכותי ביניהם.

שנית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד לאדם באשר הוא אדם, בין שהוא אהוב או קרוב או שותף או דומה ובין שלא. מובן מאליו שיחס חיובי מיוחד לאדם אהוב יכול להיות שונה באיכותו מיחס חיובי המיוחד לאדם אחר. אולם יהא אדם אשר יהא, ראוי להתייחס אליו באופן חיובי מיוחד אפילו הוא שונה, זר או רחוק ואפילו שנוא. יחס חיובי מיוחד אינו מאפשר שום התנהגות משפילה. לא בא בחשבון גם שום גילוי של עמדה גזענית שיש בה הטפה לגילוי מובהק של יחס שלילי לאדם בשל מרכיב כלשהו של זהותו, דוגמת צבעו, מינו, עדתו, עמו, דתו או תרבותו וכיו"ב. אין מצב שבו מותר לראות באדם כמי שאבד לו צלם האנוש שלו. כך גם היחס לאויב – יחס לאדם שהוא בגדר אויב ולא יחס לאויב שאינו בגדר אדם.

שלישית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד אל האנושיות שבאדם, או בלשון המסורת – אל הצלם שנברא בו. ראוי אפוא שהתנהגות אנושית תבטא יחס חיובי מיוחד אל החירות ואל התבונה שבאדם באשר הוא אדם, אל היכולת המובהקת של האדם לעצב ולכונן צורת חיים אנושית ולקיימה על פי טעמו, ערכיו ואמונותיו כדי לחיות כאוות נפשו. זוהי יכולת אנושית, המאפשרת לאדם לדבוק במערכת נתונה של ערכים ואמונות במסגרת אורח חיים מן המוכן, כשם שהיא מאפשרת לו לפתח לעצמו ערכים ואמונות במסגרת אורח חיים חדש או במסגרת גוון חדש של אורח חיים נתון, וכשם שהיא מאפשרת לו לשנות את ערכיו, אמונותיו ואת אורח חייו, בינו ובין עצמו ועל פי טעמו.

הדרך החשובה ביותר לבטא יחס חיובי מיוחד ליכולת האנושית הזאת היא לקיים מסגרת מעשית מוגנת של חירויות, שיש בה הכרה מעשית בזכויות האדם והאזרח בתחומים הבסיסיים של החיים, במתכונת המוכרת בכל מדינה דמוקרטית. במשטר שיש בו שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם אמורים כל גוף וכל אדם להיות זהירים מאוד כשהם מתכוונים לעשות מעשה או לכונן הסדר שעולה ממנו הגבלה או פגיעה בחירות בסיסית כלשהי של האדם. לשם השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם דרושים נימוקים כבדי משקל ומכריעים כדי להצדיק הגבלה על חירות בסיסית כלשהי.

רביעית, ראוי שההתנהגות האנושית תבטא יחס חיובי מיוחד אל האנושיות שבאדם גם באופן שבו מוטלת הגבלה על חירותו, בלידת ברירה. חירויות האדם הן רבות, ואם כולן מתקיימות ללא כל מגבלות – כי אז הן מתנגשות זו בזו. למשל, אין מנוס מהתנגשות בין החירות הבלתי מוגבלת של אדם להגיע לכל מקום ברחבי המדינה לחירותו להיות בעל בית משלו, "ביתו הוא מבצרו", שבו הוא קובע מי יבוא בשעריו. ההסדרים של המשטר האמורים להנחות את האזרחים כיצד לנהוג במצבים של קונפליקטים ביניהם וכיצד עליהם לנהוג במצבים שבהם חירות בסיסית אחת סותרת חירות בסיסית אחרת. כיוון שהמשטר הדמוקרטי דורש שמירה על כבוד האדם בכל הנסיבות, גם כשיעלה צורך להגביל את החירויות הבסיסיות כשהן מתנגשות זו בזו, ידרוש המשטר לשמור על כבוד האדם. משטר השומר על כבוד האדם יטיל מגבלות על חירות בסיסית כלשהי רק אם המגבלות עולות מעצם החובה לשמור על כבוד האדם. כך למשל, חירות התנועה מוגבלת ככל שהיא פוגעת בחירות הקניין; אבל היא לא תוגבל על יסוד הרצון של אדם כלשהו שלא לראות בקרבת ביתו אדם אחר שאינו רצוי בעיניו, שהרי אין לאדם חירות בסיסית להדיר בני אדם מן הסביבה הציבורית שהיא רשות הרבים.

◀ הסדרים הוגנים

במדינה דמוקרטית השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם היא חובת הכול – אזרח, קהילה, תאגיד ובעיקר המדינה עצמה על כל מוסדותיה. ההסדרים שמכוננת ומקיימת מדינה דמוקרטית לשמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם אמורים להתאים לארבעת העקרונות שפורטו לעיל, אבל לא רק להם. מדינה דמוקרטית אמורה לכוון ולקיים אך ורק הסדרים הוגנים להנחיית התנהגותם של האזרחים במצבי קונפליקט, באופן שיש בו שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם.

כדי שהסדר ליישוב קונפליקטים בין אזרחים יהיה הוגן, עליו לעמוד קודם כול בדרישת הניטרליות. כדי לעמוד על טיבה של דרישה זו, נתבונן בתפקיד הניטרליות בשיפוט הספורטיבי: לפני השופט מתנהלות שתי קבוצות. המשחק בין הקבוצות עומד כולו בסימן הקונפליקט שביניהן – מי תנצח, מי תפסיד. השופט אמור להיות ניטרלי במובן הפשוט; אין לו יחס מוקדם המעדיף קבוצה אחת על פני יריבתה, וכל ההחלטות שלו במהלך המשחק נקיות לחלוטין מגילוי כלשהו של העדפה. ככלל, הסדר הוגן ליישוב קונפליקטים הוא הסדר שאינו מביא לידי ביטוי שום דעה קדומה

כלפי אחד הצדדים שבקונפליקט, באופן המעדיף אותו על פני זולתו. הדבר דומה לאזרח המוצא את עצמו בבית המשפט, כצד בעימות משפטי עם זולתו – שהוא קונפליקט לכל דבר – והשופט אמור להיות נקי מכל דעה מוקדמת לזכות אחד מן הצדדים. כך גם כשמדינה דמוקרטית מקיימת בחירות לפרלמנט שלה. ההסדרים מאפשרים למפלגות השונות להתמודד אלה באלה, בלי שיינתן לחלק מהן יתרון מוקדם כלשהו על פני יריבותיהן. אולם כשהסדרי הבחירות מקנים יתרון מוקדם כלשהו, יש בכך סטייה לא ראויה מדרישת הניטרליות ומתוך כך גם סטייה לא ראויה מעקרון ההגינות.

חוקיה של מדינה דמוקרטית אמורים גם הם ליישב קונפליקטים בלא העדפה מוקדמת של אזרחים מסוג אחד על פני אזרחים מסוג אחר. חוקיה של מדינה דמוקרטית אמורים שלא להיות נגועים באפליה כלשהי לטובת קבוצה אחת של אזרחים או לרעת חברתה. החוקים הללו יכולים לכלול הבחנה בין קבוצה אחת לאחרת אבל לא באופן היוצר אפליה. לדוגמה, חוקים של מדינה מתוקנת יכוננו תמיכה כלכלית בחינוך ילדים, באשפוז חולים, בסעד לנזקקים. ההבחנה בין ילדים למבוגרים, ההבחנה בין חולים לבריאים, ההבחנה בין נזקקים למי שאינם נזקקים – אף לא אחת מהן תיחשב לאפליה. מפני שבהקשרי הכינון והקיום של הסדרי תמיכה כלכלית, ההבחנה היא עניינית ואינה בגדר אפליה שמטבעה אינה עניינית. כך לדוגמה, שופט במשחק עלול להעניש שחקן של קבוצה אחת ולפטור מעונש שחקן של קבוצה אחרת. אם יעשה זאת מפני ששחקן אחד עבר על חוקי המשחק שעה שהאחר שמר עליהם, זו תהיה הבחנה ראויה. אולם אם השופט יעניש רק אחד מהם מפני שהוא שייך למועדון ספורט מסוים, או מפני שהוא בעל צבע עור מסוים, או מפני שהוא בן דת מסוימת או כל עניין דומה, יהיו אלה החלטות לא ענייניות. שכן אין להן דבר וחצי דבר עם התנהלות מהלך המשחק, ועל כן הן ייחשבו לגילויים של אפליה פסולה. כך במשחק, כך בחקיקה. הבחנה עניינית ראויה לביטוי ואילו הבחנה לא עניינית היא אפליה שאינה ראויה לביטוי והיא פסולה בהחלט.

עקרון ההגינות דורש אפוא מן ההסדרים של המדינה להיות ניטרליים וענייניים שעה שהם שומרים על כבוד האדם באשר הוא אדם על פי ארבעת העקרונות האמורים. זוהי אם כן הבעיה שמדינה דמוקרטית באה להיות לה פתרון: מה יהיו ההסדרים ההוגנים השומרים על כבוד האדם באשר הוא אדם, המנחים את האזרחים כיצד לחיות אלה לצד אלה, למרות ההבדלים העקרוניים ביניהם ועל אף הקונפליקטים המתגלעים ביניהם בחיי המעשה.

חשוב להבין, גם החובה לשמור על כבוד האדם באשר הוא אדם וגם החובה לקיים הסדרים הוגנים ניתנות לתיאור במונחים של שוויון. שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם אמורה להיות שמירה שוויונית על כבוד האדם. הסדר הוגן אמור להיות הסדר בעל מרכיבים שוויוניים מהותיים. לא נרבה לנסח את דברינו במונחי שוויון, אלא במונחי כבוד האדם וההגינות, בעיקר כדי להראות בכל הקשר כיצד הדברים נעוצים בחובת השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם או בחובת כינונם וקיומם של הסדרים הוגנים.

◀ סוגי הקונפליקטים

כשמתבוננים במדינות דמוקרטיות המוכרות לנו, אנחנו מגלים כי הן פותרות את בעיית הקונפליקטים באמצעות שני עקרונות יסוד. לכאורה, מדינות דמוקרטיות נראות שונות זו מזו, אולם בבחינה מעמיקה של המשטר הדמוקרטי תמיד מתגלים שני עקרונות היסוד הללו.

כדי להבין את הצורך בשני עקרונות היסוד, עלינו להבחין בין שני סוגים של קונפליקטים המתגלעים בין אזרחים; בקצרה נכנה אותם קונפליקטים ברמת היחיד וקונפליקטים ברמת הכלל. במרכזו של קונפליקט ברמת היחיד עומדת תכנית מעשית של אדם יחיד (או משפחה, קהילה וכד'), המעוררת התנגדות של אדם אחר (או משפחה, קהילה וכד'). למשל, אדם רוצה להחזיק בדירתו שבבית משותף כלב קטן, נקי ושקט, אבל שכניו רוצים שבבית המשותף שלהם לא יהיו חיות מחמד; אדם רוצה לעמוד בחזית אולם תאטרון ובידו שלט בגנות הצגה המועלית בו, אבל באי ההצגה אינם רוצים לראות הפגנה כזו בגנותה; אדם רוצה לרכוש דירה העומדת למכירה בשכונה במרכז העיר, אבל אחדים מתושבי השכונה אינם רוצים בו מפני שהיבט מסוים של חייו אינו מוצא חן בעיניהם. קונפליקטים ברמת היחיד רווחים בחיינו ומוכרים לכל אחד ואחת מן הניסיון האישי.

קונפליקטים ברמת הכלל הם בעלי אופי אחר. במרכזם עומדת תכנית מעשית של הכלל, כפי שהיא מוצעת על ידי תנועה (או אדם יחיד או עמותה, מפלגה, מוסד וכד'), המתנגשת בתכנית מעשית אחרת של הכלל, כפי שהיא מוצעת על ידי תנועה אחרת (או אדם יחיד או עמותה, מפלגה, מוסד וכד'). תכנית מעשית של הכלל אינה מטעם כל האזרחים, כזו שכולם סמכו עליה את ידם, אלא תכנית האמורה להיות

לטובת הכלל ולהתבצע בידי הכלל. לדוגמה, לפי תכנית מעשית אחת של הכלל, כפי שהיא מוצעת על ידי קבוצת אזרחים בעלי עניין בטבע, אזור מסוים במדינה יהיה שמורת טבע ולא תורשה בו שום בנייה למגורים. אולם לפי תכנית מעשית אחרת של הכלל, כפי שהיא מוצעת על ידי קבוצת אזרחים בעלת עניין במגורים באזורים פתוחים ועתיירי נוף מרהיב, אותו אזור לא יהיה שמורת טבע ותורשה בו בניית שכונה למגורים. ההחלטה על עתידו של אזור כזה אינה בידי אף אחת מן הקבוצות הללו, אלא בידי הכלל באמצעות מוסדות המדינה, האמורים להחליט על יסוד שיקולים של טובת הכלל. דוגמה מסוג אחר לתכנית מעשית של הכלל, כפי שמפלגה אחת בעלת אידאולוגיה כלכלית מסוימת מציעה, כוללת הפרטה של כל מפעלי התשתית שבבעלות המדינה; לעומתה, תכנית מעשית גם היא של הכלל, כפי שמציעה מפלגה אחרת בעלת אידאולוגיה כלכלית מנוגדת, כוללת הלאמה של מפעלי התשתית שבבעלות תאגידים פרטיים או ציבוריים. כל אחת משתי התכניות הללו מוצגת על ידי תומכיה, בצדק, כתכנית האמורה לשיטתה להיות לטובת הכלל ולהתבצע בידי הכלל באמצעות מוסדות המדינה. ודוגמה מן התחום הפוליטי: תכנית מעשית אחת של הכלל, המוצעת על ידי מפלגות ותנועות אחדות, כוללת הכרזה על סיפוח רמת הגולן למדינת ישראל; תכנית מעשית אחרת גם היא של הכלל, המוצעת על ידי מפלגות ותנועות אחרות, כוללת נסיגה של ישראל מרמת הגולן עד קו המצוקים במסגרת הסדר מדיני עם סוריה; ותכנית מעשית שלישית של הכלל, המוצעת על ידי מפלגות ותנועות נוספות, כוללת השארת המצב הפורמלי הנוכחי של רמת הגולן כמות שהוא. שלוש התכניות מבקשות לשרת את טובת הכלל על פי תפיסות שונות, וכל אחת מהן אמורה להתבצע בידי הכלל באמצעות מוסדות המדינה. ברמת הגולן מתגוררים בני אדם, חלקם חיו בה – הם או הוריהם – קודם שנכבשה במלחמת ששת הימים; וחיים בה אזרחי ישראל שהתיישבו, וישבו או נולדו ברמת הגולן לאחר שנכבשה באותה מלחמה. בד בבד לדיון השיטתי בקונפליקט שבין התכניות המעשיות ברמת הכלל, יתקיים דיון שיטתי בקונפליקטים בין תושב כלשהו של רמת הגולן לזולתו בדבר עתיד חייו ברמת הגולן. ומובן מאליו שידונו בשאלות הזיקה בין קונפליקטים ברמת הכלל ובין קונפליקטים ברמת היחיד. נחזור לסוגיה הזאת להלן.

◀ עקרונות היסוד ליישוב קונפליקטים: עקרון הזכויות הבסיסיות

במשטר של כל מדינה דמוקרטית יש עקרון יסוד המיועד לפתור קונפליקטים המתגלעים ברמת היחיד ועקרון יסוד אחר המיועד לפתור קונפליקטים המתגלעים ברמת הכלל. נתבונן עתה בקצרה בעקרונות היסוד הללו.

במשטר דמוקרטי, הסדר הוגן ליישוב קונפליקטים ברמת היחיד, השומר על כבוד האדם באשר הוא אדם, הוא הסדר המבטא את עקרון הזכויות הבסיסיות של האדם והאזרח. נחזור ונדגיש, משטר שעיקרון זה כלל אינו מתבטא בו – לא ייחשב למשטר דמוקרטי. לא בתואר "דמוקרטיה ראויה לשמה" אנחנו עוסקים כאן, אלא בעצם התואר "דמוקרטיה", שאין לו מקום אם עקרון הזכויות הבסיסיות של האדם והאזרח אינו מתבטא כראוי במשטר. לעיקרון הזה מרכיבים אחדים, כדלהלן:

ראשית, לכל אזרח שמורה משפחה של חירויות בתחומים הבסיסיים של חייו האנושיים, המאפשרת לו לעצב לעצמו ולפי טעמו אורח חיים בעל משמעות ההולם את ערכיו ואמונותיו בעצמאות, כיחיד, כבן משפחה, כחבר קהילה, כבן עם או קבוצה אתנית, כבן דת או קבוצה אידאולוגית, כבן תרבות או מסורת וכיו"ב, כרצון כל אחד ואחת.

שנית, לכל אזרח שמורה אותה משפחה בדיוק של חירויות בסיסיות אלה.

שלישית, לכל אדם הנמצא במדינה ונתון לאחריותה ואינו אזרח שלה שמורה משפחה דומה של חירויות בתחומים הבסיסיים של החיים; ההבדל העיקרי בין אדם כזה לאזרח יהיה בתחום ההשתתפות בהחלטות של הכלל באמצעות מוסדות המדינה. בנסיבות מיוחדות, בייחוד על רקע פלילי, ייתכנו הבדלים גם בתחום עצם השהות במדינה.

רביעית, החירויות הבסיסיות של האזרח מוגבלות אך ורק כדי לאפשר לכל בעלי החירויות הללו ליהנות מכולן בעת ובעונה אחת; החירויות הבסיסיות של אדם שאינו אזרח מוגבלות גם בהשתתפות בהחלטות של הכלל.

חמישית, ההגבלות על החירויות הבסיסיות חלות על כל בעלי החירויות באותו האופן, מלבד הסדרי ההשתתפות בהחלטות של הכלל והסדרי השמירה על כבוד האדם המחייבים מגבלות נוספות, דוגמת מגבלות המוטלות בתחומים שונים על

קטינים ומגבלות המוטלות בתחום הפעילות הפוליטית על לובשי מדים.

שישית, הסדרי המדינה לימוש עקרון הזכויות הבסיסיות של האדם והאזרח אמורים לכונן, לקיים ולטפח זכויות בדין באמצעות חקיקה מכוננת, חקיקה רגילה ופסיקה של בתי המשפט.

שביעית, הסדרי המדינה אמורים להגן על כל אחד מבעלי הזכויות הבסיסיות מפני כל פגיעה מידי רשויות, תאגידים או בני אדם כלשהם.

שמינית, הסדרי המדינה אמורים לכונן, לקיים ולטפח את התשתית ההכרחית לימוש זכות בסיסית כלשהי בידי בעליה.

עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים מיישב קונפליקטים המתגלעים ברמת היחיד ומותיר את ההחלטה בדבר התכנית המעשית של האדם בתחום בסיסי כלשהו של חייו בידיו הוא, בגבולות הזכות הבסיסית שלו בתחום זה. עיקרו של דבר, אדם באמונתו יחיה.

שמונת מרכיבי עקרון הזכויות הבסיסיות של האדם והאזרח עומדים בדרישות השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם ודרישות ההגינות.

◀ עקרונות היסוד ליישוב קונפליקטים: עקרון שלטון הרוב

במשטר דמוקרטי, הסדר הוגן ליישוב קונפליקטים ברמת הכלל, השומר על כבוד האדם באשר הוא אדם, הוא עיקרון המוכר בתור שלטון הרוב. מטבע הדברים, עיקרון שתכליתו ליישב קונפליקטים ברמת הכלל יהיה שונה מעיקרון שתכליתו ליישב קונפליקטים ברמת היחיד, גם אם שניהם אמורים לעמוד באותן הדרישות של שמירה על כבוד האדם ודרישות ההגינות.

בפתח התיאור של עקרון שלטון הרוב ראוי להדגיש כי המונח "שלטון הרוב" עלול להטעות, אם יובן כתיאור גס של המשטר הדמוקרטי במונחים של חלוקה מתמדת של אזרחים בין רוב למיעוט, מזדמנים או קבועים, והפקדת אורח החיים של כולם בידי קבוצת הרוב, המזדמנת או הקבועה. למעשה, הביטוי שלטון הרוב מבטא רעיון אחר לגמרי.

עקרון שלטון הרוב מכונן הליכים לקבלת החלטות מטעם הכלל, שיש בהן הכרעה לטובת תכניות מעשיות מסוימות של הכלל. מדינות דמוקרטיות נבדלות זו מזו במשפחת ההליכים המסדירה בכל אחת מהן את עקרון שלטון הרוב. אולם בכל מדינה דמוקרטית באשר היא מדינה דמוקרטית, ההליכים הללו אמורים לשמור על כבוד האדם באשר הוא אדם ולהיות הוגנים.

להלן אחדים מן ההליכים האפשריים לקבלת החלטות מטעם הכלל, הנהוגים במדינת ישראל או במדינות אחרות:

(א) בחירות: אזרחי המדינה, שבהיותם בגירים הם בגדר בעלי יכולת אישית להשתתף בהליכים של קבלת החלטות של הכלל, בוחרים נציגים לפרלמנט של המדינה על יסוד קרבה או הזדהות ערכית או אידאולוגית.

השמירה על כבוד האדם: בהליך הבחירות השמירה על כבוד האדם באה לידי ביטוי בהסדר של נציגות ערכית או אידאולוגית; האדם בוחר לנציגו את מי שמתאימים לערכיו ואמונותיו כדי שיפעלו בשמו במוסד הנבחר.

נדגיש, בחירת נציגים בבחירות אישיות או מפלגתיות אמורה להיעשות על יסוד קרבה או הזדהות בתחומי ההשקפות. זוהי הלוגיקה של הבחירות הללו, גם אם בפועל לא תמיד הן נעשות על בסיס ערכי או אידאולוגי.

הגינות: בהליך הבחירות ההגינות באה לידי ביטוי בהסכמה שלכל אדם יש קול אחד השקול בהשפעתו על תוצאות הבחירות לכל קול אחר.

שלטון הרוב: הליך הבחירות משתתף ביצירת מסגרת שבה יתקבלו החלטות בכוח הרוב, ועל כן להליך זה נודעת חשיבות למימוש העיקרון של שלטון הרוב.

(ב) משאל עם: בהליך כזה אזרחי המדינה, שהם בעלי יכולת אישית להשתתף בהליכים של קבלת החלטות של הכלל, אינם בוחרים נציגים על יסוד קרבה או הזדהות, אלא מביעים במישרין את הערכים והאמונות שלהם בשאלה מסוימת העומדת על הפרק וקובעים בכך במשותף את ההחלטה של הכלל.

נבהיר מיד, משאל עם אינו יכול להיות המנגנון היחיד או אפילו העיקרי לקבלת החלטות של הכלל. זהו מנגנון המתאים להקשרים מסוימים של מחלוקות ערכיות ביסודם של קונפליקטים ברמת הכלל.

השמירה על כבוד האדם: בהליך של משאל עם השמירה על כבוד האדם יוצאת אל הפועל בהצבעתו של אדם, המבטא בכך את ערכיו ואמונותיו כאוות נפשו ובמסגרת קבלת החלטה של הכלל.

הגינות: בהליך של משאל עם ההגינות באה לידי ביטוי בהסכמה שלכל אדם קול אחד השקול בהשפעתו על תוצאות המשאל לכל קול אחר.

שלטון הרוב: משאל עם הוא הליך לקבלת החלטות של הכלל בכוח הרוב, כפי שנראה להלן בדבר כל הליך של הצבעה, ועל כן אפשר לראות בו חלק חשוב של מימוש העיקרון של שלטון הרוב.

(ג) הצבעות: בשעה שקבוצה מסוימת של בני אדם אמורה לקבל החלטה משותפת בנושא מעשי כלשהו, ועל הפרק עומדות כמה הצעות החלטה שאינן עולות בקנה אחד זו עם זו, ראוי לקיים דיון מלא, חופשי, שיטתי וגלוי בכל אחת מן ההצעות שעל הפרק, כשהיא לעצמה וגם בהשוואה לחלופות שעל הפרק. דיון באיכות כזו עשוי להשפיע על המשתתפים בו לכאן או לכאן. ייתכן שדיון כזה יוביל לפשרה שתהיה מוסכמת על הכול ותמנע את הצורך מלהכריע בין הצעות ההחלטה שעמדו על הפרק. עם זאת לעתים אין מנוס מקבלת החלטה בזכות אחת מן ההצעות כנגד כל השאר, ולשם כך נערכת הצבעה. הלוגיקה של הליך ההצבעה היא שההצעה הזוכה בשיעור התומכים הגדול ביותר היא שמתקבלת הלכה למעשה. ייתכן שהתומכים בהצעה כלשהי אינם מהווים רוב בקרב המשתתפים בהצבעה או בקרב בעלי הזכות להשתתף בה, אולם אין בכך דופי מנקודת המבט של עקרון שלטון הרוב.

השמירה על כבוד האדם: ערך זה ניכר באופן ההתנהלות של הדיון המוקדם, שבו שמורה לכל אחד אותה האפשרות להציג עמדה, להביע תמיכה או התנגדות, להעלות הצעה נוספת, כחלופה או כפשרה וכיו"ב. השמירה על כבוד האדם באה לידי ביטוי בהליך של הצבעה, שבו כל משתתף אמור לבטא בהצבעתו את ערכיו ואמונותיו כאוות נפשו במסגרת קבלת החלטה המשותפת.

הגינות: בהליך של הצבעה לכל אדם קול אחד השקול בהשפעתו על תוצאות ההצבעה לכל קול אחר. יתר על כן, כיוון שאין מנוס מהכרעה מעשית בזכות הצעת החלטה אחת ומכיוון שכל קול שקול במשקלו לכל קול אחר, יש יתרון להצעה אחת על פני הצעה חלופית אם תומכים בה יותר מצביעים.

בצד ההליכים הללו והליכים דומים נזכיר גישה שאמנם אינה מתבטאת בהליכים מוכרים בכל מדינה דמוקרטית, אבל מן הראוי שתבוא לידי ביטוי בביצוע כל תהליך של קבלת החלטות כשעולה קונפליקט ברמת הכלל.

כל הליך הכרוך בהכרעה בין עמדת הרוב לעמדת המיעוט מוביל למצב שבו עמדת הרוב באה לידי ביטוי מלא ועמדת המיעוט הייתה כלא הייתה. לעתים אין מנוס מהכרעה כזו. לדוגמה, כשעל הפרק עומדת בחירת אדם לתפקיד ראש הממשלה, מבקר המדינה או נשיא המדינה, אין מנוס מהכרעה המביאה לתפקיד אדם אחד וזונחת לחלוטין את המועמדים האחרים. אולם בדרך כלל לא אלה הם פני הדברים. ככלל, ראוי לחפש דרך שאמנם תביא בחשבון את יחסי הכוחות בין הרוב למיעוט, ובהתאמה לעקרון שלטון הרוב תעדיף את עמדת הרוב על פני עמדת המיעוט, אולם לא תבטל את עמדת המיעוט כאילו לא עלתה וכאילו אין לה תומכים שעקרונות המשטר חייבים בכבודם. דרך אחת שמן הראוי לנסות להשתמש בה בכל מחלוקת עקרונית מעבירה את הדיון מן המישור שבמרכז עימות בין עקרונות אל מישור שתכליתו גיבוש הסכמה מעשית בין בעלי עמדות עקרוניות שונות. בדרך כלל, הדיון במישור של עימות בין עקרונות לא יסתיים בפשרה המתחשבת במיעוט; מפני שמטבע הדברים בעלי עמדות עקרוניות בשאלות ערכיות, דתיות או לאומיות, אינם מגלים נכונות להתפשר ברמת העקרונות, כלומר לוותר על חלק מעיקרון שהוא בנפשם. ועם זאת בעלי עקרונות שונים ואף מנוגדים יכולים להגיע להסכמה מעשית בדבר הסדרים שיהיו הוגנים; מצד אחד תהיה בהם שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, מצד אחר ההסדרים יתאימו לעמדות העקרוניות של כל אחד מן הצדדים על פי שיקוליו הוא. חתירה להסכמה מעשית ללא פשרה ברמת העקרונות פירושה חתירה להסכמה כללית – תוצאה רצויה מאין כמוה של הדיון והתהליך כולו. אולם חתירה להסכמה מעשית ללא פשרה ברמת העקרונות ובלא הסכמה כללית, אבל מתוך התחשבות הן ביחסי הכוחות שבין הרוב למיעוט והן בדעת המיעוט, היא שראויה לעקרונות של משטר דמוקרטי.

באמצעות הליכים כאלה ואחרים, העומדים בדרישות השמירה על כבוד האדם ובדרישות ההגיונות, המשטר הדמוקרטי פותר בעיות של קונפליקטים ברמת הכלל.

◀ שני העקרונות: ההבדלים והיחסים ביניהם

כאן ראוי לציין הבדל חשוב בין עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים לעקרון שלטון הרוב. אמנם שני העקרונות מבטאים הסדרים הוגנים שיש בהם שמירה על כבודו של כל אדם באשר הוא אדם, ובכל זאת יש ביניהם הבדל חשוב. עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים משאיר את ההחלטה בדבר טובתו של אדם בידי האדם עצמו. האדם יחליט מהי טובתו ויממש אותה בחייו על פי טעמו, במגבלות הזכויות הבסיסיות של האזרחים. אדם יחליט בינו לבין עצמו, בתוך משפחתו, בקרב קהילתו, על פי דתו, מסורתו, אמונותיו וכד' כאוות נפשו. האדם אדון לתפיסת טובתו במלוא מובן המילה. לעומת זאת, תפיסת טובת הכלל נעשית בדרך אחרת לגמרי. הכלל חייב לגבש לעצמו תפיסה אחת מתוך קשת של תפיסות מתחרות בנושא כלשהו שעל הפרק באמצעות ההליכים של עקרון שלטון הרוב. זו תהיה התפיסה שתחייב את הכלל, והיא תבצע בידי מוסדות המדינה. אולם לא בהכרח תהיה זו התפיסה של כל אחד ואחת, ויתכן שאף לא תהיה זו התפיסה של רוב האזרחים, אלא רק של הקבוצה הגדולה ביותר, זו שתמכה בתפיסה מסוימת.

יתר על כן, תפיסת טובתו של אדם יחיד כטוב בעיניו יכולה לתת מקום חשוב או אפילו מרכזי למשפחתו, לחבריו, לקהילתו, לעמו, לבני דתו או אמונתו, ככל העולה על רוחו. לעומת זאת, תפיסה שמחזיקים בה בני אדם במסגרת קונפליקט ברמת הכלל אמורה להיות לשם טובת הכלל, אך לא תפיסה בדבר טובתו של חלק מן הכלל, מגזר זה או אזור אחר. כך למשל, תפיסה המחייבת הפרטה של מפעלי התשתית אמורה להיות עמדה למען טובת הכלל שעל פיה לכולם ייטב אם מפעלי התשתית יופרטו; ואילו תפיסה המחייבת הלאמה של מפעלי התשתית אמורה להיות עמדה לטובת הכלל שעל פיה ייטב לכולם אם מפעלי התשתית יולאמו. עקרון שלטון הרוב אינו בא להכריע בשם הכלל לטובת אינטרס של קבוצת אנשים מסוימת, הגדולה בשיעור חבריה מכל קבוצה אחרת. תפקידו של עקרון שלטון הרוב הוא להכריע בשם הכלל לטובת תפיסה של טובת הכלל, הזוכה לתמיכה רבה יותר מן התמיכה שזוכה לה כל תפיסה חלופית.

לאחר שעמדנו על טיבם של שני עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, כל אחד מהם כשהוא לעצמו, עלינו להבהיר את היחס ביניהם. בעיקרו של דבר מדובר בשני עקרונות נפרדים; כל אחד מהם מיועד לפתרון קונפליקט מסוג מסוים. עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים מיועד ליישוב קונפליקטים ברמת היחיד ואינו

מיישב קונפליקטים ברמת הכלל. עקרון שלטון הרוב מיועד ליישוב קונפליקטים ברמת הכלל ואינו מיישב קונפליקטים ברמת היחיד. המשטר הדמוקרטי עומד אפוא על שניהם ואינו מתמצה באחד מהם. זוהי טעות גמורה לזהות את המשטר הדמוקרטי על פי עקרון שלטון הרוב ולהתעלם בכך מעיקרון חשוב באותה המידה – הזכויות הבסיסיות של האזרחים. במשטר דמוקרטי לא באה בחשבון פגיעה בזכויות הבסיסיות של האזרחים על יסוד שיקולים של שלטון הרוב. משטר המאפשר פגיעה כזו, בחוקתו או בהליכותיו, אינו משטר דמוקרטי. בדומה לכך, טעות גמורה היא לזהות את המשטר הדמוקרטי עם עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים ולהתעלם בתוך כך מעיקרון חשוב באותה המידה – שלטון הרוב ביישוב קונפליקטים ברמת הכלל.

ההבדל המהותי בין שני עקרונות היסוד של המדינה הדמוקרטית אינו יוצר "חומה סינית" המפרידה ביניהם. מצד אחד אזרח רשאי להשתמש בזכותו הבסיסית להביע את דעתו ולהפגין בעד הצעה מסוימת לטובת הכלל, אחת מתוך קשת ההצעות שבקונפליקט המתגלע. ומצד אחר קבוצת אזרחים רשאית להעלות הצעה לטובת הכלל במסגרת קונפליקט, גם אם ההצעה באה לשנות את מעמדו של אדם יחיד בתחום כלשהו של חייו. מובן שבדרך להכרעה מעשית תחול חובה לבדוק אם השינוי המוצע במעמדו של אדם הולם את ההסדרים ההוגנים של שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, כפי שהם מתבטאים בזכויות היסוד של האזרח.

◀ ההגנה על העקרונות

מדינה דמוקרטית העומדת על שני עקרונות היסוד הללו אמורה להגן עליהם בהסדרים מעשיים הולמים. הסדרים מעשיים מטיבם נותנים מקום להבדלים רבים בין מדינות דמוקרטיות לבין עצמן, אבל בשלל ההסדרים המעשיים המוכרים במדינות הדמוקרטיות ניכרת מתכונת כללית הנהוגה בהן.

בדרך כלל, אין קושי רב להגן על העיקרון של שלטון הרוב בנוגע להכרעה בקונפליקטים ברמת הכלל. שלטון הרוב מתבטא בעיקרו בהליכים של קבלת החלטות בתחנות שונות, דוגמת בחירות כלליות, החלטות הכנסת בשאלות מדיניות, החלטות ממשלה בשאלות מדיניות ועוד. בהנחה שההליכים הולמים את עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, אין הם זקוקים להגנה כשמדובר בעצם הפעילות לפיהם.

קושי בהגנה על העיקרון של שלטון הרוב עלול להופיע בשעה שעל הפרק עולה האפשרות לשנות את משפחת ההליכים המבטאים את העיקרון הזה ואף האפשרות לבטל הליך או להוסיף הליך. דוגמה פשוטה לכך היא חוקי הבחירות, המכוננים את אחד מן ההליכים של שלטון הרוב. בהזדמנויות שונות שנו חוקי בחירות כך או אחרת. בנסיבות כאלה מתעוררת השאלה מי יגן על ההגנות של משפחת ההליכים המכוננים את עקרון שלטון הרוב לאחר ששונתה? נשאר את השאלה הזאת ללא מענה ונחזור אליה בעוד כמה פסקאות.

ככלל, ההגנה על עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים היא מורכבת בהרבה. בעיקרו של דבר היא עומדת על שני מרכיבים: חוקה וביקורת שיפוטית. חוקה מלאה, הכוללת את מגילת זכויות האזרח והאדם, מכוננת תפיסה כללית בנוגע לזכויות הבסיסיות של האזרח.

סדרי המשטר אוסרים לפגוע בזכות בסיסית של האדם על יסוד עצם הרצון של רשות שלטונית כלשהי לפגוע בזכות, בנסיבות מזדמנות או בדרך קבע. תחיקה השומרת על כבוד האדם באשר הוא אדם מגבילה מאוד את היכולת של הרשויות להגביל זכות בסיסית של האזרח. התחיקה דורשת שתכלית ההגבלה תהיה ראויה, דוגמת ההגנה על זכות בסיסית אחרת. כן נדרש כי מידת ההגבלה תהיה מוצדקת, הווי אומר שאי־אפשר לממש את תכלית המגבלה באמצעות מגבלה חלשה יותר. וככלל דורשת התחיקה כי ההגבלה תהלום את עקרונות היסוד של המשטר, לרבות שמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם בהסדרים הוגנים.

באמצעים הללו התחיקה מבקשת להגן על האזרח מפני הרשויות, בראש ובראשונה מפני הממשלה – גוף ביצועי בעל כוח רב מאין כמוהו במשטר הדמוקרטי, וכן מגנה מפני המחוקק שבהקשר הישראלי הוא נשלט בידי רוב התומך בממשלה.

כך למשל, אם מתגלעת מחלוקת בין אזרח לרשות כלשהי, בכלל זה הכנסת, בעניין מגבלה שהוטלה על זכות בסיסית של אזרח, מי אמור להכריע בדבר מימוש הזכות הבסיסית? מובן מאליו שאף לא אחד מן הצדדים במחלוקת יהיה בעל הסמכות להכריע בה. שכן, יהיה זה הסדר לא הוגן בעליל. סוגיה זו מחייבת תשובה הוגנת וסבירה במסגרת הסדרי המדינה הדמוקרטית, הסדרים הוגנים לשמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם.

המשטר הדמוקרטי פתר את הסוגיות הללו בהסדרי הביקורת השיפוטית. בית המשפט הוא גוף הוגן, מקצועי ועצמאי, שמעצם תפקידו ובמסגרת האתיקה הקפדנית שלו עוסק בהכרעה הוגנת במחלוקות משפטיות הבאות לפניו. בית המשפט העליון אמור להיות בעל הרמה המקצועית הגבוהה ביותר מכלל בתי המשפט, שבכושרו לדון ולהכריע במחלוקות המשפטיות הכבדות והמורכבות ביותר המגיעות לפתחו.

במדינה דמוקרטית בית המשפט (בדרך כלל, העליון) הוא שיחיליט אם שינוי במשפחת ההליכים של שלטון הרוב הוא הוגן אם לאו, אם השינוי הולם את הסדרי השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם בהסדרים הוגנים אם לאו. כן יחליט בית המשפט אם המחוקק או רשות אחרת מגבילים זכות בסיסית כלשהי של האדם באופן הולם על פי תכלית ההגבלה, על פי מידתה ועל פי התאמתה לעקרונות היסוד של המשטר.

הניסיון להגביל את כוחו של בית המשפט להפעיל ביקורת שיפוטית נעוץ בטעות רווחת בדבר מהותה של הדמוקרטיה. הסוגיה העיקרית שמשטר דמוקרטי נדרש לענות עליה אינה מי הריבון, למרות חשיבותה העקרונית והמעשית, אלא מה הם ההסדרים ההוגנים של המשטר ליישוב קונפליקטים בין אזרחים ברמת היחיד וברמת הכלל. מדיניות ממשלה, המשקפת עמדה ערכית השלטת בקרב המצביעים ולפיכך גם בפרלמנט, יכולה להיות ביטוי של עקרון שלטון הרוב, אם היא מתגבשת בהליכים הוגנים של שלטון הרוב. אולם אין דומה הכרעה ממשלתית בשאלה ערכית בדבר טובת הכלל להכרעה הדרושה בשאלה מוסרית בדבר היקפן של הזכויות הבסיסיות של האזרחים. בית המשפט הוא שמופקד על תשובה מוסמכת בדבר הוצאתם אל הפועל של עקרונות היסוד של הדמוקרטיה וביטויים בתיחום הזכויות הבסיסיות של האזרחים. ההגנה המרכזית על הדמוקרטיה בנושאי הזכויות הבסיסיות של האזרחים ניתנת אפוא מבית המשפט.

ברקע הטיעון הזה עומדת הנחה בדבר איכות ההחלטות השיפוטיות, הסומכת על מעלותיהם של המכהנים כשופטים. על פי טבעה של המדינה הדמוקרטית, גם הליך לבחירת שופטים חייב להיות הוגן ותכליתו להבטיח את הרמה המוסרית, האתית, המקצועית והאנושית של הנבחרים למשרות השיפוטיות. הליך בחירת השופטים בישראל הוא הליך ייחודי ואין ספק בהגינותו.

◀ מדינת לאום דמוקרטית

אמנם הצגנו בקצרה את טיבה של המדינה הדמוקרטית, אולם בכך לא תמא מלאכת ההבהרה של יסודות המשטר. מדינת ישראל היא לא רק מדינה דמוקרטית אלא גם מדינת הלאום של העם היהודי. עתה עלינו להבהיר בקיצור נמרץ כיצד מדינה יכולה לממש את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה ובה בעת להיות גם מדינת לאום בעלת זיקה מיוחדת לעם מסוים. נדגיש מיד, הסוגיה שלפנינו אינה נוגעת רק למדינת ישראל או לרעיון מדינת הלאום של העם היהודי. הסוגיה הזאת מתעוררת גם בהקשר של כל אחת מעשרות המדינות שהן מדינות דמוקרטיות וגם מדינות לאום.

עלינו להבהיר תחילה את ההבדל בין המישור הפורמלי, כלומר הסדרים רשמיים של מדינה דמוקרטית בתור מדינת לאום, ובין המישור החברתי, שפירושו צביון החיים האזרחיים במדינה דמוקרטית שהיא מדינת לאום. לדוגמה, יונית יכולה להיות השפה הרשמית של יוון במסגרת ההסדרים הרשמיים שלה בתור מדינת הלאום של העם היווני. אולם ייתכן שיונית לא תהיה השפה הרשמית של יוון במסגרת הסדרים כאלה אלא השפה הרווחת והשלטת בחברה היוונית בכוח השליטה החברתית של בני העם היווני בצביון החיים האזרחיים במדינתו. שליטה חברתית כזו, אף שאינה נשענת על המישור הפורמלי של ההסדרים הרשמיים, עולה בקנה אחד עם עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי, כפי שהם מתבטאים בהסדרים הרשמיים של המדינה. כמובן, שליטה חברתית תיתכן רק אם רוב מכריע של אזרחים הם בני העם היווני והשפה היוונית שגורה בפיהם בחיי היום-יום. זוהי תובנה חשובה בדבר צירוף המרכיבים המכוננים של מדינת לאום דמוקרטית: אם רוב מכריע של אזרחים הם בני לאום מסוים, השליטה החברתית שיש להם בצביון החיים האזרחיים מאפשרת למרכיב של מדינת הלאום להתבטא מעצמו באמצעות צביון החיים האזרחיים, בלא פגיעה כלשהי באופי הדמוקרטי של המשטר, כפי שהוא בא לידי ביטוי בהסדרים הפורמליים.

מדינה דמוקרטית בתור מדינתו של לאום מסוים אינה מאפשרת בהסדרה, כפי שהם מתבטאים בחוקתה (חוקי היסוד שלה), חוקיה ופסיקת בתי המשפט שלה, שום פגיעה בזכויות הבסיסיות של שום אזרח שאינו בן אותו לאום, באשר אינו בן אותו לאום. עקרונות השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם, ההגנות, עקרון הזכויות הבסיסיות של האזרחים ועקרון שלטון הרוב אינם מביינים אפוא בהסדרים

הנוצרים על יסודם בין אזרחים שהם בני הלאום שזו מדינת הלאום שלהם לאזרחים שאינם בני אותו לאום.

עם זאת ייתכנו הסדרים שמכוננת מדינת לאום דמוקרטית, המבטאים את היותה מדינת לאום בלי לפגוע בהיותה מדינה דמוקרטית. בעיקר מדובר כאן בשלוש סוגיות.

ראשית, סמלי המדינה: מדינת לאום רשאית לכונן סמלים המביעים את עובדת היותה מדינת הלאום של בני לאום מסוים. הסמלים העיקריים בהקשר זה הם דגל, המנון, סמל והזהות של עיר הבירה (בנבדל מגבולותיה ואורחותיה).

במדינת ישראל הזיקה של הסמלים הללו לעם היהודי אינה גורעת מזכויותיו של אזרח שאינו יהודי. יתר על כן, אם אזרח הוא בן לאום שיש לו מדינת לאום משלו, ברי לו כי אותה מדינת הלאום מבטאת בסמליה את זיקתה לאותו לאום. למשל, סמליה של יוון מבטאים את היותה מדינת הלאום של העם היווני. אם אדם הוא בן לאום אך אין לו מדינת לאום משלו והוא מעוניין בכינונה ובקיומה, עליו להמתין ליום שבו הסדרים בין־לאומיים ראויים יכוננו את מדינת הלאום שלו, והמדינה העתידית עצמה תכונן את סמליה באופן שיבטא את זיקתה ללאום שלו. כינון מדינת לאום הוא בדרך כלל הישג של תהליך היסטורי מתמשך, ועל כן ייתכן שתידרש המתנה ממושכת ליום שבו הסדרים בין־לאומיים ראויים יכוננו את מדינת הלאום של אזרח בן לאום לא יהודי מסוים. ואולם אם תתגבש הסכמה רחבה שתהיה מקובלת גם על האזרחים בני הלאום כי זו מדינת הלאום של אותו אדם, ונוסף על כך יוסכם על דעת כלל האזרחים האחרים שאין ולא יהיה תהליך היסטורי לכינון מדינת לאום של אזרחים לא יהודים, כי אז יהיה מקום לדיון באפשרות לתת להסכמה הרחבה הזאת ביטוי ראוי גם בסמלי המדינה. כיום אין הסכמה רחבה כזו וגם אין יסוד להניח שהיא מתגבשת בין האזרחים.

במדינת ישראל נוהג סמל נוסף – נשיא המדינה – האמור לבטא בדבריו, במעשיו ובהליכותיו את מדינת ישראל במיטבה. ההסדרים הפורמליים של מדינת ישראל אינם קובעים כי נשיא המדינה חייב להיות בן העם היהודי. כך ראוי למדינה דמוקרטית, גם אם היא מדינת לאום. עם זאת ההתנהלות הסמלית של נשיא המדינה אמורה לבטא כראוי את היותה של מדינת ישראל מדינת הלאום של העם היהודי וגם את היותה מדינה דמוקרטית. התנהלות כזו יכולה לצאת אל הפועל בהצלחה באמצעות אזרח יהודי, אבל גם אזרח דרוזי או ארמי או אחר יכול למלא תפקיד זה כראוי.

שנית, חוק השבות: מדינת לאום עשויה לקום בנסיבות היסטוריות שבהן רבים מאוד ואולי אף רוב גדול של בני הלאום אינם יושבים באדמתה של המדינה החדשה. בנסיבות כאלה, מדינת הלאום החדשה פותחת את שעריה לפני בני הלאום שאינם יושבים באדמתה כדי שיצטרפו אליה כאזרחים היושבים בה. תהליך ההתאזרחות של בני הלאום הנענים להזמנת המדינה להצטרף אליה כאזרחים היושבים בה אינו תהליך התאזרחות רגיל; מטרתו היא ייחודית ומצדיקה קבלה כמעט אוטומטית של אדם שהוא בן הלאום כאזרח חדש של מדינת הלאום שלו.

במדינת ישראל נוהג חוק שבות כזה. כיוון שזהו חוק הגירה המיועד ליהודים שאינם אזרחי המדינה, החוק אינו גורע מזכויותיו של אזרח המדינה שאינו יהודי. בן לאום שיש לו מדינת לאום משלו יודע שמדינת הלאום מקיימת בהסדריה שבות דומה למען בני אותו לאום. כך ביוון, כך בארמניה, כך בפינלנד, כך במדינות רבות נוספות. אם אדם הוא בן לאום שאין לו מדינת לאום משלו, כי אז עליו להמתין ליום שבו הסדרים בין-לאומיים ראויים יכוננו את מדינת הלאום שלו, ובהסדריה תכונן המדינה את הסדרי השבות של בני אותו לאום אל מדינת הלאום שלהם.

הסדרי השבות הם הסדרים קבוצתיים הפותחים כמעט אוטומטית את זלתות הכניסה למדינה ואת ההתאזרחות בה. הסדרי התאזרחות שגרתיים פותחים את שערי המדינה על יסוד פרטני על פי בקשת האדם להתיישב במדינה ולהתאזרח בה ועל יסוד מדיניות ההגירה הנוהגת במדינה באותה שעה. בין הסדרי השבות להסדרים הפרטניים ייתכנו הסדרים קבוצתיים שבתנאים מסוימים, ההולמים את ערכי מדינת הלאום הדמוקרטית של העם היהודי, מאפשרים ההסדרים שיקולים הומניטריים דוגמת איחוד משפחות, שאינם ברמה הלאומית וגם לא ברמה הפרטנית אלא ברמת ביניים הולמת.

שלישית, אחריות: מדינת לאום אמורה לראות את עצמה נושאת באחריות לגורלן של הלאום, לא רק בנוגע לבני הלאום הגרים בגבולות המדינה אלא גם כשהם גרים מחוץ לגבולותיה. מטבע הדברים, האחריות לגורלם של בני הלאום שאינם אזרחיה, אינם יושבים בגבולותיה והם אזרחי מדינות אחרות, אינה באה לידי ביטוי בהסדרי אחריות ייחודיים. עם זאת האחריות יכולה לבוא לידי ביטוי בהחלטות ממשלה או בפעילויות של משרדיה או זרועותיה. דוגמה מובהקת לכך היא הרגישות שיש במדינת ישראל לגילויים של אנטישמיות, במיוחד אם הם באים לידי ביטוי מעשי בנוגע ליהודים במדינה כלשהי. כך תנהג כל מדינת לאום לנוכח גילויים של פגיעה

בבני הלאום שלה, גם אם אינם אזרחיה. התנהלות כזו של מדינת לאום אינה גורעת מהזכויות הבסיסיות של אזרחי המדינה שאינם בני אותו לאום.

◀ המיעוט במדינת לאום דמוקרטית

מדינתו הדמוקרטית של לאום מסוים, שלא כל אזרחיה הם בני הלאום הזה, אמורה להיות רגישה לחובתה לשמור על הזכויות הבסיסיות של כל אזרח מאזרחיה ללא הבדל לאום, על יסוד עקרון השמירה על כבוד האדם באשר הוא אדם ועקרון ההגנות העומדים ביסוד המשטר. מעמדו האזרחי של כל בן מיעוט לאומי חייב להישמר מכל משמר. ועם זאת אין מנוס מהבדל חשוב בין בן הלאום שזו מדינת הלאום שלו לבן המיעוט הלאומי שזו אינה מדינת הלאום שלו. ההבדל הוא בזיקה לאחד המרכיבים המכוננים של המדינה; היותה מדינת לאום של בני לאום מסוים שאינו הלאום של בן המיעוט הלאומי. בעולמו של בן הלאום שזו מדינת הלאום שלו הוא רואה את עצמו מקיים חיים אזרחיים במדינה שיש לה זיקה מכוננת לשייכות הלאומית שלו. בעולמו של בן המיעוט הלאומי הוא רואה את עצמו מקיים חיים אזרחיים במדינה שאין לה זיקה מכוננת לשייכות הלאומית שלו. חייו של בן מיעוט לאומי שונים ברבדים אחדים מחיי זולתו.

מדינה דמוקרטית אינה יכולה להיות אדישה להבדל הזה שבין אזרחיה; אין לה יכולת ואף לא הצדקה בתור מדינת לאום לבטל את ההבדל הזה בהסדרה ובאורחותיה, אולם היא יכולה להמתיק אותו. מדינת לאום דמוקרטית מכירה בכבוד האדם באשר הוא אדם ובהגנות ומתוך כך גם בחשיבותה של מדינת הלאום בחייהם של בני כל לאום החיים בה. כיוצא מכך ובלשון ההכרזה על הקמת המדינה במגילת העצמאות, המדינה אמורה להכיר בזכותו של כל לאום "להיות ככל עם ועם, עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית". מדינת לאום דמוקרטית יכולה לבטא באורחותיה את ההכרה בזכותם של בני המיעוט הלאומי "להיות ככל עם ועם, עומד ברשות עצמו במדינתו הריבונית", דהיינו במדינה אחרת. כל עוד אין לבני המיעוט הלאומי מדינת לאום דמוקרטית שיש להם אליה זיקה לאומית, אנחנו אמורים לראות את עצמנו בתהליך היסטורי המוביל להקמת מדינת לאום דמוקרטית כזו על פי נסיבות היסטוריות מורכבות. משעה שתקום מדינת לאום דמוקרטית כזו, עניין הזיקה יהפוך להיות שאלה אישית של בן המיעוט הלאומי: האם ירצה להגר אל מדינת הלאום הדמוקרטית שלו ולחיות בה שלא כבן מיעוט, או שמא יחפוץ להישאר במדינת

הלאום הדמוקרטית שבה הוא אזרח, אבל לחיות בה כבן מיעוט לאומי? מדינה דמוקרטית תניח לו לקבל החלטות בתחום האישי החשוב הזה כאוות נפשו.

במסגרת ההסדרים של מדינה דמוקרטית שהיא מדינת לאום ייתכנו הסדרים ייחודיים לקבוצות אזרחים שונות (הסדרים קבוצתיים). עצם קיומו של הסדר ייחודי לקבוצת אזרחים מסוימת וגם תוכנו של ההסדר הייחודי אמורים לעמוד בדרישות היסודיות של המשטר, שאותן פירטנו עד כאן. הסדר ייחודי לקבוצת אזרחים מסוימת, יהיו אלה בני הלאום שזוהי מדינת הלאום שלהם דוגמת אזרחים חרדים, או כאלה שאינם בני הלאום שזו מדינת הלאום שלהם דוגמת אזרחים ערבים מוסלמים, הוא הסדר שאמור לשמור על כבוד האדם באשר הוא אדם על פי ההסדרים ההוגנים של מדינה דמוקרטית. הסדר ייחודי אמור להיות ביטוי מובהק ומוסכם של רצון האזרחים של קבוצה כלשהי לנהל למשל את החינוך התרבותי של ילדיהם על פי טעמים, ערכיהם, אמונותיהם ואורחות חייהם. הסדר של אוטונומיה חלקית בתחומי החינוך התרבותי אמור להיות אפשרי ואף רצוי במסגרת המדינה הדמוקרטית, בתנאי שיש בה מתכונת הוגנת של כינון הסדרים ייחודיים כאלה והפעלתם.

זוהי אוטונומיה חלקית משום שהמשטר הדמוקרטי רשאי ואף חייב להציג דרישות חינוכיות נוספות בתחום התפתחות הילד והכשרתו לחיי אזרח מבוגר; וזוהי אוטונומיה חלקית גם מפני שהחינוך התרבותי חייב לעלות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה כדמוקרטיה וכמדינת הלאום של עם מסוים.

◀ תפקידי המחוקק

לסיום פרק זה בדבר טיבה של מדינה דמוקרטית ובדבר טיבה של מדינת לאום דמוקרטית נזכיר היבטים אחדים בתפקידי המחוקק.

ברור כי פעילות המחוקק במדינה דמוקרטית נעשית במסגרת ההסדרים של המדינה בדבר הפעילות של חברי בית המחוקקים שלה. ההסדרים הללו מבטאים את עקרונות היסוד של המדינה הדמוקרטית. כל מחוקק אמור להכיר אותם, להבין אותם ולפעול על פיהם. פרק זה נועד בין שאר הפרקים לעזור למחוקק בעבודתו החשובה.

מעשיו של חבר בית המחוקקים יהיו בגדר פעילות ראויה לא רק אם יעמדו בכל דרישות החוקה, החוק, התקנון והפסיקה הרלוונטית של בתי המשפט אלא גם

בדרישות האתיקה של חברי בית המחוקקים, התחממות את ההתנהגות הראויה של כל אחד ואחת מהם בתור חברי בית המחוקקים.

מכלל העקרונות האתיים האמורים לבוא לידי ביטוי בפעילות חבר בית המחוקקים נזכיר כאן שניים בעלי חשיבות עקרונית מיוחדת.

ראשית, חבר בית המחוקקים אמור לפעול לטובת הכלל, גם בהיותו נציג של קבוצת בוחרים מסוימת ששלחה אותו לבית המחוקקים. ראוי להבחין בין תפיסת שולחיו בדבר האינטרסים שלהם לתפיסת שולחיו בדבר טובת הכלל. חבר בית המחוקקים אינו אמור להכביר על בוחריו טובות הנאה על פי האינטרסים שלהם באמצעות חוקים או החלטות בית המחוקקים או ועדותיו. חבר בית המחוקקים אמור לבטא בפעילותו, במיוחד בחקיקה, את תפיסתו בדבר טובת הכלל, וזו אמורה להיות התפיסה של שולחיו בדבר טובת הכלל.

שנית, במסגרת פעילותו של חבר בית המחוקקים הוא אמור לפעול לטיפוח המרכיבים המכוננים של המדינה. אין מדינה דמוקרטית בעולם שיש הצדקה לראות בהסדרים שכוננה על סמך עקרונות היסוד של המשטר הדמוקרטי הסדרים מושלמים. לכל מדינה דמוקרטית יש "פרופיל דמוקרטי" בהתאמה להסדרים השונים שלה בתחומי הזכויות הבסיסיות של האזרחים ובמסגרת שלטון הרוב, וחזקה על כל "פרופיל דמוקרטי" שניתן לשפר אותו. אחת מחובותיו האתיות של חבר בית המחוקקים היא לטפח את המשטר הדמוקרטי באמצעות שיפור החוק, באופן שיעלה, ולו במעט, את "הפרופיל הדמוקרטי" של המדינה.

פרק ראשון

עקרונות יסוד לחקיקה טובה

בפרק זה נציג כמה עקרונות שמקובל לראות בהם מתווי דרך לחקיקה ראויה במדינה דמוקרטית. מקצת העקרונות הם חוקתיים, אבל רובם עוצבו כדי שהחקיקה תוכל לשקף מחוקק צודק והוגן בעבודתו.

ראשית נציג את העיקרון הכללי של "חקיקה מאחורי מסך הבערות" שטבע ופיתח הפילוסוף ג'ון רולס (Rawls¹) (להלן: מסך הבערות). העיקרון עוסק בצורך של החקיקה להגשים אינטרסים כלליים ולא רק אינטרסים פרטיים של המחוקק עצמו או של הקבוצה שממנה הוא בא. אחרי כן נציג עקרונות יסוד ספציפיים יותר: האיסור לחוקק חקיקה רטרואקטיבית; עקרון הכלליות והאיסור לחוקק חקיקה פרסונלית; עקרון יציבות החוק, שביסודו השאיפה להימנע ככל האפשר משינויים תכופים בחקיקה; עקרון הפומביות והאיסור לחוקק חקיקה חשאית; עקרון הבהירות, לרבות הצורך בהרמוניה ועקיבות בחקיקה.

* פרק זה נכתב בידי עמיר פוקס ומרדכי קרמניצר.

1 ג'ון רולס נחשב לאחד מחשובי ההוגים בעת החדשה בתחומים של פילוסופיה מוסרית ותאוריה פוליטית.

1. חקיקה מאחורי מסך הבערות

א. מסך הבערות

הפילוסוף האמריקני ג'ון רולס חי במחצית השנייה של המאה העשרים ובאמצעות המושג מסך הבערות (Veil of Ignorance) חתר להגשמת הרעיון של חברה כמערכת הוגנת של שיתוף פעולה חברתי.² התנאים ההוגנים לשיתוף פעולה חברתי יושגו, לשיטתו, אם ההתייחסות אל כל הפרטים תהיה בתור חופשיים ושווים, בלי לאפשר לצד מסוים לנצל יתרון לא הוגן או נסיבות חברתיות וטבעיות לטובתו.³

כדי לבדוק אם אפשר ככלל ליצור תנאים הוגנים, ניסה רולס לעשות ניסוי מחשבתי שאותו כינה מסך הבערות. בניסוי, הפרטים המשתתפים במשא ומתן על התנאים לשיתוף פעולה חברתי מקבלים את כל המידע הדרוש להם: עקרונות בסיסיים בכלכלה, בפוליטיקה ופסיכולוגיה, ידע על חוקים ועל תאוריות ונתונים רלוונטיים על קבוצות חברתיות שונות ועל השפעתם של הסדרים חוקיים עליהן.

אולם המשתתפים בניסוי נמצאים מאחורי מסך שמונע מהם לדעת מהו המעמד החברתי שלהם ולאילו קבוצה הם עצמם משתייכים. הם לא יודעים אם הם חכמים או טיפשים, חזקים או חלשים, דתיים או אתאיסטים, חלק מקבוצת הרוב או חלק מקבוצת המיעוט, ואפילו לא – אם הם גבר או אישה. הם לא יודעים מהם מאפייניהם הפסיכולוגיים, אם הם אופטימיים או פסימיים ועד כמה הם מוכנים להסתכן בקבלת החלטות.⁴

אולם הפרטים אינם מחוסרי ידע לחלוטין. אליבא דרולס, מובן מאליו שלצדדים ידע כללי על החברה האנושית. הפרטים מבינים עקרונות בסיסיים בכלכלה ובפוליטיקה, בפסיכולוגיה ובהתארגנות חברתית. רולס סבור שהפרטים יודעים עובדות כלליות המשפיעות על עקרונות הצדק. מבחינתו, אין הגבלה על הידע הכללי שיש לפרטים, כלומר ידע על חוקים ותאוריות שונות. מובן שהם גם יודעים את הנתונים הרלוונטיים בדבר הקבוצות השונות ואת השפעה של הסדרים חוקיים שונים עליהן. הנתון שקובעי הנורמה בניסוי המחשבתי אינם יודעים הוא לאילו קבוצה הם עצמם

2 JOHN RAWLS, JUSTICE AS FAIRNESS: A RESTATEMENT 5 (ERIN KELLY ED., 2001)

3 שם, בעמ' 14-15.

4 JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 118 (REV. ED., 1999) (להלן: RAWLS, A THEORY OF JUSTICE).

משתייכים. מסך הבערות מונע מן הצדדים מידע שעלול להפוך את ההסכם לבלתי הוגן, אך אין הוא שולל מידע כללי שיש בו הכרח ליישום עקרונות של צדק.⁵

לדעתו של רולס, מסך הבערות מונע מהצדדים למשא ומתן כל ידע על מאפייניהם האישיים ונסיבותיהם הכלכליות-חברתיות, וכך מתאפשר באמצעותו משא ומתן הוגן שאין בו עמדות התואמות אינטרסים אישיים. בספרו של יוסי דהאן, הסוקר תאוריות של צדק, ניתנת דוגמה לצד במשא ומתן היודע שהוא עשיר מאוד. על פי דהאן, לאדם זה אינטרס להתנגד להסדרים של מיסוי פרוגרסיבי, המטילים מס שולי גבוה יותר ככל שהכנסתו של אדם גבוהה יותר.⁶

לגישת רולס, הצדדים למשא ומתן הם רציונליים ומונעים מן הרצון למקסם את האינטרס העצמי שלהם. לכן, כשאף לא אחד במשא ומתן יודע מראש מהו מעמדו שלו, הוא יתמוך בהסדר שיצמצם ככל הניתן פערים חברתיים-כלכליים בין מעמדות, גזעים, מינים, דתות וכדומה.⁷

ב. יישום מסך הבערות בעקרונות החקיקה

התאוריה של רולס היא ניסוי מחשבתי, ואין אפשרות ליישמה במלואה בעולם האמיתי. שהרי אין אפשרות הלכה למעשה לנתק בין מקבל ההחלטות לידע שלו על אודות עצמו. חבר פרלמנט אינו יכול להתעלם משיוכו המגדרי, הקבוצתי או המגזרי⁸ – אפילו ישאף לכך בכל מאודו. מסך הבערות הוא אפוא כלי עבודה שאמור להבהיר לקובע המדיניות כי עליו לעשות את המיטב עבור הציבור כולו באמצעות היצמדות לעקרונות של חקיקה צודקת.⁹ העיקרון הראשון הוא חקיקה הצופה פני עתיד. בשעה שחוק נחקק באופן רטרואקטיבי, המחוקק יכול לזהות מי הם המרוויחים והמפסידים מאותו החוק. אולם חקיקה הצופה פני עתיד קובעת מה יהיו ההשלכות של אירועים בטרם התרחשו. במצב זה, על פי רוב, לא יוכל המחוקק בהכרח לדעת

5 יוסי דהאן תיאוריות של צדק חברתי 41 (2007).

6 שם, שם.

7 פניה עוז זלצברגר "ג'ון רולס על צדק ושוויון" **משפט וממשל** ז' 459, 464 (2004); כן ראו מאמרו של Joshua Cohen, *Democratic Equality*, 99 *Ethics* 727 (1989)

8 ג'ון רולס **צדק כהוגנות: הצגה מחודשת** 91 (דפי אגנס'סגל מתרגמת, 2011).

9 (2001) 399, 403 *YALE L.J.* 111 *Adrian Vermeule, Veil of Ignorance Rules in Constitutional Law*, (להלן: Vermeule).

מי יושפע מהחוק.¹⁰ עיקרון נוסף הוא כלליות החוק. עיקרון זה מציב את המחוקק מאחורי מסך הבערות, ופירושו הדבר שהוא לא יוכל לדעת מראש אם החוק ישפיע לטובה או לרעה עליו ועל חבריו.¹¹ העיקרון השלישי הוא יציבות החוק. חוק שנחקק לתקופה קצרה וידוע שתוקפו יפוג בזמן הקרוב, מאפשר למחוקק להביא בחשבון את האינטרסים קצרי הטווח שלו. אולם כשחוק נחקק לתקופה ארוכה ולא סביר שישתנה בתכיפות, על המחוקק להביא בחשבון גם את האינטרסים ארוכי הטווח שלו.¹² העיקרון האחרון הוא עקרון התחולה המאוחרת; לפיו, חוק שנחקק זה עתה לא ייכנס לתוקפו מיד, אלא תחולתו תידחה למועד מאוחר יותר. כך המחוקק מנוע מלהתייחס למניעיו קצרי הטווח, שכן החוק החדש אינו חל בטווח הקצר. הדוגמה הפשוטה לכך היא חוק יסוד הקובע כי כל חקיקה רגילה תיכנס לתוקף שנה אחת לאחר המועד שבו נחקקה. קביעה זו מבטיחה כי האינטרסים היחידים שהמחוקק יוכל להביא בחשבון יהיו ארוכי הטווח, שכאמור אינם צפויים.¹³ העיקרון בא לידי ביטוי מובהק בתיקון 27 לחוקת ארצות הברית משנת 1992: *No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened*¹⁴. מטרתו של התיקון היא לדחות את יכולתם של חברי הקונגרס לשנות את שכרם, ולכן השינוי יחול רק לאחר הבחירות הבאות. בכך מובטח כי המחוקק לא יעדיף את האינטרס האישי שלו על פני טובת הכלל.¹⁵

גם עקרון הפומביות – האיסור לחוקק חקיקה חשאית – ועקרון בהירות החוק – פועלים כיישום של חקיקה שמאחורי מסך הבערות. בשעה שחקיקה אינה מתפרסמת, או שהיא מעורפלת ולא ברורה, ניתן ליישמה בסלקטיביות לפי האינטרסים של השלטון, להסתירה או שלא להפעילה כשאינן זה נוח. פרסום ובהירות, בדומה לעקרון הכלליות, מאלצים את המחוקק להתחשב באפשרות שהחוק יפעל נגדו ולא רק נגד אחרים.

10 שם, בעמ' 408-409.

11 שם, בעמ' 411-412.

12 שם, בעמ' 415.

13 שם, בעמ' 419-420.

14 U.S. Const. amend. XXVII

15 Vermeule, לעיל הערה 9, בעמ' 420-421.

◀ **מסך הבערות:** ניסוי מחשבתי שלפיו המשתתפים בקביעת הנורמות החברתיות אינם יודעים לאיזו קבוצה הם משתייכים.

◀ על מחוקקים לשאוף ככל האפשר לחוקק מאחורי מסך הבערות, כלומר לנסות ולהגשים את האינטרס הציבורי הכללי. הדרך המרכזית לעשות כך היא לשמור על עקרונות היסוד לחקיקה טובה.

◀ 2. עקרון ההימנעות מחקיקה רטרואקטיבית

א. כללי

חקיקה רטרואקטיבית משנה בדיעבד את התוצאות המשפטיות של פעולה שנעשתה בעבר. הדוגמה המובהקת ביותר לכך היא חקיקה בנוגע לעברה פלילית חדשה והחלתה על מעשים שבוצעו בעבר. למשל, קביעה כי אלכוהול אינו חוקי והעמדתם לדין של מי שהשתמשו באלכוהול בטרם חקיקת החוק.

חקיקה רטרואקטיבית קוראת תיגר על הנחות יסוד העומדות בבסיסה של מערכת דמוקרטית ושל חברה בעלת עקרונות של צדק.¹⁶ ככלל, חקיקה רטרואקטיבית המשנה לרעה את הכללים אינה הגונה, והיא בבחינת הפרת אמון בוטה של המחוקק ואף חריגה מסמכותו; לא מתקבל על הדעת שהציבור היה מסמיך את המחוקק לחקיקה כזו. מאחורי מסך הבערות של רולס איש לא היה מוכן להיות במצב שבו הוא כפוף לחקיקה המשתנה חדשות לבקרים ופוגעת בו בדיעבד. גם במשפט העברי משוקע יסוד מוסד גדול שעל פיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". חקיקה רטרואקטיבית נזכרת ב־*Federalist* כחקיקה הסותרת את החוזה החברתי וכל עיקרון של חקיקה טובה.¹⁷ חקיקה למפרע פוגעת פגיעה קשה ביותר באינטרס הציפויי ובעקרונות ההסתמכות והוודאות המשפטית.¹⁸ לא לחינם מנה המלומד לון פולר (Fuller) את איסור הרטרואקטיביות כאחד משמונת העקרונות הבסיסיים לשיטת משפט מתפקדת.¹⁹ ויש מדינות שבהן האיסור לחוקק חקיקה רטרואקטיבית נקבע ברמה החוקתית.²⁰ איסור זה מופיע גם באמנות בין־לאומיות בדבר זכויות האדם, למשל באמנה האירופית, שבה נקבע כי אין לסטות ממנו אפילו בשעת

Harold J. Krent, *The Puzzling Boundary between Criminal and Civil Retroactive Lawmaking*, 84 Geo. L.J. 2143 (1996)

THE FEDERALIST No. 44, at 179 (Henry Cabot Lodge ed., 1888)

18 יניב רוזנאי "רטרואקטיביות – יותר מאשר "רק עניין של זמן"! מחשבות על ניתוח חקיקה רטרואקטיבית בעקבות בג"ץ גניס" משפט ועסקים ט 395, 444 (2008) (להלן: "חקיקה רטרואקטיבית").

19 LON L. FULLER, *THE MORALITY OF LAW* 65–76 (1964) (להלן: FULLER, *THE MORALITY OF LAW*).

20 למשל, בחוקת ארצות הברית נקבע במפורש האיסור לחקיקה רטרואקטיבית (art. 1, sec. 9), איסור שפורש בפסיקה כחל על חקיקה פלילית. גם בחוקה הקנדית מופיע איסור החלת עברה פלילית למפרע בצ'רטר של זכויות בסעיף 11(g), ובחוק היסוד הגרמני מופיע איסור לגבי אישום פלילי רטרואקטיבי (art. 3 (2)).

חירום.²¹ חקיקה רטרואקטיבית היא מאפיין של משטרים טוטליטריים זוגמת גרמניה הנאצית²² וברית המועצות הקומוניסטית.

ב. מהי חקיקה רטרואקטיבית?

ליבת החקיקה הרטרואקטיבית היא חיקוק המשנה את המצב המשפטי שהיה בעבר בנוגע לפעולה שהסתיימה, דהיינו שינוי "מכאן ולשעבר" של הדין בטרם חקיקתו. למשל, קביעה כי פעולה שנעשתה בעבר ובשעת ביצועה הייתה מותרת היא עתה עברה פלילית.²³ יש לציין שהשיקולים והניתוח המפורטים בפרק זה יפים גם לחקיקה המשנה נורמות עתידיות, אך זאת בנוגע לפעולות שהסתיימו,²⁴ למשל שינוי בדיני המסים לגבי נכסים הנמצאים כבר בידי הנישום.²⁵

ג. חקיקה רטרואקטיבית – מדוע לא?

"חקיקה למפרע פוגעת בתפיסות יסוד חוקתיות. היא פוגעת בעיקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו. היא פוגעת בעקרונות יסוד של צדק ושל הגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון".²⁶ תכלית החקיקה היא לכוון את התנהגותם של התושבים. כדי שחקיקה תוכל למלא את תכליתה, עליה לחול על התנהגויות הנעשות אחריה ולא לפני. עקרון שלטון החוק דורש ודאות וביטחון, וחקיקה למפרע פוגמת אפוא בשני אלה; היא אינה מאפשרת תכנון מראש של התנהגות ועלולה להביא למצב שבו אדם הפועל בתום לב ובהסתמך על המצב המשפטי הקיים ייפגע בעתיד משום שהמחוקק שינה את התוצאות המשפטיות של פעולתו. חקיקה מסוג זה מביאה לחוסר ודאות משפטית, לא רק מאחר שהפרט אינו יודע כיצד עליו לפעול אלא גם משום שבכל רגע עלולים לשנות את תוצאות פעולותיו.²⁷

21 European Convention on Human Rights, Nov. 4, 1950, C.E.T.S. 5 (להלן: UNTS).

22 Lon Fuller, *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Hart*, 71 HARV. L. REV. 630, 650 (1958)

23 אהרן ברק פרשנות במשפט: פרשנות החקיקה 623-624 (1993) (להלן: פרשנות החקיקה).

24 חקיקה המכונה "חקיקה רטרואקטיבית". ראו "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 400-404.

25 חקיקה היא רטרואקטיבית "אם היא משנה לגבי העתיד את המעמד המשפטי, התכונות המשפטיות או התוצאות המשפטיות של מצבים אשר נסתיימו או של פעולות או אירועים (מעשים או מחדלים) שנעשו או שהתרחשו לפני מועד כניסתו של החוק לתוקף" (ע"ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 774 (1992)) (להלן: עניין ארביב).

26 שם, בעמ' 773-774.

27 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 311 (מהדורה ו, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל).

ג(1) השיקולים נגד חקיקה רטרואקטיבית²⁸

◀ **שיקולי הגינות וצדק.** חקיקה רטרואקטיבית נתפסת בלתי צודקת מפני שרואים בה שינוי של כללי המשחק תוך כדי המשחק.²⁹ המלומד פולר הדגיש את הדבר וראה בכך את "האבסורד האכזרי שבציווי על אדם היום לפעול אתמול" ("The brutal absurdity of commanding a man today to do something yesterday").³⁰

◀ **סיכול מטרת החוק להכווין התנהגות עתידית.** חוק נועד במיוחד להכווין התנהגות אנושית. כן נועד החוק לקבוע מה מותר ואסור ולשרטט את ההשלכות והמשמעויות המשפטיות של מעשים שונים. יעדי החוק האלה מנותבים בהכרח לפעולות עתידיות; "אין כל משמעות לכוון היום פעולה שנעשתה אתמול".³¹

◀ **שיקולים של יציבות, ודאות וביטחון ביחסים החברתיים והאישיים.** חוק החל למפרע נוטל מן האזרחים את האפשרות לדעת את ההשלכות המשפטיות של מעשיהם. בכך פוגע החוק לא רק בציפיות הראויות של פרטים שפעלו בהתאם לכללים המשפטיים שהיו בתוקף בעת פעולתם אלא גם ביכולתם של הפרטים לכלכל מראש את צעדיהם. כחברה יש לנו אינטרס להגן על הציפיות הראויות הללו ועל היכולת לכוון את ההתנהגות על פי חוק. בלא יכולות אלה יימנעו מהאזרחים הביטחון והיציבות שעליהם מושתתים יסודות של כל חברה.³²

◀ **שיקולים של אמון הציבור במוסדות השלטון.** חקיקה רטרואקטיבית אינה מאפשרת לאדם להסתמך על החוק, שכן זה עלול להשתנות בכל רגע, ובכך מתערער אמון הפרט במדינה. חקיקה למפרע מובילה לחוסר רצון ולחוסר יכולת להסתמך על החוק ומביאה לתפיסת החוק כאמצעי שרירותי ביד השלטון. נוסף על כך, החלה רטרואקטיבית של חוק מאפשרת לדעת במדויק איזו קבוצת אנשים עתידה להיפגע ממנו. כך

28 "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 395, 405-410.

29 ש.ם.

30 FULLER, THE MORALITY OF LAW, לעיל הערה 19, בעמ' 72.

31 עניין ארביב, לעיל הערה 25, בעמ' 773-774.

32 פרשנות החקיקה, לעיל הערה 23, בעמ' 620; "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 407-408.

חדל החוק מלהיות כללי ומאפשר למחוקק לכוון את החוק כלפי יחידים או קבוצות מסוימות.³³ מציאות של חקיקה המשתנה חדשות לבקרים מביאה לאורח חיים בהרגשה של חוסר ביטחון, שבה הפרט נתון לשלטון שרירותי ועריץ.

◀ **שיקולים כלכליים.** חקיקה רטרואקטיבית מטילה הוצאות כבדות על החברה משום שהיא מפחיתה את יכולת הניבוי של השחקנים בשוק. חברות ישקיעו פחות מתוך חשש שהממשלה תשנה רטרואקטיבית את מדיניותה. אם כן, חקיקה למפרע עלולה להוביל הן להרתעה מפני פעילות יצרנית והן לעיכוב בצמיחה הכלכלית.³⁴

ד. חריגים לכלל

כל חקיקה למפרע פוגעת בערכים חוקתיים מסוימים, אך במקרים חריגים היא עשויה לקדם ערכים חוקתיים שונים בעלי ערך רב מאחרים.³⁵ לפיכך ייתכנו נסיבות שבהן אינטרס ציבורי חשוב מצדיק חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית. נראה בהכללה ובזהירות מתי אפשר לדון במצבים כאלה.

ד(1) חריגים לאיסור

◀ **חיקוק חטיבי.** בנסיבות שבהן חקיקה למפרע מיטיבה עם הפרט, אך לא על חשבון פרטים אחרים, מרבית השיקולים נגד רטרואקטיביות אינם מתממשים.³⁶ דוגמה לכך רווחת במשפט הפלילי, שבו איסור חקיקה רטרואקטיבית אינו חל כשמדובר בנורמה מאוחרת שתכליתה להקל. ועל כך כתב השופט מנחם אלון: "הוראה פלילית שבאה להקל עם האדם [...] בין שמבטלת היא עבירה קיימת ובין שבאה היא להקל עונש שהיה קבוע לעבירה זו, הוראה כגון זו מן הראוי שתשפיע למפרע".³⁷ יתר על כן, ייתכנו נסיבות שבהן חקיקה למפרע פוגעת בפרט מסוים אך הציבור הרחב יוצא נשכר ממנה, או שבעזרתה מקדמים אינטרס חברתי חשוב,

33 שם; פרשנות החקיקה, שם, בעמ' 620-621.

34 "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 408-410.

35 עניין ארביב, לעיל הערה 25, בעמ' 778-779.

36 פרשנות החקיקה, לעיל הערה 23, בעמ' 635-636; "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 417-418.

37 ע"פ 63/89 מאיר בן יוסף מזרחי נ' מדינת ישראל, פ"ד מג(4) 388, 394-396 (1989).

המצדיק לאחר איזון של אינטרסים חקיקה זו.³⁸ לדוגמה, מדיניות מסים לא מאוזנת הביאה הקלה למעטים ופגעה בתקציב המדינה; המדיניות שונתה לשם הגשמת טובת הכלל ורווחים פחותים למעטים.

◀ **חוק מרפא, מתקן או מבהיר.** חקיקה שנועדה לתקן פגם בחוק ומקובל להחיל את התיקון רטרואקטיבית. ביסוד פעולה זו עומדת הנחה כי אילו פרסם המחוקק את הכלל המקורי כהלכה, הוא היה מביא להגשמה מלאה של כוונת החיקוק.³⁹

◀ **חוק הקובע סדרי דין: "חוק דיוני".** יש האומרים כי חוק כזה יכול לחול רטרואספקטיבית, למשל שינוי בעניין דיני הראיות. לאמיתו של דבר, ההוראות הדיוניות חלות על סדרי הדין העתידיים, ולכן הן חלות מכאן ולהבא. לפיכך ניתן לראות בו חריג מדומה.⁴⁰

ה. רטרואקטיביות בדין הישראלי

המחוקק עוסק במישורין בחקיקה למפרע הן במישור הפלילי והן באזרחי. במישור הפלילי קבע המחוקק הישראלי איסור מפורש בדבר ענישה פלילית רטרואקטיבית;⁴¹ כך אין אפשרות להעניש על מעשה שנעשה בטרם כניסתו של חוק לתוקף; אי אפשר להחמיר בענישה על מעשה שנעשה; אין להחיל את החוק על מקרה שקרה בטרם חוקק ואף לא שינוי בהגדרת העברה שמחמיר את מצב הנאשם. לעומת זאת חוק פלילי מיטיב, כגון חוק המבטל עברה מסוימת, חל למפרע. כך אזרחים לא יישאו בעונש על התנהגות שכבר אינה עברה, אף שנחשבה לעברה בזמן עשייתה. ביטול העברה מביא לידי ביטוי תפיסה כי אין אנטי-חברתיות או פסול מוסרי המצדיק לראות במעשה עברה פלילית, והלכה למעשה מעולם לא הייתה עברה.⁴² במישור האזרחי, בפקודת סדרי השלטון והמשפט יש אזכור לחזקה כי פרשנות הדין,

38 ב"ץ 2933/94 רשות שדות התעופה נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח', פ"ד נ(3) 837, 859 (1996) (להלן: עניין רשות שדות התעופה).

39 דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד נ(5) 673, 687-688 (2003) (להלן: עניין ארקו); "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 417-418.

40 שם, בעמ' 418.

41 ס' 3 בפרק א' לחוק העונשין, התשל"ז-1977.

42 שם, ס' 4-5.

בהיעדר אמירה אחרת, תהיה שהדין חל מיום פרסומו.⁴³ אין הוראות מיוחדות לעניין הרטרואקטיביות, למעט שתי הוראות חוק בתחום המיסוי, המאפשרות תיקון שומה רטרואקטיבי על ידי המנהל, ביוזמתו או לבקשת הנישום, במסגרת זמן מוגבלת.⁴⁴ בתחום חיובי המס נקבע כי החזקה הפרשנית נגד רטרואקטיביות נכונה במיוחד.⁴⁵ בהצעת החוקה – "חוקה בהסכמה" – של המכון הישראלי לדמוקרטיה מוצע לעגן ברמה החוקתית את האיסור לחוקק חקיקה פלילית מחמירה למפרע.⁴⁶

1. משפט משווה (רטרואקטיביות בעולם)

במדינות מסוימות האיסור לחוקק חקיקה רטרואקטיבית נקבע ברמה החוקתית. למשל, בחוקת ארצות הברית נקבע במפורש איסור בעניין חקיקה רטרואקטיבית (article 1, sec 9), אשר פורש בפסיקה כחל על חקיקה פלילית. גם בחוקה הקנדית מופיע איסור להחיל עברה פלילית למפרע בצ'רטר של זכויות בסעיף 11(g). איסור דומה קיים גם בסעיף 103(2) לחוקה של גרמניה,⁴⁷ בסעיף 20(1) לחוקה של הודו⁴⁸ ובסעיף 35(3)(1) לחוקה של דרום אפריקה.⁴⁹ האיסור מופיע גם באמנות בין לאומיות בדבר זכויות האדם, למשל האירופית, ונקבע שם כי לא ניתן לסטות ממנו אפילו בשעת חירום.⁵⁰

2. עקרונות חשובים בעת חקיקה רטרואקטיבית

ראשית, "חזקה על כל חוק כי הוא צופה פני עתיד ולא פני עבר".⁵¹ חזקה זו מבוססת בין השאר על עקרונות של צדק והגינות. לכן לשם סתירתה של חזקה פרשנית זו

43 ס' 10 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948. כמו כן קיימת אמירה עמומה בהקשר לביטול רטרואקטיבי של חוק, בס' 22 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981.

44 "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 416; ס' 85 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; ס' 147 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש].

45 "חקיקה רטרואקטיבית", שם, בעמ' 416.

46 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר ס' 26(1) (2005).

47 Basic Law for the Federal Republic of Germany, art. 103(2)

48 Constitution of India, art. 20(1)

49 Constitution of the Republic of South Africa, art. 35(3)(1)

50 UNTS, לעיל הערה 21.

51 עניין ארביב, לעיל הערה 25, בעמ' 772-773; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) (2004) 259-258, 241 (להלן: בג"ץ גניס).

נדרשת אמירה מפורשת של המחוקק בדבר כוונתו להחיל חוק רטרואקטיבית.⁵² לשם חקיקת משנה רטרואקטיבית, נדרשת הסמכה מפורשת בחוק הקובע את הסמכות להתקין תקנות.⁵³ לחזקה זו שורשים ביוון העתיקה, ברפובליקה הרומית, במשפט המקובל האנגלי ואף במשפט העברי.⁵⁴ חזקה זו מקובלת כיום במשפט הישראלי⁵⁵ וכן במשפט האנגלי, האמריקני, האירופי, הקנדי והשבדי.⁵⁶

שנית, אף אם לשון החוק קובעת במפורש חקיקה למפרע, היא לא תחול על מי שהסתמך על החוק כפי שהיה בתוקף ושינה את מצבו לרעה.⁵⁷

ח. רטרואקטיביות והקשר החוקתי

הזוגמה הקלאסית לחקיקה רטרואקטיבית היא חקיקה המשנה את מצבו של הפרט לרעה.

חקיקה רטרואקטיבית עלולה לפגוע בזכויות חוקתיות ויש להימנע ממנה ככל האפשר. במישור האזרחי הזכויות שעלולות להיפגע הן בין השאר כבוד האדם, האוטונומיה של הפרט והזכות לקניין ולחופש העיסוק (באמצעות חוקים כלכליים רטרואקטיביים).⁵⁸ אולם בנסיבות מסוימות האינטרס החברתי דווקא תומך בחקיקה למפרע, למשל בנסיבות של החלטה לשנות את מדיניות המס.⁵⁹ במצבים אלה על החוק לעמוד במבחני פסקת ההגבלה.⁶⁰ במישור הפלילי הזכויות הנפגעות מחקיקה למפרע הן הזכות להליך הוגן, החירות האישית של האדם וכבוד האדם. לשם הגנה על זכויות אלו נקבע איסור לחוקק חקיקה רטרואקטיבית במשפט הפלילי. לא ניתן

52 ראו עניין רשות שדות התעופה, לעיל הערה 38, בעמ' 856-858; בג"ץ גניס, שם, בעמ' 258-259; פרשנות החקיקה, לעיל הערה 23, בעמ' 645; רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 312.

53 עניין ארקו, לעיל הערה 39.

54 מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך א 625 (מהדורה שלישית, תשמ"ח).

55 עניין ארביב, לעיל הערה 25, בעמ' 772-773; בג"ץ גניס, לעיל הערה 51, בעמ' 258-259; עניין רשות שדות התעופה, לעיל הערה 38, בעמ' 856-858; פרשנות החקיקה, לעיל הערה 23, בעמ' 645; רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 312.

56 "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 414.

57 בג"ץ גניס, לעיל הערה 51, בעמ' 262-263.

58 "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 422-429.

59 דוגמה למקרה שבו הוחל חוק שאינו צופה פני עתיד אפשר למצוא בבג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2013). (להלן: פרשת איתנית). במקרה זה חויבה חברת איתנית לשאת במחצית מעלות פרויקט לפינוי פסולת אסבסט מהגליל המערבי.

60 בג"ץ גניס, לעיל הערה 51, בעמ' 271-274.

להעלות על הדעת מצב שבו חוק רטרואקטיבי פלילי מחמיר עומד במבחני פסקת ההגבלה. לעתים משום שהאזרחים מסתמכים על המצב הקיים, נפגע אינטרס ההסתמכות שלהם גם מחוק שחל מכאן ולהבא. לכן לפעמים צריך לדחות את תחולת החוק בזמן מסוים ולא להחילו מידית – מצב הנקרא "תחולה אקטיבית" (להלן: תחולה אקטיבית).

תחולה אקטיבית של חוק עוסקת בפעולת החוק על מצב הדברים כפי שהם במועד כניסתו של החוק לתוקף. כלומר, חוק כזה משנה את המצב המשפטי של פעולות או מצבים קיימים שטרם הסתיימו בעת כניסתו לתוקף, משנה אותם כבר מאותו היום שבו נכנס לתוקף.⁶¹ תחולה מידית אמנם אינה רטרואקטיבית, אך לעתים היא עלולה לגרום לפגיעה קשה, בדומה לפגיעה הנגרמת מחקיקה רטרואקטיבית.⁶² פגיעה כזו תיתכן בנסיבות שבהן רקם הפרט תכניות לטווח ארוך, לרבות השקעות נרחבות שהתבססו על המצב המשפטי הקיים, ולפתע השתנה המצב.⁶³ הפסיקה דנה במקרה כזה בבג"ץ בנאי.⁶⁴ מדובר בסוגיה שבה לשכת עורכי הדין שינתה את חומר הלימוד לבחינות הלשכה והחילה את החוק לאלתר, והמועד הקרוב לבחינות הלשכה היה חודש לאחר תאריך התחולה.⁶⁵ בעניין כזה, אף שתחולת החוק אינה רטרואקטיבית, נפגעו המתמחים פגיעה קשה; הם אמנם החלו ללמוד לבחינה והשקיעו מזמנם ומכספם, ולמרות זאת לא יכלו להתכונן אליה כראוי עקב הוספת חומר לימוד סמוך למועד הבחינה. בפסק הדין נקבע כי ההחלה המידית של החוק פגעה בחופש העיסוק של ציבור המתמחים באופן לא סביר ולא מידתי.⁶⁶

במקרים מסוימים ההחלטה להחיל את החוק לאלתר תהיה, כאמור, לא סבירה, לא מידתית ולא צודקת. על המחוקק לשקול בנסיבות כאלה שימוש בהוראות מעבר. תקופת המעבר יכולה להתבצע בשתי דרכים עיקריות: (א) הכנסת הנורמה המשפטית לתוקף ללא דיחוי ובתוך כך קביעת הסדרים מיוחדים לתקופה מסוימת;

61 עניין ארביב, לעיל הערה 25, בעמ' 775.

62 בג"ץ 2832/96 יוסף בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(2) 582, 594 (1996) (להלן: בג"ץ בנאי).

63 Patricia Popelier, *Legal Certainty and Principles of Proper Law Making*, 2 Eur. J. L. REFORM 321, 333 (2000) (להלן: Popelier, *Legal Certainty*).

64 בג"ץ בנאי, לעיל הערה 62.

65 שם, בעמ' 587-589.

66 שם, בעמ' 600-603.

(ב) קביעה נורמטיבית בדבר תחולה מאוחרת,⁶⁷ ובדרך זו אפשר למנוע פגיעה מאלה שהסתמכו על המצב המשפטי הקיים, והם ייפגעו בחומרה משינוי המידי.

במקרה מפורסם שמכונה "הנווטים"⁶⁸ הפך בית המשפט האירופי לזכויות האדם החלטה של בית המשפט החוקתי הבלגי ופסל חוק בלגי רטרואקטיבי. התיק עסק בשאלת אחריות המדינה בנזיקין, כמעסיקה של נווטים בכלי שיט. לאחר ההחלטה של בית המשפט הבלגי שהטילה על בלגיה אחריות בנזיקין, חוקקה בלגיה חוק שקבע אחריות מופחתת של המדינה כלפי נווטים כדי לעקוף את ההחלטה. נקבע בחוק כי תוקפו יחול רטרואקטיבית 30 שנים לאחור. בית המשפט החוקתי הבלגי קבע בשם האינטרס הציבורי כי החקיקה הרטרואקטיבית תקפה. עניין זה הגיע לבית המשפט האירופי לזכויות האדם, שבו נפסק כי האינטרס הציבורי של חיסכון במשאבי המדינה וכן האינטרס של השוואת המצב המשפטי הבלגי לזה של מדינות שכנות מצדיקים חקיקה כזו מעתה ואילך, דהיינו פרוספקטיבית; אך אין בהם כדי להצדיק חקיקה למפרע. לפיכך פסל בית המשפט את החוק וראה בו חוק לא מידתי.⁶⁹

◀ **חקיקה רטרואקטיבית:** חקיקה המשפיעה על פעולות שנעשו בעבר ומשפיעה על מי שפעל על סמך נורמות שהיו קיימות בטרם השינוי בחקיקה.

◀ חקיקה רטרואקטיבית פוגעת קשות באמון הציבור בשלטון, במטרת החוק להכווין התנהגות ובתחושת הצדק וההוגנות.

◀ **חריגים:** חקיקה מיטיבה, חקיקה מבהירה ושינוי סדרי הדין.

67 שם, בעמ' 594-596.

68 Pressos Compania Naviera S.A. and Others v Belgium, App. No. 17849/91, 21 Eur. H.R. Rep. 301 (1995)

69 שם, בעמ' 38-44.

◀ 3. עקרון כלליות החוק והימנעות מחקיקה פרסונלית

א. כללי

כלליות היא אחד המאפיינים המרכזיים של נורמה משפטית ומתוך כך שלטון החוק. "תפקיד המחוקק הוא לקבוע נורמות כלליות, ולא לעסוק במקרים בודדים ומסוימים אשר הטיפול בהם מסור לרשות המבצעת".⁷⁰ הנוסח הראשון של הציווי המוחלט אצל עמנואל קאנט קובע כי "עשה מעשיך רק על פי אותו הכלל המעשי אשר, בקבלך אותו, תוכל לרצות גם כן כי יהיה לחוק כללי".⁷¹ כלומר, מי שקובע כי הפעולה מותרת או אסורה חייב להחזיק בעמדה דומה גם כלפי פעולות שיש להן אותם מאפיינים. ואכן, מאחורי מסך הבערות של רולס איש לא היה מוכן לעמוד במצב שבו נורמה מופנית בשרירות לאנשים מסוימים.⁷² עקרון הכלליות בא לידי ביטוי בחוקה של גרמניה: סעיף 19(1) לחוקה מאפשר למחוקק להגביל זכות בסיסית בחקיקה רק אם החוק הוא כללי ואינו מכוון לעניין ספציפי.⁷³

חקיקה פרסונלית מאפיינת שלטון טוטליטרי. דוגמה לשימוש בחקיקה פרסונלית קיצונית הוא חוק שחוקקה גרמניה הנאצית ב-14 ביולי 1933,⁷⁴ המוציא מחוץ לחוק כל מפלגה שהיא, למעט המפלגה הנאצית. זהו חוק המיטיב עם גוף מוגדר וספציפי ופוגע קשות בזכויות של כל מי שאינו חבר בו.

70 ע"פ 213/56 הויעץ המשפטי לממשלה נ' ישעיהו וגניה אלכסנדרוביץ, פ"ד יא 695, 700-701 (1957) (להלן: עניין אלכסנדרוביץ).

71 עמנואל קאנט הנחת יסוד למטפיסיקה של המידות (מ' שפי מתרגם, ש' שטיין עורך, תשנ"ד).

72 ראו Rawls, A THEORY OF JUSTICE, לעיל הערה 4.

73 ראו בחוקת גרמניה, [GG] [GRUNDGESETZ] DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ] (Ger.): "Insofar as, under this Basic Law, a basic right may be restricted by or pursuant to a law, such law must apply generally and not merely to a single case". זמין בגרסה האנגלית באתר Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb. החריג היחיד לכך נמצא אף הוא בחוקה. ס' 14(3) לחוקה עוסק בהפקעת רכוש. ככלל, הפקעה היא אישית ולא כללית, ולפי החוקה היא מותרת רק כשהיא נעשית למען טובת הציבור. שם, art. 14(3).

74 "החוק נגד הקמת מפלגות": Law Against the Formation of Parties, July 14, 1933. ראו Roderick Stackelberg, THE ROUTLEDGE COMPANION TO NAZI GERMANY 297 (2007).

ב. מהי נורמה כללית?⁷⁵

נורמה כללית או מופשטת היא "נורמה המופנית אל הציבור כולו, או לפחות אל חלק בלתי מסויים ממנו, שלא נקבע לפי שמותיהם של המוענים אליהם מכוונת [הנורמה]".⁷⁶ לעומתה יש נורמה מוגדרת שאינה מופנית אל הציבור "בעילום שם", אלא פונה קונקרטיט לאדם מסוים הנקרא בשמו, או לאנשים מסוימים הנקראים בשמם, וכל תוקפה מתמצה לגבי אדם זה או אנשים אלה.⁷⁷

כלומר, לכאורה חקיקה פרסונלית מופנית אל פרט או כלפי קבוצה של אנשים מסוימים בשמם. במאמרו עומד פרופ' חיים גנז על הבעייתיות בהגדרה פורמלית זו שאפשר לנצל אותה לרעה. למשל, כשנחקקת הוראה הכוללת אפיון שהוא כללי למראית עין, אך למעשה ידוע למחוקק כי רק פרט מסוים או פרטים ספורים עונים לאפיון הזה. מצב כזה ייתכן כשהמחוקק מעוניין להפלות פרטים מסוימים (לטובה או לרעה), והוא אף פועל בדרך שמנסה להסוות את האפליה.⁷⁸ חקיקה "פרטית", בין שהיא מכוונת לאנשים מסוימים הנמנים במפורש בשמותיהם ובין שמדובר בהגדרה שנדמית כ"כללית" אך מכוונת לאנשים מסוימים, עומדת בסתירה לעקרון שלטון החוק.⁷⁹

מובן כי לא כל חקיקה שאינה מכוונת כלפי הציבור כולו תיחשב לחקיקה פרסונלית. בשעה שחקיקה מופנית כלפי ציבור מוגדר שהרכבו משתנה עם הזמן, למשל מי שהוא עורך דין, בעל רישיון טיס, תושב אזור של עדיפות לאומית, היא חקיקה שאינה

75 נהוג להבחין בין נורמה כללית מבחינת הפעולה שעליה היא מצווה לנורמה כללית מבחינת הציבור שאליה היא מופנית. עניינו בפרק זה הוא בנורמה כללית מבחינת הציבור. נורמה היא כללית מבחינת הפעולה אם היא מצווה על ביצוע סדיר של הפעולה, והיא אינה כללית מבחינת הפעולה אם היא מצווה על ביצוע לא סדיר של הפעולה. הוראה לא סדירה זו יכולה להיות חד־פעמית או כמה פעמים – במפוזר ובאופן לא סדיר. לדוגמה, חוק המצווה שלא לרצוח או לשלם מסים פעם בשנה הוא כללי מבחינת הפעולה שעליה הוא מצווה משום שהוא מורה על ביצוע סדיר של הפעולה. לעומתו, חוק המצווה על סטודנטים לשלם את שכר הלימוד ב־1.1.2015 אינו חוק כללי מבחינת ביצוע הפעולה משום שאינו מצווה על ביצוע סדיר של פעולה.

76 עניין אלכסנדרוביץ, לעיל הערה 70, בעמ' 701.

77 תקנה זו אינה תקנה בת פועל תחיקתי. ראו שם.

78 חיים גנז "על כלליותן של נורמות משפטיות" עיוני משפט טז 579, 580-583 (1991) (להלן: גנז).

79 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 287-288.

פרסונלית, אף על פי שהיא מחילה עצמה על קבוצת אנשים מסוימת וספציפית, משום שמדובר בציבור רחב דיו⁸⁰ וכן בהבחנה רלוונטית בין קבוצות פרטים.⁸¹

ג. חקיקה פרסונלית – סדוע לא?

◀ **שיקולי צדק והוגנות.** חקיקה אמורה לצפות פני עתיד ולקבוע נורמות כלליות. בבואו לחוקק חוק, על המחוקק להעמיד לנגד עיניו עיקרון המשרת לתפיסתו את האינטרס הציבורי הכללי. אסור למחוקק לעצב את הנורמה כאשר טובתו של אדם ספציפי עומדת לנגד עיניו ולתפור אותה למידותיו. עשייה חקיקתית כזו זומה לסימון המטרה סביב החץ ואינה עושה צדק עם שאר האוכלוסייה חסרת הקשרים.

◀ **פגיעה בשוויון.** ככלל, חקיקה פרסונלית מעוררת שאלות של שוויון; היא מעוררת חשד כהסדרה מחמירה מדי או מיטיבה מדי עם פרט ספציפי. יש בה סממנים, לפחות ניחוח, של שרירותיות ולעתים אף של עריצות.

◀ **אופיו הנורמטיבי ומנחה ההתנהגות של החוק.** חקיקה פרסונלית אינה תואמת את התפקיד המרכזי, ייתכן שהחשוב מכולם, של המחוקק, שתכליתו להדריך ולכוון את התנהגותו של כלל הציבור או של קהלים גדולים.

◀ **שיקולי יעילות.** חקיקה המכוונת לאנשים ספציפיים אינה יעילה, אלא רק זו המכוונת לכלל הפרטים באוכלוסייה.⁸² למוסדות השלטון אין די משאבים הדרושים לחוקק עבור כל פרט באופן פרטני.⁸³ חקיקה כללית תאפשר למוסדות השלטון לתפקד ביעילות ותחסוך בהוצאות מיותרות שיתבטאו בהפרדה מלאכותית בין פרטים.⁸⁴

◀ **שיקולים של אמון הציבור במוסדות השלטון.** חוק יכול להעדיף קבוצת אנשים מסוימת או לגרום לה רעה אך ורק עקב סיבות כלליות המצדיקות

80 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 727-726 (2005).

81 Andrei Marmor, *The Rule of Law and Its Limits*, 23 LAW AND PHILOSOPHY 1, 10 (2004) (להלן: Marmor).

82 שם, בעמ' 9.

83 HERBERT L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 21 (2nd ed. 1994)

84 JAMES M. BUCHANAN AND ROGER D. CONGLETON, *POLITICS BY PRINCIPLE, NOT INTEREST: TOWARDS NONDISCRIMINATORY DEMOCRACY* 6-9 (1998)

טיפול שונה, אך לא משום שהמחוקק מעדיף קבוצת כזו או אחרת של אנשים.⁸⁵ התנהגות כזו מצד המחוקק פירושה שימוש לרעה בכוחה של הכנסת, התנהלות שעלולה להוביל לחוסר אמון במוסדות השלטון הפועלים בצורה שרירותית ועריצה. עצם הדבר שהחוק חל על הכול, לרבות על המחוקקים עצמם, מייצרת גורמים של אחריות וריסון כשמדובר בפגיעה בזכויות יסוד.

ד. חריגים

ככלל, חקיקה המכוונת כלפי ציבור מסוים ומוגדר אינה רצויה. אולם במקרים חריגים שבהם יידרש המחוקק לכך, יהיה עליו לתת את הדעת לכמה הבחנות חשובות. בשעה שהמחוקק מחוקק חקיקה פרסונלית, עליו לוודא כי זו נעשית על בסיס תכונה של הפרט הרלוונטית לצורך תכלית החוק.⁸⁶ חוק נחשב למוסרי אם הוא חל על פרטים המחזיקים בתכונה הרלוונטית לפעולה שמצווה החוק, וכן כשהתכלית שנועד לשרת היא ראויה. לדוגמה, לפי סעיף 74 לחוק למניעת מפגעי אסבסט ואבק מזיק⁸⁷ חויב מפעל "איתנית-צמנט" (להלן: איתנית) לשאת במחצית מעלות הפרויקט לסילוק פסולת אסבסט מהגליל המערבי. בית המשפט קבע כי הגם ששמה של איתנית לא הוזכר מפורשות בחוק, הרי שהחוק פרסונלי משום שבפועל הוא מכוון באופן ספציפי אל המפעל. עוד קבע בית המשפט כי החוק עוסק בתכלית ראויה וחשובה ההולמת את ערכי מדינת ישראל, וכי יש סיבה עניינית לתחולתו הפרסונלית של החוק. לפי בית המשפט, "הסעיף נועד לתת מענה למצב ייחודי שנוצר: מצבורי פסולת אסבסט בהיקף גדול, באזור גאוגרפי מוגדר, שנוצרו באופן שיטתי על ידי גורם אחד דומיננטי".⁸⁸

מן הראוי להדגיש, יש נסיבות שבהן מקרה פרסונלי מעורר בעיה כללית הדורשת טיפול ובכך אין פסול כשלעצמו. אלא שבשעה שבאים לדון במעבר מן המקרה

85 Marmor, לעיל הערה 81, בעמ' 11.

86 גנו, לעיל הערה 78, בעמ' 589-590.

87 התשע"א-2011.

88 ראו פרשת איתנית, לעיל הערה 59, פס' 35, 41 לפסק הדין.

הפרטי אל הנורמה, יש לשקול שיקולים נורמטיביים כלליים ולחוקק רק אם שיקולים אלה מצדיקים קביעתה של נורמה כללית או שינויה. ההיגיון מחייב להיזהר מפני חקיקה שבה התמקדות בעניין פרטי מסתירה את התמונה הכללית. כמו כן, התמודדות נאותה עם מקרה פרטי שעורר צורך בתיקון הנורמה היא להשתמש בהוראות מעבר; כך לא תיחשד הנורמה כפרסונלית, וההוראות ימנעו מצד אחד את הפעלתה בנוגע למקרה הפרטי, ומצד אחר הן ישמשו להסדרה מכאן ולהבא.

ה. חקיקה פרסונלית: הבחנות יסוד

הבחנה חשובה לעניין חקיקה פרסונלית היא בין חוק שנועד לפגוע בזכויותיו של אדם ספציפי לחוק שאינו כזה. בשעה שמחוקק מעוניין לחוקק חוק פרסונלי (אם במוצהר ואם לאו), הרי יש חשיבות לסוגיה אם החוק נועד לפגוע בזכויות של פרט מסוים ולמנוע ממנו פעולות מסוימות, כלומר להרע את מצבו, או שמטרתו להסיר מחסומים ולעזור לו להגשים את זכויותיו, דהיינו להיטיב עמו. למשל, חוק המטיל תקופת צינון על בעל תפקיד שנועד למנוע מאדם מסוים להתמודד בבחירות לכנסת; ולעומתו חוק המסיר תקופת צינון כזו כדי לאפשר למועמד מסוים לעמוד לבחירה. ניתן לומר שפגיעתו של חוק פרסונלי שתכליתו לסייע במימוש זכויותיו של אדם קשה פחות מחוק פרסונלי שנועד לפגוע בזכויותיו של אדם. עם זאת יכול להיחקק חוק ספציפי העוסק במוסד (למשל הנצחת אדם כלשהו) ולכן אינו פוגע בזכויות.

יש לציין כי גם חקיקה פרסונלית מיטיבה אינה ראויה אם בגין ההטבה עלולות להיפגע זכויותיהם של בני אדם אחרים. ניתן לטעון כי הצעות החקיקה של הכנסת ה־19 בנוגע לשינוי השיטה לבחירת הרב הראשי לישראל, הצעות שנועדו לשנות את תנאי הסף לתפקיד (גיל, היעדר קדנציה קודמת) כדי להיטיב עם מועמדים ספציפיים,⁸⁹ הן דוגמה לחקיקה פרסונלית שמנסה להיטיב עם האחד על חשבון האחר.

הבחנה נוספת נוגעת לזיהוי של בעיה אמיתית שחוק פרסונלי המיטיב עם פרט ספציפי אמור לפתור, אך נוסף על כך ייטיב החוק עם פרטים אחרים בעתיד.

89 הצעת חוק הרבנות הראשית (תיקון) – ביטול הגבלת גיל מרבי למועמד לרב ראשי וביטול הגבלת ההתמודדות על רב מכהן), התשע"ג-2013 (פ9/1260).

לדוגמה, ביטול או קיצור תקופת צינון שתכליתה לאפשר לאדם שנשא בתפקיד להיבחר לכנסת. במצב זה פגיעתו של החוק בעקרון הכלליות קטנה יותר.

◀ **חקיקה פרסונלית:** חקיקה העוסקת בפרט מסוים או במקרה ייחודי, בניגוד לעיקרון כי חוק אמור להיות כללי ולכונן התנהגות.

◀ חקיקה פרסונלית סותרת עקרונות של צדק והוגנות; היא פוגעת בשוויון ובאמון הציבור במערכת המשפט.

◀ יש להבחין בין חקיקה פרסונלית שמיטיבה עם הפרט ובין כזו שפוגעת בו.

4. עקרון יציבות החוק

א. כללי

על פי עקרון יציבות החוק, הנורמות הכלליות בשיטת המשפט ודרכי יישומן במקרים פרטיים צריכות להיות יציבות ככל האפשר, ואין לשנותן תכופות באופן בלתי צפוי.⁹⁰ בדומה לעיקרון האוסר חקיקה רטרואקטיבית, הדרישה ליציבות החוק נובעת מעקרונות של צדק והגינות העומדים בבסיסה של המערכת הדמוקרטית. על פי עקרונות אלה, צריך לאפשר לפרטים לתכנן את מהלכיהם ואת דרך התנהגותם בהסתמך על החוק. שינויים תכופים בחוק פוגעים ביציבות ובוודאות. הם פוגעים בעקרון ההסתמכות,⁹¹ בדומה לפגיעה עקב חקיקה רטרואקטיבית. כמו כן, חקיקה "מזגגת" המשנה את פניה לעתים קרובות מביאה לזילות החוק ופוגעת באמון הציבור במערכת המשפט. וכך נכתב: "המשפט משרת את החברה, את הפרטים שבה ואת מוסדותיה, ואלו זקוקים ליציבות ולבהירות יחסיים, כדי לדעת אל נכון כיצד לתכנן כדין את צעדיהם ולפעול את פעולותיהם".⁹²

עקרון היציבות אינו מבטא קפיאה על השמרים. על החוק להיות "חי", דינמי ומתפתח, פתוח לתיקון ולשינוי, ובשעה שהנסיבות דורשות זאת – התאמתו למצב שהשתנה או לתפיסת עולם שהשתנתה.⁹³ על כן העיקרון במהותו מבקש לאזן בין הכורח לשינוי ולתיקון ובין צורכי האזרחים ביציבות ובוודאות, ולכן על המחוקק לשאוף להימנע משינויים תכופים בחקיקה, שלעתים הם סותרים ולא צפויים ואינם נוגעים לעניין. היציבות הנדרשת היא אפוא יחסית. בהתחשב באלה יש להימנע מחקיקה שלא קדמה לה הכנה יסודית כדי הצורך, או שאין זוכה לגיבוי פוליטי וציבורי רב, ועקב כך היא נתונה לשינויים מידיים ומהותיים. ראוי להיזהר במיוחד מתפיסה שגויה שלפיה עצם החידוש והשינוי בחקיקה רצויים כשלעצמם. חידוש לשם חידוש מהווה פגיעה מובהקת ולא מוצדקת בעקרון יציבות החוק.

90 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה" משפט וממשל ה 375, 387 (1999) (להלן: אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה").

91 ראו FULLER, THE MORALITY OF LAW, לעיל הערה 19, בעמ' 93-94.

92 רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"מ מו(5) 159, 171 (1993) (להלן: עניין בוסקילה).

93 וכך כתב השופט קרדוזו: BENJAMIN N. CARDOZO, THE PARADOXES OF LEGAL SCIENCE 10-11 (1928): "Society is inconstant. So long as it is inconstant, and to the extent of such inconstancy, there can be no constancy in law"

ב. מדוע על החוק להיות יציב?

- ◀ **סיכול מטרת החוק להכווין התנהגות עתידית.** החוק נועד, בראש ובראשונה, להכווין התנהגות עתידית. חוק המשתנה לעתים תכופות יוצר מכשלה לפרטים להדריך עצמם לפיו ויהיה להם קושי לציית לו.⁹⁴
- ◀ **שיקולים של יציבות, ודאות וביטחון ביחסים החברתיים.** חוק המשתנה לעתים תכופות אינו מאפשר לאזרחים לדעת בכל רגע נתון מהי הנורמה החלה על פעולותיהם.⁹⁵ שלילת היכולת מהאזרח לפעול על פי כללים ברורים ויודעים פוגעת בציפיות הראויות שלו לתכנן את מהלכיו מראש ובפרט לתכנן את מהלכיו לטווח הארוך.⁹⁶ האינטרס החברתי הוא ליצור יציבות ביחסים המשפטיים בין הפרטים כדי שיוכלו לכלכל את צעדיהם מראש.⁹⁷
- ◀ **שיקולים של אמון הציבור במוסדות השלטון.** חקיקה המשתנה חדשות לבקרים אינה מאפשרת לפרט להסתמך על החוק.⁹⁸ הידיעה כי בכל רגע נתון עלול החוק להשתנות ובכך עלולות להשתנות הציפיות הלגיטימיות של פרטים בנוגע למעשיהם יוצרת תחושה של זילות החוק ושל עריצות שלטונית.⁹⁹ התנהלות כזו של המחוקק אינה ראויה לאמון הציבור וממילא לא תזכה בו. חוק המשתנה תכופות יוצר חשד בקרב הציבור כי הנימוקים האמיתיים העומדים מאחוריו אינם ענייניים, או שאינם אלה המדווחים לציבור.
- ◀ **שיקולים כלכליים.** חקיקה המשתנה לעתים קרובות תרתיע שחקנים מלהשקיע בשוק, שכן היא מבטלת למעשה את יכולת הניבוי שלהם. אמנם תמיד יש חשש מאפשרות של שינוי החוק, אולם כשהשחקנים יודעים שהחוק של היום עלול להשתנות מחר, וכי הדבר אף מתרחש בתדירות, הם

94 ראו Marmor, לעיל הערה 81, בעמ' 34; JOSEPH RAZ, THE AUTHORITY OF LAW: ESSAYS ON LAW AND MORALITY 214–215 (2nd ed., 2009) (להלן: RAZ).

95 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 309.

96 ראו RAZ, לעיל הערה 94, בעמ' 214.

97 שם, בעמ' 220.

98 שם, בעמ' 214.

99 שם, בעמ' 219–223.

יימנעו מלהשקיע בשוק. יכולת ניבוי מזערית היא הכרח לפעילות כלכלית, ובהיעדרה – עלול לחול עיכוב בצמיחה הכלכלית.¹⁰⁰

ג. סייגים לכלל

◀ **עניינים דיוניים.** על פי רוב הציבור הרחב אינו מסתמך על החוק בעניינים דיוניים. לכן אפשר להבחין בין כללים ראשוניים או מהותיים – הקובעים זכויות וחובות, לכללים משניים או דיוניים – הקובעים סמכויות וסעדים. שינוי של כללים דיוניים אינו פוגע ככלל בציפייה הסבירה של הפרטים וביכולתם להסתמך על הדין.¹⁰¹ לכן בעניינים דיוניים הפגיעה ביציבות הדין חמורה פחות מפגיעה ביציבות הדין בהקשר של עניינים מהותיים.

◀ **שינויים נדרשים בחוק.** כאמור, יציבות – אין פירושה נצחיות של החוק או התאבנותו. התאמתו של החוק או שינויו נדרשים לפי צורכי המציאות המשתנים והתמורות בתפיסות החברתיות.¹⁰²

ד. עיקרון חשוב בשינוי החקיקה: הבאה בחשבון של ההסתמכות הסבירה

בשעה שאדם מחליט כיצד לפעול, הוא עושה זאת בהתבסס על המשפט הרווח. הצורך לשנות את החוק מדי פעם בפעם מחייב את השלטון להביא בחשבון עניין זה ולהתחשב בציפיות הסבירות של האזרחים כשמשנים חוקים. האיזון שצריך המחוקק להפעיל וההסדרים שנועדו למנוע או למזער את הפגיעה בציפיות סבירות אלה אמורים להיות מושפעים ממידת ההסתמכות על הדין הקיים. בין השאר ראוי לבחון אם המחוקק עצמו, או רשות שלטונית אחרת, יצרו ציפיות שלפי מידת ההיגיון יכול הפרט להסתמך עליהן,¹⁰³ וכן להתחשב במידת חוסר הצדק שגורם הדין הקיים

100 ראו דפנה ברק־ארז "הגנת הסתמכות במשפט המנהלי" משפטים כז 17 (1995) (להלן: ברק־ארז "הגנת הסתמכות במשפט המנהלי").

101 עניין בוסקילה, לעיל הערה 92, בעמ' 175.

102 בהקשר זה יש לציין כי הכלל בישראל בעניין תקדים מחייב הוא שתקדימי בית המשפט העליון מחייבים את הערכאות שמתחתיו אך לא מחייבים אותו עצמו. המטרה היא להבטיח יציבות ובכל זאת להותיר מקום לשינוי לפי הכלל של "אמת ויציב, אמת עדיף". ראו ע"א 376/46 רוזנבאום נ' רוזנבאום, פ"ד ב(1) 235, 254-253 (1949). עם זאת במקרים ספורים שינה בית המשפט העליון את הלכותיו, ובכך בא לידי ביטוי עקרון היציבות למרות הכול.

103 ראו Popelier, Legal Certainty, לעיל הערה 63, בעמ' 321, 327, 333-334.

ואת האפשרות לשנותו באופן רטרוספקטיבי (ראו את הטקסט שבהערה 29).¹⁰⁴ כמו כן יש לתת את הדעת להיבטים נוספים, כגון טיבו של השינוי בחוק – אם הוא הצהרתי גרידא או מבטא שינוי מהותי (כשמדובר בהצהרה בלבד, אפשר להתחשב פחות בעקרון היציבות), לברר את הנסיבות הייחודיות לשינוי ואת האינטרס הציבורי המחייב אותו.¹⁰⁵

- ◀ **עקרון יציבות החוק:** ראוי שלא לשנות את הנורמות המשפטיות בתכיפות ובאופן לא צפוי. ליציבות החוק יש יתרון.
- ◀ **חקיקה המשתנה בתכיפות** פוגעת בהכוונת ההתנהגות, בוודאות ובאינטרס ההסתמכות של האזרח. חקיקה כזאת עלולה לפגוע גם באמון הציבור בשלטון.
- ◀ **סייגים:** יציבות אין פירושה נצחיות. שעה שעולה הצורך להתאים את החוק למציאות המשתנה, מובן שיש לתקן ולשנות את החוק. עם זאת יש לשקול את שיקולי ההסתמכות של האזרחים.

104 ראו עניין בוסקילה, לעיל הערה 92, בעמ' 174.

105 Patricia Popelier, *Legitimate Expectations and the Law Maker in the Case Law of the European Court of Human Rights*, EUR. HUMAN RIGHTS L. REV. 2–3 (2006)

5. עקרון פומביות החוק

[I]n order that a law obtain the binding force which is proper to a law, it must needs be applied to the men who have to be ruled by it. Such application is made by its being notified to them by promulgation. Wherefore promulgation is necessary for the law to obtain its force (Tomas Aquinas).¹⁰⁶

חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי סתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטארי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק.¹⁰⁷

א. כללי

החובה להביא את תוכן של נורמות משפטיות לידיעת אלה המחויבים לציית להן נובעת מעקרון החוקיות ומעקרון שלטון החוק.¹⁰⁸ מטרת החוק היא להכווין את התנהגות הפרטים, והתנאי ההכרחי להגשמת תכלית זו הוא פרסומו ברבים.¹⁰⁹ הדרישה מאדם לציית לחוק אינה מחייבת אותו לדעת בפועל מהו החוק, אך הכרח הוא כי תהיה לו אפשרות ללמוד מהי ההתנהגות הנדרשת ממנו על פי חוק.¹¹⁰ אפשרות כזו יוצאת אל הפועל רק אם החוק פורסם. ועל כך נכתב: "אין לדרוש מאדם לציית לחוק אם החוק הוא נסתר".¹¹¹

ב. פומביות החוק – מדוע?

◀ **הגינות וצדק.** חקיקה נסתרת אינה צודקת. חוק שאינו מפורסם גורם לפגיעה הדומה לשינוי רטרואקטיבי: אין לאדם דרך לדעת מהו המצב המשפטי של פעולתו. פרסום החקיקה מונע מאדם לפעול בלי לדעת את ההשפעות של מעשיו (ובפילילים: "אין עונשין אלא אם כן מזהירין").¹¹²

106 THOMAS AQUINAS, SUMMA THEOLOGICA (1265–1274)

107 ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו(3) 2193, 2204–2205 (1961).

108 אהרן ברק פרשנות במשפט: תורת הפרשנות הכללית כרך א 294 (1992) (להלן: תורת הפרשנות הכללית).

109 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה", לעיל הערה 90, בעמ' 386. יש טענה שחובת הפרסום כוללת גם חובה לפרסום נגיש. ראו יניב רוזנאי "חוק" רוצה להיות חופשי: פרסום חקיקה בעידן האינטרנט" הפרקליט נב 235 (2013) (להלן: רוזנאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט").

110 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 296.

111 בג"ץ 4950/90 פרנס נ' שר הביטחון, פ"ד מז(3) 36, 38–44 (1993) (להלן: עניין פרנס).

112 רוזנאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", לעיל הערה 109, בעמ' 247; בג"ץ 220/51 אסלאן ואח' נ' המחושל הצבאי של הגליל, פ"ד ה 1480, 1486–1487 (1951).

- ◀ **עקרון השוויון.** חקיקה שאינה מפורסמת ברבים היא פוגעת בעקרון השוויון. ככל שהחקיקה נגישה פחות ודורשת השקעת משאבים רבים לצורך גילוי תכניה, כך גדל היתרון של מי שקרובים להליך החקיקה ולמי שמסוגלים להשקיע זמן ומשאבים בגילוי הנסתר; יתרון שאינו הוגן.¹¹³
- ◀ **השגת תכלית החוק.** על מנת שהחוק יוכל להכווין את התנהגות הפרטים בחברה, עליהם לדעת את תוכנו,¹¹⁴ ופרסום החוק חיוני להגשמת ייעודה של החקיקה. שיקול זה מצריך לייחד מאמץ לפרסום חוקים בצורה הנגישה ביותר לציבור.¹¹⁵ שלטון החוק מחייב אפוא פרסום נגיש של החוקים, שהרי ללא היכולת לדעת על אודות החוק, אין אפשרות לציית לדרישותיו.¹¹⁶ לחובת הפרסום נודעת משמעות מיוחדת בדיני העונשין בהתחשב בעקרון החוקיות שלפיו אין עונשין אלא אם כן מזהירים תחילה, אולם חובה זו חיונית גם בתחומי משפט אחרים.
- ◀ **אמון הציבור במוסדות המדינה.** חקיקה נסתרת היא ביטוי לשרירות שלטונית. במקום שבו אזרחים אינם יכולים להיות מודעים לכללים המשפטיים המחייבים עלול להתערער אמון הציבור במוסדות המדינה.¹¹⁷
- ◀ **ביקורת ציבורית.** פרסום חוק מאפשר לציבור לדעת כיצד המחוקק פועל ולבקר אותו על פעולותיו.¹¹⁸ בישראל, באמצעות פרסום החוק מדווחת הכנסת לציבור על פעולתה. ציבור האזרחים – שהוא הריבון – יכול להעריך את האופן שבו נציגיו, החבים לו חובת נאמנות, ממלאים את תפקידם. פרסום החוקים משמש אפוא תנאי ליכולתם של האזרחים לבחון את החוקים, לבקר אותם ולדרוש לשנותם.¹¹⁹
- ◀ **ודאות וביטחון משפטי.** חקיקה נסתרת שוללת מהאזרח את היכולת לדעת את ההשלכות המשפטיות של מעשיו. בכך נפגעת יכולתו של הפרט לכלכל את צעדיו מראש.¹²⁰ מדובר בפגיעה חמורה בוודאות המשפטית, וזו עלולה

113 רוזנאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", שם, בעמ' 247-249.

114 אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה", לעיל הערה 90, בעמ' 386; Raz, לעיל הערה 94, בעמ' 214.

115 רוזנאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", לעיל הערה 109, בעמ' 240-241.

116 שם, בעמ' 246.

117 ראו Raz, לעיל הערה 94, בעמ' 219-223.

118 Fuller, The Morality of Law, לעיל הערה 19, בעמ' 64-65.

119 רוזנאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", לעיל הערה 109, בעמ' 243-244.

120 דנג'ץ 1913/97 מואסי נ' שר הפנים, פ"ד נב(2) 49, 72 (1998).

להביא לחוסר ביטחון ביחסים החברתיים.¹²¹ בחוסר ביטחון כזה יש תמריץ שלילי להשקעות במדינה ולפיתוח כלכלי.¹²²

ג. המשפט הישראלי

פרסום החקיקה הוא "תנאי בלעדיו אין" לתוקפה המשפטי במשפט הישראלי.¹²³ עיקרון זה בא לידי ביטוי בסעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט¹²⁴ וכן בסעיף 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש].¹²⁵ המשמעות של חובה זו במשפט הישראלי היא כי חוק שלא פורסם ברשומות אינו תקף, אף אם פורסם במקום אחר.¹²⁶

ג(1) ההקשר החוקתי

האם המחוקק מוסמך לקבוע פטור מחובת הפרסום של חקיקה?

ראשית ופשיטא, כשחוק פוגע בזכויות יסוד, עליו לעמוד בפסקת ההגבלה.¹²⁷ למעשה, הפרת חובת הפרסום מתעלמת מהדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה. דרישה זו, לפיה על הפגיעה להיעשות על פי חוק, פורשה בספרות המשפטית כדרישה מהותית המחייבת את פרסומו של אותו חוק.¹²⁸ כך, פגיעה בזכות חוקתית באמצעות חקיקה חשאית תמיד תיחשב לא חוקתית, שהרי לעולם לא תעבור את הדרישה הראשונה של פסקת ההגבלה. גם אם נדחה שיטה זו, קשה להעלות על הדעת תכלית כלשהי המצדיקה פטור מחובת הפרסום תוך כדי שמירה על תנאי פסקת ההגבלה.

121 רזונאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", לעיל הערה 109, בעמ' 249; Raz, לעיל הערה 94, בעמ' 220.
122 רזונאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", שם, בעמ' 249-250; ברק-ארז "הגנת הסתמכות במשפט המנהלי", לעיל הערה 100.

123 רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 514-515 (1994).
124 "כל פקודה תקבל תוקף מיום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום".

125 "תקנות בנות־פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה".

126 החוק הישראלי כולל סייגים בנוגע לפטור מחובת פרסום אך לא בנוגע לחקיקה ראשית – החוק עוסק בצווים המוצאים מכוח תקנות הגנה (שעת חירום), 1945. ס' 3(2) לחוק קובע פטור מהוראת ס' 17 לפקודת הפירושים, דהיינו מפרסום צווים המוצאים מכוח אותן תקנות. חריג נוסף קיים בחוק ההתגוננות האזרחית, התשי"א-1951, אולם אף על פי שהחוק פוטר עניינים מסוימים מפרסום ברשומות, הוא קובע חובה להביאם לידיעת הנוגעים בדבר.

127 ראו עניין פרנס, לעיל הערה 111; רזונאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", לעיל הערה 109, בעמ' 272.
128 שם; אורן גל־אייל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' " משפט וממשל ד 381, 413 (1998).

שנית, גם חוק שאינו פוגע ישירות בזכויות היסוד ומתיר אי־פרסום עשוי להיפסל, להיחשב לא חוקתי וכסותר את עקרונות היסוד של השיטה המשפטית. הפגיעה בעקרון שלטון החוק חמורה כל כך, עד כדי כך שהיא עלולה להצדיק את פסילת החוק גם ללא חוק יסוד פורמלי דוגמת חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. מובן כי ביום שבו הליך חקיקתו של חוק יעוגן פורמלית בחוקה (או בחוק־יסוד: החקיקה) תהפוך חובת הפרסום לחוקתית גם באופן פורמלי.

ד. משפט עשויה

חובת פרסום החוק מופיעה במפורש כסעיף עצמאי בחוקת גרמניה; סעיף 82 לחוקה קובע את החובה לפרסם חוק חדש ברשומות. יתרה מזאת, הסעיף קובע את החובה לכתוב במפורש מתי ייכנס החוק החדש לתחולה. בהיעדר אמירה מפורשת בעניין התחולה, חוק חדש ייכנס לתוקפו 14 ימים לאחר שפורסם ברשומות.¹²⁹ בקנדה חוקים חייבים להתפרסם ב־*Canada Gazette*.¹³⁰ באשר לחובת פרסום החקיקה במשפט האמריקני, המלומד פולר מסביר כי אין איסור מפורש לגבי חקיקה נסתרת בחוקה האמריקנית מאחר שהדבר מובן מאליו.¹³¹

◀ **עקרון פומביות החוק:** החובה לפרסם חוקים והאיסור לחוקק חקיקת סתר.

◀ **חקיקת סתרים** מנוגדת לעקרונות של הגינות וצדק. חקיקה שאינה נגישה לציבור פוגעת בשוויון משום שהיא נותנת יתרון לבעלי אמצעים שיכולים לברר את החוק. היא אינה מגשימה את תכלית החוק להכווין התנהגות ומונעת ביקורת ציבורית על החוק.

(1) Laws enacted in accordance with the provisions of this Basic Law shall, after countersignature, 129 be certified by the Federal President and promulgated in the Federal Law Gazette. Statutory instruments shall be certified by the agency that issues them and, unless a law otherwise provides, shall be promulgated in the Federal Law Gazette.

(2) Every law or statutory instrument shall specify the date on which it shall take effect. In the absence of such a provision, it shall take effect on the fourteenth day after the day on which the Federal Law Gazette containing it was published.

Canada Statutory Instrument Act, R.S.C. 1985, c. S-22 130

LON L. FULLER, ANATOMY OF THE LAW 60-62 (1968) 131

6. עקרון בהירות החוק

א. כללי

החוק נועד להכווין התנהגות. ייעוד זה בשילוב חובת ההגינות של השלטון כלפי האזרחים מנביעים הן את החובה לפרסמו ברבים והן איסור לחוקק חקיקה רטרואקטיבית. אולם בשני אלה אין די. כדי שהחוק יוכל למלא את ייעודו והשלטון יוכל לצאת ידי חובתו, על החוק להיות מנוסח באופן שיאפשר לאזרחים להבין את משמעותו ואת ההנחיה ההתנהגותית המתחייבת ממנו. חוק המנוסח בחוסר בהירות, בערפול או שאינו מדויק, עלול להטעות חלק מן האנשים המעוניינים לפעול על פיו.¹³² כלומר, השאיפה היא כי "הציבור יוכל לדעת מה מותר לו ומה אסור לו מתוך קריאת הטקסט עצמו, ועל בסיס זה יוכל לתכנן את מהלכיו ולהגשים את ציפיותיו".¹³³

ב. מדוע צריך חוק ברור ומובן?

◀ **שיקולי הגינות וצדק.** חקיקה מעורפלת נתפסת כלא צודקת משום שהיא מונעת מהפרט את האפשרות להבין את ההשלכות המשפטיות לפעולותיו. כמו כן, חקיקה מעורפלת נתונה לפרשנויות רבות שאי-אפשר לצפותן מראש. הדבר עלול להיתפס כמתן משמעות משפטית לחוק בדיעבד (ex post),¹³⁴ בדומה לחקיקה רטרואקטיבית; ערפול טומן בחובו חשש לשרירותיות של המחוקק ושל גורמי אכיפת החוק. חקיקה שכזו משולה למשחק שהוראותיו אינן ברורות ולכן השחקנים אינם יודעים כיצד עליהם לנהוג.

◀ **סיכול מטרת החוק להכווין התנהגות עתידית.** החוק נועד, בראש ובראשונה, להכווין התנהגות עתידית של פרטים בחברה. על אדם הקורא את החוק להבין מה מותר לו לעשות ומה אסור לו.¹³⁵ חוק המנוסח בצורה מעורפלת, המשתמעת לשתי פנים, לא יוכל להכווין התנהגות עתידית של פרטים משום

132 RAZ, לעיל הערה 94, בעמ' 214.

133 תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 108, בעמ' 294.

134 שניאור זלמן פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 16 (הדפסה שלישית, 2000) (להלן: פלר יסודות בדיני עונשין).

135 RAZ, לעיל הערה 94.

שלא ידעו כיצד עליהם לנהוג.¹³⁶ במישור הפלילי חוק שאינו מסייע לפרט להבין כיצד אסור לו לנהוג מחטיא את מטרת ההכוונה וההרתעה של דיני העונשין.¹³⁷ ולא זו בלבד אלא שגם כוונתו האקספרסיבית והחינוכית של החוק, המותנית ביכולתו להעביר מסר ברור, יוצאת נפסדת. למצב דברים כזה עלולות להיות השלכות שליליות, כדלהלן:

- פגיעה בלתי מוצדקת בחירות הפעולה. עקב חוסר הבהירות עלול הפרט לפרש את החוק פירוש שיש בו הרחבת יתר של האיסור. עקב כך הוא יימנע מעשייה שהיא מותרת לאמיתו של דבר. כך נגרמת פגיעה לא מוצדקת בחירות הפעולה.
- פגיעה בתחושת הצדק. האפשרות האחרת היא שהפרט יפרש את החוק פירוש המצמצם את התחום האסור צמצום יתר. על סמך פירוש זה, הפרט עושה פעולה לא חוקית בתום לב. מצד אחד השיטה המשפטית אינה יכולה להתלות את תוקף הכללים ואת תוכנם בפרשנות הסובייקטיבית שהתושבים מפרשים אותם ("אי ידעת החוק אינה פוטרת").¹³⁸ מצד אחר הטלת אחריות משפטית, בייחוד פלילית, על אדם שפעל בתום לב על בסיס כלל משפטי לא ברור, היא בעייתית בהיבטים של צדק והוגנות, יוצרת הרגשה קשה ופוגעת באמון הציבור בשיטה המשפטית.

◀ **שיקולים של יציבות, ודאות וביטחון ביחסים החברתיים והאישיים.** חוק שאינו ברור נוטל למעשה מהפרט את היכולת להבין באופן חד־משמעי את ההשלכות המשפטיות לפעולותיו. אדם שאינו בטוח בהשפעות המשפטיות של מעשיו לא יוכל לפעול בביטחון ולכלכל את צעדיו מראש.¹³⁹ כחברה יש לנו אינטרס להגן על הוודאות המשפטית על מנת שפרטים יוכלו לפתח ציפיות ראויות לגבי פעולותיהם. ללא ודאות יימנעו מהאזרחים הרגשת הביטחון ותחושת היציבות שעליהן מושתתים היסודות של כל חברה.¹⁴⁰

136 דברי הסבר להצעת חוק העונשין (תיקון מס' 103) (ביטול העבירה של תקלה ציבורית), התשס"ח-2008.

137 פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל הערה 134, בעמ' 15.

138 ס' 34 לוחק העונשין. טעות בדון, שהיא בלתי נמנעת באורח סביר, כן מקימה הגנה לפי סעיף זה.

139 פלר יסודות בדיני עונשין, לעיל הערה 134, בעמ' 16.

140 פרשנות החקיקה, לעיל הערה 23, בעמ' 620.

◀ **שיקולים של אמון הציבור במוסדות השלטון.** כאמור, לחקיקה מעורפלת אין ערך מכוון ומדריך; היא מתסכלת את מי שפונה אליה כדי למצוא בה הנחיה והכוונה ומביאה אפוא לחוסר יכולת ולחוסר רצון להסתמך על החוק. בכך מערערת חקיקה כזו את אמון הפרט במחוקק ובשאר מוסדות השלטון, המופקדים על יישום החקיקה ואכיפתה.¹⁴¹

◀ **שיקולים כלכליים.** חוק המנוסח במעורפל נתון לפרשנויות שונות, שולל את יכולת הניבוי של מי שפועל בשוק ואינו מאפשר הסתמכות על מצב משפטי ברור. לכן, ככל שהאזרחים יתקשו בהבנת החוק ואי־הבנה זו תגרום להם קושי להעריך את תוחלת ההשקעה שלהם במשק, כך הם ייטו להימנע מהשקעה כלכלית.¹⁴² זאת ועוד, ככל שיצטרכו ייעוץ משפטי כדי לצמצם את אי־הבהירות, כך תגדל ההוצאה על השקעתם. כפועל יוצא מכך יידרש הציבור לשלם מחיר יקר יותר עבור המוצרים. יתרה מכך, מי שנזקק לייעוץ משפטי בנסיבות אלו, לא רק שאינו יכול לבטוח בפרשנות שהובאה לפניו אלא שגם אם תגיע הסוגיה להכרעה שיפוטית ייתכן שהפרשנות לחוק תהיה שונה בסופו של דבר. לפיכך גם היועץ המשפטי ניצב בפני הלא נודע.

◀ **פגיעה בשוויון.** חקיקה מעורפלת מרחיבה את הפער בין מתחרים גדולים ואמידים למתחרים קטנים. חקיקה לא בהירה מהווה נטל כבד על הפרט, שצריך לברר מראש את ההשלכות המשפטיות האפשריות של צעדיו, דבר הכרוך בעלות כספית לא מבוטלת בשל ייעוץ משפטי. שחקנים קטנים אינם יכולים להרשות לעצמם הוצאות כאלה ולכן עלולים להירתע מפעילות לגיטימית ורצויה¹⁴³ במציאות כזו. לעומתם, שחקנים גדולים ואמידים מסוגלים להתמודד עם הקושי הזה, ומכאן עולה פגיעה בשוויון.

ג. כללים וסטנדרטים

ככלל, למחוקק יש שתי אפשרויות בבואו לנסח את הדין. הוא יכול לבחור לנסח את הדין בצורה של כללים ברורים וחדים (rules) שיקבעו בפירוט ובאופן חד־משמעי

141 Raz, לעיל הערה 94, בעמ' 219-223.

142 ראו "חקיקה רטרואקטיבית", לעיל הערה 18, בעמ' 408-410; ברק־ארז "הגנת הסתמכות במשפט המנהלי", לעיל הערה 100.

143 ראו רוזנאי "פרסום חקיקה בעידן האינטרנט", לעיל הערה 109, בעמ' 247-249.

מהו ההסדר החל ובאילו נסיבות. כללים אלה נקבעים מראש – ex ante, בדרך כלל על ידי המחוקק.¹⁴⁴ בניגוד לזאת יכול המחוקק לבחור לנסח את הדין בשיטה שתתווה עקרונות כלליים (standards), ויהיה צורך ליישםם בנסיבות קונקרטיות. סטנדרטים אלה אוצלים כוח לקבוע נורמות ברורות למי שאמור ליישם את הנורמה בסופו של דבר – לבית המשפט.¹⁴⁵ השימוש בסטנדרטים מאפיין בדרך כלל ניסיונות להבטיח צדק והוגנות וכן לשם מימוש מדיניות בתחומי הכלכלה, הפוליטיקה או החברה.¹⁴⁶

עקרון שלטון החוק ודרישת הוודאות הנובעת ממנו בדרך כלל יצדיקו שימוש בכללים חדים המנוסחים בצורה מובנת ומספקים הנחיה ברורה לציבור. בעת קביעת הכלל, מן הראוי לתת את הדעת לתרחיש בעניין מצבים שהלכה למעשה הם בגדר תחולת הכלל, אולם הדין הקבוע בכלל אינו הולם אותם. ניתן לטפל בכך באמצעות קביעתם של חריגים מוגדרים המוציאים מצבים אלה מתחולת הכלל.¹⁴⁷ ההעדפה לכלל ברור נובעת גם משיקולי יעילות. למשל, כשמצבים חוזרים ונשנים ללא שינויים ניכרים, המחוקק יכול להסדיר אותם באמצעות קביעת כלל הולם. קביעה כזו לא רק יעילה יותר מאצילת סמכות לגורם אחר שיצטרך לקבוע את הדין בכל פעם מחדש אלא שגם מבטיחה כי דינם של מצבים שווים מהותית יהיה זהה.¹⁴⁸

עקב הדרישה לוודאות, ניתנת עדיפות לכללים ברורים. עם זאת במצבים מסוימים יש יתרון לשימוש בסטנדרטים המביאים לידי ביטוי עקרונות כלליים: "אם מדובר בנורמות משפטיות שעיסוקן בסיטואציות שונות זו מזו, ולכן אין אפשרות מעשית לפתור את כולן בהינף קולמוס אחד אין למחוקק ברירה אלא להאציל את מלאכת קיבועו של הדין לשלב המאוחר יותר, הנעשה בידי הדיין או הפרשן".¹⁴⁹ בנסיבות אלה שיקולי צדק ויעילות עשויים להצדיק שימוש בסטנדרט המעניק גמישות רבה יותר ויכולת התאמה של הדין למצבים שונים. שיקול אפשרי נוסף עבור סטנדרט הוא נורמה שתכליתה העיקרית אינה הכוונת התנהגות אלא קביעת אחריות בדיעבד

144 אוריאל פרוקצ'יה "כללים וסטנדרטים בספר הברית: תמרוז אזהרה לחקיקה בעידן המודרני" מחקרי משפט כו 661, 667 (תשע"א) (להלן: אוריאל פרוקצ'יה).

145 שם, בעמ' 667.

146 RONALD M. DWORKIN, THE PHILOSOPHY OF LAW 43 (1991)

147 תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 108, בעמ' 294-295.

148 Louis Kaplow, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, 42 Duke L.J. 557, 573-77 (1992) (להלן: קפליו); וראו במאמרו של קפליו את ההרחבה בעניין ההבחנה בין עקרונות לכללים.

149 אוריאל פרוקצ'יה, לעיל הערה 144, בעמ' 667.

("כלל הכרעה" לעומת "כלל התנהגות"), דוגמת פטורים מאחריות פלילית.¹⁵⁰ שיקולי יעילות יצדיקו אפוא שימוש בסטנדרטים שעלות קביעתם והותרת פרשנותם לדין קטנה מזו של קביעת כלל סגור.¹⁵¹ במצבים מהסוג הזה, קביעה בחקיקה של עקרונות כלליים תוכל לסייע בהשגת התכלית שלשמה נועדה החקיקה.¹⁵² עקרונות כלליים כאלה נקבעים לעתים הן בחקיקה והן בפסיקה וכוללים "מונחי שסתום", כגון סבירות, תום לב, הגינות ותקנת הציבור.¹⁵³ דוגמה לכך היא הוראת החוק בדבר בטלות חוזה הנוגד את תקנת הציבור.¹⁵⁴

עקרון החוקיות במשפט הפלילי שלפיו "אין עונשין אלא אם כן מזהירין תחילה" הוא עקרון יסוד חוקתי במשפט הישראלי וכן בשיטות משפט רבות נוספות.¹⁵⁵ במשפט הישראלי אפשר למצוא עיגון לעיקרון הזה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.¹⁵⁶ בזכות לכבוד אנושי ובזכות לחירות ממאסר וממעצר.¹⁵⁷ בדיני העונשין מדובר בעיקרון על הנגזר מעקרון החוקיות ובא לידי ביטוי בסעיף 1 לחוק העונשין: "אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על-פיו". בפסיקה נקבע כי על איסור פלילי להיות בהיר וודאי כדי לעמוד בדרישות עקרון החוקיות (ראו הדוגמה שלהלן). עם זאת דרישת הוודאות רלוונטית גם במשפט הפרטי. בכל מקום שבו קיימת הסתמכות וציפייה של הפרט, יש חשיבות לוודאות המשפטית.¹⁵⁸

ד. דוגמאות בחוק הישראלי לחוק שאינו ברור ואינו ודאי

החוק הישראלי סיפק בעבר דוגמה מובהקת לחקיקה מעורפלת ולא ברורה. סעיף 198 לחוק העונשין קבע כעברה "מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית", אולם אין באיסור הזה אפיון מוגדר של המעשה האסור; אין לו שיעור והוא עשוי אפוא להכיל

Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Auoustic Separation in Criminal Law*, 150 97(3) HARV. L. REV. 625 (1984)

151 אוריאל פרוקצ'ה, לעיל הערה 144, בעמ' 667; ראו קפלין, לעיל הערה 148, בעמ' 557, שבו אליבא דקפלין, במצבים מסוימים שיקולי היעילות יטו את הכף לטובת העדפת עקרונות.

152 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 307-308. שם, בעמ' 308.

154 ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

155 עקרון החוקיות בא לידי ביטוי, למשל, בפס' 5 באמנת זכויות האדם האירופית (ECHR) וכן בפס' 11 בהצהרת האו"ם בעניין זכויות האדם.

156 חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992, ס"ח 1391.

157 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 306.

158 תורת הפרשנות הכללית, לעיל הערה 108, בעמ' 294.

כל התנהגות שלילית. ביקורות רבות נכתבו על החוק,¹⁵⁹ ובדברי ההסבר להצעה לביטול הסעיף נכתב כי "עבירת התקלה הציבורית, המנוסחת באופן כללי ביותר, פוגעת פגיעה קשה בעקרון החוקיות".¹⁶⁰ המחוקק הישראלי גילה את מחויבותו לעקרון הבהירות בבטלו את האיסור הזה בשנת 2008. אולם בסעיף 284 לחוק העונשין יש איסור עמום שעדיין לא שונה: "מרמה והפרת אמונים". היסוד העובדתי מוגדר בו באופן סתום בתור "עובד ציבור העושה במילוי תפקידו מעשה מרמה או הפרת אמונים הפוגע בציבור". במרוצת השנים נאבקה הפסיקה בהגדרה עמומה זו, ובתוך כך ניסתה להגדיר באופנים שונים מהו לאמיתו של דבר המעשה האסור שאינו מפורט באיסור. גם ההלכה לגבי עברה זו (שנפסקה בדנ"פ שבס) אינה מספקת כללים ברורים לאבחון מקרי הפרת אמונים, והעברה שנויה במחלוקת עד עצם היום הזה; יש הקוראים לתקן אותה,¹⁶¹ ויש הטוענים כי צריך לבטלה כליל.¹⁶²

ה. עקרון בהירות החוק במשפט המשווה

באירופה נתפס עקרון הבהירות בעיקר כחלק מעקרון הוודאות. לדוגמה, בחוקה הגרמנית (סעיף 103(2)) קבוע עקרון הוודאות שלפיו אפשר להעניש רק על סמך עברה מפורטת שתחומיה ופרשנותה נקבעו מראש.¹⁶³ בית המשפט העליון הגרמני הרחיב את העיקרון גם לרגולציה אחרת שאינה במשפט הפלילי.

בארצות הברית מוכרת עילת חוסר הבהירות (vagueness) כעילת בטלות חוקתית לחוקים. ככלל, אי־בהירות מתפרשת כך בשעה שאזרח אמריקני ממוצע אינו מסוגל להבין את תוכנו של חוק פלילי. מן הבחינה ההיסטורית העילה מבוססת על התיקון החמישי לחוקה (והתיקון ה־14 משמש בתור "צינור" להחלת מגילת הזכויות על

159 ע"פ 53/54 אש"ד מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד ח(2) 785 (1954); פלר יסודות בידי עונשין, לעיל הערה 134, בעמ' 15-17; אהרן ברק "שלטון החוק ועליונות החוקה", לעיל הערה 90, בעמ' 387; רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 27, בעמ' 305; פרטוקול ישיבה מס' 579 של ועדת חוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה־17 (24.6.2008).

160 דברי הסבר להצעת חוק העונשין, לעיל הערה 136.

161 תזכיר חוק לתיקון חוק העונשין (תיקון מרמה והפרת אמונים), התשס"ט-2009.

162 מרים גור־אריה "הפרת אמונים מצד עובדי הציבור ונבחרי – האם עבירה פלילית?" פלילים ח 253, 254 (1999).

163 דוגמה לפסק דין של בית המשפט החוקתי הגרמני הובאה בתיק שעסק בחוק שאִפשר לחלט נכסים שהושגו באמצעות פשע מאורגן. בית המשפט קבע שלא הובאו די קריטריונים למקרים כדי שיאפשרו לשופט להפעיל את סמכות החילוט. כמו כן ההסדר החוקי היה עמום מאוד בעניין מספר הנכסים שאותם ניתן לחלט. החוק נפסל אפוא לפי ס' 103(2) לחוק הגרמני: BVerfG, 2 BvR 794/95 vom, 20.3.2002.

המדינות), הדורש ביצועו של הליך הוגן בעת הפעלת סמכויות ממשלתיות כלפי אזרח. דוגמה לפסילת עברה פלילית בשל עילה זו בעניין "התנהגות בלתי הולמת" של עובד ציבור ניתנה על ידי בית המשפט העליון בקליפורניה.¹⁶⁴

1. עקרון הקוהרנטיות והיעדר סתירות בחקיקה

סתירה בין נורמות עלולה לערער את שלטון החוק ולפגוע ביציבות המשפטית. כזכור, תכלית החוק המרכזית היא להכווין את התנהגות הפרט. כשהפרט יודע מראש מהו החוק ובשל כך – כיצד עליו להתנהג, הוא נהנה מוודאות משפטית ומסוגל לכלכל את צעדיו כאזרח שומר חוק.¹⁶⁵ כשאדם אינו יודע כיצד עליו להתנהג משום שהוא כפוף לנורמות סותרות, לא זו בלבד שמתרחשת לגביו פגיעה בוודאות המשפטית¹⁶⁶ אלא שגם בהכרח נפגע אמון הציבור בשיטה המשפטית.

סתירה בחקיקה נוצרת בשעה ששתי נורמות או יותר אינן מתיישבות זו עם זו. כלומר, לכל אחת מן הנורמות יש תוקף משפטי כשהיא לעצמה, אולם שתי הנורמות אינן יכולות לחול יחד. הדוגמה הברורה למקרה כזה היא כאשר נורמה אחת מצווה על עשיית פעולה או מתירה אותה (למשל חובה להתקין לוחית לרכב בזמן נתון), ואילו נורמה אחרת שיש לה אותו מעמד משפטי אוסרת לבצע אותה הפעולה בדיוק (למשל, משום שחל איסור לעשות כל מעשה באותו זמן).¹⁶⁷

יש להבחין בסתירה הנוצרת בין כללים משפטיים (rules) ובין סתירה הנוצרת בין עקרונות משפטיים (standards). העיקרון המשפטי, לפי טבעו, חותר להגשמה אופטימלית בשים לב לקיומם של עקרונות אחרים ולא להגשמה מלאה. גישה רווחת רואה בזכויות האדם ובאינטרסים הציבוריים השונים עקרונות משפטיים שיש לחתור להגשמתם מתוך כבוד הדדי והרמוניה. כששני עקרונות משפטיים מתנגשים זה בזה, הם יקבלו ביטוי מרבי ככל האפשר באמצעות ניסיון לאזן ביניהם – ביטוי מרבי אך לא מושלם.

תיתכן גם סתירה לכאורה בין נורמות שמעמדן הנורמטיבי שונה. למשל, בין חוק לחוק יסוד ובין תקנה לחוק. בנסיבות אלה לנורמה שמעמדה הנורמטיבי נמוך יותר

Stat v. De Leo 356 So. 2d 306, 308 (Fla. 1980) 164

Jeremy Waldron, *The Concept and The Rule of Law*, 43 Geo. L. Rev. 6 (2008) 165

FULLER, THE MORALITY OF LAW, לעיל הערה 19, בעמ' 79-80. 166

HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF NORMS 123-124 (Michael Hartney trans., 1991) 167

אין תוקף משפטי. עם זאת מבחינת האזרח, מצב זה אינו רצוי; שכן קשה לצפות ממנו לדעת את השיטה המשפטית בכללותה. לכן יש להימנע ממצבים כאלה גם מן הבחינה הזו.

- ◀ **בהירות החוק:** על החוק להיות מנוסח באופן שיאפשר לאזרחים להבין את משמעותו ואת ההנחיה ההתנהגותית המתחייבת ממנו. על כן עליו להיות ברור ומדויק ככל האפשר ולא מעורפל.
- ◀ **חוק ברור ומובן** נדרש כדי להכווין התנהגות, להגביר את הוודאות ומשיקולים של הגינות וצדק ומחשש לאכיפה שרירותית.
- ◀ **כללים וסטנדרטים:** החריג לכלל, הדורש כללים ברורים ככל האפשר, הוא במקרים שבהם אין בררה אלא לאפשר מונחי שסתום שבעבורם ייצוק בית המשפט תוכן בדיעבד, כגון סבירות, תום לב, הגינות ותקנת הציבור.

פרק שני

חקיקה חוקתית

◀ 1. "אין פוגעים": חובתה של הכנסת לכבד את זכויות האדם, להגן עליהן ולהגשים אותן

מבוא: מרכזיות תפקידה של הכנסת בהגנה על זכויות האדם

פרק זה יעסוק בהצגת חובותיה ותפקידיה של הכנסת בכל הנוגע לזיהוי פגיעה בזכויות אדם לשם מניעתה וכן בחובתה לפעול להגשמת זכויות האדם בדרכים נוספות. לשם כך יוצגו מאפיינים בסיסיים של זכויות האדם, יסוקרו מחויבויותיה של הכנסת לעניין זה ויתוארו דרכים למימושן בעבודת הכנסת.

סעיף 11 לחוקיסוד: כבוד האדם וחירותו, קובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק זה". סעיף 5 לחוקיסוד: חופש העיסוק, כולל הוראה דומה. על הכנסת, כבכירת רשויות השלטון בישראל, מוטלת חובה לכבד את זכויות האדם. כחלק מחובה זו, על הכנסת לוודא שכל חוק היוצא מתחת ידה מותאם לחוקי היסוד בכלל ולהוראותיו העוסקות בזכויות האדם בפרט.

תפקידה של הכנסת בכל הנוגע לזכויות האדם מכריע ומרכזי במיוחד. ראשית, הכנסת היא הגוף הריבוני שנבחר בבחירות דמוקרטיות על ידי הציבור ולמענו. היא הבכירה בכלל רשויות השלטון החייבות לכבד את הזכויות שנמנו בחוקי היסוד. בדמוקרטיה הישראלית האיזונים המורכבים בין זכויות האדם ובין עצמן ובין זכויות האדם לאינטרסים ציבוריים חשובים (במרכזם – האיזון בין חירות לביטחון) נעשים באמצעות נציגי הציבור עבור הציבור. בשל הקשר ההדוק בין הדמוקרטיה ובין ההגנה על זכויות האדם, מחויבות הכנסת לזכויות האדם שואבת את מקורותיה מסמכותה של הכנסת עצמה – ציבור האזרחים. שנית, הכנסת כרשות מחוקקת

* פרק זה נכתב בידי נדיב מרדכי ומרדכי קרמיצר.

יוצרת את המסגרת המשפטית הכללית של המדינה באמצעות חקיקה. בתפקידה זה יש לה השפעה מכריעה על מעמד זכויות האדם, עיצובן והגשמתן, הגנה עליהן ואופן קידומן. שלישית, הכנסת, בהיותה הרשות המפקחת על הרשות המבצעת, מופקדת על פיקוח האופן שבו המינהל הציבורי וגופים אחרים מיישמים חוקים. עליה לוודא שיישום זה מתבצע כהלכה, לרבות התחשבות בזכויות האדם. לבסוף, לכנסת תפקיד בשמירה על ההרמוניה החברתית במדינה. יציבותה החברתית של המדינה מותנית במידה רבה בחלחול זכויות היסוד לכל פעולות הכנסת.¹

לכנסת, הן כרשות מכוננת והן כרשות מחוקקת, שלוש חובות בסיסיות בנוגע לכיבוד זכויות האדם:² החובה העקרונית הראשונה היא לכבד את זכויות האדם בעשייה החוקתית והחוקית שלה; לאתר פגיעות אפשריות בזכויות; ולעצב את החקיקה במתכונת המביאה בחשבון שאילו ייגרמו פגיעות לזכויות, הן תמיד יהיו מוצדקות, כלומר חיוניות ומידתיות. החובה לכבד את זכויות האדם נובעת מההגנה שהן מעניקות לפרט. כאשר הגנה זו מוגשמת, כל רשויות השלטון ובכללן הכנסת נסוגות מפניה. החובה העקרונית השנייה היא להגן על זכויות האדם. דהיינו, להגן על הפרטים מפני פגיעה בזכויות האדם שלהם, גם בשעה שהפגיעה נעשית על ידי גורמים אחרים, בראשם רשויות המינהל. החובה העקרונית השלישית היא להגשים את זכויות האדם, קרי לנקוט צעדים פרו-אקטיביים, להפעיל את כוח החקיקה ולהשקיע משאבים כדי להבטיח שזכויות האדם ימומשו במלואן. חלוקה זו של חובות מקובלת על פרלמנטים באומות הדמוקרטיות.

על סמך החובות שנמנו לעיל, חלק זה יעסוק בשלוש השאלות הללו: (א) מהם המקורות למחויבות של מדינת ישראל לכבד את זכויות האדם ומהם המאפיינים של זכויות האדם המצדיקים כיבוד שכזה? (ב) מהי "הפגיעה" שמפניה נדרש המחוקק להגן ומדוע חשוב לאתרה ולאפיינה? (ג) מהן הדרכים שבאמצעותן יכולים חברי הכנסת להגשים את זכויות האדם בעבודתם?

1 UN OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR), A HANDBOOK FOR PARLIAMENTARIANS, (2005) 8-11, 63, 68, U.N. Sales No. 8-2005 (2005) (להלן: מדריך זכויות האדם לפרלמנטרים). להרחבה על סוגיה זו ראו ברק מדינה ההגנה על זכויות האדם פרק 1 (עתיד להתפרסם, 2016).

2 שם, בעמ' 13-11.

א. מהם המקורות למחויבות של מדינת ישראל לכבד את

זכויות האדם?

א(1) מחויבות מכוח מהותן של זכויות האדם: מהי "זכות" ומהן "זכויות חוקתיות"? על פי חוקי היסוד, פגיעה בזכויות מוגנות חייבת לעמוד בתנאים המנויים ב"פסקת ההגבלה" (להלן: פסקת ההגבלה) כדי שתהא מותרת:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו.

לצד האיסור לפגוע בזכויות המוקנות מכוח חוק היסוד, בפסקת המטרה של חוק היסוד מוגדרת תכליתו של החוק: "להגן על כבוד האדם וחירותו, כדי לעגן בחוק־יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית"³. זהו העיגון החוקתי המפורש של ההגנה על זכויות האדם בישראל.

העיגון החוקתי של זכויות האדם בישראל נועד לאפשר לכל פרט לפתח בחופשיות את אישיותו ולהכיר בזכותם השווה של פרטים אחרים לכך. עיגון זה משקף את התפיסה שלפיה תכליתו של השלטון היא האדם ורווחתו. על רשויות השלטון מוטלת החובה לפעול לקידום האינטרס הציבורי תוך כדי כיבוד זכויות היסוד של האדם ובלי פגיעה בהן. על הכנסת מוטלת חובה להימנע מפגיעות לא מוצדקות בזכויות היסוד של הפרט ולמנוע פגיעה מצד רשויות השלטון. חשיבותן של זכויות האדם היא שמקנה להן את מעמדן המיוחד, המונע אפילו מהכנסת עצמה לפגוע בהן ללא הצדקה מספקת: ההכרה באינטרסים מסוימים של הפרט בתור "זכויות יסוד" או "זכויות אדם" נועדה להעניק לאינטרסים אלה מעמד מיוחד, נעלה מאינטרסים אחרים, כדי להבטיח שיזכו למשקל ניכר באיזון בינם ובין האינטרס הציבורי בפועלה של הכנסת עצמה ובפעילות של שאר רשויות השלטון.⁴ לפיכך התוודעות למושגים "זכויות יסוד" או "זכויות האדם" וזיהוי המצבים שבהם עלולה להתרחש פגיעה בזכויות אלה חשובים ביותר לצורך קבלת החלטות הנוגעות לחקיקה.

ככלל, "זכויות האדם" נכללות בגדר "זכויות", ולמושג "זכות משפטית" הגדרות רבות. לפי הגדרה מקובלת, זכות היא תביעה מוצדקת או אינטרס בר אכיפה של

3 ס' 1(א) לחוק־היסוד.

4 המכון הישראלי לדמוקרטיה חוקה בהסכמה: הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה בהנהגת השופט מאיר שמגר 155 (2005) (להלן: חוקה בהסכמה).

מי שאוחז בה.⁵ זכויות האדם נתונות לכל בני האדם ומעניקות להם את האפשרות להיטיב את חייהם ולממש את שאיפותיהם. האינטרסים המוגנים השונים שייכללו בתחומים שתגדיר החברה כ"זכות אדם" או "זכות יסוד" יהיו האינטרסים החיוניים ביותר לכל אדם – לקיומו הפיזי והרוחני ולרווחתו. אף שבגבולותיה של זכות יסוד יכולים להיות שנויים במחלוקת חברתית, לא יהיה ויכוח כי האינטרסים המוגנים בליבתה של הזכות הם חשובים ומרכזיים להגנה על הערכים המגולמים בה. כך לדוגמה, הזכות לחופש הביטוי מקנה לכל אדם את היכולת להביא לידי ביטוי את עצמו – את מחשבותיו ורגשותיו – לתקשר עם הזולת, לעצב את אישיותו ולספר את סיפור חייו ובכך להגשים את עצמו. המשמעות המעשית של קיום זכות יסוד היא בהטלת חובה על הזולת ועל המדינה לכבדה,⁶ וכן היא מטילה על המדינה אחריות לכבד אותה, להגן עליה, לאפשר את מימושה ולפקח על יישומה הלכה למעשה.

הגישה הרווחת כיום רואה בזכויות האדם זכויות מוסריות טרום-משפטיות. המשפט והחקיקה הם אמנם הכלי שבאמצעותו החברה מכירה בזכויות ונותנת להן תוקף ממשי, אך עצם זכאותו של האדם לזכויות בסיסיות קודמת לכינונם של מוסדות חברתיים, לרבות המשפט והמדינה, ואינה מותנית בהם. זכויות האדם הבסיסיות שייכות אפוא לכל בני האדם מעצם היותם בני אנוש וראויים לכבוד אנושי. על פי גישה זו, זכויות האדם הן "זכויות טבעיות",⁷ השייכות לאדם בתור שכזה, בלי שום צורך עקרוני לעשות דבר כדי להשיגן או להיות ראוי להן ואף בלי הסכמה של החברה על הענקתן. אלו הן הזכויות הבסיסיות ביותר, המגדירות את מערכת היחסים בין הפרטים ובין עצמם ובין הפרטים למדינה.

ביטויים לגישה זו אפשר למצוא באמנות בין-לאומיות שונות לזכויות האדם (חלקן ייסקרו להלן) ובחוקותיהן של מדינות דמוקרטיות. התפיסה כי כל בני האדם ניחנים בכבוד הטבוע בהם מתוקף טבעם מושרשת גם ביהדות ונוסחה לראשונה בספר בראשית: "וַיִּבְרָא אֱלֹהִים אֶת-הָאָדָם בְּצַלְמוֹ בְּצֶלֶם אֱלֹהִים בָּרָא אֹתוֹ זָכָר וּנְקֵבָה

5 ארנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה ושלום 197 (2007) בה"ש 5 (להלן: בן נפתלי ושני).

6 Joseph Raz, *The Nature of Rights*, 93 *Mind* 194–214 (reprinted in *THE MORALITY OF FREEDOM*, 165 (1986); Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (2001); Alon Harel, *Theories of Rights*, in *THE BLACKWELL GUIDE TO THE PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY* 191, 192 (Martin P. Golding and William A. Edmundson eds., 2005) (להלן: הראל "תאוריות של צדק").

7 Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights* (1997) 7

בְּרָא אֱתָם.⁸ התפיסה המקראית משקפת את התודעה שלפיה אדם נברא בצלם האל, ומכאן החשיבות הרבה של ההגנה על צלם האדם בעולמה של היהדות ובעולמן של דתות מונותאיסטיות אחרות שהושפעו מהיהדות.

ואכן, בד בבד לעלייה במרכזיותו של השיח בדבר זכויות האדם והסכמה על המקורות המוסריים לזכויות אלה, הופיעו בעשורים האחרונים גישות ביקורתיות כלפי שיח זה. כך למשל, הזרם הקהילתני רואה בשיח הזכויות תוצר של המחשבה הליברלית, המעמידה במרכז את הפרט בלבד ובתוך כך מזניחה עקרונות חברתיים-קבוצתיים של שייכות וחובה.⁹ עמדות ביקורתיות רדיקליות יותר טוענות כי שיח זכויות האדם משקף תפיסה משפטית אינדיווידואליסטית ואף גברית ואירוצנטרית, שאינה נותנת ביטוי לעמדות העולות מתרבויות אחרות.¹⁰ השיח הביקורתי על אודות תפיסת הזכויות חשוב וראוי להכירו. עם זאת בשל המקום המרכזי שיש לזכויות האדם בענפי שיח שונים ובתרבויות שונות, ובהתחשב בהכרה האוניברסלית הגורפת בזכויות האדם כזכויות טבעיות הטבועות בכל אדם, קשה לקבל את הערעור על עצם הלגיטימיות של שיח זכויות האדם ועל מקומו החשוב בדמוקרטיה החוקתית המודרנית ובמשפט האומות; במיוחד אם מפנימים את החובה שבהגשמת זכויות האדם, ואין רואים בהן חזות הכול אלא מכירים בערכם ובחשיבותם של ערכים אחרים. קשה גם להתעלם מתחושת ההזדהות הרווחת עם מטרותיו, תכליותיו וערכיו של שיח זכויות האדם ועם תקפותם, אף אם קיימות מחלוקות חברתיות בשאלת היקפן.¹¹

בישראל, בהתחשב בהיסטוריה המיוחדת שלה ואל מול האתגרים הרבים שעמם היא מתמודדת, לא אחת נוצר מתח בין מחויבות המדינה לערכים הומניסטיים ולהצבת ההגנה על זכויות האדם כתכלית מרכזית ובין ערכים אחרים. למשל, המתח שבין תפיסת זכויות האדם האוניברסלית לתפיסת מדינת הלאום.

8 בראשית א, כז. להרחבה בתחום זה ראו אבישלום וסטרייך זכויות, הלכה והאדם שביניהן (2012) (להלן: וסטרייך).

9 Charles Taylor, *Philosophical Papers*, 2 PHILOSOPHY AND THE HUMAN SCIENCES 187 (1985)

10 להרחבה בנוגע לתאוריות המצדיקות זכויות אדם ומבקרות את השיח עליהן ראו James Nickel, *Human Rights*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Summer 2013) (להלן: "זכויות האדם"); Leif Wenar, *Rights*, THE STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY (Edward N. Zalta ed., Fall 2011)

11 וסטרייך, לעיל הערה 8, בעמ' 19.

מתח מהותי נוסף נוצר בין ההגנה על זכויות האדם להגנה על הביטחון הלאומי. אף על פי כן, הנחת היסוד הבסיסית של מדריך זה היא כי תפיסה המקדמת הגנה על זכויות האדם לא רק שאינה מנוגדת להשקפה הציונית אלא שאף אינה מעלה חשש לביטחון המדינה ולחוסנה הלאומי. המחויבות לזכויות האדם נובעת מהכרה על-לאומית, אוניברסלית, בערך המיוחד והעצמאי של כל בני האנוש. ערך זה עומד מעל לשיקולים אחרים ככל האפשר, אך אינו מתעלם מקיומם או שואף להעלים אותם.

יתר על כן, יש זיקה הדוקה בין תפיסת מדינת הלאום ובין השקפת עולם ליברלית ובין הביטחון הלאומי לזכויות האדם הבסיסיות ביותר. ניתן להיווכח בכך מעיון במשנתם של זאב ז'בוטינסקי ומנחם בגין, מגדולי הדוברים בדבר ערך האדם בחשיבה הפוליטית הישראלית:¹²

בני האדם הם בני-חורין ושווים זה לזה. אין אמת בהנחה שהאדם הוא קודם כל אזרח: להיפך, האדם הוא קודם כל משהו מעל אזרח. הוא מלך בזכות עצמו ואין לכבלו ולכופו עליו התחייבויות מן החוץ, אלא אם כן הכרחי הדבר בהחלט לשם הגנה עליו ועל שכניו.

אנחנו איננו מקבלים את הדעה הרשמית למחצה, ששמענו בימי כהונתה של הכנסת השלישית, לפיה מדינה נותנת זכויות ומדינה זכאית ליטול זכויות. אנחנו מאמינים שישנן זכויות לאדם הקודמות לצורת החיים האנושית ששמה מדינה.

זאת ועוד, ניתן לטעון כי דווקא במדינה שבה נדרשים האזרחים לשירות צבאי כעניין של חובה ולסיכון חייהם למען קיומה וביטחונה, דרישות העולות על אלה של אזרחי מדינות אחרות, רשויות השלטון חייבות להקפיד הקפדה מיוחדת על זכויותיהם של האזרחים.

12 למשנתם של זאב ז'בוטינסקי ומנחם בגין בנוגע לדמוקרטיה ולזכויות הפרט ראו על דמוקרטיה, שוויון וזכויות הפרט לפי משנת זאב ז'בוטינסקי (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013); חשבון נפש דמוקרטי על פי משנתו של מנחם בגין (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012). להרחבה על הצורך לטפח תרבות דמוקרטית בפרלמנט ראו הרשות המחוקקת והאופוזיציה בדמוקרטיה הישראלית בהשקפתו של מנחם בגין (מרכז מורשת מנחם בגין, 2014).

1.1) מה מאפיין זכויות אדם?¹³

אוניברסליות. זכויות האדם עומדות לכל אדם באשר הוא וככאלה – חובה להכיר בהן ולהתחשב בהן. במסורת הליברלית הן נחשבות לזכויות טבעיות ואוניברסליות. הן שייכות לאדם מעצם קיומו ואינן מוענקות לו מתוקף התנהגותו או מעמדו בחברה. הן אינן ניתנות לשלילה גם מאנשים שפשעו נגד החברה או ממי שחשודים בכך.¹⁴ בהתחשב בהגדרות אלה, פגיעה בזכויות האדם מצריכה טעמים חזקים במיוחד. לרוב, הפגיעה תהיה נעוצה בצורך לממש או לקדם זכות כלשהי או מסגרת חברתית שתכליתה להגן על זכויות האדם.

זכויות האדם משקפות ערכים אך אינן זהות להם. זכויות האדם הן הצהרות המאששות ערכי יסוד שבהם מחזיקה החברה. כך למשל, הזכות לחיים אינה מכוננת את חשיבות חיי האדם ואת האיסור לפגוע בהם אלא משקפת אותה ומדגישה את התוקף המחייב שלה כלפי כולי עלמא, לרבות רשויות השלטון. תכליתן של זכויות האדם היא להגן על הערכים שהחברה רואה בהם הכרח לקיומו של הפרט ולרווחתו. על אף שהגדרת הזכויות היא סוגיה שמערבת שיקולים ערכיים, זכויות אינן שקולות לערכים. זכויות האדם הן בגדר הסדרים שהחברה מגבשת ומסכימה על הצורך להגן עליהן בהגנה משפטית-חוקתית גבוהה של זכויות "חוקתיות", אך אין הן מקיפות בהגדרתן את עושרם ומלוא תוכנם של הערכים.¹⁵ ההכרה בזכויות האדם מקנה לפרט את היכולת לתבוע את מימושם של ערכים או אינטרסים המוגנים בגדרי הזכות החוקתית שהחברה הקנתה לו. סוגיה נפרדת שמורה לבחינת מידת ההגנה על הזכות ואיזונה מול אינטרסים חברתיים וזכויות של פרטים אחרים (ועל כך נדון בפרק העוסק במידיתיות).

החוקה כפופה לזכויות האדם. הגדרתן של זכויות האדם בתור זכויות טבעיות פירושה שזכויות האדם קודמות לכל הסדר מדיני ומכוננות אותו. המסמך המבטא

13 הגדרת המאפיינים של זכויות האדם מורכבת. מטבע הדברים, אין יומרה לכסותה בחלק זה אלא רק להציג את עיקריה. עם זאת המאפיינים שלהלן מבוססים על "זכויות האדם", לעיל הערה 10, ואנו מפצירים בקוראים המתעניינים לפנות אל המקורות לשם הרחבה והעמקה.

14 לפסיקה עקרונית בתחום תחולת זכויות האדם על אסירים ועצורים ראו בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 298, 294 (1980); ע"א 4463/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 256 (1996); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009); רע"ב 5493/06 פלד נ' שירות בתי הסוהר (פורסם באר"ש, 12.10.2010).

15 Tom Campbell, *Parliamentary Review with a Democratic Charter of Rights*, in THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS: SCEPTICAL ESSAYS 10–11, 13 (T. Campbell, K.D. Ewing, and A. Tomkins eds., 2011)

את ההסדר המדיני הראשוני ביותר – החוקה – כפוף גם הוא מהבחינה הרעיונית לערכים ולעקרונות גבוהים יותר. החוקה מכירה בזכויות הטבעיות אך אינה יוצרת אותן יש מאין. חוקה שאינה כוללת הגנה על זכויות האדם אינה דמוקרטית במהותה.¹⁶

חובת המדינה להבטיח כי פרטים החיים בה ייהנו מזכויות האדם. בדמוקרטיה ליברליות ובקהילה הבין-לאומית מקובלת התפיסה כי ההגנה על זכויות האדם צריכה להיכלל בשיקולים מהסדר הגבוה ביותר של המדינות השונות, לא רק בנוגע לאזרחיהן ולשוהים בשטחן אלא אף בנוגע לאזרחי מדינות אחרות הסובלים מהפרה של זכויותיהם. על המדינה חלה חובה להגן על זכויות האדם, לכבד ולהבטיח אותן. זכויות האדם מגדירות את מערכת היחסים בין הפרטים למדינה ומגבילות את המדינה, שנדרשת בתורה לנקוט צעדים למניעת פגיעה בהן ולהבטחת מימושן.¹⁷ בישראל חובה זו מעוגנת בחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה".¹⁸

המשפט החוקתי המודרני עוסק גם בסוגיה הנוגעת לחובתם של גורמים פרטיים, למשל אזרחים או תאגידים מסחריים, להגן על זכויות האדם ולכבד אותן. יש חוקות הקובעות זאת במפורש. הסוגיה זכתה לדיון נרחב במשפט הישראלי, והכנסת ובית המשפט העליון הכירו, בהקשרים שונים ורבים, בחובתם של גורמים פרטיים לכבד זכויות אדם חוקתיות, בעיקר בתחום איסור אפליה.¹⁹ חובה עקיפה זו נובעת גם משום שהמדינה כמאסדר מסדירה בחוק את פעילותם של התאגידים הפרטיים. נוסף על כך, בעשורים האחרונים ניכרת מגמה להחיל במישרין על גורמים פרטיים את החובה לכבד את זכויות האדם.²⁰ עם זאת מדובר בנושא שרבות המחלוקות בו, בעיקר בעניין שיעור תחולת החובה על היחסים שבין הפרטים ובין עצמם, במצבים

16 אהרן ברק "החוקה של ישראל, עבר, הווה ועתיד" הפרקליט מג (א-ב) 5, 6 (1996) (להלן: ברק "החוקה של ישראל").

17 מדריך זכויות האדם לפרלמנטרים, לעיל הערה 1, בעמ' 1.

18 ס' 11 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו, התשנ"ב-1992.

19 ראו למשל ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441 (1989), הדן בשאלת קיומה של חובת שוויון במכרז פרטי; ע"א 294/91 חברה קדישא נחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992), הדן בכוחה של חברה קדישא להטיל מגבלות בעניין כיתוב על מצבות (להלן: פרשת קסטנבאום); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות במשפט הפרטי" ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי 163 (י' זמיר עורך, תשנ"ג) (להלן: ספר קלינגהופר).

20 Stephen Gardbaum, *The "Horizontal Effect" of Constitutional Rights*, 102 Mich. L. Rev. 388-459 (2003)

שבהם החוקה אינה קובעת במפורש כי הזכויות הללו חלות ביחסים בין הפרטים.²¹ מכל מקום, המדינה אינה יכולה להתנער מחובתה שלה להגן על זכויות האדם באמצעות הפרטה של אספקת שירותים ציבוריים.²²

למרות חשיבותן וקדימותן, זכויות האדם אינן מוחלטות אלא יחסיות. הגם שמעמדן הנורמטיבי גבוה, יש שזכויות האדם נסוגות מפני זכויות של פרטים אחרים בחברה או מפני אינטרסים ציבוריים כלליים, ופירוש הדבר שהן זכויות יחסיות. אולם שעה שהמדינה פוגעת באפשרות של הפרט לממש את זכויותיו, עליה לעשות זאת בהתאם לעקרונות חוקתיים ולאזן בין זכויות האדם ובין אינטרסים חברתיים, מתוך שאיפה לצמצם את הפגיעה בזכות החוקתית של הפרט ככל האפשר. מלאכת האיזון נעשית על פי תנאי פסקת ההגבלה. אינטרסים חברתיים, דוגמת שמירה על ביטחון המדינה, שיטת המשטר שלה, אכיפת החוק, בריאות הציבור, שלומם ורווחתם של קטינים, הם אינטרסים הנחשבים לתכליות ראויות שבשמן ניתן לפגוע בזכויות האדם, אולם יש לקיים את שאר תנאי פסקת ההגבלה. כן חשוב לזכור כי הגנה על אינטרסים חברתיים אינה זרה לזכויות האדם. כך למשל, ההגנה על ביטחון המדינה קשורה קשר הדוק להגנה על חייהם, גופם ושלוותם של כל הפרטים. הקפדה כי הפגיעה בזכויות חוקתיות תהיה מוגבלת רק לפגיעות חיוניות ומידתיות, כמצוות פסקת ההגבלה, מעידה כי אין פיחות בערכן גם אצל המחזיקים בתפיסה שהזכויות יחסיות – הן עדיין נחשבות לשיקולים מהמעלה הראשונה.

היבטים של זכויות האדם שההגנה עליהן מוחלטת. למרות התפיסה היחסית שבסעיף הקודם, שלפיה אפשר להגביל את זכויות האדם לצורך הכרה בזכויות של פרטים אחרים ולהשגת יעדים חברתיים חשובים העולים בקנה אחד עם עקרונות הדמוקרטיה, יש היבטים של זכויות שההגנה עליהם מוחלטת. בבולטים שבהיבטים נמנים איסור עינויים; איסור עבדות; איסור אפליה גזעית ואיסור לפגוע שרירותית בחיים. כך למשל, אפילו שעה שהאינטרס הציבורי לגילוי האמת ולמניעת עברות חמורות ביותר עומד על הפרק, האיסור המוחלט בעניין עינויים עומד בעינו:

חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו. חל איסור על שימוש "באמצעים

Mark Tushnet, *The Issue of State Action/Horizontal Affect in Comparative Constitutional Law*, 1 INT'L J. CONST. L. 79 (2003)

22 להרחבה ראו דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' כהן (פורסם בנבו, 2.3.2009); בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2009).

ברוטליים ובלתי אנושיים" במהלך החקירה [...] מסקנה זו עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי ההסכמי – אשר ישראל צד לו – האוסר על שימוש בעינויים (torture), ב"יחס אכזרי ולא אנושי" (cruel, inhuman treatment) וב"יחס משפיל" (degrading treatment) [...] איסורים אלה הם "מוחלטים". אין להם "חריגים", ואין בהם איזונים. אכן, אלימות כלפי גופו או נפשו של הנחקר אינה מהווה אמצעי סביר בחקירה.²³

א(2) מחויבות הכנסת סכוח מחויבויותיה של ישראל בזירה הבין-לאומית

הכנסת מחויבת להגן על זכויות האדם גם בשל חברותה של מדינת ישראל במשפחת העמים. מחויבות זו, מוסרית ומשפטית, תיסקר בקצרה בחלק זה. עד הקמתו של ארגון האומות המאוחדות (להלן: או"ם) בשנת 1945 נתפסו זכויות האדם כסוגיה ריבונית פנים-מדינתית שאינה מתירה למדינות אחרות או לקהילה הבין-לאומית להתערב כשמדינה אינה מקיימת את חובתה להגן עליהן. תפיסה זו התערערה עקב הזוועות והפגיעות החריפות בבני אדם שאירעו בשואה ובמלחמת העולם השנייה. בעקבות כל אלה החלה להתבסס בעולם הדמוקרטי ההכרה כי לקהילה הבין-לאומית יש תפקיד מרכזי ואף אחריות להגן על זכויות האדם.²⁴ כיום אפשר לומר כי כל מדינות העולם הדמוקרטי מכירות בזכויות האדם כראויות להגנה וקידום, ולמעשה גם בחלקי העולם הלא דמוקרטי, לפחות ברמה ההצהרתית.²⁵

בשנת 1945 נוסחה מגילת האו"ם (להלן: המגילה), המסמך הבין-לאומי החשוב הראשון העוסק בזכויות אדם באופן מפורש ומשמעותי. המגילה – המסמך המכונן של האו"ם ("חוקת האו"ם") – משקפת לקח מרכזי ממלחמת העולם השנייה. כלומר, הצורך להשתיית סדר עולמי חדש על בסיס מחויבות לעקרונות הצדק והמוסר. אף שהמגילה הצהרתית ונטולת תוקף משפטי מחייב, היא שימשה ברבות השנים בסיס להכרה בין-לאומית בזכות לשוויון ובזכות להגדרה עצמית, והסמיכה את האו"ם לפעול לקידום ההגנה על זכויות אדם באמצעות הקצאת משאבים והקמת גופים רבים העוסקים בנושא.²⁶

23 בג"ץ 5100/94 הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נגד(4) 817, בפס' 23 לפסק דינו של השופט ברק (1999) (להלן: בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים).

24 בן נפתלי ושני, לעיל הערה 5, בעמ' 203-205.

25 מדרין זכויות האדם לפרלמנטרים, לעיל הערה 1, בעמ' 1, 8.

26 בן נפתלי ושני, לעיל הערה 5, בעמ' 206.

בשנת 1948 נכתבה "ההכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם". ההכרזה מגדירה את העקרונות הבסיסיים המנחים את דיני זכויות האדם הבין-לאומיים ובהם אלה: אופיין האוניברסלי של זכויות האדם והיותן בלתי ניתנות לשלילה, מרכזיות המדינה בהבטחת זכויות האדם ובהגנה עליהן וקביעת תנאים שרק על פיהם ניתן לפגוע בזכויות האדם (פסקת ההגבלה).²⁷ דברי ההקדמה להכרזה משקפים את החשיבות שבעיגון עקרונות אלה על רקע ההיסטוריה האכזרית של המחצית הראשונה של המאה העשרים:

הואיל והכרה בכבוד הטבעי לכל בני משפחת האדם ובזכויותיהם השוות והבלתי נפקעות הוא יסוד החופש, הצדק והשלום בעולם; הואיל והזלזול בזכויות האדם וביזיון הבשילו מעשים פראיים שפגעו קשה במצפונה של האנושות, בניין עולם שבו ייהנו כל יצורי אנוש מחירות הדיבור והאמונה ומן החירות מיוחדת וממחסור, הוכרז כראש שאיפותיו של כל אדם; הואיל והכרח חיוני הוא שזכויות האדם תהיינה מוגנות בכוח שלטונו של החוק, שלא יא האדם אנוס, כמפלט אחרון, להשליך את יהבו על מרידה בעריצות ובדיכוי; הואיל והכרח חיוני הוא לקדם את התפתחותם של יחסי ידידות בין האומות; הואיל והעמים המאוגדים בארגון האומות המאוחדות חזרו ואישרו במגילה את אמונתם בזכויות היסוד של האדם, בכבודה ובערכה של אישיותו ובזכות שווה לגבר ולאישה ומנוי וגמור אתם לסייע לקידמה חברתית ולהעלאת רמת החיים מתוך יתר חירות; הואיל והמדינות החברות התחייבו לפעול, בשיתוף עם ארגון האומות המאוחדות, לטיפוח יחס כבוד כללי אל זכויות האדם ואל חירויות היסוד והקפדה על קיומן; הואיל והבנה משותפת במהותן של זכויות וחירויות אלה היא תנאי חשוב לקיומה השלם של התחייבות זו;

לפיכך מכריזה העצרת באוזני כל באי העולם את ההכרזה הזאת בדבר זכויות האדם כרמת הישגים כללית לכל העמים והאומות. כדי שכל יחיד וכל גוף חברתי ישווה תמיד לנגד עיניו וישאף לטפח, דרך לימוד וחינוך, יחס של כבוד אל הזכויות ואל החירויות הללו, ולהבטיח באמצעים הדרגתיים, לאומיים ובינלאומיים, שההכרה בעקרונות אלה וההקפדה עליהם תהא כללית ויעילה בקרב אוכלוסי המדינות החברות ובקרב האוכלוסים שבארצות שיפוטם.²⁸

27 'ס' 2-1, 'ס' 28, 'ס' 29(2) להכרזה, בהתאמה.

28 ראו באתר מט"ח את הכרזת זכויות האדם של ארגון האומות המאוחדות (או"ם): www.lib.cet.ac.il/pages/item?item=7939

ההכרזה הרימה תרומה חשובה בניסיונה להגדיר את המונח "זכויות אדם" ולפרוט אותו לזכויות קונקרטריות. רשימת הזכויות שבהכרזה מוכרת כיום ככאלה המצויות בליבת זכויות האדם. אפשר לחלק את הזכויות שבהכרזה לשש קבוצות, הנוגעות לשישה היבטים שונים:

- ◀ **זכויות לביטחון** – תכליתן להגן על הביטחון הבסיסי ביותר של בני האנוש באמצעות אגד זכויות המקנות הגנה מפני פשעי רצח, טבח, עינויים ואונס.
 - ◀ **זכויות להליך הוגן** – תכליתן להגן מפני שימוש לרעה במערכת המשפט ושליטת הליך הוגן מצד המדינה, למשל שלילת חירות ללא משפט, משפטי סתר ועונשים פליליים ומינהליים לא מידתיים, שאין בהם הלימה בין המעשה ובין העונש.
 - ◀ **זכויות לחופש** – תכליתן להגן על חירויות הפרט בתחומי הביטוי, האמונה, המצפון, ההתאגדות, האספה והתנועה.
 - ◀ **זכויות פוליטיות** – תכליתן להגן על החופש להשתתף בחיים הפוליטיים באמצעות שימוש באמצעי התקשורת, התאספות, מחאה, הצבעה, שוויון הזדמנויות ושירות במשרה ציבורית.
 - ◀ **זכויות לשוויון** – תכליתן להבטיח אזרחות שווה ושוויון לפני החוק ולמנוע אפליה.
 - ◀ **זכויות חברתיות** – זכויות הנוגעות להגשמת אינטרסים כלכליים, חברתיים, תרבותיים ורוחניים של הפרט, שתכליתן לאפשר לכל הפחות חינוך לכול והגנה מפני עוני קיצוני ורעב וכן אפשרות להגשים זכויות אלה לפי יכולתן של המדינות.
- מעמדה המשפטי של ההכרזה שנוי במחלוקת. אמנם ההכרזה אינה מגילת זכויות מחייבת, בדומה לזכויות המעוגנות במשפט החוקתי הישראלי או לזכויות המנויות בחוקה. אולם הנוסח שלה דומה להצבת "תקן" שאליו יש לשאוף, וכוחה הגדול הוא במנעד הרחב של זכויות האדם המוצגות בה, המשמש השראת לכל אומות העולם. ההכרזה זוכה להסכמה רחבה במיוחד, עד שניתן לומר כי רואים בה מסמך מכונן של משטר זכויות האדם בעולם המודרני. אפשר לראות בהסכמה רחבה זו עדות לתמימות דעים בין־לאומית בעניין הגישה המשפטית הרווחת שעל פיה ההכרזה משקפת ברובה דין מנהגי.²⁹

29 בן נפתלי ושני, לעיל הערה 5, בעמ' 207-208.

בד בבד להכרזה החל להתפתח משטר של זכויות אדם באמנות הבין-לאומיות. התפתחות זו, שהחלה לאחר ביסוס האו"ם ונמשכת ללא הפסק וביתר שאת בעת הזאת, משקפת את פנייתו של העולם להסדרה ששמה לה למטרה להגן בדרך ראויה על זכויות האדם ברמה העל-לאומית. כך, כבר משנת 1949 החלו מאמצים של גופים בין-לאומיים לנסח את זכויות האדם שבהכרזה באופן קונקרטי יותר לשם עיגון באמנות משפטיות מחייבות. ואכן, בשנת 1966 נכנסו לתוקפן האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות והאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות. גיבוש נוסח אחד שיהא מקובל על כל מדינות האו"ם התברר כמשימה בלתי אפשרית, על רקע המציאות הפוליטית המתוחה של המלחמה הקרה והיעדר הסכמה עקרונית בין המדינות על רשימת הזכויות שראוי לכלול באמנות המשפטיות המחייבות. סיכומו של דבר, בשל הקושי לגשר על פערים בין תפיסות העולם משני צדי מסך הברזל, התגבשו שתי אמנות נפרדות שהתקבלו על ידי מרבית מדינות העולם, ובכך הפכו דיני זכויות האדם הבין-לאומיים לענף משפטי רב-השפעה,³⁰ כדלהלן:

האחת, האמנה לזכויות אזרחיות ופוליטיות כוללת את הזכות להגדרה עצמית של כל העמים; הזכות לחיים; איסור עינויים; איסור עבדות; הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי; איסור מאסר בשל חיוב אזרחי; חופש התנועה; איסור גירוש זר שלא על פי חוק; שוויון לפני החוק והזכות להליך משפטי הוגן; איסור הטלת אחריות פלילית וענישה באופן רטרואקטיבי; הזכות להכרה בתור אישיות משפטית; הזכות לפרטיות; הזכות לחופש המחשבה, המצפון והדת; הזכות לחופש הביטוי; איסור תעמולה למלחמה והסתה לאפליה, לפעולת איבה או לאלימות; הזכות להתאספות שקטה; חופש ההתאגדות; הזכות לחיי משפחה; זכויות הילדים; הזכות להשתתף בחיים הציבוריים וזכויות המיעוטים. האחרת, האמנה לזכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות כוללת את הזכות לעבוד ואת הזכות לתנאי עבודה נאותים; הזכות להתאגד באיגוד מקצועי ולשבות; הזכות לביטחון סוציאלי; הזכות לקיים חיי משפחה; הזכות לרמת בריאות גופנית ונפשית גבוהה; הזכות לחינוך; הזכות להשתתף בחיי תרבות; הזכות ליהנות מיתרונות הקדמה המדעית ומחופש המחקר.

במרצת השנים נוספו אמנות בין־לאומיות ייחודיות שנועדו לתת מענה לזכויות מסוימות או לקבוצות של בני אדם אשר הגנה עליהן מצריכה תשומת לב מיוחדת. ואלה החשובות שבהן: האמנה בדבר מעמדם של פליטים (1954); האמנה בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית (1965); האמנה בדבר ביטול אפליה נגד נשים לצורתה (1979); האמנה נגד עינויים וצורות אחרות של יחס או ענישה אכזרית, בלתי אנושית ומשפילה (1984); האמנה לזכויות הילד (1989); האמנה להגנה על זכויות כל מהגרי עבודה ובני משפחותיהם (1990).

מדינת ישראל שותפה לכל האמנות המאוזכרות, למעט האמנה העוסקת במהגרי עבודה ובכפוף להסתייגויות מסעיפים מסוימים. במסגרת זו התחייבה ישראל כלפי שאר המדינות השותפות לגיבוש האמנות לא רק לנקוט אמצעים סבירים הנחוצים להגנת זכויות האדם האזרחיות אלא שגם לנקוט אמצעים למימושן המלא של הזכויות החברתיות בעזרת יצירה הדרגתית של תשתית הולמת לכך.³¹

א(3) מחייבות סכוח החוקה: סתן הגנה חוקתית לזכויות האדם בחוקי היסוד

כבר בהכרזת העצמאות של מדינת ישראל נכללה הבטחה מפורשת לכינונה של חוקה.³² אולם מלחמת השחרור עיכבה את יישום תהליך כינון החוקה המיוחלת. בינואר 1949 התפזרה מועצת המדינה הזמנית והעבירה את כל סמכויותיה לאספה המכוננת הנבחרת, היא הכנסת הראשונה. לאחר ויכוחים בשאלת כינונה של חוקה, אימצה הכנסת הראשונה את הצעת הפרשה הידועה כ"החלטת הררי". על פיה, מלאכת כינון החוקה תיעשה בשלבים, והחוקה תורכב מפרקים שכל אחד מהם יחוקק כחוק יסוד.³³ הוחלט כי לאחר שתושלם מלאכת חקיקת חוקי היסוד הבודדים, יאוגדו חוקים אלה לכדי מסמך אחד שימש כחוקת המדינה. במרצת הכנסת הראשונה לא כונן אפילו פרק אחד שהיה עתיד לשמש חלק מן החוקה. אולם עם התפזרותה החליטה הכנסת הראשונה על העברת מלוא סמכויותיה לכנסות שיבואו אחריה. הסמכות לכונן חוקה הדרגתית לישראל נתונה אפוא בידי כל כנסת.³⁴

31 שם, בעמ' 212-214, 222-223.

32 "אנו קובעים שהחל מרגע סיום המנדט, הלילה, אור ליום שבת ו' אייר תש"ח, 15 במאי 1948, ועד להקמת השלטונות הנבחרים והסדירים של המדינה בהתאם לחוקה שתקבע עלידי האספה המכוננת הנבחרת לא יאוחר מ־1 באוקטובר 1948 – תפעל מועצת העם כמועצת מדינה זמנית". נוסח ההכרזה הזמין באתר הכנסת: <http://main.knesset.gov.il/About/Occasion/Pages/IndDeclaration.aspx>

33 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך א 37 (מהדורה ו, 2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל).

34 כפי שנקבע בע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד (מט) 409 (1995) (להלן:

הכנסת הפעילה את סמכותה המכוננת, ועד היום חוקקה 14 חוקי יסוד המסדירים תחומים חוקתיים שונים, בהם מבנה המשטר, סמכויות רשויות השלטון, מערכת הגומלין בין הרשויות והבטחת זכויות האדם. ואלה החוקים: חוק־יסוד: הכנסת (1958), חוק־יסוד: מקרקעי ישראל (1960), חוק־יסוד: נשיא המדינה (1964), חוק־יסוד: הממשלה (1968, 1992, 2001), חוק־יסוד: משק המדינה (1975), חוק־יסוד: הצבא (1976), חוק־יסוד: ירושלים בירת ישראל (1980), חוק־יסוד: השפיטה (1984), חוק־יסוד: מבקר המדינה (1988), חוק־יסוד: חופש העיסוק (1992, 1994), חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו (1992), חוק־יסוד: תקציב המדינה לשנים 2009-2012 (הוראות מיוחדות) (הוראת שעה), חוק־יסוד: משאל עם (2014). יוצא אפוא כי הכנסת מחויבת להגן על זכויות האדם מתוקף חוקי היסוד של המדינה, שהם חלק מהחוקה שלה.

חלק זה יתמקד בחוקי היסוד של זכויות האדם, המחייבים את הכנסת מכוח עליונותם הנורמטיבית ועתידיים להיות חלק ממגילת הזכויות השלמה של ישראל בחוקתה העתידית – חוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, וחוק־יסוד: חופש העיסוק. כאמור, עוד בטרם כינון חוקי היסוד הניחה הכרזת העצמאות³⁵ יסודות לכינון חוקה המחויבת למימוש זכויות האדם, כלהלן:

מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות; תשקוד על פיתוח הארץ לטובת כל תושביה; תהא מושתתת על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל; תקיים שיוון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה בלי הבדל דת, גזע ומין; תבטיח חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות; תשמור על המקומות הקדושים של כל הדתות; ותהיה נאמנה לעקרונותיה של מגילת האומות המאוחדות.

הצעות לכינון מגילת זכויות בחוקה הישראלית הונחו על שולחן מועצת המדינה הזמנית. מאז חקיקת חוק־יסוד: הכנסת, בשנת 1958, נעשו עבודות הכנה רבות לניסוח חוקי יסוד המעגנים את זכויות האדם. כך למשל, בשנת 1964 הגיש ח"כ פרופ' הנס קלינגהופר את הצעת חוק־יסוד: מגילת זכויות היסוד של האדם, התשכ"ד-1963, לכנסת החמישית. ההצעה נפלה בשל התנגדות הממשלה. בכנסת העשירית חידש ח"כ פרופ' אמנון רובינשטיין את הצעתו של פרופ' קלינגהופר. ההצעה התקבלה בקריאה טרומית, אך הדיונים בהצעת החוק לא הבשילו לכדי

פרשת בנק המזרחי). לדיון היסטורי ומשפטי ראו אהרן ברק "המהפכה החוקתית – בת מצווה" משפט ועסקים א 3-15 (תשס"ד).

35 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

חוק.³⁶ בכנסת ה־12 הגישה הממשלה את הצעת חוק־יסוד: זכויות האדם. הצעה זו אמנם לא קודמה, אך ח"כ רובינשטיין אימץ אותה כהצעת חוק פרטית והניחה על שולחן הכנסת, והיא קודמה ביוזמתם של ח"כים נוספים, בהם הרב יצחק לוי, אוריאל לין ודן מרידור. בשל הקושי לקדמה במסגרת מאוחדת פוצלה הצעת החוק לארבעה חוקים נפרדים. שניים עברו ושני חוקי יסוד נוספים (שעברו קריאה מוקדמת בלבד) עסקו בחופש הביטוי ובחופש ההתאגדות, אך לא הבשילו ולא חוקקו.³⁷ בסופו של דבר יצא אל הפועל המהלך לכינונם של שני חוקי יסוד נפרדים בשלהי הכנסת ה־12 (כבוד האדם וחירותו וחופש העיסוק). בשנת 1994 בוטל חוק־יסוד: חופש העיסוק, ונחקק מחדש. שני חוקי יסוד אלה מהווים את מגילת זכויות האדם הכתובה של מדינת ישראל.

למרות עיגונן של חלק מהזכויות באופן מפורש בחוקי היסוד, חשוב לזכור כי זכויות האדם היו מוכרות למחוקק הישראלי ולרשויות השלטון מראשית כינונה של המדינה; ההכרה ביכולתם של עקרונות יסוד דמוקרטיים, לרבות הגנה על זכויות האדם, להגביל את השלטון התבהרה עוד בטרם נחקקו חוקי יסוד המעגנים אותם.³⁸ אחד ממפעליו המרשימים והחשובים ביותר של בית המשפט העליון הוא בנייה הדרגתית של מגילת זכויות אדם שיפוטית. זאת ועוד, התפיסה כי ראוי לבצר את מעמדן של זכויות האדם ולהגן עליהן בחקיקה חוקתית הוכרה בכנסת, הגם שעצם הסוגיה אילו זכויות יוכרו בתור חוקתיות הייתה ועודנה שנויה במחלוקת. הזכויות המנויות בחוק היסוד מצטרפות אפוא למסורת פסיקתית ארוכה שפיתחה ושכללה את ההגנה החוקתית על זכויות האדם.

36 ראו בעניין זה את עדותו של יצחק הנס קלינגהופר, ספר קלינגהופר, לעיל הערה 19, בעמ' 137.

37 אמנון רובינשטיין "הכנסת וחוקי־היסוד על זכויות האדם" משפט וממשל ה' 339, 340 (1999); אורי אהרונוסון "מדוע הכנסת לא ביטלה את חוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו? על הסטטוס קוו כקושי אנטי־רובני" (עתיד להתפרסם בעיוני משפט לז, 2015).

38 בג"ץ 73/53 חברת "קול העם" נ' שר הפנים, פ"ד ז 871 (1953), שבו קבע השופט אגרנט כי ההצהרות במגילת העצמאות מבטאות את חזון העם והאני מאמין שלו, ועל כן יש להתחשב בעקרונות היסוד שנקבעו בה במסגרת הפרשנות של דברי החקיקה (להלן: פרשת קול העם). לדיון בעניין זה ראו דוד קרצמר "חמישים שנה של משפט ציבורי בבית המשפט העליון: זכויות אדם" משפט וממשל ה' (תש"ס).

עקרונות היסוד שעליהם מושתתים שני חוקי היסוד של זכויות האדם מנוסחים בזו הלשון:

זכויות היסוד של האדם בישראל מושתתות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין, והן יכובדו ברוח העקרונות שבהכרזה על הקמת מדינת ישראל.

סעיף התחולה המשותף לשני חוקי היסוד קובע כדלהלן:

“כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוקי-יסוד זה.”

חוקי היסוד מגדירים את הזכויות המעוגנות בהם ואוסרים לפגוע בהן. כך למשל, הזכות לחיים ולשלמות הגוף מוגדרת בחוק היסוד בנוסח “אין פוגעים בחייו, בגופו או בכבודו של אדם באשר הוא אדם”, והזכות לקניין – “אין פוגעים בקניינו של אדם”. כדי להבין את מניין והיקפן של זכויות האדם, יש להכיר את התפיסה הפרשנית שסביבן.

לצד מניין הזכויות, חוקי היסוד החדשים כוללים פסקת הגבלה, המתירה פגיעה בזכויות בתנאים מבוקרים. המשמעות של פסקת ההגבלה היא כי חוקי היסוד, על הזכויות שלפיהם, משריינים באופן מהותי מפגיעה באמצעות חקיקה רגילה שלא בתנאי פסקת ההגבלה.³⁹ בהמשך פרק זה נדון בפירוט ברכיבי פסקת ההגבלה.

הוראה נוספת הכלולה בחוקי-יסוד: חופש העיסוק, מכירה בתוקף של חוק הפוגע בזכויות ואינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה (להלן: חוק חורג), אם הפגיעה “נכללה בחוק שנתקבל ברוב של חברי הכנסת ונאמר בו במפורש, שהוא תקף על אף האמור בחוקי-יסוד זה”. ההוראה מגבילה את תוקפו של החוק החורג לתקופה מרבית של ארבע שנים.

המשמעות של עיגון זכויות האדם בחוקי היסוד והיתרון שבביסוסן הפורמלי הם שלראשונה בהיסטוריה של מדינת ישראל נקבע כי כל רשויות השלטון, בכללן הכנסת, חייבות לכבד את זכויות האדם החוקתיות.⁴⁰ כמו כן, עיגון זכויות האדם בחקיקה חוקתית מעלה זכויות אלו למעמד של נורמות-על שבצלן חוסים דברי חקיקה רגילים.

39 פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 34, בעמ' 248-257 לפסק דינו של השופט ברק.

40 ברק “החוקה של ישראל”, לעיל הערה 16, בעמ' 12.

כל החקיקה כפופה אפוא לחוקי היסוד. מכך עולה כי זכויות האדם אינן בגדר שיקול נוסף מכלל שיקולים רבים ששוקל המחוקק; הן סוג של שיקולים ראשוניים במעלה שהחקיקה חייבת להתחשב בהן.

אף שבעבר היה המחוקק יכול לפגוע בזכויות האדם בלא כל הגבלה חוקתית, הרי שעם כינונם של חוקי היסוד החליטה הכנסת להטיל הגבלות כאלה. עצם הדבר שאפשר לפגוע בזכויות האדם אינה מפחיתה ממעמדן אלא משקפת הכרה בקיומם של צרכים חברתיים, שעשויים לגבור בנסיבות מסוימות על הגנתן של זכויות האדם במלוא היקפן.

ב. מהי פגיעה בזכויות האדם שמפניה נדרש המחוקק להגן?

ב(1) שלב הגדרתה של פגיעה בזכויות האדם

מאפייניהן המיוחדים ומעמדן העליון של זכויות האדם, כנסקר לעיל, מקנה לפרט הגנה מפני הפגיעה בהן. המבקש לדעת אם הפעולה השלטונית חוקתית, יפתח בשאלה אם הפעולה פוגעת בזכויות האדם.⁴¹ במשפט החוקתי הישראלי השאלה אם פגיעה בזכויות אדם חוקתיות נעשתה בשל חקיקה של הכנסת, או עקב החלטה של רשות מינהלית, היא השלב הראשון בביקורת החוקתית. כשהתשובה חיובית לגבי סוגיה זו, יש לעבור לשלב הבא ולבחון אם הפגיעה עומדת במבחני פסקת ההגבלה, העוסקים בשאלת ההצדקה המהותית להכשרתה של אותה פגיעה.

אף שמבחינת הביקורת השיפוטית פגיעה בזכות היא נקודת המוצא למבחן החוקתי, אסור שתתפרש, ולו למראית עין, כי פגיעה בזכות היא נקודת המוצא עבור המחוקק! ההפך הוא הנכון: בשעה שהמחוקק פועל כדי לקדם תכלית ראויה, עליו לבחון תחילה אמצעים לקדם את התכלית שאינם כרוכים בפגיעה בזכות. רק כשלא ניתן לעשות כן, יש לבחון פגיעה בזכות כדרך לקידום התכלית.

41 ברק מדינה "על 'פגיעה' בזכות חוקתית ועל 'תכלית ראויה'" (בעקבות ספרו של אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010)) משפט ועסקים ט 1, 4 (תשע"א) (להלן: מדינה "פגיעה ותכלית ראויה").

כדי להכיר את השלב הראשון – שלב הפגיעה – נציג מאפיינים לגבי השאלה "מהי פגיעה בזכות חוקתית?" למעשה, שלב זה נכלל כמעט על כל צעד ושעל בעבודתו של מחוקק. הצעה לחקיקה צריכה לדרוש בסוגיית מהות הפגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות שהצעת החוק מגלמת; הפיקוח על חקיקה ממשלתית צריך להיעשות בין השאר על פי סוגיה זו תוך בחינת השאלה כיצד ניתן לצמצם את הפגיעה או כיצד לאיינה באמצעות הסדרים אלטרנטיביים; הוא הדין בהערכתן של הצעות חוק פרטיות. מן הראוי להישמר מפני פגיעה בזכות חוקתית בשעת תקצוב והסטת מקורות ומשאבים. כמו כן, הקמתם של גופים מינהליים בחוק צריכה להקנות להם סמכויות להגנה על זכויות הפרט ולבסס מנגנוני פיקוח מפני פגיעה אפשרית שלהם באזרחים ועוד. לכן, בשורות שלהלן נעסוק בשלב הראשון של הבחינה החוקתית (שלב הפגיעה) ונציג את הגישות העיקריות בנוגע לשאלת הפגיעה בזכויות אדם.

השלב הראשון, הבוחן את קיומה של פגיעה בזכות חוקתית, תובע דיון בשאלת היקפה של הזכות. לדוגמה, השאלה אם הטלת מגבלות על פרסום פורנוגרפיה פוגעת בחופש הביטוי של המפרסם מחייבת להכריע אם הזכות לחופש הביטוי חלה גם על ביטויים פורנוגרפיים. כלומר, אם במסגרת היקפה של זכות זו נכללת גם הגנה על ביטויים שכאלה;⁴² כך למשל, שאלת שינוי משטר הפנסיה של גמלאי צה"ל פוגע בזכותם החוקתית לקניין היא סוגיה המחייבת להכריע לגבי האינטרסים הפנסיוניים של גמלאי הצבא, שייכללו כשייכים לזכות הקניין שלהם; כן יש לשאול, למשל, אם הגבלת הכניסה למקצוע באמצעות בחינת רישוי (או הגבלתו באמצעות קביעת תקופת צינון) פוגעת בחופש העיסוק של העובד, סוגיה המחייבת להכריע אם הזכות לחופש העיסוק כוללת הגנה על היבטים שכאלה. הגדרת היקפה של הזכות החוקתית היא שאלה פרשנית, המביאה לידי ביטוי הכרעות מקצועיות וערכיות שחשוב לתת עליהן את הדעת כבר בשעת גיבוש החוק. בכלל זה חובה להכיר לא רק את האינטרסים הכלולים במסגרתן של זכויות חוקתיות מעוגנות אלא שגם הכרחי לקיים דיון מושכל בשאלה כיצד חקיקה משפיעה על אינטרסים כאלה.

42 להרחבה על פורנוגרפיה וחופש הביטוי ראו רם ריבלין פורנוגרפיה: מוסר, חירות, שוויון 29-56 (נייר עמדה 41, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת, פ"ד (5) 661, 678 (1997); על הזכות לחופש הביטוי בישראל ראו מרדכי קרמניצר וליאת לבנון-מורג "הגבלת חופש הביטוי בשל חשש לאלימות: על ערכים מוגנים ומבחני הסתברות בעבירות של הסתה להמרדה והסתה לאלימות, בעקבות פרשת כהנא" משפט וממשל 305 ז (תשס"ד).

גישה מקובלת בפסיקת בית המשפט העליון נוטה להגדיר את היקף הפגיעה בזכות חוקתית בהרחבה ועל פי שיטה זו, להגדיר את היקפן של הזכויות החוקתיות על דרך ההרחבה. כלומר, כל הגבלה של זכות חוקתית צריכה להיות מוכרת בתור פגיעה, ובלבד שאינה שולית וחסרת ערך.⁴³ אולם אין פירושו של דבר כי כל הגבלה שהיא תהא לא חוקתית. המשמעות היא שבמקרים אלה יש להמשיך ולבחון אם הפגיעה היא לתכלית ראויה ועומדת במבחני פסקת ההגבלה (ועל כך בהמשך הדברים).⁴⁴ על פי גישה זו, בכל עניין שבו רשות שלטונית אוסרת, מונעת או שאינה מאפשרת מבעל הזכות להגשימה באופן מלא, יש לבחון את תכליתיות הפגיעה ולברר את המידתיות שלה. על גישה זו נמתחה ביקורת ועיקרה – הרחבה של הגדרת הפגיעה עלולה להביא לשחיקה במעמדן של זכויות האדם.

כדי להתמודד עם הביקורת הוצע להבחין בין פגיעה בגרעין הזכות לפגיעה בהיבטיה הפריפריאליים. ככל שהפגיעה רחוקה מגרעין הזכות ופוגעת בעיקר בהיבטיה הפריפריאליים, כך מוצע לתת מרחב גדול יותר להגשתם של אינטרסים וזכויות המתחרים זה בזה. בירור בשלב המבחן המקדמי עשוי להוביל למסקנה שאין כל פגיעה בזכות.⁴⁵ על פי שיטה זו, זכות היסוד מפורשת כבעלת היקף צר, ורק הגבלת פעולות בליבת הזכות תיחשב לפגיעה בה. נגד גישה זו נשמעת ביקורת שלפיה היא מצמצמת מדי את ההגנה על הזכויות, שכן היא מאפשרת פגיעה בהיבטים הפריפריאליים שלהן,⁴⁶ בלי לבחון ביסודיות את תכלית הפגיעה בהן ומידתה. ויותר מכך, שיטה זו מקדימה בכך את המאוחר ועלולה לאפשר פגיעות לא מוצדקות.⁴⁷

43 אהרן ברק מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 137-135 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט).

44 בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פס' 104-107 לפסק דינו של הנשיא ברק (פורסם בנוב, 14.5.2006) (להלן: פרשת איחוד משפחות); מדינה "פגיעה ותכלית ראויה", לעיל הערה 41, בעמ' 2.

45 פרשת איחוד משפחות, שם, בפס' 34-37, 40-44, 85-86 לפסק דינו של השופט חשין; עמדת המיעוט של השופט סולברג בעמ"ס 3782/12 מפדק מחוז תל אביב-יפו במשטרת ישראל נ' איגוד האינטרנט הישראלי (פורסם באר"ש, 24.3.2013); בג"ץ 606/93 קידום יזמות ומו"לות (1981) בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד מח(2), 1, 28 (1994).

46 אהרן ברק "אילוץ דאונטולוגי, תרבות ההצדקה ומחוקק הירור בתותח: תשובה למבקרים" משפט ועסקים טו 417, 441-442 (2002).

47 גישה נוספת היא "הגישה הדאונטולוגית", המעריכה אם בוצעה פגיעה בזכות באמצעות בחינת טיבו של המעשה השלטוני שהוביל לפגיעה. לפי גישה זו, בשעה שבוחנים אם גריעה מזכות תיחשב לפגיעה, יש לבדוק כיצד הגריעה מבוצעת כלפי הפרט: האם הגריעה מכוונת ומהווה את תכלית הפעולה השלטונית או שמא מדובר בתוצאת לוואי? האם הגריעה מתבצעת דרך מעשה או מחדל שלטוני? באיזו הסתברות השלטון יכול היה לצפות שזכויות ייפגעו כתוצאה מפעולתו? במסגרת שיקולים אלה, עצם הדבר שזכות חוקתית הוגבלה פירושה "תמרור אזהרה" שלפיו מעשה שלטוני הפוגע בזכות חוקתית "אינו מוצדק באופן לכאורה". להרחבה ראו מדינה "פגיעה ותכלית ראויה", לעיל הערה 41, בעמ' 9-18.

ביטוי מוחשי להבדל בין הגישות אפשר למצוא בחילוקי הדעות שהתגלעו בבית המשפט בשאלת חוקתיותה של הוראה מהחוק הפלילי.⁴⁸ השופט ברק גרס כי כל איסור פלילי שיש בצדו סנקציה של מאסר פוגע בזכות היסוד לחירות המעוגנת בסעיף 5 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. לכן איסור כזה צריך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.⁴⁹ לעומתו סברה השופטת שטרסברג־כהן כי לא ניתן לקבוע מראש שכל איסור פלילי כזה פוגע בזכות יסוד. לגישה, מאחר שאיסורים פליליים קובעים סייגים להתנהגות וחיוניים לעצם קיומם של חיי חברה תקינים,⁵⁰ אין לראות בהם פגיעות בזכות אלא תשתית נורמטיבית הכרחית לחברה המכבדת זכויות. ההבדל בין הגישות משמעותי ביותר,⁵¹ הן בתחום המשפט הפלילי והכפפתו לעקרונות היסוד של המשפט החוקתי והן בשאלת האופן שבו אנו מאבחנים את המושג זכויות חוקתיות.⁵²

ב(2) פגיעה בזכויות חוקתיות בישראל: רק מכוח ההיתר שבחוקי היסוד

חוקי היסוד של מדינת ישראל זוכים לעליונות נורמטיבית על פני חוקים אחרים. פירוש הדבר, במצב של סתירה בין חוק יסוד לחוק רגיל תכריע הכף לטובת חוק היסוד. אחת ההשלכות החשובות ביותר הנגזרת מעליונותם הנורמטיבית של חוקי היסוד היא שחוק שאינו עומד בדרישות של חוקי היסוד אינו תקף. דהיינו, חוק רגיל הפוגע בזכויות האדם החוקתיות ואינו עומד בתנאים המנויים בפסקת ההגבלה אינו תקף, הפגיעה שיש בו לא תוכל לעמוד.

48 פסק הדין הבולט בתחום הוא ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529 (2002) (להלן: עניין סילגדו), שבו נדונה השאלה אם הוראת ס' 34א(א)(1) לחלקו הכללי של חוק העונשין – המטילה על מבצע בצוותא שנהג ברשלנות לגבי האפשרות שהמבצע הראשי יעבור עברה שונה או נוספת – אחריות פלילית בנין עברה שונה או נוספת, כזו הפוגעת שלא כדין בהוראות חוק היסוד. לספרות שדנה בזיקה בין המשפט החוקתי המתחדש ובין המשפט הפלילי ראו אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוק־היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו); מרדכי קרמיניצר "עקרונות האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו). כן ראו מרים גור־אריה "סטיות מעקרונות האשמה" מחקרי משפט יג (תשנ"ו), בסעיף ב' למאמר.

49 עניין סילגדו, שם, בפס' 21-25 לפסק דינו של השופט ברק.

50 שם, בפס' 6-8, 10-17 לפסק דינה של השופטת שטרסברג־כהן.

51 להשפעת ההבדל על הליך העתירה החוקתית ראו שם, בפס' 25 לפסק דינו של השופט ברק.

52 לדיון עדכני בשאלה זו ראו מרדכי קרמיניצר "עשור לתיקון 39 לחוק העונשין: דברי תגובה" מגמות בפלילים לאחר עשור לתיקון 39 לחוק העונשין 622-628 (אלי לדרמן, קרן שפירא־אטינגר ושי לביא עורכים, 2010); כן ראו שי לביא "צדק מתקן בפלילים: עיין מחודש ביחס בין דיני עונשין למשפט חוקתי" שם 511.

הקביעה כי חוק תקף רק כל עוד הוא עומד בתנאי פסקת ההגבלה מבטאת את כפיפותו של החוק לחוקי היסוד. פגיעה בזכות העומדת בתנאי פסקת ההגבלה אינה משנה את מעמדה החוקתי של הזכות ואינה גורעת ממנה. כך למשל, כשהכנסת מחוקקת חוק הפוגע בזכות לקניין למען מימוש צורכי ציבור על פי תנאי פסקת ההגבלה, אין בדבר כדי להפחית ממעמדה החוקתי המוגן של זכות הקניין. אדרבה, הצורך בהגבלת זכות הקניין רק לשם תכלית חברתית ראויה ובאופן מידתי מדגיש את מעמדה החוקתי המוגן.⁵³

משמעות חשובה נוספת לעניין העליונות הנורמטיבית של חוקי היסוד היא שחוקים רגילים, גם כאלו שנחקקו בטרם נחקקו חוקי היסוד, מתפרשים לאורם של חוקי היסוד. על הרשויות המופקדות על יישום החקיקה הלכה למעשה לקרוא את החוק הקיים ולפעול על פיו, באופן העולה בקנה אחד עם הוראות חוקי היסוד. וכך גם חייב לנהוג הפרשן השיפוטי. יש להביא בחשבון כי חוקים שנחקקו בטרם כניסתם לתוקף של חוקי היסוד עומדים בתוקפם אבל משמעותם עשויה להיות שונה; הוראתם צריכה להתאים להוראות חוקי היסוד.

ג. הדרכים שבאמצעותן יכולים חברי הכנסת להגשים את זכויות האדם

הבנת מעמדם של זכויות האדם והזהירות מפני פגיעה בהן הוא היבט אחד בחובתו של המחוקק. לצד היבט זה צריך המחוקק וחייב להגשים את זכויות האדם. שלא כמו בית המשפט, המגיב לטענות בדבר פגיעה בזכויות בסוגיות המובאות לפניו, יכול המחוקק וחייב לפעול באופן פרו־אקטיבי להגשמתן. לחברי הכנסת תפקיד חיוני בקידום זכויות האדם מאחר שבתפקידם כמחוקקים וכמפקחים על הרשות המבצעת, הם משפיעים במישרין ובעקיפין על זכויות האדם השונות ועל אפשרות התושבים ליהנות מהן.⁵⁴ חלק זה יציג כמה כיווני פעולה מרכזיים שבאמצעותם יכולים חברי הכנסת לפעול למימוש מחויבותם לזכויות האדם בעבודתם הפרלמנטרית. ההצעות משקפות את כוחה של הכנסת להגביר את ההתחשבות

53 ברק "החוקה של ישראל", לעיל הערה 16, בעמ' 5-6.

54 מדריך זכויות האדם לפרלמנטרים, לעיל הערה 1, בעמ' 63; Ulrich Karpen, *Giving Effect to European Fundamental Rights Through Evaluation of Legislation*, 23 STATUE L. REV. 191, 192 (2002)

בזכויות האדם במישורי פעולתה השונים, לרבות שימוש בתור בימה לייצוג דעות ואינטרסים, פיקוח על הממשלה וכמובן, חקיקה.

ג(1) הליך החקיקה: חקיקת הזכויות והכרה בהשפעות החקיקה על

זכויות האדם

הדרך הישירה ביותר לקדם זכויות אדם היא באמצעות עיגון ההגנה עליהן בחקיקה. מדובר בהפעלת כוח החקיקה בשיטה המגשימה את זכויות האדם בדברי חקיקה קונקרטיים וכך יוצקת בהן תוכן. לדוגמה, היבטים שונים של הזכות לשוויון מוסדרים בחוקים רבים. הזכות לייצוג הולם מוסדרת בחוק שעות העבודה והמנוחה, חוק עבודת נשים, חוק שירות התעסוקה, חוק שוויון הזדמנויות בעבודה ועוד. בתחומי החינוך והבריאות מעוגן איסור האפליה בחוק קופת חולים (איסור הגבלות ואפליה), חוק לימוד חובה, חוק שירות המדינה (מינויים) ועוד.⁵⁵ בתחום ההגנה על הזכות לפרטיות בולטים חוק הגנת הפרטיות, חוק האזנת הסתר, פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) ועוד. כמו כן, חוק זכויות החולה קובע את זכותו של החולה לפרטיות בכל שלבי הטיפול ואת שמירת המידע הנוגע לטיפול בו. חוק חופש המידע מטיל מגבלות על פרסום מידע שיש בו פגיעה בפרטיות.⁵⁶

פריטתן של זכויות האדם להיבטים קונקרטיים והגנה על אלה באמצעות חקיקה מפורשת, רחבה ובהירה ככל האפשר, הן משימתה הראשונה במעלה של הכנסת, שבעצם פעולתה לא רק מונעת פגיעה בזכויות אדם אלא שגם מגשימה אותן באופן חיובי ואקטיבי.

55 ראו בהתאמה ובתורת משל בלבד: ס' 3 לחוק לימוד חובה, התש"ט-1949; ס' 9(ג) לחוק שעות העבודה והמנוחה, התשי"א-1951; ס' 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; ס' 42 ו-42 לחוק שירות התעסוקה, התשי"ט-1959; ס' 15 לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988; חוק קופת חולים (איסור הגבלות ואפליה), התשנ"ג-1993. לסקירת חקיקה המעגנת היבטים שונים של השוויון ראו הלל סומר, תמר ולדמן וענת ירב "מסמך רקע בנושא: הזכות החוקתית לשוויון" (2005) (מקוון).

56 ראו בהתאמה ובתורת משל בלבד: פקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש], התשכ"ט-1969; חוק האזנת הסתר, התשל"ט-1979; חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981; ס' 10 ו-19 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; ס' 9(3) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. לסקירת חקיקה המעגנת היבטים שונים של הזכות לפרטיות ראו הלל סומר, אלעד שרף ותמר שוויצר "מסמך רקע בנושא: הזכות החוקתית לפרטיות" (2004) (מקוון).

דרך מרכזית נוספת להעניק ביטוי הולם לזכויות האדם היא בשילובה של **בחינת השפעות החקיקה על זכויות האדם** כבר בשלב ההכנה והעיבוד של הצעות החוק. תפקידה של בחינה זו הוא לוודא בשיטתיות, בהתמדה ובאופן נרחב כי לא נגרמת פגיעה בזכויות האדם בשל חקיקת הכנסת בנושאים השונים. שילוב כזה מאפשר עיצוב של הצעת החוק תוך כדי התחשבות בהשלכות אלו כבר בשלבי גיבושה. במהלך תכנון החוק יש להתחשב בנתונים רבים, אך ראוי לזכור כי השפעת החקיקה על זכויות האדם היא הגורם המרכזי שאותו חייבים להביא בחשבון. בבחינת התועלת שתצמח מהחלטה או מחוק אל מול העלות הצפויה מהם, אין די באיתור הזכויות הנפגעות הרלוונטיות; יש לאפיין את הפגיעה, לפרש אותה ולנמק זאת. בתוך כך ראוי לתת את הדעת הן על כלל הזכויות שעתידות להיפגע והן על הזכויות שהחלטה או החוק מבקשים לקדם.⁵⁷ נוסף על אלה יש לבחון ולוודא כי הפגיעה נגרמת לתכלית ראויה והיא מידתית. פירוט השפעה זו על זכויות האדם בדברי ההסבר יכול להיות לעזר בעת הדיונים השונים בהצעה. כדי לשפר את המצב בנושא זה, הפרק השלישי של **מדריך למחוקק** יסקור ויתאר את הפעילות הפרלמנטרית לתכנון הצעת חוק ויציע כלי בחינה להערכת השפעות החקיקה על זכויות האדם.

ג(2) לאחר החקיקה: מעקב אחר יישום החוקים

חקיקה אחראית מחייבת מעקב אחר יישומו של החוק בפועל וכלולה בתפקיד הפיקוח של הכנסת על הממשלה. כדי לוודא את אפקטיביות החוק, חיוני לייחד מאמצים במעקב אחר חוקים שעברו את הליך החקיקה. שהרי מה הועילו חכמים בתקנתם אם הלכה למעשה חוק שנחקק נותר בגדר אות מתה? מה הועילו מחוקקים בחקיקתם אם יישומו של החוק על ידי הרשות המבצעת כרוך בפגיעה בזכויות אדם? התחקות אחרי יישום החקיקה עשוי להוביל לגילוי כשלים ונקודות חולשה בחקיקה סמוך להיווצרות הבעיות. גילוי כזה מאפשר תיקון של הלקויים בהקדם על מנת לצמצם את השפעותיהם השליליות. מעקב אחר חקיקה הוא אפוא מהלך של ביקורת עצמית שהכנסת מפעילה, כשם שהוא כלי לפיקוח על הרשות המבצעת, האמונה על ביצוע חוקים באמצעות גופיה השונים.

57 הראל "תאוריות של צדק", לעיל הערה 6, בעמ' 200.

ג(3) לא רך חקיקה: הקמת סגנוני הגנה פרלמנטריים ושלטוניים בתחום זכויות האדם

בעשורים האחרונים מתפתחת מגמה לחיזוק מעמדן של זכויות האדם בהליך קבלת ההכרעות של הפרלמנט באמצעות הקמת מוסדות מיוחדים המיועדים לעניין זה. בעשרות פרלמנטים הוקמו ועדות קבועות או שדולות שמוקדשות להגנה על זכויות האדם ולקידומן בתוך עבודת הפרלמנט ובזירה הציבורית. "עקרונות פריז" (להלן: עקרונות פריז) נחשבים להתפתחות בין־לאומית חשובה בתחום.

בשנת 1991 נערכה בפריז הסדנה הבין־לאומית הראשונה לגיבוש עקרונות משותפים להסדרתם של מוסדות לאומיים לקידום של זכויות האדם ולהגנה עליהן. עקרונות אלה, המכונים עקרונות פריז, הוכרו בתורת סטנדרטים בין־לאומיים⁵⁸ ואומצו על ידי נציבות זכויות האדם והעצרת הכללית של האו"ם.⁵⁹ המוסדות שעקרונות פריז המליצו להקים הם גופי מדינה עצמאיים, הפועלים מכוח מנדט שקבוע בחוקה או בחקיקה. גופים אלה אינם כפופים לממשלה, לפרלמנט או לרשות השופטת. מימונם מגיע אמנם מהממשלה והם אחראים לפעולתם לפני המחוקק, אך הם פועלים בעצמאות ובלא תלות. המוסדות אינם ארגונים חוץ־ממשלתיים, שכן הם מוקמים מכוח חוק ונושאים באחריות כמגנונים מטעם המדינה. עקרונות פריז קובעים סטנדרטים מינימליים להסדרת סמכויות הגופים ותחומי אחריותם, אולם אינם מכתיבים דגם מסוים שעל פיו יעוצבו. ואכן, המוסדות עוטים מגוון של צורות, והמרכזיים שבהם הם נציבויות של זכויות אדם, מארג המורכב מכמה מוסדות העוסקים בתתי־תחומים שונים של זכויות האדם ומועצות מיעצות. עם זאת לדעת נציבות זכויות האדם של האו"ם, הדגם האפקטיבי ביותר הוא זה שמרכז את קידום זכויות האדם וההגנה עליהן בחסות מוסד אחד בעל מנדט רחב, כמוצע בעקרונות פריז. בהצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה הוצע לעגן בחוקה את הקמתה של נציבות זכויות

58 Principles Relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), Adopted by General Assembly Resolution 48/134 of 20 December 1993, www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx

59 החלטה של ועדת זכויות האדם E/CN.4/RES/1992/54, U.N. Doc. E/CN.4/RES/1992/54 (Mar. 3, 1992); G.A. Res. 48/134, U.N. Doc.A/RES/48/134 (Dec. 20, 1993)

האדם ולהורות לכנסת לחוקק חוק שיקבע את מתכונת עבודתה. הנציבות תשים לה למטרה לפעול לקידום ההכרה בזכויות האדם החוקתיות כפי שהן מוקנות בחוק, לכבד אותן, לשמור עליהן ולטפל בתלונות בנושא. על פי דגמים מקובלים בעולם, הנציבות נועדה לפעול בלא תלות לצד גורמי הפיקוח הקיימים ברשויות השלטון, לתמוך בהם ולקדם את זכויות האדם באופן מערכתי ומוסדי בקרב גורמי השלטון ובקרב ציבור האזרחים.⁶⁰

בתמצית, הפרק עסק בחובתה של הכנסת לכבד את זכויות האדם ופירט את מרכיבי החובה הזאת להיבטיה השונים. בין השאר שורטטו שלושת היבטיה המרכזיים: להימנע מפגיעה בזכויות, להגן על הפרטים מפני פגיעה בזכויותיהם ולהגשים את זכויות האדם באמצעות קידום מימושן. הפרק פתח בהצגת המאפיינים של זכויות האדם ועמד על המקורות למחויבות של מדינת ישראל לכבדן. חלקו השני של הפרק דן בהגדרת הפגיעה בזכויות האדם ועמד על חובתו של המחוקק הישראלי להגביל אותה לתנאים המנויים בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד. לבסוף הוצגו דרכים שונות לאופן שבו יכולים חברי הכנסת למלא את חובתם להגשים ולקדם את זכויות האדם באופן פרו־אקטיבי. בחלקים שלהלן נסקור את הניתוח החוקתי באמצעות היכרות עם רכיביה השונים של פסקת ההגבלה, לאחר שהוגדרה פגיעה בזכויות בשל יוזמת מדיניות או הצעת חוק.

60 ס' 40 לחוקה בהסכמה, לעיל הערה 4, בעמ' 99; וכן דברי ההסבר לסעיפי ההצעה, בעמ' 169, שם.

2. פגיעה או הגבלה של זכויות בחוק או לפי חוק: דרישת ההסמכה ועקרון ההסדרים הראשוניים

א. מהי דרישת ההסמכה?

על פי פסקת ההגבלה, פגיעה בזכויות חייבת להיות מעוגנת בחוק או להיעשות לפי חוק, המעניק הסמכה מיוחדת ומפורשת המתירה את הפגיעה, כאמור:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוק יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו (ההדגשות שלנו).⁶¹

חלק זה של המדריך יעסוק בהבהרת דרישת ההסמכה וינסה להשיב על השאלות הללו: דרישת ההסמכה מהי? מדוע נדרשת הסמכה בחוק או לפי חוק על מנת להתיר פגיעה בזכויות? מהו חוק העונה על דרישת ההסמכה? מה ההבדל בין פגיעה בחוק לפגיעה לפי חוק? מי רשאי לפגוע בזכויות יסוד בעניינים חשובים ומרכזיים (עקרון ההסדרים הראשוניים)? אילו אילוצים מטילה הדרישה שההסמכה תהיה מפורשת?

דרישת ההסמכה פירושה כי אין פוגעים בזכות חוקתית ללא הסמכה כדין בחוק של הכנסת. משמעותה המעשית היא כי המחוקק אינו רשאי לפגוע בזכויות בלי שעיגן זאת בחוק. המחוקק אינו רשאי לפגוע בזכויות ככל העולה על רוחו. במשטר חוקתי, שאליו הצטרפה ישראל עם חקיקת חוקי היסוד של זכויות האדם ושיריון חלקים מהם, המחוקק כפוף לחוקי היסוד בשעה שהוא עוסק בחקיקה שגרתית. לכן כשהמחוקק מבקש להעביר חוק הפוגע בזכויות, עליו לעשות זאת לפי תנאי פסקת ההגבלה, בהם התנאי של דרישת ההסמכה, המקים חובה להצהיר בחוק על אודות פגיעתו בזכויות. דרישה זו מצטרפת ליתר התנאים המנויים בפסקת ההגבלה שנדון בהם בהמשך הדברים, דהיינו הלימה לערכי מדינת ישראל, תכלית ראויה ומידתיות. כפי שנדון להלן, בדבר ההבחנה בין פגיעה בחוק לפגיעה לפי חוק, לא רק המחוקק

61 ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

אלא גם רשויות המינהל יכולות בנסיבות מסוימות לפגוע בזכויות; דבר שאינו מובן מאליו ומחייב הצדקה ובחינה מיוחדת. כך, גם סמכותה של רשות מינהלית לפגוע בזכויות יסוד מותנית בהסמכה שהמחוקק הסמיך אותה לעשות כן לאחר שקילה של העניין והצדקה מיוחדת. הסמכה זו, על פי פסקת ההגבלה, צריכה להיות חקוקה בחוק ומנוסחת בצורה מפורשת.

ב. הדרישה להסמכה בחוק או לפי חוק כדי להתיר פגיעה בזכויות אדם

ככלל, ההקפדה על דרישת ההסמכה שבפסקת ההגבלה נועדה להבטיח כי פגיעה בזכויות תיעשה רק על דעת הכנסת, הגוף הנבחר המייצג את אזרחי המדינה. ביתר פירוט אפשר להצביע על שלושה טעמים עיקריים לדרישה זו.

ראשית, בדמוקרטיה, שבה שורר עקרון הפרדת הרשויות, המחוקק נתפס כמגן על זכויות היסוד טוב יותר מהרשות המבצעת, שעל פי רוב מופקדת על אכיפת תחום מסוים ובבחנת עלפי הצלחתה בקידומו. קיים חשש שהרשות המבצעת עלולה לזנוח מטרות כלליות, כגון הגנה על זכויות יסוד, בעבור תחום ספציפי שעליו היא מופקדת. לעומת זאת, אפשר להניח שהמחוקק ניחן בראייה רחבה ולנגד עיניו עומדת טובת כלל האזרחים שתוגשם רק אם תינתן הגנה הולמת גם לזכויות היסוד.

שנית, לפי התורה הדמוקרטית, האזרחים מבקשים לשמור בידיהם את הסמכות לבצע איזון בין תכליות ציבוריות ובין זכויות, והלכה למעשה הם עושים זאת באמצעות נציגיהם בפרלמנט. הנכונות של האזרחים לשאת את הפגיעה בזכויות מלמדת לכאורה על נחיצות הפגיעה. במילים אחרות, הכרעה אזרחית בנושאים הכרוכים בפגיעה בזכויות עשויה לצמצם את מידת הפגיעה ולהגביר את הלגיטימיות שלה.

שלישית, הליך החקיקה שבסופו עובר חוק הוא ארוך ורב־שלבי. במסגרת ההליך נדון החוק במליאת הכנסת לפחות פעמיים, ובין השאר נערכות בעניינו התדיינויות בוועדות ובמסגרות נוספות ובפומבי, ובכך מתאפשר פיקוח ציבורי טוב יותר על קבלת ההחלטות. אופן קבלת החוק, כלומר הליך קבלת ההכרעות של הכנסת, משקף ומצדיק את החשיבות שניתנה לכנסת כשהפקידו בידיה את האחריות לא רק להגן ולקדם את זכויות האדם אלא לפגוע בהן כשהדבר נדרש, לצורך קידום תכליות חברתיות ראויות.

ג. חוק העונה על דרישת ההסמכה: אמות המידה להסמכה

ראויה לפגיעה בזכויות

ביסודו של דבר, כל חוק שיש בו פגיעה בזכויות מוגנות שואב את תקפותו ואת סמכותו מן ההיתר שחוקי היסוד מסמיכים אותו לפגוע בזכויות האדם, במישרין או באופן מתווך ובכפוף לעמידה בשאר תנאי פסקת ההגבלה; בין שכל היסודות המשכללים את הפגיעה קבועים בהוראות החוק ובין שהחוק קובע כי היסודות המשכללים את הפגיעה ייקבעו על ידי מחוקק המשנה.⁶² ואולם, במקום שבו הפגיעה בזכויות נעשית על ידי מחוקק המשנה, הוא זקוק להסמכה ברובד נוסף – זו הדרישה להסמכה מפורשת בחוק מטעם המחוקק הראשי.

לכאורה, היה אפשר לחשוב שעצם הכתיבה המפורשת בחוק כי יש בו כדי לפגוע בזכויות עומדת בתנאי של דרישת ההסמכה, אך אין הדבר כך. **דרישת ההסמכה אינה דרישה פורמלית גרידא**; היא אינה עוסקת רק במתכונת הסופית של החוק אלא יורדת לשורשי תהליך קבלתו כדי לוודא כי החוק עומד בסטנדרטים דמוקרטיים.

כדי שדרישת ההסמכה תוגשם כהלכה, על החוק המסמיך להתקבל בהליך מסודר, לרבות היסודות החינויים שתכליתם להבטיח תוצר חקיקתי ראוי. כלומר, החל בביצועו של הליך חקיקה תקין, דרך ניסוח החוק באופן כללי וברור על מנת שהאזרח יבין אותו כהלכה ויוכל לכוון את התנהגותו על פיו וכלה בפרסום החוק על מנת להבטיח כי לאזרח יש נגישות לחוק. התנאים הללו – הליך חקיקה נאות, כללית, נגישות ובהירות – כוללים את החובה להבהיר בחוק הפוגע בזכויות למי ניתנת סמכות הפעולה; מה בדיוק מתיר החוק לעשות; מהם השיקולים שצריכים להנחות את שיקול הדעת של המבצע וכיו"ב. כמו כן, על לשון החוק להביא בחשבון סוגיות זוגמת בקרה ופיקוח, סעדים בשל פגיעה לא מידתית ומגננונים נוספים לפי הצורך, שנועדו לצמצם את הפגיעה והשלכותיה למינימום הנדרש. יודגש, תנאים אלה אינם ייחודיים לחקיקה הפוגעת בזכויות האדם אלא חלים על כל דבר חקיקה של הכנסת. אולם בהקשר של חקיקה הפוגעת בזכויות האדם, בייחוד בנוגע לחקיקה המסמיכה

62 ראו להלן הדיון בסעיף ח'.

את הרשות המינהלית לפגוע בזכויות, הגבלות אלה מקבלות משנה תוקף. נדון בתנאים בקצרה, ונמקד את הדיון בהיבטים הנוגעים בזכויות האדם.

החובה לבצע הליך חקיקה נאות. הליך חקיקה של חוק הפוגע בזכויות האדם, או המקנה סמכות לפגוע בזכויות, צריך לכלול אמירה מפורשת בנוגע לפגיעה בזכויות ולעמידתה בתנאי פסקת ההגבלה. הליך חקיקה המורכב משלבים רבים משמש ערובה לדיון מעמיק בדבר חשיבותן של זכויות היסוד ובשיקולי הפגיעה בהן, פגיעה שתתאפשר רק אם היא הכרחית.⁶³ לכן התנאי לתקפות הפגיעה בזכות הוא כי החוק המסדיר אותה התקבל בהליך חקיקה תקין ונאות. למשל, חוק המחייב שלוש קריאות התקבל בהיעדר קריאה אחת, דבר שעלול לשלול את תוקפו.⁶⁴ ובכך את תוקפה של ההסמכה לפגוע בזכויות.⁶⁵ יתרה מכך, גם במקרים שבהם לא כלל הליך החקיקה דיון אמיתי ומלא בסוגיית הפגיעה בזכויות באמצעות החוק, נפל בשל כך דופי בהסמכה שניתנה במסגרת החוק. על הליך החקיקה נפרט בהרחבה בהמשך פרק זה.

כלליות. חוק המסמיך פגיעה בזכויות אדם צריך להיות בעל תחולה כללית ואסור לייעד את תחולתו למקרה מסוים בלבד. דרישת הכלליות נכונה בנוגע לכל חוק, אולם היא מתגברת בכל הנוגע למצבים שבהם החוק פוגע בזכויות. כך למשל, דרישת הכלליות אינה יוצאת אל הפועל במקום שבו החוק מכוון כלפי קבוצה של בני אדם ידועים ומזהים.⁶⁶

נגישות. חוק המסמיך פגיעה בזכויות אדם צריך להיות נגיש לציבור. עליו להיות מפורסם וידוע לאזרחים כדי שהללו יוכלו להכירו ולנהוג לפיו, וממילא "חוק סתרים" אינו מקיים את הדרישה הזאת. בימינו, אין באמת מכשול בפני פרסומו של החוק, אף שנוסחו המשולב של החוק עודנו קשה לאיתור במקרים רבים. השאלות העולות

63 בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999).

64 בג"ץ 5131/03 ליצמן נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 (2004) (להלן: בג"ץ ליצמן).

65 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 146.

66 דרישת הכלליות נובעת הן מעקרון שלטון החוק, שלפיו החוק חל שווה בשווה על הכול, הן מעקרון הפרדת הרשויות, שלפיו נקבע כי דין שיחול רק לגבי איש מסוים או מקרה מסוים הוא נחלת הרשות המבצעת או הרשות השופטת. ניסוח כללי המסווה דין ספציפי שמכוון כלפי אדם מסוים אינו מקיים את התנאי. על היחס בין דרישת הכלליות ובין הזכות החוקתית לשוויון ראו אצל ברק מידתיות במשפט, שם, בעמ' 153.

לגבי נגישות החקיקה נוגעות למידת הנגישות שיש לציבור בעידן המודרני, של היצף מידע וחקיקה מרובה.

סוגיה חשובה נוספת עולה בנסיבות שבהן החוק קובע את ההסדרים הבסיסיים שעל יסודם הרשויות השלטוניות המוסמכות קובעות הנחיות מינהליות שונות. עניין זה מעלה את שאלת הנגישות ביתר שאת, במיוחד משום שהנחיות מינהליות רבות אינן מפורסמות ואינן נגישות לציבור. לכן כדי לענות כראוי על דרישת ההסמכה, על המחוקק לתת את הדעת להיקף התקנות והכללים שיווצרו במרוצת הזמן, ואף לקבוע בנסיבות מיוחדות סעיפים ספציפיים המנחים או אפילו מחייבים את הרשויות בשאלת פרסום ההנחיות. הדבר נכון גם במצבים שבהם אין בחוק פגיעה בזכויות חוקתיות, קל וחומר במצב שבו החוק פוגע בזכויות שכאלה.⁶⁷

בהירות. הסמכה לפגיעה בזכויות צריכה להיות בהירה כדי שאופייה של הפגיעה והיקפה יהיו ברורים לקהל הנמענים של החוק, כלומר לציבור הרחב ולמי שהוענקה לו הסמכות. חוק הפוגע בזכויות ומנוסח באופן מעורפל דומה במהותו ל"חוק סתרים". כשחוק הפוגע בזכויות אדם מנוסח בחוסר בהירות, מועצמת אי-הוודאות ובשל כך גדלה הפגיעה. חוק לא בהיר עלול להביא לפגיעת יתר מצד השלטון; חוסר הבהירות עלול להוביל לאפקט מצנן בקרב האזרחים, עד כדי כך שיגבילו את חירותם שלא לצורך מתוך חשש להפרת החוק, בדומה להימנעות מפגיעה מוצדקת בזכויות.

ככלל, ניסוחה של הסמכה לפגיעה בזכות צריך להיות בהיר לאזרח מן השורה הקורא אותה, ועל המחוקק לשאוף להסמכה "שלא נדרשים מילונים כדי לכבשה ולהעלותה ממילות החוק כפרשנות".⁶⁸ ראוי לזכור כי האזרח אינו בקיא בגלגוליו של החוק, בהליכי החקיקה ובוועדות הכנסת, וכי מבחינתו – החוק עומד כשהוא לעצמו, ללא דברי הסבר או רקע היסטורי. ברי כי לעתים הבנה של חוק דורשת היוועצות במומחה. אולם גם כשתוכן החקיקה הוא מורכב אך עולה ממנו אפשרות לפגיעה בזכויות, יש לשאוף לנסחו בבהירות מרבית ככל האפשר. לפיכך במקום שבו קריאה מושכלת של החוק על ידי איש מקצוע הבקיא בכללי הפרשנות שלו מותירה ספק

67 תהילה שוורץ אלטשולר מדיניות ממשל פתוח בישראל בעידן הדיגיטלי 121-124 (מחקר מדיניות 91, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012) (להלן: ממשל פתוח בעידן הדיגיטלי).

68 מרדכי קרמוניצר וליאת לבנון "בית המשפט כמסייע לדבר חקיקה: על הסיוע לדבר עבירה ועל הפרשנות בפלילים" מחקרי משפט יז(2) 403, 409 (תשס"ב) (להלן: קרמוניצר ולבנון).

כבד לגבי בהירותו, אין אפשרות לומר שהחוק עומד בדרישת הבהירות. דוגמה יפה להסבר דרישת הבהירות היא חקיקה העוסקת בהאזנות סתר;⁶⁹ נלמד ממנה כי גם חוק הקובע תנאים שבהם האזנת סתר מותרת, כלומר חוק המסמיך פגיעה בזכות לפרטיות, יפרט בשפה בהירה שתהיה ברורה לכל אדם את התנאים להאזנת הסתר, לרבות האדם שמאזינים לשיחתו, גם אם אינו יודע שהוא עצמו מושא להאזנה כזאת. דוגמה לחקיקה סתומה ועמומה (מן העבר) היא הסמכת מפקד משטרה לתת היתר להפגנה. ההסמכה נוסחה בכלליות ובעמימות ובלי לפרט את התנאים שבהם יינתן ההיתר, או מה הם התנאים שבהם אסור למפקד לסרב לתת היתר.⁷⁰

דרישת הבהירות חשובה במיוחד בחקיקה העוסקת במשפט הפלילי. חשיבותה מתחזקת אף יותר במקרים של חקיקת איסורים פליליים, הפוגעים מעצם מהותם בחירות הפרט ובזכויות חוקתיות נוספות. בדומה לתחומי משפט אחרים, עקרון החוקיות משמש נורמה בסיסית במשפט הפלילי שלפיו אין עברה פלילית ואין עונש עליה, אלא אם כן נקבעו בחוק או על פיו.⁷¹ מכוח עקרון החוקיות נגזר עקרון משנה נוסף שלפיו "על החוק הפלילי לדבר בשפה בהירה ולהמנע משימוש במונחים סתומים ומעורפלים".⁷² בתמצית, חקיקה פלילית חייבת להיות ברורה, בהירה, מפורטת ומפורשת כדי לעמוד בדרישת ההסמכה ובדרישה הספציפית של עקרון החוקיות הפלילי; רק באמצעותה יוכל האזרח בדמוקרטיה להכיר את האיסורים הפליליים ואת ההתנהגויות שהם אוסרים באופן שיאפשר לו להימנע מהן.⁷³

במשפט החוקתי האמריקני קיימת דוקטרינה חוקתית המצדיקה את ביטולו של חוק רק בשל עמימותו (unconstitutional vagueness). על פי הדוקטרינה הזאת, בעניינים שבהם האיסור שבחוק עמום באופן שאינו מאפשר לאזרח מן השורה להבין מהי ההתנהגות האסורה, ייפסל החוק רק בשל עמימותו. התפיסה בהקשר זה היא כי איסור פלילי עמום או פגיעה קשה בזכות יסודית אשר אינם מאפשרים לאזרח להבין מהי ההתנהגות האסורה, פוגעים בזכותו להליך הוגן ובחירותו ואף אוצלים סמכות רחבה מדי לגרם האכיפה.

69 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 155.

70 וראו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פס' 9 (פורסם באר"ש, 12.12.2006).

71 ס' 1-2, א34 לחוק העונשין, התשנ"ז-1977, וראו גם בס' 3 לחוק העונשין.

72 ע"פ 766/07 ברק כהן נ' מדינת ישראל, תק"על 2007 (4) 2199, פס' 9 לפסק דינו של השופט גרוניס (2007).

73 קרמיניצר ולבנון, לעיל הערה 68, בעמ' 409-410.

למול ההקפדה היתרה בתחום המשפט הפלילי, בתחומים אחרים של חקיקה עולות סוגיות של מומחיות. במקרים שכאלה וכחריג לדרישת הבהירות, על המחוקק, העסוק בגיבוש ובניסוח חוק מן הסוג הזה, לברר אם החוק מגדיר באופן ברור את סוג ההתנהגות שהוא מבקש להסדיר, מתוך סברה שהאזרח יידרש לסיוע מקצועי מסוים כדי להבינו.⁷⁴ אין לדרוש בהירות מוחלטת, אלא את מידת הבהירות המרבית הניתנת להשגה ולהתחשב בדבר החקיקה הספציפי ובפגיעה הצפויה כתוצאה ממנו בזכויות היסוד. כך למשל, הוראות מתחום ההגבלים העסקיים, המטילות הגבלות על היכולת ליצור התקשרויות עסקיות מסוימות (ובכך ניתן לפרשן כפוגעות בחופש העיסוק), על פי רוב מחייבות היועצות בגורם מומחה לצורך הבנתן. ברי כי אין מצופה מאדם מן השורה להבין כל תג ותג מסעיפי החקיקה הכלכלית.⁷⁵ ועדיין, כל אימת שהחוק יעסוק בפגיעה בזכות חוקתית מוגנת יש לדקדק בהירות ההסמכה. דרישות הנגישות והבהירות הוכרו בדיני זכויות האדם של משפט האיחוד האירופי. כך, במסגרת פירוש דרישת ההסמכה החוקתית נקבע כי פגיעה בזכות המוגנת מכוח האמנה האירופית לזכויות האדם הנעשית בחוק כוללת את שתי הדרישות הללו:

להלן שתיים מבין הדרישות המתחייבות מהביטוי "הסמכה בחוק". ראשית, על החוק להיות נגיש באופן הולם: הכרחי שלאזרח תהיה האפשרות לקבל אינדיקציה הולמת [של החוק] [...] שנית, נורמה לא יכולה להיות מוגדרת כ"חוק" אלא אם היא מנוסחת בצורה מדויקת מספיק המאפשרת לאזרח להכווין את התנהגותו: עליו להיות מסוגל – ולו בסיוע ייעוץ – לחזות מראש, במידה סבירה נוכח הנסיבות, את השלכות שהתנהגות מסוימת עשויה לגרום.⁷⁶

74 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 155.

75 שאלה מעניינת העולה בהקשר זה היא מה דינם של פונים שהסתמכו על עצה מוטעית של עו"ד. להרחבה ראו ע"פ 845/02 מדינת ישראל נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית (פורסם באר"ש, 10.1.2007); ע"פ 5672/05 טגר בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם באר"ש, 21.10.2007); ע"פ 1672/06 אברהם בלילי נ' מדינת ישראל – הרשות להגבלים עסקיים (פורסם באר"ש, 10.3.2008); מרים גוראריה "הסתמכות על עצה מוטעית של עורך-דין – האם פוטרת מאחריות פלילית?" עלי משפט ב 33 (תשס"ב).

76 ראו ECHR 1 [1979] Sunday Times v United Kingdom, בפס' 49.

ד. ההבדל בין פגיעה בחוק לפגיעה לפי חוק

פגיעה בזכות חוקתית היא פגיעה בחוק, במצב שבו כל היסודות המשכללים את הפגיעה כלולים בחוק עצמו. דוגמה לחוק המפרט פירוט רב את סמכויות הרשות המבצעת בתחום המועד לפגוע בזכויות הוא חוק הגנת הפרטיות. סעיף 10 לחוק מפרט בהרחבה את סמכויות הרשם שאליו הוגשה בקשה לרישום מאגר מידע וכן מגדיר את הטעמים שצריכים להנחות את שיקול דעתו.⁷⁷ פגיעה בזכות חוקתית היא פגיעה לפי חוק. במקום שבו החוק הראשי אינו כולל את כל היסודות המקימים את הפגיעה, אלא מסמיך את מחוקק המשנה להתקין יסודות אלה.⁷⁸ דוגמה לכך היא סעיף 108 לחוק בתי המשפט, הקובע כי "שר המשפטים רשאי להסדיר בתקנות סדרי דין את סדרי הדין והנוהג לפני בתי משפט, רשמים ולשכות הוצאה לפועל, במידה שלא נקבעו בהם בחוק".⁷⁹

הבסיס הרעיוני לדרישת ההסמכה ועקרון ההסדרים הראשוניים (שיידון בהמשך חלק זה) נעוץ בתפיסה הליברלית, המעמידה את חירויות הפרט כתכלית של ההסדר המדיני. מחויבות זו לחירות הפרט לוותה בחשש מפני הענקת כוח רב בידי הרשות המבצעת של המדינה. על מנת להגביל את כוחה של הרשות המבצעת, הוטלה סמכות החקיקה על גוף חיצוני לה – בית המחוקקים. ההסדרים הראשוניים – ההסדרים החברתיים העקרוניים – חייבים להיקבע כולם בחקיקה על ידי הרשות המחוקקת, ואסור לה להתפרק מסמכותה זו באמצעות העברתה לרשות אחרת. כמהלך משלים, הרשות המבצעת מוגבלת לקבוע אך ורק הסדרים משניים שתכליתם להסדיר את אופן ביצוע ההסדרים הראשוניים.⁸⁰

77 כך למשל, החוק מגדיר כי הרשם ירשום את הבקשה שהוגשה לו "בפנקס, תוך 90 ימים מיום שהוגשה לו הבקשה, זולת אם היה לו יסוד סביר להניח כי המאגר משמש או עלול לשמש לפעולות בלתי חוקיות או כמסווה להן, או שהמידע הכלול בו נתקבל, נצבר או נאסף בניגוד לחוק זה או בניגוד להוראות כל דין". ראו ס' 10 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

78 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 146-147.

79 ס' 108 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984.

80 על היחס בין שלטון החוק לחוקיות המינהל ראו ספר קלינגהופר, לעיל הערה 19, בעמ' 103, 105-109.

אף שתפיסה זו שרירה וקיימת גם היום, במרוצת השנים חל בה כרסום מסוים שבא לידי ביטוי בהגמשת שיקול הדעת המופקד בידי הרשות המבצעת ומתן הסמכה לרשות המבצעת לקבוע כללים. שינוי זה משקף את התמורה שחלה ביחס לרשות המבצעת בעידן המדינה המינהלית, מגורם המאיים על חירות הפרט לסוכן המספק שירותי רווחה וסעד, ובין השאר מסייע בכך לפרט לממש את חירותו. כדי לאפשר את תפקודו היעיל של הגוף המינהלי ולאפשר למחוקק להקדיש עצמו להסדרת נושאים חברתיים עקרוניים, ניתנת בידי הרשות המבצעת אפשרות להיות מעורבת גם בהסדרת פעילותה באמצעות התקנת תקנות וכללים.⁸¹ למרות זאת, נדרש מהרשות המבצעת לפעול מכוח ההסמכה של המחוקק ועקרון ההסדרים הראשוניים, תנאים שעודם משמשים הנחת מוצא להסדרת היקף סמכותו של מחוקק המשנה.

דרישת ההסמכה בנוגע לחקיקה הפוגעת בזכויות האדם חלה אפוא הן על חקיקה ראשית והן על חקיקה משנית. חקיקת משנה שכזו חייבת לקבל את הסמכתה המפורשת בחקיקה הראשית.⁸² בשעה שהמחוקק מסמיך את מחוקק המשנה לבצע פעולה שיש בה פוטנציאל לפגיעה בזכויות היסוד, יש לציין מפורשות שמחוקק המשנה מוסמך להפעיל את סמכותו באופן הפוגע בזכות יסוד.⁸³ כלומר, אף שחוקי היסוד מאפשרים פגיעה בזכויות היסוד גם באמצעות חקיקת משנה, הם מגבילים את הסמכות לעשות כן באמצעות הכפפת מחוקק המשנה לכורח שבהסמכה מפורשת מאת המחוקק הראשי.⁸⁴

ואכן, רבות מהפעולות השלטוניות עלולות לפגוע בזכויות היסוד, ואין המחוקק יכול לעגן את כל המצבים בחקיקה ראשית ובהוראות חוק מפורשות. המדינה מעניקה שירותים רבים לאזרח באמצעות רשויות המינהל במישרין או בעקיפין, ולא זו בלבד שהמחוקק אינו יכול באופן מעשי לעסוק בהסדרה פרטנית של סמכויות רשויות המינהל אלא שגם לא רצוי שיעסוק בכך. מצד אחד עיסוק זה עלול לפגוע במילוי

81 לדיון עקרוני בדוקטרינת ההסדרים הראשוניים במשפט החוקתי והמינהלי הישראלי ראו יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012) (להלן: דותן).

82 ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע הסדרים ראשוניים" בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012) (להלן: ברק מדינה "הכלל החוקתי").

83 הצעת חוק יסוד: חופש העיסוק (תיקון), ה"ח התשנ"ד 129.

84 אורן גל "פגיעה בזכויות יסוד "בחוק" או "לפי חוק" משפט וממשל ד 381, 385 (תשנ"ח) (להלן: גל-אייל).

תפקידיו האחרים בבית המחוקקים ומצד אחר ומהותי יותר, רצוי להעניק לרשויות המינהל גמישות מסוימת לעצב את דרכי עבודתן כדי שיוכלו לספק שירותים ביעילות ובאופן קשוב לצורכי החברה המשתנים. כמו כן, לעתים נדרש המחוקק לקבוע נורמות כלליות שאמורות לחול על מקרים רבים.⁸⁵ פרשנות מחמירה של דרישת ההסמכה, התובעת מן המחוקק רמת פירוט יסודית של אופי ההסמכה והיקפה עלולה, לדעת המלומד אורן גזלאייל, להטיל נטל כבד מדי על המחוקק ולעכב את עבודתו, אף בשעה שהוא מבקש להגן על זכויות היסוד.⁸⁶ עם זאת אין המחוקק יכול לפטור עצמו מחובתו להגן באופן בלתי אמצעי על זכויות האדם ולהגבילן רק כשהדבר הכרחי, ולפיכך הוא מחויב בהסמכה מפורשת בכל מקום שבו הסמיך את מחוקק המשנה עד כדי אפשרות לפגוע בזכויות מוגנות.

בהקשר זה מתעוררים שני אתגרים הנבדלים זה מזה: הראשון נוגע להיקף שיקול הדעת שיכול המחוקק הראשי לאצול (כלומר, להעביר) למחוקק המשנה. למשל, האם קביעה בחוק כי ניתן להגביל זכויות חוקתיות ולהותיר את הגדרת הפגיעה למחוקק המשנה מקיימת את יסוד החוקיות שבפסקת ההגבלה? האתגר האחר נוגע לשיטת ניסוח ההסמכה ומידת המפורשות שלה. דהיינו, מתי תיחשב הסמכה למפורשת דיה על מנת שתקיים את דרישת ההסמכה באופן מהותי? מכאן עולה שיש הבחנה בין שאלת שיקול הדעת שהמחוקק הראשי רשאי לאצול למחוקק המשנה ובין הדרישה כי הסמכה זו תהיה מפורשת, ואין מדובר בתנאים זהים.

ה. היקף שיקול הדעת שניתן להעביר לידי הרשות המבצעת: עקרון ההסדרים הראשוניים

עקרון ההסדרים הראשוניים קובע כי על המחוקק מוטלת החובה לקבוע את עיקרי ההסדרים בסוגיות חשובות העומדות לפתחן של החברה והמדינה ולא להותיר מלאכה זו לרשות המבצעת. חקיקת משנה או הוראות המינהל יכולות לקבוע, על בסיס הסדר ראשוני שנקבע בכנסת, רק הסדרים משניים.⁸⁷ עיקרון זה נובע

85 להרחבה ראו את החלק העוסק בכלליות החוק בפרק הראשון של המדריך.

86 גזלאייל, לעיל הערה 84, בעמ' 382-383.

87 בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, פס' 19 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998) (להלן: פרשת רובינשטיין); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (פורסם באר"ש, 2.7.2014) (להלן: פרשת הגז הטבעי). לדיון אקדמי עדכני בעיקרון, לרבות הגדרתו ומעמדו החוקתי, ראו מאמריהם של דותן, לעיל הערה 81, ושל ברק מדינה "הכלל החוקתי", לעיל הערה 81; וכן דעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב(1) 5 (2010)(להלן: ספיר).

מהדמוקרטיה המהותית ומעקרונות של ייצוגיות והשתתפות; מחובתו החוקתית של המחוקק להגן על זכויות האדם; מעקרון הפרדת הרשויות ומעקרון שלטון החוק.

ראשית, עקרון ההסדרים הראשוניים מוצדק מכוחה של הדמוקרטיה המהותית. ייחודה של דמוקרטיה מהותית מתממש בנושאים ערכיים טעוני מחלוקת שעה שהעם הוא שמחליט את ההחלטות היסודיות באמצעות נציגיו הנבחרים. בין השאר נבחנת הדמוקרטיה על סמך מידת ההגשמה של הפרלמנט, ושל בלבד, את רצון העם, את ערכי היסוד ואת מדיניות היסוד. בהתחשב באמת מידה זו, מרב ההכרעות המהותיות של המדינה צריכות להתקבל על ידי נציגי העם.⁸⁸

שנית, עקרון ההסדרים הראשוניים מוצדק גם מכוח הזכות להשתתפות בהליך הפוליטי שקיימת לאזרחים בדמוקרטיה המהותית.⁸⁹ חשיבותה של הזכות להשתתפות מגבילה את כוחה של הכנסת להחליט כי מוסד אחר יחליט במקומה בעניינים ראשוניים. ההצדקה השלישית לעיקרון נובעת מן ההגנה על זכויות האדם בדמוקרטיה. במקום שבו הסדר חקיקתי כרוך בפגיעה בזכות היסוד, המחוקק חייב לעגן את הפגיעה בחוק שיקבע את היקף הפגיעה בהתחשב במגבלות החוקתיות. טעם רביעי נוגע להפרדת הרשויות – סמכות החקיקה נתונה בידי הכנסת. עיקרון זה הוא נתון משטרי-חוקתי מכוח סעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, הקובע כי הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה.⁹⁰

עקרון ההסדרים הראשוניים משקף אפוא העדפה ערכית ברורה לקבלת הכרעות מהותיות בידי נבחרי הציבור במסגרת הליך החקיקה הראשית שבכנסת. במצבים שבהם נדרשת ומתאפשרת קביעה של הסדר ראשוני, המחוקק אינו רשאי להסתלק מסמכותו לקבוע הסדר ראשוני שכזה ולהעבירה לרשות המבצעת.

88 בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, תק"על 2006(1), פס' 32 (להלן: פרשת ועדת המעקב); דפנה ברק-ארז אורח-נתין-צרכן: משפט ושלטון במדינה משנת 49-50 (מיכל שוורץ עורכת, 2012).

89 מדינה "פגיעה ותכלית ראויה", לעיל הערה 41, בעמ' 451.

90 להרחבה על הסדרה חוקתית של פעילות הרשות המבצעת ראו מרגית כהן סמכויות כלליות של הרשות המבצעת פרק ט (2002).

1. מתי חלה חובה לקבוע הסדרים ראשוניים בחקיקה ראשית?

מחוקק המבקש להסדיר תחום המתאפיין באחת או יותר מהקטגוריות שלהלן חייב לקבוע את ההסדרים הראשוניים בחקיקה ראשית ולא להותיר את ההסדרה בידי מחוקק המשנה.

1(1) החוק משקף פגיעה בזכויות חוקתיות

בשעה שהחקיקה המוצעת פוגעת בזכויות חוקתיות, ברור שלא די בכך שהפגיעה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה; יש לשרטט את מהות הפגיעה המותרת ואת היקפה הראוי בחקיקה ראשית ומפורשת. אין להסמיך את הרשות המבצעת לקבוע הסדרים עקרוניים בהקשרים אלו.⁹¹ כך, החקיקה תפרט את ההגבלות המוטלות על הרשות המינהלית, שביצוע סמכותה כרוך בפגיעה בזכויות; תגביל את סמכותה לקבוע חקיקת משנה והוראות מינהל על פי אמות מידה חוקתיות; תקבע הסדרי פיקוח במצבים שבהם מוענקת סמכות הכוללת פגיעה בחירויות יסוד.

1(2) החוק משפיע על חיי הפרט והכלל

ככל שלנושא המוסדר נודעת השפעה רבה יותר על חיי הפרט וחיי האזרחים והחברה כמכלול, כך יש להקפיד במיוחד על קבלת ההכרעות העקרוניות בידי המחוקק עצמו.⁹² ברור כי מדובר במושג חסר הגדרה ברורה, וכי לא ניתן לשרטט בדיוק את ההסדרים שלהם השפעה על חיי הפרט והכלל. עם זאת אמת מידה זו מחייבת לברר אם ההסדר משפיע על חיי החברה השפעה ניכרת שדי בה כדי להצדיק חקיקה של הכנסת, ושלה בלבד. בהקשר זה, הן הסדר שיש לו השפעות ניכרות במיוחד על קבוצה קטנה של פרטים,⁹³ והן הסדר שיש לו השפעה חזקה פחות על קבוצה גדולה ביותר של פרטים, יכולים להתאפיין בהשפעה על חיי הפרט והכלל. לדוגמה, במקרה שעסק בבקשה של תורם זרע לחזור בו מתרומתו העיר בית המשפט כי שאלת תרומות הזרע בישראל היא עניין הראוי להסדרה בחקיקה ראשית בשל היותו הסדר ראשוני, הסובב סביב עניין חברתי מהותי. כמו כן, לעניין

91 פרשת רובינשטיין, לעיל הערה 87, בפס' 24; ספיר, לעיל הערה 87, בעמ' 22.

92 פרשת רובינשטיין, שם.

93 להסמכה של כלאי בשירות בתי הסוהר למניעת פגישה ראו למשל בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, פסק דינה של השופטת חיות (2004).

זה יש השלכות לא רק על מימושה של הזכות להורות אלא גם על דיני המשפחה בכללותם, ולא ראוי שתחום זה יוסדר כולו בחקיקת משנה ובחוזרי מנכ"ל.⁹⁴

3) החוק עוסק בשאלות יסוד השנויות במחלוקת חברתית

בנסיבות שבהן הנושא המוסדר מעורר שאלות יסוד השנויות במחלוקת ציבורית, או בשאלות הנוגעות להכרעות חברתיות ומדיניות חשובות,⁹⁵ על המחוקק לקבל בעצמו את ההכרעות הערכיות-מהותיות ולא להסתפק בהסמכה כללית המאפשרת לרשות המבצעת לקבוע את המדיניות בעניין.⁹⁶ סוגיה שיש לגביה מחלוקת חברתית אינה אלא נתון נסיבתי המשתנה לפי העתים. דוגמה מובהקת לשאלה כזו היא סוגיית גיוס בני הישיבות.

4) יישום החוק כרוך בהחלטות הנוגעות לחלוקת תקציבים ומשאבים ברמה הלאומית

הכרעות והסדרים הכוללים השקעת משאבים ניכרים ברמה הלאומית, או הכרעות הנוגעות ל"חוקה הכלכלית"⁹⁷ של המדינה, יוסדרו בחוק של הכנסת. בהקשר זה גם נפסק כי סעיף בחוק התקציב שתכליתו ללוות החלטת ממשלה לתקצוב מגזר ייחודי באמצעות כספים ייחודיים אינו יכול להיקרא הסדר ראשוני, ועל הממשלה לחוקק את ההסדר בחוק של הכנסת בשל אלה:

מדובר בסוגיה המצויה בליבו של השיח הציבורי בישראל, ובתשלום בהיקף כולל של מאות מיליוני שקלים, המיועד למגזר אחד בלבד, ועל כן סבורני כי את ההסדר החדש יש לנסווג כהסדר ראשוני. פועל יוצא של הדברים הוא כי ההסדר החדש צריך היה להיקבע בחקיקה ראשית של הכנסת, שבה נדון הנושא כדבעי. אכן, חוק התקציב הוא חוק, קרי, חקיקה ראשית. ואולם, אל נכחד: כל המצוי אצל חקיקת חוק התקציב מכיר את התהליך המזורז

94 בג"ץ 4077/12 פלונית נ' משרד הבריאות, פס' 33 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם באר"ש, 5.2.2013).

95 פרשת ועדת המעקב, לעיל הערה 88; בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25 (2002).

96 פרשת רובינשטיין, לעיל הערה 87, בעמ' 31.

97 ברק מדינה "חוקה כלכלית", הפרטה ומימון ציבורי: מתווה להגבלת חופש הפעולה בקביעת מדיניות כלכלית" ספר יצחק זמיר על משפט, חברה ופוליטיקה 583 (אריאל בנדור ויואב זותן עורכים, 2005). את המונח "חוקה כלכלית" מגדיר מדינה "תיאוריה של מימון ציבורי המסבירה בצורה הטובה ביותר את הבחירה במוצרים שמקובל לספק בקהילה מסיימת במימון ציבורי". ראו שם, בעמ' 587.

והלחץ, שאינו מאפשר, אל מול כרכי התקציב, דיון של ממש בנושאים פרטניים, והוא נערך בהמולת "תן וקח" של הדיון בממשלה ובכנסת. אם כן לפנינו "הסדר ראשוני פורמלי" אך לא "מהותי".⁹⁸

(5) החלטה על הקצאת משאבי סבע

בכל הנוגע להחלטות שיש להן השפעה על הקצאת משאבי טבע ברמה הלאומית, נקבעה לאחרונה אמת מידה שתכליתה לבחון באילו תנאים הממשלה לא תוסמך לקבל החלטה על חלוקת משאבים מוגבלים שתשפיע על הדורות הבאים. "מבחן הצריכה", לדעת הנשיא גרוניס, הוא שיכריע בסוגיה. אם ההחלטה הנבחנת אינה מובילה למיצוי מלא ומהיר של המשאב אלא למיצוי חלקי ואטי, אפשר לבחון את דרישת ההסמכה המפורשת באופן מרוכך יותר.⁹⁹

ז. האם ניתן להעביר סמכות לקביעת הסדרים ראשוניים?

למרות החובה לקבוע את ההסדרים הראשוניים בחוק המסמך, ייתכנו מקרים חריגים ביותר שבהם יהיה מוצדק להסתפק באצילת סמכות שתותר לרשות המבצעת שיקול דעת מהותי בקביעת המדיניות המנחה. במדינת המינהל המודרנית אין מנוס, בנסיבות מסוימות וחריגות ביותר המצדיקות זאת, משימוש בחקיקה ראשונית של המינהל. לכן כחריג לכלל, בעניינים חריגים יהיה מוצדק להעביר למחוקק המשנה סמכות מסוימת להסדרה ראשונית. הפסיקה עיצבה את אמות המידה לאצילה חריגה שכזו. במקום שבו העברת סמכות שכזאת עשויה לבוא בחשבון, יהיה על המחוקק להשתכנע לבדו ולהציג הצדקות חזקות שלא לקבוע את ההסדר הראשוני בכוחותיו הוא אלא לאפשר את קביעתו למחוקק המשנה.¹⁰⁰ מכלל העניינים הללו ניתן למנות את אלה:

ז(1) מומחיות סיוחדת של הרשות או של המאסדר

בשעה שהנושא שעל הפרק דורש רמת מומחיות גבוהה, אפשר להסתפק בהסמכה כללית. כך יתאפשר לרשות המבצעת או למאסדר לגבש מדיניות מיטבית על בסיס הידע המקצועי העדיף שברשותם. בנסיבות שבהן נשוא ההסדרה הוא תחום מורכב,

98 בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל, פס' סו לפסק דינו של השופט רובינשטיין (פורסם באר"ש, 25.5.2014).

99 פרשת הגז הטבעי, לעיל הערה 87, בפס' 33 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

100 מדינה "הכלל החוקתי", לעיל הערה 81, בעמ' 478.

די ברמת הסדרה ראשונית בהפשטה גבוהה.¹⁰¹ אולם גם במצב שכזה, לא ניתן להסמיך את המומחה או את המאסדר בלי שהחוק המסמיך יכול מנגוני פיקוח חזקים – שיפוטניים ופרלמנטריים.

ז(2) הסדרים סיוחדים הנתונים לשינויים תכופים

הסמכה כללית יותר תתאפשר גם בנוגע להסדרים הנתונים מטבעם לשינויים תכופים, הסמכה המצדיקה את הגמישות הנדרשת לצורך התמודדות עם שינויים והימנעות מכבילתה של הרשות המינהלית שתוסמך למדיניות קשיחה.¹⁰² אבל גם במקרים שכאלה אישור ההסדרים צריך להיות בפיקוח של הכנסת, למשל באמצעות מנגוני אישור של תקנות.

ז(3) דחיפות סיוחדת והסדר זמני

במקרים חריגים ונדירים ביותר, כשמדובר בהסדרים החייבים על פי מהותם להיקבע בדחיפות, ניתן להסתפק בהסמכה כללית שירחיב מחוקק המשנה.¹⁰³ בתחום זה ראוי להיזהר ממצב זמני שיהפוך למצב של קבע, דוגמת החקיקה בתחום החירום בישראל.

ח. אילו אילוצים מטילה הדרישה שהסמכה לפי חוק תהיה כפורשת?

עוד בטרם כינום של חוקי היסוד, הגישה הפרשנית המקובלת הייתה שחקיקת המשנה תוכל לפגוע בזכויות אדם רק אם ההסמכה לכך היא מפורשת, ברורה

101 פרשת רובינשטיין, לעיל הערה 87, בפס' 24.

102 כך למשל נאמר לגבי שוק התקשורת:

שוק התקשורת הוא שוק דינאמי [...] הטלת חובה של הסדרה מפורשת ופרשנית בחקיקה ראשית בנושא הפרסומת עלולה להביא לחקיקה ראשית מסורבלת ולעיתים אף לשיתוק ההסדרה וקפיאתה בנקודת זמן נתונה, ופגיעה הן באינטרס של הפעילים בתחום והן באינטרס של הציבור הרחב, זאת בשל חוסר היכולת להסדיר את כל הפעילות של הרגולטור בחקיקה ראשית.

ראו בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 36 לפסק דינה של השופטת נאור (פורסם בבנו, 20.8.2008) (להלן: פרשת המפקד הלאומי); דותן, לעיל הערה 81, בעמ' 429; ספיר, לעיל הערה 87.

103 וראו "חקיקת משנה: נוהל והנחיות" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 2,3100, 6-8 (התשס"ד, עדכון בנובמבר 2003); פרשת ועדת המעקב, לעיל הערה 88, בפס' 39 לפסק דינו של השופט חשין.

וחד־משמעית.¹⁰⁴ הדרישה להסמכה מפורשת לגבי פגיעת מחוקק המשנה בזכויות היסוד התעצמה עם חקיקתם של חוקי היסוד החדשים.

בשעה שהחוק מסמיך את מחוקק המשנה להתקין תקנות, יש לכלול בו הסמכה ברורה ומפורשת הנוגעת לעצם סמכותו של מחוקק המשנה לפגוע בזכויות היסוד, ככל שזו קיימת. החוק המסמיך יכול להסמכה ברורה ומפורשת בדבר היקפה המותר של הפגיעה. בנסיבות שהזכר יתאפשר יקבע החוק המסמיך תקן (להלן: סטנדרט) שבעזרתו יהיה אפשר לאמוד את מידת הפגיעה בזכויות. במקום שבו הפגיעה בזכויות תחרוג מהסטנדרט, הפגיעה מכוח חקיקת משנה תהיה אסורה; צריך לשוב אל המחוקק הראשי כדי שידון בחוקיותה.

ח(1) הסמכה קובעת אמות מידה כלליות לעומת הסמכה מפורשת פחות

לבד מן החובה הבסיסית לניסוח הסמכה באופן מפורש, הגישה המקובלת כיום היא כי מידת המפורשות של ההסמכה משתנה ומותנית במכלול של שיקולים הקשורים לטיבה של הזכות החוקתית הנפגעת. שיקולים אלה נוגעים ל"טיב הזכות הנפגעת והטעמים המונחים בבסיסה; חשיבותה החברתית היחסית של הזכות; עוצמת הפגיעה בה; השלכותיה החברתיות; מיהות הרשות הפוגעת והקשר הדברים".¹⁰⁵ כלומר, ככל שהזכות מרכזית במיוחד ובעלת חשיבות חברתית גבוהה, למשל קשורה קשר הדוק לכבוד האדם וחירותו; למובן המהותי של השוויון; לחופש הביטוי; במונחי הגרעיני, וככל שהפגיעה בזכות היא בעוצמה גבוהה, כך נדרשת הסמכה ברורה בחוק המסמיך. הסמכה כזו קובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת המשנה. לעומת זאת, כשאין

104 הנשיא שמגר הוא שהוביל את הדרישה שחקיקת משנה המגבילה זכויות יסוד תתאפשר רק במקום שבו קיימת הסמכה מפורשת של המחוקק הראשי המאפשר לה לעשות זאת. בהסמכה מפורשת שכזו המחוקק מצהיר בצורה ברורה כי הוא מסמיך את מחוקק המשנה להגביל הנבלה או לאסור איסור שיש בהם פגיעה בזכויות היסוד. ראו בבג"ץ 337/81 מיטרגני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 358, 337 את דברי השופט שמגר (1987).

105 פרשת המפקד הלאומי, לעיל הערה 102, בפס' 12 לפסק דינה של השופטת ביניש; ברק מדינה ודרור וגשל "בין מחאה למטרד מאיים: הפגנה ליד ביתם של אנשי ציבור" חוקים ב 197, 216 (2010).

מדובר בפגיעה משמעותית שכזו, ניתן להסתפק בהסמכה מפורטת פחות, בכפוף לתכלית חוק ברורה ומפורטת, המאפשרת למחוקק המשנה לפעול לאורה.¹⁰⁶

אלא שלא ניתן להגדיר בדיוק מהי הסמכה מפורשת יותר או פחות. הגדרה זו משתנה לפי נסיבות שונות ותחומי הסדרה שונים. עם זאת מקרים שכבר הובאו לפני בית המשפט יכולים לסייע למחוקק לגבש אמות מידה בעת הצורך ולהמחיש את הסוגיה:

◀ פקודת בריאות העם מסמיכה את מנהל שירותי הרפואה להתקין תקנות בעניין "רישום, הנהגתם ופיקוחם של בתי החולים". סמכות זו כוללת התקנת תקנות המסדירות את הכשרתן ואימונן של אחיות.¹⁰⁷ מכאן אפשר להסיק כי לשון התקנה מסמיכה מפורשות את מנהל שירותי הרפואה להתקין תקנות בדבר הכשרת אחיות, אפילו תיתכן פגיעה בחופש העיסוק שלהן. סוגיה שהמענה עליה ברור פחות עוסקת באפשרות לשלול רישום של אחות בשל קובלנה שהוגשה נגדה. אף על פי שהחוק אינו מסדיר עניין זה מפורשות, בית המשפט קבע כי מופקדת בידי המנהל סמכות להתקין תקנות המסדירות תחום זה, שכן הדבר משרת את תכלית החוק – אחיות שנמצא פגם בתפקודן לא יוכלו להמשיך במילוי תפקידן.¹⁰⁸

◀ כמה מקרים שהובאו לפתחו של בית המשפט עסקו בשאלה אם ניתן להציג לפניו ראיות שנתפסו בשעת חיפוש לא חוקי שערך שוטר על גופו של אזרח. החקיקה הראשית מסמיכה שוטר לערוך חיפוש, על פי שיקול דעתו וללא צו שופט, אם עולה בו חשד סביר שהאדם נושא נשק, או יסוד להניח כי ביצע פשע זה לא כבר. בית המשפט נדרש להכריע אם מותר לשוטר לערוך חיפוש גם במצב שבו אין לו חשד סביר או יסוד להניח זאת, אולם האזרח נתן את

106 פרשת המפקד הלאומי, לעיל הערה 102. גישה זו אף הוצעה קודם לכן בספרות, וראו למשל גזל-אייל, לעיל הערה 84, עמ' 404. בשנת 2009, בדנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון (פורסם בבנו, 19.10.2009), הוסיפה הנשיאה ביניש ואמרה כי פרשנות זו מאזנת באופן הולם בין העקרונות המצדיקים פגיעה בזכויות אדם באמצעות חקיקה ראשית בלבד ובין הצורך ביעילות מינהלית ובמתן מרחב תמרון למחוקק המשנה באופן המתיישב עם האינטרס הציבורי וזכויות היסוד. ראו בפס' 9-12 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

107 ס' 33 לפקודת בריאות העם, 1940.

108 הזוגמה מבוססת על גזל-אייל, לעיל הערה 84, בעמ' 404. ראו את פסק הדין בבג"ץ 6290/93 זילכה נ' המנהל הכללי של משרד הבריאות, פ"ד מח(4) 631 (1994).

הסכמתו לחיפוש ללא הסמכה מפורשת לכך.¹⁰⁹ במילים אחרות, האם ניתן להסיק מכך הסמכה לעריכת חיפוש על פי הסכמתו של האזרח, גם במצב שבו לא עוגן הדבר בהסמכה מפורשת בחוק? על יסוד בחינת מכלול הנסיבות השיב בית המשפט על כך בחיוב וקבע כי "כאשר מדובר בפגיעה קלה יחסית בזכות לפרטיות, הנעשית בהסכמת האדם שעל גופו, בכליו או בביתו מבקשת המשטרה לערוך חיפוש, יכולה הסכמת האדם מושא החיפוש לשמש תחליף לדרישת החשד הסביר לנשיאת נשק".¹¹⁰

◀ לעומת זאת, מקרה אחר עסק בשאלה אם מותר לרשות המסים ולמוסד לביטוח לאומי לגבות חובות באמצעות עיכוב החייבים במחסומי דרכים שהוצבו לצרכים ביטחוניים ועיקול כלי רכבם אם אינם פורעים את חובם על אתר.¹¹¹ רשות המסים טענה כי מכוח הסמכתה הקבועה בחוק – להיכנס לחצריו של החייב ולעקל את מיטלטליו לצורך פירעון חובו – היא רשאית לנצל את עצירתו במחסום לצורך עיקול רכבו. בית המשפט קבע כי למראה הפגיעה הקשה בזכויות היסוד לכבוד אנושי, לפרטיות, לחופש התנועה ולהליך הוגן, הנוצרת מגביית מסים באופן זה, חובה להצביע על מקור סמכות מפורש וישיר לצורך השימוש בדרך פעולה זו. לא ניתן לגזור את הסמכות לפעול כך מהסמכה "כללית" לעיקול, כפי שהציעה רשות המסים.¹¹²

◀ דוגמה נוספת נלמדת מהנחיות היועץ המשפטי לממשלה, המסדירות את השימוש בבדיקת פוליגרף על ידי רשויות המדינה.¹¹³ בין השאר קובעות ההנחיות כי "נוכח הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות הכרוכה בבדיקת הפוליגרף, ובעיקר פגיעה בזכות לפרטיות, העלולה לעלות גם כדי פגיעה בכבוד האדם, ולאור בעיות אמינות לא קלות של הבדיקה, ככלל אין לבצע בדיקת פוליגרף נוהלית על ידי רשויות המדינה אלא על פי הסכמה מפורשת בחוק או על פיו".¹¹⁴

109 רע"פ 10141/09 אברהם בן חיים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 6.3.2012).

110 שם, בפס' 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

111 בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנעא נ' רשות המסים (פורסם בנבו, 20.12.2010).

112 שם, בפס' 48 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

113 "שימוש בבדיקות פוליגרף על-ידי רשויות המדינה" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 3.1102 (התשס"ט).

114 שם, סעיף ב(1)(א).

3. "שנועד לתכלית ראויה": דרישת התכלית הראויה

לא ניתן להעניק חשיבות ומשקל לתכלית שולית, שערכה הבונה הוא זניח, אם התוצאה היא פגיעה מהותית בזכות יסוד. כדי להצדיק פגיעה בזכות, מן הנכון שיהיו כאמור חשיבות ומשקל ראויים לתכלית המבוקשת.¹¹⁵

רק קידום של תכלית ראויה עשוי להצדיק פגיעה בזכות. על פי פסקת ההגבלה, כדי להצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות, על החוק הפוגע להגשים תכלית ראויה. מבחן התכלית הראויה הוא מבחן ערכי. על המחוקק להשתכנע כי הפגיעה בזכות היא לשם קידום תכלית לגיטימית (legitimate purpose). התכלית הראויה היא שמעניקה לגיטימציה לפגיעה מידתית בזכות חוקתית בחוק רגיל של הכנסת. משום כך הליך של חקיקה חייב להתחיל באיתור התכלית שהחוק נועד להגשים, ואחרי כן יש להבהירו להדגיש אם מדובר בתכלית לגיטימית.

מהי תכלית זו? תכלית ראויה חותרת להגשים את הערכים המבססים את החברה. במדינת ישראל מדובר בערכים שמקדמים ומגשימים את אופייה כמדינה יהודית ודמוקרטית ומאפשרים קידום של מטרות חברתיות חשובות.¹¹⁶ מבחן התכלית הראויה הוא מבחן סף: אם התכלית שאותה נועד החוק הפוגע להגשים אינה ראויה, יש להימנע מפגיעה בזכות חוקתית. על השאלה אם החוק מקדם תכלית ראויה יש להשיב בשני מישורים. ראשית, יש להגדיר ברמת הפשטה גבוהה את סוג התכליות המצדיקות פגיעה בזכויות. שנית, יש לעמוד על מידת הנחיצות והחיוניות שבהגשמת תכליות אלה.¹¹⁷

א. תכליות ראויות להגשמת טובת הכלל

תכלית ראויה היא נגזרת של ערכים דמוקרטיים של החברה. על כן תכלית החותרת תחת היסודות הדמוקרטיים של החברה או מכרסמת בהם כרסום ניכר לעולם

115 ראו בפרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 34, דברי הנשיא שמגר, בעמ' 342-343.

116 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 296, על הקשר בין דרישת התכלית לדרישת הלימה.

117 שם, בעמ' 301.

לא תוכל להיחשב לראויה. בהתחשב בחובה הכללית לחוקק לאור עקרונות דמוקרטיים, ננסה לצקת תוכן לדרישת התכלית הראויה באמצעות פריטתה לאמות מידה נוספות, ואין מדובר בפירוט ממצה. תכליות החקיקה רבות ומשתנות למול האתגרים הניצבים לפניך בתור מחוקק. אולם פירוט דרישת התכלית הראויה לאמות מידה תסייע לך להתמצא בסוגיה בשלב הראשוני.

במקורה של כל מלאכת חקיקה ניצבת תכלית שהמחוקק בא להגשים בדרכו לחוקק לטובת הכלל. חוק נועד לקדם תכליות אשר מכוונת להגשמת טובת הכלל. החקיקה לגווניה משרתת את טובת הכלל ומגשימה תכליות ראויות רבות: חקיקה בתחום האזרחי מקדמת את מערכות היחסים בין פרטים בחברה ובין עצמם ומסדירה את הסעדים שניתן להושיט להם; חקיקה כלכלית נועדה לחלק את המשאבים בין שחקנים בחברה ולהגשים מדיניות כלכלית רצויה; חקיקה בתחום המינהלי קובעת משטרי רישוי לאסדרת שווקים ומסדירה את היחסים בין האזרח ובין הרשות השלטונית; חקיקה פלילית משרתת תכליות של שמירה על הסדר הציבורי והרתעת עבריינים לצד שמירה על זכויות חשודים ונאשמים ועוד. ראינו את ההבדל בין זכויות חוקתיות לאינטרסים שאינם זכויות. טובת הכלל מורכבת ממכלול הערכים והאינטרסים הבסיסיים הדרושים לחיים משותפים ולהסדרתה של חברה שהמחוקק מבקש לקדם, במרכזיים שבהם ניתן למנות את אלה: קיום המדינה וביטחונה, קיום ערכי המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית, שלום הציבור, סובלנות ורדיפת צדק.¹¹⁸

לדעת פרופ' ברק מדינה,¹¹⁹ רצוי לראות בדרישת התכלית הראויה "קו הגנה ראשון" שמציב "קווים אדומים" השוללים על הסף את הלגיטימיות של הסדרים מסוימים הפוגעים בזכויות. השאלה שעל המחוקק לשאול היא אם תכלית הפגיעה בזכות, דהיינו המטרה שלמענה נפגעות זכויות, היא מסוג התכליות שמקובל לראות בהן ראויות בחברה דמוקרטית? פגיעות מסוימות בזכויות הן כה קשות עד ששום תכלית אינה יכולה להצדיקן.

118 עוד על ההבחנה בין זכות חוקתית לטובת הכלל ראו שם, בעמ' 304-306.

119 מדינה "פגיעה ותכלית ראויה", לעיל הערה 41.

דוגמאות למקרים שכאלה הן נקיטת עינויים, לקיחת בני ערובה ופגיעה בחפים מפשע לצורך השגת התכלית של הרתעת הרבים, אפליה לרעה של קבוצה או גילויים של עוינות כלפי מיעוט, שהן לכאורה תכליות לא לגיטימיות. מכאן אפשר להבין כי השאלה אם תכלית היא ראויה מושפעת בין השאר ממעמדן של הזכויות הנפגעות ומהיקף הפגיעה בהן.

ב. קסגוריות של טובת הכלל

ב(1) ערכים חוקתיים וזכויות

תכלית ראויה של חקיקה היא הגשמת עקרונות חוקתיים או הגנה על זכויות של פרטים, ולו במחיר של פגיעה בזכויות של פרטים אחרים. ערכים דמוקרטיים מרכזיים מוגשמים בחקיקה רגילה כל העת; מדובר בערכים, כגון הפרדת רשויות, שלטון החוק ועצמאותה של הרשות השופטת. פעמים רבות התכלית הראויה עצמה היא הגנה על זכויות האדם.¹²⁰ בחברה דמוקרטית הגנה על חופש הרצון של פלוני מחייבת לפעמים פגיעה בחופש הרצון הנוגד של אלמוני. הכרה בזכותו של האחד, למשל הזכות לשם טוב, היא תכלית ראויה שבשמה ניתן לפגוע פגיעה מידתית ביכולת המימוש של זכותו החוקתית של האחר, למשל הזכות לחופש הביטוי. חקיקה שכזו, על גווניה השונים, משקפת הגנה על זכויות, ומשום כך היא מקדמת תכלית ראויה.¹²¹

ב(2) קיום המדינה

קיומה של המדינה כיחידה פוליטית הוא התשתית לכול ואין בלתו. חוק שנועד להגן על עצם קיומה של המדינה משרת אפוא תכלית ראויה. בהקשר זה ידועה האמרה: "זכויות האזרח יונקות מקיומה של המדינה ואין להפכן קרדום לחיסולה".¹²²

120 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 306.

121 בג"ץ 1661/06 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, פס' 238 לפסק דינו של הנשיא (בדימוס) ברק (2005) (להלן: פרשת חוף עזה). במקרה אחד סבר השופט לוי (בדעת מיעוט) כי במסגרת השאלה אם החוק "נועד לתכלית ראויה" יש לבחון – לצד האינטרסים החברתיים שהחוק נועד לשרת ומידת נחיצותם – את מידת התחשבותו בזכויות שבהן החוק פוגע ("מבחן הרגישות לזכות"). וראו בג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס' 22-23 לפסק דינו של השופט לוי, ופס' 32 לפסק דינו של השופט מלצר (פורסם באר"ש, 11.1.2012) (להלן: פרשת גלאון).

122 ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת, פ"ד לט(2) 225 (1985).

ב(3) קיום המדינה כיהודית ודמוקרטית

מדינת ישראל היא מדינה יהודית ודמוקרטית. החוקים שנועדו לעגן את צביונה הם חוקים לתכלית ראויה. בכלל אלה ניתן למנות חקיקה המעצבת את המשטר הדמוקרטי ומגנה עליו; חקיקה שתכליתה להבטיח רוב יהודי במדינה; חקיקה הקובעת את יום השבת כיום השבתון הכללי ומאפשרת לבני דתות אחרות לשבות ממלאכה לפי דתם; וחקיקה הקובעת את סמל המדינה ודגלה.

ב(4) הגנה על ביטחון המדינה

הגנה על המדינה מפני אויביה החיצוניים – מדינות אויב וארגוני טרור המבקשים לפגוע בעצם קיומה, בשלמותה הטריטוריאלית, בתושביה, במוסדות השלטון ובאינטרסים חיוניים שלה – היא תכלית ראויה¹²³ המצדיקה פגיעה בזכויות. תכלית זו מצדיקה למשל איסורים עונשיים נגד ריגול וטרור. בית המשפט העליון קבע כי טעמים של ביטחון המדינה הצדיקו את בניית גדר ההפרדה,¹²⁴ ובין השאר את ההתנתקות מחבל עזה.¹²⁵

ב(5) שלום הציבור

אחד מתפקידיה המרכזיים של המדינה הוא להגן על שלום הציבור. לשם מימוש תפקיד זה הופקד בידיה המונופול על הסמכות להפעיל כוח גם בתוך המדינה באמצעות נקיטת סמכויות פוגעניות, כגון מעצר, חיפוש והאזנות סתר. דוגמאות מובהקות הנופלות בגדרי תכלית זו הן שמירה על שלווה חיי היום-יום, על הביטחון האישי ועל תחושת הביטחון של הפרטים בבתיהם ובמרחבים הציבוריים, מניעת עברות, הגנה על מפגינים, אכיפת הדין הפלילי, הגנה על בריאות הציבור, הגנה על קטינים ועל חסרי ישע.

ב(6) צדק

בהכרזת העצמאות הוצהר כי מדינת ישראל מושתתת "על יסודות החירות, הצדק והשלום לאור חזונו של נביאי ישראל". הצדק הוא היפוכה של השרירותיות, של העוול ושל האפליה. משטר מדיני מעוול הופך את החיים החברתיים לבלתי ראויים

123 למשל, חוק העונשין הישראלי חל על עברות נגד המדינה או העם היהודי שנעברות אף מחוץ לגבולותיה של המדינה. וראו חוק העונשין, התשל"ז-1977, סימן ג': התחולה על עבירות חוץ.

124 בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004); בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד ס(2) 477 (2005).

125 פרשת חוף עזה, לעיל הערה 121, בפס' 101 לפסק הדין של שופטי הרוב.

ולא תהיה לו תקומה לאורך ימים. המחוקק הוא שאמון על הגשמת ערכי הצדק בתחומי החיים השונים, ותכלית המקדמת שיקולי צדק היא אפוא תכלית ראויה.

◀ בדיון שהתעורר בבית המשפט סביב הפרשנות הראויה של הוראות החוק הפלילי האוסר על ביגמיה, קבע בית המשפט כי טעמי צדק פוסלים את ההצעה שהציעה המדינה לפרש את החוק באופן המפלה בין יהודים ללא יהודים: "מה שנתנה האזרח הלא־יהודי מן האזרח היהודי לעניין זה? [...] אילו זו הייתה התוצאה מפירוש החוק, כי אז היה בכך משום הפליה פסולה, העומדת בניגוד גמור להכרזת העצמאות של מדינת ישראל [...] הרי יעמיד בית־משפט זה את המחוקק הישראלי תמיד בחזקתו שאין הוא מתכוון לפגוע, עלידי מעשי חקיקתו, בעקרונות יסודיים של שוויון, חרות וצדק, אשר הם נחלתם של כל המדינות המתוקנות והנאורות".¹²⁶

◀ ערך הצדק נכרך בעקרון השוויון, ומהותו של עקרון השוויון היא להשיג תוצאה צודקת. לפיכך חוקים היוצרים אפליה על בסיס הבחנות שאינן ענייניות הם חוקים בלתי צודקים. עם זאת הבחנות על בסיס טעמים מוצדקים אינם נחשבים לאפליה פסולה. יש מקרים שבהם אינטרסים ציבוריים יצדיקו מתן העדפה לקבוצת פרטים מסוימת. למשל, בעתירה שהגיש אזרח נגד החלטת מינהל מקרקעי ישראל שלא להחכיר לו אדמה ביישוב בדואי, קבע בית המשפט כי קיומו של "אינטרס ציבורי לסייע לבדואים להתיישב התיישבות קבע ביישובים עירוניים [...] כשהוא משולב בצורך בשינוי ערכים, מנהגים והליכות של המיגזר הבדואי מזה דורות רבים, מצדיק את העדפתם של הבדואים במתן מגרשים בתנאים מסובסדים ביישוב שנועד ליישובם יישוב של קבע".¹²⁷

ב(7) סובלנות

סובלנות פירושה מתן ערך לכל הקהילות בחברה ולריבוי של תפיסות ערכיות שונות הרווחות בה. סובלנות מבטאת יחס של כבוד ונכונות להתפשר כדי לאפשר קיום חברתי בצוותא של בעלי תפיסות ערכיות נוגדות.¹²⁸

126 בג"ץ 301/63 שטרייט נ' הרב הראשי לישראל, פ"ד יח(1) 612, 598 (פורסם בנבו, 10.7.1964).

127 בג"ץ 528/88 אליעזר אביטן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מג(4) 303, 297 (1989).

128 בג"ץ 399/85 כהנא נ' הוועד המנהל של רשות השידור, פ"ד מא(3) 255 (פורסם בנבו, 27.7.1987) (להלן: ע"א

בג"ץ כהנא); ע"פ 697/98 סוסצקין נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 289 (1998) (להלן: עניין סוסצקין); ע"א

6024/97 שביט נ' חברת קדישא נחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600 (1999) (להלן: עניין שביט).

- ◀ בית המשפט הישראלי הכיר בפסיקותיו בסובלנות כחלק מטובת הכלל וכערך המצדיק פגיעה בזכויות חוקתיות.¹²⁹ בעניין שעסק בסירובה של חברת קדישא לרשום על גבי מצבה את שנת הלידה ושמה של נפטרת באותיות וספרות לועזיות, קבע בית המשפט כי החלטת חברת קדישא להתיר כיתוב עברי בלבד על המצבות נוגדת את תקנת הציבור מאחר שהיא "פוגעת קשה ובאופן ממשי בכבוד האדם ובסובלנות הנדרשת בחברה דמוקרטית".¹³⁰
- ◀ כמו כן הכיר בית המשפט במדיניות של שר הביטחון בשל אלה: (א) פטור משירות צבאי לנשים מטעמים שבהכרה דתית על פי הצהרתן; (ב) פטור מטעמי מצפון או הווי משפחתי דתי על פי הוכחה כמוצדקים. בית המשפט התבסס בנימוקיו על שהפטורים "נועדו בעיקרם לבטא סובלנות חברתית כלפי קבוצות דתיות ועדות מסורתיות אשר על פי מערכת הערכים שלהן קיימת שונות בסיסית בין גבר לאשה, ועל פיהם, מעמדה של אשה באשר היא אשה אינו מתיישב עם שירות בצבא".¹³¹

ג. הוכחת נחיצות התכלית הראויה

באשר לתכלית שאינה עומדת בסף של נחיצות וחיוניות גבוהות, אין מניעה לקדם אותה בדרך שאינה פוגעת בזכות. אולם במקום שבו מבקשים לקדמה באופן הפוגע בזכות, מן הראוי לוודא כי לתכלית יש חשיבות חברתית מן המעלה העליונה, וזו עשויה להצדיק את המחיר המידתי הכרוך בפגיעה בזכות.

על מנת להצדיק פגיעה בזכות חוקתית, אין די בהגדרתה של תכלית ראויה באופן מופשט. דרושה פעולה לצורך השגתה או קידומה.¹³² אולם כיצד מגדירים מה הן נחיצות וחיוניות בנוגע לתכלית? בית המשפט נמנע מלהחיל אבן בוחן אחידה לגבי נחיצות התכלית הראויה והבחין בין זכויות שונות לצורך קביעת אמת מידה של נחיצות. הבירור בסוגיית התכלית – אם היא ראויה "מספיק" על מנת להצדיק פגיעה

129 לעניין זה ראו פרשת קסטנבאום, לעיל הערה 19; בג"ץ כהנא, לעיל הערה 128; עניין סוסצקין, לעיל הערה 128; עניין שביט, לעיל הערה 128.

130 פרשת קסטנבאום, לעיל הערה 19, בעמ' 537.

131 בג"ץ 2383/04 לאורה מילוא נ' שר הביטחון, תק"על 2004 (3) 1172.

132 להרחבה ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 352-355.

בזכות חוקתית – מותנית במהות הזכות הנפגעת: "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה"¹³³. בהתאמה, היקף ההגנה על הזכות אינו נגזר מטיב הזכות כשהיא עומדת לעצמה, אלא ממכלול שיקולים, לרבות התחום שהחקיקה הפוגעת עוסקת בו; הטעמים שביסוד הזכות המוגנת וחיבותה החברתית; מהות הפגיעה ועוצמתה במקרה הקונקרטי – פגיעה בגרעין הזכות לעומת פגיעה בשוליה; מהות הפגיעה באינטרסים מתחרים ועוצמתה; נסיבות הפגיעה והקשרה וכיו"ב. כן נקבע כי בשעה שערך של הזכויות החוקתיות הנפגעות מדורג כבעל חשיבות גבוהה בסולם הזכויות, דוגמת הזכות לכבוד האדם, אמת המידה שנקבעה לנחיצות היא של "צורך חברתי לוחץ או עניין חברתי מהותי"¹³⁴.

ד. הצהרה וניסוח מפורט של התכלית הראויה בהצעת החוק

קביעת התכלית היא נקודת המוצא לחקיקה. ככל שתוגדר באופן מדויק וברור יותר, כך תגדל הסבירות שניתן יהיה להתאים לה אמצעי הולם ולהבטיח שתוגשם כהלכה. חידוד ההגדרה נחוץ במיוחד כשמדובר בתכליות רחבות היקף או עמומות. לכן ראוי לברר מהי התכלית הקונקרטית במסגרת התכליות הכלליות, דוגמת ביטחון המדינה או שלום הציבור, שהחוק שואף להשיג. וכאמור, ככל שהתכלית תהיה ברורה יותר ומוגדרת יותר, כך ישתפר תהליך קבלת ההחלטות ויתחזק אופיו הרציונלי.

הכול מסכימים כי הגנה על ביטחון המדינה היא תכלית ראויה. אולם השאלה החשובה לעניין זה היא אם הגנה על ביטחון המדינה היא קטגוריה כה רחבה עד אשר כל תכלית המקודמת במסגרתה היא ראויה?¹³⁵ התשובה לכך שלילית. הגנה על ביטחון המדינה היא תכלית כללית ורחבה. ביטחון המדינה כולל אינטרסים שונים ומגוונים: החל בדאגה לחייו של חייל יחיד (למשל חייל שנחטף), המשך בהגנה על סודות ביטחוניים וכלה בדאגה לחייהם של אזרחים רבים. אינטרס נוסף

133 בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, פס' 31 לפסק דינו של השופט י' זמיר (1999).
 134 פרשת חוף עזה, לעיל הערה 121, בפס' 62-65; בג"ץ 4769/95 מנחם נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, פס' 9 ו'12 לפסק דינה של השופטת ביניש (2002) (להלן: בג"ץ מנחם).
 135 לדיון בנושא זה ראו מדינה "פגיעה ותכלית ראויה", לעיל הערה 41, בעמ' 310-316; מרדכי קרמיצר המידתיות החוקתית: קווים (ראויים) לדמותה 10 (טיוטה), עתיד להתפרסם בספר מקוון על המידתיות באתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2015) (להלן: קרמיצר המידתיות החוקתית).

הוא הגנה על שמו הטוב של מוסד ביטחוני, דבר החשוב ליכולתו של המוסד לזכות בשיתוף פעולה. חשיבותה של כל תכלית מכלל תכליות אלה שונה ומשקלה שונה. אי לכך יש לפרט את התכלית בכל הקשר חקיקתי שבו היא עולה על מנת לוודא כי התכלית הקונקרטיה המקודמת במסגרת החוק היא ראויה. כעקרון מנחה, על המחוקק לשים לב כי החובה להגן על זכויות חוקתיות מנביעה את הצורך להימנע מתכליות רחבות, עמומות ובלתי ברורות.

דרך טובה להבהרת התכלית הראויה בהצעת חוק ובדיונים העוסקים בה נעשית באמצעות הצהרה על כך וניסוח מפורט לגביה. לעתים יש לחוק יותר מתכלית אחת, ובמצב כזה על המחוקק להכריז על התכליות השונות שהוא מנסה לקדם. כשיש סדר קדימויות ברור לתכליות השונות, מן הראוי להביא גם אותו לידי ביטוי. הניסוח של מטרת החוק נפוץ בחקיקה במסגרת פסקת המטרה (או פסקת התכלית), המצהירה על התכלית שהחוק מגשים, ומן הראוי ללבן את הטעמים שביסוד התכלית ולהבהירם. אולם במקום שבו התכלית הראויה אינה מובנת מאליה, יש להבהיר מדוע מדובר בתכלית ראויה. לעתים לא ברורה כלל מהי התכלית האמיתית של החוק המוצע, ועשויות להתרוצץ בשיח תכליות שונות. אם אלה פני הדברים, אין להתחיל במסע החקיקה בלי לברר תחילה מהי התכלית ואם היא ראויה. מקומה הראוי של תוצאת הבירור הוא בראש דברי ההסבר. ברי כי יש להימנע ממצב שבו החוק מצהיר על עצמו כמקדם תכלית (ראויה) אחת, והלכה למעשה הוא מכונן לקידום תכלית אחרת.

4. סידתיות

א. בין סמכות לאמצעים: מהי סידתיות?

מידתיות היא עיקרון חוקתי מרכזי בשיטת המשטר של מדינת ישראל ובשיטת המשפט שלה.¹³⁶ דרישת המידתיות החוקתית מנויה בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד החדשים, כך:

אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי־יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו" (ההדגשות שלנו).¹³⁷

דרישת המידתיות החוקתית מתווספת לשלושת התנאים המנויים בפסקת ההגבלה: דרישת ההסמכה, דרישת ההלימה ודרישת התכלית הראויה. רק בהצטבר ארבעתם תיחשב הפגיעה לחוקתית.¹³⁸ בחינת המידתיות נעשית רק אחרי שכנוע שהתקיימו התנאים הקודמים.

מידתיות היא אמת מידה בסיסית עבור המחוקק כדי לבחון אם החוק שברצונו להעביר הוא חוקתי. המידתיות בוחנת אם החוק נמנע מפגיעה בלתי מוצדקת בזכויות חוקתיות. פגיעתו של חוק בזכויות חוקתיות מוגנות – כשאי־אפשר להימנע ממנה כליל – תיעשה במידתיות, כלומר בכפוף למבחני המידתיות שיפורטו בהמשך חלק זה. כאשר נשקל בהליך החקיקה אמצעי מסוים שנועד לקדם תכלית ראויה אך יש בו כדי לפגוע בזכות חוקתית, צריך לבחון אם הפגיעה היא מידתית. דהיינו, נשתמש במבחני המידתיות לבדוק את הכלים שכולל האמצעי האמור כדי לגבש את חוקתיותו.

136 ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל הערה 34, בעמ' 221, 345; פרשת חוף עזה, לעיל הערה 121, בעמ' 481, 546; בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1 (1997); ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 143, 144-145. למידתיות במשפט הבינלאומי ראו יובל שני השימוש בעקרון המידתיות במשפט הבינלאומי 7 (מחקר מדיניות 75, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009) (להלן: יובל שני).

137 ס' 8 לחוקי־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150; ס' 4 בחוקי־יסוד: חופש העיסוק, ס"ח התשנ"ד 90.

138 דליה זורנר "מידתיות" ספר ברנזון כך שני – בני סברה 281, 282 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000) (להלן: זורנר "מידתיות").

ביסוד המידתיות עומדת החשיבות של יחס ראוי בין מטרות או תכליות ובין אמצעים. אולם גם המטרה החשובה ביותר אינה מקדשת את כל האמצעים. מידתיות פירושה הניסיון לאזן בין הפגיעה בזכות ובין התכלית שהחוק נועד להגשים, איזון שמגמתו כפולה:

- (א) לאפשר את השגתה של תכלית ראויה בשיטה שתצמצם את הפגיעה בזכות ככל האפשר;
- (ב) למנוע פגיעה בזכות כאשר קידום התכלית – בראייה חברתית וערכית כוללת – אינו מצדיק פגיעה כזו.

המידתיות אפוא היא כלי עבודה; היא תבנית שמסייעת לבחינה עניינית ולחשיבה מסודרת בנוגע לאמצעי חקיקתי שהשימוש בו גורם לפגיעה בזכויות אדם, ואינה אלא כלי עזר להפעלתו הראויה. אולם היא אינה מחליפה את שיקול הדעת המופקד בידיו, המחוקק. במסגרת חלק זה אנו מבקשים להציג את מבחני המידתיות ולהסבירם. שימוש מושכל במבחנים אלה יניב חקיקה שפגיעתה בזכויות האדם מזערית ומוצדקת.

(2) שלושת מבחני המידתיות

המידתיות מורכבת משלושה מבחנים. כדי שחוק ייחשב למידתי, עליו לעמוד בשלושתם. נציגם ביעף:

(א) **מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי** בוחן את הקשר הרציונלי שבין האמצעי המוצע להטמיע בחוק ובין התכלית שהחוק מבקש להגשים. כדי ליישם את מבחן ההתאמה, עליך לשאול אם האמצעי שבחרת כמחוקק יוביל באופן רציונלי להשגת התכלית הראויה או יש בו כדי לתרום להשגתה?

(ב) **מבחן הצורך או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מחייב לבחור** – מכלל האמצעים השונים המגשימים את התכלית הראויה של החוק – את האמצעי שפגיעתו בזכויות היא המזערית מכולם.

(ג) **מבחן היחסיות או מבחן המידתיות במובן הצר** בוחן את היחס שבין התועלת הצפויה לצמוח מהגשמת התכלית של החוק (אם תוגשם וההסתברות שבה תוגשם) ובין הפגיעה שתיגרם לזכות החוקתית בשל הגשמת התכלית. זהו מבחן של עלות מול תועלת.¹³⁹

139 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 420.

ב. היכרות עם שלושת מבחני המידתיות

ב(1) מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרצינולי

מבחן ההתאמה מברר אם לאמצעי הנבחן יש יכולת להגשים את תכלית החוק.¹⁴⁰ במבחן ההתאמה נשאלות בעיקר השאלות הללו: האם ובאיזו מידה האמצעי מקדם את התכלית? האם הוא מקדם את גרעין התכלית או את שוליה (שאלת היעילות)? מהי מידת ההסתברות של קידום התכלית באמצעי שאותו בוחנים (שאלת ההסתברות)? הכלל הבסיסי בהקשר זה הוא שאמצעי שאינו יעיל להגשמת התכלית אינו בא בחשבון. רק אמצעים שיגשימו את התכלית ייבחנו על פי ההסתברויות השונות.

(1.1) יעילות והסתברות: מהי מידת ההתאמה הנדרשת?

לשאלה באיזו מידה של הסתברות צריך האמצעי שנבחר להגשים את התכלית או לקדם אותה אין תשובה חד־משמעית. אמנם לא נדרשת "ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו", אך עם זאת ברור כי "אין להסתפק בסיכוי קלוש ותיאורטי".¹⁴¹ הסטנדרט שנקבע הוא כי "די במידה נאותה של הסתברות כי הפעולה הפוגעת בזכות תתרום במידה סבירה להשגת התכלית".¹⁴² נוסף על כך, בשנים האחרונות מתפתחת מגמה שלפיה שאלת המידה הסבירה, כדי לעמוד בדרישת ההסתברות, נקבעת "בהתאם לחשיבות היחסית של הזכות הנפגעת ושל תכלית הפגיעה".¹⁴³ אם מדובר בתכלית שחשיבותה מעטה, רמת ההסתברות הנדרשת היא של קרבה לוודאות כי הפגיעה בזכות תוביל להגשמתה ולהפך.¹⁴⁴ מכך עולה כי יש יחס הפוך בין מידת חשיבותה של התכלית למידת ההסתברות של השגת התכלית.

◀ נביא דוגמה לאמצעי שאינו מגשים את התכלית: משך שנים אחדות הונהגה בבתי הספר תכנית מיוחדת. במקום בחינות הבגרות נקבעו ציוניהם הסופיים של התלמידים על פי בחינות פנימיות שנערכו בבתי הספר. בעקבות תופעה של העתקה בבחינות הבגרות (החיצוניות) שהתגלתה בבית ספר מסוים, החליט

140 קרמניצר המידתיות החוקתית, לעיל הערה 135.

141 פרשת איחוד משפחות, לעיל הערה 44, בפס' 67.

142 שם; דורנר "מידתיות", לעיל הערה 138, בעמ' 289.

143 בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, פס' 4 לפסק דינה של השופטת דורנר (1997) (להלן: פרשת מנהלי ההשקעות); ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 627; בג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל, פס' 51-54 (פורסם באר"ש, 21.2.2012).

144 בג"ץ 6026/94 נזאל נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מח(5) 338 (1994).

שר החינוך כי הפגיעה בטוהר בחינות הבגרות מצדיקה לשלול מכל תלמידי בית הספר את ההטבה שבתכנית ולא לאפשר להם לקבל ציון סופי בבחינה פנימית. בתגובה להחלטת השר הגישו כמה מתלמידי בית הספר עתירה, שבה טענו כי ההחלטה לוקה באפליה פסולה משני טעמים עיקריים:¹⁴⁵ ראשית, מאחר שהפיקוח על טוהר בחינות הבגרות מופקד בידי גורמים חיצוניים מטעם משרד החינוך ואינו באחריותו של בית הספר, אין הצדקה שתלמידי בית הספר יישאו בעונש. שנית, מדובר באמצעי של "ענישה קולקטיבית" החל על כלל התלמידים ללא הבחנה. בית המשפט הכיר למעשה בתכלית שעמדה ביסוד החלטת שר החינוך – התחייבות לשמור על טוהר בחינת הבגרות – כראויה. עם זאת קבע בית המשפט כי אין קשר רציונלי בין התכלית ובין האמצעי שבחר השר. בית המשפט קבע כי ההחלטה על שלילת האפשרות להסתמך על בחינות פנימיות, כחלופה לבחינת בגרות, אינה משרתת את התכלית של שמירה על טוהר בחינות הבגרות ולכן פסולה. עוד קבע כי אין קשר ענייני בין הפגיעה בטוהר המידות שנגרמה על ידי התלמידים שנבחנו בעבר בבחינות הבגרות ובין שמירה על טוהר הבחינות של תלמידים שייבחנו בבית הספר בעתיד.

1.2) האיסור לנקוט אמצעי שרירותי או בלתי הוגן

דגש נוסף לעמידה במבחן ההתאמה הוא האיסור להשתמש באמצעי שרירותי או בלתי הוגן.¹⁴⁶ שרירותיות היא היפוכו של הצדק. אמצעי שרירותי הוא אמצעי המושתת על נימוקים לא ענייניים או ללא נימוקים כלל, ואמצעי שאינו הוגן חותר תחת תחושת הצדק. כדי לעמוד במבחן ההתאמה, יש לבחון אפוא לא רק אם האמצעי מקדם את המטרה אלא גם אם הפעלתו נעשית בשרירותיות או בחוסר הגינות.

◀ דוגמה המבהירה שימוש באמצעי שרירותי ניתן ללמוד ממקרה שנדונה בו חוקתיות החלטתו של המפקד הצבאי ביהודה ושומרון להגביל את גישתם של חקלאים פלסטינים לחלקותיהם למען שמירה על הסדר והביטחון באזור.¹⁴⁷ אחת התכליות שביקש המפקד הצבאי לממש הייתה שמירה על ביטחונם של

145 בג"ץ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1995) (להלן: פרשת בן עטייה).
146 ראו בג"ץ מנחם, לעיל הערה 134, בעמ' 235, פס' 23; בג"ץ 2887/04 אבו מדיג' נ' מינהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 15.4.2007).

147 בג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (לא פורסם, 26.6.2006).

החקלאים הפלסטינים מפני פגיעות מצד תושבים ישראלים באזור. בית המשפט פסל את ההחלטה בנימוק ש"השטחים הנסגרים הם שטחים פרטיים המוחזקים על ידי פלסטינים ואשר בגישה אליהם תלויה פרנסתם. מנגד, האיום הקיים על ביטחונם של הפלסטינים הוא ביצוע מעשי התנכלות מצד מפירי חוק ישראלים. בנסיבות אלה, סגירתם של השטחים האמורים בפני החקלאים הפלסטינים על מנת להתמודד עם האיום האמור אינה רציונאלית שכן מדובר בצעד בלתי הוגן באופן קיצוני שמשמעותו היא פגיעה חמורה בזכויות בסיסיות תוך כניעה לאליומות ולמעשי עבריינות"¹⁴⁸.

ביסוס תשתית עובדתית מוצקה בשאלת הקשר הרציונלי: סוגיית קיומו של קשר רציונלי בין האמצעי הנבחן ובין התכלית שהוא נועד להגשים היא סוגיה עובדתית. לעתים יידרש איסוף מידע מהגורמים המקצועיים בכנסת ואף מרשויות השלטון כדי לבררה. הערכת ההתאמה של מדיניות או של החקיקה המוצעת מותנית לא פעם גם במשתנים עתידיים, שלא ניתן לחזותם במלואם. אולם יש לנסות לצמצם את היסוד הספקולטיבי שבהערכת התאמתו של האמצעי לתכלית ככל האפשר באמצעות איסוף נתונים ומידע. כמו כן, אפשר ללמוד מן הניסיון שהצטבר במדינות שהשתמשו באמצעי האמור ולהביא בחשבון את מאפייניו הייחודיים – אם יש כאלה בהקשר הנדון – והתאמתו לישראל.

◀ הנה דוגמה לחשיבותה של תשתית עובדתית: מדובר במקרה שנדונה בו מדיניות משרד הפנים שחייבה בן זוג זר לעזוב את הארץ עד שבקשת בן זוגו הישראלי להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר תידון לגופה.¹⁴⁹ בית המשפט פסק כי לא הוכח קיומו של קשר רציונלי בין המדיניות האמורה ובין התכלית – מניעת נישואין פיקטיביים. החלטת בית המשפט התבססה על היעדר נתונים עובדתיים; משרד

148 שם, פס' 25 לפסק דינה של השופטת ביניש; פרשת גלאון, לעיל הערה 121, בפסקה 36 לפסק דינו של השופט לוי.

149 בג"ץ 3648/97 ישראל סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 778 (פורסם בנוב, 18.6.1998) (להלן: פרשת סטמקה).

הפנים לא הציג מידע על אודות היקף תופעת הנישואין הפיקטיביים כדי לתמוך בקשר הנטען שבין האמצעי ובין התכלית.

◀ דוגמה נוספת לצורך בתשתית עובדתית מוצקה ניתן ללמוד מן המקרה שלהלן: סעיף חוק פלילי בקנדה קבע כי אם הוכח שאדם החזיק סם אסור בכמות מסוימת העולה על המותר, הוא יורשע באופן אוטומטי בהחזקת סם למטרות סחר בסמים, אלא אם יצליח הנאשם להוכיח אחרת. סעיף זה למעשה "הופך" את נטל ההוכחה בפלילים, שלרוב מוטל על התביעה, ומטיל אותו על הנאשם. בית המשפט העליון הקנדי פסק כי סעיף החוק לא עמד במבחן הקשר הרציונלי משום שכמות הסף שנקבעה באיסור היא קטנה, ולכן אינה מלמדת באופן ברור על המסקנה שהחזקת הסם נעשתה למטרות סחר.¹⁵⁰

אין להישען על קנה רצוף. בשעה שמדובר באמצעי פוגעני שמידת יעילותו גבולית או מעטה וברור שיש לו השלכות שליליות נוסף על פגיעתו בזכות – רצוי לפנות לאמצעי אחר. להרחבה נוספת על הצורך בתשתית עובדתית ראויה בהליך החקיקה ראו בחלק "הליך חקיקה חוקתי" שבפרק זה.

ב(2) מבחן הצורך או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה

מבחן הצורך מבוסס על השוואה בין אמצעים חלופיים.¹⁵¹ מבחן זה נועד לוודא אם מקבוצה של אמצעים חלופיים – הקשורים רציונלית לתכלית הראויה – האמצעי הנבחן פוגע בזכויות באופן מזערי, פגיעה שיש בה הכרח להגשמת התכלית. רק אם זה המצב, ניתן לומר שיש צורך באמצעי שנבחר. השאלה שיש לבחון היא אם יש אמצעי פוגעני פחות שיעיל באותה המידה להגשמת התכלית.

◀ יש מקרים שבהם ברור כי האמצעי הנבחר אינו זה שפגיעתו פחותה. לדוגמה, בגרמניה אסרה חקיקת המשנה את מכירת הסוכריות שיש בהן אבקת קקאו ומכילות בעיקר אורז. איסור זה פגע בזכות לחופש העיסוק של היצרנים פגיעה קשה. אמנם תכלית החקיקה הייתה להגן על צרכנים מפני הטעיה, אולם האיסור לא עמד במבחן הצורך. את תכלית החקיקה היה אפשר להגשים באמצעות אזהרה על המוצר, ולא היה צורך בקביעת איסור למכירתו.¹⁵²

150 הדוגמה לקוחה מפסק דין קנדי בעניין R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103. בפסק דין זה נפרשה לראשונה תורת המידתיות המקובלת בישראל, לרבות החלוקה לשלושת מבחני המשנה.

151 קרמוניצר המידתיות החוקתית, לעיל הערה 135, בעמ' 14.

152 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 394.

מבחן הצורך והצורך בחלופות משמעו בחירת אמצעי לאחר שנסקלו מגוון של חלופות. המבחן מחייב לאתר חלופה מיידית יותר, כזו שממזערת את הפגיעה בזכות החוקתית. במקרים שבהם נבחנת הצעה לחקיקה, אם כדי לגבש הצעה משלך, אם כדי לצרף את קולך להצעה של אחרים, או במסגרת עבודתך בוועדות הכנסת, עליך לבחון את הדרך היעילה להשגת התכלית, זו שפגיעתה בזכות האדם מזערית ואת החלופות הקיימות בהקשר זה.

(2.1) מידת ההגשמה הקרובה

האם האמצעי החלופי צריך להגשים את התכלית באותה המידה? אין מענה מוחלט לסוגיה מהו הדין כשקיים אמצעי חלופי שפגיעתו בזכות האדם פחותה, אך גם מידת הגשמתו את התכלית פחותה.¹⁵³ ממילא מובן כי אמצעי המגשים את התכלית במידה פחותה בהרבה, למעשה אינו אמצעי חלופי. הקושי מתעורר במקרים מובהקים פחות; בשעה שהאמצעי אינו מגשים את מטרתו באופן זהה לתכלית אלא במידה קרובה מאוד. ואולם, די באמצעי חלופי שפגיעתו תהיה פחותה והאפקטיביות שלו קרובה כדי שיהיה ראוי לשקול אותו בכובד ראש כאמצעי שמידת הגשמתו פחותה.¹⁵⁴

(2.2) הימנעות מכפיית הגבלות יותר מן הנדרש

כדי לעמוד במבחן הצורך, יש לשאול אם אין האמצעי פוגע בזכויות יותר מן הדרוש לפגיעה הכרחית לצורך מימוש התכלית, כלומר **שלא לצורך**. במצב כזה יש לנסות ולהגדיר בדיוק האפשרי את היקף הפגיעה הנדרש ולהימנע מפגיעה החורגת ממנו.

◀ והנה דוגמה: המועצה לביקורת סרטים החליטה לפסול את הקרנתו המסחרית של הסרט "ג'נין ג'נין" בבתי הקולנוע בישראל בנימוק שהוא מציג תמונת מציאות מעוותת ומסולפת. הטעיה זו, כך קבעה המועצה, מסכנת את שלום הציבור

153 בג"ץ 2605/05 המרכז האקדמי למשפט ועסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר, פס' 49 לפסק הדין של הנשיאה ביניש (פורסם באר"ש, 19.1.2009) (להלן: עניין בית הסוהר הפרטי), שבו נקבע כי המבחן "מחייב לבחון האם אותו אמצעי פוגעני פחות מגשים את תכלית החקיקה באותה מידה או במידה דומה לאמצעי שנבחר על ידי המחוקק". קיימת עמדה אחרת הגורסת כי יש צורך ב"אותה מידה". וראו למשל בג"ץ 2056/04 בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 849, 851 (2004); כן ראו את פרשת איחוד משפחות, לעיל הערה 44, בפס' 88-89.

154 קרמניצר המידתיות החוקתית, לעיל הערה 135, בעמ' 14.

ורגשותיו.¹⁵⁵ בית המשפט הגבוה לצדק פסק כי החלטת המועצה אינה עומדת בשלושת מבחני המידתיות. בהקשר של מבחן הצורך פסל בית המשפט את החלטת המועצה, בין השאר מן הטעם שהרשות נמנעה מלנקוט אמצעים שיכלו להשיג את התכלית תוך כדי פגיעה פחותה בזכות לחופש הביטוי והיצירה, כמו הגבלת הסרט לצפייה מגיל מסוים; הקדמת הסרט בכתוביות אזהרה; השמטת קטעים מסוימים מתוכו; הגבלת שעות הצפייה, או אמצעים אחרים.¹⁵⁶ ניתן היה אפוא להשיג את התכלית בעזרת שימוש באמצעים המשרתים אותה במדויק ובאופן ממוקד יותר וממעטים את הפגיעה בזכויות.

(2.3) הימנעות מקביעת הסדר גורף

הדרישה לבחירה באמצעי שפגיעתו בזכויות פחותה מחייבת לנסות ולהימנע ככל האפשר מקביעת הסדרים גורפים, המובילים לתוצאה מעוותת או אבסורדית במקרים מסוימים. דרישה זו עולה משום שהסדרים כוללניים אינם מאפשרים להביא בחשבון נסיבות ושיקולים של מקרים אינדיווידואליים.¹⁵⁷ התחשבות במקרים ספציפיים יכולה להיעשות באמצעים שונים, כלהלן: (א) באמצעות קביעת חריגים לכלל הבסיסי שייקבע בחוק; (ב) באמצעות קביעת מנגנוני בירור פרטניים ומנגנוני ערעור הנגישים לזכאים; (ג) קביעת כללים שמטרתם להבדיל בין קבוצות שונות הראויות להתייחסות שונה. בנסיבות אלה קביעת איסור גורף בחוק לא תגשים את מבחן הצורך, אם בדיקה אינדיווידואלית או חקיקת חריג לאיסור תגשים את תכלית החוק באותה המידה או במידה קרובה כמו האיסור הגורף, כדלהלן:

◀ פסק הדין בבג"ץ חסן עסק בעתירה נגד סעיף בחוק הבטחת הכנסה שקבע כלל גורף ולפיו מי שבבעלותה רכב או ששמתמשת ברכב – חזקה עליה שהיא בעלת הכנסה השוללת את זכאותה לגמלת הבטחת הכנסה מהמוסד לביטוח לאומי. בית המשפט קבע כי סעיף החוק שבו מעוגן הכלל אינו עומד במבחן הצורך מאחר שהוא קובע הסדר גורף במקום שבו היה יכול המחוקק לנקוט מבחן פרטני למידת ההזדקקות לגמלה, כמקובל לצורך בחינת זכאות

155 בג"ץ 316/03 בכרי נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נח(1) 249, פס' 4 ו'12 לפסק דינה של השופטת דורנר (2003).

156 שם, בפס' 15 לפסק דינה של השופטת דורנר.

157 פרשת בן עטייה, לעיל הערה 145, בעמ' 15; פרשת סטמקה, לעיל הערה 149, בעמ' 779; ע"א 9535/06 אבו מסעאד נ' נציב המים (פורסם באר"ש, 5.6.2011).

לגמלת הבטחת הכנסה.¹⁵⁸ בית המשפט הדגיש כי "יעילות" (יהא מובנו של מושג זה אשר יהא) אינה בבחינת ערך עליון, כאשר עסקין בפגיעה בזכויות האדם הבסיסיות והחשובות ביותר שהמדינה מופקדת עליהן.¹⁵⁹ על התוצאות האבסורדיות של קביעת הסדרים גורפים ללא בחינה פרטנית וללא מחשבה על אמצעים שפגיעתם פחותה, ניתן ללמוד מהתוצאות העגומות והפגיעות הקשות ביחידים בשל הכלל הגורף שנקבע בנסיבות המקרה, כפי שמתארת הנשיאה ביניש בפסק הדין:

אם חד-הורית לשניים ובעלת מוגבלות שמיעה, נדרשה לרכב לצורך טיפול בילדיה ולצורך סחיבה ושינוע של הציוד שנדרש לה לעבודתה; שלילת השלמת ההכנסה שקיבלה מהמל"ל הובילה אותה לטענתה לוותר על הרכב בו החזיקה ולהפסיק לעבוד. אולם משהתברר לאחר מכן שהיא עושה שימוש ברכב של הוריה כשלוש פעמים בחודש, נשללה ממנה גמלת הבטחת הכנסה כליל, באופן שהותיר אותה ואת ילדיה להתפרנס מדמי מזונות וקצבת ילדים בלבד, בסכום כולל של 1,841 ש"ח לחודש. העותרת 2 התגוררה בעת הגשת העתירה ביישוב מרוחק, הנעדר שירותי תחבורה ציבורית, ונזקקה לרכב לצריכת שירותים בסיסיים של מזון, בריאות וחינוך לבנה, הסובל ממחלה כרונית. במהלך השנים עבדה וקיבלה השלמת הכנסה לפי חוק הבטחת הכנסה. כשהתברר שהיא עושה שימוש קבוע ברכב המצוי בבעלות אימה, נשללה ממנה הגמלה רטרואקטיבית וחובה למל"ל הועמד על כ־114,000 ש"ח.¹⁶⁰

◀ במקרה אחר נקבעה הוראת מעבר בחוק שהסדיר את העיסוק בייעוץ השקעות. ההוראה העניקה פטור מהחובה לעמוד בבחינות הרישוי רק למי שעסק בנייהול תיקי השקעות במשך שבע שנים בטרם החלת החוק.¹⁶¹ ההוראה לא עמדה במבחן הצורך בנוגע לקבוצה של יועצי השקעות, שאמנם לא עסקו בתחום שבע שנים, אך צברו ניסיון תעסוקתי משמעותי. נקבע כי יש לשקול באופן אינדיווידואלי את ניסיונם המעשי קודם שמחליטים לחייבם בבחינה.

158 בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פס' 45 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 28.2.2012).

159 שם, בפס' 69 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

160 שם, בפס' 4 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

161 פרשת מנהלי ההשקעות, לעיל הערה 143.

◀ במקרה נוסף, במסגרת דיון בהסדר גורף ששלל את האפשרות לגייס למשטרה מועמדים שגילם מעל, ³⁵ פסק בית המשפט כי מדיניות שכזו אינה עומדת במבחן הצורך בשל אופייה הגורף, שאינו מאפשר בחינה אינדיווידואלית.¹⁶²

(2.4) מבחן הצורך והתחשבות בשיקולי תקציב

החובה לבחון אמצעים חלופיים בפעולה מינהלית שקודמת לה חקיקה של הכנסת, מעלה את שאלת הנטל שיוטל על הקופה הציבורית. חלופות שונות דורשות משאבים שונים. מטבע הדברים המשאבים הציבוריים מוגבלים, ויש לשקול זאת ולתת על כך את הדעת בשעת בחינת ההשלכות הכלכליות הצפויות מבחירת האמצעי שמידת פגיעתו פחותה.¹⁶³ אלא שהוספה של משאבים תקציביים אינה עילה אוטומטית לשלילת השימוש באמצעי שפגיעתו פחותה. ההגנה על זכויות האדם עולה כסף.¹⁶⁴ כפועל יוצא מכך, יש לבחור בחלופה שפגיעתה בזכויות האדם היא פחותה, גם במחיר הוצאה כלכלית גדולה יותר, ובלבד שמדובר ב"השקעה הכספית הסבירה".¹⁶⁵

◀ כך למשל, בפרשת אליוס מילר נדונה חוקתיות מדיניות אי־שיתופן של נשים בקורס טייס. בית המשפט קבע כי אל מול הפגיעה באפשרות מימושה של זכות היסוד לשוויון, "משקלם היחסי של השיקולים התקציביים אינו יכול להיות גדול".¹⁶⁶

(3) מבחן היחסיות או מבחן המידתיות במובן הצר

מבחן זה בודק אם מתקיים יחס הולם בין הרווחה החברתית הצפויה מההסתברות להגשמת תכלית החוק ובין הנזק הצפוי להיגרם לפרטים שזכויותיהם נפגעות.¹⁶⁷ מבחן זה מברר אם התועלת שצומחת מהשימוש באמצעי לשם קידום התכלית עולה על הנזק שהאמצעי מסב למי שזכותו נפגעת.¹⁶⁸

162 בג"ץ 6778/97 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 358, 367 (2004).

163 דורנר "מידתיות", לעיל הערה 138, בעמ' 290.

164 דנג"ץ 4191/97 אפרים רקנט ואח' נ' בית הדין הארצי, פ"ד נד(5) 330, פס' 25 (1999).

165 בדומה לחובות המוטלות על רשויות מינהל. ראו גם דפנה ברק־ארז משפט מינהלי כרך ב 780 (2010); בג"ץ 4638/07 אלאקסה נ' חברת החשמל (פורסם באר"ש, 29.10.2007).

166 בג"ץ 4541/94 אליוס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, פס' 19 לפסק דינו של השופט מצא (1995); וראו גם בג"ץ 1679/09 מנכ"ל משרד הביטחון נ' מועצת הכפר קלנדיה, פס' 25 (פורסם באר"ש, 13.11.2011); וכן ע"מ 7335/10 קצין התגמולים נ' משה לופ (פורסם באר"ש, 29.12.2013).

167 קרמניצר המידתיות החוקתית, לעיל הערה 135, בעמ' 15.

168 משה כהן־אליה "המובן הפורמלי והמובן המהותי של מבחני המידתיות בפסיקת בג"ץ בעניין גדר הביטחון" המשפט יא 473 (2007).

◀ בפרשת פלוני, למשל, בדיון בחוקתיותו של חוק סדר הדין הפלילי שהסדיר את הליך החקירה של עצורים החשודים בעברות ביטחון, נדרש בית המשפט לאיזון שקבע המחוקק בין אמצעים שונים להגשמת תכלית ההגנה על הביטחון בשל עברות חמורות ובין הפגיעה שפוגעים אמצעים אלה בזכויות החשודים הנחקרים. במסגרת הניתוח שערך ומתוך מודעות למכלול האמצעים שנקט המחוקק בחקיקה המסמיכה, קבע בית המשפט כי הוראת חוק המתירה לקיים דיון בהארכת מעצרו של חשוד בעברת ביטחון שלא בנוכחותו אינה עומדת במבחן היחסיות.¹⁶⁹ בית המשפט נימק זאת כך: "הוראת סעיף 5 עלולה אפוא לפגוע פגיעה קשה בהליך המשפטי עצמו, באפקטיביות שלו ובהגיונותו. היא פוגעת בזכותו של העצור להליך הוגן, הנגזרת מזכותו לחירות ולכבוד",¹⁷⁰ ואינה מצדיקה את תוספת התועלת הצומחת ממנה. קביעתו של בית המשפט הובילה לפסילת ההוראה וחיובה לתקן את החוק באופן שיעגן מחדש מנגנונים שתוספת הפגיעה שלהם בזכותו של העצור להליך הוגן ולחירות תהיה המועטה יותר.

תוספת התועלת אל מול תוספת הפגיעה: במסגרת מבחן היחסיות מקובל לפשט את מלאכת האיזון בין התועלת שבהסדר החוקי המוצע ובין הנזק הצפוי לזכויות המוגנות. לשם כך צריך להשוות בין תוספת היתרון ובין תוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק;¹⁷¹ ההשוואה נעשית בין מצב העניינים בטרם העברת החוק המוצע ובין המצב הצפוי אחרי כן. את הבחינה של היחס בין תוספת היתרון לתוספת הנזק יש לבחון למול חלופות אחרות.

לדוגמה, בית המשפט בחן את מידתיות ההוראה בחוק האזרחות והכניסה לישראל ששללה (בתנאים מסוימים) את האפשרות של איחוד משפחות בין ערביי־ישראלי ובין בן זוגו הערבי, המתגורר באזור.¹⁷² בנוגע למבחן היחסיות גרסו חמישה מ־11

169 בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל, פס' 27 לפסק דינו של השופט ריבלין (לא פורסם, 11.2.2010). יוער כי ברבים מהליכי מעצר מינהלי של חשודים בעברות ביטחון מוטל חיסיון על ראיות התביעה, ולכן עורך הדין מטעם ההגנה אינו יכול לעיין בהם. משום כך תרומתו האפקטיבית של עורך הדין להגנת הנאשם נפגעת מלכתחילה, לא כל שכן בהיעדרו של החשוד מהדיון.

170 שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט ריבלין.

171 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 432; פס' 23-30 לפסק דינה של השופטת ארבל בפרשת גלאון, לעיל הערה 121.

172 פרשת איחוד משפחות, לעיל הערה 44.

שופטי ההרכב כי ההסדר אינו עומד במבחן. לשיטתם, אין יחס מידתי בין תוספת ההגנה המושגת מהחלפת הסדר של בחינה אינדיווידואלית בהסדר של שלילה גורפת, "לבין תוספת הפגיעה בכבוד האדם שהמעבר לאיסור הגורף גורר אחריו".¹⁷³

איזון ומבחן ערכי. שלא כמו שני המבחנים הראשונים, נהוג לראות במבחן היחסיות מבחן ערכי יותר מעובדתי.¹⁷⁴ מבחן זה מעמיד לבחינה השוואתית את האפקט החיובי של השימוש באמצעי לקידום התכלית כנגד האפקט השלילי של הפגיעה בזכות החוקתית. זוהי השוואה ערכית שנועדה לקבוע אם היחס בין התועלת לנזק הוא ראוי. נוסף על כך, מבחן היחסיות הוא המקום המרכזי לבחינה הוליסטית וכוללת של האמצעי שנבחר למימוש תכלית החקיקה ושקילתו מול מידת פגיעתו בזכות החוקתית.¹⁷⁵ על מנת לסייע במימוש מבחן היחסיות, ניתן להיעזר בשורה של שאלות ושיקולים כמפורטים להלן:

(3.1) מידת החשיבות של הזכות הנפגעת

מקובל לסבור שזכויות מסוימות חשובות מאחרות, למשל הזכות לחיים חשובה מהזכות לקניין. שאלה ראשונה שתשפיע על הגדרת עוצמתה של הפגיעה היא מהי חשיבותה היחסית של הזכות?

(3.2) סוגיית הפגיעה בגרעין הזכות או בהיבטי המעטפת שלה

אמצעי הפוגע בליבתן של זכויות חוקתיות ייתפס כגורם פגיעה גדולה יותר מאמצעי הפוגע בהיבטי המעטפת של הזכויות האמורות. למשל, פגיעה בהיבט הגרעיני של הכבוד האנושי – איסור השפלה או אפליה לרעה על בסיס גזעני; פגיעה בחופש הביטוי הפוליטי לעומת חופש ביטוי מסחרי; החירות ממעצר שרירותי בהשוואה לשלילת חירות מכוח צו שיפוטי ועוד.¹⁷⁶

(3.3) היקף הפגיעה בהיבט של זמן

פגיעות בזכויות יכולות להיות זמניות או קבועות. לדוגמה, עונש מוות הוא פגיעה סופית ומוחלטת בזכות לחיים. אולם שלילה זמנית של היציאה מישראל היא פגיעה זמנית בלבד בזכות לחירות. האומדן של הפגיעה צריך להתחשב בין השאר במשכה.

173 שם, פס' 91-96 לפסק דינו של ברק. אך חשוב לציין כי עמדות אלה לא נקבעו בסופו של דבר כעמדת הרוב.

174 ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 426.

175 קרמוניצר המידתיות החוקתית, לעיל הערה 135, בעמ' 19.

176 וראו בג"ץ 7956/10 דורית גבאי נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 19.11.2012).

3.4) השפעת זהות הנפגע על עוצמת הפגיעה

זהותו של הנפגע (או של קבוצת נפגעים) עשויה להשפיע על עוצמת הפגיעה. לדוגמה, אדם המשתייך לקבוצה למודת אפליה ייפגע יותר מאמצעי המפלה אותו בהשוואה לכלל האוכלוסייה; אדם משכבה סוציו-אקונומית נמוכה ייפגע מסנקציה כלכלית יותר מחברו בעל האמצעים.

3.5) פגיעה מצטברת

אבן בוחן נוספת להערכת הפגיעה נוגעת לצורך בבחינה מצטברת של מכלול האמצעים הפוגעים כדי לבצע הערכה שלמה של עוצמת הפגיעה. חוק יכול להכיל יותר מאמצעי פוגעני אחד וייתכן שיפגע ביותר מזכות חוקתית אחת בהסדרים השונים הקיימים בו. זאת ועוד, אמצעי פוגעני שחוקק זה עתה יכול להתווסף לכמה אמצעים שכבר חוקקו ובכך להפוך את הפגיעה לבלתי נסבלת. כדי לאפיין במדויק את הפגיעה, ראוי לכלול מיפוי של מלוא האמצעים הפוגעים בזכויות והכרה בהם בהקשר העומד לבחינה.¹⁷⁷

3.6) בחינת האפקטיביות השלילית של האמצעי¹⁷⁸

בתהליך האיזון בין עלות לתועלת אין להסתפק בבחינת ההשפעות הבלתי רצויות הישירות של האמצעי על זכויות האדם. נוסף על שיקולי התועלת, יש להביא בחשבון לא רק את ההשלכות השליליות הנלוות שעלולות להפחית במרוצת הזמן מאפקטיביות האמצעי אלא גם את הפגיעה העקיפה והמצטברת בזכות עצמה.

◀ לא קשה לחשוב על אמצעים שלמרות יעילותם החיובית בהגשמת המטרה, נלווית אליהם יעילות שלילית בנוגע לפגיעה בזכויות ובאינטרסים אחרים. כך למשל, ראוי לתת את הדעת אם סביר שהריסת בתים של חשודים בפעילות טרור לשם הרתעה תגביר את המוטיבציה לביצוע מעשי טרור נוספים, או שתסייע לטרוריסטים בשל ההשפלה שחשים בני הבית וסביבתם, אלה שלא היו מעורבים בפעילות הטרור; כלומר, לבחון את יעילות האמצעי בראייה כוללת וארוכת טווח.

177 להרחבה בעניין זה ראו זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרנציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2014).

178 קרמניצר המידתיות החוקתית, לעיל הערה 135, בעמ' 12-13.

באשר לסכנת יצירתה של פגיעה עקיפה ומצטברת, שימוש באמצעי הפוגע בזכויות עלול ליצור במשך הזמן שחיקה ערכית המובילה לפיחות במעמדה של הזכות בקרב הציבור. במקרה כזה ניתן לטעון כי נוסף על הפגיעה הישירה בזכות, האמצעי יוצר פגיעה עקיפה ומצטברת בזכות. היבט זה מדגיש כי לחקיקה יש היבט חינוכי וסמלי שאינו נופל מהיבטיו המעשיים של החוק.

(3.7) היקף שיקול הדעת שניתן לרשות בהפעלת האמצעי הפוגעי
 כדי לאמוד את הפגיעה במלוואה יש לבחון את שיקול הדעת שניתן לרשות השלטונית, זו שהוסמכה בחוק להפעיל את האמצעי.¹⁷⁹ ככל ששיקול הדעת רחב יותר, מונחה פחות ומבוקר פחות, כך עולה חשש לפגיעה קשה יותר בזכות. יש לנהוג זהירות מיוחדת בהקשר זה כלפי אמצעים פוגעניים במיוחד.

(3.8) מידת ודאות הפגיעה בזכות לעומת ההסתברות במימוש התועלת
 במסגרת מבחן זה יש לבדוק את מידת ההסתברות לפגיעה בזכות. אכן, במרבית המקרים הפגיעה בזכות היא ודאית (או אז שאלת העוצמה היא שמרכזית). יש להביא בחשבון את הפער בין עובדה זו ובין התועלת העולה מהגשמת התכלית, שברוב מוחלט של המקרים אינה ודאית אלא מסתברת במידה כלשהי.

(3.9) השפעת נורמות מוחלטות של המשפט הישראלי והבין-לאומי
 למרות התפיסה הכללית כי זכויות האדם ניתנות לאיזון, יש היבטים של זכויות אשר מקובל לראות בהם מוחלטים. הדוגמה הבולטת לכך היא האיסור לעינויים והאיסור ליחס אכזרי בלתי אנושי או משפיל. ועמד על כך בית המשפט בבחינת חוקתיות השימוש בעינויים במסגרת חקירות שב"כ כך: "חקירה סבירה היא חקירה ללא עינויים, ללא יחס אכזרי או בלתי אנושי כלפי הנחקר, וללא יחס משפיל כלפיו [...] איסורים אלה הם 'מוחלטים'. אין להם 'חריגים', ואין בהם איזונים".¹⁸⁰ אמצעי הנוגד זכויות אלה פסול מן היסוד; אמצעי המתקרב לסתירה בהיבטים שכאלה ראוי לראות בו אמצעי חשוד במיוחד.

(3.10) מניעת פגיעה בערכי היסוד של הדמוקרטיה ושלטון החוק
 מעטפת נוספת של פגיעות חשודות במובהק סובבת סביב מקרים שבהם האמצעי פוגע בתפיסות היסוד של הדמוקרטיה ושלטון החוק. בגדר אלה ניתן להביא את

179 לדוגמה, בג"ץ 3809/08 האגודה לזכויות האזרח נ' משטרת ישראל, החל מפס' 11 (פורסם באר"ש, 28.5.2012).

180 ראו בג"ץ הוועד הציבורי נגד עינויים, לעיל הערה 23, בפס' 23 לפסק דינו של הנשיא ברק.

הדוגמאות הללו: אפליה לרעה על יסוד השתייכות קבוצתית; החלה רטרואקטיבית של חקיקה פלילית; הטלת אחריות פלילית שלא על יסוד של אשמה; ענישה קולקטיבית; הטלת עיצומים ללא הליך הוגן, וכיוצא באלה אמצעים שאינם מקובלים בקרב המדינות הדמוקרטיות.

(3.11) בשלב זה חשוב לבחון אם ישנה חלופה שמידת פגיעתה בזכות קטנה מחברתה וראוי לבחור בה, אף על פי שיעילותה פחותה להגשמת התכלית.

ג. מבחני המידתיות הם "כוכבי הצפון" ולא מחשבוני

ראוי לשים לב כי שלושת המבחנים קשורים ביניהם בקשר קוהרנטי; הם תלויים זה בזה ומקיימים זיקה הדדית.¹⁸¹ בבסיסם עומדת ההשקפה כי אפילו התכלית הראויה ביותר אינה מכשירה את כל האמצעים. במדינת חוק דמוקרטית גם האמצעים צריכים להיות ראויים. כדי לקדם את התכלית, מוטב להיעזר באמצעי שאינו פוגע בזכויות על פני אמצעי הכרוך בפגיעה כזו. אולם כשאין מנוס מאמצעי שיש בו פגיעה בזכויות, ראוי להביא בחשבון כבר בבחירה הראשונית של האמצעים המועדים לבחינה את הדרך שיהיה עליהם לעבור. במונחים של פגיעה בזכויות, ככל שהאמצעי זרסטי יותר, פוגעני יותר וגורף יותר, כך גדל הסיכוי שיתברר כבלתי מידתי. בחינה מקדמית כזו עלולה להביא לפסילה מלכתחילה של אמצעים חסרי סיכוי ולמקד את הבדיקה באמצעים רציונליים וסבירים.

הליך חקיקה מושכל כולל שקילה רצינית של חלופות אחדות ודיון במידת פגיעתן בזכויות מוגנות. יש שבחירה באמצעי שפגיעתו בזכות מועטה, אך לא המועטה ביותר, עשויה להגדיל מאוד את האפקטיביות שלו לצורך הגשמתה של תכלית חשובה. בחירה כזו עשויה להיות מוצדקת. לעומתו, אמצעי אפקטיבי במיוחד, הגובה מחיר חריף בזכויות, עלול להידחות לטובת אמצעי שמידת יעילותו אינה כה אפקטיבית, אך הוא מפחית מאוד את הפגיעה האמורה. ואף שאמצעי עבר משוכה ראשונה, אין בדבר כדי לבטל את הספקות שליוו את העברתו. אם אמצעי עבר את המבחן בקושי, צריך להביא עניין זה בחשבון גם בהמשך בחינתו כדי למנוע עיוות בתוצאה הסופית. זיקות אלו בין המבחנים השונים מסייעות להמחיש כי אין לראות במהלך זה עניין טכני גרידא. מדובר במסגרת חשיבה שמסייעת לך בהפעלת שיקול הדעת הנתון בידיך לשם קבלת החלטה שקולה ומאוזנת.

181 קרמניצר מידתיות חוקתית, לעיל הערה 135, בעמ' 19; דורנר "מידתיות", לעיל הערה 138, בעמ' 290.

מבחני המשנה המרכיבים את המידתיות אינם מחשבוני כיס המספקים תשובות מדויקות לכל שאלה נתונה, אלא הם מעין "כוכבי הצפון", הנתונים בידיו של מקבל ההחלטה. מצד אחד הם מאפשרים למחוקק להעריך את האמצעי שהוא בוחר ולהשתמש בו בראי התכלית הראויה, ומצד אחר – לאמוד את הפגיעה בזכות.¹⁸² ניתן להיעזר בהנחיות המידתיות בפסיקה הישראלית, בפסיקה של מדינות דמוקרטיות אחרות ובפסיקה של מוסדות שיפוט בין-לאומיים.¹⁸³ שיקול הדעת וההכרעה מופקדים בידיהם של חברי הכנסת.

חשיבה מידתית מסייעת הן בהליך קבלת ההחלטות שלך לקראת גיבושה של הצעת חוק, הן בשעת בחינה של הצעות חוק המובאות לפניך, הן בבחינת חקיקת המשנה ובחינת פעולת המינהל במסגרת תפקיד הפיקוח שלך. אכן, לפעמים חשיבה מידתית גורמת לעבודה נוספת ואף להשקעת משאבים נוספים בשל עיון בחלופות אחרות, אולם טיוב ההחלטה מצדיק את המאמץ הנוסף. ייתכן שתידרש לאסוף נתונים ולקבל מידע שלא תמיד יהיה בידך. אולם יש בידך אפשרות לנצל את המשאבים העומדים לרשותך ולפנות למרכז המידע והמחקר של הכנסת בבקשה לבחון את ההשפעות של החקיקה המוצעת על זכויות האדם. כן תוכל להיעזר בלשכה המשפטית לצורך קבלת מידע וניתוח משפטי. נתונים אלה עשויים להקל בקבלת החלטה מושכלת. האחריות לקבלתה של החלטה כזו היא בידך, ושיקול הדעת המכריע הוא שלך.

ד. מידתיות: אמת מידה לרשויות המינהל ואמת מידה בין-לאומית חשובה

כעולה מחלק זה, עקרון המידתיות משמש אמת מידה מרכזית בשעה שחוק של הכנסת פוגע בזכות חוקתית. למעשה הורחב תחום פרישתם של מבחני המידתיות

182 וראו אביעד הכהן "עקרון המידתיות במשפט העברי" פרשת השבוע 342 (פרשת ויקרא, התשס"ט).
 183 ככלל, בפנייה אל החלטה של מוסד בין-לאומי יש להביא בחשבון כי מוסדות אלה מעניקים על פי רוב שיקול דעת רחב למדינות הכפופות לשיפוטם. לכן, בדרך כלל, מידת ההתערבות שלהם תהיה מצומצמת מזו של בית משפט חוקתי פנימי.

גם על זכויות ואינטרסים שאינם מנויים באופן מפורש בחוקי היסוד.¹⁸⁴ יתר על כן, במרוצת השנים, בישראל ובשיטות משפט רבות נוספות הורחב העיקרון לתחומים רבים של קבלת החלטות שלטוניות ושל הביקורת עליהן.

כך למשל, רשויות המינהל בישראל מקבלות החלטות הפוגעות בזכויות הפרט. בשנים האחרונות החלטות אלה נבחנות גם הן בראי המידתיות, כעולה מכמה דוגמאות שהובאו לעיל.¹⁸⁵ מוסדות בין-לאומיים משתמשים במידתיות בהקשרים שונים ודורשים ממדינות וארגונים להטמיע אמת מידה זו בתהליכים שונים של קבלת החלטות. ניתן לומר שמידתיות מהווה אמת מידה אלמנטרית שמוטב כי תהיה מוכרת לכל מקבל החלטה. ככל שהמחוקק מיטיב ליישם את העיקרון, כך הוא משמש דוגמה לרשויות השלטון האחרות המופקדות להפעיל את הסמכות שהעניק להן. חוקי הכנסת ופעולות הרשות המבצעת נבחנות במבחן המידתיות גם בבית המשפט.

במשפט הבין-לאומי, המסדיר את מערכות היחסים בין אומות העולם ובין שחקנים מרכזיים בסדר הציבורי והכלכלי, עקרון המידתיות משמש מסגרת חשיבה מרכזית לניתוח היקף שיקול דעתן של מדינות שונות להגביל את זכויות אזרחיהן למען מימוש תכלית חברתית וכן לאמוד את גבולות הפגיעה של מדינות זו בזו.¹⁸⁶

כך, מכוח דיני זכויות האדם של המשפט הבין-לאומי חובה על מדינה להצדיק את הנחיצות שבהגבלת זכויות אזרחיה. המשפט הבין-לאומי ההומניטרי כולל הוראות המגבילות את עוצמת הפגיעה באזרחים ובלוחמי אויב, ועקרון המידתיות הוא אמת מידה מרכזית להערכת השאלה מהי פגיעה מופרזת. דיני האחריות הבין-לאומיים מסדירים את חומרת הסנקציה שניתן להטיל על מדינות המפרות את התחייבויותיהן הבין-לאומיות, ומקובל כי סנקציה תהיה מוצדקת כל עוד היא מידתית ביחס להפרה.

184 דורנר "מידתיות", לעיל הערה 138, בעמ' 281; גדעון ספיר "ישן מול חדש: על איזון אנכי ומידתיות" מחקרי משפט כב 471, 480 (2006); ניא דבידוב "עקרון המידתיות בדיני העבודה" עיוני משפט לא(1) 5, 24 (2008); בג"ץ 8225/07 סדיק נ' מפכ"ל המשטרה (פורסם באר"ש, 6.7.2009); עע"מ 1758/10 לשכת עורכי הדין נ' שגיא (פורסם באר"ש, 15.8.2011); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם באר"ש, 13.4.2011).

185 אריאל בנדור וטל סלע "על המידתיות של המידתיות: בעקבות ספרו של אהרן ברק, מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה" משפטים מב 1097, 1102 (תשע"ב) (להלן: בנדור וסלע); ברק מידתיות במשפט, לעיל הערה 43, בעמ' 558-563; יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על החלטות מנהליות: מפרקטיקה לתיאוריה" משפט ועסקים טו 225 (2012).

186 יובל שני, לעיל הערה 136, בעמ' 7.

המשפט הבין־לאומי בחלקיו השונים וברמות תחולה משתנות הוא חלק מהדין הנוהג בישראל.¹⁸⁷ משום כך עקרון המידתיות (המשקף דין בין־לאומי נוהג) הוא גם חלק מהדין הישראלי (בכפוף לחקיקה סותרת), והעיקרון מטיל חובה על בתי המשפט בישראל לפסוק לפיו במקרים המתאימים.¹⁸⁸ הנטייה הגוברת של מערכות בין־לאומיות ומדינתיות לאימוץ החשיבה המידתית אינה אלה חיזוק נוסף לצורך להכיר במידתיות בשלבים השונים של קבלת ההחלטות ולכורח ליישם אותה, ולא רק להביא בחשבון את הפגיעה בזכות החוקתית.

187 ש.מ., בעמ' 11.

188 ש.מ.

5. הליך חקיקה חוקתי: עקרונות היסוד של הליך החקיקה

פרק זה יתמקד בעקרונות החוקתיים החולשים על הליך החקיקה. בתורת המשפט בכלל ובתורת החקיקה בפרט¹⁸⁹ נודעת הבחנה בין פרוצדורה למהות. תהליכי מדיניות ונורמות משפטיות רגישים להבחנה בין ההליך (פרוצדורה) שבו התקבלו החלטה או חוק לתוכנם המהותי. שלא כמו בפרקים הקודמים במדריך, שעסקו באמות מידה לבחינת חוקתיות תוכן החקיקה, דוגמת החלק שהציג את עקרון המידתיות, בחלק זה יוצגו העקרונות להבטחת חוקתיותו של הליך החקיקה. פרק זה ידגיש את חשיבותו של הממד החוקתי של הליך החקיקה וישרטט ברמת הפשטה גבוהה את העקרונות החוקתיים החלים עליו. העקרונות שיוצגו להלן יישענו על הנורמות הבסיסיות המעוגנות בפסיקה החוקתית. הללו הוצגו בהרחבה בפסק דינו העקרוני של בית המשפט העליון בהלכת **מגדלי העופות**,¹⁹⁰ שבו נפרשו עקרונות היסוד של הליך החקיקה החוקתי.

189 Helen Xanthaki, *The Problem of Quality in EU Legislation: What on Earth is Really Wrong?* 38 COMMON MARKET L. REV. 651 (2001); Ittai Bar-Siman-Tov, *The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process*, 91 B.U. L. REV. 1915, 1921–1924 (2011)

190 בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004) (להלן: הלכת מגדלי העופות). פסק הדין הוא התקדים הבולט בשנים האחרונות בביקורת על הליך החקיקה בכלל ועל חקיקת הסדרים בפרט. מדובר בעתירה בדבר חוקתיות הליך החקיקה (לצד טענות על תוכן החוק) של פרק החקלאות בחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003 (להלן: החוק).

פרק החקלאות שבחוק הנהיג רפורמות מבניות רחבות בענפים שונים של החקלאות בישראל אשר עיקרם העברת סמכויות רגולטיביות מארגונים שונים שהוקמו לפי חוק לידי שר החקלאות. ארגונים שונים מן המגזר החקלאי, בכללם מועצות סטטוטוריות שהיו אמונות על הסדרת סקטורים חקלאיים, עתרו נגד הליך החקיקה של החוק ונגד תוכן ההסדרים שבחוק שעל פי טענתם פגעו בזכויות החוקתיות שלהם. בכל הנוגע להליך החקיקה טענו העותרים כי הכנסת חוקה את החוק בחקיקת חירום כלכלית, מהירה, מזורזת וחפוזה וכי בתוך כך ביטלה הסדרים מבניים שהיו נהוגים בענף החקלאות משך שנים, בלי שהתאפשר לחברי הכנסת לתת דעתם כראוי על משמעות השינויים שבחוק. בית המשפט פסק כי אף שהשימוש בחקיקת החירום היה מופרז ובלתי תקין, אין מדובר בפגמים כה חמורים שעולים עד כדי חומרה המצדיקה את בטלות החוק בשל הליך חקיקה בלתי חוקתי (וראו את הדין להלן בשאלת המבחנים המחמירים לבטלות זו). נציין כי אף שביית המשפט בחר שלא להתערב, הליך החקיקה במקרה זה היה כה עגום, עד שאחד מחברי ההרכב כתב כי הוא מבקש "לבכפות את הליך החקיקה, הליך שהעמיד את הכנסת - מחוקק ישראל - ככלי ריק" (ההדגשה שלנו). לטענה כי דיני הדמוקרטיה בכלל, לרבות המשפט החוקתי של הליך החקיקה, הם תחום מתפתח במשפט החוקתי בישראל ראו דפנה ברק-ארוז "לקראת דיני דמוקרטיה בישראל" עיוני משפט לג 528-539 (תשע"א) (להלן: ברק-ארוז "דיני דמוקרטיה"); איתי בריסמן-טוב, דיני חקיקה (עתיד להתפרסם בעיוני משפט, 2015);

כמו כן יוצגו בפרק עקרונות יסוד מרכזיים שהתעצבו בפסיקה להבטחת חוקתיותו של הליך החקיקה:¹⁹¹ עקרון הכרעת הרוב; עקרון השוויון הפורמלי שלפיו "קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת; עקרון הפומביות; ועקרון ההשתתפות האפקטיבית שלפיו לכל חבר כנסת יש זכות חוקתית להשתתף בהליך החקיקה.¹⁹²

עקרונות אלה חלים על כל פעילות החקיקה של הכנסת, הן בשעת כינון חוקי יסוד, נוסף על ההגבלות שבחלק מחוקי היסוד בדבר אופן השינויים, והן כרשות המחוקקת חקיקה רגילה. העקרונות שיוצגו אפוא הם עקרונות על של הליך חקיקה. הצגתם קצרה ותמציתית, ואין בה יומרה להכווין התנהגות במקרה זה או אחר. עם זאת את העקרונות האלה יש להגשים בעבודת החקיקה של הכנסת וכן את ההסדרים הפרטניים של הכנסת עצמה ושל חבריה, הסדרים שצריך להישמע להם בכל הנוגע להליך החקיקה.¹⁹³

סעיף 19 לחוק יסוד: הכנסת, הוא נקודת המוצא החוקתית. הסעיף קובע את הסמכות הכללית והרחבה של הכנסת להסדיר את הליכי עבודתה ומותיר בידיה אוטונומיה רבה בהסדרת הליך החקיקה, כאמור בו:

מרדכי קרמיניצר, חנן סידור ואסף שפירא **הסדרת השללונות בישראל** (הצעה לסדר 1, המכון הישראלי לדמוקרטיה, ינואר 2013) (להלן: **השללונות בישראל**).

191 חלק זה מפרט את העקרונות החוקתיים החולשים על הליך החקיקה כפי שהתעצבו בפסיקה החוקתית של בית המשפט. ואולם חשוב לזכור כי אין הם העקרונות היחידים אלא רק אלה המעוגנים במשפט החוקתי שלנו. פרופ' סוזי נבות סוקרת במאמר חשוב את הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה ופורשת מצע השוואתי בתחום זה. נוסף על כך היא מציעה, ברוח הנעשה במדינות שונות, להרחיב את המודל החוקתי המעוגן בשיטתנו המשפטית. במודל זה תובלע ההנחה שלשם מימוש תפקידם יוקנו לחברי הכנסת זכויות חוקתיות מיוחדות, הנובעות כולן מהזכות החוקתית שלהם לייצג, ויתאפשר לפגוע בהן רק בכפוף לאיזון חוקתי מהותי באמצעות מבחני המידתיות. ראו סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחודש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" **חקרי משפט** יט 721, 776-785 (תשס"ג) (להלן: נבות "עשרים שנה למבחן שריד"). סוגיה זו נותרה ללא דיון ממצה בפסיקה החוקתית בשלב זה.

192 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בפס' 18 לפסק דינה של השופטת ביניש.

193 פרק זה, בדומה למדריך כולו, אינו עוסק בהרחבה בהוראות ובהסדרים הקונקרטיים שבתקנון הכנסת, המסדירים את הליך החקיקה. להרחבה על מעמדו החוקתי של תקנון הכנסת ראו אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" **משפטים** כב 571 (תשנ"ד). לדיון מפורט (גם אם פחות עדכני) בהוראות תקנון הכנסת המסדירות את הליך החקיקה ראו צבי ענבר "הליכי חקיקה בכנסת" **המשפט** א 91 (תשנ"ג) ובתקנון עצמו. לסקירה השוואתית בין הוראות תקנונים של פרלמנטים שונים בעולם ראו CRISTINA LESTON-BANDEIRAS AND LORD P. NORTON, **PARLIAMENTARY INSTITUTIONS: BASIC CONCEPTS, STRENGTHENING THE CAPACITY OF PEOPLE'S ELECTED BODIES IN VIETNAM** (2005)

הכנסת תקבע סדרי עבודתה; במידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק תקבעם הכנסת בתקנון; כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה כאמור, תנהג הכנסת לפי הנוהג והנהול המקובלים בה.

מכוח הסמכה זו מסדיר תקנון הכנסת את הכללים הנוגעים להליך החקיקה. חלק ז' של התקנון מסדיר את הליך החקיקה של כלל הצעות החוק (פרטיות וממשלתיות) ומתווה את שלבי החקיקה ואת אופן הקצאת הדיונים בהצעות החוק לוועדות השונות. התקנון מעניק גמישות רבה למחוקק בקביעת קצב הליך החקיקה וזוהת הוועדה שתדון בהצעת החוק.¹⁹⁴ גמישות זו מוצדקת מכוח התפיסה העקרונית בדבר ריבונותה של הכנסת, המחייבת הותרת שיקול דעת מקיף ביותר בידי חברה לקבוע את דרכי עבודתה, לרבות את הליכי החקיקה.¹⁹⁵

בד בבד עם הוראות התקנון, המסדירות את ההיבטים הטכניים של הליך החקיקה, חוקי יסוד: הכנסת, כולל הוראות מהותיות בנוגע לפעילות הכנסת – הנחיות המגדירות את עקרונות היסוד של הליך. סעיף 1 מגדיר את הכנסת כ"בית הנבחרים של המדינה" ומבטא את מהותה הייצוגית של הדמוקרטיה הישראלית, בכללו את עקרון ההשתתפות של הציבור בהליך החקיקה באמצעות נציגיו. סעיף 25 מעגן את עקרון הכרעת הרוב, וסעיף 27 מעגן את עקרון הפומביות. להלן נדון בהרחבה בהתגשמותן של הוראות חוקתיות אלה בעקרונות היסוד של הליך החקיקה.

א. עקרון הכרעת הרוב

"עקרון הכרעת הרוב הוא עקרון יסודי מהווה תנאי לקיומו של כל משטר דמוקרטי".¹⁹⁶ בכל הנוגע להליך החקיקה, עקרון הכרעת הרוב מעוגן בסעיף 25 לחוקי יסוד: הכנסת, הקובע כך:

הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה, כשהנמנעים אינם באים במנין המשתתפים בהצבעה; סדרי ההצבעה ייקבעו בתקנון; והכל כשאין בחוק הוראה אחרת לענין זה (ההדגשה שלנו).

194 ראו פס' 14 לפסק דינה של השופטת ביניש בהלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190.

195 בג"ץ 652/81 שריד נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (2) 197 (1981); בג"ץ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (4) 85 (1985); בג"ץ 669/85 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (4) 393 (1986), פס' 3-4 לפסק דינו של הנשיא שמגר; בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd נ' יו"ר הכנסת, פ"ד (3) 154, 157 (1991) (להלן: בג"ץ נמרודי).

196 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, ס' 19 לפסק דינה של השופטת ביניש.

עקרון הכרעת הרוב הוא היסוד להליך חקיקה חוקתי:

העם בחר את נציגיו. הנציגים פועלים בבית המחוקקים. חבר הכנסת הוא "יחידה חוקתית" [...] הוא מציע הצעות; יש לו נגישות להליכי הבית; הוא משתתף בדיון. ניתנת לו האפשרות המעשית לגבש את רצונו. על יסוד המידע הנמסר לו הוא מביע את עמדתו, ומנסה לשכנע את חבריו. בסופו של תהליך זה מתקיימת הצבעה, בה חבר הכנסת משתתף ומממש את מעמדו החוקתי. ההחלטה המתקבלת היא החלטת הרוב.¹⁹⁷

כעולה מהוראת חוק היסוד, עקרון הכרעת הרוב בהליך החקיקה עוסק בכללים המסדירים את אופי ההצבעות, לרבות הדרישה לרוב רגיל ולרוב מיוחד, והכללים המסדירים את הליך ההצבעה. כדי שחוק יתקבל, על הצעת החוק לזכות ברוב בכל אחת משלוש הקריאות. הצעת חוק פרטית צריכה לזכות ברוב גם בדיון המוקדם. היעדר רוב (או רוב מיוחד במקום שבו הדבר נדרש) באחד משלבי החקיקה מהווה "פגם היורד לשורש ההליך", שעלול להביא להכרזה על בטלות החוק.¹⁹⁸

דוגמה מכוננת להכרזה על בטלות החוק, כשלא התקיים התנאי לרוב המיוחד הדרוש, נלמדת מפסק הדין בעניין **ברגמן**, שבו פסל בג"ץ חוק מימון מפלגות אשר שלל מימון ממפלגות חדשות; נקבע כי החוק נוגד את הוראת השוויון המהותית שבסעיף 4 לחוק־יסוד: הכנסת, שלא לפי דרישת השריון של הסעיף.¹⁹⁹ דוגמה נוספת עולה מעניין שהובא לפני בית המשפט על אודות אירוע שבו הצביעו חברי הכנסת במקום חבריהם בקריאה השנייה להעברת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003–2004), התשס"ג–2003. העותרים ביקשו להכריז על בטלותו של החוק בשל ההפרה האמורה של כללי הליך החקיקה. בית המשפט קבע כי אף שההצבעה פסולה, אין להכריז על החוק כבטל היות שנערכה הצבעה חוזרת שריפאה את הפגם; הכרעה זו היא חלק מגישתו שלא להתערב בעבודת הכנסת אלא במקרים קיצוניים המצדיקים זאת. אולם בית המשפט הדגיש כי באופן עקרוני הצבעה פסולה היא אכן פגם המוביל לבטלות חוק.

197 ראו פס' 13 לפסק דינו של השופט ברק בבג"ץ ליצמן, לעיל הערה 64.

198 ש.מ.

199 בג"ץ 98/69 ברגמן נ' שר האוצר, פ"ד כנ(1) 693; רות גביון ויואב דותן "שלושים שנה להלכת ברגמן: זרמים בחשיבה החוקתית בישראל" משפטים לא(4) 769 (תשס"א) (והמאמרים בכרך זה); מיכל שקד משה לנדוי: שופט 330–303 (2012); לדיון ביחס שבין "הוראות שריון" לעקרון הערכת הרוב ראו ברק מדינה "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראת שריון" משפט וממשל 509 (תשס"ג).

ב. עקרון השוויון הפורמלי

בדומה למשמעותו בהקשרים רבים בדמוקרטיה, משמעותו של עקרון השוויון הפורמלי בהליך החקיקה היא "קול אחד לכל אחד" מחברי הכנסת. עקרון השוויון הפורמלי משלים את עקרון הכרעת הרוב; שכן להכרעה על פי הרוב אין כל טעם אם אין שוויון במשקל הקולות האינדיווידואליים של חברי הכנסת.²⁰⁰ שוויון הקולות, כחלק משוויון הזכויות והחובות הכללי שיש לכל חברי הכנסת, הוא ביטוי לתפיסה שלפיה הפרלמנט כגוף קולקטיבי מייצג את הציבור. הנשיא ברק אף מציג גישה רחבה לעקרון השוויון הפורמלי בין חברי הכנסת, המובילה לגזרה של זכויות נוספות הקנויות למחוקק במסגרת תפקידו, כלהלן:

לכל אחד קול אחד; לכל חבר כנסת מובטחות על בסיס של שוויון זכויותיו החוקתיות כאדם וכחבר כנסת. כן בא לידי ביטוי בהליך החקיקה חופש הביטוי של חבר הכנסת, וזכויות אדם נוספות הקשורות בהליך החקיקה והמאפשרות אותו (כגון חירות התנועה). בצד כל אלה עומדת חובת האמון של חבר הכנסת. אכן, כל חבר כנסת פועל כנאמן הציבור כולו. עליו להבטיח את אמון הציבור בכנסת. עליו להגשים את נאמנותו לכלל הציבור. אכן, ערכים אלה כולם מבקשים להבטיח – בכל הנוגע להליכי החקיקה – כי החוק שהתקבל ישקף את הרצון הקולקטיבי של בית המחוקקים.²⁰¹

ג. עקרון הפומביות

עקרון הפומביות מעוגן בסעיף 27 לחוק־יסוד: הכנסת, הקובע כי "הכנסת תשב בפומבי" וכן בסעיף 28 הקובע כי "ההליכים בישיבת הכנסת והדברים שנאמרו בה – פרסומם אינו מוגבל ואינו גורר אחריות פלילית או אזרחית" (ההדגשות שלנו).²⁰²

תכליתו של עקרון הפומביות בהליך החקיקה היא להגביר את השקיפות ואת האחריותיות (accountability) של חברי הכנסת כלפי בוחריהם. השיפתם של הצעות החוק ושל הליכי החקיקה מאפשרת לציבור להביע את עמדתו בנוגע

200 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בס' 20 לפסק דינה של השופטת ביניש.

201 בג"ץ ליצמן, לעיל הערה 64, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ברק.

202 עיקרון נוסף שאינו כלול בחלק זה הוא עקרון חסינות חברי הכנסת. ככלל, חסינות חברי הכנסת היא כלי מרכזי המאפשר להם להגשים את תפקידם, לרבות בהליך החקיקה והפיקוח על עבודת הממשלה. להרחבה בנושא ראו אצל סוזי נבות "חסינות של חבר כנסת בגין 'הבעת דעה ומעשה במילוי תפקיד': מבחנים חדשים בפסיקת בית המשפט העליון" המשפט ד 61 (תשנ"ט); סוזי נבות "חופש הביטוי של חבר הכנסת והזכות לשם טוב" משפטים מ 67 (תשע"א).

להצעות החוק ולהשתתף בהליך החקיקה באמצעות פנייה ישירה לנבחרי או בדרך של השתתפות בדיון הציבורי.²⁰³ עקרון הפומביות מחייב להתיר פרסום של ישיבות הכנסת ופרוטוקולים של דיונים. העיקרון גם מחייב להעניק מקום מרכזי לסיקור תקשורת של הנעשה בכנסת ולאפשר נגישות למידע בדבר אופן קבלת ההחלטות בכנסת, לרבות הליך החקיקה.²⁰⁴ בשל מרכזיותו של עקרון הפומביות, הגבלתו נעשית בצמצום, באופן מבוקר ורק כאשר עומדים מנגד שיקולים מן המעלה הראשונה.²⁰⁵ ככלל, הצבעות הכנסת נערכות בגלוי. היוצאים מן הכלל הם מצבים שבהם הכנסת בוחרת את נשיא המדינה ואת מבקר המדינה ומצביעה להסרת חסינותו של חבר כנסת. הטעם לכך הוא שבמצבים אלה הופכים חברי הכנסת מנבחרים לבוחרים. למרות החובה לשריין את חשאיות ההצבעות על מנת למנוע הפעלת לחצים בלתי ראויים, הנבחרים מחויבים להצביע בגלוי בכל עניין אחר שעל סדר יומה של הכנסת מתוקף חובתם לתת דין וחשבון לבוחרים. יוער כי בעבר אפשר תקנון הכנסת לערוך כל הצבעה בחשאי על פי דרישת הממשלה או של 20 חברי כנסת. אולם בשל ביקורת חריפה שנמתחה על כך, הוגבלה האפשרות להצביע בחשאי, כפי שפורט לעיל.²⁰⁶

ואכן, שורה של צעדים שנקטה הכנסת בשנים האחרונות משקפים, הלכה למעשה, את עקרון הפומביות החוקתי. כך נעשה בתהליכים נרחבים למחשוב ושקיפות של דיוני הוועדות; כך נעשה בהקמתו של ערוץ הכנסת ובהפעלתו; וכך, לאחרונה, במיזם להגברת הנגישות של החקיקה לציבור בהקמת מאגר חקיקה לאומי. הפומביות

203 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בפס' 21 לפסק דינה של ביניש. לניתוח היבטיו והשלכותיו של עקרון הפומביות בהליך החקיקה ראו Adrian Vermeule, *The Constitutional Law of Congressional Procedure*, 71 U. CHI. L. REV. 361, 410-422 (2004). על מרכזיות הפומביות והשקיפות לחיזוק הקשר בין הפרלמנט ובין הציבור ראו Cristina Leston-Bandeira, *Studying the Relationship between Parliament and Citizens*, 18(3-4) THE JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES, 265, 269 (2012); Inter-Parliamentary Union (IPU), *A Parliament that is Open and Transparent*, in PARLIAMENT AND DEMOCRACY IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: A GUIDE TO GOOD PRACTICE (chap. 3, 2006).

204 להרחבה ראו פרק חמישי לתקנון הכנסת, חלק ג: עבודת הכנסת: תיעוד ישיבות מליאת הכנסת (להלן: תקנון הכנסת). הוראות הפרק מחייבות רישום של פרוטוקול בישיבות הכנסת (ס' 38), פרסומו בדברי הכנסת (ס' 39), צילום ישיבות הכנסת והפיכתן לזמינות לצפייה (ס' 40) ראו www.knesset.gov.il/rules/heb/rules2012.pdf

205 ראו שם, הוראות חלק ה: ועדות הכנסת, פרק חמישי: פומביות הישיבות והפרוטוקולים המפרטים את המצבים שבהם ניתנת חסות לדיונים ופרוטוקולים של ישיבות ועדות הכנסת; Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 ISR. L. REV. 182, 221-222 (2006).

206 אמנון רובינשטיין ורענן הרזהב חוקי-סוד: הכנסת ס' 25 (תשנ"ג).

מאפשרת לציבור לבחון ולהעריך את אופן פעולתה של הכנסת ואת אופן פעולתם של הנבחרים.

ד. עקרון ההשתתפות האפקטיבית של חבר הכנסת

עקרון ההשתתפות, לפיו לכל חבר כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה, מהווה אף הוא עקרון יסוד בהליך החקיקה במשטרים פרלמנטריים. עקרון ההשתתפות אינו אלא פיתוחה של תפיסת הדמוקרטיה הייצוגית ויישומה על המשפט הפרלמנטרי [...] על כן, על מנת שהכנסת תוכל למלא את תפקידיה מכוח עקרון הייצוג הדמוקרטי יש לאפשר לכל חברי הכנסת להשתתף בהליכים הפרלמנטריים הנדרשים לשם מילוי תפקידים אלה.²⁰⁷

עקרון ההשתתפות האפקטיבית הוא ביטוי מובהק לתפיסת הדמוקרטיה הייצוגית. הוא נובע באופן ישיר מהגדרתה של הכנסת, המעוגנת בסעיף 1 לחוק-יסוד: הכנסת, שלפיו "הכנסת היא בית הנבחרים של המדינה".

על מנת שהכנסת תפעל כבימה אפקטיבית לייצוג הציבור, חובה לאפשר לכל חבריה להשתתף באפקטיביות בהליכים הפרלמנטריים, לרבות פיקוח על הממשלה, תקצוב, הצעות אי-אמון, הצבעה במליאת הכנסת, ייזום הצעות חוק, שאילתות והצעות לסדר היום, כהונה בוועדות ועוד, ובהליך חקיקת החוקים בפרט.²⁰⁸

השתתפות משמעה השתתפותם של כלל חברי הכנסת שזכות ההשתתפות מוקנית להם במסגרת תפקידיהם הרלוונטיים.²⁰⁹

207 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בפס' 22 לפסק דינה של השופטת ביניש.
208 שם.

209 מבנה הליך החקיקה וכן הנוהל והנהוג בכנסת משקפים את חלוקת עבודה בין סיעות הבית ואת חלוקת המטלות בין הוועדות למליאה ובין חברי הבית בתפקידיהם השונים. כך למשל, חברי הכנסת חברים גם בוועדות שונות. במסגרת תפקידם הם משתתפים ביתר אינטנסיביות בחקיקת חוקים המועברים לוועדות השונות. חלוקת עבודה זו מתחייבת משגרת עבודתה של הכנסת. ברור כי היקף ההשתתפות נגזר מתפקידיהם השונים ומחלוקת העבודה ביניהם.

מה כוללת הזכות להשתתפות אפקטיבית של חבר הכנסת? הגרעין של זכות ההשתתפות הוא הזכות להשתתף בפועל בהצבעה על הצעת החוק, על כל קריאותיה. ההקפדה על זכות ההשתתפות בהצבעה משלימה את עקרון הכרעת הרוב, והיא הכרחית למניעת שימוש פסול בו; שכן "מה תועלת יש בעקרון הכרעת הרוב כאשר ה"רוב" מושג על ידי הליך חקיקה שבו נמנעת השתתפותם של המתנגדים לחוק?"²¹⁰ ואכן, מניעה בדרך כלשהי של גרעין זה נחשבת להפרה קיצונית וחמורה של זכות ההשתתפות של חבר הכנסת. עוד דוגמה לפגיעה שכזו בגרעינה של הזכות מוצגת להלן בפסיקת הנשיאה ביניש בהלכת מגדלי העופות:

טול למשל מקרה בו מתקיימות כל הדרישות הפורמליות של הליך החקיקה אולם הצעת החוק כתובה באופן או בשפה זרה כך שחברי הכנסת אינם יכולים לדעת כלל על מה הם מצביעים ולא ניתנה להם כל אפשרות לעמוד על מהות החקיקה. דומה שאיש לא יחלוק כי גם זהו פגם היורד לשורש הליך, אשר יצדיק התערבות שיפוטית. פגם כזה מרוקן מתוכן את זכותם של חברי הכנסת להשתתף בהצבעה, שכן מה תועיל להם הזכות להשתתף בהצבעה כשאין להם כל יכולת לדעת על מה הם מצביעים?²¹¹

לצד ההיבט הגרעיני האמור, הגשמה מהותית יותר של עקרון ההשתתפות מחייבת שתהיה לחבר הכנסת הזדמנות הוגנת, נאותה ואפקטיבית להשתתף בדיון ובהצבעה. כפי שציינה הנשיאה ביניש, אגב אזכור פסיקה קודמת, "השתתפותו של חבר הכנסת בהליך החקיקה אינה מתמצה רק ב"נגישות להליכי הבית", או בהשתתפות בדיון ובהצבעה. באותה פרשה נקבע כי השתתפותו של חבר הכנסת בהליך החקיקה כוללת גם את "האפשרות המעשית לנבש את רצונו ביחס להצעת החוק" (ההדגשה שלנו).²¹² ובלשונו של השופט חשין, מכיוון ש"העם בחר בנבחריו כדי שידונו לעומקן בהצעות חוק המונחות לפניהם, כדי שיהרהרו בתוכנן, כדי שישוחחו ביניהם, כדי שיחליפו דעות, כדי שיתווכחו, ועל דרך זו יפקחו כראוי על התנהלותה של הממשלה. אשר על-כן קרוי בית הנבחרים פרלמנט והוא מלשון

210 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בפס' 23 לפסק דינה של השופטת ביניש.

211 ש.מ., בפס' 24.

212 ש.מ.

"PARLER"²¹³ כדי להגשים פן זה של הזכות, אין די באפשרות של נוכחות פיזית בדיון ובהצבעה, אלא יש להעניק אפשרות מעשית לגבש עמדה בנוגע להצעת החוק.²¹⁴ בפועל ועל יסוד הבטחת הזכויות הנגזרות מתפקידו, נתונה לחבר הכנסת הזכות לדבר ולשאול במהלך הדיון; הזכות לשאול שאלות מעל בימת המליאה; הזכות להקצאת זמן סביר להכנת הדיון ולדיבור במהלך דיוני הוועדה; הזכות למידע לצורך גיבוש עמדה מושכלת בטרם ההצבעה ועוד.²¹⁵

כדי להגשים כהלכה את הזכות להשתתפות אפקטיבית, על הכנסת לנקוט צעדים נוספים על מנת להגביר את מידת ההשתתפות האפקטיבית של חבריה בעבודת החקיקה. כך למשל, מרכז המחקר והמידע של הכנסת הוא ביטוי מוסדי מובהק המאפשר לחברי הכנסת להגשים את הזכות להשתתפות אפקטיבית. הוא נועד לספק כלים לחברי הכנסת להערכת הצעות חקיקה ופיקוח על הממשלה. מרכז המחקר והמידע נוחל הצלחה בכל הנוגע להגברת יכולת ההשתתפות האפקטיבית של חברי הבית.

עקרון ההשתתפות האפקטיבית של חברי הכנסת בהליך החקיקה חוזר לשורש הדמוקרטיה המהותית. הגשמתו מתכתבת עם עקרונות של שלטון החוק המהותי ושל השתתפות בחיים הפוליטיים בדמוקרטיה. המחויבות לעקרונות דמוקרטיים תוגשם רק במוסד שמצליח להביא לידי ביטוי דעות שונות המרכיבות את החברה באמצעות נציגיה, ובמוסד המקיים הליך שבו הנציגים שותפים לתהליכי החקיקה ולמלאכת הפיקוח באופן אינטנסיבי על סמך ידע. ייצוג של מגוון דעות בהליך החקיקה הוא חשוב מאחר שכך משביחים את בסיס המידע ואת ההערכה שעליהם נשענת החקיקה. לכן השתתפות רבה של כלל הנציגים מבטיחה כי אינטרסים של קבוצות שונות בציבור יקבלו ייצוג הולם. חשוב לזכור כי בניגוד לחברה שהיא רבת-פנים, החוק שעובר בסופו של יום הוא אחיד והחלתו נעשית על כלל החברה. מכאן שמקור הסמכות של החוק לא מצוי רק בקונסנזוס שבהצבעה על דבר תוכנו הסופי אלא גם בהליך היזברות משמעותי ופתוח בטרם העברתו.²¹⁶ מכך יוצא כי

213 שם, פס' שלישית לפסק דינו של השופט חשין.

214 בג"ץ ליצמן, לעיל הערה 64, בפס' 13 לפסק דינו של השופט ברק.

215 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בפס' 22-24 לפסק דינה של השופטת ביניש.

216 Jeremy Waldron, *Principles of Legislation, in THE LEAST EXAMINED BRANCH: THE ROLE OF LEGISLATURES IN THE CONSTITUTIONAL STATE* 15, 24-25 (Richard W. Bauman and Tsvi Kahana eds., 2006)

אין אפשרות להבטיח שתוכן החוק יסקף את העדפותיו של כל הציבור, אך בהחלט ניתן לוודא שהליך החקיקה יעשה על פי עקרונות של צדק דמוקרטי.

לצד ההיבט החוקתי הגרעיני של העיקרון והיבטי המעטפת שלו, חשוב להדגיש, ולו בשל חשיבותו הרבה, מה אינו נכלל בזכות ההשתתפות: עקרון ההשתתפות של חבר הכנסת אינו מטיל חובה על חברי הכנסת לביצועו של "הליך נאות" (להלן: הליך נאות). הדרישה להליך נאות מוטלת על רשויות המינהל בישראל, והיא מחייבת, למשל, לערוך שימוע לנפגעים אפשריים מהחלטותיהן ולקבל החלטות רק על פי תשתית עובדתית ראויה. הפסיקה החוקתית בישראל קבעה כי אין להטיל על חברי הכנסת חובה דומה במסגרת עקרון ההשתתפות בשל היותה של הרשות המחוקקת הבכורה ברשויות, וההבדל בינה ובין גופי מינהל אחרים מצדיק הגנה חוקתית על האוטונומיה של הליך החקיקה. ובמילותיה של הנשיאה ביניש:²¹⁷

קיים אמנם קשר בין עקרון ההשתתפות לבין תפיסת "הליך החקיקה הנאות". כך, אם לא תינתן לחברי הכנסת אפשרות מעשית להשתתף בהליך החקיקה לא תוכל הכנסת לקיים הליך חקיקה נאות. כמו כן, קיומו בפועל של הליך נאות וזיון מספק בהליך החקיקה עשוי להוות אינדיקציה לכך שאמנם ניתנה לחברי הכנסת אפשרות מעשית להשתתף בהליך. אולם, קיים הבדל קרדינלי בין עקרון ההשתתפות לבין גישת "הליך החקיקה הנאות", משום שעקרון ההשתתפות בא להבטיח את זכותה של הכנסת ושל חבריה להשתתף בהליך החקיקה, בעוד שגישת "הליך החקיקה הנאות" מטילה חובה משפטית על חברי הכנסת להשתתף בצורה נאותה בהליך החקיקה. לשון אחר, עקרון ההשתתפות בא להגן על האפשרות והזכות שיש לחבר הכנסת למלא את תפקידו בעוד שגישת "הליך החקיקה הנאות" מטילה עליו חובה למלא את תפקידו.

217 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, בפס' 26 (וראו מעניין זה את ההחגרה של הליכים מעין שיפוטיים שנערכים בכנסת). להרחבה על סוגיית הטלת חובה ל"הליך נאות" על הכנסת וכן להשוואה עם המשפט החוקתי בארצות הברית למשל ראו שם, בפס' 26-29 לפסק דינה של השופטת ביניש והספרות שם. ניהה זו אושררה לאחרונה בבג"ץ 5998/12 רונן ו-684 אחרים נ' הכנסת (פורסם באר"ש, 25.8.2013). במקרה זה שינה התיקון לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גמלאות)[נוסח משולב], התשמ"ה-1985, את מנגנון ההצמדה של הגמלה המשתלמת לגמלאי צה"ל הזכאים לפנסיה תקציבית. כ-7000 גמלאי צה"ל עתרו לבג"ץ נגד התיקון בטענה שהוא משפיע לרעה על זכויותיהם הפנסיוניות. נוסף על הטענות במישור המהותי טענו העותרים כי נפלו פגמים בהליך החקיקה של התיקון לחוק. לטענתם, לא ניתנה להם זכות הטיעון בטרם נפגעו זכויותיהם החוקתיות בהליכי החקיקה של התיקון, והם לא שותפו די הצורך בהליך החקיקה. בית המשפט, מפי הנשיא גרוניס, קיבל את עמדת הכנסת. הנחת המוצא של בית המשפט הייתה כי לא מוטלת על הכנסת חובה חוקתית לקיים "הליך של שיתוף הציבור ושל מתן זכות טיעון אינדיבידואלית בהליך של חקיקה ראשית, לרבות לפרטים העשויים להיפגע מן החקיקה" (שם, בפס' 11) (ההדגשה שלנו).

ה. ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה ומה ש"מעליה"

החלק שלהלן יעסוק בקצרה בהיקף הביקורת השיפוטית על הליך החקיקה. דהיינו, דיון בשאלה מתי בית המשפט יחיל ביקורת על הליך החקיקה, יתערב ואף יבטל את החוק במקרים קיצוניים. סוגיית הביקורת של בית המשפט מובאת כאן לצורך המחשת ההבדל הניכר בין מרחב התערבות המצומצם של בית המשפט ובין חופש הפעולה הרחב של המחוקק בכל הנוגע להגשמת הליך חקיקה חוקתי ונאות.

אמת המידה שלאורה תתרחש התערבות שיפוטית בהליכי חקיקה היא מחמירה וקיצונית ביותר. רק במקומות שבהם נפל פגם קשה ביותר, היורד לשורשו של הליך החקיקה ולשורשיהם של העקרונות החוקתיים, יתערב בית המשפט. התערבות בית המשפט היא נדירה מטעמים דמוקרטיים ברורים: התערבות בהליכי החקיקה של הפרלמנט היא פגיעה קשה בריבונותו ובהליך קבלת ההחלטות של הנציגים הנבחרים על ידי העם. על כן, בית המשפט שומר בקפידה במרוצת השנים על ריבונות המחוקק ועל הפרדת הרשויות.²¹⁸ הכלל שנקבע בפסיקת בית המשפט הוא כי רק אם נפל בהליך החקיקה "פגם היורד לשורש ההליך", שחומרנו רבה ושאינו ניתן לתיקון, יתערב בית המשפט בהליך החקיקה של הכנסת.

"פגם היורד לשורש ההליך" מוגדר בתור מקרה המשקף "פגמים קשים ונדירים שיש בהם פגיעה קשה וניכרת בעקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי".²¹⁹ דוגמה היפותטית לפגם מן הסוג האמור היא היעדרו של רוב באחד משלבי החקיקה.²²⁰ אין די בפגם פורמלי בהליך החקיקה, בהפרה של הוראה מהוראות תקנון הכנסת, בסטייה מסמכות, או בקיום הליך חקיקה מזוזר

218 בג"ץ נמרודי, לעיל הערה 195; בג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273, 276 (1984); בג"ץ 761/86 מוחמד מיעארי נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מב(4) 873, 868 (1986); בג"ץ 8238/96 אבו-עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26, 35 (1998); בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 95 (1999); בג"ץ 7610/03 המועצה המקומית יאנוח-ל'ת נ' שר הפנים, פ"ס 4 (לא פורסם, 13.6.2004); בג"ץ 3106/04 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' הכנסת, פ"ד נט(5) 567 (2005); בג"ץ 6784/06 שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות, פ"ס 36 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם באר"ש, 12.1.2011); בג"ץ 2442/11 חיים שטנגר נגד יו"ר הכנסת וממשלת ישראל, פ"ס 16-20 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (פורסם באר"ש, 26.2.2013) (להלן: בג"ץ שטנגר); בג"ץ 7245/10 עדאלה נ' משרד הרווחה, פ"ס 20 לפסק דינה של השופטת ארבל (2012). לדיון ביקורתי בהצדקה זו לריסון שיפוטיו ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Legislative Rethinking the Enrolled Bill Doctrine*, 97 Geo. L.J. 323 (2009) *Supremacy in the United States?*

219 נבות "עשרים שנה למבחן שריד", לעיל הערה 191, בעמ' 784-785.

220 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, פ"ס 19 לפסק דינה של ביניש.

כנהוג בהעברת חוק ההסדרים), כדי להביא לידי התערבותו של בית המשפט.²²¹ ואכן, מבחן ה"פגם היורד לשורש הליך" הוא אמת מידה מחמירה ביותר, וכתולדה מכך התערבותו של בית המשפט נדירה. יוצא אפוא שבית המשפט נוטה שלא להתערב ברוב המוחלט של המקרים, כנאמר בלשונו של השופט ברק:

התפתחות הדינים באשר לפגמים בהליך החקיקה ותוצאותיהם צריכה להיעשות "בזהירות הראויה" [...] על בית המשפט לנווט עצמו בין המצבים הקיצוניים הברורים. מצד אחד עומדות אותן הפרות קלות של הכללים באשר לחקיקה. דוגמא לכך הוא פגם שנרפא, או פגם שלא היתה לו כל השפעה. מהצד האחר עומדות הפרות קשות, המולידות פגמים היורדים לשורשו של עניין, שכן הם פוגעים בערכי היסוד המונחים ביסוד המשטר שלנו.

כפי שראינו, מרחב ההתערבות של בית המשפט בהליך החקיקה מצומצם. אף על פי כן יש הבדל עצום בין אמת המידה שעל הכנסת לאמץ להבטחת חוקתיות הליך החקיקה ובין אמת המידה שיאמץ בית המשפט בביקורתו את פעילותה בתחום זה. למעשה, מדובר בשתי אמות מידה שונות לחלוטין: מבחינת הכנסת, הליך החקיקה צריך לעמוד בסטנדרטים חוקתיים ראויים ונאותים, ובית המשפט לא יתערב בכל עת שהכנסת אינה מקפידה לקיים סטנדרטים אלה. הסטנדרט שמציב בית המשפט להתערבותו הוא בבחינת "סף מינימלי" – למטה ממנו ייחשב הליך החקיקה לבטל בשל היעדר חוקתיותו. מרחב ההתערבות של בית המשפט בהליך החקיקה מצומצם מאוד, וההתערבות תיעשה אפוא במקרים נדירים ביותר שבהם הפגמים החוקתיים שנפלו בהליך יורדים לשורשו ומהותו, קרי, הם למטה מהסטנדרט המינימלי.

אולם בין סטנדרט ההתערבות המינימלי ובין הסטנדרט החוקתי הריאלי יש פער של ממש. מכאן שחובתה של הכנסת לקיים את הליך החקיקה בהתאמה לעקרונות שלעיל היא רחבה בהרבה מהיקף הביקורת השיפוטית עליה. על הכנסת לשאוף לבצע הליך חקיקה חוקתי ברף גבוה בהרבה מזה שנקבע להתערבותו של בית המשפט; זוהי אחריותה, חובתה ותפקידה החוקתי.

221 שם, פס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש; בג"ץ שטנגר, לעיל הערה 218, פס' 17-18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס.

כיצד תגשים הכנסת תפקידה זה? מהו ההבדל בין "הסף המינימלי" שעליו שומר בית המשפט ובין "הרף המקסימלי" שראוי להיות מוגשם על ידי הכנסת? כדי להרחיב את השיח החוקתי מחוץ לזה הקיים בשדה הביקורת השיפוטית, בחרנו להדגים שני מישורים חשובים שלא נקבעו כמחייבים בהלכת מגדלי העופות, אבל יש להם זיקה ישירה להגשמת העקרונות החוקתיים של הליך החקיקה ונודעת להם חשיבות מהותית. שתי הדוגמאות שיובאו להלן ממחישות את הטענה שלפיה למרות מרחב ההתערבות המצומצם של בית המשפט, הציפייה מן הכנסת בכל הנוגע להליך החקיקה צריכה להיות מורחבת ולשאוף להתנהלות בסטנדרט של הליך חקיקה נאות.

ה(1) דוגמה ראשונה – פומביות, השתתפות ושיתוף: על שיתוף הציבור כערך חוקתי

חקיקה היא פעילות שלטונית בעלת השפעה מכרעת על חיי האזרחים. לכן חשוב להגביר את מעורבותו הישירה של הציבור בה. אכן, הדמוקרטיה שלנו היא "דמוקרטיה ייצוגית", וחברי הכנסת והמפלגות הם היחידות החוקתיות המייצגות את העם על כל גווניו בבית הנבחרים.²²² עם זאת אין הדבר מוציא את הצורך בשיתוף הציבור כולו, על יחידיו, ארגוניו וקהילותיו, בפעילות השוטפת של הכנסת, ויש לראות בכך חלק מחובתה של הכנסת. השתתפות ציבורית בהליכי החקיקה היא דרך דמוקרטית, ובמקרים רבים אף מיטבית, להגברת היכולת של הנציגים הנבחרים להכיר את צורכי הבוחרים ולתרום תרומה ממשית של הציבור להליכי החקיקה. בהקשר זה, אין יפים מדבריו של הנשיא אגרנט בפרשת קול העם:

התהליך הדמוקרטי הוא, איפוא, תהליך של בחירת המטרות המשותפות של העם ודרכי הגשמתן, בדרך הברירה והשקלא והטריא המלולית, הווה אומר, על ידי ליבון גלוי של הבעיות העומדות על סדר יומה של המדינה והחלפת דעות עליהן בצורה חפשית [...] בבירור זה, המתקיים באמצעות מוסדותיה הפוליטיים של המדינה – כגון המפלגות, הבחירות הכלליות והדיונים בבית המחוקקים – ממלאה "דעת הקהל" תפקיד חיוני והיא ממלאה תפקיד זה לא רק בשעה שהאזרח הולך לקלפי כי אם בכל הזמנים ובכל העתים. למדינאי הנבון ברור הדבר [...] כי עליו להתחשב בדעת הקהל מדי יום

222 לדיון בהקשר זה ראו יגאל מרזל "ניגוד עניינים של חבר הכנסת: בין הנאמנות למפלגה לנאמנות לציבור" ניגוד עניינים במרחב הציבורי (דפנה ברק-ארז, דרון נבות ומרדכי קרמניצר עורכים, 2009), וההפניות לספרות בישראל ובעולם המופיעות במאמר זה.

ביומו, הואיל והאזרח הפשוט הוא המרגיש כאשר החוקים אינם מותאמים לצרכיו; הוא היודע כאשר 'הנעל לוחצת יותר מדי' והיכן מקום הלחיצה.²²³

בין הטעמים המרכזיים הנוספים התומכים בהשתתפות ציבורית מתמשכת בהליכי החקיקה ניתן למנות את אלה: עידוד האזרחים למעורבות בנושאים ציבוריים; עידוד החברה האזרחית; יצירת הזדהות של האזרחים עם מוסדות השלטון; הגברת התמצאות הציבור בחוקים; חיזוק הכבוד האזרחי (civic dignity) של המשתתפים באמצעות מתן ביטוי לקולם; עידוד רוח דמוקרטית ופולורליסטית ליצירת חקיקה שתקבל הלכה למעשה באופן רחב ואפקטיבי; חיזוק הגליטימציה של החקיקה בעיני הציבור; הבטחת שקיפות ופומביות והפחתת הסכנה שיש בהתדיינות במחשכים²²⁴ ובחקיקה הנשלטת על ידי אינטרסים צרים של בעלי כוח.²²⁵

שיתוף הציבור מקבל בעת המודרנית דמות חדשה. בשנים האחרונות הולכת ומשתרשת במדינות דמוקרטיות רבות ומרכזיות מדיניות של ממשל פתוח. מדיניות שכזו מבקשת לאמץ טכנולוגיות תקשורת חדשות לצורך פיתוח אפיקי תקשורת ישירים ודרכי העברת מידע בין הממשל ובין האזרחים. מדיניות זו נועדה לקדם שקיפות בעבודת הממשל, הגברת אחריותיות שלטונית והשתתפות ציבורית מושכלת.²²⁶ לדוגמה, בעולם מיישמים מדיניות זו בעזרת הקמת מערכי חקיקה מקוונים (e-rulemaking) ואתרי אינטרנט המשמשים בימה לשיתוף הציבור וקבלת

223 פרשת קול העם, לעיל הערה 38, בעמ' 876-877.

224 טעמים אלה פורטו בפסק דין של בית המשפט החוקתי של דרום אפריקה שיוצג להלן: Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others, CCT 12/05 (decided on 17 August, 2006), בפס' 115 לפסק דינו של השופט נג'קובו (להלן: עניין רופאים לחיים). לטענות בזכות הגברת השתתפות הציבור בעבודת הכנסת דרך חיזוק ועדות הכנסת כזירת דיאלוג בין הנבחרים לאזרחים ראו משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי: מתווה לרפורמה בוועדות הכנסת" **משפט ואדם – משפט ועסקים** יד 543 (2012).

225 בכנסת פועלים שדלנים (לוביסטים בלעז), המקדמים עניינים של בעלי אינטרס מול הח"כים, והם נעשו לחלק לא מבוטל מההשתתפות הציבורית של גורמים שונים בהליך החקיקה. פעילותם של השדלנים מוסדרת בחלקה באמצעות חוק הכנסת, תקנונה, נורמות מתחום האתיקה של הח"כים והנהוג בה. אולם חלקים לא מעטים מכלל פעילותם אינם מוסדרים. להרחבה בעניין זה ראו **השדלנות בישראל**, לעיל הערה 190. בנסיבות מסוימות פעילותם של שדלנים יכולה לשר את הליך החקיקה ולקדם פעולה של הכנסת בסטנדרטים גבוהים יותר באמצעות הליך חקיקה נאות (שם, בעמ' 7). עם זאת השדלנות יכולה להוביל להשלכות שליליות על הליך החקיקה: "שדלנות עלולה לתת בידהם של בעלי עוצמה כלכלית השפעה מוגזמת; לספק למקבלי ההחלטות מידע מגמתי ואף מוטעה; לפגוע בשקיפות משום שהיא מתנהלת בפורומים קטנים; לערער את אמון הציבור בתהליכי קבלת החלטות ובדמוקרטיה בכלל [...]; ולהפריע למקבלי החלטות בעבודתם" (שם).

226 ראו **ממשל פתוח בעידן הדיגיטלי**, לעיל הערה 67, בעמ' 13. להצעה להגברת השקיפות בהסדרת הסוגים השונים של עבודת השדלנים ראו **השדלנות בישראל**, לעיל הערה 190, בעמ' 14-15.

תגובות ממנו. מגמה בולטת נוספת בהקשר זה היא השאיפה לנסח הצעות חוק ודברי הסבר בשפה פשוטה שתהיה מובנת לציבור הרחב ולקבל ממנו תגובות לגביה. מתאר רחב היקף לרפורמה בעניין שיתוף הציבור בפעילות השלטון נמצא במחקרה של תהילה אלטשולר שוורץ,²²⁷ במסגרת המכון הישראלי לדמוקרטיה, ואפשר לקרוא בו הן על המאמצים הרבים שכבר נערכים ברשויות המינהל בישראל והן כדי להרחיב את הרקע התאורטי ולהכיר ספרות בתחום.

חשיבותו של שיתוף הציבור בהליך החקיקה ואף הפעלתן של דרכים אפקטיביות יותר למימושו בעידן המודרני, מובילות להכרה של מדינות שונות בערכו החוקתי של השיתוף במסגרת הליך החקיקה. ייתכן שהכרה בערכו של השיתוף תוביל לתפיסה שלפיה הליך חקיקה חוקתי הוא זה שעומד באמות המידה של שיתוף הציבור, המוגדרות במיוחד עבור הליכים המתקיימים בפרלמנט. בתור דוגמה לגישה כזאת נציג בקצרה את התפיסה החוקתית לגבי שיתוף הציבור בדרום אפריקה. שם, אי-מילוויה של חובת ההשתתפות הציבורית במסגרת הליך החקיקה נתפסת במקרים מסוימים כעילה להכרזה על בטלות של חוק.

חוקתה של דרום אפריקה מעגנת את זכות ההשתתפות של הציבור בהליכים פרלמנטריים בכלל ובהליך החקיקה בפרט. בפסק דין תקדימי פסק בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה כי אי-מילוויה של חובת ההשתתפות הציבורית במסגרת הליך החקיקה היא עילה להכרזה על בטלותו של חוק. לגישת בית המשפט החוקתי בדרום אפריקה, זכות הציבור להשתתף בהליך החקיקה נחשבת לחלק מזכות רחבה להשתתפות בחיים הפוליטיים,²²⁸ זכות המוכרת בדין הבין-לאומי ובחוקותיהן של מדינות.²²⁹ בית המשפט קבע כי הזכות להשתתפות ציבורית מורכבת משני היבטים: האחד, החובה לספק הזדמנויות משמעותיות להשתתפות ציבורית בהליך החקיקה; השני, החובה לנקוט צעדים להבטחת אפשרות למימושן של הזדמנויות אלה.²³⁰ כן נקבע כי על המחוקק לנקוט צעדים אקטיביים כדי

227 להרחבה על דרכים אופרטיביות לקידום שיתוף הציבור בהליכי חקיקה ראו ממשל פתוח בעידן הדיגיטלי, שם, בעמ' 121-124. לשיתוף הציבור ברשות המבצעת ראו למשל איל בנבנישתי וגיא שניא "שיתוף הציבור בהליך המינהלי" ספר יצחק זמיר (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); חני אופקי-גנדלר "תסקיר השפעה על הקהילה ככלי להשמעת קולות מושתקים בחברה משוסעת" משפט וממשל 195 (תשס"ח).

228 עניין רופאים לחיים, לעיל הערה 224, בפס' 89 לפסק דינו של השופט נג'קובו.
229 ס' כא בהכרזה לכל באי העולם בדבר זכויות האדם, לעיל הערה 28; ס' 25 באמנה הבין-לאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269, 1040 (1996).

230 עניין רופאים לחיים, לעיל הערה 224, בפס' 129 לפסק דינו של השופט נג'קובו.

להביא לידיעת הציבור מידע על הצעות חוק שמתגבשות ועל דרכים הפתוחות לפני הציבור להשפיע על עיצובן. לצורך כך יש לוודא את הטמעתו של החינוך להשתתפות אפקטיבית ולספק מידע וכלים נגישים לציבור הרחב, החל במסעות הסברה, המשכו בעריכת סדנאות מקומיות וכלה בחשיפת התהליך בסיוע אמצעי התקשורת ובאמצעות פרסומים המיועדים לקהל הרחב.²³¹ השאלה אם המחוקק קיים את חובתו להבטחת השתתפות ציבורית משתנה ממקרה למקרה ומותנית בגורמים הללו: טבעה וחשיבותה של החקיקה העומדת על הפרק; מידת השפעתה על הציבור ומידת העניין הציבורי המתעורר סביבה; והכול תוך כדי התחשבות בהיבטים טכניים, כגון זמן ועלות המשפיעים על יעילות הליך החקיקה.

אכן, המשפט של דרום אפריקה שונה ממשפטה של ישראל וגם ההיסטוריה והמציאות שונות לבלי הכר. כך למשל, חוקתה של דרום אפריקה, המושפעת מהמסורת הייחודית של המדינה, מעגנת היבטים של הזכות להשתתפות במפורש. עם זאת נראה כי המציאות בדרום אפריקה מעלה כי דרכי ההשתתפות בפועל כלל אינן מפותחות לעומת אלה שכבר נוהגות בכנסת ישראל. ולמרות ההבדלים, הפסיקה שם ראויה לתשומת לב גם אצלנו.

ה(2) דוגמה שנייה – ביסוס החקיקה על תשתית עובדתית מוצקה

מהו הדין אם ניתנה לחברי הכנסת הזדמנות להשתתף בהליך ולגבש עמדה ביחס להצעת החוק, אלא שהזדמנות זו לא מומשה. מהו הדין כאשר לא קיימו חברי הכנסת ולו מינימום של דיון בהצעת החוק? האם במסגרת הפיקוח השיפוטי על הליך החקיקה יש להבטיח סף מינימלי כלשהו של השתתפות בהליך החקיקה, או תשתית עובדתית מינימלית ודיון מינימלי בהצעת החוק עובר לקבלת החוק? [...] אכן, השאלה האם יש מקום לאמץ דרישה משפטית ל"הליך חקיקה נאות" מתעוררת בישראל ביתר שאת בהקשר של חוק ההסדרים. זאת משום שכפי שציינו לעיל, מנגנון חקיקה זה מעורר טענות רבות על כך שאינו מתאפיין בהליך קבלת החלטות נאות, המבוסס על תשתית עובדתית מספקת ודיון מעמיק ושיטתי, ועל כך שהליך כזה עלול אף לפגום בתוצר של הליך החקיקה.²³²

231 שם, פס' 131-132 לפסק דינו של השופט נג'קובו. להצעה להקמת מרכז מידע מיוחד בכנסת שאליה יוכל לפנות כל אדם באמצעות הטלפון או הדוא"ל ראו השדלנות בישראל, לעיל הערה 190, בעמ' 22, 27-28.

232 הלכת מגדלי העופות, לעיל הערה 190, פס' 29 לדבריה של השופטת ביניש; וראו דוד נחמיאס וערן קליין חוק ההסדרים: בין כלכלה לפוליטיקה (מחקר מדיניות 17, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 1999).

כעולה מן הפסיקה, על הכנסת לא מוטלות חובות לקיים הליך חקיקה נאות. בהתחשב בכך, לא מוטלת על המחוקק חובה לחוקק על פי תשתית עובדתית נאותה (בניגוד לרשות שלטונית, שעליה מוטלת חובה חזקה ביותר בתחום זה). כפי שמציינים פרופ' רובינשטיין ופרופ' מדינה להלן:

תכלית מרכזית של הליך החקיקה היא שאיפה להבטיח, כי הכרעותיה של הכנסת מבוססות על תשתית עובדתית נאותה. לשם כך, הוקנתה לוועדות הכנסת סמכות רחבה להזמין מומחים ובעלי עניין להביע עמדתם באשר להצעות חוק הנדונות בוועדה; ולשם כך פועלים בכנסת שירותי ייעוץ ומחקר שונים, המספקים לחברי הכנסת מידע בתחומים מגוונים [...] אולם בית המשפט נמנע מלהטיל על הכנסת חובה לקיים הליך נאות לקבלת החלטות, מן הסוג המוטל על רשויות מינהליות. לפיכך בית המשפט אינו אוכף את החובה העקרונית המוטלת על הכנסת לבסס את הכרעותיה על תשתית עובדתית נאותה (ההדגשה שלנו).²³³

למרות היעדרה של חובה כללית, בהקשרים מסוימים קובע החוק כי החלטות הכנסת יתבססו על תשתית עובדתית נאותה. כך הדבר בנוגע להצעת חוק תקציבית;²³⁴ בנוגע להצעות חוק עם השלכות מגדריות;²³⁵ ובהצעות חוק עם השפעות על זכויות ילדים.²³⁶ בפרלמנטים רבים בעולם נקבעים הסדרים חוקתיים הנוגעים למידע שצריך להיות מונח לפני הפרלמנט במסגרת הליכי החקיקה.²³⁷ על אף היעדרה של מעורבות שיפוטית, מנקודת המבט של חבר הכנסת ושל הכנסת כמוסד, ראוי שתבצע חתירה בלתי פוסקת לביסוס ההחלטות על תשתית עובדתית נאותה,

233 רובינשטיין ומדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל, לעיל הערה 33, בעמ' 729. בסוגריים המרובעים שהושמטו מערים הכותבים כי "בית המשפט לא שלל את האפשרות כי יורה לממשלה למסור לחברי הכנסת את מלא המידע הרלוונטי לצורך דיון בהצעות חוק והצעות החלטה שמגישה הממשלה לכנסת".

234 ס' 39 לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985; ס' 33 לחוק יסוד: משק המדינה; וראו הדיון אצל רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 730, 738-739.

235 ראו חוק השלכות מגדריות בחקיקה (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007, ס"ח 2118, 35 (תיקון עקיף לחוק שיווי זכויות האישה, התש"א-1951 ולחוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998).

236 ראו חוק לציון מידע בדבר השפעת החקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002.

237 ונראה כי גם בספרות המחקר בישראל החלה להתפתח הדרישה לפיתוח היבט זה. להצעה לפורמליזציה ואינטגרציה של ניתוח השפעות החקיקה על זכויות האדם ראו יניב רוזנאי "חוק היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה - נאה דורש נאה מקיים?" **משפט ועסקים** יד 199 (תשע"ב). להצעה לאימוץ "משטר הנכחה פרלמנטרי" שלפיו להצעות החוק הממשלתיות והפרטיות ילוו הערכות של השפעות חלוקתיות כעניין שבחובה, ראו דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" **משפטים** מג 961 (תשע"ג).

הולמת ומידתית. למרות היעדרו של פיקוח שיפוטי,²³⁸ הגברת התשתית העובדתית הנפרשת לפני חברי הכנסת בהליך החקיקה היא אתגר חשוב בהגשמת הליך חקיקה חוקתי. זוהי דוגמה טובה לזירה שבה הכנסת וחברי הכנסת יכולים לשפר את המצב הקיים כדי להגשים אמות מידה של חקיקה נאותה, גם בהיעדר חובה משפטית.

איסוף של מידע, ניתוחו והערכתו הם צעדים הכרחיים בגיבוש הצעת חוק. ראשית, על מגיש הצעת החוק לשאול עצמו אם צריך לחוקק חוק חדש על פני תיקון חוק קיים, או ליישם חוק "רדום", ולבסס את הצעתו על מידע התומך בעמדתו באופן מושכל. שנית, על הדיונים המתקיימים בוועדות המכינות את הצעת החוק לקריאות לשמש בימה לאיסוף מידע ממקורות שונים כדי שתהיה לפני הוועדה תמונה מורכבת ומלאה. ככל שהוועדה מזמינה מומחים וחוות דעת ממקורות מגוונים ובאופן מושכל שאינו משבש את ההליך, כך גדל הסיכוי שהדיון המתנהל במסגרתה יעלה על פני השטח היבטים בהצעת החוק הטעונים דיון וליבון. ועוד, יש להביא את המידע לפני חברי הכנסת במליאה כדי שיוכלו לקיים דיון רלוונטי בהצעת החוק, ססופו בהצבעה המגשימה את עקרונות ההשתתפות במהותו.

ואכן, בשנים האחרונות אפשר לזהות התמקדות בשאיפה לתשתית עובדתית נאותה בהליכי החקיקה. בית המשפט העליון, בשבתו על המדוכה בהלכת **מגדלי העופות**, היה ער לכך כי אף שהגישה בעניין הליך נאות טרם יושמה במלואה בפסיקת בית המשפט העליון בארצות הברית, "חוקרי משפט אמריקנים סבורים כי בעשור האחרון ניתן לזהות נטייה גוברת בפסיקת בית המשפט העליון האמריקני להפעיל בתחומים מסוימים, כגון לגבי חקיקה פדרלית הפוגעת באוטונומיה של המדינות, לצד הביקורת השיפוטית על תוכנם של חוקים, ביקורת אף על הליך חקיקתם, תוך אימוץ דרישות מסוימות של "הליך נאות" בהליך החקיקה. נטייה זו באה לידי ביטוי בין היתר בכך שבמסגרת בחינת חוקתיותם של חוקים בוחן בית המשפט אף את הפרוטוקולים של דיוני הקונגרס בהליך החקיקה על מנת לבדוק אם הקונגרס התבסס על תשתית עובדתית מספקת".²³⁹

238 אף שנראה כי גם מגמה זו משתנה באירופה: Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 LEGISPRUDENCE 271 (2012)

239 ראו הדיון הנרחב בהלכת **מגדלי העופות**, לעיל הערה 190, בפס' 27-29 לפסק הדין של השופטת ביניש, וראו שם, ההפניות לפסיקת בית המשפט בארצות הברית.

ספרות אקדמית עדכנית מחלקת את סוגי המידע שנאסף בהליך החקיקה לשלושה:²⁴⁰

◀ **מידע אמפירי** – עובדות שניתן לאשש או להפריך באמצעות מבחנים מדידים על פי קריטריונים אובייקטיביים, כמו עובדות מדעיות. עובדות אמפיריות הן הבסיס להחלטות מדיניות רציונליות. דוגמה לעובדה מן הסוג הזה היא מניין התלמידים הניגשים לבחינות הבגרות באזור פריפריאלי מסוים בישראל.

◀ **מידע המבוסס על ניתוח או הערכה** – מסקנות הנגזרות באופן לוגי מן העובדות האמפיריות. עובדות אלה מסייעות למחוקק להגדיר את הבעיה שעמה הוא מבקש להתמודד ולגבש מדיניות חקיקה הצופה פני עתיד. לדוגמה, הסקת מסקנה כי שיעור התלמידים הניגשים היום לבחינת הבגרות באזור פריפריאלי מסוים פחת ביחס למספרם לפני 20 שנה על סמך השוואת נתונים כמותיים שנאספו בשלב הראשון.

◀ **מידע המבוסס על שיפוט ערכי** – אמונות וקביעות ערכיות המשקפות את ההכרעה המתקבלת על סמך ניתוח המידע האמפירי והמסקנות הנובעות ממנו. כאן המקום של חברי הכנסת להביא לידי ביטוי את השליחות שהם ממלאים כנציגים של הציבור. למשל, על יסוד מגמת ההתמעטות בשיעור הניגשים לבחינות הבגרות שזוהתה בשלב השני, הכנסת צריכה להחליט כיצד לפעול. בשלב הזה נכנסים שיקולים ערכיים; שהרי השאלה אם מגמת הירידה מחייבת תיקון או שלא מותנית ביסודה בשאלת הערך שמייחסים לחינוך. אם חינוך לכול – ולו ברמה הבסיסית – נתפס כערך ראוי לקידום על ידי המדינה, אזי הכנסת צריכה לפעול למימושו ולהפך. הכרעה ערכית שמתקבלת על ידי הכנסת כגוף, באמצעות חקיקה שהליכיה ותוכנה עומדים בעקרונות חוקתיים, מבטאת את ה"אני מאמין" של הציבור בכללותו. לכן הכנסת, כבית הנבחרים של העם, היא הבימה המרכזית להכרעות ערכיות במשטר דמוקרטי.

נראה כי ללא תלות בסוגיה אם יש מקום לחובה משפטית בהקשר זה, על הכנסת וחברי הכנסת לייחד מאמצים, להקצות משאבים ולשתף פעולה עם גורמים בכנסת ומחוצה לה על מנת להגביר את איכותה של התשתית העובדתית המונחת לפני

William D. Araiza, *Deference to Congressional Factfinding in Rights-Enforcing and Rights-Limiting Legislation*, 88 N.Y. U. L. Rev. (2013) 240

המחוקקים בהליך החקיקה.²⁴¹ אתגר שיפור התשתית העובדתית מעלה שאלות שונות. לדוגמה, כיצד ניתן לשפר את נגישות הציבור לסדר יומה של הכנסת? כיצד ניתן לשפר את נגישות חברי הכנסת למחקרים והערכות הנעשים מחוצה לה? מהי המידה הרצויה של המידע הזורם לחברי הכנסת, המאזנת בין הדרוש והמועיל ובין הצפה מטביעה? כיצד ניתן לווסת, על יסוד שוויון בהזדמנויות, את המידע שמוזרם לחברי הכנסת מקבוצות אינטרס?²⁴²

כאמור, אין בהצגת הדוגמאות יומרה לענות על כל השאלות והאתגרים הכרוכים בהן, אלא רק להציבן במוקד אתגרי הליך החקיקה הראוי. כפי שעלה מהפרק כולו, המעורבות השיפוטית בתחום זה, בדומה לתחומים נוספים הנוגעים להגשמה מרבית של אמות מידה לגבי פומביות, שיתוף הציבור, ממשל מקוון, השתתפות חברי הכנסת ועוד, תהא מצומצמת מכוח הכיבוד הרב שיש לעצמאותו של בית הנבחרים בדמוקרטיה; באופן המותיר לכנסת ולחבריה את הבימה להגשמת האתגר שבהליך חקיקה חוקתי ראוי.

241 לעידוד השקיפות ולהסדרים בדבר דרכי ההשתתפות של שדלנים בדיוני ועדות הכנסת ראו השדלנות בישראל, לעיל הערה 190, בעמ' 24-25; ליחס שבין פעילות השדלנות לבין עבודת מרכז המחקר והמידע של הכנסת ולשכתה המשפטית ראו שם, בעמ' 30-32.

242 גם המחקר האקדמי החל לעסוק בתופעת השדלנות בישראל ואף לקשר בינה ובין הליך חקיקה חוקתי. כהן־אליה והמר מציינים כי "דוקטרינת 'הליך החקיקה הנאות' (Legislative due process) אשר התפתחה בשני העשורים האחרונים במשפט החוקתי האמריקני [...] יכולה לספק בסיס דוקטרינרי מתאים להבטחת שקיפותו של הליך החקיקה ולצמצום בעיית עושק הרוב". ראו יואב המר ומשה כהן־אליה "שתדלנות וההליך הדמוקרטי" עיוני משפט לג 593, 626 (תשע"א); וראו גם הדיון של ברק־ארז "דיני דמוקרטיה", לעיל הערה 190, בעמ' 549 ואילך. עם זאת אף להם ברור שאין להחיל את החובה להליך נאות המוטלת על רשות מינהלית רגילה, אלא חובות מסוג אחר. שם, אצל המר וכהן־אליה, בעמ' 628-629.

פרק שלישי

הערכת השפעות החקיקה

1. מבוא

פרק זה ישאף להקנות לחברי הכנסת כלי עבודה מעשי לביצוע הערכת ההשפעות של הצעות חוק וישים דגש על הערכת ההשפעות החוקתיות של ההצעה. כדי לעשות זאת נאמץ בפרק תהליך מרוכך של הערכת השפעות (impact assessment) ונתאים אותו לעבודת חברי הכנסת.¹ התהליך יותאם במיוחד לצורך של חברי הכנסת לבחון הצעות חוק באמות מידה חוקתיות.

חלקו הראשון של הפרק יציג בקצרה את מתודולוגיית הערכת ההשפעות ואת הנחות היסוד לכלי העבודה המוצע. בנספח 1 מובאים הקשרים רחבים יותר של השימוש בתהליכי הערכת ההשפעות. בנספח 2 מפורטים הליכי הערכת ההשפעות שמעוגנים בהליך החקיקה בישראל. חלקו השני של הפרק יפרט את שלבי הליך הערכת ההשפעות. חלק זה מקביל לחלקים שונים בפרק השני של המדריך שעסק בחקיקה חוקתית. בנספח 3 מוצג טופס הערכת השפעות להצעת חוק, שיאפשר לחברי הכנסת שיבחרו לאמץ את התהליך גם לדווח עליו לציבור בפורמט אחיד.

* פרק זה נכתב בידי נדיב מרדכי ומרדכי קרמיניצר.

1 פרק זה מבוסס, בשינויים, גם על תורת הערכת השפעות הרגולציה שמתפתחת ברמה הממשלתית. ראו משרד ראש הממשלה תורת הערכת השפעת רגולציה: מדריך ממשלתי (מהדורה להערות, מרץ 2013) (להלן: המדריך הממשלתי). עם זאת הפרק אינו מאמץ את ההנחה הבסיסית של התפיסה הממשלתית שלפיה מטרת הליך הערכת ההשפעות היא להפחית את הנטל הרגולטורי. נוסף על כך, התאמת התפיסה הממשלתית לתהליך המוצע נעשתה לאור שני עקרונות שונים מהותית מהתפיסה הממשלתית: (1) הצורך לשלב ולתעדף את חובתה של הכנסת להעריך את ההשפעות החוקתיות של חקיקה ראשית; (2) הצורך להתאים את תהליך הערכת ההשפעות (RIA) לאמות מידה פרוצדורליות של המשפט המינהלי בישראל ולהציעו כתהליך מרוכך עבור המחוקק הראשי, לשם הבניית הליך רציונלי לקבלת החלטות ולהגברת הלגיטימיות של החקיקה. על הצורך באימוץ בחינה של השפעות החקיקה בעבודת הכנסת ראו, לאחרונה, חן פרידברג הכנסת קצרה – והחקיקה הפרטית מרובה (אתר המכון הישראלי לדמוקרטיה, 14.12.2014).

2. מהם תהליכי הערכת ההשפעות?

נפתח בהגדרה בסיסית של המונח הערכת השפעות החקיקה ושל התהליך שהוא משקף. הערכת השפעות החקיקה הוא תהליך הכולל הצגה, ניתוח, שקילה והנמקה – על בסיס ידע קיים או נרכש – של תכליתו של חוק מוצע ושל האמצעים שנבחרו להגשמתה. ועוד, הצגת מכלול השיקולים צופי פני עתיד (השפעות) לצורך שקילת התוצאות האפשריות של אימוץ החוק. התהליך שאנו מציעים יסייע למחוקק ולציבור לשפר את הליך החקיקה ולקיים בקרה לאחר החקיקה.²

הליך הערכת השפעות החקיקה נועד לשפר את ארגז הכלים של חברי הכנסת בייזום הצעת החוק ובחינתה ולטייב את הליך החקיקה, את איכות התוצר החקיקתי ואת יכולת הבקרה של חקיקה בדיעבד. עיקרו של התהליך הוא בהבניית יוזמת חקיקה מוצעת לשם התחשבות בשורה של השפעות – חוקתיות, כלכליות, חברתיות, סביבתיות, מינהליות, מגדריות, בין־דוריות ואחרות – בשלב גיבוש היוזמה, וכן דרישה להנמקת תהליך זה ופרסומו. הערכת ההשפעות של הצעת החוק נעשית לאורך השלבים השונים של ייזום החוק ועיצובו (בהצעות חוק ממשלתיות ופרטיות) וכן באמצעות היוועצות בגורמי מקצוע רלוונטיים וזמינים ובמסגרת המשאבים הקיימת. הליך זה מוצע במטרה לסייע לחברי הכנסת לשפר את תהליך קבלת ההחלטות ואת פוטנציאל הפיקוח³ שלהם ולהביא אותם לידי התחשבות במכלול השיקולים הרלוונטיים למדיניות שהם מעוניינים להגשים באמצעות החקיקה. לצד מטרת אלה, התהליך מביא להגברת היכולת של שחקנים נוספים (בפרט

2 להגדרה ממצה של התהליך, לסקירת רמות שונות של רשויות שלטוניות המשתתפות בו, לסקירת הטמעתו בארגונים על־מדינתיים ולסקירה השוואתית של מדינות המממשות אותו ראו, Ulrich Karpen, *Implementation of Legislative Evaluation in Europe: Current Models and Trends*, 6 Eur. J.L. REFORM 57 (2004). להרחבה ראו Claudio M. Colin Kirkpatrick and David Parker, *Regulatory Impact Assessment: An Overview*, in REGULATORY IMPACT ASSESSMENT: TOWARDS BETTER REGULATION? (Kirkpatrick and Parker eds., 2007); Radaelli and Anne C. M. Meuwese, *Hard Questions, Hard Solutions: Proceduralisation Through Impact Assessment in the EU*, 33 WEST EUROPEAN POLITICS (2010) 136; אורית דייני־אפשטיין הערכות השפעות רגולציה (אפריל 2011) (העותק האלקטרוני נמצא אצל המחברים) (להלן: הערכות השפעות רגולציה); יובל רויטמן "הרפורמה הרגולטורית – בין הגלוי לסמוי" (עתיד להתפרסם בסדרת משפט, חברה ותרבות 2015) (להלן: רויטמן).

3 להבהרת המושג "פוטנציאל הפיקוח" ראו חן פרידברג הפיקוח הפרלמנטרי על הרשות המבצעת בישראל: פוטנציאל ותפקוד (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור בפילוסופיה, האוניברסיטה העברית בירושלים, 2008) <http://shemer.mslib.huji.ac.il/dissertations/W/JMS/001447476.pdf>; וכן חן פרידברג וראובן חזן פיקוח הכנסת על הממשלה: תמונת מצב והצעות לרפורמה (מחקר מדיניות 77, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2009).

של הציבור) לדון ביוזמה בזירה הפרלמנטרית והציבורית. לשם כך, כאמור, תהליך הערכת ההשפעות צריך להיות מנומק ונגיש לציבור.

הערכת השפעות החקיקה מכוונת להעריך את הבעיה שעמה אמורה הצעת החוק להתמודד, את התכלית החקיקתית שמקודמת לנוכח אפיון הבעיה ואת האמצעים השונים הנבחנים על מנת להגשים את התכלית החקיקתית. הערכה זו נעשית באמצעות גיבוש בהיר של הבעיה, של התכלית החקיקתית ושל החלופות שיש להן פוטנציאל להגשימה על יסוד מידע. אחרי כן נעשית בחינה של החלופות המוצעות במבחנים חוקתיים ובהתחשב בהשפעות הישירות והכללי-משקיות כדי לבחור בחלופה המיטבית. באמצעות הליך עבודה מובנה מתבסס מערך שיקולים ברור ושיקוף, המאפשר למחוקק להחליט על חקיקה מיטבית.

ההליך שאנו מציעים בפרק זה מביא בחשבון שחברי הכנסת פועלים במסגרת משאבים מוגבלת: זמנם מוגבל ומוקדש לשורה של תפקידים בוועדות הכנסת ובתפקידיהם הנוספים, סגל לשכתם קטן, ויכולותיהם לייצר ידע ולעבדו מצומצמות. לפיכך הכלי שמוצע בפרק זה אינו יכול להיות מאומץ בכל יוזמת חקיקה פרטית של חברי הכנסת וגם לא נראה שיש בו צורך בכל יוזמה שכזו. נוסף על כך, יוזמות חקיקה חשובות רבות הן ממשלתיות, ובאלה נעשית עבודת ההכנה לחקיקה על ידי הממשלה. במקרים שכאלה, הצעת החוק מוגשת לכנסת לאחר שההשפעות האפשריות שלה כבר נדונו ברשויות מינהליות שונות, לעתים אף בוועדות מקצועיות; ומוטב להעריך השפעות של חקיקה שלא נבחנו ובכך לממש גם את תפקיד הפיקוח בהתחשב באמור, **אנו ממליצים על אימוץ הכלי המוצע בפרק זה בעיקר בעניין "הצעות דגל"**, כלומר בהצעות חקיקה מרכזיות שחברות וחברי הכנסת מתכוונים לקדם בכל מושב, לבדם או בהשתתפות חברי כנסת נוספים. הצעות אלה, העומדות בראש סדר העדיפויות של חברי הכנסת, מצדיקות את יישומו של הליך הערכת ההשפעות.

תהליכי הערכת השפעות קיימים במסגרות שלטוניות שונות במדינות ובארגונים על-מדינתיים שונים, ולאחרונה החלו ליישם גם בפרלמנטים אחדים. התהליכים משקפים, בסופו של דבר, את הצורך בהבניה של תהליך קבלת ההחלטות של מאסדרים (רגולטורים) ומחוקקים לשם שיפור ההליך שבו מחליט בעל הסמכות להתמודד עם בעיה ולהגביר את הלגיטימיות של ההחלטה שתתקבל באמצעות שיפור ההליך לקבלתה. ניתן גם לחשוב על כך כשלב בסיסיים ש"מחוקק סביר"

צריך לנהל בבואו להציע הצעת חוק, אף שהמחוקק אינו מחויב באותן חובות משפטיות שבהן מחויבת רשות מינהלית "רגילה"⁴.

המסורת של תהליכי הערכת השפעות מקורה בדרישה לדה־רגולציה ולהפחתת הנטל הרגולטורי. אכן, בעולם הרגולטורי ההליך משמש לא אחת לבחינת יעילות של הצעה לרגולציה או לבחינת הנטל שרגולציה תשית על שחקנים מפוקחים על סמך מדדים כמותיים. הדגש שמושם בהליך הוא על מודלים כלכליים לניתוח חלופות לפעולה, בפרט על ניתוח עלות־תועלת. אולם כיום תהליכים אלה משמשים להבניה רציונלית של קבלת החלטות ומאומצים על ידי מקבלי החלטות, גם לא בעטיין של מוטיבציות מסורתיות. כיום הדרישה להערכת השפעות הפעולה השלטונית היא זו העולה ישירות מן הציבור.

לאחר הצגת התפיסה שביסוד התהליך המוצע נציג בקצרה את שלביו המובהקים. ככלל, ניתן להצביע על שמונה שלבים בסיסיים בהליך הערכת ההשפעות: (א) הגדרה של הבעיה העומדת על הפרק שעמה מנסה המחוקק להתמודד; (ב) איסוף התשתית העובדתית והיועצות בבעלי עניין, במומחים ובציבור; (ג) הגדרת התכלית של החוק והצבת יעדים מדידים להגשמתה; (ד) הצבת חלופות להשגת התכלית; (ה) ניתוח ההשפעות של כל אחת מהחלופות המוצעות על פי תחומי ההשפעה הרלוונטיים; (ו) ניתוח החלופות על יתרונותיהן וחסרונותיהן ובחירה בחלופה; (ז) שרטוט דגם לבקרה עתידית ובחינה אפקטיביות של החלופה שנבחרה; (ח) פרסום המסקנות של התהליך וכל המידע שאפשר להנגיש לציבור.

ההנחה המרכזית שביסוד הליך הערכת ההשפעות היא שמלאכת החקיקה (הממשלתית והפרטית) פועלת בתוך מערכת מרובת משתנים ושחקיקה טובה תיבחן בתרומתה הכוללת ובהשפעתה על המערכת כולה. ביצוע תהליך מסודר, שמאפיין את יוזמת החקיקה כראוי וזן בחלופות הפעולה האפשריות בהתחשב בהשפעותיהן האפשריות, מבסס את אחריותו של המחוקק להגשים את תפקידו כראוי. תורת הערכת השפעות החקיקה משמשת מסגרת לחשיבה על יוזמות של מדיניות ועל הצעות חוק. היא מכוונת את מי שמשתמש בה אל עבר שיקולים רלוונטיים ומונעת פעולה אוטומטית על פי אינטואיציות או פעולה בהיעדר מידע ענייני להצעה. נוסף על כך, תורה זו היא שפה כלל־שלטונית להערכת השפעות

4 ובשל כך גם לא פלא שהשלבים דומים במקצת לשלבים שונים בקבלתה של החלטה מינהלית.

הפעולה של הממשלה ושל הכנסת.⁵ השלב האחרון של התהליך הוא פרסום הבחינה שנעשתה לציבור. שלב זה מגדיל את השקיפות בנוגע ליוזמת החקיקה ובכך מאפשר לציבור לקבל מידע והנמקה בנוגע להצעת החוק, תכליתה, החלופות שנשקלו והאמצעים שנבחרו להגשמתה. שלב זה עשוי בעצם הפעלתו להגביר את אמון הציבור במחוקק.

תפיסת הערכת ההשפעות אינה תחליף להליך הפוליטי של קבלת ההחלטות ואינה מכתובה תוצאה. יתרה מזו, לא רק שביצוע התהליך אינו מתיימר להחליף את שיקול הדעת של מקבל ההחלטה, אלא שגם מדובר בכלי עזר שמלווה את הליך קבלת ההחלטה. יתרונותיו הם אלה:

1. הגדרה מדויקת וחדה של הבעיה שעמה המחוקק מעוניין להתמודד, וכתוצאה מכך – של תכלית החוק.
2. הקוונה לבחינת המדיניות המוצעת בהצעת החוק בראי העקרונות הבסיסיים של המדינה, עקרונות חוקתיים ותחומי השפעה רלוונטיים שונים (כלכליים, תקציביים, חברתיים, סביבתיים ואחרים).
3. תמרוץ להערכה מבוססת ידע, שיטתית ומובנית של השפעות המדיניות המוצעת, ובתוך כך מתן אפשרות לגורמים בעלי עניין ולמומחים להשמיע את קולם ולהפעיל שקיפות מרבית של ההליך.
4. חיזוק היכולת לקיים דיון בהצעות לפעולה על יסוד חלופות.
5. שיפור איכות הצעות החוק שיוגשו באמצעות הליך טוב יותר לקבלת ההחלטה.
6. חיזוק הליגיטימציה של החקיקה.

הערכת ההשפעות אינה תחליף לכלי הבקרה הקיימים של הצעות החוק. היא אינה באה במקום בקרה חוקתית ומשפטית של הצעת החוק, בקרה תקציבית או ביקורת

5 תפיסה מקיפה של הערכת ההשפעות ככלי למדידת אפקטיביות של מוסדות שלטוניים ולהגדרת חמישה תחומים לבחינת ההשפעות ברמת הפשטה גבוהה ראו Cass R. Sunstein, *Nonsectarian Welfare Statements* (HARVARD JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS DISCUSSION PAPER No. 773, 2014). לדיון בגירעון הרגולטורי של תהליכי הפרטה בישראל אגב הצגת תפיסה מרחיבה יותר של תפקיד הרגולציה, וכן לקריאה להבנת השפעות הפעולה הרגולטורית של המדינה המודרנית באופן אינטגרטיבי ועשיר יותר, ראו דוד לויפאור, נועם גדרון וסמדר מושל "הגירעון הרגולטורי של עידן הפרטה" מדיניות הפרטה בישראל: אחריות המדינה והגבולות בין הציבורי לפרטי 26-30 (נייר 56, סדרת ניירות ירושלים לרגולציה וממשל, יולי 2014).

חברתית וציבורית. היא רק מוסיפה לאלה באמצעות הבניה טובה יותר של הליך מסודר לבחינת ההשפעות ואינה גורעת מהן.⁶

מאפיין חשוב נוסף של ההליך הוא היקפו המשתנה באופן נסיבתי. היקף הליך הערכת ההשפעות שיידרש משתנה בשל גורמים שונים, למשל: החשיבות החברתית וחשיבותה היחסית של ההצעה במערך המדיניות; מידת ההסתברות לפגיעה במגזרים מוחלשים; היעדר ניסיון עבר בהסדרת הסוגיה; זהות הגוף השלטוני שמבצע את התהליך והמשאבים העומדים לרשותו; קדימותה של היוזמה בתוך סך היוזמות של היוזם; השלב שבו מצויה היוזמה בתהליך קבלת ההחלטות; מידת השינוי של היוזמה את החקיקה הקיימת; השלכותיה התקציביות של היוזמה על ההוצאה התקציבית הכללית. הליך הערכת ההשפעות מניח שיש מחסור במשאבים ולכן חותר למידתיות בעצם הבחירה בו.

א. מנגנונים קיימים להערכת השפעות החקיקה של הכנסת

כיום אין בישראל הוראה המחייבת את הממשלה או את הכנסת לעסוק או לדון בכלל ההשפעות של החקיקה המוצעת או לבחון אותה לפי מדדים חברתיים, כלכליים או אחרים. בכל הנוגע לכנסת,⁷ ההסדרה המשפטית של הליך החקיקה – בחוקי יסוד, בחוקים ובתקנון הכנסת – אינה כוללת חובה לניהול הליך הערכת השפעות של הצעות חקיקה פרטיות או ממשלתיות. בחיי המעשה נדונות לא פעם השפעותיהן השונות של הצעות חוק באופן רחב היקף ובהסתייעות במומחים ושמיעת בעלי עניין

6 להרחבה בעניין זה ראו את התפיסה המוצגת ב"Commission Staff Operational Guidance on Taking Account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments, SEC (2011) 567 final (May 2011), (להלן: EU-GUIDANCE :6), (ההדגשה שלנו).

The Impact Assessment should be used to identify fundamental rights liable to be affected, the degree of interference with the right(s) in question and the necessity and proportionality of the interference in terms of policy options and objectives. However, the Impact Assessment does not include examination of compliance with fundamental rights. This legal analysis is carried out at a later stage on the basis of an actual draft act which does not exist at the time of preparing an Impact Assessment.

While the Impact Assessment serves as groundwork for a final legal analysis or 'fundamental rights check', it does not and cannot replace it (ההדגשה שלנו).

7 תחום שמתפתח במשפט המינהלי (ולא ייסקר במסגרת זו) הוא הערכה של השפעות סביבתיות. להסדר העוסק בהערכת השפעות בהליכי תכנון ובנייה ראו תקנות התכנון והבניה (תסקורי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003; בג"ץ 9419/11 עיריית קריית גת נ' הוועדה לנושאים תכנוניים עקרוניים (פורסם באר"ש, 2.7.2014). להרחבה חשובה בנושא ראו אורן פרז "ההשפעה של החשיבה הכלכלית על דיני איכות הסביבה בישראל: מטב ביקורתי" עיוני משפט לא(2) 429 (2009).

בדיונים על החקיקה במליאה ובעיקר בדיוני הוועדות המחוקקות. לא אחת, וכיום ביתר שאת בשל הנגשת החומרים המקדימים לדיוני הוועדות, החקיקה בוועדות נעשית על סמך מידע שמאפשר דיון בהשפעותיה. תורת הערכת ההשפעות אינה מעוגנת בהליך החקיקה.⁸ ואף שהתהליך אינו מעוגן ברמה הכללית, קיימים כמה תחומים חשובים שבהם הדרישה להערכת השפעות החקיקה מעוגנת בחוקים ספציפיים ואף בחוק יסוד כשמדובר בהשפעות תקציביות. אלה יסקרו בקצרה בחלק זה וביתר פירוט בנספח 2.

א. הערכת ההשפעה התקציבית של הצעת חוק נדרשת כעולה מחוקי-יסוד: משק המדינה, הקובע כי הצעת חוק שאינה ממשלתית או שאינה מוסכמת על הממשלה ואשר ביצועה כרוך בעלות תקציבית העולה על סכום נקוב (כ־6 מיליון ש"ח) בשנת תקציב, צריכה להיות מאושרת ברוב מיוחד של 50 חברי כנסת.⁹

ב. הערכת השפעות החקיקה בתחום המגדרי מעוגנת בחוק הרשות לקידום מעמד האישה.¹⁰ החוק קובע כי הצעת חוק שהועברה לוועדת הכנסת (לרבות הצעת חוק תקציב שנתית) שיש לה השפעות על השוויון בין גברים לנשים, וכן נוסח תקנות שהועבר להתייעצות עם ועדת הכנסת ויש לו השפעות על השוויון בין גברים לנשים, יונחו על שולחן הוועדה עם חוות דעת מגדרית של הרשות לקידום מעמד האישה שתכיל גם ניתוח של השפעותיהם המגדריות.¹¹

ג. הערכת השפעות ההחיקה על זכויות הילד מעוגנת בחוק לציון מידע בדבר השפעת החקיקה על זכויות הילד.¹²

8 להצעה לרפורמה בהליך החקיקה ויצירת תשתית תאורטית ומושגית לרפורמה שכזו ראו איתי בריסמן טוב "דיני חקיקה" עיוני משפט (2015) (עתיד להתפרסם, עותק נמצא בידי המחברים).

9 ס' 93 לתקנון הכנסת; גלעד נוה מנגנון להערכת השלכות של חקיקה בכלל וחקיקת התקציב בפרט: סקירה משווה (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2013), בעמ' 6-7 (להלן: נייר לשכה משפטית).

10 ס' 236 לחוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998.

11 להרחבה ראו אורלי לוטן הערכת השפעה מגדרית של חקיקה: סקירה משווה (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2007) (להלן: הערכת השפעה מגדרית של חקיקה). לרקע נוסף ראו יפעת רוסו חוק השלכות מגדריות בחקיקה (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007: תמונת מצב (מכון ון ליר, 2011) (להלן: חוק השלכות מגדריות בחקיקה). לדוגמאות לחוות דעת מגדריות ולהרחבה על מתודולוגיה לבחינה מגדרית ראו באתר הרשות לקידום מעמד האישה, www.women.gov.il/MA/migdarit/meto

12 להרחבה על חוק זה ראו נדיב מרדכי, משה אוסטרובסקי ומרדכי קרמיניצר החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים (הצעה לסדר 5, 2014) (להלן: החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים).

ד. **השפעת עבודת הכנסת על הדורות הבאים** עוגנה במוסד נציב הדורות הבאים שפעל בכנסת. בתחום זה נחקק הסדר משפטי־מוסדי רחב שכלל גם הליכים להערכת השפעות החקיקה על הדורות הבאים. מוסד הנציבות אמנם בוטל, אולם הכנסת הבהירה כי הדבר נובע מחלופה מוסדית הולמת בדמות מרכז המחקר והמידע של הכנסת (להלן: ממ"מ) ולא משינוי תפיסתי בנוגע לצורך העקרוני בהערכת ההשפעות של החקיקה.¹³

ה. **לצד נורמות הקבועות בחוקים ספציפיים**, תזכירי הצעות החוק הממשלתיות כוללים בנסיבות המתאימות ציון בדברי ההסבר לגבי כמה תחומים בעניין ההשפעות של החקיקה המוצעת.

ו. **בספרות המקצועית** הועלו הצעות שונות לשיפור הליך החקיקה בהיבטים של איסוף מידע, ניתוח והערכה של השפעות החקיקה המוצעת בכנסת. כך, לצד ההצעה למיסוד הערכת ההשפעה החוקתית¹⁴ הועלתה לאחרונה הצעה לעניין חובת ההערכה של ההשפעה החלוקתית¹⁵ של הצעת החוק.

כעולה מהסקירה, הערכת ההשפעות של החקיקה קיימת כבר כיום בתחומי השפעה מסוימים, אף שברמת היישום הדרך עוד ארוכה. **הגישה המוצעת בחלק זה מרחיבה את היריעה ומציבה שורה של תחומי השפעה שיש לבחון על פיהם את הצעת החוק**, כשתחומים אלה רלוונטיים, כדי להגיע לבחינה אינטגרטיבית יותר.¹⁶ בראשם ניצבת הערכת ההשפעה החוקתית, הכוללת בחינה של הפגיעה האפשרית בזכויות האמורות ובחינת המידתיות של האמצעים שנבחרו להגשמת התכלית.

ב. הנחות יסוד לכלי המוצע

לאחר שהוצג תהליך הערכת השפעות החקיקה ובטרם הצגת השלבים של התהליך (בחלק הבא), נעמוד בקצרה על הנחות היסוד שבבסיס כלי העבודה המוצע בפרק

13 ראו "החלטת ועדת הכנסת בעניין סמכויות מרכז המחקר והמידע של הכנסת להביא נתונים בדבר השפעת חקיקה על הדורות הבאים" תקנון הכנסת: החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה 163 (4.2.2015).

14 ראו יניב רוזנאי "חוקי־היסוד בדבר זכויות האדם והליך החקיקה – נאה דורש נאה מקיים?" משפט ועסקים יד 199, 225 (תשע"ב) (להלן: רוזנאי).

15 ראו דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" משפטים מג 961 (תשע"ג) (להלן: גליקסברג); הצעת חוק השלכות חלוקתיות בחקיקה התשע"ד–2014, פ/19/2552.

16 ראו למשל L. Eur. Rev. (2006) 319–321 (להלן: טונר). Helen Toner, *Impact Assessments and Fundamental Rights Protection*, 31(3) Eur. L. Rev. (2006) 319–321.

זה. חידוד הנחות היסוד יאפשר הבנה טובה יותר של הגישה העקרונית המוצעת והטמעה נכונה ומידתית שלה.

ב(1) הגישה המוצעת אינה משפטית אלא הטמעתית

בפרק הזה נציע ניהול של הליך הערכת השפעות על הצעת חוק כפרקטיקה טובה (best practice), שאימוצה יכול להוביל לקבלת החלטות מושכלת יותר ולהגברת הלגיטימיות של החקיקה. בעקבות בעיית המשאבים שמתמודדים עמה חברי הכנסת ובהתחשב בניסיון המועט בהטמעת הנושא בישראל אין בשלב זה יכולת אפקטיבית לאמץ את כלי העבודה באופן מלא ונרחב בכנסת. הנחת המוצא שלנו היא שמדובר בתהליך ארוך טווח שבמסגרתו תוטמע התפיסה הממשלתית בהדרגה ותחלחל גם לרמת החקיקה הראשית. על כן הגישה של הכלי המוצע על ידנו גם היא הטמעתית; היא משרתת את חבר הכנסת המבקש לעשות מלאכתו ביסודיות ולפי מתכונת המתמרצת בחינה יסודית ומקיפה של מדיניות מוצעת. נוסף על כך, היא עשויה להוביל להערכה ציבורית טובה יותר של פעילות המחוקקים, וגם בכך יש כדי לעודד את חברי הכנסת ליישם אותה.

ב(2) בחינת הצעת חוק על פי סטנדרט חוקתי חייבת להתבצע בכל יוזמת חקיקה

במצב כזה, שבו יש ביוזמה פגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות, מתחייבת הגדרה של התכלית החקיקתית ובחינה של החלופות בראי מבחני המידתיות. שלבים אלה בתהליך הערכת ההשפעות המוצע בפרק זה משקפים את החובה לבחון ולוודא את התאמת הצעת החוק לנורמות חוקתיות. יש לציין כי הליך הערכת ההשפעות אינו תחליף לבקרה המשפטית ולבקרה החוקתית של יוזמת החקיקה, כפי שהן מבוצעות בכנסת במתכונתן הנוכחית.

ב(3) שילוב המתודולוגיה הממשלתית (RIA) בתפיסת הערכת השפעות השונה ממנה מותאמת להליך החקיקה ורגישה להגנה על זכויות יסוד

בתפיסת ה-RIA הממשלתית וגם בתפיסת המיסוד הממשלתית לא מופיעה התייחסות ישירה להערכת הפגיעה בזכויות היסוד בעקבות הרגולציה המוצעת, ונראה גם שהתפיסה הממשלתית אינה מגלה שאיפה להעריך את ההשפעות החוקתיות והחברתיות של הרגולציה. אף שראוי לכלול את הנושא בתפיסה הממשלתית, ברור כי הערכה של השפעות החקיקה הראשית חייבת להתחשב בתחומים אלה, בפרט בבחינת הרמה החוקתית. לפיכך הכלי המוצע בפרק זה

מדגיש את הצורך בבחינה חוקתית שתיושם במסגרת בחינת ההשפעות הכלכליות, חברתיות והסביבתיות. על כן אנו מציעים לבחון את הצעת החוק בראי הפגיעה האפשרית שלה בזכויות יסוד מוגנות בהשראת נורמות ופרקטיקות הקיימות באיחוד האירופי.¹⁷ מתודולוגיה שכזו תאפשר הערכה של יוזמות שיאמצו את ההצעה לפי אמות מידה חוקתיות: עקרונות חוקתיים משטריים וזכויות יסוד מוגנות.¹⁸

ב(4) את שלבי התהליך ניתן ליישם גם בהצעות חוק שלא הוצעו על ידי חבר הכנסת המיישם

כלי העבודה המוצע בפרק זה מיועד לחבר כנסת שיוזם הצעת חוק. אולם מכיוון שתהליך מלא של הערכת ההשפעה חייב להתחיל כבר בשלב היוזמה והגדרת הבעיה, הטמעתו המלאה של התהליך בהצעות לחקיקה תכלול את ניהולו כבר מראשית היוזמה לחוקק. עם זאת השלבים המוצעים בתהליך רלוונטיים גם למקרים שבהם חבר הכנסת מעוניין לבחון ולהעריך הצעת חוק קיימת; להעריך בקשה להצטרף ליוזמת חקיקה; או להשתמש בכלי המוצע על מנת להעריך הצעת חוק ממשלתית שכבר עברה תהליך של RIA ברמה הממשלתית. כך מאפשר הכלי המוצע להגביר את פוטנציאל הפיקוח של חבר הכנסת ולא רק את הליך הייזום של הצעות חוק.

17 שם הנושא משולב מהבחינה המתודולוגית בתוך הניתוח הבסיסי של השפעות כלכליות, חברתיות וסביבתיות. ראו ס' 2.5 ב"EU-Guidance", לעיל הערה 6, בעמ' 17.

18 לדיון בהבחנה בין זכויות מוחלטות לזכויות יחסיות במסגרת מגילת הזכויות של הצ'רטר ולדוגמאות ליישום ראו EU-Guidance, שם, בעמ' 9; ליישום של מבחני המידתיות במסגרת בחינת הערכת ההשפעות על זכויות יסוד ראו EU-Guidance, שם, בעמ' 9-10; לדוגמאות לשילוב הניתוח של פגיעה בזכויות בשלב הצגת הבעיה ראו EU-Guidance, שם, בעמ' 13-14.

3. השלבים לביצוע הערכת ההשפעות של הצעת חוק

כפי שעלה מהחלק הראשון, הליך הערכת ההשפעות מורכב בעיקרו מכמה שלבים טיפוסיים. בחלק זה נבנה את השלבים השונים שאנו מציעים, שעוצבו מתוך התחשבות במאפייני הליך החקיקה בישראל ובשלבים המקדימים לחקיקה (ממשלתית ופרטית) שכבר קיימים. כן נדגיש את השלבים שמחובתו של יוזם ההצעה להתחשב בהם, בייחוד בהשפעת היוזמה על נורמות חוקתיות. השלבים שיוצגו בחלק זה הם כדלהלן:

1. הבעיה: אפיון הבעיה שעמה אמור החוק להתמודד.
2. התשתית העובדתית: ניהול תהליך של איסוף מידע ולמידה.
3. היועצות בבעלי עניין, במומחים ובקבוצות מן הציבור.
4. הגדרת תכלית החקיקה.
5. החלופות לפעולה.
6. הפגיעה: אפיון הפגיעה האפשרית של התכלית בזכויות חוקתיות.
7. ניתוח החלופות על פי השפעותיהן.
8. ניתוח מידתיות החלופות.
9. הצגת החלופה שנבחרה.
10. הגדרת אמות המידה לבחינת החוק בדיעבד.
11. פרסום ההליך לציבור.

שלבים 1-3 מייצגים תהליכים מקדמיים של היערכות לקראת יוזמת החקיקה. שלבים 4-8 מייצגים את תהליך גיבוש החקיקה. שלבים 9-11 משקפים את אימוץ החלופה שנבחרה ועמה אמות המידה לבחינה עתידית של הצלחתה. מטבע הדברים יש זיקה בין השלבים השונים, והתהליך כולו אינו לינארי¹⁹ אלא שלב מסוים יכול

19 וראו המדריך הממשלתי, לעיל הערה 1, בעמ' 9. כאמור לעיל, פרק זה שואב השראה מהמדריך

להזין את קודמו. שלבים 6, 8 ו-10 אינם קיימים במדריך שפרסמה הממשלה, והם נוספו לכלי העבודה המוצע במדריך זה. שלבים 2-3 מותאמים להליך החקיקה של הכנסת. בשלב איסוף המידע ועיבודו חלק זה מפרט את הגורמים השונים שניתן לייצר באמצעותם את המידע הרלוונטי בכנסת. לבסוף, בתחילת כל חלק מצוינת הפניה לסעיף הרלוונטי שבטופס הערכת השפעות החקיקה, המצורף בנספח לפרק זה.

א. הבעיה: אפיון הבעיה שעמה אמור החוק להתמודד

חלק זה מקביל לפרק א בטופס הדיווח

אפיון הבעיה וסיבותיה. הצעת החוק מתעתדת להתמודד עם בעיה, קרי עם תופעה שלילית הסותרת את האינטרס הציבורי. בשלב אפיון הבעיה יש להציגה בצורה בהירה. דוגמאות לתופעות שליליות הן עלייה בתאונות הדרכים; היעדרן של נורמות בטיחות במקום העבודה; עלייה במחירים; הפרה של זכויות עובדים; פגיעה בערכי טבע וכיו"ב. לאחר הצגת הבעיה, ראוי לזהות נכון את סיבותיה, כחלק מאפיונה. זה יהיה הבסיס להערכה של הבעיה ונקודת המוצא להתמודדות עמה. ניתוח נכון של הסיבות יעלה מסקנות חשובות לגבי דרך הפעולה, ולפעמים יוכל להעלות שחקיקה אינה הדרך המיטבית להתמודד עם הבעיה. לעתים הגדרה נכונה של בעיה ושל סיבותיה תוביל להגדרה של כמה תכליות חקיקתיות, קרי להבנה כי המטרות שיש להגשים הן מעורבות.

מיפוי החקיקה הקיימת והרלוונטית לבעיה. המחוקק אינו פועל בחלל ריק. איתור של בעיות המשפיעות על אינטרסים ציבוריים צריך להובילו למיפוי נוסף של מארג החקיקה הראשית, לחקיקת המשנה ולהנחיות הרלוונטיות לבעיה ולמארג הרשויות המופקדות על הטיפול בבעיה. על כן לאחר אפיון הבעיה וסיבותיה, הכרח למפות את החקיקה הקיימת. מיפוי זה כולל הצגה של החקיקה הרלוונטית אשר כבר בתוקף; הצעות חקיקה רלוונטיות שבהכנה; רשויות מינהליות ורגולטוריות שמופקדות על הסדרת הסוגיה לשם בחינת שיתוף הפעולה עמן. שלב זה גם מאפשר לבחון את האפקט המצטבר של חקיקה נוספת והשפעתו על פתרון הבעיה.

הממשלתי להערכת השפעות הרגולציה. כהנחת עבודה לכלי המוצע אנו סבורים כי התאמה של הליכי הערכת השפעות החקיקה הראשית לתהליכים ממשלתיים תוביל, בסופו של דבר, ליצירת שפה אחידה ולהגברת התיאום בין הרשויות. על כן בקטעים רבים של החלק שלהלן השתמשנו בשלבי הבחינה ואף בשפה הנוהגת במדריך הממשלתי כדי להגשים את ההנחה הזאת, אך בשינויים העקרוניים המחויבים.

האם הבעיה מצדיקה לכאורה חקיקה של הסדר ראשוני? לאחר הצגת הבעיה וסיבותיה ואפיון של מערך החקיקה הקיים, יש לבחון אם ראוי להסדיר את הבעיה בהסדרה ראשונית, כלומר באמצעות חוק של הכנסת. בחינת חשיבות הבעיה תוכל להניב את המסקנה שחוק של הכנסת הוא הכלי הראוי לטיפול בה. לעומת זאת, כבר בשלב זה יכולים להיות מקרים שהמסקנה לגביהם תהיה שדווקא נכון להותיר את הסוגיה לרמת הסדרה משנית באמצעות אלה: הסמכה והותרת הפעולה למינהל הציבורי; הסמכה לפעול באמצעות תקנות; פיקוח ובקרה ללא חקיקה. על כן בשלב זה נכון לשאול מהי דרך ההתמודדות הנורמטיבית המתאימה: הסדרה ראשונית או משנית?

מיפוי ההשפעות האפשריות של הבעיה. שלב נוסף זה שם לו למטרה להרחיב את אלומת החיפוש²⁰ ולהגדיר טוב יותר את כיווני הבדיקה כדי לאמץ בהמשך התהליך חלופות לפעולה. לאחר זיהוי הבעיה וסיבותיה, על המחוקק לנסות ולהבין על מי היא משפיעה ומה הן דרכי השפעתה. בשלב זה יאופיינו אלה:

1. התחומים שעליהם הבעיה משפיעה. ניתן לחלק את ההשפעות לשני סוגים: השפעות ישירות והשפעות חברתיות וכלל-משקיות. במסגרת ההשפעות הישירות נבחן את מעגלי ההשפעה המידיים של הבעיה, למשל עלויות לתקציב המדינה, עלות אי-ציות או השפעתה על אוכלוסייה מסוימת הסובלת ממנה. ההשפעות החברתיות והכלל-משקיות ייבחנו על פי מעגלי ההשפעות המקיפים יותר של הבעיה ובתחומים שונים. בשלב הזה יש לאפיין את תחומי ההשפעה המרכזיים של הבעיה לפי חלוקתם לנושאי כלכלה, חברה, סביבה או אחרים. כאן גם המקום לתת את הדעת להשפעות אפשריות על תחום ספציפי, כמו זכויות ילדים; יחסי עובדים-מעסיקים; אי-שוויון; יוקר המחיה; היחס בין הרשויות לשלטון; תחרותיות.

2. האוכלוסיות המושפעות מקרב הציבור. בשלב זה יש לאפיין את קבוצות האוכלוסייה המושפעות מהבעיה. פירוש הדבר, קבוצה יכולה להיות מקרב בעלי העסקים, אזרחים פרטיים, משקי הבית, הממשלה, החברה האזרחית וכיו"ב. הגדרה נכונה של הקבוצות המושפעות מהבעיה ושל אופן ההשפעה עליהן חשובה במיוחד להבנת הבעיה ולהערכת השפעותיה בהמשך. ייתכנו בעיות שמשפיעות על האוכלוסייה כולה; אחרות משפיעות על אוכלוסייה

20 שם, בעמ' 17.

מסוימת. תשומת לב מיוחדת צריכה להינתן לפגיעה בקבוצות שהן מוחלשות ממילא, ופגיעה נוספת בהן עלולה להיות חמורה במיוחד. בהקשר זה נכון להביא בחשבון גם השפעות עקיפות על קבוצות שכאלה, השפעות סמליות של הצעת החוק על תפיסת הקבוצה את עצמה ואת החברה, והשפעות היוזמה על תפיסת החברה את הקבוצות הללו. לאחר זיהוי קבוצות אוכלוסייה הנפגעות במישרין בעטייה של בעיה, חשוב לזהות קבוצות שמרוויחות ממנה, ככל שהדבר רלוונטי ואפשרי. ולבסוף, נכון לחשוב גם על הקבוצות שנפגעות בעקיפין מן הבעיה.

3. **עוצמת ההשפעה.** אפיון הבעיה ועוצמתה הם רכיבים חשובים להצדקת הצורך בהתערבות שלטונית בכלל ובחקיקה ראשית בפרט. בחינה של עוצמת ההשפעה חייבת להביא בחשבון את עוצמת הנזק הנגרם מהמצב השורר, את גודל האוכלוסייה הנפגעת, את מידת הפגיעה בה לאורך זמן ומורכבות הבעיה.

ב. התשתית העובדתית: ניהול תהליך של איסוף סידע ולמידה

חלק זה סקביל לפרק ב בסופס הדיווח

(1) קביעת האיכות הנדרשת לבחינה

זיהוי הבעיה וסיבותיה ואפיון השפעותיה האפשריות מעניקים את הרקע הנדרש לשם החלטה עקרונית בנושאי תהליך הברור, החקירה ואיסוף המידע הדרושים להתמודדות עם הבעיה. בשלב הראשוני ראוי להגדיר את היקף ההערכה שתבוצע, הנגרז מטיב הבעיה. הכלל הבסיסי הוא שככל שמדובר בבעיה עמוקה ורחבת היקף, כך עולה החשיבות של הערכתה השיטתית. להלן נשרטט כמה מדדים לשם החלטה על הערכת הבעיה ומידתה:

1. **אומדן של מידת ההשפעה הצפויה.** בשלב זה עדיין לא נעשית הערכה שיטתית. אולם על יסוד ההערכה יש לבחון אם מדובר בבעיה בעלת פוטנציאל השפעה רב או מועט. לדוגמה, יש לבחון אם ליוזמות החקיקה שייכללו בקטגוריה הזאת יש השפעה על אלה; עקרונות יסוד חוקתיים; תקציב המדינה (השפעה תקציבית); חלקים גדולים באוכלוסייה; התחרות במשק או על המחירים; סיכון חיי אדם או על אינטרסים ציבוריים חשובים. במדינות שונות מקובל לקבוע כי יוזמות רגולטוריות עם השלכה תקציבית שמעל לסכום מסוים נכללות בקטגוריה זו באופן אוטומטי.²¹

21 שם, בעמ' 20; להרחבה ראו Cass R. Sunstein, *The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, 126 HARV. L. REV. 1838 (2013) (להלן: סונסטין "מיתוס ומציאות").

2. **חקיקה של הסדרים ראשוניים.** לאחר שבשלב אפיון הבעיה הוחלט כי היא מצדיקה חקיקה ראשית של הכנסת, גם בשלב קביעת איכות הבחינה הנדרשת ניתן להשתמש במבחנים שנקבעו לגבי סוגיות המהוות הסדרים ראשוניים על מנת להבין את עומק הבחינה הנדרשת.²²
3. **השפעה על מגזרים מוחלשים ומיעוטים.** יוזמות שמשפיעות על מגזרים מוחלשים טעונות בחינה יסודית יותר מיוזמות שהשפעתן על כלל האוכלוסייה אחידה. מדובר במגזרי מיעוטים ובאוכלוסיות מודרות בישראל; מגזרים מוחלשים בשל נטייה מגדרית; מגזרים ועדות דתיות מקבוצות המיעוט; אזורי פריפריה; ומגזרים מוחלשים כלכלית-חברתית. המשקל שניתן להערכה של חקיקה שכזו גדל משיקולים של שוויון וצמצום פערים חברתיים וכן בשל בעיית ייצוג חסר של מגזרים אלה בתהליכי קבלת ההחלטות.
4. **היעדר ניסיון בהסדרת הבעיה.** היעדר ניסיון קודם בכנסת וברשויות המינהל בהסדרה של הבעיה העומדת על הפרק יכתוב בחינה מעמיקה יותר של השפעותיה.

ב(2) ההבדל בין הערכת השפעות בסיסית להערכה רחבת היקף

הליך הערכת השפעות של הצעת חוק אינו אחיד, ואיכותו משתנה כנגזרת של חשיבות הבעיה – הוא עשוי להיות בסיסי או רחב היקף. לאחר אומדן של חשיבות הבעיה על פי אמות המידה שלעיל, ניתן לקבוע אם מדובר ביוזמה שתצדיק הליך בסיסי של הערכת השפעות או הליך הערכה רחב היקף. ההבדל בין שני התהליכים יהיה מותנה בכמות המשאבים שיושקעו באיסוף המידע הנדרש כדי לגבש את ההערכה; בעומקם של תהליכי ההיוועצות בגורמים שונים כדי לקבל את עמדתם בנוגע ליוזמה או כדי לדחותה; במניין החלופות שייבחנו על מנת להתמודד עם הבעיה.

לא כל הצעת חוק צריכה לעבור תהליך הערכת השפעות, ולא כל הצעת חוק שהוחלט לבחון אותה בהליך שכזה צריכה לעבור אותו באופן רחב היקף.

22 עוד על כך בחלק העוסק בעקרון ההסדרים הראשוניים שבפרק השני של המדריך.

ב(3) בעיית המשאבים המוגבלים של הכנסת ומקורות המידע לביצוע

הערכת השפעות

מטבע הדברים אימוצו של הליך הערכת השפעות מעלה שאלות בדבר הכלים המצויים בידם של חברי הכנסת לביצוע הליך כזה; במיוחד עולה שאלת יכולתו של חבר כנסת בודד לייצר או להשיג נתונים רלוונטיים להצעה ולהשתמש בדגמים ובמתודולוגיות שונות שבאמצעותם תיבחן השפעת החלופות.

כפועל יוצא מכך צפה ועולה סוגיה מרכזית המוכרת לעוסקים בחקיקה: סוגיית המשאבים המוגבלים של חברי הכנסת בגיוס המידע הנדרש ועיבודו כדי לבצע את הערכתו. כידוע וכפי שעולה מהצעות שונות לרפורמה בתחום זה, לחברי הכנסת בישראל אין די משאבים לביצוע מיטבי של מלוא התפקידים שהם מופקדים עליהם, בכלל זה חקיקה, פיקוח על הרשות המבצעת, מעורבות פעילה בהליכי חקיקת התקציב, קשר עם הציבור ועוד. בעולם של משאבים מוגבלים קשה יותר להתחייב להליך של הערכת השפעות החקיקה, שכאמור דורש לאסוף מידע ולנתח חלופות בראי שיקולים שונים. חשוב מכך, השעון הפוליטי כופה מגבלת זמן. בין שבייזום הצעות חוק ובין שבתגובה ליוזמות חקיקה שונות, לא אחת פועלים חברי הכנסת במגבלות זמן, המוכתבות מדרישות הליך החקיקה, משיקולים ואילוצים פוליטיים, או מנסיבות אחרות. במצב דברים זה קשה אף יותר לנהל תהליך יסודי של הערכת השפעות בנוגע ליוזמות חקיקה. כדי להתמודד עם בעיית הזמן והמשאבים, חלק זה יצביע על שורה של יצרני מידע רלוונטיים שבכוחם לענות על אתגר הבחינה של הצעת חוק באמצעות הליך של הערכת השפעות.

כיום קיימים בכנסת ומחוצה לה שחקנים רלוונטיים, והסתייעות בכלים וביכולות שלהם היא הבסיס לביצוע הערכת השפעות החקיקה. מדובר בעיקר בשחקנים המייצרים את המידע הרלוונטי בכנסת ובזירות פעולה קרובות (הממשלה, האקדמיה והחברה האזרחית), כמפורט להלן:

סגל הלשכה של חברי הכנסת (בתכנון אסטרטגי של התהליך). סגל הלשכה של חברי הכנסת קטן, אך עדיין יכול וצריך לשמש גורם חשוב ומרכזי ביישום התפיסה של הערכת השפעות החקיקה. נוסף על העבודה השוטפת, הכוללת סיוע בייזום הצעות חוק ובחינה של הצעות חוק שונות, ראוי להיעזר בסגל הלשכה ולהגשים

באמצעותו את הבחירה בהצעות החוק שבכוונתך להטמיע בהן את תפיסת הערכת ההשפעות, לרבות תגובה להצעות חוק ממשלתיות או אחרות, באמצעות הכלים שהליך הערכת ההשפעות מאפשר.

בשילוב סגל הלשכה ראוי להחליט על תכנית עבודה לבחינת ההשפעות של הצעות חוק מרכזיות שבכוונתך לקדם בכל מושב. הצעות אלה, שניתן לכנותן "הצעות דגל", יקבלו את היחס המיוחד שתהליך הערכת השפעות מאפשר באופן שיוביל לשיפור משמעותי של תהליך קבלת ההחלטות הנוגע ליוזמות החקיקה המרכזיות שלך. נוסף על ייזום תהליך של הערכת השפעות בהצעות חוק מרכזיות, אפשר להשתמש בכלים שהובאו בפרק זה גם לבחינת ההשפעות של הצעות חוק אחרות, בין שבמסגרת חברותך בוועדות השונות או בשדולות ובין שבפיקוח על הצעות חוק ממשלתיות. למשל, לנהל הליך של הערכת השפעות "צללים" על הצעת חוק ממשלתית אחת בכל מושב. לסגל הלשכה עמדת מפתח באימוץ עקרונות של תפיסת הערכת ההשפעות ובתכנון שנעזר בכלים שתפיסה זו מאפשרת.

הלשכה המשפטית (בהערכת השפעות חוקתיות). כפי שיעלה בחלקים הבאים, הערכת ההשפעות החוקתיות של הצעת חוק היא הליך שראוי שיחול בהרחבה. מתודולוגיית העבודה המוצעת במדריך זה היא תוצאה של אימוץ כלי הניתוח החוקתי, למשל שקילת חלופות בראי עקרון המידתיות. בשל מאפיינים אלה, לא מוגזם להעריך שהצעות רבות יכללו הערכת השפעות חוקתיות מקיפות. היועץ המשפטי לכנסת ועמו הייעוץ המשפטי לוועדותיה השונות הם הגורמים שמתמחים בניתוח והערכתן של הצעות חוק מנקודת המבט החוקתית. מומחיות זו באה לידי ביטוי בעבודה השוטפת של היועץ המשפטי, אם באופן יזום בוועדות הכנסת ואם במענה לפניות חברי הכנסת בשאלות חוקתיות משפטיות, תקנוניות, מנהגיות ואחרות.

ואכן, כחלק מתהליך החקיקה, היועץ המשפטי לכנסת פועל כבר כיום בתהליכי עבודתו השוטפת בהערכת ההשפעות החוקתיות של הצעות החקיקה,²³ בייעוץ

23 על עבודת היועץ המשפטי לכנסת בתחום זה ראו למשל איל ינון "מגמות בחקיקת הכנסת ה-18: סיכום ביניים" דין ודברים 23 ז (2012).

בכתב ובעל פה, בניסוח הצעות חוק ובמתן חוות דעת, אף שנראה כי פעולות אלה עדיין לא באו לידי ביטוי במיסוד נהלים ופרוצדורות להערכת השפעות חוקתיות. אימוץ מתודולוגיה סדורה להערכת ההשפעות החוקתיות של הצעות החוק וניהול התהליך בנוגע להצעה ספציפית מחייב הסתייעות ביכולותיו של היועץ המשפטי לכנסת, שבתפקידו קנה לו יתרון בשל הידע שצבר במשפט החוקתי. הסתייעות זו יכולה לצמצם בצורה ניכרת את בעיית המשאבים המוגבלים העומדים לרשות חברי הכנסת. בכל הנוגע להערכת ההשפעה החוקתית, היועץ המשפטי לכנסת ונציגיו הם "מכפילי כוח" חשובים.

מרכז המחקר והמידע של הכנסת (בביצוע מחקרי הערכת השפעה בתחומים שונים על פי מדדים). מאז היווסדו בשנת 2000 מיצב את עצמו ממ"מ כגורם משמעותי בזירה הפרלמנטרית, כעורך מחקרים ומעמיד מידע לרשות חברי הכנסת בתחומים רבים. בכלל התוצרים שביכולתו של ממ"מ לספק אפשר למנות את אלה: מסמכים לקראת דיוני הוועדות; ניתוחים השוואתיים בין מדינות; ניתוחים כלכליים ואומדני עלויות; מחקרי תשתית ארוכי טווח; סקירות שונות לגבי נושאים שעל סדר היום, וכמו כן היכולת לספק הערכה תקציבית המעוגנת בתקנון הכנסת. חוק הכנסת תוקן כדי לאפשר לממ"מ לקבל מידע מגופים מבוקרים על מנת לשרת את הכנסת.²⁴

כפועל יוצא מכך, ממ"מ הוא גורם מרכזי חשוב במיוחד בהליך הערכת השפעות החקיקה. אף שכבר כיום מתמודד ממ"מ עם הצורך לתעדף בקשות שונות של חברי הכנסת למחקרים שונים, הכלים העומדים לרשותו מתאימים ביותר לניתוח הערכת ההשפעות של הצעות החוק בהיבטים שונים (כלכליים, חברתיים, סביבתיים וכד'). נראה כי אימוץ המתודה של הערכת השפעות – ובמסגרתה גם אימוץ מדדים שונים לבחינת השפעות החקיקה (כמו ניתוח חוקתי, ניתוח כלכלי בהתחשב במדדי אי-השוויון, ניתוח שווקים, ניתוח עלות-תועלת, ניתוח מדיניות אכיפה בהלימה ליעדים, ניתוח סוגיות על פי מדדי שחיתות שלטונית) – יכולים להוביל לאפקטיביות של התהליך ולהטמעה מלאה שלו כשיח פרלמנטרי בקרב המחוקקים ובזירות החקיקה השונות.

חומרים המופקים ברשות המבצעת (בתהליכי הערכת ההשפעות או במסגרות אחרות). מקור מידע חשוב ורלוונטי לבחינת ההשפעות של הצעת חוק הם חומרים

24 ס' 64 לחוק הכנסת, התשנ"ד-1994.

מקצועיים המופקים ברשות המבצעת: מידע ונתונים מתזכירי חוק ממשלתיים; חומרים בהכנה ודוחות מקצועיים של רשויות ושל ועדות ממונות; נתונים של רשויות שלטוניות באתר השיתוף הממשלתי; מאגרים של הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה; מאגרי נתונים המופקים ברשות המבצעת; חומרים שניתן לבקש מכוח חוק חופש המידע, במיוחד לצורך ביצוע ההערכה. אף שחברי הכנסת אינם מחויבים להתבסס על עבודה הנעשית ברשות המבצעת לקראת חקיקה או בעבודה השוטפת, עומדים לרשותם חומרים שעליהם מתבססת עבודת הרשות המבצעת.

האקדמיה (במחקרים בסוגיות נקודתיות ובחוות דעת). האקדמיה על שלוחותיה השונות וחוקריה הם מקור רב ערך למחקר – לאיסוף מידע ולניתוחו – שעשוי להיות רלוונטי לחקיקה. ככלל, למרות השימוש בתוצרי מחקרים קיימים, ראוי להדגיש את הצורך לשתף פעולה עם אנשי אקדמיה מדיסציפלינות שונות, המסוגלים לסייע למחקר ולפתור בתוך כך את בעיית המשאבים. בפרט נראה כי בשנים האחרונות גוברת המודעות בקרב אנשי אקדמיה ובקרב חברי הכנסת בדבר הצורך בשיתוף פעולה על מנת להעשיר את המסד העובדתי שעליו נבנית החקיקה של הכנסת.

ארגוני החברה האזרחית (במחקרים בסוגיות הנוגעות לאינטרס הציבורי שהם מקדמים). מקור חשוב נוסף שיכול לספק לחברי הכנסת מידע הם ארגוני החברה האזרחית. קבוצה זו כוללת מכוני מחקר המתמחים במדיניות, ארגוני גג ציבוריים בתחומי הרווחה, המשפט, הסביבה ובתחומים אחרים וארגוני פעולה ציבוריים המופקדים על אינטרס ספציפי. לדוגמה, ארגון פעולה סביבתי המתמחה בקיימות, ארגונים המתמחים בזכויות אנשים עם מוגבלויות או בזכויות הילד, ארגונים המתמחים בשקיפות או בהערכה ומדידה של שחיתות שלטונית. בשנים האחרונות ניתן להצביע על תופעה של ארגונים ציבוריים רבים המשקיעים משאבים רבים לשם פעולה בזירה החקיקתית, בין שהם פועלים מול רשויות מינהל ובין שבכנסת²⁵ אפשר לזהות ארגונים מסוגים שונים המקדמים השקפות שונות, שהרימו את דגל הגברת המודעות האזרחית לפעילות הכנסת ואף משקיעים משאבים במחקר ובהערכה של חקיקה. בארגון "הסדנא לידע ציבורי", השואף לספק כלים להגברת

25 להרחבה ראו דבי גילדחיו וסגל שהב "עריכת דין חקיקתית ככלי לשינוי חברתי" מעשי משפט ב 69, 70-71, 79-81 (2009).

השקיפות במגזר הציבורי ולעודד השתתפות ציבורית בזירה הציבורית ובכנסת, אפשר למצוא רשימה של ארגונים המקדמים יעדים מסוגים שונים.²⁶

בעלי עניין המושפעים מהחקיקה (במידע שמועבר ובהליכי היוועצות). לבסוף, גורמים נוספים שיכולים לספק מידע לקראת גיבושו של קו פעולה הם יחידים וקבוצות שיש להם עניין בחקיקה המוצעת. למשל, פעילים למען קבלתו של החוק; קבוצות שהחוק מעניק להם הטבה; קבוצות העלולות להיפגע מהחוק המוצע; נציגיהם של הגורמים האלה. כפי שיעלה בהמשך, הפנייה לבעלי עניין היא חלק אינטגרלי מהתהליך, שתכליתה להבין בצורה טובה יותר את הבעיה ולקבל מידע שיכול לסייע בהצעת החוק. במתכונת זו אפשר גם להשתמש במידע המסופק על ידי בעלי עניין ובמודעות לקיומו של אינטרס של בעל העניין.²⁷ נושא זה מוביל אותנו לשלב הבא של התהליך – למידה שנעשית באמצעות פנייה אל בעלי עניין ואל גורמים נוספים לשם היוועצות.

ג. היוועצות בבעלי עניין, בסומחים ובקבוצות סן הציבור

חלק זה סקביל לפרק ג בסופס הדיווח

הליכי היוועצות הם חלק אינטגרלי לבחינת ההשפעות של יוזמת מדיניות או של תהליכי חקיקה.²⁸ חלק מהותי מתהליך הערכת השפעות הוא "ללמוד על" הסוגיות הנבחנות ו"לדבר עם" הקהלים והקבוצות שיושפעו מהחקיקה. היוועצות מאפשרת להרחיב את תהליך המידה וההערכה ואף יכולה להגביר את האפשרות ליישם את החקיקה ואת מידת הלגיטימיות שלה. הליך היוועצות לא ינוהל בכל יוזמת חקיקה. גם כאן ראוי לזכור כי מדובר בתהליך שאינו חל באופן אחיד על כל הצעות החוק. כך למשל, הצעת חוק שתנוחח בהליך הערכה בסיסי תלובן בהליך היוועצות מצומצם. בייחוד ראוי לזכור כי בהצעות חוק ממשלתיות מתבצעים הליכי היוועצות ברשות המבצעת, דבר המאפשר להשתמש באמות המידה של חלק זה כדי לבחון תהליך שכבר התקיים. יש מקרים שבהם הממשלה מנהלת תהליכים מיוחדים – "היוועצות שבחובה" או תהליכי "היוועצות וולנטרית" – בבעלי עניין, בקבוצות ובראשי קהילות

26 ראו באתר כנסת פתוחה: <http://oknesset.org/agenda>

27 ראו מרדכי קרמניצר, חנן סידור ואסף שפירא הסדרת השדלנות בישראל (הצעה לסדר 1, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013).

28 המושג "היוועצות" שונה מהמושג "שימוע". השימוע מחויב לפי דין במקרים מסוימים של פעולה של רשות מינהלית.

או מומחים. ככל שתהליך אמיתי שכזה התקיים – פוחתת החשיבות של "ניהולו מחדש" בשלב החקיקה. נוסף על כך, מוקד חשוב של היוועצות בגורמים בעלי עניין ובמומחים היא הוועדה המחוקקת; גם בה ניתן להשתמש באמות המידה של חלק זה על מנת לוודא שהקהילה החקיקתית הרלוונטית מוזמנת להליכי החקיקה ומעורבת בה.²⁹ חלק זה יפרט בקצרה את רכיבי היוועצות שראוי לאמץ בבחינה של הצעות חוק.

ג(1) הגדרת קהלי היעד ותכנון היוועצות (גורמי סמשל, בעלי עניין, מומחים וקבוצות)

בשלב התכנון של הצעת החוק, קרי בשלב הקודם להגשתה, נכון לאפיין את הגורמים השונים שבהם יש להיוועץ בשלבי גיבושה. גורמים אלה כוללים את גורמי הממשל הרלוונטיים; את בעלי העניין שיכולים להיות מושפעים מההצעה; מומחים רלוונטיים מהאקדמיה, מהחברה האזרחית מטעם ארגונים ובעלי תפקידים לשעבר מכוח ניסיונם. היעד המרכזי של השלב הזה הוא אפיון של הקהילה החקיקתית הנוגעת להצעת החוק ותכנון השלבים שבהם נכון יהיה לשלב בהליכי החקיקה.

ג(2) מסרות היוועצות

להתייעצות עם הקהילה החקיקתית כמה תכליות: ראשית, התייעצות מגבירה את שיתוף הציבור בהליך החקיקה. שנית, התייעצות מאפשרת זיהוי מוקדם של בעיות שענייניות לפתרון הבעיה. שלישית, מתאפשרת באמצעותה הרחבה של בסיס הידע והרחבה של נקודות המבט לבחינת הסוגיה. רביעית, כשההליך מנוהל כראוי, התייעצות מגבירה את הלגיטימיות של החוק, וממילא את ההסתברות ליישומה והטמעתו.

חשוב לחתור לגיוון ולשונות בבחירת קהלי היעד להיוועצות ולשאוף כי בתהליך ישתפו מרב הגורמים המשקפים את מלוא האינטרסים הרלוונטיים. במיוחד חשוב לכלול בתהליך קבוצות מוחלשות ולהיות ערים לפערים בין קבוצות שונות המשתתפות בהליך. נוסף על כך, חשוב לתאם ציפיות עם קהלי היעד השונים המשתתפים בהיוועצויות בשלבים השונים של ההצעה. תיאום ציפיות שכזה

²⁹ לניתוח ועדות הכנסת בתור "טריטוריות מדיניות" ולהצעות להגברת הנגישות של הציבור לעבודת הוועדות ראו משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי: מתווה לרפורמה בוועדות הכנסת" משפט ועסקים יד 543 (2012). להצעה להגביר את מנגנוני התייעצות עם הציבור ואת אופן התייעצות ראו שם, בעמ' 532-533.

יכלול הן הבהרה של מידת השותפות של קהלי היעד בתהליך והן את האופן שבו חברי הכנסת מעוניינים להתייחס לתוצרי ההיוועצות. תיאום ציפיות מצמצם את האפשרות לאכזבה ולתסכול מהתהליך, בייחוד כשהתוצאות הסופיות של החקיקה אינן כליל השלמות מבחינת קהלי היעד.

ד. הגדרת התכלית החקיקתית

חלק זה סקביל לפרק ד בסופס הדיווח

התכלית החקיקתית היא לבו של החוק. היא קובעת את המטרה שהחוק מתכוון להגשים כדי להתמודד עם הבעיה שאופיינה. באמצעותה יתאפשר להציג כהלכה את היעדים הנגזרים ממנה, לבחון את החלופות לפעולה ולהעריך את תועלתן בהלימה למידת השגתן את התכלית. לאחר שהוגדרה הבעיה ונוהל הליך של למידה והיוועצות עם קהלי יעד רלוונטיים, הצעת החוק תגדיר את התכלית החקיקתית בהתחשב בסוגיות שלהלן:

1. **תכלית או תכליות החוק.** מהי מטרת החוק? מדוע יש צורך בחוק ומה מבקש המחוקק להשיג? האם תכלית החוק עונה באופן בהיר וספציפי על הבעיה? במקום שבו יש לחוק יותר מתכלית אחת, היש ביניהן היררכיה?
2. **הגדרה בהירה של התכלית.** ניסוח התכלית או התכליות בצורה בהירה ככל האפשר כדי שתהליך קבלת ההחלטות יתמקד בתכלית חקיקתית ברורה. בהגדרת התכלית ראוי להימנע מאלה:
 - א. **תכלית עמומה:** הגדרה רחבה ועמומה מדי של התכלית תקשה על בחירה מושכלת של האמצעים להגשמתה. הגדרה כזו תוביל למצב שבו כל חלופה שתיבחר וכל אמצעי שייבחר יוכלו, לכאורה, להלום את התכלית הרחבה. תכלית עמומה גם תגרום לקושי להצדיק את החוק במונחים של דרישת הבהירות.
 - ב. **תכלית סמויה:** במקרים מסוימים לא ברור כלל מהי התכלית האמיתית של החוק המוצע. למשל, עשויות להתרוצץ בשיח הציבורי תכליות שונות. בשעה שאלה פני הדברים, חובה להבהיר תחילה מהי התכלית החקיקתית ואם היא ראויה. מקומה הראוי של תוצאת הברור הוא בראש דברי ההסבר. יתרה מכך, ברור שיש להימנע ממצב שבו החוק מצהיר על עצמו כמקדם תכלית (ראויה) אחת, והלכה למעשה הוא מכוון לקידום תכלית אחרת.

3. האם התכלית המוצעת הולמת את ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית?
4. הלגיטימיות של התכלית: במצבים רבים, בפרט בכל מצב שבו יש בחוק פגיעה בזכויות חוקתיות מוגנות, עולה הדרישה לתכלית לגיטימית (legitimate purpose). אמות המידה לתכלית לגיטימית מפורטות בחלק השני של המדריך בפרק "תכלית ראויה". תכלית ראויה מעניקה לגיטימציה לפגיעה מידתית בזכות חוקתית בחוק רגיל של הכנסת.
5. יעדים: האם ניתן לפרוט את התכלית ליעדים ברורים? אם כן, יש לנסחם בפשטות ובצורה בהירה.

ה. גיבוש חלופות לפעולה

חלק זה סקביל לפרק 1 בטופס הדיווח

ה(1) הצבת חלופות רלוונטיות

לאחר שנוהל הליך שאפיין את הבעיה והגדיר את התכלית ולאחר שיש בידך מידע רלוונטי על מנת לגבש כיווני פעולה, מגיע שלב גיבוש החלופות. בשלב זה טוב להציב שתי חלופות לפעולה לכל הפחות, הנבדלות זו מזו באופן ברור ומציגות דרכים שונות להתמודד עם הבעיה. לפעמים הבעיה והתכלית החקיקתית יהיו רחבות די צורכן כדי להציג קשת של חלופות אחדות, הנבדלות זו מזו הבדל ניכר; יש שההבדל בין החלופות יהיה קטן יותר. עם זאת בשלב זה נכון לשאוף להצבה של חלופות שונות, המתמודדות עם הבעיה באמצעים שונים, והמידע שנאסף מעלה שבכושרן למלא את ייעודן.

ה(2) בניית החלופות בשילוב כלי חקיקה

עיצוב האמצעים שיינקטו להגשמת התכלית מחייב ניתוח של חלופות ואף אימוץ תמהיל של אמצעים להגשמת היעדים שהחוק מבקש להשיג. למעשה, כל חלופה יכולה וצריכה לשקף שימוש מורכב בתמהיל של אמצעים. מנעד השיקולים בעיצוב החלופות רחב ואף נוגע לליבת שיקול הדעת של המחוקקים. שיקולי המחוקק יביאו בחשבון את ההבחנות הללו:

1. שילוב אמצעים בעלי עוצמות שונות של התערבות שלטונית לפגיעה בפרט. אמצעי המוטמע בחוק יכול לכלול עוצמות שונות של התערבות, הכוללות

הפעלה של סמכות המדינה ברמות משתנות (פלילית, מינהלית, אזרחית): החל במשטר הכופה סנקציות פליליות שסופן שלילת החירות וכלה באמצעים המעודדים התנהגות אזרחית טובה ללא כפייה וציות או באמצעים סימבוליים־דקלרטיביים. עוצמות שונות מבטאות שוני בחומרת הסנקציות והאמצעים שהחוק כופה, וממילא במידת ההצדקה הדרושה כדי לאמצם. ככל שהאמצעי פוגעני יותר, כך נדרשת הצדקה חזקה יותר על מנת להכשירו.

2. **שילוב בין כלים ישירים לתמריצים ובין כלי סיוע עקיפים.** ניתן לכוון התנהגות באמצעות דרכים שונות גם ללא התערבות ישירה אלא באמצעות מתן תמריצים, העמדת כלי סיוע של הממשלה ונקיטת דרכים שונות בעקיפין לעידוד ההתנהגות. למשל, באמצעות מיסוי, מענקים, סובסידיות, תמיכות ושיתופי פעולה.

3. **שילוב בין התערבות אינטנסיבית בשווקים ובין רגולציה עצמית.** המדריך שפרסמה הממשלה מפרט (בנספח 1) כלים שונים להתערבות במקרים שבהם החקיקה כוללת אסדרה של סקטור מפוקח.³⁰ מן המדריך אפשר ללמוד על טכניקות רגולטוריות שונות, וראוי לציין את "ציר ההתערבות בשוק" בתור כלי חשוב להבחנה בין אמצעים. כך, אסדרת סקטור באמצעות משטר פיקוח רגולטורי כופה התערבות מסוג שונה מזו של הותרת השוק למשטר של רגולציה עצמית. המדריך למחוקק אינו עוסק בטכניקות לרגולציה, אך ניתן להסתייע במומחים לעניין זה.

4. **עיצוב מנגנוני יישום ופיקוח אפקטיביים.** כל חלופה צריכה להציב מנגנוני יישום ופיקוח כדי להבנות את הדרך שבה תוגשם התכלית. הפיקוח והאכיפה צריכים להניב את הערך המרבי להגשמת התכלית תוך כדי השתת נטל מזערי על האוכלוסייה. כך, לצד האמצעים המוצעים במסגרת החלופה יש לפרט אמות מידה ליישום אפקטיבי שלה וכן משטרי פיקוח, כמו זכות הערעור לגוף מינהלי, ועדת ערר, יחידת פיקוח ופיקוח פרלמנטרי.

30 לדיון במדינה המודרנית כמדינה רגולטורית ראו יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב 67 (תשס"ה); כן ראו אורי ארבל־נג' רגולציה - הרשות המפקחת (מחקר מדיניות 37, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003); להרחבת הדיון בעניין זה ראו דפנה ברק־ארז "אזרח־נתין־צרכן: משפט ושלטון במדינה משתנה 20-41, 231-252 (2012); אבי ליכט "התאמת המשפט המינהלי הקלאסי לרגולציה המודרנית: תחום התקשורת כמשל" סיכום ערב עיון בנושא רשות תקשורת חדשה המשפט, השוק, והשיח הציבורי, המרכז למשפט וטכנולוגיה 3 (2004), 67.

5. בחינת החלופות באמצעות מנגנוני ניהול סיכונים. בדומה לתהליכים של קבלת החלטות במגזרים שונים, יש לבחון את החלופות במנגנוני ניהול סיכונים. תהליכי ניהול סיכונים כוללים הערכה של הסיכונים לכל חלופה וגיבוש מדיניות פיקוח ואכיפה הולמות.³¹

6. בחינת האמצעים המוטמעים בכל חלופה במונחים של סיכויים. הסיכויים להגשמתה של התכלית בכל חלופה הם נתון חשוב בתהליך, שיוכל להצדיק את הבחירה בה. בשלב גיבוש החלופות ובחירת האמצעים נכון לנהל הליך להערכת ההסתברות להגשמת התכלית בכל אחד מהאמצעים המוצעים. גם אם אין יכולת לגבש תחזיות ברורות, מן הראוי להציג כל חלופה עם הערכה ריאליסטית בנוגע להסתברות להגשמתה.

ה(3) כנות בבחירת החלופות ושקיפות התהליך

במכלול השיקולים השונים לבחירת חלופות רלוונטיות להגשמת התכלית החקיקתית ראוי לציין כמה אמות מידה שמטרתן למנוע הליך לא אפקטיבי של בחירה בין חלופות, כלהלן:

1. הצגה של חלופות לפי מדרג וכפונקציה של מידת פגיעתן. במקרים רבים החלופות שנשקלות נבדלות זו מזו במידת החומרה של האמצעים שיוטמעו בכל אחת מהן ובמידת פגיעתן באינטרסים ובזכויות מוגנות. שקילה מלאה של כל חלופה צריכה לכלול אומדן והערכה של עוצמת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים מוגנים של יחידים ושל קבוצות וכן השפעות שליליות נוספות שלה, לקראת הערכה בעניין מידתיותה. תנאי מקדים וקריטי להיתכנות של ביצוע הערכה שכזו הוא שקיפות ביחס למידת הפגיעה שקיימת בכל חלופה.

2. חלופה אחת וכמה צללים. לא אחת, במצבים שבהם חלופה אחת מקודמת מכוחם של לחצים פוליטיים או לחצים של קבוצות אינטרס, מתבססת ב"חלל" המדיניות חלופה דומיננטית אחת. החלופות האחרות אינן "אמיתיות" במובן זה שאינן מקבלות את המשקל הראוי להן במסגרת הניתוח. בחירה בין חלופות חייבת להיות מבוססת על בחינה אמיתית של חלופות, הנשקלות בלב פתוח ובנפש חפצה. במקרים שבהם חלופות שונות נדמות כחלופות צללים שאינן

31 להרחבה על תהליך זה ראו המדריך הממשלתי, לעיל הערה 1, בעמ' 41-42 וההפניות שם.

מונחות על השולחן באופן אמיתי, יש לשאוף לאיתור חלופות אחרות. **חלופה אחת וכמה צללים אינה תהליך אמיתי של בחינת חלופות.**

3. **התעלמות מחלופה של אי-התערבות (חלופת אפס).** בין שמדובר באסדרה של שווקים ובין בסוגיות אחרות, ראוי לשקול חלופה של אי-התערבות לצד חלופות אחרות. לעתים אי-התערבות היא המדיניות העדיפה, ולכן יש לשקול אותה כחלופה.

סוגיה אחרונה בשלב הצגת החלופות היא השקיפות לגבי מכלול החלופות שנשקלו ופרסומן בהצעת החוק (בטופס נפרד או אפילו בדברי ההסבר). לעמדתנו, בניגוד לתהליכי קבלת החלטות מינהליות, שבהן ניתן לחשוב על צידוקים לאי-פרסום של תהליכים מקדמיים לקבלת החלטות ושל חלופות שנשקלו, **תהליכים המבשילים לידי חקיקה ראשית צריכים לכלול פרסום נרחב ביותר של חלופות, לרבות חלופות שנשקלו אך לא נבחרו בסופו של יום.** פרסום החלופות – אם במסגרת תוצרי תהליך הערכת השפעות ואם בדברי ההסבר להצעת החוק – הוא תנאי חשוב לקיומם של הליך חקיקה אפקטיבי ושל בקרה פרלמנטרית וציבורית על הצעות חוק. לפיכך אנו ממליצים על פרסומן של חלופות לפעולה במסגרת הצעת החוק.

1. הפגיעה: אפיון הפגיעה האפשרית של התכלית בזכויות חוקתיות

חלק זה מקביל לפרק ה בטופס הדיווח

ו(1) אפיון הפגיעה בזכויות יסוד כחלק אינטגרלי מתהליך הערכת השפעות החקיקה

על מנת לתת ביטוי הולם לחובת הכנסת להגן על זכויות האדם, חובה לשלב בחינה של השפעות החקיקה על זכויות האדם כבר בשלב גיבוש הצעות החוק. כאשר בוחנים את התועלת שתצמח מהחלטה או מהצעות חוק אל מול העלות הצפויה מהן, צריך להביא בחשבון באופן מפורש ומנומק את זכויות האדם הרלוונטיות שנפגעות מכך. מטרתו של חלק זה היא לאפיין את הליך בחינת הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות שיש בהצעת החוק. ככלל, שילוב הבחינה של הפגיעה שיש ביוזמות מדיניות בזכויות יסוד של פרטים צריכה להיעשות כבר בשלבים המוקדמים של היגוי היוזמה וכך גם נעשה בפועל בחלק מהמקרים של החקיקה הממשלתית. עם זאת נראה כי תפיסת המיסוד הממשלתית (לפחות בתחום הרגולציה) אינה רגישה

זיהויהיבט זה, והחלק שלהלן מתמקד בצורך לשלב את בחינת הפגיעה של חקיקה בזכויות יסוד במסגרת הערכת השפעות של החקיקה.

פעמים רבות החשש לפגיעה בזכויות יסוד קשה לכימות על פי מדדים כמותיים מקובלים. כך יכולה לעלות טענה שלפיה קשה להכליל את הפגיעה בזכויות בשעת חישובי עלות-תועלת של כללים המוצעים במסגרת יוזמות חקיקה. עם זאת והרבה לפני שלב הביקורת השיפוטית בנוגע לחוק שהתקבל, אין בדבר כדי לפטור שום רשות שלטונית מן החובה להתייחס לגורם של הפגיעה בזכויות.³² הקושי בכימות אובייקטיבי של מידת הפגיעה אינו צריך להשפיע על שילוב הערכת ההשפעה של החקיקה על זכויות היסוד. יש לשלב נושא זה במדדים קיימים; לפתח אמות מידה חדשות לבחינה, לרבות כימות של היבטי הפגיעה בזכות שניתנים לכימות,³³ ולהיעזר במדדים המתפתחים בארגונים בין-לאומיים.

32 על סוגיית הכימות של הפגיעה בזכויות יסוד באיחוד האירופי ראו למשל ב־EU-GUIDANCE, לעיל הערה 6, בעמ' 17:

Efforts to quantify any impact on fundamental rights are often very difficult to undertake, and sometimes impossible to achieve. The Impact Assessment Guidelines explicitly suggest that such impacts need to be assessed qualitatively. For example, it will not be possible to quantify/monetise the impact on the right of every child, enshrined in Article 24 of the Charter, to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both parents. However, in some limited cases quantification of impacts on fundamental rights might be possible. For example, an expected, quantified decrease in the "gender pay gap" can be presented as a positive impact on right to equality between women and men enshrined in Article 23 of the Charter. In the Impact Assessment Guidelines you can find further help on comparing and ranking options which have both quantifiable and non-quantifiable impacts.

33 נראה שאפילו בתחום של הערכת השפעות הרגולציה מתבססת ההכרה בדבר חשיבות שקלול הפגיעה בזכויות. ניתן לציין את שילובן של הערכות לא כמותיות של פגיעה בזכויות או שיפור המודעות אליהן במסגרת פעילות הרשות המרכזית להערכת השפעת הרגולציה בארצות הברית. קאס סונסטין, שעמד בראש הרשות שהובילה את הנושא, הציג את תפקידיה של הרשות ופעילותה וציין במיוחד את הצורך לשלב את הערכת השיפור או הפגיעה של חקיקה בערכים שאינם ניתנים למדידה כמותית, בפרט בערכים ובזכויות יסוד (ראו סונסטין "מיתוס ומציאות", לעיל הערה 21, בעמ' 1866). לביקורת על גישה זו ולהצעות למתודולוגיות נוספות לכימות של היבטי פגיעה בזכויות במסגרת הליך הערכת השפעות ראו Daniel A. Farber, *Breaking Bad? The Uneasy Case for Regulatory Breakeven Analysis* 102 CAL. L. REV. 1469 (2014)

2) שילוב של הערכת השפעות חוקתיות בשלבים השונים של התהליך

בשיטות שונות שמאמצות תהליכי הערכת השפעות קיימת מודעות לצורך לשלב בהם בחינה ייחודית של השפעות החקיקה המוצעת על זכויות היסוד.³⁴ התובנה בהקשר זה היא שעל המחוקק לתת את דעתו לפגיעה בזכויות, לבחון פתרונות חלופיים לבעיה העומדת על הפרק ולוודא כי הפתרון שבחרה החקיקה המוצעת הוא המידיתי ביותר בנסיבות העניין.³⁵ התפיסה היא כי הליך חקיקה המציית לאמות מידה אלה יוביל לגיבוש פתרון טוב יותר מן הפרספקטיבה החוקתית.

החלק שלהלן ממוקם בין שלב גיבוש החלופות ובין שלב ניתוח החלופות. הטעם לכך הוא שלאחר שהוגדרה התכלית החקיקתית וגובשו כמה חלופות, יש לאפיין את הפגיעה בזכויות יסוד מוגנות בשל האמצעים הננקטים ובמסגרת כל אחת מהחלופות. מן הראוי לאמץ את דרך הפעולה הזאת כדי שאחרי כן – במסגרת ניתוח מידתיות החלופה – יתאפשר לבחון את ההבדל בין החלופות בהקשר זה. חלק זה מובא בנפרד בשל הצורך להדגיש, במסגרת כלי העבודה המוצע כאן, את החשיבות של דיון מובחן ומושכל בסוגיות הנוגעות לפגיעה בזכויות שיש בחלופות המוצעות. זהו השלב שבו עולה לראשונה נושא הפגיעה בזכות; מכאן ואילך נעשית הפגיעה בזכות לחלק מהליך הבחינה של החלופות השונות.

בחינת יוזמת החקיקה בראי פגיעתה בזכויות היסוד צריכה להיעשות בכל שלבי ההליך. בחינה זו נועדה להביא לידי ביטוי מלא את כיבוד זכויות היסוד בכל שלב של קבלת ההחלטות.

מטרה מוצהרת נוספת של גישה זו היא השאיפה ליצור תרבות של כבוד לזכויות היסוד. על מנת ליצור תרבות כזו, הוחלט להבנות את הערכת ההשפעות על זכויות יסוד כבר בשלביה המוקדמים של החקיקה ולאורך השלבים השונים של תהליכי הערכת ההשפעות.³⁶ עקב כך נפרט מעט בחלק זה את שילוב הבחינה הזאת בשלבים השונים של התהליך כולו. ככל שבחינת ההשלכות על זכויות האדם תופעל

34 באיחוד האירופי יש מודעות לצורך לשלב בהליך הערכת ההשפעות בחינה ייחודית של השפעות החקיקה המוצעת על זכויות היסוד. ראו EU-Guidance, לעיל הערה 6, בעמ' 3.

35 שם, בעמ' 4.

36 שם, בעמ' 5-6.

בכל שלבי ההליך, כך יוכלו הוועדות השונות להיטיב את הצעות החוק לקראת דיוני הקריאות ולהבטיח כי החקיקה שתעבור תהיה טובה ואפקטיבית יותר. אולם עוד בטרם שילובה של בחינת הפגיעה בתהליך, ראוי להגדיר שני שלבים עיקריים להערכת ההשפעה על זכויות היסוד, הגדרה שתוביל לבחינה של חלופות ראויים ותשלב את גורמי ההערכה המשפטיים בתהליך, כדלקמן:

◀ בשלב הראשון תיבחן הצעת החוק על פי יכולתה לפגוע בזכויות יסוד. תשובה חיובית תביא להסרה מן הפרק של חלופות הנוקטות אמצעים שמובילים לפגיעה שכזו. כשמדובר בפגיעה בהיבטים הנתפסים כיחסיים, ניתן להמשיך בבחינת מידתיות הפגיעה וכדאיותה. בשלב זה יש לשאול שאלה חשובה נוספת: האם עצם קיומה של הצעת החוק לא נועד להתמודד עם בעיה שזוהתה אלא להשתמש בהצעת החוק ככלי לפגיעה בזכויות של יחידים או של קבוצות?

◀ אם במסגרת בחינה זו עלה חשש לכאורי להשפעה על זכויות היסוד, יש לוודא כי גורמים משפטיים ישותפו בהליך הערכת ההשפעות; במיוחד, בשלב הצבת החלופות, כשמתברר שאכן יש חשש לפגיעה בזכויות, צריך ליידע גורם משפטי ולשלב בתהליך.

לצד התפיסה הבסיסית שלפיה יש לשלב את ניתוח הפגיעה האפשרית בזכויות ולשלב את הייעוץ המשפטי במקרה שזו אותרה, הערכת ההשפעות של החקיקה המוצעת על זכויות היסוד משולבת במבנה הכללי של התהליך, לפי הפירוט שלהלן:

1. **בשלב אפיון הבעיה** - בשלב שבו מאופיינת הבעיה שהחקיקה המוצעת מבקשת לפתור יש לאבחן, בין שאר הפעולות הראשוניות שנעשות, את זכויות היסוד הרלוונטיות המשפיעות על הגדרת הסיטואציה בתור בעייתית.
2. **בשלב הגדרת התכלית** - תכלית שכל מטרתה היא פגיעה בזכויות אינה תכלית ראויה. ואולם, אם להצעת החוק עשויה להיות השפעה ניכרת על זכויות היסוד של פרטים, ראוי להגדיר את קידומן ושמירתן כחלק אינטגרלי מן התכלית החקיקתית (כתכלית נפרדת או כיעד), באופן שיבטיח שהליך הערכת ההשפעות לא יזניח את ניתוח ההשפעות הפוטנציאליות על זכויות אלה.

3. **בשלב הצבת החלופות** – בשלב שבו מוצגות ומוגדרות חלופות שונות שעשויות להשיג את המטרות שהוגדרו ולפתור את הבעיה שזוהתה. כשניתן לקבוע כבר בנקודת זמן זו שחלופות מסוימות, או מרכיבים מסוימים שלהן, פוגעים באופן חריף מדי בזכויות יסוד, צריך לדחותן על הסף ולהימנע מבחינה מפורטת שלהן בשלבים הבאים. נוסף לכך, כשפגיעה בזכויות אכן קיימת, ראוי לתת את הדעת להתאמה הדוקה של האמצעי באופן שתימנע פגיעת יתר ולשילובם של מנגנוני הגנה שעשויים לצמצם את הפגיעה ולהציג אותם בצורה ברורה ומפורטת. תפקידה של התאמה זאת הוא קודם כול להבטיח שלא נגרמת פגיעת יתר שאינה נחוצה או שהיא יותר מהדרוש; ואחרי כן להבטיח שהיקף הפגיעה – והנסיבות שבהן היא מותרת – יפורשו בחקיקה בצורה ברורה.
4. **בשלב הערכת השפעות של כל אחת מן החלופות שנבחרו** – את ניתוח ההשפעות על זכויות היסוד יש לערוך במסגרת שלוש קטגוריות הניתוח העיקריות – השפעות כלכליות, חברתיות וסביבתיות – ולא בקטגוריה נפרדת כדי למנוע סרבול וכפילויות. בשלב הערכת ההשפעות יש לבחון ולנתח את ההשפעה של כל חלופה על זכויות היסוד.
5. **בשלב השוואת החלופות וזיהוי החלופה המתאימה ביותר** – כשאחת החלופות התגלתה בשלב הערכת ההשפעות בתור זו שפוגעת בזכויות יסוד באופן בלתי חוקתי, יש להסיר אותה מהפרק. בהיעדר הכרעה חדמשמעית לגבי אחת החלופות, יש לאזן ביניהן ולהעדיף את החלופה שפוגעת פחות בזכויות היסוד, או בזו שמקדמת אותן ביותר.

(3) הרחבת זירות להערכת השפעות חברתיות של הצעה

בחלק זה בחרנו להרחיב את המדדים להערכת השפעות חברתיות של הצעת חוק כדי להבטיח שמוענקת תשומת לב חקיקתית להיבטים חיוניים לחברה בכללותה ולפרטים החיים בה.³⁷ לפיכך נציג מדדים נוספים לבחינה של השפעות חברתיות, ויודגשו אלה שמכוונים לבחון פגיעה בזכויות הפרט. כך, במסגרת הבחינה של השפעות חברתיות, על המחוקק לבחון כיצד ישפיעו חלופות מוצעות על מעמד

37 התפיסה המוצגת בחלק זה משלימה את הערכת ההשפעות המוצגת במדריך הממשלתי ומעבה אותה אגב הטמעת גישה שונה ומתן דגש על בחינת השפעות חברתיות של יוזמת החקיקה. לצורך זה השתמשנו בקווי היסוד של ההנחיות להליך הערכת השפעות החקיקה שפרסם משרד המשפטים בפינלנד. ראו, *Impact Assessment in Legislative Drafting Guidelines* (Sami Sarvilinna trans., MINISTRY OF JUSTICE FINLAND PUBLICATION 2008: 4, 2008)

האזרח ועל תפקודה התקין של המערכת הדמוקרטית באמצעות דיון בכמה זירות השפעה פוטנציאליות:

1. תחילה יש לבחון באיזו מידה משפיעה החלופה המוצעת על זכויותיו של הפרט כאדם עצמאי, למשל: פגיעות אפשריות בזכות לחירות; פגיעות בזכות לכבוד האדם; השפעת החקיקה על משך ההליכים המינהליים או השיפוטיים ועל נגישות הפרט לסעד משפטי.³⁸ במסגרת זו ראוי לבחון השלכות על זכויות יסוד קלאסיות שעשויות להיפגע במישרין או בעקיפין, החל בזכות לפרטיות וכלה בזכות לשימור שפה ותרבות ייחודיות. מחוץ להשפעות הממשיות על חירויות האזרח וזכויותיו, יש להידרש גם להשפעות הערכיות-סמליות של החקיקה המוצעת. כך למשל, איסור פלילי בנוגע להתנהגות מסוימת משפיע לא רק ברובד הממשי אלא גם משדר מסר לגבי תפיסת המוסר הראויה בחברה.

2. לאחר בחינת השפעת החקיקה מנקודת המבט של הפרט, יש לנתח את השפעתה על היחסים הבין-אישיים ועל האינטראקציה בין הפרטים. במסגרת זו יש להידרש לזכויות רלוונטיות כגון חופש ההתאגדות, זכות השביתה וחופש החוזים ולנתח את השפעות החקיקה על יכולת הפרט לקבל באופן חופשי החלטות הנוגעות למערכות היחסים שלו עם סביבתו.

3. ברובד הרחב יותר ייבחנו השפעות החקיקה המוצעת על יכולתו של הפרט להוות גורם רלוונטי במגרש הפוליטי-ציבורי. למשל, יש לתת את הדעת על זכויות דוגמת זכות ההתאגדות – במסגרת פוליטית או באיגודי עובדים מקצועיים, או זכות הטיעון – הזכות המוקנית לאזרח להציג לפני הרשויות את עמדותיו בניסיון להשפיע על החלטותיהן. במסגרת זו ייבחנו גם מעמדם של ארגונים ללא כוונת רווח (NGO's) ואופי מערכת היחסים בינם ובין הרשויות או ארגונים אחרים.

לצד זירות ההשפעה שלעיל, מפורטים להלן היבטים קונקרטיים הנבחנים באופן מסורתי במסגרת הערכת השפעות חברתיות:

1. השפעה על בריאותם ואיכות חייהם של האזרחים: החלטות שלטוניות רבות משפיעות, כך או אחרת, על בריאותם ורווחתם של האזרחים, או על אופן חלוקת המשאבים ביניהם. יש למקד את הערכת השפעות בקבוצה הקונקרטית

38 שם, בעמ' 35.

החשופה להשפעה, אם יש כזו. את ההערכה יש לקיים על רקע המרקם הכללי של ההסדרים החוקיים הקיימים, בלי להוציא את החקיקה המוצעת מהקשרה. חשוב להביא בחשבון לא רק את ההשלכות הישירות והמידיות אלא גם את ההשפעות העקיפות והמאוחרות.

2. **השפעה על הזכות לשוויון ועל מעמדם של ילדים ונשים:** האם החקיקה משפיעה, לטוב או לרע, על קידום השוויון בין פרטים וקבוצות? או לכל הפחות מתיישבת עם החובה שלא להפלות על רקע מין, גיל, מוצא, שפה, דת וכיו"ב? בהקשר זה ראוי לשוב ולציין את חובתה של הכנסת לשקול השפעות אלה מכוחם של חוקי מסגרת ספציפיים. לאור חשיבותה של הבחינה הכלכלית בצמצום אי-השוויון וקידום שוויון הזדמנויות באופן פרו-אקטיבי, יש מקום להעמיק את הערכת ההשפעות הכלכליות שעל אודותיה עמדנו לעיל, ולבחון אותה בהקשר של קידום השוויון בין פרטים וקבוצות.³⁹

כשמדובר בילדים, הערכת ההשפעות תיעשה בהתאמה לעיקרון המרכזי של האמנה בדבר זכויות הילד. על פיו, טובת הילד תהווה שיקול מרכזי בכל החלטה המשפיעה עליו. לכן יש לפרט אם וכיצד ההצעה מקדמת את טובת הילד באמצעות חשיפת יתרונותיה וחסרונותיה בהיבט זה. בהערכת ההשפעות יש לנתח גם השפעות עקיפות הנובעות מהחקיקה המוצעת, כמו שינויים אפשריים ברמת ההכנסה המשפחתית, הגנה על איכות הסביבה שבה חי הילד, מיקומו של הילד בתא המשפחתי וכד'. במסגרת הערכת ההשפעות על טובת הילד יש להביא בחשבון את עמדת הילדים עצמם בעניין.⁴⁰

באשר לשוויון מגדרי, יש לערוך בחינה מקדמית כדי לקבוע אם החקיקה המוצעת עשויה לתרום לקידום השוויון המגדרי, או שהיא "עיוורת" לסוגיות מגדריות (רגולציה סביבתית, למשל). תשובה חיובית לבחינה הזאת תפעיל ניתוח של השפעות שיעשה על פי מבחן משולש: (א) כיצד מושפעים גברים; (ב) כיצד מושפעות נשים; (ג) אם לפחות אחד מהמינים מושפע מהחקיקה, יש לבחון אם מדובר בהשפעה היוצרת פער לא הוגן על רקע מגדרי. הבדלים בין המינים, זוגמת היריון ולידה והכרוך בהם, אינם יכולים לשמש בסיס להסדר

39 שם, בעמ' 37. כן ראו את מאמרו של גליקסברג, לעיל הערה 15.

40 המדריך הממשלתי, לעיל הערה 1, בעמ' 9-38.

בלתי שוויוני.⁴¹ במקומות שבהם טרם נוסתה מדיניות שוויונית או מדיניות של העדפה מתקנת מוצדקת, אין להתבסס על הערכות וספקולציות לשם שלילת האפשרות ליישמה. יש לערוך ניסוי ולהעריך לפי תוצאותיו את היכולת לצמצם את הפערים.⁴² חובה לקדם שוויון מגדרי לא רק באופן מניעתי אלא גם לשקול את הצורך להפעיל העדפה מתקנת, כשזו דרושה.

3. **השפעה על מיעוטים קבועים:** הגנה על מיעוטים קבועים היא משימה ראשונה במעלה בעבודת המחקק וראוי שתיכלל בכל בחינה של יוזמת חקיקה. מיעוטים קבועים מצויים בסיכון מתמיד לפגיעה, הן בנוגע ליחידים מקבוצת המיעוט והן כקבוצה, בשל החולשה המובנית של קבוצת המיעוט בהגשמת האינטרסים שלה למול קבוצות רוב. בבחינת ההשפעות החברתיות של הצעת חוק ראוי לייחד בחינה מיוחדת לגבי שאלת השפעתה על קבוצת מיעוט קבועה ככלל ובאיזה אופן היא משפיעה בפרט. חשוב לציין כי ראוי שהבחינה הזאת – השפעת ההצעה על מיעוטים קבועים – תיעשה בכל הצעת חוק, לכל הפחות ברמה מקדמית, גם במקום שבו היוזמה המוצעת בהצעת החוק אינה נוגעת, לכאורה, לקבוצת המיעוט.

4. **השפעה על התעסוקה ועל חיי העבודה:** שוק התעסוקה מבוסס על איזון מתמיד בין היצע של שירותי העבודה ובין הביקוש להם. לכן יש לנתח תחילה את השפעות החקיקה המוצעת בשני ממדים: מחד גיסא, לברר כיצד החקיקה משפיעה על ההיצע בשוק, בין השאר באמצעות הענקת תמריצים להשתלבות בכוח העבודה. מאידך גיסא, ניתוח פוטנציאל ההשפעה על הביקוש לעבודה כתוצאה מדרישות שונות המשפיעות על עלויות ההעסקה. קטגוריה זו מחייבת זיהוי של השפעות נפרדות וסותרות לעתים על סקטורים שונים. כמו כן מחייבת קטגוריה זו לבחון את ההשפעה על התעסוקה גם במסגרת חקיקה מקיפה העוסקת ברפורמות מבניות מהותיות יותר של המשק כולו. לבסוף, יש לבחון

41 בג"ץ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, בפס' 21-41 לפסק דינו של השופט מצא (1995); פס' 2-9, 15-17 לפסק דינה של השופטת דורנר:

הגשמת השוויון בין המינים מחייבת תכנון מערכתי שייקח בחשבון את צורכיהן הייחודיים של נשים. האינטרס בהבטחת כבודן ומעמדן של נשים, מחד גיסא, ובהמשך קיומה של החברה ובגידול ילדים, מאידך גיסא, דורש – ככל שהדבר ניתן – שלא למונע מנשים את האפשרות למצות את יכולתן ושיאופותיהן אך בשל הפונקציות הטבעיות המיוחדות להן, ובכך להפלותן לרעה מגברים. יש להתאים את המוסדות החברתיים – לרבות ההסדרים המשפטיים – לצורכי האישה.

42 שם, בפס' 21 לפסק דינו של השופט מצא; וכן בפס' 22 לפסקתה של השופטת דורנר.

גם את השפעת החקיקה המוצעת על אופי ההעסקה ותנאיה. לדוגמה, קביעת הסדרי בטיחות משליכה אמנם על עלויות ההעסקה ועל שיעור התעסוקה, אך יש לבחון זאת גם בהיבט של השפעתה על תנאי העבודה (בהיבטים של בטיחות ומניעת שחיקה).⁴³ בהקשר הישראלי, ראוי לתת את הדעת באופן נפרד לשאלת הפגיעה שיש בהסדרים מוצעים בעובדים מסוגים שונים, בפרט לפגיעות במועסקים שאינם עובדים במסגרות תעסוקה קשיחות אלא במסגרות רופפות, דוגמת עובדים זרים, עובדי קבלן מהגרי עבודה וכיו"ב.⁴⁴

5. **השפעה על מניעת הפגיעה ועל הביטחון האישי:** קטגוריה זו רחבה מאוד ומכילה שלל נושאים שהמשותף להם הוא הקניית תחושת ביטחון לפרט בסדר החברתי; החל בהבטחת ביטחונו הפיזי, עבור באבטחת מאגרי מידע שונים וכלה בזמינות שירותי החירום.

6. **השפעה על רמת ההתפתחות של אזורים שונים במדינה:** בסעיף זה נדרשת הערכת ההשפעות של החקיקה המוצעת על השוויון הכלכלי-סביבתי בין אזורים שונים במדינה ובין תושביהם. לפיכך יש לבחון כל הצעה שמשפיעה על רגולציה עסקית (סבסוד של ענף מסוים, למשל), או על רווחת התושבים (חינוך, תחבורה וכד'), בראי תרומתה לשוויון בין אזורים וחבלי ארץ שונים, מחוץ לניתוח הרגיל של ההשפעות הסביבתיות והכלכליות של ההצעה. גודל האזורים שבהם יש להתחשב בניתוח זה משתנה בהתאם לאופי החקיקה המוצעת וטיב השפעתה.⁴⁵

7. **השפעה על קידום "חברת המידע" ופיתוח טכנולוגי:** לאור החשיבות המיוחסת לעידוד קדמה טכנולוגית ויצירת "חברת מידע" מודרנית, יש לעמוד על תרומת החקיקה המוצעת להשגת יעדים אלה; בין שמדובר בהשפעה ישירה (מתן תמריצים למחקר ופיתוח) ובין שבהשפעה עקיפה (חקיקה המרחיבה את השימוש בשירותים אינטרנטיים ומספקת תמריץ עקיף לגופים עסקיים לשפר ולפתח את השירות). השפעות נוספות שיש לשקול בקטגוריה זו הן נגישות השירותים לקהל הרחב, יעילותן ואמינותן של המערכות הטכנולוגיות המוצעות

43 המדריך הממשלתי, לעיל הערה 1, בעמ' 39-40.

44 ראו למשל בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (פורסם באר"ש, 22.6.2014).

45 המדריך הממשלתי, לעיל הערה 1, בעמ' 42-43. למחקר שבחן את התערבות השלטון המרכזי בהבראת רשויות מקומיות באמצעות ניתוח ההשפעה של התערבות זו על הגידול במענקים שהעניק השלטון המרכזי לרשויות המשתתפות בתכנית הבראה ראו לדוגמה אבי בן בסט, מומי דהן ואסטבן קלור 'ייצוגיות ויעילות ברשויות המקומיות' (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2013).

וטיפול סטנדרטים מחמירים של אבטחת מידע. חקיקה המסייעת לקידום מטרת אלה תורמת למחקר ופיתוח יעילים ומקדמת אינטרס רצוי נוסף – הפיכת התעשייה המקומית לתחרותית יותר בזירה הבין-לאומית.⁴⁶

4) המלצות לאפיין הפגיעה בזכויות בהיעדר מגילת זכויות שלמה

כעולה מחלק זה, הצורך לאפיין את הפגיעה או את השיפור שיש בהצעה מן הפרספקטיבה של זכויות יסוד מוגנות מעלה את סוגיית אפיין הזכויות החוקתיות המעוגנות במשפט הישראלי בן זמננו, את הגדרתן ואת הפרשנות הנלווית להן. החוקה המהותית בישראל, קרי חוקי היסוד החדשים וחוקים רבים נוספים מעניקים הגנה משלימה לזכויות חוקתיות, לרבות הגנה רחבה על מגילת הזכויות שזוכה לפרשנות בפסיקת בית המשפט. עם זאת הכורח לצקת תוכן לזכויות המוגנות ושאלת הפגיעה בזכויות חוקתיות הן סוגיות הטעונות בדיקה רחבה, הדורשת ידע במשפט החוקתי ואף בפסיקת בית המשפט בהקשרים רלוונטיים. לפיכך עולה הצורך בהסתמכות על מידע ענייני ועל גורמים האמונים על הנושא בכנסת. בהקשר זה אנו מציעים שלושה מסלולים אפשריים (שאינם ממצים כמובן) לקבלת מידע בנוגע להשפעות ההצעה על זכויות יסוד מוגנות, כלהלן:

1. **באשר לזכויות חוקתיות במשפט הישראלי באמצעות היועץ המשפטי לכנסת:** שלב אפיין הפגיעה מחייב היוועצות ביועץ המשפטי לכנסת. היועץ ונציגיו הם הגורמים שלהם היתרון היחסי בפרשנות הזכויות המעוגנות; להם הידע בנוגע לדרכים להגביל במקרים המצדיקים זאת בפרשנות פסיקת בית המשפט העליון. על כן המלצתנו המרכזית היא לקיים התייעצות מלאה עם נציגי היועץ המשפטי.

2. **באשר להגשמה מלאה של זכויות האדם באמצעות מגילות הזכויות של האמנות הבין-לאומיות והמסמכים הנוגעים להן:** כפי שעלה מהחלק השני למדריך, החובות המוטלות על הכנסת בכל האמור בזכויות אדם אינן נוגעות אך לאיסור פגיעה בלתי מוצדקת בהן אלא גם לצורך בהגשמתן. בתחום זה מגילות הזכויות המעוגנות באמנות הבין-לאומיות שישראל צד להן יכולות לשמש "כוכב הצפון" בדרך להגשמה מיטבית של זכויות האדם.

46 EU-GUIDANCE, לעיל הערה 6, בעמ' 43-44.

3. רשימת הזכויות בהצעות החוקה - רשמיות ולא רשמיות - שהועלו במשך השנים ובחומרי הרקע לדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט: מקור מידע נוסף, שאינו מקור משפטי אבל לטעמנו הוא רלוונטי לאפיון זכויות יסוד מוגנות, הוא הצעות לחוקה או למגילות זכויות האדם שהועלו במרוצת השנים. לצד זאת אנו ממליצים על עיון במסמכי הרקע הרבים שהוגשו לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת במסגרת הדיונים על החוקה שנערכו במהלך דיוני כנסות קודמות.⁴⁷

5) בחינת הפגיעה האפשרית של ההצעה בזכויות יסוד: שאלות מנחות לבדיקה

רשימת פריטים בסיסית למעקב שמוצעת לבחינת ההשפעה של החוק על זכויות היסוד וכוללת את השאלות הללו:⁴⁸

1. על אילו זכויות יסוד עשויה להשפיע החקיקה המוצעת?
2. האם מדובר בהיבטים "מוחלטים" של זכות, שלא ניתן להגביל בשום דרך ומשום סיבה, דוגמת האיסורים לגבי עבדות, עינויים או יחס אכזרי, או שמדובר בזכויות בנות איזון?
3. כשלחקיקה המוצעת עשויה להיות השפעה על זכויות היסוד, יש לבחון בנוגע לכל אחת מן החלופות המוצעות אם מדובר בהשפעה שלילית או חיובית.
4. האם יש השפעה "מפוצלת" על הזכויות, שבעטיה קצתן נפגעות כתוצאה מההצעה ואילו אחרות דווקא זוכות לחיזוק?
5. האם נגרמת פגיעה חמורה במיוחד לזכויות היסוד על רקע הוספת האמצעי לאמצעים קודמים אחרים?
6. האם האמצעי תפור למידותיה של זכות היסוד ואינו גורם לפגיעת יתר בלתי נחוצה?
7. האם ההגבלות המוטלות על זכויות היסוד מנוסחות בצורה בהירה וחדה, או שהן מנוסחות בעמימות שעלולה להגביר את הפגיעה בהן?
8. האם נכללו אמצעים שיש בהם כדי לרכך פגיעה בלתי נמנעת בזכויות?

47 בקרוב יראה אור ספרו של מדינה, הסוקר את מעמדן והיקפן של הזכויות החוקתיות במשפט החוקתי ושיהיה מקור ראשוני מקיף ועדכני בסוגיה זו. ראו ברק מדינה ההגנה על זכויות האדם (עתיד להתפרסם, 2016).

48 EU-GUIDANCE, לעיל הערה 6, בעמ' 7.

ז. ניתוח החלופות בראי השפעותיהן

חלק זה מסביל לפרק ז בטופס הדיווח על הערכת החוק המוצע
(נוגע לניתוח של כל חלופה בנפרד)

ז(1) ניתוח החלופות

התהליך המוצע מתמצה בבחינת היתרונות והחסרונות של כל חלופה וניתוחה על פי ההשפעות השונות שנבחרו. הניתוח צריך להוכיח כי החלופה לא רק מצדיקה את העלות שלה אלא שהיא גם עדיפה על פני כל חלופה אחרת במסגרת המשאבים הקיימת. התפיסה העומדת ביסוד תהליך הערכת השפעות היא כי יש לערוך תהליך מתודולוגי שיטתי בידי המחוקק אפשרות לאמוד את השפעות החקיקה בנושא מסוים על הכלכלה, על החברה ועל הסביבה כדי לאפשר את התהליך, כך:

1. לקראת שלב הניתוח יש לנסח באופן ברור את ההנחות שבבסיס החלופה ואת השפעותיה הישירות והעקיפות שיעמדו לבחינה.

2. נוסף על כך, יש לציין בכל חלופה את המידע שנצבר במהלך תהליך איסוף המידע, הלמידה וההיוועצות, בכלל זה את הנתונים שעל יסודם תתקיים הערכת ההשפעות.

3. בעת ציון המידע והנתונים יש לתת את הדעת לפערי מידע. גם לאחר שלב איסוף המידע ייתכן שיהיו פערי מידע, הן מאחר שעדיין חסר מידע בשלב זה של התהליך והן משום שיתכן כי החלופה תיבחן על יסוד הערכה בלבד ועל יסוד אי-ודאות מסוגים שונים. במצבים שבהם המידע מתבסס על הערכות יש להדגיש זאת בניתוח החלופה.

4. יחידת ערך: בכל הנוגע לחישובי ערך יש לציין באופן ברור כיצד מחושבת יחידת ערך בסיסית. בתהליך זה צריך לשאוף לבחינה ביקורתית של יחידת הערך על מנת שבחינת החלופות תהיה ביקורתית דיה ותימנע מכשלים בהנחה או מהטיות קוגניטיביות.

ז(2) השפעות ישירות וניתוח עלות-תועלת

מתודולוגיה נפוצה להערכת השפעות ישירות של חלופה היא ניתוח עלות-תועלת. ניתוח כזה כולל רכיבים כמותיים ואיכותיים. בתחום הכמותי, ניתוח עלות-תועלת הוא כלי שימושי לבחינת העלויות והתועלות של כל חלופה. הצבת מזדים כמותיים, בין שהם מקורבים ובין שאנו פועלים מתוך הנחה שהערכים המגולמים בהם אינם

משקפים את מלוא מורכבות הסוגיה, מסייעת להמחיש את היתרונות והחסרונות של החלופה ומעודדת שימוש בתהליך מתודולוגי שיטתי של בחינה והערכה. ניתוח של עלות-תועלת מאפשר להשתמש בדגמים ובמדדים שונים, שלא יוצגו בפרק זה. הבחינה הבסיסית של עלות-תועלת כוללת את הרכיבים הללו: הצגת עלויות ותועלות בטווח של תרחישים בכל חלופה; הבחנה בין עלות הנוגעת לתקופת מעבר ובין עלות המושתת בתקופה שלאחר הטמעת החלופה; הבחנה בין עלות המושתת על המשק בכללותו ובין עלויות המוצאות מתקציב המדינה; שקילת עלויות פיקוח ואכיפה; בחינה ספציפית של העלויות והתועלות מנקודת המבט של הפרט המושפע מהחלופה, מנקודת המבט של קבוצות וסקטורים ומנקודת המבט של קבוצות מיעוט ואוכלוסיות מוחלשות. המדריך הנוכחי – שכאמור עוסק בחקיקה ראשית ולא ברגולציה⁴⁹ – אינו ממליץ על ניתוח עלות-תועלת כחלופה של בִּרְרָת מחדל. הדגש שמושם בו, כעולה לעיל מפרק א' ומחלק זה, הוא על שילוב מתודולוגיית הבחינה החוקתית בהליך הערכת השפעות החקיקה. אנו מותירים את הסוגיה של שימוש בניתוח עלות-תועלת (או בבחירה במתודולוגיות אחרות) לשיקול הדעת של כל חברת כנסת וחבר כנסת.

ז(3) השפעות חברתיות וכלל־משקיות

לאחר ניתוח בסיסי של השפעת כל חלופה, יש לעבור לבחינה רחבה יותר של השפעות חברתיות וכלל־משקיות של כל חלופה. השפעות אלה אמורות לשקף את העלויות והתועלות של כל חלופה ביחס למבחני השפעה רחבים יותר. לכל חלופה ייתכנו השפעות רחבות יותר מאלו הישירות שנבחנו בסעיף שלעיל. בשלב זה כל חלופה תיבחן על פי תחומי השפעה מסורתיים: **ההשפעה הכלכלית** תיבחן, למשל, במדדים הנוגעים לתחרות, תחרותיות, מבנה השוק, אבטלה, עסקים קטנים, תקציב, מגזר ציבורי; **ההשפעה החברתית** תיבחן, למשל, במדדים הנוגעים לתעסוקה, יוקר המחיה, רווחת הצרכן, צמצום פערים, פיתוח הפריפריה, בריאות ומגזרים חלשים; כן ייבחנו **ההשפעות הסביבתיות**. כל הצעת חוק אמנם צריכה להיבחן בעזרת אמות מידה אלה, אך תחום ההשפעה שייבחן והמדדים הספציפיים שייבחרו לבחינה ואף מידתה ישתנו בהלימה לתחומים שבהם עוסקת ההצעה. עליך להחליט איזה מהתחומים הוא שמושפע ביותר ולהשקיע את מרב המאמצים בבחינת הנושאים

49 גם בשדה הרגולציה נתונה המתודולוגיה במחלוקת. ראו למשל, ובאופן מייצג אך בהחלט לא ממצה, Cass R. Sunstein, *The Limits of Quantification*, 102 Cal. L. Rev. 1369 (2014) (וכן ראו את יתר המאמרים בגיליון מיוחד זה).

המרכזיים והרגישים העולים מכל חלופה. בעיקר יש לייחד מאמצים לבחינת ההשפעות החברתיות של הצעות חוק העוסקות בתחומים חברתיים וחלוקתיים.

המתודולוגיות שייבחרו לצורך בחינת כל השפעה הן תוצאה של הידע המתפתח בכל תחום של השפעה ושל מדדים מקובלים לבחינה בקרב מומחים ובקרב רשויות המטפלות בנושא. כדי לעשות זאת, יש להסתמך על מידע שהתבסס בשלבי איסוף ולמידתו ובשלב ההתייעצות. ובמיוחד, ניתוח ההשפעות בכל תחום ייעשה גם על יסוד הערכה וניתוח של ארגונים חיצוניים לממשלה ולכנסת, והערכה מלאה צריכה להתבסס על הערכה ומדדים הקיימים גם במחקר האקדמי ובארגוני החברה האזרחית.

דוגמה להערכת השפעה חברתית של תכנית בינוי:⁵⁰ "המדריך לשילוב נספח חברתי-קהילתי בתהליכי תכנון ובנייה", שגובש בצוות בראשות מינהלת השירות לעבודה קהילתית במשרד הרווחה מסווג את ההשפעות החברתיות-קהילתיות של המדיניות לשלושה סוגים:

- א. **השפעה על האוכלוסייה ברמה הכללית** - ובכלל זה, השפעה על כלל האנשים במרחב; הכלה או הדרה של קבוצות בתוך האוכלוסייה; השפעה על הבסיס הכלכלי של האזור הנבחן; השפעה על מעמדם ושימושם של נכים ציבוריים; השפעה על אוכלוסייה זמנית.
- ב. **השפעה על הקהילה** - ובכלל זה, השפעה על קבוצות אנשים שיש להם עניין משותף; הלימת התכנית המוצעת לתפיסות של קבוצות רלוונטיות; השפעה על לכידות קהילתית; יצירת בידול או שילוב בין קהילות; השפעה על רגשות חברי הקהילה.
- ג. **השפעה על אנשים כפרטים** - ובכלל זה, השפעה על העתקת פרטים החברים בקהילות למקום אחר; השפעה על הזדמנויות תעסוקה ומגוון של תעסוקה; השפעה על איתנות כלכלית של פרטים ומשפחות; השפעה על זכויות האזרח של הפרט.

סיווג זה, שנעשה על ידי גורמים מקצועיים בתחום הנבחן ויתבסס ככל שאמות המידה המופיעות בו יוכיחו עצמן כאפקטיביות לבחינת ההשפעות הקהילתיות, הוא דוגמה למדד שלאורו ניתן לבחון את ההשפעה החברתית של הצעות בתחום התכנון והבנייה על הקהילה.

50 הדוגמה נלקחה מתוך המדריך הממשלתי, לעיל הערה 1, בעמ' 51 (וראו הפניה למדריך לשילוב "נספח חברתי-קהילתי", שם). להרחבה נוספת בנושא זה ראו ארזה צ'רצ'מן ואמילי סילברמן שיקולים חברתיים בתכנון מרחבי (המעבדה לתכנון עם קהילה שבמרכז לחקר העיר והאזור וקרן רוזה לוקסמבורג, 2012). ראו גם חני אופקי-גנדלר "תסקיר השפעה על הקהילה ככלי להשמעת קולות מושקעים בחברה מושטעת" משפט וממשל יא 199 (תשס"ח).

ח. ניתוח חלופות בראי מבחני המידתיות

חלק זה מקביל לפרק ז במופס הדיווח על הערכת החוק המוצע
(עניינו ניתוח של כל חלופה בנפרד)

מידתיות היא אמת מידה מרכזית כדי לבחון אם החלופה המוצעת אינה פוגעת באופן לא מוצדק בזכויות חוקתיות מוגנות (וראו בהרחבה בפרק השני למדריך – "מידתיות"). המידתיות מורכבת משלושה מבחנים, וכדי שחוק ייחשב למידתי, עליו לעמוד בשלושתם. החשיבה המידתית אינה פעולה משפטית גרידא; היא מתכוננת לקבלת החלטות להגשמת תכלית חברתית ראויה תוך כדי מזעור הנזקים שהיא מסבה לזכויות של פרטים בחברה שעלולים להיפגע מההחלטה. חשיבה מידתית מבטאת צורך לשלב את מבחני המידתיות כבר לכתחילה: בתהליך קבלת ההחלטות שלך לקראת גיבושה של הצעת חוק ובמסגרת בחינה של הצעות חוק שמובאות לפניך.

על כן השלב האחרון בבחינת החלופות הוא שקילת כל חלופה וכל אמצעי שנוקט להגשמתה על סמך מבחני המידתיות. על מנת לסייע לך בשלב זה, החלק העוסק במידתיות תורגם לרשימת תיוג, המאפשרת לבחון כל חלופה במבחני המידתיות ולקבוע אם האמצעים שנבחרו הם מידתיים:

ח(1) מבחן ההתאמה (או מבחן הקשר הרציונלי)

1. האם האמצעי שיושם בחלופה מגובה בתשתית עובדתית מבוססת בנוגע לקשר שבינו ובין התכלית?
2. מהי רמת ההסתברות, ככל שניתן להעריך זאת, כי האמצעי אכן יממש את התכלית? האם מדובר באפשרות למימוש עיקר התכלית או בהיבט משני שלה? לעניין זה יש להביא בחשבון את חשיבות התכלית לעומת חשיבות הזכות הצפויה להיפגע. ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה צפויה להיות חריפה יותר, יש לדרוש רמת ודאות גבוהה יותר.
3. הגם שיש קשר רציונלי בין השניים, והאמצעי מתאים להשגת התכלית, יש לוודא כי האמצעי אינו חובק נושאים רבים מדי. ייתכן שניתן לצמצם את השימוש בו כדי שיחול רק על מצבים הכרחיים. האם האמצעים שמעמידה החלופה אינם רחבים וגורפים מדי?

4. ככל שהחלופה גורפת מדי, האם ניתן לצמצמה או לפחות לשלב לתוכה מנגנונים שמאפשרים, עד כמה שהדבר אפשרי, בחינה אינדוידואלית שתבטיח את צמצום ההשלכות הפוגעניות של ההסדר? כגון קביעת חריגים, מנגנוני בירור אינדוידואליים, מנגנוני ערעור, שימוש בכללים שמטרתם להבדיל בין קבוצות שונות שנכון להבחין ביניהן.

ח(2) מבחן הצורך (או מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה)

1. האם האמצעי שיושם בחלופה פוגע בזכויות שאופיינו כנפגעות באופן המזערי שיש בו הכרח להגשמת התכלית, או שיש אמצעי חלופי שפגיעתו בזכויות פחותה?
2. האם יש אמצעי אחר שמגשים את התכלית במידה קרובה לזה שנבחר ופגיעתו בזכויות האדם פחותה באופן ניכר?
3. מהן המשמעויות הכלכליות של בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה בשים לב למשאבים העומדים לטובת העניין? אם ישנה חלופה פוגענית פחות שכרוכה בהשקעה כספית גדולה יותר ראוי לאמצאה, רק אם אין מדובר בהשקעה כספית בלתי סבירה.

ח(3) מבחן היחסיות (או מבחן המידתיות במובן הצר)

1. השוואה בין התועלת שבאמצעי ובין הנזק שמוסב לזכות הנפגעת: מהו היחס בין התועלת שצומחת מהשימוש באמצעי ובין הנזק שהוא מסב למי שזכותו נפגעת? לשם מענה על השאלה, יש להשוות בין תוספת היתרון ותוספת הנזק הנגרמות בעקבות החוק. להלן השאלות שיסייעו בהשוואה:
 - א. אם בוחנים את תוספת היתרון שבהגשמת התכלית ותוספת הנזק שייגרם מהפגיעה בזכות – האם מוצדק וראוי ליישם את האמצעי?
 - ב. מהי מידת החשיבות של הזכות הנפגעת?
 - ג. האם האמצעי פוגע בליבת הזכות או בהיבטים פחות מרכזיים שלה?
 - ד. האם הפגיעה בזכויות היא קבועה, או שמדובר זמנית בפגיעה או בהגבלה זמנית?
 - ה. מי הם האנשים שזכותם תיפגע? האם מדובר בקבוצות אוכלוסייה מוחלשות במיוחד?

- ו. האם הפגיעה המדוברת מצטרפת לפגיעות נוספות שנגרמות כתוצאה מהסדרים אחרים? מהו האפקט המצטבר של הפגיעה?
- ז. האם יש לחוק המוצע השפעות עקיפות שעלולות להוסיף על הפגיעה הצפויה?
- ח. בחינת האפקטיביות השלילית: האם הובאו בחשבון השפעות שליליות נלוות ורחבות יותר, המפחיתות לאורך זמן מאפקטיביות האמצעי?
- ט. מהו היקף שיקול הדעת שיינתן בידי הרשות שתופקד על ביצועו של החוק? היש חשש להפעלה שרירותית של סמכות? האם מתבצעת די בקרה על פעילות הרשות? האם ניתן להוסיף מנגנוני בקרה ופיקוח על ביצועו של החוק?

ד. השוואה בין חלופות והצגת החלופה שנבחרה

חלק זה מקביל לפרק ז בסופס הדיווח על הערכת החוק המוצע

כדי להשוות בין חלופות, מוטב להיעזר בתבחינים ברורים להשוואה. התבחינים אמורים להלום את היעדים שהוצבו במסגרת התכלית החקיקתית ועל סמך מדדי התוצאה שנקבעו בהגדרת היעדים. ההשוואה בין החלופות תיעשה על יסוד המידע שנאסף עד כה. סיכום התבחינים והשוואת החלופות אמור להניב את החלופה הרצויה.

בהיעדר הכרעה חד־משמעית לגבי אחת מהחלופות, יש לאזן ביניהן ולהעדיף חלופה שפגיעתה בזכויות היסוד פחותה ולחלופין – זו שמקדמת אותן באופן משמעותי יותר. בשעה שמתברר בשלב הערכת ההשפעות כי אחת החלופות פוגעת בזכויות היסוד ללא צידוק הולם או באורח לא מידתי, יש להסירה מהפרק.

ה. אמות מידה לבחינת החקיקה בדיעבד

חלק זה מקביל לפרק ז בסופס הדיווח (נוגע להערכת החוק המוצע)

כיום חוק היוצא מן "התנור החקיקתי" של הכנסת אינו נבחן בשיטתיות בביקורת שלאחר מעשה. שאלת האפקטיביות של חקיקת הכנסת היא תחום שאינו זוכה בעת הזאת למיסוד מספק. אכן, חוקים רבים של הכנסת כוללים חובות מסירת דיווח מסוגים שונים; ולא מעט חוקים מתוקנים לאחר חקיקתם כאשר מתברר

שקיים צורך בתיקון. עם זאת הליך החקיקה אינו כולל כיום בקרה והערכה של חוקים בשלב יישומם בפועל, כלומר לאחר ש"עזבו" את בית המחוקקים. במדינות לא מעטות מובן הצורך לבחון חקיקה ראשית ומשנית בדיעבד. הדבר בולט באימוץ התפיסה להערכת השפעות הרגולציה, הכוללת בחינה בדיעבד של רגולציה שאומצה. שלב נוסף בהתפתחות תהליך זה הוא אימוץ כלי לבחינה בדיעבד של חקיקה של הפרלמנט. החלק שלהלן יציג בקצרה תפיסה זו.

אימוץ תפיסה המאפשרת לבחון את השפעות החקיקה בדיעבד יכול לשנות את הליך החקיקה מיסודו.⁵¹ ראשית, במסגרת תפיסה שכזו נדרש המחוקק להשקיע משאבים בבחינה של דרכי הבקרה ליישום אפקטיבי של חוקים כבר בשלב החקיקה. למשל, לחוקק חובות דיווח או אפילו חובות ליצירה של מאגרי מידע על אודות הפעילות המוסדרת בחוק לצורך בחינה עתידית שלו. שנית, אימוץ תפיסה זו עשוי להוביל לשינוי האיזון בין הפונקציה החקיקתית לבין פונקציית הפיקוח. כמו כן, תפיסה זו יכולה להביא לידי הכרה בתפקידו של הפרלמנט בדמוקרטיה בתור מחוקק חוקים הניתנים ליישום אפקטיבי ולבצע בקרה מושכלת של יישומם. תכליות הבקרה הפוסט-חקיקתית הן כדלקמן:

1. לבחון אם החוק השיג את יעדיו, כפי שנקבעו בתכלית החקיקתית ובהליכי החקיקה. אם לא, מדוע לא הושגו היעדים וכיצד אפשר לתקן את העיוות שנוצר ביעילות מרבית.
2. לקיים ביקורת בדבר תוצאות החקיקה ולהפיק לקחים כלליים מכשלים שהתגלו על מנת להבטיח חקיקה טובה יותר בעתיד ולגבש פרקטיקות ראויות ודגמים של חקיקה טובה.
3. להסב את תשומת לבם של המחוקקים לבעיות היישום כבר בשלבי החקיקה. כך, אף שבמקרים רבים המדיניות שמבקש החוק לקדם ראויה, לא ניתן מספיק דגש להיבטים הפרקטיים הנוגעים לאפשרות ליישם את החוק – מה שמוביל לכישלון של החקיקה.

51 לתפיסה דומה בתחום הרגולטורי ולהרחבה ראו B. U. L. Cass R. Sunstein, *The Regulatory Lookback*, Rev. 579 (2014)

4. ביקורת פוסט־חיקתית תדרבן גם את הגופים האחראיים ליישום החוק (ברשות המבצעת), מתוך הבנה שפעולותיהם נמצאות בביקורת מתמדת.⁵²

חשוב לציין גם חסרונות אפשריים למיסוד של בקרה פוסט־חיקתית:

1. מיסוד של הליך ביקורת פוסט־חיקתי דורש משאבים. בעיקר מדובר במשאבי זמן של חברי הכנסת ושל הוועדות המחוקקות. האפשרות המעשית להקצות לשם כך זמן רב מוטלת בספק. יתר על כן, נשמעה טענה כי מוטב להקצות משאבי זמן אלה לטובת שיפור הליכי הביקורת הקדם־חיקתית באופן שיבטיח מלכתחילה חקיקה טובה יותר מהשקעה בבקרה אחרי כן.
2. הליכי בקרה שיטתיים ואיכותיים מותנים במחויבות של המחוקקים להפעילם בצורה עניינית. במסווה של בחינת אפקטיביות החקיקה, קיים חשש למחזור טיעונים שהועלו בעבר סביב מידת הנחיצות של החוק. במצב שכזה הליך הביקורת עלול להפוך לפוליטי מדי ולחסר ערך.

בדוח שמסרה לפרלמנט הציעה ועדה בריטית דגם ביקורת בסיסי הכולל שתי חלופות: אם במהלך החקיקה עוגנה בחוק הקונקרטי מחויבות לביצוע ביקורת פוסט־חיקתית, הרשות הממונה על ביצוע החוק תבצע בדיקה ראשונית של מידת הצלחתו לאור נתונים המצויים ברשותה ותגיש את הדוח לפרלמנט. בהסתמך על דוח ראשוני זה, הוועדה הרלוונטית בפרלמנט תחליט אם לקיים בדיקה מעמיקה יותר משלה, או להותיר את הדברים כמות שהם. זוהי ביקורת מתוכננת מראש. לחלופין, כאשר בחוק עצמו אין עיגון של המחויבות לביקורת פוסט־חיקתית, הביקורת תיעשה ביוזמת הממשלה או ועדה פרלמנטרית ייעודית, במקום בו עולה צורך בביקורת כזו (לעיתים, בעקבות פניית גורמים חיצוניים).

בסופו של דיון הכריעה הוועדה כי יש מקום לשני המסלולים זה לצד זה.⁵³ יתר על כן, הוועדה השתכנעה שאין מקום ל"פסקת ביקורת" מובנית (קרי לחקיקה של סעיפי ביקורת בכל חוק וחוק), ומוטב להותיר את שיקול הדעת בידי הממשלה והוועדה הייעודית של הפרלמנט על מנת שיוכלו להתמקד בביקורת רלוונטית הנדרשת בשל נסיבות ממשיות. נוסף על כך ולפי המלצת הוועדה, הרובד הבסיסי של ביקורת פוסט־חיקתית ייוותר בידי הוועדות הקבועות בפרלמנט. אולם אם יימנעו הוועדות

52 ראו דוח הוועדה הבריטית, שם, בעמ' 8-10; וכן: LAW COMM'N, LAW COM No. 302, POST-LEGISLATIVE: SCRUTINY, 2006, Cm. 6945

53 שם, בעמ' 28.

הקבועות מביצוע ביקורת, תפעל ועדה ייעודית משותפת לשני בתי הפרלמנט אשר תוסמך לקיים ביקורת כזו. בדרך זו יהיה אפשר ליהנות משני העולמות: מחד גיסא יוכלו הוועדות המקצועיות (שדנו בהצעת החוק) לבקר את יישומה, מאידך גיסא תבטיח הקמת ועדה ייעודית כי העומס הרב המוטל על הוועדות הרגילות לא יהווה חסם בפני ביקורת פוסט־חקיקתית.

בהליך הביקורת יש לאפשר לציבור, לנוגעים בדבר ולמעוניינים בכך, להתריע לפני הפרלמנט או הממשלה על אודות הצורך בבחינה ביקורתית של הסדר חקיקתי מסוים ואף להשתתף בדיונים בניסיון לשכנע בצדקת עמדתם.⁵⁴

כדי לאפשר ביקורת פוסט־חקיקתית יעילה, חיוני להגדיר ברורות את מטרות החקיקה, שאם לא כן, לא יהיה אפשר להעריך את מידת האפקטיביות שלה. עם זאת נחלקו הדעות בנוגע למסגרת שבה יש לקבוע ולעגן מטרות אלה. כך, יש הסבורים שעל התכליות להופיע כחלק בלתי נפרד של החקיקה עצמה. אחרים גורסים שאין מקום לקביעת "הישגים נדרשים" מפורטים בחקיקה עצמה, וכי דברי ההסבר הם הבימה הראויה להצגת מטרות החקיקה ולקביעת פרמטרים לביקורת מאוחרת. על פי גישה אחרת, די בהצהרות ממשלתיות הנלוות להליך החקיקה (ואינן חלק ממשי ממנו) כדי לאפשר ביקורת פוסט־חקיקתית. הוועדה הבריטית אימצה את התפיסה שלפיה הפרמטרים לביקורת פוסט־חקיקתית ייקבעו באקט מינהלי נפרד (במסגרת ה־RIA).⁵⁵ הליך הערכת השפעות המתבצע בטרם חקיקה הוא למעשה תנאי לבחינה פוסט־חקיקתית של מידת האפקטיביות של החוק; שכן בהליך המוקדם נקבעים מטרות של החוק והפרמטרים לעמידה במטרה.

יא. דיווח פומבי על המדיניות שנבחרה

סופו של תהליך הערכת השפעות החקיקה הוא דיווח על המדיניות הנבחרת

בסיום התהליך – לאחר שנאסף המידע, נערכו התייעצויות עם קהילת החקיקה הרלוונטית, הוצבו ונשקלו חלופות על פי השפעותיהן השונות ובחנה עמידתן באמות המידה החוקתיות – על חבר הכנסת לדווח לציבור על המדיניות שנבחרה. פרסום דוח, הכולל פירוט בדבר השלבים השונים שנגקטו וכן על החלופות המרכזיות שנבחנו, הוא השלב הסופי – דיווח לציבור על התהליך ותוצאותיו ועל

54 שם, בעמ' 33-34.

55 שם, בעמ' 17-18.

יוזמת החקיקה שהוליד. נוסח הצעת החוק יצורף לטופס הדיווח. פרסום נרחב של דוח הערכת השפעות יגשים כהלכה את חובתו של חבר הכנסת לשקיפות ואחריותיות, ואף יוכל לחזק את הקשר שלו עם הציבור.

כפי שעלה מהנחות היסוד לפרק זה, אנו סבורים כי ניהול הליך מלא של הערכת השפעות החקיקה צריך שייעשה ב"הצעות דגל", קרי בהצעות החקיקה החשובות שחבר הכנסת מעוניין לקדם בכל מושב. בהצעות שכאלה, לחברי הכנסת אינטרס מובהק בפרסום דוח הערכת השפעות; שכן מטבע הדברים, דוח כזה יכול להעיד על רצינותה של היוזמה ואף להוביל לשיתופי פעולה עם חברי כנסת אחרים ושחקנים נוספים במערכת השלטונית והציבורית.

הדיווח צריך לכלול את מרב המידע, לרבות את מלוא המידע שנצבר בתהליך, החלופות שנשקלו ועמידתן באמות מידה חוקתיות. הכלי המרכזי לדיווח שאנו מציעים הוא טופס הדיווח המוצע בנספח לפרק זה, לצד הזנת חומרים שונים לזירות לשיתוף מידע בכנסת (דוגמת דף הבית של חברת כנסת או בפורטלים של הוועדות, במקרים המתאימים). הליכים שונים להערכת השפעות כוללים פורמטים שונים לדיווח. בעניין יוזמות חקיקה שלא אחת מועברות לניסוח, בסופו של יום, ללשכה המשפטית של הכנסת, ניתן לחשוב על שתי דרכי דיווח מרכזיות:

(א) דיווח הנלווה להצעת החוק בטופס נפרד (יכול לשרת יוזמות המצויות בשלבים מוקדמים יותר וטרם בשלו לנוסח סופי); (ב) דיווח המצורף כדברי הסבר להצעת החוק. לטעמנו, תהליך הערכת השפעות מלא שנערך במסגרת הכנה ל"הצעת חוק דגל", צריך להיות מדווח כך: ראשית, באמצעות שילוב המידע שנצבר לאורך התהליך כחלק אינטגרלי מדברי ההסבר של הצעת החוק, באופן שיפרוס לפני האזרחים את מלוא המידע שעליו מבוססת ההצעה. שנית, הדיווח יפרט את מרב המידע על החלופה שנבחרה ועל האופן שבו היא מוגשמת באמצעים שנבחרו בהצעת החוק.

◀ נספח 1: התפתחויות דמוקרטיות רלוונטיות לנושא אימוץ התהליך בכנסת

אימוץ התפיסה בדבר הצורך בהערכת השפעות החקיקה מתיישב עם מגמות חשובות שראוי להציג. לטעמנו, מגמות אלה מחזקות את ההצדקות לאימוץ הליך טוב ורציונלי יותר לבחינה של השפעות החקיקה הראשית ומגבירות את הסיכוי להטמעה של תהליכים שכאלה בעתיד.

ראשית, הליכים להערכת השפעות של חקיקה ושל רגולציה מאומצים על ידי ארגונים על-מדינתיים שונים וכתוצאה מכך, גם על ידי מדינות החברות בהם. כך, כעולה מהמדריך שפרסמה הממשלה, במדינות החברות בארגון OECD "הובנו הדברים הללו לפני מספר שנים וברובן מוסדו מנגנונים ופותרו תורת הערכה של השפעות רגולציה, לבחינת עלות-תועלת ולהגברת האפקטיביות, הן עבור הרשות השלטונית והן עבור המגזר המפוקח והציבור כולו. במסגרת זו הוכר הצורך לבחון החלטה רגולטיבית עם בעלי העניין שעתידיים להיות מושפעים מן הרגולציה. תהליך זה נקרא Regulatory Impact Assessment (RIA) – הערכת השפעות הרגולציה".

הליכים להערכת השפעות הרגולציה כבר קיימים גם במוסדות השונים של האיחוד האירופי, וגם מושם שם דגש בשילוב הערכת ההשפעות של הרגולציה על הפגיעה בזכויות יסוד חוקתיות.⁵⁶ במסגרת זאת, על המחוקקים לבחון כיצד תשפיע החקיקה המוצעת על מעמד האזרח ועל תפקודה התקין של המערכת הדמוקרטית. בחינה כזאת יש לעשות באמצעות התייחסות לזירת ההשפעות הנוגעת לפגיעה בזכויות האדם בכלל ולזכויות האזרח בפרט ולפרמטרים דמוקרטיים נוספים.

תהליכים אלה מחלחים אל המדינות השונות.⁵⁷ בסקירה השוואתית שערכו בנושא זה מציינים חוקרי תחום החקיקה והמחקר המשפטי של הלשכה המשפטית של הכנסת כי "הכלי המרכזי בו נעשה כיום שימוש ברחבי העולם כדי לשפר את

56 ראו טונר, לעיל הערה 16, בעמ' 316–341. המאמר סוקר את תהליכי הערכת ההשפעות באיחוד האירופי ואת שילובה של ההגנה על זכויות יסוד בתהליכים אלה בשלבים המאוחרים יותר של הטמעת התהליך. עולה ממנו שאמנם בשלבים הראשונים הושפע התהליך רק מהשאיפה ל"רגולציה טובה יותר" (מתוך התמקדות בתחומי השפעה מסורתיים: כלכליים, חברתיים וסביבתיים). אך לאורך הטמעת התהליך במוסדות האיחוד ניתן בו דגש רב יותר לשילוב ההגנה על זכויות האדם המעוגנות באמנה האירופית, והוטמעו בו סטנדרטים וכלים לשם הגשמת מטרה זו (וראו בפרק השני למאמר). הדיון הביקורתי בחלקו השלישי של המאמר מציג, למעשה, אמות מידה לשילוב טוב יותר של ההגנה על זכויות יסוד בתהליך.

57 ראו למשל Aare Kasemets, *Impact Assessment of Legislation for Parliament and Civil Society: A*

יכולות הפיקוח של הפרלמנט על עבודת הממשלה הוא דו"ח הערכת השפעות (Regulatory Impact Assessment). דו"ח זה מצורף בדרך-כלל לדברי חקיקה מסוגים שונים [...] ובו פירוט ההשלכות האפשריות של דבר החקיקה המוצע".⁵⁸ רמת התפתחות גבוהה יותר של מיסוד תהליכי הערכת השפעות היא הקמתם של מוסדות מינהליים מרכזיים שתפקידם ליצור סטנדרטיזציה ויכולות הערכה של השפעות.⁵⁹ עקב הכרה בכורח לבצע את התהליך, "יש צורך ביצירת מאגרי כלים מסוגים שונים [...] החל מכלים לניתוחים כלכליים וכלה בפלטפורמות להיוועצות עם בעלי עניין (ובין גורמי ממשל)".⁶⁰

בעקבות צירוף ישראל לארגון OECD, אנו מצויים בתחילתו של תהליך ממשלתי רחב היקף למיסוד תורת הערכת ההשפעות בתחום הרגולציה, שעשוי לצבור תאוצה בשנים הבאות. כחלק מן התנאים לקבלתה לארגון התחייבה ישראל לפתוח בתהליך לקביעת כללי מסגרת לרגולציה (במונח זה הכוונה גם לרגולציה שבחקיקה הראשית). נראה כי הגורמים הממשלתיים שאמונים על פיתוח תורת הערכת ההשפעות החלו את המאמץ הממשלתי לגיבוש תורה זו בהיכרות עם הנעשה בעולם בתחום זה והתאמת התהליך לישראל. התחייבות זו התחזקה לאחר שבהמלצות הוועדה לשינוי חברתי-כלכלי ("ועדת טרכטנברג") נכללו המלצות למיסוד התהליך והבנה כי עליו לכלול גם בחינה של השפעות חברתיות וכלל-משקיות, כמו השפעה על יוקר המחיה ועל פערים חברתיים. דגש חשוב זה של "ועדת טרכטנברג" מסיט את התהליך מן הבחינה הכלכלית של השפעות החקיקה אל עבר בחינה רחבה בהרבה, ואף לעבר התמקדות בהשפעות חברתיות שונות של כל חקיקה מוצעת.

Comparative Study (22 Countries), in LEGAL AND REGULATORY IMPACT ASSESSMENT OF LEGISLATION: PROCEEDINGS OF ECPD SEMINAR 47 (AARE KASEMETS ED., 2001)

58 נייר לשכה משפטית, לעיל הערה 9, בעמ' 2.

59 ראו Jonathan B. Wiener and Alberto Alemanno, *Comparing Regulatory Oversight Bodies Across the Atlantic: The Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU*, in COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW (Susan Rose-Ackerman and Peter L. Lindseth eds., 2010); הערכות השפעות הרגולציה, לעיל הערה 2; רויטמן, לעיל הערה 2.

60 ראו משרד ראש הממשלה מיסוד תהליכי הערכת השפעות רגולציה 13 (ינואר 2013) (להלן: תפיסת המיסוד).

אף שתהליך הערכת השפעות הרגולציה המתנהל בימים אלה פועל בעיקר ברמה "הרגולטורית", קרי רק בנוגע לפעילותם של רגולטורים במינהל הציבורי,⁶¹ יש לו השפעות מידיות על הליכי החקיקה הראשית ועל היחס שבין עבודת הממשלה לעבודת הכנסת. ראשית, תהליכים חשובים בעבודת הממשלה ובעבודתם של רגולטורים עצמאיים (כאלה העוסקים בחקיקה רגולטורית) יושפעו מהטמעתו לאתגר ובהיקף נרחב.⁶² שנית, הרחבת התהליך תוביל, כפי שנעשה בעולם בהקשר זה, להרחבה של הערכת השפעות בנוגע לפעולת השלטון, וראוי שהכנסת תצורף למהלך. הדברים עולים במפורש מתפיסת המיסוד של התהליך הממשלתי: "[...] ניתן להבחין בין סוגים שונים של רגולציה על-פי מקור תוקפן. בהקשר זה, ניתן לומר כי יש הגיון להחיל חובת RIA על חקיקה ראשית, ובוודאי זאת הנוגעת להסדרים ראשוניים. עם זאת תהליכי חקיקה ראשיים מאופיינים גם כיום במנגנונים המחייבים דיון ציבורי, ולו רק עקב הצורך להעבירם בכנסת. לפיכך יש הגיון בהחלה של חובת RIA דווקא על רגולטורית אשר היום אין תהליך סדור ופומבי להתקנת התקנות שבסמכותם"⁶³(ההדגשות במקור).

עם זאת תהליך הערכת השפעות הרגולציה כולל שלבים שונים (ומערב מתודולוגיות ניתוח שונות), ולא כולם קשורים להליך החקיקה הראשית (בפרט, להצעות חוק פרטיות שאינן עוברות למסלול הממשלתי). ניסיון להחיל את התהליך בשלמותו יחטא אפוא בחוסר התאמה ועלול לפגוע בנכונות ליישום. לכן הכלי המוצע בפרק זה בורר את השלבים הבסיסיים של תהליך הערכת השפעות, בשינויים המתחייבים מהטמעה שכזו, לנוכח הפער בין הזירה המינהלית-רגולטיבית לזירה החקיקתית. מאפיין מרכזי של פער זה הוא המדרג הנורמטיבי השונה ורמת האסדרה השונה בין הדרג הממשלתי-רגולטיבי ובין הכנסת. הפער במדרג הנורמטיבי נובע מתפקידה של הכנסת, המוכפף ישירות לעקרונות חוקתיים ומצוי ברמת הסדרה ראשונית. לעומת זאת, תפקידו של הרגולטור מוכפף לעקרונות חוקתיים אך גם לעקרון הסמכות, תפקיד ששייך ברוב המקרים לרמה של הסדרה שניונית ומתמחה (למעט במקומות שבהם קיימת הסמכה אחרת).

61 ראו בהקשר זה את דוח הוועדה ליעול מנגנוני רגולציה בישראל ולבחינת הממשקים בין הרגולטורים השונים במשק (אפריל 2013).

62 ראו בהקשר זה את החלטה 2118 של הממשלה ה־33 "הפחתת הנטל הרגולטורי" (22.10.2014) (זמינה לעיון באתר משרד ראש הממשלה).

63 ראו תפיסת המיסוד, לעיל הערה 60, בעמ' 9; כן ראו בהמשך להתפתחות התהליך בממשלה, משרד ראש הממשלה מדרך הפחתת הנטל הרגולטורי (פברואר 2015). שלושת הספרים זמינים כאן:

www.pmo.gov.il/policyplanning/Regulation/Documents/book1.pdf

התפתחות אחרונה וחשובה נוגעת לפרלמנטים שונים בעולם, המוכנים לאמץ מנגנונים פרוצדורליים שונים שבאמצעותם יוערכו השפעות החוקה על החקיקה ובכך למלא את חובתם לחוקק לאור החוקה. כזכור, הכנסת היא הבכירה ברשויות השלטון החייבות לכבד את העקרונות החוקתיים ואת הזכויות המעוגנות בחוקי היסוד. האיזונים המורכבים בין זכויות האדם ובין עצמן ובין זכויות האדם לאינטרסים ציבוריים חשובים נעשים בראש ובראשונה על ידי נציגי הציבור עבור הציבור. הכנסת כרשות המחוקקת יוצרת את המסגרת המשפטית הכללית של המדינה באמצעות חקיקה ראשית. בעשותה כן, היא מחויבת לפעול בהתאמה למגבלות המוטלות עליה בדמוקרטיה חוקתית,⁶⁴ שבה ריבונותו של הפרלמנט מוגבלת מכוח העקרונות החוקתיים והזכויות המוגנות. נוסף על כך, בהיותה הרשות המפקחת על הרשות המבצעת, הכנסת מופקדת על "פונקציית הפיקוח": עליה לוודא שפעילות הרשות המבצעת תואמת לחקיקה הראשית ולמגבלות החוקתיות. לבסוף, הכנסת משמשת דגם שלטוני לכל הרשויות האחרות בהגשמת עקרונות היסוד של השיטה ובהגנה על זכויות האדם.

פרלמנטים רבים בעולם מפנימים את המחויבות החוקתית שלהם (כמו את מחויבויותיהם לפי אמנות זכויות אדם בין־לאומיות), לא רק באמצעות מנגנוני ייעוץ לעבודתם השוטפת ובקרה עליהם אלא גם באמצעות אימוץ פרוצדורות שונות לבחינת התאמת החקיקה לחוקה.⁶⁵ כך למשל, בנוגע למדינות "המשפט המקובל" מציין רוזנאי כי "קנדה, אוסטרליה, בריטניה וניו־זילנד גיבשו כולן בשני העשורים האחרונים מנגנונים להגנה על זכויות שלפיהם הפרלמנט נדרש להעריך את השפעת החקיקה המוצעת על נורמות של זכויות האדם".⁶⁶ מנגנון בולט אחד הוא אימוץ החובה למתן "הצהרת התאמה" של חוק מוצע לחוקה או לעקרונות חוקתיים. למשל,

64 עם קבלתם של חוקי היסוד עסק המכון הישראלי לדמוקרטיה בשאלת התאמת החקיקה לחוקי היסוד. ראו המכון הישראלי לדמוקרטיה "שולחן עגול: תהליכי החקיקה בעידן חוקי היסוד" (12.7.1995); וכן ס' 129, 123 להצעת החוקה של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

65 ראו הדיון הרחב אצל רוזנאי, לעיל הערה 14.

66 רוזנאי (שם, בעמ' 234) מבחין כי –

במערכות פרלמנטריות קיימות אפשרויות לביקורת עצמאית של הצעות חוק במסגרת הליך החקיקה, וזאת להבדיל מביקורת שיפוטית (במובנה הישראלי או האמריקאי). עיקר משקלה של ביקורת זו יכול שיהיה בממשלה (קנדה), בפרלמנט (סקוטלנד, צפון־אירלנד, פינלנד, אוסטרליה) או משולב (בריטניה); בנוף דמוי־שיפוטי (צרפת, בלגיה) או בוועדה עצמאית (ניו־זילנד, שוודיה, יפן).

וראו גם בעמ' 236; וכן הצעתו בעמ' 241.

התאמת החוק המוצע לזכויות האדם באמנה שהמדינה מחויבת אליה,⁶⁷ או התאמת החוק המוצע לסמכות המוענקת בחוקה.⁶⁸ מנגנון נוסף שניתן לאבחן הוא הקמה של ועדה פרלמנטרית מיוחדת לבחינה של סוגיות חוקתיות, או הקמתן של שדולות המתמחות בזכויות אדם.⁶⁹

השילוב של פרוצדורות לבחינת התאמתה של החקיקה לחוקה ולזכויות היסוד ראוי שייעשה גם במסגרת בחינת הערכת ההשפעות של החקיקה. פרק זה מאמץ תפיסה זו, והנחת היסוד המרכזית שלו היא שתהליך הערכת ההשפעות של כל חקיקה מתחיל בבחינת הערכת השפעתה החוקתית, קרי התאמת החקיקה לעקרונות יסוד, לעקרונות חוקתיים משטריים ולזכויות יסוד מוגנות. במובן זה, התפיסה שבפרק משלבת בין הצורך לבחון את התאמתה⁷⁰ של החקיקה לחוקה ובין תהליך הערכת ההשפעות; ההתאמה לחוקה נבחנת לאחר אפיון הפגיעה בזכויות חוקתיות שיש ביוזמה ובחינת המידתיות של חלופות הפעולה הנבחנות.

אכן, כבר כיום קיימים בכנסת מנגנונים חשובים לבחינת הערכת ההשפעות החוקתיות של הצעות חוק, בראש ובראשונה בעבודה השוטפת של היועץ המשפטי לכנסת. עם זאת ועל פי הנעשה בעולם, גם בישראל נשמעות קריאות לאימוץ נוהל מובנה במסגרת הליך החקיקה לבחינת חוקתיות הצעות חוק כדי לקדם את האחריות של חברי הכנסת בתחום זה ולייצר גישה חיובית כלפי ההגנה על

67 למשל, "הצהרת התאמה חוקתית" – מנגנון שקיים באנגליה מאז נחקק חוק זכויות האדם בשנת 1998. ראו David Feldman, *The Impact of Human Rights on the U.K. Legislative Process*, 25(2) STATUE L. REV. 91, 115 (2004).

68 למשל, "הצהרת הסמכה חוקתית" – מנגנון שאומץ לאחרונה בארצות הברית. ראו Hanah M. Volokh, EMORY LEGAL STUDIES *Constitutional Authority Statements in Congress*, FLO. L. REV. 12 (2012) RESEARCH PAPER No. 12-201

69 U.N. HIGH COMM'R FOR HUMAN RIGHTS, NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS: HISTORY, PRINCIPLES, ROLES AND RESPONSIBILITIES, U.N. Doc. HR/P/PT/4/Rev.1, U.N. SALES No. E.09.XIV.4, 10 (2010)

70 השימוש במילה התאמה (**compatibility**) שונה מהשימוש במילה השפעה (**impact**). בשלב בחינת ההתאמה החוקתית, בדיקת התאמה מניחה שקיים סטנדרט התאמה שכאשר החוק לא עומד בו – הוא אינו חוקתי. בניגוד לכך, בדיקת השפעה מבקשת להעריך את ההשפעה בתחומים שונים ועל פי מדדים שונים, מתוך הבנה שקיים מרחב אירודאות בנוגע להשפעות עתידיות שונות.

הזכויות.⁷¹ כלי העבודה המוצע בפרק זה מקדם את המיסוד של בחינת ההתאמה של הצעות החוק בהקשר החוקתי.

כללו של דבר, התהליך משקף את השאיפה המתחזקת בדמוקרטיה רבות למימוש ולמיסוד תהליכי של דגמים לשיתוף הציבור,⁷² בעידן שבו היכולת לשתף את הציבור בעבודת השלטון ובייחוד בהליכי החקיקה – גוברת. יש לראות בכך שאיפה להגביר את הלגיטימציה של הדמוקרטיה הייצוגית ושל עבודת הנציגים הנבחרים בפרלמנט ולחבר אותם לקבוצות עניין ולמומחים ואף לציבור כולו.⁷³ הקריאה להגברת האלמנט ההשתתפותי בדמוקרטיה הישראלית באה לידי ביטוי בולט במסקנותיה של "ועדת טרכטנברג":

הישראלים החדשים עומדים על כך שקולם יישמע, לא כאקט חד-פעמי בעת הפגנה, אלא כאורח התנהלות מובנה וקבוע ב"אגורה" החדשה. הדבר מבשר את היווצרותה של "דמוקרטיה השתתפותית" (participatory democracy) תוססת, דורשנית ואמיצה השונה מאוד מדפוסים שהכרנו עד עכשיו [...] זו הזדמנות נדירה להסיר את המחיצות בין מוסדות המדינה לבין אזרחיה [...] לשתף אמיתית את הציבור בדילמות המדיניות ובתהליכי החשיבה, ולגלות שהתבונה הקולקטיבית של אזרחי המדינה לא נופלת מזו של נבחר העם, פקידי הממשלה, שליחי האינטרסנטים המסורתיים או המומחים מטעם.⁷⁴

תהליך הערכת השפעות החקיקה עשוי להוביל להגשמה טובה יותר ומידתית של שיתוף הציבור בפעילות הרשות המחוקקת, ומן הסתם לשמירה על אופייה הייצוגי של הכנסת.⁷⁵ ניהול של תהליך איכותי זה מביא לידי ביטוי אפיון מקדמי של "מעגלי השפעה" אפשריים של המדיניות הנבחנת ופנייה ישירה לגורמים בעלי עניין, מקרב ארגונים יציגים או מקרב הציבור ממש, על מנת לקבל התייחסות ליוזמות החקיקה.

71 רזואני, לעיל הערה 14, בעמ' 232.

72 להגדרה של דמוקרטיה השתתפותית ולסקירה היסטורית ראו אהרון גפן השפעת מיסוד הדמוקרטיה ההשתתפותית על רמת שיתוף הציבור על ידי עובדים בארגון הציבורי 9-10 (2011); כן ראו Cristina Leston-Bandeira, *Studying the Relationship between Parliament and Citizens*, 18(3-4) THE JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES 265, 269 (2012); אפרת וקסמן ודנה בלאנדר דגמים של שיתוף אזרחים (מחקר מדיניות 26, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2002).

73 דוגמה להצעה שכזו בישראל ראו משה מאור "הזמנה לפגישה עם האינטרס הציבורי: מתווה לרפורמה בוועדות הכנסת" משפט ועסקים יד 543 (2012).

74 ראו הוועדה לשינוי כלכלי חברתי, דוח הוועדה 54-55 (2011).

75 להרחבה ראו תהילה שורץ אלטשולר מדיניות ממשל פתוח בישראל בעידן הדיגיטלי 13-124 (מחקר מדיניות 91, המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2012).

לפיכך אימוץ שיח של הערכת ההשפעות עשוי להוביל להגברת המודעות ולנכונות של הכנסת (ומטבע הדברים, גם של הממשלה ושל רגולטורים בהליכים מקדימים לחקיקה) לקיים הליכי הערכת השפעות, הכוללים שיתוף של הציבור ואף נכונות לאמץ נהלים ומנגנונים ספציפיים יותר בהקשר זה.

מגמות אלה משתלבות עם ההצדקות הכלליות לניהול הליכי הערכת השפעות, והן מובילות לאימוץ התפיסה והחלטה גם על החקיקה של הכנסת, בשינויים המחויבים ממהותה של עבודת המחוקק ומתפקידיו השונים.

◀ נספח 2: הרחבה על הליכי הערכת ההשפעות שכבר קיימים בכנסת

הערכת ההשפעה התקציבית של הצעת חוק נדרשת כפועל יוצא מחוק-יסוד: משק המדינה. החוק קובע כי הצעת חוק שאינה ממשלתית או שאינה מוסכמת על הממשלה וביצועה כרוך בעלות תקציבית העולה על סכום נקוב (כ־6 מיליון ש"ח) בשנת תקציב, צריכה להיות מאושרת ברוב מיוחד של 50 חברי כנסת. תקנון הכנסת מסדיר את ההליך שבמסגרתו נקבעת העלות התקציבית של ההצעה בוועדה. הצורך בקביעת העלות התקציבית של הצעה הנתונה בידי הוועדה לפי הערכת שר האוצר או לפי הערכה אחרת – יוצרת למעשה הערכה (מסוימת) של ההשפעות התקציביות של הצעת החוק. כאמור, חברי הכנסת רשאים לקבל הערכה משלהם לעלות התקציבית מידי ממ"מ של הכנסת. היותה של הצעת חוק "תקציבית" ועלותה אף יצוינו בדברי ההסבר להצעת החוק.

הערכת השפעות החקיקה בתחום המגדרי מעוגנת בחוק הרשות לקידום מעמד האישה.⁷⁶ החוק קובע כי הצעת חוק שהועברה לוועדת הכנסת (לרבות הצעת חוק תקציב שנתית) שיש לה השפעות על השוויון בין גברים לנשים, וכן נוסח תקנות שהועבר להתייעצות עם ועדת הכנסת ויש לו השפעות על השוויון בין גברים ונשים – יונחו על שולחן הוועדה עם חוות דעת מגדרית של הרשות לקידום מעמד האישה, המכילה ניתוח של השפעותיהם המגדריות.⁷⁷ המטרה המוצהרת של החוק היא לחייב את חברי הכנסת לבחון את השפעותיה של הצעת החוק על השוויון בין איש לאישה ולסייע לקדם שוויון מגדרי ברוח חוקי היסוד ואמנות בין-לאומיות שעליהן תתבסס ישראל.⁷⁸

הערכת השפעות החקיקה על זכויות הילד מעוגנת בחוק לציין מידע בדבר השפעת החקיקה על זכויות הילד.⁷⁹ החוק דורש לציין בדברי ההסבר להצעות החוק המוגשות לקריאה ראשונה את השפעותיהן הפוטנציאליות על זכויות הילדים ברוח האמנה

76 ס' 236 לחוק הרשות לקידום מעמד האישה, התשנ"ח-1998.
77 להרחבה ראו הערכת השפעה מגדרית של חקיקה, לעיל הערה 11.
78 לרקע נוסף ראו שם. לדוגמאות לחוות דעת מגדריות ולהרחבה על מתודולוגיה לבחינה מגדרית ראו באתר הרשות לקידום מעמד האישה www.women.gov.il/MA/migdarit/meto
79 להרחבה על חוק זה ראו החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים, לעיל הערה 12; נייר לשכה משפטית, לעיל הערה 9, בעמ' 6.

הבין לאומית לזכויות הילד. יוזמי ההצעה, חברי הוועדה לזכויות הילד של הכנסת, סברו שבכך יתאפשר להעלות את המודעות בקרב מקבלי ההחלטות למעמד הילד כנושא זכויות עצמאי ולקדם סדר יום התומך בזכויות ייחודיות אלה ומרחיבן. ולא זו בלבד אלא שגם לעמוד במחויבות ישראל במישור החוקתי והבין-לאומי. ביסודו שואף החוק לכונן שיח חקיקתי שאמור להתחשב בזכויות הילד ולתרום ככל האפשר לקידומן.⁸⁰ החוק קובע כי יש לציין פגיעה או שיפור בזכויות אלה במסגרת הליכי החקיקה לפי התנאים שנקבעו בו ולמסור מידע ונתונים בנושא. בעשור שחלף מאז נחקק החוק אכן השתפר המעמד הכללי של זכויות הילד בחקיקה, אך ההוראה הספציפית שבחוק עדיין לא ממומשת במלוא היקפה הראוי. עם זאת לאחרונה מתבצעת עבודת מטה להקמת נציבות עצמאית להגנה על זכויות האדם של ילדים;⁸¹ הדעת נותנת כי במסגרת נציבות שכזו ישתפרו יכולות הממשלה והכנסת לייצר מידע ולבצע הערכה של השפעות החקיקה על זכויות הילדים.

השפעת עבודת הכנסת על הדורות הבאים עוגנה במוסד נציב הדורות הבאים שפעל בכנסת. בתחום זה נחקק הסדר משפטי-מוסדי רחב שכלל גם הליכים להערכת השפעות החקיקה על הדורות הבאים. ההסדר עוגן בתיקון מס' 14 לחוק הכנסת, שהקים את מוסד נציב הדורות הבאים לכנסת.⁸² על פי ההסדר נדרש הנציב לספק לכנסת חוות דעת מקצועית בנוגע להשפעות הבין-דוריות של הצעות חוק המונחות לפניו כדי לאפשר לה לגבש עמדה מושכלת בעניין. מוסד הנציבות אמנם בוטל, אולם הכנסת הבהירה כי הדבר נובע מחלופה מוסדית הולמת בדמות ממ"מ של הכנסת ולא משינוי תפיסתי בנוגע לצורך העקרוני בהערכת השפעות של החקיקה.⁸³ לאחרונה התחדשה היוזמה להגברת ההערכה של השפעת עבודת הכנסת על הדורות הבאים ונשקלת הקמת מועצה מייעצת לדורות הבאים.⁸⁴ מעיון בהצעת החוק להקמת מועצת הדורות הבאים עולה כי מוצע להקים גוף מייעץ ולא מאלץ, המייצר מידע על הדורות הבאים ומעריך אותם, אך אינו מוסמך להורות

80 ראו את דברי ההסבר להצעת חוק חובת מידע בדבר השפעת החקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002, ה"ח 3125, 608.

81 ראו הצעת חוק נציבות זכויות הילד, התשע"ג-2013, פ/801/19, שהוצמדו לה שתי הצעות חוק נוספות; וכן החלטה חק/412 של ועדת השרים לענייני חקיקה, הממשלה ה'33 (11.11.2013).

82 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 14), התשס"א-2001, ס"ח 1783, 199.

83 ראו תקנון הכנסת, החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה, לעיל הערה 13.

84 ראו נעמה שטרן גופים רשמיים העוסקים בצורכי הדורות הבאים ובפיתוח בר-קיימא (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2013); הצעת חוק הגנה על זכויות הדורות הבאים, התשע"ד-2013, פ/1866/19.

לרשויות השלטון כיצד לפעול. עוד עולה כי "הצעת החוק לוקחת בחשבון את הלקחים שהופקו מפעילות נציבות הדורות הבאים לכנסת אשר הוקמה בשנת 2001, ויוצרת במקומה מועצה האמונה על טובת הדורות הבאים. מועצת הדורות הבאים אינה קובעת לרשויות כיצד עליהן לפעול, אלא מחווה דעה האמורה להיות לעזר למקבלי ההחלטות ברשויות השונות".⁸⁵ תפיסה זו עולה בקנה אחד עם התהליך המוצע בפרק זה, שכאמור אינו מתיימר להחליף את שיקול הדעת של חברי הכנסת.

לצד נורמות הקבועות בחוקים ספציפיים, תזכירי הצעות החוק הממשלתיות כוללים בנסיבות המתאימות ציון בדברי ההסבר לגבי כמה תחומים בעניין השפעות החקיקה המוצעת בהם: השפעת החוק המוצע על החוק הקיים; השפעת החוק המוצע על תקציב המדינה; השפעת החוק המוצע על תקן של משרד/יחידה ממשלתית שיופקד על ביצועו; השפעת החוק על ההיבט המינהלי. בספרות המקצועית הועלו הצעות שונות לשיפור הליך החקיקה בהיבטים של איסוף מידע, ניתוח והערכה של השפעות החקיקה המוצעת בכנסת. כך, לצד ההצעה למיסוד הערכת ההשפעה החוקתית,⁸⁶ הועלתה לאחרונה הצעה לעיגון חובת ההערכה של ההשפעה החלוקתית⁸⁷ של הצעת החוק. כל אלה הן שורה של המלצות מוסדיות לטיוב הליך החקיקה ולהעמדת כלים לרשות חברי הכנסת שיסייעו להם בהערכת הצעות חוק.

כעולה מהסקירה, הערכת השפעות של החקיקה קיימת כבר כיום בתחומי השפעה מסוימים (אף שברמת היישום הדרך עוד ארוכה). הגישה המוצעת בחלק זה מרחיבה את היריעה. נוסף להערכת ההשפעה על התקציב, על המגדר ועל זכויות הילד, גישה זו מציבה שורה של תחומי השפעה שעל פיהם יש לבחון את הצעת החוק, כשתחומים אלה רלוונטיים, כדי להגיע לבחינה אינטגרטיבית יותר.⁸⁸

85 הצעת חוק הגנה על זכויות הדורות הבאים, שם, בעמ' 6.

86 רוזנאי, לעיל ה"ש 14.

87 ראו גליקסברג, לעיל הערה 15, בעמ' 962; הצעת חוק השלכות חלוקתיות בחקיקה, התשע"ד-2014, לעיל הערה 15.

88 ראו, למשל, טונר, לעיל הערה 16, בעמ' 319-321.

בראשם ניצבת הערכת ההשפעה החוקתית, הכוללת בחינה של הפגיעה האפשרית בזכויות האמורות ובחינת המידתיות של האמצעים שנבחרו להגשמת התכלית. אף שתחומי ההשפעה שיפורטו אינם מעוגנים בחקיקה או בתקנון הכנסת, אנו מציעים לשלבם על מנת להעשיר את כלי הבחינה המעוגנים.

◀ נספח 3: סופס דיווח

א. אפיון הבעיה שעמה אמור החוק להתמודד
1. הבעיה וסיבותיה
2. מיפוי החקיקה הקיימת והרלוונטית לבעיה
3. האם הבעיה מצדיקה חקיקה של הסדר ראשוני?
4. העקרונות החוקתיים והזכויות החוקתיות שעליהן משפיעה הבעיה
5. מיפוי ראשוני של ההשפעות האפשריות של הבעיה

ב. דיווח על התשתית העובדתית שנאספה ותוצאותיה

--

ג. דיווח על הליכי היוועצות שהתקיימו לפני הנחת ההצעה

--

ד. הגדרת התכלית החקיקתית

--

ה. הצבת החלופות לפעולה ופירוט ראשוני של החלופות שנבחנות

--

ו. ניתוח כל חלופה בראי השפעותיה
1. הזכויות החוקתיות שבהן פוגעת החלופה ופירוט הפגיעה
2. השפעות ישירות של החלופה וניתוח עלות-תועלת
3. השפעות חברתיות וכלל-משקיות א. השפעת החלופה על האזרח במערכת הדמוקרטית
ב. השפעת החלופה על השוויון
ג. השפעת החלופה על מיעוטים קבועים
ד. השפעת החלופה על תעסוקה וחיי עבודה
ה. השפעת החלופה על פגיעה וביטחון אישי
ו. השפעת החלופה על רמת הפיתוח של אזורים שונים
ז. השפעת החלופה על קידום חברת המידע
4. ניתוח מידתיות של החלופות א. מבחן ההתאמה
ב. מבחן הצורך
ג. מידתיות במובן הצר

ז. השוואה בין חלופות והצגת החלופה שנבחרה

--

ח. הצגת אמות מידה לבחינת החקיקה בדיעבד

--

השתתפו בהכנת המדריך

- פרופ' מרדכי קרמניצר**
סגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה; פרופסור אמריטוס ודיקן לשעבר של הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מומחה למשפט פלילי וציבורי.
- ד"ר (עו"ד) עמיר פוקס**
ראש התכנית "הגנה על ערכים דמוקרטיים" במכון הישראלי לדמוקרטיה. עיקר תחומי התמחותו הם משפט חוקתי וזכויות אדם, משפט פלילי, טרור ודמוקרטיה ולאומיות ליברלית.
- נדיב מרדכי**
עוזר מחקר בתכנית "הגנה על ערכים דמוקרטיים" במכון הישראלי לדמוקרטיה ותלמיד משלים למחקר בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מתמחה במשפט ציבורי.
- עו"ד שלומית שטיין**
עוזרת מחקר בתכנית "הגנה על ערכים דמוקרטיים" במכון הישראלי לדמוקרטיה. בעלת תואר ראשון מהתכנית המשותפת למשפטים ומדעי הרוח באוניברסיטה העברית בירושלים ותואר שני מבית הספר למשפטים באוניברסיטת ייל. בשנים 2011-2012 התמחתה בפרקליטות הפלילית של מחוז ירושלים.
- שחר אבימור**
מתמחה בליטיגציה מסחרית במשרד גאמון רוזנברג הכהן ושות'; עוזרת מחקר לשעבר בתכנית "הגנה על ערכים דמוקרטיים" במכון הישראלי לדמוקרטיה ובפורום "קהלת" בנושא טיוב הרגולציה.
- עו"ד משה אוסטרובסקי**
תלמיד לתואר שני בפקולטה למשפטים באוניברסיטת משיגן. בעל תואר ראשון במשפט, סוציולוגיה ואנתרופולוגיה מהתכנית המשולבת של האוניברסיטה העברית בירושלים.
- עו"ד בירטה ברודקורב (Birte Brodkorb)**
בעלת תואר ראשון במשפטים מאוניברסיטאות ברלין ובריסל ותואר שני בקרימינולוגיה ומשפט פלילי מאוניברסיטת King's College, London; דוקטורנטית בנושא שלילת זכאות למים ומזון בראי המשפט הפלילי הבינלאומי. יעצה לצוות ה"מדריך לחוקק" בתחום המשפט החוקתי הגרמני והליך החקיקה בגרמניה.
- ויל קוביסון (Will Cubbison)**
דוקטורנט במדעי המדינה באוניברסיטת George Washington, עם התמחות בפוליטיקה אמריקנית ובמתודולוגיה פוליטית. בעל תואר ראשון במדעי המדינה ותואר שני בכלכלה יישומית מאוניברסיטת North Carolina State. צבר ניסיון פוליטי במעורבות בקמפיינים שונים בארצות הברית (בכללם הקמפיין לחוקק מדינת צפון קרוליינה, לסנט של ארצות הברית ולנשיאות). יעץ לצוות ה"מדריך לחוקק" בתחום המבנה המוסדי של החוקה והחקיקה במערכת האמריקנית.



www.idi.org.il



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

המכון הישראלי לדמוקרטיה

רח' פינסקר 4, ירושלים

טל': 02-5300888

חסת"ב 0-166-519-965-978