



אוניברסיטת חיפה
UNIVERSITY OF HAIFA

הפקולטה למשפטים

FACULTY of LAW

מסמך רקע בנושא:

הזכות להליך הוגן:

מגבלות מהותיות על הדין

מוגש לועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת

ד"ר אמנון רייכמן
ליאור אבו
עומר בכמן
שרית יקוטי
אלעד כץ
אילת לוין
נורית ענבל
ענבל רובינשטיין

10.2.05

א כללי

מסמך זה פורש בפני הקוראים את עקרונות היסוד שפותחו בשיטות משפט זרות ובישראל מתוך הזכות להליך הוגן. מצאנו שמתוך הזכות להליך הוגן ניתן לגזור חמישה עקרונות יסוד, החופפים במידה מסוימת עקרונות יסוד המוגנים על ידי זכויות אחרות או מרכיבים משטריים אחרים, אולם מקיימים זיקה עצמאית לזכות להליך הוגן. כך, גם אם ישונו הזכויות האחרות או מרכיבי המשטר האחרים, ניתן יהיה לגזור עקרונות אלו מתוך הזכות להליך הוגן.

עקרונות אלו הינם:

- עקרון ההסמכה הריבונית: אין לרשויות האכיפה סמכות להפעיל כח שלטוני כלפי אדם אלא על פי הסמכה בחוק; אין פוגעים בזכויות יסוד אלא על פי חוק או מכח הסמכה מפורשת בו. על הליך החקיקה להיות "הוגן" אף הוא.
- עקרון הפרוספקטיביות: אסורה (למעט חריגים מאד מצומצמים ולמעט חוקים מיטיבים) חקיקה רטרואקטיבית (חקיקה המשנה זכויות וחובות כלפי העבר ביחס להתנהגות שכבר הושלמה או חקיקה השוללת את אינטרס ההסתמכות של האזרח); אין ענישה על מעשים שכאשר נעשו היו חוקיים.
- עקרון הפומביות: אין מפעילים סמכות שלטונית אלא על פי חוקים ותקדימים שפורסמו (אין עונשין אלא אם מזהירין; אין מפעילים סמכות שלטונית אלא על פי נורמות שהיו ביכולת ידיעת האזרח).
- עקרון השוויון בפני החוק: אין אוכפים הסדרים משפטיים בעלי תחולה כללית באופן בררני (סלקטיבי); אין קובעים הסדרים משפטיים המטילים נטל בלתי שוויוני בפניה לערכאות.
- עקרון המידתיות: הליך משפטי ותוצאתו צריכים להיות פרופורציונאליים לנזק שמעשה ההפרה גרם; נדרש יחס בין הסנקציה המשפטית ובין היסוד הנפשי של מפר החובה המשפטית.

מסמך זה יעסוק בעקרון הפרוספקטיביות, עקרון הפומביות, ועקרון המידתיות, מתוך הנחה שעקרון השוויון בפני החוק נדון במסגרת הזכות לשוויון ועקרון ההסמכה הריבונית נדון במסגרת פרק החקיקה ופסקת ההגבלה.

לפיכך, מבנה המסמך יהיה כדלקמן:

פרק 2: עקרון הפרוספקטיביות (הגדרתו, מעמדו בישראל, סקירת עיגונו בהצעות החוקה הקיימות, מעמדו בשיטות משפט זרות, דרכים אפשריות לעיגונו בישראל והצעה מועדפת).

ב עקרון הפרוספקטיביות

1 מבוא – הגדרת העיקרון

משמעות עקרון זה היא שחקיקה רטרואקטיבית אסורה (עם חריגים מאוד מצומצמים עליהם נעמוד בהמשך). חקיקה רטרואקטיבית משמעה חקיקה המשנה זכויות וחובות כלפי העבר ביחס להתנהגות שכבר הושלמה או חקיקה השוללת את אינטרס ההסתמכות של האזרח. לפי עיקרון זה אין מענישים על מעשים שהיו חוקיים בעת עשייתם. באופן כללי, העקרון דורש שחוק יחול רק מיום פרסומו ואילך ולא ישליך על הפעולות שנעשו לפני חקיקתו. הכוונה היא לשינוי בזכויות ובחובות המוסדרות בחקיקה, במובחן מנושאים דינוניים או אחרים אשר אינם אמורים להשפיע על אינטרס ההסתמכות של האזרח ולכן שינויים אינו פוגע באיסור הרטרואקטיביות. כיום מוכרת הבחנה בין שינוי רטרואקטיבי (אסור), פרוספקטיבי (מותר) ואקטיבי¹, החל בהווה, ולגביו יש לבחון את הסתמכות האזרח.

2 עיקרון הפרוספקטיביות בישראל

בתחום הפלילי מעוגן העקרון בסעיף 3 לחוק העונשין² הקובע כי "חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר". עקרון זה זכה לדיון בפרשת סצי³ שעסק באי תשלום דו"חות חניה כאשר לאחר ביצוע העברה שונתה הגדרתה מעוון לחטא וכך שונתה גם תקופת ההתיישנות מ-10 שנים ל-3 שנים. נקבע שיש לבחור בחלופה המקלה עם הנאשם ולכן לא חייבו אותו לשלם את עבור הדו"חות שקיבל לפני למעלה מ-3 שנים. גישה זו של בית המשפט משליכה גם לתחומים אזרחיים כמו הוצאה לפועל, ולפיה במידה ויש שינוי בתקנות או חוקים לא תהיה תחולה רטרואקטיבית לרעת החייב. למרות שבאופן כללי נרתע בית המשפט מלשנות חבויות באופן רטרואקטיבי, מצב זה לא נשלל לחלוטין בשיטת המשפט הישראלית. למשל, בפרשת גנימאת⁴ קבע בית המשפט שאמנם חוקי היסוד לא פגעו בתוקפו של דין קיים אולם נדרש לבצע איזון פרשני מחודש לגבי אופן פרשנותם. איזון זה יכול להוביל למצבים בהם זכויות וחובות משתנות גם באופן רטרואקטיבי. ניתן לשער שבבואו

¹ ע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, עמ' 779.

² חוק העונשין התשל"ז-1977.

³ בג"צ 1618/97 סצי נ' עיריית תל-אביב, פ"ד נב(2) 542.

⁴ דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589.

ליישם את הלכת גנימאת יהיה בית המשפט ער לכך ויבצע מאמץ פרשני להימנע ממצב המשנה מצב משפטי לרעה באופן רטרואקטיבי.

ישנם שני חוקים אשר ניתן לטעון כי תחולתם רטרואקטיבית: החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם⁵ והחוק לגבי השמדת עם.⁶ הצידוק לתחולה רטרואקטיבית בחוקים אלו הינה בתחולה אונברסלית של האיסור לבצע השמדת עם והחשיבות שבהוקעת התנהגות שכזו בכל עת.

בתחום האזרחי מעוגן עקרון הפרוספקטיביות כחלק מההגנה זכויות האדם החוקתיות, כגון הזכות לקניין⁷ וחופש העיסוק. כאשר מחוקק חוק חדש המשפיע על זכויות קיימות הרי שלאור הפירוש הרחב הניתן למושג קניין מוענקת הגנת הפרוספקטיביות במשנה תוקף. לאור קיומה של פסקת ההגבלה בחוקי היסוד, ולאור קיומם של עקרונות הסבירות והמידתיות במשפט המנהלי, בתי המשפט בוחנים האם הפגיעה הרטרואקטיבית מידתית וראויה. כך גם במשפט הפרטי, לאור הקליטה העקיפה של החשיבה החוקתית למשפט הפרטי תוך שימוש במושגי השסתום כגון תום לב ודרך מקובלת.

עקרון הפרוספקטיביות מנחה הן את בתי המשפט והן את המחוקק לקבוע תקופת מעבר החולשת על שינוי מערך הזכויות והחובות של האדם, וזאת על מנת להימנע ככל שניתן מפגיעה באינטרס ההסתמכות של האזרח עד כמה שניתן (ראו למשל פרשת מנהלי השקעות⁸). דוגמא נוספת להגנה החזקה שנותן בית המשפט העליון כאשר ישנה פגיעה באינטרס ההסתמכות בצורה רטרואקטיבית היא בפסק דין גניס⁹ בו חוק שהתיר קבלת מענקים היה תקף לתקופה של 6 שבועות בלבד בטרם נדחה יישומו ולמרות חילוקי הדעות בקרב השופטים על הנימוק קבע בית המשפט שלא ניתן לפגוע באזרחים אשר הסתמכו על החוק.

לעניין הלגיטימיות שבתחולה רטרואקטיבית של דין יציר פסיקה יפה הנאמר בע"א 4335/01 **עריית צפת נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**¹⁰:

⁵ חוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם תש"י 1950.

⁶ חוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם תש"י 1950.

⁷ חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו התשל"ב-1992.

⁸ בג"צ 1715/97 **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר**, פ"ד נא(4) 367.

⁹ בג"צ 9098/01 **גניס נ' משרד הבינוי והשיכון** (טרם פורסם, ניתן ב 22/11/2004).

¹⁰ ע"א 4335/01 **עריית צפת נ' בזק חברה ישראלית לתקשורת בע"מ**, תק-על 2003 (4), עמ' 1043.

”ההשקפה המקובלת כיום היא, כי שאלת התחולה בזמן של ההלכה השיפוטית היא שאלה של הסדר פוזיטיבי בשיטה זו או אחרת, וכי אין כל דבר שהוא טבעי להלכה השיפוטית או למבנה הקונסטיטוציוני של הפרדת הרשויות המחייב רטרואקטיביות. על כן, בשיטת משפט שבה כוחה של ההלכה הפסוקה הוא הלכתי, נתונה שאלה זו להכרעתם של בתי המשפט עצמם, על פי שיקולים של מדיניות משפטית” (ראו: א’ ברק, שיקול דעת שיפוטי (הוצאת פפירוס, 1987) 237-238. ראו גם בעמ’ 417-423). (ההדגשות שלנו ע.ר., ל.א.).

בתי המשפט בשקלם את מכלול השיקולים בהחלטה בדבר חוקיות תחולה רטרואקטיבית ובכלל זה בדבר המועד הראוי ממנו יחול הסדר זה או אחר מגייסים לידם לא אחת את תורת הפסלות (או הבטלות) היחסית וזאת לאור איזון האינטרסים המתנגשים.

כך כתב כב’ השופט יי זמיר, לעניין סמכויות בית המשפט בביטול הוראה בלתי חוקית¹¹:

”גם כאשר הפגם שנפל בהסדר או בהוראה מחייב ביטולם של ההסדר או ההוראה, לא בהכרח יהיה הביטול מיידי, אפילו מדובר בהוראה שבתקנה או בחוק. הביטול על ידי בית המשפט, במקרה כזה, יכול להיות עתידי (פרוספקטיבי). כלומר, בית המשפט יכול להצהיר כי ההסדר או ההוראה יהיו בטלים ממועד מסוים בעתיד, כפי שבית המשפט יקבע, ועד אז ההסדר או ההוראה, אף שהם פגומים, יישארו על כנם ובתוקפם. הצהרה עתידית כזאת ניתנת, במקרים הראויים, משום שהאיזון בין השיקולים השונים הכרוכים במקרה, ובהם השיקולים של שלטון החוק, טובת הציבור והנזק הצפוי לנוגעים בדבר, מוביל למסקנה כי ראוי שהמצב הקיים, אף שאינו חוקי, יימשך עוד פרק זמן מסוים, עד שיתוקן כנדרש. זהו אחד הביטויים של תורת הבטלות היחסית”. (ההדגשות שלנו- ע.ר., ל.א.).

במקרה דנן, אי החוקיות נבעה מסתירת הצו שהותקן על ידי העירייה לחוק המסמך. מדובר באי חוקיות חמורה שקיימת בצו מאז שהותקן. על כן, ההצהרה בדבר אי חוקיות צו הארנונה של עיריית צפת חלה ממועד התקנתו של הצו. אולם, במקרה דנן הסעד ההצהרתי בדבר אי חוקיות

¹¹ ראה לעניין זה גם בג”צ 551/99 שקם בע”מ נ’ מנהל המכס ומע”מ, פ”ד נד(1) 112, 120.

הצו נתבקש החל משנת 1997, ולכן נקבעה תחולת הסעד ההצהרתי החל משנת 1998. אופייה של הלכה זו דקלרטיבי. בית המשפט הנכבד ציין בפסק דינו שלא עמדה בפניהם לדיון שאלת השבת סכומי הארנונה כפועל יוצא של אי חוקיות הצו, ולכן ניתנה הכרעה רק לעניין אי החוקיות. מכאן ניתן להסיק שאי החוקיות עשוי להביא סעד אולם יש לתבוע אותו, (דרך הוכחת נזק). עניינו הוא בפר ההצהרתי של החלה רטרואקטיבית אשר תותר בחריגים.

3 עיקרון הפרוספקטיביות בראי הצעות החוק הקודמות

כבר בהצעת החוקה של יהודה כהן משנת 1948 נאמר בסעיף 13(7):

”אין עונשין אלא אם מזהירין לכן לא יאשם אדם בעבירה שלא נאסרה ברגע עשייתה, ושום תיקון חוק לא יחול למפרע במידה בה מחמיר את העונש או משנה, לרעת הנאשם, את דיני העדות.”

בהצעת החוקה של פרופ' בנדור ישנה הסתמכות על הנוסח הקיים בחוק העונשין אולם אין התייחסות לסוגיה האזרחית שכפי שראינו מהווה חלק משמעותי מהמחלוקת בסוגיה.

בהצעה של פרופ' אקצין מדובר בסעיף 14 על החלת הנורמות החוקיות רק לאחר קבלתן אולם אין התייחסות ישירה לשאלת רטרואקטיביות תוכן ההסדר:

” (א) כל-חוק וכל תקנה, צו או הוראה אחרת בת פעל תחיקתי או המשנה את המצב המשפטי בהיקף כלל-מדינתי, אזורי או מקומי, לגבי הציבור בכללו או לגבי קבוצות או שכבות בציבור, יפורסמו ברשומות תוך 10 ימים לאחר סיום הליכי קבלתן; העתקתם בעיתונות מותרת; והבאתם בדרכים אחרות לידיעת הציבור הנוגע לדבר רצויה.

(ב) כל חוק, וכל הוראה המוזכרת בסעיף-משנה (א), נכנסים לתוקפם למוחרת פרסומם ברשומות, בלתי אם נקבע בהם כי הם, או חלקיהם, ייכנסו לתוקפם בתאריך כלשהו המוקדם או המאוחר לתאריך האמור; ובלבד ששום הוראה [זולת חוק ותקנת-שעת-חירום] לא תיכנס לתוקפה לפני התאריך בו סוימו הליכי קבלתה כדין.

(ג) אי ידיעת חוק או הוראה אחרת, שנתקבלו ופורסמו כדין, אינה משמשת יסוד להפרתם. ”

בהצעת חוקה למדינת ישראל נאמר בסעיף 18 :

" א) אין מביאים אדם בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על פי חוק בשעת המעשה או המחדל ואין מענישים בעונש חמור מזה שהיה צפוי לפי החוק בעת ביצוע העבירה.

(ב) הוראה זו לא תחול על חוק הבא להעניש בשל מעשה שהוא פשע השמדת עם או פשע כלפי האנושות."

בהצעת החוקה של פרופ' קלינגהופר נקבע בסעיף 13 :

(ב) לכל אדם זכות להליך הוגן.

(ג) אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבע בחוק או על פי. אין אדם חייב בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה לפי החוק בשעת המעשה או המחדל.

...

(ה) אין עונשין בעונש יותר חמור מאשר היה צפוי לו לפי החוק בעת ביצוע העבירה.

בסיכומו של דבר ניתן לומר שהיתה התיחסות לסוגיה זו בהצעות החוקה הקודמות כאשר עיקר ההתיחסות היתה לדין הפלילי שבו כבר היום קיימת הגנה חוקית מפני חקיקה מרעה רטרואקטיבית כלפי הנאשם. אך אין התיחסות מרובה לדין האזרחי אשר למרות חומרתו הפחותה עלול במקרים מסומים להשפיע על זכויותיו של אדם.

4 עיגון חוקתי לעיקרון הפרוספקטיביות בעולם

מדינת ישראל נעדרת עיגון חוקתי פורמאלי לעיקרון זה. אולם במדינות רבות עיגון חוקתי כזה קיים.

בחוקת איטליה¹², בסעיף 25, הדן בזכויות הנאשם נחקק :

Article 25 [Defendant's Rights]

- (1) ...
- (2) No punishment is allowed except provided by a law already in force when the offence has been committed.
- (3) ...

¹² סעיף 25 לחוקת איטליה.

ניכר כי עיקרון הפרוספקטיביות בחוקת איטליה בא לידי ביטוי בכל הנוגע לענישה בהליך הפלילי.
נקבע בחוקה כי לא תותר ענישה למפרע. ניתן להטיל עונשים כקבוע בחוק אשר היה בתוקף בעת ביצוע העבירה. כשגם מטרת הענישה מנוייה במפורש בחוק והינה חייבת להיות הומאניטארית ולמטרת חינוך מחדש של המורשע.
גם **בחוקת אסטוניה**¹³, במסגרת זכויות האזרח בהליך הפלילי נחקק:

Article 23 [Nulla Poena Sine Lege]

(1) No one may be pronounced guilty of an act, if that act did not constitute a crime under a law which was in effect at the time the act was committed.

(2) No one may be given a more severe sentence than the one which was applicable at the time the offence was committed. If, subsequent to the offence being committed, a lighter sentence is determined by law, this lighter sentence shall be applied.

(3) ...

לאור הסעיף לעיל לא ניתן להרשיע אדם בגין מעשה אשר לא היווה עבירה על פי החוק שהיה בתוקף בעת ביצועו. גם בחוקת אסטוניה, בדומה לחוקת איטליה נאסר להטיל על אדם עונש חמור מזה שהיה קבוע בעת ביצוע העבירה.

בחוקת גרמניה¹⁴ נקבע כי ניתן להטיל עונש רק אם המעשה היווה עבירה על פי חוק עוד לפני ביצוע המעשה (ולא רק בשעת ביצועו של המעשה).

בחוקת דרום אפריקה¹⁵ נחקק לעניין זה:

Section 35 Arrested, detained and accused persons

(1) ...

(2) ...

(3) Every accused person has a right to a fair trial, which includes the right -

(a) ...

(b) ...

...

(k) ...

(l) **not to be convicted for an act or omission that was not an offence under either national or international law at the time it was committed or omitted;**

¹³ סעיף 23 בחוקת אסטוניה.

¹⁴ סעיף 102 בחוקת גרמניה.

¹⁵ סעיף 35 בחוקת דרום אפריקה

במסגרת זכויות הנאשם אסורה ענישה למפרע על התנהגות שלא היוותה עבירה הן לפי חוקי המדינה והן לפי המשפט הבינלאומי בעת ביצוע ההתנהגות. כמו כן לאור הסעיף לעיל נקבע כי כל נאשם זכאי לקבל את העונש הקל יותר, במידה והעונש הנקבע לעבירה שונה בין יום ביצוע ההתנהגות ליום גזר הדין. כמובן שלא מדובר על ענישה על התנהגות שלא הייתה אסורה בעת ביצועה.

בחוקת הולנד¹⁶ נחקק:

Article 16 [Nulla Poena Sine Lege]

No offence shall be punishable unless it was an offence under the law at the time it was committed

לאור הסעיף לעיל אין להטיל עונש בגין עבירה, אלא אם הייתה קבועה בחוק בעת ביצועה. (אין התייחסות פרטנית לחוק בינלאומי אולם ניתן להסיק מלשון הסעיף שכשהמדובר בחוק- הכוונה לכל חוק בעל תחולה במדינה- חוקי המדינה והחוק הבינלאומי).

בחוקת קרואטיה¹⁷ במסגרת הזכויות בהליך הפלילי נקבע:

Article 31

No one shall be punished for an act which before its commission was not defined as a punishable offence by law or international law, nor he may be sentenced to a penalty which was not defined by law. If a less severe penalty is determined by law after the commission of an act, such penalty shall be imposed

לאור הסעיף לעיל לא ניתן להעניש אדם בגין מעשה שלא היווה עבירה בעת ביצועו. לפי חוקת קרואטיה, בדומה לחוקת דרום אפריקה זכאי אדם לעונש הקל יותר גם אם הופחת לאחר ביצוע עבירה.

בחוקת פולין¹⁸ נחקק:

Article 42

(1) Only a person who has committed an act prohibited by a statute in force at the moment of commission thereof, and which is subject to a penalty, shall be held criminally responsible. This principle shall not prevent punishment of any act which,

¹⁶ סעיף 16 בחוקת הולנד.

¹⁷ סעיף 31 בחוקת קרואטיה.

¹⁸ סעיף 42 בחוקת פולין.

at the moment of its commission, constituted an offence within the meaning of international law.

בחוקת שבדיה¹⁹ נקבע:

Chapter 2. Fundamental rights and freedoms

Art. 10. No penalty or penal sanction may be imposed in respect of an act which was not subject to a penal sanction at the time it was committed. Nor may any penal sanction be imposed which is more severe than that which was in force when the act was committed. The provisions thus laid down with respect to penal sanctions apply in like manner to forfeiture and other special legal effects attaching to a criminal act.

לאור הסעיף לעיל אין להעניש אדם על מעשה שלא היווה עבירה בעת ביצועו. לפי חוקת שבדיה אין להטיל על אדם עונש יותר חמור מזה שהיה קבוע בעת ביצוע העבירה. בניגוד לחוקת דרום אפיקה ולחוקת קרואטיה אין נפקא מינא שאם העונש הקל יותר הינו בתוקף בעת גזר הדין, בעוד שהעונש החמור יותר היה בתוקף בעת ביצוע עבירה- יקבע לו העונש הקל בין השניים, אלא נקבע שהעונש יוטל הוא זה שהיה בתוקף בעת ביצוע העבירה.

בחוקת הודו²⁰ נחקק:

Article 20 Protection in respect of conviction for offenses

(1) No person shall be convicted of any offence except for violation of a law in force at the time of the commission of the act charged as an offence, not be subjected to a penalty greater than that which might have been inflicted under the law in force at the time of the commission of the offence.

(2) ...

בדומה לעיגון העיקרון בחוקות המנויות לעיל אין עונשין אדם על ביצוע מעשה שלא היווה בירה בעת ביצועו. (המדובר על חוקים בעלי תחולת ex post) כן בדומה לקבוע בחוקת שבדיה לא ייענש אדם בעונש חמור מזה שהיה בתוקף בעת ביצוע העבירה.

¹⁹ סעיף 10 בפרק 2 בחוקת שבדיה.
²⁰ סעיף 20(1) בחוקת הודו.

Title II Fundamental Rights and Guarantees

Chapter I Individual and Collective Rights and Duties

Article 5 [Equality]

XXXIX. there is no crime without a previous law which defines it, nor is there any punishment without a previous legal imposition;

XL. the penal law shall not be retroactive, except to the benefit of the defendant

לאור הסעיף התנהגות לא תהווה עבירה מבלי שיהא חוק אשר מגדיר אותה בעת ביצועה, וכן לא ייענש אדם ללא הסמכה לכך בחוק.

בנוסף, לא תאופשר החלה רטרואקטיבית של חוק לעניין עונש, אלא אם זה לטובתו של הנאשם.

בחוקה הפדראלית בארה"ב²² אסורה חקיקה עונשית רטרואקטיבית.

בחוקת ניו זילנד²³ במסגרת זכויות נאשם נחקק:

Section 26 [Nulla Poena Sine Lege, Double Jopardy]

(1) No one shall be liable to conviction of any offence on account of any act or omission which did not constitute an offence by such person under the law of New Zealand at the time it occurred.

(2)...

גם לאור הסעיף לעיל נאסרת ענישה רטרואקטיבית על פעולה שלא היוותה עבירה בעת ביצועה בהתאם לחוק בניו זילנד (כאן נאמר במפורש שהמדובר בפעולה שלא היוותה עבירה בהתאם לחוק הניו זילנדי וניסוח זה יוצר הסדר שלילי על החקיקה הבינלאומית, דהיינו יתכן ולאור ניסוח סעיף זה תותר החלה רטרואקטיבית לאור מעשה שהיווה עבירה על חקיקה בינלאומית אשר לא היווה עבירה בניו זילנד).

²¹ סעיף 5, פרק 1 בחוקת ברזיל.

²² פר 1 סעיף 10 תת סעיף 1 בחוקה הפדראלית הבארה"ב.

²³ פרק 26 בחוקת ניו זילנד.

יוצא אפוא כי העיגון החקיקתי שניתן לעקרון הפרוספקטיביות בחוקות אשר הובאו לעיל מוגבל להליך הפלילי בלבד.

לעומת כל החוקות המנויות לעיל **החוקות אשר יובאו להלן**, הינן חוקות המעגנות את עיקרון הפרוספקטיביות באופן כללי ולא דווקא להליך הפלילי. חוקת סלובניה קובעת בסעיף 155 כדלהלן²⁴:

Article 155 (Prohibition of Retroactive Effect of Legal Acts)

Laws and other regulations and general legal acts cannot have retroactive effect.

Only a law may establish that certain of its provisions have retroactive effect, if this is required in the public interest and provided that no acquired rights are infringed thereby.

לפי חוקת סלובניה לא ניתן להחיל חוק או תקנה בתחולה רטרואקטיבית אלא אם כן ההחלה מחויבת לתכלית החוק ואינטרס הציבור מחייב זאת ולא נגרמת בהחלה הרטרואקטיבית פגיעה בזכויות.

בחוקת רוסיה²⁵ נחקק:

Article 54.

1. The law instituting or aggravating the liability of a person shall have no retroactive force.
2. No one may be held liable for an action which was not recognized as an offense at the time of its commitment. If liability for an offense has been lifted or mitigated after its perpetration, the new law shall apply.

בחוקת רומניה²⁶ נחקק:

Article 15 [Rule of Law, No Retroactive Law]

(1) All citizens enjoy the rights and freedoms granted to them by the Constitution and other laws, and have the duties laid down thereby.

²⁴ פרק 155.2 בחוקת סלובניה.

²⁵ סעיף 54 לחוקת רוסיה.

²⁶ סעיף 15 בחוקת רומניה.

(2) The law acts only for the future, with the exception of the more favorable penal law.

לאור הסעיף לעיל תחולתו של חוק תהא רק צופת פני עתיד, אולם לגבי העונש- העונש הקל ביותר.

בסיכומו של פרק זה, דוגמאות לעיגון העיקרון חוקות השונו אשר הובאו בקליפת האגוז מלמדות כי מוכרת, ברמה החוקתית, חשיבותו של עקרון זה. ברוב מדינות העיגון החוקתי הוא להיבט הפלילי בלבד (מהרציונאליים אשר נמנו לעיל) ובאשר לחוקות אחרות (בדגש על חוקת רומניה) מעגנות את העיקרון על כל דבר חקיקה, הן אזרחי והן פלילי. ראוי לציין כי חוקת סלובניה הינה החוקה היחידה הקובעת מנגנון לבחינת לגיטימיות תחולה רטרואקטיבית כחריג לכלל המעגן את עיקרון הפרוספקטיביות.

5 עיקרון הפרוספקטיביות בפסיקה זרה

בית המשפט העליון האמריקאי דן בסוגיה ובמספר מקרים אף ביטל חוקים אשר הייתה בהם תחולה רטרואקטיבית. בפרשת Stogner v. California²⁷ נפסל חוק של מדינת קליפורניה ששינה את תקופת ההתיישנות על עבירות מין. נקבע שהחוק קובע בעיקרון אי החלה רטרואקטיבית ולכן יש לפוסלו. גם בפרשת Carmell v. Tex.²⁸ נפסל חוק משמשנה את תחולת דיני הראיות לרעת הנאשם.

אולם לא בכל מקרה יבוטל החוק. בפסק דין Smith v. Doe²⁹ לא נפסל חוק לרישום עברייני מין למרות שהוחל גם על עבירות שבוצעו לפני חקיקתו בגלל שנקבע שהחוק אינו עונשי אלא זהו אמצעי אזרחי בלבד.

פסקי דין אלו ממחישים על קצה המזלג את גישת בית המשפט העליון האמריקאי המעניקה משנה תוקף לעיקרון הפרוספקטיביות ובלבד שבית המשפט תופס את הסוגיה כקשורה להליך הפלילי. מתן סעד של ביטול (כאמור לעיל, בישראל לרוב משתמשי במודל הבטלות היחסית) ממחיש את חשיבות העיקרון בארה"ב.

²⁷ 539 U.S. 607 (2003)

²⁸ 529 U.S. 513 (1999)

²⁹ 538 U.S. 84 (2003)

6 החלופות האפשריות לעיגון עיקרון הפרוספקטיביות בישראל

חלופה א' - לעגן איסור קשיח על כל חקיקה רטרואקטיבית. פיסקת ההגבלה הכללית תגביל את האיסור במקרים בהם ייראה לאור העקרונות הכלליים של החוקה שיש לסטות מעיקרון זה. היתרון הטמון בחלופה זו הוא בשמירה על ההרמוניה החוקתית ובכך שלא יוצרו פסקאות הגבלה ספציפיות לכל זכות בחוקה.

חלופה ב' - לקבוע כי אין פגיעה באיסור הרטרואקטיביות אם המעשה היה אסור על פי הדין הישראלי או הדין הבינלאומי.

חלופה ג' - איסור על חקיקה רטרואקטיבית בתחום הפלילי בלבד ללא התייחסות להיבט האזרחי כפי שהוצע בחלק מהצעות החוק תוך כדי איזון פנימי במשפט האזרחי של הזכויות הנפגעות. **התומכים** בגישה זו ינמקו זאת בכך שהשלכות המשפט הפלילי הרבה יותר חמורות ויש צורך בהגנה מוגברת על זכויות במסגרתו וכן בצורת משפט זו כמעט תמיד המדובר באדם היחיד כנגד המדינה על כוחה הרב.

חלופה ד' - איסור על חקיקה רטרואקטיבית תוך מתן שיקול דעת מונחה לבתי המשפט במקרים מיוחדים כאשר החוק מיועד לתכלית שהרטרואקטיביות הוא אחד מיסודותיה או התכלית העיקרית שלה. בצורה כזו ניתן יהיה להשתמש בכלי זה רק במקרים יוצאי דופן **המצדיקים** זאת ואפשר לומר שתהיה לעקרון הגנה יותר גבוהה מפיסקת הגבלה כללית.

החיסרון בגישה זו הוא יצירת פיסקת הגבלה ספציפית לזכות ופגיעה במבנה הקיים של פיסקת הגבלה אחת לגבי כל הזכויות. מכיוון ונעדר מחוקתה ההולכת ונבנית של מדינת ישראל מדרג פסקאות הגבלה, אין אפשרות מעשית ליצירת פסקת הגבלה פנימית רק לזכות אחת בחוקה (היא הזכות "להזהרה טרם הענישה").

חלופה ה' - אי עיגון עיקרון האיסור על רטרואקטיביות.

לדעתנו חלופה זו אינה מתאימה וקשה לחשוב על חוקה ושיטת משפט בה אנשים יכולים להיענש או שיפגעו זכויותיהם כאשר ביצעו פעולה אשר היתה חוקית באותו זמן או הסתמכו על החוק כדי לנקוט בהליך אזרחי כלשהו. במצב עניינים זה סביר כי בתי המשפט יגזרו את עקרון אי הרטרואקטיביות מתוך הזכות להליך הוגן.

ג עקרון הפומביות

1 מבוא

עקרון הפומביות הוא עקרון יסוד בדמוקרטיה, המאפשר את קיומו של שלטון החוק ונתפס כמכשיר למימוש זכות הציבור לדעת ובכך למימוש הרעיון הדמוקרטי של שלטון עצמי:

"A popular government, without popular information, or the means for acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or perhaps both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives." (James Madison)

משמעות העיקרון הוא חובת הרשויות לפרסם כל החלטה או פעולה שלהן שמשפיעה על זכויותיו וחובותיו של האזרח.

עקרון זה חיוני במיוחד לביסוסו של הליך הוגן בהתנהלותו של האזרח אל מול המערכת השיפוטית והמנהלית. ללא ידיעת הדינים החלים עליו לא יוכל האזרח, מחד, לכלכל את צעדיו כראוי ומאידך יהיה זה בלתי הוגן מצד המדינה לדרוש ממנו לפעול על-פי חוק או דין נסתרים.³⁰ רצינות נוסף להחלת עקרון הפומביות הוא התפיסה שבמתן פומבי להחלטות הרשות ניתן למנוע שרירות ולפקח על פעולותיה התקינות.

במובן הרחב ניתן לומר שעקרון הפומביות חל על כל נורמה שהיא, החל מחוקי יסוד וחוקים, דרך הנחיות מנהליות וכלה בהלכה הפסוקה, שהיא אחת ממקורות המשפט הישראלי.³¹ כך חייבת הכנסת לנהל את דיוניה במליאה פתוחה ולפרסם כל חוק שהיא מחוקקת. ניתן לגזור מעקרון זה את חובת הרשות לפרסם הנחיות פנימיות שקובעות כללים ליישום החוק ואף את החובה לפרסם פסקי דין.

בהמשך ננסה לתחם את גבולות עקרון הפומביות תוך שנמקד את הדיון לאלמנטים של עקרון הפומביות שאינם כלולים בזכות לדיון פומבי. השדות העיקריים עליהם חולש עקרון הפומביות הם:

- חוקים והדיונים (וכן ככל שאמנות מקימות זכויות וחובות במשפט הישראלי, יש לפרסם גם אותם ואת הדיונים בהם).³²
- פסקי דין והדיונים שהובילו לפסק הדין
- הוראות פנימיות והליכים מנהליים
- הליכי משמעת

³⁰ פרנץ קפקא ממחיש את האבסורד שבדבר זה בספרו הידוע "המשפט", בו נעצר, נשפט ונענש האזרח ק' מבלי שנאמר לו על איזה חוק עבר.

³¹ חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163.

³² ע"א 439/76 הסתדרות מכבי ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 770, 777.

2 הפומביות כעקרון חוקתי וחוקי במדינת ישראל

(א) עיגון העיקרון בחקיקה הישראלית

בחוק יסוד: הכנסת נקבע כי הכנסת תשב בפומבי וכי ישיבותיה יהיו פומביות:

"27. הכנסת תשב בפומבי.

28. ההליכים בישיבת הכנסת והדברים שנאמרו בה – פרסומם אינו מוגבל ואינו

גורר אחריות פלילית או אזרחית."

בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד חופש העסוק נקבע בפסקאות ההגבלה כי הפגיעה בזכות יסוד חוקתית צריכה להיות בחוק או לפי חוק. שילוב סעיפים אלו מוביל למסקנה כי פגיעה בזכות יסוד צריך שתהא פומבית³³.

עוד בראשית ימיה של המדינה, נקבע בפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, כי:

"11א (א) חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף."

בסעיף 10 לפקודה נקבעה חובת הפרסום של חוקים ברשומות:

"10. (א) כל פקודה תקבל תוקף ביום פרסומה ברשומות, בלתי אם נקבע בה כי תקבל תוקף בתאריך מוקדם או מאוחר מיום הפרסום."

כמו כן נקבע בפקודת הפרשנות [נוסח חדש] כי תקנות בנות פועל תחיקתי יכנסו לתוקפן עם הרישום:

"17. תחילת תקפן של תקנות בנות-פעל תחיקתי

תקנות בנות-פעל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בענין זה."

חוק המעבר, תש"ט-1949 מגדיר כי יש לפרסם כל חוק בזמן של עשרה ימים מיום קבלתו:

"2. חוקים

(א) לדבר חקיקה של הכנסת יקרא "חוק".

...

(ד) כל חוק יפורסם ברשומות תוך עשרה ימים מיום קבלתו בכנסת."

³³ א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד", מחקרי משפט יג (תשנ"ו-1996) 5, 17-18

עקרון הפומביות הוכר על-ידי הפסיקה כעקרון על במשפט הישראלי, ויוחסה לו חשיבות בשמירה על שלטון החוק:

"אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנוי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. והדברים ידועים לכל בר בי רב, ויש להצטער צער רב על אשר לא שימשו נר לרגלי רשויות המדינה בעניין שלפנינו".³⁴

על סמך עקרון זה, ועקרון החוקיות הנגזר ממנו, הרחיבה הפסיקה וקבעה חובת פרסום של הנחיות פנימיות שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט:

"... תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעוניינים, בין בפירסומן לרבים בין אחרת. מדברים אנו, כמובן, בהנחיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט, כמו בענייננו כאן ... השאלה, אם יוכל אדם לפטור עצמו בקנס מינהלי או אם יהיה עליו לעמוד לדין פלילי, אין זה ראוי כי יוכרע בה על דרך של משחק במחבואים בין האזרח לבין הרשות. הנחיות הפרקליטות חייבות להתפרסם לרבים, כדי שהרבים יכלכלו מעשיהם על פיהן...".³⁵

עקרון הפומביות נתפס בפסיקה כאחד העקרונות המממשים את זכותו של הציבור לדעת:

"... בכמה מתחומי הפעילות הציבורית עקרון הפומביות מושל בכיפה, וזכות הציבור לדעת מתממשת בהם ללא מצרים. כך הוא, כמובן, ביחס לתחולת עקרון הפומביות על ישיבות מליאת הכנסת שבכפוף ליוצאים נדירים הינו מוחלט (סעיפים 27-28 לחוק-יסוד: הכנסת). הלוא זה פשוט וברור, שהפומביות הינה מנשמת אפה של הפעילות הפרלמנטרית, כביטוייה המרכזי והישיר של הדמוקרטיה בהתגשמותה; ובלעדי הפומביות אין לפעילות זו לא טעם ולא משמעות. אותו רעיון מנחה את החלתו הרחבה של עקרון הפומביות על הסכמים פוליטיים, בין סיעות בכנסת או בין מועמדים ונבחרים ברשויות המקומיות. כיון שהסכמים כאלה נוגעים לזכות הבחירה של האזרח, הרי עצם תוקפם עשוי להיות מותנה בהבאה יזומה, ומבעוד מועד, של תוכנם לידיעת הציבור (בג"צ 1601/90 שליט ואח'י נ' פרס ואח'י, פ"ד מד (3) 353, והשווה בג"צ 4248/91 נתנון ואח'י נ' ראש

³⁴ ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2205-2204.
³⁵ בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מז(3) 501, 514-513.

עיריית חולון ואח', פ"ד מו (2) 194. הוא הדין ביחס להיקף תחולתו של עקרון הפומביות על דיוני בית המשפט (כקבוע בסעיף 3 לחוק-יסוד: השפיטה ובסעיף 68 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב]); שבהם יוחד לעקרון הפומביות מקום כבוד כאחד העקרונות החוקתיים של שיטתנו המשפטית..."³⁶

אם הנחיות בנות פועל תחיקתי מחויבות ברישום על-פי חוק, הרי שלעניין התחשבות בהנחיות בלתי רשמיות, המהוות מדיניות בפועל של הרשויות נקבע, כי במידה והנחיות אלה "מתפרסמות" כלפי הנוגעים בדבר, יש לתת התראה מספקת לפני שינוין:

"אכן כן: ככל שהעבירה וההרשעה בה היא לעניין, אין במדיניות המשטרה כדי לבטל את דין העונשין (מעין DESUETUDO), והרי לא תחת המחוקק המשטרה; ואולם ככל שקציבת העונש היא לעניין, דומה בעיניי כי יש ליתן משקל מלא למדיניות-יוצרת זו של המשטרה, שכן התעלמות מאותה מדיניות יהיה בה כדי לפגוע בעקרון החוקיות, לא פחות ... מדיניות זו שקבעה המשטרה - קבעה והחילה בחיי היומיום - מדמה עצמה לחוק שפורסם והובא לידיעת הכל; ואם אותה מדיניות סיווגה את מעשי המערערת כמעשי מיטרד, כן יהיה העונש שהיא תחוב בו. כך נהגה המשטרה, כך נהגו - כעקרון - בתי-המשפט, ואין זה דין ואין זה צדק שלפתע נסטה מן הדרך שכך נכבשה..."³⁷

במסגרת הדיון על פומביות הדין נדרשת התייחסות גם לפומביות הפסיקה. החופש לפרסם את פסיקת בית המשפט כלול בעקרון פומביות הדין (מלבד למקרים בהם הדיון נערך בדלתיים סגורות),³⁸ אך עם זאת, החובה לפרסם פסקי דין עמומה. יתכן והדבר נובע מכך שהרציונלים של פומביות הדין, ובכללם הביקורת הציבורית על ההליך השיפוטי וזכות הציבור לדעת, חופפים בחלקם לרציונלים העומדים בבסיסו של עקרון הפומביות (הצורך לפקח על פעולות הרשות), כך שבפועל מתאפשר לציבור, באמצעות פומביות הדין, לזכות במידת מה של נגישות אל פסקי הדין. מאידך פומביות הדין אינה עונה על אחד הרציונל העיקריים שמקיים עקרון הפומביות, והוא החובה ליידע את האזרח בנוגע להחלטות רשות שיש להן השפעה על זכויותיו וחובותיו. מכיוון שבשיטת המשפט הישראלית הפסיקה היא מקור משפטי מחייב, יש בסיס לדעה שעקרון הפומביות מחייב פרסום החלטות לא-טכניות של בית-המשפט.

³⁶ בג"צ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים פ"ד מח(1), 661, עמ' 675-674.
³⁷ ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד מז(1), 441, עמ' 456-455.
³⁸ סעיפים 68 ו-70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ה 198.

3 עקרון הפומביות בהצעות חוקה בישראל

רבות מההצעות לא מכילות את עקרון הפומביות באופן מפורש, אם כי יתכן וניתן לגזור אספקטים מסוימים של עקרון זה מעיגון הזכות למשפט הוגן או, באופן רחב יותר, מהגדרת המשטר במדינת ישראל כדמוקרטי.

הצעת החוקה של יהודה פנחס כהן (תש"ח-1948)

הצעת חוקה זו אינה מכילה את העיקרון במפורש.

הצעת חוק יסוד: מגילת הזכויות של האדם של פרופ' קלינגהופר (תשכ"ד – 1963)

הצעת חוקה זו אינה מכילה את העיקרון במפורש.

הצעת החוקה של פרופ' אקצין (תשכ"ד - 1964)

ההצעה קובעת את עקרון הפומביות במפורש ומפרטת את אופן הפרסום של חוקים, תקנות ועוד ברשומות כתנאי לכניסתם לתוקף:

14. (א) כל-חוק וכל תקנה, צו או הוראה אחרת בת פעל תחיקתי או המשנה את המצב המשפטי בהיקף כלל-מדינתי, אזורי או מקומי, לגבי הציבור בכללו או לגבי קבוצות או שכבות בציבור, יפורסמו ברשומות תוך 10 ימים לאחר סיום הליכי קבלתן; העתקתם בעיתונות מותרת; והבאתם בדרכים אחרות לידיעת הציבור הנוגע לדבר רצויה.

(ב) כל חוק, וכל הוראה המוזכרת בסעיף-משנה (א), נכנסים לתוקפם למחרת פרסומם ברשומות, בלתי אם נקבע בהם כי הם, או חלקיהם, ייכנסו לתוקפם בתאריך כלשהו המוקדם או המאוחר לתאריך האמור; ובלבד ששום הוראה [זולת חוק ותקנת-שעת-חירום] לא תיכנס לתוקפה לפני התאריך בו סוימו הליכי קבלתה כדין.

(ג) אי ידיעת חוק או הוראה אחרת, שנתקבלו ופורסמו כדין, אינה משמשת יסוד להפרתם."

הצעת חוק יסוד: החקיקה³⁹ (1975)

הצעת חוק זו כללה בתוכה ניסיון לעגן מדרג נורמטיבי בין חוקי היסוד לבין חוקים ותקנות. בין היתר עוסקת הצעת החוק בחובת הפרסום של חוקי יסוד, חוקים ותקנות:

3. (א) הצעת חוק של הממשלה, עם דברי הסבר, תוגש לכנסת, תונח על שולחנה ותפורסם ברשומות.

(ב) הצעת חוק של חבר הכנסת או של ועדה מועדונית – תוגש ותפורסם כפי שנקבע בתקנון הכנסת."

...

³⁹ הצעת חוק יסוד: החקיקה, הצ"ח תשל"ח 326.

8. כל חוק יפורסם ברשומות תוך עשרה ימים מיום קבלתו, והוא, אם לא נקבע בחוק מועד אחר לפרסמו.

9. תחילתו של חוק תהא ביום פרסומו ברשומות. זולת אם יש בו הוראה אחרת לענין זה; הוראת עונשין לא תחול על מעשה שנעשה לפני פרסומה.

10. (א) נוסח חוק כפי שפורסם ברשומות הוא המחייב.

...

16. (א) תקנות ייחתמו בידי מי שהתקיין ויפורסמו ברשומות, זולת אם יש בחוק הוראה אחרת לעניין דרכי הפרסום.

(ב) הפרסום ברשומות יהיה ראיה חלוטה שהתקנות הותקנו ונחתמו בידי מי שנקוב בפרסום ובנוסח שפורסם.

17. (א) תחילתן של תקנות הוא ביום פרסומן, אם לא נקבע בהן מועד אחר לעניין זה.

(ב) לא תהיה תחילתה של תקנה לפני פרסומה אלא אם הסמיך החוק להתקינה כך.

18. (א) ראתה הכנסת שקיים במדינה מצב של חירום, רשאית היא להכריז על כך, ומשנתפרסמה ההכרזה ברשומות, רשאית הממשלה להסמיך או שר להתקיין תקנות-שעת-חירום ככל שייראה לו להגנת המדינה, לבטחון הציבור או לקיום האספקה והשירותים החיוניים.

(ב) ראתה הכנסת שחדל מצב החירום להתקיים, תכריז על כך, ומשנתפרסמה ההכרזה ברשומות, תפקע סמכותה של הממשלה וסמכותם של שרים לפי סעיף זה.

...

20. תקנות-שעת-חירום ייחתמו בידי השר שהתקיין ויפורסמו ברשומות זולת אם יש בהן הוראה אחרת לעניין דרכי הפרסום; הפרסום ברשומות יהיה ראיה חלוטה שהתקנות הותקנו ונחתמו בידי השר הנקוב בפרסום ובנוסח שפורסם.

21. תחילתן של תקנות-שעת-חירום תהא ביום פרסומן אם לא נקבע בהן מועד אחר לענין זה; ...

הצעת חוק יסוד: החקיקה⁴⁰ (1978)

הצעת חוק זו מתבססת על הצעת חוק יסוד: החקיקה מ-1975 ולמעשה אין בה שינויים (פרט לשינויי ניסוח קלים ולעיתים מספור הסעיפים) מההצעה הקודמת לעניין חובת הפרסום של חוקים. אחד החידושים החשובים בהצעת החוק הוא סמכות הביטול שניתנה לכנסת בנוגע לתקנות שאינן חוקי עזר עירוניים או תקנות לשעת חירום או שלא הותקנו באישור ועדות הכנסת. הפעלת הסמכות דורשת פרסומה ברשומות:

⁴⁰ הצעת חוק יסוד: החקיקה, הצ"ח תשל"ח 326.

20. (א) הכנסת ראשית, על פי הצעת 30 חברי הכנסת, לבטל תקנות בהחלטה; ההצעה תוגש תוך 30 יום מיום פרסומן של התקנות, וההחלטה תינתן תוך 90 יום מיום הגשת ההצעה.

...

21. החלטת ביטול לפי סעיף 20 תפורסם ברשומות בחתימת יושב ראש הכנסת, תוך עשרה ימים מיום קבלתה, ותקפה יהא מיום הפרסום, או ביום מאוחר מזה שנקבע לכך בהחלטה; אין בביטול תקנה כאמור כדי לפגוע בתוקפו של מעשה שנעשה מכוח התקנות לפני ביטולן.

הצעת חוק יסוד: זכויות האדם והאזרח (1973) (הכנסת השביעית - ועדת משנה בראשות בנימין הלוי)

הצעה זו אינה מכילה את עקרון הפומביות.

הצעת "חוקה לישראל" (בראשות פרופ' רייכמן) (1986)

הצעת חוקה זו אינה מכילה את העיקרון במפורש.

הצעת חוק יסוד: זכויות האדם משנת 1989 (הכנסת ה-12 - קבוצת חברי כנסת בראשות שולמית אלוני)

הצעה זו אינה מכילה את עקרון הפומביות.

הצעת חוק יסוד: החקיקה (1991):

הצעה זו מושתתת, לפחות לעניין חובת הפרסום של חוקים, תקנות והצעות חוק על ההצעות הקודמות, ואין בה שינויים משמעותיים פרט לשינויי ניסוח.

הצעת החוקה של פרופ' בנדור (2000)⁴¹

הצעה זו מעגנת את סעיף 27 לחוק יסוד: הכנסת לעניין פומביות ישיבות הכנסת, וכן באה במקום סעיפים 2(ב) ו-2(ד) לחוק המעבר, תש"ט-1949 וסעיף 10(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948:

"29. פומביות

הכנסת תשב בפומבי

33. פרסום חוקים

חוק יפורסם ברשומות. פרטים בדבר סדרי הפרסום, החתימות הנדרשות והנוסח המחייב – ייקבעו בחוק.

34. תחולה

תחילתו של חוק ביום פרסומו ברשומות, זולת אם נקבעה בחוק הוראה אחרת לעניין תחילתו.

⁴¹ אריאל בנדור "הצעת חוקה לישראל" משפט וממשל ה (תש"ס) 23, 29-30.

הערותיו של השופט חיים כהן להצעת החוקה של פרופ' בנדור

הערות אלה לא גובשו לכדי מסמך עצמאי המהווה הצעת חוקה, אך חלקן כוללות הצעות ספציפיות לניסוח החוקה, כמו גם בעניינינו:

"16. לסעיף 29 אני מציע לאמור:

הכנסת והסינט ישבו בפומבי. אך רשאים הם, על-פי בקשת ראש-הממשלה ובהחלטת רוב חבריהם, לקיים דיון בדלתיים סגורות מטעמי בטחון המדינה.

...

19. במקום הסעיפים 31-32 [סעיפים בהצעת החוקה של פרופ' בנדור הדנים בהצעות חוק שאינם כוללים התייחסות לעניין חובת הפרסום ברשומות] המוצעים אני מציע סעיפים אלה:

I. (א) הצעות חוק מטעם הממשלה תוגשנה ליושב ראש הכנסת ותפורסמנה ברשומות.

(ב) הצעות חוק מטעם חברי הכנסת טעונות אישור הכנסת, ולאחר אישור תפורסמנה ברשומות.

...

III. (ד) אושרה ההצעה בקריאה שלישית, יפורסם החוק ברשומות וייכנס לתוקפו עם פרסומו.

טיוטת הצעת המכון הישראלי לדמוקרטיה (2004)

הצעת חוקה זו אינה מכילה את העיקרון במפורש.

לסיכום פרק זה, רוב הצעות החוקה לא עסקו במפורש בעקרון הפומביות, אם כי מרכיבים שונים של העיקרון, כגון החובה לפרסם חוקים ותקנות ופומביות הדיון בכנסת, פורטו בחלק מהן. כל הצעות החוקה שעסקו בנושא ראו בפרסום החוקים ברשומות תנאי לכניסתן לתוקף. רוב הצעות אף ציינו את פרסום הצעת החוק ודברי ההסבר כחלק מתהליך קבלת החוק⁴².

הצעת חוק אחת אף בוחרת להגדיר את הפרסום במקומות נוספים פרט לרשומות כ"רצוי"⁴³, כנראה מתוך מחשבה שלחוקה יש גם תפקיד מחנך, והגדרת הפרסום הנוסף כ"רצוי" ידגיש את חשיבות עקרון הפומביות במשטר הדמוקרטי. בהצעות החוקה אין התייחסות לצורך בפרסום פסקי-דין או של הליכי משמעת.

⁴² הצעות חוק יסוד: החקיקה וכן ראו הערותיו של חיים כהן.
⁴³ הצעת החוקה של פרופ' אקצין.

(א) אמנות כלליות ואזורים

האמנה האירופאית לזכויות האדם אינה עוסקת בעקרון הפומביות באופן מפורש, אם כי היא מגדירה את החובה לפרסם את גזר-הדין במשפטים פליליים באופן פומבי.

Article 6 – Right to a fair trial

(1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. **Judgment shall be pronounced publicly** but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.[ההדגשות שלנו]

בסעיף 10 לאמנת זכויות האדם האוניברסאלית נחקק:

Article 10.

Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him.

מלשון הסעיף עולה כי לכל אדם הזכות לשימוע פומבי על ידי גוף בלתי תלוי בקביעת זכויותיו וחובותיו בכל האשמה פלילית כנגדו.

קרי- גם באמנת זכויות האדם הבינלאומי מעוגן עיקרון פומביות ההליך השיפוטי בעניינו של כל אדם.

ב) משפט משווה מדינתי

ארצות הברית

בחוקה האמריקאית עצמה אין התייחסות לעקרון הפומביות, אך עקרון זה מעוגן במספר מדינות וברמה הפדרלית, כשהחוק העיקרי ידוע כ-Government in Sunshine Act. חוק אלה מחייבים את הרשות המחוקקת או המבצעת, המקיימת שימועים וישיבות בבניינים ציבוריים להודיע לציבור על קיומם ולנהל את הישיבות בדלתיים פתוחות. ניתן לחרוג מכלל זה בנסיבות ספציפיות, אך גם תחת נסיבות אלה יש חובה לפרסם את כל ההחלטות שהתקבלו בישיבה.

החוק הפדרלי קובע שגוף קולגיאלי, כזה שמרבית חבריו מונו על-ידי הנשיא ובאישור הסנאט, צריך לקיים את כל ישיבותיו בצורה המאפשרת פיקוח ציבורי (public observation). פרט לסעיפים אלה מכיל החוק סעיפים נוספים, המפרטים באילו מקרים יוכל גוף שכזה לקיים את ישיבותיו בדלתיים סגורות.

“§ 552b. Open meetings

(a) For purposes of this section--

(1) the term "agency" means any agency, as defined in section 552(e) of this title [5 USCS § 552(e)], headed by a collegial body composed of two or more individual members, a majority of whom are appointed to such position by the President with the advice and consent of the Senate, and any subdivision thereof authorized to act on behalf of the agency;

(2) the term "meeting" means the deliberations of at least the number of individual agency members required to take action on behalf of the agency where such deliberations determine or result in the joint conduct or disposition of official agency business, but does not include deliberations required or permitted by subsection (d) or (e); and

(3) the term "member" means an individual who belongs to a collegial body heading an agency.

(b) Members shall not jointly conduct or dispose of agency business other than in accordance with this section. Except as provided in subsection (c), every portion of every meeting of an agency shall be open to public observation.⁴⁴

5 USCS § 552b⁴⁴

צרפת (1958)

חוקת צרפת משנת 1958 קובעת כי ישיבות שני הבתים ינוהלו באופן פומבי וכי פרוטוקול הישיבה יפורסם.

Article 33

The sittings of the two assemblies shall be public. A verbatim report of the debates shall be published in the Journal officiel.

Each assembly may sit in camera at the request of the Prime Minister or of one tenth of its members.

דרום אפריקה (1996)

חוקת דרום אפריקה מחברת באופן ברור בין היותו של התהליך החקיקתי (ובכלל זה הדיונים בפרלמנט) פתוח לקהל הרחב, לבין הצורך במעורבות ציבורית בחקיקה. עם זאת, המחוקק רשאי לנקוט אמצעים סבירים כדי לקבוע כללים בדבר גישת הציבור והתקשורת לאסיפה ולוועדותיה ובדבר חיפוש על אדם, מניעת כניסתו של אדם או הוצאת אדם מהפרלמנט. ניתן להגביל את פומביות הדיון בוועדות הפרלמנט והגישה הציבורית לגוף זה אם הדבר סביר ומוצדק בחברה דמוקרטית.

59. (1) The National Assembly must

facilitate public involvement in the legislative and other processes of the Assembly and its committees;
and

conduct its business in an open manner, and hold its sittings, and those of its committees, in public, but reasonable measures may be taken to regulate public access, including access of the media, to the Assembly and its committees; and

to provide for the searching of any person and, where appropriate, the refusal of entry to, or the removal of, any person.

- (2) The National Assembly may not exclude the public, including the media, from a sitting of a committee unless it is reasonable and justifiable to do so in an open and democratic society.

במישור המנהלי, קובעת חוקת דרום אפריקה כי הרשות המנהלית צריכה לנהוג בשקיפות כך שהמידע שבידה יהיה מדויק ונגיש לציבור:

195. (1) Public administration must be governed by the democratic values and principles enshrined in the Constitution, including the following principles:

...

- i. Transparency must be fostered by providing the public with timely, accessible and accurate information.

צ'כיה (1992)

חוקת צ'כיה קובעת כי ישיבות שני הבתים יהיו פתוחים לציבור, אם כי ניתן לשבת בדלתיים סגורות במקרים שייקבעו בחוק.

Article 36 [Publicity]

Sessions of both chambers are open to public. The public can be excluded solely under conditions stipulated by law.

החוק נכנס לתוקף עם פרסומו. החוקה מציינת באופן ספציפי כי גם אמנות שנחתמו ואושרו על-ידי הפרלמנט תוקפן יפה עם פרסומן.

Article 52 [Promulgation]

A law becomes effective upon its promulgation. The method of promulgation is stipulated by law. The same applies to international treaties approved by Parliament.

ההליך המשפטי ינוהל באופן פומבי בכפוף לחריגים המפורטים בחוק. פסק-הדין יוכרז תמיד באופן פומבי:

Article 96 [Equality Before Court, Publicity]

...

(2) Proceedings in the court are verbal and open to public; exceptions are specified by law. The verdict of the court is always publicly declared.

נורבגיה (1995)

החוקה הנורבגית קובעת כי הפרלמנט יישב בדלתיים פתוחות. כמו כן מוגדרת חובת פרסום של ההליכים בפרלמנט, פרט למקרה בהם הוחלט ברוב קולות אחרת.

Article 84

The Storting shall meet in open session, and its proceedings shall be published in print, except in those cases where a majority decides to the contrary.

כמו-כן מעגנת החוקה את חובת פרסום החוקים, ואף קובעת את הנוסח בו החוקים

יפורסמו:

Article 81

All Acts (with the exception of those mentioned in Article 79) are drawn up in the name of the King, under the seal of the Realm of Norway, and in the following terms; «We, X, make it publicly known: that the decision of the Storting of the date stated has been laid before Us: (here follows the decision). In consequence whereof We have assented to and confirmed, as We hereby do assent to and confirm the same as Law under Our Hand and the Seal of the Realm.»

חריג לחובת פרסום החוקים הוא מצב המתואר בסעיף 79:

Article 79

If a Bill has been passed unaltered by two sessions of the Storting, constituted after two separate successive elections and separated from each other by at least two intervening sessions of the Storting, without a divergent Bill having

been passed by any Storting in the period between the first and last adoption, and it is then submitted to the King with a petition that His Majesty shall not refuse his assent to a Bill which, after the most mature deliberation, the Storting considers to be beneficial, it shall become law even if the Royal Assent is not accorded before the Storting goes into recess.

לטביה (1922)

על-פי חוקת לטביה ישיבות הפרלמנט יהיו, ככלל, פומביות. עם זאת, הפרלמנט יכול לקבוע אחרת ברוב של שני שלישים מחבריו.

Article 22 [Publicity]

Sittings of the Parliament shall be public. The Parliament may decide by a majority vote of not less than two-thirds of the members present to sit in closed session, if so requested by ten members of the Parliament, or by the President, the Prime Minister, or a Minister.

אדם לא יישא באחריות על דיווח על הנעשה בפרלמנט או בישיבות הפרלמנט, כל עוד דיווח זה הוא דיווח אמין.

Article 34 [Publicity of Reports]

No person may be called to account for reporting the sittings of the Parliament or its committees if such reports correspond to fact. Information about closed sessions of either the Parliament or its committees may only be disclosed with the permission of the Presidium of the Parliament or the committee.

בחוקה מוגדרת הפרוצדורה שבה יש לפרסם חוקים ומוגדר טווח זמן לאחר הפרסום שלאחריו ייכנסו החוקים לתוקף:

Article 69 [Promulgation]

The President shall proclaim laws passed by the Parliament not earlier than the seventh day and not later than the twenty-first day after the law has been adopted. A law shall

come into force fourteen days after its proclamation unless a different term has been specified in the law.

Article 70 [Formula of Promulgation]

The President shall proclaim adopted laws in the following manner:

"The Parliament (that is, the People) has adopted and the President has proclaimed the following law: (text of the law)."

רוסיה (1993)

נשיא רוסיה הוא זה החותם על חוקים פדרליים ומפרסם אותם תוך פרק זמן של 14 ימים.

Article 107.

1. An adopted federal law shall be sent to the President of the Russian Federation for signing and publication within five days.

2. The President of the Russian Federation shall, within fourteen days, sign a federal law and publish it.

קרואטיה (1990)

חוקת קרואטיה קובעת כי ישיבות הפרלמנט יהיו פומביות וכי חוקים יפורסמו באופן רשמי, לפני שייכנסו לתוקף. פסק-הדין יוכרז באופן פומבי (אם כי ישנה פסקת הגבלה לגבי פומביות הדיון):

Article 83

Sessions of the Croatian Parliament shall be public.

Article 89

Before coming into force, laws and other rules and regulations of governmental bodies shall be published in "Narodne Novine", the official gazette of the Republic of Croatia.

The rules and regulations of bodies vested with public authority shall, before coming into force, be publicized in an accessible way, in accordance with law.

A law shall come into force at the earliest on the eight day after its publication, unless otherwise specified by law for exceptionally justified reasons.

Article 119

Court hearings shall be open to the public and judgments shall be pronounced publicly in the name of the Republic of Croatia.

The public may be barred from a hearing or part of it for the reasons necessary in a democratic society in the interest of morals, public order or State security, in particular if minors are tried, or in order to protect private lives of the parties, or in marital disputes and proceedings in connection with guardianship and adoption, or for the purpose of protection of military, official or business secrets and for the protection of the security and defense of the Republic of Croatia, but only to the extent which is in the opinion of the court absolutely necessary in the specific circumstances in which the public might be harmful to the interests of justice.

הולנד (1983)

החוקה מגדירה את פרסום החוקים כתנאי לתוקפם. כמו כן כל הוראה אדמיניסטרטיבית לא תיכנס לתוקף עד לפרסומה.

Article 88

The publication and entry into force of Acts of Parliament shall be regulated by Act of Parliament. They shall not enter into force before they have been published.

Article 89

(1) General administrative orders shall be established by Royal Decree.

(2) Any regulations to which penalties are attached shall be embodied in such orders only in accordance with an Act of Parliament. The penalties to be imposed shall be determined by Act of Parliament.

(3) Publication and entry into force of general administrative orders shall be regulated by Act of Parliament. They shall not enter into force before they have been published.

(4) Paragraph (2) shall apply by analogy to other generally binding regulations laid down on behalf of the State for five years or until a time to be determined by or pursuant to Act of Parliament. These regulations shall not enter into force until they have been published.

ישיבות הפרלמנט יהיו פומביות ואף יתועדו במצלמה, אם נראה שיהיה בכך צורך :

Article 66

(1) The sittings of the Parliament shall be held in public.

(2) The sittings shall be held in camera if one tenth of the members present so require or if the President considers it necessary.

משפטים ינוהלו באופן פומבי, גזר הדין ינומק וההכרעה תינתן בפומבי. ההגבלות לכך יפורטו בחוק :

Article 121

Except in cases laid down by Act of Parliament, trials shall be held in public and judgements shall specify the grounds on which they are based. Judgements shall be pronounced in public.

ספרד (1992)

חוקת ספרד מגדירה את החובה לפרסם נורמות, תחת הכותרת של שלטון החוק, ואף קובעת כי החוקים יכנסו לתוקף זמן מה לאחר פרסומם :

Article 9 [Rule of Law]

...

(3) The Constitution guarantees the principle of legality, the normative order, the publication of the norms...

Article 73 [Promulgation]

(3) Laws have to be published immediately after they were promulgated; they enter into force on the fifteenth day after their publication unless the laws establish a different time.

כמו כן קובעת החוקה כי שני בתי הפרלמנט ינהלו דיון פומבי, אלא אם כן הוסכם אחרת ברוב מוחלט:

Article 80 [Publicity]

The plenary sessions of the Chambers shall be public except when there is an agreement against it in each Chamber, an agreement which must be arrived at by an absolute majority or by a change in the Regulations.

מאחר ובית המשפט לחוקה בספרד מוסמך לפסול חוקים שאינם חוקתיים, עליו לפרסם החלטות על ביטול חוקים באמצעות העלון הרשמי של המדינה. החלטתו של בית-המשפט תיכנס לתוקף עם פרסום החוקים:

Article 164 [Effect of Judgments]

(1) The verdicts of the Constitutional Court shall be published in the Official State Gazette with the dissenting votes, if any. They have the validity of a judgment as from the day following their publication, and no appeal may be brought against them...

פינלנד (2000)

החובה לפרסם חוקים מופיעה בחוקה:

Section 20 [Countersignature]

(1) It shall be stated in the preamble to each Act of Parliament that the Act has been enacted according to a decision of Parliament and, when an Act has been enacted pursuant to the procedure in force for the enactment of Constitutional Acts, it shall also be stated that this procedure has been complied with.

(2) An Act that has been ratified or that shall enter into force unratified shall be signed by the President and countersigned by the competent Minister. Thereafter, the Council of State shall publish the Act in *The Statutes of Finland*.

(3) An Act shall make clear the date of its entry into force. If the Act has not been published by the date of entry into

force given in the Act, it shall enter into force on the day when it is published.

ישיבות הפרלמנט מוגדרות כפומביות (אלא אם כן ישנה סיבה מוצדקת שלא לנהל אותן כד). ישיבות הוועדות השונות אינן פומביות בהכרח, אך וועדה יכולה לקבוע כי הישיבה תתנהל בפומבי. החוקה קובעת כי בענייני החוץ של פינלנד חברי הוועדה יתייעצו עם הממשלה לנושא פומביות הישיבה.

Section 50 Public nature of parliamentary activity

(1) The plenary sessions of the Parliament are open to the public, unless the Parliament for a very weighty reason decides otherwise for a given matter. The Parliament publishes its papers, as provided in more detail in the Parliament's Rules of Procedure.

(2) The meetings of Committees are not open to the public. However, a Committee may open its meeting to the public during the time when it is gathering information for the preparation of a matter. The minutes and other related documents of the Committees shall be made available to the public, unless a Committee for a compelling reason decides otherwise for a given matter.

(3) The members of a Committee shall observe the level of confidentiality considered necessary by the Committee. However, when considering matters relating to Finland's international relations or European Union affairs, the members of a Committee shall observe the level of confidentiality considered necessary by the Foreign Affairs Committee or the Grand Committee after having heard the opinion of the Government.

אסטוניה (1992)

חוקת אסטוניה קובעת כי ישיבות הפרלמנט יתנהלו באופן פומבי, אלא אם החליט הפרלמנט אחרת ברוב של שני שלישים. ההצבעות יערכו בפומבי, אלא אם קיים חוק ספציפי המגדיר הצבעה חשאית בנושאים הקשורים לבחירת פקידים ומינויים.

Article 72 [Publicity]

(1) Parliament sessions shall be public, unless the Parliament, by a majority of two-thirds, decides otherwise.

(2) Voting in the Parliament shall be public. Voting by secret ballot shall only be held in cases prescribed by the Constitution or the Parliament By-Laws in matters concerning the election or appointment of officials.

חוקים ייכנסו לתוקף רק לאחר פרסומם בפרסום רשמי :

Article 108 [Coming Into Force]

A law shall come into force on the tenth day after its publication in the National Gazette, unless the law itself determines otherwise.

פסקי הדין יפורסמו, אלא אם הדבר נוגד את האינטרסים של קטינים, בן-הזוג או את אינטרס הקורבן :

Article 24 [Right to Fair Trial]

(4) Court judgements shall be made public, unless the interests of a juvenile, a matrimonial partner or a victim require otherwise.

עקרון הפומביות במשפט העברי⁴⁵

בתי הדין העבריים נהגו לפרסם פסקי דין שניתנו כנגד עבריינים. ישעיה הלוי הורביץ, בספרו "שני לוחות הברית", מעיד על נוהג זה: "דבר שהוא מצד העונש לא שייך לומר "אל תספר בגנותו", כי זה הדין שלו לספר בגנותו שלו בדבר זה, כמו שמעשים בכל יום הבית-דין פוסקים ועושים הכרזה על אדם אחד דברי גנות, הוא משום שהדין נותן ליענש בכך". עם זאת, הדבר היה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט, והפרסום נעשה רק במקום שאכן נראה לבית המשפט, שיש תועלת בפרסום פסק-הדין. כך פוסק החפץ חיים בעניין פרסום גזר דינו של עבריין בכלל:

"זה תלוי לפי ראות עיני בית-דין את האיש, אם תוכחתם תהיה מועלת לו על להבא, שלא יעשה עוד את העבירה, דכמה פעמים 'בדברים לא יוסר עבד', וגם לפי הענין שעשה, אם ידעו בו רבים, שעל ידי זה נתחלל כבוד

⁴⁵ מבוסס על מאמרו של נחום רקובר, "על לשון הרע ועל הענישה במשפט העברי", שפורסם באתר דעת: [URL: <http://www.daat.ac.il/daat/kitveyet/sinay/allashon1-4.htm>] (נצפה לאחרונה: 9/2/2005)

השם ח"ו אם לא יגדרו הפרצה על להבא, בודאי מוטל על הבית-דין לעשות כל מה שהם יכולין, כדי שרבים יראו ויקחו מוסר, וכמ"ש בסנהדרין: אמר רבי אליעזר ברבי יוסי: שמעתי שבי"ד מכין ועונשין שלא מן התורה, והובא בחו"מ בסי' ב"י. ולכן, במקום שאדם ממרה צו של בית המשפט ללא כל הצדקה "מותר לספר בגנותו ואף לרשום את גנותו בספר הזכרונות לדור דורים".

ניתוח ומסקנות מן המשפט המשווה

דיון פומבי בפרלמנט

נראה כי ככלל מוסכם כי על דיוני הפרלמנט במדינה דמוקרטית להתנהל בפומבי. ישנן חוקות הקובעות מגבלות לעקרון זה תוך מתן ההחלטה אם לקיים דיון פומבי לחברי הפרלמנט עצמם, במקרים יוצאי דופן ולעיתים תוך דרישה לרוב "מוחלט" (רוב מיוחס)⁴⁶. ניתן לחשוב גם בארץ על מצבים שבהם נהיה מעוניינים שהדיון במליאה יהיה בדלתיים סגורות, אך מצבים אלה הם מצבים קיצוניים, שבודאי נופלים ברשתה של פסקת ההגבלה.

חלק מהחוקות מבחינות בין דיון שנעשה במליאה לבין דיון הנערך בוועדות וישנה אף חוקה הקובעת באופן מפורש את הצורך להתייעץ בנושא הפומביות עם הרשות המבצעת בוועדות העוסקות בנושאים רגישים, כמו יחסי חוץ.⁴⁷

פרסום חוקים

חוקות מסוימות קובעות פרוצדורה ספציפית לפרסום החוק, בעוד חוקות אחרות אינן מתייחסות לנושא זה כלל וכלל. חוקת הולנד אף מתייחסת לחובת הפרסום של הוראות אדמיניסטרטיביות, בעוד חוקת ספרד מגדירה חובת פרסום לכל נורמה שהיא.

פומביות פסקי-הדין

חוקות רבות קובעות כי פסק-הדין יינתן בפומבי. מכאן לא נגזרת בהכרח החובה לפרסם אותם באופן רשמי. במספר מדינות בהן יש בית-משפט לחוקה נקבע, כי יש לפרסם באופן רשמי תוצאותיה של פסיקה המבטלת חוקים שסותרים את החוקה.⁴⁸

הליכים אדמיניסטרטיביים

ברוב החוקות לא הייתה התייחסות לפן של עקרון הפומביות בנוגע להליכים אדמיניסטרטיביים. חוקת דרום-אפריקה מגדירה את חובת השקיפות של המנהל בחוקה ואף מפרטת מספר עקרונות החיוניים לקיומה.

הליכי משמעת

לא נמצאה התייחסות לחובה לפרסם הליכים משמעתיים או את תוצאותיהם בחוקה.

⁴⁶ חוקת ספרד.

⁴⁷ חוקת פינלנד.

⁴⁸ חוקת ספרד, חוקת אסטוניה.

5 שאלות ונושאים לדיון

אם יעוגן הכלל באופן מפורש בחוקה, יהיה צורך לתת את הדעת על נוהגים רווחים אשר באופן זה או אחר פוגעים בעקרון הפומביות.

א) פרסום

כפי שהראינו, אין היום ספק לגבי חובת פרסומם של חוקים, תקנות, צווים וכדומה. הפסיקה אף קבעה כי כל הנחיות פנימיות של רשות אשר יש בהן כדי לאצול על מערך הזכויות והחובות של האזרח חייבות להתפרסם. אולם האם חובה זו נאכפת בפועל? האם מתפרסמות (באופן נגיש) כל החלטותיו של מינהל מקרקעי ישראל, למשל, אשר משפיעות לעתים קרובות על זכות הקניין של רבים?

שאלה נוספת עולה לגבי פרסומם של פסקי הדין ויתר החלטות השיפוטיות, שהרי הם מהווים מקור נרחב לדיון, לפי שיטת המשפט הישראלית. פסקי דין רבים, בעיקר אלה של בתי משפט השלום והמחוזי, אך גם כאלה של בית המשפט העליון, לא זוכים לפרסום רשמי וקשה לעיתים לאתרם. בדומה, אין פרסום של כתבי בית-דין, מסמכים ופרוטוקולים משפטיים, אליהם מתייחסות לעתים החלטות בתי המשפט.

אף אם נקבעה החובה לפרסם החלטות והנחיות כאלה, באיזה אופן עליהן להיות מפורסמות על מנת לקיים את הדרישה המהותית לנגישות? אמנם קיימת לפי חזקת ידיעת החוק מספיק הפרסום ברשומות, או העמדת המסמכים לעיון הציבור, אולם במידה ומדובר בפעולה נמשכת, לדוגמה, אשר נקבע לפתע כי איננה חוקית עוד, האם לא תוטל חובה רחבה יותר להביא את השינוי לידיעת הציבור, על ידי פרסום בחדשות למשל, או יצירת קשר עם האנשים הספציפיים המושפעים מן הקביעה כאשר הדבר אפשרי?

חשוב לציין קושי נוסף העולה מקביעה של חובת פרסום גורפת של פסקי-דין והחלטות מנהליות שונות והיא העלות הכספית הכרוכה בכך.

חלופות אפשריות

בפני הוועדה עומדות מספר חלופות הנוגעות לעקרון הפומביות:

- התעלמות מהעיקרון והשארת הנושא למחוקק ולבתי-המשפט.
- קביעה של אלמנטים ספציפיים הנגזרים מעקרון הפומביות כגון חובת פומביות הדיון בכנסת, חובת פרסום חוקים ותקנות.
- קביעה כללית של עקרון הפומביות בחוקה, המאפשרת לקבוע סייגים בחוק לעניין פרסום הליכי משמעת ו/או פרסום פסקי דין.

לאור חשיבות עקרון הפומביות במערכת המשפט בישראל, נראה שחשוב לעגנו בחוקה. מעבר לזאת, יש בסיס לדעה שחשוב לפרסם באופן רשמי את כל פסקי-הדין (אם כי לא החלטות

טכניות). נכון הדבר שאדם שמעוניין בפסק-דין או החלטה כלשהי יכול לבקשה מבית המשפט, אך קשה לראות כיצד יכול אדם לבקש דבר שהוא אינו יודע שהוא קיים.

ב) האם חובת הפרסום כוללת גם חובה שהדין יהיה ברור ולא עמום?

הדרישה החשובה הנובעת מתוך עקרון הפומביות, היא הדרישה לוודאות הדין, מתקיימת היום במיוחד בתחום המשפט הפלילי. ישנו צורך כי החוק יהיה ברור וקל להבנה, וכי וגבולותיו יוגדרו במדויק כאשר מדובר בעבירה פלילית. הסיבות לכך הן רבות:

"...לנורמה המשפטית, שמגדירה איסור פלילי וקובעת את תגובת החברה על הפרתו, נועד התפקיד הראשון במעלה, של חינוך, הזהרה והרתעה כלליים, של הציבור כולו. תפקיד זה, במידה שהוא ניתן למילוי - והמידה עולה על המשוער לכאורה - מחייב, בין השאר, חד משמעות לא רק לעניין הגדרת האיסור, אלא גם לעניין העונש הצפוי בשל הפרתו כאמת מידה למשקל האנטי-חברתי המיוחס לאיסור על ידי החברה באמצעות החוק..."

עקרון החוקיות נועד במידה לא פחותה גם לשמירה הקפידה על זכויות היסוד של הפרט, תוך מניעה, בתחום הפלילי, של היות הפרט נתון לשרירות הלב, אם לחומרא ואם לקולא... של הרשויות.⁴⁹

מכאן נובע כי עבירות המכוננות "עבירות מסגרת" – עבירות עמומות אשר הפסיקה תוכל למלא בתוכן – בעיתיות מבחינה חוקתית:

"אין עונשין לא מקל-וחומר ולא מגזירה שווה ולא מהיקש או אנלוגיה, לא ממנהג ולא מנוהג, לא מפוליטיקה ולא מאידאולוגיה, לא מצורכי השעה ולא משיקולי הכרח - רק מן החוק הכתוב והחקוק שבו נעשה מעשה פלוני, על מרכיביו המוגדרים, לעבירה פלילית. מה שלא עשה החוק בלשון ברורה ומפורשת, שום פרשנות ושום היגיון אינם יכולים לעשות."⁵⁰

גם בתי המשפט הבינו את הסכנה שבפיתוח פסיקתי של הוראות פליליות, בעיקר אם הוא מחמיר עם הנאשם ולא מקל עליו.

"סעיף 1 לחוק ההסגרה וסעיפיו האחרים של החוק אינם מתייחסים לכוונתן הסובייקטיבית של הרשויות או לתום ליבן, שאלה הן אמות המידה המרכזיות שבמבחן הכוונה. יסוד הכוונה הוא פרי יצירה של פרשנות שיפוטית. כבר בעצם העובדה הזו טמון קושי... במובן זה עשויה החקיקה השיפוטית לסתור

⁴⁹ ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ג, התשנ"ב - 1992), 347-348.
⁵⁰ ח' ה' כהן, המשפט (מהדורה שנייה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ז - 1996), 664-665.

אף את עקרון החוקיות, שהינו עקרון יסוד בדיני העונשין, והרי ההסגרה היא בגדר הליך פלילי.⁵¹

עם זאת, לאחרונה, בפרשת שבס⁵² חרג בית המשפט מכלל זה ויצק תוכן אל תוך עבירת "הפרת אמונים". במקום לשלוח עבירה זו לניסוח מדויק אצל המחוקק, פירש בית המשפט את העבירה העמומה ובכך – למרות שסייע במאבק בשחיתות – חתר תחת עקרון הפומביות. מכאן – עקרון לחוד וישומו העקבי לחוד.

זאת עוד : אם יעוגן העיקרון בחוקה ללא כל הבדל בין הוראות פליליות לאחרות, האם יהיה די בפסקת ההגבלה הכללית כדי לקבוע שאין דרישה כזו לוודאות בתחומי המשפט האחרים? די להביט בעמימותה של עוולת הרשלנות בפקודת הניזקין (סעיף 35), או בחובה לשמור על כבוד המקצוע של עריכת דין בחוק לשכת עורכי הדין (סעיף 53), ובפיתוחן הרחב על ידי הפסיקה, כדי להבין כי אין לגבי תחומים אלה יחס קרוב לזה שניתן לעבירות פליליות. תוצאות הפרתם של כללי האתיקה המקצועית נחשבות לחמורות יותר מאלה של חובה אזרחית ויכולות אולי לפגוע בזכויותיו ובשמו הטוב של המפר במידה רבה אף יותר מעבירות פליליות מסוימות. אין מניעה כי בעתיד יפורש עיקרון הפומביות החוקתי כמגביל גם בתחומי משפט אחרים את האפשרות ליצור כללי מסגרת וסעיפי סל.

חלופות אפשריות

- ניתן לנסח את עקרון הפומביות (לפחות בסוגייה של תוקפם של חוקים) בשתי דרכים עיקריות:
- ניסוח כללי של העיקרון. במקרה כזה כל הפרה של העיקרון על-ידי פיתוח פסיקתית עלולה להגיע לבחינה בפסקת ההגבלה.
 - יצירת מדרג בין המשפט הפלילי לעבירות אחרות לעניין התחולה של עקרון הפומביות.

לדעתנו יש מקום לשקול חלוקה של עקרון הפומביות לעיקרון הכללי לפיו חוק שלא פורסם אין לו תוקף, ולהוראה נפרדת לפיה כלל פלילי צריך להיות ברור, ודאי, עם גבולות מוגדרים.

ג) האם חובת הפרסום כוללת גם חובה שהדין יהיה נהיר ונגיש?

חובה נוספת הנגזרת ישירות מעקרון הפומביות נוגעת לפשטות החוק ולקלות הבנתו. בישראל נשמרת בדרך כלל ההקפדה על לשון פשוטה ומובנת בחקיקה הראשית. אולם לא כך הדבר לעניין פסקי דין, המשתמשים במקרים רבים בשפה גבוהה ומקצועית, השזורה בביטויים מן מארמית או אנגלית. פסקי דין אלו מכוונים בעיקר לקהילה המשפטית (ומי שנוהגים לקרוא פסקי דין), אולם רבים מהם משנים את הדין ומשפיעים לפחות על מצבם המשפטי של בעלי הדין.

⁵¹ בג"ץ 4370/01, פלוני ואח' נ' משרד הפנים, תק-על 2003(2), 1713, 1726.
⁵² דנ"פ 1397/03 מדינת ישראל נ' שמעון שבס (טרם פורסם, ניתן ב 30.11.2004).

על פסקי הדין הללו להיות נגישים לקריאה במובן זה שעל האדם הסביר, שאיננו משפטן, להבין את ההנמקות שניתנו בהם. ואכן, באנגליה מתבצע מעבר להליך משפטי ללא לטינית⁵³.

ד) הליכים משמעתיים

עקרון הפומביות במערכת המנהלית יכול להתבטא אף בחובה לפרסם את החלטותיהן המנומקות של ועדות המשמעת המנהליות. פרסום זה יכול להביא לשקיפות רבה יותר של הרשות האדמיניסטרטיבית, ישרת את זכותו של הציבור לדעת ואת יכולת הביקורת על רשות זו. במקביל, יתכן ופרסום תוצאותיהם של ההליכים המשמעתיים יביאו לתוצאה שוויונית בסנקציות שיטילו וועדות המשמעת על העומדים לדין משמעת. מאידך, פרסום ההחלטות יפגע בזכות לפרטיות של העומדים לדין ואינו מקיים את הרציונל של השפעת החלטה על מערך זכויותיו וחובותיו של האזרח.

לשיטתנו האיזון בין הזכות לפרטיות במקרה זה שונה מהאיזון במקרה שבו הגוף המבצע את ההחלטה השיפוטית הוא הרשות השופטת (ועדת המשמעת אינה גוף עצמי וחיצוני לרשות המנהלית ויש להניח כי יכולתה לעמוד בלחצים מן הרשות עצמה, כמו גם בלחצים מן החוץ נמוכים מאלה של הרשות השופטת). לפיכך, מוצע כי תישקל חלופה לפיה תקבע החוקה שיש להסדיר בחוק עניין זה.

⁵³ לפירוט ראו נאומו של הלורד וולף, נשיא בית הלורדים, בכנס הבינלאומי לערכאות שיפוטיות ממשפחת המשפט המקובל שנערך ב-2003 בסידני, אוסטרליה: <http://www.dca.gov.au/judicial/speeches/lcj100403.htm>.

ד עקרון המידתיות

1 כללי

עקרון המידתיות – היחס בין חומרת הפרת הדין ובין תגובת המדינה – מוכר כחלק מהזכות להליך הוגן. יודגש ההבדל בין עקרון המידתיות כחלק מהזכות להליך הוגן ובין עקרון המידתיות המצוי בפסקת ההגבלה. כחלק מהזכות להליך הוגן, מאפשר עקרון המידתיות לתקוף באופן ישיר את תגובת המדינה. כחלק מפסקת ההגבלה, נדרש ראשית להראות כי המדינה פגעה בזכות עצמאית, אחרת. מעבר לסוגית עילת התביעה, גם נטל ההוכחה מתהפך. בעוד שכאשר נפגעת זכות חוקתית, נטל ההוכחה על המדינה או הרשות להוכיח כי הפגיעה היא מידתית. כאשר המדובר בעקרון המידתיות כחלק מהזכות להליך הוגן, נטל ההוכחה הוא על הפרט להוכיח כי דבר החקיקה אינו מידתי. יתכנו מצבים שלא תתקיים פגיעה בזכות חוקתית, ברם, עדיין תיפגע הזכות שההליך יהיה מידתי. טלו לדוגמא, חוק הקובע עונש המפר את היחסיות בין התועלת לחברה ובין הנזק לאזרח. נצא מתוך הנחה שחוק זה אינו פוגע בזכויות המנויות בחוקה (למשל, בזכות לחירות, למשל משום שהזכות אינה מנויה). במקרה כזה, יוכל האזרח לעתור לבית המשפט כי החוק אינו מידתי.

2 המידתיות בישראל

א) המידתיות בחוקי היסוד

עיקרון המידתיות בא לידי ביטוי בשני חוקי היסוד העוסקים בזכויות האדם: בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בסעיף 8 לחוק, ובחוק יסוד: חופש העיסוק בסעיף 4 לחוק. נקבע כי אין לפגוע בזכויות המנויות בחוק היסוד "במידה העולה על הנדרש".

בשורה של פסקי דין אומצה פרשנות שיפוטית למהות עיקרון המידתיות, כפי שעולה מחוקי היסוד.⁵⁴ המבחן שאומץ נלקח מתוך הדין המנהלי⁵⁵.

מבחן המידתיות נחלק לשלושה מבחני משנה.⁵⁶

המבחן הראשון: מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונלי.

נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי צריך להיות גזור לשם השגת המטרה.

האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה.

⁵⁴ ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221; בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט(4) 94.

⁵⁵ ראו ד' סגל, "עילת העדר היחסיות במשפט המנהלי", הפרקליט לט (תשן-תשנ"א) 507.

⁵⁶ בפסיקה נוטים להזכיר שני מקורות עיקריים למבני משנה אלו: האחד, הדין המנהלי. והשני: פס"ד Oakes הקנדי.

לדעתנו, ניתן לגזור ממבחן זה גם לעניין הזכות להליך מידתי. לא רק פגיעה בזכות חוקתית, צריכה לעמוד במבחן ההתאמה, אלא, זכותו של הפרט שיהיה קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי הננקט כלפיו. באחת, המידתיות משמשת ככלי להגביל את הרשות, כנגד מעשה פוגע שהיא ביצעה. בשנית, כזכות עצמאית, אשר טומנת בחובה את זכאותו של האזרח, במנותק מהשאלה האם נפגעה לו זכות, שתתקיים ההתאמה האמורה.

המבחן השני: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

המבחן קובע כי אמצעי חקיקתי הפוגע בזכות חוקתית הוא ראוי רק אם לא ניתן להשיג את המטרה באמצעי אחר, אשר פגיעתו בזכות אדם תהיה פחותה. הוא מכונה לעיתים יסוד הצורך. גם מבחן זה עומד לעניין עיקרון המידתיות כעילה עצמאית. לפיו, זכותו, של הפרט כי האמצעי שיינקט כלפיו הוא האמצעי שפגיעתו באינטרסים הלגיטימיים של האזרח פחותה, ללא קשר לשאלה האם האמצעי שננקט פגע בזכותו החוקתית או לאו.

המבחן השלישי: מידתיות במובן הצר.

מחייב שקילת התועלת שתצמח לציבור לעומת הנזק לפרט בהפעלת האמצעי. נדרש איפוא יחס ראוי בין האמצעי למטרה.

ושוב, לעניין עילת המידתיות כעילה עצמאית, זכותו של הפרט כי יתקיים יחס בין התועלת שתצמח לציבור בהפעלת האמצעי לבין הנזק שיגרם לו, במנותק מהשאלה האם האמצעי גרם לפגיעה בזכות חוקתית.

מקובל כי עיקרו של מבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה הוא המבחן השני. מבחן זה מוערך כחשוב משלושתם. והוא אף קשור אליו טקסטואלית בקשר הקרוב ביותר.⁵⁷

לדעתנו, לעניין המידתיות כעילה עצמאית, המבחן השלישי עשוי לתפוס מקום מרכזי. כאשר במרכז הבחינה ניצבת ההגנה על זכות מזכויות היסוד, הדרישה שהאמצעי שתנקוט יהיה כזה שפגיעתו פחותה היא הדרישה הקונקרטית ביותר. כאשר אנו מביטים במידתיות כעילה עצמאית, זכויות המגדלת מרוכזת לכיוון הפגיעה בזכות היסוד של הפרט להליך הוגן. נראה לנו שדווקא זכאותו של הפרט שהנזק שנגרם לו יהיה ביחס סביר לתועלת לחברה היא המשמעותית יותר. כך עולה גם מניתוח משפט הזר.

מבחן המידתיות שבפסקת ההגבלה הוא הכלי המרכזי בידי בית המשפט להפעיל את ביקורתו השיפוטית על מנת להגן על זכויות האדם. הוא המטיל את הנטל הגדול ביותר על רשויות השלטון להוכיח כי הפגיעה באזרח היא כדין.

⁵⁷ ראו בנק המזרחי, בעמ' 437.

דרישת המידתיות יורדת לפרטי ההסדר הנבחן, ובוחנת חלופות להסדר זה. היא אינה מסתפקת בבדיקה פורמלית של עיגונם, הלימתם העקרונית את ערכי המדינה או בלגיטימיות הכללית של תכליתם.⁵⁸

מה אם כן משמעותה של העילה כמקור עצמאי?

לדעתנו, משלימה העילה הנ"ל, את אשר לא מכסה זכות המידתיות הנהוגה בפסקת ההגבלה. הצורך שההליך יהיה מידתי גובר על הצורך הצר, שהפגיעה בזכויות תהיה מידתית. מבחינה פרקטית, יוכל הפרט לעתור גם כנגד חוק או מעשה אשר אינם פוגעים בזכויות מנויות, אך אינם מידתיים, וזאת כחלק מזכותו להליך הוגן. בכך מורחב מארג ההגנה על זכויות הפרט. בנוסף, מצטמצמת קשת המקרים בהם הרשות תצליח להצדיק בכלים רטוריים את הפגיעה בפרט כפעולה שאינה פוגעת בזכות חוקתית כזו או אחרת.

ב) המידתיות במשפט המנהלי הישראלי

עיקרון המידתיות הופעל במשפט המנהלי בלי לקרוא לילד בשמו⁵⁹. מי שקרא את פסקי הדין בין השורות יכול היה להיווכח שבית המשפט בפועל אימץ מאז ומעולם את העיקרון⁶⁰. הכרה "פורמלית" לעיקרון ניתנה בפרשת ג'ברין⁶¹.

בית המשפט העליון אימץ בשורה ארוכה של פסקי דין את שלושת מבחני המשנה לבחינת המידתיות במשפט המנהלי⁶².

במשפט המנהלי, משמש העיקרון כעילה לתקיפת שיקול הדעת של הרשות המנהלית. נדרש מהרשות להפעיל את סמכויותיה בכפוף למבחן זה. בעוד שבמשפט החוקתי הוא מהווה כלל הכשר המתיר פגיעה בזכויות, במשפט המנהלי הוא מהווה כלל פסלות. שיקול דעת הבוחר באמצעי שאינו מידתי הוא פסול⁶³.

מבחינת המידתיות במשפט המינהלי קרובים – אם לא זהים – לאלו הנהוגים במשפט החוקתי⁶⁴. הניתוח שביצענו לבחינתם של מבחנים אלו במשפט החוקתי, מקבלים משנה תוקף בהופיעם

58 דליה דורנר, **מידתיות**, בתוך **ספר ברנזון** (חלק ב') בני סברה, 281, 282.

59 ראו ז' סגל, "עילת העדר היחסיות במשפט המנהלי", **הפרקליט** לט (תשן-תשנ"א) 507.

60 י' זמיר, "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה", **משפט וממשל** ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 109, בעמ' 132.

61 בג"צ 5667/91 מוסא ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, מו(1) 858.

62 ראו בג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; וכן בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון.

63 ראו בן עטיה לעיל.

64 אך יישומם עלול להיות שונה. השו"ע פ"ד 4424/98 סילגדו נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(5) 529, בו במקום לבחון האם נקטה המדינה באמצעי שפגיעתו בזכות הינה הפחותה ביותר, בדק בית המשפט האם המדינה בחרה באמצעי המצוי במתחם הסבירות.

במשפט המנהלי, שכן כאמור המידתיות המנהלית, עומדת כישות עצמאית, כפי שעומדת המידתיות במסגרת הזכות להליך הוגן.

ג) המידתיות בחקיקה הישראלית

עיקרון המידתיות הוא עיקרון מקובל גם בחקיקה הראשית במדינת ישראל.

דיני המעצר :

(1) מעצר לפי צו

סעיף 13(ב) לחוק סדר דין פלילי (סמכויות אכיפה- מעצרים), תשנ"ו-1996, קובע: "שופט לא יצווה על מעצר... אם ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של קביעת ערובה ותנאי ערובה, שפגיעתם בחירותו של הנאשם פחותה." הנה כי כן, בסעיף זה בא לידי ביטוי עיקרון המידתיות שעולה מתוך המבחן "האמצעי שפגיעתו פחותה" (ראו לעיל). לדעתנו הסעיף מעגן גם את זכותו של הפרט שיתקיים מבחן המידתיות השני בנוגע לעיקרון המידתיות כעילה עצמאית.

(2) מעצר עד תום ההליכים.

סעיף 21 (ב)1 לחוק האמור קובע :

"בית המשפט לא ייתן צו מעצר... אלא אם נוכח לדעת... שלא ניתן להשיג את מטרת המעצר בדרך של שחרור בערובה ותנאי שחרור שפגיעתם בחירותו של הנאשם, פחותה."

דיני החיפוש :

(1) סעיף 8(א)3 לחוק סדר דין פלילי (סמכויות אכיפה- חיפוש בגוף החשוד), תשנ"ו-1996 קובע: הוגשה בקשה להיתר לחיפוש פנימי, רשאי בית המשפט להתיר בצו עריכת חיפוש פנימי אם שוכנע "שאין דרך סבירה אחרת, בנסיבות העניין, שפגיעתו בחשוד פחותה, להשגת הראיה או להוכחת הקשר בין החשוד לבין ביצוע העבירה."

תורת הענישה

עיקרי תורת הענישה בישראל מושתתת על עיקרון המידתיות, לפיו העונש הקבוע בחוק הוא העונש המתאים להשגת המטרה שלשמה נקבע⁶⁵. מהסעיף עולה, לדעתנו, כי זכאותו של הפרט כי תתקיים התאמה בין העונש שניתן לבין המטרה שלשמה הוא נקבע.

⁶⁵ ראו דברי השופט ברק בפרשת בן עטיה.

3 המידתיות בהצעות חוק יסוד: זכויות במשפט

שלושת הצעות החוק שהוגשו לוועדה⁶⁶, כוללות בפיסקה 9 להצעת החוק פסקת הגבלה. הוצע כי אין פוגעים בזכויות המנויות בחוק יסוד: זכויות במשפט, אלא "במידה שאינה עולה על הנדרש". למעשה, אומצה פסקת ההגבלה שמופיעה בשני חוקי היסוד האחרונים שאושרו בכנסת, בלשונה. אין בהצעות אלו הוראה המפרטת את זכאותו של הפרט שההליך יהיה מידתי, במנותק משאלת הפגיעה בזכויות המעוגנות בהצעת החוק. לצד אי ההתייחסות לעקרון הכללי באופן עצמאי, מופיעות בחלק מהצעות החוקה שגובשו בישראל התייחסויות לתגובות מדינתיות מסוימות כתגובות לא-מידתיות. למשל. בהצעת החוק של התנועה לחוקה לישראל, נקבע בסעיף 6 כי "לא יהא עונש מיתה במדינת ישראל, [אך] על אף איסור זה, ניתן לקבוע בחוק כי יוטל עונש מיתה בשל מעשה שהוא פשע השמדת עם ופשע אחר כלפי האנושות."

4 משפט משווה

להלן סקירה של המצוי בשיטות המשפט השונות לעניין אופני התייחסותן לעקרון המידתיות וכן למקרים ספציפיים של יחס לא מידתי, דוגמת עונשים אסורים.

קנדה⁶⁷:

סעיף 12 לצירטר הקנדי קובע כי:

Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment

סעיף זה פורש בקנדה כמצריך גם עונש אכזרי וגם חריג: הקטגוריה הראשונה אוסרת על עונשים ברבריים כשלעצמם. הקטגוריה השניה אוסרת על עונשים שבאופן משמעותי הם חסרי פרופורציה למעשה או העבירה. כך, נקבע בפסק דין Smith⁶⁸ שעונש מינימום של 7 שנים על "ייבוא" סמים פוגע יתר על המידה בהגנה חוקתית זו. נקבע שגם פסקת ההגבלה אינה יכולה להכשיר את הפגיעה במקרה הנדון. יצוין כי עובדות המקרה העצימו את תחושת העדר היחסיות, שכן הנדון היה בחור צעיר ו"תמים" שחזר לקנדה מחופשה עם סמים קלים באמתחתו.

⁶⁶ הצעתה של זהבה גלאון שהוגשה ב-2.6.2003, הצעתו של צחי הנגבי-ס"ח תשנ"ב, עמ' 214, שהוגשה בשנית עם ח"כ אמנון רובינשטיין

⁶⁷ בהתבסס על: P. W. Hogg, *Constitutional Law Of Canada* (4th ed.) 1212-1220
⁶⁸ R. v. Smith [1987] 1 S.C.R 467

סעיף 1 לחוקה הקנדית – פסקת ההגבלה – אינו מתייחס למידתיות באופן ישיר, אלא קובע כי ניתן לפגוע בזכויות רק אם הפגיעה מתיישבת עם עקרונות יסוד סבירים ובני-הצדקה המקובלים בחברה חופשית ודמוקרטית. פסקה זו פורשה על-ידי בית המשפט העליון של קנדה⁶⁹ באופן ששימש השראה למחוקק הישראלי. הפסיקה הבחינה בין מטרה ראויה ואמצעים ראויים. האמצעים חייבים לפגוע בזכות המוגנת במידה הפחותה האפשרית. מבחן זה מכונה ע"י הפסיקה: מבחן המידתיות (Proportionality text) והוא כולל בחובו גם את הדרישה כי יתקיים יחס מידתי בין תוצאת החקיקה (האפקט של החקיקה) ובין הנזק אותו באה החקיקה למנוע (או התכלית אותה באה החקיקה להשיג). נדון בקצרה במבחנים אלו.

מבחן המשנה הראשון: מבחן הקשר הרציונלי.

דבר החקיקה צריך להביא להשגת התכלית הראויה (to suit its purpose). אסור לו להיות שרירותי, בלתי הוגן או מבוסס על שיקולים בלתי רציונאליים. פסק הדין בפרשת **Oakes** מדגים מבחן-משנה זה. באותו עניין, קבע דבר חקיקה כי המחזיק בסם מסוכן חזקה עליו שהשימוש בו הוא לצרכי מסחר. בית המשפט הקנדי קבע כי הוראה זו פוגעת בזכותו של הנאשם להנות מחזקת החפות כל עוד לא הוכרע דינו. בית המשפט בחן האם מרכיב המטרה הראויה מתקיים: מטרת ההוראה המעבירה את נטל ההוכחה היא להגן על החברה מפני הסחר בסמים מסוכנים. מטרה זו ראויה. לאור מסקנתו עבר בית המשפט לבחון את רכיב האמצעי הראוי. בית המשפט בדק האם מבחן היחסיות מתקיים. הוא בחן את מבחן המשנה הראשון (הקשר הרציונלי), והגיע למסקנה כי אינו מתקיים. בית המשפט קבע שחייב להתקיים קשר רציונלי בין העובדה המוכחת (החזקת סם מסוכן) לבין העובדה המונחת (סחר בסמים). קשר זה אינו מתקיים לגבי החזקת כל כמות של סם. החזקה של כמות קטנה אינה מצדיקה הנחה כי המחזיק בסם סוחר בו. מטעם זה הוחלט כי החוק אינו עובר את המבחן החוקתי, והעברת הנטל הקבועה בו בוטלה. לדעתנו, גם אם חזקת החפות לא הייתה מעוגנת כזכות עצמאית חוקתית, עדיין ניתן לטעון כי עומדת לפרט הזכות כי עצם אי מידתיותו של החוק מטילה פגם חוקתי בחוק.

R. v Oakes [1986] 1 S.C.R 103⁶⁹

מבחן המשנה השני: הפגיעה הפחותה ביותר האפשרית.

בקנדה מבחן זה הוא "לב ליבה" של פסקת ההגבלה. עיקר המחלוקת בפסיקה, עוסקת במרכיב משנה זה. בפסק דין **Vaillancourt**⁷⁰ נדונה הוראת חוק פלילי, לפיה אם תוך כדי ביצוע שוד נקטלים חיי אדם, אזי הקוטל אחראי ברצח, גם אם לא התכוון לטול חיי אדם וגם אם לא יכול היה לצפות זאת. בית המשפט הכריע כי החוק פוגע בכללי צדק יסודי⁷¹, שכן אינו דורש צפיות, ועל כן השאלה אם הוא מקיים את פסקת ההגבלה הקנדית. בית המשפט קבע כי התכלית אשר ההוראה הפלילית נועדה להגשים להתעת מבצעי עבירות משימוש בכלי נשק בעת ביצוע העבירה היא תכלית ראויה. אולם, אין כל הצדקה להטיל אחריות בגין רצח על מי שלא התכוון לרצוח, ואף לא יכול היה לצפות את ביצוע הרצח, כדי להרתיע אנשים משימוש בכלי נשק. נקבע כי אם הכוונה היא הרתעה מפני השימוש בכלי נשק, יש צורך להעניש את הנושא כלי נשק. הטלת הסטיגמה של רוצח היא אמצעי חריף מדי.

באופן דומה נפסק בפסק דין **B.C. Motor Vehicle**⁷² כי הטלת אחריות מוחלטת בפלילים (כלומר, ללא דרישה של מחשבה פלילית), הגוררת אחריה עונש מאסר אינה חוקתית.

בפסק דין **Morgentaler**⁷³ הוחלט כי דבר חקיקה אשר קבע כעבירה פלילית, ביצוע הפלה לאישה הרה בלא אישור מתאים, אינו מידתי, שכן האמצעי הנדרש פוגע במידה העולה על החיוני בזכות האדם המוגנת, וזאת, בין השאר, משום שבידי המדינה לא היה די מידע באשר להשלכות החקיקה.

טענתנו היא כי בכל אחד ממקרים אלו ניתן היה לטעון כי לנאשם זכות עצמאית, כחלק מהזכות להליך הוגן, שלא ייפגע מתגובה מדינתית לא מידתית, בין אם קיימת לו זכות אחרת שנפגעת ובין אם לאו.

מבחן המשנה השלישי: יחסיות בין התכלית לאמצעים.

המבחן דורש יחס ראוי בין התוצאה – האימפקט – הנובעים מהפעלת האמצעים הגלומים בחוק, ובין המטרה אותה מבקש החוק להגשים. בפסק דין **Rocket** נקבע כי הוראת חוק האוסרת על פרסומות של רופאי שיניים – והפוגעת לפיכך בחופש הביטוי של הרופאים – נוקטת באמצעי חריף מדי להגנה על המטרה הראויה (שמירה על האתיקה המקצועית). כמו כן נקבע כי לא קיים יחס

⁷⁰ *R. v Vaillancourt* [1987] 2 S.C.R 636

⁷¹ ראו סעיף 7 לחוקה הקנדית, הקובע כי אין לפגוע בחיים, בחירות ובטחון האדם אלא באופן התואם את עקרונות הצדק הבסיסי.

⁷² *B. C. Motor Vehicle Reference* [1985] 2 S.C.R 486

⁷³ *R. v Morgentaler* [1988] 1 S.C.R 30

ראוי בין האפקט של האיסור ובין המטרה שהוא נועד לשרת. מידע חשוב לקהל נמנע בשל האיסור. למעשה ניתן לטעון שלא היה צורך לפנות לחופש הביטוי אם היתה הגנה ראויה בזכות להליך הוגן.

בנוסף למבחני המידתיות הללו כוללת החוקה הקנדית גם הגנה ספציפית כנגד ענישה לא מידתית. סעיף 12 לחוקה הקנדית קובע כי לכל אדם הזכות שלא יופעל כנגדו עונש או כל יחס אכזרי או בלתי מקובל. בכך מייחדת החוקה הקנדית סוגי תגובה מסוימים כבלתי-מידתיים פר-סה.

ארצות הברית

התיקון ה- 8 לחוקה האמריקנית קובע:

"Excessive bail shall not be required, no fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted"

הגבלה זו, כידוע, אינה מונעת מבית המשפט האמריקני מלקבוע שעונש המוות הוא חוקתי, ואינו מהווה עונש אכזרי ובלתי רגיל באשר לרצח⁷⁴. למרות הקביעה שעונש המוות הינו חוקתי, נקבעו הגבלות בנוגע לעונש מוות לקטינים מתחת לגיל 16⁷⁵ או לעונש מוות לגבי אונס⁷⁶. גם לגבי עונש מאסר עולם ללא אפשרות לשחרור כעונש חובה המוצמד לעבירה, נקבע כי הוא לא מהווה עונש אכזרי ובלתי רגיל לכשעצמו⁷⁷.

יש לציין שלגבי עונשי מינימום ובחינת חוקתיותם הרי שלאור ההבדלים בין העונשים שניתנו על-ידי שופטים שונים, נקבעו הנחיות המגבילות מאוד את שיקול הדעת של השופטים במתן פסיקתם. הפגיעה הזו בשיקול הדעת של השופטים עמדה במבחנים חוקתיים.

ניו-זילנד:

סעיף 9 לחוקה של ניו זילנד קובע:

"Everyone has the right not to be subjected to torture or to cruel, degrading, or disproportionately severe treatment or punishment".

⁷⁴ Gregg v. Georgia (1976) 428 U.S 153

⁷⁵ Thompson v. Oklahoma (1988) 487 U.S. 815

⁷⁶ Coker v. Georgia (1977) 433 U.S 584

⁷⁷ Harmelin v. Michigan (1991) 501 U.S 957

סעיף זה קובע במפורש כי על המחוקק, המבצע והשופט לבחון האם תגובת המדינה למעשה הפרט היא יחסית, וזאת בלי קשר הכרחי לזכות פרט אחרת שנפגעת על ידי תגובת המדינה.

רוסיה:

החוקה של הפדרציה של רוסיה מ-1993 קובעת בפרק הנוגע לזכויות האדם:

"Article 21.

1. The dignity of the person shall be protected by the state. No circumstance may be used as a pretext for belittling it.

2. No one may be subjected to torture, violence or any other harsh or humiliating treatment or punishment. No one may be subjected to medical, scientific or other experiments without his or her free consent".

גרמניה⁷⁸:

עקרון היחסיות במשפט הגרמני מצוי הן במשפט החוקתי והן במשפט המנהלי. בית המשפט החוקתי קבע כי בכל סוגי ההגבלות, הוראת חוק "סתם" המגבילה זכות יסוד חייבת לקיים את עיקרון היחסיות. בפרשת **Verf** נקבע שכיבוד זכות היסוד לשלמות גופנית דורש כי כל הגבלה של זכות זו תקיים את עיקרון היחסיות. במהותו קובע עיקרון זה כי הפגיעה לא תהיה מעבר לנחוץ. **המלומד הגרמני הסה** מציין כי העיקרון של האחדות החוקתית מחייב את האופטימליזציה של הערכים המתנגשים. כולם צריכים להיות מוגבלים על מנת שכל אחד יוכל להגשים את האפקט האופטימלי שלו. אופטימליזציה זו מושגת באמצעות פניה לעקרונות היחסיות בכל מקרה קונקרטי. כך כל היתר לפגיעה בזכות (קרי, שימוש בהגבלה על הזכות) חייב להיות יחסי ואינו יכול לחרוג מעבר לחיוני להשגת ההתאמה בין הערכים המתנגשים.

ישנן מספר פרשנויות לעיגונו של העיקרון במשפט החוקתי הגרמני: מתוך עיקרון מדינת החוק, המעוגן בחוקה עצמה; מפסקת הכיבוד או מעצם מעמדן החוקתי של זכויות היסוד.

⁷⁸ ראו לעניין גרמניה: א' ברק, **פרשנות חוקתית** (נבו, 1992-2000) והציטוטים שם.

המלומד **קומרס** מציין את מרכיבי עקרון היחסיות, הזהים למרכיבים המוכרים: התאמה בין מטרה ובין האמצעים; בחירה באמצעי שפגיעתו (הנמדדת על-פי האפקט שלו) בזכות היא הפחותה; שמירה על יחס ראוי בין המטרה ובין האמצעים, דהיינו איזון בין הפגיעה בזכות המוגנת ובין היתרון הצומח לחברה מקיום ההוראה.

עילת המידתיות במשפט המנהלי דורשת כי הסמכות המנהלית תופעל במידה הראויה, לפי נסיבות כל מקרה ומקרה, ולא מעבר לנדרש בנסיבות המקרה. זוהי עילה מפותחת וחשובה במשפט הגרמני. ובמסגרתה בודקים בתי המשפט את התאמת האמצעי למטרה, ובכלל זה בחינת מעשיותו של האמצעי, את הצורך להפעיל דווקא את הסמכות הפוגעת – או שמא ניתן להפעיל סמכות אחרת להשגת המטרה, סמכות הפוגעת באזרח פחות? ולבסוף, נבחנת המידתיות – היחס שבין התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שיגרם לאזרח.

דרום אפריקה

סעיף 33 לחוקה הזמנית של דרום אפריקה משנת 1993 קובע:

“ (1) Everyone has the right to administrative action that is lawful, reasonable and procedurally fair”.

סעיף 12 לחוקה קובע:

“ (1) Everyone has the right to freedom and security of the person, which includes the right not to be deprived of freedom arbitrarily or without just cause;

- a. not to be detained without trial;
- b. to be free from all forms of violence from either public or private sources;
- c. not to be tortured in any way; and
- d. not to be treated or punished in a cruel, inhuman or degrading way”.

בית המשפט לחוקה של דרום אפריקה כשבא לפרש את פסקת ההגבלה בפסק-דין Makwanyane⁷⁹ פונה לבדיקת מבחני המידתיות הקנדיים כפי שנפרסו בפסק-דין Oakes (ראה לעיל). אחד השופטים אף משתמש במבחנים הללו במקרה הספציפי הנדון⁸⁰. אולם, לאור ההבדל הטקסטואלי בין החוקות השונות, באשר לנושא הנדון בפסק הדין- עונש מוות, אין החלה ישירה של המבחנים. יש לציין שבפסיקה זו של בית המשפט הדרום אפריקני לחוקה נפסק שעונש המוות הוא לא חוקתי.

81 צרפת

עיקרון המידתיות בצרפת מצוי במשפט המנהלי. העיקרון נתפס בדומה למידתיות במובן הצר: פרופורציה בין האמצעי הננקט במשפט המנהלי והמטרה שיש להשיגה. נתפס כמגביל את פעולות המשטרה כשהיא פוגעת בזכויות האדם. העיקרון מושרש היטב בתחום של בתחום של שיקול הדעת של הרשויות, לדוגמה שיקול הדעת של שר התרבות לאסור שידור סרטים, וכן בעניין הדין המשמעתי של עובדי ציבור, בתחום זה עונשים שהם לא מידתיים נתפסים כטעות גסה בהערכת עובדה- דוקטרינה אליה המידתיות קשורה, כמו גם לסבירות.

בפסק דין דין Ville Nouvelle Est. השופט Braibant קיבל את עקרון המידתיות במובן זה שסבר ששיקולי השר צריכים להיות מונעים ע"י איזון, כך שהפגיעה באזרחים לא תהיה מוגזמת ביחס למטרת התוכנית שעליו לאשר⁸².

אנגליה

לאור העובדה שלאנגליה אין חוקה הרי שיש לבחון את קיומו של עקרון המידתיות במשפט המקובל.

עקרון המידתיות דומה לעקרון הסבירות במשפט המנהלי האנגלי, אולם בית הלורדים מצא הבדל בין הדוקטרינות בכך שהמידתיות מכריחה את בית הלורדים לשפוט את ההכרחיות של פעולת הרשות בנוסף לשאלה האם הפעולה עצמה היתה בתחום הסבירות. בפסק דין Council of Civil

⁷⁹ State v. Makwanyane 1995(3) SALR

⁸⁰ H. Webb "The Constitutional courts of South Africa: Rights, Interpretation and Comparative constitutional law" 1 U.Pa.J.Const.L. 205,242.

⁸¹ L. Brown & J. Bell, French Administrative law (4th ed. Oxford 1993), 218-220.

⁸² פסק דין זה עסק באישור תוכניות בנייה. יש לציין ששופט זה הושפע מעקרון המידתיות במשפט העבודה הבינלאומי.

Service⁸³ בית הלורדים קבע שלאור העובדה שהמידתיות מחייבת החלפת שיקול דעתו בשיקול הרשות יש לדחותה על הסף, שכן הסבירות מתאימה יותר למשפט האנגלי. אולם, כאמור העקרון דומה מאוד לעקרון הסבירות ונראה שהעקרון קיים במשפט המקובל האנגלי מזה שנים רבות אך יש לו שמות אחרים.⁸⁴

בפסק דין **Weeeler v. Leicester**,⁸⁵ Lord Roskill מפנה לבחינת הקשר בין העונש למעשה האסור, ו-Lord Templeman התייחס לקשר בין העונש ומטרת הרשות. שניהם עשו זאת בלי להתייחס לעקרון בשמו המפורש. למעשה, ניתן לטעון שהעיקרון קיים במשפט האנגלי תחת כותרות שונות והקשרים שונים ומטרתו לבחון את שיקול דעת הרשות, מבלי להחליף את שיקול דעתה ע"י בית המשפט, על מנת למנוע פגיעה של אזרחים מהחלטה שאינה מידתית למעשה או לעבירה.⁸⁶

לעניין המידתיות במובנה הצר, משתמשים במידתיות כשמדובר על עונש מוגזם, או עונש אכזרי ובלתי רגיל, שאסור ע"פ מגילת זכויות האדם משנת 1689. כך למשל עקרון ההגנה העצמית נובע מהרעיון שהשימוש בכח צריך להיות מידתי לסכנה הנשקפת מהתוקף. נציין שגם בפסקי דין שניתנו לאחרונה נעשה שימוש תדיר בבחינת הקשר בין תגובת הרשות ובין מעשה האזרח.⁸⁷

משפט אירופי

עקרון המידתיות הוא חלק בלתי נפרד מפסיקתו של בית המשפט האירופי של זכויות האדם שמקום מושבו בשטרסבורג הפוסק ע"פ האמנה האירופית בדבר זכויות אדם. פסיקה זו קובעת כי החלטת מדינה הפוגעת בזכות אדם מפירה את האמנה האירופית, אם ההחלטה חורגת מדרישות המידתיות.⁸⁸

בדומה עקרון המידתיות הוא עקרון מרכזי במסגרת האיחוד האירופי. בית המשפט של האיחוד האירופי שמקום מושבו בלוקסמבורג פוסק כדבר שבסגרה כי החלטת מדינה שאינה מידתית

⁸³ Council of Civil Unions v. Minister for the Service [1985] AC 374. 410

⁸⁴ W. Wade & C. Forsyth **Administrative Law** (Oxford 1994), 403

⁸⁵ Wheeler V. Leicester City Council [1985] A.C 1054 (C.A).

⁸⁶ J. Jowell & A. Lester "Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous" in J. Jowell & D. Oliver, **New Directions in Judicial Review** (1988), 51-73.

⁸⁷ **R. v. May and others** 2005 EWCA CRIM, [2005] ALL ER (D) 295 (JAN); **W v.** ראו למשל:

Westminster City Council 2866 (QB)

⁸⁸ J. Schwarze, **European Administrative Law** (4th ed. 1993) at 704.

מפירה את הדין של האיחוד האירופי. העקרון הינו מרכזי עד כי נאמר עליו כי הוא "העיקרון המשפטי הכללי החשוב ביותר של דין השוק המשותף"⁸⁹. יש לציין שבמדינות: איטליה, בלגיה, גרמניה, הולנד ושבדיה ישנו איסור בחוקה על עונש מוות, כמקרה ספציפי של עונש שאינו מידתי פר-סה.

משפט בינלאומי

סעיף 5 להצהרה האוניברסלית בדבר זכויות אדם משנת 1948 קובע:

"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment".

סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות משנת 1966 קובע:

"No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation".

עקרון המידתיות אינו כתוב במגילת האו"ם. עם זאת, בית המשפט הבינלאומי בהאג, בדונו בנושא ההגנה עצמית של המדינות המצוינת בסעיף 51 למגילת האו"ם, קבע בפסק דין *Nicaragua*⁹⁰ שהצורך בפרופורציוניות והכרחיות מהווה מנהג בינלאומי ואינו קשור לאישרור אמנות מסוימות על-ידי המדינות.

בדומה, לאחרונה הרשיע בית הדין הבינלאומי לפשעי מלחמה ביגוסלביה לשעבר את פבלו סטרוגר⁹¹, מפקד בכיר שפיקד על המתקפה הצבאית על העיר הקרואטית דוברובניק והיה אחראי להרג שני אזרחים, פציעת רבים והרס בניינים בתוך העיר העתיקה. בית הדין דן בהפרות דיני המלחמה ומנהגיה והתמקד בעקרון המידתיות בשימוש בכח צבאי. פסק הדין מאשר את עקרון המידתיות כעקרון מנחה בקביעת אחריות פלילית במקרה של פשעי מלחמה, אולם לאור העובדה

⁸⁹ שם, בעמ' 677.

⁹⁰ Military and Paramilitary activities against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Merits, Judgments ICJ Reports 1986.

⁹¹ ראו *Prosecutor v. Pavle Strugat*, 31.1. CT/PIS/932e 2005 בפרשת

שבתוך דוברובניק לא היו כלל מטרות צבאיות, לא היה צורך לגופו של עניין לבחון את האיזון בין השימוש בכח לבין המטרה המיועדת.

לסיכום,

נראה שעקרון הענישה הפרופורציונלית כחלק מהזכות להליך מידתי קיים בחוקות שונות כגון: ארה"ב, קנדה, ניו-זילנד. במדינות אחרות הוא שייך לאיסור העינויים, למשל, ברוסיה. בחוקות רבות מצוי העקרון בפסקות ההגבלה השונות, אולם במשפט המינהלי של מדינות רבות, וכן במשפט הבינלאומי, עקרון המידתיות מקים עילת תביעה עצמאית, תחת התביעה כי על המדינה לנהוג כלפי אזרחיה בהגינות.

5- מודלים אפשריים לזכות להליך מידתי

בחיבור זה ראינו כי עיקרון המידתיות החוקתי בישראל פורש את כנפיו רק ככלי המגביל את הרשות לפגוע בזכויות חוקתיות של פרטיה. במשפט המנהלי, לעומת זאת, מוכרת עילת המידתיות כעילת תקיפה עצמאית.

יתכן ותישמע טענה שבחוקה שלמה ומלאה אין צורך בעילת תקיפה עצמאית כי כל פגיעה שתבצע הרשות תתקל בזכות חוקתית שנפגעת, וזכות זו ממילא מוגנת ע"י עיקרון המידתיות שבפסקת ההגבלה. עם זאת, יש לזכור כי בבואנו ליצור חוקה עלינו לאמץ מבט רחב. המשפט דינאמי; זכויות נוצרות בהתאם לשינויים חברתיים, תרבותיים וכלכליים. אין בטחון כי מגילת הזכויות המנויות תקיף את כל האינטרסים המוגנים. כמו-כן, לדעתנו חובת ההגינות הבסיסית דורשת כי תגובת המדינה תהיה מידתית למעשה האזרח, בין אם בכך פוגעת המדינה בזכות מוגנת ומוכרת ובין אם לאו. לפיכך לדעתנו יש להכיר בזכות להליך מידתי כחלק מהזכות להליך הוגן. להלן מודלים אפשריים להכרה בזכות זו.

מודל ראשון: לכל אדם יש זכות שהעונש שיינתן לו, לא יהיה אכזרי ומשפיל.

לפי גישה זו די בכך שנתייחס למידתיות במובנה הצר. קרי, עונש חייב להיות פרופורציונלי למעשה. ועונש אכזרי במיוחד חורג ממסגרת יחסיות זו.

הבעיה במודל לדעתנו, היא משולשת:

ראשית, כפי שראינו מניסיונם של חוקות זרות, הפירוש שניתן לזכות זו על ידי בית המשפט אינו ממצה את ההגנה הנדרשת. התביעה להליך מידתי אינו מסתיימת בדרישה לענישה פלילית לא-אכזרית. כמו-כן, עקרון המידתיות, כפי שהראנו, אינו רק הקביעה כי עונשים מסוימים אסורים ככאלה, אלא גם כי לגבי עונשים מותרים, נדרש יחס בין המעשה לתגובה.

מודל שני: עיגון שלושת מבחני המידתיות.

לפי מודל זה הליך מידתי משמעותו כי זכאותו של הפרט שיתקיימו כלפיו שלושת עקרונות המידתיות, שפותחו בפסיקה הישראלית והזרה. לפי מודל זה הליך מידתי מחייב שהפרט זכאי שינקט כלפיו אמצעי שמתאים למטרה אותה נועד האמצעי להשיג. שנית, הפרט זכאי שיינקט כלפיו האמצעי שפגיעתו פחותה. שלישית, הפרט זכאי שיתקיים יחס נאות בין מידת התועלת לחברה בנקיטה האמצעי, למול הנזק שנגרם לו. מודל זה אינו נמצא בחוקות אחרות. ברם, הוא עולה ברובן המכריע של מדינות אירופה באשר למשפט המנהלי.

מודל שלישי: סעיף הצהרתי.

לפי מודל זה די לציין בחוקה זכותו של הפרט כי ההליך המשפטי הננקט כלפיו יהיה מידתי. יתרונותיו של המודל שהוא מאפשר גמישות, לפרשנות עיקרון המידתיות. שכן לפי גישה זו גם פרשנותו של עיקרון המידתיות עלול להשתנות עם השנים. חסרונו של המודל, בכך שהוא מתחמק מהדיון הנוקב בהיקף ההגנה, ומותיר כר נרחב לפרשנות לבית המשפט.

מודל רביעי: שילוב בין המודל הראשון והשלישי- לכל אדם זכות להליך מידתי ובכלל זה שהעונש שיינתן לו לא יהיה אכזרי ומשפיל.

מודל זה ראוי לדעתנו, שכן מחד מותיר גמישות למערכת המשפט ליצוק תכנים משתנים לעיקרון ההליך המידתי. מאידך, מקבע עלי ספר את העיקרון היסודי כי הליך מידתי, לא מוביל לענישה אכזרית ומשפילה.

ה רשימת מקורות

חקיקה ישראלית

חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

חוק יסוד: הכנסת

חוק העונשין התשל"ז-1977

חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980, ס"ח 163.

חוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם תש"י 1950.

חוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם תש"י 1950

פקודת הפרשנות [נוסח חדש], ס"ח תשי"ד 238

חוק המעבר, תשי"ט-1949, ס"ח 1.

סעיפים 68 ו-70 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984, ס"ח 198.

הצעת חוק יסוד: החקיקה, הצ"ח תשל"ח 326.

הצעת חוק יסוד: החקיקה, הצ"ח תש"ל"ב 135.

פסיקה ישראלית

ע"א 439/76 הסתדרות מכבי ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 770, 777.

ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2204-2205.

בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 513-514.

בג"ץ 1618/97 סצ"י נ' עירית תל-אביב, פ"ד נב(2) 542

בג"ץ 5771/93 ציטרין נ' שר המשפטים פ"ד מח(1), 661, עמ' 675-674.

דני"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589

ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל פ"ד מז(1), 441, עמ' 456-455.

בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367.

בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (טרם פורסם, ניתן ב 22/11/2004).

ע"א 4335/01 עריית צפת נ' בזק חברה ישראלית תקשורת בע"מ, תק-על 2003 (4), עמ' 1043.

ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי, מט(4) 221

בג"ץ 5667/91 מוסא ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, מו(1) 858.

בג"ץ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון

בג"צ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 112, 120.
בג"ץ 4370/01 פלוני ואח' נ' משרד הפנים, תק-על 2003(2), 1713, 1726.
בג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה נ' שר החינוך והספורט, פ"ד מט(5) 1
בג"צ 4541/94 אליס מילר נ' שר הביטחון, מט(4) 94.

מאמרים וספרות בעברית

א' ברק, "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד", מחקרי משפט יג (תשנ"ו-1996) 5, 17-18.
אריאל בנדור "הצעת חוקה לישראל" משפט וממשל ה (תש"ס) 23, 29-30.
ש"ז פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך ג, התשנ"ב - 1992), 347-348.
ח' ה' כהן, המשפט (מהדורה שניה מתוקנת ומורחבת, תשנ"ז - 1996), 664-665.
ז' סגל, "עילת העדר היחסיות במשפט המנהלי", הפרקליט לט (תשן-תשנ"א) 507.
י' זמיר, "המשפט המנהלי של ישראל בהשוואה למשפט המנהלי של גרמניה", משפט וממשל ב (תשנ"ד-תשנ"ה) 109, בעמ' 132.

חקיקה אמריקנית

The Government Under Sunshine Act, 5 U.S.C. § 552b

פסיקה אמריקנית

Stogner v. California, 539 U.S. 607 (2003);

Carmell v. Tex, 529 U.S. 513 (1999);

Smith v. Doe, 538 U.S. 84 (2003).

אתרי אינטרנט

אתר חוקות בעולם: <http://confinder.richmond.edu/>

אתר "דעת" של המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, לימודי יהדות ורוח

<http://www.daat.ac.il/>

חוקות זרות

חוקת איטליה.

חוקת אסטוניה.

חוקת גרמניה.

חוקת דרום אפריקה

חוקת הולנד.

חוקת קרואטיה.

חוקת שבדיה.

חוקת הודו.

חוקת הפדראלית הבארה"ב.

חוקת ניו זילנד.

חוקת סלובניה.

חוקת ברזיל.

חוקת רוסיה.

חוקת רומניה.

חוקת פולין.

חוקת פינלנד.

חוקת ספרד.

אמנות בינלאומיות

האמנה האירופאית לזכויות האדם.

האמנה בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות.

ההצהרה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם והאזרח.