

“ראיתי אותך, זה לא חזיון תעתועים”¹

מאת: הדר פאר

מאמר זה מתפרסם במסגרת [תחרות כתיבה](#) בנושא “מבט ביקורתי על סוגיות במשפט הציבורי בישראל”, שאירגן תא משפט וחירות בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בשנת תשפ”א. מאמר זה הוא הזוכה במקום השני (במשותף) בתחרות.

ברשימה זו אבקש לטעון בעד הרחבת המבחן הראשון בפסקת ההגבלה – הגבלת הזכות בחוק או מכוחו. מימים ימימה כלל נקוט הוא בידנו כי לרשות אסור לעשות דבר אלא אם הוסמכה לכך.² הכלל גודר את פעולותיה בדין, ומשעה שיצאה רגלה מחוץ למחנה הוציאה עצמה מהכלל וכפרה בעיקר.³ מקום של כבוד נודע לכלל במשפט הפלילי בהתאם לעקרון הוותיק *nullum crimen sine lege* המעוגן כיום בחוק העונשין.⁴ כלל זה מיישם את האמנה החברתית לפיה העם, ולמצער נציגו, רשאי להטיל מגבלות על הפרט,⁵ ולקבוע איזו פעולה תיחשב כאסורה בהיותה אנטי חברתית.⁶ תכלית העקרון למנוע שימוש שרירותי בכח השלטוני כנגד הפרט ושמירה על חירותו,⁷ ובכך מותר לפרט לעשות כל שלא נאסר עליו.⁸ לימים, הכלל עוגן בנוגע לכל פגיעה בזכות המעוגנת בחוקי היסוד.⁹

על-פירוב, דרישה זו כמעט ולא מעוררת קשיים, ובמיוחד בעתירות חוקתיות בהן הנורמה הנתקפת היא חוק. אולם, חזקה על הכנסת כי לא השחיתה מילותיה לריק.¹⁰ מהו, אם כן, תפקיד מבחן זה בעתירות בהן בית המשפט נדרש לשאלת חוקתיות חוק? בעבר נמנע בית המשפט מלהכריע אם יתכן מצב בו חוק עבר בשלוש קריאות ופורסם ברשומות, אך לא ייחשב כחוק לעניין פסקת ההגבלה.¹¹ בשורות הבאות אבקש להשיב על שאלה זו בחיוב ולטעון שתפקידו לסנן מקרים חריגים ונדירים בהם חברי הכנסת לא היו מודעים לפגיעה בזכויות שבחוק, ולמצער אין עדות לכך, ללא

¹ עמיר בניון “עומד בשער”.

² בג”ץ 7/48 אל-כרבוטלי נ’ שר-הבטחון, פ”ד ב 5, פס’ 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) אולשן (1948); בג”ץ 1/49 בז’רנו נ’ שר-המשטרה, פ”ד ב 80, פס’ 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1949); בג”ץ 355/79 קטלן נ’ שרות בתי הסוהר, פס’ 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (פורסם בנבו, 20.4.1980); בג”ץ 6665/12 אי סיג בע”מ נ’ המנהל הכללי של משרד הבריאות, פס’ 24 לפסק דינו של השופט מזוז (פורסם בנבו, 3.12.2014).

³ דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97–98 (טובה אולשטיין עורכת, 2010).

⁴ ס’ 1 לחוק העונשין, התשל”ז–1977; ע”פ 53/54 אש”ד, מרכז זמני לתחבורה נ’ היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ”ד ח 785, פס’ 2 לפסק דינו של השופט זילברג (1954); ע”פ 33/64 מימון נ’ היועץ המשפטי לממשלה, פ”ד יח(2) 434, 436 (1964) (השופט כהן); ע”פ 205/73 רוס נ’ מדינת ישראל, פ”ד כז(2) 365, 372 (1973) (השופט כהן).

⁵ גבריאל הלוי “עקרון החוקיות וחוקתיות בדיני העונשין בישראל” קריית משפט 335, 349 (התשס”ט).

⁶ ש”ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך א 4 (1984) (להלן: יסודות בדיני עונשין).

⁷ יובל לוי “היבטים על עקרון החוקיות בדיני עונשין” עיוני משפט ד 22, 23–24 (1975).

⁸ יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א – המינהל הציבורי 74 (מהדורה שנייה מורחבת, 2010).

⁹ ס’ 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס’ 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק; בג”ץ 5936/97 לס נ’ מנכ”ל משרד החינוך התרבות והספורט, פ”ד נג(4) 673, פס’ 9 לפסק דינה של השופטת דורנר (1999); יהודית קרפ “המשפט הפלילי – יאנוס של זכויות האדם: קונסטיטוציונליזציה לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו” הפרקליט מב 64, 98 (1995).

¹⁰ ע”א 461/60 פלצרייך נ’ לב, פ”ד טו 2187, 2190 (1961) (השופט כהן); עני”ם 4105/09 עיריית חיפה נ’ עמותת העדה היהודית הספרדית בחיפה, פס’ 42 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (פורסם בנבו, 2.2.2012); בג”ץ 6494/14 גיני נ’ הרבנות הראשית, פס’ 40 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.6.2016); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך א – תורת הפרשנות הכללית 155 (1992).

¹¹ בג”ץ 6133/14 גורביץ נ’ כנסת ישראל, פס’ מו לפסק דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 26.3.2015).

תלות בתכליתו. לצורך כך אקח כמקרה בוחן את העבירה הקבועה בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (להלן: החוק).¹²

החוק לא קבע עבירה בצורה ישירה, אלא נקט בדרך של סעיף המגדיר איסורים כעבירות.¹³ לכן, לצורך בחינת היסוד העובדתי הקובע את גבולות העבירה – *actus reus* – יש לפנות להיקף האיסור. האיסור המרכזי בחוק הלך והתפתח לאורך השנים ונוספו לו חלופות שונות. כך, בתחילה הוא מנה שלוש עילות בלבד,¹⁴ אך כיום האיסור מונה חמש עשרה עילות שונות כשיוך מפלגתי ושירות מילואים,¹⁵ ובכך הורחבה העבירה בהתאם כתוצר לוואי.

מעיון בדיוני הכנסת הנוגעים לתיקונים וההרחבות מתגלה תמונה מורכבת. בחלק מהתיקונים חברי הכנסת או גורמים שונים בוועדה מזכירים כי הרחבת האיסור מרחיבה את היקף העבירה ומבקשים לנקוט בזהירות הראויה. כך, בתיקונים שהוסיפו הפליה מחמת נטייה מינית¹⁶ וטיפול פוריות.¹⁷ מנגד, ביתר התיקונים לא התייחסו כלל להרחבת גבולות העבירה. זאת, החל מהקריאה הטרומית, עבור בדיונים בוועדה, המשך בדברי ההסבר וכלה בקריאה השניה ובשלישית.¹⁸ יתרה מזו, בתיקון הנרחב ביותר שהוסיף שבע חלופות¹⁹ אחת מחברות הכנסת אף אמרה שמדובר בחוק "שאינו בו סנקציה פלילית" ואיש לא תיקן אותה.²⁰

עבירה זו, ככל עבירה, פוגעת בחירות הבחירה של האדם ובכך פוגעת בזכות לאוטונומיה.²¹ נוסף לכך, היא פוגעת בזכות הקניין הואיל והעונש הקבוע בעבירה הוא קנס,²² ובמקרים מסוימים היא אף עשויה להוביל לפגיעה בחירות.²³ יתרה מזו, חלופות שונות פוגעות בזכויות נוספות כחופש דת²⁴ או מגבילות טעמים רציונליים אחרים.²⁵ לבסוף, נראה שחופש החוזים של המעסיק נפגע, הואיל ואין הוא יכול להתקשר עם כל אשר יחפוץ, ולעצב את החוזה בהתאם לרצונו.²⁶ זכות זו קיבלה

¹² התשמ"ח-1988.

¹³ ס' 15 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

¹⁴ ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38.

¹⁵ ס' 2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.

¹⁶ פרוטוקול ישיבה מס' 305 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-12, 16 (22.10.1991); פרוטוקול ישיבה מס' 324 של ועדת העבודה והרווחה, הכנסת ה-12, 15 (9.12.1991).

¹⁷ פרוטוקול ישיבה מס' 60 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-17, 3 (12.6.2007); פרוטוקול ישיבה מס' 66 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-17, 2 (26.6.2007).

¹⁸ ס' 12 לחוק שירות ביטחון (תיקון מס' 9), התשנ"ח-1997, ס"ח 36 (תיקון עקיף לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988); ס' 14 לחוק החיילים המשוחררים (החזרה לעבודה) (תיקון מס' 12), התשס"ב-2001, ס"ח 22 (תיקון עקיף לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988); חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 9), התשס"ד-2004, ס"ח 436; חוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 22), התשע"ה-2014, ס"ח 45.

¹⁹ ס' 1 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (תיקון מס' 3), התשנ"ה-1995.

²⁰ פרוטוקול ישיבה מס' 350 של הכנסת ה-13, 152 (13.6.1995).

²¹ מרים גור-אריה "השפעת המהפכה החוקתית על המשפט הפלילי המהותי בעקבות פסק הדין בפרשת סילגדו" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 325, 328 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009); Miriam Gur-Ayre, *Comments on Douglas Husak's Overcriminalization*, 1 Jrslm. Rev. Legal Stud. 21, 1, 33 (2010); יצחק קוגלר תאוריה ומעשה בדיני עונשין: מבוא והיסוד העובדתי 69, 71 (2020) (להלן: תאוריה ומעשה בדיני עונשין).

²² ס' 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

²³ ס' 71 לחוק העונשין; ע"פ 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, פס" 11, 24 לפסק דינו של הנשיא ברק (2002) (להלן: עניין סילגדו). לביקורת על גישה זו ראו: ברק מדינה "על פגיעה בזכות חוקתית ועל יתכלית ראויה" – בעקבות ספרו של אהרון ברק מידתיות במשפט הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה (2010) "משפט ועסקים טו 281 (2012); אריאל בנדור והדר דנציג-רוזנברג "עברות פליליות וזכויות חוקתיות" משפט וממשל יז 325 (2016).

²⁴ נטע ברקיקורן "זרקור: שוויון והפליה בעבודה במפגש עם טעמים דתיים נוגדים" זכויות הקהילה הגאה בישראל, משפט: נטייה מינית וזהות מגדרית 599, 603–605 (עינב מורגנשטרן, ניב לוינסקי, אלון הראל עורכים, 2016); גילה שטופלר "הקונפליקט בין חופש הדת וחופש ההתאגדות לבין שוויון הזדמנויות בעבודה - מבט השוואתי" עבודה, חברה ומשפט יא 323, 343–344 (2005).

²⁵ משה כהן-אליה "שלוש הסתייגויות ממפעל ההרחבה של איסורי ההפליה בחקיקת העבודה בישראל" עבודה, חברה ומשפט יא 195, 208–209 (2005).

²⁶ גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 21 (מהדורה רביעית, 2019).

עיגון, חלקי אמנם, בחוק, ²⁷ וזכתה למעמד חוקתי. ²⁸ אם כן, ישנה פגיעה בזכויות המעוגנות בחוק היסוד ועליה לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה ובראשה הדרישה שהפגיעה תיעשה באמצעות חוק.

מבחינה פורמלית אין ספק שבמקרה הבוחן העבירה צולחת את המבחן הראשון בפסקת ההגבלה, אך מבחינה מהותית אין הדבר פשוט כלל ועיקר, לדעתי. על עניין זה, אבקש ללמוד מהתפתחות הפסיקה בנוגע לביקורת השיפוטית על הליך החקיקה המהווה עניין קרוב לענייננו. בפרשת **מגדלי העופות** נדון עקרון ההשתתפות לפיו יש לאפשר לחברי הכנסת אפשרות מעשית לגבש עמדה, אך אין לחייבם לערוך הליך חקיקה נאות. ²⁹ בפרשת **קוונטינסקי** דעת הרוב צעדה צעד נוסף וקבעה כי עקרון ההשתתפות כולל גם רכיב מהותי – "האפשרות להשתתף בהליך החקיקה ולגבש עמדה מושכלת, מחייבת לטעמי **דיון**, ולו מינימלי". ³⁰ גישה זו תואמת את דעת היחיד בפרשת **מגדלי העופות** לפיה העם בוחר את נציגיו, בין היתר, כדי שיערכו דיון. ³¹ בכך משמש נבחר הציבור פה לעם, וביכולתו לגבש עמדה מושכלת ומאוזנת. ³² אם כן, תנאי סף לחקיקת החוק הוא אפשרות מעשית לעריכת דיון, אך בית המשפט קבע שלא יתערב אם אפשרות שכזו לא נוצלה. ³³

נשוב לענייננו. את הקו האמור מבקש אני להמשיך מתוך פרשנות הדרישה הראשונה בפסקת ההגבלה בנוגע לסיטואציות בהן חברי הכנסת לא התייחסו, ולו בצורה מינימלית, להשלכות הסעיף, לאור עקרון הדמוקרטיה הייצוגית. ³⁴ מקרה טיפוסי לכך הוא מצב בו תחיקת סעיף תשפיע באופן ישיר על סעיף אחר שאינו נחקק עמו. למשל, במקרה הבוחן הרחבת האיסור מרחיבה מנייה וגייה את העבירה, ומשכך מדובר בפעולת המחוקק, בשונה מפעולה פרשנית העורכת איזונים חדשים לאור חוקים שנוספו מאוחר יותר. ³⁵

אמנם, קיימת חזקת תקינות לחוק, ³⁶ אך נטל ההוכחה לעמידה בדרישת תנאי זה בפסקת ההגבלה משעה שהוכחה פגיעה על הטוען לכך, ³⁷ ובמיוחד נוכח הפגיעה בזכות ראשונה במעלה – החירות. ³⁸ בהיעדר כל התייחסות לסוגיה, ולו באזכור כלשהו, יש לומר שהחזקה לפיה הכנסת שקלה

²⁷ סי' 24 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

²⁸ רע"א 5248/90 **אנטין נ' פרנקל**, פ"ד מה(5) 139, פס' 5 לפסק דינה של השופטת נתניהו (1991); בג"ץ 8111/96 **הסתדרות העובדים החדשה נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ**, פ"ד נח(6) 481, פס' 26 לפסק דינו של המשנה לנשיא בדימוי אור (2004); דנ"א 5783/14 **צמח נ' אל על נתיבי אויר לישראל בע"מ**, פס' 30 לפסק דינו של המשנה לנשיא בדימוי גיוראן (פורסם בנבו, 12.9.2017); אהרן ברק "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי" **ספר קלינגהופר על המשפט הציבורי** 163, 197 (יצחק זמיר עורך, 1993); אהרן ברק "כבוד האדם כזכות חוקתית" **מבחר כתבים** כרך א 417, 429 (חיים ה' כהן ויצחק זמיר עורכים, 2000); גבריאלה שלו "שוויון בדיני החוזים" **ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט ליכרו** 115, 118 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, 2006).

²⁹ בג"ץ 4885/03 **ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(2) 14, פס' 24, 29 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (2004) (להלן: פרשת **מגדלי העופות**).

³⁰ בג"ץ 10042/16 **קוונטינסקי נ' כנסת ישראל**, פס' 60 לפסק דינו של השופט סולברג (פורסם בנבו, 6.8.2017) (ההדגשה במקור) (להלן: פרשת **קוונטינסקי**).

³¹ פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 29, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין.

³² פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 30, פס' 63 לפסק דינו של השופט סולברג, פס' 11 לפסק דינו של השופט הנדל. השוו: בג"ץ 4733/94 **נאות נ' מועצת עיריית חיפה**, פ"ד מט(5) 111, פס' 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא (1996).

³³ פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 30, פס' 69 לפסק דינו של השופט סולברג.

³⁴ בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק (1998); בג"ץ 5131/03 **ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נט(1) 577, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא ברק (2004).

³⁵ לדוגמה: דנ"פ 2316/95 **גנימאת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מט(4) 589, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא ברק (1995).

³⁶ בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57, פס' 10 לפסק דינו של השופט זמיר (1996); בג"ץ 1993/03 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה**, פ"ד נו(6) 817, פס' 13 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2003).

³⁷ אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ג - פרשנות חוקתית 478 (1994) (להלן: פרשנות חוקתית); ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, פס' 85 לפסק דינו של הנשיא (בדימוי) שמגר, פס' 84 לפסק דינו של הנשיא ברק, פס' 17 לפסק דינו של השופט לוי, פס' 142 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין, 579 (השופט (כתוארו אז) מצא) (1995); עניין **סילגדו**, לעיל ה"ש 23, פס' 25 לפסק דינו של הנשיא ברק.

³⁸ השוו: בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, פס' 49 לפסק דינו של הנשיא ברק (2006).

את העניין³⁹ נסתרת.⁴⁰ אבהיר. האיסור משמש כעוולה ועבירה גם יחד. אולם, מטרת דיני העונשין והנזיקין נבדלות זו מזו.⁴¹ התכלית המרכזית של הדין הפלילי היא חינוך וגמול מתוך תפיסה שהמצב האידיאלי הוא היזקקות מועטה ככל האפשר לדין הפלילי.⁴² לעומת זאת, דיני הנזיקין נתפסים על ידי מלומדים רבים ככלי למקסום התועלת החברתית המצרפית.⁴³ הבחנה זו בין שני תחומי משפט אלה מובילה לתוצאות שונות – דיני הנזיקין תרים אחר יעילות, ובמובן זה יש מקום להפריע יעילה, בעוד דיני העונשין מתכתבים עם תחושות צדק בסיסיות, איזונים מטפיזיים, העברת מסרים חברתיים וביטול יתרונות בלתי הוגנים.⁴⁴ נוסף לכך, דיני הנזיקין מבקשים לתת תרופה לניזוק, להשיב את המצב לקדמותו ולהשיג צדק מתקן,⁴⁵ בעוד דיני העונשין אינם מתיימרים לכך.⁴⁶ והמקרה הנדון יוכיח – בעוד העוולה יכולה להקנות סעד של אכיפת יחסי העבודה,⁴⁷ העבירה קובעת קנס שמשלם לקופת המדינה.⁴⁸

לאור שונות זו, במקרנו כשלא הוברר בדרך כלשהי ולו באופן שטחי וכללי מהות העניין עליו מצביעים, יש לייחס מודעות לעוולה בלבד שכן איסור סתם יכול להיות עוולה,⁴⁹ אך אינו יכול להיות עבירה. נוסף לכך, חזקה כי המחוקק לא התכוון לפגוע בזכויות,⁵⁰ ומשכך מוטב לייחס מודעות לעוולה שהיא פוגענית פחות. מצב שכזה דומה למקרה בו המחוקק לא מבין את החוק עליו הוא מצביע, בו גם דעת הרוב בפרשת **מגדלי העופות** סבורה שיש לפסול את החוק.⁵¹ יוצא, כי דרישת תנאי זה – מודעות להגבלת זכות – מהווה התפתחות טבעית של עקרון החוקיות שתנאיו אינם מהווים רשימה סגורה.⁵² על כן, במקרים בהם לא נערך דיון, ולו מינימלי, בפגיעה בזכות עשויה לקום עילה לעתירה.⁵³ לא למותר לציין שחובה דומה לדיון מינימלי לצורך עמידה בדרישת החוקיות בפסקת ההגבלה קיימת בקנדה, לה פסקת הגבלה הדומה לקבועה בחוקיהיסוד.⁵⁴

³⁹ בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סה(2) 34, פסי' 24 לפסק דינה של השופטת ארבל (2012).
⁴⁰ Victor Goldfeld, *Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation through Judicial Review of Congressional Processes*, 79 N.Y.U. L. REV. 367, 386 (2004) (להלן: *Legislative Due Process*).

⁴¹ קנת מן "סנקציות אזרחיות-עונשיות" **עיוני משפט** טו 243, 245–246 (1991).
⁴² **יסודות בדיני עונשין**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 151; סי' 440 לחוק העונשין; סיגל קוגוט, אפרת חקאק ואיתמר גלבפיש "מי מפחד מהבניית שיקול הדעת השיפוטי בענישה: על ערכאת הערעור ותיקון 113" **משפט צדק? ההליך הפלילי בישראל - כשלים ואתגרים** 267, 271 (אלון הראל עורך, 2017).
⁴³ ע"א 140/00 **עזובון אטינגר נ' החברה לשיקום**, פ"ד נח(4) 486, פסי' 17 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2004).

⁴⁴ נתנאל דגן **שחרור מוקדם ממאסר: הסמכות המשחרר ושיקול דעתה בעיצוב העונש** 34 (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן – הפקולטה למשפטים, התשע"ד). לסקירה רחבה ומעמיקה של תכליות הענישה הפלילית ראו: **תאוריה ומעשה בדיני עונשין**, לעיל ה"ש 21, בעמ' 23–33, 43–53.

⁴⁵ אהרן ברק "הערכת הפיצויים בנוזקי גוף: דין הנזיקין המצוי והרצוי" **עיוני משפט** ט 243, 248 (1983); ישראל גלעד **דיני נזיקין - גבולות האחריות** כרך א 78–79 (2012); ע"א 8673/02 **פורמן נ' גיל**, נח(2) 375, פסי' 4 לפסק דינו של השופט ריבלין (2004); דנ"א 5712/01 **ברזני נ' בזק, חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, פ"ד נו(6) 385, פסי' 36 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין, פסי' 2 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) מצא (2003); ע"א 5610/93 **זלסקי נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ראשון לציון**, פ"ד נא(1) 68, פסי' 6 לפסק דינו של השופט אור (1997).

⁴⁶ רע"א 1272/05 **כרמי נ' סבג**, פ"ד סב(3) 396, פסי' 6 לפסק דינה של השופטת ארבל (2005).
⁴⁷ סי' 10(א) (2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
⁴⁸ סי' 15(א) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה.
⁴⁹ סי' 63 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש).

⁵⁰ בג"ץ 122/73 **עבאדי נ' שר הפנים**, פ"ד כח(2) 253, 259 (1974) (השופט ויתקון); בג"ץ 252/77 **בבאג'ני נ' עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לב(1) 404, 415 (1977) (השופט כהן); ע"פ 4912/91 **תלמי נ' מדינת ישראל**, פ"ד מח(1) 581, פסי' 14 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין (1993).

⁵¹ פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 29, פסי' 3 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.
⁵² אהרן ברק **מידתיות במשפט: הפגיעה בזכות החוקתית והגבולותיה** 144 (2010).
⁵³ Suzie Navot, *Judicial Review of the Legislative Process*, 39 ISR. L. REV. 182, 244 (2006).
⁵⁴ Lorraine E. Weinrib, *The Postwar Paradigm and American Exceptionalism, in THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* 84, 94–95 (Sujit Choudhry ed., 2007).

חיזוק לעמדה זו ניתן למצוא בגישת הנשיא לנדוי לפיה במקרי ספק בדבר הפגיעה התייחסות המחוקק עשויה להטות את הכף לעבר היעדר פגיעה.⁵⁵ בדומה, במקרה אחר הנשיאה ביניש כללה בין יתר השיקולים את מודעות חבריה הכנסת למורכבות העניין העומד על הפרק.⁵⁶ דהיינו, לאשרור ההכרעה הערכית של חבריה הכנסת בצורה מפורשת יש משמעות משפטית ולא השלכה ציבורית-חברתית-פוליטית גרידא. נכונים הדברים על דרך הכלל, ועל אחת כמה וכמה עת מדובר במשפט הפלילי, בו חבריה הכנסת מאשררים מחדש את האמנה החברתית בעת קביעת עבירות פליליות חדשות. במילים אחרות, ההגבלה שבחוק צריכה לבטא את השקפת הציבור,⁵⁷ אך ללא מודעות כלשהי לא ניתן לקבוע שנציגי העם שיקפו השקפה כלשהי או ביטאו הסכמה מפורשת לפגיעה בזכות.⁵⁸ ודוק, בשונה מעניין קוונטינסקי המבוסס על עקרון הפרדת הרשויות, גישתי שמה דגש על עקרון הדמוקרטיה הייצוגית, אך כמותו אין עניינה בטיוב התוצר.⁵⁹ לאור גירעון דמוקרטי חריף זה נראה שאין מנוס מביקורת פורמלית בלבד בה תסתיים הבחינה החוקתית.⁶⁰

ודוק, גישה זו קלה מפרשת קוונטינסקי, במובן זה שקבלת הטענה לא מחייבת ביטול חקיקה ראשית במובן הרגיל של המילה אלא אך הסרת הלוט מעליה והצגתה בגודלה האמתי, שכן לעולם חבריה הכנסת היו מודעים להגבלה כלשהי. ארחיב קמעא. כל פרח משפט יודע כי בית-המשפט לא ימהר להתערב בחקיקה ראשית,⁶¹ או בהליכי החקיקה וענייניה הפנימיים של הכנסת.⁶² אולם, הצעתי אינה דורשת בהכרח ביטול חוק. כל שהיא מבקשת הוא לבחון את היקף תחולתו. מהלך זה דומה להליך פרשני המצוי בליבת סמכותו ויתרונו המוסדי של בית-המשפט.⁶³ למשל, במקרה הבוחן המשמעות היא שהעולה תהיה רחבה כמופיע בחוק, אך היקף העבירה יכלול אך את חלופות החוק המקורי והתיקונים בהם הוזכרה העבירה. גם אם פרופוזיציה זו לא תתקבל, לא נראה שיש בכך התערבות חודרנית משהונהג בבית-המשפט עד כה. מבחינה גיאומטרית בחינה זו מצויה על קו התפר שבין בחינת הליכי החקיקה לתוכן החוק. אם מדובר בהליך חקיקה, הרי שפרשת קוונטינסקי מתירה פסלות בכגון דא. לחילופין, אם מדובר בבחינה תוכנית, הרי שבשונה מיתר הדרישות בפסקת ההגבלה, דרישה זו טכנית במהותה ואובייקטיבית יותר, משאינה בוחנת את טיב החוק, ובכך יש כדי ליטול את עוקצה של הפגיעה במחוקק.⁶⁴ התערבות שכזו דומה לפסילת חוקים עובר לפרשת

⁵⁵ בג"ץ 246/81 אגודת דרך ארץ נ' רשות השידור, פ"ד לה (4) 1, 9 (1981) (הנשיא לנדוי) (להלן: עניין דרך ארץ). השוו: Fullilove v. Klutznick, 448 U.S. 448, 550-551 (1980).

⁵⁶ בג"ץ 4908/10 בר-און נ' כנסת ישראל, פ"ד סד (3) 275, פס' 27 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2011).

⁵⁷ פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 37, בעמ' 476.

⁵⁸ לדרישה זו ראו: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח (2) 746, פס' 4 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2004).

⁵⁹ השוו: שו"ת ציץ אליעזר, חלק ג, סימן כט, אות ב.

⁶⁰ איתי בר-סימן טוב "ביקורת שיפוטית תוכנית וביקורת שיפוטית הליכית: הילכו שניים יחדיו? לקראת מודל סמי-פרוצדורלי בישראל" ספר דורית ביניש 299, 336-337 (קרן אזולאי, איתי ברסימרטוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, 2018).

⁶¹ ראו מבין רבים: בג"ץ 366/03 עמותת מחויבות לשלום וצדק חברתי נ' שר האוצר, פ"ד ס (3) 464, פס' 5 לפסק דינו של המשנה לנשיא חשין (2005); בג"ץ 8425/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פס' 23 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014); בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים על פי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פס' 38 לפסק דינה של הנשיאה חיות (פורסם בנבו, 27.2.2020).

⁶² בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד לו (2) 197, פס' 7 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1982); בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד מב (4) 868, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1989) (להלן: עניין מיעארי).

⁶³ בג"ץ 157/63 בוקסבאום נ' שרי האוצר, פ"ד יח (1) 115, פס' 9 לפסק דינו של השופט הלוי (1964); רע"א 3527/96 צ'צ'קס אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה, פ"ד נב (5) 385, פס' 15 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש (1998).

⁶⁴ Tzipi Zipper & Reut Dahan, *To Review, or Not to Review? A Comparative Perspective of Judicial Review over the Legislative Process*, 7 *INDON. J. INT'L & COMP. L.* 329, 375-376 (2020).

בנק המזרחי אשר נתפסה ככלי פחות פוגעני הואיל וברשות הכנסת לחוקק ככל אשר תחפץ.⁶⁵ יוצא, אפוא, כי בין כה וכה אין מדובר בפגיעה חודרנית יותר ביחס לפסיקות קודמות. מקבלים הדברים משנה תוקף נוכח העובדה שבמקרים אלה למעשה אין שיקוף של רצון העם, ומשכך גם התכלית לריסון השיפוטי פוחתת.⁶⁶

אמת, השיטה הישראלית לא אימצה לחיקה את דוקטרינת 'הליך החקיקה הנאות',⁶⁷ אך אין בגישתי כדי לסתור עמדה זו. ראשית, דוקטרינה זו מטילה חובה על חבריהכנסת,⁶⁸ ואילו כאן מדובר בחובה המוטלת על הכנסת כמוסד כיתר חובות הליך החקיקה.⁶⁹ שנית, אין מצופה מהמחוקק לערוך הליך מיטבי או איכותי, עניינים עליהם הדוקטרינה שמה דגש.⁷⁰ ההצעה בוחנת אם נערך דיון כלשהו במהלך הליך החקיקה, בין באמצעות אזכור יחיד של אחת מחברות הכנסת בוועדה או במליאה, בין בדברי ההסבר ובין עלידי הייעוץ המשפטי בדיון בוועדה.⁷¹ כלומר, מדובר בהתערבות אך במקרים חריגים וקיצוניים בהם לא נערך דיון כלשהו.⁷² משכך, גם אם מדובר בצעד נוסף מהקבוע בפרשת **קוונטינסקי** הרי שמדובר בצעד קטן ומדוד שאינו מטיל על הכנסת נטל בלתי עביר המכביד על סדרי עבודתה.

שמה יאמר האומר כי מדובר בביצוע פסיכואנליזה למחוקק, דבר שאינו פשוט כלל ועיקר ואף אינו ראוי⁷³ בהיותו גוף קולגיאלי,⁷⁴ בבחינת **אין וְלֹא וְרָפָא בְיָדֶיהָ**.⁷⁵ ולא היא. כאמור, אין לבחון את טיב ההחלטה, משקל השיקולים השונים או הסיבה בגינה חבריהכנסת תמכו או התנגדו לחוק. המבחן פועל בשיטת האלימינציה. כלומר, בית המשפט מסיק מתוך היעדר ההתייחסות בדיוני הוועדה והמליאה, ולו פעם אחת, חוסר מודעות. אף אם ניתן לחלוק אם הסקה זו נכונה עובדתית, הרי שלדעתי ניתן לעגנה כחזקה משפטית ובכך לקדם מדיניות ראויה של דיון מינימלי במעשה החקיקתי.⁷⁶ בכך נוצר תמריץ למחוקק לערוך דיון בערוצים הרשמיים הגלויים לכל ולחדול מהסכמות ימתחת לשולחן.⁷⁷

בהיקש ובהשראה מפסיקות בית המשפט הנוגעות להסמכה,⁷⁸ לצורך סתירת חזקה זו ניתן יהיה להיעזר באינדיקציות הבאות: מידת הפגיעה בזכויות אדם שבהן לא דנו; ההשלכות החברתיות של

⁶⁵ בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, פ"ד כג(1) 693, 700 (1969) (השופט (כתוארו אז) לנדוי); עניין **דרך ארץ**, לעיל ה"ש 55, בעמ' 10; בג"ץ 141/82 **רובינשטיין נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד לו(3) 141 (1983) השו: אריאל בנדור וזאב סגל **עושה הכובעים: דין וחברים עם אהרן ברק** 245 (2009).

⁶⁶ בג"ץ 108/70 **מנור נ' שר האוצר**, פ"ד כד(2) 442, 445 (1970) (השופט ברנזון).

⁶⁷ פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 30, פסי' 106 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁶⁸ פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 29, פסי' 29 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

⁶⁹ השו: משנה תורה, תשובה, פרק ו, הלכה ה.

⁷⁰ איתי בריסמירטוב "בג"ץ קוונטינסקי נ' הכנסת בעניין מס דירה שלישית: החלטה מתבקשת או "סטייה רבת" בלתי מוצדקת מההלכה הפסוקה?" **מחקרי משפט** לב 889, 914 (2020).

⁷¹ השו: רע"א 290/15 **ברנד פור יו בע"מ נ' רמי לוי שיווק השקמה בע"מ**, פסי' 12 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (פורסם בנבו, 8.12.2015).

⁷² *Legislative Due Process*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 382–381, 388.

⁷³ עניין **מיעארי**, לעיל ה"ש 62, פסי' 4 לפסק דינו של הנשיא שמגר.

⁷⁴ בג"ץ 5853/07 **אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה**, פ"ד סב(3) 445, פסי' 10 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (2007). השו: סי' 61, 79 לתגובה מטעם הכנסת בבג"ץ 4956/20 **התנועה לאיכות השלטון בישראל**.

⁷⁵ **כנסת ישראל**.

⁷⁶ בבלי, שבת קיג, ע"א.

⁷⁷ לשימוש בחזקות באופן זה ראו: Edmund M. Morgan, *Presumptions*, 12 WASH. L. REV. & ST. B. J. 255, 258-; John E. Stumbo, *Presumptions - A View at Chaos*, 3 WASHBURN L.J. 182, 185-186 (1964) 259 (1937); *Legislative Due Process*, לעיל ה"ש 40, בעמ' 383.

⁷⁸ בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, פסי' 13 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (2008) (להלן: עניין **המפקד הלאומי**); בג"ץ 1800/07 **לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה**, פסי' 7 לפסק דינו של השופט לוי (פורסם בנבו, 7.10.2008); בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, פסי' 15 לפסק דינו של השופט פוגלמן (2010); בג"ץ 1550/18 **עמותת הפורום החילוני נ' שר הבריאות**, פסי' 32 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 30.4.2020).

הפגיעה בה לא דנו חברי הכנסת; המרחק בין הנושא שנערך לגביו דיון לבין הנושא הנתקף; היקף הפגיעה בזכויות שבהן דנו, בבחינת בכלל מאתיים מנה.⁷⁹ מובן שרשימה זו אינה סגורה, וניתן להרחיבה בהתאם לנסיבות העניין כאשר אבן הבוחן העיקרית היא האם חברי הכנסת היו מודעים להגבלת הזכות. לכן, במקרים חריגים ניתן יהיה להיעזר בראיות חיצוניות לדיונים, אך סביר שכלל שהכלל יוטמע בכנסת כך הצורך בהיזקקות לכך תפחת. בכך יוצרים אנו כלל בעל רף שהעותרים יכולים לעמוד בו מחד גיסא, אך שאינו מטיל נטל כבד מידי על הכנסת מאידך גיסא.⁸⁰

האמת ניתנת להיאמר, הכלל לא מעגן ומגן על עקרון הדמוקרטיה הייצוגית באופן מלא, אך אין אדם יוצא מן העולם וחצי תאוותו בידו. קביעת רף נמוך ראויה הואיל ובכך מצמצמים את הפגיעה בעקרון הפרדת הרשויות למינימום ההכרחי, ושומרים על הכיבוד ההדדי שביניהן. באופן מסורתי בית המשפט נוקט בריסון שיפוטי מיוחד בנושאים אלה ומשכך מתערב אך במקרים נדירים וחריגים,⁸¹ ואין בכוונתי לפרוץ גדר זו.⁸² לכן, אין בעצם ההגנה החלקית משום החטאה לתכלית, בבחינת תפשת מרובה לא תפשת.⁸³

אמנם הכלל עצמו יחסית פשוט להחלה בשל הרף הנמוך, אך עדיין נוצר חוסר וודאות אינהרנטי, מעבר לפגיעה בוודאות הטמונה בכלל חדש, הואיל ולא ניתן להסתפק באות הכתובה ויש לפעול כמעין היסטוריון. ביקורת זו כוחה עמה, אך במחשבה שניה נדמה כי כוחה נחלש משמעותית נוכח העובדה שכלל זה לעולם יפעל להגברת החירות, ומשכך לפנינו אפקט מצנן גרידא אשר חומרתו אינה כשל פגיעה.

ודוק, ברשימה זו לא בחנו אם מדובר בפגם היורד לשורש הליך החקיקה, אלא עסקנו בפרשנות דרישת החוקיות בעת פגיעה בזכויות חוקתיות, מה שמצדיק בחינה קפדנית יותר.⁸⁴ לכן, את השאלה האם ניתן לפסול חוק בשל היעדר מודעות אף ללא היזקקות לפסקת ההגבלה אשאר לעת מצוא. עם זאת, אעיר שאף בכך לא יהיה כדי לשנות את כלל ההכרה של השיטה הישראלית, הואיל וכיום הוא דורש תנאי סף להליך החקיקה בהתאם לפרשת **מגדלי העופות** הואיל ומדובר בכלל נורמטיבי מחייב שנוהגים על פיו.⁸⁵ כפי שראינו, כבר אז בית המשפט סבר כי אם חברי הכנסת לא מבינים את מהות החוק אין לו תוקף. משכך, גם אם מדובר בטיעון העומד על רגליו הוא, הרי שאין מדובר בשינוי טקטוני המרעיד את השיטה כולה, אלא אך בכוונת הכלים עובר לתחילת הקונצרט.

רשימה קצרה זו מבקשת להרחיב במעט את תחולת המבחן הראשון בפסקת ההגבלה. הראינו כיצד לעתים ישנו מסמך הנראה, נשמע ומתפקד כחוק, אך למעשה הוא אינו חוק לעניין פסקת ההגבלה. חזיון תעותעים זה נוצר במצבים ייחודיים בהם חברי הכנסת לא מודעים לפגיעה בזכויות בחוק, ולמצער לא דנים בה ולו במעט מזעיר. להמחשת העניין נבחנו העבירה הפלילית שבחוק

⁷⁹ בבלי, סנהדרין לא, ע"א.

⁸⁰ פרשת **קוונטינסקי**, לעיל ה"ש 30, פס' 79 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁸¹ בג"ץ 971/99 **התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת הכנסת**, פ"ד נו(6) 117, פס' 35 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) חשין, פס' 3-4, 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2002); פרשת **מגדלי העופות**, לעיל ה"ש 29, פס' 16 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש וההפניות הרבות שם.

⁸² השו" : ע"א 5/84 **יחזקאל נ' אליהו חברה לבטוח בע"מ**, פ"ד מה(3) 374, פס' 15 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק (1991); רע"א 3749/12 **בר-עוז נ' סטר**, פ"ד סו(1) 678, פס' 18 לפסק דינו של הנשיא גרוניס (2013).

⁸³ בבלי, סוכה ה, ע"א.

⁸⁴ בג"ץ 7956/10 **גבאי נ' שר האוצר**, פסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנוב, 19.11.2012).

⁸⁵ H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 94-95 (2nd. ed. 1994); יצחק אנגלרד **מבוא לתורת המשפט** 50 (מהדורה שנייה, 2019); עלי זלצברגר "הסמכות המכוננת בישראל" **משפט וממשל** ג 679, 692 (1996).

הואיל ובה, מבחינה ראייתית־נסיבתית, ניתן בנקל להוכיח זאת, אך מבחינה אנליטית אין הכרח לצמצם גישה זו לעבירות פליליות בלבד.

ציטוט מוצע: הדר פאר "ראיתי אותך, זה לא חזיון תעתועים" **בלוג רשות הרבים** (24.5.21)