

# פינוי – פיצוי? על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת

## חובת אמון של נבחר ציבור

### ”חוק החנינה” כסעד תחיקתי

מאת

רינה דורפמן\*

א. מבוא. ב. פסק הדין בעניין ניר; 1. רקע עובדתי; 2. טענות הצדדים; 3. הכרעת שופטי הרוב; 4. דעת המיעוט; 5. הצגת הבעייתיות בפסק הדין. ג. הפרת חובת האמון של נבחר הציבור – הפגם הדמוקרטי שבדק בהליך האישור של תכנית ההתנתקות; 1. חובת האמון; 2. מודלים אפשריים לייצוג הפוליטי; 3. חבר הכנסת כנאמן; 4. מהכלל אל הפרט. ד. תוצאות הפרת חובת האמון של נבחר הציבור; 1. סעד אכיפה; 2. טענת “השתק”; 3. חוק החנינה כקבלה רטרואקטיבית של טענת ה”השתק”. ה. סיכום.

#### א. מבוא

בדצמבר 2003 הכריז ראש הממשלה דאז אריאל שרון על “תכנית ההתנתקות”<sup>1</sup>, שעוגנה מאוחר יותר בחוק יישום תכנית ההתנתקות<sup>2</sup>, ועניינה נסיגה חד-צדדית מחבל עזה תוך פינוק הכפוי של כ-9,000 אזרחים ישראלים מ-22 יישובים בחבל עזה ו-4 יישובים בצפון השומרון.

התכנית עוררה התנגדות רבה בקרב המתישבים והיו לה מתנגדים גם בקרב הציבור הרחב.<sup>3</sup> המחאה נסבה הן על החורבן האישי והאידיאולוגי שאותו סימנה ההתנתקות<sup>4</sup> הן על הטענה כי התכנית אינה לגיטימית בשל העמדה הברורה נגד נסיגה חד-צדדית שאותה ביטא שרון במערכת הבחירות שהסתיימה רק עשרה חודשים קודם לכן.<sup>5</sup>

ייחודיותו של המהלך, הפגיעות הטמונות בו ותחושת חוסר הלגיטימציה בקרב חלק מהציבור, עוררו חשש מפני מחאה אלימה בהיקף שטרם נראה בישראל.<sup>6</sup> חשש זה הביא את רשויות אכיפת החוק לידי אימוץ מדיניות ייחודית שבאה לידי

\* עו”ד, בוגרת תואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה, חברת מערכת כתב העת “הארץ דין” בשנת הלימודים תשע”ג.

1 תכנית ההתנתקות של ראש הממשלה אריאל שרון [www.knesset.gov.il/process/docs/DisengageSharon.htm](http://www.knesset.gov.il/process/docs/DisengageSharon.htm).

2 חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס”ה-2005 (להלן – חוק ההתנתקות או חוק פינוי פיצוי).

3 קרן טמיר ויעקב בר-סימון טוב [www.jiis.org.il/upload/nituk.pdf](http://www.jiis.org.il/upload/nituk.pdf).

4 ראו, למשל, את הממצאים שעלו מסקר עיתון “גלובס” שנערך כשבועיים לפני ההתנתקות ולפיו 55% מהנשאלים תמכו בהתנתקות ו 38% התנגדו לה. <http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=941953>.

5 עיתון “הארץ” <http://news.walla.co.il/item/679855>, וכן מסקר שערך עיתון “מעריב”. <http://www.nrg.co.il/online/1/ART/783/670.html>.

6 לעומתם, סקר שערך עיתון “ידיעות אחרונות” כשנה וחצי לפני יישום תכנית ההתנתקות דיווח על רוב של 48% נגד ההתנתקות ו 40.5% בעדה. <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2909585,00.html>.

7 יאיר שלג [www.idi.org.il/media/284791/pp\\_72.pdf](http://www.idi.org.il/media/284791/pp_72.pdf).

8 [www.idi.org.il/media/284791/pp\\_72.pdf](http://www.idi.org.il/media/284791/pp_72.pdf) (2007) 72 מבחן 9, 72 (2007) [www.idi.org.il/media/284791/pp\\_72.pdf](http://www.idi.org.il/media/284791/pp_72.pdf).

9 שם, בעמ’ 19.

10 בג”ץ 1213/10 ניר נ’ יו”ר הכנסת, בפס’ 2 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 23.02.2012) (להלן – פרשת ניר).

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין ח** 103 (תשע"ג)

ביטוי בקביעת עבירות חדשות בחוק יישום תכנית ההתנתקות<sup>7</sup> ובמדיניות אכיפה בעייתית ביותר<sup>8</sup> שבמהלכה בוצעו יותר מ-6,000 מעצרים (חלק ניכר מהם של קטינים)<sup>9</sup> והוגשו כ-700 כתבי אישום שרובם כללו גם עבירות חופש ביטוי.<sup>10</sup> על מדיניות זו, שכללה גם פעילות שחוקיותה מפוקפקת, נמתחה ביקורת בדוח הסנגוריה הציבורית והאגודה לזכויות האזרח.<sup>11</sup>

בינואר 2010 חוקקה הכנסת את חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות הידוע בכינויו "חוק החנינה למתנגדי ההתנתקות" (להלן – חוק החנינה),<sup>12</sup> שמטרתו מתן חנינה לכל מי שנפתח נגדו הליך פלילי בגין עבירות שבוצעו כחלק מהמחאה על ההתנתקות (להלן – מתנגדי ההתנתקות).<sup>13</sup>

החוק כולל שלוש הוראות מרכזיות: הראשונה מבטלת או מפסיקה ביצוע גזר דין או החלטה שניתנו בעניינו של מי שהורשע בעבירה על רקע ההתנתקות, מלבד מי שהוטלו עליו עונש מאסר בפועל או עבודות שירות.<sup>14</sup> השנייה מורה על מחיקת רישומים פליליים שעניינם עבירה על רקע ההתנגדות לתכנית ההתנתקות, ובלבד שלא הוטל עונש של מאסר בפועל בגין העבירה ולמורשע אין פרט רישום נוסף.<sup>15</sup> השלישית צופה פני עתיד ועוסקת בשלילת האפשרות לחדש הליכים שהופסקו ולהגיש כתבי אישום חדשים בעבירות על רקע ההתנגדות לתכנית ההתנתקות, אם אין מתבקש עונש מאסר בפועל.<sup>16</sup> זהו חוק ייחודי, שכן הוא עוסק אך ורק באירוע ההתנתקות, ואינו עוסק, למשל, באירועי אוקטובר 2000 או באירועים אחרים שגם הם עוררו התנגדות ולוו בעבירות דומות.

נגד החוק הוגשה עתירה (להלן – עניין ניר)<sup>17</sup> בטענה כי אינו חוקתי כיוון שהוא פוגע בזכות לשוויון שהוכרה כחלק מהזכות לכבוד האדם,<sup>18</sup> וכי פגיעה זו אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה.<sup>19</sup> לטענת העותרים החוק מעניק חנינה קבוצתית למתנגדי ההתנתקות ומפלה אותם לטובה לעומת אזרחים שהביעו התנגדות באופן דומה בנוגע למדיניות אחרת של הממשלה.<sup>20</sup>

בית המשפט דחה את העתירה ברוב של שמונה שופטים נגד דעתו החולקת של השופט גיבראן ופסק כי גם אם יש בחוק פגיעה בזכות לשוויון, הרי היא עומדת בתנאי פסקת ההגבלה, שכן הוא נחקק לתכלית ראויה ומקיים את מבחני המידתיות. השופטים קבעו פה אחד כי ההתנתקות הייתה אירוע ייחודי וחריג בעוצמתו ובהיקפו, אשר יצר קרע אידאולוגי-פוליטי

7 ס' 27 לחוק ההתנתקות.  
8 לדיון מפורט בטיפול רשויות אכיפת החוק במתנגדי ההתנתקות ראו: בועז סנגורו "ההתנתקות כמבחן לדמוקרטיה הישראלית: דמוקרטיה מתגוננת" או דמוקרטיה מגומדת? "ספר אורי קיטאי 193 (בועז סנגורו עורך, התשס"ח).  
9 בפס' 19 לכתב התשובה מטעם הכנסת בבג"ץ 1213/10 ניר נ' יו"ר הכנסת (להלן – כתב התשובה מטעם הכנסת).  
10 נכון ליום 6.2.2011, 2,367 אנשים היו בעלי רישום פלילי על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות. על כ-883 מהם החוק אינו חל עקב הסייגים שנקבעו בו. 1,483 נהנים מתחולתו, ולהם 1,535 תיקים פליליים, שמהם 626 תיקי אי-תביעה ו-569 תיקים שנסגרו. ראו: בפס' 9 לפסק הדין. זאת ועוד, מתוך התיקים שהסתיימו בהרשעה, ניתנה חנינה על ידי הנשיא ל-65 מתוך 70 אנשים שהגישו בקשת חנינה. ראו: בפס' 40 לכתב התשובה מטעם הכנסת.  
11 דו"ח הסנגוריה הציבורית בעניין התייחסות מערכות אכיפת החוק למתנגדי תוכנית ההתנתקות. וראו כתבה בעניין הדוח: עפרה לקס "הסנגוריה מאשימה" **בשבע** (10.11.2005) <http://www.inn.co.il/Besheva/Article.aspx/5053>.  
12 חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין תכנית ההתנתקות, התש"ע-2010 (להלן – החוק או חוק החנינה).  
13 ס' 1 לחוק מצמצם את ההגדרה של "עבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות" ואין נכללות בה עבירות לפי ס' 144(ב) רישא, 300, 305, 329, 330, 332 עד 335 וס' 380 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.  
14 ס' 2 לחוק החנינה.  
15 ס' 3 לחוק החנינה.  
16 ס' 4 לחוק החנינה. בס' 1 ו-6 לחוק נקבעו שני סייגים נוספים לתחולת החוק: הראשון מחריג עבירות אלימות חמורות מההגדרה "עבירה על רקע התנגדות לתכנית ההתנתקות"; השני מסייג את תחולת החוק על הליכים המתנהלים בבית דין צבאי או בעניינם של אנשי אכיפת החוק.  
17 פרשת ניר, לעיל ה"ש 6.  
18 בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2005).  
19 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
20 פרשת ניר, לעיל ה"ש 6, בפס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

וחברתי בחברה הישראלית. תכליתו של החוק היא להביא לאיחוי הקרעים שנוצרו בעם בעקבותיה ולאפשר למתנגדי ההתנתקות לפתוח "דף חדש".

ברשימה זו אטען כי פסק הדין בעניין **ניר** הביא לתוצאה נכונה אך לא עשה כן מהטעמים הנכונים. יש לראות בהתנתקות אירוע ייחודי וחריג בעוצמתו לא רק בשל עקירת המתיישבים, עם כל המשתמע מכך מבחינת הפגיעה בזכויות, אלא בעיקר עקב הפגמים הדמוקרטיים שנפלו במהלך ההחלטה על תכנית ההתנתקות עצמה ובמהלכים שליוו את הוצאתה לפועל. אין מדובר אפוא בשאלות של "קרע בעם", כפי שגרס בית המשפט; לדעתי, טענות אלו אך מחזקות את טענת האפליה שטענו העותרים. במקום זאת יש לראות בחוק החנינה ביטוי להכרה של הכנסת בפגמים שנפלו בחקיקת חוק יישום תכנית ההתנתקות ובקושי שיש בהפלת פעולות מחאה שבוצעו על רקע תכנית ההתנתקות.<sup>21</sup> הכרה זו זכתה, ובצדק לדעתי, לגיבוי המשפטי של בית המשפט העליון.

פרק ב יציג את האירועים שקדמו לפסק הדין בעניין **ניר** ואת דעת הרוב ודעת המיעוט בפסק הדין. פרק ג יבחן את הפגמים הדמוקרטיים שנפלו בהתנהלותן של סיעת הליכוד והכנסת באישור תכנית ההתנתקות. פרק ד יסקור את הסעדים האפשריים לריפוי הפגם הדמוקרטי שדבק בתכנית ההתנתקות. לבסוף אטען כי הכנסת הכירה בפגמים שתוארו עד כה ובקושי להשית עונש על מי שעבר עבירות בעת מחאתו על החוק ליישום תכנית ההתנתקות. לפיכך יש לראות את תכליתו של חוק החנינה כתיקון עוול שהסבה הכנסת. תכלית זו, שמייחדת את הקבוצה הכלולה בגדרו, עונה כראוי על טענת האפליה, שכן בבסיסה הבחנה רלוונטית בין שונים.

## ב. פסק הדין בעניין **ניר**

### 1. רקע עובדתי

מאז הוכרזה תכנית ההתנתקות ועד הוצאתה לפועל, קם גל מחאה שלא היה אפשר לזלזל בעוצמתו וייתכן שאף היה מגלי המחאה החזקים ביותר שחוותה מדינת ישראל.<sup>22</sup> זאת לא רק כיוון שלראשונה בוצע פינוי יישובים ישראליים משטח יהודה, שומרון וחבל עזה (להלן – ישי"ע)<sup>23</sup> באופן חד-צדדי וללא כל תמורה מדינית, אלא גם בשל אופי ההכרעה בעניין התכנית.<sup>24</sup>

21 עמדה זו שונה מעמדתו של השופט לוי בבג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פ"ד נט(2) 481 (2005) (להלן – פרשת **חוף עזה**). השופט לוי סבר כי הפגמים הדמוקרטיים שדבקו בחוק בשל היותו סותר את המצע המפלגתי של סיעת הרוב, מצדיקים התערבות שיפוטית בדרך של אכיפה או ביטול, ואילו לטענתי הכנסת היא המוסד שעליו מוטל נטל "ריפוי הפגמים" כפי שיוסבר בהמשך.

22 פעולות המחאה הרבות כללו יצירת שרשרת אנושית לאורך 90 קילומטרים שבה השתתפו כ-130 אלף איש (ראו: אפרת וייס ושמוליק חדד "שרשרת אנושית: 130 אלף חיברו את גוש קטיף לכותל" **Ynet** – **פוליטי מדיני** (25.07.2004) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2952751,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2952751,00.html)), הקמתו של אוהל מחאה ליד הכנסת שבו ישבו כמה מאות מתיישבים ולידו נערכו כמה הפגנות, ובהן "אם כל ההפגנות" שבה השתתפו כ-150 אלף איש (ראו: אורי יבלונקה ואורי גליקמן "כ-150 אלף מפגינים דרשו משרון משאל עם על תוכנית ההתנתקות" **Nrg** – **חדשות** (31.01.2005) [www.nrg.co.il/online/1/ART/862/461.html](http://www.nrg.co.il/online/1/ART/862/461.html)). נערכו עוד 100 הפגנות ב-100 ערים שונות במקביל (ראו: אילן מרסיאנו "הערב: מאה הפגנות במאה ערים נגד ההתנתקות" **Ynet** – **פוליטי מדיני** (13.10.2004) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2989627,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2989627,00.html)). כמו כן החלה תעמולה רחבה באינטרנט ובטלוויזיה.

23 אין להשוות את תכנית ההתנתקות לפינוי היישובים בחצי האי סיני משתי סיבות עיקריות: (1) סיני, שלא כאיי"ש, לא נחשבה לחלק מ"ארץ ישראל השלמה"; (2) לכאורה העימות בין ישראל למצרים נסב על השטחים שנכבשו במלחמת ששת הימים, והחזרתם סימנה את סיום העימות. לעומת זאת, השטחים בישי"ע אינם ממצים את הסכסוך הישראלי-פלסטיני. מכאן שוויתור מסוג זה לא יביא לסיום העימות ולא זו בלבד אלא שהוא יהווה הכרה תקדימית בזכות הפלסטינים על הארץ.

24 שלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 19.

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

לטענת מתנגדי ההתנתקות, קבלת תכנית המנוגדת להתחייבויותיו של ראש הממשלה במערכת הבחירות שהסתיימה רק עשרה חודשים קודם לכן<sup>25</sup> ומנוגדת לרצון בוחריו שהתבטא הן בתוצאות הבחירות הן במשאל בקרב מתפקדי הליכוד,<sup>26</sup> הייתה מהלך לא דמוקרטי.<sup>27</sup>

נגד מתנגדי ההתנתקות שחרגו מגבולות המחאה המותרת נפתחו הליכים שכללו חקירה פלילית והעמדה לדין. בשנת 2010 אישרה הכנסת את חוק החנינה המבטל את ביצוע גזר הדין או ההחלטה ומוחק רישום פלילי למי שביצע עבירות על רקע תכנית ההתנתקות בסייגים מסוימים.<sup>28</sup> נגד חוקתיות החוק הוגשה כאמור עתירה לבג"ץ בבקשה לקבוע את בטלותו.<sup>29</sup>

## 2. טענות הצדדים

טענת המרכזית של העותרים היא כי חוק החנינה פוגע בזכות לשוויון בפני החוק משום שהוא נוקט הבחנה לא מוצדקת. החוק מבחין בין הזכות לחופש הביטוי והמחאה של מתנגדי ההתנתקות לבין זכויותיהן של קבוצות בעלות תפיסה אידאולוגית אחרת שהתנגדו למהלכים אחרים של הממשלה, כגון המתנגדים לפעילות הבינוי בשכונת שיח-ג'ראח.<sup>30</sup> לעמדתם, פגיעה זו עולה כדי פגיעה בכבוד כמשמעה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, והיא אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה ולפיכך קמה עילה להכריז על בטלות החוק.<sup>31</sup>

לטענת המשיבים, החוק אינו פוגע בשוויון כיוון שאין מדובר בהפליה בין שווים אלא בהסדר שונה לשונים. את צדקתה של ההבחנה הם תומכים בכך שההתנתקות הייתה אירוע חריג בעוצמתו ובהיקפו וכן בשבר שנגרם בעם בעקבותיה. כמו כן הצביעו על החשיבות אשר ייחסה הרשות המחוקקת לתכליתו של החוק לאיחוי הקרעים בעם ועל האפקט ה"מתקן" של החוק הנחוץ בעקבות מדיניות האכיפה הנוקשה והלא שגרתית שנקטה כלפי מתנגדי ההתנתקות.<sup>32</sup>

## 3. הכרעת שופטי הרוב

הנשיאה ביניש בפסק דינה בעניין **ניר**, שאומץ על ידי שופטי הרוב, סברה שתוצאתו של החוק פוגעת בשוויון, שכן הוא פוטר את מתנגדי ההתנתקות מן הדין הפלילי, להבדיל מכלל הציבור אשר הועמד או עלול לעמוד לדין בגין עבירות דומות.<sup>33</sup>

25 במערכת הבחירות לכנסת ה-16 ביטא אריאל שרון התנגדות ברורה להתנתקות חד-צדדית אשר היוותה חלק מרכזי מהמצע של מפלגת העבודה בראשותו של עמרם מצנע. ראו: "תשדירי בחירות 2003: העם רוצה שרון" **וואלה** (3.11.2012) [news.walla.co.il/?w=/2582029](http://news.walla.co.il/?w=/2582029) ו"תשדירי בחירות 2003: מופו חושב שהתנתקות זה רע" **וואלה** (3.11.2012) [news.walla.co.il/?w=/258204](http://news.walla.co.il/?w=/258204).

26 במאי 2004 ערך שרון משאל בקרב מתפקדי הליכוד לאישור תכנית ההתנתקות לאחר שהתברר עד כמה זו שנויה במחלוקת. שרון הכריז כי ההכרעה במשאל תחייב את כלל חברי הליכוד, וזאת עקב ההנחה כי התכנית תעבור בקלות יחסית במרכז הליכוד (ראו: צבי לביא "הברקה של שרון: משאל חברי הליכוד בדבר ההתנתקות יחייב את כלל חברי המפלגה" **גלובס - חדשות** (30.03.2004) [www.globes.co.il/news/article.aspx?did=785368](http://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=785368)). תוצאות המשאל היו שונות מציפיותיו של שרון ומתנגדי התכנית זכו ברוב של 60%. למרות ההצהרות החד-משמעיות טרם המשאל, שרון התעלם מהתוצאות והמשיך לממש את תכניתו (ראו: אטילה שומפלבי ודיאנה בחור-ניר "יתבוסת שרון: 59.5% – נגד ההתנתקות, 39.7% – בעד" **ynet** - **חדשות** (3.5.2004) [www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2910838,00.html](http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2910838,00.html)).

27 שלג, לעיל ה"ש 4, בעמ' 19.

28 חוק החנינה.

29 פרשת **ניר**, לעיל ה"ש 6.

30 שם, בפס' 7 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

31 שם.

32 שם, בפס' 8 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

33 שם, בפס' 16 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. השופטת נאור, בדעת יחיד, ראתה בייחודיותו של אירוע ההתנתקות הצדקה להבחנה של חוק החנינה בין קבוצת מתנגדי ההתנתקות לבין מי שמחאתם האידאולוגית פנתה כלפי פעולות אחרות של הממשלה. לעמדתה, קבוצת השוויון הרלוונטית, שעלולה תיאורטית להיפגע מהחוק, היא קבוצת מצדדי ההתנתקות, אך כיוון שמדובר ב"קבוצה ריקה", אין כאן פגיעה בשוויון ודין העתירה להידחות (שם, בפס' 2 לפסק דינה של השופטת נאור).

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

החרגה זו אולי פוגעת בשוויון במובנו החוקתי לפי גישת "מודל הביניים" שאומצה בפסיקה, אך אין צורך להכריע בשאלה זו<sup>34</sup> משום שהחוק ממילא צולח את תנאיה של פסקת ההגבלה.<sup>35</sup>

מבלי להכריע בטענת חומרת האכיפה כלפי מתנגדי ההתנתקות, הכיר בית המשפט בכך שפעולות המחאה ננקטו על רקע נסיבות יוצאות דופן בשל עוצמת השפעתה של ההתנתקות, היקפה והקרעים אשר יצרה בעם.<sup>36</sup> תכלית החוק, איחוי הקרע בעם, היא מטרה חברתית מהותית<sup>37</sup> ולכן היא תכלית ראויה במובנה המשפטי.<sup>38</sup>

לדעת שופטי הרוב החוק גם צולח את מבחני המידתיות. מחיקת הכתם הפלילי שדבק באזרחים נורמטיביים, שבשל אירוע ייחודי עברו במעט את גבולות המחאה הלגיטימיים, יש בה כדי להושיט יד מפייסת ולנסות להביא לאיחוי הקרעים.<sup>39</sup> הסייגים שקבע המחוקק לתחולת החוק מצמצמים את הפגיעה הנטענת בשוויון ולכן הוא עומד גם במבחן המידתיות השני.<sup>40</sup> החוק מקיים גם את האיוון הדרוש במבחן המידתיות במובן הצר. התועלת החברתית הגלומה בתכליתו של החוק לאיחוי הקרעים שנפערו בעקבות ההתנתקות עולה על הנזק לאינטרס הציבורי, לשלטון החוק ולשוויון בפני החוק, בהתחשב בהגבלות שנקבעו בחוק.<sup>41</sup>

#### 4. דעת המיעוט

שלא כדעת הרוב, השופט ג'ובראן סבר שהחוק אינו חוקתי ועל כן דינו בטלות. הוא לא חלק על המשמעויות הפוליטיות והחברתיות שהיו לתכנית ההתנתקות,<sup>42</sup> אך לא ראה בקרע שנוצר קרע שונה מזה שגרמו אירועים כואבים אחרים בהיסטוריה של מדינת ישראל.<sup>43</sup> גם אם יש שוני, בכל זאת קבוצת השוויון הרלוונטית לטעמו היא כל מי שביצע עבירות על רקע יחסי ישראל-פלסטין ויחסי יהודים-ערבים.<sup>44</sup> השופט ג'ובראן ראה שלוש פגיעות חוקתיות הגלומות בחוק. הראשונה היא פגיעה באוטונומיה של הפרט בעמידתו לדין. השנייה אפליה על בסיס אידאולוגי העולה כדי השפלה, והשלישית פגיעה בשוויון היקף הביטוי הניתן לעמדות אידאולוגיות שונות.<sup>45</sup>

34 ישנה בעייתיות בהימנעותו של בית המשפט מלהכריע אם מתקיימת פגיעה בזכות חוקתית. היקף הזכות החוקתית לשוויון אינו ברור דיו. הימנעות בית המשפט מתייחסות גבולותיה מונעת התוויית דרך פעולה חוקתית למחוקק. כל חוק היוצא מידי הכנסת אפוף בעננת "אי-חוקתיות" עד אשר יוכרע אחרת בבית המשפט. נוסף על כך, אי-הכרעתו של בית המשפט בשאלת פגיעה בזכות חוקתית מטילה ספק ביכולותיו כפרשן המוסמך של החוקה.

35 פרשת **ניר**, לעיל ה"ש 6, בפס' 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

36 שם, בפס' 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

37 פרשת **חוף עזה**, לעיל ה"ש 21.

38 פרשת **ניר**, לעיל ה"ש 6, בפס' 19–21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

39 שם, בפס' 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. לעמדתם של השופטת ארבל והשופט רובינשטיין אין באמצעי שנבחר בחוק כדי להגשים את תכליתו במלואה, אך זהו צעד חשוב בסדרה של צעדים אשר על המדינה לנקוט כדי לפייס את האוכלוסיה הנפגעת ולאחות את הקרעים בעם (שם, פסק דינה של השופטת ארבל ופסק דינו של השופט רובינשטיין).

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

41 שם, בפס' 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש.

42 שם, בפס' 1 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

43 שם, בפס' 23 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ג'ובראן ציין אירועים שלטעמו דומים למקרה זה. לדוגמה: אירועי אוקטובר 2000, פינוי ימית, שאלת השהות בדרום לבנון ומחאת ה"פנתרים השחורים".

44 שם, בפס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. הוא גם ביקש להדגיש כי החוק לא נועד לפצות על טראומה שנגרמה למפונים עצמם אלא הוא חל על כל מתנגדי ההתנתקות.

45 שם, בפס' 38 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

השופט ג'ובראן גרס שהפגיעות שצוינו מעוררות ספק אם החוק תואם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית, אך ביקש להשאיר שאלה זו ב"צריך עיון".<sup>46</sup> הוא הסכים עם פסק דינה של הנשיאה ביניש בדבר עמידתו של החוק במבחן התכלית הראויה ובשני מבחני המידתיות הראשוניים,<sup>47</sup> אך לעמדתו החוק אינו צולח את מבחן המידתיות במובן הצר.

לדעת ג'ובראן אין ביכולתו של החוק להגשים את תכלית איחוי הקרעים במלואה.<sup>48</sup> את הנזק העולה מן החוק הוא ראה בשני מישורים. הראשון הוא העצמת תחושת הניכור בקרב קבוצות באוכלוסייה הרואות זהות בין מחאתן לבין המחאה על תכנית ההתנתקות.<sup>49</sup> השני נעוץ בכך שלהעדפה הגלומה בחוק יש "אפקט מצנן" על ביטוין של עמדות אידאולוגיות של מי שאינו חוסה בצל החוק.<sup>50</sup> גם אם הסייגים הקבועים בחוק מצמצמים את הנזק הנגרם לאינטרס שלטון החוק, אין בהם כדי לצמצם את הפגיעה בשוויון של מי שהחוק אינו חל עליהם.<sup>51</sup> לעמדתו, באיזון בין התועלת לנזק, ידו של הנזק היא על העליונה, ולכן החוק אינו צולח את מבחן המידתיות השלישי ודינו בטלות.<sup>52</sup>

## 5. הצגת הבעייתיות בפסק הדין

לדעתי, פסק הדין הביא לידי התוצאה הנכונה כאשר הותיר את החוק על כנו, אך לא עשה כן מהטעמים הנכונים. אם תכלית החוק היא איחוי הקרעים שנוצרו בעקבות תכנית ההתנתקות ותו לא, הרי יש ממש בעמדתו של השופט ג'ובראן בדבר הפגיעה הבלתי מידתית הגלומה בחוק.

אכן ההיסטוריה רוויית אירועים אשר העמיקו את השסעים בחברה הישראלית המפולגת. בחירתו של המחוקק לאחות את אלו, ולא את אלו, מעלה חשש להפליה בין פלגים בחברה הישראלית ויוצרת תקדים מסוכן של חנינות קבוצתיות רטרואקטיביות. כבר עתה מונחת על שולחן הכנסת הצעת חוק המתיימרת להיות דומה לזו, ומטרתה מתן חנינה על רקע ההתנגדות למבצע עופרת יצוקה, לבניית גדר ההפרדה או להריסת בתים.<sup>53</sup> ואף בעייתי מכך: מהגדרת ה"עם" שעליה נשען פסק דינו של הרוב משתמעת הדרה של חלקים מהציבוריות הישראלית אשר אינם חלק מה"עם", אך הם אזרחי מדינת ישראל. הדרה זו מהווה, כפי שטוען בצדק השופט ג'ובראן, אפליה.

לטעמי, וכפי שאבקש להראות בפרקים הבאים, בבחינת חוק החנינה יש לראות בתכנית ההתנתקות מקרה ייחודי לא בשל עקירת המתישבים מיש"ע (ואף לא בשל הקרע ב"עם") אלא בשל הפגמים הדמוקרטיים שדבקו בחוק יישום תכנית ההתנתקות. ייחודה של המחאה הוא בכך שאין מדובר במחאה על מדיניות הממשלה סתם, אלא במחאה על מדיניות אשר עוגנה בחוק שנחקק מתוך ניגוד ברור לליבת מצע הבחירות של מפלגת השלטון אשר הובילה את הרוב לחקיקתו, וזאת ללא כל הצדקה מיוחדת. חוק החנינה מבטא הלכה למעשה את הכרתה של הכנסת בפגמים שנפלו בהתנהלותה של הכנסת הקודמת ואת הקושי שיש בהפללת פעולות מחאה שנקטו כלפי החוק הפגום. לפיכך התכלית הראויה של חוק החנינה היא "להחזיר את המצב לקדמותו" טרם האכיפה של פעולות המחאה על תכנית ההתנתקות. תכלית זו מייחדת את הקבוצה שנכללה בחוק ושוללת את טענת הפגיעה בזכות לשוויון משום שהוא אינו מפלה בין שווים אלא מבחין בין שונים.

46 שם, בפס' 41 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

47 שם, בפס' 42–49 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

48 שם, בפס' 50–52 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

49 שם, בפס' 55 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

50 שם, בפס' 56 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

51 שם.

52 שם, בפס' 57–58 לפסק דינו של השופט ג'ובראן.

53 הצעת חוק הפסקת הליכים ומחיקת רישומים בעניין עופרת יצוקה, בניית גדר ההפרדה והריסת בתים, התש"ע–2010, 2613/18/9.

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

### **ג. הפרת חובת האמון של נבחר הציבור – הפגם הדמוקרטי שדבק בהליך האישור של תכנית ההתנתקות**

טענתם המרכזית של מתנגדי ההתנתקות בדבר הפגם הדמוקרטי שדבק בתכנית ההתנתקות נסבה על הפרת האמון מצד שרון כלפי בוחריו אשר רק שנה קודם לכן הכריז כי "דין נצרים כדין תל-אביב".<sup>54</sup>

בכוונתי לדון בטענה זאת בשלושה שלבים: בשלב הראשון אפיינן באופן כללי את "חובת האמון" של נבחר ציבור. בשלב השני אבחן, על רקע המודלים השונים של הייצוג הפוליטי, אם בחובת אמון זו כלולה חובה של נבחרי ציבור לקיים הבטחות שניתנו במהלך הבחירות. בשלב השלישי והאחרון אדון בתוצאות הפרתה של חובת האמון.

#### **1. חובת האמון**

אין דינו של פרט המנהל את ענייניו שלו, כדין אדם המופקד על ניהול ענייניו של הזולת. במקרה הראשון הפרט רשאי לפעול כראות עיניו כל עוד אין הוא פוגע באחר. במקרה השני, עליו לפעול למען האינטרס של זה אשר את ענייניו הוא מנהל, ולא זו בלבד אלא שגם מוטלת עליו החובה לפעול בנאמנות.<sup>55</sup> הציבור מעניק לנבחר את הסמכות לפעול בשמו בהנחה שהנבחר ישתמש בה ביושר ובהגינות, משמע לפי העקרונות האתיים המקובלים בציבור.<sup>56</sup>

במרוצת השנים העניק בית המשפט מעמד משפטי לכללים שהיו מצויים קודם לכן בתחום האתיקה הציבורית בלבד.<sup>57</sup> עם זאת נמנע בית המשפט מלקבוע כי כל סטייה מדרישת היושר וההגינות תיחשב להפרה של חובה משפטית.<sup>58</sup>

ודוק, לא החובה המשפטית שיצר בית המשפט היא המבססת את קיומה של חובת הנאמנות. נבחר אשר יפעל שלא לפי כללי האתיקה הציבורית, יפר את חובת הנאמנות כלפי הציבור גם אם הפרה זו טרם נקבעה כהפרה במובנה המשפטי.<sup>59</sup>

משהוצגה "חובת האמון" באופן כללי, אפנה עתה לדון בשאלה אם כלולה בה חובה ספציפית לקיים הבטחות בחירות.

#### **2. מודלים אפשריים לייצוג הפוליטי**

שני מודלים מרכזיים מגדירים את מהות "הכוח" המועבר לנבחר הציבור ואת מרחב התמרון שניתן לו להפעלת הכוח. המודל הראשון רואה בנבחר "שלוח" שחייב לצייט להוראות הבוחר ואינו מוסמך לחרוג מהן. חריגה מהמנדט כאמור תביא לבטלות השליחות. מודל זה כמעט עבר מן העולם, אך שרידיו עדיין טבועים במוסד ה-Recall האמריקני<sup>60</sup> וב-Abberufungsrechts<sup>61</sup> אשר קיים בכמה מחוזות בשווייץ.<sup>62</sup>

54 שלמה שמיר, אלוף בן והסוכנויות "שרון: דין נצרים כדין ת"א ונגבה" וואלה – חדשות (25.2.2002), [news.walla.co.il/?w=/212791](http://news.walla.co.il/?w=/212791).

55 אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **מבחר כתבים** כרך א 621 (התש"ס).

56 יצחק זמיר "אתיקה בפוליטיקה" **משפטים** יז 250, 262 (התשמ"ח).

57 כך, לדוגמה, פיתח בית המשפט את "כללי הצדק הטבעי" הכוללים את האיסור לפעול מתוך ניגוד עניינים ואת זכות הטיעון, שהיו עד אותה עת כללים אתיים בלבד ללא כל משמעות משפטית.

58 דפנה ברק-ארוז "השפיטות של הפוליטיקה" **פיליפ** ח 369, 369 (התש"ס).

59 זמיר, לעיל ה"ש 56.

60 הליך ה-Recall מאפשר לתושבים בעיר להפסיק את כהונתם של נבחרי ציבור ברשויות מקומיות. מטרתו לאפשר פיקוח הדוק על נבחרי הציבור.

61 האפשרות להדיח במהלך כהונה רשויות שנבחרו על ידי מספר מוגדר של בעלי זכות הצבעה.

62 סוזי נבות "חבר הכנסת כ"אמון הציבור" **משפטים** לא(2) 433, 450 (התשס"א).

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

המודל השני מצדד ב"ייצוג חופשי" שבו הנבחר אינו כבול לרצון בוחריו אלא יש לו שיקול דעת עצמאי והוא פועל כראות עיניו, שכן עליו לייצג את כל העם ולא רק את בוחריו.<sup>63</sup>

מודל "הייצוג החופשי" היה רלוונטי עד תחילת המאה העשרים, ואז עלה רעיון המפלגות הפוליטיות כגופים המתווכים בין הציבור לבין השלטון.<sup>64</sup> המלומד Leibholz טען כי המפלגות הפוליטיות פגעו בעקרון העצמאות של הנבחר וכעת לא הוא מייצג את "כל האומה" אלא רצון העם מתבטא ברצונה של המפלגה.<sup>65</sup>

במשפט הישראלי אין ייצוג בכנסת ללא מפלגה, והמפלגה היא "היחידה החוקתית" המייצגת את רצון בוחריה,<sup>66</sup> ומטרתה היא להנחיל רצון זה באופן שיבטא את רצון הציבור כולו.<sup>67</sup>

למרות חובתה של מפלגה להציג את מטרותיה לציבור,<sup>68</sup> ולמרות ריבוי המפלגות הקטנות, שלעתים פועלות להגשמת מטרה אחת, וקיומן של מפלגות סקטוריאליות, המייצגות מגזר מסוים, בכל זאת נראה כי המפלגות בשיטתנו מקבלות מנדט ל"ייצוג חופשי" של בוחריהן. הרציונל הוא כי דווקא במקום של ריבוי אינטרסים, חשוב שגם "טובת הציבור" תעמוד לנגד עיניה של המפלגה.<sup>69</sup>

### 3. חבר הכנסת כנאמן

נראה כי התפיסה של חבר הכנסת כנאמן הציבור השתרשה במשפטנו.<sup>70</sup> עם זאת כפי שראינו לעיל, עם כניסתן של המפלגות הפוליטיות, חברי הכנסת כבר אינם עומדים לבדם כנציגי הציבור.

המשטר הפרלמנטרי מחייב פעולה קבוצתית אחידה, ובלעדיה גם הממשלה וגם האופוזיציה לא יוכלו למלא את תפקידן.<sup>71</sup> אפשר להיבחר רק כנציג חלק ממפלגה, ולכן נוצרת מאליה התחייבות לדחות את הרצונות הפרטיים של הנבחר מפני רצון המפלגה. ייצוג האומה יתקיים רק אם הנבחר פועל על פי התכנית המפלגתית.<sup>72</sup> על רקע זה ניתן לבסס את ההנחה כי אמון הציבור ניתן לחבר הכנסת רק בשל היותו נציג של המפלגה,<sup>73</sup> ועל כן חלה עליו ההגדרה של 'נאמן המפלגה'.

למעשה, על חבר הכנסת חלה חובת אמון משולשת: למפלגתו, לציבור בוחריו ולציבור כולו.<sup>74</sup> נאמנות חבר הכנסת לציבור בוחריו הוכרה בפסיקה,<sup>75</sup> וכן היא מעוגנת באופן ישיר בכללי האתיקה לחברי הכנסת.<sup>76</sup> בית המשפט אף היה מוכן להכשיר פעולת חבר כנסת למען ציבור בוחריו על פי מצע מפלגתו, גם אם יש בה משום פגיעה באינטרס הציבורי.<sup>77</sup>

63 יגאל מרזל "ניגוד עניינים של חברי כנסת: בין הנאמנות למפלגה לנאמנות לציבור" **ניגוד עניינים במרחב הציבורי** 389, 397 (התשס"ט).  
64 שם, בעמ' 397–398.  
65 שם, בעמ' 461.  
66 ס' 1 לחוק המפלגות, התשנ"ב–1992.  
67 מרזל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 398.  
68 ס' 4 לחוק המפלגות.  
69 מרזל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 466–467.  
70 שם.  
71 המשמעת ה"קואליציונית" היא אחד מהכלים להשגת ה"איחוד הפונקציונלי". ראו: ס' 11(ז) לחוק המעבר, התש"ט–1949.  
72 מרזל, לעיל ה"ש 63, בעמ' 461.  
73 עם זאת בישראל יש לעתים חשיבות רבה גם למועמד האישי, והתמודדותו מטעם מפלגה X עלולה להסיט בוחרים מלבחור במפלגה Y.  
74 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל** כרך ב, 659 (1996).  
75 בג"ץ 3094/93 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד מז 404 (1993); בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' יושב ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט(1) 758 (1995) (להלן – פרשת ולנר).  
76 ס' 1א(2) לכללי אתיקה לחברי כנסת. [main.knesset.gov.il/Activity/Documents/RulesOfProcedure.pdf](http://main.knesset.gov.il/Activity/Documents/RulesOfProcedure.pdf).  
77 מרזל, לעיל ה"ש 63.



רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ** דין ח 103 (תשע"ג)

נראה כי ההבחנה בין חובות האמון השונות יוצרת את האשליה כי חובות אלו הן נפרדות ואף מנוגדות זו לזו. ודוק, חובת האמון לציבור כולו תלויה בחובת האמון של חבר הכנסת למפלגתו ולציבור בוחריו ונסמכת עליה.

במשטר פרלמנטרי רצון הבוחרים בא לידי ביטוי בצורה החזקה ביותר בבחירות עצמן. הבחירות מממשות הלכה למעשה את עקרון "שלטון העם" העומד בבסיס הרעיון הדמוקרטי.

מודל הבחירות מושתת על שתי הנחות יסוד מרכזיות: השתתפות ורציונליות. קיומן של שתי אלו תלוי ברכיב ה"מידע". הראשונה מניחה את קיומו ואילו השנייה דורשת אותו. תפקידה המרכזי של מערכת הבחירות הוא לספק את המידע הדרוש לבחור לשם בחירה רציונלית ואפקטיבית. מפלגות ופוליטיקאים במערכת הבחירות מציגים לציבור הצעות מדיניות באמצעות המצע המפלגתי ותעמולת הבחירות. הצעות אלו מנוסחות כהבטחות שאותן הם מבקשים ליישם אם יינתן להם מנדט מהציבור. הפרת הבטחות בחירות למעשה פוגעת בדיעבד בהליך הבחירה. המידע שהיה בידי הבחור היה מידע שגוי השומט את הקרקע מתחת להנחת הרציונליות והנחת ההשתתפות.

כפי שהוצג לעיל, השיטה הפרלמנטרית מחייבת "מרווח תמרון"; לנבחר הציבור צריכה להישמר האפשרות להתאים את פעולותיהם לנסיבות המשתנות וכן האפשרות ל"משא ומתן" בין הסיעות. בשל כך יש לראות בשאיפה למימוש המצע המפלגתי ובהבטחות הבחירות חלק בלתי נפרד מ"חובת האמון" של הנבחר לבחור. על הנבחר להמשיך לפעול למען האינטרס שבשמו נבחר ולסטות ממנו רק אם הדבר מחויב המציאות.

סטייה גסה מלב המצע המפלגתי ללא הצדקה מיוחדת תהווה "הפרת אמון" של הנבחר לבחור.<sup>78</sup> ייצוג המנוגד לחלוטין לרצון הבוחרים יפגע בעקרון הייצוגיות העומד בבסיסו של משטרנו.<sup>79</sup>

#### 4. מהכלל אל הפרט

במערכת הבחירות בשנת 2003 הוצגו לבוחרים שני מצעים מרכזיים המנוגדים בהשקפת עולמם.<sup>80</sup> מפלגת העבודה בראשותו של עמרם מצנע, אשר אימצה במצעה את תכניתו לנסיגה חד-צדדית מכל רצועת עזה,<sup>81</sup> ירדה מ-26 ל-19 מנדטים. לעומתה מפלגת הליכוד, אשר התנגדה לתכניתו והבטיחה שתמשיך לפעול לחיזוקה ולפיתוחה של ההתיישבות,<sup>82</sup> הכפילה את כוחה לסך של-38 מנדטים<sup>83</sup> והפכה למפלגה בעלת הייצוג הגדול ביותר בכנסת.<sup>84</sup>

הליך ההכרעה הבעייתי בעניין תכנית ההתנתקות כפי שתואר קודם לכן, כלומר הסתירה בינה ובין מצע המפלגה והמשך ההליך שלא לפי רצון המפלגה וציבור בוחריה, הטילו פגם מהותי בחובת האמון של סיעת הליכוד.<sup>85</sup> כיוון שעבודת הכנסת

78 כדי לקבוע איזו הפרת הבטחה תיחשב גם להפרת אמון, נגדיר "הבטחות" לפי שני קריטריונים מרכזיים: (1) יכולת קיום ההבטחה; (2) היקף הפעילות הנדרש לקיום ההבטחה. ככל שקיום ההבטחה תלוי יותר בסיעה עצמה, וככל שהיקף הפעולה הנדרש לקיום ההבטחה הוא קטן יותר, כך תחזק הסברה כי הנבחר שהפר אותה הפר את אמון הבחור.

79 פרשת **חוף עזה**, לעיל ה"ש 21, בפס' 23 לפסק דינו של השופט לוי.

80 אני מאמצת את דעתו של השופט לוי בפרשת **חוף עזה** על כך שהמילה "מצע" אינה מסתכמת במסמך הכתוב אלא כוללת את התשתית הערכית לפעילות המפלגתית כולה ואת עקרונות היסוד שהתחייבה לקדם. שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט לוי.

81 עקיבא אלדר "מצנע: נסיגה מרוב הגדה בתוך שנה. יציאה מעזה מיד" **הארץ** (18.11.2002). [www.haaretz.co.il/misc/1.840778](http://www.haaretz.co.il/misc/1.840778).

82 מצע הליכוד בבחירות לכנסת ה-16 [www.idi.org.il/media/393141/likud%2016.pdf](http://www.idi.org.il/media/393141/likud%2016.pdf).

83 תוצאות הבחירות לכנסת ה-16 [main.knesset.gov.il/mk/elections/Pages/ElectionsResults16.aspx](http://main.knesset.gov.il/mk/elections/Pages/ElectionsResults16.aspx).

84 לאחר הבחירות התמוזגה סיעת ישראל בעלייה עם סיעת הליכוד והעניקה לה שני מנדטים נוספים (ראו: פילוג ומיזוג סיעות בכנסת 16). [main.knesset.gov.il/mk/Faction/Pages/FactionHistoryAll.aspx](http://main.knesset.gov.il/mk/Faction/Pages/FactionHistoryAll.aspx). בסך הכול מנתה סיעת הליכוד 40 מנדטים בכנסת ה-16.

85 ס' 1 לחוק מימון מפלגות, התשל"ג-1973, מגדיר "סיעה" ככל אחד מאלה: "(1) מפלגה שהיתה מיוצגת על ידי סיעה בכנסת היוצאת, הגישה בבחירות לכנסת רשימת מועמדים והיא מיוצגת בכנסת על ידי חבר כנסת אחד לפחות [...]". הסיעה היא החלק של הרשימה שנבחר לכנסת. ראו: ס' 111

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

נשענת על הסיעות המרכיבות אותה,<sup>86</sup> וסיעת הליכוד היא שהובילה את הרוב לאישור תכנית ההתנתקות ועיגונה בחוק, דבק הפגם בחוק עצמו ובכנסת אשר מכוחה הוא נחקק.

#### ד. תוצאות הפרת חובת האמון של נבחר ציבור

משהוברר שבשל הפרת האמון של סיעת הליכוד דבק פגם דמוקרטי בתכנית ההתנתקות, אפנה עתה לבחון את השפעותיו של פגם זה.

#### 1. סעד אכיפה

תהליך הבחירות אינו מסיים את הקשר שבין הנבחר לבחוריו<sup>87</sup> ועליו להמשיך ולפעול למען הגשמת המטרות שלשמן נבחר. התפיסה הרווחת היא כי פעילותו של הנבחר תעמוד לביקורת הציבור אשר יבוא עמו חשבון ביום הבחירות. עם זאת, מסוף שנות השמונים ואילך, וכדבריו של השופט ברק שמשפט הציבור אינו יכול להחליף את המשפט הציבורי,<sup>88</sup> אנו עדים למגמה ברורה של הרחבת תחומי השפיטות ונכונות להתערב גם בתחום הפוליטי, ולא רק בהחלטות שעניינן אידאולוגיה פוליטית אלא גם באלו העוסקות בחלוקה של עמדות כוח ומשאבים פוליטיים.<sup>89</sup>

אחת העתירות נגד חוקתיות חוק יישום תכנית ההתנתקות, אשר נדונה בעניין **חוף עזה**, ביקשה לקבוע כי הפרת האמון שתוארה בפרק הקודם מצדיקה את בטלותו של החוק כיוון שהוא אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.<sup>90</sup>

השופט לוי, בדעת מיעוט,<sup>91</sup> הכיר במודל "הייצוג החופשי" הנוהג בשיטתנו ומעניק שיקול דעת רחב לנבחר הציבור. עם זאת לדעתו, שיקול דעת "רחב" אין משמעו שיקול דעת "בלתי מוגבל"; גם חופש פרלמנטרי אינו חופש "מוחלט".<sup>92</sup> לוי אימץ את השקפתו של השופט ברק כי "עקרונות הסבירות" הוא בעל תחולה אוניברסלית והוא המנחה אותנו בכל מקום שאין בו

8 (א) לתקנון הכנסת. הקשר שבין הסיעה לרשימה הוא קשר הדוק ונמשך עד תום הקדנציה. במקרה של התפטרות חבר כנסת, הבא ברשימה המפלגתית תופס את מקומו. ראו: ס' 43 לחוק-יסוד: הכנסת.

86 הכנסת היא "בית הנבחרים של המדינה" (ראו: ס' 1 לחוק-יסוד: הכנסת), אך תקנון הכנסת מדגיש את האופי הייצוגי-סיעתי של הכנסת; השתתפות חברי הכנסת בחלק מהדיונים במליאה, הגשת הצעות החוק וההצעות לסדר היום וכן ההשתתפות בוועדות מתקיימות על פי רוב על בסיס סיעתי.

87 בג"ץ 1601/90 שליט נ' ח"כ שמעון פרס, פ"ד מד(3) 360, 353 (1990).

88 בג"ץ 1635/90 ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה, פ"ד מה(1) 749, 854–855 (1991).

89 עם קביעותיו של בית המשפט בשנים האחרונות נמנות ההכרזה על שפיטותם של הסכמים פוליטיים, ההכרזה על פסלותם של מינויים פוליטיים וההתערבות בחלוקת תקציבים פוליטיים. ראו: זמיר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 370.

90 פרשת **חוף עזה**, לעיל ה"ש 21, בפס' 89 לדעת שופטי הרוב.

91 שופטי הרוב דחו את טענת העותרים בלי להכריע כלל בשאלה עד כמה חבר הכנסת כבול למצע הבחירות ולהבטחות שנתן לבחוריו. לטענתם השאלה אם סטה ראש הממשלה מהקו המפלגתי אין בה כדי להשפיע על חוקתיותו של חוק שהתקבל על ידי הכנסת (ראו: פרשת **חוף עזה**, לעיל ה"ש 20, בפס' 92 לדעת הרוב). הכרעה זו של שופטי הרוב אינה חריגה. למרות ההכרה בסמכותו של בית המשפט לבקר את פעילותה של הכנסת, בית המשפט נוקט ריסון עצמי וזהירות בשימוש בסמכות זו (ראו: בג"ץ 9202/08 ח"כ לימור לבנת נ' ראש הממשלה (פורסם בנבו, 4.12.2008)). יתרה מזו, היקף הביקורת תלוי לא רק בגוף המבוקר אלא גם במהות פעילותו; על הריסון העצמי של בית המשפט להיות מרבי בעת שהוא מבקש להתערב בהליך החקיקה עצמו. אמנם הביקורת השיפוטית אינה מוגבלת למקרי חריגה מסמכות או לפגמים פורמליים בלבד, אבל התערבות זו שמורה למקרים נדירים שבהם הפגם שנפל בהליך החקיקה יהיה "פגם היורד לשורש ההליך". ראו: בג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14, בפס' 16 לפסק דינה של השופטת ביניש (2004).

92 פרשת **ולנר**, לעיל ה"ש 75, בעמ' 803.

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ** דין ח 103 (תשע"ג)

נורמה משפטית ספציפית.<sup>93</sup> הוא ציין שהרוב שהושג לחקיקת החוק התאפשר בגלל תמיכת סיעת הליכוד בחוק, ומכיוון שתמיכה בתכנית ההתנתקות מהווה סטייה גסה וקשה ממצע המפלגה שעל פיו נבחרה, יש בה משום הפרת אמון במישור המשפטי, ולא זו בלבד אלא שהיא אף מאפשרת לבית המשפט להעניק סעד של בטלות הפעולה הסותרת, ולמעשה להביא לבטלותו של החוק כולו.<sup>94</sup>

עמדתו של השופט לוי, המבקשת להעניק סעד שיש בו משום אכיפה של המצע המפלגתי, היא יוצאת דופן בנוף השיפוטי של שיטתנו. אמנם המצע המפלגתי זוכה להכרה משפטית, ומכוחו ניתן לפסול רישום מפלגות,<sup>95</sup> או למנוע את התמודדותה של מפלגה לכנסת,<sup>96</sup> אך הגישה המקובלת בעולם המערבי רואה במצע הבטחה במישור הפוליטי בלבד ולא חוזה משפטי מחייב המאפשר את אכיפתו.

מקיאבלי הוא שביטא את התפיסה שרווחה בפוליטיקה בזמנו וביקש להפריד את הפוליטיקה מהאתיקה. לשיטתו, הנסיך (או הפוליטיקאי במונחים של זמננו) אינו כבול בערכי המוסר המקובלים בחברה, וכל הכלים "כשרים" בשבילו כדי לשרת את טובת המדינה ואת טובת הציבור כפי שהוא רואה אותם. אמנם כיום, במשטרים הדמוקרטיים, קשה למצוא פוליטיקאי שיצהיר בריש גלי כי צרכים פוליטיים דוחים שיקולים מוסריים, אך יהיה זה נאיבי לצפות כי רוחו של מקיאבלי לא תשכון כלל בקרבם של פוליטיקאים.<sup>97</sup> אם כן, קשה לומר כי המצע המפלגתי ניחן בגמירות הדעת ליצור יחסים משפטיים הנדרשת ליצירת חוזה. כדבריו של השופט סטיבנס: "One would be naive not to recognize that campaign promises are – by long democratic tradition – the least binding form of human commitment"<sup>98</sup>.

זאת ועוד, בשונה מ"הבטחה מנהלית", המצע פונה לציבור הרחב ולא לקבוצה מוגדרת של אנשים<sup>99</sup> ובעת "ההבטחה" אין המפלגה מוסמכת לתתה;<sup>100</sup> שהרי לא ברור כלל אם המפלגה תיבחר או תהיה בעלת כוח פרלמנטרי מספיק בשביל להגשים את מטרותיה ולקיים את הבטחותיה.<sup>101</sup>

לבסוף, מודל ה"ייצוג החופשי", המתאר את הקשר שבין הנבחר לבוחר בשיטתנו, מחייב את ההכרה ב"חופש המצע". המפלגה אינה יכולה לכבול את שיקול דעתה, שכן השלטון מחייב אותה לדאוג לאינטרס הציבורי בנסיבות המשתנות. יתרה מזו, רק "גמישותו" של המצע תאפשר ליצור שיתוף פעולה עם מפלגות אחרות, ושיתוף פעולה זה חיוני לקיומו של משטר פרלמנטרי תקין.<sup>102</sup>

משהוברר הקושי להושיט סעד של אכיפת המצע, כפי שתואר, אפנה לבחון דרכים חלופיות שעשויות להתאים למהות הייחודית של המצע המפלגתי והבטחות בחירות.<sup>103</sup> תחילה אעבור לבחון אם הפרת חובת האמון מגבשת טענת "השתק" בהליכים הפליליים שהתנהלו נגד מתנגדי ההתנתקות.

93 ברק-ארז, לעיל ה"ש 58.

94 פרשת **חוף עזה**, לעיל ה"ש 21.

95 ס' 5 לחוק המפלגות.

96 ס' 7(א) לחוק-ייסוד: הכנסת. ראו גם את פסיקת בית המשפט עוד בטרם עוגנה אפשרת זו בחוק: עב 1/65 **ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט 365 (1965); עב 2/84 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה**, פ"ד לט(2) 225 (1985).

97 זמיר, לעיל ה"ש 56, בעמ' 252.

98 *Republican Party of Minnesota v. Minnesota Board of judicial standards*, 536 U.S. 765 (2002).

99 יכולה לעלות שאלה בדבר הבטחות שנועדו להיטיב עם מגזר מסוים כגון תלמידי הישיבות או ניצולי השואה.

100 לדיון מעמיק יותר בהבחנה שבין "הבטחה מנהלית" למדיניות, ראו את מאמרו של יואב דותן "הבטחה מינהלית לציבור" **משפט וממשל** ה 465 (התש"ס).

101 ניתן לטעון כאן כי המצע הוא הבטחה עתידית שתגבש כאשר יתקיימו התנאים שיאפשרו את יישומה, ורק אז תחול חובה על המפלגה לקיימו.

102 סוזי נבות "המעמד המשפטי של המצע המפלגתי" **המשפט** יב 395, 406–407 (התשס"ז).

103 בנוגע להסכמים פוליטיים אשר הדמיון ביניהם ובין המצע המפלגתי הוא רב וזוכה להשוואה תכופה בפסיקה (קיים דמיון בין השניים משום ששניהם בעלי אופי כללי ועניינים הוא אופן הפעלתן של סמכויות השלטון. ראו: רובינשטיין ומדינה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 613; פרשת **חוף עזה**, לעיל

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

## 2. טענת "השתק"

תורת ההשתק מונעת את העלאתן של טענות עובדתיות ומשפטיות מסוימות, גם אם הן נכונות, במקרה שהן יפגעו בעשיית צדק. מקורה של דוקטרינת ההשתק הוא בדיני היושר (equity) שפותחו במדינות המשפט המקובל והיא תרופה למצבים שבהם הכללים המשפטיים הקיימים עלולים להביא לתוצאה בלתי צודקת. היא גם שלובה בתפיסת האמון (trust), אשר מטרתה להעניק הגנה להגשמתן של ציפיות סבירות גם כאשר אלה אינן מעוגנות בנורמות המשפטיות המגדירות את יחסי האמון.<sup>104</sup> אם כן, ההשתק הוא עיקרון כללי שיחול בהיעדר הסדר ספציפי.<sup>105</sup>

אף שמקורה של הדוקטרינה בדיני החוזים, סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) מאפשר את החלתה גם כאשר המצג או ההבטחה לא ניתנו בחוזה או במשא ומתן לכריתת חוזה. החלת ההשתק מתאפשרת אף כאשר אין מדובר ב"פעולה משפטית" אלא "ככל שהדבר מתאים לעניין".<sup>106</sup> וכך מתרחב השימוש בשיטתנו בתורת ההשתק בתחומים שונים של המשפט ובהם המשפט המנהלי.<sup>107</sup>

תורת ההשתק מיועדת לתת פתרון למצבים שטרם הבשילו לחוזה או שאינם מחייבים מכוח דיני ההבטחה המנהלית. לשם החלת הדוקטרינה צריכים להתקיים ארבעת יסודות ההשתק: (1) מצג או הבטחה – אלו יוכרו לא רק אם הופנו הישר ובמכוון אל המסתמך אלא גם אם היה על עושיהם לצפות כי מעשיהם יצרו הסתמכות; (2) פגם במצג או בהבטחה; (3) הסתמכות ושינוי מצב לרעה; (4) דרישת תום הלב – על המסתמך להאמין בתום לב כי המצג או ההבטחה הם נכונים.<sup>108</sup>

מחד גיסא, נראה כי החלתה של תורת ההשתק מתאימה לענייננו, שכן ארבעת יסודותיה מתקיימים: מצע הליכוד יצר מצג שעליו הסתמכו הבוחרים בעת הבחירות לכנסת ה-16 ואשר ממנו סתה סיעת הליכוד בצורה קשה וגסה. כיוון שמפלגת הליכוד היא מפלגה ותיקה ולא מפלגה "אופנתית" חולפת, והיא ידועה בפועלה למען פיתוח ההתיישבות וחיזוקה, ניתן לומר כי האמינו הבוחרים בתום לב כי זו תמשיך בדרך שהציגה ב-30 השנים האחרונות. כאמור, הקביעה שהמצע המפלגתי אינו חוזה במובנו המשפטי אינה שוללת את קבלתה של טענת ההשתק במקרה מעין זה.

מאידך גיסא ישנם קשיים לא מעטים בהחלתה של תורת ההשתק בהליכים הפליליים בעניין המחאה על ההתנתקות, באמצעות דוקטרינה של הגנה מן הצדק (השתק פלילי).<sup>109</sup> ראשית, "הנפגעים" הקלסיים מהפרת האמון הם מצביעי הליכוד, אך בשיטת בחירות שבה ההצבעה היא חשאית, כיצד ניתן לדעת למי הצביע כל אחד מהמוחים? שנית, מהנתונים עולה כי חלק ניכר מהעצורים במהלך פעולות המחאה הם קטינים שלא היו כשרים כלל להצביע בבחירות לכנסת. בתשובה ניתן לטעון כי משדבק הפגם הדמוקרטי של סיעת הליכוד בחוק ובכנסת שחוקקה אותו, קבוצת ה"נפגעים" הורחבה לכל מי שחפץ ביקרו של משטר דמוקרטי תקין. אך דוקטרינת ההגנה מן הצדק, האמורה לבטא רגישות לטענות השתק במשפט הפלילי, אינה

---

ה"ש 20, בפס' 25 לפסק דינו של השופט לוי; פרשת **ולנר**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 809) אמר השופט ברק כי במקומו של סעד האכיפה שיינתן במקרים נדירים אם בכלל, ניתן לפתח סעדים חדשים שיתאימו למהות הייחודית של ההסכמים הפוליטיים. ראו: ברק-ארז, לעיל ה"ש 58, בעמ' 373.

104 אריאל בנדור **תורת ההשתק במשפט המינהלי** 8–10 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים - הפקולטה למשפטים, 1994).

105 שם, בעמ' 14–15.

106 ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973.

107 להרחבה ראו: בנדור, לעיל ה"ש 104.

108 שם, בעמ' 23–47.

109 ההשתק הוכר גם בהקשרים פליליים. ראו ע"פ 2910/94 **יפת נ' מדינת ישראל**, פ"ד (2) 221 (1996); ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פ"ד נט(6) 776 (2005). ראו גם חוק סדר הדין הפלילי (תיקון מס' 51), התשס"ז–2007, ס"ח 308. בתיקון זה הוספה למעשה טענה של הגנה מן הצדק לרשימת הטענות המקדמיות שנאשם רשאי להעלותן לאחר תחילת המשפט. ראו: זאב סגל ואבי זמיר "הגנה מן הצדק באור חוק סדר הדין הפלילי סדר חדש של הגינות משפטית" **ספר דויד וינר – על משפט פלילי ואתיקה** 231 (דרור ארד-אילון, יורם רבין, ניב ואקי עורכים, 2009).

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי: על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

ערוכה להתמודד, ואף אינני חושבת שראוי שתתמודד, עם טענות השתק "כלליות", דהיינו של ציבור בלתי מסוים, כלפי הליך חקיקתו של חוק.

שתי סיבות מכריעות תומכות, לדעתי, בדחיית טענת ה"השתק", שלפיה המדינה "מושקת" מלנקוט הליכים פליליים בגלל הפגם שנפל בהליך החקיקה. האחת, קבלת הטענה והימנעות מלאכוף את כל עבירות חופש הביטוי שביצעו מתנגדי ההתנתקות הייתה עלולה להביא לתחושת "חסינות" מפני החוק, לפגוע ביסוד ההרתעה שלו ואולי להחמיר את פעולות ההתנגדות והמחאה עד גלישה אל מעבר לגבולות המקובלים במשטר דמוקרטי. שנית, מבחינה עיונית, לא ברור אם אדם רשאי "לקחת את החוק לידי" בטענת השתק שכזאת, ואף לא ברור, כפי שנאמר למעלה, אם בית המשפט הוא האורגן המתאים לקבוע כי החוק בכללותו (להבדיל מאכיפה כלפי אדם פלוני בנסיבות מסוימות) בנסיבות חקיקתו, מעניק טענת השתק.

כיוון שגם בעניין חוק החנינה לא היה בית המשפט חייב להעניק סעד בגין הפרת האמון, נשאר ציבור הבוחרים "המרומה" נטול הגנה; 'קולו' "נגנב" משום שניגיו הנבחרים הפרו את האמון שנתן בהם, ולא זו בלבד אלא שהוא גם לא זכה לסעד או להכרה מרשויות השלטון ומבית המשפט (מלבד דעת המיעוט של השופט לוי) בגין הפרת חובת האמון כלפיו.

### 3. חוק החנינה כקבלה רטרואקטיבית של טענת השתק

הסטייה הגסה והקשה של אריאל שרון וסיעת הליכוד מהמצע המפלגתי לקחה בפגם דמוקרטי שדבק בחוק יישום תכנית ההתנתקות. עקב הכשל הדמוקרטי בהליך החקיקה נראה כי לא היה ראוי לאכוף את עבירות חופש הביטוי שבוצעו במחאה על החוק הפגום. עם זאת, כפי שראינו לעיל, בית המשפט יתקשה לקבל טענת השתק בהקשר זה. לא היה זה תפקידו של בית המשפט לרפא פגמים שנפלו בהליכי הכנסת, אך יציאתו של בית המשפט מהזירה אינה מחייבת את סוף המאבק להשגת צדק. כדבריו של ג'ון רולס: "Justice is the first virtue of social institutions [...] Laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust"<sup>110</sup>

ואכן האחראית לתקלה ניסתה גם לתקנה; חוק החנינה מעיד על הכרתה של הכנסת בפגמים שנפלו בחקיקתו של חוק יישום תכנית ההתנתקות, ומכאן על הקושי שבאכיפת עבירות חופש ביטוי שבוצעו על רקע החוק הפגום. במחיקת הרישומים הפליליים ניסתה הכנסת להשיב את המצב לקדמותו ולהכיר בסוג של השתק רטרואקטיבי כללי כלפי המוחים על ההתנתקות. תכלית זו של חוק החנינה מייחדת את הקבוצה שנופלת בגדרו ושוללת את הפגיעה הנוטעת בזכות לשוויון.

מכאן ניתן להסיק שחוק החנינה אינו עוסק בקרע "בעם" אלא בקרע בין ציבור הבוחרים לכנסת, אשר בעקבותיו הסירה הכנסת את מקצת התוצאות הפליליות שנוקפו לחובת העוברים על חוק יישום תכנית ההתנתקות, חוק אשר נחקק עקב "ליקוי מאורות" דמוקרטי מסוים.

## ה. סיכום

המציאות אולי מחייבת אותנו להסתכל בציניות בפוליטיקה, וקל לומר כי אתיקה ופוליטיקה אינן יכולות לדור בכפיפה אחת. אך מטרתו של המשפט היא לא רק להבחין במצב המצוי אלא גם להביא למצב הרצוי. אמנם הורחבו גבולותיה של השפיטות, אך עדיין אין בנמצא סעדים יעילים להגשמת האידיאל הדמוקרטי כאשר חובת הנאמנות של נבחר הציבור לבוחריהם מופרת.

JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971) 110

רינה דורפמן, "פינוי – פיצוי? על סטייה מליבת המצע המפלגתי כהפרת חובת אמון של נבחר ציבור – 'חוק החנינה' כסעד תחיקתי", **הארץ דין** ח 103 (תשע"ג)

ברשימה קצרה זו ביקשתי להראות כי פסיקת בית המשפט בעניין חוק החנינה הביאה לתוצאה הנכונה, אלא שהיא לא ניתנה מהטעמים הנכונים. חוק החנינה צריך להיבחן כמבטא את ההכרה של הכנסת בפגמים שדבקו בחוק יישום תכנית ההתנתקות בשל הפרת האמון שניתן בראש הממשלה אריאל שרון ובסיעת הליכוד, הפרה אשר הביאה את הרוב בכנסת לחקיקת חוק זה. לפיכך התעורר הקושי לאכוף עבירות של חופש ביטוי על מי שמחו על החוק הפגום.

על כן אין חוק החנינה מעניק "הטבה" למתנגדי ההתנתקות, ובכך פוגע בזכות לשוויון בפני החוק, אלא הוא אך מנסה לעשות צדק ולתת סעד בגין הפרת חובת האמון של הנבחרים לבוחריהם.