

הצעה לסדר 5

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

נדיב מרדכי | משה אוסטרובסקי | מרדכי קרמניצר

ינואר 2014



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

נדיב מרדכי | משה אוסטרובסקי | מרדכי קרמניצר



המכון הישראלי
לדמוקרטיה

הצעה לסדר 5

ירושלים, ינואר 2014

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 ולטיפוח 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.

אין לשכפל, להעתיק, לצלם, להקליט, לתרגם, לאחסן במאגר ידע, לשרד 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 מהמו"ל.

מסת"ב: 0-137-519-965-978 ISBN

להזמנת ספרים ומחקרי מדיניות בהוצאת המכון הישראלי לדמוקרטיה:

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

אתר האינטרנט: www.idi.org.il ; דוא"ל: orders@idi.org.il

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4702, ירושלים 9104602

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

Copyright © 2014 by The Israel Democracy Institute (R. A.)

Printed in Israel

הדברים המתפרסמים בסדרת "הצעה לסדר" אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה

תוכן העניינים

5	א. מבוא
6	ב. על אודות חוק הילדים
13	ג. ההליך להערכת השפעות בכנסת: דברי חקיקה דומים
18	ד. פרשנות שיפוטית מצמצמת: בין חוק מנחה לחוק מצווה
23	ה. האם חוק הילדים נושא אופי חוקתי?
25	ו. חוק הילדים כחוק מסגרת
32	ז. מנגנוני אכיפה ליישום החוק
33	1. מנגנוני אכיפה מינהליים ופרלמנטריים
34	i. הצעות חוק פרטיות
36	ii. הצעות חוק ממשלתיות
41	2. אכיפה שיפוטית (בעת הליך החקיקה ואחריו)
43	ח. סיכום והמלצות

א. מבוא

החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002 (להלן: "חוק הילדים"), דורש מהמחוקק לציין בדברי ההסבר להצעות החוק המוגשות לקריאה ראשונה את השפעותיהן הפוטנציאליות על זכויות ילדים. 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 ומרחיב זכויות ייחודיות אלה.

בעשור שחלף מאז נחקק החוק אכן השתפר המעמד הכללי של זכויות הילד בחקיקה, אך ההוראה הספציפית שבחוק הילדים, בדבר ציון השפעות חקיקה, נדחקה לקרן זווית. המדינה אימצה גישה הרואה בחוק הילדים חוק מנחה שאין לייחס משמעות מרחיקת לכת להפרתו. כך, למשל, נמנעו הגורמים האחראים ליישום החוק – שר המשפטים ויושב ראש הכנסת – ממימוש הסמכות שהוקנתה להם בחוק ולא התקינו תקנות להבהרת ההיקף של הערכת ההשפעות הנדרשת. יחס זה הוביל לכך שההוראה בדבר ציון ההשפעות הפוטנציאליות בהצעות חוק מתממשת בצורה פורמלית בלבד, כאשר במקרים רבים הניתוח אינו מעמיק דיו ואינו מציג את התמונה המלאה, ולעתים קרובות כלל אינו קיים. גם הביקורת השיפוטית לא ייחסה חשיבות מספקת לאכיפת ההוראה האמורה, ולפחות במקרה אחד נמנע בג"ץ מהפעלת ביקורת שיפוטית אפקטיבית כשהליכי החקיקה של חוק מסוים לא עלו עמה בקנה אחד.

ברשימה זו נבקש להצביע על כך שלנוכח המאפיינים הייחודיים של החוק, הכולל פרוצדורה לחקיקה העוסקת בסוגיות בעלות השפעה על זכויות האדם של ילדים, ראוי לייחס לו מעמד נורמטיבי מיוחד ולהקפיד במשנה מרץ על יישומו

* אנו מודים לד"ר תהילה שוורץ-אלטשולר, שחר אבימור, זמר בלונדהיים, רועי גרוסברגר, רונן פוליאק, שירן רייכנברג, אביתר שדה ושלומית שטיין על הערות מועילות לגרסאות שונות של הרשימה. אנו מודים במיוחד לשופטת (בדימוס) סביונה רוטלוי על נכונותה לקרוא את הרשימה ועל הערותיה המועילות. האחראיות לכתוב היא שלנו בלבד.

בהליכי חקיקה עתידיים.¹ בהקשר זה נבחן את האפשרות לייחס לחוק מעמד "מעין חוקתי" הנהנה מעליונות נורמטיבית. נוסף על הממד החוקתי נבקש לטעון כי מדובר בחוק מסגרת שמעמדו גבוה מזה של חקיקה "רגילה". לסיום נציג חלופות אחדות למנגנוני יישום ופיקוח של הוראות החוק, שבאמצעותם יתאפשר להבטיח כי יופקדו בידי המחוקקים הכלים המקצועיים הדרושים לניתוח הולם של ההשפעות על זכויות הילד וכי בד בבד תיאכף ההוראה בדבר ציון השפעות – בתוך הכנסת פנימה, ובמקרים החריגים המתאימים – גם באמצעות בית המשפט.

ב. על אודות חוק הילדים

בשנת 1991 אשררה מדינת ישראל את האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד.² האמנה מתמקדת בשני תחומים עיקריים. הראשון הוא עיגון ההכרה במעמד הילד כאדם אוטונומי, הזכאי להשפיע על עיצוב עתידו ונהנה מזכויות אדם מלאות, בכפוף להתאמות המתחייבות ממגבלותיו ומצרכיו הייחודיים.³ התחום

1 נייר זה מצטרף, לעמדתנו, לספרות חדשה הטוענת בזכות הגברת החובות המנהגיות והמשפטיות בתחום ההערכה של השפעות החקיקה בכנסת ישראל. 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 יתלוו להצעות החוק הממשלתיות והפרטיות הערכות בדבר השפעותיהן החלוקתיות כעניין שבחובה, ראו דוד גליקסברג "על משטר הנכחה נורמטיבי של הצדק החלוקתי" **משפטים** מג 961 (תשע"ג) (להלן: גליקסברג).

2 אמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989) (אשררה ונכנסה לתוקף ב-1991) (להלן: האמנה).

3 זאת בניגוד לתפיסה הקלסית, שהבליטה עקרונות פטרנליסטיים של הגנה על טובת הילד. ראו תמר מורג "עשרים שנה אחרי: תפיסת זכויות הילד על פי האמנה בדבר זכויות הילד" **המשפט הישראלי** 15 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: מורג, "עשרים שנה אחרי"); סביונה רוטלוי "אחריות המדינה בקידום זכויות ילדים" **זכויות הילד והמשפט הישראלי** 63 (תמר מורג עורכת, 2010); תמר מורג "האומנם עידן חדש? פסיקת בתי המשפט בישראל והאמנה בדבר זכויות הילד" **זכויות הילד**

השני הוא הדגשה של מחויבות המדינה כלפי הילד וצמצום התפיסה בדבר האוטונומיה ההורית, שבעבר הגבילה את התערבות המדינתית בתא המשפחתי.⁴ כעת, בעקבות ההכרה בזכויות העצמאיות של הילד, המדינה נדרשת לפעול למימושן גם במחיר כרסום מסוים במעמד ההורים.⁵ בלב האמנה שורה של זכויות מהותיות: החל בזכות לשוויון;⁶ עבור בזכות להתפתחות תקינה בהיבטים הפיזי, הנפשי, הרוחני, המוסרי והחברתי;⁷ וכלה בזכות ההשתתפות של הילד בקבלת החלטות המשפיעות על עתידו.⁸ בצד זכויות היסוד המעוגנות באמנה ניתן משקל מכריע גם לעיקרון הקלסי של טובת הילד, מתוך שאיפה לאזן בין "טובתו" ל"זכויותיו" וליצור הרמוניה בין עקרונות אלה.⁹

אף שלא נקלטה כדין מחייב במשפט הישראלי, החלה המדינה מאז אשרורה של האמנה בהליכים שונים לאימוץ והטמעה של עקרונותיה במשפט הנוהג.¹⁰ כך, בכנסת הוקמה ועדה ייעודית העוסקת בזכויות הילד ופועלת במרץ לקידום מדיניות והצעות חוק רלוונטיות. אגד ההמלצות של הוועדה לבחינת

והמשפט הישראלי 101 (תמר מורג עורכת, 2010) (להלן: מורג, "עידן חדש"); יחיאל קפלן "זכויות הילד בפסיקה בישראל: ראשית המעבר מפטרנליזם לאוטונומיה" המשפט ז 303 (2002); רוני שוז "זכות הילד להשתתפות: בין תיאוריה לבין הלכה למעשה בבתי המשפט לענייני משפחה" משפחה במשפט ב 207 (2009); ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221 (1995); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48 (1995).

4 לדיון ברקע לחקיקת האמנה ובתהליכי גיבושה ראו EUGEN VERHELLEN, CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD: BACKGROUND, MOTIVATION, STRATEGIES, MAIN THEMES 72 (Eugeen Verhellen & Garant publishers, 1994); PHILIP E. VEERMAN, THE RIGHTS OF THE CHILD AND THE CHANGING IMAGE OF CHILHOOD 181–208 (Martinus Nijhoff Publishers, 1992)

5 רוטלוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 70.

6 ס' 2 לאמנה, לעיל ה"ש 2.

7 מורג, "עשרים שנה אחרי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 43.

8 ס' 12 לאמנה, לעיל ה"ש 2.

9 מורג, "עשרים שנה אחרי", לעיל ה"ש 3, בעמ' 55.

10 ראו למשל ע"פ 9937/01 חורב נ' מדינת ישראל, פ"ד נח(6) 738, פס' 9 לפסק הדין של השופט לוי (2004).

עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישוםם בחקיקה, שהוגש בשנת 2003, משמש בסיס לתיקוני חקיקה נוספים ולעבודת מטה לקידום הסוגיה במשרד המשפטים וברשויות רלוונטיות אחרות.¹¹ ניכר כי מאז אשרור האמנה ישראל נוקטת פעולות רבות – במישור המשפטי ובמישורים נוספים – כדי לאמץ את ההסדרים המפורטים בה. הדבר בולט בפעילות הפרלמנטרית המשפרת את ייצוג האינטרסים של ילדים – פרטים שאין להם ייצוג ישיר בבית המחוקקים. עם זאת, הפער בין הצעדים שכבר בוצעו לבין יישום מיטבי של האמנה עודנו רב.¹² על רקע מגמה זו, ובמסגרת האמצעים שננקטו, הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק חובת תסקיר טובת הילד בחקיקה, התשס"א-2001. ההצעה ביקשה לחייב את הממשלה לצרף להצעות חוק מטעמה תסקיר המנתח את ההשפעות הפוטנציאליות של החוק המוצע על זכויות הילד וטובתו, ובו חלופות להסדרים המוצעים ואמצעים למזעור הפגיעה בילד.¹³ מציעי ההצעה – חברי הוועדה לקידום מעמד הילד (כפי שנקראה בזמנו) – סברו כי הסדר זה מתחייב מהפרשנות שהעניק לאמנה ארגון יוניצ"ף (UNICEF), שלפיה "[...] ensuring that

11 אתי וייסבלאי פעולות ישראל ליישום האמנה הבין-לאומית בדבר זכויות הילד 12-16 (2010) (להלן: דוח המ.מ.מ.); לאחרונה ראו פרוטוקול מס' 16 מיישיבת הוועדה לזכויות הילד שהתקיימה ביום ג', כ"ד בתמוז התשע"ג (2 ביולי 2013), בנושא דיווח המשלחת הישראלית לאו"ם לגבי יישום האמנה הבינלאומית לזכויות הילד, זמין באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/heb/protocol_search.aspx?ComId=25 (אוחזר לאחרונה ב-1.10.2013).

12 להצגה של סטנדרטים בתחום זה ראו למשל UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 2 (2002): The Role of Independent National Human Rights Institutions in the Promotion and Protection of the Rights of the child, CRC/GC/2002/2; UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No.6 (2003): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside Their Country of Origin, CRC/GC/2005/6; UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 1 (2001): The Aims of Education, CRC/GC/2001/1; UN Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 12 (2009), The Right of the Child to be Heard, CRC/C/GC/12 (להלן: "הערות פרשניות").

13 ס' 3 ו-4 להצעת חוק תסקיר טובת הילד בחקיקה, התשס"א-2001, ה"ח 2983, 533.

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

best interests of the child are a primary consideration in [...] legislation

¹⁴. [...] demands a continuous process of child impact assessment”

הממשלה התנגדה להצעת החוק בטענה שהיא מיותרת ושבהיעדר הסדרה שיטתית של הליכי החקיקה בישראל בחקיקה ראשית אין מקום להסדיר בחוק דווקא היבט זה.¹⁵ התנגדות הממשלה הובילה לכך שההצעה המקורית נפלה בקריאה השלישית. עם זאת, בתום דיונים ממושכים הומרה הדרישה לצירוף תסקיר מפורט בדרישה מרוככת לציון “מידע”. גרסה מחודשת של ההצעה אושרה בכנסת בחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס”ב-2002. מבט ראשוני על ההסדר מלמד כי החוק נועד לשמש, בעיקרו, נורמה הצהרתית בדבר קיומה של חובה להתחשב בזכויות הילד ובטובתו, המוטלת על מקבלי החלטות בהליך החקיקה. עם זאת, במהלך הדיונים בהצעת החוק הדגישה הוועדה לקידום מעמד הילד כי בצד התכלית ההצהרתית נועדה ההצעה ליצור שקיפות שתאפשר ביקורת ציבורית על הצעות חוק, דבר ש”ביא את הגורמים הקובעים בממשלה אולי לשקול עוד פעם כאשר הם ינקטו צעדים של חוק או החלטות תקציביות שיש להם השפעה שלילית על ילדים”.¹⁶ אם כך, אל המטרה ההצהרתית התלוותה מטרה מפורשת נוספת – הגברת המודעות והדיון הציבורי כאשר לפגיעה בזכויות ילדים בתהליכים של קבלת החלטות המסתיימים בחקיקה. ייעוד זה של החוק אכן בא לידי ביטוי בסעיף המטרה שבו. הסעיף קובע כי מטרת החוק היא “לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעתה של הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים, ברוח עקרונות האמנה”.¹⁷

- 14 Committee on the Rights of the Child, General Comment no. 5 (2003): General Measures of Implementation, CRC/GC/2003/5, www.unicef-irc.org/portfolios/general_comments/GC5_en.doc.html. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 104 של הוועדה לקידום מעמד הילד, הכנסת ה-15 (11.6.2001), זמין באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/yeled/2001-06-11.rtf (אוהזר לאחרונה ב-16.12.2013).
- 15 דברי עו”ד אסיף, שם, בעמ’ 3-4.
- 16 דברי ח”כ גו’נסקי, שם, בעמ’ 2-3, ובפרוטוקול ישיבה מס’ 138 של הוועדה לקידום מעמד הילד, הכנסת ה-15, 2 (5.3.2002), זמין באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/yeled/2002-02-18.rtf (אוהזר לאחרונה ב-16.12.2013).
- 17 ס’ 2 לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס”ב-2002.

לשם כך החוק מטיל על המחוקק חובה של הערכת השפעות בתחום זכויות הילד ודורש ממנו לציין בדברי ההסבר של כל הצעת חוק העשויה להשפיע על זכויות הילד את אופי ההשפעה הפוטנציאלית ואת היקפה:

3. בדברי ההסבר של הצעת חוק לקריאה ראשונה, שעל פניה נראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים (להלן – ההצעה), יצינונו אלה, לפי הענין:

(1) קיומה של פגיעה או קיומו של שיפור הנוגעים לזכויותיהם של ילדים והיקפם, לרבות לענין תנאי חייהם והשירותים המוקנים להם;

(2) הנתונים והמידע ששימשו לקביעת האמור בפסקה (1), אם ישנם.

הוראה זו מבקשת ליצור שיח חקיקתי האמור להתחשב בזכויות הילד ולתרום ככל האפשר לקידומן.¹⁸ החוק קובע כי יש לציין קיום של פגיעה או שיפור בזכויות אלה במסגרת הליכי החקיקה, ובהתאם לתנאים שנקבעו בסעיף – גם למסור מידע ונתונים בנושא. אכן, החוק עבר "תספורת" בהשוואה להצעת החוק והוא מסתפק כיום בנייתוח כללי של "פגיעה או שיפור" בזכויות הילד. כזכור, ההצעה המקורית תבעה התייחסות מפורטת ל"מהות והיקף ההשפעה הישירה והעקיפה על טובת ילדים וזכויותיהם", תוך בחינת חלופות אפשריות להסדר המוצע והצגת אמצעים לצמצום ההשפעות השליליות של ההצעה.¹⁹ למרות אופיו הכללי של ההסדר – כמו גם היעדר העיגון של מנגנוני ביקורת מוסדיים

18 ראו דברי ההסבר להצעת חוק חובת מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002, ה"ח 3125, 608.

19 שם, ס' 4 להצעת החוק. ס' 24, למשל, קובע כי המידע יכלול "אמצעים שניתן לנקוט על מנת לצמצם את ההשפעות השליליות של יישום ההצעה על ילדים". מעניין לציין כי הנוסח המקורי של הצעת החוק הוא גרסה מצומצמת של הנוסח שהופיע בהצעת חוק תסקיר טובת הילד בחקיקה, לעיל ה"ש 13, שבו נדרשה הממשלה (ס' 34) להצעה) להציג – נוסף על סקירת ההשפעה על זכויות הילדים ועל טובת הילד – גם "חלופות אפשריות למוצע בהצעת החוק אשר יצמצמו ככל הניתן את הפגיעה בזכויות ילדים".

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

הבוחנים את ההשפעה המעשית של החקיקה על זכויות הילד – נראה כי מדובר בצעד התואם את רוח ההמלצות שפרסמה ועדת האו"ם לזכויות הילד.²⁰ כדי להבטיח את מימוש החובה בדבר הערכת השפעות מגדיר סעיף 4(א) לחוק את שר המשפטים כשר הממונה על ביצוע ההוראה בהצעות חוק ממשלתיות ואף מעניק לו סמכות להתקין תקנות לשם כך. סעיף 4(ב) מטיל אחריות דומה (ונדירה) על יושב ראש הכנסת בכל הקשור להצעות חוק פרטיות של חברי הבית.

בשנים שחלפו מאז חקיקת החוק לא הותקנו מכוחו תקנות; למיטב ידיעתנו גם לא נעשה ניסיון ממשי להסדיר את המידה וההיקף של הפירוט המחייב את המחוקק. על רקע חוסר הבהירות בהקשר זה נשמעו טענות שבהיעדר תקנות מתאימות החוק אינו בר יישום ואי-אפשר להשתמש בו כעילה לביקורת שיפוטית על חקיקה שלא צורפה אליה הערכת השפעות כנדרש.²¹ קושי נוסף ביישום החוק נובע מצמצום תחולתו ל"הצעת חוק [...] שעל פניה נראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים". דומה כי סיוג החובה להצעות חוק מסוימות באמצעות מבחן "פתוח" עשוי לפתוח פתח להתחמקות ממילויה, במיוחד בהיעדר פרמטרים ברורים בעניין. עמימות זו מדגישה כמוכן את הבעייתיות שבהיעדר תקנות משלימות המציבות קריטריונים ברורים לתחולת החוק וליישומו. ברי כי בבחירת המחוקק להצביע על הצעות החוק החייבות בהערכת השפעות באמצעות מבחן פתוח (או באמצעות "סטנדרט" ולא "כלל")²² אין כדי לאיין את החובה שהחוק מטיל. אנו סבורים כי החוק בחר להשתמש במבחן פתוח כדי לאפשר בחינה של הצורך בהערכת השפעות בכל מקרה ומקרה באופן שמקדם את תכליתו ומאפשר איזון ראוי, אך לא כדי לאפשר התעלמות מהחובה.

20 דוח המ.מ.מ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5-6.

21 ייתכן כי טענה זו עשויה להוביל למסקנה שהסמכות להתקין התקנות היא סמכות חובה, כדי שהחוק לא יישאר אות מתה (השוו בג"ץ 295/65 אופנהיימר נ' שר הפנים והבריאות, פ"מ כ" (1) 309 (1966)).

22 להבחנה בין כללים לסטנדרטים ראו Louis Kaplow, *Rules versus Standards: An Economic Analysis* 42 DUKE L. J. 557 (1992)

על רקע קשיים אלה לא מפתיע לגלות כי יישומו של החוק חלקי מאוד. במסגרת הדיונים בהצעות חקיקה קשה להצביע על הליך מובנה ושיטתי להערכת ההשפעות של החקיקה המוצעת על זכויות ילדים.²³ לעתים נוצר מצב מוזר שבו הצעת חוק העוסקת במישרין בילדים ומשפיעה על זכויותיהם בעליל מתוארת ככזו ש"אין לה כל השפעה" על זכויות הילד.²⁴ הסיבות להיעדר היישום של החוק מגוונות ולא ינותחו כאן בהרחבה. נציין רק כי סיבה אפשרית לאי-יישום החוק יכולה להיות רתיעה של הרשות המבצעת (שיש לה דומיננטיות רבה בהליכי החקיקה) מלעשות זאת. סיבה אפשרית שנייה, חשובה לא פחות, היא היעדר שחקנים מוסדיים (קרי, יחידות או תקנים של כוח אדם מיוחד ומתמחה) האמונים על יישום החוק בכנסת או בממשלה. בלי קשר לסיבות המעשיות שבגינן החוק אינו מיושם, הטענה בנייר עמדה זה היא שההימנעות מיישום אינה עולה בקנה אחד עם חשיבותו הנורמטיבית.

23 רוטלוי, לעיל ה"ש 3, בעמ' 72; דוח המ.מ.מ, לעיל ה"ש 11, בעמ' 10. אכן, לרוב יש בהצעות חוק התייחסות להשפעה על זכויות הילד – אם כנימוק התומך בהצעה ואם בניסיון לדחות טענה שמדובר בהצעה הפוגעת בילדים. ראו למשל דברי ההסבר להצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 53) (שיחה למוקד חירום טלפוני לנפגעות ולנפגעי תקיפה מינית), התשע"ב-2012, ה"ח הכנסת 436, 89 ורבות אחרות. עם זאת, במקרים רבים אין ניתוח ממשי של ההשפעות על זכויות הילד (ראו למשל דברי ההסבר להצעת חוק הנוער (טיפול והשגחה) (תיקון מס' 21), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 692, 856).

לקריאה עקרונית להגביר את יישומו של החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד במסגרת המלצות לטיוב תהליכי החקיקה בכנסת ראו חן פרידברג, **טיוב תהליך החקיקה בכנסת** (נייר פנימי) (המכון הישראלי לדמוקרטיה), בעמ' 3 ו-14. נראה כי ברמה התורתית, יש הכרה בצורך להתחשב בהסדר שבחוק במסגרת הליך החקיקה. ראו **מדריך לניסוח חקיקה** (מחלקת נוסח החוק, משרד המשפטים, יוני 2008), פרק 10: דברי הסבר, עמ' 43; וכן מדריך בנושא **הליך החקיקה** (הלשכה המשפטית, הכנסת, מאי 2013), בעמ' 7.

24 ראו למשל דברי ההסבר להצעת חוק לשינוי חברתי-כלכלי (תשלומי הורים), התשע"ב-2012, ה"ח הממשלה 690, 850. אנו מודים לעו"ד ורד וינדמן על שיחה בעניין זה ולעו"ד אביבית ברקאי-ארונוב ממחלקת החקיקה של המועצה לשלום הילד על ההפניה לדוגמה זו.

ג. ההליך להערכת השפעות בכנסת: דברי חקיקה דומים

הליכים להערכת השפעות אינם חלק אינטגרלי מתהליך החקיקה בישראל בעת הנוכחית, אך מבט מעמיק מלמד כי מלבד חוק הילדים יש דברי חקיקה נוספים המעגנים תהליכים כאלה, בתחומים אחרים. בפרק זה נציג בקצרה כמה הוראות רלוונטיות ונבקש לעמוד על מאפייניהן ולהשוותן למאפייני החוק שהוצגו לעיל. הזירה התקציבית היא זירה מרכזית שנקבעו בה מנגנונים להערכת השפעות כבר בשלבים המוקדמים של הליך החקיקה. סעיף 39א לחוק יסודות התקציב קובע שב"הצעת חוק המוגשת לכנסת שבביצועה כרוכה הוצאה או התחייבות להוצאה מתקציב המדינה, או שבביצועה כרוכה הפחתה של הכנסות המדינה, תצוין, בנוסח החוק המוצע או בדברי ההסבר לו, דרך המימון להוצאה או להפחתה".²⁵ יתר על כן, בסעיף 33א(א) לחוק יסוד: משק המדינה מעוגן הסדר נוסף, המקשה אף יותר על חקיקה תקציבית ומתנה את קבלתה בתמיכה של חמישים חברי כנסת לפחות. הפרשנות שבית המשפט העליון מעניק להוראות אלה מלמדת כי הן נועדו לקדם שתי תכליות: האחת היא שמירה על מסגרת התקציב והבטחת התנהלות כלכלית אחראית; האחרת היא מתן אפשרות לממשלה לממש את מדיניותה הכלכלית-חברתית בלי לאפשר ליוזמות חקיקה פרטיות לכרסם במשאבים העומדים לרשותה.²⁶ הוראות אלה מעניקות תוקף חקיקתי – ואף שריון חוקתי במקרה של האחרונה – לחובה המוטלת על המחוקק לבחון את ההשלכות התקציביות הרחבות של הצעות החקיקה שהוא מעלה ולא להסתפק בבחינה של תכליתן הצרה והמיידית.

כדי להבטיח מימוש מלא של ההסדרים הייחודיים לגבי חקיקה תקציבית מטיל תקנון הכנסת על הוועדה העוסקת בהכנה של הצעת חוק לקריאה ראשונה לזמן את שר האוצר או את נציגו ולקבל מהם הערכה כתובה, מנומקת ומפורטת באשר לעלויות התקציביות שבהן כרוכה הצעת החוק. יצוין כי הוועדה אינה מחויבת לקבל הערכה זו, ויש לה שיקול דעת להעדיף הערכה חלופית שהגיש

25 ס' 39א לחוק יסודות התקציב, התשמ"ה-1985. וראו גליקסברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 374-376.

26 בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פס' 382-384 (פורסם בנבו, 9.6.2005) (להלן: בג"ץ ההתנתקות).

לה מציע ההצעה.²⁷ מכל מקום, אם השתכנעה הוועדה שאכן מדובר בהצעה "תקציבית", עליה לוודא כי יש בנוסח ההצעה או בדברי ההסבר לה התייחסות למקור המימון, בהתאם לסעיף 39א לחוק יסודות התקציב.²⁸ בהקשר התקציבי עיגן אפוא המחוקק הסדרי יישום קונקרטיים של הערכת השפעות ולא הסתפק בהוראה כללית בעניין.

כאשר נדרש בג"ץ להתמודד עם טענות בדבר פגמים שנפלו בהליכי חקיקה כתוצאה מאי-עמידה בדרישות סעיף 39א' לחוק יסודות התקציב, הוא נמנע ממתן סעד אופרטיבי. נציין כי התמודדות זו הייתה אגב דיון עמוק יותר בטענות אחרות. כך, למשל, בדונו בתוקף של תיקון לחוק יסוד: הממשלה שביטל את המגבלה המספרית על מספר השרים וסגני השרים בממשלת ישראל קבע בג"ץ כי "גם אם נפלו, כטענת העותרת, פגמים טכניים אלה ואחרים בדרך שבה הוצגו הנתונים בעניין זה לפני הכנסת" אין בכך כדי לפגוע בתוקף החוק, שכן "מסתבר כי השפעותיו התקציביות של התיקון נשקלו על ידי הכנסת".²⁹ במקרה אחר נדחתה טענה שחוק יישום ההתנתקות נעדר תוקף בשל היעדר פירוט של מקורות המימון הדרושים לביצועו. בג"ץ אמנם הרחיב בעניין החשיבות של הוראה זו וציין כי היא נדבך חשוב של עקרון הפרדת הרשויות – ואף חשובה לשמירה על משמעת תקציבית – אך לדידו הייתה בחוק הרלוונטי התייחסות מספקת למקורות התקציביים, הממשלה והמינהל פעלו מכוח הדין בנושא, וברמה הביצועית אף הקצו את התקציב הדרוש לביצוע התכנית, ועל כן לא ניתן סעד בהקשר זה.³⁰

27 ראו סעיף 93 "חקיקה הצריכה תקציב", תקנון הכנסת, החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה, מעודכן ליום 30 במאי 2012, ט' בסיון התשע"ב (להלן: תקנון הכנסת), המסדיר מנגנון לזימון לוועדה של שר האוצר, או של מי שהוא הסמיך לכך, כדי לברר את הערכתו באשר לעלות התקציבית של החוק. עוד קובע הסעיף כי חבר הכנסת המציע הצעת חוק רשאי להגיש לוועדה הערכה משלו באשר לעלות התקציבית שלה.

28 שם.

29 מלבד הטיעון החוקתי הגורס כי חקיקה ותיקון של חוקי יסוד אינם כפופים כלל להוראות המעוגנות בחוק רגיל דוגמת חוק יסודות התקציב. ראו בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג(4) 92, 96 (1999).

30 בג"ץ ההתנתקות, לעיל ה"ש 26, בפס' 382-384. לדיון נרחב ב"משטר הנכחה תקציבי" וב"משטר הנכחה כללי" ראו גליקסברג, לעיל ה"ש 1, בעמ' 986-995.

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

גם בתחום המגדרי יש הסדרה משפטית רלוונטית הנוגעת להערכת השפעות. בחוק שיווי זכויות האישה יש הוראה דומה (אך לא זהה) לחוק הילדים:

הועברה לוועדה מוועדות הכנסת (בסעיף זה – הוועדה) הצעת חוק, לרבות הצעת חוק תקציב שנתי, או הובאה לאישור הוועדה או להתייעצות עמה חקיקת משנה, אשר יש להן השלכות על השוויון בין נשים לגברים או הנוגעות לתחום מתחומי פעולתה של הרשות, תגיש הרשות לוועדה חוות דעת בדבר ההשלכות האמורות (בסעיף זה – חוות דעת מגדרית); חוות הדעת המגדרית תונח על שולחן הוועדה לקראת הדיון בעניין.³¹

הגלגול הראשון של הסדר זה היה בשנת 2006, כאשר הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות מגדריות.³² המטרה המוצהרת של ההצעה, שנוסחה בצורה כמעט זהה לחוק הילדים, הייתה "לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעתה של הצעת החוק על שוויון בין אישה ואיש" ולסייע לקדם שוויון מגדרי ברוח חוקי היסוד ומחויבותיה הבינ-לאומיות של מדינת ישראל. בהליכי ההכנה של הצעת החוק לאישור הכנסת הוכנסו בה שינויים מהותיים. ההסדר שהתקבל בסופו של דבר מסתפק בהנחת "חוות דעת מגדרית" – שאותה מגבשת הרשות לקידום מעמד האישה – על שולחנה של ועדת הכנסת הרלוונטית. מדובר אפוא במנגנון בקרה "רך" יחסית, שבמסגרתו גוף מוסמך להציג לפני ועדות הכנסת, בשלבים מתקדמים יחסית של הליך החקיקה, את עמדתו בנוגע

31 ס' 2ג6 לחוק שיווי זכויות האישה, תשי"א-1951. ראו חוק השלכות מגדריות בחקיקה (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007, ס"ח 2118, 35. לדיון מפורט בחוק זה, במשא ומתן החקיקתי שקדם לו, בתכניו וביישומו הלכה למעשה ראו יפעת רוס, "חוק השלכות מגדריות בחקיקה (תיקוני חקיקה), התשס"ח-2007 – תמונת מצב", מרכז לקידום נשים ביורה הציבורית (מכון ון ליר בירושלים, 2011). לנתונים על יישום ההסדר שבחוק מאתר הרשות לקידום מעמד האישה ראו www.women.gov.il/MA/migdarit/mavo/ (אוחזר לאחרונה ב-28.11.2013).

32 הצעת חוק לציון מידע בדבר השפעות חקיקה על זכויות מגדריות, התשס"ו-2006.

להשפעות המגדריות. לעומת זאת – בניגוד להסדר שאומץ בחוק הילדים – המחוקק עצמו אינו נושא בחובה כלשהי להערכת השפעות. בהקשר המגדרי אומץ בסופו של יום הסדר המשקף הנחת יסוד שראוי לבחון את ההשפעות החברתיות הרחבות של חקיקה מוצעת טרם אישורה. עם זאת, הוא מלמד גם על נטיית המחוקק להסתפק בהעלאה "רכה" של המודעות להשפעות הפוטנציאליות של החקיקה – במקרה שלפנינו, בהקשר המגדרי – בלי להבנות הערכת השפעות בהליכי החקיקה בצורה קונקרטיה ומחייבת.³³

תחום נוסף, מוכר וראוי לציון, הוא תחום ההשפעות הבין-דוריות.³⁴ בתחום זה התקיים בשעתו הסדר משפטי-מוסדי רחב, שכלל גם הליכים להערכת השפעות באמצעות חוות דעת חיצוניות. ההסדר זכה לעיגון בתיקון מס' 14 לחוק הכנסת, שהקים את מוסד נציב הדורות הבאים לכנסת.³⁵ 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 בעניינן.³⁶ מוסד הנציבות בוטל לאחרונה, אולם הכנסת הבהירה כי הדבר נובע מקיום חלופה מוסדית הולמת בדמות מרכז המחקר והמידע של הכנסת ולא משינוי תפיסתי באשר לצורך העקרוני בהערכת השפעות של החקיקה.³⁷ לטעמנו, ובכל הנוגע לבחינת השפעות חקיקה, יש בעמדה זו היגיון רב. נדמה שנכון לחשוב על בחינה של השפעות החקיקה לא רק לאור השיקול הבין-דורי אלא גם לאור מכלול של היבטים (חוקתיים, בין-דוריים, כלכליים, משפטיים, סביבתיים וכיוצא באלה),

33 ככל שידוע לנו לא נעשה ניסיון כלשהו לתקוף חקיקה בשל אי-קבלה של חוות דעת מגדרית, ולכן אין אינדיקציה למשקל שיש לייחס לכך במסגרת ביקורת שיפוטית.

34 תחום שלם המתפתח במשפט המינהלי, ולא ייסקר ברשימה זו, הוא הערכה של השפעות סביבתיות. להסדר העוסק בהערכת השפעות בהליכי תכנון ובנייה ראו תקנות התכנון והבניה (תסקירי השפעה על הסביבה), התשס"ג-2003.

35 חוק הכנסת (תיקון מס' 14), התשס"א-2001, ס"ח 1783, 199 (להלן: חוק הנציבות). על המוסד של נציב הדורות הבאים לכנסת – שבוטל בינתיים, כאמור – ראו Shlomo and Nira Lamay, *Commission for Future Generations in the Knesset: Lessons Learnt* (2005)

36 ס' 30-34 לחוק הנציבות, לעיל ה"ש 35.

37 ראו תקנון הכנסת, החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה (מעודכן ליום 8.2.2011), 153, www.knesset.gov.il/rules/heb/rules2010.pdf

כנעשה בעולם. בחינה כזו יכולה להיעשות אף היום במרכז המחקר והמידע ובלשכה המשפטית של הכנסת. עם זאת, ראוי לציין כי למיטב ידיעתנו לא נערכים בעת הנוכחית צעדים להגברת היכולת של מרכז המחקר והמידע לבצע בחינה כזו.

נקודה נוספת שראוי להזכיר בקצרה היא מגמת ההבניה וההסדרה של הערכת ההשפעות בהליכי קבלת החלטות בהקשרים לא חקיקתיים. הבניה של תהליך לקבלת החלטות מבוצעת, במידת מה, בישיבות הממשלה, קרי כמוקד החשוב והעליון של קבלת החלטות ברשות המבצעת. עיון בתקנון הממשלה ה-33, משנת 2013, מגלה הוראות המסדירות את קבלת ההחלטות במליאת הממשלה מתוך כוונה שבטרם יונחו הצעות ההחלטה על שולחן הממשלה הן יעברו הליך מסוים של הערכת השפעות ובקרת איכות.³⁸ בצד ההבניה של הליך זה מתקיימת מסורת חוקתית-מנהגית שלפיה היועץ המשפטי לממשלה מעביר התייחסות כתובה להצעות לסדר היום, הכוללת ניתוח של ההיבטים החוקתיים, המשפטיים והמינהליים הרלוונטיים לאותן הצעות. אמנם פרקטיקות אלה אינן מתייחסות לחקיקה ראשית, אך לטעמנו יש בהן כדי לשקף מגמה כללית במשפט ובמינהל הישראלי, שלפיה מנגנונים להערכת השפעות עשויים לשפר את המדיניות הסופית הן בהיבט הנורמטיבי והן ברמה הביצועית. כמו כן, בשנים האחרונות מתפתחת בישראל "תורת הערכת השפעות רגולציה" (RIA – Regulatory Impact Assessment). התפתחות זו כוללת השקעת משאבים ותשתיות ידע מצד רשויות שלטוניות ממשלתיות לשם לימוד והטמעה של התחום, וכן החלטות מדיניות של הממשלה ושל גופים שמינתה הממשלה לצורך זה. בנייר עמדה

38 להרחבה ראו תקנון הממשלה ה-33 (2013), נספח א: www.pmo.gov.il/Secretary/Documents/takanon33.pdf. כך, למשל, ס' 4 לתקנון קובע כי דברי הסבר להצעה המועלת לסדר היום של הממשלה יכללו התייחסות לשורה של פרמטרים המפורטים בנספח – החל במקור מימון לעלויות התקציביות וכלה בבחינת ההשפעה של ההצעה על מצבת כוח האדם והשלכותיה המשפטיות. אין ספק שהביצוע בפועל של הוראות אלה אינו מושלם ושיש הברל בין תאוריה לפרקטיקה בכגון דא. עם זאת, עצם ההצעה על הצורך בפעולה בהתאם להליכי "הערכת השפעות", כמו גם עיגונה בתקנון מחייב, הוא חידוש חשוב ביותר ומצביע, לטעמנו, על מגמה חשובה. לכך יש להוסיף גם את המגמה לשיפור תהליכי התכנון הממשלתיים, המבוצעת במשרד ראש הממשלה.

זה לא נסקור את המגמה להערכת השפעות ברמה התת-חקיקתית, אך מטבע הדברים היא חלק חשוב בתהליך השילוב של הערכת השפעות בתהליכי קבלת החלטות.

לסיכום חלק זה נראה כי אף שאין בישראל הסדרה בהירה ואחידה של חובת המחקק לבחון את השפעת החקיקה על זכויות ועל אינטרסים שונים, יש הסדרים בעניין בדברי חקיקה, והמשפט והמינהל הישראלי נוטים להסדרה נוספת של הנושא.

ד. פרשנות שיפוטית מצמצמת: בין חוק מנחה לחוק מצווה

בחלק זה נציג את הדיון השיפוטי בחוק הילדים. בעבר בחר בג"ץ שלא לראות את החוק כמצדיק ביקורת שיפוטית חזקה יותר מזו הנהוגה בהליכי חקיקה ואף הכיר – מכללא וללא דיון מפורש – בעמדת המדינה, שייחסה לחוק הילדים חשיבות מעטה. הדיון בחלק זה של נייר העמדה יתמקד בעיקר בטענת המדינה במסגרת הליכים בבג"ץ שהחוק הוא חוק מנחה. אנו סבורים כי זוהי טענה חלשה וכי היחס השיפוטי לחוק חשוב מאוד לצורך יישומו. ריסון שיפוטי מוביל, מטבע הדברים, ליישום מופחת של החוק ואילו נטייה להתערבות עשויה להוביל ליישום אינטנסיבי יותר.

חודשים ספורים לאחר כניסתו לתוקף נדון החוק לציון השפעות על זכויות הילד בחקיקה לפני בית המשפט העליון. קבוצת עותרים, ובהם יושב ראש הוועדה לזכויות הילד של הכנסת, עתרו כנגד הליכי החקיקה של הצעת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003. בעתירה נטען כי הצעת החוק הונחה על שולחן הכנסת לקריאה שנייה ושלישית בלי שניתנה התייחסות הולמת בדברי ההסבר להשפעותיה הפוטנציאליות על טובת הילד ועל זכויותיו ולפיכך יש להשהות את הליכי החקיקה עד לתיקון המעוות. בדחות את העתירה, בפסק דין קצר, הבהיר בג"ץ כי הפעלת ביקורת שיפוטית תוך כדי הליכי חקיקה תתבצע רק "במקרים נדירים ויוצאי דופן". נקבע כי הואיל ושאלת ההשפעה על זכויות הילד "נדונה ברצינות" בכנסת וניתנה לה "התייחסות בלתי מבוטלת"

בדברי ההסבר להצעה,³⁹ אין מקום להורות על השהיה של הליך החקיקה "אף אם הצעת החוק המקורית אינה מקיימת במלואן את הוראות החוק לציון מידע".⁴⁰ בפסק דין זה צמצם בג"ץ את האפשרות להעניק סעד ממשי בגין הפרת החובה לצרף לדברי ההסבר הערכת ההשפעות על זכויות הילד ואף חשף את העמימות באשר להיקף החובה. חרף האמור, ואף על פי שפסיקה זו הייתה ככל הנראה מכת מוות להמשך יישומו של החוק בשנים שלאחר פסק הדין, ניתוח פסק הדין מעלה כי הוא לא שלל את האפשרות העקרונית להתערב בהליכי חקיקה שלא התקיימו בהם הוראות חוק הילדים. מכל מקום, חשוב לציין כי בעתירה זו התבקש בג"ץ להתערב תוך כדי הליכי החקיקה, ולא נקבעה בה הלכה בדבר הסעד שיכול להינתן מכוח החוק במקרה של עתירה התוקפת חוק בתום הליכי החקיקה. מאוחר יותר, בפרשת עדאלה, טענה האגודה לזכויות האזרח, בין יתר טענותיה, כי יש להורות על הבטלות של הוראת השעה משום שבהליכי החקיקה שלה לא צוינו השפעותיה הפוטנציאליות על זכויות הילד בהתאם לדרישת חוק הילדים.⁴¹ בתשובתה טענה המדינה כי יש לראות בחוק חוק מנחה, שהפרתו אינה מובילה לבטלות של הליכי החקיקה. לטענת המדינה, תפיסת החוק כחוק מצווה (כלומר, מחייב) אינה רצויה, משום שהדבר מעורר שאלות ביחס לסמכות הכנסת לכבול את עצמה באמצעות חוק מוקדם ועלול להביא לפגיעה בהפרדת הרשויות ולמעורבות יתר של בג"ץ בהליכי החקיקה.⁴² הואיל ובג"ץ לא דן ישירות בטענה

39 ראו למשל עמ' 288-289 לדברי ההסבר להצעת חוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, ה"ח הממשלה 25, 262.

40 בג"ץ 4572/03 המועצה הלאומית לשלום הילד נ' ממשלת ישראל, פס' 6 (פורסם באתר הרשות השופטת, 26.5.2003).

41 פס' 68 לעתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 8099/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים ופס' 120-124 לעתירה למתן צו על תנאי בבג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (טרם פורסם, 14.5.2006). טענה זו הוזכרה גם בפס' 11 לפסק הדין של הנשיא ברק בעניין עדאלה, אך כאמור לא קיבלה התייחסות ממשית.

42 פס' 52-56 לכתב התגובה בבג"ץ 8099/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים, זמין באתר האגודה לזכויות האזרח: www.acri.org.il/pdf/petitions/hit8099tguva.pdf (אוחר לאחרונה ב-16.12.2013).

זו בפסק הדין (מעבר לאזכורה כאחת מטענות העותרים בחלק העובדתי שלו), אין בו הכרעה מפורשת בשאלת מעמדו של חוק הילדים. בשורות הבאות נבקש לבחון אם יש ממש בטענת המדינה שראוי לסווג את חוק הילדים כחוק מנחה. ההבחנה שהציעה המדינה נדונה בפסיקה בפרשת ליבמן, שם קבע בג"ץ כי חוזה לא חוקי בטל רק אם הוא מנוגד לחוק מצווה וכי הפרה של חוק מנחה אינה פוגעת בתוקף החוזה אף שהיא ודאי אינה ראויה. ברוח זו ציין הנשיא ברק בפרשת זגורי כי "בפסיקה הישראלית [...] מקובלת ההבחנה בין 'חוק מצווה' לבין 'חוק מדריך'", שעל פיה "לא כל ניגוד לחוק פוסל את החוזה ומבטלו, אלא רק [...] כאשר החוק שאותו 'נוגד' החוזה, הוא מסוג החוקים 'המצווים' דווקא ולא 'המדריכים' בלבד".⁴³ עם זאת, בהיעדר כללים ברורים לסיווג הוראות חוק כמצוות או כמנחות⁴⁴ אימצה הפסיקה את מבחן הפרשנות התכליתית. לפי מבחן זה, חוזה הנגוע באי-חוקיות בטל אם לצורך הגשמת התכלית של החוק האוסר "יש לפגוע בתוקף החוזה עצמו".⁴⁵ ההכרעה לגבי תוקף הפעולה הפוגענית תתקבל אפוא על סמך ניתוח נקודתי של תכלית החוק שהופר:⁴⁶ אם הגשמתה מותנית בביטול של אקטים פוגעניים, חוזיים או מינהליים, יסווג אותו חוק כמצווה; מנגד, בהיעדר צורך בסנקציה כזו יסווג החוק כמנחה. אם כך, אפשר לקבוע במידה רבה של צדק כי הסיווג של חוק מנחה או

43 בג"ץ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749, פס' 19 לפסק הדין של הנשיא ברק (1995). עוד על הקריטריונים לסיווג חוזה כבלתי חוקי לעניין הוראת הבטלות שבס' 30 לחוק החוזים ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 502-508 (2005).

44 שכן, כדברי השופט זילברג, "שום הלכה כללית אינה ניתנת להיקבע, בפירושי חוקים, לגבי השאלה: אם החוקים שניתנו יש לראותם כמדריכים גרידא, או שהם מחייבים", ע"א 87/50 ליבמן נ' ליפשיץ, פ"ד ו(1) 57, 65 (1952).

45 עניין זגורי, לעיל ה"ש 43, פס' 20 לפסק הדין של הנשיא ברק.

46 יצוין כי מאז פרשת זגורי פחתו האזכורים של קלסיפיקציה זו בפסיקה. נדמה שאפשר לקשור זאת לדברי הנשיא ברק באותו עניין, שלפיהם עקב שיקול הדעת הרחב שחוק החוזים מקנה לבתי המשפט לגבי הסעד במקרים של אי-חוקיות אין מקום לרתיעה שחשו בעבר בתי המשפט מפני סיווג חוזה כבלתי חוקי. באופן טבעי, הנחת יסוד זו מובילה להפחתת המוטיבציה של בית המשפט לסווג חוק מנחה כדי להימנע מבטלות החוזה והופכת את הדיון לרלוונטי פחות (ראו שם, החל בפס' 21).

כמצווה אינו מסייע לזיהוי התוצאה הרצויה אלא להפך – הוא נגזר ממנה. ראוי לציין כי בפסקי הדין שבהם נעשה שימוש בהבחנה זו שבו בתי המשפט והבהירו כי מדובר בהבחנה טאוטולוגית שאינה מגדירה, למעשה, ולא כלום.

כד בכד התפתחה הבחנה דומה גם במשפט המינהלי, שעה שבג"ץ פסק כי "מועד שנקבע בחוק לעשיית מעשה אינו תמיד מועד בל יעבור. הוראה כזאת יכולה להיות מצווה [...] אך בדרך כלל אין זמן כזה אלא מדריך בלבד", ועל כן חריגה מהמועד הקבוע בחוק אינה גוררת בהכרח את בטלות הפעולה המינהלית.⁴⁷ ואולם בעניין עיריית רמת גן, בשנת 2000, הציג בג"ץ את ההבחנה בין חוק מצווה לחוק מדריך בהקשר המינהלי כהבחנה שנהגה בזמנה. השופט חשין הדגיש כי "הקלסיפיקציה למהות ולפרוצדורה לא תצלח – וכמותה הקלסיפיקציה להוראה 'מחייבת' ולהוראה 'מנחה'". לדידו, "הכלל הנכון אינו בקלסיפיקציה זו של מצווה-מנחה אלא 'הכל תלוי בתכליתו ובמטרתו של החוק'".⁴⁸ במידה רבה אפשר אפוא לראות בפסק דין זה משום סתימת הגולל על ההבחנה בין חוק מצווה לחוק מנחה בהקשר המינהלי.⁴⁹

לסיכום עניין זה נוסף כי לא זו בלבד שההבחנה הוותיקה בין חוקים מצויים לחוקים מנחים מיותרת כיום, אלא שהיא אף פסולה לגופה הואיל ו"אין זה לכבודו של החוק שהוא מורד לרמה של הנחייה, שלכל היותר דורשת מן הרשות כי תשתדל לקיימה", כדברי פרופ' זמיר.⁵⁰ לדידו של זמיר, בעבר אמנם היה צורך בהבחנה כדי להקנות לבית המשפט שיקול דעת בנוגע לסעד הראוי, אך כיום, לאור דוקטרינת הבטלות היחסית, ראוי לזנוח אותה ולייחס לכל דברי

47 בג"ץ 1636/92 העמותה לשמירת איכות החיים והסביבה נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובנייה, מחוז תל אביב, פ"ד מז(5) 573, פס' 10 לפסק הדין (1993), המביאה מדברי השופט ברנזון בפרשת בצול. סוגיה מעניינת הנוגעת למועדים סטטוטוריים עוסקת בחובה להתקין תקנות ראשונות בתוך פרק זמן קבוע בחוק. ראו בהקשר זה את חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת מיום 25.6.2012, שכותרתה "מעקב אחר התקנת תקנות ראשונות – דיווח ראשוני לוועדת הכנסת" (ומינה אצל המחברים).

48 ע"א 1842/97 עיריית רמת גן נ' מנחמי מגדלי דוד רמת גן בע"מ, פ"ד נד(5) 15, פס' 9 לפסק הדין של השופט חשין (2000).

49 שם, פס' 4-6 לפסק הדין של הנשיא ברק; יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב 682 (1996).

50 זמיר, שם, בעמ' 682 (ההדגשה שלנו).

החקיקה מעמד מצווה של ממש.⁵¹ עיון חטוף בפסיקה העכשווית מלמד כי בעשורים האחרונים, מאז פותחה דוקטרינת הבטלות היחסית, הצטמצם מאוד השימוש במונחים "חוק מצווה" או "חוק מדריך" בהקשר המינהלי, אף שיש הדים להבחנה זו גם היום.⁵² לדעתנו הדבר מעיד על אימוץ הגישה המסויגת של פרופ' זמיר כלפי הבחנה זו.

לנוכח האמור נראה כי התשובה לשאלה כיצד לסווג את חוק הילדים, וכנגזר מזה – כיצד לנהוג בחוקים שהליכי החקיקה שלהם לא עלו בקנה אחד עם הוראותיו – חייבת להתחשב בכך שעצם ההבחנה בין חוק מנחה לחוק מצווה מוטלת בספק. הואיל ודוקטרינת הבטלות היחסית רלוונטית גם בהקשר של בטלות חוקים שנפל פגם בהליכי החקיקה שלהם (כפי שעולה, למשל, מהלכת מופז),⁵³ נראה כי אין מקום להזדקק בענייננו להבחנה בין חוק מצווה לחוק מנחה. הפתרון החלופי שדוקטרינת הבטלות היחסית מעניקה – כמו גם הפגם העקרוני שזיהה זמיר בעצם הסיווג של חוק כמנחה – מוביל אפוא למסקנה ברורה שחוק הילדים הוא חוק מצווה.

אכן, גם לדעתנו נכונות טענות המדינה שהפרה של הוראות החוק אינה גוררת בטלות אוטומטית של הליכי החקיקה הפגומים ושאינו שחוק הילדים הוא חוק המטיל חובה, ראוי כי הפרתו לא תוביל אוטומטית לבטלות של הליכי חקיקה המנוגדים להוראותיו. לדעתנו ראוי כי ההכרעה תתקבל בכל מקרה לגופו בהתאם לנסיבות העניין, לאופי הפרה ולעוצמתה, בשים לב לרגישות העצומה שבהתערבות שיפוטית בהליכי חקיקה של הכנסת. עם זאת, הימנעות גורפת מסנקציות בגין הפרת החוק תרוקן אותו למעשה מתוכן, ומשום כך אין להסכים לטענת המדינה שבשום מקרה אי-אפשר לבטל חוק שבהליכי חקיקתו לא ניתנה הדעת על השלכותיו על זכויות הילד.

- 51 ש.ם.
- 52 ראו למשל רע"פ 3080/10 טור' דניס סמורגונסקי נ' התובע הצבאי הראשי (פורסם באתר הרשות השופטת, 25.12.2012), בפס" 10 להחלטה של השופט פוגלמן, שנרמה שגם היא אינה משקפת חזרה לגישת החוק המנחה.
- 53 ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003).

ה. האם חוק הילדים נושא אופי חוקתי?

כזכור, חוק הילדים תובע מהמחוקק לציין בדבריו ההסבר של כל הצעת חוק המוגשת לקריאה ראשונה – שהיא בעלת השפעה פוטנציאלית על זכויות הילד – את אופי ההשפעה הצפויה ואת היקפה. מדובר אפוא בהוראה כללית ועקרונית העוסקת בהסדרה של הליכי החקיקה בכנסת. הוראה מסוג זה נושאת אופי חוקתי-מהותי משום שהיא אינה עוסקת בהסדרה נקודתית של סוגיה זו או אחרת, בדומה לחקיקה רגילה, אלא בסרטוט של גבולות הסמכות של הרשות המחוקקת. זאת ועוד: החוק דנן מבקש להבטיח את הזכויות החוקתיות של הילד כך שגם תכליתו – הגברת הדיון החוקתי בזכויות ילדים – נושאת אופי חוקתי מובהק. כדי לבסס טענות אלה נבקש לבחון את מעמדו הנורמטיבי של חוק הילדים באמצעות מבחני הזיהוי החוקתיים שאומצו במשפט הישראלי בעקבות ההכרה בעליונות חוקי היסוד. מבחנים אלה מציבים אבני בוחן שבאמצעותן אפשר להבחין בין נורמות חוקתיות לבין נורמות מדרג נמוך יותר.

המבחן הראשון, הצורני, קובע שכאשר הכנסת מכנה חוק מסוים "חוק יסוד" ונמנעת מציון שנת החקיקה שלו, אזי מדובר בנורמה חוקתית. אופיו הטכני של המבחן יוצר ודאות משפטית ואינו מותיר מקום לעמימות, ולכן הוא זכה להעדפה ברורה בפסיקה.⁵⁴ מבחן הזיהוי השני הוא המבחן המהותי, ולפיו יש להעניק עליונות נורמטיבית לכל נורמה המסדירה נושאים בעלי אופי חוקתי (עיגון של זכויות יסוד, הסדרה של מבנה הרשויות השלטוניות והיחסים ביניהן, וכיוצא באלה),⁵⁵ בלי קשר לכותרת הפורמלית של הנורמה. מכוח מבחן זה אפשר להכיר, עקרונית, במעמד החוקתי של הסדרים עקרוניים חשובים הקשורים ביסודות של שיטת המשטר הישראלית דוגמת חוק השבות או חוק שיווי זכויות האישה, אף

54 ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פס' 55 ו-58 לפסק דינו של הנשיא ברק, פ"ד מט(4) 221 (1995); בג"ץ 4908/10 בראון נ' כנסת ישראל פס' 10-11 (פורסם באתר הרשות השופטת, 7.4.2011). עם זאת, ברור כי יש חוקים שאינם עומדים במבחן הצורני אך עוסקים בתכנים חוקתיים.

55 פרשת בראון, שם, בפס' 12. ראו גם אריאל בנדור "חוקי היסוד כבסיס לחוקה: הצעה לחוקת ישראל" משפט וממשל ה' 15 (2000).

על פי שהם אינם מכונים "חוקי יסוד".⁵⁶ אף שהפסיקה עמדה על חשיבות המבחן המהותי, האפשרות להשתמש בו בפועל – כמבחן בלעדי או כמבחן מצטבר בצד המבחן הצורני – נותרה בצריך עיון.⁵⁷

חוק הילדים אינו נושא כותרת פורמלית של חוק יסוד, ולכן המבחן הצורני ודאי אינו מזהה אותו כנורמה חוקתית. מעיון בהליך חקיקתו גם נראה שהכנסת לא התכוונה להקנות לו מעמד כזה (אף שבהחלט נתכוונו המחוקקים להקנות לו מעמד סמלי-מעשי, וראו הדיון בחלק הבא). אף על פי כן יש יסוד להניח כי מבחינה תוכנית-מהותית אפשר לשייך חוק זה לרובד החוקתי במשפטנו, הואיל והוא קובע, כאמור, עקרונות יסוד כלליים של הליכי החקיקה.⁵⁸ אכן, בפרשת בנק המזרחי הבהיר הנשיא שמגר כי חוקה מתאפיינת בכך ש"היא מבקשת לתת לעקרונות מעמד מנחה, בכל הנוגע לחיקוקים אחרים ולאקטים של רשויות המדינה".⁵⁹ הוראת החוק, המטילה על המחוקק חובה כללית לבחון את ההשפעות על זכויות הילד ועל טובתו, עונה להגדרה זו. יתר על כן, המאפיין השני שמנה הנשיא שמגר הוא ההתייחסות של הנורמה החוקתית אל עצמה כ"עליונה" בהשוואה לנורמות אחרות. במקרה שלפנינו אין ספק שהחוק – בעצם ההגבלה שהוא מטיל על הליכי החקיקה של הכנסת – מכריז על עליונותו בהשוואה לנורמות שלא חוקקו בהתאם להוראותיו, ולכן גם בהיבט זה הוא עונה ברמה מסוימת על המבחן המהותי.

על רקע ניתוח זה לא פלא שההסדרים היסודיים לחקיקת החוקים מעוגנים במדינות רבות בחוקה עצמה ונהנים מעליונות נורמטיבית ברורה.⁶⁰ אכן, תזכיר חוק יסוד: החקיקה שפורסם לאחרונה כולל התייחסות רחבה יחסית לפרוצדורת

56 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי – פרשנות חוקתית 46 (1994); אריאל בנדור "המעמד המשפטי של חוקי יסוד" ספר ברנזון כרך שני – בני סברה 119, 141 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000); פרשת בר-און, לעיל ה"ש 54, בפס' 12-15 לפסק הדין.

57 פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 54, בפס' 37 לפסק דינו של הנשיא שמגר; פרשת בראון, לעיל ה"ש 54, בפס' 14 לפסק הדין.

58 לגבי המאפיינים המהותיים של נורמות חוקתיות ראו פרשת בנק המזרחי, לעיל ה"ש 54, בפס' 38 לפסק הדין של הנשיא (בדימוס) שמגר.

59 שם.

60 שם. וראו לאחרונה איתי בר-סימן טוב, "דיני החקיקה" (עתידי להתפרסם ב-2014, עיוני משפט. עותק נמצא בידי המחברים). המאמר מפתח את התחום התאורטי של דיני

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

החקיקה, עניין המלמד על הרצון להעניק עיגון פורמלי לתפיסה בדבר אופייה החוקתי של פרוצדורת החקיקה.⁶¹ על רקע דברים אלה אפשר לייחס אופי חוקתי להוראת החוק בדבר הערכת השפעות על זכויות הילד.

טענה זו מתעצמת לנוכח העובדה שתכלית החוק היא הבטחת דיון בהשפעות על זכויות היסוד של ילדים בישראל, ולכן למעשה מדובר בנורמה המקדמת תכליות מהותיות של הגנה על "מגילת זכויות האדם" החוקתית בנוגע לילדים. אמנם המחוקק בחר לקדם תכלית זו באמצעות קביעת פרוצדורת חקיקה ולא באמצעות קביעה של הסדר מהותי, אך בסופו של יום החוק אכן עוסק בהבטחה של זכויות אדם – תוכן השייך במובהק לתחום ההסדרה החוקתי. בהתחשב בכך שמדובר בבני אדם שאין להם ייצוג פוליטי, ההצדקה והצורך בהסדרה חוקתית אף גוברים.

למרות האמור לעיל אין למהר ולהסיק שחוק הילדים הוא חוקתי. אדרבה, מאחר שמדובר בהוראה נקודתית הדורשת הערכת השפעות רק בהקשר של זכויות הילד – להבדיל מההוראות הדינויות הכלליות הקבועות בתקנון הכנסת – קשה לייחס לה אופי חוקתי מובהק. כאמור, מאחר שהמבחן הצורני אינו מתקיים במקרה שלנו, מדובר רק בחוק "מעין חוקתי". יש לראות במחוקק, במחוקק המשנה, ובמקרים המתאימים גם בכתי המשפט, מחויבים להתייחס אליו בהתאם ולנקוט צעדים להגשמתו.

ו. חוק הילדים כחוק מסגרת

נוסף על אופיו המעין-חוקתי יש לחוק הילדים מאפיין מיוחד, שעשוי להעניק לו עליונות נורמטיבית על פני חקיקה רגילה. המשפט הישראלי מייחס עליונות נורמטיבית מסוימת לחקיקת מסגרת, קרי חקיקה המבנה ומסדירה הליכי חקיקה עיתדיים בתחום מסוים. בתורת המשפט ובחיי המעשה של החקיקה מקובל לומר

החקיקה ומציב את תכליות דיני החקיקה כדי לאפשר דיון עתידי בהסדרים משפטיים וחוקתיים קונקרטיים בתחום זה.

61 ראו ס' 9 לתזכיר חוק יסוד: החקיקה.

שגם חוקים רגילים מסוימים יכולים להיות חשובים יותר מאחרים.⁶² לפי עמדתנו, שאותה נציג בחלק זה, חוק הילדים מוקדש להסדרת היבטים פרוצדורליים של חקיקה עתידית הנוגעת לזכויות הילד, ועל כן הוא חוק מסגרת הנהנה מעליונות נורמטיבית מסוימת על פני חקיקה רגילה.

מהי חקיקת מסגרת? ההגדרה בספרות מבוססת על שני מאפיינים מרכזיים:⁶³ ראשית, מדובר בנורמה פרוצדורלית-פנימית המסדירה את הליכי החקיקה והליכי קבלת ההחלטות בפרלמנט, בלי להידרש להיבטים תוכניים-מהותיים של החקיקה. שנית, חקיקת מסגרת נושאת אופי נקודתי ומתמקדת בתחום מסוים וייחודי (כגון חקיקה תקציבית), בניגוד להסדרים חוקתיים ולכללי פרוצדורה קבועים (Standing Rules; דוגמת ההוראות הכלליות המעוגנות בתקנון הכנסת). הפסיקה בישראל סיפקה הגדרה חלקית לחקיקת מסגרת. בעניין יקותיאלי, למשל, נאמר כי מדובר ב"חוקים אשר מבנים את אופן החקיקה של חוקים בתחום העניין אותו הם מסדירים", מתוך התמקדות בפן הפרוצדורלי של הליכי החקיקה.⁶⁴ חקיקת המסגרת מבוססת על תכליות שהגשמתן מחייבת פנייה של המחוקק לערוץ הפרוצדורלי, שלא כמו חקיקה רגילה – העוסקת בעניין כזה או אחר לגופו. מדובר, למשל, בחקיקה שיש בה התייחסות חקיקתית עקרונית לבעיות העולות על שולחן המחוקק לעתים תכופות, למיסוד של הליכי חקיקה עתידיים בתחום מסוים, ליצירה של מנגנוני תיאום בין גורמים שונים המשתתפים בהליכי חקיקה מורכבים, לשריון ערכים ומטרות הנתפסים בעיני המחוקק כראויים להגנה מיוחדת, וכיוצא באלה.

62 לדיון בעניין זה ראו למשל John Ferejohn and William Eskridge, *Super-Statutes*, 50 DUKE L.J. 1215 (2000-2001); וכן מאמרה של פרופ' גארט שיידון בטקסט להלן.

63 Elizabeth Garrett, *The Purposes of Framework Legislation*, 14 J. CONTEMP. LEGAL ISSUES 717, 718 (2005) ("Framework legislation creates rules that structure congressional lawmaking; these laws establish internal procedures that will shape legislative deliberation and voting with respect to certain laws or decisions in the future. They are laws about the congressional lawmaking process itself")

64 בג"ץ 4124/00 יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פס' 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם באתר הרשות השופטת, 19.3.2007).

ההכרה בהיררכיה פנימית בין חוקים שהם לכאורה במעמד שווה פותחה בדין הישראלי בפרשת התנועה המסורתית. בפרשה זו נדון היחס שבין חוק יסודות התקציב, המתווה כללים עקרוניים להתנהלות המדינה בתחום התקציבי, לבין חוקי התקציב השנתיים. נקבע כי לחוק יסודות התקציב יש עליונות נורמטיבית על החוקים השנתיים וכי חוקים אלה "אינם עומדים על אותה מדרגה בפירמידה של הנורמות" חרף השתייכותם למסגרת זהה של חקיקה ראשית.⁶⁵ מקצת מנימוקי פסק הדין נגעו לאופי הייחודי של חוק התקציב השנתי ולהליכי החקיקה המקוצרים שלו, שבגינם הוא מתואר כאילו "אינו חוק מבחינה מהותית".⁶⁶ עם זאת, כפי שהודגש בפסק הדין, הטיעון העיקרי התומך בעליונות של חוק יסודות התקציב הוא שכלולות בו הוראות רבות "שאין בהן תכלית או תועלת אלא אם יחולו בצורה מחייבת על חוקי התקציב השנתיים".⁶⁷ אם כן, כדי שלא להותיר את ההסדרים שבחוק יסודות התקציב – דוגמת עקרון השוויון בחלוקת תמיכות – ככלי ריק, אין מנוס מהמסקנה שהם במדרגה נורמטיבית גבוהה יותר מזו של חוקי התקציב השנתיים. אכן, באותה פרשה הותיר בג"ץ בצריך עיון את השאלה אם אפשר לבטל חקיקה תקציבית המנוגדת לחוק יסודות התקציב, אך הקביעה העקרונית בדבר עליונותו של האחרון נותרה בעינה.

בהמשך נדונו בעניין יקותיאל חוקיות וחוקתיות של הוראה בחוק התקציב השנתי, המזכה אברכים הלומדים בכולל ב"גמלת הבטחת הכנסת מינימום", בין

65 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג (5) 337, פס' 14 לפסק דינו של השופט זמיר (1999). במאמר על פסק הדין ביקרה פרופ' סוזי נבות את הנמקת השופטים לביסוס העליונות הנורמטיבית של חוק יסודות התקציב על חוקי התקציב השנתיים. לדידה אין בשיטת המשפט הישראלית הנוכחית תשתית יורספרודנטית מוצקה שעליה אפשר לסמוך את הטענה שיש במדרג החקיקה הרגילה חוקים בעלי מעמד שונה. ראו סוזי נבות, "הערה על מעמדם הנורמטיבי של חוקי התקציב: בעקבות בג"צ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות", המשפט ו 123 (2001).

66 עניין התנועה המסורתית, לעיל ה"ש 65, פס' 14 לפסק דינו של השופט זמיר. כך, למשל, הצעת חוק התקציב אינה מופצת כתזכיר חוק ואינה מובאת ליריעת הציבור ולעיונו, החוק אינו עובר קריאה ראשונה מלאה, וחשוב יותר – לרוב אין בו נורמות כלליות אלא רק הוראות הסמכה נקודתיות המתירות לממשלה להקצות סכום מסוים, בשנה מסוימת, לפעילות מסוימת.

השאר על רקע פגיעתה בהוראת השוויון שבסעיף 3א לחוק יסודות התקציב.⁶⁸ בפתח הדיון שב בג"ץ ואימץ את התפיסה העקרונית בדבר העלינות של חוק יסודות התקציב על חוקי התקציב השנתיים, ובהכרעתו ייחס משקל ניכר לסיווג של חוק יסודות התקציב כאחד מחוקי המסגרת ה"מבנים את אופן החקיקה של חוקים בתחום העניין אותו הם מסדירים"⁶⁹ וכובלים את המחוקק בבואו ליצור חקיקה עתידית בתחום.⁷⁰ בפסק הדין אפשר אפוא לזהות הכרעה עקרונית החורגת מהתחומים הצרים של סוגיית היחס בין חוק יסודות התקציב לחוקי התקציב השנתיים. הכרעה עקרונית זו מייחסת עלינות נורמטיבית מסוימת לחוקי מסגרת באשר הם ומכירה בסמכותם לכבול את המחוקק העתידי ולכפות אותו להסדרים המעוגנים בהם.

לדעתנו יש לבחון את חוק הילדים על רקע ההכרה במעמד הנורמטיבי הייחודי של חוקי מסגרת. כזכור, סעיף 3 לחוק דורש מהמחוקק לציין בדברי ההסבר של הצעות חוק העשויות להשפיע על זכויות הילד את "קיומה של פגיעה או קיומו של שיפור הנוגעים לזכויותיהם של ילדים והיקפם". הוראה זו מבקשת לקדם מדיניות הכוללת התחשבות מוגברת בזכויות הילד, אך האמצעי שנקטה הוא פרוצדורלי במהותו – עיגון ההתייחסות להשפעה הפוטנציאלית על ילדים בהליכי החקיקה. לפיכך הוראה זו עומדת באבן הבוחן הראשונה להגדרה של חוקי מסגרת. כמו כן החוק מתמקד בשדה מוגדר של חקיקה בעלת השפעה על

68 עניין יקותיאל, לעיל ה"ש 64, החל בפס' 28 לפסק הדין של הנשיאה ביניש.

69 שם, בפס' 20.

70 כך, בפס' 18 לפסק הדין, לאחר שהפנתה לפסיקה בעניין התנועה המסורתית, סיכמה הנשיאה ביניש כי "מסקנה זו נובעת הן מאופיו המיוחד של חוק יסודות התקציב כחוק שנועד להסדיר ולהתוות את הליך החקיקה ואת התוכן של חוקי התקציב השנתיים והן מאופיו של חוק התקציב השנתי". לאחר מכן הרחיבה הנשיאה על "אופיו המיוחד" של חוק יסודות התקציב והבהירה כי הוא נובע מתפקידו "כחוק מסגרת לחוקי התקציב השנתיים" (פס' 21). לדירה, "חוקים כדוגמת חוק יסודות התקציב, המסדירים את חקיקת חוקי התקציב השנתיים, נחשבים לאב-הטיפוס של חוקי מסגרת" – הלוא הם "חוקים אשר מבנים את אופן החקיקה של חוקים בתחום העניין אותו הם מסדירים" ועל פי רוב כוללים "הוראות הנוגעות לדרכי ההצבעה והדיון בבית המחוקקים בעת ההצבעה על החקיקה הרלוונטית לחוקי המסגרת ולעיתים, כמו בחוק יסודות התקציב, יש בהם גם הוראות הנוגעות לתוכן החקיקה" (פס' 20).

זכויות הילד, ולכן גם אבן הבוחן השנייה מתקיימת בו. מטעמים אלה אנו סבורים כי מדובר בחוק מסגרת שיש בו כדי לכבול ברמה מסוימת את המחוקק.⁷¹ יתרה מזו, גם מהבחינה המהותית חוק הילדים הוא חוק מסגרת. כפי שעולה מהספרות, יש לחקיקת מסגרת כמה תכליות:⁷² סמליות, ניטרליות ושיפור של הליך החקיקה עצמו. זיהוי התכליות שביסוד חקיקת המסגרת חשוב כדי להבין למה בעצם יעדיף המחוקק מודל חקיקתי זה על פני חקיקה רגילה. להלן נרחיב את הדיון בתכליות אלה כדי לחזק את הטענה ולהוכיח כי חוק הילדים מקיים אותן במובהק. בטרם נדון בפירוט בכל אחת מהן נדגיש כי מעבר לכך שהתכליות הללו תומכות בתפיסתנו – שלפיה חוק הילדים הוא חוק מעין חוקתי – הן מלמדות על כוונת המחוקק ליצור מעין שריון של חקיקת המסגרת בפני שינויים עתידיים. אליזבת גארט (Garrett) מצביעה על התכליות שלהלן ככאלו שמיושם אפקטיבי במיוחד באמצעות חוקי מסגרת:

(1) **סמליות (איתות ארוך טווח)**. סמליות היא תכלית חשובה של חקיקת מסגרת.⁷³ אפשר להבחין בין סמליות "ריקה", העשויה להיתפס כהצהרה של המחוקק מן השפה אל החוץ בלבד, לבין שימוש אפקטיבי בסמליות כדי להבטיח הגשמה של תכלית החוק לנוכח חשיבות המטרה שהוא נועד לקדם.⁷⁴ שימוש בחוק מסגרת שאין בו הסדר תוכני-קונקרטי או תקנות לביצועו הוא לא יותר ממחווה סמלית הנותרת ברמה הצהרתית גרדא.⁷⁵ מצד שני, הסמליות שבחקיקת מסגרת יכולה להעביר מסר שהמחוקק דווקא מעוניין להתמודד בצורה שיטתית

71 דוגמה מעניינת לחקיקת מסגרת שהציגה גארט (Garrett, לעיל ה"ש 63, בעמ' 725) היא ההוראה ב־"IRS 1998 Restructuring and Reform Act", שלפיה הוועדה המשותפת לענייני מיסוי נדרשת לצרף Tax Law Complexity Analysis לכל הצעת חוק שיש בה שינוי של הסדרי המס הקיימים ושהיא עשויה להשפיע במידה ניכרת על פרטים או על עסקים קטנים (מדובר במסמך הבוחן את המורכבות ואת הקשיים האדמיניסטרטיביים הכרוכים ביישום של הצעת החוק). הוראה זו כמעט וזה להסדר שבחוק הילדים, משום שבשני המקרים מדובר ביצירת מנגנון להערכת השפעות ולהבנייתו בהליכי חקיקה עתידיים.

72 Garrett, לעיל ה"ש 63, בעמ' 733.

73 שם, שם.

74 שם, בעמ' 733-734.

75 שם, 735.

ומקיפה עם בעיה כגון הזנחת האינטרסים של אוכלוסיות מסוימות. במובן זה הסמליות היא אמצעי להשגת מטרה מהותית ארוכת טווח, ואפשר להבינה כמעידה על חשיבות ולא כהצהרה ריקה מתוכן. במקרים מסוימים אפילו אפשר לזהות סמליות הנושאת מסר רחב וארוך טווח – ממש כמו זו המאפיינת חקיקה חוקתית. כך, למשל, כדי לחולל שינוי של ממש במעמד של קבוצת אוכלוסייה בעלת צרכים מובחנים לא די בחקיקה חד-פעמית, ויש צורך בהנעת הליך חקיקה מסוג אחר, שיוביל להשפעה על תוצרי חקיקה עתידיים. מכאן חשיבות האקט הצהרתי של המחוקק בדבר שינוי המדיניות המתוכנן.

(2) **ניטרליות.** אפשר לומר שחקיקת מסגרת נוצרת מאחורי מסך של בערות,⁷⁶ משום שקשה להעריך כיצד היא תשפיע על החקיקה העתידית לאורך זמן. לפיכך ייעשה בה שימוש במצבים שבהם המחוקק מבקש לקדם הקמה של מנגנוני הכרעה הליכיים שאינם תומכים בעמדה מהותית-תוכנית מסוימת. במקרים אחרים אמנם תהיה שאיפה לקידום תוצאה מסוימת, אך הייחוד של חקיקת המסגרת יתבטא בעיצוב של מנגנונים ניטרליים לכאורה, שאינם מובילים בהכרח לאותה תוצאה.⁷⁷

(3) **שריון של מדיניות רצויה.** כאשר המחוקק מבקש "לשריין" מדיניות מסוימת ולהגן עליה מפני שינויים עתידיים הוא עשוי להעדיף את השימוש בחוקי מסגרת. הדימוי הניטרלי של חקיקה מסוג זה וההיבט הסמלי המגולם בה, שעליו עמדנו לעיל, מייקרים את העלות הציבורית-פוליטית הכרוכה בשינויה ומקשים בכך על מחוקק עתידי לעשות זאת. לפיכך, גם אם אין מחסום פורמלי בפני שינוי של חוקי המסגרת,⁷⁸ מערכת השיקולים של המחוקקים הופכת אותם לחסינים יותר ומעניקה להם עליונות מעשית על חקיקה תוכנית-מהותית, הניתנת לשינוי בקלות יחסית.⁷⁹

76 ראו פניה עוז-זלצברגר, "ג'ון רולס על צדק ושוויון", **משפט וממשל** ז' 459 (2005).
 77 Garrett, לעיל ה"ש 63, בעמ' 736-738. כך, למשל, החקיקה שנועדה למנוע חריגות תקציביות אמנם מכוננת לתוצאה מוגדרת, אך מאחר שהיא מנוסחת באופן כללי וללא התייחסות להוצאות קונקרטיות, היא מקהה את עוקץ המחלוקת ומאפשרת להתגבר על הברלי הדעות בין המפלגות.

78 שם, בעמ' 750.

79 גארט התייחסה לכמה היבטים של שריון. אלה שני העיקריים שבהם: self-binding frameworks, שמטרתם למנוע מהטיות לא רציונליות של המחוקק לגרום סטייה

(4) שיפור התשתית העובדתית שבבסיס קבלת החלטות. תכלית זו מבוססת על ההנחה שהליך חקיקה נכון מגדיל את הסיכויים לחוק מאוזן וראוי. הנחת יסוד נוספת היא שלמחוקק הבודד לא משתלם להשקיע זמן ומשאבים בלימוד הסוגיה שעל הפרק ובאיסוף עצמאי של מידע שבסופו של דבר ישרת את הבית כולו. לכן, מתוך רצון לקדם הליך של קבלת החלטות המתבסס על תשתית עובדתית ראויה וכחלק מההסדרה הכללית של פרוצדורות החקיקה, יימצאו באופן טיפוסי בחוקי המסגרת הוראות בדבר הקמת גופים מקצועיים ייעודיים שיישאו באחריות להספקת המידע הרלוונטי לחברי הפרלמנט.

הבנת התכליות שעליהן מבוססת חקיקת מסגרת מלמדת כי יש מקום לראות בחוק הילדים חוק מסגרת. ראשית, כפי שמלמדים דברי ההסבר לחוק, מטרתו העיקריות הן קידום המודעות להשפעות הפוטנציאליות של החקיקה על זכויות ילדים ובה בעת רצון לבטא מסר שלפיו מדינת ישראל עומדת במחויבותיה הבין-לאומיות בהקשר זה. אין מדובר בחקיקה בעלת יעד נקודתי מצומצם, אלא בחקיקת המבקשת להעביר מסר כללי על המעמד של זכויות הילד ושל טובתו במשפט הישראלי, ובעיקר בחקיקה.⁸⁰ שנית, הבחירה במנגנון פרוצדורלי לכאורה של הערכת השפעות, מתוך הימנעות מקבלת הכרעה מהותית מפורשת בדבר העליונות של זכויות הילד על אינטרסים אחרים, עומדת גם בקריטריון הניטרליות. הסיבה לכך היא שהיא אינה כופה במישרין הכרעה ערכית מסוימת אלא מסתפקת בהפניית תשומת הלב של המחוקק לעניין במסגרת הדיונים בהליך החקיקה. אכן, באשר לתכלית הסמליות אפשר לטעון – בהקשר של חוק הילדים – כי המחוקק לא ביקש לכבול את עצמו במגבלות ממשיות על הליכי חקיקה עתידיים אלא הסתפק באקט סמלי, הצהרתי ולא מחייב. הדבר בא לידי

מהמדיניות העקרונית שלו; ו"binding future majorities", קרי הערמת קשיים בדרכו של רוב עתידי בעל מדיניות שונה שיבקש לשנות את ההסדרים הקיימים. מכל מקום, בשני המקרים ההנחה היא שיש מחיר ציבורי גבוה יותר לשינוי של חקיקת מסגרת, דבר העשוי לתרום לשימור המדיניות העקרונית שנקבעה גם בעתות שינוי (שם, בעמ' 748-753). לדיון כללי בדרישות שריון ראו ברק מדינה, "גבולות סמכותה של הכנסת לקבוע הוראות שריון", משפט וממשל ו 509 (תשס"ג). 80 כפי שעולה מכוונתו המוצהרת של המחוקק.

ביטוי בהימנעותו מקביעת פרמטרים ברורים ומחייבים להצעות החוק, ⁸¹ כמו גם בהתעלמות מהצורך בהקמת גוף מקצועי שיהיה אמון על הערכת ההשפעות הנדרשת. ⁸² כנגזרת של טענה זו אפשר גם לטעון כי אין לייחס לחוק את המשקל הנורמטיבי המוקנה, למשל, לחוק יסודות התקציב. אנו סבורים כי נכון יותר לראות בסמליות צעד ראשון בדרך להשגת מטרות עומק ארוכות טווח יותר, המתחייבות מהמעמד המיוחד של ילדים כקבוצה חסרת ייצוג ישיר בפרלמנט. הדבר בא לידי ביטוי בעיקר בכך שהחוק קובע הסדר מפורט הנוגע לחובה לציין השפעות ובכך שהוא מסמיך את שר המשפטים ואת יושב ראש הכנסת לבצע קונקרטיזציה של ההסדר בתקנות. הסמכה זו שוללת את האפשרות שהכנסת ביטאה בחוק זה מטרה סמלית ריקה. לפיכך, לדעתנו, ניתוח החוק בפרספקטיבה של חקיקת מסגרת מוביל גם הוא למסקנה שיש להעניק לו מעמד חשוב מזה המיוחס לו היום.

ז. מנגנוני אכיפה ליישום החוק

אנו סבורים כי החוק בדבר ציון השפעות על זכויות ילדים בהליך החקיקה הוא בעל מעמד נורמטיבי מיוחד, עד כדי הגדרתו "מעין חוקתי", וכי הוא עומד בכירור במאפיינים של חוק מסגרת. לפיכך – גם אם לא מקבלים את הטענה בדבר המעמד ה"מעין חוקתי" של החוק במלוא היקפה – אין הצדקה להנמכת מעמדו או לצמצום משמעותו של החוק כפי שהם מתקיימים למעשה. הגיעה העת "לקחת את החוק ברצינות".

בפרק זה נבחן כמה מנגנוני אכיפה אפשריים של ההוראה בדבר ציון ההשפעות על זכויות הילד בהליך החקיקה ונמליץ על מישורים משפטיים ומוסדיים שבהם אפשר, והכרחי, לפעול להגשמת החוק. בעיקר נמליץ על מנגנונים וגורמים שאפשר להפקיד בידיהם את האחריות למימוש החוק, החל באורגנים פנימיים של הכנסת ועדות הכנסת המכניכות את הצעות החוק

81 כפי שהיא באה לידי ביטוי בשינויים שעבר החוק בתהליכי החקיקה.

82 בניגוד לתכלית הרביעית של חקיקת מסגרת כפי שהוצגה לעיל.

החובה לבחון את השפעות החקיקה על זכויות ילדים

לדיון במליאה, מרכז המחקר והמידע של הכנסת והלשכה המשפטית), עבור בוועדת השרים לענייני חקיקה וכלה בביקורת שיפוטית לפני החקיקה ואחריה. הנחת מוצא חשובה ביסוד ההמלצות שלנו היא שהביקורת השיפוטית מכוח החוק תהא מצומצמת גם במצב הרצוי שבו החוק אכן מוטמע ומיושם. הסיבה לכך היא הנטייה (הראויה) של בג"ץ שלא להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה אלא במקרים נדירים המצדיקים זאת.⁸³ בהתחשב בהנחת מוצא זו, נכון וראוי להתמקד בראש ובראשונה באמצעים מינהליים (קרי, כאלה שיוטמעו ברשות המבצעת) ובאמצעים פרלמנטריים ליישום החוק. חרף זאת, ולנוכח חשיבותו המעין-חוקתית של החוק כפי שעולה מהניתוח לעיל, לדעתנו ראוי לחשוב מחדש גם על הגישה השיפוטית כלפיו.

1. מנגנוני אכיפה מינהליים ופרלמנטריים

(א) התקנת תקנות לפי החוק. לפי עמדתנו, מצב שבו טרם הותקנו תקנות מכוח החוק אינו מצב סביר. סעיף 4 לחוק מטיל על שר המשפטים את האחריות לביצוע החוק "לעניין הצעות חוק מטעם הממשלה", ואף מסמיך אותו להתקין לשם כך תקנות באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. יושב ראש הכנסת נושא באחריות דומה להצעות חוק "מטעם חברי הכנסת" – כלומר, הצעות חוק פרטיות – וגם הוא ראוי להתקין תקנות בעניין.

סמכות זו של שר המשפטים ושל יושב ראש הכנסת לא מומשה מעולם, ולכן אין בדיון הסדרים ממשיים ליישום הוראת החוק בדבר ציון השפעות על זכויות הילד בהליכי חקיקה. ייתכן שאפשר לסבול את המצב בהצעות חוק ממשלתיות, שלגביהן יש הנחה שהמנגנון הממשלתי מקיים הליך הכנה מקצועי טרם הנחתן על שולחן הכנסת. ואולם בכל הנוגע להצעות חוק פרטיות מדובר במחדל של ממש. אכן, יש חוקים רבים של הכנסת הכוללים הוראות הסמכה להתקנת תקנות

83 לדיון רחב היקף בעניין זה ראו את פסק הדין המנחה של בג"ץ בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (2004).

כלי שהדבר מבוצע,⁸⁴ אך עקב מעמדו המיוחד של חוק הילדים, שעליו עמדנו בהרחבה, נראה כי הימנעות מהתקנת תקנות בעניינינו היא חריגה במיוחד. לפיכך ההמלצה הראשונה והמיידית בהקשר זה היא ששרת המשפטים, ובפרט יושב ראש הכנסת, יפעלו להתקנת תקנות להערכת השפעות לפי החוק. טוב יעשה יושב ראש הכנסת אם יוביל את המהלך וישתמש בסמכותו הייחודית להתקנת התקנות שיחולו על הצעות חוק פרטיות ויעגנו מנגנונים ובעלי תפקידים לצורך מימוש החוק בכנסת פנימה. אנו נמנעים מהצעת הסדר קונקרטי, אבל ממליצים לבחון הסדרים במדינות שבהן הוקמו נציבויות מיוחדות להגנה על זכויות הילד. לכל הפחות אנו ממליצים לקבוע בתקנות כי הצעת חוק פרטית, שעל פניו יש בה כדי להשפיע על זכויות ילדים, תועבר למרכז המחקר והמידע של הכנסת להערכת השפעותיה, וכן ללשכה המשפטית של הכנסת לבחינה של השלכותיה החוקתיות (בעיקר לעניין הפגיעה בזכויות חוקתיות של ילדים, היקפה ומידתיותה).

(ב) הקמת מנגנונים ליישום החוק בכנסת וברשות המבצעת (במסגרת יחידות קיימות). בצד הצורך הרחוף להתקין תקנות, וכדי לקיים פיקוח אפקטיבי על יישום החוק, ראוי לפתח מנגנוני בקרה מוסדיים שיפעלו אף טרם ההשלמה של הליכי החקיקה ויבטיחו את הגשמת החוק. ההמלצות בחלק זה עוסקות בציון האורגנים הרלוונטיים שכבר פועלים במערך החקיקה הממשלתית והפרטית ואינם נדרשים להקמת רשויות ייעודיות (על כך נרחיב בכמה מילים בתת-החלק הבא). במובן זה, מדובר בהמלצות ראשוניות ביותר.⁸⁵

i. הצעות חוק פרטיות

אנו ממליצים להטיל את תפקיד שומר הסף בכל הנוגע ליישום החוק על ועדות הכנסת שאליהן מועברות הצעות לשם הכנתן לקריאה ראשונה.⁸⁶ כבר כיום ראוי היושב ראש לפסול מהנחה הצעות חוק פרטיות שאינן בנויות ב"מסגרת של

84 לנתונים בהקשר זה ראו חוות הדעת של היועץ המשפטי לכנסת בנושא תקנות ראשונות, לעיל ה"ש 47.

85 כך, למשל, ברי כי ההמלצות המינימליות בחלק זה עונות על דרישת הוועדה שליד האמנה לזכויות הילד. ראו לעיל ה"ש 11, הערה פרשנית 2.

86 ס' 78-79 לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 27.

חוק",⁸⁷ ועל כן מדובר למעשה בהרחבה של מנגנון קיים ולא ביצירת יש מאין. כך, במסגרת הליך ההכנה יידרשו הוועדות לבחון אם יש בדברי ההסבר להצעת החוק התייחסות הולמת להשפעות הפוטנציאליות על זכויות הילד או שמא יש לדרוש העמקה והרחבה של הנושא. אם בסיום הבחינה תגיע הוועדה למסקנה שההצעה עדיין אינה עומדת בדרישות חוק הילדים, היא תציע לכנסת להסירה מסדר היום ותבהיר את הסיבה לכך.⁸⁸ כך תושג מטרת החוק בהגברת המודעות למעמד של זכויות הילד ושל טובתו בלי לפגוע במעמד המחוקק הפרטי, שיוכל לתקן את הצעה בהתאם ולהגישה מחדש וההכרעה הסופית בעניינה תופקד בידי מליאת הכנסת.⁸⁹

לחלופין אפשר להציע מנגנון קיצוני יותר שלפיו תשמש הוועדה המכינה את הצעת החוק "פוסק אחרון", ובידיה תופקד הסמכות לפסול הצעות חוק שאינן עומדות בהוראות החוק. חלופה זו אמנם פוגעת במידה מסוימת בזכות המחוקק להציע הצעות חוק, אך היא תבטיח אכיפה אפקטיבית של הוראות החוק ותקדם ביעילות רבה יותר את המודעות לזכויות הילד בקרב המחוקקים. אנו סבורים כי אימוץ חלופה זו, והפעלתה במקרים המתאימים, יובילו בסופו של תהליך להגברת המודעות של חברי הכנסת לצורך בבחינה מעמיקה יותר של ההשלכות של הצעות חוק על זכויות ילדים ויגשימו את תכלית החוק בצורה ראויה יותר. נעיר בהקשר זה כי לחברי הכנסת הזכות לבקש ממרכז המחקר והמידע של הכנסת לערוך עבורם מחקרים הנוגעים לעבודת החקיקה. כמו כן נתונה לחבר הכנסת שמציע את הצעת החוק ולעוזריו האפשרות לערוך מחקר עצמאי או לבקש מידע

87 ראו ה"ש 1 לס' 75(ה) לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 27. בהקשר זה יש לציין כי נכון להיום, מאחר שהתפקיד של יושב ראש הכנסת מסתיים עם הנחת ההצעה על שולחן הכנסת לקריאה טרומית, אפשר לטעון כי הוא אינו הגורם המתאים לאכוף את הוראות החוק לציון מידע משום שבשלב מקדמי זה אין בחוק כל דרישה לציון השפעות. עם זאת, לטעמנו נכון להטיל עליו את האחריות – גם משום שחוק ההשפעות עצמו הסמיך אותו להתקין תקנות וגם לנוכח האפקטיביות של המהלך, שיוביל דה-פקטו להקדמת הדרישה לציון ההשפעות כבר לשלב הקריאה הטרומית.

88 בהתאם לסמכות המוקנית לה כבר היום בס' 79(א) לתקנון.

89 המקבילה הרלוונטית היא ה-Point of Order בארצות הברית, שם אפשר להתגבר על הסתייגויות בגין סטייה מהפרוצדורה באמצעות החלטת רוב המאשרת את המשך הדיון על אף הסטייה (ראו Garrett, לעיל ה"ש 63, בעמ' 724-725).

מגורמים רלוונטיים. ייתכן כי הצעה זו תוביל לריבוי של בקשות מסוג זה, אך לדעתנו הדבר מוצדק לנוכח מעמדו של החוק והחובה המוטלת מכוחו. יש לוודא כי למרכז המחקר והמידע וללשכה המשפטית של הכנסת יש היכולת לעמוד במשימה מבחינת המשאבים וכוח האדם העומד לרשותן.

ii. הצעות חוק ממשלתיות

הצעות חוק ממשלתיות מגיעות לעיון של ועדות הכנסת רק לאחר הקריאה הראשונה במליאה. מאחר שהחוק לציון מידע דורש כי בחינת ההשפעות תיעשה "במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה", פרשנות סבירה שלו מובילה למסקנה שאין להסתפק בביקורת שיפעילו ועדות הכנסת לאחר הקריאה הראשונה. לפיכך אנו מציעים כי יושב ראש הכנסת הוא שיישא באחריות להשהיה של הליכי החקיקה של הצעות חוק ממשלתיות שאינן מציינות את ההשפעות על זכויות הילד. על פי תקנון הכנסת, יושב ראש הכנסת הוא ש"יעמיד את הצעת החוק [הממשלתית] על סדר יומה של הכנסת".⁹⁰ אמנם, שלא כמו בהליך המקביל בנוגע להצעות חוק פרטיות,⁹¹ אין בתקנון הוראה פוזיטיבית המקנה ליושב ראש הכנסת סמכות להימנע מהנחת הצעות חוק ממשלתיות על שולחן הכנסת, אך אפשר לטעון כי החוק לא רק מאפשר ליושב ראש להימנע מהנחת הצעה בעייתית על שולחן הכנסת, אלא אף מטיל עליו חובה לנהוג כך.⁹²

חלופה מרוככת יותר, שאינה מחייבת הרחבה משפטית לסמכויות של יושב ראש הכנסת, היא להטיל על הרשות המבצעת את האחריות לעמידה של הצעות חוק ממשלתיות בהוראות החוק. חלופה זו אף עולה בקנה אחד עם הוראת ס' 4(א) לחוק הילדים, שם הוגדר שר המשפטים "ממונה על ביצוע חוק זה לעניין הצעות חוק מטעם הממשלה" – אינדיקציה מובהקת לכך שהמחוקק ביקש להפקיד את האחריות על יישום החוק, ככל שהדבר נוגע להצעות חוק ממשלתיות, בידי משרד המשפטים. הפעלת ביקורת כזו על ידי הרשות המבצעת עצמה מתחייבת

90 ס' 81(א) ר(ב) לתקנון הכנסת, לעיל ה"ש 27.

91 ה"ש 1 לסעיף 75(ה) לתקנון הכנסת, שם.

92 מכוח ס' 4(ב) לחוק לציון מידע, המגדיר את היושב ראש כממונה על מימוש החוק בנוגע להצעות חוק של חברי כנסת.

מכללי המשפט המינהלי שאליהם כפופים השלבים שלפני החקיקה כמו גיבוש הצעת חוק ממשלתית והחלטה של ועדת השרים לאשרה ולהניחה על שולחן הכנסת.⁹³ ויתור של הרשות המבצעת על ציות להוראת חוק מפורשת בדבר ציון השפעות הוא לכל הפחות פעולה בלתי סבירה, שלא לומר לא חוקית ממש. כך, למשל, בהתחשב בחובה המוטלת על הרשות המינהלית לבסס את החלטותיה על תשתית עובדתית, ראוי שבעת קבלת ההחלטה בוועדת השרים לענייני חקיקה יהיו מונחים לפני הוועדה כל הנתונים הרלוונטיים – לרבות מידת ההשפעה על זכויות הילד, כנדרש בחוק, לא כל שכן במקום שיש בו חוק של הכנסת הדורש הערכת השפעות שכזו.

משכך, בצד הקריאה הרחופה לשר המשפטים להתקין תקנות אנו מציעים להטיל על ועדת השרים לענייני חקיקה את האחריות לפקח על יישום החוק. לפי הצעתנו, כאשר תדון ועדת השרים לענייני חקיקה בהצעת חוק, היא תידרש לוודא כי ההצעה עומדת בדרישות החוק ובדרישות התקנות. הצעה שלא תעמוד בדרישות – הנחתה על שולחן הכנסת כהצעת חוק ממשלתית תותנה בתיקון הפגמים שנפלו בה. ועדת השרים תעשה זאת בעזרת מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים. אנו מציעים להפקיד את מלאכת ההכנה של הנושא בידי המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה). הצעתנו זו שומרת לחלוטין על ריבונות הכנסת ומבטיחה כי לאחר שתונח הצעת חוק על שולחן הכנסת לא תהיה כל התערבות בהליכי החקיקה – לרבות מצד גופים פנימיים של הבית. הפקדת האחריות בידי ועדת השרים מספקת מענה לא רק להוראה הנקודתית של חוק הילדים, אלא גם לדרישות כלליות של המשפט המינהלי.

בהקשר זה נציין כי הסדר דומה אומץ לאחרונה בכמה מדינות ושככלל – יש מגמה להטיל חובה בדבר הערכת השפעות על זכויות ילדים על הרשות המבצעת, ולעתים על הפרלמנט. בוויילס הוטלה על הממשלה האחריות לבחינת

93 ראו פסק הדין של השופט גולדברג בבג"ץ 780/83 ישיבת תומכי תמימים נ' מדינת ישראל, פ"ד לח(2) 273 (1984), שממנו עולה כי פעולות מקדימות של הממשלה בהקשר החקיקתי כפופות באופן עקרוני לכללי המשפט המינהלי. השופט כך נקט גישה נוקשה יותר. לדעתו, "יש לראות פעולות אלה כחלק מהפעלת מנגנון החקיקה, ומניעת הגשתה של הצעת חוק מסוימת לכנסת כמוה כהתערבות בעבודת החקיקה של הכנסת עצמה". שלישי בהרכב היה השופט ברק, שכתב "אני מסכים".

ההתאמה של חקיקה מוצעת לדרישות האמנה בדבר זכויות הילד, בין השאר בהתבסס על ניתוח של הערכת השפעות הנערך על ידי מומחי הרשות.⁹⁴ גם בשוודיה – אחת המדינות הראשונות שעיגנו בחוק חובה להערכת השפעות על זכויות הילד – מדובר בחובה כללית שהממשלה נדרשת למלא בנוגע לתהליכי קבלת החלטות מינהליות, לרבות חקיקה.⁹⁵ בבלגיה החובה לצרף להצעות חוק הערכת השפעות מוטלת גם היא על הממשלה. עם זאת נקבע כי הפרלמנט לא יוכל לאשר הצעות שלא צורף אליהן הניתוח הנדרש. כלומר, החובה הראשונית היא חוץ-פרלמנטרית, אך הפרתה פוסלת את האפשרות להשלים את הליכי החקיקה של ההצעה הלוקה בחסר.⁹⁶

(ג) שילוב של הערכת השפעות לפי החוק במפעל להקמת רשות ייעודית לזכויות הילד. אימוץ ההצעות שלמעלה הוא מהלך שראוי לנקוט מיד, אך הוא אינו מספק כשלעצמו. בכנסות האחרונות הייתה ההקמה של נציבות ייעודית לזכויות הילד נושא לכמה הצעות חוק,⁹⁷ והדבר מצטרף לדיונים קודמים ולעבודת מטה שהתקיימו בנושא ברשות המבצעת, בהמשך להמלצות ועדת רוטלוי.

- Rights of Children and Young Persons (Wales) Measure 2011, 2011 mccc 2, 94
available at www.legislation.gov.uk/mwa/2011/2/pdfs/mwa_20110002_en.pdf
 אשר לאופן המדויק של מימוש החובה המעוגנת בחוק ראו עמ' 4 ר-9-10 ל- WELSH
 GOVERNMENT, CHILDREN'S RIGHTS SCHEME (2012), *available at*
<http://wales.gov.uk/docs/phhs/publications/120418rightsofchildrenen.pdf>
- REGERINGSKANLIET, CHILD IMPACT ASSESSMENT: SWEDISH EXPERIENCE OF 95
 CHILD IMPACT ANALYSES AS A TOOL FOR IMPLEMENTING THE UN CONVENTION ON THE
 RIGHTS OF THE CHILD 10 (2001), *available at* <http://tinyurl.com/oxy84on>
 REGERINGSKANLIET, STRATEGY TO STRENGTHEN THE RIGHTS OF THE CHILD IN
 SWEDEN (2011), *available at* www.sweden.gov.se/content/1/c6/17/85/39/7fef497a.pdf
- CHILDREN'S RIGHTS ALLIANCE, ALL OUR CHILDREN: CHILD IMPACT ASSESSMENT FOR 96
 IRISH CHILDREN OF MIGRANT PARENTS 35 (2006), *available at* www.chil.dr.en.sight.s.ie/sites/default/files/submissions_reports/files/AllOurChildrenCADICRpt0406_0.pdf
- ראו הצעות חוק נציבות זכויות הילד, התשע"ב-2012, הכוללות בין היתר את הסמכות 97
 להגיש חוות דעת על הצעות חקיקה (ראו ס' 3 להצעת החוק פ/4493/18). יצוין כי
 הצעות חוק דומות הונחו גם על שולחן הכנסת ה-18. ראו פ/3880/18, פ/4026/18,
 פ/3141/18.

בשנת 2011 קיימה הוועדה לזכויות הילד דיון (מקדמי) מיוחד לבחינת האפשרות של הקמת הנציבות, ומסקנתה הייתה להורות למשרד המשפטים לבחון אפשרות לחקיקה ממשלתית בנושא.⁹⁸ בשבועות האחרונים חלה התפתחות דרמטית בתחום זה כאשר ועדת השרים לענייני חקיקה אישרה את הצעת החוק הפרטית של חברת הכנסת אורלי לוי-אבקסיס (שאליה צורפו שתי הצעות חוק נוספות, של חברי הכנסת רב חנין ועדי קול ואחרים) להקמה של נציבות לזכויות הילד, בכפוף להתחייבות מצד המציעים להמתין להצעת חוק ממשלתית בנושא, שתגובש בתוך חצי שנה. ההצעה עברה בקריאה טרומית בשבוע שבו צוין יום זכויות הילד הבינלאומי, ועתה היא ממתינה לחקיקה.⁹⁹

אם בעבר המאמצים להקמת נציבות זכויות הילד והילדה לא נשאו פרי, נראה כי היום ברור לכנסת ולממשלה כי דמוקרטיה ליברלית ראויה כוללת הכרה מוסדית בזכויות הילד באמצעות נציבות מיוחדת שמקדמת את הנושא בקרב השלטון ובקרב האזרחים. הצעות החוק להקמת רשות ייעודית לזכויות הילד, כמו גם ההצדקות וההסדרים הפרטניים להקמתה, אינם חלק מנייר עמדה זה. עם זאת, לנוכח השיח הפרלמנטרי והציבורי בתחום מצאנו לנכון להציג בקיצור את הנושא ולהדגיש את הצורך בפיתוח ובהרחבת התחום של הערכת השפעות החקיקה על זכויות הילדים במסגרת הקמת הנציבות. לטעמנו, דרך מיטבית למימוש מלא של החוק היא הטלה של יישומו על נציבות ייעודית שתגן על זכויות ילדים. כך, לצד משימותיה האחרות, אחד מתפקידיה יהיה להעריך השפעות של חקיקה מוצעת על ילדים. במסגרת תפקיד זה יוקנו לנציבות סמכויות משפטיות ומשאבים מינהליים לבצע את הערכת השפעות החקיקה כהלכה. בפרט ראוי לשקול שילוב של החוק הנוכחי בחוק שיקים

98 פרוטוקול ישיבה מס' 99 של הוועדה לזכויות הילד, הכנסת ה-18 (25.1.2011), זמין באתר הכנסת: www.knesset.gov.il/protocols/data/rff/yeled/2011-01-25-01.rtf (אוחזר לאחרונה ב-16.12.2013).

99 ראו הצעת חוק נציבות זכויות הילד, התשע"ג-2013 (פ/801/19) (שהוצמדו לה שתי הצעות חוק נוספות); וכן החלטה מס' חק/412 של ועדת השרים לענייני חקיקה מיום 11.11.2013, אשר צורפה לפרוטוקול החלטות הממשלה וקיבלה תוקף של החלטת ממשלה ביום 27.11.2013 ומספרה הוא 982(חק/412). לדיון שקדם להצבעה בקריאה הטרומית ראו פרוטוקול ישיבה מס' 76 של הכנסת ה-19 מיום ט' בכסלו התשע"ד (12 בנובמבר 2013).

את הנציבות בד בכד עם שמירה על מלוא היקף החובה שהוא קובע היום, ואף הרחבה וקונקרטיזציה שלה באמצעות חקיקה שתקנה סמכויות נוספות לנציבות בתחום הערכת השפעות החקיקה על זכויות הילד ותסמיך את הנציב להתקין תקנות. נוסף על כך ראוי לקבוע כי הנציב שיוסמך בחוק ידווח ישירות לוועדה לזכויות הילד בנושא זה. בהקשר זה ראוי גם ללמוד מניסיון העבר ולא לחוקק הסדרים "חסרי שיניים", אלא לתת בידי הנציבות שתוקם את מלוא הכלים המשפטיים והמשאבים לביצוע משימותיה כהלכה.

(ד) הקצאת משאבים לביצוע הערכות השפעה עוד לפני הקמת הנציבות. ברמה המיידית – עוד בטרם ההקמה של נציבות ייעודית – ראוי להקצות יחידה ייעודית או רפרנטית במסגרת רשות קיימת (במשרד המשפטים וגם במרכז המידע ובלשכה המשפטית שבכנסת) שתופקד על יישום החוק ותפתח מומחיות בנושא. יחידות אלה, בכנסת ובמשרד המשפטים, יספקו למחוקק תמריץ ממשי להבניה של הערכת השפעות בהליכי החקיקה ויפחיתו במידה ניכרת את המשאבים הפרטיים שיש להקדיש לביצועה.¹⁰⁰ בה בעת הן יגדילו את העלויות הציבוריות הכרוכות בהשתמטות מחובה זו. כך אפשר יהיה להבטיח ציות מרבי להוראות החוק בלי להידרש למנגנוני אכיפה המגבילים את מרחב הפעולה של הרשות המחוקקת. פעילות כזו גם תוכל לאפשר ניסיון מצטבר לקראת הסדרה חקיקתית של הערכת השפעות במסגרת נציבות שאפשר שתוקם בעתיד. אפשר להשאיר לחשיבה נוספת את שאלת הביזור של תחום הערכת ההשפעות לעומת ריכוז המחקר וההערכה של "השפעות החקיקה" בידי גוף אחד (קיים או חדש) שיבצע אותן.

(ה) אנו מציעים להפקיד את הפעילות הנוגעת לנפקות המשפטית הנובעת מאי-יישום החוק ואת ההיבטים הנוגעים להערכת השפעות חוקתית של הצעות חוק בידי היועץ המשפטי לכנסת, שבמסגרת תפקידו יפקח גם הוא על הליכי החקיקה. בפרט המדובר בהערכת השפעות הנוגעת לפגיעות ה"חוקתיות" שיש בהצעות חקיקה על זכויות חוקתיות של ילדים, וכן בייעוץ ליושב ראש הכנסת וליושבי ראש הוועדות לצורך הפעלת סמכותם המוצעת להשעיית הדיון בהצעות חוק שאינן עומדות באמות המידה שהחוק דורש.

100 ראו לעיל, פרק ו.

2. אכיפה שיפוטית (בעת הליך החקיקה ואחריו)

בצד מנגנוני הפיקוח והבקרה הפנימיים שהוצעו לעיל – שהם מוקד היישום הראוי של החוק – יש לדון באופי ובהיקף של הביקורת השיפוטית במקרים שבהם כשלו מנגנונים אלה והכנסת מחליטה לקדם הצעת חוק שאינה עומדת בהוראות חוק הילדים. בצד מנגנוני הביקורת הפנימיים שהצענו לעיל אנו סבורים כי יש להגביר את הביקורת השיפוטית על יישום החוק ולחשוב מחדש על מידת ההתערבות השיפוטית בהפרות חמורות שלו.

לנוכח החובות שחוק הילדים מטיל אפשר היה לצפות כי במקרים של הפרתו יעדיף בג"ץ להורות על הקפאה מיידית של הליכי החקיקה עד לתיקון הפגם ולא "להסתכן" בצורך להפעיל ביקורת שיפוטית על חוק שכבר אושר בכנסת. ברם ההכרעה בעניין המועצה הלאומית לשלום הילד מלמדת כי בג"ץ פועל בריסון רב. למעט מקרים נדירים ויוצאי דופן הוא יימנע מהתערבות בהליכי חקיקה תלויים ועומדים, גם אם מוצגות לפניו עילות התערבות רלוונטיות.¹⁰¹ גישה זו ננקטה כבר בפרשת מיעארי כביטוי לאיזון בין שיקולים נוגדים – ריבונות המחוקק והרצון למנוע פוליטיזציה של השפיטה מחד גיסא והצורך להגן על "שלטון החוק במחוקק" מאידך גיסא. בפרשה זו שב בית המשפט ועמד על כך שביקורת על חקיקת הכנסת תיעשה, ככלל, רק לאחר תום הליך החקיקה. בית המשפט הבחין בין סוגי השיקולים המנחים את שאלת (אי)התערבותו וקבע כי השיקולים להפעלת ביקורת שיפוטית בעת הליך חקיקה הם שיקולים "חוקתיים" ולא שיקולי "יעילות".¹⁰² בית המשפט היה ער לכך שיש מקרים שבהם "היעילות הייתה מחייבת, בוודאי, הכרעה מהירה בבעיה המשפטית והימנעות מדחיית השלבים מאוחרים",¹⁰³ אך הדגיש כי השיקולים החוקתיים כוללים – מחד גיסא –

101 עניין המועצה הלאומית לשלום הילד, לעיל ה"ש 40.

102 בג"ץ 761/86 ח"כ מוחמד מיעארי נ' יושב ראש הכנסת, פ"ד מב(4) 868: "נתערב בהליכים פנים פרלמנטריים רק כאשר נטענת פגיעה ניכרת, שיש בה פגיעה בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" (873). ראו עניין מגדלי העופות, לעיל ה"ש 83, בנוגע להליך החקיקה; אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, כרך א: עקרונות יסוד, 238 (2005); סוזי נבות "עשרים שנה למבחן 'שריד': עיון מחדש בפיקוח השיפוטי על הליכים פרלמנטריים" מחקרי משפט יט 721 (2003).

103 פרשת מיעארי, לעיל ה"ש 102, בעמ' 877.

את ריבונות המחוקק ואת חוסר הרצון של הרשות השופטת לנקוט עמדה בעניינים הרוויים מטען פוליטי כדי למנוע "פוליטיזציה של השפיטה"; ומאידך גיסא – את השיקולים של שלטון החוק ושל מניעת נזק שאינו ניתן לתיקון אם לא תהא התערבות ישירה.

עם זאת, במקרה של חוק הילדים נראה כי השיקולים החוקתיים דווקא תומכים בהתערבות שיפוטית בשלבים מוקדמים. בכל הנוגע לריבונות המחוקק – אכיפה שיפוטית של החוק במקרה שלנו תשקף את ריבונות המחוקק, שקבע הסדר מעין-חוקתי הנוגע להערכת ההשפעות החקיקה על זכויות ילדים. בניגוד למצבים שבהם בית המשפט מתערב בהליכי חקיקה מכוח כללי צדק טבעיים או מכוח משפט מקובל, במקרה שלפנינו מדובר באכיפה של רצון המחוקק מכוח נורמה חקיקתית (ויש שיאמרו "מעין-חוקתית") מפורשת. כמו כן, חוק הילדים אינו כופה התערבות מהותית-תוכנית כלשהי מצד בית המשפט, אלא נוגע לאכיפה של חובות פרוצדורליות להערכת השפעות. לפיכך במקרים שבהם בית המשפט אוכף נורמות כאלה אין מדובר בהכרעה ערכית שונה מזו של המחוקק, והפגיעה במרקם היחסי שבין הרשויות היא קטנה. לנוכח היעדרן של תקנות ופרוצדורות ליישום החוק במצב הנוכחי דומה כי התערבות שיפוטית תוכל להוביל ליישום אפקטיבי של החוק. ולכן ההגנה השיפוטית על ההסדרים הקבועים בחוק משקפת במובהק הגנה על שלטון החוק במחוקק. מבחינת שיקול היעילות, דחיית הביקורת השיפוטית עד תום הליכי החקיקה תפגע בהגשמת תכלית החוק "לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה לבחון [...] את השפעתה של הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים".

הצורך "לקחת את החוק ברצינות" בשלב הביקורת השיפוטית מתחזק אף יותר בשלב שלאחר החקיקה. אנו טוענים כי בשלב זה, בעתירות שבהן בית המשפט בוחן טענות מהותיות לאי-חוקתיות של החוק, יש להביא בחשבון בעוצמה רבה מבעבר אי-קיום של החובה הפרוצדורלית לדיון המתבסס על הערכת השפעות על זכויות ילדים. אנו סבורים שיהיו מקרים של הליכי חקיקה שהושלמו ואישרו הצעת חוק שלא עמדה בדרישות לציון השפעותיה על זכויות הילד שיהיה ראוי להכריז בהם על בטלות החוק באמצעות ביקורת שיפוטית או לכל הפחות לראות בפגיעה שהתקיימה בהליך החקיקה כתוצאה מהפרת חוק הילדים שיקול חשוב ומצטבר, בצד השיקולים שיעלו מהבחינה המהותית של חוקתיות החוק. בהכרעה בעניין המועצה הלאומית לשלום הילד נימק בג"ץ את הימנעותו מהתערבות בהליכי החקיקה בטענה שיש לגלות ריסון שיפוטי ולבחון את הפגמים בהליכים אלה רק

לאחר השלמת החקיקה. אולם, לטעמנו, לא נשללה בהנמקה האפשרות להתערבות במקרים חריגים. הנמקה זו מעידה כי הפרת חוק הילדים עשויה, במקרה מתאים, להצטרף לשיקולים שיובילו לבטלות החוק המפר. תפיסה זו עולה בקנה אחד עם מעמדו הנורמטיבי הייחודי של החוק שעל אודותיו הרחבנו לעיל, והיא אף מתחזקת לנוכח הניתוח של מאפייניו המעין-חוקתיים.¹⁰⁴

ח. סיכום והמלצות

בנייר זה טענו כי חוק הילדים אינו מיושם ברמה הנדרשת ממעמדו הנורמטיבי. ניתוח החוק מלמד כי בשל התמקדותו בהסדרה של הליכי החקיקה אפשר לראות בו חוק מעין-חוקתי, מה גם שהתכלית שהוא מבקש להגשים – הגנה על זכויות הילד – נושאת אופי חוקתי מובהק. יתר על כן, חוק הילדים הוא חוק מסגרת הקובע הוראות כלליות בנוגע להליכי החקיקה, ולכן ראוי לייחס לו עליונות נורמטיבית מסוימת על חקיקה רגילה, בדומה למעמד של חוקי מסגרת לא חוקתיים אחרים. לפיכך אנו סבורים כי אין מקום לתפיסה המינהלית, החקיקתית

104 לכאורה מדובר בעמדה חזקה המקנה לחוק מעמד משמעותי מדי בשלב הביקורת השיפוטית. עם זאת, עיון במגמות המתבססות בימים אלה בביקורת השיפוטית החוקתית מעלה כי שילוב של ביקורת חוקתית "הליכית" עם ביקורת חוקתית "מהותית" הוא תופעה הולכת ומתרחבת. עמדתנו מתיישבת עם מגמה זו. בהקשר זה, איתי בר-סימן טוב הציג את התופעה של "ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית": בכמה בתי משפט בכירים בשיטות משפט לאומיות ועל-לאומיות אפשר להצביע על תופעה של שילוב בין ביקורת שיפוטית "מהותית" לבין ביקורת שיפוטית "הליכית" באופן שמעלה מודל חדש של ביקורת שיפוטית, המכונה על ידי בר-סימן טוב "סמי-פרוצדורלית". ראו Ittai Bar-Siman-Tov, *Semiprocedural Judicial Review*, 6 (3) LEGISPRUDENCE 271–300 (December 2012).

ביקורת שיפוטית סמי-פרוצדורלית היא מצב שבו בית המשפט הבוחן את חוקתיותו של חוק משלב בין הביקורת המהותית, הנוגעת לתוכן החוק ולמגבלות החוקתיות, לבין הביקורת על הליך החקיקה של החוק, בין לאור מגבלות החוקתיות על ההליך ובין לאור מגבלות חוקיות, פנים-פרלמנטריות או הליכיות הנוגעות לאמות מידה רציונליות לקבלת החלטה. הבחינה של הליך החקיקה מצטרפת לבחינה של הביקורת המהותית ומהווה קריטריון להערכת הפגיעה החוקתית הטמונה בחוק הנבחן.

והשיפוטית הרואה בחוק זה חוק מנחה וסמלי בעל מעמד נורמטיבי נחות. אנו סבורים כי יש להקנות לו משקל רב יותר בהליכי החקיקה. כדי לאפשר את יישומו הראוי של החוק אנו מציעים לספק למחוקק כלים מקצועיים לביצוע של הערכת השפעות, בכללם מנגנונים ליישום ולפיקוח מוסדיים ומשפטיים של הוראות החוק בקרב הרשות המחוקקת והמבצעת.

אלה המלצותינו:

1. יושב ראש הכנסת ושר המשפטים יתקינו תקנות מכוח החוק במהירות האפשרית.
2. בכל הנוגע להצעות חוק פרטיות יוסמך יושב ראש הכנסת למנוע הנחה של הצעות חוק שבדברי ההסבר שלהן אין ציון הולם של השפעותיהן הפוטנציאליות על זכויות הילד. לחלופין – הפיקוח על מילוי הוראות החוק יופקד בידי ועדות הכנסת המכינות את הצעת החוק לקריאה ראשונה.
3. בכל הנוגע להצעות חוק ממשלתיות תוטל על ועדת השרים לענייני חקיקה (בסיוע מחלקת הייעוץ והחקיקה במשרד המשפטים) אחריות ליישום החוק.
4. תוגבר ותוקשח הביקורת השיפוטית בעתירות התוקפות חוקים בגין הליכי חקיקה שלא עמדו בדרישות חוק הילדים.

נדיב מרדכי הוא דוקטורנט בפקולטה למשפטים ובמרכז לחקר הרציונליות באוניברסיטה העברית בירושלים ועוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

משה אוסטרובסקי הוא בוגר תואר ראשון במשפטים, סוציולוגיה ואנתרופולוגיה בתכנית משולבת של האוניברסיטה העברית בירושלים ועוזר מחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

פרופ' מרדכי קרמניצר הוא פרופסור אמריטוס בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים וסגן נשיא למחקר במכון הישראלי לדמוקרטיה.

הצעה נכתבה במסגרת תכניות המחקר של המכון הישראלי לדמוקרטיה "עקרונות דמוקרטיים והטמעתם" ו"קידום רפורמות במערכת המשפט", בראשות **פרופ' מרדכי קרמניצר**.

תכנית המחקר "קידום רפורמות במערכת המשפט" מתקיימת הודות לתרומתה הנדיבה של קרן ברג.



www.idi.org.il
שתפו אותנו בפייסבוק 

המכון הישראלי
לדמוקרטיה

מסת"ב: 0-137-519-965-978

