



אוניברסיטת חיפה
UNIVERSITY OF HAIFA

הפקולטה למשפטים

FACULTY of LAW

מסמך רקע מקוצר בנושא:

הזכות להליך הוגן:

מגבלות מהותיות על הדין

מוגש לועדת חוקה חוק ומשפט של הכנסת

בהנחיית ד"ר אמנון רייכמן

10.2.05

כללי

מסמך זה מציג בקצרה את המגבלות המהותיות אשר בתי משפט בישראל וברחבי העולם גזרו מהזכות להליך הוגן. מגבלות אלו מציבות בפני שלושת הרשויות, בדגש על הרשות המחוקקת והמבצעת, דרישות מהותיות בהן על הדין ודרכי אכיפתו לעמוד.

המגבלות המהותיות הן:

- 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.

מכיוון שעקרון ההסמכה הריבונית ועקרון השוויון בפני החוק מוצגים בפני הועדה כחלק מפסקת ההגבלה ומהזכות לשוויון, יתמקד מסמך זה בשלושת העקרונות הנותרים: פרוספקטיביות, פומביות מידתיות.

א. עיקרון הפרוספקטיביות

1 – הגדרת העיקרון

עקרון הפרוספקטיביות קובע שחקיקה רטרואקטיבית אסורה (למעט חריגים מצומצמים בלבד עליהם נעמוד בהמשך). חקיקה רטרואקטיבית משמעה חקיקה המשנה זכויות וחובות כלפי העבר ביחס להתנהגות שכבר הושלמה, או חקיקה הפוגעת באינטרס הסתמכות מוכר של האזרח. חוק יחול רק מיום פרסומו ואילך ולא ישליך על הפעולות שנעשו לפני חקיקתו. לפי עיקרון זה אין מענישים על מעשים שהיו חוקיים בעת עשייתם, ואין משנים זכויות אזרחיות מוקנות ללא פיצוי. בעבר הייתה מקובלת הבחנה בין שינוי זכויות מהותיות בחקיקה, להבדיל משינוי כללי הדיון החלים על ההליך בו מתבררות הזכויות והחבויים השונות. כיום מוכרת הבחנה בין שינוי רטרואקטיבי (אסור), פרוספקטיבי (מותר) ואקטיבי¹, החל בהווה, ולגביו יש לבחון את הסתמכות האזרח.

2 – עיקרון הפרוספקטיביות בישראל

בתחום הפלילי בסעיף 3 לחוק העונשין² מעוגן העיקרון "חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין או יום תחילתו, לפי המאוחר". בפס"ד סצ"י³ קבע בית המשפט ששינוי בהגדרת הפעולה מעוון לחטא, המשנה את תקופת ההתיישנות מ-10 שנים ל-3 שנים, לא יחול באופן רטרואקטיבי, לגבי מעשים שבוצעו לפני שלוש שנים. לפסיקה זו השלכה גם לתחום האזרחי.

בתחום האזרחי מקובלת הגישה ששינוי רטרואקטיבי של זכויות מוקנות חייב להעשות על פי חוק מפורש, ולאחר קבלת חוקי היסוד המגנים על זכויות האדם, כגון זכות הקניין, על שינוי שכזה לעמוד בדרישות פסקת ההגבלה. העובדה כי השינוי פוגע בזכויות מוקנות באופן רטרואקטיבי מחריף את הפגיעה, ומעלה את החשש כי פעולת המדינה לא תעמוד במבחני פסקת ההגבלה. באופן ספציפי, נבחנים לא אחת הסדרי המעבר מהדין הישן לחדש⁴, ונעשה כל מאמץ פרשני על מנת להגן על עקרון הפרוספקטיביות היא הפסיקה בפרשת גניס⁵ בו לא הוחל החוק רטרואקטיבית למרות לשונו הברורה.

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 סצ"י נ' עיריית תל-אביב, פ"ד נב(2) 542.

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

⁵ לדוגמא מובהקת ראו בג"צ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (טרם פורסם, ניתן ב-22/11/2004).

כשעסקין בזכויות אשר אינן קשורות לקניין או לחופש העיסוק דוגמת זכויות במסגרת דיני משפחה קשה לראות מצב בו תהיה תחולה רטרואקטיבית אשר תוצדק. במידה ויהיה שינוי בחוק הוא יהיה ממצב נתון ואילך.

יודגש כי למעט ההסדר בדין הפלילי עיקרון הפרוספקטיביות הוא עקרון יציר פסיקה, והחלתו נשענת על שיקולי מדיניות משפטית⁶.

עקרון הפרוספקטיביות עשוי להשליך גם על הסעד אותו יעניק בית המשפט. כיום מקובל כי בית המשפט יבחן באיזו מידה נדרש כי ביטול מעשה המדינה שנעשה בחוסר סמכות יעשה באופן רטרואקטיבי, ובאיזה מקרים ניתן לבטלו מכאן ולהבא. למשל, כאשר פגם אי החוקיות חמור, יבטל בית המשפט את המעשה ממועד עשייתו, ואילו במקרים אחרים יבטלו רק ביטול "יחסי"⁷.

3 - עיקרון הפרוספקטיביות בראי הצעות החוק הקודמות

ברוב הצעות החוקה ישנה התייחסות לסוגיה על דרך שלילת חקיקה רטרואקטיבית מתוך העיקרון של "אין עונשין אלא אם מזהירין". רוב ההצעות עסקו במישור הפלילי בלבד ולא התייחסו לפן האזרחי. כמה מן ההצעות חריגו את נושא רצח עם ופשעי הנאצים מן העיקרון כדי להבטיח שחוקי מדינת ישראל העוסקים בכך לא ייפגעו. (בהקשר זה תוזכר הגישה שחוקים אלה אינם רטרואקטיביים מכיוון שמדובר בפשעים אוניברסאליים שהיו אסורים בעת עשייתם).

בהצעת החוקה של יהודה כהן מ-1948 בסעיף 13(7) נאמר:

"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 נקבע בסעיף 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."

⁶ ראו: א' ברק, **שיקול דעת שיפוטי** (הוצאת פפירוס, 1987) 237-238. ראו גם בעמ' 417-423.

⁷ ראו למשל דיון ב ע"א 4335/01 עריית צפת נ' בזק חברה ישראלית תקשורת בע"מ, תק-על 2003 (4).

(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. "

בהצעת חוקה למדינת ישראל בסעיף 18 נאמר:

" (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. "

הצעת החוק של משרד המשפטים קובעת

אין עונשין 7. (א) אין אדם חייב בפלילים בשל מעשה או מחדל שלא היו עבירה על-פי חוק בשעת המעשה או המחדל. אלא אם כן מזהירין

(ב) אין עונשים אדם בעונש חמור מזה שהיה צפוי לו לפי החוק בעת ביצוע העבירה; ואולם אין רואים בשערוך סכומי קנסות-החמרה בעונש.

4 – עיגון חוקתי לעיקרון הפרוספקטיביות בעולם

ניתן לחלק את ההגנה לה זוכה העקרון בחוקות השונות לשתי קבוצות. בקבוצה הראשונה נמצאות החוקות המגנות על העקרון בתחום הפלילי בלבד, ובקבוצה השנייה ההגנה רחבה יותר. בקבוצה הראשונה קיימים ההסדרים הבאים:

באיטליה⁸, עיקרון הפרוספקטיביות 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.

בחוקת אסטוניה⁹, במסגרת זכויות האזרח בהליך הפלילי נקבע בחוקה כי לא ניתן להרשיע אדם בגין מעשה אשר לא היווה עבירה על פי החוק שהיה בתוקף בעת ביצועו. בדומה לחוקת איטליה נאסר להטיל על אדם עונש חמור מזה שהיה קבוע בעת ביצוע העבירה.

⁸ סעיף 25 בחוקת איטליה.

⁹ סעיף 23 בחוקת אסטוניה.

בחוקת גרמניה¹⁰ 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 אפריקה¹¹ במסגרת זכויות הנאשם אסורה ענישה למפרע. נקבע בחוקה 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 הולנד¹² נקבע כי אין להטיל עונש בגין עבירה, אלא אם הייתה קבועה בחוק בעת ביצועה.

בחוקת קרואטיה¹³ במסגרת הזכויות בהליך הפלילי נקבע כי 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 פולין¹⁴ נקבע איסור על הטלת אחריות רטרואקטיבית משפט הפלילי, כאשר המשפט הפלילי הרלבנטי מוגדר גם כמשפט הבינלאומי הפלילי (ולפיכך ניתן להעניש אדם שעבר על הדין הבינלאומי, אף אם המעשה לא היה אסור במפורש לפי דיני פולין).

בחוקת שבדיה¹⁵ נקבע שאין 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 אפריקה 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.

לפי חוקת הודו¹⁶ 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.

בחוקה הפדראלית בארה"ב¹⁷ אסורה חקיקה עונשית רטרואקטיבית.

בחוקת ניו זילנד¹⁸ במסגרת זכויות נאשם 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 ביחס לחקיקה הבינלאומית).

¹⁰ סעיף 102 בחוקת גרמניה.

¹¹ סעיף 35 בחוקת דרום אפריקה

¹² סעיף 16 בחוקת הולנד.

¹³ סעיף 31 בחוקת קרואטיה.

¹⁴ סעיף 42 בחוקת פולין.

¹⁵ סעיף 10 בפרק 2 בחוקת שבדיה.

¹⁶ סעיף 20(1) בחוקת הודו.

¹⁷ פרק 1 סעיף 10(1) בחוקה הפדראלית הבארה"ב.

¹⁸ פרק 26 בחוקת ניו זילנד.

בקבוצה השנייה נמצאות, כאמור, חוקות המעניקות הגנה רחבה יותר לעקרון הפרוספקטיביות.

לפי **חוקת סלובניה**¹⁹ 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 ברזיל²⁰ נקבע כי 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.

בחוקת רוסיה²¹ נקבע איסור כללי רקטרואקטיביות המשנה "אחריות", וקביעה זו אינה מצויה בחלק העוסק בזכויות נאשם. תת-סעיף ספציפי עוסק באיסור הפללת מעשה שהיה מותר בעת עשייתו.

בחוקת רומניה²² נקבע כי תחולתו של חוק תהא רק צופת פני עתיד, אולם לגבי העונש- העונש הקל ביותר.

5 - עיקרון הפרוספקטיביות בפסיקה זרה – הדוגמה האמריקנית

בית המשפט העליון האמריקאי דן בסוגיה ובמספר מקרים ביטל חוקים אשר הייתה בהם תחולה רטרואקטיבית. בפרשת Stogner v. California²³ 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. Tex²⁴ נפסל חוק ששינה את תחולת דיני הראיות לרעת הנאשם. פסק הדין מלמד שהתפיסה האמריקאית שונה מהתפיסה הישראלית המפרידה בין נושא דיוני לנושא מהותי.

¹⁹ פרק 155.2 בחוקת סלובניה.

²⁰ סעיף 5, פרק 1 בחוקת ברזיל.

²¹ סעיף 54 לחוקת רוסיה.

²² סעיף 15 בחוקת רומניה.

²³ 539 U.S. 607 (2003)

²⁴ 529 U.S. 513 (1999)

אולם לא בכל מקרה יבוטל החוק. בפס"ד Smith v. Doe²⁵ לא נפסל חוק לרישום עברייני מין למרות שהוחל גם על עבירות שבוצעו לפני חקיקתו בגלל שנקבע שהחוק אינו עונשי אלא זהו אמצעי אזורחי בלבד.

6 - החלופות האפשריות לעיגון עיקרון הפרוספקטיביות בישראל

חלופה א' - להטיל איסור קשיח על כל חקיקה רטרואקטיבית. פסקת ההגבלה הכללית תגביל

את האיסור במקרים בהם ייראה לאור העקרונות הכלליים של החוקה שיש לסטות מעיקרון זה.

חלופה ב' - לקבוע במפורש כי המשפט הבינלאומי והעקרונות האוניברסליים של הצדק הינם חלק

מן הדין, ולפיכך איסור הקיים בהם מחייב אף הוא (ולכן לא נדרשת חקיקה ישראלית ספציפית).

חלופה ג' - איסור על חקיקה רטרואקטיבית בתחום הפלילי בלבד ללא התיחסות להיבט האזורחי.

חלופה ד' - איסור על חקיקה רטרואקטיבית תוך מתן שיקול דעת מונחה לבתי המשפט על ידי

קביעת חריג 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 מפסקת הגבלה כללית.

חלופה ה' - הותרת המצב על כנו, דהיינו אי עיגון עיקרון האיסור על רטרואקטיביות.

²⁵ 538 U.S. 84 (2003)

ב. עיקרון הפומביות

1. הגדרת העקרון

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. משמעות העיקרון הוא חובת הרשויות לפרסם כל החלטה או פעולה שלהן שמשפיעה על זכויותיו וחובותיו של האזרח. עקרון זה חיוני 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 לדרוש ממנו לפעול על-פי חוק או דין נסתרים. רציונל נוסף להחלת עקרון הפומביות הוא התפיסה שבמתן פומבי להחלטות הרשות ניתן למנוע שרירות ולפקח על פעולותיה התקינות.

עקרון הפומביות חל על כל נורמה שהיא, החל מחוקי יסוד וחוקים, דרך הנחיות מנהליות וכלה בהלכה הפסוקה, שהיא אחת ממקורות המשפט הישראלי. כך חייבת הכנסת לנהל את דיוניה במליאה פתוחה ולפרסם כל חוק שהיא מחוקקת. ניתן לגזור מעקרון זה את חובת הרשות לפרסם הנחיות פנימיות שמפרשות את החוק ואף את החובה לפרסם פסקי דין. (לעניין פרסום הליכי משמעת, ראו התייחסות להלן).

2. פומביות כעקרון חוקתי וחוקי במדינת ישראל

(א) חקיקה

החל מקום המדינה, הוכר עקרון הפומביות כעקרון על במשפט הישראלי, ואלמנטים שונים שלו עוגנו בחוק יסוד (חוק יסוד: הכנסת קובע כי הכנסת תשב בפומבי) וחוקים שונים²⁶, הקובעים את הצורך לפרסם חוקים ותקנות בנות פועל תחקיקתי כתנאי לתוקפם (להרחבה ראו במסמך המפורט). כמו-כן, ניתן לפרש את פסקת ההגבלה המופיעה בחוקי היסוד המגנים על זכויות האדם ככוללת אלמנט של פומביות בכך שהפגיעה בזכות צריכה להיות בחוק (ובמשמעת, חוק פומבי).

²⁶ החל מפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח- 1948 וחוק המעבר התש"ט-1949 וכלה בפקודת הפרשנות (נוסח חדש).

עקרון הפומביות הוכר על-ידי הפסיקה כעקרון על במשפט הישראלי²⁷, ויוחסה לו חשיבות בשמירה על שלטון החוק. על סמך עקרון זה, ועקרון החוקיות הנגזר ממנו, הרחיבה הפסיקה וקבעה חובת פרסום של הנחיות פנימיות שיש בהן כדי לאצול על זכויות הפרט²⁸. לעניין התחשבות בהנחיות בלתי רשמיות, המהוות מדיניות בפועל של הרשויות נקבע, כי במידה והנחיות אלה "מתפרסמות" כלפי הנוגעים בדבר, יש לתת התראה מספקת לפני שינוי²⁹.

כמו כן, נתפס עקרון הפומביות בפסיקה כאחד העקרונות המממשים את זכותו של הציבור לדעת, ככלי לביקורת ציבורית של האזרח והתקשורת על הרשות.

החופש לפרסם את פסיקת בית המשפט כלול בעקרון פומביות הדיון (מלבד למקרים בהם הדיון נערך בדלתיים סגורות), אך עם זאת, אין בנמצא חובה לפרסם פסקי-דין – לא בחקיקה וגם לא בפסיקה. יתכן והדבר נובע מכך שהרציונאליים של פומביות הדיון, ובכללם הביקורת הציבורית על ההליך השיפוטי וזכות הציבור לדעת, חופפים בחלקם לרציונאליים העומדים בבסיסו של עקרון הפומביות (הצורך לפקח על פעולות הרשות), כך שבפועל מתאפשר לציבור, באמצעות פומביות הדיון, לזכות במידת מה של נגישות אל פסקי הדין.

מאידך, פומביות הדיון 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.

חובה נוספת הנגזרת ישירות מעקרון הפומביות נוגעת לפשטות הדין 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. על פסקי הדין הללו להיות נגישים לקריאה במובן זה שעל האדם הסביר, שאיננו משפטן, להבין את ההנמקות שניתנו בהם.

²⁷ ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, פ"ד טו 2193, 2204-2205.
²⁸ בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מז(3) 501, 513-514.
²⁹ ע"פ 3520/91 תורג'מן נ' מדינת ישראל, פ"ד מז(1), 441, עמ' 455-456.

עקרון הפומביות 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 ההחלטה על מערך זכויותיו וחובותיו של האזרח.

ג. 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.

רוב הצעות החוקה לא עסקו במפורש בעקרון הפומביות, אם כי אלמנטים שונים של עקרון זה, 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 החוק.

הצעת החוקה של אקצין אף בוחרת להגדיר את הפרסום במקומות נוספים פרט לרשומות כ"רצוי", כנראה מתוך מחשבה שלחוקה יש גם תפקיד מחנך, והגדרת הפרסום הנוסף כ"רצוי" ידגיש את חשיבות עקרון הפומביות במשטר הדמוקרטי.

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 חוק³⁰ 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."

...

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 שהתקין ויפורסמו ברשומות, זולת אם יש בחוק הוראה אחרת לענין 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 לענין 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 להתקין 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 שהתקין ויפורסמו ברשומות זולת אם יש בהן הוראה אחרת לענין 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; ...;

³⁰ הצעת חוק יסוד: החקיקה, הצ"ח תשל"ח 326.

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:

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 החוקה של פרופ' בנדור 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.

בהצעות החוקה אין התייחסות לצורך בפרסום פסקי-דין או של הליכי משמעת.

עקרון הפומביות במשפט המשווה

א. דיון פומבי בפרלמנט

נראה כי ככלל מוסכם כי על דיוני הפרלמנט במדינה דמוקרטית להתנהל בפומבי. ישנן חוקות³¹ הקובעות מגבלות לעקרון זה תוך מתן ההחלטה אם לקיים דיון פומבי לחברי הפרלמנט עצמם,

³¹ סעיף 33 בחוקת צרפת, סעיף 59 בחוקת דרום אפריקה, סעיף 36 בחוקת צ'כיה, סעיף 84 בחוקת נורבגיה, סעיף 22 בחוקת לטביה, סעיף 83 בחוקת קרואטיה, סעיף 80 בחוקת ספרד, סעיף 50 בחוקת פינלנד, סעיף 72 בחוקת אסטוניה.

במקרים יוצאי דופן ולעיתים תוך דרישה לרוב "מוחלט" (רוב מיוחס)³². ניתן לחשוב גם בארץ על מצבים שבהם נהיה מעוניינים שהדיון במליאה יהיה בדלתיים סגורות, אך מצבים אלה הם מצבים קיצוניים, שבוודאי 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 חוץ³³.

ב. פרסום חוקים

חוקות מסוימות³⁴ 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.

ג. 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.³⁵

ד. הליכים אדמיניסטרטיביים

ברוב החוקות לא הייתה התייחסות לפן של עקרון הפומביות בנוגע להליכים אדמיניסטרטיביים. חוקת דרום-אפריקה³⁶ מגדירה את חובת השקיפות של המנהל בחוקה ואף מפרטת מספר עקרונות החיוניים לקיומה.

ה. הליכי משמעת

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

³² סעיף 80 לחוקת ספרד.

³³ חוקת פינלנד.

³⁴ סעיף 52 בחוקת צ'כיה, סעיף 81 בחוקת גורבגיה, סעיף 69 בחוקת לטביה, סעיף 107 בחוקת רוסיה, סעיפים 66, 89, 88 בחוקת הולנד, סעיף 9 בחוקת ספרד, סעיף 20 בחוקת פינלנד.

³⁵ חוקת ספרד, חוקת אסטוניה.

³⁶ סעיף 195 בחוקת דרום אפריקה.

חלופות אפשריות

בפני הוועדה עומדות מספר חלופות הנוגעות לעקרון הפומביות :

חלופה א התעלמות מהעיקרון והשארת הנושא למחוקק ולבתי-המשפט.

חלופה ב קביעה של אלמנטים ספציפיים הנגזרים מעקרון הפומביות כגון חובת פומביות הדיון בכנסת, חובת פרסום חוקים ותקנות.

חלופה ג קביעה כללית של עקרון הפומביות בחוקה, המאפשרת לקבוע סייגים בחוק לעניין פרסום הליכי משמעת ו/או פרסום פסקי דין.

חלופה ד קביעה כללית של עקרון הפומביות בחוקה.

ניתן לנסח את עקרון הפומביות (לפחות בסוגיה של תוקפם של חוקים) בשתי דרכים עיקריות :

- ניסוח כללי של העיקרון. במקרה כזה כל הפרה של העיקרון על-ידי פיתוח פסיקטי עלולה להגיע לבחינה בפסקת ההגבלה.
- יצירת מדרג בין המשפט הפלילי לחוקים אחרים לעניין התוצאה של הפרת עקרון הפומביות משום שדין חשאי, עמום ורחב שוליים במשפט הפלילי מטריד במיוחד.

ג. עיקרון המידתיות

1 – הגדרת העיקרון

עקרון המידתיות מטיל חובה על המדינה לשמור על יחס מידתי – פרופורציה – בין מעשה הפרת הדין ובין תגובת המדינה. 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.

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.

מבחן המידתיות נחלק לשלושה מבחני משנה.

המבחן הראשון: מבחן ההתאמה או מבחן הקשר הרציונאלי. נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי צריך להיות גזור לשם השגת המטרה. האמצעי צריך להוביל באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה.

לדעתנו, ניתן לגזור ממבחן זה גם לעניין הזכות להליך מידתי. קרי, 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 נגרם לו נזק, 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, זכות, של הפרט כי האמצעי שיינקט כלפיו הוא האמצעי שפגיעתו 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. לדעתנו משמעות המבחן, לעניין עילת "מידתיות ההליך המשפטי", כי זכות של הפרט שיתקיים יחס בין התועלת שתצמח לציבור בהפעלת האמצעי לבין הנזק שיגרם לו, במנותק מהשאלה האם האמצעי גרם לפגיעה בזכות חוקתית.

כאשר אנו מביטים במידתיות ההליך המשפטי, זכויות המגדלת מרוכזת לכיוון הפגיעה בזכות היסוד של הפרט להליך הוגן. נראה לנו שזכאותו של הפרט שהנזק שנגרם לו יהיה ביחס סביר לתועלת לחברה – המבחן השלישי – הוא המשמעותי יותר. מוטיב זה זכה להגנה המשמעותית ביותר כעילה עצמאית במשפט הזר.

יודגש שוב כי עקרון המידתיות כחלק מהזכות להליך הוגן משלים את אשר לא מכסה דרישת המידתיות הנהוגה בפסקת ההגבלה. ברמה הפרקטית, יוכל הפרט לעתור גם כנגד מעשי מדינה אשר אינם פוגעים בזכויות אחרות, אך אינם מידתיים, וזאת כחלק מזכותו להליך הוגן. ובכך, מורחב מארג ההגנה על זכויות הפרט. כך מצומצמת קשת המקרים בהם הרשות תצליח להצדיק בכלים רטוריים כי הפגיעה בפרט כמעט או שאינה פוגעת בזכות חוקתית כזו או אחרת ולכן מוצדקת. באופן ספציפי, חלק מתגובות המדינה, כגון עונשים חריגים במיוחד, ייחשבו כלא מידתיים ולכן פסולים.

(ב) המידתיות במשפט המנהלי הישראלי

ביהמ"ש העליון אימץ בשורה ארוכה של פסקי דין³⁷ את שלושת מבחני המשנה לבחינת המידתיות במשפט המנהלי. במשפט המנהלי, משמש העיקרון כעילה לתקיפת שק"ד של הרשות המנהלית.

³⁷ בג"צ 5667/91 מוסא ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, מו(1) 858, בג"צ 3477/95 ישראל בן עטיה נ' שר החינוך והתרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; וכן בג"צ 5510/92 תורקמאן נ' שר הביטחון

נדרש מהרשות להפעיל את סמכויותיה בכפוף למבחן זה. כלומר, הוא מהווה כלל פסלות, בעוד שבמשפט החוקתי הוא מהווה כלל הכשר המתיר פגיעה בזכויות.

לפי גישה זו, שק"ד מנהלי הוא כדין רק אם הוא בוחר להגשים מדיניות באמצעי המקיים את דרישות המידתיות. שיקול דעת הבוחר באמצעי שאינו מידתי הוא פסול.³⁸

יסוד ההתאמה במשפט המנהלי מורה כי הרשות המנהלית תבחר באמצעי המתאים להשגת המטרה של החוק. היסוד השני המרכיב את המידתיות, קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. היסוד השלישי, קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת. קרי, אין די בכך שהרשות בחרה באמצעי המתאים והמתון, אלא, עליה להוסיף ולשקול את התועלת שתצמח לציבור כנגד הנזק שיגרם לפרט.

3. משפט משווה

קנדה - קיים סעיף 12 בחוקה העוסק האוסר על ענישה אכזרית, ובלתי רגילה. וכן, על יחס אכזרי ובלתי רגיל כלפי הפרט, מצד המדינה.

ארצות הברית - קיים התיקון ה-8 בחוקה, האוסר על ענישה אכזרית ולא רגילה בלבד.

אולם כידוע הגבלה זו לא מנעה מביהמ"ש האמריקני מלקבוע שעונש המוות הוא חוקתי, ואינו מהווה עונש אכזרי ובלתי רגיל באשר לרצח.

ניו-זילנד - קיים סעיף 9 בחוקה האוסר על עינויים, על עונש או יחס אכזרי, משפיל, ולא פרופורציוני.

רוסיה - קיים בחוקה סעיף 21.2 האוסר על יחס או על עונש אכזרי ומשפיל וכן אוסר על עינויים ויחס אלים.

גרמניה - עקרון המידתיות קיים במשפט המנהלי. כאשר עילת המידתיות מורכבת משלושה יסודות:

יסוד ההתאמה, יסוד הצורך ויסוד המידתיות במובן הצר.

³⁸ראו בן עטיה, בעמ' 9.

דרום אפריקה - ישנו סעיף 33 המאפשר לכל אדם זכות להליך מנהלי הוגן, חוקי, סביר ותקין באופן פרוצדורלי. כמו כן, ישנו סעיף 12 האוסר על יחס אכזרי, לא אנושי ומשפיל.

צרפת - העיקרון של המידתיות קשור למשפט 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.

אנגליה - העיקרון קיים במשפט המקובל האנגלי מזה שנים רבות אך יש לו שמות אחרים. משתמשים במידתיות כשמדובר על עונש מוגזם, או עונש אכזרי ובלתי רגיל, שאסור ע"פ מגילת זכויות האדם של 1689. כך למשל, עקרון ההגנה העצמית נובע מהרעיון שהשימוש בכוח צריך להיות מידתי לסכנה הנשקפת מהתוקף.

משפט בינלאומי - ההכרזה בדבר זכויות האדם משנת 1948 כוללת את הזכות שלא להיות נתון לעינויים, יחס או עונש משפיל אכזרי ולא אנושי. בדומה הדבר נקבע באמנה בדבר זכויות פוליטיות ואזרחיות משנת 1966.

יש לציין שבמדינות: איטליה, בלגיה, גרמניה, הולנד ושבדיה ישנו איסור בחוקה על עונש מוות.

לסיכום

נראה שעיקרון הענישה הפרופורציונלית כחלק מהזכות להליך מידתי, קיים בחוקות שונות, כגון: ארה"ב, קנדה, ניו-זילנד. במדינות אחרות הוא שייך לאיסור העינויים. למשל, ברוסיה.

מדינת ישראל - מודלים אפשריים לעגון עקרון המידתיות

חלופה ראשונה: 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 ביהמ"ש הוא מרחיב ביותר. כך, בארה"ב נקבע כי עונש מוות אינו עונש אכזרי.

שנית, הוא אינו מטיב למצות את ההליך המשפטי בשלמותו. קרי, הליך מידתי, אינו מסתיים במתן עונש. הוא כולל בחובו פעולות רבות שמבצעת המדינה כלפי פרטיה.

שלישית והכי חשוב, הוא אינו מיישם את עיקרון המידתיות בשלמותו. קרי, כפי שראינו עיקרון המידתיות אינו מתמצא במבחן היחסיות, אלא כולל בחובו עקרונות נוספים.

חלופה שנייה: שימוש בשלושת מבחני המידתיות.

לפי מודל זה הליך מידתי משמעותו כי זכאותו של הפרט שיתקיימו כלפיו שלושת עקרונות המידתיות, שפותחו בפסיקה הישראלית והזרה. קרי, הליך מידתי, משמעותו שהפרט זכאי שיבחר אמצעי שמתאים למטרה שהוא ננקט כלפיו. 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. לדעתנו כאשר אנו בוחנים את עיקרון ההליך ההוגן, ישנו קו דמיון בולט בהגדרת הזכות החוקתית למול הזכות במשפט המנהלי. בשני המקרים לא נדרש להצביע על פגיעה בזכות חוקתית על מנת להוכיח שנפגע עיקרון המידתיות. זוהי דרישה תמידית. כמובן שבענייננו בכפוף לפסקת ההגבלה הכללית של החוקה הרחבה.

לדעתנו, מודל זה לוקה בהגבלת יתר של שיקול הדעת השיפוטי.

חלופה שלישית: 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. לכן, אסור לנו לקבע מבחנים או עקרונות המקובלים בתקופה ספציפית. חסרונם של המודל, בכך שהוא מתחמק מהדיון הנוקב בהיקף הזכות ע"י המחוקק. ומשאיר זאת לביהמ"ש.

חלופה רביעית: שילוב בין מודל הראשון והשלישי- לכל פרט 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 יוביל לענישה אכזרית ומשפילה.

רשימת מקורות ביבליוגרפית

1. חקיקה ישראלית

חוק יסוד : כבוד האדם וחירותו.

חוק העונשין התשל"ז-1977.

חוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם תש"י 1950.

חוק בדבר מניעתו וענישתו של פשע השמדת עם התש"י- 1950.

2. פסיקה ישראלית

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

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

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

בג"צ 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.

בג"צ 551/99 שקם בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 112, 120.

3. סעיפי חוקות זרות

סעיף 25 בחוקת איטליה.

סעיף 23 בחוקת אסטוניה.

סעיף 102 בחוקת גרמניה.

סעיף 35 בחוקת דרום אפריקה

סעיף 16 בחוקת הולנד.

סעיף 31 בחוקת קרואטיה.

סעיף 10 בפרק 2 בחוקת שבדיה.

סעיף 20(1) בחוקת הודו.

פרק 1 סעיף 10 תת סעיף 1 בחוקה הפדראלית הבארה"ב.

פרק 26 בחוקת ניו זילנד.

פרק 155.2 בחוקת סלובניה.

סעיף 5, פרק 1 בחוקת ברזיל.

סעיף 54 לחוקת רוסיה.

סעיף 15 בחוקת רומניה.

סעיף 42 בחוקת פולין.

חוקת פינלנד.

חוקת ספרד.

4. פסיקה זרה

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

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

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