

# בזמן שהחרמת: על הצעות חוק רטרוספקטיביות וביקורת שיפוטית, בעקבות

## הצעת חוק החרם

ליהי יונה ורעות כהן\*

### 1. מבוא

### 2. רקע נורמטיבי

2.1 הליך החקיקה

2.2 ביקורת שיפוטית על הצעות חוק

### 3. ניתוח הצעת החוק

3.1 פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק

3.2 פגיעה בזכויות מסדר שני

3.3 פגיעה בהליך החקיקה

3.4 פגיעה באמון הציבור

### 4. האפשרות לביקורת שיפוטית על הצעות חוק בעלות תחולה רטרוספקטיבית

4.1 הטעמים לביקורת שיפוטית על הצעת החוק ותחולתם במקרה הנדון

4.2 ביקורת שיפוטית על הצעות חוק בעלות תחולה רטרוספקטיבית לפי הדין הקיים

4.3 היקש מעמדת בית המשפט בעניין חובת הפרסום של תקנות בנות פועל תחיקתי

### 5. מנגנון ביקורת פנימי להצעת החוק – נשיאות הכנסת

### 6. סיכום

### 1. מבוא

ב-5 ביולי 2010 הונחה על שולחן הכנסת "הצעת חוק איסור הטלת חרם, התש"ע-2010" (להלן: "הצעת חוק החרם"). הצעת החוק, שהוגשה מטעם 25 חברי כנסת ממפלגות שונות, הייתה מיועדת "להגן על מדינת ישראל בכלל ועל אזרחיה בפרט מפני חרמות אקדמיים, כלכליים ואחרים, המוטלים על המדינה, אזרחיה ותאגידיים בה מחמת הקשר שלהם למדינת ישראל".<sup>1</sup> בהצעת חוק החרם נקבע איסור להטיל חרם על מדינת ישראל, לזיום חרם או לעודד השתתפות בחרם על מדינת ישראל, וכן לספק מידע או לסייע במטרה לקדם חרם שכזה.<sup>2</sup> בהצעה המקורית נקבעה עוולה אזרחית המאפשרת את תביעת מפר האיסור שבחוק בלא הוכחת נזק,<sup>3</sup> וכן נקבע איסור פלילי שבצדו קנס.<sup>4</sup> הסעיף הרלוונטי לרשימה זו הוא ס' 8 להצעת חוק החרם, העוסק בתחולת החוק, אשר קבע כי "מי שיזום חרם או עודד השתתפות בחרם לפי סעיף 2 בשנה

\* סטודנטיות בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. אנו רוצות להודות לד"ר אמנון רייכמן, עורך כתב העת "הארץ דין", על ההנחיה, לשי אוצרי ויהודה להב, סגני העורך, ולחברי מערכת כתב העת הארץ דין על הערותיהם המועילות. כן מסורה תודה לד"ר אליאב ליבליך על קריאת המאמר בשלבי הראשוניים והערותיו החשובות.

<sup>1</sup> דברי ההסבר להצעת חוק מס' פ/2505/18, הועברה לוועדה ביום ג' באב התש"ע (14 ביולי 2010) (להלן: "הצעת חוק החרם").

<sup>2</sup> ס' 2 להצעת חוק החרם.

<sup>3</sup> ס' 3 להצעת חוק החרם.

<sup>4</sup> ס' 4 להצעת חוק החרם.

שלפני פרסום החוק, חזקה ניתנת לסתירה שהוא עדיין יוזם חרם או קורא לחרם גם לאחר מועד פרסום החוק". מיד לאחר הגשת ההצעה ליו"ר הכנסת והנחתה על שולחן הכנסת, היא הועברה לוועדת השרים לענייני חקיקה לשם דיון בהצעה וקביעת עמדת הממשלה בעניינה, לפי ס' 56(ב) לתקנון לעבודת הממשלה.<sup>5</sup> כעיקרון אישרה ועדת השרים את הצעת החוק, אולם היא השמיטה ממנה הן את הסעיף הקובע איסור פלילי והן את הסעיף הקובע חזקה רטרופקטיבית.<sup>6</sup>

עם זאת, מהיום שבו הוגשה הצעת החוק (5 ביולי 2010, כאמור) ועד ליום שבו הוסר מהצעת החוק סעיף החזקה הרטרופקטיבית (15 בפברואר 2011) עברו כשמונה חודשים שבהם הייתה מונחת על שולחן הכנסת ההצעה בנוסחה המקורי. בשמונת החודשים הללו, אנו נבקש לטעון, נוצר למעשה אפקט מצנן על הקריאה לחרם כלפי מדינת ישראל, אף שזו הייתה ועודנה קריאה חוקית לחלוטין. הארה זו תבקש להפנות זרקור אל שמונת החודשים הללו, שמונה חודשים שבהם מסמך המהווה הצעת חוק בלבד פגע, הלכה למעשה, בזכות מוגנת.<sup>7</sup>

בטרם נפתח בהצגת הטיעון, ראוי לטעמנו ליחד מילים מספר לתופעה חברתית שאפשרה את הנחתה של הצעת חוק החרם בנוסחה זה. מתוך הבנת המציאות שאפשרה את הצעת חוק החרם ניתן ללמוד שאין מדובר בתקרית נקודתית בלבד, אלא בחלק מתופעה שעלולה להישנות בעתיד. בכך יש להדגיש את חשיבותו של הדיון שאנו מבקשות לקיים עתה לעתיד לבוא.

בשנים האחרונות ניכרת תופעה פרלמנטרית הולכת וגוברת של הגשת "הצהרות חוק". המונח, המוגדר באתר הכנסת עצמו, מכוון להצעות חוק המוגשות כדי למשוך תשומת לב לחבר הכנסת המציע. מרבית "הצהרות החוק" הללו אינן מבשילות, והן נבלמות באחד משלבי החקיקה.<sup>8</sup> פרקטיקה זו מאפשרת לחברי הכנסת להסיר מעליהם את האחריות לנסח בקפידה את הצעת החוק, ולגלגל אותה לגופים אחרים. הדבר דומה למנגנון הביקורת השיפוטית, אשר אף בעניינו נטען שהוא עלול לשמש בפועל להסרת האחריות מכתפי חברי כנסת, בידועם שהשופטים הם שיידרשו למלא את תפקיד "המבוגר האחראי".<sup>9</sup> רוב המבקרים את התופעה מתמקדים בזילות הכנסת והחוק,<sup>10</sup> ובנוק התקציבי הנגרם בשל הגשת הצעות חוק מיותרות.<sup>11</sup> אנחנו, לעומת זאת, נבקש לבחון נזק אחר, אולי אף חמור יותר, שהצעות חוק יכולות להסב אם הן כוללות יסודות העלולים לפגוע בזכויות מוגנות.

<sup>5</sup> ס' 56(ב) לתקנון לעבודת הממשלה.

<sup>6</sup> הסבר על הרטרופקטיביות של החזקה שבס' 8 יינתן מאוחר יותר, בחלק העוסק בנייתוח הצעת החוק.

<sup>7</sup> אכן, גם התבטאויות ציבוריות או הבטחות במהלך בחירות לחקיקה רטרופקטיבית יכולות ליצור אפקט מצנן כזה, אולם בדירוג רמות הסיכון, דומה שהצעת חוק המונחת על שולחן הכנסת, השלב הראשון בהליך החקיקה, היא ממשית יותר ומעוררת צורך בבקרה, פנימית וחיצונית.

<sup>8</sup> כך עולה מנתוני אתר הכנסת, ובו מצוין כי: "מהכנסת ה-11 מספר הצעות החוק מטעם חברי הכנסת עלה בצורה ניכרת. למרות עובדה זאת, אחוז הצעות החוק מטעם חברי הכנסת שהתקבלו מבין אלו שהונחו על שולחן הכנסת הולך וקטן. הסיבה העיקרית לכך היא, שמספר 'הצהרות החוק' – הצעות המוגשות אך ורק בכדי למשוך תשומת לב – הולך וגדל". הכנסת "חקיקה: דברי הסבר" אתר הכנסת [www.knesset.gov.il/laws/heb/explanation.htm](http://www.knesset.gov.il/laws/heb/explanation.htm). על המגמה הגוברת להגיש הצהרות חוק כאלה עמד לאחרונה גם יו"ר הכנסת רובי ריבלין. ריבלין ציין בריאיון עמו ב-22 ביולי 2010: "חברי הכנסת יודעים שכותרות משרתות את עניינם האישי, גם על חשבון הציבורי והממלכתי. חברי כנסת מאוד מוערכים בציבור ראו מהם כללי המשחק וחצו את הקווים לפופוליזם, במקום להעלות את רמתה של הכנסת. במקום לכתוב מאמרים ולהשפיע על ציר של זמן, הבינו חברי הכנסת האלה שהכותרות ניתנות רק על תעלולים וחוסר רצינות סנסציונית". יהונתן ליס "בהיעדר אופוזיציה, הכנסת יוצאת מכלל שליטה" **הארץ** Online 22.7.2011 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1180971.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1180971.html)

<sup>9</sup> Arlin M. Adams, *Judicial Restraint, The Best Medicine*, 60 JUDICATURE 4 (1976)

<sup>10</sup> גם כאן ניתן להביא את עמדתו של יו"ר הכנסת, במאמר דעה שפרסם בעיתון הארץ בעקבות חקיקתו של חוק למניעת פגיעה במדינת ישראל באמצעות חרם, התשע"א-2011 (להלן: "חוק החרם"), ב-15 ביולי 2011: "חקיקה פרובוקטיבית, כמו גם הצעות חוק הצהרניות, רק מערערות על מעמדה של הכנסת, על עליונותה ועל עצמאותה". ראובן ריבלין "אוי לה לבושה" **הארץ** Online 14.07.2011 [www.haaretz.co.il/hasite/spages/1234814.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/spages/1234814.html)

<sup>11</sup> דנה בלאנדר וערן קליין "חקיקה פרטית" **המכון הישראלי לדמוקרטיה** 65 (2002) [www.idi.org.il/media/319108/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%99%D7%AA%20.pdf](http://www.idi.org.il/media/319108/%D7%97%D7%A7%D7%99%D7%A7%D7%94%20%D7%A4%D7%A8%D7%98%D7%99%D7%AA%20.pdf)

לנוכח מגמה גוברת זו של הגשת הצעות חוק שתכליתן להעביר מסר נחרץ וחד-משמעי (וללכוד תשומת לב תקשורתית), יש מקום לחשוש שהצעת חוק החרם, על תחולתה הרטרופקטיבית, אינה בגדר "מעידה חד-פעמית" של הכנסת, אלא ביטוי לתופעה שעלולה להכות שורש. לפיכך נראה שיש לדון בהצעות לפתרון הבעיה הזאת כדי למנוע את הישנותה.

בהארה זו נבקש לשכנע שראוי לאפשר ביקורת שיפוטית על הצעות חוק שניתן להן כוח דה-פקטו להכווין התנהגות ולפגוע בזכויות מוגנות, כגון הצעת חוק החרם. עוד נטען שרצוי לאפשר מסלול מקביל של ביקורת פנימית בתוך הכנסת על הצעות חוק כאלה, באופן שיקנה לה כלים למנוע מוקדם ככל האפשר את הנזקים שהנחתן של הצעות חוק כאלה על שולחנה של הכנסת מסבה.

## 2. רקע נורמטיבי

בטרם נסקור את המצב המשפטי הקיים באשר לביקורת שיפוטית על הצעות חוק, נבקש לתאר בקצרה את הליך החקיקה מעת שהוצעה הצעת חוק ועד קבלתה או דחייתה. הסבר זה, אף שהוא טכני במקצת, יסייע להבין את הפתרון שאנו מציעות ואת מידת השתלבותו בהליך החקיקה.

### 2.1 הליך החקיקה

סמכויות הממשלה וחברי הכנסת באשר להגשת הצעות חוק מוסדרות בתקנון הכנסת.<sup>12</sup> ישנם שלושה סוגים של הצעות חוק: (1) הצעות חוק המוגשות מטעם הממשלה (להלן: הצעות חוק ממשלתיות).<sup>13</sup> (2) הצעות חוק המוגשות על ידי חברי הכנסת ומכונות גם "הצעות חוק פרטיות".<sup>14</sup> (3) לחלק מוועדות הכנסת נתונה סמכות להגיש מטעמן הצעות חוק.<sup>15</sup>

לפני שהצעת חוק ממשלתית מגיעה לשולחן הכנסת, מתקיים בממשלה הליך פנימי המוסדר בתקנון לעבודת הממשלה.<sup>16</sup> תחילה, השר המעוניין לחוקק חוק הנוגע לסמכותו מפיץ תזכיר חוק למשרדי הממשלה. לאחר מכן תזכיר החוק הופך לטיט חוק המכילה בין השאר את הערותיו המשפטיות של היועץ המשפטי לממשלה, הערות תקציביות של משרד האוצר וכן הסתייגויות של משרדי הממשלה ורשויות ציבוריות אחרות. טיט החוק עוברת לדיון בוועדת השרים לענייני חקיקה. הנוסח שיתקבל בוועדה זו יתגבש לכדי הצעת החוק הממשלתית אשר תוגש ליו"ר הכנסת ותנוח על שולחן הכנסת.<sup>17</sup> לאחר מכן הצעת החוק עוברת לשלב שלוש הקריאות, ולאחריהן, אם זכתה לרוב, היא הופכת לחוק רשמי ומפורסמת ברשומות.<sup>18</sup>

בכל הנוגע להצעות חוק מטעם ועדות הכנסת, לוועדת הכנסת, לוועדת החוקה חוק ומשפט וכן לוועדה לענייני ביקורת המדינה מסורה הסמכות להגיש הצעות חוק רק בנושאים הקשורים לתחומן. ההצעות מגובשות בוועדה הרלוונטית ומונחות על שולחן הכנסת לקראת קריאה ראשונה.

הליך ההגשה של הצעת חוק פרטית הוא אחר. כל חבר כנסת רשאי להציע הצעת חוק פרטית אם אינו שר או סגן שר.<sup>19</sup> חבר הכנסת מגיש את הצעת החוק ליו"ר הכנסת, והאחרון מניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת.<sup>20</sup> עם זאת, יו"ר הכנסת רשאי שלא להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת אם לדעתו

12 תקנון הכנסת, התשכ"ח-1967.

13 מוסדר בס' 74(ב) וס' 81(א) לתקנון הכנסת.

14 מוסדר בס' 59-75 לתקנון הכנסת.

15 מוסדר בס' 80 לתקנון הכנסת.

16 תקנון לעבודת הממשלה, לעיל הערה 5.

17 ס' 49-51 לתקנון לעבודת הממשלה.

18 ס' 74(א) לתקנון הכנסת.

19 ס' 75(א) לתקנון הכנסת.

20 דוק, הכוונה ליו"ר הכנסת וסגניו, המכונים "נשיאות הכנסת" ס' 75(ה) לתקנון הכנסת.

הצעת החוק היא גזענית או שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.<sup>21</sup> אם החליט יו"ר הכנסת להניח את הצעת החוק על שולחן הכנסת, מתקיים דיון מקדים בשאלה אם להעביר את הצעת החוק לוועדה אשר תפקידה להכין אותה לקריאה ראשונה.<sup>22</sup> משהגיעה הצעת החוק לקריאה ראשונה, תטופל כמו הצעות החוק הממשלתיות ואלה שמטעם ועדות הכנסת.<sup>23</sup>

## 2.2 ביקורת שיפוטית על הצעות חוק

בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על הצעות חוק, בית המשפט סיגל לעצמו את הכלל לנהוג ריסון עצמי מרבי.<sup>24</sup> הסיבה העיקרית לכך היא שעתירה בעניין הצעת חוק בטרם הסתיימו הליכי החקיקה היא בגדר "עתירה מוקדמת", שכן בית המשפט אינו יכול לדעת בשלב זה אם יושלם הליך החקיקה.<sup>25</sup> טעם נוסף לריסון הוא שהכנסת משקפת את רצון הריבון ולכן יכולה למעשה לחוקק כראות עיניה, במגבלות חוקתיות. טעמים נוספים לריסון עצמי זה הם עקרון הפרדת הרשויות ועקרון כיבוד הרשויות, שלאורם בית המשפט מכבד את ריבונותה של הכנסת ואינו ממחר להתערב בסמכותה העיקרית – סמכות החקיקה.<sup>26</sup> ניתן גם לציין את רצונו של בית המשפט להימנע מפוליטיזציה של השפיטה.<sup>27</sup> מתוקף מכלול השיקולים בית המשפט מעדיף להמתין עד גמר הליך החקיקה ולהפעיל את ביקורתו השיפוטית רק כאשר הוא נדרש להכריע במקרה של סכסוך קונקרטי.<sup>28</sup>

סמכותו העקרונית של בית המשפט לבקר הליכי חקיקה הוכרה בפרשת **מיעארי**.<sup>29</sup> שם נטען שנפל פגם בשלב חקיקתו של סעיף 4 לחוק-יסוד: הכנסת, משום שלא התקיים רוב מיוחד כנדרש בסעיף 46 לחוק-יסוד. בית המשפט קבע כאמור כי ינהג בריסון בבואו לבקר את הליכי החקיקה, אך ישנם חריגים אשר בהתקיימם יוכל להתערב בהליכי החקיקה. נפסק שבית המשפט יתערב בהליך פנים פרלמנטרי רק כשיש פגיעה ניכרת בערכים המהותיים של משטרנו החוקתי, כאשר לנגד עיניו עומד השיקול של מניעת נזק שאינו ניתן לתיקון בלא התערבות ישירה.<sup>30</sup>

החריג שנקבע בפרשת **מיעארי** הוא "חריג פרוצדורלי", המאפשר לבית המשפט להשפיע על עתידה של הצעת החוק באמצעות ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה, בלי לעסוק בתוכנה עד השלמת הליכי החקיקה. תוכן לתנאי להחלת חריגי **מיעארי** יצקה השופטת ביניש בעניין **ארגון מגדלי העופות**. שם נקבע שהתערבות שיפוטית בהליך חקיקה תיעשה רק אם הוסבה פגיעה קשה לעקרונות היסוד הנגזרים מהדמוקרטיה הפורמלית ומהמשטר הדמוקרטי. פגם בהליך החקיקה ייחן לפי השאלות האלה: האם נפגע עקרון הכרעת הרוב?, האם נפגע עקרון השוויון הפורמלי?, האם נפגע עקרון הפומביות? האם נפגע

21 ש.ס.

22 ס' 76-77 לתקנון הכנסת.

23 בעבר רוב החוקים החלו בהצעות חוק ממשלתיות, ואילו בכנסת ה-12 חלה תפנית, ומקור מחצית מכלל החקיקה היה חקיקה פרטית. תופעה זו נמצאת במגמת עלייה ואפשר להיווכח שבכנסת ה-15 יותר ממחצית החוקים היו פרי יוזמה של חקיקה פרטית. בהקשר זה ראוי לציין שמספר הצעות החוק שהוגשו כשלעצמו גם הוא בעלייה מתמדת בעשור האחרון. ראו צבי ענבר "הליכי חקיקה בכנסת" **המשפט** א' 91, 92 (1993); שחר אילן "יותר מ-4,000 הצעות חוק, רק אחת מתוך 20 התקבלה" **הארץ** Online, 29.9.2008.

אתר [www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=1025272&contrassID=2&subContrassID=2](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/ShArt.jhtml?itemNo=1025272&contrassID=2&subContrassID=2); הכנסת, לעיל הערה 8; בלאנדר וקליין, לעיל הערה 11, בעמ' 42.

24 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** 250 (2005); בג"ץ 761/86 **מיעארי נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מב(4) 868, 873 (1989); בג"ץ 10703/02 **המועצה לשיווק פרי הדר נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, 17.12.2002); בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, 40 (2004); בג"ץ 10270/07 **האגודה לזכויות החולה נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 26.12.2007); בג"ץ 7116/97 **יו"ר הסתדרות העובדים הכללית החדשה נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 23.12.1997); בג"ץ 345/88 **ויניצקי נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בפדאור, 7.6.1988).

25 רובינשטיין ומדינה, שם, בעמ' 250.

26 פרשת **ויניצקי**, לעיל הערה 24.

27 פרשת **מיעארי**, לעיל הערה 24, בעמ' 874.

28 ש.ס.

29 ש.ס.

30 ש.ס, בעמ' 873.

עקרון ההשתתפות? כן נקבע שהפגיעה המדוברת צריכה להיות קשה וניכרת.<sup>31</sup> עם זאת, עד היום לא מימש בית המשפט את סמכותו זו ומעולם לא נפסלה הצעת חוק משום שנפל פגם בהליך חקיקתה.<sup>32</sup>

חריג נוסף המאפשר ביקורת שיפוטית עקיפה על הצעות חוק נקבע בס' 75(ה) לתקנון הכנסת שהוזכר לעיל. יש לזכור שסעיף זה נוגע אך ורק להצעות חוק פרטיות. בעזרת חריג זה בית המשפט יכול להעביר תחת שטב הביקורת השיפוטית את **תוכן** החוק, על ידי בחינת שיקול דעתו של יו"ר הכנסת בהשתמשו בסמכותו על פי הסעיף או בהימנעותו מלהשתמש בה. נהוג לפרש את החריג בצמצום לבל ייפגע חופש הביטוי והחופש הפוליטי של חברי הכנסת.<sup>33</sup> עד היום נפסלו על ידי נשיאות הכנסת תשע הצעות חוק מחמת גזענות, והצעה אחת מחמת שלילת מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי.<sup>34</sup> בית המשפט טרם הכריע באשר להיקף הביקורת השיפוטית על שיקול דעתו של יו"ר הכנסת בעצם הנחת הצעת חוק מסוימת על שולחן הכנסת,<sup>35</sup> וכן עדיין לא הובהרה הגישה לעתירות הגורסות שהיו"ר לא שקל כראוי כאשר פסל הצעת חוק מסוימת.<sup>36</sup>

מכל מקום, ניתן להיווכח שהביקורת השיפוטית על הצעות חוק היא מצומצמת ביותר.<sup>37</sup> ראשית, הביקורת השיפוטית עצמה מופנית בעיקר להליך החקיקה ולא למהותה. שנית, גישתו העקבית של בית המשפט היא לנהוג באיפוק וריסון בכל הנוגע לביקורת שיפוטית על הצעות חוק וכך אכן נהג. שלישית, גם משתוקן תקנון הכנסת בשנת 1985 באופן המסמך את יו"ר הכנסת לפסול הצעות חוק על פי תוכנו,<sup>38</sup> טרם מצא בית המשפט לנכון להתערב בהחלטות אלה.

### 3. ניתוח הצעת החוק

כזכור, הסעיף הרלוונטי בהצעת חוק החרם, הוא ס' 8(ב) אשר קבע כי "מי שיזם חרם או עודד השתתפות בחרם לפי סעיף 2 בשנה שלפני פרסום החוק, חזקה ניתנת לסתירה שהוא עדיין יוזם חרם או קורא לחרם גם לאחר מועד פרסום החוק".

למעשה סעיף 8(ב) קובע חזקה ראייתית רטרופקטיבית.<sup>39</sup> תחולה רטרופקטיבית נוצרת כאשר הדין משנה את המעמד המשפטי או את התוצאות המשפטיות של פעולה שבוצעה בטרם נכנס החיקוק

<sup>31</sup> עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל הערה 24.

<sup>32</sup> מדינה ורובינשטיין, לעיל הערה 24, בעמ' 251, וראו פסקי הדין המופיעים בהערה 24 לעיל.

<sup>33</sup> סיכום דברים משיבת נשיאות הכנסת מ-4 ביולי 2011 בנושא הצעת חוק יסודות התקציב (תיקון – הכחשת הנכבה), התשע"א-2011 של חבר הכנסת אחמד טיבי: דיון לפי סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת (להלן: "שיבת נשיאות הכנסת בנושא הצעת החוק של ח"כ טיבי").

<sup>34</sup> שם.

<sup>35</sup> למעט בג"ץ 10651/04 **מרכז מוסאוא לזכויות האזרחים הערבים בישראל נ' יו"ר הכנסת** (פורסם בפדאור, 23.11.2004), שם טענו העותרים כי הצעת חוק המתירה הקצאת קרקעות להקמתם של יישובים קטנים המיועדים לבני לאום מסוים היא גזענית. עתירתם נדחתה היות שהעותרים השתהו בהגשת העתירה, מטעמים שלא פורטו, עד יום אחד לפני העלאת הצעת החוק לדין.

<sup>36</sup> בימים אלה הוגשה עתירה נגד פסילתה של הצעת החוק של ח"כ אחמד טיבי משום שהיא שוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי. עד פרסום ההארה לא ניתן פסק דין סופי בעניין, עם זאת, בהחלטה מ-20 ביוני 2012, נקבע שהדיון בבקשה לצו על תנאי ייערך לפני הרכב של שבעה שופטים. מכך יש להסיק, ככל הנראה, את חשיבות השאלה העומדת לדין. ראו בג"ץ 5478/11 **טיבי נ' יו"ר הכנסת**.

<sup>37</sup> בהקשר זה ראוי לציין שבשנים האחרונות מתפתחת פרקטיקה של יועצים משפטיים לכנסת ויושבי ראש הכנסת המביעים התנגדות למצבים שבהם הליך החקיקה בעייתי או החוק בעייתי, ועל כן דורשים את שינויו. ראו, למשל, כתבה של יהונתן ליס על היועץ המשפטי של הכנסת, יהונתן ליס, "כך הפך היועץ המשפטי לכנסת, עו"ד איל ינון, לדמות מפתח בעיצוב הדמוקרטיה בישראל", **הארץ Online** 21.5.2011 [www.haaretz.co.il/misc/1.1174661](http://www.haaretz.co.il/misc/1.1174661), וכן מאמר הדעה של יו"ר הכנסת רובי ריבלין באשר לחוק החרם, לעיל הערה 10.

<sup>38</sup> ראו תיקון לתקנון הכנסת לפי חוק יסוד: הכנסת, י"פ תשמ"ו-1985, עמ' 772.

<sup>39</sup> לעומת תחולה רטרופקטיבית, הנוצרת כאשר יש קביעה בחיקוק עצמו שהוא ייכנס לתוקף בתאריך מוקדם מהתאריך שבו התקבל. ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 24, בעמ' 314 וכן עמ"א 1613/91 **ארביב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 765 (1992).

לתוקף, ופוגע, בתוך כך, בזכויות מוקנות.<sup>40</sup> במקרה דנן החזקה הראייתית הרטרוספקטיבית גוררת השלכות כבדות על מי שקראה להטלת חרם על מדינת ישראל בטרם נכנס החוק לתוקף, ומעבירה אליה את נטל השכנוע בכך שהיא חפה מפשע, ככל שמדובר בנתיב הפלילי, או חפה מאחריות, ככל שמדובר בנתיב הנזיקי.

אמנם הסעיף נמחק לבסוף מנוסח הצעת החוק, אולם שמונת החודשים שבהם הייתה הצעת החוק מונחת על שולחן הכנסת בגרסתה המקורית, הטילו צל כבד של אי-ודאות על חוקיותן של קריאות לחרם כלפי מדינת ישראל.

מצב זה, שבו אדם נמנע מלפעול על פי זכויותיו החוקתיות בשל החשש מסנקציה או מאחריות משפטית מוכר במשפט החוקתי כמצב המושפע מ"אפקט מצנן".<sup>41</sup> הוא שכיח בעיקר במצבי אי-ודאות משפטית הגורמת לפרט להימנע מביצוע פעולה כלשהי, בין היתר בשל חששו מלקחת סיכונים. אפקט מצנן הוא כשלעצמו בעייתי, והוא בעייתי עוד יותר כאשר הוא מוסב על ידי הצעת חוק שעדיין לא אושרה בכנסת. בשמונת החודשים שבהם הייתה מונחת הצעת החוק על שולחן הכנסת, היא יצרה אפקט מצנן של ממש שסביר להניח שהשפיע על פעילים ופעילות שביקשו לעסוק בפרקטיקה שהצעת החוק דנה בה, וניצבו כעת לפני סיכון של ממש. אפקט מצנן זה היה בו כדי למנוע מאזרחים לממש את חופש הביטוי שלהם.

תבוא הטוענת ותטען שאי-חוקתיותו של הסעיף הרטרוספקטיבי שבהצעת חוק החרם גלויה לעין. לפיכך הסיכון שבקריאה לחרם לא היה גדול, שכן היה ברור שהסעיף לא יתגבש לכדי נורמה מחייבת (או לכל הפחות לא יעמוד בפני תקיפה חוקתית). אכן, לדעתנו חוקתיותו של ס' 8(ב) מוטלת בספק רב, גם לו היה נחקק.<sup>42</sup> עם זאת, אין לצפות מהאזרחית הסבירה שתהיה בקיאה בשאלות משפטיות הנוגעות לחוקתיות הצעת החוק או לעיקרון שלפיו אין ענישה למפרע. זאת ועוד, הואיל ומרבית החוקים צמחו מהצעות חוק פרטיות, נראה שגובר עוד יותר הקושי לצפות מהפרט להניח ששוליותה של ההצעה, למשל, עשויה להשפיע על סיכויי קבלתה.<sup>43</sup>

יתרה מזו, שאלת סמכותו או נכונותו של בית המשפט לפסול סעיפים בעלי תחולה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית טרם הוכרעה במפורש בפסיקה, ובית המשפט מעדיף להתמודד עם סעיפים בעלי

---

מבחינה מילולית, המונח 'רטרוספקטיבי' מקורו במילה הלטינית spectare (להסתכל), כלומר מדובר בנורמה המסתכלת אל העבר, ואילו המונח 'רטרואקטיבי' נוגע לנורמה המבצעת פעולה אקטיבית בעבר. ראו *Jeremy Waldom Retroactive Law: How Dodgy was Duynhoven* 10(4) OTAGO L. REV. 631, 632-633 (2004)

<sup>40</sup> רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 24, בעמ' 314.

<sup>41</sup> כך מוגדר אפקט מצנן (chilling effect) ב- Webster New World – Law Dictionary :

"In constitutional law, the inhibition or discouragement of the legitimate exercise of a constitutional right, especially one protected by the First Amendment to the United States Constitution, by the potential or threatened prosecution under, or application of, a law or sanction" WEBSTER NEW WORLD – LAW DICTIONARY 70 (Susan Ellis Wild ed., 2006)

להרחבה בעניין החשש להסתכן כמכונן את האפקט המצנן, ראו Frederick Schauer, *Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect* 58 B.U. L. Rev. 685, 694-705 (1978)

הבעייתיות של אפקטים מצננים עולה בדרך כלל בהקשר של חוקים המבקשים להגביל את חופש הביטוי או להטיל אחריות או עונש בגין התבטאויות. ראו דני"א 7325/95 **ידיעות אחרונות נ' קראוס**, פ"ד (נב) 1, 35 (1998). לפסיקה דומה בארה"ב ראו *Laird v. Tatum*, 408 US 1 (1972).

למעשה, כך נטען גם בהקשר של חוק החרם על ידי היועץ המשפטי של הכנסת. ראו שלמה פיטרקובסקי "יועמ"ש הכנסת: חוק החרם אינו חוקתי" ערוץ 7 11.7.2006. [www.inn.co.il/News/News.aspx/22254510.7](http://www.inn.co.il/News/News.aspx/22254510.7)

<sup>42</sup> אחד מעקרונות היסוד של המשפט הפלילי הוא עקרון החוקיות, הקובע בין השאר כי אין עונשין למפרע (ראו דני"פ 0987/07 **מדינת ישראל נ' ברק כהן** 19 (פורסם בנבו, 2.3.2009). כן ראו רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 24, בעמ' 316). זאת ועוד, עקרון חזקת החפות בא לידי ביטוי, בין השאר, בהותרת נטל השכנוע בביצוע עבירה על המדינה (ראו דן ביי "ההגנה החוקתית על חזקת החפות" עיוני משפט כב(1) 11, 1999). החזקה הרטרוספקטיבית פוגעת בעקרון חלוקת הנטלים משום שהיא מעבירה את נטל השכנוע בדבר אי-קיום העבירה לנאשם. במישור האזרחי שולט הכלל 'המוציא מחברו עליו הראיה' (ראו ע"א 8279/02 **גולן נ' עזבון המנוח ד"ר מנחם אלברט** 17 (פורסם בנבו, 14.12.2006). לכאורה ניתן אפוא לצפות כי אם תתקבל הצעת חוק הכוללת סעיף תחולה רטרוספקטיבי, יימצא סעיף זה לא חוקתי.

<sup>43</sup> לנתונים על מספר הצעות החוק הפרטיות שהופכות לחוק ראו בלאנדר וקליין, לעיל הערה 11, בעמ' 42.

תחולה למפרע בדרך של פרשנות ולא בתקיפה חוקתית ישירה.<sup>44</sup> במקרה דנן, קביעה שלפיה יש לאמץ פרשנות מקיימת תאלץ את בית המשפט לאמץ פרשנות לולינית שלפיה ברוב רובם של המקרים תיסתר החזקה מניה וביה, למרות לשונו המפורשת של ס' 8(ב). אלא שעקרון החוקיות מניח אדם סביר המעניק משמעות טבעית למילות החוק (או הצעת חוק). אותו אדם סביר ייאלץ להעריך את רמת הסיכון שבית המשפט יתיר על כנה את הוראת הסעיף, ולכלכל צעדיו בהתאם. בנסיבות אלה דומה שנדרש מקוראים ומקוראות לחרם להסתכן סיכון מוחשי. תורמים ו/או ארגונים שלא חפצו להפר את החוק, נדרשו אפוא להביא בחשבון את האפשרות שהחוק יחוקק כפי שהוא ואף יורש כלשונו, ולכן להימנע מלפעול עוד בטרם התקבל החוק, לטובח החזקה הקבועה בהצעת החוק שלפיה רואים את מי שקרא לחרם לפני קבלת החוק כמי שהמשיך לקרוא לכך גם לאחר קבלתו ולפיכך חושפים אותו לסנקציות הקבועות בחוק. הצעת החוק יצרה מקרה מבחן מעניין, ומסוכן, שבו מסמך שאינו בגדר נורמה מחייבת מרתיע את הציבור מלפעול על פי זכויותיו המוגנות.

נבקש לעמוד כעת על המשמעויות הבעייתיות של מצב זה.

### 3.1 פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות ושלטון החוק

הצעת החוק, היוצרת אפקט מצנן, מכווינה כאמור את התנהגות האזרחים כבר בשלב מוקדם בהליך החקיקה ומרתיעה אותם מלממש את זכויותיהם המוגנות. המשמעות היא שנתונה לחבר כנסת יחיד או (במקרה של הצעת חוק ממשלתית) לממשלה היכולת לפגוע בזכויות הפרט, זכות המוקנית בדרך כלל רק לכנסת כגוף מחוקק (או מכוון). במקרה דנן מדובר למעשה בהקניית הכוח להגביל את חופש הביטוי הפוליטי.

כוח זה חותר תחת העקרונות הבסיסיים שהדמוקרטיה הישראלית מושתת עליהם – עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק. כפי שציין הנשיא ברק בפרשת **רובינשטיין**:

דמוקרטיה משמעותה שלטון העם. בדמוקרטיה ייצוגית, העם בוחר את נציגיו, הפועלים בגדריו של הפרלמנט. ההכרעות המהותיות באשר למדיניותה של מדינה וצרכיה של חברה צריכות להתקבל על-ידי נציגיו הנבחרים של העם. גוף זה נבחר על-ידי העם לחוקק את חוקיו, והוא נהנה אפוא מלגיטימיות חברתית בפעולתו זו. אכן, אחד מהיבטיה של הדמוקרטיה הינו התפיסה, כי ההכרעות העקרוניות והמהותיות לחיי האזרחים צריכות להתקבל על-ידי הגוף שנבחר על-ידי העם לקבל הכרעות אלה. המדיניות של החברה צריכה להתגבש בגוף המחוקק.<sup>45</sup>

אכן, רק לכנסת, בתפקידה כרשות מחוקקת, נתונה הסמכות ליצור נורמות המסדירות התנהגות רצויה ושאינה רצויה.

פרשת **רובינשטיין** עסקה בשאלת ההסדרים הראשוניים והגוף המוסמך לקבעם. נראה שהעקרונות והטעמים שהתוו את הדיון שהתנהל שם יכולים לשמש גם בדיונו.

<sup>44</sup> בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (פורסם בנבו, 22.11.2004).  
<sup>45</sup> בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481 (1998).

בית המשפט העליון הטעים פעמים רבות שיצירת הסדר ראשוני נתונה לסמכות הכנסת בלבד.<sup>46</sup> סמכות זו נגזרת גם מתקנון הכנסת השואב את תוקפו בין השאר מחוק-יסוד: הכנסת.<sup>47</sup> כמו כן, נקבע בפסיקה שפגיעה בזכויות אדם היא עניין שראוי להיות מוסדר בהסדר ראשוני.<sup>48</sup> יוזכר שהדיון שהתנהל בכל הנוגע לשאלת ההסדרים הראשוניים, נגע לחלוקת הסמכויות בין הממשלה לכנסת. אם לממשלה אסור לקבוע נורמות המכתיבות מדיניות, קל וחומר שחבר כנסת יחיד, המייצג אפילו פחות ממנה את רצון העם, אינו ראוי לעשות כן.<sup>49</sup> במסלול עוקף שבו חבר כנסת או שר יכולים לקבוע נורמה המשפיעה דה-פקטו על האזרחים בדומה להסדר ראשוני נוצרת מעין 'פְּרָצָה' בשיטה הדמוקרטית, פרצה שדרכה ניתן לערער על העקרונות הבסיסיים המכוננים את השיטה – עקרון הפרדת הרשויות ועקרון שלטון החוק.

### 3.2 פגיעה בזכויות מסדר שני

הצעת החוק פוגעת במישרין בזכות שהיא מבקשת לשלול,<sup>50</sup> אולם תחולתה הרטרופקטיבית כשלעצמה פוגעת גם היא פגיעה קשה בכמה זכויות של הפרט.

ראשית, נפגעת זכותו של האזרח לוודאות משפטית. האזרח אינו יכול לחשב סיכויים וסיכונים בכל הנוגע למימוש זכויותיו המוגנות, אם הוא פועל במצב של אי-ודאות משפטית. בצדק ציין פרופ' אהרן ברק ששיטת משפט שבה אין לאדם יכולת לדעת בוודאות מה המצב המשפטי החל עליו, מה המותר והאסור, אינה מאפשרת את שימורן של אמות מידה הכרחיות לקיומם של חיי משפט בחברה. במצב שבו הפרט אינו יכול לצפות מראש את קביעת המשפט, המשפט מאבד את בסיסו הנורמטיבי.<sup>51</sup> ודוק, רשימה זו מתמקדת באותם מקרים שבהם אי-הוודאות מצרה את צעדיו של הפרט באופן המונע ממנו לממש זכויות הנתונות לו. רטרופקטיביות מיטיבה, למשל, אינה פוגעת בוודאות המשפטית המוגנת. הוודאות המשפטית המוגנת כרוכה הדוקות בשאלת האסור והמותר, כיוון שתכליתה העיקרית היא לאפשר לפרט להתנהל באופן חופשי בחברה, על פי הזכויות הנתונות לו באותה חברה. במשך שמונת החודשים שבהם גורלו של הסעיף הרטרופקטיבי בהצעת החוק לא היה ברור, זכותו זו של האזרח לוודאות נשללה ממנו.

במאמר מקיף העוסק בחקיקה הנושאת אופי רטרואקטיבי,<sup>52</sup> זין לייטו מציין בין השאר את הקשיים שחקיקה כזאת מעוררת עוד בשלב החקיקה – בטרם נחקק החוק, וכך נכתב בהקשר זה:

46 בפרשת **חורב** קבע בית המשפט: "כך הראוי הוא [...] כי המחוקק הראשי יקבע את ההסדרים הראשיים, וישאר למחוקק המשנה אך את הקביעה של ההסדרים המשניים. כך ראוי לנהוג בדמוקרטיה חוקתית". ראו בג"ץ 5016/96 **חורב נ' שר התחבורה**, פ"ד נא(4) 1, 75 (1997).

47 "תקנון הכנסת הוא, מבחינת נוסחו, יציר כפיה של מליאת הכנסת, ומהותו המשפטית עולה מהוראותיו של חוק-יסוד: הכנסת. סעיף 19 לחוק-יסוד: הכנסת קובע, כי הכנסת תקבע את סדרי עבודתה, ובמידה שסדרי העבודה לא נקבעו בחוק, תקבעם הכנסת בתקנון. עוד נאמר שם, כי כל עוד לא נקבעו סדרי העבודה בחוק או בתקנון, תנהג הכנסת לפי הנהוג והנהול המקובלים בה. שלושת המקורות המשפטיים החלופיים, מהם עולים ההסדרים בדבר סדרי העבודה, הם איפוא החוק, התקנון והנהוג והנהול". ראו בג"ץ 669/85 **כהנא נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד מ(4) 393, 398 (1986).

48 "ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כך אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה הראשית הקובע, ולו רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או את היקף הפגיעה בחירות". עניין **רובינשטיין**, לעיל הערה 45.

49 לא זו אף זו, בפסק הדין בעניין **כהנא** נטען, כזכור, שמעמדו של חבר הכנסת היחיד אינו מקנה לו אפילו זכות להניח הצעות חוק על שולחן הכנסת, כל שכן לכלול בהן הוראות שיש בהן כדי לפגוע בפגיעה עכשווית בזכויות אדם. ראו עניין **כהנא**, לעיל הערה 47.

50 ונבחר, הפגיעה של הצעת חוק החרם בחופש הביטוי אינה עומדת לדיון בהארה זו. הוגשה עתירה בעניין חוקתיותו של חוק החרם, והיא טרם הוכרעה. הבעייתיות שבה מדובר בהארה זו נובעת מכך שהפגיעה בחופש הביטוי מוסבת על ידי גוף שאין לו סמכותו לשלול חירות כזאת, כגון חבר הכנסת היחיד או הממשלה, כאמור.

51 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ב 471 (1992).

52 אמנם הצעת חוק החרם קובעת תחולה רטרופקטיבית ולא רטרואקטיבית, אולם חוסר הוודאות והאפקט המצנן שנוצר בעקבות חוסר ודאות זו משותף לשני המקרים.



When individuals are unable to evade a retroactive decision in the pre-enactment period, there are [...] consequences. The first consequence involves *uncertainty*. Decision making in the pre-enactment period becomes problematic because those making decisions are without knowledge concerning one critical variable—the probability that existing law will continue in the future. As a result of this uncertainty, decision making during the pre-enactment period may be chilled [...] They may be deterred by the possibility of a change in the law<sup>53</sup>

אכן, בכל מקרה בו נדונה האפשרות לשנות את המצב המשפטי באמצעות חקיקה, נגרמת לאזרח מידה זו או אחרת של אי ודאות – ואולם אי-ודאות זו נוגעת רק לעומד לבוא. במקרה דן אי הוודאות נוגעת לפעולות שהאזרח מבקש לבצע בהווה, ומכאן נזקה הניכר. פגיעה נוספת, ואולי חמורה יותר, שאופייה הרטרוספקטיבי של הצעת החוק עלול להסב, היא בזכות הגישה לערכאות.

הנזקים שצוינו עד כה היו אינהרנטיים להצעת החוק, ואילו הפגיעה בזכות הגישה לערכאות אינה נוצרת מאליה עם הגשת הצעת החוק. עם זאת, בכל הנוגע להצעות חוק, כגון הצעת חוק החרם, המבקשות לפגוע, רטרוספקטיבית, בזכויות חוקתיות, היעדרה של ביקורת שיפוטית על הצעות חוק מסוג זה יפגע בהכרח בזכות הגישה לערכאות.

זכות הגישה לערכאות כבר הוכרה כזכות חוקתית. השופט זמיר ציין שגישה חופשית לבית המשפט מהווה זכות יסוד כשלעצמה, ועל בית המשפט להגן עליה.<sup>54</sup> השופט חשין אף הרחיק לכת וטען כי:

זכות הגישה לבית המשפט אין היא זכות יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות יסוד. שייכת היא למסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות היסוד. זכות הגישה לבית המשפט הינה צינור החיים של בית המשפט.<sup>55</sup>

כאשר מוגשת הצעת חוק בעל תחולה רטרוספקטיבית, הפוגעת בזכות מוגנת בשל האפקט המצנן שהוזכר לעיל, נשללת מהאזרח היכולת לפעול על פי זכות חוקתית המוקנית לו ואין לרשותו מנגנון משפטי שבעזרתו יוכל להעמיד למבחן את מידתיות הפגיעה. כאשר נורמה שוללת זכויות מאזרח בלי שיוכל לתקוף אותה בבית משפט, זכות הגישה לערכאות נפגעת. כפי שנטען בהמשך, על בית המשפט להבטיח את זכות הגישה לערכאות, ועל כן עליו לפתח כלים להגנת זכות זו.

Jan G. Laitos, *Legislative Retroactivity*, 52 J. OF URABN AND CONT. LAW 81, 104 (1997) <sup>53</sup>

ע"א 3833/93 לוי' נ' לוי, פ"ד מח(2) 874, 862 (1994). <sup>54</sup>

ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' כליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 629, 577 (1997). לתיאור של פסק הדין בעניין ארפל אלומיניום ומעמדה של זכות הגישה לערכאות במשפט הישראלי ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות – מזכות רגילה לזכות חוקתית (בעקבות ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' כליל תעשיות בע"מ) המשפט ה 217 (התשס"א). <sup>55</sup>

### 3.3 פגיעה בהליך החקיקה

מלבד הבעיה שבעצם הפקדת הסמכות לקבוע הסדר ראשוני בידי חבר כנסת, שר יחיד, הממשלה או ועדת שרים, עולה גם הבעיה של השפעת הצעה בת פועל תחיקתי, עקב סעיף הרטרואקטיביות, עוד בטרם נכנסו לפעולה מנגנוני ההשגחה המאפשרים שיג ושיח בעניין החוק ונוסחו.

כבר נקבע בעבר שהליך החקיקה לשלבי ערב לתוצר חקיקה איכותי ודמוקרטי. בפרשת **ארגון מגדלי העופות** צוין שמנגנון חקיקה חפוז אינו מאפשר דיון מעמיק וממצה בחוק, ופוגע ביכולתם של מקבלי ההחלטות לגבש עמדה מבוססת בנושאים שהצעת החוק עוסקת בהם.<sup>56</sup> גם בפרשת **בלום** צוין שפרקי הזמן הקבועים בתקנון הכנסת נועדו בחלקם לאפשר שהות מספקת לחברי הכנסת לגבש את עמדתם ביישוב דעת בשאלה שעל הפרק.<sup>57</sup>

השהות הניתנת לחברי הכנסת ולממשלה לגבש את דעתם על פועלה המעשי של הנורמה המשפטית הנדונה מאפשרת גם לציבור לגבש עמדה כלפי ההסדר המוצע. הליך פיקוח ובקרה ודיון ציבורי מבטיחים שתוצר החקיקה אכן ישקף "הסכמה מדעת" של הכפופים לנורמה המוצעת.<sup>58</sup>  
ראו לעניין זה את דבריו של אורן גזל:

מה הפסול בפגיעה מידתית וראויה בזכות-יסוד, הנעשית בלי שהמחוקק נתן על כך את דעתו? התשובה לכך נעוצה בהנחה שהמחוקק יגן טוב יותר על זכויות-היסוד [...] הליך חקיקת חוק הוא הליך ארוך ורב-שלבי. בארץ נידון כל חוק במליאת הכנסת לפחות פעמיים, נוסף על התדיינות בוועדות והדיונים הבלתי-רשמיים הקודמים להגשת הצעת החוק [...] הליך כזה מגדיל את הביטחון כי השיקולים השונים, ובכללם ההגנה על זכויות-האדם, יובאו בחשבון במהלכו. הפתיחות לציבור מבטיחה פיקוח ציבורי טוב יותר על קבלת ההחלטות. זאת ועוד: הסרבול הפרוצדורלי של הליך החקיקה מבטיח, כי לא לעתים קרובות תתקבל החלטה המאפשרת פגיעה בזכויות-היסוד, לפיכך, זכויות-האדם יזם להגנה טובה יותר אם פגיעה בהן תתאפשר רק לאחר שהמחוקק נתן על כך את דעתו.<sup>59</sup>

ואולם בפרק הזמן הקצר שבין גיבוש הצעת החוק ובין הנחתה על שולחן הכנסת אין, מן הסתם, אפשרות לכל הגורמים הרלוונטיים לחוות דעתם על הנורמה המתגבשת ולפעול כדי למנוע את קידומה או לשנות את תוכנה באופן שיבטיח, כאמור, הגנה על זכויות אדם.

### 3.4 פגיעה באמון הציבור

כאשר חבר כנסת יחיד, שר, הממשלה או ועדת שרים יכולים לפגוע בזכויותיהם המוגנות של הפרטים בחברה, בלא מנגנון שיגביל אותם בשום צורה, בלא שלאזרחים ברור המצב המשפטי החל עליהם, ובלא שתינתן להם גישה לערכאות בעניין הפגיעה בחירותם, נפגע לדעתנו אמון הציבור במנהל הציבורי. כבר טען בעבר בית המשפט שהחלה למפרע, כמו גם החלה מיידית במקרים מסוימים, הפוגעת בזכותו של האזרח

<sup>56</sup> עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל הערה 24, בעמ' 34.

<sup>57</sup> בג"ץ 410/91 **בלום נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד מו(2) 201, 207 (1992).

<sup>58</sup> עניין **ארגון מגדלי העופות**, לעיל הערה 24, בעמ' 35.

<sup>59</sup> אורן גזל "פגיעה בזכויות יסוד 'בחוק' או 'לפי חוק' " **משפט וממשל** ד 381, 382-383 (התשנ"ח).

ליהי יונה ורעות כהן "בזמן שהחרמת: על הצעות חוק רטרואקטיביות וביקורת שיפוטית, בעקבות הצעת חוק החרם" **הארץ** דין (2) (התשע"ג) 110

לוודאות בעניין המצב המשפטי הקיים עשויה להראות כוחנית ושרירותית, ויש בה כדי לפגוע באמון הציבור.<sup>60</sup>

אשר לחשיבותו של אמון הציבור ברשויות, נפסק בעבר שאמון זה הוא המשענת של רשויות הציבור, וכי הוא שמאפשר להן למלא את תפקידן.<sup>61</sup>

במקרה דן אמון הציבור נפגע לא רק כלפי הכנסת, שאפשרה מבחינה מוסדית את היווצרותה של הפגיעה בלי להגבילה. גם אמון הציבור בבתי המשפט נפגע משום שאינם מושיטים סעד במקרים אלה.

\* \* \*

מהדיון לעיל עולה שהצעת החוק בעלת הרכיב הרטרואקטיבי מסבה שורה ארוכה למדי של נזקים כבר בהנחתה על שולחן הכנסת, נזקים שבמצב המשפטי הנוכחי אין כל דרך להתמודד עמם.

על נזקים אלה, המוסבים בפרק הזמן שבין ההכרזה על היתכנותה של נורמה רטרואקטיבית ובין אישורה עמד גם בית המשפט הפדרלי לערעורים בארה"ב, וקבע שהשפעתם הרעה עולה, ככלל, על היתרון שבהחלה למפרע של הנורמה.<sup>62</sup>

בחלקה השני של הארה זו נציע דרך להתמודד עם הבעיה שהוצגה ונבקש להצדיקה. נציע לעדכן את יישום הדוקטרינה של התערבות בהליך החקיקה, באופן שתאפשר ביקורת שיפוטית על הצעות חוק מסוג זה ולהקים מנגנון בקרה פנימי בתוך הכנסת שיבקר הצעות אלה.

#### 4. האפשרות לביקורת שיפוטית על הצעות חוק בעלות תחולה רטרואקטיבית

עד עתה ביקשנו לנתח את הצעת החוק ולעמוד על השפעותיה הבעייתיות הן על זכויות הפרט והן על מבנה השלטון הדמוקרטי.

בחלק זה נבקש לבחון את הטעמים לביקורת שיפוטית, דהיינו את התכלית להסמכת בית המשפט לבחון את פעולות הכנסת וחקיקתה.<sup>63</sup> לצורך כך נבקש להשתמש באסכולות המצדדות בביקורת שיפוטית מצומצמת כדי לענות על טענה היכולה להיטען כלפינו, שלפיה פתיחת פתח לביקורת שיפוטית על תוכן סעיף בהצעת חוק היא הרחבה ניכרת של סמכויות בג"ץ.<sup>64</sup> נבקש להראות שתכלית הביקורת השיפוטית מעידה על כך שביקורת שיפוטית על הצעות חוק בעלות סעיף תחולה רטרואקטיבית היא ביקורת ראויה. בהמשך נבקש לעמוד על הלכת מיעארי, המאפשרת כעיקרון ביקורת שיפוטית על הליך החקיקה של הכנסת. נבקש לבחון מבחינה תכליתית את הטעמים להתרת ביקורת שיפוטית כזאת על פי הלכת

<sup>60</sup> בג"ץ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד (2) 582, 593 (1996).

<sup>61</sup> בג"ץ 6163/92 אייזנברג נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד (2) 229 (1993).

<sup>62</sup> "The ill effect of the retroactive application of a new standard" so far outweighs any demonstrated need for immediate application to past conduct" *National Labor Relations Board v. Majestic Weaving Co., Inc.*, 355 F.2d 854 (2d Cir. 1966)

<sup>63</sup> ראו *National Labor Relations Board v. Majestic Weaving Co. Inc.*, 355 F.2d. 854, paragraph 13 (1966) בהארה זו אין אנו דנות בשאלה אם לבג"ץ אכן יש סמכות להחיל ביקורת שיפוטית על חקיקה ראשית או אם בג"ץ הוא המוסד שצריך לקבל סמכות זו. אנו יוצאות מנקודת הנחה שיש ביקורת שיפוטית והיא נתונה לבית המשפט. הנחה זו מבוססת על שיטת המשפט הישראלית כיום. כתיבה אקדמית רבה עסקה בשאלה זו. לטיעונים למיניהם ראו, למשל, אלון הראל "הזכות לביקורת שיפוטית" **משפטים** מ' 239 (התשע"א); ברק מדינה "ארבעה מיתוסים על ביקורת שיפוטית (בתגובה על מאמרי הביקורת של רוברט בורק וריצ'רד פוזנר על האקטיביזם השיפוטי של אהרן ברק" **דין ודברים** ג' 399 (התשס"ח); אנדי מרמור "ביקורת שיפוטית בישראל" **משפט וממשל** ד' 133 (התשנ"ז); יצחק זמיר "הביקורת השיפוטית על חוקיות חוקים" **משפט וממשל** א' 395 (התשנ"ג).

<sup>64</sup> לאור המצב המשפטי הקיים באשר לביקורת שיפוטית על הצעת חוק, כפי שתואר בסעיף 2 לעיל, כלומר ביקורת שיפוטית אשר רק בוחנת אם נפל פגם בהליך החקיקה או, כשמדובר בהצעת חוק פרטית, אם ההצעה נופלת בגדר סי' 75(ה) לתקנון הכנסת.

**מיעארי**, ולהראות שגם על פי פרשנות תכליתית להלכה זו ניתן להצדיק ביקורת שיפוטית על הצעת החוק  
דנן.

#### 4.1 הטעמים לביקורת שיפוטית על הצעת החוק ותחולתם במקרה הנדון

נבחן תחילה את המקרה הנדון לאור גישות המצדדות בביקורת שיפוטית מצומצמת על חקיקה ראשית.  
בשיח הישראלי, התזה של פרופ' רות גביון לביקורת שיפוטית, כפי שהציגה אותה בספר "אקטיביזם  
שיפוטי: בעד ונגד", מגלמת עמדה הדוגלת בצמצום היקף הביקורת השיפוטית.<sup>65</sup>

פרופ' גביון גורסת שהתפקיד העיקרי של בג"ץ הוא "הגנה על האזרח בריבו עם הרשות, תוך כדי  
בחינה אם הרשות סתה מהדין, ואגב כך פיתוח והנהרה של נורמות של המשפט הציבורי".<sup>66</sup> היא טוענת  
שלאורך השנים הרחיב בג"ץ את סמכויותיו והעביר את כובד המשקל מתפקידו העיקרי לתפקידו המשני,  
וכי מהלך זה נעשה בחוסר סמכות.<sup>67</sup>

גביון מחדדת ומוסיפה שבג"ץ צריך להכריע רק בסכסוך ובעניין הקונקרטי, ואין הוא מוסמך  
להידרש לסוגיה העקרונית והכוללת (במיוחד אם מדובר בסוגיות ציבוריות מרכזיות).<sup>68</sup> אם אגב בחינת  
העניין הקונקרטי בית המשפט קובע נורמות בדרך של חקיקה שיפוטית, העניין נתון בגבולות סמכותו.  
כשהמצב הפוך, כלומר כאשר העניין העיקרי הוא פיתוח נורמות משפטיות, אזי מדובר באקטיביזם  
שיפוטי.<sup>69</sup>

נקודת המוצא של העמדה הדוגלת בביקורת שיפוטית מצומצמת היא שתפקידו של בג"ץ הוא לדון  
ולהכריע בעתירות נגד הרשות המבוססות על הטענה שהרשות השתמשה באופן לא לגיטימי בכוחה כדי  
לפגוע בזכות יסוד של העותר. זהו תפקידו של בג"ץ בייחוד כאשר מדובר בעותר המשתיך לאוכלוסיית  
מיעוט, ובעיקר כאשר מדובר בנושא המאיים על אוכלוסיית הרוב ועלול לגרום לה לחוש כי בידה הצדקה  
חזקה יותר לפגוע במיעוט.<sup>70</sup> במקרים אלה, אם בג"ץ אינו מבצע את תפקידו, הוא חותר תחת שלטון החוק  
וחוטא לתפקידו. פרופ' גביון מבחינה בין סוגיות הנוגעות במישרין לזכויות יסוד של הפרט לבין סוגיות של  
מנהל תקין, כגון סוגיות של מינויים לא כשרים.<sup>71</sup>

ניתן אפוא לומר שהמקרה הנדון בהארה זו ראוי להיות נתון לביקורת שיפוטית גם לפי המודל  
המצומצם. כפי שהוסבר לעיל, סעיף הצעת חוק החרם ביקש ליצור חזקה ראייתית רטרופקטיבית, שלפיה  
מי שקרא לחרם בשנה שלפני חקיקת החוק, עדיין קורא לחרם גם לאחר פרסום החוק. בפרק הזמן שבו  
הסעיף "חיי" בתוך הצעת החוק הוא למעשה משפיע על התנהגותם של אזרחים. לפיכך נוצר "סכסוך"

65 רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן **אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית** (2000), בייחוד  
בעמ' 92-93. פרופ' גביון מבהירה שהיא מצדדת בביקורת שיפוטית, אך רק בהיקף מצומצם.

66 שם, בעמ' 70.

67 שם.

68 שם, בעמ' 76-77. לדוגמה היא מביאה את חוק הסדרים במגזר החקלאי המשפחתי, התשנ"ב-1992 (להלן: "חוק גל") שם  
נקבע כי בית המשפט מוסמך לפסול חקיקה ראשית, אבל בחר שלא לעשות כן במקרה שנדון לפניו.

69 שם.

70 שם, בעמ' 80-82; גם המלומד איליי (John Hart Ely) עמד על כך כאשר הצדיק את הביקורת השיפוטית של בית המשפט  
בכך שהשופטים מנותקים מלחצים פוליטיים ורחשי הציבור ולכן יכולים להגן על המיעוט מפני פגיעות בלתי לגיטימיות.  
ראו איל בנבשתי "ביקורת שיפוטית וכשלי הדמוקרטיה: על פערי המידע והדרכים השיפוטיות לצמצום" **עיוני משפט**  
לב(2) 277, ה"ש 1 (2010). גם גזל-איל ורייכמן, בבוחנם את הטעמים להצדקת הביקורת השיפוטית, מציינים את הצורך  
למנוע פגיעה בזכויות המיעוט העלולה להיגרם בעיתות חירום. ראו אורן גזל-איל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים  
כזכויות חוקתיות?" **משפטים** מא 97, 134-135 (1997).

71 גביון, קרמניצר ודותן, לעיל הערה 65, בעמ' 80-82. וראו בג"ץ 780/83 **ישיבת תומכי תמימים מרכזית נ' מדינת ישראל**,  
פ"ד לח(2) 273 (1984), שם ביקשו העותרים מבית המשפט להורות לממשלה למשוך הצעת חוק המנוגדת, לדעתם, לחלוטין  
לכל מנהל תקין. בית המשפט דחה את בקשתם.

עוד על הטעמים לביקורת שיפוטית, הנוגעים לצורך למנוע הטיה מוסדית נגד זכויות הפרט, להבטיח ייצוג למיעוטים  
כרוניים וכן למנוע פגיעה בזכויות אדם שעלולה להיגרם בעיתות חירום כפי שצוין לעיל, ראו גזל-איל ורייכמן, ה"ש 70,  
בעמ' 129-135.

קונקרטי וחי, ולו היה מבקש אחד הפרטים המושפעים מהצעת החוק לעתור נגד הסעיף,<sup>72</sup> היה בית המשפט מתקשה לדחות את העתירה בטענה של היעדר סכסוך עקב פגיעה מיידית בזכות מוגנת.

אכן, סוגיית הקריאה לחרם שנויה במחלוקת בחברה הישראלית, אך לו הייתה מוגשת עתירה בעניין הצעת חוק החרם, בג"ץ לא היה צריך לבחון את חוקתיותה של הקריאה לחרם גופה. אי-החוקתיות במקרה הקונקרטי מתבטאת בכך שהצעת החוק אוסרת התנהגות מותרת בטרם הפכה לחוק מחייב. טענות דומות היינו מעלות גם לו הצעת החוק הייתה מיועדת לאסור שתיית קפה בבקרים וקובעת חזקה ראייתית שלפיה מי ששתה קפה בבקרים במשך השנה שקדמה לחקיקת החוק, עדיין ממשיך לשתות קפה בבקרים גם לאחר חקיקתו. הבחינה נוגעת אך לשאלה אם נוצרה 'פרצה' שאפשרה להצעת החוק לפגוע בזכויות מוגנות.

אם כן, בית המשפט יצטרך להידרש לתוכנה של הצעת החוק, רק בהקשר השאלה אם יש בהסדר הרטרוספקטיבי כדי לפגוע בזכויות.<sup>73</sup> דומה ששאלה זו בדרך כלל נמצאת בשולי המחלוקת הציבורית בסוגיות טעונות. ניתן להניח שגם המצדדים בחוק החרם יסכימו שיש בו כדי לפגוע בחופש הביטוי של הפרט, אלא שישברו כי מדובר בפגיעה מידתית ולתכלית ראויה. כאמור, בבואו לדון בעתירה על אודות הצעת החוק, לא יצטרך בית המשפט להכריע בכך, אלא רק בשאלה הראשונית של עצם הפגיעה בזכות **בטרם הפכה הצעת החוק לחוק**. לפיכך מצטמצם במידה ניכרת החשש מפני פוליטיזציה של ההליך השיפוטי.

טעם נוסף התומך בביקורת שיפוטית במקרה הנדון הוא מתן 'זכות שימוע' לאזרח מקום בו נפגעות זכויותיו. פרופ' אלון הראל גורס שתפקידה של ביקורת שיפוטית הוא לתת מקום להעלאת טענות על פגיעה בזכויות, מקום שבו ייבחנו הטענות ותישקל מחדש ההחלטה שהביאה לפגיעה בהן.<sup>74</sup> לדעתו, אין טעם משכנע לכך שבית המשפט, כמוסד, יהיה עדיף ממוסדות מקצועיים אחרים בבחינה ובהערכה של הטענות או בהגנה על ערכים חוקתיים. עם זאת הוא טוען שההליך השיפוטי הוא אכן הדרך הטובה ביותר להבטיח את זכות השימוע של הפרט.<sup>75</sup> ברור אפוא שהותרת המצב הנוכחי על כנו, שבו זכויות אזרח, מסדר ראשון ומסדר שני, נפגעות בלי שיוכל האזרח הנפגע לשטוח טענותיו בג"ץ, אינה רצויה.

#### **4.2 ביקורת שיפוטית על הצעות חוק בעלות תחולה רטרוספקטיבית לפי הדין הקיים**

כדי לחזק את ההצדקה לביקורת שיפוטית על סעיפים בהצעת חוק, נבקש להראות שגם הדין הקיים, כפי שנקבע בפרשת **מיעארי**, ניתן לפירוש באופן התומך בפתרון המוצע.

לדעתנו, חריגי פרשת **מיעארי** מתקיימים במקרה דנן. כזכור, בהלכת **מיעארי** נקבעו שני חריגים המאפשרים התערבות בהליך החקיקה: כאשר מתקיימת פגיעה ניכרת בערכים מהותיים של המשטר החוקתי, וכאשר הנזק לא יהיה ניתן לתיקון מאוחר יותר.

בהתאם לדיון לעיל, עולה כי הצעת החוק בגרסתה המקורית פוגעת פגיעה מהותית בערכים של המשטר החוקתי, ובייחוד בערך הפרדת הרשויות ובערך שלטון החוק.

יתרה מזו, ברור שהנזק לא יהיה ניתן לתיקון בשלב מאוחר יותר, שכן הנזק מתחיל כבר כשהצעת החוק מוגשת. גם אם יוסר הסעיף באחד משלבי החקיקה, לא יהיה בכך כדי לתקן את הנזק שכבר הוסב.

<sup>72</sup> כוונתנו גם לעותר ציבורי, עקב תנאי זכות העמידה. לפירוט ראו בג"ץ 910/86 **רסלר ואחי' נ' שר הביטחון**, פ"ד מב(2) 441 (1988).

<sup>73</sup> כלומר הדרישה מבית המשפט היא לבחון רק את השלב הראשון של הבחינה החוקתית – שלב הפגיעה בזכות.

<sup>74</sup> הראל, לעיל הערה 63, בעמ' 262.

<sup>75</sup> שם.

זאת ועוד, אנו טוענות שהצידוק לריסון עצמי אינו מתקיים במקרה הנוכחי. אין מדובר בעתירה ערטילאית או בעתירה מוקדמת באשר לסעיפי חוק עתידיים, אלא בסכסוך קונקרטי של אזרח ורשות וטענה קונקרטית עכשווית של פגיעה בזכות מצד הרשות באמצעות הצעת החוק.

בהקשר זה חשוב לציין את שמקבע לא מכבר בבג"ץ **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (להלן: "פרשת חוק הנכבה").<sup>76</sup> מדובר בעתירה שהוגשה נגד תיקון לחוק התקציב שאפשר לשר האוצר להפחית מתקציבם של גופים מתוקצבים, אם נמצא שגופים אלה הוציאו הוצאה בין השאר לשם "שליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או ציון יום העצמאות או יום הקמת המדינה כיום אבל".<sup>77</sup> בית המשפט העליון דחה את העתירה על הסף בטענה שהיא "בלתי בשלה", משום ששר האוצר טרם השתמש בסמכות הנתונה לו על פי התיקון, ולפיכך טרם הוסבה פגיעה עקב התיקון לחוק.

שאלת תיאורטיות הפנייה לבג"ץ בעניין הצעת חוק החרם היא אכן שאלה ראויה לדיון, ואין אנו בטוחות שפסק הדין בפרשת חוק הנכבה אכן עולה בקנה אחד עם הטעמים שבבסיס הדוקטרינה החוקתית הישראלית בסוגיה. עמד על כך פרופ' אייל גרוס במקום אחר.<sup>78</sup> אולם דומה שפרשת חוק הנכבה שונה מהמקרה דן משום שבפרשה ההיא דובר בתיקון לחוק, ונקודת המוצא הייתה אפוא שהכנסת נתנה דעתה על האפקט המצנן הטמון בו, ואילו במקרה של הצעת חוק בעלת תחולה רטרוספקטיבית, מרכיב יסודי זה חסר, ולפיכך מנגנון ביקורת הופך להכרחי.

מלבד האמור לעיל בעניין החלת חריגי **מיעארי** על המקרה דן, דומה שחשוב במיוחד לציין שפסק הדין בפרשת **מיעארי** ניתן לפני המהפכה החוקתית. לפיכך כל שנאמר על הפרשנות הרגילה לעמדת בית המשפט בפרשת **מיעארי**, קל וחומר שהוא נכון לאחר חקיקתם של חוקי היסוד. כזכור, בית המשפט הביע את עמדתו שלאחר המהפכה החוקתית יש לפרש הלכות ישנות גם כן ברוח חוקי היסוד, כדי להביא להרמוניה פרשנית בשדה המשפט בישראל.<sup>79</sup>

לפיכך ככל שניתן לפרש את הלכת **מיעארי** באופן שיאפשר זכות גישה לערכאות וביקורת על הפגיעה בזכויות מסדר ראשון שהצעת החוק מסבה,<sup>80</sup> למול פרשנות המגבילה זכויות אלו, יש לבחור בפרשנות הראשונה.

#### 4.3 היקש מעמדת בית המשפט בעניין חובת הפרסום של תקנות בנות פועל תחיקתי

העמדה של בית המשפט בכל הנוגע לביקורת על נורמות המכווינות התנהגות ומשפיעות על חירויות האזרח, כגון הצעת חוק החרם, ניתנת להסקה מהדיון בתקנות בנות פועל תחיקתי. ס' 17 לפקודת הפרשנות קובע, בלשון לקונית למדי, ש"תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן".<sup>81</sup> מטרתו העיקרית של ס' 17 היא לאסור חקיקה למפרע,<sup>82</sup> אולם בשל הנוסח הלשוני של פקודת

<sup>76</sup> בג"ץ 3429/11 **בוגרי התיכון הערבי האורתודוקסי בחיפה נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 5.1.2012).

<sup>77</sup> חוק יסודות התקציב (תיקון מס' 40), התשע"א-2011.

<sup>78</sup> פרופ' גרוס מציין בהקשר זה כי: "קביעת בג"ץ כי יש להמתין ולראות אם וכיצד יישם משרד האוצר את החוק, עלולה ליצור אפקט מצנן על בית הספר וגורמים מסוג זה – שיפעילו צנזורה עצמית בשל חשש מקיצוץ בתקציבם. אמנם, אם ייעשה קיצוץ כזה, יוכלו העותרים לשוב ולעתור, אך בינתיים הם ואחרים עלולים לצנוז את עצמם בשל חשש מקיצוץ שכזה בצורה הפוגעת בחופש הביטוי". עוד הוא מציין, באופן רלוונטי יותר לדיונונו כי: "לעתים די אפילו בהצעות החוק כדי ליצור אפקט מצנן: כאשר מאיימים על עמותות בחוקים שיפגעו באפשרות שלהן לגייס תרומות, הרי שאותן עמותות עלולות לצנוז את עצמן בשל חשש מחוק שכזה". ראו אייל גרוס "החליטו לא להחליט" **הארץ** 6.1.2012 [www.haaretz.co.il/news/politics/1.1610497](http://www.haaretz.co.il/news/politics/1.1610497)

<sup>79</sup> בש"פ 537/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(3) 355, 396 (1995), וכן בדיון הנוסף, דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995).

<sup>80</sup> זכות שהוכרה כזכור כזכות יסוד. ראו דיון לעיל, פרק 3.2 להארה זו.

<sup>81</sup> ס' 17 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], התשי"ד-1954.

<sup>82</sup> רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 24, בעמ' 311.

הפרשנות, עלו שאלות באשר לאופייה של תקנה בת פועל תחיקתי. אחת השאלות שעמדו על הפרק בפרשנותו של ס' 17 הייתה מתי נורמה נושאת 'מאפייני חוק' ועל כן חל עליה איסור החקיקה למפרע. דיון שיטתי בסוגיה בבית המשפט התקיים לראשונה בשנת 1957 בבג"ץ אלכסנדרוביץ'.<sup>83</sup> שם קבע השופט זוסמן שתקנה נושאת מאפיינים של חוק אם היא עומדת בשני תנאים. התנאי הראשון הוא, שעליה להכיל תוכן נורמטיבי כלשהו שיביא לשינוי המציאות המשפטית במדינה.<sup>84</sup> בהקשר זה הפנה בית המשפט להלכה מוקדמת, שם נקבע שתקנה בת פועל תחיקתי מטילה איסור או חובה כלשהי על האזרחים שלא היו קיימים קודם לכן.<sup>85</sup> התנאי השני הוא שעליה להיות כללית ומופנית לכלל אזרחי במדינה, או לקבוצה בלתי מסוימת בה.

בחינה של הצעת חוק החרם מעלה שהיא עומדת בשני התנאים הללו – היא מביאה לשינוי כלשהו במציאות המשפטית ובמשמעות הנורמטיבית של הקריאה לחרם, והיא מופנית לכלל האזרחים והאזרחיות במדינה ולא לציבור מסוים.

ולשם הבהרת הדברים – איננו טוענות שהצעת החוק מהווה תקנה בת פועל תחיקתי במובן הטכני של ביטוי זה. ברי שאין לפנינו "תקנה" בטרם חוקק החוק. כל שאנו טוענות הוא שאותם מאפיינים שיש בהם כדי לשוות לתקנה אופי של חוק ולחייב אותה לעמוד בדרישות מסוימות, כגון חובת הפרסום, מתקיימים גם בהצעת החוק בעלת התחולה הרטרוספקטיבית.

במילים אחרות, מכיוון שהצעת חוק החרם, בעלת התחולה הרטרוספקטיבית, משנה בפועל את המציאות המשפטית ומופנית לכלל האזרחים, ניתן להסיק שיש לה מאפיינים של חוק. אלה מחזקים לדעתנו, את הלגיטימציה של ביקורת שיפוטית עליה, בדומה לביקורת השיפוטית על חוקים ונורמות חקיקתיות 'רגילות'. ניתן אף להסיק שבית המשפט, הרואה פסול בהחלתן למפרע של נורמות מסוג זה, יראה פסול גם בס' 8 להצעת חוק החרם.

## 5. מנגנון ביקורת פנימי להצעת החוק – נשיאות הכנסת

אף שהדיון הקודם הביא לכלל מסקנה שאין בעיה מוסדית עקרונית באפשרות לעתור לבג"ץ בעניין חוקתיותן של הצעות חוק מן הסוג הנדון כאן, בכל זאת אנו מעוניינות להניח גם את דעתם של מי שסבורים שיש להגביל את הביקורת השיפוטית החוקתית. לפיכך נציע מנגנון שתפקידו לצמצם את מספר העתירות שיוגשו לבג"ץ בעניין הצעות חוק הדומות להצעת חוק החרם. מנגנון זה מבוסס, בין השאר, על הטענה שאת הביקורת השיפוטית על חוקים יש ליחד למקרי קיצון, אם אמנם יתקיים דיון פוליטי-חברתי מעמיק אשר יהווה מנגנון ביקורת חוקתית עוד בשלב הגשת הצעת החוק לבית המחוקקים. נקודת מוצא ראויה לדעתנו היא לאפשר למחוקק לנקוט ריסון עצמי ולהיזהר מלפגוע בנורמות חוקתיות, תוך מודעות מלאה למגבלותיו החוקתיות,<sup>86</sup> ולספק לו את מרב הכלים לביקורת חוקתית עצמית.

ביטוי לעמדה זו ניתן למצוא בהצעתו של פרופ' קרמינצר להקים גוף פנימי בתוך בית המחוקקים שיבקר חוקים בביקורת חוקתית עוד בשלב הצעת החוק.<sup>87</sup> פרופ' קרמינצר טוען שגוף כזה יסייע לשמור על

<sup>83</sup> ע"פ 213/56 היועץ המשפטי לממשלה נ' אלכסנדרוביץ', פ"ד יא 695 (1957).

<sup>84</sup> שם, בעמ' 701.

<sup>85</sup> שם, בעמ' 699.

<sup>86</sup> אהרן ברק "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק" משפט וממשל ג 403, 405 (התשנ"ו); כמו כן ראו את טיעוניו של מארק טושנט באשר ל-political constitution. מארק טושנט "נגד ביקורת שיפוטית" מאזני משפט ז 9 (התש"ע).

<sup>87</sup> המכון הישראלי לדמוקרטיה דגמים של ביקורת שיפוטית: מושב שלישי 50 (2001).

מעמדו של בית המשפט ויאפשר לו להשתמש פחות ב"נשק הבלתי קונבנציונאלי של ביטול חוק".<sup>88</sup> לדעתו, גוף כזה יצמצם את הצורך בביקורת שיפוטית לאחר מעשה, שכן עמד לכאורה בביקורת חוקתית בטרם חוקק.<sup>89</sup> עוד הוא גורס שבית המשפט, השומר על ריסון עצמי בביקורת השיפוטית על חוקים, אינו יכול להגן על הערכים והעקרונות החוקתיים במלואם. לעומת זאת, כאשר הביקורת קודמת לחקיקת החוק ומשפיעה על צורתו העתידית, הערכים החוקתיים נבחנים כנדרש. כמו כן, יש יתרון דמוקרטי לכך שהביקורת המקדימה מתבצעת בתוך גוף שהוא זרוע של המחוקק – בית הנבחרים, ולא של הרשות השופטת.<sup>90</sup>

אמנם בשיטת הממשל הישראלית אין מנגנון כזה, אך הקרוב לו ביותר הוא לדעתנו מוסד נשיאות הכנסת, משום הסמכויות שניתנו לו באשר להנחת הצעות חוק על שולחן הכנסת, ובעיקר הסמכות למנוע מהצעות חוק מסוימות להגיע לדיון לפי סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת.<sup>91</sup> לדעתנו יש להרחיב את סמכויות נשיאות הכנסת ולאפשר לה למשוך הצעות החוק או סעיפים בהצעות חוק המכוונים התנהגות ומגבילים זכות מוקנית כבר בשלב הצעת החוק, בדומה להשפעת סעיף 8 להצעת חוק החרם. בבג"ץ **כהנא** נקבע שאין מניעה להוסיף הגבלות על הצעות חוק הקבועות בסעיף 75(ה) לתקנון הכנסת, אלא אם כן ההגבלות חותרות תחת עקרונות היסוד החוקתיים והדמוקרטיים של השיטה.<sup>92</sup> זאת ועוד, אין מקום, לדעתנו, להבחין לעניין זה בין הצעות חוק פרטיות לבין הצעות חוק ממשלתיות (כהבחנתו של סעיף 75(ה) לתקנון הכנסת). יפים לעניינו דבריו של השופט בד בבפרשת **ישיבת תומכי תמימים מרכזית** :

מבחינה פורמאלית ניתן להגדיר את הכנת הצעות החוק על ידי גורם ממשלתי והגשתן לכנסת כפעולות מינהליות של הרשות המבצעת. אולם, למעשה, יש לראות פעולות אלה כחלק מהפעלת מנגנון החקיקה, ומניעת הגשתה של הצעת חוק מסוימת לכנסת כמוה כהתערבות בעבודת החקיקה של הכנסת עצמה. במובן זה איני רואה הבדל בין הצעת חוק, המונחת על שולחן הכנסת על ידי חבר הכנסת כהצעת חוק פרטית, לבין הצעת חוק, המוגשת על ידי הממשלה.<sup>93</sup>

הקריטריון שאנו מציעות להתערבות הוא אם הצעת החוק מרתיעה בפועל וכך פוגעת בזכויות מוגנות בעודה נורמה לא מחייבת. אם התשובה על כך חיובית, הצעת החוק תהיה כפופה לביקורת שיפוטית וגם לבחינה מקדימה של הצעת החוק על ידי נשיאות הכנסת שתיקבע בתיקון לתקנון הכנסת. קריטריון זה – הרתעה דה-פקטו בשל סעיף רטרוספקטיבי (או רטרואקטיבי) בהצעת החוק – מתעלם מהסוגיה המהותית שההצעה מבקשת להסדיר וממיהות המציע (חבר כנסת "רגיל" או חבר כנסת שהוא שר). כפי שראינו במקרה של הצעת חוק החרם, אין קשר בין היות הצעת החוק פרטית בתחילתה ואימוצה לאחר מכן על ידי ועדת השרים ובין האפקט המצנן שיצרה. במילים אחרות, אופן הגשתה לא העלה ולא הוריד את האפקט המצנן החותר תחת העקרונות החוקתיים של שיטת הממשל הדמוקרטי.

<sup>88</sup> בלשונו של ברק, שם, בעמ' 49, ופרופ' קרמיצר מוסיף, שבנשק בלתי קונבנציונאלי יש להשתמש במקרים נדירים בלבד.

<sup>89</sup> שם, בעמ' 50.

<sup>90</sup> שם, בעמ' 50.

<sup>91</sup> בעצם הוויכוח אם ראוי שהגבלות על תוכן של הצעות חוק תיקבענה בתקנון הכנסת או בחוק-יסוד, אין אנו דנות בהארה זו. אנו מסתמכות על המצב המשפטי הקיים. לטענה שלא ראוי שהגבלות תוכניות ייעשו בתקנון הכנסת ראו אריאל בנדור "המעמד החוקתי של תקנון הכנסת" **משפטים** כ"ב 571 (התשנ"ד)

<sup>92</sup> עניין **כהנא**, לעיל הערה 47, בעמ' 399; בנדור, שם, בעמ' 574.

<sup>93</sup> פרשת **ישיבת תומכי תמימים מרכזית**, לעיל הערה 71.



יתרונותיו של מנגנון הבחינה המקדימה על ידי נשיאות הכנסת (לצד היכולת השיורית לעתור לבג"ץ) הם רבים וברצוננו לעמוד על המרכזיים שבהם. ראשית, היות שהאפקט שהצעות חוק מסוג זה יוצרות חותר תחת עקרונות היסוד של השיטה, ראוי שתהיה יכולת לבקר הצעות כאלה בדרך שאינה תלויה בהגשת עתירות. שנית, ממקורות שונים עולה שמספר הצעות החוק המוגשות בעשור האחרון גדל לעומת מספר ההצעות בעשורים שקדמו לו. לנוכח ריבוי הצעות החוק המוגשות, ראוי שיהיה מנגנון מקדים שיצמצם את מספר העתירות לבית המשפט ויקל את העומס בו. נוסף על כך, מנגנון זה ישמש אמצעי פיקוח והרתעה למחוקק בדומה למנגנון הקבוע כבר עתה בסעיף 75(ה) לתקנון הכנסת.<sup>94</sup> זאת ועוד, מחקר שנעשה על ידי המכון הישראלי לדמוקרטיה מצביע על כך שבעשור האחרון אמון הציבור בבית המשפט נמצא במגמת ירידה.<sup>95</sup> עורכי המחקר זוקפים את הירידה באמון הציבור לתפיסת האזרחים את בית המשפט כאקטיביסטי בסוגיות שנויות במחלוקת.<sup>96</sup> אף שהראינו לעיל שביקורת שיפוטית על הצעות כאלה אינה בגדר הרחבת סמכויות בג"ץ, ואף שהסברנו לעיל שסוגיית הקריאה לחרם, אף שהיא שנויה במחלוקת, אינה מחייבת התמודדות במקרה זה, שכן השאלה שעל הפרק היא עצם הפגיעה בזכויות מוגנות, אנו סבורות שלטובת שיקום האמון בבית המשפט כדאי לתת ככל האפשר לגופים אחרים להכריע (או לפחות לגבש הכרעה שתעמוד אחר כך לביקורת שיפוטית) בשאלות אלה. לבסוף, מנגנון כזה יכול לחזק את ערכי הדמוקרטיה ואת מעמדה של הכנסת, שכן פסילת דברי חקיקה על ידי הרשות השופטת משום שהם מנוגדים לעקרונות חוקתיים, מסבה נזק לתדמיתו ופוגעת בכבודו של בית המחוקקים.<sup>97</sup>

כאן חשוב להבהיר שכמובן יהיה אפשר לפנות לבית המשפט אם יו"ר הכנסת יבחר שלא להשתמש בסמכות שתינתן לו לפסול הצעות חוק, או את הסעיף הרטרופקטיבי שבהן.

עם זאת, נראה שלנוכח הנזק הישיר הנגרם לאזרח מהצעת חוק כזאת, ולנוכח אופייה המהותי, כפי שנדון בהרחבה בהארה זו, חשוב לשמר את המסלול המנהלי, שבו בית המשפט מסתפק בבחינת סבירות שיקול דעתה של הרשות בלבד, כמסלול מקביל למסלול החוקתי ולא כמסלול בלבד.

לבסוף נציין שאין אנו בטוחות שהמוסד המתאים ביותר לביקורת פנימית זו הוא מוסד נשיאות הכנסת. הצעתנו היא הצעה עקרונית המתמקדת בעיקר בחשיבותו של מוסד פנימי בתוך הכנסת שיבקר את הצעות החוק בביקורת מקדימה לביקורת השיפוטית.

בחרנו בנשיאות הכנסת משום שהסמכויות הנתונות לה כיום מאפשרות לה לפסול או שלא להניח הצעות חוק מסוימות על שולחן הכנסת, ולא משום יתרון מוסדי אחר שיש לה בביצוע ביקורת זו.

ייתכן בהחלט שיש להקים יש מאין מוסד חדש שיבצע את הביקורת המוצעת בהארה זו, או להקנות את הסמכות לגוף אחר או לנושא משרה אחר כגון היועץ המשפטי לכנסת. כל דיון בשאלה של בחירת הגוף שיבצע את הביקורת הפנימית, הרי הוא מבורך.

לצורך דיונו העדפנו, כאמור, להתמקד בנשיאות הכנסת כדי שהפתרון המוצע יסתמך על המציאות הנוהגת באשר לחלוקת הסמכויות הפנימית בכנסת, ולא ישנה אותה מן היסוד.

<sup>94</sup> בהקשר זה יפים לעניינו דבריו של אדמס: "Judicial activism also erodes the legislative process, because it tends to relive legislators from accountability for social reconstruction and constitutional propriety", Adams ראו לעיל הערה 9.

<sup>95</sup> המכון הישראלי לדמוקרטיה **מדד הדמוקרטיה הישראלית 2010**, 78, 109 (2010) [www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/Book\\_7114/madad%202010%20sofi.pdf](http://www.idi.org.il/PublicationsCatalog/Documents/Book_7114/madad%202010%20sofi.pdf)

<sup>96</sup> תומר זרחין "דו"ח חושף: ירידה חדה באמון הציבור במערכת בתי המשפט" **הארץ Online** 22.6.2010 [www.haaretz.co.il/hasite/pages/1175551.html](http://www.haaretz.co.il/hasite/pages/1175551.html).

<sup>97</sup> **דגמים של ביקורת שיפוטית**, לעיל הערה 87, בעמ' 50.

## 6. סיכום

בהארה זו ביקשנו לבחון את הסוגיה הייחודית של הצעות חוק בעלות תחולה רטרוספקטיבית. הדיון  
בנורמות רטרואקטיביות או רטרוספקטיביות נסוב בדרך כלל על שאלת חוקתיותם של חוקים בעלי תחולה  
כזאת, ואילו אנו ביקשנו להפנות את תשומת הלב לסוגיה חשובה לא פחות, והיא כוחן של הצעות חוק  
רטרוספקטיביות להרתיע את הפרטים ולפגוע בזכויותיהם בפרק הזמן שבו הן טרם השתכללו לכדי חוק  
מחייב. ביקשנו לטעון שראוי לרסן כוח זה באמצעות מנגנונים פנימיים של הכנסת ומנגנונים חיצוניים.

פתחנו את הדיון בהצגת הצעת חוק החרם, כמקרה מבחן, והצגנו את המסלול שעברה למן הנחתה  
על שולחן הכנסת ועד השלב שבו הוסר ממנה סעיף התחולה הרטרוספקטיבי.

תחילה ניתחנו את הצעת חוק החרם ואת השפעותיה הבעייתיות על העקרונות הבסיסיים  
שהמסטר הדמוקרטי של מדינת ישראל נשען עליהם, וכן את הפוטנציאל המסוכן שיש בה לפגיעה בזכויות  
שהוכרו כזכויות יסוד חוקתיות.

בהמשך טענו שלנוכח הנזקים שפורטו בתחילת טיעוננו, מוצדק לבקר הצעות חוק כאלה בביקורת  
שיפוטית. עמדנו על הטעמים לביקורת שיפוטית, גם בהיקפה המצומצם ביותר, והראינו שהם חלים גם  
בהקשר של ביקורת שיפוטית על הצעת החוק המקורית ודומותיה. לאחר מכן הראינו שיש לפרש את  
הקריטריונים שנקבעו על ידי בית המשפט העליון בפרשת **מיעארי**, בכל הנוגע להתערבות בשלב הליך  
החקיקה, כמצדיקים ביקורת שיפוטית כזאת.

לבסוף ביקשנו לייחד מילים מספר להצדקתו של מנגנון ביקורת פנימי בכנסת. טענו שאמנם  
ביקורת שיפוטית ישירה על הצעות חוק כאלה היא מוצדקת, אך ראוי שיוקנו סמכויות לאורגן פנימי  
בכנסת שימנע את הנחתן של הצעות חוק כאלה. עמדנו על היתרונות הגלומים באפשרות כזאת, והצענו  
לשקול את בחירת מוסד נשיאות הכנסת למוסד שימלא תפקיד זה.

מן הדיון לעיל עולה שחקיקה לא אחראית עלולה להביא עמה מכלול של נזקים לאזרחי המדינה  
ולמשטרה הדמוקרטי. אכן, כפי שביקשנו להראות, אין מנוס מלתת למערכת המשפטית והפוליטית כלים  
למנוע נזקים אלה, ולסתום 'פרצות' בשיטה הדמוקרטית. עם זאת, ראוי גם לקוות שחברי הכנסת יכירו  
באחריות המוטלת עליהם עם היבחרם לכנסת לנהוג זהירות במלאכת החקיקה.